جـــــــــامعة جيلالي ليابس

بسيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الحماية القانونية لحقي المؤلف والمستهلك على النات

– دراسة مقارنة ما بين القانون الجزائري والفرنسي–

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم– القانون الخاص–

– فرع قانون الأعمال –

من تقديم المترشح : لقمش محمد أمين الأستاذ

إشراف : الدكتور حاشي يوسف

لجنة المناقشة

* الأستاذ الدكتور	كمال بومدين أستاذ التعليم العالي	رئيسا
* الأستاذ الدكتور	حاشي يوسف أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا
* الدكتور	أسود محمد أمين أستاذ محاضر "أ"	عضوا
* الدكتور	مقني بن عمار أستاذ محاضر" أ"	عضوا
* الدكتور	تيزي عبد القادر أستاذ محاضر "أ"	عضوا

السنة الجامعية 2015–2016

مقدمة

يـــرى بعض علماء الاجتماع [1] بحق، أن الإنسان مُبذر بطبيعته لأغلب قواه الخلاقة، حيث أن اغلب قواه تتجه إلى الرغبة في البقاء ورغبته في أن يخلف نسلاً شبيها به، ذلك أن الرغبة في البقاء تدفعه للبحث الحثيث عن لقمة العيش وهذه تأخذ جل وقته و تجعله يولي كذلك من العناية بأسرته وأطفاله ومـــا يترتب على ذلك من قلق على صحتهم ومستقبلهم الأمـــــر الذي تأخذ معظم الوقت المتبقي من يومه...

ومع ذلك يبقى هناك طاقة هائلة من القوى الخلاقة للإنسان غير مُستغلة، إلا إذا صادف أن هذه القوى تكون هي نفسها مصدر رزق الفرد وهي ليست كذلك دائما وبدون استغلال لهذه الطاقات لا يمكن أن تتقدم البشرية ولا أن تُبنى الحضارات...

ونظراً لوجود هذا الكم الهائل فقد أتاحت الظروف وحسن الصدفة لبعض العلماء والفلاسفة والأدباء والفنانين من استثماره في سبيل خلق ثقافة [2] لها من الأهمية لما كان في إحداث نوع من الحركية في مجال العلم .

---

[1]/- **العلامة ابن خلدون عبد الرحمان**، المقدمة، حققها وقدم لها وعلق عليها **الدكتور عبد السلام الشدادي**، طبعة خاصة، الجزء الأول، بيت الفنون والعلوم والأدب، الدار البيضاء، 2005، ص 67 وأنظر كذلك الأستاذ **أنتوني غيدنز** بمساعدة **كارين بيردسال**، علم الاجتماع، ترجمة وتقديم **الأستاذ الدكتور فائز الصباغ**، الطبعة الرابعة، المنظمة العربية للترجمة (بيروت) ومؤسسة ترجمان (الأردن)، توزيع مركز الدراسات الوحدة العربية،، بيروت، لبنان، 2005، ص82 وما يليها

[2]/- أنظر في هذا سعادة الأمير الأستاذ الدكتور **عبدا لله بن عبد العزيز صالح اليوسف**، مداخلة بعنوان أسرار النجاح، المؤتمر السادس للمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (أيسيسكو) المنعقدين في مدينة الرياض خلال الفترة من 29 رجب إلى 9 شعبان 1418هـــ الموافق 29 نوفمبر إلى 9 ديسمبر 1997م.ص12 و أنظر **أ د. حسن عبد الحميد أحمد رشوان**، فلسفة الاجتماعية والاتجاهات النظرية في علم الاجتماع، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الرابعة، 2011، ص 38 وأنظر كذلك **الدكتور يونس عرب**، التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية، ورقة عمل مخاطر الانفتاح الالكتروني الملتقى السابع لمجتمع الأعمال العربي، البحرين 18-20 اكتوبر2003، البحرين، ص 08

هذه القوة الخلاقة أصبحت أيضا، تمثل منعطف جديد من أجل المساهمة في بناء حضارة عظيمة[1] وهي حضارة الإنسانية لانتشارها السهل والسريع .

وفي نظر المجتمعات المعاصرة، فان أمر بناء ثقافة الأمة وحضارتها [2]ومستقبلها لا يمكن أن يترك لمجرد الصدفة، هكذا سعت التشريعات الحديثة إلى خلق أفضل الظروف لعمل العلماء والأدباء والفنانين مما يجعلهم متفرغين تماماً للبحث والإبداع ومن ذلك تأسيس مراكز بحث علمية متخصصة، وهيئات الضبط لهذه الحقوق على اختلاف أصعدتها سوء كانت وطنية، جهوية أو حتى دولية، و تلبيتا ً لغايات التقدم يلعب القانون دوراً جوهرياً في سبيل خلق حضارة أفضل وأكثر تماشياً مع الطموحات الإنسانية.

من جهة أخرى، لم تعد المعلومات بمفهومها الكلاسيكي مادة للبحث العلمي فقط، أو مادة التعليم بمراحله، أو لتدريب أو تأهيل الموظفين واستراتيجيات القيادة والادارة، وعناصر المنافسة في الانتاج، وخطط التسويق والاعلانات أو حتى لتقديم الخدمات، بل أصبحت محددة الفعالية والقدرة لكل ذلك وغيره، فلا عجب إذا أن تكنولوجيا المعلومات المرتكزة على خطط البناء والتنمية الاإستراتيجية في كل المجالات أن تصبح وسائلها مسخرة في حقل الحوسبة أو حقل الاتصال أو حقل المعطيات وهي تتوسط مجموعة وسائل التقنية العالية – la technologie de pointe – من المعلومات والوثائق في شتى المجالات، وبيئة لملايين المواقع الخدماتية والتجارية وغير الربحية والحكومية والشخصية، ولا عجب أن يتسابق القاصي والداني إلى احتلال موقع ضمن هذه الشبكة، من الإنسان الفرد إلى أعظم مؤسسات علوم الفضاء، ومن المؤسسات والهيئات الاجتماعية إلى

[1]/- د. **حسن علي الذنون**، فلسفة القانون، ط1، 1975.ص 14 وأنظر كذلك **تيودور روشاك**، الروحانية الإيكولوجية، (الروحانيات في مقابل العقل)، مجلة الفلسفة وقضايا العصر، ترجمة **الدكتور أحمد حمدي محمود**، الجزء 3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991، ص 11.

[2]/- د. **منصور مصطفى منصور**، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، غير منشورة، الجزء 1، 1972.ص25.

الحكومات والمنظمات الدولية وحيث تلعب تكنولوجيا المعلومات[1] والاتصالات دور مهما، في جميع الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية السياسية والقانونية..... الخ، غير أن طبيعة العمل في الوقت الراهن قد تغيرت، مع الوظائف الجديدة في الدول وعلى اختلاف الأنظمة، فهذه التغييراتِ ارتبطت مع تَمييز تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، لتوافق التنمية وتطوير مختلف العمليات الخدماتية وترويج للمنتجات الجديدة و هذه الأخيرة سهلت إلى حد كبير تلك الحركية وساهمت بشكل فعلي في خدمة كل أنواع المعرفة وفي شتى المجالات ... فإذا أردت الحصول على أي معلومة، عن أي موضوع

[1]/- أنظر **الأستاذ الدكتور عبدا لله بن عبد العزيز صالح اليوسف**، المرجع السابق، ص 4. **أنظر د. حسن عبد الحميد أحمد رشوان**، المرجع السابق، ص 15 وأنظر كذلك **الدكتور يونس عرب**، التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية، المرجع السابق، ص 09.

Voir aussi / Fernand Dumont et Yves Martin, Imaginaire social et représentations collectives Mélanges offerts à Jean-Charles Falardeau, Les Presses de l'Université Laval, 1982, p 44 .

. **الدكتور أحمد بلقيس**، كفايات التعليم الذاتي للكتاب، الجامعة العربية المفتوحة، المجلد الأولى، الكويت، 2003. ص. 10-12، وأنظر **كذلك الدكتور محمد أحمد عبد الرحمن**، أمن الاتصالات الآن في المستقبل، مترجم، مركز بحوث دراسات شرطة دبي، أبريل 1996 وأنظر **الدكتور فؤاد زكريا**، **خطاب** إلى العقل العربي، سلسلة كتاب العربي، الكتاب السابع عشر، الكويت، 1988. ص 15

Voir dans ce sens Véronique Guèvremont*, Réflexion préliminaire sur la mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de La diversité des expressions culturelles à l'ère numérique,

* Professeure à la Faculté de Droit et à l'Institut des hautes études internationales de l'Université Laval,

Co- fondatrice du Réseau international des juristes pour la diversité des expressions culturelles (RIJDEC).

Voir aussi **Carine Jezequel, Alexandra Lemmenicier et Ludovic Blin**, Le droit de la propriété intellectuelle sur internet, Université Paris dauphine - DESS 226, 2007 :p14. « Le développement récent des nouvelles technologies, et plus particulièrement d'Internet, bouleverse considérablement la conception classique des échanges et des relations entre les hommes: tout type d'information circule entre tous les utilisateurs, sur l'ensemble de la planète, de façon rapide et immatérielle. Les caractéristiques d'Internet, qui en font un réseau mondial et complètement décentralisé, lui permettent de s'affranchir à la fois du temps et de l'espace. Le réseau ne connaît pas de frontières, et aucune structure n'a vocation à le diriger globalement. Il en découle une apparente liberté ainsi qu'une absence de contrôle administratif du comportement des différents acteurs en présence. Pour autant, on ne peut parler de vide juridique sur Internet, la loi existe et est censée s'y appliquer comme ailleurs.. »

أكاديمي بكل سهول من مكانك فقط عن طريق الإنترنت يمكن لك أن تعرف جميع التفاصيل المعلومة وبإمكانك التجول إلى مواقع الدول ومعرفة ما هو جديد لديهم، فشبكة الإنترنت قد زاد من الربط بين الدول وكذلك الأفراد عن طريق جعل الاتصالات ممكن في الوقت الحقيقي، أيضا سهّلتْ الإنترنتَ تطوير البحث بالسرعة حتى أن في مجال الإعلام، كل الأحداث التي تقع في أي جزء من العالم يمكن الحصول عليها بسرعة كبيرة وفي نفس وقت حدوثها، فيمكن على هذه الأخيرة أن تؤثر على الرأي العام الدولي على الرغم من تباعد المسافات واختلاف الرؤى والإيديولوجيات [1]

ومما لاشك فيه أيضا، بأن التقدم العلمي والتكنولوجي هو مرهون بالتقدم الفكري وليس المعرفي وحده، والتقدم الفكري هو حصيلة لأعمال العقل والتنور بما يؤدي إلى الإبداع والابتكار وحسن التدبير، إذ لم يعد دور الإنسان في هذا العصر منحصراً على التكيف مع الواقع، وإنما يتعداه إلى ضرورة تغيير هذا الواقع عن طريق التفاعل معها بما يتناسب مع تطلعاته غير المتناهية...

[1]/– **د .إكرام فهمي حسين**، أثر التقدم العلمي على الإنسان والبيئة في العصر الحديث، مجلة كلية الآداب بجامعة حلوان – ع 26، يوليو 2009، جامعة حلوان، مصر، ص 433 وما يليها. ..«... في الواقع أن" كارل بوبر "في نهايات القرن العشرين قد وضع كلمة النهاية للنزعة الاستقرائية في العلم، وأصبحت تلك النزعة بمثابة مرحلة منتهية من مراحل تطور فلسفة العلم والتي لم يعد لها نضير، حيث كان الاستقراء ذا خطوات تبدأ بالملاحظة وتنتهي إلى الفرض العلمي بينما لم يؤدي بنا منهج "بوبر "إلى طريق محدد للكشف العلمي، بل إلى منهج جديد في التفكير العلمي أو أن شئت منطق جديد، هو منطق التقدم ».و تضيف الدكتورة **إكرام فهمي حسين** «... لقد نوقشت المشكلات الناجمة عن قصور الإنسان عن التنبؤ بتطبيقات البحث العلمي، أو إساءة استعماله في الأجل الطويل في الندوة التي نظمت في باريس عام 1982، وقد تم التأكيد على أن العلم أداة اجتماعية، وأن الأهداف المجتمعية في البحوث ذات أهمية بالغة، وكذلك التأكيد على أحقية العالم أو الباحث في اختيار بحثه الخاص، إلزامه أيضاً بتحمل المسئولية الشخصية عن نتائج بحثه وقبول المنافسة من الأفراد..... ولكن العلماء قد يضطرون إلى إخضاع مسيرتهم، وأفضليتهم الشخصية لاحتياجات مجتمعاتهم ...» نفس المرجع، ص 434. أنظر في هذا كذلك **الدكتور جون ديكنسون**، العلم والمشتغلون بالبحث العلمي في المجتمع الحديث، ترجمة شعبة الترجمة باليونسكو، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للفنون والثقافة، الكويت إبريل 1987، ص 200 و 201.

وهذا يقودنا إلى ضرورة استبدال مناهجنا التقليدية بالمناهج الحديثة والتي تسعى لتكريس الواقع وبما يتناسب وطموحات الإنسان، وأصبح لزاماً على كل باحث أو دارس أو متلقي بأن يعوا الدور الكبير للمناهج العلمية الحديثة في تنمية الفكر...

فالتقنية العالية أو تقنية المعلومات كما سبق الإشارة إليها، في عصر المعلومات، فهي عبارة عن طريق الحصول على المعلومات بسرعة غير متناهية وهذا تعبيرا لعصر الاعتماد على المعلومات كمحدد استراتيجي للأعمال والإنتاج والقرار في الدولة الحديثة[1]، وليس المراد المعلومات بذاتها، إنما القدرة على توفيرها، ومعالجتها [2] وتخزينها، وتبويبها، واستعادتها، ونقلها، وتبادلها، والتوثق الشامل من دقتها والإفادة منها.

وانجاز ذلك كله، لا يتحقق دون اعتماد نُظم الحوسبة (أي نضام الكمبيوتر) بمكوناته المادية والمعنوية فهو يتيح إدخال البيانات ومعالجتها وتخزينها واسترجاعها ولكن هذا الجناح من جناحي التقنية العالية لا يحقق سائر متطلبات عصر المعلومات لوحده، تحديدا في نقلها وتبادلها وإتاحة الوصول إليها في كل وقت، أي بالنسبة لقواعد، فالاتصالات تتيح الربط بين نظم الكمبيوتر المختلفة وقواعد البيانات، ليفرز عن ذلك الدمج ما بين الحوسبة والاتصالات، أي ما يعرف بشبكات المعلومات، والتي تقع الانترنت في مقدمتها لما تتميز به من شمولية وسعة، لا في المحتوى فقط، بل بعدد مشتركيها وبروتوكولات في تبادل النصوص والمعلومات، وما تحققه يوما بعد يوم من الدمج الرهيب بين الوسائل المرئية والسمعية، وسائل الصوت والصورة – الأداء والحركة – ووسائل الحصول على المعلومة التي تتجه نحو المطلق في المدى، واللامتناهي في الخيارات لإتاحة توفير المعلومة للراغب بها في كل وقت وفي أي مكان . وعليه فان التقنية العالية او تقنية المعلومات هي النظم الآلية أو الالكترونية

[1]/– تشير الدراسات الإستراتيجية إلى أن مقدار المعلومات المنتجة في السنوات العشر الأخيرة فقط تعادل ما أنتجته البشرية من معلومات طوال الحقب الزمنية المنصرمة، بمعنى أن كل عشرة سنوات في عصر المعلومات – وربما اقل في المستقبل – تكفي لمضاعفة حجم المعلومات التي تنتجها البشرية، انظر في هذا **الدكتور يونس عرب**، متطلبات ومخاطر الانفتاح الالكتروني من النواحي الفنية والتشريعية، ورقة عمل الملتقى السابع لمجتمع الأعمال العربي، البحرين، أكتوبر 2003، ص 04 وما يليها.

[2]/– يراد بمعالجة المعلومات إدخال البيانات الخام وتحويلها باستغلال التطبيقات المعنوية (البرامج) الى معلومات ذات غرض ومحتوى يستغل في النشاط الإنساني بكل إشكاله أنظر في هذا معجم الحاسبات.

للتعامل مع المعلومات وتشمل وسائل الحوسبة والاتصال وما نتج عن اندماجهما من وسائط تقنيـــة عالية يعبر عنها بالعموم **بنظام الكمبيوتر**.[1]

ولأن النظام القانوني كائن حي[2] يعكس ميول واتجاهات واحتياجات المجتمع ونزعاته للتنظيم لجهة حماية الحقوق الفردية والجماعية عبر قواعد التشريع في فروعه المختلفة، فمن الطبيعي أن تتأثر علاقاته وقواعد ومرتكزات التشريع فيه بما خلفته التقنية العالية وأدوات العصر الرقمي من آثار وما أنتجته من أنماط جديدة للعلاقات القانونية، ومن الطبيعي أيضا أن تتجه النظم القانونية المختلفة لمعالجـــة هـــذه الآثار عبر حركة تشريعية تعكس استجابة التشريع للجديد والمستجد في هذا الحقل.

فإذا كان منطقيا أن كل مستجد يتعين أن يدرس في ضوء احتياجات تنظمه القوانين الوضعية، فانه منطقيا أيضا أن القواعد القانونية لا تقرر إلا بصدد احتياجات يقدرها المشرع في مجتمع معين وليس لأمور افتراضية لم تحدث أثرها بعد على الإنسان وعلاقاته وعلى المجتمع وقطاعاته وعلى الدولة وبنائها، فان هاتين الحقيقتين تتطلب استنتاجا فيما يتعين علينا أن نقرره بشان النظام القانوني للأنترنت...

---

[1]/- **الدكتور يونس عرب**، قانون الكمبيوتر –النظرية والمشتملات – الطبعة الأولى، اتحاد المصارف العربية، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، 2001 .ص 44 وما يليها " ان ولادة قانون الكمبيوتر أو لنقل ملامحه الأولى بدأ مع شيوع استعمال الكمبيوتر وانخفاض آلفه، ولأنه أداة جمع ومعالجة للمعلومات فقد آنت أول تحدياته القانونية إساءة الاستخدام على نحو يضر بمصالح الأفراد والمؤسسات، ومعه نشأ الارتباط بين القانون والكمبيوتر"

Voir dans ce sens **Jean-Pierre BOURGOIS** , l'informatique dans les études de droit , tous un programme ... a élaborer , LE BULLETIN DE L'EPI N° 63 .2006, p 71 " Réduction contestable, l'informatique outil réduit…. l'informatique à l'objet. Avec Luc Farret ("Le choc judiciaire" éd. des Parques), ne doit on pas distinguer parmi ces outils qui nous entourent ceux qui prolongent le bras ou les membres et leur donnent plus de force (physique) et ceux qui servent l'esprit, mémoire et raisonnement ? L'ordinateur n'est-il qu'une amélioration du stylo-bille ou au contraire un outil d'une autre nature ? S'il n'est qu'un simple outil comme les autres et comme les fichiers manuels , pourquoi a t-il suscité une loi spéciale, chargée de protéger nos libertés!"

[2]/- د **.موفق طيب شريف**، تطور القيمة القانونية لفكرة الأمن القانوني، الملتقى الوطني " الأمن القانوني "، أكتوبر 2012، ص13.

وفي هذا الإطار ثمة آراء متحفظة[1] ترى انه إلى غاية الوقت الراهن لم يكرس الأثر واضح المعالم للأنترنت على نحو يوجب التدخل التشريعي لتنظيم المسائل المتعلقة بها، وثمة رأي آخر[2] قد سلم بان الانترنت تسابق العصر بل سبقته، وان التأخر في تنظيم مسائلها الرئيسة أدى إلى حدوث التأثيرات دون أن يكون ثمة إطار قانوني يهتدي به في الموقف من هذه التأثيرات ..

ودون الخوض في غامرات التضارب الفقهي، فانه ومن هذين الموقفين، فان ما يلمسه مستخدم الانترنت، فردا كان أم مؤسسة، وما يلمسه الراغب باستثمار فضاءاتها في أنشطته الخدمية والإنتاجية أو تحقيق منافع منها، فان هذا الأخير عالما بمختلف الأدوات المطروحة في كل عملية استخدام ويعتبر في ذات الوقت تحديا جديدا والذي بمناسبة الاستخدام تطرى ما يثير عدة تساؤلات قانونية في مدى استخدام للتكنولوجيا الرقمية وأثرها علاقة المؤلف والمستهلك في هذا الفضاء الرقمي .

بالإشارة لحق المؤلف في هذا المقام، فانه من الحقوق المالية المتفرعة عن حق الملكية الأدبية وهو حق طبيعي ولصيق بشخصية المؤلف وإنسانيته و التي اتجهت معظم دول العالم والمنظمات العالمية إلى حمايتها والاهتمام بالملكية الفكرية ليس حديثا كما قد يبدو للبعض، فلقد بدأ هذا الاهتمام مع الثورة الصناعية الأولى بأوروبا، حيث تعددت الابتكارات والإبداعات التي ساهمت بشكل فعال في النمو الاقتصادي في البلدان الصناعية الكبرى وذلك بعد أن اتضحت مدى أهميها سواء من الناحية العلمية

---

[1]/- Christiane FERAL-SCHUHL ,cyberdroit ,le droit à l'épreuve de l'internet ,6emme édition, édition Dalloz, paris,2010,p34

[2]/- **الدكتور حسن جميعي**، مدخل إلى حقوق الملكية الفكرية، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين ووسائل الإعلام، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الإعلام المنامة، مملكة البحرين، 16 /04/ 2004، ص 02 .

Et voir aussi Jacques Freyssinet**,** « trente ans après ,la loi « informatique et liberté » se cherche encore »,RLDI 2008,p.37. et voir Décision n° 2013-370 QPC* du 28 février 2014, [Exploitation numérique des livres indisponibles] posée par Mr. Marc S. et Mme Sara D., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 134-1 à L. 134-8 du code de la propriété intellectuelle, issus de l'article 1er de la loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle.

* (QPC) question prioritaire de constitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel français qui a été saisi par le Conseil d' État le 19 décembre 2013 (décision n° 368208 du 19 décembre 2013 voir le journal officiel français n°0052 du 2 mars 2014 page 4120)

والأدبية أو من الناحية الاقتصادية وأثرها الحيوي في تيسيرا التعامل والتبادل التجاري الدولي، وفي هذا الصدد وبهدف تنسيق القواعد والمبادئ القانونية التي تحكم هذه الحقوق وسبل حمايتها في التشريعات الداخلية للدول التي تنضم في شكل اتفاقيات ومعاهدات، فقد قامت المنظمات العالمية من خلال الاتفاقيات والمعاهدات [1]بوضع الأسس والمبادئ المتفق عليه في شأن تنظيم حقوق الملكية الفكرية وحمايتها، حتى يتم تبنيها وإنفاذها في التشريعات والقوانين واللوائح الخاصة بالدول المنضمة لهذه المعاهدات ...و هذا الحقوق- أي حق الملكية الفكرية بصورة عامة وحق المؤلف بصورة خاصة – قد اقترنت صور حمايتها بالتجارة الدولية وهذا ما بينته العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية " **الجات**[2] **"GATT**

في الباب السادس حول الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية [3] وبعدها جاءت دور **اتفاقية "التريبس " « TRIPS »** والتي هي الأخرى كان لها انعكاسات مباشرة على الحقوق الملكية

[1]/- عدلت اتفاقية باريس الصادرة بتاريخ 1883 والمتعلقة بحماية الملكية الصناعية –و التي من خلالها تتم حماية المبتكرات الجديدة كالاختراعات والنماذج الصناعية والعلامات التجارية وغيرها- وبعد ثلاث سنوات تم عقد اتفاقية برن الخاصة بحماية الملكية الأدبية، وتستهدف الحماية للأعمال المكتوبة كالكتب، والأعمال الفنية كالمسرحيات، والموسيقى، والمواد السمعية، والبصرية كأشرطة الفيديو، والكاسيت، والفنون التطبيقية عدة مرات كان أولها تعديل بروكسل في 14 ديسمبر 1900 ثم تعديل واشنطن في 2 يونيو 1911، وأعقبه تعديل لاهاي في 6 نوفمبر سنة 1925، ثم تعديل لندن في 2 يونيو 1934، وتلاه تعديل لشبونة في 31 أكتوبر سنة 1958 وأخيرا تعديل استكهولم في 14 يوليو 1967. وقد تم تنقيح هذا التعديل في 2 اكتوبر 1979 وتم تعاقبت التعديلات في 1984 و 1994 و1995 و1999 و2001 وسبتمبر 2005 ثم بعدها

أنظر في هذا **الدكتور حسام الدين الصغير**، الحماية الدولية للملكية الصناعية، من اتفاقية باريس إلى اتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (اتفاق تريبس)، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للمسؤولين الحكوميين، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الإعلام المنامة، مملكة البحرين، 14 و15 أفريل 2004، ص 02 هامش 02 .

[2]/- وتعني "الإتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة". وقد أبرم هذا الاتفاق في 30 تشرين الأول / أكتوبر 1947، ودخلت حيز النفاذ في الأول من جانفي / يناير 1947. وكان تنفيذه يجري من خلال أمانة دائمة مقرها جنيف. وكان من مهام الجات الإشراف على جولات المفاوضات حول تجارة السلع، والإجراءات المتعلقة بتنظيم التجارة الدولية بين الدول الأعضاء في الاتفاق (التي كانت تسمى بالأطراف المتعاقدة)

[3]/- لأكثر التفاصيل أنظر **أ.د .أسامة بن صادق طيب**، منظمة التجارة العالمية –الاستفادة من اتفاقياتها في العالم العربي وفي المملكة العربية السعودية بشكل خاص، نحو مجتمع المعرفة، سلسلة الدراسات يصدرها مركز الإنتاج الإعلامي بجامعة الملك عبدالعزيز،=

الفكرية بصورة عامة وعلى حق المؤلف بصورة خاصة كما سبق ذكره، وهذا بسبب الاختلافات التي كانت قائمة ما بين الدول في مسألة ضبط الحقوق الملكية الفكرية، فالبعض منها يأخذ بالنظام اللاتيني الذي يرتكز في حماية الشخص صاحب المصنف في شقه المادي والمعنوي ونسبة الحق إليه مع الاحتفاظ على حقه في نشره أو عدم نشره، أما النظام الأنجلوسكسوني فيرتكز الاهتمام على المصنف وليس على صاحب الحق – المؤلف – ومن تم فان الحماية تقتصر على الشق المالي دون الشق الأدبي.

و ما بين هذا وذاك، فان الأهمية الاقتصادية التي تجنى من جراء التعاملات التجارية من وراء هذا الحق – أي حقي المؤلف و الملكية الفكرية – تتضح جليا من خلال أبرز الإتجهات[1] التي تنادي بضرورة تقوية نظام الملكية الفكرية حول العالم والذي يؤدي إلى تزايد التدفقات التجارة الدولية، شانها في ذلك شان حركية التجارة الدولية في العالم، ومع ذلك فانه ليس من الواضح على الإطلاق تحديد كيفية خلق ذلك التوازن ما بين التأثيرات الاقتصادية الناجمة عن توسيع نطاق حركية حقوق الملكية الفكرية عبر الحدود الوطنية مع تأثير تحرير التجارة الدولية[2] ..

=الإصدار الرابع عشرة / 2007، ص 25 وأنظر كذلك أ .**د سعيد النجار**، "الجوانب القانونية والاقتصادية لمبادئ الجات ومنظمة التجارة العالمية "، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 1 الطبعة 1، ماي 2004، ص 19 وما يليها .و أنظر **أ.د .نزيه محمد الصادق المهدي**، " آلية حماية حقوق الملكية الفكرية" ، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004، ص 802 وما يليها .

[1]/- **Kamel IDRIS** , la propriété intellectuelle ,moteur de la croissance économique, publier par organisation international de la propriété intellectuelle, Genève ,SUISE, juin 2003 ,p 4 « économie et propriété intellectuelle ».. « Depuis de nombreuses années, les économistes tentent d'expliquer pourquoi certaines économies se développent rapidement et d'autres non; autrement dit, pourquoi certains pays sont riches et d'autres ne le sont pas. On s'accorde généralement à penser que le savoir et l'innovation ont joué un rôle important dans la croissance économique récente. Le célèbre économiste (Paul Romer) pense que l'accumulation de savoirs est le moteur de la croissance économique. Selon sa théorie, pour favoriser la croissance, les pays doivent adopter des politiques économiques qui encouragent l'investissement dans la recherche-développement et subventionner des programmes de mise en valeur des ressources humaines.

[2]/- **الدكتور أحمد يوسف عبده الشحات**، بعض جوانب الاقتصادية لحقوق الملكية الفكرية، بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004، ص671.

ففي حين يؤدي تحرير التجارة الدولية بصفة عامة إلى تزايد درجة المنافسة في الأسواق الدولية ومن تم إلى تزايد درجة المنافسة في الأسواق الدولية ويؤدي إلى التزايد في التدفقات التجارة العالمية، فتوسع نطاق الحقوق الملكية الفكرية وتقوية نظامها [1]يعني أن كل المشاريع وكل المراكز التي تعني بالضرورة حماية هذه الحقوق تأخذ وجها أخرا احتكاريا على المستوى المحلي أو الجهوي أو حتى الدولي، وهذا الأمر ينعكس على التجارة الدولية وبالتالي على حركية ورواج الأسواق العالمية [2].

و من هذا المنظور نكون أمام التأثير المباشرة أو الغير المباشرة في أثر تقوية النظام الحمائي للملكية الفكرية بصفة عامة وعلى حق المؤلف بصفة خاصة وأثرها على التجارة الدولية [3]...

وعن حق المستهلك، فبجدر بنا في هذا المقام أن نشير قبل ذلك إلى تلك الحركية الاقتصادية والسياسية والثقافية الذي شهدها العالم في القرن الماضي نتيجة ولوج حقبة من التطورات التي استحدث معها جملة من المفاهيم المختلفة كرد فعل لسياسة انفتاح اقتصاديات العالم للأسواق الخارجية أو الدولية وحرية التبادل التجاري وكذا حرية تحويل النشاط الاقتصادي في ربوع العالم بالإضافة لتسهيل حركية الأموال وتسهيل وسائل النقل والاتصال ما بين مختلف الهيئات والمنضمات والمتعاملين الاقتصاديين كأشخاص معنوية أو طبيعية والذي وقع الإجماع باصطلاحها بالعولمة [4] هذه

---

[1]/- **الدكتور أحمد يوسف عبده الشحات**، المرجع السابق، المجلد 02، ص 677

[2]/- أ.**د .إبراهيم أحمد إبراهيم**، التجارب الدولية لتطوير وتنمية حماية الملكية الفكرية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الملكية الفكرية، 22-23 أكتوبر 2001، غير منشورة، ص 67 وأنظر كذلك **أ.د .نزيه محمد الصادق المهدي**، المرجع السابق، **ص** 810 .

[3]/- **المستشار الدكتور محمد محمود الكمالي**، آلية حماية الملكية الفكرية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004، ص 232 وأنظر كذلك **الدكتور السيد أحمد عبد الخالق**، الاقتصاد السياسي لحماية حقوق الملكية الفكرية في " **التريبس** " مع التطبيق على نقل التكنولوجيا للدولة النامية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004، ص 310و 311 وص 314 هامش 02 .

[4]/- la **mondialisation** (ou **globalisation** pour les anglo-saxons) est le processus d'ouverture de toutes les économies nationales sur un marché devenu planétaire. La mondialisation est favorisée par l'interdépendance entre les hommes, la déréglementation, la libéralisation des échanges, la délocalisation de l'activité, la fluidité des mouvements financiers, le développement des moyens de transport, de télécommunication... *www.toupie.org* › Dictionnaire voir **DOLLFUS olivier** edition presses de science po p7 ..paris , ; la mondialitation ;la bibliothèque du citoyen **,**aussi =

الأخير – العولمة – كان لها الأثر المباشر في زيادة الطلب على المنتجات والخدمات وبدا الإحساس بظهور طرف في تلك المعادلة يسمى بالمستهلك، هذا الأخير أخذ منحى هام في حلقة تصريف الإنتاج والتوزيع وأصبح يشكل ظاهرة اجتماعية[1] أصبحت تسمى بظاهرة الاستهلاك، وهذه الأخير صاحبت في الوقت ذاته اتساع نطاق التوزيع بسبب الإنتاج الكبير من جراء تقنية الإعلام والاتصال وتأثيرات الدعاية [2] فتولدت من جراء هذه التطورات حالة ملحة لحماية ذلك الكيان العام في إطار نمط استهلاكي خاص وفق لقواعد قانونية تأخذ بعين الاعتبار القواعد العامة المتولدة من نظرية الالتزامات وفق للمعاملات المدنية في إطار العلاقات التعاقدية ما بين طرفين يغيب عنهما ذلك التوازن اقتصادي، وتظهر بالموازاة تلك القواعد الخاصة التي تنجر عن النظام الحمائي المفروض توافره ما بين المستهلك

= « La mondialisation provoque tourbillons de croissance et intensification de flux de toutes natures - scientifiques, technologiques, démographiques, économiques, culturelles. La dynamique des réseaux tend à l'emporter sur le contrôle des territoires. Mais le Monde, qui est aussi un lieu, est présent dans chaque endroit de la planète. Loin d'uniformiser celle-ci, la mondialisation n'est nullement une menace pour les positions acquises mais elle multiplie au contraire les opportunités. »

[1]/- **Jean-Paul Flipo,** La consommation citoyenne**.** Origines, significations, enjeux, Paris, L'Harmattan, 2012, p 24 « La satisfaction des besoins individuels et collectifs par le recours au marché est un phénomène social central des sociétés modernes. L'essor du capitalisme durant le XIXe siècle a rendu le passage par le marché de plus en plus nécessaire dans l'acte de consommer. Avant cette période de transition, l'autoproduction était beaucoup plus répandue. La marchandisation des relations sociales a paradoxalement rendu les individus plus interdépendants les uns des autres. La prise de conscience de ses interdépendances fut précoce du côté des consommateurs, ainsi dès = =le début du XXe siècle sont apparus des mouvements de consommateurs qui ont utilisé le levier de la consommation pour faire entendre leurs revendications et peser sur les logiques de production »

و أنظر كذلك **الدكتور بودالي محمد**، الحماية القانونية للمستهلك في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة) أطروحة لنيل شهادة دكتورة دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، ص 02 " وبدأ الإحساس بالمستهلك كظاهرة اجتماعية منذ الستينات، وقد تزامن ذلك مع نمو اقتصادي لا مثيل له، طبع هذا العصر بسمات لازالت فيه، وهي سمات الإنتاج الكبير والاستهلاك الكبير والتقدم العلمي والتقني، احتاجت معه المشروعات والمؤسسات المتنافسة إلى استعمال وسائل الحديثة مثل الائتمان والإشهار والتسويق، بما يؤدي إليه من حث للمستهلك وتحريضه على الاستهلاك، تحقيقا لهدف تنشيط الطلب على المنتجات والخدمات "

[2]/- **Jean Calais-AULOY et Frank Steinmetz,** droit de consommation, 6[e] édition, dalloz,2010,p6 «concilier l'inégalité des rapports entre consommateurs et producteurs et le principe d'autonomie de la volonté en matière contractuelle, tel est l'objet du droit de la consommation… »

والمحترف وفقا لما تمليه تلك القواعد الخاصة في إطار التعاملات التي يشهدها الطرفين وما ينجر عنها من أثار قانونية .

وبهذا الوجه، ونتيجة لذلك المخاض الطويل الذي سببه الصراع الطويل الذي عايشه طرف وجد نفسه ضمن حلاقات الحركية الاستهلاكية، وبالوجه الثاني وفقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي خول لهذا الأخير –المستهلك– الخيار التعاقدي، ولكن الأمر ليس على هذا الحال في كل الأحول لأن النطاق التعاقدي قد يتعارض معه في عدة صور كحالات الضمان أو حتى الشروط التعسفية مثلا...

فالقواعد العامة للقانون المدني أصبحت لا تكفي لبسط الحماية القانونية فأصبح لزام الوقوف عند نظام تشريعي خاص ومستقل لتوفير كل مظاهر الحماية من خلال ضبط القواعد العام والخاصة، إذن فإحداث التوافق الذي كان نتيجة لعدم المساواة ضمن العلاقات ما بين المستهلك والمحترف من جهة ومبدأ سلطان الإرادة من جهة أخرى في الإطار التعاقدي هو موضوع قانون حماية المستهلك.

وعلى هذا النحو فان قانون حماية المستهلك هو ذلك القانون الذي يعني بالضرورة تنظيم العلاقات ما بين المستهلك والمحترف.[1]

كان هذا الكيان الذي سبق ذكره، والمنصب على حق المؤلف وحق المستهلك الذي جاء في إطاره الكلاسيكي لا يوافق من منظور أخر مع حتمية التكنولوجيا الحديثة أو تقنية التكنولوجيات الرقمية الحديثة على واقع حقي المؤلف والمستهلك على حد السواء أي في طبيعة التعامل مع تلك الحقوق.

فضلا على ذلك، نرى أن هذه الحتمية التكنولوجيا الحديثة في مجال وسائل البحث كالإنترنت le cyberspace أدت للاعتماد على نظم المعلومات والتكنولوجيا القائمة على الحاسوب والبرامج التشغيلية والتطبيقية التي أتيحت للاستعمال بين الأفراد أو ما بين الجمهور entre le public، بسبب الحاجة المستمرة والمتزايدة في مجال المعرفة بكل أنواعها على مستوى معظم دول العالم، والتي

[1]/- **Henri Temple et Jean Calais-AULOY**, le droit de consommation ,8eédition, Dalloz - Precis Dalloz – 2010, paris, p 10

تولدت من خلالها مجموعة من العلاقات القائمة التي لا يمكن استبعادها، فالقاسم المشترك هو المنتوج الفكري le produit intellectuelle الذي يكون في أخر مطاف ما هو إلا نتاج حق المؤلف ومن هذا المنظور يتعين على القاعد القانونية أن تحكم ما بين منطقين:

المنطق الأول الذي يفرض ذلك التعايش الحتمي الموجود كفكر كلاسيكي في طيات حق المؤلف أي ذلك الحق المادي والمعنوي الذي يأخذ شكل المتوج الفكري المراد حمايته وتوزيعه وبالنتيجة يتحول إلى ملك يود حيازته الجمهور أو تتجسد الحيازة المادية فيه بكل صورها حتى لو تمت العملية بالصورة الغير القانونية .

أما المنطق الثاني فهو استعمال هذا المنتج الفكري على الإنترنت لتوسيع دائرة التوزيع مع الأخذ بالحسبان آثار عمليات التوزيع في المجال الرقمي والتي بطبيعة الحال يثير معها مفهوم التجارة الإلكترونية التي أصبح محرك اقتصاديا فعليا على المجال الرقمي آخذين بالحسبان رغبة الجمهور في الحصول عليه مع إمكانية عدم السيطرة على حركية هذا المنتوج متى وضع في دائرة التداول .

بهذا المنطقين وجب علينا، تحديد الإطار القانون من أجل حماية حق المؤلف المادي والمعنوي والآثار المترتبة من جراء الاستعمال لهذين الحقين على الانترنت وبالنتيجة تحديد الوسائل القانونية الناجعة للحماية. مع الأخذ بالحسبان بالموازاة حماية المستهلك أو المستعمل لهذا المنتوج الفكري .

مما هو ثابت فانه ومن خلال الدراسات الأكاديمية السابقة سواء في الجزائر أو الدول العربية، فنجد أنها عالجت موضوع التكنولوجيا الحديثة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية أو نجدها عالجت التكنولوجيا الحديثة بالمستهلك، فوجدت نفسي في مفترق الطرق ما بين هذا أو ذلك الى غاية قراءتي لمذكرة التخرج للأستاذة GREGOIRE BONNICI تحت عنوان "**حق المؤلف والمستهلك في الفضاء الرقمي ما بين التضامن الإسنهلاكي وفردية الملكية**" .[1]

[1]/- **GREGOIRE BONNICI** , le droit d'auteur et le consommateur dans l'univers numérique « entre solidarisme de la consommation et individualisme de la propriété » DEA de droit des créations immatérielles sous la direction de Jean-Michel Bruguière , FACULTE DE DROIT, université DE MONTPELLIER I , France , Année Universitaire 2003-2004,=

و من أجل التصدي لهذه الدراسة وفي هذا النطاق يتعين علينا أن نتساءل عن القواعد القانونية الوضعية في التشريع الجزائري والمتعلق بحماية حقي المؤلف و المستهلك، وما مدى تأمين هذه الحماية المرجوة عمليا في نطاق الانترنت سواء من منظور المؤلف أو المستهلك وكيفية سد شتى الفجوات التي تواجههما، وبالطبع إيجاد الحلول القانونية الممكنة؟

ولتعزيز هذه الدراسة اعتمدت على المنهج المقارن كما هو مبين في عنوان المذكرة أي أسلوب البحث المقارن ما بين التشريع الجزائري والفرنسي كأصل الدراسة وأعتمت كذلك مختلق القوانين والأحكام القضائية المقارن.

فضلا على ذلك، اعتمدت في دراستي لهذا الموضوع على التقسيم الثنائي في شكل بابين:

الباب الأول تناولت فيه الأسس المعرفية لطبيعة حقي المؤلف والمستهلك على النات أما الباب الثاني فخصصت فيه الآليات القانونية لحماية حقي المؤلف والمستهلك على النات ...

وما توفيقي إلا بالله وهو من وراء القصد ...

=Voir aussi **Pierre-Emmanuel Moyse** et **LEGER ROBIC RICHARD**, DROIT DES AUTEURS ET DROIT DE LA CONSOMMATION DANS LECYBERESPACE: LA RELATION AUTEUR/UTILISATEUR, texte

Publié aux cahiers de la propriété intellectuelle , Publication 70. 1996 , canada , 4 et 5

الباب الأول

الأسس المعرفية لطبيعة حقي المؤلف والمستهلك على النات

الباب الأول: الأسس المعرفية لطبيعة المؤلف والمستهلك على النات

تمهيد

بالتطرق للأسس المعرفية لطبيعة حقي المؤلف والمستهلك على النات، تستوقفنا تلك العلاقة القائم ما بين طرفي نقيض، تلك العلاقة التي تنشأ بمناسبة ممارسة تلك الحقوق المتقابلة، تدفع بنا الحاجة إلى التدقيق أكثر وعن قرب في ضبط التوازن ما بين المؤلف والمستهلك، ذلك التوازن هو النتيجة الحتمية للمصالح المتبادلة ما بين المؤلف والمستهلك أو المستعمل[1]، والغاية منها هو تفعيل ذلك الإبداع والدفع بالمؤلف للبحث والتكثيف من حركية الإنتاج الفكري والعلمي وأنا للحضارات أن تتقدم أو تتطور بدونها .

فضلا على ذلك، فان الاستئثار على جملة الحقوق المادية والمعنوية الواردة على المصنفات الأدبية على اختلافها وما يرد عليها سواء في الموضوع أو الطبيعة أو حتى على مدة الحماية [2] هي خالصة لصاحب الحق كقاعدة عامة .

---

[1]/- سوف نرتكز على طائفة من المصطلحات في هذه الدراسة ويتواضع العمل عليها طيلة كل مراحها على الوجه التالي:

استخدام مصطلح المستعمل أو المستهلك أو المستخدم للوسائل التقنية العالية فهو مصطلح واحد .

[2]/- **الدكتور حسن جميعي**، مدخل إلى حقوق الملكية الفكرية، 2004، ص 03 وأنظر في هذا كذلك **المحامي الدكتور عمر الجازي**، المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف، ورقة عمل مقدمة في ندوة"حق المؤلف في الأردن :بين النظرية والتطبيق، كلية الحقوق،الجامعة الأردنية، 2004، ص 3 وما يليها

*Voir aussi dans ce sens / **Jean-Michel Bruguière et Michel Vivant , Droit d'auteur et droits voisins (2e édition), Dalloz - Precis Dalloz,2012,p15 et voir aussi** André Bertrand**, Droit d'auteur , droit Pratique Et Correspondance (édition 2011/2012), édition Dalloz , Dalloz action, 2010,p 10 «** Le droit d'auteur organise un équilibre entre les usages des utilisateurs d'œuvre et les droits des créateurs, qui doivent pouvoir vivre de leurs œuvres. » et **Christophe Caron**, Droit d'auteur et droits voisins **,manuel , 2e édition , édition LITEC , 2010 p 10 «** Premières vues. Le droit d'auteur est le droit des belles formes. Ces formes sont parfois sublimes, souvent modestes et il arrive même, depuis l'avènement de l'informatique, qu'elles n'aient, avec la beauté, qu'un lien ténu. Mais c'est la mission du droit d'auteur de protéger l'expression de la beauté sous toutes ses manifestations. Cette noble mission range le droit d'auteur parmi les disciplines les plus fondamentales de notre société….. D'ailleurs, si le droit d'auteur n'existait pas, le monde, orphelin des arts, serait bien triste. C'est pourquoi Victor Hugo s'écriait que la «propriété littéraire est d'utilité générale» et que Diderot a pu écrire, imprégné de l'esprit de l'Encyclopédie et du siècle des Lumières, que «si donc vous abolissez les privilèges,=

ومن منظور المستهلك، هذا الأخير الذي يتوسط العملية التسويقية يجد نفسه في معادلة تحكمها مسألتين:

المسألة الأولى هي تلك الرغبة في الحصول على المعرفة و اقتناء المنتوج الفكري مراعين بالموازاة الأحكام القانونية التي تضبط مسألة الاستعمال أو الاستغلال سواء بالنسبة للمستهلك أو المؤلف .

أما المسألة الثانية فتتجسد في كون أن القواعد القانونية التي تسعى في حماية الطرفين – المؤلف والمستهلك – هي قواعد كلاسيكية مصدرها أحكام عامة تتجسد في القانون المدني –قواعد الالتزام ما بين الطرفين والتي مصدرها العقد[1] –في غالب الأحوال – وقد تتجسد في القواعد الخاصة التي مصدرها النصوص القانونية على اختلاف التشريعات والتي تكرس حماية ما للأطراف وما عليهم .

هذه الفكرة الكلاسيكية تجد لها تطبيقا منطقيا في وجود مفهوم الدعامة المادية التي تحوي على المصنف أو المؤلف – حسب مفهومه القانوني [2]– وهذا منذ وجود فكرة الطباعة [3]، على الرغم من أن فكرة التعارض[4] في المصالح هي أزلية الوجود ما بين الطرفيين غير أن الإطار العام للحماية القانونية

=ou que par des atteintes réitérées vous les jetiez dans le discrédit, c'est fait de cette ressource ; plus d'économie dans cette sorte de commerce, plus d'espérance, plus de fonds solide, plus de crédit, plus de courage, plus d'entreprise». Le droit d'auteur encourage les arts et protège les créations**.** Il assure la protection des auteurs et encourage les commerçants à investir dans les domaines culturels. Et il permet au public d'accéder à des œuvres et, grâce à la protection accordée »

[1]/- **الفقيه السنهوري، عبد الرزاق محمد**، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، المجلد الأول، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة المصرية، الطبعة الثالثة الجديدة، 2011، ص 53.

[2]/- أنظر أحكام المادة 02 الفقرة 01 و02 من الأمر 03-05 المؤرخ في 2003/07/19 والمتعلق بالحقوق المؤلف والحقوق المجاورة جريدة رسمية عدد 44.

[3]/- **GREGOIRE BONNICI, op.cit.p04** Voir aussi dans ce sens Gabriel de Broglie, Le droit d'auteur et l'internet, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques **(Cahier des sciences morales et politiques) ,1 er édition ,presses universitaire de France ,2001 ;p 6** « Une rapide histoire du droit d'auteur montre tout d'abord que son apparition, relativement tardive et progressive, est liée au développement d'une technique de diffusion de la pensée :c'est l'imprimerie. »

[4]/- **Pierre-Emmanuel Moyse** et **LEGER ROBIC RICHARD**, op.cit., p 12.

قد خفف من حدتها وهو أمر أصبح ثابتا و مستقرا في مختلف النظم القانونية في العالم ولكن من الناحية الفعلية تشوبه عدة مشاكل .

ومما لا شك فيه أيضا وضمن عصر الإنترنت[1]، هذا النظام المفتوح والذي أصطلح عليه بعصر المعلومات –كما سبق بيانه أنفا – أصبح رواج المعلومة مسألة الجميع على اختلاف أطياف البشر وفي أنحاء شتى المعمورة وهذا الأمر كذلك مبني على أمرين:

أولا: فكرة معالجة البيانات le traitement de donnée[2] ويتم هذا الأمر بمعية نظام آلي يصطلح عليه بنظام المعالجة الإلكترونية للبيانات عن طريق الحاسوب سواء ما تعلق منه بحفظ البيانات أو التخزين أو نقل أو تبادل المعلومات .و هذا ضمن ما يعرف بالنظام الحوسبة وتبعا لذلك نتطرق إلى البعد القانوني لهذا النظام .

ثانيا: الأمر الثاني متعلق بالطبيعة القانونية لهذا النظام الآلي والذي نصطلح عليه في دراستنا باسم قانون الكمبيوتر [3]

[1]/- **الدكتور أبو العلا النمر**، التوجهات الحديثة للقضاء المصري في شأن حماية الحق الأدبي للمؤلف، بحث مقدم إلى مؤتمر الملكية الفكرية والتنمية في العصر الرقمي تحت رعاية المركز المصري للملكية الفكرية وتكنولوجيا المعلومات في الفترة من 28-2007/5/29م، القاهرة، ص.44.

[2]/- **المعالجة الإلكترونية للبيانات** وهي تجميع البيانات وتجهيزها لإدخالها للحاسب وتحليلها بغرض الحصول منها على معلومات محددة أنظر في هذا التعريف الوارد في **معجم الحاسبات**، الطبعة الثانية الموسعة، مجمع اللغة العربية القاهرة، مصر، 2003، ص 71.و أنظر كذلك **الدكتور فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات**، الكتاب الثاني عقود الكمبيوتر، الجزء الثاني عقود النظم والأجهزة والانترنت وقواعد البيانات، دار الكتاب الحديث، طبعة 2003، مصر، ص 373-375.

[3]/-أنظر في هذا **الدكتور يونس عرب**، قانون الكمبيوتر cyber law، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، ج01، الطبعة الأولى، اتحاد المصارف العربية، الأردن، 2001، ص 165 وما يليها .

ومن منظور تشريعي(أي ما تعلق بالسياسة التشريعية) فقد استجابت أغلب التشريعات المقارنة[1] بنسبة متفاوتة مع العصر الرقمي مع الأخذ في الحسبان ثلاثة أبعاد:

- **الأول:** بعده الاقتصادي والتجاري (التجارة والاستثمار والنشاط المالي والهياكل الاقتصادية).
- **الثاني:** بعده التقني (الاتصالات والحوسبة)، وهما بعدان متداخلان ومرتبطان بشكل يصعب فصله إلى درجة أن البحث في مسائل الانفتاح الاقتصادي يتعرض للانفتاح الإلكتروني والحديث عن الأخيرة يرتبط أيضا بسياسات الانفتاح التجاري خاصة في حقل الخدمات.
- أما **الثالث:** البعد القانوني فيكمن أساسا في حماية أمن المعلومات و حماية مبدأ الخصوصية بالإضافة لضمان سلامة استخدام التقنية وتشيع اعتمادها كوسيلة للأداء والإنتاج .

ومن هذا المنظور فان التشريعات المقارنة[2] بصفة عامة والتشريع الجزائري بصورة خاصة في الأكثر من استجاباتها مضطرة لا مختارة في انتهاج هذا الأسلوب التشريعي لأسباب عدة مراعيين الطرحيين التاليين هما :

---

[1]/- **الدكتور جعفر حسن جاسم**، مقدمة في الاقتصاد الرقمي، الطبعة 01، دار البداية، المملكة العربية السعودية، 2013، ص 33 وأنظر في هذا **الدكتور حميد ناصر الفتال والدكتورة دلال صادق**، أمن المعلومات، طبعة الرابعة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 11 الى 28 .

Voir aussi Thibault VERBIEST, projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique: analyse et critique ,éditions juris-classeur, France, février 2003,p9et p10 marge 16 « La récente réforme européenne qui fixe un cadre juridique pour les services de communication électronique s'inscrit dans un souci de convergence.. voir notamment: la Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à

l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive " autorisation ") …»

[2]/- أنظر في هذا **الدكتور يونس عرب**، التشريعات والقوانين المتعلقة بالأنترنت في الدول العربية، (ورقة عمل) مقدمة مؤتمر ومعرض التكنولوجيات المصرفية العربية والدولية – اتحاد المصارف العربية – 28-29 تشرين اول 2002 – فندق الميريديان – عمان، الاردن، ص 03 وما يليها وأنظر كذلك في نفس الصدد **الدكتور أبو العلا النمر**، التوجهات الحديثة للقضاء المصري في شأن حماية الحق الأدبي للمؤلف، المرجع السابق، ص 45 .

- **الأول:** هو ثمة إدراك حقيقي لمحتوى وحدود ونطاق ومخاطر الاستجابات المطلوبة أو المنفذة في إطار التواؤم ما بين حفي المؤلف والمستهلك مع متطلبات العصر اقتصاديا وتقنيا.
- **الثاني:** هو أن هذا الترابط التقني ما بين حق المؤلف والمستهلك ضمن مفهوم التقنية العالية من شأنه المساس بأسس ومرتكزات النظام الجزائري اقتصاديا وثقافيا وقانونيا أم أن هذا الإقحام التقني هو مجرد استجابة لاستهلاك معارف الآخرين ونقل غير مدروس للنماذج والحلول القانونية والتنظيمية الخارجية وبالأخص ما توصل إليه التشريع الفرنسي في هذا المجال على سبيل المقارنة[1]...

وبذات المنطق [2] –وربما بمدى أوسع– أفرزت تقنية المعلومات وتحديدا في مجال الانترنت – آثارا شاملة على البناء المؤسساتي للدولة، ولقد أثرت على مختلف مناحي النشاط الإنساني في شتى المجالات، فما الذي أثارته وتثيره تقنية المعلومات في حقل القانون، وبالأخص إذا أردنا أن نعالج الجزئية المتعلقة ما بين حق المؤلف والمستهلك وما هي آثارها على هذه العلاقة التي باتت واقعا ملموسا؟

و من هذا المنظور نعالج في هذا الباب النقاط التالية :

في الفصل الأول نتطرق إلى المفهوم الحديث لعلاقة حقي المؤلف والمستهلك الأمر الذي يدفع بنا الوقوف عند مجموعة من المفاهيم المتعلق بالمؤلف والمستهلك كحقين متقابلين بمفهومهما الكلاسيكي وبمفهومها الرقمي وعلاقتهما بمفهوم التكنولوجيا الرقمية وبعدها نتطرق إلى تحليل العلاقة التعاقدية ما

[1]/-Yves GAUBIAC, mesure techniques et interopérabilité en droit d'auteur et droit voisins, doctrine et opinion, bulletin du droit d'auteur , UNSCO, paris, avril-juin 2007.p02 et suites .. voir aussi dans ce sens Pierre TRUDEL, le cyberspace et le droit, interface, vol 18, nº5, faculté de droit, l'université montréal, canada,p46-50.voir aussi jean jacques LAVENUE, cyberspace et le droit international, cours Master 2 Pro Mention Droit International et Européennes ,faculté droit université Lille 02 , France ,2011,p 03et 04.

[2]/- Cédric BIAGINI , l'emprise numérique , comment internet et les nouvelle technologie on colonisé nos vie ,édition l'échappée , France ,2012,p 32 « …Le fait que tout opposant à la tyrannie technologique, fût-il modéré, soit considéré comme un réactionnaire est révélateur d'un moment spécifique de l'évolution du capitalisme: celui où les forces qui en sont le moteur ont compris que la révolution numérique leur offrait des opportunités inespérées de pénétrer toutes les sphères de la vie et de continuer leur œuvre de destruction des formes autonomes de culture populaire, en dissolvant les liens sociaux pour construire un monde d'individus isolés, reliés en permanence aux machines, transformés en consommateurs de produits rapidement renouvelés… »

بين حق المؤلف وحق المستهلك على النات ضمن العقد الالكتروني مبرزين من خلاله تلك العلاقة الناشئة من جراء الاحتكاك الناشئ ما بين الحقي ضمن التعامل في النات ليتم بعدها تحديد المصالح المتعارضة ما بين حقي المؤلف والمستهلك ضمن العقد الإلكتروني في الفصل الثاني .

الفصل الأول

نحو مفهوم حديث لحقي المؤلف والمستهلك

على النات

الفصل الأول: نحو مفهوم حديث لحقي المؤلف والمستهلك على النات

تمهيد

إن الحق الفكري حق يتربع بدون منازع عرش كل الحقوق، ويحتل مركزا بارزا ضمن حقوق الملكية، فالإنتاج الذهني هو أوج ما وصل إليه الإنسان بفضل ملكة العقل، ولهذا قد امتاز الإنسان عن غيره من المخلوقات بالإبداع، فهو سيد هذه المخلوقات بذكائه وعقله وتفكيره فاستطاع بهذه الملكات أن يسخر عناصر الكون لفائدته...

وإذا كان الإنتاج المادي يشكل عنصرا هاما في بناء الأمم وتقدمها فإن الإنتاج الفكري لا يقل أهمية في دوره من الإنتاج المادي، حيث يتم من خلاله إرساء الأسس لجميع صور التقدم، فأصبحت درجة تقدم لأي شعب تقاس بمدى ما توصل إليه من تعليم وثقافة وبمستوى الحماية التي تتوفر للإبداع الفكري الوطني، ولهذا يعتبر حق الابتكار الصورة الفكرية أو العلمية أو الوجدانية التي أتت بها الملكة الراسخة في نفسية المفكر أو المبدع والتي تستوجب حمايتها.

وفعلا ومن أجل النهوض بالصناعة والتجارة والأدب أخذت الدول منذ القرن التاسع عشر تسن القوانين التي تكفل الحماية لعناصر الملكية الفكرية حتى غدت من أحدث فروع القانون، لكونها تعالج الحديث في العلوم والتكنولوجيا، ولا يخفى أنهما يشكلان حجر الزاوية في أي تطور أو تفتح في مختلف مناحي الحياة في أي مجتمع كان.[1] ولم يقتصر نشاط الدول على التشريعات الداخلية بل أدى التطور الاقتصادي والتنافس التجاري والإبداع الفكري إلى تنظيم دولي للملكية الفكرية.

و تعبيرا لعصر يتم الاعتماد فيه على طريقة معالجة المعلومات بأسلوب سريع، فيغلب فيه التقنية العالية للمعلومات كمحدد استراتيجي للأعمال والإنتاج في الدول الحديثة، وليس المراد المعلومات بذاتها، إنما القدرة على توفيرها، ومعالجتها وتخزينها، وتبويبها، واستعادتها، ونقلها، وتبادلها، والتوثق الشامل من دقتها والإفادة منها وإنجاز ذلك كله لا يتحقق دون اعتماد على نظم الحوسبة (الكمبيوتر)

[1]/- **الدكتور صلاح زين الدين**، الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000 ص.14.

بمكوناته المادية والمعنوية فهو يتيح إدخال البيانات ومعالجتها وتخزينها واسترجاعها لكي تقدم للمستهلك أو المستعمل بوجه جديد لتلبية رغبته الاستهلاكية واحتياجاته في المجال الرقمي[1].

المبحث الأول: ماهية حق المؤلف في الفضاء الرقمي

المطلب الأول: مفهوم الكلاسيكي لحق المؤلف في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي

الفرع الأول: تعريف حق المؤلف من خلال القانون الجزائري والفرنسي .

قبل التطرق إلى تحديد تعريف لحق المؤلف والحقوق المجاورة يتعين علينا وجوبا الوقوف عند الطبيعة الفقهية والقانونية لهذا الحق تماشيا مع بقية الحقوق[2] .

فمن من الناحية الفقهية، نجد أن هذا الحق يتوسط عدة نظريات منها النظرية الشخصية التي تعتبر هذا الحق جزء من شخصية المؤلف[3] فلا يمكن اعتباره من الأموال، غير أن هذه النظرية عجزة على تحديد الطبيعة المادية والمالية لهذا الحق فاصطدمت بمبدأ الملكية وأهم العناصر المنبثقة عنه وبالأخص ما يترتب عن فكرة حوالة حق المؤلف في شقه المالي وهذا ما جاءت به نظرية حق المؤلف كحق ملكية [4]

---

[1]/- voir dans ce sens, le rapport d'information du sénat français, le droit d'auteur à l'heure d'internet Quelles réponses législatives apporter au téléchargement illégal de musique et de cinéma ?

Supervisé par **le sénateur jacques VALADE** président de la commission culturelle, section ordinaire de 2005/2006, annexe du procès-verbal nº267 du 21/03/2006 , www.**senat**.fr, p10. phttp://www.senat.fr/rap/r05-267/r05-267.html,p10-11.

[2]/- أنظر في هذا الدكتور **حسن جمعي**، مدخل إلى حق المؤلف والحقوق المجاورة، المرجع السابق، ص 05 .و أنظر كذلك الدكتور **عمر مشهور حديثة الجازي**، المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف، ورقة عمل مقدمة في ندوة "حق المؤلف في الأردن بين النظرية والتطبيق" كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2004/01/12، ص 07 منشور في www.jcdr.com/pdf/article_jan.pdf

[3]/- الدكتور **نبيل إبراهيم سعد**، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2001، ص 109 وأنظر كذلك في نفس الصدد الدكتور **عبد المنعم فرج الصدة**، أصول القانون "نظرية الحق"، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،1979، ص 319.

[4]/- Pierre-Emmanuel MOYSE et LEGER Robic Richard, la nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole ?,publié au law journal, Québec, Montréal, canada,1998,p03 ;06 ;15 ;18. Voir le lien http://centrebombe.org/nature.du.droit.d.auteur,droit.de.propriete.ou.monopole.pdf

ولعل أهم العناصر التي قامت عليها هذه الأخيرة اعتبار أن المؤلف له حق تسلط واستئثار على حقه الأدبي فله أن يباشر حق الاستعمال والاستغلال وحتى حق التصرف، فالقاسم المشترك ما بين الملكية بمفهومها العام وحق المؤلف بمفهومها الخاص هي فكرة الحماية على اختلاف عناصرها، فذهب الفقه [1]إلى أن ملكية حق المؤلف خاصة تستوجب تنظيما خاصا عن التنظيم القانوني المطبق على ملكية الأشياء المادية [2] غير أن هذه النظرية لم تصمد لأهم الانتقادات الواردة في حقها منها وصف حق

[1]/- الدكتور **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، الجزء الثامن، الملكية، ص 344 وأنظر في نفس الصدد الدكتور **عبد المنعم فرج الصدة**، المرجع السابق، ص 320 وأنظر كذلك **الدكتور محمد حسنين**، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص59 وأنظر كذلك **الدكتور سهيل الفتلاوي**، حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي، دراسة مقارنة،الناشر وزارة الثقافة والفنون، العراق، 1978، ص 23 وأنظر كذلك **الدكتورة سميحة القليوبي**، الملكية الصناعية، دار النهضة، القاهرة، 1998، ص 35

Voir aussi dans ce sens ; A.lucas,H.J.Lucas,Traitée de la propriété littéraire et artistique ,LITEC. Paris , France, 1994,P 66 et C.Colombet,Propraité littéraire et artistique et droit voisin, DALLOZ,8émmé édition, France,1997,P 35 et A. STROWEL, l'originalité en droit d'auteur :un critère à géométrie variable, J.T ,Bruxelles, 1991,pp513et 518 et A.STROWEL et J.P. TRIAILLE, le droit d'auteur du logiciel au multimédia, bruyant édition, Bruxelles,1997,p86.

[2]/- الدكتور **عبد الرواق السنهوري**، المرجع السابق،الجزء الثامن، الملكية، ص 345 و أنظر في نفس الصدد الدكتور **عبد المنعم فرج الصدة**، المرجع السابق، ص 321 و322 وأنظر الدكتور **نبيل إبراهيم سعد**، مدخل إلى القانون –نظرية الحق–، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2010، ص 98 و99 .و أنظر الدكتور **نبيل إبراهيم سعد**، مدخل للعلوم القانونية –نظرية الحق–منشأة المعارف، طبعة 2001، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 109 .و أنظر كذلك الدكتور **توفيق حسن فرج**، المدخل للعلوم القانونية (نظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق) مع دراسة مقارنة بين القانون المصري واللبناني والقوانين العربية، دار الفكر العربي، مصر، 2012، ص 444 وما يليها .

Voir aussi dans ce sens: François TERRE, introduction générale au droit ,9emme édition, Dalloz, France, 2012, p435 et suite.et voir Jean-sylvestre BERGE et Patrick COUBE , introduction générale au droit , 13emme édition , Dalloz ,France , 2013 , p 99 et Rémy CABRILLAC , introduction générale au droit , 10ème édition , Dalloz , France , 2013 , p166 et suite. « « …. Les droits intellectuels :ne s'exercent pas non plus contre une personne, ou sur une chose. Ils échappent eux aussi à la classification classique. Leur objet est immatériel, incorporel. Il consiste dans l'activité intellectuelle de leur titulaire. On peut les classer en deux groupes. Tantôt le droit a pour objet une œuvre intellectuelle, le plus souvent artistique, tantôt il porte sur une clientèle commerciale (fonds de commerce). Il s'agit en fait d'un droit d'exploitation. L'usage s'est établi de parler de "propriété «littéraire, artistique ou commerciale. Il est vrai qu'il confère à leur titulaire, un véritable monopole d'exploitation. Mais il ne s'agit pas d'un véritable droit réel, et encore moins un droit de propriété. Les différences considérables entre un objet matériel et un objet incorporel interdisent de calquer sur le régime des droits réels. Les droits intellectuels tendent à se multiplier, et certains flottements juridiques ont incité le législateur à intervenir pour protéger ces biens particuliers résultant de l'activité humaine (ex. loi du 11 mars 1957 sur la=

المؤلف بالملكية الأدبية هو وصف وارد على سبيل المجاز، فالملكية ترد بحسب الأصل على الأشياء المادية، فإذا كان من المقبول أن نعتبر الحق الوارد على العنصر المالي لحق المؤلف بأنه من قبيل الملكية فإن ذلك لا يمكن القبول به فيما يتعلق بالحق الأدبي .

والأمر بهذا المنظور يحيلنا إلى طرح ثاني، مفاده أن غالب الفقه [1] يعتبر أن حق المؤلف ليس حقا واحدا، وإنما ينقسم إلى حقين أحدهما مالي والثاني أدبي، ولقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي عندما صدر حكمها الشهير في قضية " لوكوك" [2] Lecocq بتاريخ 25 جوان 1902 حيث

= propriété littéraire et artistique intégrée dans le Code la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992 ; loi sur la protection en matière de création de logiciels) ».

[1]/- voir dans ce sens: M.VIVANT et J.M BRUGUIERE, droit d'auteur ,précis DALLOZ, France ,2009,p432 et suite. ; André R. Bertrand , droit d'auteur , 3ème édition ,Dalloz, France,2012,pp28-34. ;voir aussi Ysolde GENDREAU , la nature juridique du droit d'auteur selon le nouveau code civil ,revue juridique Thémis de l'université Montréal, vol.27, Canada, 1993.p85 et suite. ; voir aussi Alexandre-auguste Ledru Rollin, journal du plais, recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence français, tome 04 , 3éme édition , publié par F.F partis, paris, France, 1838, p450 note 01et 03.

و أنظر كذلك في نفس السياق الدكتور **صلاح زين الدين**، المدخل للملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثلاثة، 2011، ص 113. وكذلك الدكتور **سهيل الفتلاوي**، المرجع السبق، ص 24و 25

[2] /- Voir Camille BOULAC ,l'exercice du droit moral après la mort de l'auteur ,mémoire de fin d'étude de master 02, droit de la communication , université Panthéon- Assas, paris 02,2012-2013,p03 note 01.

3/- Cour de Cassation française, Chambre civile, du 25 juin 1902, « … Le droit d'exploiter exclusivement les produits d'une œuvre littéraire au artistique réservé par la loi, pour un temps limité, à l'auteur de cette œuvre, constitue un bien entrant dans le commerce et soumis dès lors, à défaut de dispositions légales contraires, aux règles générales du Code civil, en tant qu'elles sont compatibles avec la nature particulière dudit droit. Il en est spécialement ainsi des dispositions de l'article 1498 sur la société d'acquêts, qui, loin d'avoir été modifié par la législation sur la propriété littéraire, a, au contraire, été implicitement reconnu applicable à cette matière par l'article 1 de la loi du 14 juillet 1866 ; Par suite, en cas d'adoption de ce régime matrimonial, la masse partageable, lors de la dissolution de la communauté, doit, en l'absence d'une clause contraire du contrat de mariage, comprendre le monopole d'exploitation afférent aux œuvres publiées par l'un ou l'autre des époux durant l'union conjugale, sans toutefois que la mise en commun de cet émolument puisse porter atteinte à la faculté de l'auteur, inhérente à sa personnalité même, de faire ultérieurement subir des modifications à sa création, ou même de la supprimer, pourvu qu'il n'agisse point dans un but de vexation à l'égard de son conjoint ou des représentants de ce dernier… » voir le lien www.easydroit.fr › Jurisprudence, INCA, 1902, Juin, le 25.

تم تقرير ازدواج حق [1] المؤلف، وما جاء في هذا الحكم [2]من أن هذا الحق يتكون من عنصرين هما الحق في الاستغلال المالي الذي يتقرر للمؤلف ولأسرته بعد وفاته، ويخضع بالتالي لقواعد القانون المدني شريطة أن تكون متفقة مع الطبيعة الخاصة لهذا الحق، فيتمتع المؤلف بحق مانع استئثاري يتصل بسلطته في طبع ونشر مصنفه – الذي لا يمكن أن ينشر دون رضاه – وهو ما يخوله الحصول على المنافع المالية المترتبة على ذلك الاستغلال، ولما كان هذا الحق ذو طابع مالي فإنه يكون قابلا للتنازل عنه أثناء حياة المؤلف كما أنه ينتقل إلى ورثته بعد وفاته.

أما الحق الآخر الذي يتمتع به المؤلف، فهو الحق الأدبي[3] والذي يتضمن الامتيازات ذات الطبيعة الشخصية والأدبية، وهو الحق الذي تم تجاهله كثيرًا .وإن كنا نؤيد الازدواج، فإننا لا نعطي الحق الأدبي والحق المالي ذات الدرجة من المساواة وبتحليل حق المؤلف يتضح أن لهذا الحق وجهين أحدهما أدبي، والآخر مالي يخول صاحبه مزايا أدبية يراد بها حماية المصنف باعتباره ابتكارًا ذهنيا لصيقًا بشخصيته، فتكون له أبوته والهيمنة عليه، كما يخوله بمزايا مالية تتيح له الاستئثار بثمرات عقله ومجهوده المالي فيكون له .احتكار استغلال مصنفه أما في ما يتعلق بالموقف القانوني، فنجد كل من القانون الجزائري[4] والقانون الفرنسي[5] يتفقان على مسألة الطبيعة المزدوجة لحق المؤلف، ولكن لا نجد

---

[1]/- voir Camille BOULAC, op.cit, P 04et05

[2]/- الدكتور **عبد الرشيد مأمون**، الحق الأدبي للمؤلف – النظرية العامة وتطبيقاتها – بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 22 وأنظر كذلك الدكتور **عبد الرشيد مأمون** والدكتور **محمد سامي عبد الصادق**، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002، الكتاب الأول، حقوق المؤلف، دار النهضة العربية، 2004، ص369 و370 وكذلك أنظر الدكتور **سهيل الفتلاوي**، المرجع السبق، ص 26 .

[3]/- أنظر في نفس الصدد الدكتور **عبد الرشيد مأمون**، الحق الأدبي للمؤلف، ص 26-27: "تعرضت هذه النظرية لانتقادات كثيرة، وحاول الفقيه" بيرارد " "Berard " تأييد هذه النظرية والدفاع عنها، حين ذهب إلى أن الحق الأدبي هو الأساس لحق المؤلف، ومنطقيًا لا يمكن الفصل بين الحق الأدبي والحق المالي فهناك رابط بينهما مع عدم إغفال أن الأخير شيءً ثانوي، واستند الفقيه على أن بعض الحقوق تعطى للفرد من أجل السماح له بالنهوض بشخصيته... ، .وقد أرجع هذا الحق في جذوره العميقة إلى فكرتي الحرية والمسؤولية ".

[4]/- المواد 1 إلى غاية المادة 8 من الأمر 03-05 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة (جريدة رسمية العدد 44)، ص 3 .

[5]/- Voir l'article 111-01 du code de la propriété intellectuelle créé par la loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 publié Journal officiel du 3 juillet 1992.et modifier par l'ordonnance 12/ 11/2014 concernent le Code de la propriété intellectuelle français.

تعريفا واردا في هذا الصدد، فبرجوع لأمر رقم 03- 05 من خلال الأحكام التمهيدية تبعا للمادة الأولى منه في قولها "" يهدف هذا الأمر إلى التعريف بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وكذا المصنفات الأدبية أو الفنية المحمية وتحديد العقوبات الناجمة عن المساس بتلك الحقوق "" .

فثابت من خلال هذه المادة أن المشرع حدد فقط الحقوق المشمولة بالحماية دون ضبط تعريف لهذه الحقوق وما يؤكد ذلك، هي المادة الثانية من نفس الأمر والتي تشير إلى فكرة الحماية للحق سواء ما تعلق منه بالمصنفات الأدبية أو الفنية، فنان الأداء أو العازف، ومنتج التسجيلات السمعية أو السمعية البصرية، وهيئات البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري .

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من نفس المادة السالف الذكر، تشير إلى حقوق المشمولة كذلك بالحماية أي كل ما تعلق بالقواعد الخاصة بالتسيير الجماعي للحقوق وكذلك حماية مصنفات التراث الثقافي التقليدي والمصنفات الوطنية للملك العام.

وبالرجوع إلى قانون الملكية الفكرية الفرنسي من خلال المادة الأول فنجدها تشير إلى حماية الحقوق دون ضبط تعريف لمعنى الحق الأدبي [1] فتم حصره فقط ضمن طائفة الحقوق المشمولة بالحماية، باعتبارها مصنفات وليدة الفكر وللمؤلف عليها حقوق معنوية خاصة ومطلقة في مواجهة الجميع [2].

[1] /- Christiane FERAL-SCHUHL,op.cit,p446.

[2] /-voir article L111-1 CPI français « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre ,du seul fait de sa création , d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable a tous. » ..

« .. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code. »

أنظر كذلك موقف القانون المصري قانون رقم 2002/82 المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية جريدة رسمية رقم 22 لسنة 2002 في 02 يوليو وأنظر كذلك في طبيعة حق المؤلف الدكتور **حسن جمعي**، المرجع السابق، ص 05. «. .فلم يتخلف القضاء المصري عن هذا التطور، لذلك فقد صدرت أحكام القضاء بتقرير حقوق المؤلف المالية والأدبية قبل تبني المشرع لنصوص صريحة في هذا الشأن. لذلك فقد صدر أحكام المحكمة المختلطة مبرزة فكرة حق المؤلف ومؤسسة لنظرية الازدواج في مجال هذا الحق حكم محكمة الاستئناف المختلطة في 23 فبراير 1932, محكمة الجيزة س 23 ص 345 رقم 325).

من خلال ما تقدم يمكن لنا أن نضبط التعريف التالي لحق المؤلف متأثرا برأي الفقيه **السنهوري**[1] ورأي الفقيه الدكتور **محمد صادق فهمي**[2] بأن حق المؤلف ""هو كل حق وارد على النتاج العقلي أو الفكري والذي ينجر عنه كل طبع أو تأليف والذي يستأثر به المؤلف بصورة خالصة لوحده مراعين في ذلك كل الأثر المالية والأدبية المنبثقة عنها ومراعاة إصدار أي جزء جوهري من المصنفات في شكله المادي مهما كان، أو حق تمثيل الأثر أو تمثيل أي جزء جوهري منه علنا مهما كانت وسيلة النشر أو النسخ إلا بالقواعد المنصوص عليها قانونيا.""

ومن هذا تتجلى لنا أهمية حماية الحق المالي والأدبي للمؤلف، فالمصنف الأدبي تكمن أساسا مجال حمايته في كون صاحب العمل الأدبي أو الفني أو العلمي له أن يدعي بأنه مالك للمصنف محل الحماية القانونية وتتقرر له بموجب القانون حقوقا مرتبطة بملكيته لهذا المصنف، فلا بد أن يتمتع هذا العمل الذي يقوم به الشخص بوصف المصنف وفقا لشروط ينظمها القانون والتي تكتسي الحماية .

وفي هذا الصدد وبهدف الإيضاح فإنه يتعين علينا تحديد الأثر القانوني المترتب على المصنفات المشمولة بالحماية، وبالإضافة إلى هذا فإن حماية النتاج الذهني والمالي لأحد الأشخاص تقتضي وضع ضابط للمقصود بذلك حتى يمكن إضفاء الحماية على العمل الذي يتميز بما بذله أحد الأشخاص من جهد وما حققه من إضافة في مجال من مجالات الفنون أو الآداب أو العلوم بصورة عامة ولهذا الغرض فان كل من التشريع الجزائري والفرنسي حددا شروطا قانونية ويمكن ضبطها فيما يلي:

---

[1]/- الدكتور **عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، حق الملكية، ص 345 .

[2]/- الدكتور **محمد صادق فهمي**، الحلقة الدراسية الأولى للعلوم القانونية والسياسية تحت الرعاية مجلس الأعلى للفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة القاهرة، 23-1960/27 ص 20 ويرى **الدكتور محمد صادق فهمي** «.. أما في علم التأليف والنتاج العقلي فالفكرة والابتكار والإنشاء لا تؤتي ثمارها إلا بذيوعها وانتشارها دون أن يؤخر ذلك في حق صاحبها في الاستغلال... وقد وضع المشرع قرينة في هذا الصدد مؤداها أن المؤلف هو الشخص الذي ينشر المصنف منسوباً إليه بذكر اسمه الحقيقي أو اسم مستعار أو أي طريقة أخرى من الطرق المتبعة في نسبة المصنفات إلى مؤلفيه ولذلك فمجرد نشر المصنف منسوباً إلى اسم شخص معين فيفترض أن هذا الشخص هو المؤلف. وعلى من يريد إثبات العكس يقع عليه عبء إقامة الدليل على أنه هو المؤلف الحقيقي رغم نشره منسوباً إلى غيره. فإذا أقام هذا الدليل فتثبت له صفة المؤلف وما يترتب عليها من مزايا وسلطات حق المؤلف»

1/- اشتراط أن يكون العمل من إنتاج الذهن أيا ما كانت طريقة التعبير عنه :

هذا ويتعين التنويه بأن الشرط الأساسي والضابط الرئيسي للتمييز بين المصنفات محل الحماية وغيرها هو أن تكون هذه المصنفات من إنتاج الذهن في أي من المجالات الأدبية أو العلمية أو الفنية، وذلك بغض النظر عن الشكل الذي تم التعبير من خلاله عن هذا الإنتاج أو طريقته.

على أنه وبالنظر إلى اتساع نطاق هذا الشرط وعموميته فإن التشريعات المقارنة[1] والاتفاقيات الدولية[2] تضع تعددا للمصنفات محل الحماية حتى لا يثور أي شك أو غموض في شأن مدى انطباق هذا الشرط عليها.

فالمشرع الجزائري قد حدد مسبقا من خلال أحكام المادة 03 وما يليها المصنفات المشمولة بالحماية وجاءت على سبيل الحصر فكل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني حسب طبيعة الحق المنصوص عليه في أحكام الأمر 05/03.

---

[1]/- أنظر في هذا القانون المصري رقم والقانون الإماراتي رقم 07 لسنة 2002 والقانون الأردني رقم 22 لسنة 1992 ج. ر رقم 3821 بتاريخ 1992/04/16 المعدل بالقانون رقم 1999/02 والقانون السعودي رقم م/41 تاريخ 1424 هجرية ج.ر عدد 3959 والقانون المغربي بموجب الضهير الشريف رقم 135. 69. 1. بتاريخ 25 من جمادى الأولى 1390 (29 يوليو 1970) بشأن حماية المؤلفات الأدبية والفنية.

[2]/- أنظر في هذا حلقة العمل "**الويبو" الوطنية للقضاة تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتعاون مع حكومة المملكة العربية السعودية 15/13 ديسمبر 2004**: **ففي مجال** اتفاقية "**برن**" ""..خضع النص الأصلي لاتفاقية برن، منذ اعتماده، للتعديل عدة مرات حتى يتسنى التصدي للتطورات الاجتماعية والتكنولوجية التي تؤثر في مضمون قانون حق المؤلف وفي تطبيقه. فتم تعديلها في برلين سنة 1908 وفي روما سنة 1928 وفي بروكسل سنة 1948 وفي استكهولم سنة 1967 وفي باريس سنة 1971. ويذكر في هذا الصدد أن الهدف من مؤتمر استكهولم لم يقتصر مراجعة مضمون الاتفاقية بل كان أيضا بمثابة الجهود الأولى المبذولة في سياق قانون حق المؤلف الدولي من أجل التصدي للمشكلات التي تواجهها البلدان النامية. بيد أن تلك الجهود لم تكلّل بالنجاح في مؤتمر استكهولم مما استدعى وضع أحكام جديدة حول هذا الموضوع وإدراجها في وثيقة باريس لاتفاقية برن. وسأتناول بإيجاز هذه المسألة فيما بعد. ولم تخضع اتفاقية برن لأي تعديل بعد مؤتمر باريس. فقد كان ذلك مستحيلا سياسيا لأن أي تعديل لنص الاتفاقية يجب أن يستند إلى توافق للآراء وصار هذا التوافق صعبا جدا في عالم اليوم. ووضعت قواعد ومعايير دولية جديدة في مجال حق المؤلف، ليس من خلال تعديل اتفاقية باريس وإنما باعتماد معاهدة "**الويبو** "بشأن حق المؤلف في سنة 1996.وتعدّ اتفاقية برن بلا منازع أهم اتفاقية في مجال حق المؤلف.

أكثر من ذلك، فالحماية تنصب على المصنف مهما كان نوعه ونمط تعبيره أو حتى درجة استحقاقه ووجهته فبمجرد إيداع المصنف تعتبر قرينة ثابتة في مواجهة الجمهور وسواء كان المصنف مثبتا أم لا، وبأي دعامة كانت تحويه من أجل إبلاغ الجمهور .

و يلاحظ كذلك، بأن أحكام المادة 04 و05 [1]من الأمر 05/03 تحدد نوعين من المصنفات المشمولة بالحماية والتي تعين وجوبا أن تكون من نتاج الذهن أو الفكر :

أ/- في مجال المصنفات الأصلية:

وهي تلك التي يضعها المؤلف بصورة مباشره دون اقتباسها من مصنفات سابقة، بحيث تتميز بطابع الإبداع والأصالة، ويمكن هي الأخرى تقسيمها إلى ثلاثة فئات:

*** الفئة الأولى: المصنفات الأدبية والعلمية:**

تعتبر المصنفات الأدبية والعلمية من أهم المصنفات المشمولة بالحماية المقررة بموجب تشريعات حق المؤلف وأوسعها انتشاراً، وتضم هذه الفئة من المصنفات جميع صور الإبداع الفكري الذي تبرز فيه شخصية المؤلف في ميادين الأدب والعلوم، أياً كانت شكل التعبير الذي تتخذه سواء أكانت كتابة أو شفاهة، أو بالكلمات، أو الأرقام أو باستخدام أية رموز لفظية أو رقمية، بغض النظر عن الطبيعة المادية للعمل بحد ذاته[2].

ومثال على هذه المصنفات، الكتب والكتيبات والرسائل ومما يماثلها من مصنفات مكتوبة، بالإضافة إلى المصنفات الشفوية التي يمكن أن تشمل الخطب والمحاضرات والمواعظ والمرافعات.

[1]/- أحكام الأمر 05/03 المتعلق بالحق المؤلف والحقوق المجاورة.

[2]/- الدكتور **عمر مشهور حديثة الجازي**، المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف، ورقة عمل مقدمة في ندوة "حق المؤلف في الأردن بين النظرية والتطبيق " كلية الحقوق، جامعة الأردن، 2004، ص 04 .

*** الفئة الثانية: المصنفات الفنية:**

يعرَف المصنف الفني بأنه ابتكار فكري الغرض منه استهواء الحس الجمالي للشخص الذي يحس به، وبذلك فان المصنفات الفنية غالباً ما يتجه تأثيرها إلى الحس والشعور، وهي بذلك تختلف عن المصنفات الأدبية والعلمية التي يكون تأثيرها في الغالب واقعاً على العقل والتفكير.

ومن أهم هذه المصنفات الفنية التي نصت عليها القوانين الوطنية لحق المؤلف والاتفاقيات الدولية[1]: مصنفات الرسم، والنحت والعمارة والحفر والخرائط الجغرافية والصور التوضيحية، بالإضافة إلى العديد من المصنفات التي يتم التعبير عنها بالخطوط والألوان.

[1]/- أنظر في هذا: الاتفاقية الدولية لحماية فناني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة ***(اتفاقية روما)*** لسنة 1961؛

- والاتفاقية الدولية لحماية منتجي الفونوغرامات من استنساخ فونوغراماتهم دون تصريح (**اتفاقية الفونوغرامات**) لسنة 1971؛

- والاتفاقية بشأن توزيع الإشارات الحاملة للبرامج المرسلة عبر التوابع الصناعية (**اتفاقية التوابع الصناعية**) لسنة 1974.

Article L. 513-4 du Code de la propriété intellectuelle français

« Sont interdits, à défaut du consentement du propriétaire du dessin ou modèle, la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation, ou la détention à ces fins, d'un produit incorporant le dessin ou modèle. »

Article L. 513-6 :

« Les droits conférés par l'enregistrement d'un dessin ou modèle ne s'exercent pas à l'égard :

a) D'actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales ;

b) D'actes accomplis à des fins expérimentales ;

c) D'actes de reproduction à des fins d'illustration ou d'enseignement, si ces actes mentionnent l'enregistrement et le nom du titulaire des droits, sont conformes à des pratiques commerciales loyales et ne portent pas préjudice à l'exploitation normale du dessin ou modèle. »

→ La diffusion d'un dessin ou modèle, à titre accessoire, à des fins de communication ne devrait pas emporter responsabilité.

Un logo peut être protégé en tant que dessin mais aussi à titre de marque (visuelle).

Le modèle est un objet tridimensionnel, il peut aussi être protégé au titre du droit des marques (cf. forme des bouteilles d'eau minérale).

De plus, ces protections n'excluent pas une éventuelle protection par le droit d'auteur.

*** الفئة الثالثة :المصنفات الحديثة:**

هذا النوع من المصنفات تزامن مع التطور الذي شهده النصف الأخير من القرن العشرين في مجال الاتصال رافقه تطور في وسائل نقل الإنتاج الفكري على اختلاف صوره من علوم وفنون وآداب، مما أوجد مصنفات جديدة جديرة بحماية حق المؤلف فكانت محل اهتمام ودراسة من قبل المختصين في مجال الملكية الفكرية .

وقد كان من أهم هذه المصنفات الخاصة ببرامج الحاسبات الالكترونية[1]، وقواعد البيانات التي كانت طبيعتها التقنية تختلف عن المصنفات التقليدية، الأمر الذي تطلب متابعتها باستمرار ووضع قواعد قانونية محددة وثابتة لحمايتها[2].

ب/ في مجال المصنفات المشتقة من مصنفات سابقة:

المصنف المشتق هو مصنف يتم ابتكاره استناداً إلى مصنف آخر سابق له، بحيث يتمتع المصنف المشتق من مصنف سابق له بالحماية المقررة لحق المؤلف نظراً لأن إبداعه يتطلب قدراً معيناً من المعرفة الخاصة والجهود الخلاّقة .وتتطلب المصنفات المشتقة القيام بإعادة صياغة أو اقتباس أو تحويل للمصنف الموجود من قبل.

ويترتب على شمول المصنف المشتق بحماية حق المؤلف عدم الإخلال بالحقوق التي يتمتع بها مؤلف المصنف الأصلي، وهذا يعني عملياً إن على من يستخدم مصنفاً مشتقاً أن يطلب ترخيصاً من مؤلف المصنف الأصلي ومن مؤلف المصنف المشتق على السواء، إلا إذا كان هذا الأخير قد حصل

---

[1]/- **الدكتور خاطر نوري :**ملاحظات في القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2002 في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل اتفاقية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة" تريبس"، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، الأردن2012 .، .ص743 أنظر الموقع www.uaeu.ac.ae.

[2]/- الدكتور **نواف كنعان**، حق المؤلف – النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل الحماية، الطبعة 1، الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، 2004، ص 280 .و أنظر كذلك الدكتور **يوسف أحمد النوافلة**، الحماية القانونية لحق المؤلف، الطبعة 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2004، ص 86-87 .

من مؤلف المصنف الأصلي على ترخيص تعاقدي يخوله بالتصرف تجاه الغير في الحقوق المرتبطة بالمصنف المشتق.[1]

وإذا كان المصنف المشتق يستلزم إبداعا شخصيا وإضافة من مؤلفه فإن الصور المعروفة في التشريع الجزائري للمصنف المشتق توضح في الأشكال التالية:

1- الاقتباس: ويتم الاقتباس من خلال التحويل أو التلخيص كأن يتم إيجاز مؤلف سابق بأسلوب شخصي لمن قام بالتلخيص أو أن يتم تحويل المصنف الأدبي أو الفني من لون إلى لون آخر مثل تحويل القصة الأدبية إلى مسرحية أو فيلم سينمائي, ويعد هذا الجهد الذهني الخاص لمن قام بالتلخيص أو بالتلخيص أو التحويل هو الابتكار الذي يسمح بإضفاء الحماية على المؤلف.
2- ترجمة المصنف إلى لغة أخرى غير التي كتب بها: ويتضح من هذا النموذج من نماذج المصنفات المشتقة مدى الجهد الذهني بل والإبتكاري الذي يقوم به مؤلف الترجمة من خلال إحلال اللغة الجديدة محل اللغة الأصلية التي تم كتابة المصنف بها.
3- الإضافة أو التعليق أو التنقيح، ولا تضفى الحماية على جهد من يقوم بذلك إلا إذا تمتع بالطابع الإبتكاري كما سيأتي بيانه في هذا البحث.

ومما لا شك فيه أن المصنف المشتق لا يستأهل إلا حماية الجانب الإبداعي الإبتكاري الذي يخص مؤلفه دون إضرار بحقوق مؤلف المصنف الأصلي، ويعني ذلك أن مؤلف المصنف المشتق يجب أن يحصل على موافقة صاحب المصنف الأصلي فيما يعد اعتداء على حقوق هذا الأخير وإلا خضع في شأن المسئوليتين المدنية والجنائية للنصوص المنظمة للحماية والمسئولية في التشريع الخاص بحماية حق المؤلف بصفة خاصة ودون إخلال بأي أحكام أخرى تقرر هذه الحماية وتضع الجزاءات وتنظم التعويضات عن الاعتداء على حقوق المؤلف في أي تشريع آخر.

[1]/- **الدكتور أحمد صدقي محمود**، الحماية الوقتية لحقوق الملكية الفكرية وفقًا لأحكام القانون.رقم 82 لسنة 2002 دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2004، ص 12 وأنظر كذلك **الدكتور كنعان الأحمر**، قضايا مختارة في مجال حقوق المؤلف، ندوة الويبو الوطنية حول حق المؤلف والحقوق المجاورة للمحامين والقضاة، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية، (**الويبو**)، بالتعاون مع وزارة الثقافة دمشق، 27 و28 أبريل، 2005، ص 8.

2/– اشتراط أن يكون العمل مبتكرا :

يعتبر الابتكار[1] هو الذي ينشئ للمؤلف حقاً يستحق الحماية، ولكن لا يقصد بالابتكار في هذا المقام أن تكون الأفكار التي يشملها المصنف جديدة قد ابتدعت لأول مرة و لم يسبق نشرها، وإنما يكفي لاعتبار المصنف مبتكراً أن يتميز بطابع أصيل من شأنه أن يتضمن دوراً هاماً للمؤلف يعبر عن شخصيته، إما في الموضوع أي في مقومات الفكرة نفسها التي ابتدعها، وإما في طريقة عرض هذه الفكرة وترتيب المسائل التي يعالجها أو الأسلوب الذي استخدمه في عرض الأفكار المختلفة، والخلاصة من ذلك أن الابتكار هو كل مجهود ذهني يقوم به المؤلف وتتجلى فيه شخصيته المستقلة التي من شأنها تمييز المصنف عن غيره

وهذا ما ذهب إليه بعض من الفقه [2]في اعتبار أنه لا يشترط توافر درجة معينة متميزة حتى يتحقق الابتكار وتسري الحماية، كما يرى البعض الأخر من الفقه [3]– بحق – أن الابتكار لا يعنى أن يكون المصنف جديداً بل يكفي أن يكون نتاجاً ذهنياً يعكس الطابع الشخصي لمؤلفه، حتى يعتبر مبتكراً ويتمتع بالحماية.

---

[1]/- Encyclopédie juridique, Dalloz, 2éme. Edition. 1974, P 03 :« la notion fondamental d'originalité est encore compliquée par le fait qu'elle ne peut demeurer constant, quelle que soit la nature des œuvres ».

و أنظر في ذلك وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية لمفهوم الابتكار، حين قضت بأنه: "لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها، إلا إذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة المنقول عنها بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب في التنسيق أو بأي مجهود آخر ذهني يتسم بالطابع الشخصي، فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف، ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق، إذ لا يلزم لإضفاء هذه الحماية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه وإنما يكف ي أن يكون عمل واضعه حديثاً في نوعه ومتميزاً بطابع شخصي خاص بما يضفي عليه وصف الابتكار." نقلا عن **الدكتور نبيل سعد**، حماية العلاقات التجارية والصناعية في ظل اتفاقية –**الجات**–1999، ص25

[2] /-أنظر في هذا رأي الدكتور **نزيه محمد الصادق المهدي**، آلية حماية حقوق الملكية الفكرية، ص 810 هامش 01 .

[3]/– أنظر رأي الدكتور المستشار /**عبد الحميد المنشاوي** - حماية الملكية الفكرية - دار الفكر الجامعي -طبعة - 2002 ص 98. وكذلك د .**عبد الرشيد مأمون**، ود. **محمد سامي عبد الصادق**، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، رقم 82 لسنة2002 ، طبعة2004 ، ص241 وبعدها.

وبالرجوع لأحكام المادة 3 من أمر03 / 05 الفقرة 01 تنص على أنه المؤلف هو كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني فإن الفقرة الثانية من هذه المادة تشير إلى أنه تمنح الحماية لإنتاجات العقل البشري بغض النظر عن قيمتها وأهميتها أو غايتها ومهما كانت طريقة أو شكل التعبير عنها، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي[1] في قانون الملكية الفكرية في المادة01 /112 .

وبما أن حق المؤلف ينبع من عملية الخلق والإبداع فحتما هناك درجات متفاوتة في هذه العملية، لكن لو افترض أن القانون لا يحمي سوى الإبداع المتفوق لكان هذا القانون قد وضع للأولويات المميزة وللاستثناءات في حين أنه وجد لحماية الجمهور وليس لمحاكمة الأعمال، فلا يحق له تقييم ميزات الأعمال أو تقديرها أو استحقاقها أو ممارستها فلابد أن يحميها كلها بصفة عفوية سواء كانت طويلة أو قصيرة، جيدة أو عاطلة، وهذا المبدأ مقبول طالما حصلت عملية خلق لأي شيء، فمن العدل حمايته مما يمكن التساؤل عن إمكانية حماية الجزئيات في عملية الخلق، والواقع أنه طالما أن الجزئيات، تعتبر بمثابة عملية خلق فمن الواجب حمايتها ومبدأ الحماية لا يسمح للقضاء التدخل في تقدير القيمة الفنية ولا الهدف التجاري من وضع الرسم الذي تم استثاره كي يمكن منحه حق المؤلف أو منعه عنه، فيكفي أن يكون هناك ابتكار لإعطاء الحماية القانونية[2].

ولكي يعتبر الابتكار ابتكارا بالمفهوم القانوني ويشمل بالحماية فيجب ضبط معيارية الجد في العمل المبتكر وعلى نحو دقيق، فإنه من المستقر بهذا المنظور أن تحديد توافر هذا الشرط بإخضاعه ليس فقط بالنص القانوني لوحده ولكن من جانب الواقع العملي يتعين إخضاعه لسلطة قاضي الموضوع في تقريره [3].

---

[1]/- Art 112-1 du Code de Propriété Intellectuelle prévoit que: « Les disposition de la loi protégeant les droits des auteurs son toutes les œuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »voir aussi dans ce sens André Bertrand, le droit d'auteur et les droits voisins, 2éme édition, 1999,O.C.p73.

[2]/- أنظر في هذا مقال الدكتور **محمد حسام لطفي**، الشروط الجوهرية لحماية حق المؤلف، مجلة الموسوعة القضائية، عدد03 لسنة 2003.

[3]/- أنظر رأي القضاء المصري في مسألة الابتكار "لا يكون للمؤلف على مصنفه حق المؤلف ولا يتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق إلا إذا تميز المصنف بالابتكار الذهني أو الترتيب أو التنسيق أو أي مجهود آخر يتسم بالطابع الشخصي ويضفي عليه وصف الابتكار". نقلا عن الدكتور **حسن جامعي**، المرجع السابق، ص 09 الفقرة 03 .

وتبعا لهذا يتعين على العمل الذهني أن يكون موجودا فعلا وعليه فلا يؤخـــذ بالأفكـــار إنمـــا بالتأليف وبالأسلوب المستعمل بالمزايا الشخصية التي يضعها المؤلف في مصنعه وهو ما يعرف بالأصالة والتي تكمن في التعبير الإبداعي وفي ذاتية المصنف حيث أنه لا يمكن حماية مصنف مهما كان نوعه إذا لم تكن له أصالة وهذا ما أكدته المادة الثالثة من الأمر 05/03 السالفة الذكر لمنح الحماية للأعمال الذهنية المنجزة.

وأما عن طريقة أو شكل التعبير فما تستند إليه المادة 02/03 من الأمر 05/03 فهـــو يســـد المسالة المتعلق بالإبداع وهذا بمجرد مباشرة إجراءات إيداعه و بالتالي تعطي لصاحبها صفة المؤلف، فالخلق الذهني الذي يقدمه المؤلف هو مستقل تماما عن الشكل المادي الذي قد تتلبسه عملية الإبداع، والقانون لا يحمي الأسلوب الذي اعتمده المؤلف في إخراج مؤلفه، فلا يهم إذا أقدم شخص أخـــر على إعادة وضع المؤلف لكن بصورة مغايرة وعليه فإن التأليف الموسيقي الأصلي يبقى محمي وهذا ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي.[1]

وعلى هذا الأساس فيمكن لنا أن نميز ما بين ما هو إبداع وما هو غير ذلك، فيجلى لنا ضرورة التميز ما بين الابتكار ومجرد الأفكار وما بين الابتكار والاختراع وما بين الابتكار والجدة.

أ/– الفرق ما بين الابتكار والأفكار :

بالرغم من وضوح كون شرط الابتكار يعد شرطا أساسيا لاعتبار العمل من قبيل المصنفات إلا أن الخلط قد يقوم بين مجرد طرح الأفكار وبين الإنتاج الذهني الذي يمكن إعتباره من قبيل المصنفات

[1]/- CLAUDE COLOMBERT ; propriété littéraire et artistique et droits voisins ; 1996,o.c.p26- «…. ..l'originalité est une condition nécessaire pour qu'une œuvre puisse bénéficier de la protection du droit d'auteur ou du copyright ;en effet cette condition découle de la nature même du droit d'auteur »-

Voir aussi article L112-4 CPI « Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même. »

Voir aussi dans ce sens: « La Cour d'appel de Pau: ainsi décidé qu'un titre reconnu comme étant original est protégeable comme il se doit par le droit d'auteur. De plus, son emploi dans un ouvrage de modeste qualité est également de nature à faire une concurrence déloyale à l'ouvrage de référence élaboré par un spécialiste reconnue. » CA Pau, 1re ch., 19 sept. 2005, n° 03/03744, Juris Data n° 2005-289653. »

محل الحماية القانونية . لذلك فقد ورد نص الفقرة الثانية من المادة التاسعة من **إتفاقية التربس** بـــأن: "تسري حماية حقوق المؤلف على النتاج وليس على مجرد الأفكار أو الإجراءات أو أساليب العمـــل والمفاهيم الرياضية ".

بالرجوع للتشريع الجزائري من خلال أحكام المادة 07 من الأمر 05/03 فنلاحظ تأثرا كبيرا باتفاقية "**تريبس**" فالقانون لا يكفل حماية الأفكار والمفاهيم ولا حتى المبادئ أو أساليب أو إجراءات العمل مهما كانت ولا حتى الأنماط المرتبطة بإبداع المصنفات الفكرية بحد ذاتها .

وهذا المبدأ نجده كقاسم مشترك ما بين مختلف التشريعات المقارنة، فنجد مثلا القانون الفرنسي من خلال أحكام المادة 2/1114 لا يتولى حماية الأفكار أو المفاهيم [1] وهذا نجد كـــذلك ضـــمن أحكام ورد نص الفقرة الأولى من المادة 138 من القانون المصري [2]الجديد المتعلق بحمايـــة لملكيـــة الفكرية فنصت المادة على أن: "كل عمل مبتكر أدبي أو فني أو علمي"، فشرط الابتكار هو شـــرط أساسي لإضفاء الحماية القانونية على المصنف .

وفي نفس السياق تضيف الفقرة الثانية من ذات المادة ضمن أحكام القانون المصـــري للملكيـــة الفكرية المقصود بالابتكار فعبرت عليه بأنه :"الطابع الإبداعي الذي يسبغ الأصالة على المصـــنف"[3] بالرغم من وضوح كون شرط الابتكار يعد شرطا أساسيا لاعتبار العمل من قبيل المصـــنفات إلا أن الخلط قد يقوم بين مجرد طرح الأفكار وبين الإنتاج الذهني الذي يمكن اعتباره من قبيل المصنفات محل

[1]/- voir dans ce sens Thibaut Decarli, la protection du titre des œuvres de l'esprit , Master 2 , droit des media et des télécommunications , faculté de droit et science po , université Aix-Marseille ,2012-2013, p49. Et voir CASTETS-RENARD , Notions à contenu variable et droit d'auteur, L'harmattan, 2004, p 14. Voir SIRINELLI Patrick , Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Dalloz, 2004, p 44.

[2]/- أنظر أحكام المادة 138 الفقرة 01و 02 من القانون رقم 2002/82 المتضمن حماية حقوق الملكية الفكرية المصري الجديد.

[3]/- أنظر **تعليق الدكتور أحمد صدقي محمود** على أحكام القانون رقم 82 لسنة 2002، المرجع السابق، ص 15و 16 هامش 01و 02 .و أنظر في نفس السياق **الدكتور محمد حسام لطفي**، المرجع السابق، ص 30 و33.

الحماية القانونية . لذلك فقد ورد نص الفقرة الثانية من المادة التاسعة[1] من" **اتفاقية التربس**" بـــأن: "تسري حماية حقوق المؤلف على النتاج وليس على مجرد الأفكار أو الإجراءات أو أساليب العمـــل والمفاهيم الرياضية ".

ولقد اتفقت التشريعات المقارنة على هذا المعيار الجديد مؤثرتا باتفاقية "**تريبس**" بأنه لا تشـــمل الحماية القانونية مجرد الأفكار والإجراءات أساليب العمل وطـــرق التشـــغيل والمفـــاهيم والمبـــادئ والاكتشافات والبيانات، ولو كان معبرا عنها أو موصوفة أو موضحة أو مدرجة في مصنف.[2]

فكما سبق وأوضحنا فإن الابتكار هو الإبداع الذهني الذي يعتبر بصمة شخصية للمؤلف ونتاج مجهوده الذهني، أما الأفكار ومجرد البيانات المطلقة أو الإجراءات وأساليب العمل أو المفاهيم الرياضية المطلقة فليست إلا المادة الأولية المتاحة للجميع والتي لا يجوز الاستئثار بها أو الإدعاء بحـــق عليهـــا . لذلك فإن الفكرة قد تطرأ على ذهن عدد من الأشخاص في أماكن مختلفة وأزمنة مختلفة ولا يمكـــن حمايتها وإلا أغلق الباب على الإبداع ذاته . بل إن عدم حماية الفكرة هو الذي يتيح اختلاف أسلوب علاجها في مصنفات مختلفة بأساليب وتعبيرات مختلفة يكون كل منها نتاجا ذهنيا ومحـــلا للحمايـــة بوصفه كذلك .

---

[1]/- أنظر في هذا ما ورد في أحكام **اتفاقية تريبس من خلال الجزء الثاني تحت عنوان " حقوق الملكية الفكرية نطاقها واستخدامها القسم لأول حقوق المؤلف والحقوق المتعلقة بها المادة التاسعة الفقرة 02** " تسرى حماية حقوق المؤلف على النتاج وليس على مجرد الأفكار أو الإجراءات أو أساليب العمل أو المفاهيم الرياضية" وهذا ما تتفق عليه مع "**معاهدة برن** " لسنة **1971** من خلال المادة 12 /01 .

[2]/- **الدكتور السيد أحمد عبد الخالق**، الاقتصاد السياسي لحماية حقوق الملكية الفكرية في " **التريبس** " مع التطبيق على نقل التكنولوجيا للدولة النامية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004، ص 310 وأنظر كذلك **الدكتور علي همال**، اتفاقية حقوق الملكية الفكرية TRIPS، أي إستراتجية للتعامل معها لابتكار والتنمية ؟، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد 10 لسنة 2010، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ص06 .

و أنظر في هذا كذلك: الاتفاقيات متعددة الأطراف وعالم التريبس، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، إعداد الدكتور **سيسول موسينجو** والدكتور **جرهام داتفيلد** مشروع الوكالة الكندية للتنمية الدولية، 2003 ترجمة الدكتورة **هالة السلماوي**، مكتبة الإسكندرية، مصر، 2009 ص 19 هامش 01.

ب/- التمييز بين الاختراع والإبداع:

إن الدراسات الخاصة بالاختراعات نذكر في أن واحد الإبداعات، فهل هناك تفرقة بين هاذين المصطلحين؟.

و يبدوا في الوهلة الأولى أن المفهومين مترادفين، وعليه فيرى جانب من الفقه أن الاختراع نفس المعنى من الناحية اللغوية، إذ يرجع مصطلح« innovation » وللإبداع « invention » التي تعني "وجد"، كما دل الإبداع على كل شيء جديد، من المتفق عليه أن المصطلحين يختلفان من الناحية الاقتصادية لكون الجمهور يميز بين، الاختراعات الإبداعية بمعنى العبقرية وتلك التي لا تتصف بهذه الميزة وتجدر الإشارة إلى أن للاختراع معنيين، فالأول يعرف الاختراع على أنه عمل الإنسان الذي يؤدي إلى" كشف "ما كان غير معروف سابقا، والثاني يعتبر أن هناك اختراعا أدى عمل الإنسان إلى إنشاء شيء جديد وعليه فيفهم أنه لابد من الأخذ بمفهوم " النشاط الإختراعي[1] " لتحديد الاختراع.و هذا ما يبينه جانب من الفقه الفرنسي بقوله أن الاختراع ما هو " إلا تحقيق الإبداع الناجم عن عمل اختراعي للإنسان[2]" .

[1]/- الدكتور **صلاح زين الدين**، شرح تشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2007، الأردن، ص 38.و أنظر كذلك الدكتور **محمد حسام لطفي**، الملامح الأساسية للحماية القانونية لبراءات الاختراع، مجلة النيابة العامة، العدد الثاني، مارس 1996، مصر، ص 14 وأنظر كذلك **الدكتور فرحة زراوي صالح**، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الملكية الفكرية، دار بن خلدون للنشر والتوزيع، طبعة 2006، الجزائر، ص 12. وأنظر **الدكتور فاضلي إدريس**، المدخل للملكية الفكرية، سلسلة القانون، 2004، الجزائر، ص 75. وأنظر كذلك **الدكتورة بن دريس حليمة**، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، جامعة تلمسان، الجزائر، 2012-2013، ص 52.

[2] /- Pierre .Devant et Robert Moureaux et Charles Weismann, brevet d'invention, manuel Dalloz, 4ème Edition, librairie Dalloz, paris, 1971, p27. Voir aussi Jean-Michel Wagret, brevets d'invention, marque et propriété industrielle, édition presses universitaire de France, paris, 2001, p59. Voir aussi dans ce sens

Catherine Grosset-Fournier et Angélique Dacheux, le brevet d'invention, Guide pratique en 101 questions: la cause des inventeurs, édition Lavoisier, paris, 2012, p 25 marge 01.

3/- عدم اشتراط إفراغ النتاج الذهن في قالب مادي :

يلحق بما تقدم من اشتراط الابتكار واستبعاد حماية الأفكار تطلب التعبير عن الأفكار محل الإبداع في شكل مادي ملموس . وفي ذلك فقد ورد نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من **اتفاقية برن** [1] بأنه: "تختص مع ذلك تشريعات دول الإتحاد بحق القضاء بأن المصنفات الأدبية أو الفنية أو مجموعة منها لا تتمتع بالحماية طالما أنها لم تتخذ شكلا ماديا معينا".[2]

ويلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال المادة الثالثة الفقرة الثانية لم يحدد طبيعة الدعامة المفرغ فيها المصنف واقتصر فقط على عبارة " تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته سواء كان المصنف مثبتا أم لا بأية دعامة تسمح بإبلاغها للجمهور "

نجد القانون الفرنسي هو الأخر لم يشر إلى فكرة الدعامة المادية واعتبر بأن يدخل ضمن زمرة الحماية القانونية كل المصنفات محل الحماية وينسب المصنف للمؤلف ويعتبر موجودا منفصلا عن كل وسائل الإعلام الموجهة للجمهور بمجرد انجازه حتى ولو لم يتم إنهاءه وهذا ما بينته المادة 111-2 من قانون حماية الملكية الفكرية.

---

[1]/- أنظر في هذا اتفاقية برن المادة الثانية الفقرة الثانية لسنة 1971.

[2] /- أنظر في هذا أحكام المادة 12 من قانون 2002/82 المتعلق بقانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري. وأنظر في هذا رأي كل من الدكتور **أبو بكر محمد**، حق المؤلف في القانون، دراسة مقارنة، الطبعة1 ، مجد للدراسات، بيروت، لبنان، 2008، ص28 وأنظر الدكتور **محمد فواز محمد المطالقة والدكتور بسام محمد بني ياسين**، ماهية حق المؤلف، Cybrarians Journal، دورية الالكترونية فصلية محكمة في مجال المعلومات والمكتبات، عدد 33 ديسمبر 2013، الأردن، 2013، ص 04 **الدكتور محمد حسام لطفي**، حقوق المؤلف في ضوء دائرة الفقه وأحكام القضاء، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2000، ص 36

و أنظر رأي **الدكتور عمر مشهور حديثة الجازي**، المرجع السابق، ص 03 « وهنا تبرز أهم الفروقات بين الدول التي تتبع " النظام القانوني الأنجلوسكسوني "والدول التي تتبع "النظام القانوني المدني"، حيث أن معظم دول العالم التي تطبق" النظام القانوني الأنجلوسكسوني" تطلب تثبيت العمل أي آتابته أو تسجيله، أما في الدول التي تطبق" النظام القانوني المدني "فأن المصنف يتمتع بالحماية منذ لحظة ابتكاره، بحيث يؤدي ذلك إلى بروز مسألة الدليل من أجل إثبات الابتكار أمام القضاء في حالة نزاع ».

Voir aussi dans ce sens: Laure Pécher et Pierre Astier, le droit d'auteur en Europe, régimes du droit d'auteur et pratiques contractuelles en Allemagne ; Espagne et Angleterre concernent les ouvrages de littérature en général, agence littéraire Pierre Astier et associer, édition le motif, France , octobre 2010,p15et48 « En droit anglais, il n'est pas question de « droit d'auteur » mais de «copyright », littéralement « droit de copie ».

وبالرجوع على سبيل المقارنة للمشرع المصري من خلال قانون حماية الحقوق الملكية الفكرية فنجده قد أضفى الحماية على المصنف أيا ما كانت طريقة التعبير عنه، ومن ذلك أن يكون التعبير شفاهة أو كتابة .

هذا وقد يذهب البعض من الفقه[1] تماشيا مع **اتفاقية برن** إلى ضرورة إفراغ المصنف في شكل مادي وإخراجه إلى الواقع المادي الملموس كالكتابة في المصنفات الأدبية أو الصوت في المصنفات الموسيقية أي اشتراط الدعامة المادية لإضفاء الحماية القانونية، و هكذا تماشت بعض التشريعات المقارنة مع الأمر ذاته.

وفي ضوء نص المادة الثانية من **اتفاقية برن** السالفة الذكر، أن عدم ظهور المصنف في شكل مادي يعني أنه لا يستأهل الحماية لأن المظهر المادي هو الذي يحقق الاستقرار للمصنف وخروجه من حيز المشروع إلى حيز المصنف المكتمل، بل يعتبر بعض الفقه أن العمل ما لم يفرغ في الشكل المادي يعد من قبيل الأفكار التي لا تتمتع بالحماية .

و بالرغم من وجاهة ما تقدم من الرأي[2]، إلا أن صريح نص المادة الثانية من اتفاقية برن وصحيح فهم النصوص القانونية المقارنة يوضحان أن إفراغ العمل في شكل مادي لا يعد شرطا من شرائط اعتباره من قبيل المصنفات محل الحماية، ما لم يرد نصا تشريعيا يحدد ذلك، فإننا نعتقد وعن يقين بأن إفراغ العمل نتاج الذهن في قالب مادي لا يعد شرطا من شرائط اعتباره مصنفا محل حماية قانونية.

[1]/- **الدكتور عمر مشهور حديثة الجازي**، المرجع السابق، ص 06

[2]/- ce droit a bien sûr évolué, en particulier au contact des législations internationales et européennes. Aujourd'hui, il est régi par le Copyright, Act. 48 du 15 novembre 1988, lequel a été amendé à de nombreuses reprises, en particulier en raison des nécessaires transpositions des directives européennes, dont celle de 2001.

الفرع الثاني: عناصر حق المؤلف في القانون الجزائري والفرنسي

يتعين علينا[1] في هذه الجزئية الإشارة إلى عناصر حق المؤلف لكي يتسنى علينا في الباب الثاني من هذه الدراسة ضبط مجال الحماية لهذا النوع من الحقوق هذا إلى جانب حق المستهلك الذي سوف نولي له دراسة خاصة، هذا بعدما نفرغ من ضبط طبيعة العلاقة ما بين الحقي من جانب، ومن جانب ثاني تحديد مجال الحماية على الفضاء الرقمي كما هو معنون في الباب الأول .

ولا يتأتى لنا هذا كما تم سرده سابقا، دون تحديد ذلك التفاعل المحدد قانونيا فحماية حق المؤلف سواء في القانون الجزائري أو حتى في القانون الفرنسي أو حتى بالموازاة مع التشريعات المقارنة أو حتى نظرة الفقه في هذه الجزئية بصورة خاصة لا تكون قائمة إلا بعد تحديد طبيعة الحق وعناصره الجوهرية.

فبالتطرق لعناصر حق المؤلف يتعين علينا وجوبا، الإشارة للحق المالي والأدبي على حد السواء باعتبارهما شيئان متلازمان لتحديد طبيعة الحق في حد ذاته، فيشتمل حق المؤلف من هذه الزاوية على حقوق معنوية وأخرى مالية لكل منها خصائصه ومميزاته ومضمونه، ويعتبر الحق المعنوي حقًا لصيقًا بشخص المؤلف غير قابل للتنازل عنه أو التصرف فيه أو حتى الحجز عليه، ومن جانب ثاني يتجلى الحق المالي للمؤلف الذي يخول للمؤلف الحق الإستئثاري الحصري لاستغلال المصنف بجميع الوسائل المستخدمة والمتعددة، وسأتناول ذلك في نقطة ثانية وهو الحق الأدبي للمؤلف وفي النقطة الأخيرة سأتناول الحق المالي للمؤلف.

[1]/- أنظر في هذا الصدد مقالنا بعنوان :الحماية القانونية لحق المؤلف في ظل التكنولوجيات الحديثة –حق المؤلف على النات – حوليات جامعة بشار في العلوم القانونية والسياسية، عدد 10، 2015، ص 326.

أنظر في هذا الأستاذة **زينب عبد الرحمن عقلة سلفيتي**، الحماية القانونية لحق المؤلف في فلسطين – دراسة مقارنة –، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2012، ص 89

1/- الحقوق الأدبية والمعنوية للمؤلف:

ينشأ الحق الأدبي بعد نشر المصنف لأن المصنف قيل نشره يكون ممتزجا بشخصية المؤلف بما لا يمكن فصله عنها، ومن هذا المنظور يشتمل حق المؤلف على حقوق معنوية خالصة، لها من الخصائص المميزة و صفات متعلق بالمضمون الحق، ومادام أن الحق المعنوي هو لصيق بشخص المؤلف فيترتب عليه بأنه غير قابل للتنازل أو التصرف أو الحجز عليه، وبالنظر إلى هذه الطبيعة والهدف من الحق الأدبي للمؤلف يتبين لنا أن الحق الأدبي يتمتع بذات الخصائص التي تتمتع بها الحقوق اللصيقة بالشخصية بصفة عامة، بحكم كونها حقوق غير مالية ولا يمكن تقويمها بالنقود، لذلك فهي لا تقبل التصرف فيها ولا الحجز عليها كما لا تقبل التقادم ولا تنتقل إلى الورثة.

يلاحظ في القانون الجزائري أنه قد اعترف بصورة قطعية إلى وجود الطابع الشخصي للحق الأدبي والمعنوي للمؤلف على الرغم من أنه لم يضبط له تعريفا صريحا فقد أشار إليه في الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان الحقوق المحمية ضمن الأمر 05/03 [1] من خلال المادة 02/21 وكذلك من خلال المادة 01/22 من ذات الأمر السالف الذكر .

وبالموازاة فان القانون الفرنسي [2] هو الأخر، قد ضمن في قانونه المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية الطابع الشخصي واعترف بالحقوق المعنوية للمؤلف بصورة منفصلة على الحقوق المادية وهذا من خلال أحكام المادة 01/111 الفقرة 02.

القانون المصري هو الأخر، لم يحدد المقصود بالحق الأدبي، لهذا امتدت أقلام الفقه المصري[3] لوضع تعريفٍ له وعدّه بعضهم ذلك وسيلة يحمي بها المؤلف شخصيته من الأجيال اللاحقة،

---

[1]/- وعلى سبيل المقارنة نجد أن المشرع المصري في أحكام المادة 143 من قانون رقم 82 لسنة 2002 المتضمن حماية حقوق الملكية الفكرية "**حيث جعل هذا الحق أبديًا، ولا يمكن التنازل عنه ولا يرد عليه التقادم**" وأنظر في نفس السياق: **الدكتور مأمون عبد الرشيد والدكتور عبد الصادق محمد سامي** :المرجع السابق، ص241

[2]/- Code de propriété intellectuelle français (CPI)

[3]/- **الدكتور ناصر سلطان**، حقوق الملكية الفكرية، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، العلامات والبيانات التجارية دراسة في ضوء القانون الإماراتي الجديد والمصري واتفاقية التريبس .ط .1 الأردن :مكتبة الجامعة الشارقة، إثراء للنشر والتوزيع، 2009، ص 111 .و أنظر **الدكتور نواف كنعان: المرجع سابق**، ص129 =

وبعضهم الآخر عدّه حقًا للمؤلف في التصرف بفكره والمحافظة عليه بسحبه أو تعديله أو إتلافه إذا دعت الضرورة واعتبره آخرون بأنه حق سلبي وليس ايجابي .

ولذا يحتاج الحق الأدبي إلى تعريف، وسأتعرض تبعا لذلك إلى مضمون الحق الأدبي، في مجموعة نقاط تتضمن الخصائص المتعلقة بطبيعة الحق ومن حيث كونه غير قابل للتصرف أو التنازل أو الحجز عليه.

أ/- تعريف الحق الأدبي:

الحق الأدبي كما عرّفه أحد الفقهاء " هو مجموعة الامتيازات التي منحها القانون للمؤلف، والتي لا تقوم بمال، لأنها ترتبط بشخصيته وحرية تفكيره في المجتمع"، وعرفه فقيه آخر بأنه "مجموعة من الامتيازات يكون الهدف منها حماية شخصية المبدع"، وعرّفه **الدكتور عبد الرشيد مأمون**[1] **بأنه** "سلطة يقررها القانون للمؤلف يستطيع بمقتضاها حماية شخصيته الأدبية من أي اعتداء يمكن أن يقع عليه".

= وأنظر كذلك **الدكتور خليل يوسف أبو بكر**، حق المؤلف في القانون، دراسة مقارنة، مؤسسة مجد الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الأولى، ص909 ." الحق الأدبي يتمثل في الفكرة وهي تمثل أول عنصر يبنى عليه العمل سواء كانت هذه الفكرة فنية أو أدبية أو علمية، أما العنصر الثاني فهو الإطار الذي تبرز من خلاله الفكرة، أما العنصر الثالث فهو التعبير وهو المرحلة الأخيرة لإظهار العمل والتعبير عنه سواء بالكتابة أو الرسم أو النحت أو بأي وسيلة من وسائل التعبير."

فإن الحق الأدبي بهذا المنظور هو الحق المؤلف في أن يتصرف في فكره بإذاعته إلى العامة أو أن يحتفظ به، وان يسحبه أو يعدله أو يدمره ويلغيه" أنظر الدكتور **أبو اليزيد علي المتيت، مرجع سابق**، ص24 :" مشيرا في هذا إلى الفقيه الفرنسي " **بوتيه**"

أنظر **الدكتور عبد الرشيد مأمون والدكتور عبد الصادق محمد سامي، المرجع السابق**، ص242 : "من وجهة نظر أخرى للفقيه (Gény) فإن الحق الأدبي هو حق المؤلف في أن يتصرف في فكره بإذاعته ."

[1]/- أنظر رأي الدكتور عبد **الرشيد مأمون**، الحق الأدبي للمؤلف، ص 33 وأنظر **الدكتور عبد الرشيد مأمون والدكتور عبد الصادق محمد سامي**، المرجع السابق، ص 243.

ويصفه **بوتيه**[1] قائلا" هو حق الكاتب أو الفنان في احترام فكرته التي ابتكرها"، وهذه الحقوق تخول المؤلف حماية أفكاره وآراءه التي أودعها في مصنفه أيًا كان[2]. لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها[3] ، ويدخل الحق الأدبي في النطاق العام للحقوق الخارجة عن الذمة المالية لأنها ضمن الحقوق الشخصية، فإذا كانت الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة لهما أثر واضح في الحقوق المرتبطة بالذمة المالية، فإنهما لا يؤثران على الحقوق الأدبية لأنها ترتبط بالمعيار القانوني للشخصية، لذلك إذا اختفت الحقوق المالية فإن الحقوق الأدبية تظل باقية[4].

وفي نفس السياق يلاحظ، بأن اتفاقية برن قد أوردة من خلال المادة السادسة الفقرة الثانية ضرورة حماية الحقوق المعنوية للمؤلف، كون أن هذه الأخيرة متعلقة بصورة مباشرة بشخصية المؤلف ويكمن أساسا في نسبة المصنف للمؤلف والتعرض لكل محاولة تحريف أو تشويه أو تعديل بقصد الإضرار بالمصنف .

فعلى الرغم من أن الحقوق المالية تتأثر بالأحكام العامة الواردة في القانون المدني كما قد تنتهي وتسقط بالتقادم المكسب، إلا أن الحقوق الأدبية لا تتأثر بذلك لأنها حقوق أدبية لصيقة بشخصيته لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم كما سبق بيانه.

ويلاحظ كذلك على سبيل المقارنة، بأن اتفاقية تريبس لم تشر للحقوق المعنوية لحق المؤلف وبالتالي لم تلزم الأعضاء بها، هذا ما نجده ثابتا من خلال أحكام المادة التاسعة الفقرة 01 والتي وردت تحت عنوان العلاقة مع معاهدة "**برن** " والتي أكدت على أن البلدان الأعضاء تلتزم بمراعاة أحكام

---

[1]/- أعتمد عليه في ضبط التعريف للحق الأدبي كل من الدكتور **أبو اليزيد علي المتيت**، **مرجع سابق**، ص26 هامش 01 و02 أنظر كذلك **الدكتور عبد الفتاح أحمد حسان**، مدى الحماية القانونية لحق المؤلف - دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2007 -2008، ص 96 الفقرة 02 والهامش 02 و03.

[2]/- الدكتور **عاطف عبد الحميد**، مرجع سابق، ص94 .

[3]/- الدكتور أبو اليزيد علي المتيت، **نفس المرجع**، ص 25 وص26

[4]/- أنظر في هذا ما أورده **الأستاذ الدكتور سليمان مرقص**، المرجع السابق، ص 65 هامش 03.

المواد المنصوص عليها في اتفاقية المشار إليها[1] وملحقها، غير أن البلدان الأعضاء لن تتمتع بالحقوق ولن تتحمل التزامات بموجب هذه الاتفاقية فيما يتصل بالحقوق المنصوص عليها في المادة 06 مكرر من اتفاقية برن أو الحقوق النابعة عنها .

وبالرجوع للفقه الفرنسي، نجدهم يبدون تمسك خاص وبشكل كبير لتلك الحقوق المعنوية اللصيقة بشخصية المؤلف فبالرجوع للعديد من الآراء [2] الفقهية يبدون إجماعا حول هذه المسألة المتعلقة بالحقوق المعنوية كون أن طبيعة القانونية لهذا الحق يضفي عليه نوعا من الخصوصية سواء ما تعلق بالأشخاص الطبيعية أو حتى بالأشخاص المعنوية [3]و هذا الأمر هو وليد تلك الخصائص المتعلقة بشخصية المؤلف كون هذه الأخيرة تضفي عليه تلك الصبغة الخاصة المتمثل في طابع الجدة وهذا الأمر يضفي على العلاقة القائمة ما بين الحق الأدبي والمؤلف تلك الصبغة الشخصية والتي يستمدها مباشرة من شخصية المؤلف في حد ذاته .

---

[1]/- أنظر في هذا تعليق الدكتور نوري خاطر، المرجع السابق، ص 743 هامش 01و 02 " **اتفاقية برن** المادة 6 مكرر –الحقوق المعنوية – الحق في المطالبة بنسبة المصنف لمؤلفه، الحق في الاعتراض إدخال بعض التعديلات على المصنف والمساس به بعد وفاة المؤلف. وسائل الطعن .بغض النظر عن الحقوق المالية للمؤلف، بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق، فان المؤلف يحتفظ بالحق في المطالبة بنسبة المصنف إليه، وبالاعتراض على. كل تحريف أو تشويه أو أي تعديل آخر لهذا المصنف أو كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضارًا بشرفه وسمعته الحقوق الممنوحة للمؤلف بمقتضى الفقرة (1) السابقة تظل محفوظة بعد وفاته، وذلك على الأقل إلى حين انقضاء الحقوق المالية ويمارس هذه الحقوق الأشخاص أو الهيئات المصرح لها من قبل تشريع الدولة المطلوب توفير الحماية فيها. ومع ذلك فإن الدول التي لا تتضمن تشريعها المعمول به،عند التصديق على هذه الاتفاقية أو الانضمام إليها نصوصًا تكفل الحماية بعد وفاة المؤلف لكل الحقوق المنصوص عليها في الفقرة السابقة يكون لها الحق في النص على ان بعض هذه الحقوق لا يحتفظ بها بعد وفاة المؤلف."

[2]/- Bensamoun, Alexandra, Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur. - Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille,France, 2008. - p 114.

Voir aussi dans le meme sens: Sylvie NÉRISSON, Le droit moral de l'auteur décédé en France et en Allemagne, Cahiers IRPI n°4, IRPI, 2003. » « C'est ainsi que la Cour de Cassation a pu admettre qu'une société qui était, en vertu de l'article L. 113-5 CPI, titulaire des droits sur une œuvre collective disposait également des prérogatives de droit moral sur cette création (« la personne physique ou morale à l'initiative d'une œuvre collective est investie des droits de l'auteur sur cette œuvre et, notamment, des prérogatives du droit moral ».

[3]/- Pierre Serinili, le rôle changeant du droit moral à l'ère de l'information surabondante en France Réponses françaises au questionnaire de l'ALAI, congrée le 21émmé siècle du droit morale , faculté du droit Bruxelles ,Belgique ;2014,p 04.

أكثر من ذلك، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في نفس السياق على منح فكرة أسلوب الجدة كمعيار جوهري في تحديد الطابع الأدبي على المصنف وبالتالي الإقرار بالحق الأدبي للمؤلف، فاعتبرت[1] بأنه يمكن للشركة باعتبارها شخص معنوي أن تخلق مصنفا جديدا معتمدتا على علامتها التجارية، منتهجة أسلوبا جديدا والذي يغلب فيه الطابع الجدة والذي يعود أساسه فقط لمنتوجها السابق .

وكمحصلة على ما سبق[2]، يمكن اعتبار بأن اتفاقية **بيرن** تمثل الحد الأدنى للحماية وفي ذات الوقت ترك للتشريعات الدول تقنين هذه الأحكام ضمن قوانينها الداخلية، مما يعني أنه لو نصت دولة

[1]/- Voir dans ce sens ; Pierre Serinili, op.cit,p05: « Cette solution étonnante est peut-être à mettre en relation avec une autre décision de la Cour de Cassation qui, en une autre affaire (Cass. com., 15 juin 2010, n° 08-20.999: Comm. com. électr.2010, comm. 120, Ch. Caron) a admis qu'une société pouvait faire œuvre d'originalité en imprégnant de sa « *marque* » - entendue au sens de style - un objet issu de ses activités productrices. »

[2]/- لذلك نجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948 قد نص في مواده المادة 19 بأن الحق في التعبير مضمون لكل فرد، "لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي الفقرة 02 "لكل شخص / التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود" ونصت المادة 27 حق في حماية المصالح المعنوية والمادية المترتبة على أي إنتاج علمي أو أدبي أو فني من صنعه."

كما إن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخ في 16 كانون الأول 1966 في المادة15 تقر الدول الأطراف في هذا العهد بان من حق كل فرد" :أن يفيد من حماية المصالح المعنوية والمادية الناجمة عن أي اثر علمي أو فني أو أدبي من صنعه."

وقد نجد في بعض قوانين الدول تم تضمين هذا الحق ضمن قوانينها الأساسية مثل دولة فلسطين، حيث أن حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي للمواطنين مضمون كما نصت عليه المادة24 منه فاستقلالية الجامعات والمعاهد العليا ومراكز البحث العلمي، ويضمن حرية البحث العلمي والإبداع الأدبي والثقافي والفني، ونعمل السلطة الوطنية على تشجيعها وإعانتها"، وأعطى الدستور ضمانة للمؤلف عندما نص على أن حقوق المؤلف" 1حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ملزمة وواجبة الاحترام"، كما منع أن يحجز على أي / يضمنها القانون المادة " 103 تحظر الرقابة على وسائل الإعلام، ولا يجوز إنذارها أو وقفها أو مصادرتها أو / مطبوع إلا بحكم قضائي المادة27 إلغاؤها أو فرض قيود عليها إلا وفقًا للقانون وبموجب حكم قضائي" ونصت في المادة32 : كل اعتداء على أي من الحريات الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للإنسان وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها القانون الأساسي أو القانون، جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتضمن السلطة الوطنية تعويضًا عادلا لمن وقع عليه الضرر." أنظر في هذا تعليق **الأستاذة زينب عبد الرحمان عقلة سلفيتي**، المرجع السابق، ص 93 هامش 01.

على تعزيز الحماية فتبقى ضمن حدود سيادتها الوطنية، كما أنه وبمنظور خاص لاتفاق **تريبس** يبدوا الأمر فيه نوعا من التفصيل لأحكام اتفاقية **بيرن** ولا يلغيها أي تمت نوعا من التناسق في مسألة الحقوق الأدبية، وهذا لا يعني وجود قصور فيها بل هي مكمل لبعضها البعض، فاتفاق **تريبس** هو اتفاق خاص، وفي اتفاقية **بيرن** يمكن اعتباره الإطار العام، أي يكون مبني على اتفاق دولي ويكرس في إطار السياسة التشريعية الداخلية وكذلك يتعين علينا أن نؤكد بأن الحقوق الأدبية بهذا الوجه ماهية إلا حق لضمان صيرورة ودوام إبداع للمؤلف، وهو نوع أعلى من الحقوق المنصوص عليها في القوانين الداخلية والتي تعتمد على كل من المعاهدات والاتفاقيات الدولية في هذا المجال.

ومما سبق يمكن أن نخلص إلى أن الحق الأدبي يخول لصاحبه بعض السلطات ويتقرر عليها بعض من الخصائص ويمكن حصرها في نقطتين:

أولا: سلطات المخولة للمؤلف بمناسبة حقه الأدبي :

أ- حق المؤلف في تقرير نشره لمصنفه وتعديله أو سحبه :

يعتبر هذا الحق من أهم حقوق المؤلف الأدبية، فبعد أن ينتهي المؤلف من إنتاج مصنفه فله وحده حق تقرير نشره، أو إبقائه طي الكتمان، وله الحق في تحديد الوقت والطريقة التي يراها مناسبة، ويعتبر حق تقرير النشر من أهم الحقوق المتفرعة عن الحق الأدبي للمؤلف.

فالمشرع الجزائري في هذا الصدد قد خص هذا الحكم ضمن المادة 22 الفقرة 01[1] حيث قد خول المشرع للمؤلف حق كشف عن مصنفه، سواء ما تعلق الأمر إذ كان هذا الأخير باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار أو أي اسم أخر وله في ذلك سلطة تحويل هذا الحق للغير .

وما يؤكد هذا الأمر كذلك، أن المؤلف له الحق وحتى بعد نشر المصنف في ممارسة حق العدول في نشره إذا ما أعتبر أن ما نشر أصبح يتعارض ما قناعته الشخصية تبعا للتوجهات المتبناة وهذا

[1]/- نصت المادة 01/22 من الأمر 03/05 على أنه " يتمتع المؤلف بحق كشف عن المصنف الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار.

و يمكن تحويل هذا الحق للغير ."

بإيقاف نشر تلك الدعامة المخصصة للجمهور، فالمشرع خول للمؤلف حق التوبة أي العدول بما يتفق ما رأي المؤلف وهذا ما أشارت إليه أحكام المادة 24 الفقرة 01 [1]من الأمر 03/05 .

و له كذلك في أن يمارس حقه في سحب المصنف حتى وأن كان محل للتداول والذي سبق وأن نشر وتحصل عليه الجمهور، هذا مباشرة من جهة التي تولت عملية النشر أو الإبلاغ.

و نجد المشرع الفرنسي هو الأخر، قد اعتمد بصورة مباشرة ضمن الحقوق الأدبية على ممارسة حق النشر و حقي التوبة وسحب للمصنف من دائرة التداول ـــ

فما وقفت عنده أحكام المادة 1/121[2] من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الفرنسي باعتبار أن المؤلف هو الوحيد وبصورة خاصة أن يباشر حق نشر مصنفه .

ونجد من الفقه الفرنسي [3]ما يؤكد وبصورة خاصة وحصرية، بأن الحقوق الأدبية للمؤلف متعلقة في نقطتين جوهرتين: حق نشر المؤلف للمصنف وحق التوبة والسحب كما أشرنا إليه من خلال المادة 01/121 من ذات القانون السالف الذكر.

و يلاحظ في نفس السياق، بأن المشرع الفرنسي قد خص المؤلف وحتى بعد نشر المصنف [4] حقه في العدول أو التوبة في نشر مصنفه أو في سحبه حتى ولو تم عملية التنازل عن حقه في المصنف للغير

---

[1]/- نصت المادة 24 /01 من الأمر 03/05 على أنه " يمكن للمؤلف الذي يرى أن مصنفه لم يعد مطابقا لقناعاته أن يوقف صنع دعامة إبلاغ المصنف للجمهور بممارسة حقه في التوبة أو أن يسحب المصنف الذي سبق نشره من جهة الإبلاغ للجمهور عن طريق ممارسة حقه في السحب."

[2] /- article L 121-2. « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre. »

[3]/- voir plus dans ce sens Pierre Serinili, op.cit,p06 « Le droit moral français se compose bien des quatre prérogatives énoncées dans le questionnaire :

- le droit de divulgation
- le droit de paternité (droit d'attribution)
- le droit au respect de l'intégrité
- le droit de repentir ou de retrait

[4]/- Voir art L 121-4 du code CPI « Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire. Il ne peut toutefois exercer ce droit qu'à charge d'indemniser préalablement le cessionnaire du préjudice que ce repentir ou ce retrait peut lui causer. =

على أن تتم هذه العملية نضير تعويض يدفع مباشرة للمستفيد من التنازل جراء ما أصابه من ضرر وما لحقه من خسارة .

وعلى سبيل المقارنة كذلك، فالمشرع المصري نص من خلال المادة 5 الفقرة 1 من القانون المصري المذكور والخاص بحماية حق المؤلف على أن للمؤلف وحده سلطة تقرير نشر مصنفه أو عدم نشره وسلطته في هذا الشأن مطلقة، فهو الذي يتمتع بسلطة تقديرية في بحث مدى صلاحية إنتاجه الذهني للنشر وهل هو يتمشى مع مكانته العلمية وسمعته الأدبية، وله أن يقرر وحده في ضوء هذه الاعتبارات أن ينشر المصنف أو لا ينشره دون إلزامه على ذلك من قبل أي إنسان.

وذلك لأنه قد تقوم اعتبارات معينة أدبية أو علمية أو شخصية تمنعه من نشر مؤلفه محافظة على سمعته[1] ، كما لو كانت الظروف التي أعد المصنف في ضوئها قد تغيرت بحيث يرى المؤلف عدم ملائمة نشره عندئذ تتكون له الكلم ة الأولى والأخيرة في هذا الصدد.

ومتى قرر المؤلف نشر المصنف[2] فإن له وحده كذلك سلطة تحديد طريقة نشر المصنف فله أن يختار الصورة أو الشكل الذي يراه مناسباً لنشر مصنفه سواء مكتوباً أم شفوياً، ولا يجوز للغير أن

=Lorsque, postérieurement à l'exercice de son droit de repentir ou de Retrait, l'auteur décide de faire publier son œuvre, il est tenu d'offrir par priorité ses droits d'exploitation au cessionnaire qu'il avait originairement choisi et aux conditions originairement déterminées. »

[1]/- أنظر أحكام المادة 05 الفقرة 01 من القانون 2002/82 المتعلق بحقوق الملكية الفكرية المصري.

أنظر في هذا تعليق **الدكتور توفيق حسن فرج**، المرجع السابق، ص546 ، هامش4 " وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الخاص بحق المؤلف تعليقاً على الحكمة من هذه الميزات المقررة على سلطة المؤلف مراعاة للمصلحة العامة: "أن للهيئة الاجتماعية حقاً في تيس ير سبيل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري، فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين، لأن الأجيال الإنسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من آثار في تكوين المؤلفات."

و أنظر في نفس الصدد ما جاء به **الدكتور نزيه محمد الصادق المهدي**، المرجع السابق، ص 814 الفقرة 02 وهامش 01 .

[2] /-و أنظر **الدكتور نزيه محمد الصادق المهدي**، نفس المرجع، ص 815 الفقرة 01 تعليقا على أحكام المادة 01/05 من القانون 2002/82 ." نص القانون المصري على أن للمؤلف وحده الحق في إدخال ما يرى من تعديل أو تحوير في مصنفه فيكون له وحده أن يحذف منه أو يغير فيه أو يحوله من لون من ألوان الأدب أو الفن أو العلم إلى لون آخر أو يلخصه أو يشرحه أو يعلق عليه أو يترجمه إلى لغة أخرى .ولا يجوز لغيره أن يباشر شيئاً من ذلك إلا بإذن منه أو ممن يخلفه. =

يعاود النشر بهذه الطريقة أو بطريقة أخرى بدون إذن المؤلف وإلا يعتبر معتدياً على حق التأليف ويتعرض للجزاءات تبعا لذلك .

ب- حق المؤلف في نسب المصنف إليه:

بالرجوع للمشرع الجزائري في هذه الجزئية، نلاحظ أن أحكام المادة 23 /01[1] من الأمر 05/03 قد حددت أنه يحق للمؤلف أن يضمن المصنف بما يربطه بصلة سواء بطريقة مباشرة أو حتى مباشرة، وهذا قد يأخذ عدة صور، فيمكن للمؤلف ويقع ضمن حقوقه الأساسية والتي تقررت له باعتبار أن الحقوق الأدبية قد أقرته، فذكر اسم المؤلف أو الاسم العائلي والذي يدخل ضمن الحقوق اللصيقة بالشخصية يعتبر أمرا منطقيا وحتى وأن اعتمد المؤلف على الاسم المستعار هذا تماشيا مع أحكام المادة 01/22 من الأمر 05/03 والتنويه بهذا الاسم يكون بمثابة الإشارة للجمهور على الصلة أو العلاقة التي تجمع ما بين المصنف والمؤلف وهو في نفس الوقت مظهر من مظهر الاستئثار.

= وهذا ما أشارت اليه كذلك المادة 02/09 من قانون حماية الملكية الفكرية المصري ويتبين من ذلك أن للمؤلف السيطرة الكاملة على نشر المؤلف وتعديله وتحويره، بحيث أنه إذا منح المؤلف للناشر مثلاً حق استغلال المصنف فإن حق التعديل أو التحوير أو التغيير يبقى مع ذلك للمؤلف ومن حقه الكامل وله أن يمنع الناشر من إجراء أي تحوير بدون موافقته قد يرى المؤلف بعد نشر المصنف أنه لم يعد يتلاءم مع مستواه الفكري الذي وصل إليه أو مع القيم والأفكار والظروف الجديدة السائدة في المجتمع وأن في استمرار تداوله بين الجمهور إساءة لسمعته العلمية أو الأدبية، ولذلك يحق له سحب ما قد يكون متبقياً من نسخ هذا المصنف في التداول.

وقد لاحظ المشرع أنه إذا كان المؤلف قد منح حق الاستغلال المالي لمصنفه إلى ناشر معين وأنه قد يؤدي قرار سحب المصنف من التداول إلى الإضرار بمصلحة هذا الناشر المالية، ولذلك جعل الأمر في هذه الحالة بيد القضاء الذي يقدر الأسباب القوية التي دفعت المؤلف إلى سحب مصنفه، من إلزامه بتعويض الناشر عما لحقه من ضرر بسبب السحب وفي ذلك تنص المادة 42 من قانون المؤلف على أن: "للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب خطيرة أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بسحب = مصنفه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالي. ويلزم للمؤلف في هذه الحالة أن يعوض مقدماً من آلت حقوق الاستغلال المالي إليه، تعويضاً عادلاً يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة، وإلا زال كل أثر للحكم"

[1]/- أنظر أحكام المادة 23 /01 من الأمر 05/03 " يحق لمؤلف المصنف اشتراط ذكر اسمه العائلي أو المستعار في شكله المألوف، وكذا على دعائم المصنف الملائمة " وتضيف الفقرة الثانية أنه " كما يمكنه اشتراط ذكر اسمه العائلي أو الاسم المستعار قيما يخص جميع أشكال الإبلاغ العابرة للمصنف إذا كانت الأعراف والأخلاقيات المهنية تسمح بذلك ."

أكتر من ذلك فهو يمثل ما يعرف بحق الأبوة، تشبيهًا على أن للمصنف نسب كنسب المولود لأبيه للمؤلف وحده الحق في نسبة مصنفه إليه، كأن يكتب اسمه ومؤهلاته العلمية ولقبه وغير ذلك بما يعرّفه على الناس وعلى كل نسخة من نسخ الإعلان سواء نشره بنفسه أو بواسطة غيره، وينسب المصنف إلى مؤلفه أيًا كان نوع هذا المصنف كتابًا أو عملا فنيًا كتمثال للمؤلف أن يذكر اسمه على الكتاب بخط بارز، وبالنسبة للتمثال أن ينقش اسمه عليه، وإذا اختار المؤلف أن ينشر تحت اسم مستعار له الحق في كشف شخصيته، و هذا ما أراده المشرع الجزائري من استعمال عبارة " فيما يخص جميع أشكال الإبلاغ العابرة للمصنف إذا كانت الأعراف والأخلاقيات المهنية تسمح بذلك ." ضمن الفقرة الثانية من المادة 23 من الأمر 05/03 .

في التشريع الفرنسي، الأمر ذاته تم الإشارة إليها ضمن أحكام المادة 01/113[1] المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية، فاعتبر بأنه صفة المؤلف على المصنف تنسب فقط إلى من له تلك الصفة أو من لهم الصفة على المصنف المنشور إلا في حالة ما أثبت عكس ذلك، وهذا ما يؤكد ذلك الترابط الوثيق الذي خص التشريع الفرنسي كنصر من عناصر الحقوق الأدبية التي يتحلى بها المؤلف على مصنفه .

ويلاحظ كذلك، بأن المشرع الفرنسي قد أكد هذا الأمر من خلال المادة 1/121 المتعلق دائما بقانون حماية الحقوق الملكية الفكرية بالتأكيد على ضرورة احترام اسم وصفة المؤلف وهذا على المصنف المنشور .

وتضيف المادة 1/121 من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي أنه للمؤلف الحق في التمتع بالحق في حماية واحترام اسم وصفته على المصنف باعتبار أنه لصيق بشخصيته.

[1] /- **Article L113-1 du CPI** « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. »

Article L121-1 du CPI« L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à sa personne. »

أكثر من ذلك [1]، يلاحظ أنه من الفقه الفرنسي تأصيلا للمادة 1/121 ما يعتبر حقا للمؤلف وبمناسبة نسب للمصنف إليه أنه يمكن مباشرة حق فرض علاقته بالمصنف و حق الاعتراض في إبقاء اسم وصفة المؤلف على المصنف وهذا في مواجهة الغير وحتى وإن كان باسم مستعار.

فقد مدّ القضاء الفرنسي[2] الحق في النسب بهذا المنظور وتبعا للطبيعة الخاصة للحق الأدبي إلى طائف أخرى من المبدعين لتشمل كل من المهندس المعماري الذي يقوم بتصميم عمارة معينة بذكر اسمه عليها وذكر اسم المؤلف في الفيلم السينمائي على الإعلانات وفي جميع الطبعات، ولا يقتصر هذا الحق على المؤلف الواحد بل تمتد لتشمل المصنفات المشتركة إذ يكون الحق لكل مساهم في العمل المشترك في أن يذكر اسمه على هذا المصنف.

[1] /- voir dans ce sens Pierre Serinili, op.cit,p 07 et 8. « **Le droit à la paternité** Le créateur dispose, de ce fait, d'un droit d'apposition et d'un droit d'opposition.

Le droit d'**apposition** est la faculté pour l'auteur d'apposer ses nom et qualités sur l'oeuvre

Comme sur les documents publicitaires.

Le droit d'**opposition** est en France plus réduit que dans d'autres législations. Il est cantonné à la faculté pour l'auteur (" X ") d'une œuvre de s'opposer à ce qu'un tiers y appose son propre nom (" Y ").

Il n'est pas étendu à l'hypothèse d'usurpation du nom. C'est dire qu'il n'accorde pas la faculté de faire disparaître son propre nom d'une œuvre créée, en réalité, par un autre.

Deux voies s'offrent alors à l'auteur pour faire disparaître cet emprunt du nom:

– civile: le droit de la responsabilité civile ou le droit au nom;

– pénale: la loi du 9-12 février 1895 concernant le faux artistique qui permet, pour certaines

Œuvres (peinture, sculpture, dessin, gravure, musique) de punir pénalement la reproduction

Frauduleuse du nom ou l'imitation de signature.

[2] /- voir aussi dans ce sens Pierre Serinili, op.cit,p 8 paragraphe 02: (Civ. 1re,28 mai 1991: Bull. civ. I, no 172; D. 1993. 197, note Raynard; RIDA juill. 1991, p. 197 et 161,obs. Kéréver; JCP E 1991. II. 220, note Ginsburg et Sirinelli; Gaz. Pal. 1989. 2. Pan. 741; Clunet 1992. 3, note Edelman ; voir, infra, question 11) ; voir aussi pierre serinili, op.cit,p9 marge 01 « Tribunal Instance. Nîmes, 25 janvier 1971, Gaz .pal, 11mais 1971, « d'une part les devis études et calcules de résistances de ferraillage , de béton , application simple de règles et de lois , ne sont pas en principe protégés, que d'autre part il en est de même pour certains plants qui ne sont que la traduction graphique de calcules purement théoriques de l'ingénieure , mais par contre , le mérite de l'architecte n'a pas à être pris en considération , si l'on est en présence d'une création protégeable , en présence d'une construction de caractère extrêmement banale et ordinaire, la responsabilité de celui qui public des photographies de l'immeuble sans mention de nom de l'architecte peut être engagée sur la base de l'article 1382 de code civil ».

وحتى القانون المصري هو الأخر[1]، واستنادا للحقوق الطبيعية التي يجب منطقياً تقريرها للمؤلف نتيجة للحق الأدبي يتقرر حق ينسب إليه على المصنف و الذي ابتكره المؤلف بوصفه صاحب الحق في الابتكار، وهذا هو ما قررته المادة 9 الفقرة 1 بنصه على أن" للمؤلف وحده الحق في أن ينسب إليه مصنفه وفي أن يدفع أي اعتداء على هذا الحق" ، ويترتب على ذلك أن يكون للمؤلف الحق في أن ينشر مصنفه حاملاً اسمه، كما يكون له أن ينشره باسم بل يثبت له الحق أيضاً في نشر مصنفه بدون اسم، ويكون له الحق في اسم مستعار.

فضمن الحالتين السابقتين فان النشر سواء باسم مستعار أو بدون اسم فهذا الأمر متوقف فقط على حرية المؤلف في أن يعلن عن شخصيته ونسبه على المصنف في الوقت الذي يراه مناسب له.

ونتيجة لهذا الحق، فإن للمؤلف حق لدفع أي اعتداء يقع من الغير متضمناً سرقة المؤلف وإسناده لشخص آخر أو حتى في حالة تقليده.

ثانيا: خصائص الحق الأدبي المخولة للمؤلف:

الحق الأدبي-كما سبق ذكره- هو الحق غير المالي الذي يتصل مباشرة بشخصية المؤلف وإن كان يتميز عن حقوق الشخصية البحتة بأنه عنصر في حق المؤلف الوارد على المصنف، وبكن يترتب على هذه الطبيعة المتميزة للجانب الأدبي للمؤلف أن هذه الحقوق المعنوية تتميز بثلاث خصائص أساسية فلا يمكن التصرف فيها ولا تخضع لنظام التقادم ولا يمكن التخلي عنها وهذا ما أورده المشرع الجزائري من خلال المادة 21الفقرة 02[2] من الأمر 05/03 :

[1]/- أنظر **الدكتور نزيه محمد الصادق المهدي**، المرجع السابق، ص 817 الفقرة 03 والهامش 01 .

و لأكثر تفصيل أنظر في هذا **الدكتور عاطف عبد الحميد**، السلطات الأدبية لحق المؤلف، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها وأنظر **الدكتور مأمون عبد الرشيد**، الحق الأدبي للمؤلف، المرجع سابق، ص428

[2]/- أنظر أحكام المادة 21 الفقرة 02 من الأمر 05/03 والتي تنص " تكون الحقوق المعنوية غير قابلة للتصرف فيها ولا تتقادم ولا يمكن التخلي عنها."

أ – عدم قابلية الحقوق المعنوية للمؤلف التصرف فيها :

لما كان الحق الأدبي لمؤلف يعني أنه نتاج ذهني لصيق بشخصيته فإنه يترتب على ذلك أنه لا يجوز التعامل فيه بنقله إلى الغير أو التنازل عنه، حيث لا نجد من خلال الأمر 05/03 تفصيلا دقيقا حول مسألة عدم قابلية الحقوق المعنوية للتنازل، فقط تم الإشارة المشرع إلى المبدأ، وأمام هذا الحال يتعين علينا الرجوع للمبادئ العامة التي أشارت إليها أحكام القانون المدني، ففي مجال عدم قابلية التصرف في الحقوق الأدبية فلا يجوز الحجز على الحق الأدبي للمؤلف نظرا لكونه لصيق بشخص المؤلف[1]، شأنه في ذلك شأن الحقوق الشخصية المتصلة بشخص الإنسان كحق الأبوة والبنوة، وأي تصرف يرد على الحق الأدبي فإنه يترتب عليها البطلان وإن كان من الممكن الحجز على نسخ المصنف الذي تم نشره، فالذي يجوز الحجز عليه في صدد حق، المؤلف بصفة عامة هو حق الاستغلال المالي وليس الحق الأدبي ويرجع السبب في عدم جواز الحجز على الحق الأدبي للمؤلف إلى أن هذا الحق لا يدخل في دائرة التعامل باعتباره من الحقوق غير المالية.

المشرع الفرنسي هو الأخر تبعا لأحكام المادة 01/112 الفقرة 03و 04 من قانون الملكية الفكرية قد أكد بصورة قطعية على هذا المبدأ، فمسألة الحجز عن الحقوق المعنوية ي مسألة غير ممكنة من الناحية النظرية وحتى من الناحية العملية وهذا الأمر ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسي في العديد من أحكامها .[2]

[1]/- ويرى **الدكتور نوري خاطر** أن المشرع الأردني في هذا النص أعطى للمؤلف الحق بالتصرف في حقوق الاستغلال المالي "بمفهوم المخالفة لهذا النص لا يجوز التصرف بالحق الأدبي وهو ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم26842003 لسنة 11/11/ 2003 هيئة خماسية الذي قضت فيه" :يستفاد من المواد3 و8 و 9من قانون حماية حق المؤلف رقم 22 لسنة 1992واعتبار أن الحقوق الأدبية للمؤلف هي =حقوق شخصية تظل محفوظة بعد وفاته حتى بعد انتقال هذه الحقوق ويبقى المؤلف يحتفظ بحق بالمطالبة بها والاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو تعديل آخر لهذا المصنف أو كل مساس آخر بذات المصنف يكون ضارًا. بالشرف والسمعة "

[2]/- Voir dans ce sens: Thibault Decarli, op.cit,p 6 «CA Paris, 4e ch. A, 27 mars 2002, n° 2000/10491: Juris-Data n° 2002-187855 » et « CA Pau, 1re ch., 19 sept. 2005, n° 03/03744, Juris-Data n° 2005-289653. »

وبالرجوع على سبيل المقارنة للمشرع المصري فنجده قد تضمنت المادة 38 من القانون حماية حق الملكية الفكرية 2002/82 [1] على بطلان التصرف في سلطات الحق الأدبي للمؤلف وهي حق المؤلف في تقرير نشر مصنفه وحقه في تعديله أو تحويره وحقه في نسبته إليه وحقه في سحب المصنف من التداول، كما نص القانون أيضاً في المادة 40 من القانون 2002/82[2]المتعلق بالملكية الفكية على آثار بطلان تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري في المستقبل .

وسنرى أنه حتى لو تنازل المؤلف إلى الغير بهذا الحق في شقه المالي، فان الثابت من خلال النصوص القانونية سواء ما تعلق بالتشريع الجزائري أو حتى التشريعات المقارنة قائمة على مفهوم واحد ومشترك في طبيعة الحق المعنوي التي لا يمكن التصرف فيها أو التنازل عنها وهي في طبيعتها غير قابلة للتقادم .

ولكن يلاحظ أن نص المادة 22 من الأمر 05/03 قد أضافت عبارة "**يمكنه تحويله هذا الحق إلى الغير** "و بالأخص أن موقع المادة جاء تحت عنوان الفصل الأول من الأمر المشار "**الحقوق المعنوية وممارستها** " وهذا ما يؤكد من جهة أحقية المؤلف وخصوصية الحق المعنوي ومن جهة أخرى يمكن التنازل على الحق المعنوي فصياغة النص بهذا المنظور حسب رأينا يعتبر تناقض مع أحكام المادة 21 من الأمر 05/03 ضمن الفقرة الثانية وبالأخص أن هذه الفقرة قد أكدت على طبيعة وخصوصية الحق المعنوي .

ب/- عدم قابلية الحق الأدبي للتقادم:

يعتبر الحق الأدبي حقًا مطلقًا ومؤبدًا، نظرًا لارتباطه الوثيق بشخص المؤلف وخروجه عن دائرة التعامل، فهو لا يقبل التقادم سواء أكان مكسبًا أو مسقطًا فتظل نسبة المصنف إلى مؤلفه دائمة ولا تسقط أبدًا ، ويتمتع الحق الأدبي للمؤلف بهذه الخصيصة مهما طالت المدة، حتى لو سقط الحق المالي في الملك العام فلا يستطيع أي شخص استعمال المصنف مع نسبته إلى نفسه ويستطيع الورثة دفع الاعتداء عن المصنف استنادًا إلى عدم قابلية الحق الأدبي للتقادم وإذا لم ينص المشرع على ذلك

[1]/- أنظر في هذا أحكام المادة 38 من القانون 2002/82 قانون الحماية الملكية الفكرية المصري.

[2]/- أنظر في هذا أحكام المادة 40 من القانون 2002/82 قانون الحماية الملكية الفكرية المصري.

الحق فإن طبيعة الحق الأدبي، تتعارض مع فكرة سقوطه بمرور الزمان فكيف يمكن لنا أن نتخيل شخصا آخر غير المؤلف، ينسب لنفسه مصنفا سقطت الحماية عنه....إن كل هذا يتعارض مع قواعد النظام العام والآداب العامة التي من أهدافها حماية الحقوق الشخصية للأفراد.

2/- الحق المالي للمؤلف:

أما ما تعلق بالحق المالي للمؤلف فهو يمثل القيمة المادية لابتكاره وإبداعه[1]، وهو حق استئثاري مقرر للمؤلف وحده، كما أنه حق مؤقت ينقضي بمدة معينة يحددها القانون، وبموجب هذا الحق يخول المؤلف استغلال مصنفه بما يعود عليه بالمنفعة والربح المالي.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف هذا الحق، فمنهم من رأى أنه حق عيني على منقول، ومنهم من رأى أنه حق احتكار الاستغلال[2]، فهي لا تترتب إلا علي الحقوق الأولى والعكس غير صحيح بحيث قد يكون للمؤلف حقوقه المعنوية دون الحقوق المالية متى كان قد تصرف فيها وانتقلت إلى الغير. وتتمثل تلك الحقوق فيما يلي: حق المؤلف في استغلال مصنفاته علي أية صورة من صور الاستغلال ويتم هذا الاستغلال عن طريق نقل المصنف إلى الجمهور بطريق مباشر أو غير مباشر. فالنقل المباشر للمصنف يكون بعرضه على الجمهور عرضا مباشرا من قبل المؤلف أو الغير ممن يكون قد تلقي هذا الحق من المؤلف، ويسمي ذلك بحق الأداء العلني.

أما النقل غير المباشر فيكون عن طريق نسخ المصنف وتقديمه للجمهور بواسطة وسيلة وسيطة من وسائل التقديم والنشر علي الجمهور بطريقة غير مباشرة كالأسطوانات والبث التليفزيوني أو

---

[1]/- الدكتور **الشلاش محمد**، حقوق الملكية الفكرية بين الفقه والقانون، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية، المجلد. 21العدد / 3 ديسمبر2007، ص7 . وأنظر كذلك **الدكتور خاطر لطفي**، الموسوعة الشاملة في قوانين حماية حق المؤلف، المرجع السابق، ص 137 وما بعدها.

[2]/- أنظر رأي الدكتور **السنهوري**، المرجع السابق، ص 334: " عند شرحه لحق المؤلف المالي وكذا حقه في تقرير نشر مصنفه "فالمؤلف وحده هو الذي يحدد ما إذا كان مصنفه قد تم وأصبح قابلا للنشر، وهو الذي يختار الوقت الذي ينشره فيه ويعين طريقة هذا النشر ... "وله كذلك أن يعين طريقة النشر فقد يختار أن يمثل مسرحيته دون أن تنشر في كتاب أو يأذن في تحويل رواية أو قصة قام بتأليفها الى مسرحية دون أن يأذن في تحويلها الى مصنف سينمائي "

و أنظر رأي **الدكتور عبد الرشيد مأمون**، المرجع السابق، ص 432 .

الاتصال السلكي أو البث عن طريق الأقمار الصناعية فاستغلال المصنف ماليا من حق المؤلف وحده ولا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون آذن سابق من المؤلف أو ممن يخلفه[1].

وللمؤلف وحده أن ينتقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو بعضها وان يحدد في هذه الحالة كيفية استغلال الغير لما تلقاه من هذه الحقوق طبقا للقانون.

ومن خلال القانون الجزائري، فالمادة 27 من الأمر 05/03 [2] تجلى لنا أهمية الشق المالي للحق المؤلف وكذا الآثار الواردة عنها، فيتبين لنا بأن الحق المالي يؤخذ صورتين، صورة الاستغلال المباشر وصورة الاستغلال غير المباشر أساس هذا التقسيم أرجعه إلى رأي الفقه الذي يؤصل الحقوق المالية المنبثق من حق المؤلف من فكرية الملكية والذي يعتبرها ضمن الحقوق العينية الأصلية [3] ونجد في القانون الفرنسي نفس الفكرة فهذا الأخير قد اعتبر بأن الحقوق المالية تؤخذ صورتين حق تمثيل المصنف الأدبي وحق في استنساخه وبالرجوع للمادة 01/122 من قانون حماية الفكرية لفرنسي من خلال الفقرة 01 [4]في قولها بأن حق الاستغلال المخول للمؤلف يكمن في حق التمثيل وحق الاستنساخ أو ما يعبر عليه بحق النشر.

---

[1]/- انظر في هذا الصدد ما ورد في أحكام المادة 27 من الأمر 05/03 قانون حماية حق المؤلف الجزائري وأحكام المواد 3/112 ن قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي وعلى سبيل المقارنة أيضا أنضر قانون الملكية الفكرية المصري من خلال المادة 30 من القانون82 2002 وقانون الملكية الفكرية الأردني من خلال المادة

[2]/- تنص المادة 27 من الأمر 05/03 " يحق للمؤلف استغلال مصنفه بأي شكل من الأشكال والحصول على عائد مالي منه" وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة " كما يحق له دون سواه مع مراعاة أحكام هذا الأمر، أن يقوم أو يسمح لمن يقوم بالأعمال التالية ...."

[3]/- أنظر في هذا رأي **الدكتور أنور طلبة**، حماية حقوق الملكية الفكرية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 08 و09 .

و أنظر كذلك رأي **الدكتور محي الدين عكاشة**، حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 54 وأنظر كذلك رأي **الدكتورة فرحة صالح زراوي**، الكامل في القانون التجاري، "الحقوق الفكرية "، ابن خلدون للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 26 .

[4]/- article 122-1 du CPI français « Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de Reproduction. »

ومن هذا قم سبق ذكره فان نعتمد على ما ورد في نص المادة 27 من الأمر 03 /05 في تأصيل الحق المالي فقد يكون مباشر أو غير مباشر .

أولا: حق الاستغلال المباشر للحق المالي للمصنف:

إن الحق المالي كما سبق وبيناه، هو المقابل الذي يتحصل عليه المؤلف الناتج عن استغلال منتجاته الفكرية في شقه المادي، وهو الجانب الآخر المعاكس لحقوق المؤلف المعنوية والواردة على مصنفه، و هو مغاير له على الإطلاق في الطبيعة والموضوع على الرغم من تلازمها.

فالحق المادي للمؤلف هو مال منقول له بعد معنوي ويشكل حق من حقوق الذمة المالية فإسناد الحق المالي للمؤلف يعني إعطاؤه الحق في الاستفادة ماديا من مصنفه وذلك بنشره بأية وسيلة من وسائل النشر ويتقاضى مقابلا ماليا عن ذلك.

كما يجوز للمؤلف أن يتصرف في هذا الحق سواء تصرف قانوني أو حتى تصرف مادي، مع مراعاة في ذلك الأحكام القانونية في نقل ملكية هذا المال المعنوي وإلا وقع التصرف باطلا، و في المقابل على المؤلف أن يضمن عدم عرقلة الانتفاع بالمصنف على الكيفية والطريقة المتفق عليها .

فالاستغلال المباشر يكمن في العملية التي تتم من خلالها إيصال هذا المصنف الفكري للجمهور بشكل علني وعام وتتم هذه العملية بعرض المصنف مباشرة للجمهور بصورة شخصية أي من قبل المؤلف أو حتى من قبل الغير فالمسألة تستوي بهذا المنظور ونكون أمام حالة الاتصال المباشر أو ما يعبر عليه بالأداء العلني ولا يهم طريقة أو كيفية هذا الأداء ولكن الأمر مرهون فقط بالعلنية وإحاطة الجمهور به. [1]، فنجد المشرع الجزائري قد ضبط هذا النوع من التصرفات في مجال الحق المالي للمؤلف وحصر استغلالها المباشر في :

[1]/- أنظر لأكثر تفصيل **الدكتور عبد الحميد المنشاوي**، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 18 هامش 01 ." قضت محكمة النقض المصرية أن العبرة في العلنية الأداء المتعلق بالإيقاع أو التمثيل أو إلقاء مصنف من المصنفات المشمولة بالحماية، ليست بالنوع أو الصفة المكان المقام فيه الاجتماع أو الحفل الذي يحصل فيه هذا الأداء، وإنما بالصفات الذاتية لذلك الاجتماع، فان توافرت فيه الصفة العمومية كان الأداء علنا "

- حق الاستنساخ أو ما يسمى بحق النشر.
- حق الإبلاغ للجمهور أو ما يسمى بحق التمثيل.

أ- حق الاستنساخ أو حق النشر:

ومرد هذا المبدأ في القانون الجزائري هو ما أقرته المادة 02/27 من الأمر 05/03، فاعتبرت بأن من بين السلطات الشخصية أو بعبارة أخرى الذي يقع ضمن خصوصية المؤلف في استعمال الحق المباشر على المصنف أو من يقر له بهذا الحق في حدود صلاحيات المخول له هي مسألة استنساخ المصنف بأي وسيلة كانت، ويعني هذا الأمر هو ذلك التثبيت المادي للمصنف بكل الوسائل الممكنة التي تسمح معها إمكانية نقلها للجمهور [1].

وبناءا على ما سبق، فان حق الاستنساخ هو حق مقرر للمؤلف، فله كما أشارت الفقرة الثانية من المادة 27 الأمر 05/03 أن يباشر هذا الحق بنفسه أو بواسطة الغير، ويمكن أن توضع أصل المصنف السمعي البصري أو نسخة منه رهن التداول بين الجمهور بواسطة التأجير أو حتى إذا تمت العملية المتعلقة بالتأجير التجاري لبرامج الحاسوب [2] .

ويجوز ممارسة هذا الحق بقابل أو بدونه [3] كما يجوز الحصول على نسخة منها أي ما يعرف بالنسخة الأصلية والتي سنفرغ لها دراسة خاصة، وكذلك فان حق الاستنساخ لا يقتصر فقط نسخ

---

[1]/- Voir dans ce sens: Claude Colombet, propriété littéraire et artistique et droit voisins, 9 édition, Dalloz ,France ,1999,p 52. Et voir même auteur, Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde: Approche de droit comparé (ancienne édition), édition litec, France, 1990,p 48.

[2]/- أنظر في هذا ما ورد في أحكام المادة 27 الفقرة 04 من الأمر 05/03 .

[3]/- أنظر في هذا **الدكتور بهاء الدين بارة**، مبادئ قضائية في مجال حقوق المؤلف، بدون طبعة، بدون دار النشر، سورية، 2007 " وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية أن حق الاستغلال للمصنف ماليا هو للمؤلف وحده ولا يجوز للغير مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو ممن يخلفه، وللمؤلف وحده أن ينقل إلى الغير الحق في مباشرة حقوق الاستغلال المقررة له كلها أو جزء منها وأن يحدد في هذه الحالة مدة استغلال الغير لما تلقاه منه من هذه الحقوق، ومقتضى ذلك أن المؤلف حر في أن يجيز لمن يشاء نشر مؤلفه وأن يمنعه عمن يشاء وفي أن يسكت على الاعتداء على حقه إذا وقع من شخص، وله أن لا يسكت عليه إذا تكرر من نفس المعتدي أو وقع من غيره وذلك دون أن يعتبر سكوته في المرة الأولى مانعا له من مباشرة حقه في دفع الاعتداء في المرة الثانية ما دام أن هذا الحق قائم و لم ينقض ."

الصور والنماذج من المصنفات مطابقة لأصل بل يمكن أن تمتد إلى كل الوسائل بما في ذلك شرح المصنف والترجمة والتحوير والاقتباس وهذا الأمر أقرته كذلك اتفاقية "**برن**" لسنة 1886 المعدلة من خلال المادة 09 منه .

ب- حق إبلاغ المصنف للجمهور أو ما يعرف بحق التمثيل:

بالإضافة لحق الاستنساخ السالف الذكر، يأتي حق أخر متلازم له هو حق إبلاغ المصنف للجمهور أو حق التمثيل ليستقيم أساس الاستغلال الحق المالي للمؤلف والذي تم الإشارة إليه ضمن أحكام المادة 27 من الأمر 05/03، غير أن وفي الوقت ذاته لم يحدد لنا المشرع المعنى أو بالأحرى المفهوم الدقيق لمعنى الإبلاغ واقتصر فقط بالإشارة للطريقة المعتمدة .

باستقراء أحكام المادة 27 من الأمر 05/03 تبعا للفقرات 02 إلى أخر فقرت يتبن لنا بأنه كل فعل من شانه أن يجعل المصنفات في متناول الجمهور وذلك دون الاعتماد على دعامة دائمة، كالتمثيل أو الأداء على خشبة المسرح أو إبلاغ المصنف عن طريق البث السمعي أو السمعي البصري، أو أية منظومة معلوماتية والأمر متوقف حصريا على إرادة المؤلف والذي هو صاحب المصنف .

من خلال هذا التعداد فإن للمؤلف طريقتين لعرض مصنفه على الجمهور الطريقة الأولى مباشرة وهي الطريقة التقليدية لتقديم المصنف كالتمثيل أو الأداء العلنيين والطريقة الثانية غير مباشرة لتدخل وسائل مادية مختلفة لعرض المصنف على الجمهور كالأفلام مثلا والفرق بين الطريقتين يكمن في كون تنفيذ المصنف وعرضه على الجمهور غير مت ا زمنين في الطريقة الثانية، وفي كلا الحالتين فالنتيجة واحدة وهي إبلاغ المصنف إلى الجمهور.

وأمام وجود التقنيات الحديثة للإبلاغ فإن المشرع الجزائري نصّ على ضرورة مراعاة حقوق المؤلف في حالة الإبلاغ عن طريق القمر الاصطناعي[1] يقضي المشرع بجواز البث الإذاعي السمعي أو

[1]/- أنظر في هذا أحكام المادة 28 من الأمر 05/03 حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

السمعي البصري أو السلكي لمصنف ما سبق إبلاغه إلى الجمهور بترخيص من المؤلف بعد دفع مقابل له [1]، ويعتبر مشروعا

إبلاغ المصنف المذاع إلى الجمهور بالبث السلكي إذا كان مت ا زمنا مع الإذاعة ودون تعديل للبرنامج المذاع، وهذا بترخيص من الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بعد دفع مكافأة منصفة للمؤلف[2]

ومن خلال هذا يتبن لنا بأن عرض الإنتاج الفني على الجمهور يكون في صورتين، فأما الصورة الأولى هي كلاسيكية في تقديم المصنف كالتمثيل أو الأداء العلني وغيرها ...

وأما الصورة الثانية هي إقحام وسائل وآليات التكنولوجيا الحديثة والتي تسع إلى إيصال هذا المصنف إلى أكبر عدد ممكن من الجمهور، ويكمن الفرق الواحد ما بين الطريقين في التوقيت وعدم إمكانية التزامن ما بين العرض التقليدي والعرض الحديث للمصنف، غير العلة ما بينهما تتفقان في إبلاغ المصنف للجمهور.

ومن جهة أخرى، يتعين علينا الإشارة أن حق الاستنساخ والذي يحتم معه حق إبلاغ هذا المصنف للجمهور يخول حق استئثاري لصاحب الحق، غير أنه وباستقراء أحكام المواد 48 إلى 50 من الأمر 05/03 المتضمن حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري يتبن لنا بأن حق الاستنساخ –المشار إليه– تلحقه بعض الاستثناءات القانونية إلا أن هذه الأخيرة تقل نوعا عن تلك الواردة في أصل الحق الوارد على المصنف ذاته، لكن مبررها واحد يتمثل في أنها تتيح التوفيق الأفضل بين الدفاع عن حقوق المؤلف من جهة والحرص على سهولة نقل العلم والمعرفة إلى الجمهور من جهة أخرى.

وتكمن هذه الاستثناءات[3] في :

[1]/– أنظر أحكام المادة 30 من الأمر 05/03 حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة .

[2]/– أنظر أحكام المادة 31 من الأمر 05/03 حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة.

[3]/- Claude Colombet, Op. cit, édition 1987,p64. « …Par ailleurs, un certain nombre de lois exonèrent de droit s d'auteur d'autres types de représentations, par exemple, tout d'abord, celles qui sont effectuées exclusivement à des fins éducatives, scolaires ou universitaires (Bénin,=

- التمثيل أو الأداء المجاني في الدائرة العائلية .
- التمثيل أو الأداء المجاني في مؤسسات التكوين والتعليم.

و هناك استثناءات أخرى يشترك فيها حق الاستنساخ وحق الإبلاغ وهي:

- الإبلاغ لغرض الإعلام.
- الإبلاغ في إطار إجراء قضائي أو إداري.
- إبلاغ المصنفات التي تتواجد في أماكن عامة على الدوام.

ثانيا: حق الاستغلال غير المباشر للحق المالي للمؤلف:

يكمن حق لاستغل غير المباشر والذي يؤول للجمهور بطريقة النسخ ولكن ليس بالنسبة للنسخة الأصلية والتي هي حق خالص للمؤلف أو صاحب المصنف، والذي قد لا يكون صاحب المصنف قد باشر بنشره بنفسه ولكن بواسطة الغير، ففي هذه الحالة يمكن أن يكون المصنف قد وضع للتداول وهو بالتالي تحت تصرف الجمهور وهذا الحق بالموازاة يخول للمؤلف حق التتبع للمصنف والذي كون سواء في حياة صاحب حق أو حتى بعد وفاته للخلف العام .

أ- حق التتبع:

يعرف الحق في التتبع بأنه الحق الممنوح للمؤلف طوال حياته ولورثته بعد وفاته للحصول على نسبة معينة من ثمن تأليفه الفني الأصلي في حالة بيعه أو إعادة بيعه، وبمقارنة حق التتبع بالحقين الماليين الذين سبق دراستهما، يتضح لنا أن عدد محدود من الدول تأخذ بهذا لحق مع أنه حق عادل تماما،

=Cameroun, Tunisie, par exemple) ; il s' agira surtout de permettre la libre radiodiffusion d'œuvres - ce que vise spécialement l ' Algérie .

Mais il est possible d'étendre cette permissivité à tout type de représentation, par exemple à des représentations théâtrales - ce que c ite expressément le Brésil - ; bien entendu, le caractère non lucratif de ces exécutions doit être bien établi: ici encore, il ne serait pas tolérable que des bénéfices soient réalisés sans que les auteurs en aient leur part. »

كونه يخول لمؤلفي المصنفات الفنية تعويضا عن الغياب أو الانعدام شبه الكامل لحقي الاستنساخ والإبلاغ للجمهور لمصنفاتهم، وحرمانهم مما يقترن بهذين الحقين من مكافأة مالية.[1]

وتتمثل طبيعة الحق في التتبع أنه لا يمكن التصرف فيه، ولا يسمح تحويله مهما كانت العملية بعوض أو مجانا ومن هنا يمكن القول أنه يشبه من هذا الجانب الحق المعنوي بالرغم من كونه حق من الحقوق المالية[2]، ولممارسة حق التتبع لابد من توفر الشروط التالية وهي:

- ممارسة من طرف مؤلفي مصنفات الفنون التشكيلية.
- أن يتم على يد محترف التجارة بالفنون التشكيلية أو أن يتم عن طريق البيع بالمزاد العلني .
- تحديد النسبة المئوية التي تدفع للمؤلف.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري ضيق من مجال التتبع حيث حصره في المصنفات التشكيلية فقط دون التطبيقية، كما أنه وافق اتفاقية" **برن**" من حيث أنه حصر المستفيدين من حق التتبع في المبدعين أنفسهم ثم ورثتهم من بعد وفاتهم لمدة 50 سنة[3] .

في حين أن اتفاقية" **برن**"[4] وسعت من دائرة المستفيدين ليشمل الموصى لهم أو كل من له الصفة بعد وفاة المؤلف من أشخاص وهيئات، ولكن يطرح التساؤل عند تنازع الورثة فمن تكون له الصفة في ممارسة حق الكشف عن المصنف؟

---

[1]/- Claude Colombet, Op. cit, édition 1987, ,P74, « Il s'agit donc d'un droit patrimonial présentant un caractère fondamental du droit moral. »

[2] /-أنظر في هذا **بن دريس حليمة**، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 46 .

[3]/- أنظر في هذا ما ورد في أحكام المادة 54 من الأمر 03-05 في قولها " تحظى الحقوق المادية بالحماية لفائدة المؤلف طوال حياته ولفائدة ذوي حقوقه مدة خمسين (50) سنة ابتداء من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاته."

Voir aussi l'article L 123 /1 « Au décès de l'auteur, ce droit persiste au bénéfice de ses ayants droit pendant l'année civile en cours et les soixante-dix années qui suivent. »

[4]/- أنظر في هذا الصدد المادة 7 الفقرة 5 من اتفاقية "**برن** " والتي تنص على أنه "

بالرجوع لأحكام المادة 22 الفقرة 02 من الأمر 05/03، نجد المشرع الجزائري قد ضبط من لهم الصفة في مباشرة هذا الحق، فذوي الحقوق لهم من الصلاحيات في المطالبة بالكشف عن المصنف ولكن مع مراعاة عدم وجود وصية ثابت وموثقة بالطرق الإجرائية الرسمية فهنا حق الورثة يتعطل ويصدم مع حق الوصية .

وهنا يلاحظ أن المشرع قد استعمل عبارة " **وصية خاصة** " الأمر الذي يستوجب معه الرجوع لأحكام قانون الأسرة من أجل تحديد الإجراءات المتعلقة بالوصية ومن لهم الحق في الاستفادة بها[1].

فالذي يعنينا في هذا المقام، أنه في حالة وجود إشكال في مسألة الكشف عن المصنف وهنا بضبط يثار ثلاثة حالات:

الحالة الأولى: حالة الشخص الذي يبادر بكشف عن المصنف إذ كان من الورثة .

فهنا قد أقرت الفقرة 03 من المادة 22 الأمر 05/03 أن الشخص المبادر بكشف عن المصنف له أن يختار الجهة القضائية التي يراها مناسبة لعرض النزاع في تحديد هذا الحق، من وجهة أخرى فقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة 40 /04 [2]منه أن المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية يعود الاختصاص الى موطن المدعى عليه وهذا يعتبر تناقض إجرائي مع أحكام الفقرة 03 من المادة 22 الأمر 05/03 التي تخول الحق للمبادر في الكشف عن المصنف في اختيار أي جهة قضائية يراها مناسبة .

[1]/- القاعدة تقضي بأنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازه الورثة ومن هذا المنطلق وبالرجوع لأحكام المادة 189 من قانون الأسرة قانون رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 في نصها " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى "

[2]/- المادة 04/40 من القانون 08/08 المؤرخ في 2008/04/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الحالة الثانية: حالة رفض الكشف عن المصنف من طرف الورثة.

وهنا بالرجوع للفقرة 04 [1]من المادة 22 فيمكن للجهة الوصية والمتمثلة في وزارة الثقافة أو من يمثلها مركزيا أو حتى محليا أو حتى من قبل الغير الذي لديه مصلحة في الكشف عن هذا المصنف وبالأخص إذا كان هذا المصنف يشكل أهمية بالنسبة للمجموعة الوطنية إذا كان يتعلق بالهوية الوطنية أو يشكل جزء من التاريخ الوطني المشترك أو الموروث الشعبي ...الخ، و في حالة ما إذا رفض الورثة اكشف عن هذا المصنف فهنا يمكن التدخل لمباشرة حق الكشف عن المصنف أمام الجهة القضائية المختص

الحالة الثالثة: حالة عدم وجود ورثة لمؤلف.

بالرجوع دائما لأحكام المادة 22 من الأمر 05/03 من خلال الفقرة 05 نجد بأن في حالة ما ان لم يجد لصاحب المصنف أي ورثة والذي يتعين السعي في الكشف عن المصنف بعد هلاك الوارثة، فيمكن للجهة الوصية والمتمثلة في وزارة الثقافة أو من يمثلها على المستوى المركزي أو حتى المحلي أن تباشر حق الكشف عن المصنف أمام الجهة القضائية، وفي هذه الحالة النص القانوني استعمل عبارة الحصول على "**الإذن** " دون تحديد طبيعة هذا الموروث الثقافي ما إن كان يمثل أهمية بالنسبة للمجموعة الوطنية أم لا .

أمام هذا الغموض في النص فان الأمر يحتمل تفسيرين:

أ- فهو إن كان متعلق بالمجموعة الوطنية فهذا يمثل الحق الأصيل للجهة الوصية في طلب الحصول على الإذن القضائي في الكشف عن المصنف كما حددته الفقرة 04 من المادة 22 من الأمر 05/03.

[1]/- المادة 22 الفقرة 04 من الأمر 05/03 " يمكن الوزير المكلف بالثقافة أو من يمثله أو بطلب من الغير إخطار الجهة القضائية للفصل في مسألة الكشف عن المصنف إذا رفض الورثة الكشف عنه وكان هذا المصنف يشكل أهمية بالنسبة للمجموعة الوطنية."

ب-و قد لا يمد هذا المصنف بأي أهمية بالنسبة للمجموعة الوطنية فيمكن للجهة الوصية الحصول على الإذن القضائي من اجل كشفه وعلى الاختلاف ما بين الحالة المشار أليها يبقى هذا الحق جوازي فقط.

ب- الاستثناءات والحدود الواردة على حق الاستغلال المالي للمؤلف:

كما سبق وبيناه، أن الحق المالي الذي يتولد عن المصنف يخول لصاحبه حق استئثاري بموجبه يمكن أن يمارس حق التتبع ورد أي اعتداء عليه من طرف الغير .

غير أنه، ومن خلال الفصل الثالث من الأمر 05/03 تبعا للمادة 33[1] وما بعدها يلاحظ بأن هذا الحق لاستئثاري غير مطلق، فهو مقيد ببعض الأحكام المتعلقة بالغير في إمكانية الاستفادة منه في حدود ما يقره هذا الأمر، وبالتالي ليس في كل الحالات تندرج مسألة استغلال المصنف من طرف الغير في دائرة التجريم إذا كانت في غير لرادة المؤلف أو صاحب المصنف بل قد يدخل في دائرة الأعمال المباحة إذا ما تعلق الأمر بالمصلحة العامة أو إذا كان الاستغلال يرد على النسخة الخاصة أو الشخصية .

الغاية من هذا الاستثناء كما هو مبين من النصوص القانونية، هو وضع ذلك التوازن بين الحق المالي للمؤلف الذي هو بالطبع دو طبيعة استئثارية والذي يرد بصورة مباشرة على هذا النتاج الفكري من جهة .

ومن جهة أخرى، يتجلى حق الجمهور في مباشرة حق الاستعمال للمصنف وفقا للشروط القانونية ودون المساس بطبيعة الحق[2].

[1]/- أنظر أحكام المادة 33 وما يليها من الأمر 05/03.

[2]/- انظر **بن دريس حليمة**، المرجع السابق، ص 72 .

المطلب الثاني: المفهوم الرقمي لحق المؤلف في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي

المصنف الرقمي هو احد مفرزات التكنولوجيا الحديثة[1] فهو لا يختلف في المبدأ سواء عن المصنفات التقليدية في المحتوى أو التسمية كالكتاب أو الدورية أو القطعة الموسيقية واللوحة الزيتية، غير انه يختلف فقط في الدعامة فبدل الدعامة الورقية الذي تخط عليه الكلمات أو الجمل أو حتى الألوان والزخارف على اختلاف أنواعها، نجدها تأخذ شكلا رقميا.

فمنذ نشأت الرقمية أصبحت الأفكار تفرغ بلغة الحاسوب وتحفظ في ذاكرته فيكون الناتج ملف أو نص الكتروني يحفظه ويسترجعه الحاسوب من خلال تحويل كلماته المدخلة باللغة الطبيعية إلى لغة تفهمها الآلة وهي اللغة الثنائية [2](0.1) لذا سميت بالمصنفات الرقمية، كما يمكن أن يكون للمصنف أصل ورقي مثلا ثم يتم ترقيمه بتمريره على جهاز الماسح الضوئي فيصبح النص المدون هو الأخر مرقما ورقميا.

ولعل هذا النوع من المصنفات الرقمية لم تكن مألوفة في ظل قوانين حق المؤلف من قبل، فالتفكير أصبح جادا فقط بتزامن نشأة هذا النوع من المصنفات واقترانه بالصناعات في مجال البرمجيات.[3]

---

[1]/- **الدكتورة أحمد العيدوني وداد،** .حماية الملكية الفكرية في البيئة الرقمية: برامج الحاسوب وقواعد البيانات نموذجا. المؤتمر السادس لجمعية المكتبات والمعلومات السعودية – البيئة المعلومات الأمنية: المفاهيم والتشريعات والتطبيقات، 6-7 أفريل 2010، الرياض، ص. 4

[2]/- تعرف اللغة الثنائية بأنها نظام ثنائي للترقيم أساسه رقمين ويستخدم فيه الرمزين "صفر" و"واحد" فقط وهو أشيع نظام بالحاسبات أنضر في هذا التعريف الوارد في معجم الحاسبات، المرجع السابق، ص 23.

[3]/- **الدكتورة واثبة داود السعدي،** الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الثامن عشر، العدد 199 كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2004، ص 61 .

Voir dans ce sens: M. Jacques Legendre, Rapport d'information sur l'avenir de la filière du livre numérique: [actes de la table-ronde organisée le 28 avril 2010] / Sénat, Session ordinaire de , Commission de la culture, de l'éducation et de la communication ; (Les rapports du Sénat, n° 522) , Sénat, Paris, France: 2010, p 13 [en ligne]. Disponible sur: http://www.senat.fr/notice-rapport/2009/r09-522-notice.html (consulté le 28.03.2013)=

الفرع الأول: تعريف المصنفات الرقمية.

نعتقد أن مسألة تعريف المصنف الرقمي من الناحية القانونية أمر فيه من الصعوبة لما كان نظرا للطبيعة التقنية لهذا النوع من التكنولوجيا .

فمن الوجهة القانونية، نجد بأن النظم القانونية والدراسات القانونية وحتى القواعد التشريعية تعاملت مع المصنفات المعلوماتية بوصفها تنتمي إلى بيئة الكمبيوتر[1]، وهو اتجاه تعبر عنه دراسات فرع قانون الكمبيوتر[2] في النظم المقارنة وقد شملت هذه المصنفات ابتداء من منتصف أوائل السبعينات وحتى وقتنا الحاضر ثلاثة أنواع من المصنفات البرمجيات، وقواعد البيانات وطبوغرافيا الدوائر المتكاملة، فهل هذا النوع من المصنفات يدخل ضمن مفهوم قانون حق المؤلف ؟

= Et voir aussi ; M. Yann Gaillard, Rapport d'information sur la politique du livre face au défi du numérique / Session ordinaire de 2009-2010, Commission des finances ; (Les rapports du Sénat, n° 338) Sénat, Paris, France: 2010. p103. [en ligne]. Disponible sur:
http://www.senat.fr/rap/r09-338/r09-338.html (consulté le 28.03.2013)

[1]/- **الدكتور يونس عرب**، قانون الكمبيوتر، ص 14 وأنظر **الدكتور طالب محمد جواد عباس والدكتور أكرم فاضل سعيد**، الحماية المدنية لبرمجيات الحاسوب في القانون العراقي، دراسة تحليلية في تحديد ماهية البرمجيات علميا ووسائل حمايتها قانونيا، كلية الحقوق، بغداد العراق، 2011، ص 11 .و أنظر لأكثر تفصيل **الدكتور مصطفى محمد عرجاوي**، الحماية المدنية لبرامج الكومبيوتر في القوانين الوضعية، بحث أُلقيّ في مؤتمر القانون والكومبيوتر والانترنيت المُنعقد للفترة من 1-3/آيار-مايو/2000، كُلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور ضمن بحوث المؤتمر المذكور، ط3، 2004، ص364، **والدكتور.مدحت عبد العال**، دراسة نقدية لمعيار حماية برامج الحاسوب بمقتضى أحكام الملكية الفكرية والأدبية في القانونين المصريّ والإماراتي التي أُلقيت في المؤتمر العلمي الأول حولَ الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية في دبي بدولة الإمارات العربية المُتحدة للفترة من 26-28/نيسان-ابريل/2003، أكاديمية شُرطة دبي، ج2 (محور المُعاملات المدنية)، ص470.

Voir aussi dans ce sens: Christiane Féral-Schuhl, op.cit,p 448 et 449. Et voir aussi A. Hollande et X. Linaut de belle-fonds, pratique du droit de l'informatique ;logiciels ;systèmes ;internet ;5e édition, Dalmas ,France,2006,p 44.

[2]/- **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، الحماية المدنية لبرامج الكومبيوتر في القوانين الوضعية في مجلة بحوث مؤتمر القانون والكومبيوتر والانترنيت، المجلد الثاني، ط3، جامعة الإمارات العربية المُتحدة، كُلية الشريعة والقانون، ص507، وما يليها.

نجد من الفقه[1] من يعرف المصنف الرقمي على أنها "كل مصنفات تتعلق بالإبداع العقلي التي تنتمي اليها تقنيات المعلومات والتي يتم التعامل معها بشكل رقمي وتقتصر في برامج الحاسب الآلي، قواعد البيانات وطوبوغرافيا القواعد المتكاملة "

ونجد قسم أخر من الفقه [2]ما يعرف المصنفات الرقمية بأنها" كل مصنفات تتعلق بنتاج الفكري البشري مفرغة في شكل رقمي وتنتمي إلى بيئة تقنيات المعلومات على اختلاف أشكالها من حيث الغرض أو الشكل أو المضمون، وتكون مشمول بالحماية سواء وفقا لأحكام قوانين المتعلقة بالملكية الفكرية أو بموجب قواعد قانونية خاصة "

ونجد تعريفا خاص للمصنف الرقمي أورده **الأستاذ الدكتور نوري أحمد خاطر** " فهو إبداع فكري ناشئ عن مراحل منطقية ومجردة خصصت لمعالجة مشكلة أو فكرة بحتة بالاستعانة بنظام المعلوماتية "[3]

كل التعريفات الواردة تكسوا من الأهمية كونها تحدد أهم جزء في مفهوم المصنف الرقمي المتعلق بالجانب التقني وعلاقته بالقاعدة القانونية الواردة في حماية حق المؤلف، بل أكثر من ذلك وبصورة أكثر دقة علاقة البرمجيات ودور القانون في حمايتها باعتبارها مصنفات هي الأخرى مشمولة بالحماية[4] وهذه الجزئية بالضبط هي التي لها أهمية في هذه الدراسة الحالية .

---

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور محمد حامد مرهج الهيتي**، نطاق الحماية الجنائية للمصنفات الرقمية، دراسة مقارنة في القوانين العربية لحماية حق المؤلف، مجلة الشريعة والقانون، العدد 18، أكتوبر 2011، ص 376.

[2]/- أنظر رأي **الدكتورة أحمد العيدوني وداد**، المرجع السابق، ص24 وأنظر **الدكتورة واثبة داود السعدي**، المرجع السابق، ص62

و أنظر كذلك في نفس السياق **الدكتور فاروق علي الحفناوي**، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الأول – قانون البرمجيات – دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص 85 .

[3]/- أنظر رأي **الدكتور نوري أحمد خاطر**، حماية حق المؤلف الأردني، رقم 02 لسنة 1992، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجد 12، العدد 01 1997، ص 76.

[4]/- Voir: Mélanie DULANG de ROSNAY, « la mise à disposition des œuvres et des informations sur les réseaux: relation technique et régulation juridique », thèse de doctorat en droit, université panthéon-Assas la Sorbonne, paris 2, France, 2007, P 42. Voir aussi dans ce sens ; Bourcier=

ويلاحظ كذلك من خلال التعريفات الواردة، التي أشارت إلى أن المصنفات الرقمية تنتمي إلى تقنية المعلومات قد أعطاها مدلولا واسعا، لأن الأخذ به على الإطلاق واعتباره المرجع الوحيد في ضبط معنى المصنف الرقمي سواء من حيث الطبيعة أو المضمون وفقا للمعاير المشار إليها -أي الأسس التقنية للمصنفات وانتمائها إلى تقنية المعلومات- من شأنه أن يؤدي إلى امتداد مدلولها كي يشمل إلى كل ما يتم تثبيته على الوسائل الالكترونية، بحيث تدخل كل المستندات الإلكترونية من ضمن مدلولها لكونها تنتمي إلى هذه البيئة ولا يمكن الاطلاع عليها إلا عبر أجهزة الإلكترونية لأنها مكتوبة برموز تفهمها الآلة فقط .

ولعل من أهم ما يؤكد مدى اتساع ملول التعريفات الواردة هو تحديد الأنواع التي يضمها مصطلح المصنفات الرقمية، إذا انه اعتبر الدوائر المتكاملة من ضمنها في حين أن هناك ما يؤكد خصوصيتها واختلافها في طبيعتها عن المصنفات الرقمية لاسيما من حيث واقعها التشريعي الذي يؤكد في حمايتها لقوانين خاصة [1]

كونها تندرج ضمن حماية براءات الاختراع، الأمر الذي يؤكد على عدم إمكان ضمها إلى مدلول المصنفات الرقمية وبالتالي لا تخضع بالحماية وفقا لقانون حق المؤلف ولكن وفقا لقوانين خاصة بها .

أكثر من ذلك، هناك من الفقه ما يذهب أبعد ويعتبر بأن المصنفات الرقمية تواجه حتمية جديد في ضل تطور التكنولوجيا الرقمية، والتي يتعين إدراجها ضمن المفهوم الجديد وهي الملكية الفكرية

=Danièle, « Droit, Administration et technologies de l'information et de la communication », Communication et Connaissance: supports et médiations à l'âge de l'information, CNRS, Editions (Sciences et techniques de l'ingénieur), 2006, p.152-160.

[1]/- أنظر أحكام الأمر 07/03 المتعلق قانون تصاميم الدوائر المتكاملة الجزائري وأنظر القانون الأردني المادة 02 قانون رقم 10لسنة 2000 المتضمن حماية التصاميم للدوائر المتكاملة.

الرقمية[1] والتي تعالج موضوعات المتعلقة ببرامج الحاسوب وقواعد البيانات والكتب والمقالات الرقمية وصفحات الواب والبريد الالكتروني [2].

بالرجوع للمشرع الجزائري فنلاحظ من خلال الأمر 05/03 أنه قد أشار بصورة صريحة من خلال المادة 5 الفقرة 02 على قواعد البيانات ونجد في أحكام المادة 52 و53 من الأمر 05/03 أنه نص على برامج الحاسوب، وهنا تتجلى إرادة المشرع في الاعتراف بهذه التكنولوجيا ضمن حقوق المؤلف ولكن لم يستعمل مصطلح المصنف الرقمي.

على العموم فان هذين المصنفين يحضا بالحماية القانونية طبقا لأحكام الأمر 05/03 وهذا ما يبين تأثر المشرع بالفقه في هذا المجال.

ولعل التأصيل الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري لكل من قواعد البيانات وبرامج الحاسوب باعتبارهما مصنفات رقمية هو ما أشارت إليه أحكام المادة 14 من الأمر 05/03 تحت مفهوم المصنفات متعدد الأوساط باعتباره مصنف مركب وهو المصنف الذي يدمج فيه بالإدراج أو التقريب أو التحويل الفكري للمصنف أو عناصر مصنفات أصلية دون مشاركة مؤلف للمصنف الأصلي أو العناصر المدرج فيه، فالنظام القانوني الذي يعتمد عليه المشرع الجزائري هي ملكية الحق الشخصي للمصنف المركب والذي يقر للشخص الذي يتولى عملية الإبلاغ للجمهور مع مراعاة حق المؤلف الأصلي .

المشرع الفرنسي هو الأخر قد أقر بالمصنفات الرقمية باعتبارها من المصنفات الذهنية و التي تلقى حماية ضمن قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي، هذا ما أقرته المادة 112 /2 من قانون الملكية الفكرية الفقرة 13 فاعتبرت البرمجيات من المصنفات التي تخضع لأحكام القانون المتعلق بالملكية الفكرية بما في ذلك المعدات التي تدخل في إنتاجها[3] .

[1]/- أنظر **الدكتور محمد حامد مرهج الهيتي**، المرجع السابق، ص 377 .

[2]/- أنظر **الدكتور عبد الرحمان خالفي**، الحماية الجنائية لحقوق المؤلف، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص 32 .

[3]/- Article L112-2 CPI « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code: 13-Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire. »

ويجد الإشارة أن المشرع الفرنسي قد أشار إلى قاعدة البيانات باعتبارها كذاك من المصنفات الرقمية المشمولة بالحماية القانونية، فأشارت المادة 112-3 الفقرة 01 من قانون حماية الملكية الفرنسي بان مختلف البيانات بما في ذلك قواعد البيانات والتي بحسب الاختيار أو طريقة المواد المشكل فيها تساهم في إنشاء المنتوج فكري.[1]

ويلاحظ بأن المشرع الفرنسي هو الأخر لم يعرف المصنف الرقمي ولكن قد أعطى تعريفا لقواعد البيانات ضمن الفقرة الثانية من أحكام المادة 112 -3 من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي فأعتبر بأنها " مجموعة من الأعمال أو معطيات أو أي نوع أخر من العناصر المستقلة موضوعة بطريقة تسلسلية ويمكن التطرق إليها بطريقة فردية عن طريق الوسائل الالكترونية أو بأي طريقة أخرى ".[2]

ومن زاوية أخرى، نجد بأن المجموعة الأوربية تعرف الرقمية بأنها نظام الترقيم للمصنفات أو نظام التقديم والذي يصنف بصورة عامة ضمن حق الاستنساخ ونفس الشيء إذا تعلق الأمر على سبيل المثال بوضع المصنف في الذاكرة المركزية للحاسب الآلي وهذا ما سار عليه اجتهاد قضائي فرنسي لمحكمة باريس في قضية **Queneau** فاستقر تعريفها للرقمية المصنفات على أنها تكمن في استنساخ المصنفات في شكلها الأصلي على أن المصنف يجب أن يتوفر على شرط الجدة والعملية

[1]/- Article L112-3 CPI « de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.

On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manières systématiques ou méthodiques, et individuellement accessibles par des moyens Électroniques ou par tout autre moyen. »

[2]/- Article L112-3 anya 02 CPI « On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, Disposés de manières systématiques ou méthodiques, et individuellement accessibles par des moyens Électroniques ou par tout autre moyen. »

Voir aussi: Mireille BUYDENS ,droit d'auteur et internet-problème et solution pour la création de base de donnée en ligne en ligne contentent des images et/ou des textes ,faculté de droit, université catholique Louvain, Belgique 2008 ,p 70 marge 191 « La numérisation d'une œuvre sur support analogique a été définie comme suit par la jurisprudence française: «une technique consistant à traduire le signal analogique qu'elle constitue en un mode numérique ou, binaire qui représentera l'information dans un symbole à deux valeurs 0 et 1 dont l'unité est le Bit"190. Il s'ensuit que la numérisation implique une reproduction de l'œuvre dans la mémoire de l'ordinateur (et donc une reproduction au sens strict) ».

يتعين أن يصاحبها موافقة صاحب المصنف أو ذوي الحقوق وإذا انعدمت عملية الترقيم لهذه الشروط يعتبر عملا غير مشروع ويقع في دائرة التقليد [1] .

وبالنتيجة فان الناشر الذي تحصل على التنازل من طرف المؤلف على الحق الإستئثاري في صنع المصنف وتوزيعه ضمن الحدود المبينة في العقد المتفق عليه بصورة مسبقة، فان للناشر أن لا يحول الصيغة الورقية للمصنف الى الصيغة الرقمية لآن الاستنساخ للمصنف وفق النظام الرقمي يختلف كل الاختلاف عن الصيغة الاستنساخ في شكله العادي وعلى هذا الأساس فان الناشر يتعين عليه وجوبا تضمين عقد النشر بشرط الاستنساخ للمصنف بالصيغة الرقمية ليعتبر هذا النشر مشروعا قانونا وهذا ما أشارت إليه المادة 85 من الأمر 05/03 [2].

الفرع الثاني: أنواع المصنفات الرقمية

تعّد البرامج وقواعد البيـــانات مجموعة الأفكار الناتجة عن مجهود ذهني يبذلهُ الإنسان، بحيث يســـفر هذا المجهود عن خلق فكرة تتميز بطابع شـــخصي لشـــخص مؤلفها أو واضعها، وهي مناط الحماية في هذهِ المُصَنَّـــفات ومن خلال ما تقدم يمكن اعتبار بأن المصنفات الرقمية المشمولة

[1]/- Mireille BUYDENS ,op.cit,p 70 marge 192 ; « le Livre vert de l'Union européenne qui énonce que "la numérisation des ouvres ou des prestations, devrait en général, tomber sous le droit de reproduction, de même que le chargement sur une mémoire centrale d'un ordinateur, par exemple"; voir de même, dans l'affaire dite **Queneau** I, le Tribunal de grande instance de paris a retenu que " la numérisation d'une œuvre (...) constitue une reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une œuvre originale, l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droit; (...)qu'une numérisation sans autorisation est donc illicite et constitue une contrefaçon", TGI. Paris, 16 août 1996, *Dalloz*, 1996, J , 34e cahier, p.490 et suite et TGI Paris, 5 mai 1997, *op.cit.*(70).

[2]/- المادة 85 الفقرة 01 من الأمر 05/03 في قولها " يتنازل المؤلف للناشر، ما لم يكن ثمة اشتراط مخالف، عن الحق الإستئثاري في صنع المصنف واستنساخه عدد من نسخه والقيام بنشرها وتوزيعها ضمن الحدود المبينة في العقد "

Voir dans ce sens: L.TELLIER- LONIEWSKI, La protection des droits d'auteur sur l'Internet", in *Gaz. Pal.*, 26 octobre 1996, p.57 « …Par conséquent, l'éditeur qui a obtenu une cession du droit de reproduction de l'œuvre sur support Papier ne peut s'arroger le droit de la numériser étant donné qu'il s'agit d'un mode d'exploitation différent. Ainsi dans le cas des éditeurs classiques de journaux, "ceux-ci se trouveront donc souvent en Situation de devoir renégocier leurs contrats avec leurs journalistes-auteurs, s'ils n'ont pas pris garde de Mentionner la reproduction et la diffusion électronique au nombre des droits cédés. Ils subiront également, le cas échéant, la concurrence des auteurs, lorsque le droit de diffusion sur Internet demeure Réservé aux journalistes. »

بالحماية القانونية تكمن في قواعد البيانات وبرامج الحاسوب والتي تخضع لنظام الحماية القانونية وفقا لقوانين الملكية الفكرية وهذا ما استقر عليه كذلك الفقه والقضاء .

أولا: برامج الحاسب الآلي .

يوجد هناك أكثر من تعريف للحاسب فيعرف بأنه "جهاز الكتروني مصنوع من مكونات منفصلة يمكن توجيهها باستخدام أو أمر خاصة لمعالجة أو إدارة البيانات بطريقة ما ". [1]

كما يعرف الحاسب الآلي أنه" آلة تقوم بأداء العمليات الحسابية، واتخاذ القرارات، المنطقية على البيانات الرقمية بوسائل الكترونية وذلك تحت تحكم البرامج المخزنة فيها[2] "

ولقد عرف الفقه الأنجلوسكسوني [3] الحاسب الآلي بأنه "جهاز الكتروني بصري كيميائي كهربائي أو جهاز إعداد معلومات ذات سرعة عالية يؤدي وظائف حسابية أو تخزينية ويشتمل على أي تسهيل لتخزين المعلومات أو تسهيل اتصالات مباشرة مقترنة أو تعمل بالاقتران مع هذا الجهاز .

---

[1]/- **الدكتور .علاء عبد الرزاق السلمي**، تكنولوجيا المعلومات، ط1، جامعة العلوم التطبيقية، عمان، 1999، ض 135 و136.

و أنظر الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق المؤلف في القانون المقارن (دراسة مُعمقة في حقوق الملكية الفكرية)، ط1، القاهرة: بهجات للطباعة والتجليد، 2009، ص 70و71.

[2]/- الدكتور **مصطفى محمد عرجاوي**، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، من بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت المُنعقد للفترة من 1-3 مايو2000، المجلد الثاني، ط3،كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،، 2004، ص 366و367).

[3]/- الدكتورة **نبيلة إسماعيل رسلان**، التأمين في مجال المعلوماتية والشبكات، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، ط3، المجلد الثالث، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،2004، ص842.و أنظر الدكتور **سلامة، عماد محمد**، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي ومشكلة قرصنة البرامج، ط1 ، دار وائل للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 26. وأنظر كذلك **الدكتور الفيومي محمد**، مقدمة الحاسبات وتشغيل الحاسبات الصغيرة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1998، ص7 و أنظر كذلك الدكتور **مصطفي عبد الحميد عدوي**، الاستعمال المشروع للمصنف في قانون حماية حق المؤلف، دراسة مقارنة بالقانون الأمريكي،، مطبعة حمادة بقوسنا، القاهرة، 1996،ص 5.

من خلال التعريفات السابقة، فإن الحاسب الآلي عبارة عن جهاز الكتروني مكون من عناصر متداخلة وأجزاء متشابكة مع بعضها ومقسومة إلى شقين الشق المادي الملموس ويطلق علية مصطلح (hardwar) والشق الأخر غير الملموس ويطلق (Softwar)، وهما يهدفان إلى تحقيق نتيجة أو هدف مشترك، وهو العمل على استقبال المعلومات ومعالجتها وذلك من خلال قيامها بأداء العمليات الحسابية اللازمة، وإصدار القرارات المنطقية عن المعلومات الرقمية المدخلة من خلال وسائل الكترونية، وبتسلسل منطقي للحصول على النتائج المطلوبة، وبسرعة عالية وتخزين هذه النتائج ضمن ترتيب معين يسهل على المستخدم لهذا الحاسب الحصول على ما يريد والحاسب الآلي ليس إلا جهاز أو آلة صامتة جامدة لا تؤدي أي عمل إلا بناءً على أوامر يعطيها إياها الأفراد.

فبرامج الحاسب الآلي تدخل ضمن الشق غير الملموس أي غير المادي ويمكن أن يطلق عليها اسم البرمجيات (Software) أو برامج الحاسوب، هذه الأخيرة تكمن أساسا في كونها نظام رقمي تفهمها الآلة فقط.

ومن زاوية أخرى، فإن عمل الحاسب لا يقتصر على كتابة البرنامج ومن تم ترجمته إلى لغة الآلة فهناك برامج خاصة لمراقبة إدخال وإخراج البيانات، وبرامج للتحكم في تنفيذ البرامج وبرامج خاصة للتحكم بمختلف الأجزاء المادية الأخرى. بصورة عامة يمكن تقسيم البرمجيات إلى مجموعتين رئيسيتين:[1]

1. برمجيات النظام (System Software). يقصد ببرمجيات النظام مجموعة البرامج التي تساعد في تشغيل الحاسبة وتسهل استخدامها وتشمل لغة الآلة ولغات البرمجة العليا وبرامج الترجمة ونظام التشغيل .

2. البرمجيات التطبيقية (Application Software). البرامج التطبيقية، فإنها تقوم بجعل النظام الآلي للحاسوب يعمل لاستخراج نتائج معينة، يرمي إليها مستخدم الحاسوب، بهدف

[1]/- **الدكتور خالد ضاري الطائي و الدكتور عبد الرحمن حامد الحسيني**، مرجع سابق، ص 35.

الاستفادة منها في عمله، مثل استخراج المعلومات كالقضايا أو الأبحاث، أو القيام بطباعة هذه المعلومات على الورق، فوظيفة التطبيق الموضوعي هي المهمة الأساسية للبرمجيات التطبيقية [1] .

المشرع الجزائري [2] ومن خلال المادة 52 و53 من الأمر 05/03 والذي يحدد الأعمال المشروعة التي تمس برامج الحاسب الآلي فاعتبرها أعمال مشمولة بالحماية، غير انه وبالموازاة قد أقر المشرع حق استعمال لهذه المصنفات المتعلقة ببرامج الحاسوب عن طريق استنساخ على أن تكون في حدود نسخة واحدة او حتى اقتباسه شريطة أن تتم العملية وفقا لحالتين :

الحالة الأولى: هي متعلقة بالنسخة الخاصة أي حيازة المالك لنسخة الشرعية لبرنامج الحاسوب وتخصيصها لغرضها الأصلي أي الاستعمال دون التصرف فيها في حدود الشروط المخول له قانونيا .

الحالة الثانية: حالة ضياع أو تلف أو عدم صلاحية المصنف المتعلق برنامج الحاسوب فهنا يمكن للمالك الأصلي للنسخة المشروعة أن يعوضها لغرض التوثيق

وما يمكن ملاحظته كذلك وفي نفس السياق، أن الاستعمال الوارد على برنامج الحاسوب يكون في شكل استنساخه للغرض المبين ضمن الحالتين المذكورتين على أن تكون في حدود النسخة الواحدة فقط ومتى انقضت مشروعية الحيازة لنسخة المستنسخة من برنامج الحاسوب أو حتى التي كانت محل اقتباس فيتعين إتلافها وجوبيا.

ثانيا: قواعد البيانات

تعتبر قواعد البيانات الدعامة التي تسجل أو تجمع أو تخزن فيها البيانات التي هي كل الأفكار والمؤشرات و التي تعبر عن معلومات معينة، وكل فكرة قابلة لأن تصير بيانات بشرط أن تتجسد في

[1]/- **الدكتور مصطفى محمد عرجاوي**، المرجع السابق، ص369 وأنظر كذلك **الدكتور خالد ضاري الطائي** و **الدكتور عبد الرحمن حامد الحسيني**، مرجع سابق، ص 37 .

[2]/- أنظر المادة 52 و53 من الأمر 05/03.

شكل خاص[1] بهذا المنظور، فقواعد البيانات تأخذ شكل وأسلوب تنظيمي يسهل التعامل مع البيانات بطريقة شمولية تلبي احتياجات المختلفة للمستعملين [2].

ولقد تعددت التعريف بالنسبة لقواعد البيانات فيمكن أن تعرف من جانبين، جانب تقني وأخر قانوني.

1/- تعريف قواعد البيانات من الجانب التقني:

تقنيا تعرف قواعد البيانات[3] بأنها عبارة عن مجموعة بطاقات تشمل على بيانات معدلة ومنظمة تسمح باقتطاع البيانات حسب مشيئة المستعمل[4]، فهي بنوك من المعلومات تقوم بتخزين وجمع المعلومات واسترجاعها لخدمة المستخدم عند الحاجة[5].

فقاعدة البيانات هي نظام تصنيف فعال يستعمل لترتيب الملفات التي تحوي على المعلومات محددة كما أن قاعدة بيانات واحدة يمكنها أن تشمل على عدد لا يحصى من الملفات، ويمكن استخراج هذه البطاقات بنظام أبجدي باختيار عناصر معينة وترتيبها للاستفادة منها، لاحقا وتعتبر

---

[1]/- Patrick CATALA, rapport de synthèse banques de données et droit d'auteur, litec, 1987, p125.

[2]/- **الدكتور أحمد زكي بدوي**، معجم مصطلحات الإعلام الآلي، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1985، ص 56 .

[3]/- تمت العديد من المرادفات لمصطلح قواعد البيانات " مجموع معرفي ensemble informationnel، مجموع معطيات corpus de données، مجموع وثائقي ensemble documentaire، مصنف تجميعي ouvre de compilation، تجميع معطيات compilation de donnée، مصنف متعدد الأوساط base de données d'œuvre multimédia.

[4]/- **الدكتور فاروق علي الحفناوي**، قانون البرمجيات – دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر –دار الكتاب الحديث، 2001، ص 267

[5]/- **الدكتور فاروق علي الحفناوي**، نفس المرجع، ص 268 وأنظر في نفس الصدد **شارل بيرتيه وفلاديمير موركوف** ترجمة **الدكتور كمال الخولي**، علم الكمبيوتر والإدارة، الطبعة الأولى، المنشورات العربية، بيروت، 1984، ص 79.

قواعد البيانات كوسيط لتخزين المعلومات ومعالجتها أي ترتيبها وتنظيمها، الذي غايته أن يجمع كلا لمعطيات أو المعلومات المتعلقة بحقل خاص.[1]

ويمكن النظر إلى قاعدة البيانات من الجانب التقني كمجموعة تحتية منظمة لملفات وبرامج يدعمها كمبيوتر ومنه فمصطلح قاعدة البيانات لم يعد يدل على ملفات المعلومات اليدوية فقط بل أصبح معناه محددا إذ يعني استعمالات الكمبيوتر ويشمل الدعامات المادية الحديثة لتخزين البيانات وكذلك استعمال الوسائط المتعددة كالأقراص المدمجة وحاليا يمكن لصورة فوتوغرافية أن تشكل قاعدة بيانات إذا كانت مخزنة بطريقة مرتبة ومنظمة ويمكن استرجاعها بواسطة كمبيوتر[2]

2/– تعريف قواعد البيانات من الجانب القانوني:

تعريف قاعد البيانات من الناحية القانونية أمرا ليس من السهل نظرا لطبيعتها التقنية، غير أنه نجد من التشريعات المقارنة ما أوردة تعريفا فيه، معتمدين بذلك على مختلف الاتفاقيات الدولية وبعض أراء من الفقه.

نجد المشرع الفرنسي كما سبق بيانه، قد أورد تعريفا دقيقا حول قاعدة البيانات هذا ما أشار إليه من خلال قانون حماية الملكية الفكرية تبعا للمادة 3/112 الفقرة 02 .

فالمشرع الفرنسي قد ضبط تعريفا قانوني حول مفهوم قاعدة البيانات" فهي مجموعة من الأعمال أو معطيات أو أي نوع أخر من العناصر المستقلة موضوعة بطريقة تسلسلية ويمكن التطرق إليها بطريقة فردية عن طريق الوسائل الالكترونية أو بأي طريقة أخرى"[3]

---

[1]/- **الدكتور مصطفي عبد الحميد عدوي**، المرجع السابق، ص 07. وأنظر كذلك **الدكتور .علاء عبد الرزاق السلمي**، المرجع السابق، ص 138 و139.

[2]/- Michel VIVANT, bases de données, multimédias et propriété, édition LAMY droit, France, 1997, p424.

[3]/- Article L112-3 anya 02 CPI « On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, Disposés de manières systématiques ou méthodiques, et individuellement accessibles par des moyens Électroniques ou par tout autre moyen. »

وعلى عكس هذا، نجد المشرع الجزائري قد أشار فقط لفكرة قواعد البيانات دون الإشارة أو تحديد تعريف لها هذا أشارت إليه المادة 05 من الأمر 05/03.

في بعض التشريعات المقارنة، نجد منها ما أوردت تعريفا حول قاعدة البيانات ومنها ما أشارت إليه فقط باعتبارها حقوق مشمولة بالحماية ضمن قانون الملكية الفكرية أو بصورة أكثر دقة تعتبر من قبيل الحقوق المشمولة بالحماية وفقا لقانون حق المؤلف لنستبعد بذلك التشريعات التي تصنف قواعد البيانات ضمن الحقوق المشمولة بقوانين براءات الاختراع كما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية [1] .

التشريع المصري مثلا، عرف قواعد البيانات بأنها تجميع متميز للبيانات يتوفر فيه عنصر الابتكار أو الترتيب أو أي مجهود شخصي يستحق الحماية وبأي لغة أو رمز وبأي شكل من الأشكال ويكون مخزن بواسطة الحاسب ويمكن استرجاعه بواسطته أيضا [2]، وما يمكن الإشارة إليه كذلك بأن القانون المصري قد أسقط حكم قواعد البيانات في دائرة حقوق المؤلف هذا كطريقة والية لتسهيل رقمنه المعلومات باعتبارها طريقة في نشر الأفكار والمفاهيم والإبداعات ولكن في شكله الرقمي [3] .

وفي نفس الصدد نجد المشرع اللبناني قد أفرد نصا خاصا في مجال قواعد البيانات ويعتبرها مجموعة من الأعمال أو مجموعة من المعلومات، سواء كانت مقروءة في شكل الآلي أو أي شكل أخر والذي يعود انجازها للمؤلف [4].

---

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور محمد حسن عبد الله علي**، المرجع السابق، 140.

[2]/- أنظر أحكام المادة 54 من القانون 2002/82 المتعلق بحماية الملكية الفكرية المصري وأنظر كذلك في نفس السياق **الدكتور محمد عطية الرزازي**، الحماية القانونية لقواعد البيانات في القانون المصري والتشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديد للطبع والنشر والتوزيع، مصر،2013: ص 35 هامش 01 .

[3]/- **الدكتور محمد عطية الرزازي**، نفس المرجع، ص 36 و37 .

[4]/- أنظر في أحكام المادة 3 الفقرة 02 من قانون حماية الملكية الأدبية والفنية اللبناني رقم 75 لسنة 1999 " مجموعات الأعمال ومجموعات المعلومات سواء أكانت في شكل مقروء آلياً أو أي شكل آخر، المجازة من قبل صاحب حق المؤلف أو خلفائه العموميين أو الخصوصيين شرط أن يكون اختيار أو ترتيب المضمون مبتكراً. وأنظر كذلك في نفس الصدد التقرير الوطني=

ذات الشأن نجده في المشرع الأردني[1] حيث أن هذا الأخير قد أدرج تعديلا في أحكام قانون 22 لسنة 1999 فنص من خلال المادة 23 منه، بشأن برمجيات الحاسوب، حيث أصبحت الحماية تمتد إلى البرمجيات سواء كانت بلغة المصدر أو الآلة، إضافة إلى حماية ما يمكن أن يسمى قواعد المعلومات (قواعد البيانات)، أي طريقة تجميع للمعلومات سواء أكانت بطريقة تقليدية أم آلية .

نجد التوجه الأوربي قد أشار هو الأخر حول ضرورة حماية قواعد البيانات، فأدرج تعريف لها من خلال القرار التوجيهي الصادر عن البرلمان الأوربي[2] رقم 96/9 الصادر بتاريخ 1996/03/11 والمتعلق بالحماية القانونية لقواعد البيانات، فاعتبر بأن هذه الحقوق لكي تحضا بالحماية يجب أن تتسم بالطابع الجدة والابتكار والذي يضفيها صاحب الابتكار عليها، وسواء كانت قاعدة البيانات متعلق بمعطيات ذات طبيعة عدية أو رقمية .

=لأوضاع حقوق الملكية الفكرية للجمهورية اللبنانية من إعداد المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت 2009، ص19 منشور على الموقع :. www.arabruleof**law**.org/.../ACRLI-MENACLS

[1]/- المادة 23 الفقرة (ه)من قانون حماية حق المؤلف الأردني رقم 22 لسنة 1992 وتعديلاته وأخرها في عام 2005 والذي أضفى حماية على مصنفات في شكل الكتروني وحتى قواعد البيانات وذلك بحماية وسائل الحماية والتدابير المتخذة لحماية هذه المصنفات من الدخول غير المشروع أو النسخ أو التعديل لها بدون موافقة المؤلف أومن له الحق بهذا المصنف. وشمل التعديل ضمن ما شمل إيضاحا وإضافة بشأن برمجيات الحاسوب، حيث أصبحت الحماية تمتد إلى البرمجيات سواء كانت بلغة المصدر أو الآلة، إضافة إلى حماية ما يمكن أن يسمى قواعد المعلومات المجمعة وتحديداً حماية طريقة التجميع سواء أكانت بطريقة تقليدية أم آلية (قواعد البيانات). وذلك للتوافق مع متطلبات المادة 10 من اتفاقية "**تربس**" العالمية (اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية).

[2]/- Voir dans ce sens la Directive numéro 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données , La directive concernant la protection juridique des bases de données a été adoptée en février 1996. Cette directive a instauré un nouveau droit exclusif *sui generis* en faveur des producteurs de base de données, que ces bases de données aient ou non un caractère intrinsèquement innovateur (base de données « non-originale »). Elle a également eu pour objet d'harmoniser la législation sur le droit d'auteur applicable à la structure et à l'arrangement du contenu des bases de données (base de données « originale »). Les dispositions de la directive sont applicables à la fois aux bases de données analogues et numériques. Publier dans le lien suivant: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/.

ما يلاحظ على قرار التوجه الأوربي المشار أنه لم يعطي تعريفا دقيقا حول قواعد البيانات وإنما قد جمع كل ما يتعلق بالطرق التقنية الحديثة في معالجة المعطيات بما في ذلك منتجات متعددة الوسائط وكذا الدوائر المتكاملة وكذا أسماء نطاقات الإنترنت والنشر الإلكتروني .

في نفس السياق، نجد المشرع الفرنسي قد أصدر قانون رقم 2004 -801 [1] المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعية بما تعلق بمعالجة المعطيات ذات الطبيعة الخاصة، فقد حدد هذا القانون المعنى

[1]/- La loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. JORF n°182 du 7 août 2004 page 14063.

Voir l'article 02 de la loi 2004-801 « Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne.
« Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction.

« Constitue un fichier de données à caractère personnel tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés.

« La personne concernée par un traitement de données à caractère personnel est celle à laquelle se rapportent les données qui font l'objet du traitement…« Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. »

Voir aussi dans le même sens: Directive 95/46 du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

Article 02 la directive 95/46: Définitions Aux fins de la présente directive, on entend par:

a) «données à caractère personnel»: toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale;

b) «traitement de données à caractère personnel» (traitement): toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère =personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction;=

القانوني لمعالجة المعطيات الشخصية أو الخاصة لأشخاص الطبيعية فاعتبر المشرع الفرنسي بأن مهما كانت الطريقة في معالجة المعطيات الخاصة فقد تكون في شكل عملية أو مجموعة من العمليات، بغض النظر عن طريقة الاستعمال في تجميعها، الحفظ أو التعديل، الكشف عن طريق الإرسال والمحاذاة أو محوها أو تدميرها .

3/– أنواع قواعد البيانات :

عندما نتطرق إلى قواعد البيانات باعتبارها ذلك التجميع أو المجموعة المتناسقة للمعلومات والتي تخص موضوعا معينا تتم ترتيبها بطريقة مبتكرة عن طريق تدخل الحاسب والتي أفرزتها تكنولوجيا الكمبيوتر، فتمت نوعين من قواعد البيانات سواء بحسب نوع الدعامة أو من حيث الأصالة .

أ/– قواعد البيانات حسب نوع الدعامة:

تنقسم قواعد البيانات حسب نوع الدعامة إلى قواعد البيانات العادية وقواعد البيانات الرقمية، فأما قواعد البيانات العادية[1] تقوم على أساس الدعامة الورقية وتهدف إلى تجميع النصوص وتصنيفها بطريقة يدوية تكون مهيأة لاستعمال المباشر وفقا لنظام معين ونجدها ممثلة غالبا في قواميس، كتب، مجلات، دوريات...الخ

وأما القواعد البيانات الرقمية [2] أو الالكترونية فهي تجميع لمعلومات في شكلها الآلي وذلك باستخدام تقنيات الحديثة وهي عبارة عن تجميع للمعلومات ودمجها وفق نظام تستطيع الآلة قراءته

= c) «fichier de données à caractère personnel» (fichier): tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique;

[1]/– أنظر في هذا **الدكتور فاروق علي الحفناوي**، المرجع السابق، ص 269 وأنظر كذلك **الدكتور محمد عطية الرزازي**، المرجع السباق، ص 40.

[2]/– **الدكتور محمد حسن عبد الله علي**، المرجع السابق، 142.و أنظر **الدكتور علاء عبد الرزاق السلمي**، المرجع السابق، ص 144 هامش 01.

Voir dans ce sens ; Christiane Féral-Schuhl; op.cit ; p443

واسترجاعه وهذه المعلومات تكون مخزنة سواء في قرص أو على شريط ممغنط [1] وتختلف القواعد الالكترونية على القواعد العادية في كونها تستطيع أن تجمع كما هائلا من البيانات بحيث تسمح هذا النوع من التكنولوجيا بتخزين مصنفات وبيانات حجمها ضخم في دعائم خاصة والتي تعرف بمجموعة الجيل الجديد [2] والتي عادت ما تكون محل اعتداء .

ب/- قواعد البيانات التي تبنى على الأصالة:

و هنا يتجلى لنا كذلك نوعيين[3] أخريين من قواعد البيانات، فقد تكون أصيلة وقد تكون غير أصيلة ومعيار التفرقة بينهما مبني على شخص صاحب المؤلف والتدخل المباشر له في إنشائها وبالتالي بسط الحماية القانونية عليها :

---

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور حسام الدين الأهواني**، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني، مجلة العلوم الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، .بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسب الآلي في الكويت، نوفمبر1989 ، ص . 142

[2]/- **الدكتور.نائلة عادل محمد فريد**، جرائم الحاسب الاقتصادية ودراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية، ط2004 ، ص . 93و أنظر في نفس الصدد **الدكتور يونس عرب**، جرائم الكمبيوتر والأنترنت، إيجاز في المفهوم والنطاق والخصائص والصور والقواعد الإجرائية للملاحقة والإثبات، ورقة عمل مقدمة في مؤتمر الأمن العربي العاشر من 10-12 /2002/03، تنظيم المركز العربي للدراسات البحوث الجنائية، أبو ظبي، ص 13. منشورة في الرابط التالي :

http://www.arablaw.org/download/cybercrimes-workpaper.doc

و انظر كذلك **الدكتور عمرو عيسى القي**، الجرائم المعلوماتية، جرائم الحاسب الآلي والانترنت في مصر والدول العربية، المكتب الجامعي الحديث،2006 ، ص85 .

[3]/- **الدكتور يونس عرب**، قانون الكمبيوتر، المرجع السابق، ص 44.

Voir dans le même sens: Alain Bensoussan, informatique ,édition lefbebver , France, 2001 ,P85

1- قواعد البيانات الأصلية:

هي القواعد التي تمثل علامة خاصة منبثقة مباشرة من شخصية صاحب المصنف أو صاحب الإبداع وهي المقصودة بالحماية بواسطة القوانين التي تنظم حق المؤلف، وتعرف عند بعض من الفقه[1] بأنها كل مصنف الذي لا يدين في إنشاءه إلى مصنف أخر أي أن قواعد البيانات من هذا المنظور ما هو إلا إبداع يعكس مباشرة شخصية المؤلف .

ونلاحظ في نفس السياق، بأن حتى الاجتهادات القضائية المقارنة[2] قد أعطت لقواعد البيانات بمفهومها الأصلي أو الأصيل مفهوم يقوم على مجموعة عناصر مرتبطة لهذا التجمع بصورة مرتبة ومنتقاة بدقة والتي يتم تقديمها للمستعملين في شكل جديد والتي تعكس شخص المؤلف بصورة مباشرة.

ويذهب القضاء الفرنسي[3] أبعد من ذلك في تحديد أصالة قواعد البيانات، فيعتبر من قبيل قواعد البيانات التي تتسم بالأصالة الدليل التطبيقي واليوميات والمجلات وكذا القواميس التي تكون في نسختها الرقمية ومرد ذلك الطريقة المباشرة في ترتيب المعلومات فيه وكذا عرضه على الجمهور لأنها بالفعل تشكل عملا إبداعيا وتحمل في طياتها مجهودا في طريقة التعبير، كما أن المعلومات المدرجة جاءت نتيجة لتوجه صاحب المصنف وبالتالي تضفي صبغته الخاصة .

2- قواعد البيانات غير أصلية :

وهي مجموعة القواعد التي لا تشمل بالحماية القانونية على عكس سابقتها، ذلك أن طبيعة إنشاء هذه القواعد لا تتوفر على شرط الأصالة في تكوينها وبالتالي لا تبرز بصورة مباشرة شخصية المؤلف

---

[1]/- **الدكتور محمد عطية الرزازي**، المرجع السابق، ص 38 و39 وأنظر كذلك **الدكتور فاروق علي الحفناوي**، نفس المرجع، ص 270 وأنظر **شارل بيرتيه وفلاديمير موركوف** ترجمة **الدكتور كمال الخولي**، المرجع السابق، 1984، ص 81 و82 **الدكتور محمد حسن عبد الله علي**، المرجع السابق، 142 .

[2]/- أنظر في هذا ما استقر عليه العمل القضائي في الأردن **للأستاذ الدكتور جابر زايد عبد الونيس بريشة**، العمل القضائي في الأردن في مجال حقوق الملكية الفكرية، محاضرات مطبوعة ومنشورة، جامعة المنيا، الأردن، 2006، ص 13 .

[3]/- Voir dans ce sens ; Alain Bensoussan , op.cit,p 86 marge 02 ;TGI paris 13/04/2001 expertise ,p 285 observation Serinili, propriété intellectuelle ; octobre 2001.

فيها، بل هي مجرد تجميع المعلومات المستقاة من مختلف المصادر دون مراعاة أي اختيار أو ترتيب ولا يعكس في أي حال من الأحوال شخص القائم عليها .

هذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي في اعتبار أن قواعد البيانات غير الأصلية[1] لا تستفيد بالحماية المقررة قانونية كما هو الحال بالنسبة للقواعد البيانات الأصلية، ويؤكد القضاء الفرنسي بأن هذا النوع من التجميع للمعلومات هي لا توحي بأي أهمية لأنها بسيطة التجميع والغالب لا توحي بأي جهد مبدون من طرف القائم عليها ولا تغلب عليها أي إسهام كبير للمؤلف سوى عملية التجميع وقد تكون غير متناسقة ويعطي القضاء الفرنسي مجموعة من الأمثلة في ذات السياق كالمعلومات اليومية المتعلقة بمؤشرات البورصة ودفتر العناوين أو حتى دفتر المقابلات [2]

ومما بجدر التنويه إليه كذلك، أن أي فهرس يتم إنشاءه بواسطة برنامج آلي هي الأخرى لا تشملها الحماية القانونية، ذلك أنها غير متمتعة بطابع الأصالة وتخلو من أي إبداع من طرف شخص القائم عليها .[3]

---

[1]/- Voir Christiane Féral-Schuhl ,op.cit, p448 marge 03

[2]/- Patrick CATALA, op.cit, p 185

[3]/- أنظر في هذا **الدكتور أسامة محمد محي الدين**، مدخل الحاسب الآلي، الجزء الأول، دار القلم، دبي، 1990، ص 271 وأنظر كذلك في نفس الصدد **الدكتور منير محمد الجنيبهي والدكتور محمود محمد الجنيبهي**، أمن المعلومات الالكترونية، دار الفكر العربي، 2006، ص 8 هامش 01 و02. وأنظر **الأستاذة داودي شهرزاد**، المعلومات الالكترونية ما بين حرية التداول وحق التأليف، مذكرة ماجستير، تخصص علم المكتبات، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة متنوري، قسنطينة، 2005، ص 64.

Voir dans le même sens ; Tribunal de grande instance de Paris, 3ème chambre 4ème section, jugement du 26 juin 2014 « Le tribunal, statuant publiquement par mise à disposition au greffe, contradictoirement et en premier ressort, Rejette les demandes formées par elle pour atteintes à sa base de données, Rejette la demande subsidiaire fondée sur le parasitisme, Déclare irrecevables les demandes fondées par la société Factory eleven sur le fondement de l'atteinte à ses droits d'auteur, Rejette la demande subsidiaire fondée sur le parasitisme, Rejette les demandes en contrefaçon de la marque française semi-figurative « LES NUMERIQUES »,Rejette les demandes fondées sur l'atteinte au nom de domaine, Dit n'y avoir lieu à exécution provisoire, Condamne la société Factory eleven à payer à la société ICSS la somme de 7 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, Condamne la société Factory eleven aux dépens, avec droit de recouvrement direct au profit de maître Fabregat, selon les règles de l'article 699 du Code de procédure civile. » voir le lien suivant http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4604.

الفرع الثالث: نطاق الحماية القانونية للمصنفات الرقمية.

بعدما فرغنا من تحديد مفهوم وأنواع المصنفات الرقمية تستوقفنا البعد القانوني للحماية الواردة على المصنفات الرقمية، وأهمية الحماية لها من الأهمية لمكان في كون أن هذا النوع من المصنفات منصبة على جانب متعلق بوسائل التكنولوجيا الحديثة لما أضفت عليها من سرعة الاستنساخ و النشر والتي تمس بالحقوق المادية والمعنوية للمؤلف ومن هذا المنظور تطرح مشكلة الحدود القانونية المعتمدة والواجب تحديدها لضمان حماية المصنفات الرقمية ؟

أولا: بالنسبة لبرامج الحاسوب الآلي :

يقصد بالحماية القانونية لبرامج الحاسوب تلك الأحكام الموضوعية التي تتضمن حماية تلك البرامج، كما تعني أيضاً تلك النصوص التشريعية التي تضمنت الحق المحمي بها بمواجهة المعتدي لذلك، نعرض للأحكام العامة لمضمون حماية حقوق المبرمج والمزود وبيان مدى الحماية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة وكذا الاتفاقات الدولية.

أ/- تحديد أهم المصطلحات المعتمد :

1/- المبرمج:

يقصد به كذلك المصمم وهو كل شخص طبيعي أو معنوي الذي يقوم بوضع الخطة الإلكترونية، لمعالجة مشكلة ما، أو لتحقيق هدف على الجهاز الحاسوب، أو على أقراصٍ مدمجة يمكن نقلها إلى حاسوب أخر من خلال مداخل ومخارج إلكترونية[1]

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور محمد واصل**، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب (المصنفات الالكترونية)، المرجع السابق، ص 15 وأنظر في نفس السياق **الدكتور جمال عبد الله**، الحماية القانونية للبرمجيات وقواعد البيانات، الندوة العربية للمعلومات القانونية والقضائية الممتدة ما بين 15و 17 -09-1998، المنشورة من طرف المركز العربي للدراسات والبحوث القانونية، لبنان، 1998، ص 29 .و أنظر كذالك ولأكثر تفصيل **الدكتور محمد حماد مرهج الهيتي**، نطاق الحماية الجنائية للمصنفات الرقمية، دراسة مقارنة في القوانين العربية لحماية المؤلف، مجلة الشريعة والقانون العدد الثامن والأربعون، أكتوبر 2011، ص 369 وما يليها وأنظر كذلك **الدكتور عبد الرحمان خليفي**، الحماية الجزائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 31 و32 هامش 01 و02 .=

لذا سنتوقف عند عمل المبرمج تلك الحماية تكون أصلاً لصاحب الحق وليس للحق ذاته فهل نستطيع أن نقول عن عمل المبرمج إنه يدخل تحت مفهوم الاختراع أو التأليف؟ فإذا كان اختراعاً فإنه يخضع لنظام حماية حقوق الملكية الصناعية، أما إذا كان تأليفاً فإنه يخضع لقواعد حماية حقوق المؤلف لذلك، نعرف كلاً من المخترع والمؤلف لنرى هل عمل المبرمج ينطوي تحت أي من المفهومين؟

فالمخترع وفقاً لمختلف التشريعات[1] هو كل شخص طبيعي أو معنوي يضفي على أي عمل مهما كان نوعه شكلا من الاكتشاف أو حتى يضفي عليه صبغة خاصة من الإبداع وابتكارات في نفس الوقت والذي يهدف بطبيعة الحال إلى تحقيق نوع جديد من الإنتاج غايته البلوغ هدف صناعي[2]، أو هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باكتشاف طريقة جديدة للحصول على إنتاج صناعي من أجل بلوغ هدف اقتصادي[3]، أو هو من يقوم بتطبيق جديد لطريقة صناعية معروفة[4] .

لذا لا يعد أي إنتاج فكري اختراعاً إلا إذا كان له تطبيق صناعي معين وفقاً لاتفاقية حماية حقوق الفكرية بالمفهوم الصناعي والتجاري[5]، ويمكن أن يكون للبرامج الحاسوبية تطبيقات صناعية أو

= و أنظر **الدكتور محمود عبد الرحيم الديب**، الحماية القانونية للملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 69.

[1]/- أنظر في هذا أحكام المادة 01 من المرسوم التشريعي رقم 47 تاريخ 1964/10/09 المتضمن قانون براءات الاختراع السوري وأنظر أحكام المادة **الدكتور عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، المجلد السابع، ص 325 هامش 01. وأنظر في نفس السياق **الدكتور توفيق حسن فرج**، المرجع السابق، ص 454 وأنضر في نفس السياق **الدكتور أبو العلا النمر**، المرجع السابق، ص 46و 47

Voir dans le même sens ; Antoine Aubert et Franck Macrer, « brevet de logiciel » quelle portée ?,DEA droit des créations Immatérielles ,université de Montpelier 1, 2000-2001,p 26 voir le lien /droit-ntic.com

[2]/- أنظر في هذا **الدكتور صلاح زين الدين**، المرجع السابق، ص 33 وأنظر الدكتور نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 120 و**الدكتور توفيق حسن فرج**، نفس المرجع، ص 456 هامش 01 .

[3]/- أنظر في هذا **الدكتور عبد المنعم فرج الصدة**، المرجع السابق، ص 321 وأنظر **الدكتورة سميحة القليوبي**، المرجع السابق، ص 40.

[4]/- أنظر في هذا **الدكتورة فرحة صالح زراوي**، المرجع السابق، ص 45

[5]/- أنظر إلى أحكام الاتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية مع أهم تعديلاتها سيما أحكام المادة 09 وكذا اتفاقية باريس المؤرخة في سنة 1971 والمعدلة في 1978/09/28 من خلال المادة

لا، وهذا يعني أننا لا نحمي المبرمج إلا إذا كان لبرنامجه تطبيق صناعي يؤدي إلى تلك الحالات المبينة سابقاً، وإذا لم يكن للابتكار تطبيق صناعي فإنه لا يخضع للحماية التي تخضع لها براءات الاختراع وفقاً لحقوق الملكية الصناعية، ويكون تأمين حماية البرامج الحاسوبية وفقاً لحقوق الملكية الصناعية غير مؤدي إلى تحقيق الغاية المطلوبة، ولاسيما أن للبرامج أغراضاً كثيرة أخرى متعددة تتناول شتى مناحي الحياة وشتى أنواع العلوم والمعارف، وليس فقط التطبيقات الصناعية.

أم المؤلِّف فله تعريفات متعددة، منها تعريفات موسعة تقول :إنه من يقوم بإنتاج ذهني مهما كان نوعه، وأياً كانت طريقة التعبير عنه مادام يتضمن قدراً معيناً من الابتكار، وهناك من يعرفه تعريفاً ضيقاً بالقول :إنه الشخص الذي يبتكر أثراً أدبياً أو فنياً، أو إنَّه المبتكر، أو إنَّه من يبتكر مصنفاً في الآداب والفنون والعلوم، وإن معيار التأليف هو الابتكار أو عنصر الإبداع الذي يبرز شخصية المؤلف لذلك، ووفقاً للتعريف الموسع للمؤلف، فإنه يمكن أن تعد البرمجة تأليفاً لأنها إنتاج ذهني بشرط أن تضيف شيئاً متميزاً ومختلفاً عما هو قائم، وهي تخضع للحماية التي تخضع لها حقوق الملكية الأدبية والفنية على الرغم من شمول التعريف لما ينتجه الذهن البشري أصلاً في مجال الابتكار ألبرامجي الحاسوبي[1].

[1]/- تنص المادة 10 من اتفاقية حقوق الملكية الفكرية في مجال التجارة والصناعة على أن **"تتمتع برامج الحاسوب الآلي الكمبيوتر، سواء أكانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة، بالحماية باعتبارها أعمالا أدبية بموجب معاهدة برن ."** وبذلك يمكننا أن نفهم أن هذه الاتفاقية ميزت بين البرنامج وبين مجال تطبيقه .فالحقوق مضمونة على البرامج وفق معاهدة برن التي تعد برامج الحاسوب أعمالا أدبية، في حين البرنامج كتطبيق يحمى بمقتضى هذه المادة، كلما كان مجال تطبيق البرنامج صناعياً أو في مجال من مجالات التكنولوجيا."

أنظر تحليل **الدكتور محمد واصل**، المرجع السابق، فرع 15 ص 14 " ونصت التعليمات النموذجية لحماية البرمجية الصادرة عن المكتب الدولي للمنظمة العالمية للملكية الفكرية عام 1978 صراحةً على شمولية وصف البرنامج مجال حماية البرامج، وعرفته بأنه التقديم الكامل والمفصل لمختلف العمليات شفوياً أو تخطيطياً أو غيرهما بشكل كافٍ، بقصد تحديد مجموعة التعليمات المكونة لبرنامج الحاسوب .فالبرنامج والحاسوب هما إحدى الوسائل للوصول إلى النتيجة أو الاختراع الجديد، ويقوم البرنامج بتكملة الطريقة الصناعية، إذ لولاه لما تم التوصل إلى النتيجة المطلوبة .مما يجب حمايته من القرصنة، لما في هذا النوع من الاستثمارات من أهمية كبيرة، ليس فقط على مستوى الاختراع أو النتيجة التي تم التوصل إليها، ولكن أيضاً من حيث تصميم البرنامج وإنشاؤه؛ فكلاهما استثمار ضخم، وأي فصل بينهما يكون مساً خطيراً بالاختراع وبالفكر الإبداعي وبالحقوق المالية على هذا الإبداع،=

وقد عد المشرع الجزائري وحتى الفرنسي البرامج الحاسوبية الآلي في مجموعة الأعمال الفكرية المحمية[1].

2/- المزود:

فالمزود بمفهومه العام، يمكن أن يكون ذلك المؤلف الذي يحوي مصنفه على نوعا من الابتكار ويعكس مباشرة في إنتاجه فكري[2] والذي يميز شخصية المؤلف عليها و سواء كان هذا التمييز في مضمون الفكرة، أو في طريقة معالجتها أو حتى في أسلوب التعبير عنها، أو في ترتيبها وتنسيقها بحيث يظهر العمل المقدم متميزا [3] .

=ونخلص إلى أن برنامج الحاسوب يعد إنتاجاً فكرياً من جهة وسلعةً تجاريةً تقوم بمهمة معينة من جهة أخرى، فلذلك يكون لكل برنامج اسم يميزه عن غيره، وقد تكون له علامته الفارقة المميزة له عن غيره من البرامج الأخرى....

ويضيف الدكتور **محمد واصل** في تحليله لنفس الفكرة، نفس المرجع، فرع 16، ص 15 " بأن لإعداد برنامج الحاسوب يمر بعدة مراحل، فبعد تجميع المعطيات الضرورية لتصميمه وابتكاره، يقوم مهندسو البرمجة والمبرمجون بتجسيد هذه المعلومات على شكل خرائط تدفقية وتصاميم تمثيلية، ويصدق عليها وصف الرسوم والنماذج لقانون الملكية الصناعية .لكن هل نستطيع في مسألة البرمجة الحاسوبية أن نفصل عمل المبرمج عن عمل المزود (الملقن) بالمعلومات المعرفية؟ أم أن النظام المعلوماتي يعد وحدة حقوقية متكاملة؟".

[1]/- أنظر في هذا أحكام المادة 54 و55 من الأمر 03 /05 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة وأحكام المادة 3/112 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي. وعلى سبيل المقارنة أنظر أحكام المادة 03 الفقرة "ه" من القانون رقم 12 لسنة 2001 المتعلق بقانون حماية حقوق المؤلف السوري والتي تنص " تتمتع جميع المصنفات بالحماية وفق احكام هذا القانون وتشمل الحماية بصفة خاصة " وتشمل الحماية مصنفات البرمجيات الحاسوبية ومجموعات البيانات بما في ذلك وثائق تصميمها "

[2]/- الدكتور **محمد حسين منصور**، المسئولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003 ص 209 هامش 01 وانظر **الدكتور حسين بن سعيد الغافري**، الانترنت ودورها في قرصنة برامج الحاسوب الآلي، بحث منشور في الرابط التالي eastlaw arab.org– وأنظر التحليل في ضبط مصلح المزود الورد عن الدكتور **عبد الفتاح محمود كيلاني**، المسئولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011، ص 189 .الفقرة 03 وأنظر هامش 02 .

[3]/- أنظر في هذا **الدكتور محمد واصل**، المرجع السابق، ص 16 فقرة 18 وأنضر في نفس الصدد **الدكتور محمود عبد الرحيم الديب**، المرجع السابق، ص 51 وأنظر كذلك **الدكتور يونس عرب**، قانون الكمبيوتر، ص 35 .

كما يمكن أن يكون المزود مترجماً ينقل مصنفاً من لغته الأصلية إلى لغة أخرى لأنه في عمله يبرز شخصيته ومن حيث أسلوبه في التعبير واختيار الألفاظ[1]، ويمكن أن يكون ملخِصاً عن طريق إعادة ترتيب الأفكار أو تعديلها أو شرحها ما دام أن ما قام به يظهر عمله بصورة فعلية [2].

يعد مزوداً ذلك الشخص الذي يقوم بتلقين الحاسوب من خلال برنامج محدد المعلومات المعرفية سواء كانت معلومات عامة، أم معلومات منهجية، ونستطيع الرجوع إليها عند الحاجة بواسطة مفاتيح إلكترونية خاصة للاستفادة العلمية أو للاطلاع، أو لأسباب أخرى.[3]

ب/- نطاق الحماية القانونية :

تكمن الحماية القانونية قي هذا النوع من المصنفات والواردة على برامج الحاسوب في تلك الأحكام الموضوعية التي تتضمن حماية البرامج، و تعني أيضاً مجموعة النصوص القانونية التي تضمنت الحق المحمي بها بمواجهة أي اعتداء ومن هذا المنظور نعرض للأحكام الموضوعية العامة والمتعلقة بمضمون حماية حقوق المبرمج والمزود وبيان مدى الحماية ضمن القانون الجزائري والفرنسي بالإضافة للمجموعة الأوربية.

---

[1]/- أنظر **الدكتور محمد حامد مرهج لهيثي**، المرجع السابق، ص 374. وأنظر **الدكتور جميل عبد الباقي الصغير**، الانترنت والقانون الجنائي، -الجزء الأول – الأحكام الموضوعية المتعلقة بالأنترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2002، ص 106 .

[2]/- أنظر المادة 10 من اتفاقية حقوق الملكية الفكرية في مجال التجارة والصناعة على أن **"تتمتع برامج الحاسوب الآلي الكمبيوتر، سواء أكانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة، بالحماية باعتبارها أعمالا أدبية بموجب معاهدة برن ."** ويعلق **الأستاذ الدكتور محمد واصل** على المادة بأن ما يفهم من نص المادة المذكورة سالفا بأن هذه الاتفاقية ميزت بين البرنامج وبين مجال تطبيقه، فالحقوق مضمونة على البرامج وفق لمعاهدة "**برن** " والتي تعد برامج الحاسوب أعمالا أدبية ."

[3]/- وأنظر كذلك **الدكتور عبد الرحمان خليفي**، المرجع السابق، ص 36

Voir aussi dans le même sens ; Antoine Aubert et Franck Macrer, op.cit,p27 et voir aussi Alain Bensoussan , op.cit,p 88 et voir aussi Michel VIVANT, bases de données, multimédias et propriété, édition LAMY droit, France, 1997, p425 et 426 .marge 01

- الأحكام الموضوعية العامة في مضمون حماية برامج الحاسوب :

لقد سبق لنا وتطرقنا إلى مجموعة العناصر المادية والمعنوية الواجب توفرها في حق المؤلف لتوافر عناصر الحماية القانونية، ونقصد من وراء هذا وضع ذلك الإسقاط ما بين حق المؤلف وعلاقته بمصمم البرمجيات أو حتى واضع نظام الحاسب الآلي سواء كان مبدعها شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً، وسواء كان قد تم وضعها من قبل شخص واحد أو أشخاص متعددين، أو كان تصميمها وإخراجها المادي نتيجة مساهمة وتضافر جماعي أو مشترك أو حتى فردي فإنها تخول لهم حقوقاً عليها، وبالنتيجة تظهر الطبيعة المزدوجة للحق الممنوح للمبرمج كنظيره بالنسبة للمؤلف.

فالحق المعنوي للمبرمج يعطيه وحده الحق في معرفة إن كان هذا المصنف المعروض على الجمهور يتلاءم مع احتياجاتهم، وهو وحده الذي يختار طريقة عرضه أو تقديمه أو حتى سحبه إن أصبح يتعارض مع أفكاره أو توجهاته، وله وحده حق التعديل أو التحوير فيه وفقاً لما يراه مناسباً، وله الحق في الاعتراض على أي شخص يقوم بذلك إذا تم دون موافقته، وبمقتضى الحق المعنوي للمبرمج فإن له وحده السلطة في تقديمه تحت اسمه أو أي اسم مستعار يختاره له، وإذا ما تم دون موافقته فإنه يعد هذا اعتداءا على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته.

وما يتعلق بالحق المالي للمبرمج، يعطيه وحده سلطة استثمار برنامجه، والانتفاع به مالياً، وهذا بموجب الاستئثار المخول له قانون، لأن هذا الحق يحمي مصلحة مالية مشروعة.

فبمقتضى الحق المالي للمبرمج والمزود، لا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون إذن سابق منه أو من يخلفه، وله وحده أن ينقل للغير هذا الحق كلاً أو جزءاً، وأن يحدد في هذه الحالة مدة الاستغلال، فهو حر في أن يجيز لمن يشاء استخدام برنامجه، أو يمنعه على أي شخص أخر، وفي أن يسكت عن الاعتداء على حقه إذا وقع من شخص، وله على أن يباشر الحماية إذا ما وقع من شخص آخر، فلا يمنع من مباشرة حقه في دفع هذا الاعتداء مادام حقه فيه قائماً.

فخصوصية الحق المالي للمبرمج أو المزود تخوله مجموعة من الخصائص منها ما يتعلق بحق التنازل، وبعضها يرتبط بالحماية من الحجز على الأموال، ومنها ما يتعلق بالانتقال بالإرث، أي نفس الأحكام الذي تمس حق المؤلف والمنصوص عليه وفق أحكام القانون الذي يحدد حقوق المادية للمؤلف

فالتصرف في الجانب المالي بكل صور التصرف فمرده حق الملكية (الاستعمال والاستغلال) فمالك برنامج الحاسوب له أن يباشر حق في أن يتنازل أو يتصرف في ببرنامجه أو مصنفه الإلكتروني بكل أنواع التصرف سواء بطريق البيع أم الهبة أو المشاركة أو الوصية وهذا الأمر كما سبق بيانه منصوص عليه في القانون الجزائري بالنسبة لحق المؤلف حسب أحكام الأمر 05/03 .

– الأحكام القانونية التي تحدد مجال الحماية:

*** في مجال التشريع الجزائري والفرنسي:**

كل من المشرعين قد أشارا من خلال النصوص القانونية إلى ضرورة حماية برامج الحاسوب بنفس النظام القانوني الذي ينظم حقوق المؤلف وهذا نظرا للطبيعة الخاصة الذي يحوزها صاحبه، فتجب التفرقة دائماً بين وجود الحق أو نشوئه من جهة، ومن جهة أخرى في مباشرة الحق في حد ذاته.

فالحق ينشأ بالنسبة إلى صاحب البرنامج منذ اللحظة التي تنشأ الفكرة فيها وفي إطاره الذي يراه صاحب المصنف مناسب له و سواء نشر البرنامج أم لم ينشر، إلا أن التمسك بالحماية في مواجهة الغير يحتاج إلى إيداع للمصنف وفقا لإجراءات قانونية لكي تتقرر الحماية كما نص عليه كل من المشرع الجزائري والفرنسي .

أما ما تعلق بالمشرع الفرنسي، فنجد هذا الأخير قد عاج المسألة من خلال أحكام المادة 112-1 الفقرة 13 من قانون الملكية الفكرية، تعتبر أن البرمجيات المتعلقة بالحاسوب تشملها الحماية القانونية باعتبارها مصنفات أدبية متعلقة بشخص يضفي عليها الطابع الشخصي عليها، بالإضافة لهذا فان حتى الأجهزة والوسائل التي تدخل في إنشاء هذا النوع من البرمجيات تكون مشمولة بالحماية [1]

[1]/- Article 112-1 CPI « Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code:

- 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; »

Voir aussi dans ce sens Michel Vivant ,op.cit, P 430 et voir L.TELLIER- LONIEWSKI, La protection des droits d'auteur sur l'Internet ;P60 et Christiane Féral-Schuhl; op.cit ; p450 et voir également Mélanie DULONG de ROSNAY, op.cit, P 376 « Même si l'on ne peut raisonnablement pas réduire un message au moyen matériel de sa transmission, tout changement dans le système de communication a nécessairement d'importants effets sur les contenus transmis ».

ويلاحظ في نفس الصدد، فأن كان المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق الحماية لهذا النوع من المصنفات غير أنه قد حفظ حق المستعمل للمصنف بالموازاة سواء ما تعلق بعملية الاستعمال في حد ذاتها أو حتى تدخل المستعمل مباشرة في تعديل البرنامج إذا ما وردة عليه أخطاء ولا يحتاج لموافقة المؤلف أو صاحب المصنف ما دام أن المستعمل قد استفادة مسبقا بحق الاستعمال، فقد أوردت أحكام المادة 122-6-1 من قانون الملكية الفكرية هذا الأمر لخلق ذلك التوازن المسبق ما بين المؤلف والمستعمل للنسخة المشروعة .[1]

والمشرع الفرنسي يوسع في مجال حماية المستعمل لبرامج الحاسوب، حيث يخول لهذا الأخير الحق في إنشاء نسخة من برنامج الحاسوب من أجل غرض استعمالها، طبعا دائما في حدود النسخة الأصلية والشرعية التي هي بحوزته، ويمكن للشخص الذي يحوز على حق الاستعمال وحتى بدون موافقة المالك الأصلي للمصنف أن يباشر حق الملاحظة للبرنامج أو دراسته أو حتى اختبار طريقة عمل أو نظام الأمان للبرنامج بغية تحديد أهم الأفكار والأسس الذي يرتكز عليه هذا النظام في مواجهة أي عملية تحميل للمعطيات أو استرجاعها أو تنفيذها أو نقلها أو تخزينها في حدود حق المباشرة للبرنامج .[2]

أما فيما يتعلق باستنساخ نظام التشفير للبرنامج الحاسب الآلي[3] أو ترجمته، فالمشرع الفرنسي يعتبر ودائما من خلال قانون حماية الملكية الفكرية بأن هذه العملية لا تشترط موافقة صاحب المصنف

[1] ART 122-6-1 CPI « Les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs »

II. La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut faire une copie de sauvegarde lorsque celle-ci est nécessaire pour préserver l'utilisation du logiciel.

[2]ART 122-6-1 /III. La personne ayant le droit d'utiliser le logiciel peut sans l'autorisation de l'auteur observer, étudier ou tester le fonctionnement ou la sécurité de ce logiciel afin de déterminer les idées et principes qui sont à la base de n'importe quel élément du logiciel lorsqu'elle effectue toute opération de chargement, d'affichage, d'exécution, de transmission ou de stockage du logiciel qu'elle est en droit d'effectuer.

[3]ART 122-6-1 /IV. La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin.

أي المالك الأصلي وبالتالي خارجة عن صلاحياته وهذا ما أشارت إليه فقرة 01 و02 من المادة 122 -6 الفرع الثالث.

إذا تعلق الأمر بالحصول على المعلومات اللازمة برنامج حاسوب إذا كان هذا الأخير في إنشائه مقرون ببرامج أخرى للحاسوب وتعفى هذه العملية من الرخصة أو للموافقة في حالتين و حسب الفقرتين المشار إليهما :

الحالة الأولى: هذه العملية تتم من طرف الشخص المخول له الحق في الاستعمال لنسخة البرنامج من أجل إتمام عملية الحصول على المعلومات المتعلقة بالبرنامج أو ما تعلق بنظام التشفير أو يمكن أن تتم العملية من طرف الغير المؤهل لهذا الغرض ولكن لحساب الشخص المخول له حق الاستعمال .

الحالة الثانية: المعلومات [1] المتعلقة بالتداخل ما بين برنامجين متعلقين بمصنفين مختلفين الذي يكون استغلالهما في حدود الصلاحيات المخولة لصاحب النسخة التي يحوزها بصورة شرعية والعملية تكون طبقا لاستعمال المخصص لها أو حتى عن طريق الغير المخولة له العملية بصورة قانونية ولفائدة صاحب حق الاستعمال .

أما ما تعلق بالمشرع الجزائري في طبيعة الحماية القانونية، فنلاحظ من خلال الأمر 05/03 ضمن أحكام المادتين 52 و53 منه، حيث أنه وعلى الرغم من ضمان الحماية لمصمم برنامج الحاسوب باعتباره صاحب المصنف غير أنه قد عالج بنفس الوقت حق الاستعمال لهذا النوع من البرامج .

[1]/- ART 122-6-1 /IV CPI :

2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité* n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;

3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité.

*L'**interopérabilité** est la capacité que possède un produit ou un système, dont les interfaces sont intégralement connues, à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes existants au futurs et ce sans restriction d'accès ou de mise en œuvre.

نجد من خلال المادة 52[1] من الأمر 05/03 يخرج من الدائرة الترخيص الإجباري أو الموافقة من صاحب المصنف الأصلي أو أي شخص له ملكية المصنف بصورة شرعية إذا ما تمت قصد الاستنساخ أو الاقتباس على أن تكون العملية في نسخة واحدة فقط .

وهنا، أرد المشرع الجزائري أن يوازن ما بين مصلحتين وحقين قائمين في نفس الوقت من جهة مصلحة المالك الأصلي ومن جهة أخرى حق الاستعمال على أن يكون هذا الحق الأخير محصورا في إطار ضيق أي تبقى العملية مربوطة بغرض الاستعمال وما يترتب على هذا الحق اثر مباشرته، أو ذات الأمر إذا تعلق بالاقتباس.

غير أن بتدقيق أكثر في المادة 52 من الأمر سالف الذكر في الفقرة 01 و02، نلاحظ أن المشرع حصر هذه الرخصة في مسألتين :

المسألة الأولى أن تكون عملية الاستنساخ المشروعة او حتى الاقتباس نتيجة لتعويض النسخة المشروعة التي هي في حيازة المستعمل بدلا من النسخة المتلفة أو الضائعة أو حتى التي لم تعد صالحة للاستعمال وهذا لغرض التوثيق فقط أما المسالة الثانية تكون عملية الاستنساخ دائما أو حتى عملية الاقتباس محصورة للغرض المخول له أي الاستعمال وفق الشروط التي سبقت اكتسابه.

من جهة أخرى، أضاف المشرع الجزائري شرطا جاء تبعا للمادة 53[2] من الأمر 05/03 في الفقرة الثانية لاعتبار أن عملية الاستنساخ أو الاقتباس التي تستند على نسخة مشروعة موافقة للقانون والمخصصة لهذا الغرض والتي تخرج عن دائرة الموافقة المسبقة أو الرخصة من طرف المالك الأصلي للبرنامج أو صاحب المصنف أن تتلف بمجرد انتهاء عملية الاستنساخ أو الاقتباس متى انتهت هذه

[1]/- انظر أحكام المادة 52 /03-05 والتي تنص على أن " يعد عملا مشروعا، بدون ترخيص المؤلف أو أي مالك أخر للحقوق، قيام المالك الشرعي لبرنامج الحاسوب باستنساخ نسخة واحدة من هذا البرنامج أو اقتباسه شريطة أن يكون كل من النسخة أو الاقتباس ضروريا"

[2]/- أنظر المادة 53 الفقرة 02 من الأمر 05/03 في قولها " يجب إتلاف كل نسخة مستنسخة أو مقتبسة من برنامج الحاسوب أو المقتبسة منه، عند انقضاء مشروعية حيازتها "

العملية وبمجرد انقضاء مشروعية حيازتها وهذا الأمر خصه المشرع فقط بالنسبة لبرنامج الحاسوب فقط و لم يشر به لقواعد البيانات .

غير أنه وعلى سبيل المقارنة، نلاحظ أن المشرع الفرنسي كان أكثر دقة وتفصيل عن المشرع الجزائري في مسألة معالجة برنامج الحاسوب والذي لم يقتصر فقط على عملية الاستنساخ أو الاقتباس بل أكد على كل جوانب التقنية للبرنامج حتى مسالة التشفير والمتعلق ببرامج الحاسوب أي أنه وسع من صلاحيات المستعمل والذي يحوز على النسخة الشرعية عكس المشرع الجزائري الذي ضيق من العملية، ز هنا حبذا لو أن المشرع الجزائري يراجع أحكام المادة 52 و53 من الأمر 05/03 على النحو الذي يتماشى مع مصلحة المستعمل لتفادي أي عمليات أخرى غير منصوص وفق لمادتين المشار إليهما وبالتالي يدخل المستعمل في دائرة الأعمال المجرمة والذي يستحق معها التعويض[1].

*** حماية برنامج الحاسوب في مجال المجموعة الأوربية :**

المصنفات الإلكترونية كانت محل حماية وفق لاتفاقية **برن**[2]، غير أن هذه الاتفاقية المذكورة لم تشر صراحة لمفهوم المصنفات الإلكترونية، إلا أنه يمكن عن طريق القراءة القانونية نستشف ضمنيا

[1]/- تندرج حماية المصنفات الإلكترونية في سورية تحت قانون حماية حق المؤلف رقم 12لسنة2001 ونصت المادة 3 من قانون حماية حق المؤلف السوري صراحة على حماية برامج الحاسوب لأنها من المصنفات الفكرية المحمية وهذا تأكيد أن المشرع السوري عد برامج الحاسوب من الحقوق الفكرية وليس من براءات الاختراع المحمية بالقانون التجاري وملحقاته أو وفق القوانين الدولية ذات الصلة مصنفات البرمجيات الحاسوبية بما في ذلك وثائق تصميمها ومجموعات البيانات وتشمل الحماية عنوان المصنف إلا إذا كان العنوان لفظاً جارياً للدلالة على موضوع =المصنف فتتمتع جميع المصنفات بالحماية وفق أحكام للقانون حماية حق المؤلف وتشمل الحماية بصفة خاصة مصنفات البرمجيات الحاسوبية بما في ذلك وثائق تصميمها ومجموعات البيانات وتشمل الحماية عنوان المصنف .

و تضيف في نفس السياق المادة 18 من قانون حق المؤلف السوري على أن " للمؤلف الذي وقع الاعتداء على حق من حقوقه المبينة في هذا القانون الحق في التعويض المادي المناسب فضلاً عن ما هو منصوص من جزاءات أخرى في المواد 40 و41 من هذا القانون "

[2]/- أنظر اتفاقية "**برن**" الموقعة في عام1886 مع أهم تعديلاتها.

الأساس المستند إليه في ضبط الحماية من وراء هذه الاتفاقية، غير أنه وبالموازاة نجد الاتفاقية العالمية لحماية حقوق المؤلف المعروفة **بمعاهد الويبو**[1] قد نصت صراحة على حماية برامج الحاسوب.

والمبدأ المتفق عليه دوليا، أن الحماية القانونية تسري على برامج الحاسوب، ولعلَّ الأبرز في هذه المبادئ ما جاءت به التعليمة الصادرة عن المجموعة الأوربية[2] في مجال حماية البرامج الحاسوب فقد عالجت التعليمة الطبيعة القانونية لبرنامج الحاسوب الذي يصنف ضمن حقوق المؤلف باعتباره حق من الحقوق الأدبية والفنية حسب مفهوم اتفاقية "**برن**" والتي يتعين على دول الاتحاد مراعاتها في سن قوانينها الداخلية .

وما يمكن ملاحظته كذلك من خلال هذه التعليمة، أن الحماية القانونية المشمولة على البرامج الحاسوب تكون سارية جاءت على اختلاف الطريقة التعبير التي تكون عليها أو حتى على اختلاف الأشكال التي تأخذه هذه البرامج [3] وكذلك على اختلافها و المشكلة فيه، غير أنه يخرج من دائرة الحماية القانونية طبقا للتعليمة الأوربية المشار إليها الأفكار و العناصر التي تكون أصل إنشاء هذه البرامج أو حتى مجموعة العناصر

التي تساهم في إنشاء برنامج حاسوب فهي لا تدخل ضمن الحقوق المشمولة بالحماية وفقا لحق المؤلف .

---

[1]/- أنظر لمادة 4من اتفاقية **الويبو** على أنه " تتمتع برامج الحاسوب بالحماية باعتبارها مصنفات أدبية بمعنى المادة 2 من اتفاقية برن".

[2]/- Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 Parlement européen et du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur :

Article premier ; Objet de la protection « Conformément aux dispositions de la présente directive, les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Les termes «programme d'ordinateur», aux fins de la présente directive, comprennent le matériel de conception préparatoire. »

[3]/- Art 1/ 2. Directive 2009/24/CE « La protection prévue par la présente directive s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur. Les idées et principes qui sont à la base de quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, y compris ceux qui sont à la base de ses interfaces, ne sont pas protégés par le droit d'auteur en vertu de la présente directive. »

ولكي تسري الحماية القانونية على برنامج الحاسوب يتعين دائما حسب التعليمة الأوربية المذكورة، اذا كان هذا البرنامج يتحلى بالأصالة بمفهوم الإنتاج الفكري والخاص بصاحب المصنف وأي معيار أخر لا يأخذ بعين الاعتبار لشمول المصنف بالحماية ما عدا معيار الأصالة [1] وهذا المبدأ أكدته كذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2012/10/17، حيث اعتبرت بأن عنصر الأصالة الذي يتميز به المصنف يتعين إثباته من طرف المؤلف وتحت السلطة التقديرية لقضاة الموضوع[2].

هذه التعليمات كانت محال انتقاد واسع ما بين دول الأعضاء لما فيها من نقص وإبهام في الكثير من النقاط.

ولعل من بين أهم النقاط المسألة المتعلقة بحق المستعمل في تصحيح الأخطاء الموجودة في البرنامج، هل أن ذلك يكون من الحقوق الحصرية للمبرمج أم ينتقل الحق للمستعمل كما نص عليه المشرع الفرنسي في قانونه الداخلي مثلا.

---

[1]/- Art 1/3. Directive 2009/24/CE « Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer s'il peut bénéficier d'une protection. »

[2]/- Voir dans ce sens aussi: Meriem Benmebareck « L'originalité du logiciel (arrêt de la Cour de Cassation française du 17 octobre 2012 en ce basant sur la directive du 2009) », juritravail.com, ,

« le 17 octobre 2012 que la cour de cassation française est venue s'illustrer une nouvelle en ce qui concerne l'originalité du logiciel, en rappelant qu'elle doit être appréciée à la lumière de critères bien précis. En l'espèce, la société Codix assignait la société de services Alix, sur le fondement que celle-ci continuait d'exploiter un logiciel crée par la société demanderesse, alors même que la licence d'exploitation lui ayant été accordée par la société Codix avait expirée. Au regard des droits d'auteur, l'utilisation d'un logiciel sans l'autorisation de son auteur constitue un délit de contrefaçon. Or lorsqu'une action en contrefaçon est engagée, l'originalité de l'œuvre doit être prouvée par son auteur, et sera ensuite soumise à l'appréciation des juges. Dans cette affaire, la Cour d'Appel d'Aix en Provence retenait l'originalité du logiciel litigieux au motif qu'il apportait une solution à la gestion dont il était l'objet. Or, au regard des précédentes positions de la Cour de Cassation sur l'originalité du logiciel, il n'est nulle question d'apprécier son efficacité ou son caractère novateur, mais plutôt l'apport de l'auteur, qu'il soit créatif ou intellectuel. En conséquence, la Cour considère que la juridiction d'Appel a privé sa décision de base légale dans la mesure où elle n'a pas recherché si les choix du programme d'ordinateur témoignaient d'un effort personnalisé de l'auteur, ou constituaient un apport intellectuel de ce dernier. »

Publier sur le lien suivant et consulté le 23 décembre 2014: http://junon.univ-cezanne.fr/u3iredic/?p=11205.

والجدير بالذكر هنا، أن نشير بأن التشريعات الأوربية وغيرها من التشريعات للدول التي تملك هذه التقنية، تصبوا لموازنة قوانينها بتقنيات المعلوماتية وبأخص في مجال تنظيم حق المؤلف وبرامج الحاسوب والتي أصبحت ترتكز أكثر على المجال التجاري حالياً وما تسعى إليه الشركات التجارية في تحقيق الربح من وراء العلاقة القائمة ما بين صاحب المصنف والمستعمل كوسيط، فأصبح المجال المادي يأخذ الحيز الواسع على حساب الجانب المعنوي نظرا لمختلف عمليات المضاربة التي تحقق هذه الشركات من وراء هذا النوع من المصنفات .

أما خارج الإطار الدول المصدرة لهذه التقنية [1]، فإن الأطراف التي تسعى بشكل خاص في اكتساب هذا النوع من التكنولوجيا المتعلقة ببرنامج الحاسوب ضمن ما يعرف بالعقود المتضمنة نقل مختلف تقنيات الإعلام الآلي، فإذا كان مالك التقنية لا يملك سوى حق استعمال البرنامج فهل يجوز له نقله إلى مقتني هذه التكنولوجيا، ولاسيما إذا كان البرنامج يعد جزءاً منها أو على الأقل عنصراً من عناصرها، وكانت طبيعتها غير قابلة للانفصال ؟

ومن وجهة أخرى، من يملك البرنامج الناتج عن تطور التقنية المنقولة بما فيها برنامج الحاسوب، وذلك عندما يتوصل الشخص المنقولة إليه إلى تعديل و تطوير البرنامج ؟ فهل هو المصمم أو الذي أنشأ البرنامج الأساسي؟ أم هو ناقل لهذه التقنية مع البرنامج؟ أم هو من نقلت إليه التقنية مع البرنامج والذي قام بعملية التطوير؟[2]

---

[1]/- انظر **الدكتور محمد فتحي عبد الهادي**، مقدمة في علم المعلومات، دار غريب، القاهرة، 2006، ص 61 وأنظر كذلك **الدكتور محمد سامي الشوال**، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2003، ص 20 هامش 03 وأنظر **الدكتور نبيل علي**، العرب وعصر المعلومات، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، الكويت، العدد 184 أفريل 2004، ص 123.

[2]/- انظر الدكتور نوري أحمد خاطر، المرجع السابق، ص 76 وأنظر الدكتور محمد واصل، المرجع السابق، ص 20 وأنظر كذلك **الدكتور عبد الرحمان خليفي**، المرجع السابق، ص 36 وأنظر **الدكتور محمد حامد مرهج لهيثي**، المرجع السابق، ص 379. وأنظر **الدكتور جميل عبد الباقي الصغير**، المرجع السابق، **ص** 110 وأنظر **الدكتور حسين بن سعيد الغافري**، الانترنت ودورها في قرصنة برامج الحاسوب الآلي، ص 30. وأنظر الدكتور **محمد حسين منصور**، المسئولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003 ص 211

فالأمر يحتاج إلى الدراسة أكثر من أجل تشخيص المشكلات المتولدة عن تطبيقات الحاسوب وآثاره وكذلك المشاكل المتوقعة عنه في المستقبل، وأن يتم وضع منظمة قانونية واضحة المعالم لإيجاد الحلول المناسبة لها والتي يمكن أن تفرضها حركية البحث العلمي في هذا المجال[1].

ثانيا: الحماية بالنسبة قواعد البيانات :

أما ما يتعلق بقواعد البيانات سبق لنا وقلنا بأنها تجميع مميز للبيانات يتوافر فيه عنصر الابتكار أو الترتيب أو التبويب عبر مجهود شخصي بأي لغة أو رمز ويكون مخزنا بواسطة الحاسوب ويمكن استرجاعه بواسطتها أيضا .

ونجد بأن أساس الحماية بوجه عام كما عبرت عنه الاتفاقيات الدولية في هذا الحقل هو عنصر الابتكار، فالمادة 2/10 من اتفاقية تربس[2] نصت على انه :" تتمتع بالحماية البيانات المجمعة أو المواد الأخرى سواء كانت في شكل مقروء آليا أو أي شكل آخر إذا كانت تشكل خلقا فكريا نتيجة انتفاء وترتيب محتواها"

كما نصت المادة 5 من الاتفاقية العالمية للملكية الفكرية لسنة 1996[3] على انه :" تتمتع مجموعات البيانات أو المواد الأخرى بالحماية بصفتها هذه أيا كان شكلها إذا كانت تعتبر ابتكارات فكرية بسبب محتواها أو ترتيبها .

---

[1]/- أنظر **الدكتور محمد حسام محمود لطفي**، المرجع السابق، ص 80 وأنظر **الدكتورة واثبة داود السعدي**، الحماية الجنائية لبرنامج الحاسب الآلي، مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد المجلد 18 عدد 189 لسنة 2004، العراق، ص 61. وأنظر كذلك **الدكتور يونس عرب**، قانون الكمبيوتر، ص 40. وأنضر في نفس الصدد **الدكتور محمود عبد الرحيم الديب**، المرجع السابق، ص 54 أنظر **الدكتور محمد حامد مرهج لهيثي**، المرجع السابق، ص 378. وأنظر **الدكتور جميل عبد الباقي الصغير**، المرجع السابق، 110 .

[2]/- أنظر اتفاقية ترييس لسنة 1994 و حسب أخر تعديلاتها.

[3]/- أنظر اتفاقية العالمية للملكية الفكرية" wipo" لسنة 1996.

المبحث الثاني: ماهية حق المستهلك في الفضاء الرقمي

تمهيد:

عندما نتطرق لحماية المستهلك في الفضاء الرقمي أو بالأحرى نشاط المستعمل للمعلومات أو للخدمات أو حتى اقتناء السلع على النات، تستوقفنا وجوبا مجموعة من التصرفات والذي يترتب عليها آثار قانونية تتفق من حيث المضمون مع القواعد العامة المنبثقة من نظرية الالتزام غير أنها تختلف من حيث الصياغة نظرا لخصوصية هذا النوع من العقود في مجال وسائل التكنولوجيا للإعلام والاتصال، فأصبحت نظرية الالتزام بالمفهوم الكلاسيكي عاجزة على توفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية وبالأخص المستهلك .

وبالموازاة ظهرت التجارة الإلكترونية وما رافقها من تطور بحيث أصبحت تتم عبر شبكة الإنترنت، أثرت تأثيرًا كبيرًا على النظام القانوني للعقود التقليدية، فظهر ما يسمى بالتسوق الإلكتروني عبر الحدود، وما تبعه من إجراءات للوصول إلى التعاقد الإلكتروني الذي يشكل المستهلك أحد أطرافه الأساسية في كثير من الأحيان.

ومن هنا بدأت الحاجة لحماية المستهلك في السوق الإلكترونية، فالثقة في السوق الإلكترونية من أبرز ما يحتاج إليه المستهلك في سبيل تلبية احتياجاته الشخصية، حيث أن الحماية القانونية للمستهلك سواء في مرحلة ما قبل التعاقد، أو في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، أو في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني تعتبر مهمة جدًا بسبب أن المستهلك يمكن أن يكون طرفا ضعيفًا، ففي تلك الحالة قد يحتاج لسلعة معينة بصورة ضرورية، وبالتالي يخضع لشروط غير عادية ومجحفة بحقه، فالشركة البائعة تكون هي الطرف القوي في هذا العقد في مقابل المستهلك

بالإضافة لما سبق يحتاج المستهلك للحماية القانونية بسبب المخاطر، وقلة الأمان، وكثرة المشاكل عبر الشبكة الإلكترونية، فحماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني من أهم وأكثر المواضيع التي تحتاج إلى البحث والتفصيل، بسبب حداثة هذا الموضوع، وما يواكب التعاقد الإلكتروني من تطور علمي بحيث أصبح العالم سوق كبيرة داخل شاشة حاسوب، يمكن من خلالها المرور إلى الموقع المراد والإطلاع على شروط الشراء، والتعاقد، والوصول إلى السلعة، أو الخدمة المعينة .

المطلب الأول: المفهوم الكلاسيكي لحق المستهلك في القانون الجزائري والفرنسي

يحتاج المستهلك إلى الحماية سواء على المستوى الوطني أو الدولي، وتنبع أهمية توفير حماية المستهلك من أنه يمثل الطرف الضعيف في العملية التعاقدية، فالرغبة في الربح السريع دفعت العديد من التجار والمنتجين، ومقدمي الخدمات لإتباع أساليب غير مشروعة للإثراء السريع باستخدام وسائل الغش والخداع المختلفة، ومن هنا تظهر أهمية التعريف بالمستهلك الذي نسعى لتوفير الحماية له،. ولكن قبل الخوض في الحماية والتي سوف نتطرق اليها فيما بعد يتعين علينا منهجيا أن نضبط مفهوم المستهلك من خلال أهم التعريف التي جاءت في هذا المجال ونحاول ان نتفاد التطور التاريخي كون أن العديد من الكتابات من كتب ورسالات جامعية وحتى مقلات علمية قد خاضوا فيه ولكن كما قلنا الذي يعنينا في هذا المقام المفهوم الحديث والمتفق عليه قانونيا وحتى فقهيا

الفرع الأول: التعريف المستهلك .

وجدت فكرة حماية المستهلك منذ فترة بعيدة، إلا أنه ومن ناحية قانونية ليس هناك اتفاق أو إجماع حول تعريف المستهلك، فتحديد المقصود بفكرة المستهلك[1] يتراوح بين معيارين[2]، الأول ينظر إلى المستهلك على أنه شخص يتصرف خارج نشاطه التجاري دون اعتبار للغاية من هذا التصرف، بعكس المعيار الثاني الذي يعتد بالغرض أو الهدف أو الغاية من التصرف، فالمعيار الأول هو معيار واسع، أما المعيار الثاني فهو معيار ضيق.

[1]/- يعرف المستهلك من الناحية اللغوية بأنه المنفق، فالمتتبع للفظ استهلك يجد أنه مأخوذ من الفعل هلك، ومن ثم فإن لفظ استهلك يأتي بمعنى الإنفاق أنظر في هذا **الدكتور مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزي**، القاموس المحيط، الطبعة الأولى بيروت، مؤسسة الرسالة، 1987، ص 1237 وأنظر كذلك **الدكتور عامر قاسم أحمد القيسي**، الحماية القانونية للمستهلك، الطبعة الأولى، الأردن :الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع2002 .. ص9

[2]/- أنظر **بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 09

أولا: أهم الاتجاهات الفقهية في تعريفها للمستهلك

نلاحظ بان تعريف المستهلك لا يستقيم دون الإشارة إلى تلك الحركات التي نادت بضرورة حمايته، ذلك أن المفهوم الحديث للمستهلك لم يأخذ المعنى القانوني الا بعد التجرد من المفهوم الاقتصادي كون أن عملية الاستهلاك تعتبر أخر مرحلة للإنتاج من جهة .

ومن جهة أخرى، مختلف التصعيدات التي كان من ورائها جمعيات حماية حق الأفراد في الاستهلاك وحماية الحلقة الضعيفة فيها وهو المستهلك .[1]

1-الاتجاه الفقهي المضيق لتعريف المستهلك

يرى أنصار هذا الرأي[2]، بأن المستهلك "أنه كل شخص طبيعي يتعاقد بهدف تلبية وإشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية بشراء السلع أو الخدمات"

وما يلاحظ على هذا التعريف بأن عملية الاستهلاك اقتصرت فقط على الشخص الطبيعي دون المعنوي غير أن رأي أخر[3]، اعتبر بأن المستهلك لا يقتصر فقط على الشخص الطبيعي بل حتى الشخص المعنوي فيذهبون إلى تعريف المستهلك على أنه "كل شخص طبيعي أو معنوي وفق للقانون

[1]/- **الدكتور السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 8 وهامش 02

و أنظر **الدكتور جامعي حسن عبد الباسط**، حماية المستهلك في مصر بالمقارنة بأوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1996، ص 15 .

[2]/- **الدكتور الحاج طارق**، التسويق من المنتج إلى المستهلك، الطبعة الأولى، دار صفا للنشر، الأردن، 1990، ص 49 وأنظر في نفس السياق **الدكتور حسن جمعي عبد الباسط**، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996، ص10

Voir aussi, CHAZAL. M. « le consommateur existe-t-il ? », édition charon ,France ,1997,p260 et Calais-AULOY et STEINMETZ, droit de la consommation ,5 é éd, Dalloz ,2000,p02

[3]/- Jacques GHESTIN, la formation du contrat ,LGDJ,1993,p40 « les consommateur sont les personnes physique ou morales de droit privée ,qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel »

الخاص غير المحترف الذي يقتني منتوج أو يستعمل أموال أو الخدمات لغرض غير مهني سواء لإشباع حاجاته الشخصية أو حتى العائلية ".

وذهب أنصار الرأي المضيق أبعد من هذا في حصر الحماية القانونية للمستهلك فاعتبروا بأن المستهلك الذي يتصرف بصورة جزئية بمناسبة نشاطه المهني أو الحرفي وخارج عن النطاق الشخصي أو العائلي لا يستفيد من القواعد الحمائية التي يستفيد منها المستهلك[1].

ويمكن أن يستخلص مما سبق أن المستهلك في المعيار الضيق هو الذي يكتسب السلع، أو يستعمل الخدمات، بحيث يكون هذا الاكتساب أو الاستعمال للسلع والخدمات الاستهلاكية لغرض غير الغرض الحرفي أو المهني، حيث يشمل مفهوم المستهلك الشخص الطبيعي والشخص المعنوي بشرط أن يكون نشاطه لا يهدف إلى تحقيق الربح، كما يجب أن يتعلق محل العقد بالسلع أو الخدمات، بحيث أن كل الأموال تصلح لأن تكون محل عقد الاستهلاك إذا تم استعمالها واكتسابها لغرض غير مهني أو حرفي، بغض النظر عما إذا كانت هذه المواد الاستهلاكية تنتهي من أول استعمال لها، أو يدوم استهلاكها لفترة طويلة، أما الخدمات على مختلف أنواعها سواء كانت خدمات يدوية، أو خدمات ذهنية، أو خدمات مالية تصلح لأن تكون محلا لعقد الاستهلاك شريطة أن لا تكتسب أو تستعمل لغرض حرفي أو مهني، فالغرض غير الحرفي يعد المعيار الجوهري للتفرقة بين المستهلك والمحترف، بمعنى يعد مستهلكًا كل من يكتسب، أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني أو حرفي أي لأغراض شخصية أو عائلية.

إذن ببساطة فالمعيار المعتمد من قبل هذا الاتجاه هو الغرض من التصرف وهو الذي يميز ما بين طائفة المستهلكين وطائفة المحترفين أو المهنيين وهذا الرأي أخذ به التشريع الفرنسي في حماية المستهلك ولكن بنطاق ضيق.[2]

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور بودالي محمد**، حماية المستهلك في القانون المقارن –دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي–دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 11 .

[2]/- انظر **الدكتور بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 13 " حيث انه صدر في القضاء الفرنسي عدد من أحكام قضائية تؤيد المعنى الضيق للمستهلك وبالأخص في مجال السعي التجاري، الشروط التعسفية والائتمان " وأنظر في نفس الصدد **الدكتور حمد=**

2 – لاتجاه الفقهي الموسع لتعريف المستهلك

يعرف هذا الاتجاه المستهلك على أنه يشمل كل شخص يقوم بتصرف قانوني، من أجل استخدام السلع أو الخدمات، لاستخدامه الشخصي أو الحرفي أو المهني، أي أن المحترف قد يكون شخصًا طبيعيًا، أو شركة أو منتجًا، وبذلك يشمل المعاملات التجارية بين المنتجين أنفسهم المعاملات التي تتعلق بنشاطهم بشرط أن تكون هذه المعاملات خارجة عن إطار اختصاصهم المحترف[1].

هذا ويعتبر الادخار مناقضًا تمامًا للاستهلاك، فالمدخر يحتفظ بموارده ليتم توظيفها لإشباع حاجاته المستقبلية، أما المستهلك فيستخدم إمكانياته وموارده لإشباع حاجاته الآنية، لكن يلتقيان في نقطة كونهما أطرافًا غير محترفة تتعاقد مع أطراف محترفة، وبما أن المدخر يتعرض لنفس الأخطار التي يتعرض لها المستهلك نجد أن البعض يرى ضرورة اعتبار المدخر من شريحة المستهلكين. [2]

=**الله محمد حمد الله**، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1997، ص11 وانظر كذلك في نفس السياق **الدكتور حسن جمعي عبد الباسط**، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص 12 .

Voir dans ce sens: Calais –AULOY et STREINMETZ, op.cit.P3 et voir aussi " Les dispositions de I article L.132 – 1 du code de la consommation, relatif aux clauses abusives , ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnel exercée par le cocontractant " Cass.civ ,lere ,ch , 5mars 2002 , bull.I , n 78 , p 60 , disponible sur. www. legifrance.gouv. fr. et voir la loi Hamon 2014 «loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation publier dans le journal officielle français n°0065 du 18 mars 2014 page 5400. » voir aussi dans ce sens Guy Raymond , droit de la consommation a jour de la loi Hamon et ses décret d' application ,3emme édition ,Lexis Nexis ,paris , France , 2015 ,P25 .

[1]/– الدكتور **القيسي عامر قاسم أحمد**، **الحماية القانونية للمستهلك**، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 09. وأنظر **الدكتور حسن جمعي عبد الباسط**، حماية المستهلك في مصر بالمقارنة بأوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، المرجع السابق، ص 16 و17.

[2]/– **الدكتور حسن جمعي عبد الباسط**، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، نفس المرجع، ص10 .و أنظر في نفس السياق **الدكتور عمر غسان**، التطور التشريعي للقواعد المنظمة لحماية المستهلك، محاضرات لطلبة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية فلسطين2007 .، ص4.

و على العموم فان الاتجاه الموسع لتعريف المستهلك يؤكد بأن زمرة المستهلكين المشمولين بقواعد الحماية القانونية هم كل الأشخاص الذين يتعاقدون بغرض الاستهلاك واقتناء أو استعمال الأموال أو خدمة .

بل أكثر من ذلك، فان البعض من الفقه يذهبون إلى توسيع دائرة الحماية لتشمل حتى المحترف الذي لا يتصرف لأغراض غير مهنية أي خارج اختصاصه المهني [1] لأنه ولسبب البسيط في العلاقة التعاقدية يظهر الطرف الضعيف اقتصاديا كونه متعامل عادي وتستوجب حمايته .

ثانيا: موقف القانون الجزائري والفرنسي في تعريف للمستهلك

1 – موقف المشرع الجزائري من مفهوم المستهلك :

بالرجوع لأحكام المادة الثانية الفقرة التاسعة من المرسوم التنفيذي 39/90 المعدل والمتمم [2] نجدها أنها تعرف المستهلك كونه كل شخص يقتني بثمن أو مجانا، منتوج أو خدمة معدين للاستعمال الوسطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به .

ومن هذا المنظور، المشرع الجزائري قد ضبط تعريف دقيق لمفهوم المستهلك على عكس بعض التشريعات المقارنة ويلاحظ كذلك بأن المشرع الجزائري، قد استعمل مجموعة من المصطلحات في هذا التعريف والذي يستوجب علينا ضبطها:

أ/– الشخص المقتني:

نلاحظ من خلال التعريف أن المشرع الجزائري وباستعماله لمصطلح الشخص المقتني قد حصر عملية الاستهلاك لطائفة محددة أي الأشخاص ويستوي في ذلك الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من جهة.

[1]/– أنظر **بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 11 فقرة 02

[2]/– المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المنشور في الجريدة الرسمية رقم 05 لسنة 1990.

ومن جهة أخرى، وعلى عكس بعض التعليقات الواردة على هذا التعريف أن المشرع لم يشر للمستعمل

و بالتالي لا يستفيد من الحماية وهذا خطا في التقدير، ولكن الأصح أن حتى المستعمل كجزء من مفهوم الشخص هو الأخر مشمول بعملية الحماية كطرف أو بالأحرى أن المستعمل يعتبر صورة من صور المستهلك في مجال خاص، وعلى العموم نعتمد في دراستنا هذه على مصطلح المستعمل للدالة على المستهلك في صورة من صور الاستهلاك الخاص .

فالشخص المقتني هو كل شخص يقدم على استعمال المال أو الخدمة وسواء كان هذا الأمر لحاجته الشخصية أو العائلية أو حتى بمناسبة إشباع الحاجات حتى لو لم تكن للغرض المهني أو الحرفي وحتى ولو قام به الشخص الاعتباري خارج نشاطه، والبعض يكيف طبيعة العلاقة بأنها تدخل ضمن عقود الاستهلاك الذي يجمع ما بين طرفيين هما المقتني والمحترف [1] .

ب/- المنتجات والخدمات:

المشرع الجزائري قد عرف المنتوج واعتبره منقول مادي وفي تعريف أخر اعتبره سلعة على حسب المنظور الذي يريده استخدامه المشرع، فنجد أن المنتوج من خلال المادة 01 [2]من المرسوم التنفيذي 39/90 المعدل والمتمم، أن المنتوج ما هو إلا كل شيء يكون سواء منقول مادي ويكون في شكل يمكن التصرف فيه على النحو التجاري، غير أن هذه المادة استبعدت بصورة ضمنية من نطاق المعاملات كل ما هو عقار .

[1]/- أنظر **بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 17 " غير أن ذلك لا يمنع من بسط الحماية لتشمل الأشخاص الاعتبارية للقانون الخاص كجمعيات والأحزاب السياسية ذات الأغراض غير المالية ." هذا التحليل اعتمد عليه الدكتور مستندا على اجتهاد قضائي صادر من مجلس قضاء باريس الصادر ب 1991/07/5 .

[2]/- المادة 1 من المرسوم 39/90 " **كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع للمعاملات التجارية** "

ونجد تحليل خاص **للأستاذ بودالي** لفكرة المنتوج متأثر بالفكر الفرنسي، أن المشرع الجزائري قد وسع من نطاق الحماية الوارد على المستهلك من حيث الموضوع، فكل الأموال يجوز أن تكون محلا للاستهلاك ما دام أنه تم اقتناءه او استعماله لغرض غير مهني [1]

وما يؤكد هذا الطرح أحكام المادة 02[2] من المرسوم 90/ 226 فاعتبرت المنتوج هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة، فحتى مسالة العقارات يمكن أن تكون محلا للاستهلاك، ويخضع بالتالي هذا المستهلك للحماية المقررة قانونا كون أن هذه العملية في الوقت الراهن أصبحت خاضعة لفكرة المضاربة والتي تستوجب توظيف مالي كبير من طرف المستهلك بعد ادخار طويل والعملية يقوم علها أشخاص محترفين على العكس للمستهلك الذي لا يعي في بعض الأحيان لخطورة العملية وهو في كل الأحوال طرف يحتاج للحماية .

وبالرجوع للمادة 02 من الأمر 06/03 المتعلق بالحماية القانونية للعلامات في تعريفها لمفهوم

السلع ما يلي " السلعة هي كل منتوج طبيعي أو زراعي أو تقليدي أو صناعي خام كان أو مصنع " والثابت أن هذا النص يبين لنا نية المشرع في اقتفاء الفكر القانوني الفرنسي في توسيع من فكرة السلعة باعتبارها منتوج أيا كانت طبيعته .[3]

ومن جهة أخرى، نجد المشرع الجزائري في القانون المتعلق بالتقييس[4] من خلال المادة 02 الفقرة 11 يعرف المنتوج هو كل بناء أو مركب أو جهاز أو نظام أو إجراء أو وظيفة أو طريقة، وهذا ما يبين رغبة المشرع تبنيه من جهة الرأي الموسع لحماية المستهلك ومن جهة أخرى الخروج عن القواعد الكلاسيكية التي تحصر عملية الاستهلاك في إطار ضيق ونعتقد بان هذا الرأي صائب كون أن كل

[1]/- **بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص17 الفقرة 03. وأنظر لنفس الأستاذ، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع السابق، ص 12

[2]/- أنظر أحكام المادة 02 من المرسوم 226/90 المتضمن بضمان المنتجات والخدمات " **هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة** " .

[3]/- أنظر أحكام المادة 02 من الأمر 06/03 المؤرخ في 2006/07/17 المتعلق بالعلامات (جريدة رسمية رقم 44) .

[4]/- قانون رقم 04/04 المتعلق بالتقييس المؤرخ في 2004/07/23 جريدة رسمية رقم: العدد"41 " ص 14و 15.

العمليات في كل المجلات أصبحت مسيرة من طرف أشخاص محترفين تستوجب تدخل القواعد الحماية المتعلقة بقانون حماية المستهلك من أجل حماية الطرف الضعيف فيها .

الدليل في هذا الطرح، ما أوردته المادة 140 مكرر من قانون 10/05[1] المتعلق بالقانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المتضمنة مفهوم المنتوج في قولها " كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار لا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البحري والطاقة الكهربائية "، فالمشرع الجزائري وجد نفسه من جهة مضطرا لوضع التعريف المنتوج ومن جهة أخرى سرد قائمة للمنتجات التي تدخل ضمن مفهوم السلع التي يكون المستهلك طرفا فيها والذي تستوجب حمايته، مقتديا دائما بالفكر الفرنسي [2].

ومن زاوية أخرى، فان الخدمة عرفها المشرع الجزائري من خلال قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تبعا للمادة 02 الفقرة 16 [3] بحيث عرفة الخدمة على أساس أنها كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو داعما للخدمة المقدمة .

إلى جانب السلع نجد الخدمات والتي هي منتوج يخضع لقانون حماية المستهلك، ويقصد بها الأنشطة الاقتصادية غير المجسدة في صورة سلعة مادية، وإنما تقدم في صورة خدمة أو نشاط مفيد لمن يطلبه مثل الخدمات المالية من بنوك وشركات تأمين وأسواق المال وخدمات النقل البري والبحري والجوي، وكذلك خدمات شركات الاتصالات والخدمات السمعية والبصرية والمعلومات بما فيها

[1]/- أنظر أحكام القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .

[2]/- Article 1386 l'anya 03 du code civil français « réforme du 14 mars 2015 JORF n°0062 page 4851 » « Est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit. »

[3]/- قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 2009/02/25 الجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ 2009/03/08.

الحاسب الآلي والصناعات المرتبطة به ونشاط شركات السياحة وقطاع الإنشاءات والتعمير ومكاتب الاستشارات الطبية والقانونية والهندسية والخبراء والمستشارين الأجانب[1].

وقد استثنى المشرع صراحة الالتزام بتسليم السلعة من مفهوم الخدمة[2]، وأبقى عليه التزاما مستقلا يقع على عاتق أحد المتعاقدين وهو البائع المحترف في عقد البيع بموجب المادة 364 من القانون المدني، تحقيقا للتناسق بين التشريعات.

وبخصوص مدى خضوع المرفق العام لقواعد حماية المستهلك[3] وقمع الغش يصدق على الخدمات التي تقدمها هذه المرافق، حيث يمكن بسط تطبيق أحكام قانون 03/09 على خدمات المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي، وكذا - القانون الخدمات التي تقدمها المرافق العامة الإدارية بمقابل دون خدماتها المجانية حسبما -يقرره جانب من الفقه، وإن كان القانون 03/09 نص صراحة

[1]/- **الدكتورة دنوني هجيرة**، قانون المنافسة وحماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء39 ، رقم 1 سنة 2000 ص10 .و أنظر عل سبيل المقارنة رأي **الدكتور محمود محمد مبروك**، أحكام الخدمة وتطبيقاتها في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة ووفقا للقانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 1999 ص 164 .

[2]/- أنظر **الدكتور بودالي محمد**، مقال بعنوان " تطور حركة حماية المستهلك "، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، سيدي بعباس، الجزائر، 2005، ص 30. وأنظر رأي **الدكتور علي فتاك**، تأثير المنافسة على الالتزام بالضمان سلامة المنتوج، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 11.

و أنظر **حساني علي**، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات –دراسة مقارنة –مذكرة دكتوراه في القانون الخاص –كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 40.

[3]/- أنظر **صياد الصادق**، حماية المستهلك في ظل قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2013-2014، ص 56 وأنظر في نفس الصدد **محمد عماد الدين عياض**، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 مداخلة منشورة للعدد الخاص لأعمال ملتقى الوطني الخامس لحماية المستهلك في ظل قانون 03/09 لأيام 08-09 نوفمبر 2010، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، ص 11 وأنظر في نفس السياق **أغا جميلة**، دور الولاية والبلدية في حماية المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، سيدي بعباس، الجزائر، 2005، ص 60 .

بدخول كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا تحت نطاق تطبيقه، ما يزيد من احتمال إمكانية دخول الخدمات المجانية للمرفق العام العمومي في نطاقه متى انطبق عليها مفهوم الخدمة .

ج –المتدخل:

بالرجوع لقانون حماية المستهلك وقمع الغش من خلال المادة 03 الفقرة 07[1] قد عرف المتدخل على أساس أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوج لاستهلاك .

و بالرجوع لأحكام المادة 02 من المرسوم التنفيذي 266/90 [2] على أنه كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك .

من خلال النصين يتبين لنا بأن المتدخل هو كل شخص يتصرف بمناسبة حرفته أو مهنته أو كل محترف حسب مفهوم قانون الاستهلاك والذي يتزامن هذا التنظيم بمناسبة نشاط لغرض إنتاجي أو التوزيع أو أداء خدمة .

والجدير بالذكر هنا، أنه فيما عدا استبدال المشرع لمصطلح المحترف بمصطلح جديد هو المتدخل فإن القانون لم يأت بجديد سوى حذف تعداد المتدخلين في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك وهو ما كان عليه تبيانه لتحديد المتدخلين الذين ألزمهم بحماية المستهلك وبالتالي سهولة تطبيق القانون على المخالفين منهم فقد يكون المتدخل منتج، وسيط، حرفي، مستورد، موزع.

ويلاحظ كذلك، أن المشرع الجزائري في استعماله لعبارة شخص يقصد من وراء ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي وما يميز الطرفين – المستهلك والمتدخل- ضمن قواعد قانون المستهلك، كون أن خصوصية نشاط المحترف يجعله في مركز قوى بالمقارنة مع المستهلك كون أن دراية المحترف بنشاطه

[1]/- المادة 3 الفقرة 7 من القانون 03/09 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش

[2]/- المادة 02 الفقرة 09 من المرسوم التنفيذي 90 / 266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات جريدة رسمية رقم 40 لسنة 19990 .

يخول له معرفة دقيقة وتميز فني وتقني على المنتوج أو الخدمة على عكس المستهلك، وهنا بذات يتعين إحداث التوازن ما بين الطرفين لحماية الطرف الضعيف وهو الغرض الأساسي من وراء قواعد قانون حماية المستهلك[1] .

وعلى سبيل المقارنة نجد في التشريع المصري [2] قد عرف المورد (المحترف بمفهوم القانون الجزائري) بأنه كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو استراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق .

ونجد اختلفا للفقهاء[3] حول تعريف المتدخل أو المحترف باختلاف المعايير التي اعتمدوا عليها فهناك من يعرفه بأنه: كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد لمباشرة نشاط مهني ما سواء أكان هذا النشاط صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو زارعي أو غير ذلك [4] أو هو كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يعرض أموالا أو خدمات لممارسة نشاط اعتيادي[5].

---

[1]/- انظر **بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 21 الفقرة 04.

[2]/- قانون رقم 67 لسنة 2006 المتعلق حماية المستهلك جريدة رسمية عدد 20 مكرر الصادر بتاريخ 2006/05/20 والساري المفعول بتاريخ 2006/08/22 والمعدل والمتمم بتاريخ 2013/12/04 وأنضر كذلك اللائحة التنفيذية المتضمنة تطبيق قواعد قانون حماية المستهلك المصري عدد 271 لقانون 2006/67 والصادرة بتاريخ 2006/11/30 والسارية المفعول 2006/12/01.

[3]/- **الدكتورة زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، ص24 وأنظر كذلك في نفس الصدد **الدكتور مصطفى أحمد أبو عمرو**، موجز أحكام قانون حماية المستهلك،، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص 41 .

[4]/- **نوال شعباني**، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم. القانونية، تخصص مسؤولية مهنية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012 ص 15.

[5]/- **فتيحة حدوش**، ضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطرة في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009 -2010، ص 20

.

فالمتدخل هو الشخص الذي يعمل لحاجاته المهنية كتأجير محل تجاري، أو كشراء سلعة لإعادة بيعها، فالهدف الذي يسعى أليه هو الذي يسمح بتصنيف صاحبه إما بين المهنيين أو المستهلكين وكلمة مهنة مستعملة في قانون المستهلك لتعيين كل نشاط منظم لغرض إنتاج أو توزيع أو أداء خدمة.

2- موقف المشرع الفرنسي من مفهوم المستهلك

المشرع الفرنسي عالج مصطلح المستهلك من خلال قانون حماية المستهلك[1] تبعا للمادة الأولى منه، فاعتبره كل شخص طبيعي الذي يتصرف خارج نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي أو المهني .

هذه المادة جاءت صراحة لتعرف المستهلك وأضفى المشرع الفرنسي على المستهلك خاصية أساسية [2]، كونه يتصرف بصورة شخصية وخارج نشاط حرفي أو مهني الأمر الذي يذكرنا بالاتجاه الفقهي الضيق في تعريف للمستهلك .

ويلاحظ كذلك من خلال المادة الأولى من قانون المستهلك الفرنسي، استبعاد الأشخاص المعنوية من إطار التعريف كون أن الإسقاط الوحيد لهذا التعريف خاص بالنسبة للشخص الطبيعي.

هذا التعريف خلق نوع من الحماية والتعزيز القانوني لمفهوم المستهلك وفي ذات الوقت رفع الحرج عن القضاء الفرنسي [3] الذي أبدى تماشيا كبير مع المفهوم الضيق للمستهلك.

---

[1]/- Code de consommation français et ça réforme selon la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation: article 1 «Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. »

[2]/- Il faut noter dans le cadre de la réforme du droit de consommateur que la loi « HAMON » du17 mars 2014 imprègne l'ensemble du code de la consommation à des degrés divers et dans des proportions plus ou moins grandes. C'est ainsi essentiellement les dispositions relatives à la formation et à l'exécution du contrat de consommation qui ont été profondément modifiées. voir

[3]/- Voir **l'article de ;Carole Aubert de Vincelles** et **Natacha Sauphanor-Brouillaud**, « la Loi du 17 mars 2014: nouvelles mesures protectrices du consommateur », article paru au Recueil Dalloz n° 15 du 17 avril 2014, France , pp. 880-884 et note01-02: « Civ. 1 re , 15 mars 2005, n° 02-13.285, D. 2005. 1948 , note A. Boujeka , 887, obs. C. Rondey , et 2836, obs. S. Amrani-Mekki ; RTD civ. 2005. 393, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005. 401, obs. D. Legeais , et 2006. 182, obs. B. Bouloc. »=

من جهة أخرى المشرع الفرنسي تبعا للتعليمة الأوربية الصادرة 2005 [1] قد نقل حرفيا تعريف المستهلك الذي طالما كان محل انتقاد، بأخص من جهة أرباب العمل في فرنسا **MEDEF** * قد ابدوا انتقاد حول مفهوم المستهلك باعتباره هو أساس الغموض، حيث اعتبروا بأن التعريف التشريع فيه من الإبهام ما يجعل مجال تطبيق قانون حماية المستهلك غير دقيق ذلك أن أهمية التعريف ظهرت بصورة متغيرة وغير مستقرة و لم تحقق الفعالية المرجوة منه على الرغم من أن تعريف دقيق للمستهلك هو أمر فيه من النجاعة للقاعدة القانونية المتعلقة بحماية المستهلك وهي تلعب الدور الضامن لاستتاب الثقة ما بين المحترف والمستهلكين كزبائن وبالتالي تسريب أي شك قانوني ما بين العلاقة[2].

ومن زاوية أخرى، يقدم منظمة أرباب العمل في فرنسا تعريفا أخر كبديل للتعريف التشريعي تماشيا مع مصلحة الطرفين (المحترف والمستهلك) وتماشيا إلى حد قريب مع التعليمة الأوربية لسنة 2005 فيعتبر المستهلك هو "**كل شخص طبيعي يتصرف لمصلحته الخاصة**" أو "**كل شخص طبيعي يتصرف خارج نشاطه المهني** "

=« La Cour de cassation a également déterminé un critère de distinction basé sur la nature du rapport unissant l'acte conclu à la profession exercée. La jurisprudence ne s'est plus attachée à la compétence professionnelle mais à la finalité de l'opération envisagée. Cette dernière démarche consiste notamment à savoir si l'activité professionnelle va profiter de l'opération envisagée. Si tel est le cas, le professionnel ne pourra pas se voir appliquer les dispositions du droit de la consommation. La jurisprudence a donc exclu l'application du droit de la consommation aux contrats qui avaient un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée »

[1]/- La directive 2005/29/UE du 15 mai 2005 relative aux droits des consommateurs. http://www.august-debouzy.com/fr/. Article 02 « «consommateur»: toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. »

* **MEDEF:** Le Mouvement des entreprises de France est une organisation patronale fondée en 1998, représentant des dirigeants des entreprises françaises. Principale organisation d'entreprises françaises, elle possède un poids significatif dans le débat social français.

[2]/- **Voir l'article , MEDEF —** Définition du consommateur –comission consommation, Léonard Cox – septembre 2010 ,page 11" La définition du consommateur est au cœur de ces incertitudes et de cette perte d'effectivité du droit. Elle apparaît comme un concept à géométrie variable..."...Cette illisibilité est source d'incertitudes qui renforcent l'insécurité juridique et nuit à application effective des règles et donc à une protection efficace du consommateur" … Pourtant, une application claire et efficace des règles de protection des consommateurs est essentielle à une relation de confiance entre les professionnels et leurs clients/consommateurs, purgée de toutes incertitudes juridiques …. voir le lien www.conso-confiance.fr/file/94171/.

ولضمان نوع من الوضوح وضمان فعالية القاعدة القانونية في مجال حماية المستهلك، أضاف منظمة أرباب العمل أمرا جوهريا مفاده تحديد مجال تطبيق قانون حماية المستهلك وحصره فقط في العلاقة القائمة ما بين المستهلك والمحترف فقط.[1]

وبالموازاة فان منظمة أرباب العمل الفرنسي تعتبر بأن كثرة المصطلحات الواردة في قانون حماية المستهلك لا يسهل من مهمة تعريف المستهلك، ذلك أن المشرع وللدلالة على المستهلك نجد عدة عبارات استعملت في العديد من المواد ضمن قانون حماية المستهلك فمرة مصطلح "مشتري لمنتوج " « acheteur d'un produit ».

و مرة أخرى نجد المشرع يستعمل عبارة "متعاقد" "contractant" ومرة أخرى يستعمل المشرع عبارة "مقترض" « emprunteur ».

و هذا الأمر ما يضع مفهوم المستهلك يكون محل جدل من طرف أرباب العمل من أجل تحديد نطاق قانون حماية المستهلك [2].

المشرع الفرنسي تدارك الوضع وأصدر تعديل لقانون حماية المستهلك بتاريخ 2014/03/17 ضمن قانون« HAMON » الذي أراد تعزيز موقف المستهلك في مختلف العقود المبرمة مع المحترف وحدد كما سبق الذكر مجال تطبيق قانون حماية المستهلك .

[1]/- **MEDEF**, idem, p12 ; le Medef propose de définir le consommateur comme: toute personne physique agissant à des fins privées pour satisfaire des besoins personnels. A minima, il conviendrait de retenir une définition inspirée du droit communautaire: personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle…… Par souci de clarté et de sécurité juridique, le Medef recommande que le droit de la consommation ne s'applique qu'aux relations entre professionnels et consommateurs…. voir le lien www.conso-confiance.fr/file/94171/.

[2]/- Idem ,p14 « Parallèlement, le Code de la consommation a recours à une terminologie variée pour définir ce qu'est un consommateur. En effet, outre le terme « consommateur », plusieurs expressions sont employées pour définir le champ d'application de tel ou tel article: « acheteur d'un produit » (L.121-16 ; L121-21) ; « contractant » (L.213-1) ; « emprunteur » (L.311-1 ; L.312-1) »

Voir aussi dans ce sens J. Rifkin, L'âge de l'accès: la nouvelle culture du capitalisme, trad. M. Saint-Upéry, La Découverte, Poche, Paris, 2005.p66 .

وهنا يجدر الذكر بأن هذا القانون كان محل نقاش واسع ضمن الهيئة التشريعية لمجلس الأمة الفرنسي وتم تنصيب لجنة خاصة على مستواها لمناقشة القانون بإشراف السيدة " Nicole BONNEFOY" عضو مجلس الأمة الفرنسي في الدورة غير عادية للمجلس بتاريخ 2013/07/23 [1] وتبعا لذلك تم تحديد أهم النقاط المتعلقة بمشروع تعديل قانون حماية المستهلك وتبعا للمحور الثالث من محضر النقاش الذي جاء تحت عنوان "**تحسين الإعلام وتعزيز الحقوق التعاقدية للمستهلك** " من خلال الفصل الأول تم تحديد مفهوم المستهلك دائما من خلال مشروع تعديل قانون حماية المستهلك [2]

حيث أن اللجنة القانونية نقاشة مفهوم المستهلك الورد من خلال المادة الثالث من مشروع التعديل وتم عرض دوافع التعديل للمادة، حيث انه من بين أهم الأسباب هو ضبط المفهوم القانوني للمستهلك تماشيا مع المفهوم

الذي جاءت به التعليمة الأوربية رقم 2011 /83 الصادرة بتاريخ 2011/10/25 المتضمن قانون حماية المستهلك والتي حددت مفهوم المستهلك[3] .

---

[1]/- la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du sénat français du 23/07/2013 n° 792 ; la session extraordinaire présenté par madame « Nicole BONNEFOY » sénatrice et relative a la consommation: elle est composée de: M. Jean-Pierre Sueur, président ; MM. Jean-Pierre Michel, Patrice Gélard, Mme Catherine Tasca, M. Bernard Saugey, Mme Esther Benbassa, MM. François Pillet, Yves Détraigne, Mme Éliane Assassi,M. Nicolas Alfonsi, Mlle Sophie Joissains, vice-présidents ; Mme Nicole Bonnefoy, MM. Christian Cointat, Christophe-André Frassa, Mme Virginie Klès, secrétaires ; MM. Alain Anziani, Philippe Bas, Christophe Béchu, François-Noël Buffet, Gérard Collomb, Pierre-Yves Collombat, Jean-Patrick Courtois, Mme Cécile Cukierman, MM. Michel Delebarre, Félix Desplan, Christian Favier, Louis-Constant Fleming, René Garrec, Gaëtan Gorce, Mme Jacqueline Gourault, MM. Jean-Jacques Hyest, Philippe Kaltenbach, Jean-René Lecerf, Jean-Yves Leconte, Antoine Lefèvre, Mme Hélène Lipietz, MM. Roger Madec, Jean Louis Masson, Michel Mercier, Jacques Mézard, Thani Mohamed Soilihi, Hugues Portelli, André Reichardt, Alain Richard, Simon Sutour, Mme Catherine Troendle, MM. René Vandierendonck, Jean-Pierre Vial, François Zocchetto » voir le lien suivant http://www.senat.fr/rap/a12-792/a12-792.html

[2]/- Rapport du sénat n ° 792 du 23/07/2013 « relative a la consommation projet de loi «Hamon » ;p 52

Voir le lien suivant: http://www.senat.fr/rap/a12-792/a12-792.html.

[3]/- Rapport du sénat n ° 792 du 23/07/2013 « relative a la consommation projet de loi «Hamon » ;p53 « Le présent article vise à donner une définition juridique à la notion de=

وتعلل اللجنة القانونية لمجلس الأمة الفرنسي موقفها من مشروع القانون، كون أن على عكس القانون الفرنسي فان المجموعة الأوربية تلجأ دائما عند تحريرها للقوانين إلى ضبط التعريف للمصطلحات المدرجة ذلك لتحديد بصورة قطعية مجال تطبيق الأحكام القانونية الصادرة منها، ولما كان موضوع حماية المستهلك يعتبر من أهم المواضيع المعالجة من طرف المجموعة الأوربية نظرا لتأثيره العالي على المجموعة، فأضحى من المهم على المشرع الفرنسي إقحام تعريفا واضحا للمستهلك من أجل تحديد الأشخاص المشمولين بالحماية القانونية لهذا التقنين ومع الأخذ بعين الاعتبار رأي الاجتهاد القضائي فيها .

ومن وجهة أخرى فان مفهوم المستهلك لا يطبق في كل الأحكام المتعلق بقانون المستهلك[1]، ذلك أنه قد أورد القانون بعض التعريفات الخاصة بحسب الحالات المعروضة كما هو الشأن بالنسبة للشروط التعسفية أو عقود الاستهلاك[2].

=consommateur, dans le code de la consommation, afin de transposer dans le droit français la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, qui comporte une telle définition. »

[1]/- Rapport du sénat n ° 792 du 23/07/2013 « relative a la consommation projet de loi « Hamon » ;p54

«...Contrairement au droit français, le droit communautaire procède très souvent à base de définition des termes qu'il emploie, afin de fixer clairement son champ d'application. En l'espèce, concernant le droit de la consommation, caractérisé par une forte emprise du droit communautaire, il peut paraître utile d'intégrer dans le code de la consommation une définition du consommateur, afin de clarifier le champ des personnes protégées par ce code, sous réserve de l'appréciation de la jurisprudence, étant entendu en outre que cette définition générale du consommateur ne s'appliquera pas à l'ensemble des dispositions du code, car certaines comportent une définition particulière, par exemple en matière de clauses abusives ou de crédit à la consommation …».

[2]/- Rapport du sénat n ° 792 du 23/07/2013 « relative a la consommation projet de loi « Hamon » ;p54

« …En matière de protection contre les clauses abusives, l'article L. 132-1 du code évoque les « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ». En matière de crédit à la consommation, l'article L. 311-1 du code définit la notion d'emprunteur ou de consommateur en matière de crédit à la consommation: « toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

ومن هذا المنظور، فان اللجنة توصلت للتعريف التالي للمستهلك تبعا للتعليمة الأوربية المشار إليه وكذلك بحسب مشروع تعديل قانون حماية المستهلك كونه " كل شخص طبيعي الذي يتصرف خارج نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو المهني "[1].

وعلى الرغم من هذا يبقى التعريف يشوبه نوعا من المخاطرة كون أنه لا يجيب على حالتين:

الحالة الأولى: متعلقة بالنشاط الزراعي فلم يتطرق التعريف لها، كما أوضحه الأستاذ Jean [2] Calais-Auloy* خلال جلسة السماع والمتعلقة بمناقشة مشروع القانون وأعتبر أنه من المحتمل أن تفتح للاجتهاد القضائي مجال واسع للتفسير هذا وبمفهوم المخالفة .

الحالة الثانية: هي متعلق بمسألتين :

المسالة الأولى: الشخص الطبيعي المحترف والذي يمارس نشاطه خارج الإطار شركة أو المؤسسة والذي يجد نفسه يواجه محترفين أخريين في غير نشاطه و ليس في نفس الدرجة من الخبرة فهنا قد يجد المحترف نفس في وضعية ضعف شأنه في ذلك شأن المستهلك ومثال ذلك حرفي أو منتج في المجال الفلاحي في مواجهة متعامل للهاتف النقال.

[1]/- Code de consommation français et ça réforme selon la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation: article 1 «Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. » et voir aussi Rapport du sénat n ° 792 du 23/07/2013 « relative a la consommation projet de loi « Hamon » ;p55 « Serait ainsi considérée comme un consommateur, au sens du code de la consommation, « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Cette définition reprend littéralement celle qui figure à l'article 2 de la directive précitée. »

[2]/- Rapport du sénat n ° 792 du 23/07/2013 « relative a la consommation projet de loi « Hamon » ;p 55«Or, la méthode de l'énumération retenue par cette définition recèle des risques potentiels de raisonnement *a contrario*, par exemple pour l'activité agricole, comme cela a été évoqué à plusieurs reprises lors des auditions de votre rapporteur, en particulier par le professeur Jean Calais-Auloy, et peut laisser à la jurisprudence une marge importante d'interprétation. »

المسألة الثانية: هي بالنسبة للشخص المعنوي الذي لا يمارس نشاط تجاري أو صناعي كحالة الجمعيات أو النقابات العمالية أو المهنية فهذا الشخص المعنوي قد يجد نفسه في نفس درجة الشخص الطبيعي المستهلك في مواجهة المحترف .[1]

وعلى العموم توصلت لجنة مجلس الأمة الفرنسي إلى التخفيف من حد الخلاف الواقع على مفهوم المستهلك وهذا الأمر كان محل توصية في التقرير النهائي لأعمالها والمتضمن مشروع تعديل قانون حماية المستهلك .

الفرع الثاني: مفهوم عقد الاستهلاك

عندما نتطرق لعقود الاستهلاك لا تعتبر طائفة من العقود مستقلة بذاتها، فهي توجد إلى جانب الطوائف الأخرى من العقود، والمشرع الجزائري وسع من مفهوم العلاقات التعاقدية وطبيعتها ومحلها، والصحيح أنّ هذه العبارة أي عبارة عقد الاستهلاك تطلق على أيّ عقد، سواءً كان عقد مسمى أو غير مسمى، وذلك بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكاً أو غير مهني، والطرف الآخر مهني.[2]

بمفهوم المخالفة فإن لا تعدّ عقود استهلاك، تلك العقود التي يكون كلّ أطرافها من التجار أو المهنيين فعقد البيع مثلا تنطبق عليه صفة عقد الاستهلاك إذا كان المتعاقد مع البائع وهو المشتري له

---

[1]/- Rapport du sénat n ° 792 du 23/07/2013 « relative a la consommation projet de loi « Hamon » ;p56

Par ailleurs, la définition retenue soulève deux questions: d'une part, celle des professionnels personnes physiques, qui n'exercent pas leur activité sous forme de société et peuvent se trouver, à l'égard d'autres professionnels, de fait dans la même position de faiblesse qu'un consommateur – c'est= = le cas par exemple pour un artisan ou un exploitant agricole à l'égard d'un opérateur de téléphonie mobile –, et, d'autre part, celle des personnes morales qui n'ont pas d'activité commerciale, à l'instar de certaines associations ou syndicats de copropriétaires, qui peuvent également se trouver dans la même position qu'un consommateur personne physique à l'égard de professionnels. »

[*] - M. Jean Calais-Auloy, professeur des universités honoraire (Montpellier I) ; personnalité qualifier selon la commission de Mme Nicole BONNEFOY, Rapport du sénat n ° 792 du 23/07/2013 ; p174

[2]/- Natacha Sauphanor-Brouillant ; les contrats de consommation –Règles communes, LGDJ, France ; P32. et voir aussi Jean Calais-Auloy et Henri Temple , Droit de la consommation, Dalloz, paris,2012, P65.

صفة المستهلك وأيضا عقد القرض يكون عقد استهلاك إذا توافرت في المقترض صفة المستهلك، أما إذا كان أطراف هذه العقود من التجار فقط أو المهنيين فلا تنطبق عليها صفة عقود الاستهلاك [1].

وهذا ما سنحاول تبيانه بالتطرق إلى تعريف عقود الاستهلاك، ثم خصائص عقد الاستهلاك بعدها تحديد طبيعة عقد الاستهلاك

أولا: تعريف عقد الاستهلاك

إن عبارة عقد الاستهلاك تطلق على أي عقد، سواء كان عقد مسمى أو غير مسمى وذلك بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكا أو غير مهني، والطرف الآخر المتدخل.

بمفهوم المخالفة فإنها لا تعتبر عقود استهلاك تلك العقود التي يكون كل أطرافها من التجار أو المهنيين، فعقد البيع مثلا تنطبق عليه صفة عقد الاستهلاك إذا كان المتعاقد مع البائع وهو المشتري له صفة المستهلك، وأيضا عقد القرض يكون عقد استهلاك إذا توافرت في المقترض صفة المستهلك، أما إذا كان أطراف هذه العقود من التجار فقط أو المهنين فلا تنطبق عليها صفة عقود الاستهلاك[2].

وأيضا فإن العقود التي يكون كلا من طرفيها مستهلكين لا تعد من عقود الاستهلاك فمثلا إذا تم إبرا رم عقد بيع بين مستهلكين بناء على إعلانات صغيرة بين الأفراد فلا يعد هذا العقد عقد استهلاك، لأن مثل هذه الحالة لا يكون فيها أحد طرفي العقد قويا والطرف الآخر مستهلكا ضعيفا، إذ أن الحماية المقررة في عقود الاستهلاك هي حماية تستوجبها صفة الضعف الملازمة للمستهلك بالمقارنة مع المهني.

---

[1]/- انظر في هذا **زبيري بن قويدر**، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون04 /02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان،2006 ، ص7 . وأنظر كذلك **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،2002 ، ص20 .

[2]/- **الأستاذة ليندة بن عبد الله**، المستهلك والمهني مفهومان متباينان، بحث مقدم ضمن أعمال الملتقى الوطني الأول حول "حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي"، والذي نظمه معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي – الجزائر بتاريخ 13-14 ابريل 2008، منشورات معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي، الجزائر، 2008، ص19.

وعرفت المادة 3 من قانون02/04 والمادة 1 من المرسوم 06/306 المعدل والمتمم بالمرسوم 08/04[1] العقد الاستهلاكي بأنه :كل أتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أ وتأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة إحداث تغير حقيقي فيه.

إذن الذي يتعين عليه أخذه في هذا المقام، أن عقد الاستهلاك باعتباره الإطار المنظم للآثار القانونية المترتبة عن العملية الاستهلاكية التي تتم بين طرفيه المستهلك من جهة والمهني (المتدخل) من جهة أخرى، فقد برز الاهتمام بهذا الإطار التعاقدي المنظم لهذه العلاقة خلال نهايات القرن المنصرم وبدايات القرن الحالي، مع التطورات التكنولوجية التي أعقبت التطورات الاقتصادية الهائلة التي طبعت العالم بأكمله، ولعل هذه التطورات ترافقت مع ثورة في إنتاج السلع والخدمات، الأمر الذي أدى إلى محاولة إيجاد إطار قانوني يحمي أطراف عملية إنتاج السلع والخدمات، وبخاصة الطرف الضعيف.

فكان أن تدخّلت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية لحماية المستهلك باعتباره الحلقة الأضعف الذي يحتاج إلى حماية جودة السلع والخدمات التي تقدم له،[2] إذا ما تمت مقارنة قوته الاقتصادية والمعرفية في مقابل المهني (المحترف) المتمثل بالمُنتج أو البائع.[3]

ويُفسرّ عدم توازن العلاقة العقدية الاستهلاكية، بأن الطرف المقابل له في العملية الاستهلاكية وهو المستهلك لا يملك في ظل متطلباته المتزايدة من السلع والخدمات وحاجاته المتغيرة تحت وطأة

---

[1]/- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 2006/09/10 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج.ر .رقم 56 المؤرخة في 2006/09/11 المعدل والمتمم بالقانون 44/08 المؤرخة في 2008/02/03 الجريدة الرسمية رقم 07 بتاريخ 2008/02/10.

[2]/- **الدكتورة فاديا كيوان**، الفاعلون الجدد في إطار العولمة، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال المؤتمر السنوي الثاني حول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بعنوان "حقوق المستهلك وواجباته – الأطر العامة والحالة اللبنانية"، والذي نضمه جامعة الحكمة، تاريخ 22 و23 أفريل 2002، منشورات مركز الدراسات بجامعة الحكمة، بيروت، 2002، ص100.

[3]/- **ليندة عبدالله**، المرجع السابق، ص19. **الدكتور أمانج رحيم أحمد**، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، ط2011 .1 ، ص.213 **الدكتور بـــدران الرفاعـــي**، عقـــود المستهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، منشورات دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى (مصر)، 2011، ص37 وما بعدها.

الإعلانات إلا أن يُقبل الحصول على تلك السلعة أو الخدمة محل الاستهلاك، فالمهني(المتدخل) يكون في مركز اقتصادي وقانوني ومعرفي وفني متميز عن المستهلك بما يجعله يستطيع أن يفرض شروطه عليه[1]، فأتى قانون حماية المستهلك للحد من ذلك الخلل في مراكز المتميز للمهني (المتدخل) ولحماية كذلك الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك (المستهلك).

ثانيا: خصائص عقد الاستهلاك

لعل ابرز ما يميز عقد الاستهلاك من خصائص[2] هو كونه عقدا يتميز بأطرافه ومحله وكيفية انعقاده والتنظيم القانوني له. فمن جهة أولى نجد أن أطراف هذا العقد مستهلك ضعيف يفتقر للقوة بالنسبة لما يملكه من معلومات حول السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها، وهو أي المستهلك في مركز اقتصادي أقل بالنسبة للمهني(المتدخل)، علاوة على أن كافة المعلومات الدقيقة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل الاستهلاك متوفرة لدى المهني(المتدخل) وعليه فهو ملزم بإعلام المستهلك بما يملكه من معلومات، من هنا نلحظ بان التوازن العقدي بين الطرفين تشوبه شائبة ضعف المستهلك في مواجهة قوة المهني(المتدخل) على كافة الصعيد القانونية والاقتصادية والمهني.

---

[1]/- **الدكتور مصطفى الجمّال**، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص13 وما بعدها.

و انظر في نفس الصدد **نزهة الخلدي**، "الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية–عقد البيع نموذجا– أطروحتها لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الرباط، المغرب، السنة الجامعية، 2004–2005 ص.19

[2]/- Voir aussi dans le même sens :Natalie Rzepcki , droit de consommation et théorie générale du contrat ;

Collection droit des affaires, presses universitaire d'AIX-MARSAILLE ; France ; 2002 ; p 40 .

« Le droit de la consommation est né de la volonté d'assurer au consommateur face au professionnel une protection que le droit commun des contrats ne paraissait pas lui assurer suffisamment. Il présente donc à l'évidence des liens avec la théorie générale du contrat, face à laquelle il peut être vu comme contradiction, comme exception ou comme complément. D'un point de vue plus dynamique, on peut se demander si le droit de la consommation exerce une influence sur la théorie générale du contrat, la modifie ou s'il en représente le parachèvement. On peut aussi se demander si, dans une certaine mesure, il n'en est pas simplement un nouvel habillage ou si elle ne finira pas par l'absorbe. »

أما من حيث تميز عقد الاستهلاك بالنسبة لمحله من جهة ثانية، نجد ان ذلك مرده أن محل هذا العقد يقع على سلعة أو خدمة يحتاجها الكثير من أفراد المجتمع مما يجعلهم بصفتهم مستهلكين بحاجة إلى تدخل المشرع لإضفاء مزيد من الحماية على تعاملاتهم في إطار عقود الاستهلاك، فعقد الاستهلاك قد يرد على مواد غذائية أو الحصول على خدمة معينة، أو التأمين على الحياة (ضمان الحياة)، بحيث أن المستهلك بحاجة لإشباع الحاجات الخاصة به أو بعائلته ولا علاقة لها بنشاطه المهني.

ومن جهة ثالثة ومن حيث كيفية انعقاد هذا العقد فان عقود الاستهلاك قد تنعقد في كثير من الأحيان بآلية عقود الإذعان[1]، وتعرف عقود الإذعان بأنها تلك العقود التي يستقل فيها أحد المتعاقدين غالبا بوضع شروط التعاقد مفصلة مقدماً (وهو في هذه الحالة المهني/المحترف) بشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر(المستهلك)، حيث يقتصر دور هذا الأخير إما على قبول العقد بكافة شروطه برمتها، وأما أن يرفضها دون أن يكون له الحق في تعديلها، وغالبا ما يضطر المتعاقد الآخر(المستهلك) إلى هذا القبول لحاجته الماسة لإبرام العقد [2]، ودون أي مفاوضات أو مناقشات من جانب المستهلك.[3]

ويمكن على هذا النحو أن نحدد خصائص عقد الاستهلاك كتالي :

أ /- **أنه عقد رضائي:** بمعنى أنه ينعقد بموجب تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، فلا يشترط المشرع الجزائري في عقد الاستهلاك شكلا معينا فقد يتم شفاهة.

---

[1]/- وعلى سبيل المقارنة نجد أحكام المادة الثانية من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الصادر في 18 فبراير 2011 بموجب الظهير الشريف رقم 1.1103، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 7 أبريل 2011 والمادة 172 من قانون الموجبات والعقود اللبناني وأنظر كذلك المادة 01 من قانون رقم 2006/67 المتضمن قانون حماية المستهلك المصري .

[2]/- **الدكتور مصطفى الجمال، الدكتور رمضان أبو السعود، الدكتور نبيل سعد،** مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 16. انظر أيضا في نفس الصدد :**الدكتور نبيل سعد،** النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول – مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995، ص 26 .

[3]/- **الدكتور محمد بنداري،** حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم ضمن أعمال ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 53 وما بعدها.=

ب/- **أنه من عقود المدة:** بمجرد تبادل الإرادتين يلتزم عارض السلعة بتقييم المنتوج أو الخدمة في مدة محددة وذلك لضمان كل عيب خفي لا يظهر في عملية البيع حسب طبيعة المنتوج.

ج/- **أنه من عقود المعاوضة :**غير أنه بالرجوع إلى أحكام القانون 02/04 والقانون09-03 نجد أنه عقود الاستهلاك قد تكون بدون عوض.

د/- **أنه يرد على منتوج أو خدمة:** فلا يتصور وجود عقد استهلاك بدون منتوج أو خدمة.

ثالثا: صور العلاقات التعاقدية ومظاهر التعسف في عقود الاستهلاك:

1/ صور العلاقات التعاقدية:

كما تطرق إليه سابقا، فان الفقه عرف [1]عقد الاستهلاك على أنه: "كل عقد مكتوب يبرم عن طريق الانضمام أو الإذعان بين المستهلك والمحترف أو المهني" ، وبما أن المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد من أجل حاجاته الشخصية غير المهنية بموجب عقد تقديم السلع والخدمات، بمعنى آخر هو الشخص الذي يبرم عقد استهلاك، فيمكن تعريف عقد الاستهلاك على هذا الأساس بأنه: " التصرف القانوني الذي يسمح للمستهلك بالحصول على السلعة أو الخدمة بهدف إشباع حاجته غير المهنية أي الشخصية أو العائلية.

وبالرجوع للمشرع الجزائري فلقد نصت الفقرة 2 من المادة 3 بموجب قانون 02/04 بقولها ":يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبيه أو فاتورة أو سند ضمان أو وصل تسليم أو سند أو أي

= voir aussi ; Natacha Sauphanor-Brouillaud , L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, L.G.D.J., 2000.p 49 « Entre le vendeur professionnel et l'acheteur particulier existe un rapport de force inégal. Il est d'emblée admis que le consommateur (non professionnel) dispose de moins d'informations que le professionnel, et qu'il est, de ce fait, lésé. Aussi, depuis les années 1980, le législateur tente de rétablir l'équilibre entre ces derniers, en renforçant la protection du consommateur. Par conséquent, le droit de la consommation met à la charge des professionnels une obligation d'information pour permettre l'expression d'une volonté vraiment libre et éclairée du consommateur. Le législateur est également très vigilant en ce qui concerne les clauses abusives. Enfin, d'autres mesures existent, tel le droit de repentir. »

[1]/- Hélène Bricks, Les clauses abusives, L.G.D.J., 1982, n° 4, p 3: « l'expression est tout d'abord trompeuse: il ne s'agit pas, en effet, d'un contrat de consommation mais d'un type de contrats que leurs traits communs permettent de regrouper. »

وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا."

فحسب المادة 10 من قانون 04 /02 المعدل والمتمم بالقانون 06/10 [1] المتعلق بالممارسات التجارية على أن تكون كل عملية بيع للسلع أو تأدية خدمات مصحوبة بفاتورة أو أي وثيقة تقوم مقامها فيلتزم البائع بتقدمها ويلزم على المشتري أن يطلبها لأن هذه الوثيقة هي التي تبرر المعاملة التجارية.

من خلال ما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري قد عدد أنواع العلاقات التعاقدية وأشكالها فالعقد الاستهلاكي قد يكون على شكل فاتورة أو سند أو وصل تسليم أو فاتورة إجمالية أو أي وثيقة أخرى

أ / التعامل بالفاتورة:

الفاتورة هي وثيقة تتضمن كافة الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم05 / 468[2] الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات التعامل بها، فقد درجت الشركات أو المؤسسات أو حتى الجهات العمومية ذات الطابع الصناعي أو التجاري أو حتى الخدماتي بصياغة هذه الفواتير في نماذج واضحة ومحددة في أن تشير صراحة إلى طبيعة العقد وشروطه وحقوق وإلتزامات كل طرف منه، وتكون محررة بعبارات واضحة وصريحة لا تدعو للالتباس

أو الشك وتحديد كل البيانات الواجب توافرها في الفاتورة سواء المتعلقة بالمتدخل أو المستهلك المنصوص عليه في المادة 3 من المرسوم 05 / 468[3] هذا ولا بد أن تتوافر شروط في الفاتورة في حد

[1]/- أنظر قانون رقم04 /02 المؤرخ 02 /6/ 2004 ج. ر رقم 41 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ 2010/06/27 ج.ر.رقم46 .

[2]/- أنظر المرسوم التنفيذي 468/05 المؤرخ في 2005/12/10 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك ج.ر .رقم 80 المؤرخة في11 / 2005/12.

[3]/- أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي 468/05 التي تحدد البيانات الجوهرية المتعلقة بالمتدخل والمستهلك.

ذاتها، فقد نصت المادة 4 من نفس المرسوم المشار إليه[1]، كون أن الفاتورة يجب أن تحمل التوقيع بختم البائع إلا إذا كانت محررة إلكترونيا فتطبق عليها أحكام المادة[2] 11 التي تستثني الفاتورة الإلكترونية من التوقيع والختم وإرسالها عن طريق النقل الالكتروني الذي يتمثل في نظام إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو لأكثر بتبادل الفواتير عن بعد.

ويجب أن تحدد في الفاتورة التكاليف وزيادات السعر والفوائد وكل التكاليف المضافة على أن تكون واضحة ولا تحتوي على أي لطخة أو شطب أو حشو (المادة 10 من المرسوم 468/05)

ب/- التعامل بسند التحويل:

في حالة ما إذا قام العون الاقتصادي بنقل سلعة من مكان إلى مكان إما من أجل التحويل أو التخزين أو التعبئة أو التسويق بدون أن تتم عملية تجارية فإن المشرع ألزمه أن يحرر سند يبرر حركة هذه السلعة وهذا ما جاءت به المادة 12 من المرسوم 468/05[3] على أن يقدمه إذا طلب منه ذلك من طرف ضباط الشرطة القضائية وأعوان الرقابة.

ويشترط في تحرير هذا السند أن يكون مؤرخ ومرقم بالسلع أثناء تحويلها ولابد أن يتضمن جملة من البيانات ولعل أهم السندات التي جاء بها المشرع هي التي نص عليها في القانون التجاري وتتمثل في :سند الخزن، سند النقل، عقد تحويل الفاتورة.

ج/- التعامل بوصل التسليم والفاتورة الإجمالية:

يحرر العون الاقتصادي فاتورة أو سند أثناء قيامه بالعمليات التجارية من أول عملية إنتاج إلى غاية آخر عملية، وقد تتكرر العمليات التجارية مع نفس الزبون وهنا المشرع أجاز له في المادة[4] 14 من المرسوم التنفيذي 468/05 أن يقوم بتحرير وصل تسليم بدل الفاتورة في مثل هذه العمليات ثم

[1]/- أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي 468/05 التي تحدد ضرورة توقيع المتدخل على الفاتورة بالإضافة إلى الختم

[2]/- أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي 468/05 التي تحدد شروط الفاتورة الالكترونية.

[3]/- أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي 468/05.

[4]/- انظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي 468/05

تحرر فاتورة إجمالية خلال شهر واحد تجمع فيها جميع هذه الوصلات ثم تقيد مباشرة بعد انقضاء المدة الشهرية (المادة 15 من المرسوم السابق)، ويختص العون الاقتصادي برخصة استعمال هذا الوصل بموجب مقرر من الإدارة المكلفة بالتجارة.

وتنص المادة 15 من المرسوم السابق[1]، على أن وصل التسليم يجب أن يتضمن زيادة على رقم وتاريخ المقرر الذي يرخص باستعمال الوصل كل من: الاسم واللقب ورقم بطاقة تعريف المسلم أو الناقل وكذا البيانات اللازمة في كل من البائع والمشتري والفاتورة كما أن الفاتورة الإجمالية لابد أن تكون متضمنة لأرقام وتواريخ وصولات التسليم المحررة.

ألزم المشرع على البائع أو العون الاقتصادي تحرير فاتورة أو سند أو أي وثيقة أخرى أثناء القيام بعملية تجارية لتبريرها وعند خرق ذلك يعاقب المخالف لأحكام هذا المرسوم 468/05 وهي العقوبات المنصوص عليها في المادتين33 و 34من القانون02/04 .

* في حالة عدم الفوترة يعاقب بغرامة قيمتها 80 ٪ من المبلغ الذي يجب فوترته مهما بلغت قيمته.

* وفي حالة عدم تطابق الفاتورة يعاقب بغ ا رمة من 10.000 دج إلى غاية 50.000 دج.[2]

د /– التعامل بأي وثيقة أخرى:

يأخذ عقد الاستهلاك عدة صور، وقد عددها المشرع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر كالفاتورة أو السند أو وصل الاستلام أو الفاتورة الإجمالية أو أي وثيقة أخرى سواء كانت هذه الوثيقة عبارة عن طلبيه أو سند الضمان أو عبارة عن جدول أو قسيمة الشراء، ومعظم هذه الوثائق

[1]/– انظر المادة 15 من المرسوم التنفيذي 468/05

[2]/– أنظر المادة 33و 34 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية .

تحمل نفس البيانات بأطراف العقد ومحله، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذ 227/13 في المادة[1] 6 منه.و الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات.

2/- مظاهر التعسف في عقود الاستهلاك :

من المعروف أن القواعد العامة التقليدية، تضمنت في نصوص متفرقة، وغير متجانسة، عدّة وسائل وقواعد لحماية المتعاقد من عقود الإذعان والشّروط التعسّفية، عندما يكون في مواجهة متعاقد في مركز أقوى منه.

هذه القواعد ومن باب التوضيح جاءت لحماية الطرف الضعيف عموما، سواء كان محترفا أو مستهلكا أو غير محترف، إذن فالقواعد العامة مدّت الحماية في هذا النوع من العقود أو ما إن كانت متضمنة هذا النوع من الشّروط إلى أي طرف متعاقد يكون قد تضرّر بسبب قيام الطرف الآخر بإدراج شرط من هذه الشّروط المغايرة للقانون في العقد المبرم بينهما، ونتيجة لذلك لم يضطر لا المشرع ولا القضاء ولا الفقه، إلى القيام بتعريف أحد هؤلاء المتعاقدين لأنه لا فائدة مرجوة من ذلك في ظلّ القواعد العامة، ما دام أن الحماية في ظلّها من الشّروط التعسّفية تمتد إلى الجميع، بما فيهم المستهلكين.

وعلى هذا النحو نتطرق إلى العقود الإذعان ثم إلى فكرة الشروط التعسفية وبعدها العلاقة القائمة ما بينهما :

أ / عقود الإذعان :

لو رجعنا لمبدأ سلطان الإرادة، وأهم الانتقادات الموجهة له ومدى الاختلال الخطير الناتج عنه في باب حرية التعاقد، والعيوب الواردة عنه، من جراء ما كشفت عنه التطورات الاقتصادية الحديثة،

[1]/- تنص المادة 6 من المرسوم 327/13 على البيانات التي يجب أن يضمنها المتدخل في شهادة الضمان وهي: -اسم أو اسم شركة الضامن وعنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء، اسم ولقب المقتني، رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة أو صندوق أو قسيمة الشراء و/أو كل وثيقة مماثلة، طبيعة السلعة المضمونة، ولا سيما نوعها وعلامتها ورقمها التسلسلي، سعر السلعة المضمونة، مدة الضمان، اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان عند الاقتضاء.

وعمدت التشريعات إلى حماية الطرف المذعن حماية فعّالة، بأن صاغوا وأدرجوا في قوانينهم ما يمد بالحماية تماشيا مع نظرية عقود الإذعان، وحدّد فيها المشرع أبعاد سلطة قاضي الموضوع .

ونص المشرّع الجزائري من خلال المادة 110 من القانون المدني أنه ":إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمّن شروطا تعسّفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشّروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كلّ اتفاق على خلاف ذلك.

عقد الإذعان هو العقد الذي ينفرد أحد طرفيه بوضع شروطه مسبق اً دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشتها أو تعديلها أو إلغاء شيء منها، ليتقيد بها كل من يرغب في التعامل معه، مما يؤدي إلى رجحان مصلحة الطرف الموجب على حساب الطرف القابل لهذه الشروط التي قد تكون تعسفية، والإضرار بحقوقه.

بناء على ذلك، عرف بعض الفقه[1] عقد الإذعان على أنه ": العقد الذي يسلم فيه المشتري (المستهلك)بشروط مقررة يضعها البائع (المحترف) ولا يقبل المناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية، تكون محل احتكار فعلي أو قانوني، أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنها."

وفي ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة، أدى تركيز وسائل الإنتاج وتقديم الخدمات في أيدي المحترفين، إلى تصدع مبدأ المساواة العقدية، بصفة خاصة على إثر ظهور المؤسسات الاقتصادية الكبرى، والشركات الإنتاجية والخدماتية الضخمة، التي أصبحت تمثل الطرف الأقوى في عقود الاستهلاك التي يبرمها المستهلك بهدف حصوله على هذه السلع أو الخدمات التي تقدمها، ونتيجة هذا التفاوت المتزايد في المراكز القانونية بين طرفي العقد، فقد انفرد الطرف القوي في العقد بتحرير شروطه بمفرده دون مفاوضة أو مناقشة بينه وبين المستهلك[2].

---

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور عبد المنعم فرج الصدة**، المرجع السابق، ص63، هامش 01 " أول من استعمل مصطلح contrat d'adhésion - هو الفقيه الفرنسي R. SALEILLES :في كتابه De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand , 1901 ,

وأنظر كذلك **الدكتور عبد الرزاق السنهوري**، المرجع السابق، بند رقم667 ، ص936 .

[2]/- Jean. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 22ème éd., 2000. , p. 198: « Le contrat d'adhésion n'est pas rigoureusement définissable, mais=

فأصبح يظهر ضعف الطرف المذعَن (المستهلك) من مجرد أن إعداد العقد قد تم مسبقا بواسطة الطرف الآخر الذي يقوم بتحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته، ولا يقبل المناقشة فيها، وعليه يتمثل ضعف الطرف المذعَن في أنه يقوم بعملية منفردة لم يفكر فيها ملياً و لم يعد نفسه لها مقدماً عند طلبه الحصول على السلعة أو الخدمة، وتتمثل قوة الطرف المذعِن في أنه محترف يقوم بعمليات متكررة ومتشابهة، يكتسب من خلالها خبرة في مجال تخصصه تمكنه من وضع شروط العقد بما يحقق مصالحه وأهدافه، لذلك فهو يستقل بإعداد كافة شروط العقد دون أن يسمح للطرف المذعَن بمناقشتها، الأمر الذي يتيح له فرض الشروط التعسفية، وهو ما أفرز اختلال في التوازن بين الحقوق والالتزامات المتعاقدين، وذلك حتى مع عدم وجود الاحتكار وانتشار المنافسة الحرة.

وهكذا تطورت فكرة عقد الإذعان في الوقت الراهن لتستوعب ضرورات حماية المستهلك في مواجهة مؤسسات الإنتاج الضخمة وشركات توزيع السلع والخدمات التي أصبحت تتعامل من خلال عقود محررة مسبقا وفي غياب أي مفاوضة أو مناقشة عند إعدادها، فعقد الإذعان أصبح يشكل عنصر أساسي لسير هذه المؤسسات.

إذن فعقد الإذعان هو عقد يتحدد مضمونه التعاقدي كليا أو جز يا بشكل مجرد وعام قبل المرحلة التعاقدية، فهو ينعقد بدون مفاوضة سابقة مما يجعل مضمونه يتحدد بشكل أحادي وفردي من جانب المذعِن هذه الإرادة الفردية أو الأحادية هي التي تتولى تحديد اقتصاد العقد أو بعض عناصره، أما إرادة المذعَن فلا تتدخل إلا من أجل منح فعالية قانونية لهذه الإرادة الأحادية[1] ، فالطرف المذعَن ينضم إلى عقد نموذجي حرر

=plusieurs traits s'y retrouvent habituellement: 1° la supériorité économique de l'un des contractant, qui le met *de facto* en mesure de dicter ses conditions à l'autre dans son intérêt exclusif ; 2° le caractère unilatéral des clauses, préparées par les soins du *potentior*, en l'absence de négociation individuelle. »

Et voir aussi dans le même sens ; Joanna Schmid-szalewski, la période précontractuelle en droit français ,revue international du droit comparé ,volume 42, n°2 ;France ,1991 ; P545 et 555.

[1]/- G. BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, 2ème éd., L.G.D.J ., 1976, p. 27 et s. ; LAMY Droit de *l'entreprise*, op. cit., n° 4-219, p. 596.

بصفة انفرادية من طرف المذعِن، دون أن يكون له أية إمكانية حقيقية لتعديله، وعليه يمكن إجمالا تحديد خصائص عقد الإذعان حسب رأي بعض الفقه الفرنسي[1] بتوافر عنصرين:

* وضع شروط التعاقد مسبقا من قبل أحد الأطراف وعرضها على الجمهور في شكل موحد.

* تسليم الطرف الآخر بكل شروط العقد ودون إمكانية مناقشتها.

وبغرض تلبية حاجاته من السلع والخدمات فإن المستهلك غالبا ما يذعَن إلى الشروط العامة المحررة مسبقا من قبل المحترف دون إمكانية تغييرها، وعلى هذا النحو عرف المشرع الجزائري[2] العقد الذي يجمع بين المستهلك والعون الاقتصادي بأنه " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه" .

باستقراء مضمون هذا النص القانوني، يتضح أن المشرع الجزائري قد قدم تعريف لعقد الإذعان، بعدما كان قد اكتفى في القانون المدني ببيان بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه وتفسيره، وهكذا أصبح لازما للاستفادة من الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، وجود عقد إذعان بين المستهلك والعون الاقتصادي.

إن تحديد مفهوم عقد الإذعان يستدعي بالضرورة الرجوع لأحكام القانون المدني التي تضمنت نصوص بشأنه، وفي هذا الصدد نصت المادة 74 [3]على أنه: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "

---

[1]/- G. BERLIOZ, op. cit, p. 30 et s. ; J. GHESTIN, op. cit, p.50 ; et LAMY ; *Droit économique*, op. cit.,n° 4277, p. 1486

[2]/- المادة 03 من القانون 02/04

[3]/- إن مصدر هذا النص القانوني هو المادة 644 من القانون المدني المصري، وقد إقتبستها العديد من قوانين الدول العربية، مثل سوريا(المادة 646 من ق .م السوري) ؛ ليبيا(المادة 644 من ق .م)؛ الكويت(المادة 96 من ق .م)؛ العراق (ق.م .). المادة 9/607 =

يستخلص من فحوى كلا هذين النصين، أنه ينبغي توافر شرطين لاعتبار العقد من: عقود الإذعان

الأول :تحرير شروط العقد مسبقا من قبل أحد المتعاقدين وعرضها على المتعاقد الآخر

ينفرد أحد المتعاقدين(العون الاقتصادي أو المحترف)بوضع شروط العقد كاملة ويعرضها على المتعاقد الآخر الموجه له الإيجاب(المستهلك)، ويظهر من عبارة "شروط مقررة "الواردة في نص المادة، أن المشرع الجزائري قد أراد إبراز القوة التي .يتمتع بها الموجب في فرض شروطه، إلى درجة أنه قد يتعسف في ذلك.

الثاني :إذعان الطرف الآخر بكل شروط العقد دون إمكانية مناقشتها أو إحداث أي تغيير حقيقي فيها

نتيجة لعدم إمكانية مناقشة شروط العقد من قبل الطرف المذعَن، فإن قبوله لا يصدر بعد مناقشة ومفاوضة، فهو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يقبل بكل الشروط أو يرفضها، دون أن يقترح أي تعديل عليها، فإذا قبل الطرف المذعَن بالشروط انعقد العقد واعتبر عند إذن من قبيل عقود الإذعان، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.[1]

=وطبقا لنص المادة 74 ق.م.ج فالمعيار الجوهري لعقد الإذعان هو صدور القبول في صورة التسليم بالشروط التي عرضها الموجب دون أدنى مناقشة، لكن يجب أن يتم ذلك في إطار علاقة بين الموجب وسائر العملاء أي في غير علاقة بين طرفين، وبالتالي لا مجال لاشتراط الاحتكار الفعلي أو القانوني أو ضرورية السلعة أو الخدمة كمعيار.

يتوافق هذا التعريف الحديث لعقد الإذعان مع ضرورات حماية المستهلك الذي يجد نفسه في مواجهة محترف يضع شروط العقد سلفاً دون أن يستطيع المستهلك مناقشتها أو تعديلها، لاسيما وأن كثيرة من الدول العربية مازالت حتى اليوم لم تسن قانون لحماية المستهلك على غرار ما فعلته غالبية الدول الأوروبية

وأنظر الدكتور **لشعب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص27

[1]/- **الدكتور علي فيلالي**، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 2، دار هومه للنشر، الجزائر، 2005، ص 60 وأنظر **الدكتور السيد محمد السيد عمران**، المرجع السابق، ص 45. وأنظر كذلك **الدكتور بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 212 وما يليها و أنظر **الدكتور بودالي محمد**، نفس المرجع، ص 215، الفقرة الأخيرة.

ب/ الشروط التعسفية :

من المعروف أن القواعد العامة التقليدية، تضمنت في نصوص متفرقة، وغير متجانسة، عدّة وسائل وقواعد لحماية المتعاقد من الشّروط التعسّفية، عندما يكون في مواجهة متعاقد في مركز أقوى منه.

هذه القواعد ومن باب التوضيح جاءت لحماية الطرف الضعيف عموما، سواء كان محترفا أو مستهلكا أو غير محترف، إذن فالقواعد العامة مدّت الحماية من هذه الشّروط إلى أي طرف متعاقد يكون قد تضرّر بسبب قيام الطرف الآخر بإدراج شرط من هذه الشّروط المغايرة للقانون في العقد المبرم بينهما، ونتيجة لذلك لم يضطر لا المشرع ولا القضاء ولا الفقه، إلى القيام بتعريف أحد هؤلاء المتعاقدين، لأنه لا فائدة مرجوة من ذلك في ظلّ القواعد العامة، ما دام أن الحماية في ظلّها من الشّروط التعسّفية تمتد إلى الجميع، بما فيهم المستهلكين[1].

فإذا حللنا الوضع من الناحية الواقعية، استخلصنا أن المحترف، وفي أغلب الحالات له القدرة والدراية الكافية ليحمي نفسه من الشّروط التعسّفية حتى ولو كان أضعف اقتصاديا من الطرف المقابل، وذلك بأن يتجنب إدراجها في العقود التي يكون طرفا فيها، وعلى العكس من ذلك فإن المستهلك لطالما وقع ضحية هذه الشّروط الجائرة، لذا فقد درج القضاء الفرنسي [2] على حمايته بمناسبة نظره للدعوى التي يرفعها المستهلك وحمايته من الشّروط التعسّفية في ظلّ المبادئ التقليدية،و التي لا تخرج عن صورتين: سواء ما تعلق بحماية العامة من الشّروط التعسّفية، أو ما يتعلق بالحماية الخاصة من شروط التعسّفية الواردة في قواعد متفرقة.

[1]/- J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, op. cit., n° 22, p. 20: « même si les clauses ont fait l'objet d'une négociation individuelle, le professionnel peut abuser le consommateur, soit en profitant de sa puissance économique, soit en en profitant de la faiblesse (économique ou d'autre) du consommateur, il convient donc de protéger quelle que soit la forme du contrat, les contractants en position d'infériorité.»

[2]/- Voir dans ce sens: L'article L141-4 du Code de la consommation français « prévoit désormais que le juge peut écarter d'office l'application d'une clause abusive, et ce même si le consommateur ne soulève pas ce caractère abusif dans le cadre du litige. Le juge peut donc d'office apprécier le caractère abusif d'une clause d'un contrat »

ويعرف الشرط التعسفي بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الأخر أثناء إبرام العقد وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه، دونما اعتبار لموادها ولا لشكل الذي ترد فيه [1]

ويقصد بالشروط التعسفية طبقا للتشريع الفرنسي [2] تلك الشروط التي يكون هدفها أو أثرها إحداث ضرر لغير المحترف أو المستهلك نتيجة الاختلال الظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد .

[1]/- أنظر **بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 217 " تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوربية التي أصدرت قانون المتعلق بالشروط العامة للعقود الصادر بتاريخ 9 /1976/12 الساري المفعول ب الفاتح افريل 1977 "

[2]/- Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation français :

L'article R. 132-1 du code de la consommation est remplacé par les dispositions suivantes : « Art.. 132-1.-Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L. 132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de:

« 1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ;

« 2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires ;

« 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre ;

« 4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ; =

=« 5° Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service ;

« 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;

« 7° Interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ;

« 8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même =droit au non-professionnel ou au consommateur ; =

و قد ضمن المشرع الفرنسي من خلال المرسوم التنفيذي رقم 2009 / 302 الصادر بتاريخ 2009 / 03/18

تطبيقا للمادة 132 الفقرة 01 من قانون حماية المستهلك، أن كل العقود التي تبرم في إطار عقد الاستهلاك والتي تتضمن شروط تعسفية تقع باطلة بموجب المادة المشار إليها، إلا إذا أثبت المحترف عكس ذلك [1].

=« 9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, = = =lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat ;

« 10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;

« 11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le non-professionnel ou par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ; =

« 12° Imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat. »

[1]/- Voir: Eric Roig, « Contrat: les clauses interdites et les clauses abusives » issu de **Droit-Finances** (droit-finances.commentcamarche.net), 2015, p 20 voir le lien suivant

« ..www.clauses-abusives.fr/doc/Note_CCA_reforme_DC_2015.pdf.. »

« Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéa de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

1° Prévoir un engagement ferme du non-professionnel ou du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté ;

2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le non-professionnel ou le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le non-professionnel ou le consommateur de percevoir une= =indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 114-1, si c'est le professionnel qui renonce ;

3° Imposer au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné ;

4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ;

5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du nonprofessionnel ou du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du non-professionnel ou du consommateur ;=

أما من الناحية الفقهية، فلقد أحيط تعريف الشروط التعسفية باهتمام كبير من قبل الفقهاء، وذلك من عدة زوايا.

فمن حيث المصدر، يرى البعض من الفقه[1] بأن المقصود بالشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بحدوثه، ومن حيث الطبيعة، فقد عرفه البعض على أنه الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية ومع روح الحق والعدالة، أما من حيث الآثار، فهو الشرط الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته، الأمر الذي يؤدي إلى إحداث اختلال في توازنه.

تتميز عقود الاستهلاك بوجود تفاوت ظاهر في القدرة العلمية والاقتصادية بين أطرفها، لذلك يعتبر تعسفيا، كل شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات كل من المستهلك والمحترف في عقد الاستهلاك، وذلك نتيجة استخدام المحترف لقوته الاقتصادية والمالية في

=6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 132-1 ;

7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise ;

8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel ;

9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ;

10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges »

et voir aussi dans le même sens ; Claire-marie Peglion-Zika ,la notion de la clause abusive au sens de l'article L 132-1 du code de la consommation ,thèse de doctorat en droit privé ,université Panthéon-Assas, paris,2013 ,P21. « Pourtant, sa route semblait toute tracée: issue d'un texte de droit de la consommation, cette notion était destinée à prospérer dans cette matière uniquement et à protéger les consommateurs, au sein des rapports de consommation. »

[1]/- **الدكتور حسام الدين كامل الأهواني**، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 4 و7 ديسمبر 1998، ص67 .

Voir aussi-marie Peglion-Zika ,la notion de la clause abusive au sens de l'article L 132-1 du code de la consommation ; p22 note 105 « La notion de clause abusive connaît aussi d'autres extensions, en droit positif (art. L. 442-6, I, 2° c. com.) et en droit prospectif (divers projets de réformes du droit des obligations), sur lesquelles, v. *supra* n° 7. »

مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك، الذي يوجد في مركز عدم المساواة الفنية والقانونية والاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر".

ولقد اعتبر بعض الفقه[1] من قبيل التعسف، الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، والذي يمنح له ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، أو هو ذلك الشرط الذي يترتب عليه تجريد الالتزام الأساسي للعقد بالنسبة للمحترف من أي محتوى أو مضمون.

كما عرف جانب آخر[2] من الفقه الشرط التعسفي بأنه: "شرط يفرضه المحترف على المستهلك، مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، مما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي، من جراء هذا الشرط المحرر مسبقا من جانب واحد بواسطة المحترف، ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، سواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره".

تأسيسا على ما سبق، يمكن تعريف الشرط التعسفي الوارد في عقود الاستهلاك بأنه: "بند في العقد يؤدي إلى اختلال توازنه العقدي، اشترطه طرفه القوي بما له من سلطة اقتصادية بهدف تحقيق ميزة فاحشة له، على حساب الطرف الآخر دون وجه حق" [3].

---

[1]/- Guy Raymond ;op.cit,p27 « En d'autres termes, la notion de clause abusive a vocation à jouer dans les rapports contractuels de consommation, entre un professionnel, d'une part, et un non-professionnel ou consommateur, d'autre part. L'application de la législation sur les clauses abusives dépend ainsi de la qualité des parties contractantes, qualité désignant qui est protégé – les non-professionnels et consommateurs – et contre qui – les professionnels. Tout serait dit si l'on connaissait la définition juridique de ces termes empruntés au langage économique. Mais paradoxalement, aucune de ces trois notions n'est définie ni à l'article L. 132-1, ni d'ailleurs dans le reste du Code de la consommation, alors qu'elles innervent tout ce code. De telles lacunes ont causé bien des hésitations et des incertitudes avant que l'on ne parvienne aux définitions de professionnel et de non-professionnel ou de consommateur. »

[2]/- **الدكتور عامر قاسم احمد القيسي**، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2009. ص60 .

[3]/- **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و .القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2004، ص 60 و 61 "ينبغي عدم الخلط بين مفهوم كل منهما، إذ يعتبر التعسف في استعمال الحق=

يميل جانب من الفقه[1] إلى التفرقة بين نوعين من الشروط التعسفية، النوع الأول يشمل الشروط التعسفية بذاتها، وهي تلك الشروط التي يظهر فيها التعسف منذ إدراجها مع إمكانية تعديل الشّروط التعسّفية أو استبعادها في العقد، وتكشف عنها ذات ألفاظها، فتأتي متناقضة مع جوهرها، أما النوع الثاني فيتضمن الشروط التعسفية بحكم استعمالها، وهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن عند تطبيقها أو تنفيذها، وذلك نتيجة التمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها[2].

ينبغي الإشارة في هذا الصدد، إلى أن الشروط التعسفية التي تشملها الحماية القانونية تتعلق فقط بالنوع الأول، وهي الشروط التعسفية في ذاتها أو بطبيعتها[3]، إذ يتضح من النص القانوني أن الحماية تقتصر فقط على تلك الشروط التي تكون متضمنة في عقد إذعان، بمعنى أن التعسف كان عند إبرام العقد أي منذ إدراجها فيه، وليس عند تنفيذه، بناء على ذلك يعرف الشرط التعسفي على أنه: " الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة، وهذه الصفة نسبية، يختلف مفهومها بحسب

=صورة من صور الخطأ التقصيري، يترتب عليه نشوء المسؤولية التقصيرية وتخرج بالتالي من نطاق العقد حتى لو كان تعسفا متصلا بالتعاقد، أما الشرط التعسفي باعتبار أنه مدرج في عقد فأحكامه تدخل في المجال العقدي وليس التقصيري".

[1]/- **الدكتور لشعب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة، الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 54. وأنظر في نفس الصدد **الدكتور بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفجر، القاهرة، 2007، ص 34

[2]/- **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008 ص 124. وأنظر كذلك **الدكتور محمد السيد محمد عمران**، المرجع السابق، 47.

[3]/- **الدكتور حسام الدين كامل الأهواني**، المرجع السابق، ص 70 وأنظر **الدكتور فاروق العربي**، دور التشريعات في إقامة التوازن بين المستهلك والتاجر، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات. العربية المتحدة،12 و 15ديسمبر 1998، ص 56.

البيئات والمجتمعات المختلفة، وأمر تقديرها متروك لقاضي الموضوع[1]، دون رقابة من محكمة النقض"[2].

لذلك يدخل في نطاق الشروط التعسفية على سبيل المثال، شروط الإعفاء من المسؤولية أو الإعفاء من الضمان القانوني، كضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض[3]، والشرط الذي يمنح الطرف القوي حق التعديل في الخدمة أو في مواصفات السلعة دون تعديل الثمن، وشرط عدم تحديد موعد التسليم وتركه لمحض إرادة الطرف القوي، والمبالغة في الشرط الجزائي[4] الذي يوقع على الطرف المذعَن وحده(غير التبادلي)، وعموما الشروط التي تتعارض مع محتوى العقد وتؤدي إلى حرمان الطرف المذعَن من حقوقه لمصلحة الطرف القوي وغيرها.[5]

---

[1]/- Voir Marie Lamouraux, L'interprétation Des Contrat De Consommation, Recueil Dalloz, 2006, N° 41, pp241 et 242 et voir aussi ; Jérôme Huet, contrats civils et commerciaux, responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Litec, Paris, 1987, p 61.

David MAZEAUD, « Le juge face aux clauses abusives », Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 197 et David MAZEAUD

« La loi du 1er février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette ? », *Droit et* Patrimoine, juin 1995, p 42 et voir aussi MAZEAUD D., Le juge et l'exécution du contrat, Dalloz, PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 603 s.

[2]/- RZEPECKI N., « Le relevé d'office par le juge des dispositions du code de la consommation: principe et régime », *RLDA* juin 2009, p. 41.et voir aussi STOUFFLET J., « La fixation du taux des crédits bancaires après les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation du 1er décembre 1995 », RD bancaire et de la bourse janvier-février 1996, p 53 note 222. « Note sous Cass. 1ère civ. 24 février 1993, *D.* 1994, jur. p. 6. » JOBARD-BACHELLIER M.-N. et BACHELLIER X., La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile, 8e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013.p22

[3]/- **الدكتور بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 35، **الدكتور عبد الباسط جميعي**، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة،1996 ، ص270 .، وأنظر كذلك **الدكتور عامر قاسم أحمد القيسي**، المرجع السابق، ص.40 .و أنظر **الدكتور أحمد محمد الرفاعي**، المرجع السابق، ص .224، **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الثانية، ص 126 وأنظر كذلك **الدكتور محمد السيد محمد عمران**، المرجع السابق، 57

[4]/- MAZEAUD D., La notion de clause pénale, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992.p32 et voir aussi HELLERINGER G., Les clauses contractuelles. Essai de typologie, th. Paris 1, mai 2010. P132 =et voir aussi GAUDEMET S., La clause réputée non écrite, Economica, coll. Recherches Juridiques, t. 13, 2006.p23.

[5]/- GAUDEMET. S , op.cit,p25 =

ويلاحظ أن الشّرط الغامض يفسّره القاضي عند الشك لصالح الطرف المذعن، وهذا ما عنته الفقرة الثانية ضمن المادة 112 من القانون المدني جزائري، أي حالة الوضوح هي التي تبرّر تطبيق حكم هذه المادة في الواقع ومن ثم يجب أخذ الطرفين بحكمه، وبالتالي فقد تجنّب المشرّع ذلك بفرض الرقابة القضائية على هذه الشّروط، حتى ولو كانت واضحة، طالما قدّر القاضي أنه من قبيل الشروط التعسّفية، فإذا انتفت عنها هذه الصفة كانت مراجعتها من قبيل التحريف[1] .

وهذا ما يلاحظ من زاوية أخرى، أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه القاضي بصورة منفرد، بل ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد وهو ما نص عليه المادة 3 فقرة 5 من قانون 04-02 المعدل.[2]

ج/- علاقة عقود الإذعان بالشروط التعسفية:

نظرا لأن عقد الإذعان يستوجب طريقة إبرام خاصة، كونه عقد محرر من جانب واحد، فإنه يطرح تساؤل حول مدى ارتباط الشروط التعسفية بهذا العقد؟

إن تحرير عقد الإذعان من جانب واحد يسمح بإدراج شروط تعسفية، ذلك أن المحترف يملك السلطة الاقتصادية التي تمكنه من توجيه إرادة المستهلك للتعاقد معه من أجل تلبية حاجاته من السلع والخدمات، نتيجة لذلك يجد المستهلك نفسه في مركز ضعف أمام المحترف، مما يؤدي لاختلال في

= **الدكتور .محمد قاسم**، انهاء عقد التأمين (الضمان) بعد وقوع الكارثة وضرورات حماية المؤمن له (المضمون)، دراسة في القانون الفرنسي والمصري واللبناني، دراسة مقدمة ضمن أعمال مؤتمر "الجديد في مجال التأمين/الضمان في لبنان والعالم العربي، والذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بيروت العربية بتاريخ 24-26 نيسان/ابريل 2006 في بيروت، منشورة في كتاب أعمال المؤتمر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص422 .

[1]/- أنظر في هذا **سي الطيب محمد أمين**، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص 43 وأنظر **الدكتور بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص61 وأنظر كذلك

[2]/- أنظر في هذا **بن سعيدي سلمة**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير في عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013-2014، ص 73.

توازن العلاقة العقدية بينهما[1] في الواقع، ينفرد المحترف بتحديد شروط العقد استنادا إلى تفوق مركزه الاقتصادي والمعلوماتي بدرجات كبيرة، مما يبرز تفاوت ملموس وشاسع بينه وبين المستهلك، وكأثر لواقع هذه المعاملات الاستهلاكية، فإن المستهلك لا يتمكن من مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية، نظرا لعدم وجوده في مركز متساوي مع المحترف، ومن ثم فإن الإيجاب الصادر بخصوص عقد الاستهلاك باقتناء السلعة أو الخدمة يتضمن شروط العقد ككل، ولا يخول المستهلك إلا القبول المذعَن إذا ما أراد التعاقد.

إن قبول المستهلك للشروط التي يفرضها المحترف غالبا ما يكون نتيجة ضعف قدراته الاقتصادية والتقنية، وبالنظر إلى حاجته الملحة للسلعة أو الخدمة، مما يحتم عليه الإذعان لإرادة المحترف.

إن عدم تمكن المستهلك من مناقشة شروط العقد على قدم المساواة مع المحترف، يسمح لهذا الأخير بفرض شروطه على المستهلك، ومن هنا يظهر أن صعوبة مناقشة شروط عقد الإذعان تكمن في عدم تكافؤ المتعاقدين، فضلا عن طريقة إبرام عقد الإذعان.[2]

في حد ذاته يتميز المستهلك الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك بكونه شخصا عديم الخبرة أو التجربة أو الكفاءة بالمقارنة مع العون الاقتصادي أو المحترف المتعامل معه، ومهما كان وعي المستهلك وتمتعه بخبرات معينة، لكنه ملزم بقبول الشروط المتضمنة بالعقد، لأنه لا تتوافر لديه حرية الاختيار أي القدرة على المفاوضة والمساومة لمناقشة شروط العقد.[3]

---

[1]/- إن ظاهرة عقود الإذعان ليست مقصورة في العلاقة بين المحترفين والمستهلكين، وإنما يمكن أن تتوافر في كل مرة يكون فيها أحد المتعاقدين على قدر من القوة لفرض شروطه المتشابهة على فئة معينة من المتعاقدين، كما هو الحال بالنسبة لأرباب العمل والعمال، أو الموردين مع الموزعين، ولكنها تظهر أكثر انتشارا في العلاقات بين المستهلكين والمحترفين.

[2]/- إن عقد الإذعان ليس معيار لتطبيق الحماية من الشروط التعسفية ولكنه قرينة بسيطة على وجود التعسف، لأن الطرف القوي الذي ينفرد بتحرير شروط العقد يملك السلطة والقوة الاقتصادية التي تمكنه من التعسف في فرض الشروط التي تحقق مصالحه على حساب الطرف الضعيف.

[3]/- **الدكتور محمد سعيد جعفور**، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر. والتوزيع، الجزائر،2003 ، ص3 و أنظر في نفس الصدد **الدكتور حسين عبد البسط جميعي**، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط التعاقد، دار النهضة العربية، مصر 1999، ص 112 .

تجدر الملاحظة في هذا المقام، إلى أن عقد الإذعان وإن كان يشكل في الواقع الميدان الخصب للشروط التعسفية، إلا أن هذا لا يعني تضمنه بالضرورة شروطا تعسفية، فهذه الأخيرة غير محصورة في نطاق هذا العقد، فهناك العديد من عقود الإذعان التي لا تتضمن شروطها أي تعسف، علاوة على ذلك فإن الممارسات التعسفية التي يفرضها المحترف على المستهلك، قد تكون إما نتيجة استغلال سلطته الاقتصادية أو لضعف المستهلك، الأمر الذي يقتضي حماية المتعاقد الذي يوجد في وضعية ضعف مهما كانت طبيعة العقد.

يقول البعض من الفقه في مجال سلطة القاضي: أن أهم الأحكام التي يستهدف القانون الحماية الطرف المذعن هو ما جاء في المادة 149 مدني مصري – والتي تقابلها المادة 110 مدني جزائري – وهذا حكم خطير خصّ المشرّع به عقود الإذعان، وخوّل بمقتضاه للقاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسّفية بل إهدارها إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر، وذلك في حين أنه وفقا للقاعدة العامة، يقتصر دور القاضي بالنسبة إلى العقود على مجرّد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها وبالتالي فسلطة القاضي إزاء الشّروط التعسّفية في عقود الإذعان في ظل القواعد التقليدية تشمل إما التعديل أو الإلغاء، بمعنى تعطيل الشّرط أو إعفاء الطرف المذعن منه .والنوع الأول من الرّقابة لا يقف حائلا دونه وضوح عبارات الشّرط، إذ أن هذه الصفة ليست بيت القصيد في هذه الشّروط، بل الأمر يتعلق بما شابها من تعسّف، إذ أن وضوح الشّرط ودقته لا يمنعان من تعديله، فلم يكن في وسع الطرف المذعن أن يفعل شيئا رغم هذا الوضوح وهذه الدقة، إذ الغموض ليس بشرط حتى يتدخل القاضي في كل الأحوال.[1]

حاول البعض من الفقه الإجابة على هذا الإشكال بأنه رغم ذلك يبقى العقد كاملا منصوص فيه على شروط عديدة، ولتقدير الصفة التعسفية لشروط ما فإنه يبدو من الضروري الأخذ بعين الاعتبار الأداء المتبادل في مجموعها من أجل التحقق من عدم التوازن العقدي ويكون الشرط تعسفيا إذ كان يؤدي إلى عدم التوازن في مبادئ العقد، فهذه المسألة تتوقف على حكمة القاضي وبالتالي

[1]/- **الدكتور أحمد محمد الرفاعي**، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص94.

نستنتج مما سبق أن الميزة الفاحشة هي مقابلا مفرطا فيه مفروضة بواسطة شرط أو شروط عديدة مخالفة للقانون المدني أو القانون التجاري[1]

الفرع الثالث: تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك

إن تحقيق التوازن المفقود في العلاقة بين المستهلك والمتدخل هو هدف المشرع الجزائري، وذلك من خلال إلقاء المزيد من الالتزامات على عاتق المتدخل لحماية المستهلك كونه الطرف الضعيف، ومن خلال القواعد الجديدة التي تضمنها قانون حماية المستهلك وقمع الغش (09/03) والذي من بين آلياته تحقق الضمان بشقيه القانوني ولاتفاقي .

أولا: مفهوم الالتزام بالضمان:

يعتبر الضمان من أهم الالتزامات التي رتبها المشرع الجزائري على عاتق المتدخل، حيث يلتزم إلى جانب ضمان عدم التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية في المنتوج أو الخدمة المعروضة للاستهلاك، وقد ظهر التزام أخر هو الالتزام بالضمان خاصة مع التطور الصناعي والتكنولوجي في المنتوجات الاستهلاكية التي أصبح اعتماد المستهلكين عليها أمرا أساسيا، بما حققت لهم من أسباب المتعة والرفاهية، إلا أنها في نفس الوقت قد زادت من فرص المخاطر التي تهددهم في أرواحهم وأموالهم.[2]

---

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور عامر القيسي أحمد القيسي**، مرجع سابق، ص140 و أنظر **أحمد محمد الرفاعي**، مرجع سابق، ص 121

و أنظر **الدكتور جاك غستان**، ترجمة **الدكتور منصور القاضي**، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000، ص96 .

[2]/- **الأستاذ علي بولحية بن بوخميس** "القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2000 ، ص 34 .و أنظر كذلك **صياد الصادق**، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 1، 2013-2014، ص 60 .

أ/- موضوع الضمان وأساس إلزاميته القانونية:

نص المشرع على إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع في الفصل الرابع من المادة 13 إلى المادة 16من قانون حماية لمستهلك وقمع الغش رقم 03/09 وعرف الضمان في المادة الثانية منه فالضمان هو التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته.[1]

كما نظم المشرع الجزائري أحكام الضمان بالمرسوم التنفيذي رقم 266/90 [2]المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، حيث تضمنت المادة 22 منه، أحكاما من أجل كفالت حق الضمان القانوني لمصلحة المستهلك في مواجهة المحترف، حيث ألزمت المحترف بضمان سلامة المنتوج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له حتى لدى تسليم هذا المنتوج[3]، كذلك خولت للمستهلك حق تجربة المنتوجات والخدمات[4].

[1]/- انظر المواد 13، 14، 15، 16 من القانون 03/09 .

[2]/- المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 1990/10/15 والمتعلق بضمان المنتوج والخدمات المنشور في الجريدة الرسمية رقم 40 بتاريخ 1990/10/19.

[3]/- أنظر أحكام المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 وأنظر على سبيل المقارنة قوانين كل من المغرب: ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. حرر بالرباط في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) منشور في الجريدة الرسمية عدد 5932 الصادرة بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432(7 أبريل 2011) وقانون سوريا: القانون رقم (2) لسنة 2008 المتعلق بحماية المستهلك وتعديلاته في 2013 وقوانين الإمارات: القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك وقوانين سلطنة عمان المرسوم السلطاني العُماني. رقم 81 لسنة 2002 بإصدار قانون حماية المستهلك. وكذلك المرسوم السلطاني رقم (2011/53) بإصدار نظام الهيئة العامة لحماية المستهلك.

[4]/- أنظر المادة 03 من المرسوم 266/90

وفي حالة وجود عيب في المنتوج ألزم المشرع الضامن أو المتدخل بتنفيذ الضمان[1] وفق ثلاثة أوجه إصلاح المنتوج أو استبداله أو رد ثمنه، وقد فرض المشرع الجزائري هذه الضمانات حماية لمصالح المستهلك المقتني للمنتوج أو الخدمة باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المتدخل .

بالرجوع لنص المادة 13 من القانون رقم 03/09 يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون ويمتد هذا الضمان أيضا للخدمات."

لقد ألزم المشرع المتدخل بضمان المنتوج أو الخدمة المقدمة للمستهلك بقوة القانون من أجل حمايته في حال ظهور عيب بالمنتوج.

حيث يرى البعض من الفقه[2] بأن الضمان الذي أقره المشرع يشمل المنتجات والخدمات على السواء، لكنه لا يشمل بالنسبة للمنتجات سوى المنتجات الاستهلاكية أي الأشياء المنقولة المادية المباعة من قبل المتدخل إلى المستهلك، وكما هو ا لحال في المادة 06فقرة 01 من قانون حماية المستهلك رقم 02/89 الذي تم الغائه بموجب قانون 03/09 وعلى سبيل المقارنة بأن ذهبت إلى إطلاق الضمان ليشمل" لأي منتوج"قبل أن تمهد إلى تخصيص بعض المنتجات..." سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة "[3]

وأما الضمانات الاتفاقية كما يتضح من مسماها لا تقوم إلا باتفاق مسبق بين المنتج أو البائع وبين المشتري"المستهلك." وإذا كان الفقه قد تصور في وقت مضى أن الضمانات الاتفاقية ليست إلا

---

[1]/- أنظر المادة 4 و05 من المرسوم 266/90

[2]/- أنظر **الدكتور بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص63 وأنظر كذلك في نفس الصدد **الأستاذ علي بولحية بن بوخميس**، المرجع السابق، ص 38 و39 وأنظر كذلك **الدكتور علي فتاك**، المرجع السابق، ص 21

[3]/- **زبيري بن قويدر**، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون04 /02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المذكرة السابقة، ص91 .

وأنظر كذلك **سي الطيب محمد أمين**، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك –دراسة مقارنة- المذكرة السابقة، 111 .و أنظر كذلك **الأستاذ سعداوي سليم**، حماية المستهلك في الجزائر، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2009، ص 40 .

نوع من التعديل والتوسع في الضمانات القانونية للعيوب الخفية فإن استقلالية هذين النوعين من الضمانات أصبحت الآن أمرا مسلما به.

فنجد في القانون المدني أنه يجيز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالزيادة أو الإنقاص أو الإعفاء، باستثناء حالة تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه، وذلك بموجب المادة 384 منه[1] والتي تنص على أنه":يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه."

والجدير بالذكر أن المرسوم التنفيذي رقم 266/90 يتفق مع أحكام القانون المدني الواردة في المادة السالفة الذكر من حيث المبدأ، إذ تنص المادة العاشرة منه على جواز منح المستهلك ضمانا إتفاقيا يحقق له بعض المزايا مقارنة بالأحكام التشريعية، مع التنبيه على ضرورة عدم تخفيض مدة الضمان إلى أقل من 06 أشهر إبتداءا من تاريخ التسليم وفقا للمادة 16 من هذا المرسوم[2]، أما فيما يتعلق بالاتفاق على الإعفاء من الضمان فالأمر غير وارد في ظل المرسوم خلافا للقانون المدني، حسبما نصت عليه المادة العاشرة منه بأنه ":يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله."

فبالنسبة للضمان الإتفاقي نجد أن المشرع الجزائري قد أجازه في المادة 14[3] من قانون حماية المستهلك وقمع الغش فيكون تقديم الضمان من طرف المتدخل بمقابل أو مجانا على عكس ما هو الحال في المادة 11 من المرسوم التنفيذي [4] 266/90 والتي أجاز فيه للمحترف أن يمنح للمستهلك ضمانا إتفاقيا أنفع من الضمان القانوني لكن بشرط أن يكون هذا الضمان مجاني.

[1]/- أنظر المادة 384 و386 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[2]/- أنظر المادة 16 من المرسوم 266/90.

[3]/- أنظر المادة 14 من القانون 03/09 .

[4]/- أنظر المادة 11 من المرسوم 266/90.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد شجع الضمان الاتفاقي أو التعاقدي الذي يهدف إلى توسيع مجال الضمان بالإضافة إلى الحماية القانونية التي فرضها القانون للمستهلك[1].

ب /- الجزاء المترتب اثر عدم الالتزام بالضمان :

إن هدف المشرع من تقريره حق الضمان لصالح المستهلك في مواجهة المتدخل هو الوفاء بالتزاماته في حال ظهور عيب في المنتوج خلال فترة الضمان ويتم تنفيذ الضمان على ثلاثة أوجه حسب الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش فإنه في حالة ظهور عيب بالمنتوج يجب على المتدخل خلال فترة الضمان المحددة استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتوج.

1 -إصلاح المنتوج:

ألزم المشرع المتدخل أن يأخذ على عاتقه إصلاح المنتوج وتحمل كافة نفقات الإصلاح من قطع غيار ومصاريف اليد العاملة وغيرها جبرا للضرر حيث يعود المنتوج إلى طبيعته.

ونصت المادة 06من المرسوم التنفيذي 90 / 266 أنه يجب على المحترف في جميع الحالات أن يصلح الضرر الذي يصيب الأشخاص أو الأملاك بسبب العيب

2- استبدال المنتوج:

ويأتي هذا الالتزام إذا تعذر إصلاح المنتوج كأن يصاب بعيب أو خلل جسيم يؤثر على صلاحية المنتوج بأكمله، وفي حالة ما إذا أمكن إصلاح المنتوج من طرف المتدخل وإعادته إلى حالته الطبيعية ودون مقابل، للمتدخل حق رفض استبدال المنتوج في هذه الحالة.

إذن استبدال المنتوج يكون فقط إذا تعذر معه إصلاح العيب أو الخلل من 90 /266 طرف المتدخل، وهذا ما أكدته المادة 07 :من المرسوم التنفيذي بقولها":يجب على المحترف أن يقوم

[1]/- أنظر **الدكتورة منادي مليكة**، مداخلة بعنوان: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد في القانون الجزائري، ورقة عمل مقدمة للملتقى الوطني الرابع حول "حماية المستهلك تشريعات وواقع يوم 22و 23 أفريل 2010، كلية الحقوق، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، ص05

باستبدال المنتوج إذا بلغ عيبه درجة خطيرة تجعله غير قابل للاستعمال جزئيا أو كليا على الرغم من إصلاحه."

وفي كل الأحوال يتحمل المحترف المصاريف سواء في عملية الإصلاح أو الاستبدال حيث تكون مجانا وعلى نفقته.

3/- رد ثمن المنتوج:

في حالة استحالة الإصلاح أو الاستبدال للمنتوج فإن المشرع ألزم المحترف برد الثمن وذلك من دون تأخير وحسب شروط حددها وهي كما يلي[1]:

أ / - يرد جزأ من الثمن إذا كان المنتوج غير قابل للاستعمال جزئيا وفضل المستهلك الاحتفاظ به.

ب/- يرد الثمن كاملا، إذا كان المنتوج غير قابل للاستعمال كلية، وفي هذه الحالة يرد له المستهلك المنتوج المعيب.

4/- تعديل الخدمة والخدمة ما بعد البيع:

أ – تعديل الخدمة:

في مجال الخدمات قد يختلف الأمر عما هو عليه في المنتوج المادي[2]، فالضمان في مجال الخدمات يكون بتعديل الخدمة أي بتغيير شروطها في حال إخلال المتدخل بالتزاماته، حيث يستفيد المستهلك من تغيير في الخدمة لصالحه كأن يتحمل المتدخل نفقاتها دون المستهلك، وهذا ما قصده المشرع في المادة13 من قانون حماية المستهلك المتعلقة بالضمان بقوله...." :أو تعديل الخدمة على نفقته "...أي على نفقة المتدخل.

[1]/- أنظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي 266/90 .

[2]/- أنظر المادة 13 من قانون 03/09 .

ب- خدمة ما بعد البيع:

تعتبر خدمة ما بعد البيع من الإضافات التي لم يتطرق لها قانون رقم 89 /02 السابق المتعلق بحماية المستهلك، غير أنها في إطار القانون الجديد أصبحت من بين الأولويات.

فاجتهاد المشرع في هذه الجزئية جاء لكي يعطي حماية إضافية وأكثر فاعلية للمستهلك حتى بعد انتهاء فترة الضمان، حيث نصت المادة 16 من القانون 03/09 [1] على أن":في إطار الخدمة ما بعد البيع، وبعد انقضاء فترة الضمان المحدد عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة وتصليح المنتوج المعروض في السوق".

حيث ترتكز خدمة ما بعد البيع على توفير وسائل مواتية للعناية بالمنتوج، وعلى تدخل عمال تقنيين مؤهلين، وتوفير قطع غيار موجهة للمنتوجات المعنية[2].

وفي مفهومها الواسع[3] تشمل كل أشكال الخدمات الممنوحة بعد إبرام عقد البيع، والمتعلق بالشيء المبيع، مهما كانت طريقة الدفع، كالتسليم في المترل، والإصلاح والعناية، لكن في مفهومه الضيق، وحدها الخدمات التي تتطلب ثمنا إضافيا غير مشمول بثمن البيع وهي المقصودة، وبهذا فمفهوم خدمة ما بعد البيع هي خدمة الصيانة والإصلاح فحسب[4].

ويلاحظ غياب هذه الخدمة بالنسبة للعديد من المنتوجات[5]، واقتصارها على السيارات وبعض الأجهزة الكهربائية، كما يلاحظ جهل اغلب المستهلكين بإلزامية تقديم هذه الخدمة بقوة القانون، وهو ما أدى إلى استغلاله من طرف المتدخلين في جعل هذا الالتزام وسيلة للدعاية عن منتجاتهم،

---

[1]/- أنظر المادة 16 من القانون 09 /03 .

[2]/- أنظر **حليمي ربيعة**، ضمان الإنتاج والخدمات، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2002، ص 116.

[3]/- CALAIS AULOY et STEINMENTZ ; droit de la consommation, op.cit, p 227.

[4]/- أنظر **حليمي ربيعة**، ضمان الإنتاج والخدمات، ص 117 .

[5]/- **بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 269 .

فيضعون عبارة" خدمة ما بعد البيع متوفرة " على إعلاناتهم، ليس لإعلام المستهلكين وإنما لجذبهم نحو اقتناء منتوجهم[1].

ج/–دعوى الضمان:

يجب على المستهلك بمجرد ظهور العيب أن يقدم للمحترف طلبه بتنفيذ الضمان، ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك وعلى المحترف هنا القيام بتنفيذ التزامه بالضمان في أجل محدد مع المشتري وفي حالة عدم وجود اتفاق يحدد هذا الأجل بسبعة (07) أيام إبتداءا من تاريخ طلب تنفيذ الالتزام بالضمان.

وفي حالة تقصيره بعد فوات هذه المدد يمكن للمستهلك أن يرفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة في أجل أقصاه سنة، هنا إذن لم يعد الضمان مسألة اختيارية تعود لإرادة المحترف، بل أصبح الضمان من النظام العام بموجب قواعد آمرة.[2]

المطلب الثاني: الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك.

لم يهتم القانون الوضعي بالالتزام بالإعلام إلا حديثا، نظرا لبساطة المعاملات المدنية والتجارية وعدم تعقدها من جهة، ولتساوي الطرفين المتعاقدين أو المقبلين على التعاقد في العلم إزاء المنتوج من جهة ثانية.

لكن ونتيجة للتطورات التقنية والتكنولوجية المعاصرة، والتي أثرت سلبا على الأطراف المتعاقدة من الناحية المعرفية، فإنه بات لازما تدخل رجال الفقه من اجل التصدي وبالأخص في ظل قصور النظرية التقليدية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة، في كثير من جوانبها كعدم صحة المبدأ على إطلاقه

[1]/– **الدكتورة منادي مليكة**، مداخلة بعنوان: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 07 و08.

[2]/– **الدكتورة منادي مليكة**، مداخلة بعنوان: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 09.

في تقييد القوة الملزمة للعقد، وقد تجلى قصور هذه النظرية مع تطور معطيات الحياة المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي الذي يفرض أحيانا تدخل المشرع، كما هو الحال في تقرير الالتزام بالإعلام[1].

غير أن ا لقانون 03/09 قد نص صراحة على هذا الحق وأفرد له فصل خاص تحت عنوان إلزامية إعلام المستهلك، ثم أصدر المشرع الجزائري تجسيدا للقانون المذكور أعلاه جملة من النصوص التشريعية، بموجبها نظم هذا الحق الذي يعتبر التزام على العون الاقتصادي بإعلام المستهلك، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد رسم الطريق القانوني الذي يسلكه العون الاقتصادي في تنفيذ هذا الالتزام بما جاء في القانون 09/ 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والمراسيم المنظمة له.

كما كرس الحق في الإعلام بالقانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و لم يكتف المشرع الجزائري بالنص عليها في القوانين التي تم ذكرها بل في قوانين أخرى والتي لها علاقة

غير مباشرة بحماية المستهلك، وجملة هذه النصوص القانونية التي تعتبر الإطار التشريعي لحق المستهلك في الإعلام، ومن خلال هذه النصوص التشريعية أقر المشرع الجزائري للمستهلك حماية عن طريق جملة من الآليات القانونية التي رصدت لحماية حق المستهلك في الإعلام، سواء على مستوى الإدارات المكلفة، أو على مستوى الهيئات القضائية المختصة، والتي تعتبر كحماية تطبيقية لحق المستهلك في الإعلام[2].

[1]/- **ماني عبد الحق**، حق المستهلك في الإعلام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008-2009، ص 3 .

[2]/- **الدكتوراه شيرزاد عزيز سليمان**، حسن النية في إبرام العقود، الطبعة 1، دار دجلة للنشر، الأردن،2008 ، ص375 . وأنظر كذلك في نفس الصدد **الأستاذ وجبالي واعمر**، حماية رضا المستهلك عن طريق الإعلام) الوسم والإشهار(، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تبزي وزو، 2006، ص07 و أنظر كذلك **الأستاذ علي بولحية بن بوخميس**، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار هدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2000 ، ص50 .

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام

أصبح الالتزام بالإعلام من أهم المبادئ الحمائية المقررة لحماية المستهلك، بدءا من المرحلة السابقة للتعاقد إلى مرحلة إبرام العقد، وحرصا من المشرعين على تكريس هذا المبدأ، فقد دأبوا على النص عليه في مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية، على غرار المشرع الجزائري الذي –كما سبق ذكره– قد نص عليه ضمن الفصل الخامس تحت عنوان" **إلزامية إعلام المستهلك**"، بمقتضى المادتين 17 و 18من قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

ورغم هذه العناية التشريعية إلا أن الفقه[1] لا يزال مختلف في مسألة تعريفه فنجد له تعريفات متعددة تحمل في الحقيقة صور هذا الالتزام، ولأن الاعتراف بنشوء أي التزام لا يستقيم ما لم يكن مصحوبا بمبرراته فإنه بات لازما بيان مبررات هذا الالتزام .

أولا: تعريف الالتزام بالإعلام

إذا كان الإعلام في الاصطلاح الصحفي محددا ومضبوطا[2]، كونه المجال الخصب له فإن الأمر ليس كذلك في الاصطلاح القانوني، فهو مصطلح دخيل عليه، إذ نجده تحت مسميات عديد كالالتزام بالتبصير، الالتزام بالإفضاء، الالتزام بالإدلاء بالمعلومات...

البحث عن تعريف الالتزام بالإعلام، يضعنا أمام مجموعة من المرادفات والمصطلحات المتعددة، الأمر الذي يستوجب استقصاء هذه المعاني في الجانب اللغوي ثم الاصطلاحي[3].

---

[1]/- Nicolas Luca, étude de règlement « REACH », gestion de risque juridique, thèse de doctorat en droit, école doctorale de droit, université Montesquieu, Bordeaux, France, 2011, P 140.

[2]/- أنظر **الدكتور عادل راشد**، الإعلام، دار النهضة العربية، مصر، ص 36. وأنظر المادة 03 من القانون العضوي رقم 05/12 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالإعلام الجريدة الرسمية 02 المؤرخة في 2012/01/15.

[3]/- أنظر **حامق ذهبية**، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة من أجل الحصول على شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص09 . وأنظر **الدكتورة سي يوسف زاهية حورية**، الالتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة. مولود معمري، العدد الثاني،2009 ، ص 55.

أ/- لغة:

جاء في كتاب لسان العرب لابن منظور الإفريقي أن الإعلام من الفعل علم، وعلمت بالشيء أي عرفته، وعلم الأمر بمعنى تعلمه وأتقنه وتحصل على حقيقة الشيء وأدركه.[1]

ب/- اصطلاحا:

عرف بعض الفقه[2] الالتزام بالإعلام بأنه التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأنه يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة، قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة احد طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على احدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناءا على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات.

كما عرفه جانب آخر من الفقه[3] بأنه تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبا في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد .

كما يعتبر الالتزام بالإعلام واجب ومبدأ قانوني، مكرس لحماية المستهلك والذي هو في نفس الوقت التزام يقع على عاتق البائعين الحرفيين أو الشركات المتخصصة، بتقديم المعلومات التي تتصل بمحل العقد أو العملية المزعوم القيام بها، بواسطة الوسائل الملائمة كالبيانات الإعلامية والإشهار.[4]

---

[1]/- **ابن منظور الإفريقي المصري**، لسان العرب، المجلد التاسع، الطبعة 4، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان،2005 ، ص264

[2]/- **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة 2، منشأة المعارف، مصر،2008 ، ص189 . وأنظر كذلك **غدوشي نعيمة**، .حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012 ، ص 13

[3]/- أنظر **الدكتور عادل قورة**، الحماية التشريعية للمستهلك، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص79.

[4]/- أنظر **بودالي محمد**، المذكرة السابق، ص 48 .

ويعتبر أيضا الالتزام بالإعلام الواجب الضمني الذي أوجده القضاء، والذي بمقتضاه يلتزم الطرف أكثر خبرة، والأفضل معرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد.

كما يمثل الالتزام بالإعلام التزام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك.

ما يمكن ملاحظته جاءت التعاريف السابقة في فقرات مطولة، تتضمن الشرح المستفيض وهذا ليس من مواصفات التعريف، كما نلاحظ التباين في المصطلحات المستعملة فتارة الإعلام، وتارة التنبيه، وتارة أخرى التحذير...

وكما نلمس أيضا الاختلاف الفقهي في شأن الوقت الذي يتعين فيه إعلام المستهلك فيما إذا كان في المرحلة قبل التعاقدية أو في مرحلة تنفيذ العقد.

ثانيا /- صور الالتزام بالإعلام:

يستهدف الالتزام بالاعلام تنوير رضا المستهلك[1] حتى يقبل على التعاقد وهو في منأى عن أية مفاجأة.

ارتبط الالتزام بالإعلام بالنظرية العامة للعقد، ويمر العقد في إبرامه بمرحلتين اثنتين:

- مرحلة التكوين
- مرحلة التنفيذ

غير أن الوقت الذي يتعين فيه إعلام الطرف الدائن (المستهلك) بالمعلومات والبيانات المتعلقة بموضوع التعاقد، واللازمة لسلامة إرادته أثارت جدلا كبيرا بين الفقهاء، فيما إذا كان ينشأ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وأثنائه فيكون التزاما تعاقديا، أم في مرحلة تنفيذ العقد فيكون التزاما تعاقديا[2].

[1]/- **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2007 ، ص369 . و أنظر **بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 50 الفقرة 01 .

[2]/- Voir. De JUGLART M., l'obligation de renseignement dans des contrat, RTD civ ,1983 ;p12

أ/– الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي :

يستند الفقه القائل أن الالتزام بالإعلام هو التزام ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد إلى حجج ومبررات نذكر بعضا منها:

- إعلام المتعاقد لحظة إبرام العقد أو أثناء تنفيذه، يعد إجراءا متأخرا إذا أريد الحصول على تأثير بشأن قرار المتعاقد [1].
- ليس من المعقول أن ينشأ الفرع قبل أن ينشأ الأصل، بمعنى أن ينشأ الالتزام قبل أن ينشأ مصدره، فالعقد لم ينشأ بعد حتى يتسنى القول أن هذا الالتزام التزام عقديا. [2]
- إعلام المتعاقد قبل إبرام العقد يؤدي إلى توخي عيوب الرضا لاسيما الغلط والتدليس. [3]
- إن هذا الالتزام أوجبه القانون، كما أنه يجد أساسه في نصوصه ومبادئه العامة كمبدأ حسن النية، الذي يتجسد بالمعرفة والجهل، فيفترض في المتعاقد الذي يحوز المعلومات بخصوص العقد أن يعلم المتعاقد الآخر طالما يتعذر عليه العلم والاستعلام من تلقاء نفسه. [4]

ب/– الالتزام بالإعلام التعاقدي :

يرى جانب من الفقه[5] أن الالتزام بالإعلام يعتبر التزاما عقديا، استنادا إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد التي تعتبر أن الخطأ الذي يقع بمناسبة إبرام العقد خطأ عقديا، حيث يفترض بوجود عقد

---

[1]/– أنظر **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، المرجع السابق، ص189 .

[2]/– أنظر **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، نفس المرجع، ص 190 .

[3]/– **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، المرجع السابق، ص367 .

[4]/– **عليان عدة**، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2008 -2009، ص 42

[5]/– **أنظر الدكتور بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص66 وأنظر كذلك في نفس الصدد **الأستاذ علي بولحية بن بوخميس**، المرجع السابق، ص 41 وأنظر كذلك **الدكتور علي فتاك**، المرجع السابق، ص 27 هامش 1 .

Voir aussi ; JM ,RIGEAUD ;l'erreur de l'acheteur dans l'authenticité du bien d'art ; RTD.civ,1982 ,P72

سابق على العقد الأصلي عبارة عن عقد ضمان مفترض لكل متعاقد يكون مصدرا لهذا الالتزام، ويتمثل الخطأ في أن المتعاقد الذي يتسبب في البطلان كان يعلم أو كان واجبا عليه أن يعلم، ومن العدل أن يتحمله ولو كان حسن النية.

يؤدي هذا الرأي إلى الاستفادة من قواعد الإثبات، إذ أنه يكفي بتقرير مسؤولية المدين بهذا الالتزام قيام الدائن بإثبات أمر عدم تنفيذه.[1]

غير أنه يتجه فريق أخر من الفقه[2] إلى القول أن الالتزام بالإعلام هو التزام واحد بصورتين، التزام قبل التعاقدي والذي يقصد به الإشهار أو الإعلان التجاري، والتزام تعاقدي والذي يطلق عليه "الإفضاء"، ووساءا كان قبل تعاقدي أو تعاقدي، فإنه يستهدف دائما تنوير وتبصير رضا المستهلك.

ثالثا: مبررات نشوء الالتزام بالإعلام

تستند مبررات نشوء أي التزام جديد، في ظل أي نظام قانوني إلى الواقع العملي، الذي يكون قد شهد تفاعلا بين النصوص القانونية المعمول بها في مجال معين، وبين معاملات الأفراد في هذا المجال بصورة أسفرت عن وجود ملامح القصور في تطبيق هذه النصوص.

وعلى ضوء ما تقدم فإن نشوء أي التزام – بما في ذلك الالتزام بالإعلام – يمليه الواقع العملي أي المبررات الواقعية، والقصور القانوني أي المبررات القانونية.

---

[1]/- **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 371 .

[2]/- أنظر **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، المرجع السابق، ص 191 .

أ /- المبررات الواقعية.

لقد كان من نتاج الثورة التكنولوجية التي تحققت منذ منتصف القرن العشرين، ازدحام الأسواق بأشكال من منتجات لم تكن معهودة من ذي قبل، كالسلع الاستهلاكية المواد الغذائية، مستحضرات التجميل، منتجات التنظيف، المنتجات الدوائية إلى أجهزة منزلية إلى وسائل الاتصال المتعددة الأشكال والأنواع.

لكن رغم ما جلبته هذه التكنولوجية العلمية من نقلة نوعية لحياة الإنسان ونمط معيشته إلا أن التزايد في الإنتاج أدى إلى التزايد في الهوة ودرجة التفاوت بشكل ملحوظ بين منتجي السلع ومستهلكيها، حتى أصبح في حكم المستحيل على أي متعاقد أن يدعي علمه بكافة التفاصيل والدقائق الفنية في مثل هذه العقود، كما أصبحت الاستفادة من المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات حكرا على المستهلك الأكثر وعيا واحترافا، الأمر الذي افرز نتائج تشكل الأرقام فيها اصدق تعبير[1].

أمام هذا الوضع، بحث القضاء المقارن[2] عن وسيلة يعيد بها التوازن المفقود في العلم بين المتعاقدين، فوضع نصب عينيه سابقة اهتمام المشرع بالعمل على تحقيق التوازن بين المراكز العقدية لطرفي العقد في مجالات مماثلة كعقد الإذعان حينما سعى المشرع إلى معالجة الاختلال الناشئ بين طرفي العقد من الناحية الاقتصادية عن طريق منح القاضي سلطة تقديرية في تعديل أو إلغاء ما قد يرد في العقد من شروط تعسفية، فأضحى القياس مناسبا للتماثل في العّلة وهو" عدم التوازن في المراكز العقدية[3]."

---

[1]/- **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، المرجع السابق، ص 196.

[2]/- **بودالي محمد**، مذكرة السابقة، ص 51 الفقرة 02 " حسب تحليل **الأستاذ بودالي** معتمدا على الفقيه الفرنسي " **جاك غستان** " فان تمت وجود بعض الأحكام القضائية الفرنسية أسست أحكامها في حماية المستهلك على الربط ما بين فكرة الالتزام بالإعلام ونص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي التي تستوجب توفر مبدأ حسن النية عند إبرام العقد وكذا عند تنفيذه "

[3]/- **الدكتور السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، المرجع السابق، ص 98.

حتى ذهب بعض الفقه الفرنسي[1] إلى القول بأن العصر الحديث يكاد لا يعرف الطرف الضعيف أو المذعن من الناحية الاقتصادية، بقدر ما يعرف الطرف الضعيف من أن عدم التكافؤ بين طرفي العقد، بل ذهب رأي آخر الاعتماد على فكرة العلم والدراية كمعيار وليس فقط المعيار الاقتصادي بقد ما هو ثابت من الناحية الواقعية أن عدم التكافؤ في المعلومات هو متصلة بدرجة الأولى والأخيرة بالعقد[2].

ب/–المبررات القانونية.

لم يكن الاهتمام بضمان إعلام صادق – يتعلق بمعطيات العقد – وليد اليوم بل موجود)في النظرية العامة للعقود ويتحقق عن طريق الرضائية

لكن يبدو أن نصوص القانون المدني لم تعد قادرة على ضمان الحرية التعاقدية بسبب تغير روابط القوة بين المتعاقدين وصعوبة استهداف الحماية المطلوبة بنفس الوسائل القانونية الأمر الذي دفع القضاء إلى البحث عن وسيلة قانونية جديدة يساهم بها في تحقيق حماية موضوعية، ويواجه بها الفروض التي تعجز فيها نظرية عيوب الرضا عن بسط حمايتها فعمل على تطويع هذه النصوص خاصة ما تعلق بالغلط والتدليس.

وقد تناما الالتزام بالإعلام في ظل أحكام القضاء الفرنسي قبل أن تنص عليه نصوص مختلفة ومتعاقبة وخاصة تلك التي أقرت مسؤولية المنتج عن تعويض الأضرار الحادثة عن بيع السلع ذات الطبيعة الخطرة استنادا إلى إخلالها بالالتزام بالإعلام عن المخاطر المتعلقة بالمنتج المسلم إليه.

---

[1]/– أنظر في هذا **الدكتور حسن عبد البسط جميعي**، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببنها منتجاته المعيبة (دراسة فقهية مقارنة على ضوء تطور القضاء الفرنسي وصدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع (قانون 1998/05/19)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 71 .

Voir dans ce sens ; CHAZAL J.-P., De la puissance économique en droit des obligations, thèse de doctorat. faculté de droit ,université de Grenoble II, 1996.p36

[2]/– **السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، نفس المرجع، ص 90 وأنظر كذلك **الدكتور حسن عبد البسط جميعي**، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببنها منتجاته المعيبة، نفس المرجع، ص 72 و73 .

وقد أشار إلى هذا الالتزام أيضا القرار الذي صدر عن محكمة ليون الفرنسية بتاريخ التي راح ضحيتها 150 شخص في 20-11-1972 "Cinq-Sept" في القضية المشهورة حريق شب في مرقص طليت جدرانه بطلاء قابل للاشتعال على اثر رمي احد الزوار لسيجارته فاندلعت النيران، وأظهر القضاء أن سبب الكارثة يرجع إلى تقصير منتج الدهان في عدم بيان مخاطر هذا المنتوج[1].

حتى أن أحكام القضاء رأت في هذا الالتزام الجديد وسيلة مناسبة لحماية رضا المتعاقد وذلك إعمالا لمبدأ" الوقاية خير من العلاج"، الذي يعتبر الالتزام بالإعلام المجال الخصب له[2].

الفرع الثاني: التمييز بين الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام والالتزام التعاقدي بالإعلام

طرح الفقه[3] مسألة صعوبة التمييز بين الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام والالتزام التعاقدي بالإعلام رغم ما توحي التسمية الخاصة لكل منهما من فروق ظاهرة ولعل هذا الصعوبة هي التي دفعت الفقيه الفرنسي" **غستان** "إلى القول الأحيان يكون صعبا[4]، إن لم يكن مستحيلا رسم حد فاصل بين التزام قبل التعاقدي والالتزام ...».التعاقدي في مجال المعلومات أسفرت عملية البحث حول نقاط الاختلاف بين كل من الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام والالتزام التعاقدي بالإعلام، اتفاقا حول انحسار هذا الخلاف في نقاط معينة تمثلت في الأصل، الأساس القانوني والطبيعة القانونية.

أولا: بالنسبة لالتزام قبل التعاقدي بالإعلام :

اتفق الفقه أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد حيث يلزم أحد المتعاقدين (المتدخل) أن يقدم للطرف الآخر (المستهلك) المعلومات والبيانات اللازمة المتعلقة بالمنتوج، بغية الحصول على رضا صحيح، سليم، كامل ومتنور.

---

[1]/- **الدكتورة زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص133

[2]/- **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، المرجع السابق، ص 198.

[3]/- أنظر **الدكتور السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، نفس المرجع، ص 92 .

[4]/- **أنظر بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 52 الفقرة الأخيرة

Voir aussi GHESTIN ,conformité et Garanties de la vente ,LGDJ,1983 ,P117

غير أن الدراسة في شأن هذا الالتزام أوضحت الاختلاف الفقهي[1] في مسألتين اثنتين هامتين تتعلق الأولى بمصدر هذا الالتزام، بينما الثانية في الأساس القانوني له.

أ /- أصل الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام.

رغم ميلاد الالتزام بالإعلام في عقد البيع، إلا أنه ارتبط كثيرا بعقد الاستهلاك، فهو التزام عام بشأن كل عقود الاستهلاك، لهذا لا يعد التزاما عقديا بل هو مستقلا عن العقد.

فلقد تطرقنا سابقا، إلى أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يجد مصدره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية، الذي يوجب أثناء مرحلة المفاوضات التزاما بالصدق والأمانة في مواجهة الطرف الآخر أو في مبدأ سلامة العقود.

ويعد الإعلان التجاري الوسيلة القانونية التي تكفل حماية المستهلك في هذه المرحلة السابقة على التعاقد بأن تزود المستهلك بالمعلومات اللازمة والكافية عن السلعة أو الخدمة التي ستصبح فيما بعد محلا للتعاقد، لكن الواقع يبين أن للأمر بعدا آخر ذلك أن المعلومات التي يتضمنها الإشهار التجاري إن لم تكن كاذبة فهي مبالغ فيها وبالتالي لا يصلح البناء عليها.

يقودنا هذا القول إلى البحث عن مواطن أخرى لحماية المستهلك تتناسب وأحداث هذه المرحلة، والتي تعتبر أهم ما يميزها إقبال المستهلك على التعاقد بهدف إشباع رغبة حقيقية لديه دون معرفة بكيفية تحقق ذلك على الوجه المأمول، خاصة عندما يكون في مواجهة شخص محترف، ذي علم ودراية واسعة الأمر الذي يسفر عنه اختلال فادح في ميزان العلم والمعرفة بين هاذين الطرفين المقبلين على التعاقد على نحو لا يسمح بإشباع رغبة المستهلك بصورة موضوعية وعادلة.

[1]/- **الدكتور حسن عبد البسط جميعي**، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، المرجع السابق، ص 74 وأنظر **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 373.

ب/- الأساس القانوني للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام.

في القانون المقارن[1] ينص صراحة على أحكام الالتزام بالإعلام، وقدم تماشى الفقه والقضاء الفرنسيان على هذا الأسس ويتعلق الأمر بما يلي:

ب-1/ الغلط:

قد عرفه الفقه الغلط على أنه أحد العيوب التي تشوب الرضا، فعلى أساسه يمكن المطالبة بإبطال العقد فلا بد أن يكون الأمر مبني في الدرجة الأولى في ذهن المتعاقد، فيصور له الأمر على غير حقيقته .

والغلط الجوهري[2]، يكون كذلك إذا بلغ حدا من الجسامة، وقد جاء نص المادة 82[3] من القانون المدني مبينا للغلط الجوهري كما يلي: "يكون الغلط جوهريا، إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط "

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك، نظرا لشروط العقد ولحسن النية، إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته،

---

[1]/- le code de la consommation français impose au professionnel une obligation de renseignement en matière de vente de biens de consommation (article L. 111-1 et suivants du code de la consommation), le code du tourisme français (n°2009-888 du 22 juillet 2009) JORF n°0169 du 24 juillet 2009 page 12352 « - art. 1 impose au vendeur une obligation d'information dans le cadre de la vente de voyages ou de séjours (article L. 211-8 et suivants du code du tourisme. »

L'article 19 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 impose une obligation de renseignement au professionnel s'agissant des contrats conclus par voie électronique

[2]/- أنظر في هذا **الدكتور عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، الجزء الأول، الرجع السابق، ص 289 وأنظر كذلك في نفس الصدد **الدكتور فاضلي إدريس**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر،2006 ، ص76 و أنظر **الدكتور علي فيلالي**، النظرية العامة للعقد، الطبعة 2، للنشر والتوزيع، الجزائر،2005 ، ص124 **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2006 ، ص146

[3]/- أنظر المادة 82 من القانون المدني المعدل والمتمم وأنظر في نفس الصدد كذلك **الدكتور علي فيلالي**، النظرية العامة للعقد، نفس المرجع، 124 و125 وأنظر **الدكتور علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري –، الطبعة 7، ديوان المطبوعات. الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص 69.

كانت تلك الذات أو هذا الصفة السبب الرئيسي في التعاقد، وعليه لا يكون العقد باطلا حسب نص المادة 82(ق.م) ما لم يكن عدم الإعلام منصبا على صفة جوهرية في الشيء المبيع.

ب-2/ التدليس:

عرف الفقه التدليس بأنه حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد وقد اتجه القضاء الفرنسي بداية من منتصف القرن الماضي إلى اعتبار مجرد الكتمان تدليسا، مما يؤدي إلى الإبطال استنادا إلى نص المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي[1] وقد نقل مشرعنا الجزائري هذا الاجتهاد في نص المادة 02/86، لكنه اكتفى باعتبار النص يسري على العنصر الموضوعي للتدليس والمتمثل في الطرق الاحتيالية وهي الكذب، الحيل، والكتمان.

والسبب في ذلك هو غياب حاجتنا إلى الإعلام، أما اليوم وقد تغير الحال فقد أصبح هذا الالتزام ضرورة أملاها واقع اقتصادي وقصور قانوني.

ب-3 / العلم الكافي بالمبيع:

تنص المادة 352 من القانون المدني[2] على ما يلي«: يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه».

---

[1]/- **الدكتور عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 318 وأنظر **الدكتور علي علي سليمان**، **نفس المرجع**، **ص 82** وأنظر في نفس الصدد كذلك **الدكتور علي فيلالي**، **نفس المرجع**، **ص 136** .

Et voir aussi le code civil français article 1116 ; « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.
Il ne se présume pas et doit être prouvé »

[2]/- أنظر أحكام المادة 352 من القانون المدني وأنظر **الدكتور خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4 ، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ص61.

ويتحقق العلم الكافي بالمبيع أما بالرؤية المادية له، أو لبيان أوصافه الأساسية فهو يقوم مقام الرؤية المادية، مما لا شك فيه أن الوصف الذي يتحقق به العلم الكافي يقوم به البائع بما يفترض فيه من علم ودراية بالمبيع لفائدة المشتري، وبما يفترض في هذا الأخير من جهل.

وكما ينصب الوصف على بيان المبيع وأوصافه، فإنه ينصب على طريقة استعماله ومكامن الخطورة فيه، مما يجعلنا أمام التزام بالوصف يمكن ترجمته إلى التزام بالإعلام يخول للمشتري حق رفع دعوى لعدم العلم الكافي[1].

ب-4 / قواعد المسؤولية التقصيرية.

يحدث أحيانا أن القاضي يحكم عن الضرر المتولد عن الإخلال بالالتزام بالإعلام طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، وذلك وفقا لنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي[2] التي تقابل نص المادة 124من القانون المدني [3]، مادام أن الخطأ ارتكب خارج إطار تنفيذ العقد فحكم القضاء بالتعويض حينما يحكم بالإبطال للغلط أو التدليس، وحكم به حتى في غياب حكم بالإبطال للعيبين .

ثانيا: بالنسبة لالتزام بالإعلام التعاقدي:

يقع الالتزام بالإعلام على عاتق الطرف الأكثر علما وخبرة اتجاه الطرف الأقل دراية وعلما بموضوع العقد حتى ولو كان مهنيا بدوره في مجالات أخرى، لأن عدم كفاءته في مجال تعاقده، وضعف معلوماته في هذا الميدان قد يفوت عليه فرصة الاختيار الواعي بمحل العقد فيأتي الالتزام التعاقدي بالإعلام من أجل تسهيل تنفيذ العقد[4].

---

[1]/- **الدكتور علي فيلالي**، النظرية العامة للعقد، نفس المرجع، 136

[2]/- Voir l'article 1382 code civil français « la responsabilité délictuelle. »

[3]/- أنظر أكثر تحليل **الدكتور عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط، الجزء الأول، الرجع السابق، ص743 وأنظر **الدكتور علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 132** .

[4]/- **الدكتور محمد بودالي**، حماية المستهلك في القانون المقارن، المذكرة السابقة، ص67

يظهر الالتزام التعاقدي بالإعلام صورة الالتزام العام بالإعلام أثناء مرحلة تنفيذ العقد، لذلك لا يكتمل دراسة هذا الالتزام العام ما لم تقرن بدراسة الالتزام التعاقدي بالإعلام[1].

أ/- أصل الالتزام التعاقدي بالإعلام.

ينشأ الالتزام التعاقدي بالإعلام بمناسبة كل عقد على حدا، فهو اقرب إلى الالتزامات العقدية العادية، ويعتبره بعض الفقه، مجرد التزام تبع يسمح بحسن تنفيذ الالتزامات القانونية الأصلية.

الأمر الذي اقتضى تخصيص التزام بالإعلام المتعاقد الآخر، بصرف النظر فيما إذا كانت عقود إذعان أو ينتفي هذا الوصف عنها، ويؤكد هذا القول الطبيعة الخاصة لعقود الاستهلاك التي تؤدي إلى التعاقد بدون تمكين المستهلك من الاطلاع على المعلومات التي يمكن أن تؤثر في توجيه إرادته، نظرا لعدم خبرته وللمركز القوي الذي يحتله المتعاقد الآخر، والثقة التي يوليها إياه المستفيد المستهلك. [2]

ب/- الطبيعة القانونية للالتزام التعاقدي بالإعلام.

بقي أن نبحث مسألة أخرى لها جانب كبير من الأهمية، ويتعلق الأمر بطبيعة الالتزام التعاقدي بالإعلام، فيما إذا كان التزاما ببذل عناية أم أنه التزاما بتحقيق نتيجة.

وتكمن أهمية تقسيم الالتزامات إلى التقسيم المذكور أعلاه في تحديد المتعاقد الذي يقع عليه عبء الإثبات، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة فإن مسؤولية البائع أو المنتج أو ...تقوم بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة، أما إذا كان الالتزام هو التزام ببذل عناية فإن المسؤولية لا تثبت إلا إذا اثبت المستهلك أن عدم تحقق النتيجة يرجع إلى المدين الذي لم يبذل العناية المطلوبة، وهي عناية الرجل العادي.[3]

---

[1]/- **جرعود الياقوت**، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص36 .

[2]/- **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 378.

[3]/- **السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، المرجع السابق، ص 105 .و **أنظر بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 96.

ب-1/الالتزام التعاقدي بالإعلام التزاما ببذل عناية.

يرى جانب من الفقه أن الالتزام التعاقدي بالإعلام، ما هو إلا التزاما ببذل عناية، فالبائع أو المتدخل بصفة عامة لا يتحكم في نتيجة المعلومات التي يقدمها، ولا يستطيع أن يلزم المشتري بإتباعها، بل يتعهد فقط ببذل كل ما يستطيع، لأجل إحاطته علما بالبيانات والمعلومات ولا يتعهد بأكثر من ذلك، لأنه مهما بلغ الحرص المتدخل على وضوح المعلومات فإنه لا يكفي لتحقيق النتيجة المنتظرة بل يتوقف الأمر على مدى استجابة الطرف الآخر والتزامه بذلك[1].

ولقد استند أصحاب هذا الرأي في تأكيدهم لهذا المعنى على العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي[2] منها:

- ما قررته محكمة النقض بتاريخ 12 /11 /1977في صدد مورد أجهزة الإعلام الآلي فالمورد ملزما بتحقيق نتيجة حسب هذا القرار القضائي.

- كذلك قرار محكمة النقض عندما ذهبت إلى القول أن البائع المحترف يلزم فيما يتعلق بالأضرار التي يلحقها الشيء المبيع للمشتري بتحقيق نتيجة.

[1]/- **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، المرجع السابق، ص375 .

[2]/- Yaya MENDY ; Obligation d'information du vendeur: étendue et sanctions ; article juridique publier le 04/05/2015,p03 voir le lien suivant: http://www.legavox.fr/blog/yaya-mendy/obligation-information-vendeur-etendue-sanctions-17789.htm#.Vf2aRX2ni1w « En effet, selon la Cour de cassation « tout vendeur d'un matériel doit, afin que la vente soit conclue en connaissance de cause, s'informer des besoins de son acheteur et informer ensuite celui-ci des contraintes techniques de la chose vendue et de son aptitude à atteindre le but recherché ». (**Cass. com., 1er décembre 1992, pourvoi n° 90-18238**) ».

« Ainsi, commet une faute, le fabricant qui ne s'est pas renseigné auprès de son client sur l'usage auquel celui-ci destinait les produits dont la fabrication lui était commandée. (**Cass. com., 14 novembre 1977, pourvoi n° 75-15185**) ».

ب-2/ الالتزام التعاقدي بالإعلام التزاما بتحقيق نتيجة.

رغم أن غالبية الفقه ذهب إلى اعتبار الالتزام التعاقدي بالإعلام مجرد التزام بوسيلة إلا أنه يوجد من الفقه من يرى أن هذا الالتزام أقوى من أن يكون مجرد التزاما لبذل عناية، بل هو التزام بتحقيق نتيجة أو غاية.

وينطلق أصحاب هذا الرأي في تحديد طبيعة الالتزام بالنظر إلى ما هو مطلوب من المدين، فيما إذا كان ملزم بنقل بيانات معينة إلى الدائن (المستهلك)، أم عليه فقط إفهام هذا الأخير هذه البيانات، وعليه أن يستعمل هذه البيانات استعمالا صحيحا.[1]

إن المتدخل سواء كان منتجا أو بائعا أو موزعا فهو ملزم بنقل معلومات معينة إلى المستهلك، لأنه يعلم أو كان من المفروض أن يعلم ببيانات تخص الشيء المنتوج الذي هو محل التعاقد ومدى أهميتها بالنسبة للمتعاقد معه (المستهلك)، لذلك يجب عليه أن يدلي بها.[2]

واعتبار هذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة، يمثل حماية للمستهلك، لأن فيه تخفيف لعبء الإثبات، كون هذا الأخير طرف ضعيف في مواجهة طرف قوي يملك العلم والدراية لتخصصه، الأمر الذي يحدث خللا في العلاقة العقدية، لذلك فما على المستهلك إلا أن يثبت عدم تنفيذ المتدخل لالتزامه فقط، دون حاجة لإثبات سوء النية.[3]

---

[1]/- **بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 97. وأنظر كذلك **جرعود الياقوت**، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، المذكرة السابقة، ص 40 .و أنظر كذلك **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 383 .و أنظر **السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، نفس المرجع، ص 110 .

[2]/- **جرعود الياقوت**، المذكرة السابقة، ص54 وأنظر كذلك **الدكتور محمد بودالي**، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق ص67 وأنظر **الدكتورة زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 139

[3]/- **الدكتور حسن عبد البسط جميعي**، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، المرجع السابق، ص 80 وأنظر **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 380 وانظر **الدكتور عادل قورة**، الحماية التشريعية للمستهلك، المرجع السابق، ص89

الفرع الثالث: مضمون الالتزام بالإعلام.

يمكن القول أن القضاء في تقريره الالتزام المتدخل، بإعطاء معلومات كافية عن المنتوج قد هدف إلى حماية المستهلك ليس بوصفه متعاقدا، وإنما بوصفه مستعملا لمنتوج معين يجهله .

وبناءا عليه، فإن مضمون هذا الالتزام هو المعلومات المقدمة للمستهلك، والتي تتيح له إمكانية اختيار منتوج يستجيب لرغبته ويشبع حاجاته

وقد نص المشرع الجزائري في المادة[1] 17 السالفة الذكر من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على وجوب إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج، إلا أنه يبدو غير مناسب إطلاق الالتزام بهذه الصورة، إذ قد يستحيل عملا، خاصة في ظل تعدد وتنوع المعلومات كما أنه في الوقت ذاته ووفقا لجانب من الفقه، فإنه لا يمكن أن يلزم المتدخل بتقديم معلومات يفترض علم المستهلك بها.

ورغم الصعوبة الظاهرة في تحديد مضمون هذا الالتزام إلا أن الفقه درج على وضع تصنيف معين له ويتعلق الأمر بالحالة المادية بالمنتوج، طريقة استعمال المنتوج، مكامن الخطورة في المنتوج والإعلام حول حفظ المنتوج.

أولا: الإعلام حول الحالة المادية للمنتوج.

تمثل الحالة المادية للمنتوج وجه الحث على التعاقد، لأن المستهلك في غالب الأحوال، يقدم على التعاقد استجابة لما تطابق مع رغبته من أوصاف مادية للمنتوج وعلى ضوء هذه الأهمية البالغة للحالة المادية للمنتوج، فإنه يجب على المتدخل الإدلاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بعناصر وخصائص الشيء محل التعاقد، غير أن هذا القول ينطبق في الحقيقة على المنتوج المادي، أما المنتوج غير المادي ما تضمن جانب الخدمات فإن الإعلام فيها يبدو صعبا من ناحية تقديمها أو تقديرها بالنظر إلى الطبيعة المعنوية لها وهذا لا يعفي مقدميها من الإعلام، وإنما يكون الإعلام فيها عن طريق بيان درجة جودتها.

[1]/- أنظر المادة 17 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .

أ/- الإعلام حول عناصر وخصائص المنتوج.

لا يكفي الإعلام باتخاذ موقف إيجابي فحسب، بل بالامتناع يأخذ كذلك صورة الموقف السلبي، فأما ما يتعلق بالشق الإيجابي في الإعلام فنجد المشرع الجزائري كرس الالتزام بالإعلام في مجموعة من الخصائص والعناصر في المنتجات، هذا بموجب المادة 10[1] من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، حيث جاء نصها كما يلي: « يجب على كل متدخل احترام إلزامية امن المنتوج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص مميزاته وتركيبه وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته ...»

وهذا الأمر ليس بجديد بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص عليه في القانون السابق رقم 02-89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك في المواد: 02 و03 /01 والمادة 21.[2]

يلاحظ بأن المشرع الفرنسي كان أكثر صراحة عندما نص في المادة 02/111[3] من القانون حماية المستهلك « كل محترف بائع لأموال أو مقدم لخدمات، يجب عليه قبل إبرام العقد أن يضع المستهلك في وضع يسمح له بمعرفة الخصائص الأساسية للمال أو الخدمة » .

والوسيلة المناسبة في الإعلام في هذا الشأن هي الوسم، والتي تعد أهم وسيلة إعلام حول خصائص المنتجات، لهذا أطلق عليها البائع الصامت.[4]

---

[1]/- أنظر المادة 10 من القانون 03/09 .

[2]/- أنظر المادة 02و 01/03 والمادة 21 من القانون السابق لحماية المستهلك 02/89 على سبيل المقارنة .

[3]/- Voir l'article L 111/02 du code de consommation. Français: « Tout professionnel vendeur de bien ou prestataire de service doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du service »

[4]/- أنظر في هذا **الدكتورة زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 145 وأنظر **محمد بودالي**، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 74.

وعلى عكس الشق الايجابي فان الشق السلبي في الإعلام يعتبر التزام أخر على المتدخل مضمونه الامتناع عن استعمال أية علامة أو تسمية خيالية، أو أية وسيلة تكون من شأنها أن توقع المستهلك في غلط فيما يخص تركيبة المنتوج أو مقدار عناصره أو نوعيته .[1]

وذهبت محكمة النقض الفرنسية[2] إلى تقرير مسؤولية شركة منتجة لمواد عازلة استعملت في تغطية جوانب المصنع عن الأضرار التي لحقت بصاحب هذا المصنع بسبب انهياره بعد 6 أشهر من إنشائه، نتيجة نشوب حريق ضخم ساعد على قابلية المادة للاشتعال، بسبب امتناع هذه الشركة عن تبيان قابلية المادة للاشتعال.

ب /- إعلام المستهلك بجودة الخدمات:

رغم الفروق الظاهرة بين المنتوج والخدمة إلا أن المشرع ساوى بينهما بمقتضى نص المادة 10/03[3] من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، فإن ضمان خدمة مطابقة لرغبة المستهلك[4] لا يمكن أن يقوم إلا على أساس اختصاص وجدية الخدمة، فالإعلام في الخدمة ينصب على مقدمها، ليصبح هو ذاته محل اعتبار شخصي، لأنه من المفروض كل من يتعامل مع غيره على شيء منتوج أو خدمة يكون على علم بكل المعلومات الجوهرية التي تخص هذا الشيء أو هذا العمل.

ثانيا- الإعلام حول طريقة استعمال المنتوج.

في ظل التطور العلمي والتكنولوجي، واكتساح الأسواق بسلع وخدمات جديدة ومعقدة يجد الإعلام حول طريقة استعمال المنتوج أهميته الخاصة والبالغة.

---

[1]/- **زوبة سميرة**، الحماية العقدية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004-2005، ص 77.

[2]/- Le délai pour agir est de cinq ans à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer (article 2224 du code civil français).

[3]/- أنظر المادة 03 الفقرة 10 من القانون 03/09 .

[4]/- أنظر المقال **الأستاذة كريمة بركات**، التزام المنتج بإعلام المستهلك، مجلة المعارف، العدد السادس، كلية الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند ولحاج، البويرة،، 2009، ص151

فالمستعمل وفي أغلب الأحوال يتعذر عليه الإحاطة علما بالاستعمال الصحيح للمنتوج، لأن تبيان طريقة الاستعمال من ملحقات التسليم، حتى أنه يوجد من الفقه من يعتبر أن المنتج عادة ما يرفق تسليم المنتوج ببيان أو وثيقة أو دليل للاستعمال، فاستعمال المنتوج على النحو المعد له والحصول على الفائدة المرجوة مرتبط بمدى إعلام المتدخل حول طريقة الاستعمال.

وإن كان هذا الالتزام لا ينحصر على طائفة معينة، بل يمتد ليشمل مختلف المنتجات لكن أهميته تزداد خاصة بنسبة للمنتجات ذات الصلة الوثيقة بالصحة والأجهزة ذات التقنية العالية والمعقدة.[1]

بند أ/– المنتجات ذات الصلة الوثيقة بالصحة :

يمكن القول أن المنتجات الصيدلانية والمواد الغذائية والكيماوية من المنتجات الأكثر استعمالا، إذ لا يمكن الاستغناء عنها لارتباطها الوثيق بصحة الإنسان وسلامته.

أ –1/– المنتجات الصيدلانية:

تتمثل المنتجات الصيدلانية في الأدوية والأدوات والآلات الصيدلانية ويتمثل الالتزام في مايلي:

*** مجال الأدوية :**

يعد الدواء المجال الخصب لالتزام المتدخل حول طريقة استعمال المنتوج، فالمستهلك المريض يكون في اغلب الأحوال بحاجة ماسة إلى بيان طريقة الاستعمال، وتعرف المادة 170 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم [2] الدواء بأنه كل مادة أو تركيب يعرض من كونه يحتوي على خاصية علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية، وكل المواد التي يمكن تقديمها للإنسان أو الحيوان، قصد القيام بالتشخيص الطبي أو استعادة وظائفها أو تصحيحها أو تقديمها .

[1]/– أنظر **عليان عدة**، المرجع السابق، ص44

[2]/– المادة 170 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم (ج ر العدد08 ، الصادر بتاريخ 17 فيفري 1985)

وتبين المادة 171 من نفس القانون المذكور أعلاه[1] المواد التي تدخل في مفهوم الأدوية ويتعلق الأمر بما يلي:

-مواد النظافة ومنتجات التجميل التي تشتمل على مواد سامة بمقادير وكثافة تفوق ما يحدد بقرار الوزير المكلف بالصحة.

-المواد الغذائية الحيوية أو المخصصة للتغذية البشرية أو لتغذية الحيوان التي تحتوي على مواد غير غذائية تمنحها خاصيات مقيدة للصحة البشرية.

لا يختص ببيع هذه المواد أي إنسان كالتاجر مثلا، بل الصيدلي وحده هو المختص والذي له صلاحية تقديم معلومات وإرشادات حول طريقة الاستعمال عند تسليم الدواء للمريض، كما له أن يرفض تسليمه لهذا الأخير إذا رأى احتمال حدوث خطر به.

يلتزم الصيدلي بأن يعلم المريض بكل دقة بالبيانات الضرورية والمقيدة في استعمال الدواء، لأن الخطأ في تناوله سواء بالإسراف فيه أو التقليل منه، يمكن أن تترتب عنه أضرار جسيمة بصحة المريض، ويكون ذلك في الإعلام حول الجرعة المقررة خصوصا لما يتعلق الأمر بأحد الأدوية التي تحتوي على مواد سامة، وقت ملائم، النظام الغذائي الواجب إتباعه، فالمادة 181[2] من القانون 05/85 تنص على أنه لا يمكن استعمال الدواء إلا بناءا على وصفة طبية، غير أنه قد تستعمل دون وصفة في حالات محددة بعينها.

*** مجال الأدوات والآلات الصيدلانية.**

إذا كان المنتوج الصيدلاني عبارة عن أداة أو آلة صيدلانية معقدة الاستخدام، فإن الصيدلي ملزم بتقديم العون اللازم لتمرين أو تدريب المستهلك – خلال مدة كافية – على استعمال الآلة، وذلك قياسا على التزام المتدخل أو البائع خصوصا بتقديم المساعدة الفنية للمشتري إذا كان المبيع يتسم بالتعقيد، فالتزام البائع لا يقتصر على التسليم ولكن يتعداه إلى تقديم العون الفني والتقني .

[1]/- أنظر المادة 171 من القانون 05/85 .

[2]/- أنظر المادة 181 من القانون 05/85 .

أ-2/- الأدوات والآلات الصيدلانية.

إذا كان المنتوج الصيدلاني عبارة عن أداة أو آلة صيدلانية معقدة الاستخدام، فإن الصيدلي ملزم بتقديم العون اللازم لتمرين أو تدريب المستهلك – خلال مدة كافية – على استعمال الآلة، وذلك قياسا على التزام المتدخل أو البائع خصوصا بتقديم المساعدة الفنية للمشتري إذا كان المبيع يتسم بالتعقيد، فالتزام البائع لا يقتصر على التسليم ولكن يتعداه إلى تقديم العون الفني والتقني .

ب/- المواد الغذائية والمنتجات الكيماوية.

تنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 05- 484 [1]، المؤرخ في 22 ديسمبر2005 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 367/90 والتي تنص علي ما يلي :" يتضمن وسم السلع الغذائية ...طريقة الاستعمال. "وذلك بالنظر إلى ما تحتويه هذه المواد من مركبات، يمكن أن تحدث أضرارا بالمستهلك، خاصة بالنسبة للذين يعانون من حساسية.

بند ب /-الأجهزة ذات التقنية العالية والمعقدة.

تزداد أهمية الالتزام بالإعلام حول طريقة استعمال المنتوج يوما بعد يوم، خاصة في ظل انتشار منتجات معقدة، وآلات ذات تقنية عالية كالكمبيوتر، وبعض الأجهزة الكهربائية المختلفة[2].

---

[1]/- المرسوم التنفيذي رقم 05- 484 المؤرخ في 22 ديسمبر2005 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 367/90 أنظر الجريدة الرسمية العدد83 بتاريخ 2009/12/25.

وأنظر في نفس الصدد :مقال الدكتورة زاهية حورية سي يوسف، خصوصية شروط مسؤولية منتج الدواء البشري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية. كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول،2010 ، ص135 وأنظر **قونان كهينة**، ضمان السلامة من أضرار المنتجات الخطيرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2010 ، ص.116

[2]/- **الدكتورة زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق ص 158. **وأنظر عبد الكريم جواهرة**، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2000 ، ص42.

أصبح المستهلك العادي يصعب عليه التعرف على كيفية استعمال هذه المنتوجات، في هذه الحالة فإن الالتزام لا يقتصر على مجرد تقديم نشرة يبين فيها كيفية استعمال أو تشغيل منتوج بل يكون أوسع نطاقا إذ يجب عليه أن يستعلم من المستهلك عن أغراض الاستعمال التي يسعى إلى تحقيقها التي من أجلها أقدم على اقتنائها، وأن يبين له كافة أوجه الاستعمال الممكنة للجهاز .

تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية[1] بمسؤولية المنتج بالتضامن مع البائع في مواجهة المشتري بالنظر إلى ما تسببت فيه المواد الخطيرة .

وكذلك قضت محكمة فرنسا[2] أنه يجب على المورد أجهزة المعلوماتية الاستعلام عن احتياجات المستهلك حتى يقدم له الجهاز الملائم لهذه الاختيارات لاسيما أن المستهلك غالبا ما يكون قليل الخبرة.

ثالثا: الإعلام حول مكامن خطورة المنتوج.

لا يقف التزام المتدخل عند حد إعلام المستهلك حول طريقة استعمال المنتوج – على النحو الذي بيناه سالفا – بل يتوجب عليه إلى جانب ذلك أن يعلمه بكافة مكامن الخطورة في المنتوج التي تنجم عن استعماله أو حيازته وتكون خطورة المنتوج مرتبطة بطبيعة هذا الأخير، فلا يمكن أن ينتج إلا خطرا حتى يفي بالغرض المقصود وإما لأنه يحمل في طياته أو بين عناصره مسببات الخطر، الذي ما يلبث أن يظهر بمجرد اتصال عناصره وتفاعلها مع العوامل الخارجية التي تؤثر فيه ويصبح منتجا خطيرا.

---

[1]/- Yaya MENDY ,op.cit, p 05 « Si la chose vendue est dangereuse, à l'obligation d'information, s'ajoute un devoir de mise en garde. En effet, selon la Cour de cassation, le fabricant d'un produit doit fournir tous les renseignements indispensables à son usage et notamment, avertir l'utilisateur de toutes les précautions à prendre lorsque le produit est dangereux »

[2]/- Yaya MENDY ,op.cit, p **05 «** *En effet, selon la Cour de cassation «* l'obligation de conseil à laquelle est tenu le vendeur lui impose de s'informer des besoins de l'acheteur et d'informer son client de l'aptitude du matériel proposé à l'utilisation qui en est prévue ». ***(Cass. civ. 1ère, 5 décembre 1995, pourvoi n° 94-12376)***

وبناءا على ما تقدم يختلف الإعلام، فيكون الإعلام بالتنبيه إلى الأخطار في حالة المنتوج الخطير بطبيعته، ويكون الإعلام حول الاحتياطات الواجب مراعاتها في حالة المنتوج الحامل لمسببات الخطر .

بند أ /– الإعلام بالتنبيه إلى أخطار المنتوج.

يجب على المتدخل تنبيه المستهلك للأخطار التي يمكن أن تترتب على الاستعمال الخاطئ للمنتوج، والحالات التي لا يجب فيها استعماله، والاستعمالات التي لا تتفق مع طبيعته. [1]

وتمثل مواد التنظيف أو المبيدات الحشرية، والمواد القابلة للاشتعال من أهم المواد التي لا يمكن إلا أن تنتج خطرا حتى تفي بالغرض، ولقد صدرت في هذا الشأن عدة أحكام قضائية منها ما قضت به محكمة النقض الفرنسية[2] لمسؤولية الموزع لمادة تستخدم في تطهير أماكن تربية الطيور، لما قد تسببه من ضرر على الجلد للمستعمل، فقررت المحكمة أنه حتى ولو لم يكن الصانع قد أشار في نشرته أن هذه المادة قابلة لخلق مرض الحساسية الجلدية وتسبب كذلك مخاطر على مستوى العينين إلا أنه كان يجب عليه بسبب خبرته أن يبين كافة مخاطر هذه المادة للمشتري.

بند ب /- الإعلام حول الاحتياطات الواجبة الاتخاذ.

ينبغي على المتدخل خاصة المنتج أن يوضح للمستهلك الاحتياطات الواجب مراعاتها عند حيازته للمنتوجات الخطيرة أو أثناء استعماله إياها، عن طريق إمداده بكل التدابير الواجب اتخاذها للحيلولة دون ظهور الأخطار الكامنة فيه وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية بائع

[1]/– **الدكتورة زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق ص163 وأنظر **مقال الدكتورة زاهية حورية سي يوسف**، خصوصية شروط مسؤولية منتج الدواء البشري، ص 137.

[2]/- Yaya MENDY ,op.cit,p6 « Dès lors, méconnaît cette obligation le fabricant d'un produit antiparasitaire qui n'avait pas signalé le grave danger que présentait ce produit pour les yeux. En outre, la simple recommandation portée sur la notice d'utilisation, d'éviter « *un contact prolongé avec la peau* », n'est pas suffisante, nous dit la Cour, pour mettre en garde les utilisateurs contre ce danger particulier et les inciter à prendre des précautions spéciales pour la protection des yeux. » (**Cass. civ. 1ère, 14 décembre 1982, pourvoi n° 81-16122**

حيوان (نوع من الفأران تم بيعه مخصص لتربية داخل المترل)و الذي لم يتم إعلام المشتري أن هذا الحيوان المقتنى من المحتمل أن يكون ناقل للأمراض للإنسان.[1]

المطلب الثالث: المفهوم الرقمي للمستهلك .

إن حاجة المستهلك إلى السلع والخدمات الضرورية التي تقدم عبر شبكة الإنترنت كالخدمات السياحية، والمصرفية والتأمين، وغيرها، تدفعه إلى الإقبال عليها وإبرام التصرفات من خلال شبكة الإنترنت، وغالباً ما يفتقد المستهلك إلى الخبرة والدراية والمعرفة في مجال تقنية تكنولوجيا المعلومات - لاسيما شبكة الإنترنت - الأمر الذي يدفعه إلى الدخول في علاقات من خلال مواقع إلكترونية وهمية وبالتالي تعرضه للاحتيال والخداع، خاصة أنه الطرف الأقل خبرة ودراية في المعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت.

ومن المعروف أيضا أن المستهلك هو الطرف الأضعف في المعادلة الاقتصادية، وبالتالي كان لابد من تمكينه من الحصول على الفائدة المثلى من موارده المالية وحمايته من كل ما من شأنه الإضرار بمصالحه الاقتصادية، التي تتأثر بشكل مباشر عند تخلف أي عنصر من عناصر السلعة المنوي حيازتها والانتفاع بها بشكل يوازي الثمن الذي قام بدفعه كمقابل لها.

وهناك أسباب تدعو أيضا إلى حماية إرادة المستهلك من أية ضغوط قد تمارس عليه، وتدفعه إلى التعاقد من دون توافر رغبة حقيقية لديه للتعاقد وتدفعه إلى شراء السلعة أو الخدمة من دون أن يكون بحاجة فعلية لها، كالضغوط التي تمارس من خلال الإعلانات التجارية سواء تلك التي تتم بصورة تقليدية أو عبر شبكة الإنترنت، وبما تحتويه من وسائل حث على التعاقد وأساليب الإغراء والمبالغات

[1]/- **الدكتورة زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق ص163

Et voir Yaya MENDY,op.cit,p7 « De même, le vendeur, en tant que professionnel, avait manqué à son obligation d'information en ne portant pas à la connaissance de l'acheteur, qui n'avait ni connaissance ni conscience, du risque de maladie dû à l'achat d'un rat domestique. (**Cass. civ. 1ère, 14 mai 2009, pourvoi n° 08-16395**)" »

التي تحتويها تلك الإعلانات، هذه الأسباب وغيرها هي التي دعت مختلف التشريعات المقارنة [1] إلى وضع نصوص قانونية تهدف إلى حماية المستهلك سواء التقليدي أو الإلكتروني، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

الفرع الأول: مفهوم المستهلك الرقمي ومبررات حمايته من المنظور التقني

بعد اتساع مستخدمي الإنترنت في العالم، بدأ يتبلور مفهوم الحماية الإلكترونية للمستهلك، والذي يعني الحفاظ على حقوق المستهلك وحمايته من الغش أو الاحتيال أو شراء بضائع مغشوشة باستخدام أدوات شبكة الإنترنت التي تستطيع الوصول إلى كل مكان، وتمارس تأثيرًا يتجاوز أحيانًا الأدوات التقليدية في الواقع فمبررات حماية المستهلك من منظور تقني تتلخص في افتقار المستهلك إلى التنوير المعلوماتي التقني، وحاجة المستهلك إلى الخدمات الإلكترونية، والتي تنبع من التطور الحديث في وسائل التسوق والاتصال، أضف إلى ذلك مدى تأثير التطور الحديث في شبكة الإنترنت على المستهلك.[2]

أولا: مفهوم المستهلك نتيجة التطورات الحديث.

عندما أصبحت أجهزة الحاسوب أكثر قوة في أواخر الثمانينيات زاد استخدام الشركات التجارية لها لإنشاء شبكاتها الداخلية الخاصة، وبالرغم من أن هذه الشبكات كانت تتضمن برامج البريد الإلكتروني الذي يستطيع المستخدمون استخدامه في إرسال رسائل كل منهم للآخر إلا أن هذه الشركات عملت على أن يكون موظفيها قادرين على الاتصال مع الناس خارج نطاق شبكة

---

[1]/- **الدكتور محمد عمر عبد الباقي**، مرجع سابق، ص190 **وأنظر الدكتور .حميش عبد الحق"**حماية المستهلك الالكتروني"ورقة بحثية قدمت لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية 12مايو 2003 م، كلية الشريعة والقانون.جامعة الإمارات العربية المتحدة.ص11

[2]/- **الدكتور حداد العيد**، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، مداخلة مقدمة ضمن إعمال المؤتمر ألمغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون الذي نظمته أكاديمية الدراسات العليا بطرابلس، ليبيا، بتاريخ 27-30 اكتوبر 2009، طرابلس (ليبيا)،2009، ص4

شركتها، ففي أوائل التسعينيات ظهر ما يسمى بشبكة الإنترنت، وظهرت العديد من التقنيات، والأدوات والوسائل التي أسهمت في تطوير هذه الشبكة.[1]

ويمثل التطور التقني في هذا الجانب واقعًا علميًا يأتي كل لحظة بالجديد، مما ينبغي أن يقود إلى تحسين الروابط التجارية بين المتدخل والمستهلك بهدف الحصول على أفضل أداء للممارسات التجارية الإلكترونية، غير أن الجانب السلبي لهذا التطور التقني يتجسد في قهر المستهلك بطريقة تبدو عدائية، مما ينبغي أن يؤثر على الوصف القانوني لعقد التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت مقارنة بالبيع الذي يتم في موطن ومحل إقامة المستهلك ويتمثل ذلك في عدم قدرة المستهلك على معاينة المبيع بطريقة حقيقية، أو الالتقاء مع المتدخل في مجلس عقدي تقليدي[2].

فمن هذا المنظور تكمن أهمية توفير الحماية للمستهلك لأنه الطرف الضعيف في التعاقد بينما المهنيون في مركز القوة في مواجهة المستهلكين، وأيضا لأنه في المعاملات الإلكترونية يكون التعاقد عن بعد ولا يكون المنتج محل التعاقد بين يدي المستهلك، ونظراً للمخاطر الكبيرة التي تنطوي عليها العملية الاستهلاكية في جميع مراحلها ولوقاية المستهلك من مخاطر ما يقتنيه من سلع وخدمات ولوقايته من شر الوقوع ضحية لترعته الاستهلاكية، لذلك وجب على القانون أن يتعرض لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية لاستخراج الآليات اللازمة لإعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية بما يرفع ضرر والخطر عن المستهلك، وليس ذلك على المستوي الوطني فقط بل أن المعاملات الإلكترونية ولأنها في الغالب تكون معاملات دولية تتم عن طريق شبكة المعلومات الدولية الإنترنت لا تعرف الحدود ومن ثم فهي تمتد لتشمل كافة أرجاء المعمورة مما يستدعي توحيد النظام القانوني الدولي بهدف التنسيق بين المراكز القانونية للمتعاقدين واتساع نطاق الحماية القانونية

[1]/- أنظر **الدكتور أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 169

[2]/- أنظر **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الجامعية الإسكندرية، مصر، 2007، ص 81

للمستهلك، ومن هنا تظهر أهمية التعريف بالمستهلك الرقمي والعملية الاستهلاكية التي تتم عبر الانترنت قبل أن نبين ما هي الضمانات الواجب توفيرها له[1].

1/- تعريف المستهلك الالكتروني :

فالمستهلك الإلكتروني هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء وأيجار وقرض وانتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها كل ذلك على شبكة النات [2].

ومن هذا المنظور، ينبغي الإشارة بصفة خاصة إلى الإرشادات والتوجيهات لضمان حماية المستهلك الإلكتروني أو ما يطلق عليه ب Cyber consommateur الصادرة عن L'OCDE[3] في9 ديسمبر1999، ليس لهذه الإرشادات قوة إلزامية، ولكنها تسعى ببساطة لتشجيع الجهود المبذولة من قبل ممثلي المستهلكين وإبراز أهمية التعاون بين الحكومات والمشروعات والمستهلكين على الصعيد الوطني والدولي.

ثانيا: مبررات الحماية من المنظور التقني .

1/- حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات التجارية الإلكترونية

تكون الأعمال التجارية الإلكترونية[4] بصفة عامة مسبوقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان عبر شبكة الإنترنت أو أي وسلة إلكترونية أخرى، ولا شك أن الإعلان أصبح من أهم آليات النشاط

---

[1]/- **الدكتور حداد العيد**، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص5

[2]/- أنظر **الدكتور أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 172 وأنظر **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006 ، ص15 .

[3]/- Organisation de coopération et de Développement économiques, JOF (L) n°144, du 4 juin 1997

[4]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، الدار الجامعية، مصر2007 ، ص 79

التجاري في المنافسة وتحقيق الربح عبر الشبكات الإلكترونية، لذلك نتطرق إلى مفهوم الإعلان الإلكتروني الموجه إلى المستهلك وطبيعته القانونية ثم نتطرق للوسائل والطرق لحماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية.

فرع أ /– مفهوم الإعلان الإلكتروني الموجه إلى المستهلك وطبيعته القانونية

إن الإعلان الإلكتروني الموجه للمستهلك ما هو إلا نتاج عقد أبرم بين طرفين هما [1]المعلن ووكالة الإعلان، ويعد عقد الإعلان الإلكتروني من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر الإنترنت أو أي وسيلة إلكترونية أخرى، وهو ينشأ شأنه في ذلك شأن سائر العقود بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين لطرفيه المعلن ووكالة الإعلان، وهو من العقود الرضائية فليس هناك شكل محدد لهذا العقد، فلم يُشترَط شكل معين لإبرامه، كما لم تسن التشريعات[2] المختلفة تنظيمًا خاصًا له، لذلك فهو من العقود غير المسماة .

فرع أ /1– مفهوم الإعلان التجاري الإلكتروني

يعرف الإعلان بأنه " كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيًا على الجمهور تحقيقًا لغايات تجارية [3]"، ويعرف كذلك بأنه عبارة عن " مجموعة من الجهود غير الشخصية التي تهدف إلى توجيه انتباه أفراد المجتمع إلى سلعة، أو خدمة محددة لحثهم على شرائها، أو طلبه ا، أو هي عبارة عن أنواع الأنشطة المختلفة التي يتم من خلالها نشر، أو إذاعة الرسائل الإعلانية المرئية .أو المسموعة على أفراد المجتمع بهدف حثهم على شراء السلعة، أو الخدمة المعلن عنها" ويلاحظ من التعريفات السابقة أن الإعلان هو كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على جمهور المستهلكين، بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن تحققه من فوائد، بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك،

[1]/– **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، نفس المرجع، ص 83

[2]/– أنظر **الدكتور الفضل منذر الفتلاوي، العقود المسماة** .الطبعة الثانية، دار الثقافة، الأردن، 1996. ص118

[3]/– **الدكتور أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 183 وأنظر **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006 ، ص 20

ولا يختلف الإعلان الإلكتروني عن الإعلان التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة سواء أكانت هذه الوسيلة من خلال الإنترنت، أو غيرها من الوسائل الإلكترونية كالهواتف الذكية[1].

هذا وتنقسم الإعلانات إلى أنواع مختلفة، منها إعلانات بحسب الهدف منها أو حسب المنطقة الجغرافية التي يغطيها، أو حسب نوعية نشاط المعلن، أو حسب الأداة المستخدمة، أو حسب السلعة والخدمة محل الإعلان.

ومن التطبيقات العملية على الإعلان الإلكتروني، الإعلانات المختصرة عبر الإنترنت، فعند فتح صفحة الإنترنت من خلال شاشة الحاسوب، قد تظهر بعض عناوين بعض المواقع التجارية على صفحة الإنترنت[2]، حيث يتم الدخول إلى أي عنوان من العناوين المعروضة بشكل مباشر، وتظهر هذه الإعلانات أعلى صفحة محركات البحث عشوائي أو بمظهر ثابت[3]، ومن أنواع الإعلانات الإلكترونية أيضًا الرسائل القصيرة التي يتم إرسالها إلى الهواتف النقالة للمستهلكين أو إلى البريد الإلكتروني، وقد تكون هذه الرسائل مصحوبة بالصوت والصورة .

وقد تناول محكمة النقض الفرنسية [4] الإعلان حيث حدده بأنه كل وسيلة معلوماتية تدفع المستعمل إلى تكوين مجموعة من التصرفات والتي ستعود عليه بفائدة سواء من خلال اقتناء منتوج أو الحصول على خدمة المعروضة.

---

[1]/- **الدكتور حداد العيد**، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص8.

[2]/- **الدكتور أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع السابق، ص154 وقد تناول بعض الفقهاء حماية المستهلك في مرحلة التفاوض، فهناك التزامات متبادلة تقع على عاتق الأطراف في التفاوض ومن هذه الالتزامات :الالتزام بمبدأ حسن النية، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون، والالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية، وهنا يلاحظ عدم التكافؤ ما بين الطرفين " المتدخل والمستهلك ."

أنظر أسامة أحمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني**، نفس المرجع، ص 180و 181.

[3]/- ومثال ذلك محرك البحث , Google وyahoo

[4]/- Voir dans ce sens **Yaya MENDY,** op.cit,p 8 « note sous Cass. 1ère civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.645, n° 04-17.578, n° 04-15.646, n° 04-15.890, JCP G 2007, II, 10056. »

Voir aussi dans le même sens Claire-Marie PEGLION-ZIKA ;thèse précité ;p240 « obs. sous Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, RDI 2008, p. 102. »

فرع أ /2- الطبيعة القانونية للإعلان الإلكتروني.

لا يعد الإعلان الموجه إلى المستهلك عبر شبكة الإنترنت إيجابًا وإنما دعوة للتفاوض أو للتعاقد، وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه[1]، وأشترط لذلك أن لا يتضمن الإعلان الشروط الجوهرية للتعاقد، فعرض السلع في واجهات المحلات التجارية دون بيان أسعارها لا يعتبر إيجابًا، كما أن عرض البضائع والخدمات عبر الإنترنت يشبه إلى حد كبير نافذة المتجر الحقيقي، فإذا تضمن عرض السلع والخدمات عن طريق الإنترنت ثمن المبيع يعد هذا العرض إيجابًا شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع بيان أثمانها، ففي الحالتين يتحقق للمستهلك رؤية الشيء المبيع سواء أكانت رؤية حقيقية بملء العين أم افتراضية داخل الموقع التجاري على صفحة الإنترنت من خلال شاشة الحاسوب[2].

فاعتبار الإعلان الإلكتروني الموجه إلى المستهلك دعوة للتفاوض أو للتعاقد، يكون من خلال عدم احتواء الإعلان على الشروط الأساسية للتعاقد، حيث أن بيان أسعار السلع عبر الإنترنت يعتبر إيجابًا، لأن بيان الأسعار هو من المعلومات الجوهرية في التعاقد.

وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض المصرية[3] باعتبار الإعلان عن فتح باب الحجز مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجابا بالبيع، كما قضت أيضًا بأن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات

---

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، نفس المرجع، ص84 وأنظر كذلك وأنظر **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 385 وانظر **الدكتور عادل قورة**، الحماية التشريعية للمستهلك، المرجع السابق، ص92 .

[2]/- **الدكتور أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع السابق، ص164 وأنظر **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 40 .

[3]/- **الدكتور ممدوح خالد إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية** .مرجع السابق .ص 86 "قضت محكمة النقض المصرية بأن الإعلان الموجه إلى الجمهور الصادر من شركة النصر لصناعة السيارات عن فتح باب الحجز للسيارات التي تنتجها لا يعدو أن يكون دعوة للتعاقد، طلب حجز السيارة المقدم الموزعة هو الذي يعتبر إيجابا، أحكام النقض، القسم المدني، مجموعة المكتب الفني، ص 492 نقض مدني رقم 198 جلسة 12 سنة 1999.

الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات ليس إيجابًا، وإنما دعوة للتفاوض، فالإيجاب هو الاستجابة لهذه الدعوة، ويتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة لهذا الإيجاب.

ومما يجدر الإشارة إليه وعلى سبيل المقارنة، أن القانون المدني الأردني[1]، أوجب أن يكون الإعلان محددًا وواضحًا، حتى يعتبر إيجابًا كعرض الثمن، أما عند الشك فلا يعتبر الإعلان إيجابًا وإنما دعوة للتفاوض.

ويستنتج مما سبق أن الإعلان التجاري الإلكتروني الموجه إلى المستهلك قد يعتبر إيجابًا، وقد يكون دعوة للتفاوض أو للتعاقد، فإذا تضمن الإعلان الشروط الجوهرية والأساسية للتعاقد، أي تضمن عرض السلع والخدمات عن طريق الإنترنت ثمن المبيع، فإن هذا العرض يعتبر إيجابًا، فالإعلان الإلكتروني يجب أن يكون محددًا وواضحًا، أما عن اعتبار الإعلان الإلكتروني الموجه إلى المستهلك دعوة للتفاوض أو للتعاقد، فإن ذلك يتمثل في عدم احتواء الإعلان الإلكتروني على الشروط الأساسية للتعاقد، كبيان أسعار السلع والخدمات عبر الإنترنت، أي عند الشك في وضوح المعلومات الجوهرية عن التعاقد فإن الإعلان الإلكتروني لا يعتبر إيجابًا وإنما دعوة للتفاوض.

فرع ب /- قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية :

تقوم قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الإلكترونية على قاعدتين أساسيتين، الأولى تتعلق بإشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني، أما القاعدة الثانية فتتحدث عن منع الإعلان الإلكتروني المضلل.

[1]/- حيث نصت المادة 94 من القانون المدني الأردني على أنه " أ- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابًا ب -أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما دعوة إلى التفاوض"

فرع ب/ 1- اشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني

إن شرط وضوح الإعلان الإلكتروني[1] يعني أن يتضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة، والتي من شأنها خلق تفكير واع متبصر يعمل على تكوين إرادة واعية مستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد فالإعلان الإلكتروني يجب أن يكون واضح وغير غامض، بحيث يتم تزويد المستهلك بمعلومات واضحة عن المنتج، أو الخدمة المعروضة بما يسمح للمستهلك بإعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي وإدراك كاملين.

فرع ب /2- منع الإعلان الإلكتروني المضلل.

يعتبر الإعلان التجاري مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة، وعامل من عوامل التسويق وأداة من أدوات إعلام الجمهور بالمنتجات والخدمات وقد عرف بعض الفقه[2] الإعلان التجاري المضلل بأنه "الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك، أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك" ، كما عُرف أيضا بأنه " الإعلان المتضمن، معلومات تهدف إلى الوقوع في خلط وخداع فيما يتعلق بعناصر وأوصاف جوهرية للمنتج.

فالإعلان التجاري المضلل هو الذي يؤدي إلى خداع المستهلك من خلال تضمنه معلومات مغلوطة بعناصر وأوصاف جوهرية في المبيع.

---

[1]/- أنظر **الدكتور أحمد السعيد الزقرد**، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، **مجلة الحقوق**، العدد الرابع، .الكويت، 1995، ص144 وأنظر في نفس الصدد **الدكتورة سميحة القليوبي**، غش الأغذية وحماية المستهلك **.مؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة.** كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر1995 .. ص135

[2]/- أنظر **الدكتور إبراهيم ممدوح خالد، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية**، مرجع سابق، ص91 . وأنظر **الدكتور محمد السعيد رشدي**، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص.97 وما بعدها.

هذا ويلاحظ بأن التوجيه الأوروبي[1] الصادر في 10 سبتمبر 1984 من خلال المادة الثانية منه، عن الإعلان المضلل أو الخادع بأنه أي إعلان بأي طريقة كانت، يحتوي في طريقة تقديمه على أي تضليل لهؤلاء الذين يوجه إليهم الإعلان، كما نصت المادة الثالثة من التوجيه الأوروبي السابق على أن الإعلان المضلل يقع عن طريق إغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة المعلن عنها.

وعلى سبيل المقارنة، نجد قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة[2]2006 ، أوصى بضرورة حماية المستهلك من الوقوع في الخطأ، فقد نصت المادة السادسة على " كل مورد ومعلن إمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه، وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك، أو وقوعه في خلط أو غلط" ، ويستفاد من هذا النص أن المشرع المصري أوجد التزام على المعلن والمورد بإعلام المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة السلعة، وخصائصها بما يحمي المستهلك من تكوين اعتقاد غير صحيح أو مضلل، كما وضع المشرع المصري عقوبة جنائية على المعلن في حالة قيامه بتضليل المستهلك، أو ارتكاب أفعال تؤدي به إلى الوقوع في خلط أو غلط[3].

إلى جانب ذلك فإن وضوح الإعلان التجاري الإلكتروني يؤثر بشكل إيجابي على المستهلك، بحيث يكون على بينة من أمره عند التعاقد، فلا يتعرض المستهلك للإدعاء أو الإيهام بأن السلعة تتمتع بشهادة الجودة، وهي في حقيقة الأمر غير ذلك، بصورة مخالفة فان التصرف يجرم إذا الغرض من وراءه خداع المستهلك بحقيقة المبيع أو صفاته الجوهرية وكذلك من يحرض على استعمال

[1]/- Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse

[2]/- أنظر نص المادة 24 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة2006 .و أنظر في نفس الصدد **الدكتور محمد شكري سرور**، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المجلد الثاني، جامعة الإمارات العربية، أفريل 2008 ص.101 وما بعدها وأنظر **الدكتور عبد الحق حميش**، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، مايو 2003، المجلد الثالث، ص135 وما بعدها.

[3]/- **الدكتور محمد شكري سرور**، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.104 وأنظر كذلك **الدكتور عبد الحق حميش**، حماية المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص138.

منتجات غير مطابقة للمواصفات والمقاييس بواسطة نشرات أو إعلانات، من شأنها أن تدفع المستهلك للتعاقد معتقدا أن المعلومات هي صحيحة فيما يتعلق بطبيعة المنتج وخصائصه، وهذا بالطبع يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك[1].

الفرع الثاني: مبدأ الخصوصية وأثرها في حماية المستهلك على النات

أولا: مفهوم مبدأ الخصوصية

إن الحق في الخصوصية، أو كما يعرف في النظام اللاتيني بالحق في الحياة الخاصة، يعرف بحق احترام سرية وخصوصية الأشخاص من أي تدخل مادي أو معنوي، وهو حق عميق الجذور من الوجهة التاريخية، ففي الكتب السماوية ثمة العديد من الإشارات للخصوصية تنطوي على اعتراف بحماية الشخص من أن يكون مراقبا، وثمة حماية للخصوصية في الشرائع اليونانية والصينية القديمة.[2]

وقد طورت عدد من الدول حماية متقدمة للخصوصية بعد هذا التاريخ، ففي عام 1776سن البرلمان السويدي قانون الوصول إلى السجلات العامة والذي ألزم كافة الجهات الحكومية التي لديها معلومات أن تستخدمها لأهداف مشروعة.[3]

[1]/- **أنظر الدكتور إبراهيم ممدوح خالد، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية**، مرجع سابق، ص 98. وأنظر **الدكتور محمد السعيد رشدي**، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص.102 وأنظر على سبيل المقارنة **الدكتور علي محي الدين علي داغي**، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي، .الجزء الأول .الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2002ص 670 .

[2]/- **الدكتور عمرو أحمد حسبي**، حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.119. .

[3]/- **الدكتور محمد شكري سرور**، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.110

وفي سنة 1858 منعت فرنسا نشر الحقائق الخاصة وفرضت عقابا على المخالفين، أما قانون العقوبات النرويجي فقد منع في عام 1889 نشر المعلومات التي تتعلق بالشخصية والأوضاع الخاصة.[1]

وفي عام 1890 كتب محاميان أمريكيان[2] Samual Brandeis وWarren Louis مقالا عن حماية الخصوصية باعتبار الاعتداء عليها من قبيل الفعل الضار ووصف الخصوصية بأنها الحق في ترك الشخص وحيدا، وقد انتشر هذا المفهوم في الولايات المتحدة الأمريكية كجزء من القانون العام.

وفي العصر الحديث فان مفهوم الحق في الخصوصية ظهر في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[3] في سنة 1948 والذي كفل حماية الأماكن والاتصالات، كما أن العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان العالمية اعترفت بالحق في الخصوصية واتفاقية الأمم المتحدة كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية للعمال المهجرين واتفاقية الأمم المتحدة لحماية الطفولة وغيرها.

وأما على المستوى الإقليمي[4] فان العديد من الاتفاقيات اعترفت بالحق في الخصوصية ونظمت قواعد حمايته كما هي الحال في الاتفاقية الأوروبية لحماية وهذه الاتفاقية قد أنشأت حقوق الإنسان والحريات الأساسية روما لسنة 1950[5] والمفوضية الأوروبية لحقوق الإنسان والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لمراقبة تطبيقها وكلاهما كان نشطا في تطبيق وحماية الحق في الخصوصية وضيق من

---

[1]/- **الدكتور أسامة عبد الله قايد**، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات " الطبعة 3"، دار النهضة العربية، 1994، ص25.

[2]/- **الدكتور حسام الدين كامل الأهواني**، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، بحث مقدم لمؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الأولى 1994، ص 63

[3]/- **الدكتور. حسين بن سعيد الغافري**، الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع قانون المعاملات الإلكترونية العماني ورقة مقدمة لمؤتمر أمن المعلومات والخصوصية في ظل قانون الإنترنت القاهرة 2-4 يونيو2008، فقرة 13 أنظر الرابط التالي: http://www.startimes.com/?t=18471627

[4]/- **الدكتور أسامة عبد الله قايد**، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، نفس المرجع، ص 30 وأنظر **الدكتور حسام الدين كامل الأهواني**، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، نفس المرجع، ص 70 .

[5]/- أنظر **الدكتور عمرو أحمد حسبي**، حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات، المرجع السابق، ص 125.

نطاق الاستثناءات على حكم المادة الثامنة وما تقرره من حماية، وفي هذا الشأن فان المفوضية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1976 [1]اعتبرت أن الحق في احترام الحياة الخاصة هو الحق في الخصوصية، الحق في الحياة إلى المدى الذي يتمناه الإنسان والحق في الحماية من العالمية، ووفقا لرأي اللجنة فان الحق في احترام الحياة الخاصة لا ينتهي هنا بل يمتد إلى الحق في تأسيس وتطوير العلاقات مع الأشخاص الآخرين[2].

أما المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[3] ، فقد راجعت العديد من قوانين دول الأعضاء في معرض نظرها للدعاوى المقامة إليها وقررت أن العديد من الدول فشلت في تنظيم عمليات استراق السمع على نحو مس خصوصية الأفراد وقد راجعت قضايا لأفراد من اجل حقهم للوصول إلى المعلومات الخاصة بهم الموجودة في الملفات الحكومية لضمان صحتها وسلامة إجراءات المعالجة، وقد طبقت حكم المادة الثامنة إلى ابعد من الجهات الحكومية لتشمل الجهات الخاصة كلما ظهر أن على الحكومة أن تمنع أية إجراءات في القطاع الخاص تخالف المادة الثامنة[4].

ثانيا: آثار مبدأ الخصوصية على حماية المستهلك على النات

يجب احترام سرية البيانات الخاصة بالعملاء –بوصفهم مستهلكين- وكذلك احترام حقهم في الخصوصية.[5] ويقتضي ذلك الالتزام بعدم نشر أو بث أي بيانات تتعلق بشخصياتهم أو حياتهم الخاصة، وكذلك البيانات المصرفية بهم على سبيل المثال، إذ لا يجوز الاحتفاظ بمثل هذه البيانات إلا

---

[1]/- **الدكتور يونس عرب**، دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج بالمجتمع الرقمي- ورقة عمل مقدمة لدى ندوة أخلاق المعلومات، نادي المعلومات العربي، 16 -17 أكتوبر 2002، عمان، الأردن، ص 32 الرابط التالي. http://www.alyaseer.net/vb/showthread.php?t=19032

[2]/- **الدكتور يونس عرب**، المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العالم الرقمي، بحث منشور على الرابط www.arablaw.org

[3]/- **الدكتور يونس عرب**، دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج بالمجتمع الرقمي، نفس المرجع، ص 34 .

[4]/- **الدكتور حسين بن سعيد الغافري**، الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع قانون المعاملات الإلكترونية العماني، المرجع السابق، فقرة 14 .

[5]/- **الدكتور أسامة عبد الله قايد**، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، المرجع السابق، ص 41.

لمدة محدودة تتعلق بالنشاط التجاري أو العملية التجارية التي يقوم بها العميل، من ناحية أخرى فإنه لا يجوز لأية جهة التعامل في هذه المعطيات سوى بعد الحصول على موافقة كتابية من صاحب الشأن.[1]

ولذلك يمكن القول أن البيانات الاسمية أو الشخصية التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية، هي البيانات المتعلقة بالأشخاص أطراف التعاقد ومنهم العملاء أو المستهلكين، وذلك عندما يتعلق الأمر بطلب السلع والخدمات، وكذلك هناك بيانات تتعلق بالعاملين في ذات المشروع التجاري، وبيانات تتعلق برغبات المستهلك وميوله، وهي تلك التي يمكن تتبعها على شبكة الانترنت، وفي مرحلة لاحقة يتم إغراق المستهلكين بالدعاية لمنتجاتهم على نحو قد يؤدي لإعاقة شبكة الاتصالات، فضلا عن تحمل المستهلكين أنفسهم لتكاليف باهضة بسبب الدعاية التي ترسل إليهم في صورة بريد إلكتروني، ومن هنا يتحتم حماية البيانات الشخصية للمستهلك في التجارة الإلكترونية.[2]

وهذه البيانات الشخصية للمستهلك محل اعتبار وحماية في التشريعات المقارنة، بما فيها التوجيهات الأوروبية الصادرة في شأن التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك.[3]

وكذلك فإن البيانات الشخصية التي تتعلق بالعميل أو المستهلك في مجال الائتمان، ذا علاقة وثيقة بالتجارة الإلكترونية، ذلك أن البنوك وقبل منح أية تسهيلات لعملائها تجرى تحريات دقيقة ومفصلة عن مسالك الشخص ومركزه المالي، وذلك عن طريق إدارة للمعلومات تتبع هذه البنوك.

من ناحية أخرى فإن هذه البيانات الشخصية والتي تتعلق بالتجارة الإلكترونية، ومنها ما يتعلق بالمستهلك الإلكتروني، يجب حفظها لمدة محدودة، ويترك تحديد المدة لظروف واعتبارات مختلفة.[4]

---

[1]/- **الدكتورة هدى حامد قشقوش**، المرجع السابق، ص.67، وأنظر في هذا المعنى **الدكتور سيد حسن عبد الله**، المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك، مرجع سابق، ص. 162.

[2]/- **الدكتور مدحت رمضان**، المرجع السابق، ص.57، **الدكتور عبد الحق حميش**، المرجع السابق، ص.129 .

[3]/- **الدكتور عبد الحق حميش**، المرجع السابق، ص.130، وأنظر **الدكتور عمرو أحمد حسبي**، حماية المحررات في مواجهة نظم المعلومات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.119.

[4]/- **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص.232-233.

لكن المشرع أحيانا يحدد المدة المقررة للاحتفاظ بهذه البيانات الاسمية ويرتب على مخالفة ذلك عقوبة جنائية كما في القانون الفرنسي، ولذلك لا يجوز تجاوز المدة المنصوص عليها في القانون –في حالة وجود نص– كما لا يجوز التعامل في البيانات التي تتعلق بالمستهلك الإلكتروني إلا برضائه.[1]

ونخلص مما سبق إلى أن الحفاظ على بيانات المستهلك في التجارة الإلكترونية تورث الثقة في هذه التجارة طالما أن البيانات في مأمن من الاختراق والسرقة ومن ثم إساءة استعمالها، الأمر الذي يؤثر إيجابا على هذه التجارة الإلكترونية ويدفع الأشخاص للتعامل فيها.[2]

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للأنترنت

إن التطور التكنولوجي والتقني وظهور الانترنت كان له التأثير في تعديل القواعد القانونية التي تحكم المعاملات القانونية المختلفة بين الأفراد، وذلك من أجل الإسراع في إبرامها وتنفيذها، ومع ظهور الثورة الإلكترونية وتأثيرها على المشرعين في القانون الداخلي والقانون الدولي ظهرت ما يسمى بالمعاملات الإلكترونية في القانون الخاص كنقيض للمعاملات الكلاسيكية والتقليدية، فالمعاملات الإلكترونية كثيرة من العقود الإلكترونية وعقود الخدمات الإلكترونية، عقود المعلوماتية وعقود الفضائيات والإعلانات.

ولا يمكن الحديث عن المعاملات الإلكترونية، إلا والتطرق للأنترنيت التي تعتبر الوسيلة لإجراء تلك المعاملات.

[1]/- **الدكتور عمرو أحمد حسبي**، المرجع السابق، ص.155 وأنظر كذلك، **الدكتور مدحت رمضان**، المرجع السابق، ص.102.

[2]/- **الدكتور عبد الحق حميش**، المرجع السابق، ص130، أنظر كذلك **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق،ص.240.

أولا: مفهوم الانترنت وتطوها التاريخي

يعرف البعض الانترنت بشبكة الشبكات، فحين يعرفها البعض بأنها شبكة طرق المواصلات السريعة. فنشأت شبكة الانترنت[1] فيما يشبه شبكة الطرق بين الولايات المختلفة في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث . تم تصميم شبكة الانترنت وشبكة الطرق بين الولايات لنفس الغرض الأساسي وهو تمكين وتأمين سريان المواد والعتاد الحربي للقوات المسلحة الأمريكية، وذلك لأن العسكريين يحتاجون لعاملين للبقاء هما التموين والمعلومات[2] .

والانترنت كلمة إنجليزية مركبة مختصرة ومكونة من مقطعين (Inter) اختصارا للكلمة الإنجليزية (International) و(Net) اختصارا لكلمة (Network) وتعني شبكة.

فرع 1 /- تعريف الانترنت :

والانترنت أو الشبكة العالمية للمعلومات عبارة عن شبكة ضخمة من الحواسيب المتصلة فيما بينها حول العالم التي يتم من خلالها تبادل المعلومات، وهي أكبر شبكه حواسيب موسعة تغطي جميع أنحاء العالم، تربط بين حواسب شخصية، وشبكات محلية وشبكات عامة، ويمكن لأي أن يصبح عضوا في هذه الشبكة من مترله أو مكتبه، ويستطيع حينها الوصول إلى قدر هام من المعلومات عن أي موضوع يبحث.[3]

---

[1]/- **الدكتور سامي علي حامد عياد**، الجريمة المعلوماتية وإجرام الانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007،ص67.

* لقد اختلفت التسميات التي أطلقت على الانترنت، ما بين" الشبكة العالمية "أو" شبكة الشبكات "أو" الشبكة العنكبوتية "أو "الطريق السريع الرقمي "أو"كود النقل غير متزامن أنظر في هذا **الدكتور عامر إبراهيم قنديلجي** -الدكتورة **إيمان فاضل السامرائي**، تكنولوجيا المعلومات وتطبيقاها، الورالي للنشر والتوزيع، ص427

[2]/- **الدكتور محمد عبد الله أبو بكر سلامة**، جرائم الكمبيوتر والانترنت، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006،ص32

[3]/- **الدكتورة نهلا عبد القادر المومني**، الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص34-36.

ويمكن تعريف الانترنت بأنها" شبكة عالمية دولية "ووسيلة من وسائل الاتصال والتواصل بين الشبكات، و يمكن تعريفها أيضا بأنها وسيلة اتصال بين الناس عن طريق استخدام الحاسوب[1]. ولحد الساعة لا يوجد تعريف كامل شامل لمصطلح الانترنت لذلك حاول الفقه والقضاء وضع تعريفات اتسمت بالطابع التقني للشبكة والبعض الآخر وضع تعريفات لها متسمة بالطابع الوظيفي للشبكة والتي نبرزها في ما يلي :

1/- المنظور التقني لتعريف الانترنت :

ويرى هذا الاتجاه أن شبكة الانترنت هي " شبكة تسمح بإنظمام شبكات معلوماتية مختلفة إليها News ومجموعات الأخبار، e- mail والبريد الالكتروني، TCP/IP عن طريق استخدام بروتوكول les banques de données".وبنوك المعلومات، des fichiers (FTP) والصفحات، groups [2]

ويعتبر هذا الاتجاه أن الانترنت ظاهرة تقنية وفنية، لها صفات تميزها من حيث عدم ملكيتها لأحد في العالم، بالإضافة إلى أنها مفتوحة فهي مجال ليس لأحد سلطان عليه، وعبره نستطيع فعل ما نريد، ولكن يدار بواسطة جمعية للانترنت، وهي منظمة دولية غير حكومية، تعمل على التنسيق العالمي للانترنت وتكنولوجيا المعلومات، وهي تتشكل من أعضاء تنظيميين وفرديين يرتبطون فيما بينهم من أجل الإسهام المشترك في الحفاظ على جدوى وقيمة وعالمية الشبكة[3].

[1]/- **الدكتورة نهلا عبد القادر المومني**، الجرائم المعلوماتية، نفس المرجع، ص 38 .

[2]/- أنظر في هذا **الدكتور يونس عرب**، موسوعة الكمبيوتر، المرجع السابق، ص 128

KAPLAN YASMINE - internet, zone de non droit? ,édition 1996,p2. Et voir aussi ; Jean-Pierre BOURGOIS, L'INFORMATIQUE DANS LES ÉTUDES DE DROIT ; LE BULLETIN DE L'EPI N° 63, p70 voir le lien suivant ;

http://henawhenak.com/egaud/vb/showthread.php?t=19279

[3]/- **الدكتور محمد عبد الله أبو بكر سلامة**، جرائم الكمبيوتر والانترنت، المرجع السابق، ص 37 .

ويعرفها البعض الآخر من الناحية التقنية أيضا بأنها" :شبكة عالمية من الحاسبات التي تعتمد على مجموعة من البروتوكولات للاتصالات فائقة السرعة تجمع ما بين الآلاف من النقاط والملايين من المستخدمين[1].

وعرفت[2] بأنها شبكة تتألف من عدد من الحسابات الآلية التي ترتبط فيما بينها، إما عن طريق الخطوط التليفونية أو الأقمار الصناعية لتكون شبكة كبيرة تتيح لمستخدميها الدخول في أي وقت متى كان الحاسب الآلي الخاص به مزودا بجهاز مودام [3] "Modem".

2/- المنظور الوظيفي لتعريف الانترنت :

اهتم جانب آخر من الفقه[4] ببيان الجانب الوظيفي لشبكة الانترنت وذلك بجانب بيان الجانب التقني لها، وذلك من خلال بيان أسلوب الاتصال بها وأدوات هذا الاتصال، من خلال البروتوكول المنسق مع الإشارة إلى الخدمات التي تؤديها الشبكة وهذه المحاولات يطلق عليها المحاولات الوظيفية.

فيرى البعض[5] أن شبكة الانترنت هي شبكة اتصالات دولية متصلة ببنوك المعلومات، ومراكز البحث العلمي ومراكز المعلومات المفتوحة والخاصة، التي يتم بها الحصول على معلومات من قبل

1/- **الدكتورة نهلا عبد القادر المومني**، الجرائم المعلوماتية، المرجع السابق، ص 44 .

2/- **الدكتور سامي علي حامد عياد**، الجريمة المعلوماتية وإجرام الانترنت، المرجع السابق، ص 70.

3/- ونعني بكلمة مودام Modem تركيب بين كلمتين هما démodulateur و Modulatoire وتعني المغير أو المحول، لأن المودم جهاز مهمته تحويل الرسائل الرقمية التي يمكن استيعابها من جانب كل من المنفذ والحاسب إلى رسائل أو إشارات تناظرية يمكن نقلها عبر الخطوط التليفونية، هذا عن المودم

4/- **الدكتور سامي علي حامد عياد**، الجريمة المعلوماتية وإجرام الانترنت، المرجع السابق، ص72 الفقرة 01 والهامش 01 و02

5/- **رشدي محمد علي محمد عيد علي**، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكات الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص44 وأنظر في نفس السياق **الدكتور عبد الرحمان خلفي**، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري (**دراسة مقارنة**)، (مجلة جامعة النجاح للأبحاث في العلوم الإنسانية، المجلد 01 (27) ،نابلس، فلسطين، 2013، ص 13.

المشتركين بالشبكة ولكل منهم كلمة المرور وصندوق البريد الالكتروني، وموقع مخصص له وهذا ما ذهب البعض الآخر[1] إلى اعتبار أن شبكة الانترنت هي "الطرق الدولية للمعلومات".

فرع 2 /- التطور التاريخي للأنترنت :

ترجع الأصول التاريخية للأنترنت إلى عام 1962، وهو التاريخ الحقيقي لولادة الانترنت، على يد العلماء العاملين في وكالة الأبحاث والمشروعات المتطورة في الولايات المتحدة الأمريكية والتي كانت إحدى الوكالات المدعمة رسميا من قبل وزارة وهذا المشروع كان يستهدف تحقيق هدفا، الدفاع الأمريكية وكانت تمثل اختيارا استراتيجيا، وهو إرسال تعليمات التصويب من خلال مركز التحكم إلى قواعد الصواريخ حتى ولو بعد تدمير جزء من شبكات الاتصال نتيجة لتعرضها لهجوم [2]

وعقب الحرب العالمية الثانية، وظهور الحرب الباردة بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي قامت مؤسسة" **راند** "وهي المؤسسة الرئيسية لإعداد الأفكار لمواجهة الحرب الباردة في سنة 1964 بإعداد مقترحات بشأن كيفية الاتصال بين سلطات الولايات المتحدة الأمريكية في حالة حدوث كوارث طبيعية أو من صنع الإنسان أو غيرهم كهجوم ذري أو نووي مثلا، وانتهت إلى إمكانية إعداد برنامج للاتصال يعمل في كافة الظروف من خلال شبكة الاتصال .وإن هذه الشبكة لن يكون عليها أي سلطة مركزية لأية دولة في العالم[3] .

وفي سنة 1968، تمت أولى تجارب هذه الشبكة في معمل الأبحاث الوطنية في بريطانيا، وقد استخدمت هذه الشبكة رسميا وسميت "ARBA- net" ذلك في سنة 1969 و أنشأت هذه الشبكة بهدف تطوير شبكة المعلومات بدون " حاسب آلي مركزي" ، يسمح بإنشاء ونشر معلومات عسكرية آمنة[4].

---

[1]/- **الدكتور عبد الرحمان خلفي**، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، نفس المرجع، ص 15

[2]/- **الدكتور رشدي محمد علي محمد عيد علي**، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكات الانترنت، نفس المرجع، ص 48 .

[3]/- **الدكتور سامي علي حامد عياد**، الجريمة المعلوماتية وإجرام الانترنت، المرجع السابق، ص73 .

[4]/- **الدكتور عبد الحق حميش**، المرجع السابق، ص.137، وأنظر **الدكتور عمرو أحمد حسبي**، حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.120 .

وبعدها انتقلت الشبكة لاستعمال المدني من خلال مجموعة من الجامعات المشهورة في الولايات المتحدة الأمريكية كجامعة كاليفورنيا في مدينة لوس أنجلس ومعهد ستانفورد للأبحاث ... الخ

ثم بدأت هذه الشبكة تنمو وتتطور منذ ذلك التاريخ وكان أساس تصميم هذه الشبكة باستخدام نفس المحددات أو ما يطلق عليها البروتوكول، فصممت بشكل لا مركزي على أساسه إذا ما تعطلت إحدى الحواسيب الموصلة والمرتبطة عن العمل لأي سبب كان، فإنه يستمر العمل على نقل المعلومات عن طريق الحواسيب الأخرى وذلك بهدف مقاومة التدمير الجزئي الذي يصيب الشبكة، إذا حصل أي عطل فإنه يتم التواصل بين الحواسيب عن طريق استخدام أسلوب القنوات المطولة التي تستمر في عملها حتى لو أصاب جزء من الشبكة بعض الأعطال[1].

وفي سنة 1973، كانت البداية الحقيقة للأنترنت، بربط الحسابات الآلية المختلفة والتي تستخدم بروتوكول مشترك للاتصال عبر الانترنت وهذا البروتوكول[2] هو القاعدة المعيارية المحددة للاتصال وهو يقوم بتقسيم المعلومات المراد إرسالها من حاسوب عبر الانترنت في شكل حزم ثم بعدها يتم إعادة تجميعها من جديد في حاسوب آخر في الجهة المرسلة إليها، فهذا البروتوكول يقوم بتسيير عمليات الاتصال وتبادل المعلومات بين الشبكات وحواسيبها المختلفة، ذات الأنظمة والبرمجيات المتباينة[3].

[1]/- **الدكتور محمد عبد الله أبو بكر سلامة**، جرائم الكمبيوتر والانترنت، المرجع السابق، ص 45 .

[2]/- وبروتوكول انترنت (internet protocol) واختصاراً IP ويعتبر هذا الأخير قاعدة الاتصال إلا أنه بالإضافة إليه يوجد البروتوكول الآخر TCP الذي يكمل دوره IP ويعمل بطريقة إضافية، ويمنح تحكما أفضل في الكم الهائل من المعلومات التي يجري تناقلها عبر الشبكة .وعلى أساس عمل البروتوكولين بشكل متزامن لذا يشار إليهما (TCP/IP) لذا أطلق عليه تسمية بروتوكول مشترك، فهذا البروتوكول يسمح للأنترنت بأن تعمل على تحويل الحزم الخاصة بالبيانات لكي تصل إلى الجهة المرسلة إليها، وبسرعة فائقة .

[3]/- **الدكتور مدحت رمضان**، جرائم الاعتداء على الأشخاص والانترنت، المرجع السابق، ص13.

وفي سنة 1983، تم تقسيم ARBANET إلى شبكتين الأولى هي MILNET اقتصرت استخدامها على النواحي العسكرية، والثانية ARBANET على الأغراض المدنية .وهذا التقسيم كان بقرار من وزارة الدفاع الأمريكية[1].

وفي سنة 1986، أصبحت ARBANET متاحة لكافة أشكال البحث العلمي وذلك بسبب نقل تشغيلها من وزارة الدفاع إلى شبكة مؤسسة العلوم الوطنية Science The national وبعدها تم استخدامها في مجال إدارة الطيران المدني والفضاء الأمريكي وكذلك إدارة الطاقة فأصبحت الانترنت تمس كل القطاعات في أمريكا لتنتقل فيما بعد إلى كل دول العالم الأخرى، فأخذت الانترنت نطاق عالمي وتم فيما بعد إنشاء ما يعرف بطريق المعلومات الرقمية أو طريق البيانات السريع، أو طريق المعلومات السريع أو فائق السرعة [2].

وفي سنة 1990، ظهرت الانترنت كتسمية جديدة وسمح للأفراد العاديين باستخدامها، وأوقفت الحكومة الأمريكية تمويلها للشبكة وتركت ذلك للقطاع الخاص بسبب انتفاء الجدوى من بقائها في الإطار السري [3].

وفي سنة[4]1991 ، تمكن أحد مهندسي الاتصالات بإنجلترا ويدعى Tim Berners-lee من اختراع فكرة [5] .W.W.W

[1]/- **الدكتور مدحت رمضان**، جرائم الاعتداء على الأشخاص والانترنت، المرجع السابق، ص25 .

[2]/- **الدكتور أحمد خليفة الملط**، الجرائم المعلوماتية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص52 .

[3]/- **الدكتور منير محمد الجنبيهي والدكتور ممدوح محمد الجنبيهي**، أمن المعلومات الإلكترونية، دار الفكر الجامعي،2006 ، ص8.

[4]/- **الدكتور رشدي محمد علي محمد عيد علي**، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكات الانترنت، نفس المرجع، ص 50

[5]/- w.w.w: World Wide Web **Timothy John Berners-Lee**, né le 8 juin 1955 à Londres, est un citoyen britannique, principal inventeur du World Wide Web (WWW) au tournant des années 1990. En juillet 2004, il est anobli par la reine Élisabeth II pour ce travail et son nom officiel devient Sir Timothy John Berners-Lee. Depuis 1994, il préside le World Wide Web Consortium (W3C), organisme qu'il a fondé voir le lien suivant https://fr.wikipedia.org/wiki/Tim_Berners-Lee

وبعد أن أثبت الاتصال الالكتروني فعاليته تم إنشاء عدد كبير من الشبكات الحكومية الضخمة في الولايات المتحدة وأوروبا لخدمة نظم الاتصالات والمعلومات، وازداد عدد الشبكات بشكل أكبر بعد دخول الشركات التجارية وتوفيرها خدمات الشبكة بأسعار منافسة[1].

فخلال هذه الفترة الوجيزة استطاع العالم أن يحقق قفزة كبيرة في تبادل المعلومات عن طريق الانترنت التي أزاحت جميع العقبات الجغرافية والسياسية والمادية، فقد أصبح الفرد قادرا على الوصول إلى جميع مناطق العالم دون أن يتحرك من أمام شاشة حاسوبه، و لم يعد مقيدا بالإطلاع على صحيفة واحدة، فأمامه آلاف الصحف المحلية والعالمية، والمجلات العامة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو فنية أو رياضية، وكذلك الدوريات المتخصصة التي تلاءم اهتمامات وتطلعات كل متخصص، وغيرها من مصادر المعلومات المختلفة[2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الانترنت :

الفرع 1 /- النصوص القانونية في مجال الانترنت

مشرع الجزائري ولأول مرة، نظم الانترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المـــرسوم التنفيذي 98-257 [3] المؤرخ ففي 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000 [4] .

النشاطات الاقتصادية المقننة تعتبر تحديد لمبدأ حرية الاستثمار [5] ولقد برز هذا المصطلح من خلال القانون الجزائري في مجال الاستثمار.

---

[1]/- **الدكتور رشدي محمد علي محمد عيد علي**، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكات الانترنت، نفس المرجع، ص 52 .

[2]/- **الدكتور رشدي محمد علي محمد عيد علي**، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكات الانترنت، المرجع السابق، ص 54 .

[3]/- الجريدة الرسمية رقم 63 لسنة 1998

[4]/- الجريدة الرسمية رقم 60لسنة 2000

[5]/- هذا المبدأ مكرس في المادة 2 من الأمر 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006، ج ر عدد 47 يعدل ويتمم الأمر 2001-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمارات ج ر بتاريخ 22 أوت 2001 (المادة 4 منه)=

فمبدأ حرية التجارة والاستثمار مكرس في المادة 37 من الدستور 1996 المعدل والمتمم، ومبدأ حرية الاستثمار المكرس في المادة الأولى من قانون الاستثمار، 03/01 كما نجد في هذا القانون مصطلح النشاطات الاقتصادية "المقننة" [1]في المواد 3، 4، 8، وهذا المفهوم تم تكريسه في نفس الوقت الذي تم تكريس مبدأ حرية الاستثمار.

هذا يعتمد في تعريفه للنشاط المقنن على عدة معايير، مجتمعة " بطبيعتها وبمحتواها وبمضمونها وبالوسائل الموضوعة حيز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منها".

وكل ما يمكن قوله بأن هذا التعريف جاء واسعا جدا وذلك لعمومية المفاهيم المستعملة.

وعليه فإن تكييف نشاط أو مهنة بأنها مقننة مرتبط بوجود مصلحة تتطلب التأطير القانوني والتقني المطلوب. [2]

وهذه المصالح طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 97-40 ترتبط بإحدى المجالات الآتية:

- النظام العام.
- أمن الأشخاص والممتلكات.
- حفظ الصحة العامة.
- حماية الأخلاق والآداب.

ويلاحظ على المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 اوت سنة 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات " الانترنت " واستغلالها، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000.

= Cherif BENNADJI, Le notion d'activité réglementées, IDARA , la revue de l'ENA, Volume 10,N°2 , 2000, P25

[1]/- المؤرخ في 18 يناير سنة 1997 والتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري، وتأطيرها، الجريدة الرسمية، العدد05 لسنة 2007. أما المقصود بالنشاط المقنن، فتعرفه المادة 2 من المرسوم التنفيذي 97-40 بأنه" يعتبر في مفهوم هذا المرسوم كنشاط أو مهنة مقننة، كل نشاط أو مهنة يخضعان للقيد في السجل التجاري ويستوجبان بطبيعتهما ومحتواهما وبمضمونهما وبالوسائل الموضوعة حيز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منها".

[2]/- BENNADJ, Op-cit. P 32I

من الناحية الشكلية، عدد النصوص التي استند عليها هذا القانون 13، نلاحظ من خلالها غياب قانون 12/93 المتعلق بترقية الاستثمار، ويعتبر القانون مهم في هذه المرحلة، وهي مرحلة الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى الاقتصاد الحر، حيث يكرس هذا القانون مبدأ حرية الاستثمار.

كما يلاحظ بأن واضعي هذا القانون تجاهلوا نص المادة 37 من الدستور التي تكرس مبدأ أساسي من مبادئ الاقتصاد الحر، وهو مبدأ حرية التجارة، وأشاروا فقط إلى نص المادة 85-4 والمادة 125 فقرة 2 من الدستور الحالي .

يتضمن هذا النص القانوني المتعلق بالأنترنت 18 مادة حسب المادة الأولى منه يحدد شروط وكيفيات إقامة واستغلال خدمات الانترنت.

وقد جاء قانون رقم 09 -04 المؤرخ في 5 أوت سنة2009[1] يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، آخذًا بعين الاعتبار الصعوبات التي تثيرها المصطلحات القانونية المتعلقة في نصوص المواد المشار فيه، لذلك تم اختيار عنوان القانون بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها حتى لا يكون النص مرتبطا بتقنيات تشهد تطورا مستمرا بقدر ما يرتبط بالأهداف والغايات التي ترمي إليها هذه التكنولوجيا، كما أن التركيز على مجالي الإعلام والاتصال يبين مقاصد النص الذي يهدف إلى جعل المتعاملين في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية شركاء في مكافحة هذا الشكل من الإجرام والوقاية منه.

الفرع 2/- الشروط القانونية لإقامة واستغلال نشاط الانترنت

تتمثل الشروط القانونية للدخول لنشاط استغلال خدمات الانترنت في شروط موضوعية، وأخرى شكلية.

[1]/- قانون رقم 09-04 المؤرخ في 5 أوت سنة 2009

1/- الشروط الموضوعية

يقصد بالشروط الموضوعية، من هم الأشخاص الذين لهم حق إقامة واستغلال خدمات الانترنت؟

بالرجوع للقانون المنظم لهذا النشاط [1]، يتضح من خلال المادة الرابعة قبل التعديل [2]، " لا يرخص بالدخول لنشاط الانترنت إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، المدعوين: مقدم الخدمات، وبرأس مال يملكه فقط أشخاص معنويون خاضعون للقانون العام، و/أو أشخاص طبيعيون من جنسية جزائرية.

يتضح من الوهلة الأولى بأن كل شخص معنوي خاضع للقانون الجزائريين يمكنه الدخول لممارسة هذا النشاط، سواء كان هذا الشخص عام أو خاص، وبذلك حتى الأجانب الذين يقبلون الخضوع للقانون الجزائري يمكنهم الدخول لممارسة هذا النشاط، غير أن المشرع الجزائري يشترط أن يكون رأس مال هذا الشخص المعنوي مملوك لأشخاص معنويون خاضعون للقانون العام و/أو أشخاص من جنسية جزائرية.

وبذلك المشرع الجزائري يقصي الأجانب من الاستثمار في نشاط الانترنت، وهذا يمس بأحد اهم المبادئ التي جاء بها قانون المنافسة، وهو مبدأ عدم التمييز والتفرقة [3] بين مستثمر مقيم ومستثمر غير مقيم، بين الوطنيين والأجانب.

غير إن المشرع الجزائري تراجع بعد ذلك عن هذا التمييز وهذه التفرقة، وذلك بعد تعديل المادة 4 من القانون السابق ذك، بموجب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 2000-307 [4]، حيث فتح باب الاستثمار أمام الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري " الخضوع للقانون الجزائري لا

---

[1]/- المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت، واستغلالها، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000.

[2]/- المادة 4 من المرسوم 98-257، ج ر ع 63

[3]/- le principe de non discrimination, non distinction

[4]/- المرسوم التنفيذي 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000، يعدل المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيان إقامة خدمات الانترنت، الجريدة الرسمية عدد 60 لسنة 2000.

يعني التمتع بالجنسية الجزائرية، ولا يشترط المشرع تمتع الشخص المعنوي بالجنسية الجزائرية "، وبذل يمكن للمستثمر الأجنبي الدخول في هذا النشاط إذا أراد الخضوع لأحكام القانون الجزائري.

2/- الشروط الشكلية:

كان المشرع الجزائري في السابق للدخول لممارسة نشاط الانترنت ضرورة الحصول على رخصة (Licence) بإقامة خدمات الانترنت واستغلالها، وهذا ما نصت عليه المادة الخمسة من المرسوم التنفيذي 98-257، المشرع يشترط رخصة (licence) وليس ترخيص (autorisation).

غير أن في النص باللغة العربية يترجم كلمة (licence) الواردة في النص الفرنسي بـــ (ترخيص) يعني (autorisation). في حين هناك فرق بين نظام الرخصة (Licence) ونظام الترخيص (Autorisation)، ثم بعد ذلك تخلى المشرع عن نظام الرخصة بنص صريح في المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 2000-307، عندما ينص بأنه " يعوض لفض "رخصة" المستعمل في صلب المرسوم التنفيذي 98-257 بلفظ " الترخيص "

غير ان المشرع لم يستعمل في النص العربي الوارد في المرسوم التنفيذي 98-257 لفظ "رخصة"، لكن كان يستعمل مصطلح " الترخيص"، " autorisation" ويقصد به رخصة "Licence".

فالسؤال المطروح لماذا المشرع الجزائري بالنسبة لهذا النشاط يشترط "الترخيص" من الوزير المكلف بالاتصالات، لكن في العديد من النشاطات الاقتصادية الأخرى، يشترط الحصول على "الاعتماد" (Agreement) وفي البعض الأخر يشترط ضرورة "التصريح"(Déclaration)، وأحيانا "الرخصة" (Licence)، فلماذا التنوع في هذه المصطلحات؟ وماهي الفائدة القانونية منها؟ [1] يتضح من النصوص القانونية المختلفة المنظمة للنشاطات الاقتصادية المقننة بـــأن المشرع ينتقل من

[1]/- **الأستاذ بن ناجي شريف**، المنشآت المصنفة (Les installations classées)، حلقة لطلبة الماجستير، السداسي الثاني، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 1999، ص 32 منشورة على الرابط التالي

نظام إلى أخر حسب درجة خطورة النشاط على النظام العام بمفهومه الواسع.ولذلك لابد من تحديد المقصود بالترخيص أولا، ثم تحديد طبيعته القانونية ثانيا .

أ /- الترخيص[1]

أغلب القواميس تشير بأن الترخيص مرادف لكلمة "رخصة" [2]، وهو عمل تسمح بموجبه السلطة الإدارية لمستفيد بممارسة نشاط أو التمتع بحق ممارسته.

كما يعتبر الترخيص، الإجراء الذي يمكن الإدارة أو السلطات العامة من ممارسة رقابتها الصارمة على الأنشطة الاقتصادية المقننة التي تشكل خطرا على الأشخاص أو الاقتصاد الوطني [3] .

وذلك من اجل الوصول لتحقيق الأمن العام، الصحة العامة والسكينة العامة، أي لضمان تحقيق الضبط الإداري.

حيث من شروط الحصول على الترخيص يجب على الطالب أن يقدم عرض مفصل عن الخدمات التي يقترح تقديمها وكذلك شروط وكيفيان النفاذ إلى هذه الخدمات. كذلك يشترط دراسة تقنية حول الشبكة المقترحة وحول التجهيزات والبرامج المعلوماتية التابعة لهان مع تحديد هيكلها وكذلك صيغ الوصل بالشبكة العمومية للاتصالات، كذلك يجب على المستثمر أن يقدم التزام من المصالح المختصة في الوزارة المكلفة بالاتصالات يثبت إمكانية إقامة الوصلة المخصصة، الضرورية لنقل خدمات الانترنت. [4]، ولا يسلم الترخيص بالاستغلال إلا بعد تحقيق تأهيلي يأمر به الوزير المكلف بالاتصالات.[5]

---

[1]/- www.Drire.gouv.fr/ national/ environnement/ autoris.Html

[2]/- Http://Linternaute.Com/Dictionnaire/fr/definition/autorisation

[3]/- **اعراب أحمد**، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، كلية الحقوق-بودواو- 2007/2006، ص64

[4]/- المادة 5 من المرسوم التنفيذي 98-257، ج ر ع 63

[5]/- المادة 6 من نفس المرسوم 98-257

ب /- الطبيعة القانونية للترخيص:

أما من حيث الطبيعة القانونية للترخيصين فهو تصرف قانوني في صورة قرار إداري إنفرادي [1]، وهذا القرار منشئ لحقوق [2] وليس كاشف لها.

إن نظام الترخيص يختلف عن نظام التصريح، فنظام الترخيص ليس بنظام إداري بسيط، فيشكل إدارة فعالة للرقابة الإدارية المسبقة، ويؤسس نظام رقابي إداري [3]، ويظهر نظام الترخيص بأنه أحد القواعد والشروط المطبقة عمليا على مجموع القطاع الخاص، كما يبرر هذا النظام لأسباب تقنية خاصة، مهما كانت السلطة التي تقوم به، وأن وجود مثل هذا النظام يظهر لأول مرة وكأنه يتعرض مع حرية الاتصال [4]، غير أن الواقع القانوني يثبت خلاف ذلك ولا يسلم الوزير المكلف بالاتصالات ترخيص بالاستغلال إلا بناءا على موافقة لجنة مكونة من ممثلي وزارات مختلفة [5]، وفي حالة الموافقة يسلم الترخيص بالاستغلال لمدة غير محدد ولا يمكن التنازل عنه للغير [6].

[1] /- **أعراب أحمد**، السلطات الإدارية المستقلة في المجال المصرفي، مرجع سابق، ص65

[2]/- André CHAMINADE. poste et communications électroniques 'Régime' Juridique des autorisations d'utilisation des fréquences radio électriques, JCP, la semaine juridique N°43,24 Octobre 2007,II10177,P36.

[3]/- Emmanuel Derieux, Droit de la communication; 3eme éd, LGDJ 1999, P113

[4]/- idem, P193

[5] /- المادة 7 من المرسوم التنفيذي 98-257، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي 2000-307، ج ر ع 63.

[6] /- المادة 8 من نفس المرسوم التنفيذي 98-257

ثالثا: مسؤولية مقدمي خدمات الانترنت

وعن نظام المعلوماتية في ضوء القانون الجزائري، نستعرض تنظيم شبكات المعلوماتية وعلاقاتها بمستخدميها من جهة ومجموعة المعالجين للمعلوماتية أو رجال المعلوماتية من جهة أخرى، ثم نستعرض النظام المتعلق بالمعالجين للمعلوماتية ثم يليه التطرق للنظام المطبق على المتعاملين[1].

ومما لا شك فيه أن النظم المعلوماتية وشبكة الاتصالات السلكية واللاسلكية امتزجت لتعطي الاتصال المعلوماتي، وهذا ما هو غير واضح في التشريعات الجزائرية، عكس ما هو مبين في القوانين الفرنسية . بالإضافة إلى قانون البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية الجزائري لسنة 2000 الذي يفرق بين البنيات التحتية للخدمات بوضع نظام احتكاري لصالح الأشخاص العامة القائمة بالخدمة (القطاع العام) وهذا الأمر يعتبر مدان عالميا بسبب موجة تحرير الاتصالات، تجد من يدعمها في بروكسل وداخل المنظمة الدولية للتجارة ففيما يتعلق بالبنية التحتية ينص قانون سنة 2000 الجزائري على أن شبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية لا يمكن استغلالها إلا بواسطة القطاع العام وهذا الاحتكار لا يمكن الخروج عليه إلا عن طريق وزير الاتصالات السلكية واللاسلكية وبشروط خاصة.

---

[1]/- **الدكتور عبد الفتاح محمود كيلاني**، المسئولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، الناشر دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011، ص 189 .و أنظر **الدكتور محمد حسين منصور**، المسئولية الالكترونية، الناشر دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 209

أ- قانون تنظيم الاتصالات المصري :رقم 10 لسنة 2003 المادة 10 منه قد عرف مقدم خدمة الاتصالات بأنه " أي شخص طبيعي أو اعتباري يستعمل خدمات الاتصال أو يستفيد منها ويقوم بتوفير أو تشغيل الاتصالات أيا كانت الوسيلة المستعملة."

ب -قانون الكويت رقم 70 لسنة 2002 بشأن أسس وضوابط التراخيص لمقدمي خدمة الانترنت: قد عرف مزودي خدمة الانترنت بأنها " تشمل شركات الانترنت الرئيسية والفرعية المرخصة من قبل وزارة المواصلات لتقديم خدمات الانترنت للمشتركين بما في ذلك المشتركين من مقدمي خدمة الانترنت كما عرف مقدمي خدمة الانترنت بأنه" يشمل مقاهي الانترنت ومراكز التسلية والمحلات ومراكز خدمات الكمبيوتر وأية هيئات أو جهات أو مراكز عامة أو خاصة تقدم خدمات الانترنت بجميع أنواعها سواء كان ذلك بمقابل أو بدن مقابل.

أ/–موقف بعض الفقه من مسئولية مقدم خدمة الانترنت

لقد أثارت مسألة مسؤولية مقدم الخدمة المتعلقة بالانترنت جدلا باعتباره هو محور دوران كل العمليات التي تتم في مجال هذه الوسيلة المتعلقة بالانترنت سواء ما كان استغلالا أو استعمالا أو كلاهما.

* **فالرأي الأول** [1]: يرى بأن مسؤولية مقدم الخدمة تبنى على أساس المسئولية التوجيهية فإنه يتعين عليه منع نشر محتوى صفحات الشبكة المتعارضة مع القوانين والنظم واللوائح أو المصلحة ا لعامة، وأن مسئولية مقدم هذه الخدمة مسئولية تعاقدية[2] وذلك في حالة عدم تنفيذ التزامه بتمكين المتعامل من الدخول للشبكة ولكن لا يعد مسئولا عن محتوى المعلومة وذلك لأنه لا يملك الوسائل الفنية التي تمكنه من رقابة صحة هذه المعلومات ومشروعيتها وقد يضع مقدم الخدمة شروطا تعفيه من المسئولية أو تحد منها ومن أمثلة الشروط المحددة للمسئولية الاتفاق على حد أقصى للتعويض وفى جميع الأحوال فإنه يلزم في حالة عدم تنفيذ العقد برد قيمة اشتراك الخدمة[3]، وتقوم مسئولية مقدم خدمة الانترنت بالإضافة إلى القواعد العامة للمسئولية عند وقوع خطأ في إبلاغ الرسالة الالكترونية إلى المرسل إليه ناتج عن سبب راجع إليه أو احد العاملين لديه.كما تقوم مسئوليته إذا انتهك سرية المراسلات والمكاتبات والاتصالات الالكترونية ما لم يكن تدخله تبرره الضرورة الفنية لتشغيل الشبكة وليس لسبب أخر وفى حالة تعسفه في معالجة البيانات المعلوماتية الاسمية يمكن أن يسأل جنائيا بالإضافة إلى مسئوليته المدنية لو سبب معالجته الخاطئة ضرر للغير .[4]

---

[1]/– أنظر **الدكتور عبد الفتاح محمود الكيلاني**، مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الانترنت، ص 475

[2]/– **الدكتور متولى عبد المؤمن**، الجريمة عبر الانترنت"منتدى جامعة المنصورة على الانترنت 2008 بحث منشور على الرابط التالي http:// www.f-law.net/nedex.php

[3]/– **الدكتور إبراهيم. خالد ممدوح**، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 93 .

[4]/– **الدكتور أحمد حسام طه**، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي(رسالة دكتوراه)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 81.

* **أما الرأي الثاني**[1]: يرى أنصار هذا الرأي، أن دور مزود الخدمة عبر الشبكة يقتصر على ربط المستخدم بالموقع الذي يريده فهو مجرد دور فني خالص لا يتضمن أية رقابة على مضمون أو محتوى الموقع الذي يختاره المستخدم بمحض إرادته.

ولتوضيح علة عدم مسئوليته يشبه البعض[2] عمل مزود الخدمة بشخص نصح أو أشار على المستخدم الذي يشترى الصحيفة التي بها إعلان كاذب أو المقارن أو يشاهد قناة التليفزيون التي تبث هذا الإعلان ذو المحتوى غير المشروع، وذات الاتجاه الفقه والقضاء الايطاليين الذين يذهبان إلى عدم مسئولية مزود الخدمة لأنه لا يقوم بتوريد المعلومات ولكنه يؤمن خدمة الوصول إليها فقط[3] .

* **أما الرأي الثالث**[4]: – وهو الغالب – يرى أنصار هذا الرأي، أن مسئولية مزود الخدمة تتوقف على نوع الخدمة[5] التي يؤديها فإذا قام بدور الناقل الذي يربط بين كمبيوتر العميل الشخصي والخادم فهو غير مسئول عن عدم مشروعية الإعلانات التي تبث عبر الموقع، أما إذا تعدى دوره هذا الدور البسيط وقام بوظيفة متعهد الإيواء الذي يسمح لشركة الإعلانات أو مستغل الموقع من نشر إعلانه هنا يمكن مساءلته مدنيا عن الأضرار التي يسببها للغير نتيجة الإعلانات غير المشروعة، فهذا الدور

---

[1]/– **الدكتور أحمد حسام طه**، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، نفس المرجع، ص 83 .

[2]/– أنظر **الدكتور عبد الفتاح محمود الكيلاني**، مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الانترنت، المرجع السابق، ص 477

[3]/– **الدكتور إبراهيم. خالد ممدوح**، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 98

[4]/– **الدكتور عبد الفتاح محمود الكيلاني**، مدى المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الانترنت، المرجع السابق، ص 478 "و يرى الدكتور أن مورد المضمون غير المشروع ليس هو المسئول وحده فهناك أكثر من شخص يتدخل في عملية نقل المعلومات ويمكن بالتالي دخوله في نطاق المساءلة ويشمل ذلك متعهدي الوصول والإيواء وكل من يسهل الاطلاع على المضمون غير المشروع بأي وسيلة مثل تقديم الموتور الباحث عن الخدمة، أو بخلق اتصال مباشر بالموقع أو تقديم البرامج المقوية للربط المسهلة لتبادل المضمون بين مستخدمي الشبكة. وانه يتعين إقامة المسئولية لكل شخص على ضوء الدور القائم به ودرجة تدخله في تقديم الخدمة وعلى حسب ظروف كل واقعة على حده وذلك لما لديهم من التقنية والبرامج التي تكشف لهم المحتوى غير المشروع قبل بثه وحيق للمضرور التمسك بالمسئولية التضامنية عند الرجوع عليهم بالتعويض عن الضرر الذي أصابه"

[5]/– **الدكتور شريف محمد غنام**، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 14

الجديد يمكنه من الاطلاع على محتوى الإعلان قبل نشره ومن ثم يكون مسئولا عن المحتوى غير المشروع للإعلان .[1]

ب/– موقف بعض التشريعات الخاصة من المسئولية القانونية لمقدمي خدمات الانترنت:

ب–1/ التوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الالكترونية:

الصادر في 17 يونيو عام 2000 [2] الذي تضمن في المبحث الرابع المواد من 12الى 15 والمنظمة لمسئولية المؤديين المهنيين وقد أقرت نصوص هذا التوجيه عدم التزام الوسطاء الفنيين برقابة مشروعية المعلومات والإعلانات التي تبث عبر الموقع وإنما فرضت عليهم أن يتصرفوا بشكل مناسب لمنع الوصول إلى هذا المحتوى غير المشروع.

ويلاحظ من خلال المادة 12[3] في ذات التوجيه أنها أعفت مزود الخدمة الوسيطة، للأنترنت من المسئولية عن الأعمال غير المشروعة التي يتضمنها الموقع إذا توافرت الشروط الآتية:

1–ألا يكون مصدر للضرر.
2–ألا يكون قد اختار المرسل إليه الذي ينقل إليه المعلومات.
3–ألا يختار المعلومات التي يقوم بنقلها أو يعدل فيها.

[1]/– **الدكتور محمد حسين منصور**، "المسئولية الالكترونية، المرجع السابق " ص 43 وأنظر كذلك **الدكتور محمد عبد الظاهر حسين** المسئولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة. 2004 ص 100.

[2]/- Directive n°2000/31/CE, 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et du commerce électronique, JOCE n° 178, 17 juillet 2000.

[3]/- Article 12 /1 Directive n°2000/31/CE Les États membres veillent à ce qu'en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire :

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

b) ne sélectionne pas le destinataire de la transmission ;

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

وتنص الفقرة الثانية من المادة 12 على إن عمل مزود الخدمة يتضمن تخزين مؤقت للمعلومات التي يقوم بنقلها بيد أن هذا التخزين المؤقت لا يجعله مسئولا ولا يجعل عمله يرقى إلى عمل متعهد الإيواء، ومن ثم لا يسأل مساءلته وتجيز الفقرة الثالثة من هذا التوجيه للدول الأعضاء أن تنص في قوانينها الداخلية على التزام مزود الخدمة بأن يوقف، الخدمة ويستبعد المحتوى غير المشروع للموقع.[1]

ب-2/-موقف التشريع الفرنسي:

القانون الفرنسي الصادر في أول أوت لسنة 2000 [2] معدلا لبعض أحكام القانون 30 سبتمبر لسنة 1986 المتعلق بالاتصالات السمعية والبصرية والذي حاول أن يزيد من حالات عدم المسئولية سواء كانت المدنية أو الجنائية عن المعلومات التي يتم بثها عبر شبكة الانترنت، فيلاحظ بأن المادة 12 [3]من القانون والتي تنص على أن الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يتعهدون بشكل مجاني أو بمقابل، بالتخزين المباشر والمستمر من اجل وضع المعلومات تحت تصرف الجمهور بكتابات أو رسوم أو صور أو رسائل يمكن استقبالها لا يسألون جنائياً أو مدنيا عن محتوى هذه الخدمات وانه يمكن

[1]/- Article 12 /2 Directive n°2000/31/CE Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1 englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

[2]/- La Loi no 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. JORF n°177 du 2 août 2000 page 11903.

[3]/- Art 12 la loi 2000_ 719 modifiant par la loi. n°2009-258 du 5 mars 2009 - art. 38 JORF n°0056 du 7 mars 2009 page 4321 Conseil supérieur de l'audiovisuel est consulté sur tout projet visant à rendre obligatoires les normes relatives aux matériels et techniques de diffusion ou de distribution des services de communication audiovisuelle par un réseau de communications électroniques au sens du 2° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques. Il peut formuler toute recommandation concernant ces normes.

Toutefois, les caractéristiques techniques des signaux émis pour la fourniture des services diffusés par voie hertzienne terrestre ou par satellite doivent être conformes à des spécifications techniques définies par arrêté interministériel, pris après avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel ; lorsque ces signaux sont numérisés, leurs caractéristiques techniques sont normalisées. Cet arrêté précise également les conditions de la protection radioélectrique des services de communication audiovisuelle considérés

مساءلة مقدمي خدمة الإيواء عن عدم اتخاذ الاحتياطات المناسبة في حالة تحذيرهم بعدم مشروعية المضمون وقد حدد القانون المسئولية في حالتين تبعا للمادتين 43 و44 منه :[1]

* **الحالة لأولى :**إذا تم اللجوء إلى القضاء و لم يقم القائم بالتخزين أ ومتعهد الإيواء مع ذلك باتخاذ اللازم نحو منع وصول هذا المضمون إلى الجمهور.

* **الحالة الثانية :**إذا أخطره الغير بان المحتويات التي يتولى تخزينها غير مشروعة وتسبب له أضراراً إلا انه لم يقم باتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع بثها ونشرها وعلى ذلك تكون القاعدة العامة هي عدم مسئولية الأشخاص القائمين على تخزين المعلومات أو الممارسين للإيواء عن هذه المعلومات لا جنائيا ولا مدنيا إلا إذا تم إلزامهم قضائيا برقابه مضمون ومحتوى هذه المعلومات ففي هذا الفرض تقوم مسئوليتهم عن الأضرار التي تسببها هذه المعلومات.

ويلاحظ بأن القانون الفرنسي الصادر في 21 /07/ 2004[2]، الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي والذي يعد احدث القوانين الأوربية في هذا المجال وقد خصص هذا القانون أحكام المادة 6 إلى 9 من خلال الفصل الثاني منه، لتنظيم عمل ونشاط المؤديين الفنيين[3]، والذي يقتصر عملهم على تقديم خدمة الاتصال عبر الانترنت (يقصد مزود الخدمة) يجب أن يخطروا المشتركين في الخدمة عن وجود وسائل تقنية تسمح بغلق الخدمة أو توقع جزاءات عليهم إذا توافرت شروط توقيعها وأكدت الفقرة السابعة من المادة 06إن مزودي الخدمة ليس عليهم التزام بالإشراف والرقابة على مضمون

[1]/- Article 43 et 44 de La Loi no 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

[2]/- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Modifier par la LOI n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 57 article 6 à article 9

[3]/- Article 06 de la loi 2004/575 Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens. Les personnes visées à l'alinéa précédent les informent également de l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle et leur proposent au moins un des moyens figurant sur la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 331-26 du même code.

البيانات التي يقومون بنقلها كما أنهم غير ملتزمين بالبحث عن الوقائع التي تشير إلى الأنشطة غير المشروعة .[1]

ب-3/ بعض التشريعات العربية في مجال مسؤولية تقديم خدمة الانترنت :

* **حالة التشريع المصري:** تضمن قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنه 2006[2] والذي سبق ذكره ففي أحكام المادة 9 منه نجد المشرع قد حدد التزام مقدم خدمة الانترنت بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو أعادة تقديمها إلى المستهلك وذلك في حاله وجود عيب أو نقص بها.

* **حالة التشريع الكويتي:** كما حدد القانون الكويتي رقم 70 لسنة 2002[3] والذي يحدد الالتزامات المفروضة على عاتق مقدمي خدمة الانترنت من خلال المادة 03 منه، فيلاحظ أنها تشير إلى أهم الالتزام فيما يتعلق بتركيب وتشغيل أنظمة الرقابة الكفيلة بمنع المواد والمواقع الإباحية أو المخالفة للدين والعادات والأمن وبالوسائل المختلفة مثل صفحات الانترنت أو برامج المحادثة أو البريد الالكتروني أو سواها، مع التحديث المستمر لمواكبة التغيير في المواقع والعناوين الجديدة وتكون هذه الأنظمة الرقابية إضافية ومكملة للأنظمة الرقابية لدى مزودي خدمة الانترنت، والالتزام بتسجيل

[1]/- Article 06/07 loi 2004-575 Les personnes mentionnées aux 1 et 2 ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. Le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire. Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de la provocation à la commission d'actes de terrorisme et de leur apologie, de l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap ainsi que de la pornographie enfantine, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences faites aux femmes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine, les personnes mentionnées ci-dessus doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et aux articles 227-23 et 227-24 et 421-2-5 du code pénal.

[2]/- أنظر أحكام المادة 9 قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنه 2006.

[3]/- أنظر أحكام المادة 03 من القانون الكويتي رقم 70 لسنة 2002 الذي يحدد الالتزامات المفروضة على عاتق مقدمي خدمة الانترنت.

البيانات الأساسية لمستخدمي خدمات الانترنت، ومنع تقديم أي من خدمات الانترنت لمن هم دون سن الثامنة عشرة .

***حالة التشريع البحريني:** الصادر في 14 سبتمبر 2002[1] بشأن المعاملات ومسئولية وسطاء الشبكات الالكترونية في المادتين 18و 19، على انه لا تقوم المسئولية المدنية أو الجنائية تجاه مقدم خدمة الانترنت بشأن أية مادة خاصة بالغير وتكون في شكل سجلات الكترونية وكان دوره قاصرا على مجرد إمكانية استخدام الشبكة دون أن يكون هو المنشئ لتلك المادة وهذا إن كانت مسئوليته قائمة على حالتين:

حالة الأولى: علم أو نشر أو إصدار أو توزيع هذه المواد بشكل سجلات الكترونية أو أية بيانات تتضمنها هذه المواد.

حالة الثاني: انتهاك أية حقوق قائمة بخصوص هذه المواد أو ما يتعلق بها وذلك شريطة عدم وجود معرفة فعلية أو علم لدى وسيط الشبكات بأن المواد في هذه السجلات من شأنها إيجاد مسئولية مدنية أو جنائية .

* **حالة التشريع العماني:** من خلال قانون المعاملات الالكترونية رقم 69 لسنة 2008 [2] تضمن في المادة 14 منه لا يسأل وسيط الشبكة مدنيا أو جنائيا عن أية معلومات واردة في شكل سجلات الكترونية -تخص الغير -إذا لم يكن وسيط الشبكة هو مصدر هذه المعلومات واقتصر دوره على مجرد توفير إمكانية الدخول عليها .

وهذا القانون لم يضع أي التزام قانوني على عاتق وسيط الشبكة يفرض عليه القيام بالمراقبة على المعلومات الواردة على شكل سجلات الكترونية تخص الغير.

[1]/- أنظر أحكام المادة 18و 19 من قانون رقم لسنة 2002 البحريني

[2]/- أنظر أحكام المادة 14 من القانون رقم 69 لسنة 2008 العماني والمتعلق قانون المعاملات الالكترونية.

*** حالة التشريع الجزائري:**

نجد المشرع الجزائري قد عالج من خلال الفصل الرابع تبعا لقانون 04/09 [1] التزامات المتعاملين في مجال الاتصالات الالكترونية، وذلك من خلال تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاملين في الاتصالات الالكترونية لاسيما إلزامية حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير والتي من شأنها المساعدة في الكشف عن الجرائم ومرتكبيها، فيهدف هذا القانون إلى إعطاء مقدمي الخدمات دورا إيجابيا ومساعدا للسلطات العمومية في مواجهة الجرائم وكشف مرتكبيها.

ج/– موقف القضاء من مسؤولية مقدمي الخدمة الانترنت

اختلفت الاتجاهات القضائية بشأن مسئولية مزود الخدمة فتارة يقر بمسئوليتهم وتارة أخرى يبرأ ساحتهم، ونوضح موقف بعض القضاء المختلف على النحو التالي :

*** حالة القضاء الفرنسي:**

ففي حكم صادر من المحكمة الابتدائية بباريس في أكتوبر[2] 1999 في قضية EDV انتهت المحكمة إلى أن مزود الخدمة عبر شبكة الانترنت ليس مسئولا عن طبيعة ومشروعية المعلومات التي

---

[1]/– أنظر المواد 10و 11و 12 طبقا للفصل الرابع التزامات مقدمي الخدمات من القانون 04/09 والمتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال.

[2]/- La société EDV a reproduit, sans autorisation de l'ayant droit, un article intitulé « Micro-entreprise – choisir le bon régime fiscal » issu de la Revue Fiduciaire. Cette dernière demande au Tribunal de commerce de Paris d'ordonner solidairement à EDV, ainsi qu'à ses fournisseurs d'accès, UUNet France et UUNet Technologies Inc. (société de droit américain),…

La société EDV a reproduit, sans autorisation de l'ayant droit, un article intitulé « Micro-entreprise – choisir le bon régime fiscal » issu de la *Revue Fiduciaire*. Cette dernière demande au Tribunal de commerce de Paris d'ordonner solidairement à EDV, ainsi qu'à ses fournisseurs d'accès, *UUNet France* et *UUNet Technologies Inc.* (société de droit américain), de supprimer l'article contrefaisant du site « edvfrance.com ».

Même si l'affaire a fait l'objet d'une entente de règlement puis d'une homologation, le tribunal se prononce sur la mise hors cause des sociétés UUNet au motif suivant: « (…) *les sociétés UUNET et UUNET France ont démonté que leurs seules prestations dans le cas d'espèce consistaient a fournir un accès à leur réseau Internet, et que de ce fait elles ne sauraient être tenues pour responsables de la nature et de la licéité des informations dont elles assuraient la transmissions*. » =

ينقلها إلى المستخدمين وتتمثل وقائع القضية في إن شركة قامت بنشر مقالة بعنوان " **المشروعات الصغيرة كيف تختار نظامها المالي**" دون موافقة من مؤلف هذه المقال، وبغرض نشر هذه المقالة على موقعها استعانت بشركتي "UUNet France et UUNet Technologie.Inc" كمزودتين للخدمة، رفع المؤلف دعواه ضد الشركة صاحبة الموقع والشركتين مزودتي الخدمة لسحب المقالة والتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء النشر عبر الانترنت، فأكدت المحكمة عدم مسئولية مزودي الخدمة بحجة أن " عملهما قد أقتصر على نقل المعلومات من الموقع إلى المستخدم، ولذا فإن الشركتين مزودتا الخدمة غير مسئولتين عن طبيعة ومشروعية البيانات التي تم بثها على هذا الموقع.

ويذهب القضاء الفرنسي بصورة عامة[1]، أن مجرد قيام مستخدم الشبكة ببث رسالة غير مشروعة لا يكفي لقيام مسئولية مقدم خدمة الانترنت وذلك أخذا في الاعتبار العدد اللانهائي للمشتركين وحجم الرسائل الضخم المتداول يومياً.

*** حالة القضاء المصري:**

أصدرت محكمة القضاء الإداري المصرية حكم يدعم حرية الانترنت الصادر بجلسة 29 ديسمبر 2008[2] فتتلخص وقائع هذه الدعوى في طلب المدعى الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ وإلغاء القرار الإداري السلبي الصادر من وزير الاتصالات بصفته، بالامتناع عن حجب المواقع الإلكترونية الإرهابية المشار إليها في صحيفة الدعوى وإغلاقها أينما وجدت على شبكة الإنترنت.

=Cette décision a donc le mérite d'appliquer le principe de neutralité des transporteurs d'informations déjà consacré par le traité de l'OMPI en matière de droits d'auteur.

La question restait ouverte pour les fournisseurs d'hébergement dont la responsabilité sera engagée quelques mois plus tard dans la décision Calimero.

[1]/- Voir G. Jeannot- Pagès, note, Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 décembre 2001, D. 2002, p. 3103 voir le lien suivant

http://www.ladocumentationfrançaise.fr/rapportspublics/974057500/index.shtmlL.

Et voir aussi dans le même sens M. Lévy, Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face la cybercriminalité, Gaz. Pal. 17-19 avril 2005, doctrine, n°109, p. 33

[2]/- أنظر في هذا **الدكتور سمير حامد الجمال**، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة،، 2011 ص 310 .

ومن حيث أنه سبق لهذه المحكمة بهيئة مغايرة أن انتهت إلى أن التشريعات المصرية لم تحدد المجالات التي تستدعي حجب المواقع الإلكترونية غير أن هذا الفراغ التشريعي لا يخل بحق الأجهزة الحكومية من إلزام مزودي الخدمة بالحجب حينما يكون هناك مساس بالأمن القومي أو المصالح العليا للدولة وذلك بما لتلك الأجهزة من سلطة في مجال الضبط الإداري لحماية النظام العام وانتهت المحكمة برفض الدعوى تأسيسا على ما تقدم[1].

[1]/- **الدكتور سمير حامد الجمال**، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، نفس المرجع، ص 310 هامش 01 .

الفصل الثاني

التعاقد الالكتروني

الفصل الثاني: التعاقد الالكتروني

تمهيد :

في هذا الفصل نتطرق إلى دراسة الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، تلك العقود التي أفرزتها التقنيات الحديثة في عالم الاتصال، والتي بدأت تعرف انتشارا واسعا في حياة اليومية، نظرا لاستجابتها لمتطلبات الأشخاص على تنوعها، وسرعة إبرامها وتنفيذها رغم ما تحويه من مخاطر معلومة.

والذي يعنينا من هذه العقود هو تحديد طبيعتها القانونية، هل هي من عقود المساومة أو من عقود الإذعان؟ والأمر في حقيقته يكتسي أهمية علمية وعملية؛ لأن في تحديد طبيعة العقد الإلكتروني بيانا لنوع الحماية الواجب توفيرها للمتعاقد بالوسائل الحديثة، فقد بات معروفا وفق القواعد العامة أن عقد الإذعان يعطي للمتعاقد الضعيف حق الطعن في الشروط التعسفية التي يتضمنها، كما يجعل الشك يفسر استثناء لمصلحته، أما القواعد الخاصة فهي تعطيه حماية أكبر في مواجهة المحترف باعتباره مستهلكا.

والفقه بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني نلحظه قد اختلف على رأيين، اتجه أولهما إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد مساومة، أما الرأي الثاني فقد رأى فيه أنه عقد إذعان .ولعل الخلاف السابق - حسب رأينا - يرجع أساسا إلى الاختلاف في تحديد خصائص عقد الإذعان في حد ذاته، فمن رأى مثلا أن الاحتكار خاصية لعقد الإذعان، قال بأن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة لانتفاء الاحتكار فيه، وأما من رأى بأن الاحتكار ليس شرطا لوصف العقد بأنه عقد إذعان، فقد اعتبر أن العقد الإلكتروني هو أحد أنواعه .ومن خلال هذه الدراسة سنحاول بيان مضمون هذه الآراء، مع عرض أدلتها ومناقشتها.

فمبدأ حرية التعاقد الإرادة وأعطاها واسع السلطان في إنشاء ما تراه من العقود في إطار يضمن احترام النظام العام والآداب العامة، ويحافظ في الوقت ذاته على التوازن العقدي.

ولا نزال إثر ذلك نلاحظ اتجاه الناس إلى ابتكار عقود لا نعرف لها قانونا ينظمها، ولا عرفا يحكمها، لكنها شاعت بيننا، وقبلنا بتداولها، وساعدنا على انتشارها حتى ألقي في أنفسنا أن حياتنا

ستشل دونها. ولعل من أبرز هذه العقود انتشارا العقود الإلكترونية، التي كانت نتاج التحول العميق الذي عرفه عالم الاتصال، إذ ظهرت فيه تقنية الإنترنت وغيرها، فاتخذها الناس بداية وسيلة لبث وتبادل المعلومات مجانا، ثم استعملوها في معاملاتهم التجارية تلبية للزيادة الملحوظة في معدل الطلبات؛ إما تكملة لنشاطهم التجاري التقليدي، وإما كنشاط أصيل ووحيد، وأدى ذلك وغيره إلى تغيير أنماط الممارسات التجارية الكلاسيكية، وفرضت التجارة الإلكترونية نفسها.

إن هذا التطور الذي كان بمثابة ثورة في أسلوب التعاقد، جعل الاعتماد على أنماطه التقليدية في مواجهة الحاجات المتجددة للأشخاص أمرا صعبا؛ لأن التعويل عليها بصفة مطلقة فيه من المغالاة والإنكار لحقيقة وواقع الحياة العصرية .

وإننا بدراستنا هذه سنلقي الضوء على أحد المواضيع المتعلقة بالعقود الإلكترونية، وذلك من خلال البحث عن طبيعتها القانونية التي اختلف الفقه في تحديدها، وانقسم بشأنها إلى قائل بأنها من عقود المساومة، وقائل بأنها نوع من عقود الإذعان تستوجب حماية خاصة .

ويبدو في نظرنا أن منشأ الخلاف حول هذه الطبيعة راجع أساسا إلى الاختلاف الحاصل بين النظرية التقليدية والحديثة في تحديد عناصر عقد الإذعان، وعلى الأخص الخلاف في مدى اشتراط عنصر الاحتكار للسلعة أو الخدمة المقدمة للمتعاقد لوصف العقد بأنه عقد إذعان.

وبقصد تحليل وبحث هذه المسألة نتطرق لمفهوم التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني، وموقف التشريعات منهما (المبحث الأول)، ثم نحاول بيان مضمون الأسس المتعلقة بالطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، معرض أدلتها ومناقشتها، لنصل أخيرا إلى ترجيح ما نراه مناسبا بهذا الصدد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني

من أكثر موضوعات عصر المعلومات إثارة للجدل القانوني في وقتنا الحاضر موضوع التجارة الإلكترونية ونتساءل، لماذا كان احدث وآخر إفرازات عصر المعلومات – من بين موضوعاتها وتحدياتها وقطاعاتها – أكثرها إثارة للجدل وأكثرها محلا للاهتمام ؟؟

ذلك أن استعراض خط ولادة ونماء التقنية العالية وخط تأثر النظام القانوني بموضوعاتها — وفقا لما اوضحناه تفصيلا في الفصل الأول من هذا الباب – يظهر أن الخصوصية وحماية الحياة الخاصة من مخاطر التقنية كانت أول موضوعات الاهتمام في أواخر الستينات، ثم تبعها الاهتمام بجرائم الكمبيوتر ومن ثم الملكية الفكرية لمصنفات المعلوماتية وتحديدا البرامج اعتبارا من النصف الثاني للسبعينات ومطلع الثمانينيات، ومن ثم مسائل محتوى الموقع المعلوماتي مترافقة مع مسائل المعايير والمواصفات ومقاييس امن المعلومات ومسائل المصرفية والمالية اعتبارا من مطلع التسعينات، أما ولادة التجارة الالكترونية فقد جاء لاحقا لمعظم هذه الموضوعات ومترافقا مع الجزء الأخير منها (منتصف التسعينات وأواخر التسعينات بشكل واضح)، فلماذا إذن هي التي تطفو على السطح ؟؟

الإجابة على هذا التساؤل تكمن في تحليل عناصر ومسائل وتحديات التجارة الالكترونية، فالتجارة الالكترونية تنطوي على عناصر وتثير تحديات في سائر الحقول والموضوعات المشار إليها، امن المعلومات ووسائل الدفع الالكتروني والملكية الفكرية والتعاقد الالكتروني والحجية والمعايير و... الخ، وحق لنا القول إنها وان كانت التجارة الالكترونية الدرجة الأخيرة من درجات سلم التطور التاريخي لموضوعات تقنية المعلومات – في وقتنا الحاضر طبعا – وإنها وان كانت جزءا من الأعمال الالكترونية، فإنها بحق الإطار الذي عاد مجددا ليأطر سائر موضوعات تقنية المعلومات، بل لعلها المعبر عن تحديات فرع قانون الكمبيوتر بوجه عام ؟؟

المطلب الأول: مفهوم التجارة الالكترونية

أولا :تعريف التجارة الالكترونية

في بداية الأمر، تمثل التجارة الإلكترونية الوسيلة الرقمية في تطوير وتشجيع التجارة التي كانت في يوم من الأيام ترتكز على الطريقة الكلاسيكية في الترويج للمنتجات كمفهومها العام، غير أنها في

الوقت الراهن أصبحت تتم بين المتعاملين عن طريق استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية متطورة كاعتماد على شبكة الانترنت مثلا.[1]

وتحقق التجارة الإلكترونية العديد من المزايا لكافة المتعاملين في نطاقها، ومن بين هذه المزايا على سبيل المثال لا الحصر:

1- تسهيل سرعة الاتصالات خاصة في التعامل التجاري الدولي.
2-تحسين طريقة التعامل عن بعد بين مختلف المتعاملين الاقتصاديين، سيما ما تعلق بإدخال البيانات، المتعلقة بهم في اختصاص معين سواء ما تعلق بعرض المنتوجات أو الخدمات.
3-قلة التكلفة، حيث يؤدي نظام تبادل البيانات بطريقة إلكترونية بدرجة كبيرة إلى الاستغناء عن وجود المخازن، ويقلل دورات الشراء والبيع بدرجة كبيرة.
4-اختصار المسافة والزمن بين العملاء والموردين، حيث تكون مواقع التجارة الإلكترونية دائما محدثة على الشبكة الانترنت الأمر الذي يجعل العملاء والموردين على علم فوري بأي تغييرات تحدث في السوق.
5-طريقة سريعة وسهلة للحصول على معلومات عن أي متعامل اقتصادي وحتى معرفة نوع النشاط المعروض ومنتجاتها أو حتى الخدمات التجارية سواء داخليا أو خارجيا.
6-وجود قنوات مختلفة لتصريف المبيعات وإتمام الصفقات من خلال الموقع على الشبكة.
7- تعتمد التجارة الإلكترونية في الوقت الراهن، على عمل رموز خاصة أو أرقام للمنتجات، وهي رموز عالمية تماشيا مع نظام التقييس الدولي، كما أنها تساعد على بناء قاعدة بيانات

[1]/- راجع في **الدكتور محمد السيد عرفة**، مفهوم التجارة الإلكترونية، بحث بعنوان «التجارة الإلكترونية الدولية عبد الانترنت، مفهومها، والقاعدة القانونية التي تحكمها، ومدى صحية المخرجات في الإثبات»، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الفترة 1-3 مايو 2000، ص.31 وأنظر وكذلك **د. أسامة أبو الحسن مجاهد**، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم المؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الفترة 1-3 مايو 2000، ص.66، **الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث مقدم لذات المؤتمر، ص 93 وكذلك **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، التجارة الإلكترونية، مرجع سابق،، ص.41 .

تشتمل على معلومات مناسبة دقيقة وحديثة عن المنتجات الجاري التعامل فيها، وتسهل للأطراف إتمام العمليات التجارية لأي منتج عالمي بدون وصف المنتج.[1]

كذلك فإن الانضمام إلى سوق التجارة الإلكترونية سواء أكان الشخص منتجا أو مستهلكا تحكمه اعتبارات عديدة أهمها مستوى التقدم العلمي والتكنولوجي، ففي دولة مثل الولايات المتحدة الأمريكية، ونظرا لتقدمها العلمي، فإنها تستحوذ على نصيب هائل من حجم التجارة الإلكترونية الدولية، ولهذا تجد العديد من شركات الكمبيوتر لديها ولدى أوروبا، قد أدركت أن البلدان النامية سوق واعدة وجديدة، لذلك تقوم هذه الشركات بتسهيل خول التكنولوجيا الخاصة بالحاسب الآلي لهذا البلدان لخدمة أغراضها فهي تقدم لها أجهزة الحاسب الآلي والموديمات وهوائيات وأطباق الأقمار الصناعية حتى في القرى النائية في هذه البلدان كي تصل إلى المستهلك في عقر داره، بل تتعاون هذه الشركات مع المنظمات الدولية من أجل الترويج لثقافة الانترنت، ومن ثم الترويج للتجارة الإلكترونية عبر هذا الوسيط المعلوماتي ومن ثم تصريف منتجات هذه الشركات عن طريق التجارة الإلكترونية.[2]

و في حقيقة الأمر مسألة الإلمام بمضمون التجارة الإلكترونية عبر الانترنت يقتضي أن نتعرض للتعريفات الواردة في حقها سواء في التوجه الأوروبي أو الدول الغربية أو حتى مختلف التشريعات العربية المتميزة في هذا المجال.[3]

[1]/- **الدكتور. عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك على شبكة الأنترنت**، المرجع السابق، ص.98.

[2]/- راجع في هذا **الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان**، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 24. "تحقيقا عن التجارة الإلكترونية، الملحق الاقتصادي لجريدة الخليج الإماراتية، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 8113 في 5 أغسطس 2001 "

[3]/- **الدكتور مدحت عبد الحليم رمضان**، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، نفس المرجع، ص 25 .

ثانيا –التعريف الوارد في الوثائق والتشريعات الأوروبية:

أشير لعقود التجارة الإلكترونية في توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي –في الاتحاد الأوروبي– رقم 27/97 والصادر في 20 مايو 1997 [1]باسم العقود عن بعد –ونص على تعريفها في المادة الثانية من هذا التوجيه بأن –العقد عن بعد– يقصد به «كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم، لهذا العقد فقط– تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه».

كما عرفت تقنية الاتصال عن بعد في ذات التوجيه بأنها «كل وسيلة دون وجود مادي ولحظي للمورد والمستهلك، يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه » .[2]

والملحق الأول للتوجيه المذكور أعطى أمثلة لتقنيات التعاقد عن بعد ومنها التليفون المرئي «الفيزيفون» و«الفيديوتكست»، والمراسلات الإلكترونية عبر شبكة الانترنت.[3]

وهناك التوجيه الأوروبي الصادر عن البرلمان الأوروبي برقم 31/2000 في 1 أوت سنة 2000 في شأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات، وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية في السوق المحلية، ولذلك يطلق عليه –توجيه التجارة الإلكترونية– حيث عرفت المادة الثانية منه عملية الاتصال التجاري بأنه «كل شكل من أشكال الاتصال، يستهدف تسوية –**بصورة**

[1]/– DIRECTIVE 97/7/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance: voir le Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 - 0027

[2]/– في هذه التعريفات، راجع **الدكتور مدحت رمضان**، المرجع السابق، ص.23.

[3]/– Voir ANNEXE I du DIRECTIVE 97/7/CE :

Techniques de communication visées à l'article 2 point 4 ;- Imprimé non adressé ;- Imprimé adressé ;- Lettre standardisée ;- Publicité presse avec bon de commande ;- Catalogue ;- Téléphone avec intervention humaine

- Téléphone sans intervention humaine (automate d'appel, audio- texte) ; - Radio ; - Visiophone (téléphone avec image) - Vidéotexte (micro-ordinateur, écran de télévision) avec clavier ou écran tactile ; - Courrier électronique

- Télécopieur ;- Télévision (téléachat, télévente)

مباشرة أو غير مباشرة- بضائع أو خدمات أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص يباشر نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو يقوم بمهنة منظمة.[1]

وقد حث هذا التوجيه، الدول الأعضاء في البرلمان والاتحاد الأوروبي على عدم عرقلة العقود بالطرق الإلكترونية تبعا للحرية الشخصية لإفراد في استعمالها وفي التعبير عن الحقوق المتعدد لهم، وذلك بتضمين أنظمتهم القانونية السماح بإبرام هذه العقود، وحتى لا تكون هذه الأنظمة عائقا في إبرام العقود الإلكترونية أو تحد من أثرها وفاعليتها لمجرد أنها تتم بالطرق الإلكترونية في حدود النظام العام والأمن الوطني .[2]

و التعديل الوارد في سنة 2003 [3]للتوجيه الأوربي المعدل للقانون رقم 31/2000 قد أضاف تعديلات عامة وشاملا لموضوع التجارة الإلكترونية، فاستطاع أن يقطع شوطا أكبر في حماية المؤسسات في مجال عقود التجارة الإلكترونية وحتى المستهلك، فعلى سبيل المثال، يخوله الحق في إعادة السلعة أو رفض الخدمة –غير المطابقة للمواصفات- خلال مدة معينة من إبرام العقد الإلكتروني وهو أمر لا يجوز للتجار أو لمن يقدم هذه الخدمات في أوروبا أن ينكره على المستهلك الذي يتعاقد معه.

[1]/- Loi n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication voir le JORF n°177 du 2 août 2000 page 11903 .

[2]/- L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère plurialiste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle.

[3]/- Directive 2003/450 du 14 /05/2003 relative au commerce électronique « Le développement du commerce électronique dans la société de l'information offre des opportunités importantes pour l'emploi dans la Communauté, en particulier dans les petites et moyennes entreprises. Il facilitera la croissance économique des entreprises européennes ainsi que leurs investissements dans l'innovation, et il peut également renforcer la compétitivité des entreprises européennes, pour autant que tout le monde puisse accéder à l'Internet**.** »

وفي فرنسا تم تضمين العلاقة بين المستهلكين والمحترفين عبر الانترنت من خلال قانون حماية المستهلك الصادر في 17 مارس 2014، حيث أن هذا القانون اعتمدت صياغته بشكل كبير في تحقيق التوازن وحماية كبيرة للمستهلك في اطار العقود الإلكترونية.[1]

و على سبيل المقارنة، تعرف المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية لإمارة " **لكسمبورغ** "[2] بأنها «كل استعمال لوسيلة من وسائل الاتصال الإلكترونية لتجارة السلع والخدمات، باستثناء العقود المبرمة بطريق اتصال تليفوني شفهي أو باستخدام التصوير»، هذا ويلاحظ تبسط من مفهوم التجارة الإلكترونية، ومع ذلك، فإن هذا التعريف، قد تخلى عن المفاهيم التقليدية الواردة في قانون حماية المستهلك، من ذلك أن المشرع تخلي عن مفهوم –المنقول– محل التعامل في التجارة الإلكترونية، نظرا لأن العقد يبرم عن طريق الانترنت والوسائط الإلكترونية الأخرى، وهو ما ترتب عليه تعديل القانون المدني وقانون التجارة لإمارة **لكسمبورغ**، كما غير من مفهوم – المحرر– في جريمة التزوير.[3]

و على العموم فان التعامل ضمن التجارة الإلكترونية لا يكون في كل الأحوال المتعامل فيها موقفه يكون سلبيا كما هو الحال –في البيع عن بعد– إذ يساهم المستهلك في إعداد عقد البيع عن طريق بحثه في –الكتالوجات– الخاصة بالمبيع واستجابته لدعوة التجار للتعاقد خلال شبكة الانترنت.[4]

والواقع أن المستهلك في عقد التجارة الإلكترونية –معنى بها– حتى ولو لم يكن طرفا فيها في الغالب، فهي في النهاية مستهلك للسلعة أو الخدمة التي تم تسويقها عن طريق هذه التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت.[5]

---

[1]/- Code de consommation français et ça réforme selon la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation

[2]/-Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique luxembourgeoise modifier par la loi du 5 juillet 2004 JOR N^{O} 125 du 16 juillet 2004, p. 1848;

[3]/- Voir l'article de la Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique luxembourgeoise

[4]/- **الدكتور مدحت رمضان**، المرجع السابق، ص.16.

[5]/- **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، التجارة الإلكترونية، المجلد الأول، مرجع سابق، ص.34.

ثالثا – التعريف في بعض التشريعات العربية:

تم تقنين التجارة الإلكترونية في الدول العربية ضمن تشريعاتها المنظمة لها على الرغم من نموها ببطء، كون أن طبيعة المعاملات في هذا النوع من التكنولوجيا لم ترقى إلى الحد المطلوب، تمثل سوقا واعدة وضخمة لعقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت إلا أن حقيقة الواقع ليست كذلك، فاعتبرت تونس[1] أول الدول العربية التي أصدرت قانون التجارة الإلكترونية في سنة 2000، ثم قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية في إمارة دبي عام 2002 .

وحسب المادة الأولى من القانون المصري فإن التجارة الإلكترونية هي «كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية» ويستوي في هذه الوسيلة أن تكون الانترنت أو غيرها.[2]

وحسب الفصل الثاني من القانون التونسي[3] في شأن المبادلات والتجارة الإلكترونية فإن التجارة الإلكترونية هي أي عملية تجارية، سواء كان موضوعها سلعة أو خدمة أو أداء عمل يتم عن طريق المبادلات الإلكترونية، وذلك لأن أي عملية تجارية هي مبادلة ما بين سلعة وثمنها أو خدمة وقيمتها أو أداء عمل والمقابل المالي له شرط أن يتم ذلك بوثيقة إلكترونية، وهي تلك الوثيقة التي أنشأت أو حفظت أو تم تداولها عبر الوسائل الإلكترونية، ومنها شبكة الانترنت مع ملاحظة أن القانون التونسي لم يورد حصرا أو تعريفا للوسائل الإلكترونية التي يتم عن طريقها التعاقد عن بعد.[4]

وحسب قانون إمارة دبي رقم (2) لسنة 2002 فقد عرفت التجارة الإلكترونية بأنها «المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة المراسلات الإلكترونية»، كما عرفت المعاملات الإلكترونية بأنها أي

---

[1]/- قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي

[2]/- **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، التجارة الإلكترونية، المجلد الأول، نفس المرجع، ص.29. وأنظر القانون رقم15 لسنة 2004 المؤرخ في 2004/04/15 وأنظر المرسوم رقم 109 لسنة 2005 بشأن الأمر التوجيهي لإنفاذ القانون رقم 109 لسنة 2005 بشأن التوقيعات الالكترونية وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات .

[3]/- أنظر أحكام الفصل الثاني من القانون رقم 83 لسنة 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

[4]/- لمزيد من المعلومات في هذا الموضوع: راجع **الدكتور. عبد الفتاح حجازي**، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مجلدان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، المجلد الأول: شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، ص.15.

تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية.[1]

رابعا :المفهوم الفقهي للتجارة الإلكترونية :

عرفها جانب من الفقه[2] بأنها «تلك التجارة التي تشتمل على أنواع ثلاثة مختلفة من الصفقات هي تقديم خدمات الانترنت والتسليم الإلكتروني للخدمات، أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية، واستخدام الانترنت كقناة لتوزيع الخدمات، وعن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل إلكتروني».

وعرفت كذلك بأنها « تلك العملية التجارية التي تتم بين طرفين –بائع ومشتري- وتتمثل في عقد الصفقات وتسوية المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، وذلك دون حاجة لانتقال الطرفين أو لقاءهما، بل يتم التوزيع إلكترونيا على العقد».[3]

وعرفها جانب من الفقه كذلك بأنها «عرض المشروع للسلع والخدمات على موقع الأنترنت ليحصل على طلبات العملاء».[4]

وعرفت في الوثائق الحكومية الأمريكية بأنها «الاستعمال الأمثل لكل أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات».[5]

---

[1]/- أنظر أحكام المادة 02 الفقرة الأخيرة من قانون رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي ولأكثر تفصيل راجع التعليق على هذه التعريفات **للدكتور عبد الفتاح حجازي**، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، نفس المرجع، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص.95.

[2]/- **الدكتور. إبراهيم أحمد**، تقرير عن الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر، مقدم إلى مركز المعلومات ودعم القرار بمجلس الوزراء، مصر، ص 45.

[3]/- **الدكتور. فاروق حسين**، البريد الإلكتروني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1999، ص.9، وكذلك **الدكتورة. هدى حامد قشقوش**، المرجع السابق، ص.8.

[4]/- **د. مدحت رمضان**، المرجع السابق، ص.17.

[5]/- **د. عبد الفتاح حجازي**، التجارة الإلكترونية، المجلد الأول، مرجع سابق، ص.46.

وفي دراسة مصرية عن هذه التجارة الإلكترونية عرفت كذلك بأنها «تنفيذ كل أو بعض المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين مشروع تجاري ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات».[1]

وعرفت كذلك بأنها «عملية البيع والشراء عبر الشبكات الإلكترونية على المستويين السلعي والخدمي بجانب المعلومات وبرامج الكمبيوتر وأنشطة أخرى تساعد على الممارسات التجارية».[2]

ويرى جانب من الفقه القانوني تعريفها كذلك بأنها «جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنت، حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية، وإن كان الغالب أنها تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل، والذي غالبا ما يكون تاجرا»[3].

ويلاحظ على هذا التعريف[4] أنه حصر وسيلة التجارة الإلكترونية في وسيلة وحدية هي التعاقد عن طريق الانترنت، مع أن شبكة الانترنت ليست هي الوسيلة الوحيدة للتعاقد، وإنما –كما نرى– هي الوسيلة الغالبة في التعاقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: تعريف العقد الالكتروني

إن تحديد ماهية العقد الالكتروني تقتضي أولا، الوقوف على التحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود ومن ثم ضبط تعريف له وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب على النحو الآتي:

أولا– الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني :

اختلف الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني وانقسم تبعا لذلك إلى عدة اتجاهات وهي:

---

[1]/– **د. أسامة مجاهد**، المرجع السابق، ص.36.

[2]/– **د. مصطفى سيد أحمد**، التجارة الإلكترونية في القرن القادم، بحث مقدم للمؤتمر السابع للاقتصاد بين الزراعيين بعنوان: التكنولوجيا والزراعة المصرية في القرن الواحد والعشرين، القاهرة، المدة 28–29 يوليو 1999، ص.2.

[3]/– **الدكتور أسامة مجاهد**، التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص.34.

[4]/– **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص.48.

الاتجاه الأول: التوجه الإلزامي لطبيعة العقد الالكتروني:

يذهب بعض من الفقه الفرنسي[1] والعربي [2] إلى اعتبار العقد الالكتروني هو عقد إذعان على اعتبار أن المتعاقد لا يملك إلا أن يضغط في عدد من الخانات المقترحة أمامه في موقع المتعاقد الآخر على مواصفات معينة ومنها مواصفات السلعة وثمنها المحدد مقدما ولا يملك أن يناقش أو يعارض المتعاقد الآخر حول شروط التعاقد التي يوردها على الموقع، فهو لا يكون أمامه إلا التوقيع في حالة القبول أو عدم التوقيع في حالة الرفض، ويعتمد أنصار هذا الاتجاه إلى تغليب المعيار الاقتصادي إذ ينشأ الإذعان عندما يكون هنالك تفاوت بين الطرفين وتنعدم المساواة القانونية والفعلية بين أرادتيهما فأحدهما يتمتع بنفوذ قوي والآخر ضعيف بسبب حاجته الملحة للتعاقد .

الاتجاه الثاني: التوجه الرضائي لطبيعة العقد الالكتروني:

يذهب أنصار هذا الاتجاه [3] إلى أن العقد الالكتروني ما هو إلا عقد رضائي[4] هذا وان لم يكن من العقود المسماة، إذ ينظر إلى كل عقد على حدة، وذلك لان المتعاقد يستطيع اللجوء إلى متدخل أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة إذ لم تعجبه شروط احد الموردين أو المنتجين، كما انه لا يمكن الاعتماد على المعيار الاقتصادي فقط وإنما يجب النظر إلى الاعتبارين القانوني والاقتصادي معا، وذلك لان عقود الإذعان هي من عقود الاحتكار والمنافسة الضعيفة مثل عقد توريد الكهرباء أو الغاز ويكون احتكار هذه السلع احتكارا قانونيا أو فعليا.[5]

---

[1]/- Voir dans ce sens LUCILE ARCHAMBAULT ; LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE EN LIGNE ET LA Protection du consommateur ; doctorat en droit de l'internet ; université paris 1 Panthéon-Sorbonne ;France ;2004-2005 ,P 06 « Le contrat en ligne est défini comme le contrat conclu par l'intermédiaire d'un réseau de télécommunication. »

[2]/- **الدكتور عمر حسن المومني**، التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكترونية، د.د.ن، عمان، 2003، ص55 وأنظر كذلك **الدكتور فاروق الاباصيري**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت، د.د.ن .الإسكندرية، 2000، ص 78 وأنظر كذلك **الدكتور محمد ابراهيم ابو الهيجاء**، عقود التجارة الالكترونية، د.د.ن، عمان، 2005، ص 25.

[3]/- **الدكتور أسامة مجاهد**، التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص40

[4]/- **الدكتور عمر حسن المومني**، التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكترونية، مرجع السابق، ص 60

[5]/- **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص.53 .

الاتجاه الثالث: التوجه القائم على الطبيعة الخاصة للعقد الالكتروني:

يذهب رأي فقهي[1] –ونحن نتفق معه– إلى انه يجب التمييز بين نوعين من العقود الالكترونية عند تحديد الطبيعة القانونية إذ أن العقود الالكترونية من حيث آلية إبرامها هي إما عقود يتم إبرامها عن طريق البريد الالكتروني للمتعاقدين أو عن طريق المواقع الالكترونية، فالعقود التي يبرم عن طريق المواقع الالكترونية قد تحتوي على سمات عقود الإذعان، أما بالنسبة إلى العقود التي تبرم عن طريق البريد الالكتروني فغالبا ما تكون عقود رضائية إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق إرسال الرسائل الالكترونية بين المتعاقدين عن طريق المواقع الشخصية الالكترونية إلى أن يقترن إيجاب احد المتعاقدين بقبول الآخر فينعقد العقد[2] .

ثانيا –تعريف العقد الالكتروني:

الفرع الأول: التعريف التشريعي للعقد الالكتروني

نظرا لأهمية العملية التي تتم عن طريق التعاقد الالكتروني من الناحية العملية وبالأخص في الآونة الأخيرة وما انجر عنه من إشكالات قانونية فقد أصدرت بعض الدول تشريعات قانونية لمعالجة ذلك وبعض هذه التشريعات قد أوردت تعريفا للعقد الالكتروني.

أما بالنسبة لتعريف العقد الإلكتروني فإن ليس هناك تعريف موحد له سيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات والمحافل التي أردت هذه التعاريف من جهة ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى، وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه في المواثيق الدولية أول، ثم تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة ثانيا، وأخيرا نشير إلى المقارنة أهم ما توصل إليه الفقه من خلال التوجهات لبعض التعاريف وموقف كل من القانون الجزائري والفرنسي.

[1]/– **الدكتور فاروق الاباصيري**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت، المرجع السابق، ص 83 .

[2]/– **الدكتور محمد ابراهيم ابو الهيجاء**، عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 30.

الفرع الثاني: التعريف الوارد في التوجهات الدولية

لكي يتسنى لنا تأطير هذه الدراسة نقتصر في هذه النقطة على التطرق إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية، كونه أهم وثيقة دولية في هذا المجال، ثم التعريف الذي جاءت به المواثيق الأوروبية

أ/- بالنسبة التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية

اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية UNCITRAL أو CNUDCI،[1] صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولية وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10، أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاته الداخلية.

ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكامه، كما يسري أن التجارة الإلكترونية والدولية على حد السواء.

ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد بذلك عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، في المادة 2 فقرة 2 بتعريف تبادل البيانات الإلكترونية L'échange de données informatisées، حيث

[1]/- **د/ عبد الفتاح بيومي حجازي**، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، ص، 165، 166، 167.

ومن أجل الإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له، راجع www.uncitral.org

نصت بأنه: "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسبو إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة[1] المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، عليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة 2 فقرة 1 و2 فقرة 2 وهي:

- نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.
- نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.
- النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الأنترنت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

ويرى أغلب الفقه أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الإلكتروني، لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه، كما أن هذا القانون توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود، فبالإضافة على شبكة الأنترنت هناك وسيلة الفاكس والتيلكس.[2]

ب/- بالنسبة لتعريف الوارد في الوثائق الأوروبية

فالتوجيه الأوربي الصادر لسنة 1997 كان أول قانون نظم التعاقد الالكتروني وجاء تحت قانون حماية المستهلك بواسطة العقود المبرمة عن بعد، فعرف العقد الالكتروني بأنه عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مزود ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من خلال وسائل الاتصال

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

[2]/- **الأستاذ نصر الدين مبروك**، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، موسوعة دار الفكر القانوني، العدد الثالث، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د س ن، ص.136 وما بعدها.

الالكترونية حتى إتمام العقد كما عرفه قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي بأنه المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية [1].

ثالثا /- بالنسبة لموقف المشرع الجزائري مقارنة لبعض القوانين المقارنة.

في غياب تعريف للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري، ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال.

فعرفه قانون إمارة دبي المشار إليه والخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية الصادر لسنة 2002 [2]عن طريق تعريف المعاملات الالكترونية بالنص على أن المعاملات الالكترونية هي" المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات الكترونية والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأي متابعة من قبل شخص طبيعي كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات"

وعرفه قانون المعاملات الالكترونية السوداني[3] بأنه أي معاملات أو عقود أو اتفاقيات يتم إبرامها وتنفيذها كليا أو جزئيا عن طريق رسالة بيانات.

ويبدو أن أدق تعريف تشريعي للعقد الالكتروني هو التعريف الذي وضعه المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية الصادر سنة 2001 بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا "[4]

[1]/- Directive du 20 mai 1997 du Parlement européen et du conseil sur la protection du consommateur en matière de contrats de vente à distance – DRC. 97/7/CE – JO L144 du 04/06/97

[2]/- أنظر القانون رقم 2002/02 لإمارة دبي

[3]/- أنظر القانون السوداني رقم 105 لسنة 2010

[4]/- أنظر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي الصادر في 11 أوت 2000[1]، وقد سبق لنا وأشارنا بأن تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، المبادلات الإلكترونية في مادته 2 على أنها: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية، وعرف التجارة الإلكترونية بأنها: "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية".

من خلال هذين التعريفين يتضح أن المبادلات الإلكترونية التي تعني مبادلة سلع بمال أو خدمة بمال، لابد وأن تتم عن طريق وسيط إلكتروني، أو وثيقة إلكترونية، وبالتالي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة، كالعقود وإقرارات الاستلام والفواتير وغيرها، فكل هذه الأمور تتم بطريقة إلكترونية.

حيث يتفاوض المتعاقدان، ويصدر القبول والإيجاب اللازمين لإبرام العقد ويتم الاتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه، وذلك بوسيلة إلكترونية أيا كانت هذه الوسيلة.

أما في فرنسا، وتبعا لقانون 2004 [2]و المتعلق بالثقة في المبادلات الاقتصادية الالكترونية، عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها البعض وبين المشروعات فيما بينها، فعلاقة شركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية.

و لقد أورد الفقه الفرنسي عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، فالتعريف جاء بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت"[3]، والملاحظ على

[1]/- أنظر القانون التونسي الصادر في 11 أوت 2000 المادة 02 منه .

[2]/- Maître Naftalski, Avocat à la Cour de paris « Contrats, Responsabilité et sécurité sur Internet: commentaires des dispositions de la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique »–Revue Lamy droit des Affaires juillet 2004,p125 et Voir aussi dans le même sens ; Maître Verbiest, avocat à la Cour paris « Loi pour la confiance en l'économie numérique: examen du nouveau régime de commerce électronique »– Revue Lamy droit des Affaires ; 30 juillet 2004 ;P176

[3] /- Maître Naftalski, idem, p130.

هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيلكس والفاكس.[1]

و هناك من عرفها أيضا بأن العقد الإلكتروني هو: "كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[2]، يلاحظ أن هذا التعريف اشترط وسيلة مسموعة مرئية لكي يعتبر العقد إلكترونيا غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونيا.

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه، معتبرا أنه: "كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد".[3]

وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه اللجنة التي شكلت في مصر لتنظيم التجارة الإلكترونية إذ عرفت عقود التجارة الإلكترونية بأنها: "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال"[4].

[1] /- LUCILE ARCHAMBAULT ; LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE EN LIGNE ET LA Protection du consommateur ;op.cit ;68.

[2]/- Beaux D'Agère (Guillaume), Bresse (pierre) et Thuiler (Stéphanie), paiement numérique sur internet, aspet juridiques et impact sur les métiers, Revue Lamy droit des Affaires juillet 2004, P.196.

[3]/- **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص.170.

[4]/- **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص.177.

ولذا فإننا نؤيد الفقه[1] القائل بأنه يجب التركيز في تعريف العقد الإلكتروني على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها، من دون إغفال صفة هامة فيه باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

المطلب الثالث: خصائص العقد الالكتروني

وللعقد الإلكتروني العديد من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود المكتوبة، وتتمثل في الآتي:

أولا: في إنه عقد إبرام عن بعد

يتمثل بمجموعة من الإجراءات الفنية المسموعة والمرئية لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد ونظرا لأن العقد الإلكتروني ينعقد عن بعد عبر تقنيات الاتصالات الحديثة ودون حضور شخصي للمتعاقدين، وهو الأمر الذي أدى إلى تحقيق العديد من المزايا الاقتصادية للمشروعات التجارية والعملاء على حد سواء، وبالنسبة للمشروعات السياحية أدى استخدامها للعقود الإلكترونية في معاملاتها التجارية إلى تخفيض النفقات الداخلية في هذه المشروعات وتقليص عدد العمال بها وإمكانية الاتصال المباشر بالعملاء في منازلهم، وبالنسبة للعملاء فإنه يوفر الجهد والوقت إذ يغني هذا النوع من السلع والخدمات عن الحاجة إلى المتجر الذي تتواجد فيه هذه السلعة أو الخدمة، أو الانتظار في طابور للحصول على منتج معين[2].

ثانيا: يغلب على العقد الإلكتروني الطابع التجاري

فإن كان العقد الإلكتروني لا يعدو أن يكون عقدا تجاريا تقليديا لا يختلف في أثره القانوني عن العقد المكتوب إلا أن العقد الإلكتروني ينفرد بالوسيلة التي ينعقد بها إذ يتم إبرامه عن طريق الأنترنت أو غيره من وسائل الاتصال الإلكترونية، وتطبيقا لذلك فقد يتمثل العقد الإلكتروني في عقد بيع أو عقد إجارة أو عقد سمسرة، أو عقد تقديم خدمات، أو معلومات ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم

---

[1]/- **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص.179

[2]/- د/ **سمير حامد عبد العزيز الجمال**، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006، ص.69-70.

يعرف العقود التجارية لكنه عرف العمل التجاري من خلال المواد 02، 03، 04 من القانون التجاري الجزائري فلا تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة تلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية.[1]

ومنه يمكن القول بأن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجه الخصوصية فيها يتمثل في وسائل مباشرتها، وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد بها العقود ووسائل تنفيذها.

ويمتد مفهوم عقود التجارة الإلكترونية إلى ثلاثة أنواع من الأنشطة:

- عقود خدمات ربط ودخول الأنترنت وما تتضمنه خدمات الربط ذات محتوى التقني وهي، عقود تتم بين القائمين على تقديم الخدمات على شبكة الأنترنت والمستفيدين منها.
- التسليم أو التزويد التقني للخدمات أي عقود التجارة الإلكترونية التي يتم فيها تنفيذ عقود محلها تقديم خدمات عبر شبكات الاتصال، ومثالها عقود الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت.
- استعمال الانترنت كواسطة أو وسيلة لتوزيع البضائع والخدمات المسلمة بطريقة غير تقنية (تسليم مادي عادي) حيث يتم إبرام العقد عبر شبكة الانترنت لكن تنفيذه يكون بالطرق العادية، ومثاله الشركة التي تقوم ببيع الآلات الإلكترومترلية عبر شبكة الانترنت من خلال المتاجر الافتراضية، أين يتم التعبير عن الإرادة عبر الشبكة ذاتها لكن تسليم الشيء يكون خارج الشبكة فتسليم الآلات هذه لا يمكن أن يتم داخل الشبكة.

أما من حيث أطرافها فيندرج في نطاقها العديد من الصور أبرزها العقود التجارية التي تشمل في علاقاتها جهات الأعمال فيما بينها أي من الأعمال إلى الأعمال أما الصورة الثانية فهي تلك العلاقات التي تجمع الأعمال بالزبون[2].

[1]/- د/ **عبد الفتاح بيومي حجازي**، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الجامعة، الإسكندرية، 2008، ص.273.

[2]/- **الدكتور يونس عرب**، التجارة الإلكترونية E-Commerce، www.arablaw.org

ثالثا: أن العقد الإلكتروني عقد عابر للحدود

فهو يتم بين شخصين كل منهما في دولتين مختلفتين، كما أنه غالبا منا يكون على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية وهو الأمر الذي يبتغي أن يوضع في اعتبار المشرع عند وضعه لتشريع ينظم مثل هذه المعاملات، وذلك حتى يضمن للقواعد القانون أن تكون فعالة في تنظيم المعاملات الإلكترونية وإحاطتها بسياج من الضمانات يضفي عليها الثقة والطمأنينة في التعامل[1].

رابعا: العقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول

إذ أنه من المقرر وفقا للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد أن أي من طرفي التعاقد لا يستطيع أن يرجع عنه، فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول أبرم العقد، ولكن نظرا لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد لأن التعاقد يتم عن بعد فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول.

خامسا: يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام العقود الإلكترونية

وبعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة الاتصال الإلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط إلكترونية وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية.

وتجدر الإشارة إلى أن اصطلاح شبكة الاتصالات الإلكترونية يأخذ مفهوما واسعا في مجال التعاقد الإلكتروني، فهو ينطبق على كل نوع من أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها، وينطبق ذلك على الاتصالات التي تجري

[1]/- **الدكتور سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص.74.

بالوسائل السلكية، كما يشمل أجهزة الاتصالات التي تعمل بالموجات الهرتزية، كما ينطبق كذلك على عروض الإيجاب التي تنقل عبر الأقمار الصناعية[1].

سادسا: هذا النوع من العقود تحمه اتفاقيات ومعاهدات دولية

حيث تحكم هذا النوع من العقود اتفاقيات معاهدات دولية ذلك أن التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية وما يحتويه من تحديد أركان العقد والآثار المترتبة عليه وكيفية تنفيذه، قد تم تنظيمه على الصعيد الدولي من خلال منظمة التجارة العالمية (W.T.O)، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) والأمم المتحدة لجنة اليونسيترال(UNICITRAL)، حيث قامت هذه المنظمات بتنظيم المسائل الخاصة بالتجارة الإلكترونية عن طريق الاتفاقيات.

المطلب الرابع: نطاق العقد الإلكتروني وتمييزه عن باقي العقود

أولا: نطاق إبرام العقد الإلكتروني

رأينا من خلال تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه بأن هذا النوع من التعاقد لم ينشئ عقودا جديدة و لم يحدث نظرية جديدة، بل هو وسيلة تكنولوجية جديدة لإنشاء العقود وما دام الأمر كذلك فهل للمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بالوسيلة الإلكترونية، أم أنهما مقيدان بإبرام أنواع محددة من العقود فقط؟

الفرع الأول: المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية

هو حرية الأطراف في التعاقد، وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما، وهو الأصل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني، فتكون بذلك العقود المبرمة إلكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الإلكترونية التي لا تخضع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة بالوسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

[1]/- **الدكتور خالد إبراهيم**، المرجع السابق، ص.53.

الفرع الثاني: الاستثناء في إبرام العقود الإلكترونية

غير أن القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير منتج لأثره القانوني المتوخى إلا إذا توفرت هذه الشكلية، وهي ما يعبر عنها بالشكلية المباشرة وأهم صورها هي:

أ: اشتراط قيام المتعاقد بفعل ما قانوني

ومثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسبب تسليم الشيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الإلكترونية، كون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره.[1]

ب: مدى اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد

فإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد (سواء كانت عرفية أو رسمية) فإن التساؤل يثور في هذا الصدد، حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية أي مكتوبة على دعامات إلكترونية.

الواقع أنه بعد تعديل القانون المدني الجزائري ولا سيما المادة 323 منه، المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، أصبح تعريف الكتابة يتسع ليشمل بجانب الكتابة على الورق، الكتابة في الشكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية، وقد أدى وجود هذا النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل عما إذا كانت الكتابة في الشكل الإلكتروني يمكن أن تكون بديلا عن الكتابة التقليدية، وبعبارة أخرى فإن التساؤل المطروح الآن هو ما إذا كانت الكتابة بمفهومها الحديث الموسع بالنظر إلى وجود تعريفها ضمن القواعد المعالجة للإثبات، لا تزال قاصرة على الكتابة كوسيلة أو أداة للإثبات أو من الممكن أن يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كركن للانعقاد أو لصحة التصرف؟

[1]/- **الدكتور علي فيلالي**، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص.56.

إن الفقه الفرنسي كان منقسما بين المفهومين المشار إليهما فيما تقدم إلى قسمين:

فقد ذهب فريق للقول إلى أن هذا النص الجديد يتسع نطاقه ليشمل ايضا الكتابة المتطلبة كركن لانعقاد العقد، ذلك أن عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 يقتضي القول بأن الكتابة المقصودة بهذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات، وإنما يشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف أو التي تكون ركنا لانعقاد العقد، وبالتالي فالمادة 1316 بصياغتها الجديدة هي التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة، كونها النص الوحيد الذي تضمن تعريفا لها وينتهي هذا الفقه من ذلك بأن الكتابة هي فكرة واحدة فما دام القانون لا يفرض شكلا خاصا لهذه الكتابة كطلب الكتابة بخط اليد، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات ويصح هذا المفهوم حتى في الحالة التي يشترط في القانون أن تكون هذه الكتابة موقعة ففي هذه الحالة لا يوجد مانع يحول دون الكتابة في الشكل الإلكتروني، وأن يتخذ التوقيع كذلك الشكل الإلكتروني كون المشرع الفرنسي أقر بالتوقيع الإلكتروني، وجعله مساويا في حجيته التوقيع الخطي في المادة 1320-4 المقابلة للمادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

وفي مقابل هذا الرأي، ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال أعماله فيما ورد بشأنه، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات، وحاول أنصار هذا الفقه الاستناد إلى ما ورد في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 2000-230 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، 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"[1].

وفي الأخير حسم هذا الخلاف لصالح الرأي الأول، وذلك بإصدار المشرع الفرنسي المرسومين بتاريخ 10 أوت 2005[2]، الأول يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني

[1]/- **الدكتور محمد حسن قاسم**، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.103 وما بعدها.

[2]/- قانون رقم 03/06 المنضم لمهنة المحضر القضائي الصادر بتاريخ 2006/02/20

و أنظر القانون رقم 02/06 المنظم لمهنة الموثق الصادر بتاريخ 2006/02/20.

يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، واللذان سيدخلان حيز التنفيذ بداية من 01 فيفري 2006، إذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية، ويتم التوقيع على العقد من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية، على أن يتم إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن.

أما بالنسبة للتعديلات التي طرأت على القانون المدني الجزائري بموجب القانون 05-10 في هذا المجال، فلم يتطور بشأنها النقاش بعد نظرا لحداثتها ونعتقد في هذا الشأن أنه لا يمكن القول بإمكانية إبرام العقود التي تطلب المشرع إخضاعها للكتابة الرسمية في ظل القانون المدني الجزائري إلكترونيا، كون هذه الأخيرة تشترط أن يشهد إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختمها بيده، أما بالنسبة إلى العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فهي تكاد تنعدم في القانون الجزائري.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا اشترط القانون الكتابة الخطية كركن لانعقاد العقد، أو تطلب أن تكون بعض البيانات إلزامية يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد، أو أن يكون التوقيع بخط اليد، فإن الكتابة في هذه الحالات لا يمكن أن تكون إلكترونية ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية[1].

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن باقي العقود

إن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني تمثل أهم وجهة لخصوصيته كما يتضح أنه ينتمي طائفة العقود التي تبرم عن بعد مع العلم أنه لا يشكل نوعا جديدا من العقود تضاف إلى العقود التقليدية المتداولة قانونا، كما لا يخرج بالكامل عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد عموما والواردة في القوانين المدنية، ومع ذلك فإن التعاقد الإلكتروني يعد متميزا عن الصورة التقليدية للتعاقد وبالتالي يمكن إيجاز أهم الخصائص التي يتميز بها وذلك على النحو التالي:

[1]/- **الدكتور محمد حسين قاسم**، المرجع السابق، ص.107.

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي

إذا كان العقد الإلكتروني يتفق مع العقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن الثاني يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد في المواجهة، وهو ما يقتضي التواجد المادي لكل من طرفي التعاقد في مكان واحد، ولا يتحقق ذلك في التعاقد الإلكتروني، فمن المفترض أساسا وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين، بل قد يفصل بينهما مئات أو آلاف الأميال ومن ثم فإن التعاقد التقليدي هم تعاقد بين حاضرين، بينما الانفصال المكاني في التعاقد الإلكتروني يجعل من طبيعة خاصة[1].

أما من حيث الوفاء حيث حلت وسائل الدفع الإلكترونية، في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات.

وتتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية، والأوراق التجارية الإلكترونية، والنقود الإلكترونية، والتي تتمثل في نوعين هما النقود الرقمية، والمحفظة الإلكترونية، بالإضافة إلى الوسائط الإلكترونية الجديدة التي ظهرت حديثا مثل الذهب الإلكتروني، الشيك الإلكتروني، وتتم عملية تحويل الأموال إلكترونيا بين أطراف العقد الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت بواسطة جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك أو عن طريق شبكة الاتصال بين البنوك والتي تسمي مشروع "**بوليرو**".

ونتيجة ظهور طرق الدفع الإلكترونية، ظهرت مجموعة من الخدمات البنكية الإلكترونية مثل خدمات التوكيل الإلكتروني، وخدمة الصراف الآلي، وخدمة نقاط البيع، وخدمة الحصول على الأعمال البنكية من المترل أو المكتب. والتي يمكن الحصول عليها عن طريق الهاتف الذكي المزود بشاشة، وخدمات المقاصة الإلكترونية[2].

---

[1]/- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني -دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص.167.

[2]/- **د/ خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص. 170 .

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المبرمة عن بعد

أ: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف

إن التعبير عن الإرادة بواسطة الهاتف الاعتيادي يدخل ضمن التعبير عن الإرادة باللفظ حيث يعبر كل من الموجب والقابل عن إرادتهما بالكلام دون أن يكون بينهما وسيط يبلغ الكلام لطرف الآخر، وإن التعاقد عن طريق الهاتف هو دائما تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ما لم تفصل مدة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، لأن كلا من الطرفين المتعاقدين يسمع كلام الآخر في نفس اللحظة التي يصدر فيها الكلام أي يتحقق التزامن والتعاصر في تبادل التعابير الإرادية بين الأطراف المتعاقدة، ومن هذه الناحية يشبه التعاقد عن طريق الهاتف مع التعاقد عبر الخدمات شبكة الانترنت وخصوصا خدمة التخاطب في فضاء الانترنت حيث يتم تبادل التعبير الإرادية في الزمن الحقيقي وهي خدمة يتحقق من خلالها التواصل والتزامن في تبادل التعبير الإرادية.

ويختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد بواسطة الهاتف في كون شبكة الأنترنت لا تقتصر خدماتها على نقل الصوت فقط وغنما توفر في نفس الوقت الصورة والحركة والكتابة أيضا بشكل آني وتفاعلي، بل يمكن من خلالها إرسال ملفات النصوص والصور، ومن ناحية أخرى الهاتف يعد وسيلة للاتصال والتفاهم بين طرفين أو ثلاثة أطراف فقط فين حين التعاقد الإلكتروني قد يكون متاحا لعدد غير محدود ولا يشترط فيه التزامن في وجود الأشخاص على طرفي الاتصال[1].

ب: التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفاز

إذا كان التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون يتشابهان في أن الرسالة المنقولة هي نفسها بالنسبة لكافة العملاء إذ تتم بالصوت والصورة، إلا أن الإعلام في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون عن طريق الإذاعة المرئية المسموعة، والجوهري في هذا الإعلام أنه وقتي يزول سريعا وللحصول على مزيد من التفاصيل يكون من خلال الاتصال مع الشركة عن طريق الهاتف أو المينتيل أما الإعلام

[1]/- **الدكتور أمانج رحيم أحمد**، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص.76-77.

في التعاقد الإلكتروني فيظل قائما خلال أربعة وعشرين ساعة ويكون الاستعلام عن التفاصيل من خلال تصفح صفحات الموقع على الأنترنت.

كما أنه في التعاقد عن طريق التلفزيون يتم إبلاغ القبول عبر الاتصال بالتلفون أو المينيتل، أما العقد الإلكتروني فإن التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الإلكتروني للبيانات أو عن طريق البريد الإلكتروني، أو بالضغط على عبارة الموافقة عن طريق لوحة مفاتيح الكمبيوتر الخاص بالعميل أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير الإلكتروني عن القبول.

إلا أن الفارق الجوهري يكمن في أن البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التيلفزيون، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس العقد الإلكتروني الذي يتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين، وصفة التفاعلية هذه تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أو أداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، وتسمح كذلك بالوفاء الإلكتروني عبر الشبكة عن طريق وسائل الدفع الإلكتروني[1].

ج: التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

أوضحت الفقرة 1 من المادة 2 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أن الفاكس يعتبر أحد الوسائل التي يمكن استخدامها لإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات.

ويعتبر الفاكس من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد وهو جهاز نقل المستندات والصورة ويطلق عليه الاستنساخ عن بعد ويمكن أن ينعقد العقد عبره، فعلى المتعاقد أن يدون رغبته في التعاقد في رسالة مكتوبة ثم يرسلها بالفاكس فتصل هذه الرسالة مستنسخة طبقا

[1]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.68-69.

لأصلها إلى المتعاقد الآخر الذي يملك بدوره هو الآخر جهاز فاكس[1]، مما يعني أن التعاقد بالفاكس يكون التعبير فيه عن إرادة التعاقد كتابة[2].

أما التلكس فهو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها[3]. كما أن الإيجاب عن طريق الفاكس والتلكس يكون موجها لشخص بعينه أو لهجة مما يجعله إيجابا خاصا وبهذا يختلف التعاقد من خلال الفاكس والتلكس عن التعاقد عبر شبكة الأنترنت من خلال الخدمات المتغيرة والمتطورة بتطور الشبكة نفسها والتي تمكن مستخدميها من تصفح ما بها من أجل الوصول إلى معلومات معينة وإبرام ما يشاؤون من عقود من المواقع التي تعرض منتجاتها على الشبكة مما يجعل الإيجاب في بعض الحالات على شبكة الأنترنت عاما[4].

المبحث الثاني: إبرام العقد الإلكتروني:

تمهيد :

العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد العادي في أركان انعقاده وشروط صحته والأثر المترتب عليه من حيث المسؤولية وإنما يختلف عنه في الوسيلة التي يتم بها إبرامه إذ يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها فينعقد بتلاقي الإيجاب بالقبول بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، ومتى كان العقد الإلكتروني لا يعدو عقدا عاديا لا يختلف عنه إلا في الطريقة التي سنعقد بها عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل الانترنت.

---

[1]/- **الدكتور العطار محمد حسن**، البيع عبر شبكة الأنترنت -دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني-، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، لإسكندرية، 2005، ص.28.

[2]/- **لما عبد الله صادق سلهب**، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا، جامعة نابلس، فلسطين، 2008، ص.32.

[3]/- **الدكتور محمد أمين الرومي**، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص.15.

[4]/- **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص.32.

فعلى ذلك فالعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فالرضا أو التراضي هي قوام العقد، والتراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام وكل التزام لابد أن يكون له من محل وسبب وهذا هو العقد التقليدي وفقا للنظرية العامة للالتزام.

وإذا كان العقد الإلكتروني يخضع في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد بوجه عام ولكن يختلف بوسيلة إبرامه إذ أنه عقد يبرم بين غائبين عن بعد باستخدام وسائط إلكترونية حديثة.

ولذلك يلزم التعرف على العقد العادي من حيث أركان انعقاده وشروط صحته وفقا للتنظيم الذي وضعه المشرع الجزائري ومن خلال ذلك نعرض للطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني.

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

الأصل الذي جاءت به المادة 60 من القانون المدني الجزائري فيما يخص كيفية تعبير المتعاقدين عن إرادتهما، أن يتم باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبها، فحسب هذا النص يصح أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، كما أن يكون ضمنيا، سواء إيجابا من أحد المتعاقدين أو قبولا من المتعاقد الآخر[1].

و وضعت المادة 68 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري استثناء على هذه القاعدة بنصها على إمكانية أن يكون السكوت الملابس وسيلة لتعبير عن القبول.

كذلك نصت المادة 64 من القانون المدني الجزائري والتي أشارت إلى جواز صدور الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل، وهو ما يفهم منه جواز التعبير عن الإرادة بأي وسيلة سواء كانت يدوية أم إلكترونية، وتطبيقا لذلك يجوز التعبير عن الإرادة إلكترونيا عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، وفي المفاوضات أيضا، إذا توافرت الإرادة السليمة الخالية من العيوب والشروط المطلوبة لصحتها. لذا سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني في نقطة الأول، وتحر سلامة الإرادتين في نقطة الثانية.

[1]/- **الدكتور علي فيلالي**، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص.84.

أولا: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

الفرع الأول: الإيجاب في العقد الإلكتروني

يعرف الإيجاب بأنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته فبإبرام عقد معين فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول[1].

أما الإيجاب عبر الانترنت لا يعدو أن يكون أكثر من الإيجاب التقليدي إلا أن الوسيلة هي التي تختلف مع بقاء الجوهر نفسه فهو لا يتميز عن الوسائل التقليدية من إيجاب في مجلس حقيقي بين موجب أو موجب له أو بصدور الإيجاب عبر الوسائل الفورية من هاتف وفاكس وتلكس أو عبر الإيجاب عن طريق البرقية إلا أنه يشملها جميعها فيمكن أن يكون الإيجاب عبر الانترنت أي وسيلة من هذه الوسائل التقليدية[2].

ويشترط في التعبير عن الإرادة عبر شبكة الأنترنت لكي يعتبر إيجابا إلكترونيا ينعقد به العقد إذا اقترن به قبول مطابق، توافر شرطين اساسيين وهما:

- أن يكون الإيجاب حازما وباتا وذلك بأن تتوفر في الموجب النية القاطعة لإحداث الأثر القانوني (إبرام العقد)، وهذا ما يميز الإيجاب والمراحل التي تسبقه كالمفاوضات.
- أن يكون الإيجاب كاملا ومحددا تحديدا كافيا وذلك بأن يحتوي على الشروط الأساسية للتعاقد التي تشمل العناصر الجوهرية للعقد[3].

فإذا نظرنا إلى صور الإيجاب عبر شبكة الانترنت نجد أنه إما أن يكون إيجابا عبر البريد الإلكتروني على صفحات الويب، وإما إيجابا عن طريق المحادثة والمشاهدة.

---

[1]/- **الدكتور علي فيلالي**، المرجع السابق، ص.88.

[2]/- **الدكتور أحمد خالد العجلوني**، المرجع السابق، ص.71.

[3]/- **أمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص.144-145.

أ /-: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني E-Mail:

1-الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بينه وبين القبول:

ويكون في هذه الحالة موجها غالبا من شخص إلى آخر تحديدا فنكون أمام حالة تنطبق مع حالة الإيجاب الصادر عبر الفاكس أو البريد العادي، فيكون الموجب بحاجة لفترة فاصلة لاستلام الإجابة، وبذلك يكون الإيجاب قائما غير ملزم إلا إذا تضمن التزاما للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة ويمكن استخلاص هذه المدة من طبيعة الإيجاب والعرف، وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري، فإذا كان إيجابيا غير ملزم فإنه يمكن أن يتم به العقد متى كان باتا جازما وكلاما محددا، كما يمكن أن يسقط في حالة رفضه عبر البريد الإلكتروني أو التعديل فيه أو تكراره، أو انقضاء المدة في حالة ما إذا كان ملزما، كما يمكن الرجوع عنه بنفس الوسيلة أو عبر اتصال هاتفي مثلا.

2-الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الاتصال بالكتابة المباشرة:

في هذه الحالة يقترب الإيجاب كثيرا بالإيجاب عبر التلكس الذي يوفر الاتصال المباشر في إيجابه وقبوله، حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب وهنا نكون أقرب إلى مجلس العقد، إلا أن الموجب قد يعدل عن إيجابه بأي فعل أو قول يدل على الاعتراض الذي يبطل الإيجاب، ويمكن أن نتصور هنا أنه أثناء تبادل الإيجاب عبر البريد الإلكتروني يقوم الموجب له بإغلاق جهاز الكمبيوتر أو بإعطاء إشارة إلى أن انتقل إلى موقع غير موقع الموجب فيكون الموجب له قد قام بفعل دل على الاعتراض فأبطل الإيجاب.

ب/-: الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني الويب:

الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر عبر الصحف أو التلفاز أو عبر الشاشات الموضوعة في الساحات والطرق العامة، ذلك أن إيجابا مستمرا على مدار الساعة والأغلب أن يكون موجه إلى الجمهور ولي إلى فرد معين، ذلك أن الإيجاب الصادر عبر الموقع يكون موجها إلى العامة[1]، بالإعلان والإشهار لبيع السلع وتقديم الخدمات المتوفرة وعادة ما يكون هذا الإيجاب محددا

[1]/- **الدكتور أحمد العجلوني**، المرجع السابق، ص.72-73.

بزمن أو معلقا على شرط عدم نفاذ السلع، وهذا الشرط راجع إلى طبيعة هذا الإيجاب في حد ذاته – كونه موجهة إلى الجمهور وخاصة منهم المتواجدين عبر شبكة الأنترنت– لذلك فإن احتمال نفاذ هذه السلعة أمر وارد بالنظر إلى كثرة عدد الأفراد الموجه ليهم هذا الإيجاب بما يتسبب بورود طلبات على السلعة أو الخدمة التي تعرضها بما يفوق قدرة المنتج أو البائع على توريد السلعة مهما كان مقدور مخزونها لديه، مما قد يتطلب منه العمل أكثر ولمدة زمنية قد تطول من أجل الوفاء بإيجابه.[1]

ويكون الإيجاب عبر شبكة الويب معلق على شرط عدم تغيير الأسعار في أحيان أخرى إذ يحتفظ الموجب بحقه في تعديل هذا الثمن تبعا لتغير الأسعار في السوق والبورصة.

ويطرح الإيجاب عبر شبكة المواقع مسألة التكييف لقانوني للإعلان عبر شبكة الويب إذ يرى جانب من الفقه أن هذه الإعلانات هي بمثابة دعوى لتعاقد وليست إيجابا حتى ولو كان الإعلان يحتوي على كل الشروط الجوهرية للعقد، إلا إذا تعلق الأمر بالإعلان عن السلع أو الخدمة يعتمد فيه بشخص المتعاقد فنكون في حالة إيجاب، حيث يستند هذا الرأي اشتراط المواقع عبر شبكة الأنترنت تأكيد الزبون قبوله للعقد عن طريق الضغط مرتين أو أكثر على الزر الخاص بالموافقة المتواجد على لوحة المفاتيح، وذلك لتأكد من أن موافقة الزبون على العقد لم يأتي عن طريق الخطأ.

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن الإعلانات عن السلع والخدمات عبر الأنترنت هي إيجاب غير ملزم، أي دعوى للتعاقد إلا إذا نص الإعلان ذاته على خلاف ذلك، وهو ما أكده قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 الصادر عن الأمم المتحدة.

ج/–: الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة المباشرة

يستطيع المتعامل على شبكة الانترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كميرا توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف تقليدي أو هاتف مرئي فنكون في هذه الحالة أمام حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد، أو ما يسمى بمجلس عقد افتراضي يقترب جدا من المجلس الحقيقي، فيكون الإيجاب صادر مباشرة بالكلام أو

[1]/– **الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد**، التعاقد عبر الأنترنت، الكتب القانونية، مصر، طبعة 2002، ص.72-73.

بالكتابة أو بالمشاهدة، وينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين المنصوص عليها في المادة 64 من القانون المدني الجزائري فيكون الإيجاب غير ملزم ما لم يحصل القبول فورا وللموجب حينئذ الحق في العدول، فإذا عدل الموجب عن إيجابه يسقط ولا يتم العقد انطلاقا، وإذا صدر قبول بعد ذلك فلا يعتد به وغنما يعتبر إيجابا جديدا.

أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فإن الإيجاب لا يسقط، لكنه يصبح غير ملزم وهو يسمى بالإيجاب القائم وغير ملزم، وفي هذه الحالة فإن صدور قبول قبل انفضاض مجلس العقد يؤدي إلى انعقاد العقد[1].

الفرع الثاني: القبول في العقد الإلكتروني

القبول هو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، وبناءا على هذا التعبير يمكن أن ينعقد العقد فبالقبول تتوافق الإرادتان أو تتلاقى الإرادتان من أجل إحداث أثر قانوني معين، والقبول يجب أن يكون مطابقا للإيجاب، فلا يزيد فيه ولا ينقص منه، وإلا يعد إيجابا جديدا[2].

وكما للإيجاب شروط لابد من قيامها فالقبول يتسم بعدة شروط وهي:

- أن يصدر القبول والإيجاب لا زال قائما.
- مطابقة القبول للإيجاب.
- ولابد أيضا للقبول أن يتم عند التعبير عنه في أن الاتفاق يكون على المسائل الجوهرية[3].

وعالجت المادة 68 من القانون المدني الجزائري مسألة مدى اعتبار السكوت قبولا وهي المسائل التي سوف نتناولها لما لها من خصوصية في العقد الإلكتروني.

---

[1]/- **الدكتور أحمد خالد العجلوني**، المرجع السابق، ص.74.

[2]/- **الدكتور شحاتة غريب شلقامي**، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، بدون مكان نشر، 2008، ص.95.

[3]/- **الدكتور أحمد خالد العجلوني**، المرجع السابق، ص.76-77.

أ/- الطرق الخاصة بالقبول في العقد الإلكتروني

تكون طرق القبول التي تبرم بالوسائل الإلكترونية بنفس طرق الإيجاب، بحيث تكون صور القبول في العقود التي تبرم باسطة التيلكس أو الفاكس أو بواسطة البريد الإلكتروني بالكتابة وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في وسيلتها.

وتكون صورة التعبير عن القبول في العقود التي تبرم بواسطة المشاهدة والمحادثة عبر الأنترنت باللفظ أو بالإشارة المتداولة عرفا.

ولا يمنع أن يتم بطريق إلكتروني غير الطريق الذي صدر الإيجاب بواسطته غير أن اللجوء إلى وسيلة مغايرة، قد يشكك في انعقاد العقد إذا ظهر نزاع بشأن إثباتها وانعقاد العقد، وتفاديا لمثل هذه الشكوك فإن الموجب قد يشترط تلقي القبول عبر ذات وسيلة تقديم الإيجاب كما أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسترال يشترط في القبول لإعمال أثره إرساله عبر ذات وسيلة تلقي الإيجاب[1].

لكن هناك طرق حديثة ومبتكرة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية استحدثتها تقنيات التجارة الإلكترونية منها:

1- التعبير عن القبول من خلال قيام القابل بإرسال معلومات بطاقة الائتمان الخاصة به إلى الموجب أو أن يقوم بتنزيل أو تحميل المنتجات الإلكترونية عبر الشبكة بعد أداء مقابلها كما في عقود شراء أقراص أو برامج الحاسوب الآلي...، ويتم ذلك عادة بتحميل ملا تحتويه هذه المنتجات ونقله من مصدره إلى الحاسوب الشخصي للمشتري.
2- ومن الطرق الحديثة للتعبير عن القبول أيضا النقر بواسطة فأرة التأشير على شاشة الحاسوب أو مفاتيح لوحة الحاسوب الآلي أو ملامسة أيقونة "نعم"، وتعد هذه الطرق من

[1]/- **الدكتور خالد حمدي عبد الرحمان**، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.63.

أكثر الطرق التي أثيرت بشأنها مناقشات حول مدى صلاحيتها لاعتبارها طريقة معترف بها قانونيا للتعبير عن القبول وبالتالي مدى صحة العقود الإلكترونية التي تبرم من خلالها[1].

في الحقيقة انقسم الفقه حول هذه المسألة، فهناك من اتجه إلى القول بكفاية الضغط لمرة واحدة على الأيقونة، وهناك من اتجه إلى القول بالضغط مرتين حتى يتأكد القبول.

وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول يشترط أن يتم عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة[2]، في هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة قرينة على انعقاد العقد ولكن لا يترتب أثرا بشأنه ويصبح القبول عديم الأثر.

وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافق القاضي على التعاقد حتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ لأنها قرينة قابلة لإثبات العكس فيعتبر عدم صدور التأكيد منه دليلا على أنه لم يقصد قبول التعاقد[3].

ب/- مدى صلاحية السكوت الملابس كوسيلة للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني

تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاملين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

وتعد هذه الحالة استثنائية بخصوص التعبير عن الإرادة، فالأصل هو أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا ولا يعتبر الساكت معبرا عن إرادته لقاعدة لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه، كما أشارت إلى ذلك المادة المذكورة أعلاه.

---

[1]/- **الدكتور أمانج رحيم أحمد**، المرجع السابق، ص.160-161.

[2]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.268.

[3]/- **الدكتور أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص.86.

إن التعاقد عن طريق الانترنت يعتبر حديثا، فلا مجال للقول أن العرف يلعب دورا هاما في هذا النوع من التعاقد، فالعرف يحتاج إلى ركن مادي، وآخر معنوي حتى يتحقق ويكون له دور في مجال التعاقد عبر الانترنت، أما فيما يتعلق بحالة ما إذا كان الإيجاب تمخض لمنفعة من وجه إليه كما لو كان هناك تبرع، وبالتالي لا يوجد أي التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب فهذا الأمر غير معتاد وغير مألوف على شبكة الأنترنت[1].

أما التعامل السابق بين المتعاقدين فهي الحالة التي تصادفنا كثيرا في التعاقد عبر الأنترنت ومثالها اعتباد الزبون على شراء السلع من أحد المتاجر الافتراضية، سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الويب.

إلا أنه لا ينبغي إغفال حقيقة مهمة وهي، أنه لا يجوز استنتاج القبول من مجرد سكوت العميل في حالة التعامل السابق، بل لابد وأن يقترن ذلك بظرف آخر يرجع دلالة السكوت على قبول العميل، كما لو وجد اتفاق سابق بين الطرفين على ذلك، وسواء أكان هذا الاتفاق صريحا أم ضمنيا[2].

الفرع الثالث: اقتران الإيجاب بالقبول (مجلس العقد)

لمجلس العقد أهمية بالنسبة للعقد تتمثل في أنه بما يحمله من تحديد لمكان وزمان التعاقد يمكن عن طريقة معرفة المحكمة المختصة، إذا ما ثار نزاع بشأن العقد وأيضا القانون الواجب التطبيق عليه.

ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين: حقيقي وحكمي. فالنوع الأول -أي مجلس العقد الحقيقي- فيقصد به المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولا أو رفضا، وإما بانفضاضه دون رد.

أما مجلس العقد الحكمي -أو الافتراضي- فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه كما هو الحال في العقد الإلكتروني.

---

[1]/- **الدكتور شحاتة غريب شلقامي**، المرجع السابق، ص.110.

[2]/- **سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص.125.

وإذا كان الذي يفرق بين نوعي مجلس العقد الحقيقي والحكمي هما عنصرا الزمان والمكان إلا أن عنصر الزمن هو المعيار الأساسي في التفرقة بينهما، ولذلك يذهب غالبية الفقه إلى معيار التمييز في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين هو وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به فمعيار التزامن هو ضابط التمييز بين حالتي التعاقد، فهي التعاقد بين حاضرين يختفي هذا الفاصل الزمني ويعلم الموجب بالقبول فور صدوره.

أ/- أركان مجلس العقد

يقوم مجلس العقد على ركنين هما: الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي وهو الزمـــان.

وبتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني نجد أنه مكان افتراضي لأنه يتم في فضاء إلكتروني، وذلك سارعت لجنة الأونسترال بوضع مشروع قانون العقد الإلكتروني قامت فيه بتحديد مكان إبرام العقد[1] حيث وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مكان إبرام العقد الإلكتروني في المادة 15 فقرة 4 حيث قرر: "أن مكان إرسال الرسالة الإلكتروني يتحدد بالمكان الذي يقع مقر عمل المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ لا والمرسل إليه على غير ذلك".

وعليه فإن العقد الإلكتروني يكون قد أبرم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وذلك بالطبع ما لم يتفق طرفا التعاقد الإلكتروني فيما بينهما على أنه مكان الإرسال أو مكان الاستلام.

وفي حالة ما إذا كان للمرسل إليه أو المنشئ أكثر من موطن أعمال، فقد يكون له مثلا مقر عمل رئيسي وآخر فرعي، في هذه الحالة بين القانون النموذجي أنه يعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني وتنفيذه أي الأكثر صلة بموضوع العقد، أو بمقر العمل الرئيسي، كما تعرض القانون النموذجي لحالة عدم وجود مقر عمل للمنشئ أو المرسل إليه حيث قرر أنه يعتد بمحل الإقامة المعتاد المادة 15 فقرة 2[2].

[1]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.284-285.

[2]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.308-309.

أما بالنسبة للزمان فقد تطول الفترة أو تقصر حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

- ففي التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين أي يكون الاتصال بينهما لحظي، فإن مجلس العقد يبدأ من حيث صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع.
- أما إذا كان التعاقد غير مباشر أي غير لحظي، فإن مجلس العقد يبتدئ من لحظة إطلاع القابل على المعروض عليه، سواء كان منتج أو خدمة، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف، وإن كنا نرى أنه نظرا لحداثة التعاقد الإلكتروني لا توجد حتى الآن أعراف تجارية يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن.
- وفي التعاقد عبر الموقع الإلكتروني الويب، سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود، أو عن طريق التنزيل عن بعد، فإن المجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج القابل من الموقع.
- أما في حالة التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبتدئ من حيث صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة.

إذا فبالنسبة لخيار المجلس فتكون صورته بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني مثلا أن لكل واحد من المتعاقدين الحق في الرجوع طالما كان متواصلا مع جهاز الكمبيوتر وعبر شبكة الأنترنت فإن قام عن الجهاز أو غلقه طوعية واختيارا أو انتقل إلى معاملات أخرى أو مواقع أخرى عبر صفحات الويب سقط الخيار، لأنه في الحالة الأولى قد افترق الطرفان، وفي الحالة الثانية فقد انصرفا عن موضوع التعاقد إلى غيره[1].

[1]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.286.

ب/- طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني

اختلف الفقه[1] في هذا الشأن إلى ثلاث آراء على النحو التالي:

الرأي الأول:

يرى جانب من الفقه أن التعاقد عبر الانترنت يعد تعاقدا بين حاضرين حيث ينطبق مفهوم مجلس العقد على كل عاقدين بعدت الشقة بينهما إلا أنهما انصرفا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما عنه شاغل واحد وكان بينهما اتصال مباشر عبر الانترنت بحيث يسمع أو يرى أحدهما الآخر مباشرة حيث لا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة إيجابا أو قبولا، ووصوله إلى علم الموجب له.

الرأي الثاني:

يرى جانب ثان من الفقه أن التعاقد عبر الانترنت يعد تعاقدا بين غائبين لأن التعاقد عن طريق هذه الشبكة قد يكون بالكتابة بين المتعاقدين، ذلك عن طريق استخدام الجمل المكتوبة كما هو الحال بالنسبة لبرنامج "فري تبل"، وقد يكون بالحوار الصوتي كما هو الحال بالنسبة لبرامج "فوكس وير" وقد يكون بالصوت والصورة والكتابة كما هو الحال بالنسبة للحاسوب المزود بكاميرا وميكروفون "الملتيميديا"، ففي كل هذه الأحوال يعد التعاقد تعاقد بين غائبين كما هو الحال في التعاقد بالكتابة، أو الهاتف، وما يماثله، والفاكس، وما يماثله.

---

[1]/- **د عبد الله حسين محمود**، حماية المستهلك من الغش التجارة والصناعي، دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي والدول الأجنبية، الإمارات العربية المتحدة، دبي، منشور لدى دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص77 أنظر في هذا كذلك **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة،، المجلد الثاني، الطبعة أولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 7 وأنظر **رأي الدكتور حسين فتحي**، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، بحث غير منشور، مكتبة المجلس الوطني الاتحادي، أبو ظبي، ص.14و أنظر رأي **الدكتور. محمد السيد عرفة**، بحث بعنوان «التجارة الإلكترونية الدولية عبد الانترنت، مفهومها، والقاعدة القانونية التي تحكمها، ومدى صحية المخرجات في الإثبات»، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الفترة 1-3 مايو 2000، ص.3 وما بعدها.

الرأي الثالث:

يرى جانب ثالث من الفقه لأن التعاقد عبر الانترنت يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، فهو يعتبر تعاقد بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، ويعتبر تعاقد بين غائبين من حيث المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة، ويرى أصحاب هذا الرأي تطبيق القواعد الخاصة بالتعاقد عن طريق الهاتف فيعتبر التعاقد عن طريق الانترنت قد تم في مكان الموجب إذ فيه يعلم بالقبول ما لم يتفق على غير ذلك، كما يعتبر تاما في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول.

الرأي الراجح حسب اعتقادنا:

هو الرأي الثالث، أي أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا، وغائبين مكانا، إلا في حال التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانا ومكانا[1].

ثانيا: سلامة الإرادة [2]:

بداية نقول أن التراضي يجب أن يوجد حتى يقوم العقد، والتراضي عبارة عن توافق إرادتين ولقد قمنا بتتبع الإرادة عبر الانترنت ن لحظة نشوئها إلى لحظة اقترانها بإرادة أخرى، ومع ذلك فإن العقد يجب أن يستقر بشكل نهائي حتى ينتج أثاره القانونية، وهذا لا يكون إلا إذا كان التراضي صحيحا ويكون كذلك إذا كان صادر من شخص قانوني ذو أهلية يعترف بها القانون، كما يجب أن يصدر من شخص تكون إرادته بريئة من العيوب التي قد تطرأ عليها فتحد من أثرها، وهذه العيوب وفقا لما

[1]/- **الدكتور سمير حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص.144-145. وانظر كذلك رأي **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص 27 وأنظر رأي **الدكتور. محمد السيد عرفة**، بحث بعنوان «التجارة الإلكترونية الدولية عبد الانترنت، مفهومها، والقاعدة القانونية التي تحكمها، ومدى صحية المخرجات في الإثبات» المرجع السابق، ص 10 .

[2]/- أنظر في هذا المادة 61 و62 من ق م ج وأنظر أكثر تفصيل **الدكتور محمد سعيد جعفور**، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 123 وأنظر **الدكتور علي فيلالي**، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 112 **الدكتور فاضلي إدريس**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 65

استقر عليه القانون المدني الجزائري[1] وهي الإكراه والغلط، و التدليس، وكما هو الحال في العقود الكلاسيكية وكل ادعاء يتعلق بصحة التراضي لأي من العاقدين عبر الانترنت يقع عبء إثباته على الطرف المدعى، ومع ذلك فإن هذا الأمر يستلزم منا القيام ببعض التوضيح وذلك ببيان التعاقد وعيوب الإرادة.

الفرع الأول: وجود أهلية المتعاقد

يقصد بالأهلية –بوجه عام– صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية[2].

وبما أن التعاقد عبر الأنترنت هو تعاقد عن بعد دون حضور مادي للأطراف فإنه يصعب على المتعاقد في هذه الحالة التحقق من أهمية الطرف الآخر.

ونقصد بالأهلية هنا أمرين هما: أولهما ثبوت صفة المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها، وثانيهما ثبوت أهليته على النحو الذي يتطلبه القانون وهذا ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني الجزائري، وهذا راجع إلى الطبيعة التقنية والإلكترونية للأنترنت، إذ بإمكان أي شخص القيام بانتحال صفة شخص آخر أو سرقة بياناته الإلكترونية وإبرام العقود باسمه، كما أنه بإمكان ناقص الأهلية إبرام مثل هذه العقود دون أن يكتشف أمره.

وذلك يعود إلى سهولة استخدام الانترنت من ناحية، وشيوع استخدامها من ناحية أخرى خاصة إذا علمنا أن إثبات ذلك بالنسبة لأطراف الآخر أمر صعب إن لم يكن مستحيلا، لذلك يجب توفير الحماية للطرف حسن النية الذي عول على الوضع الظاهر وأبرم العقد بعد ذلك[3].

---

[1]/– أنظر أحكام المواد 81 و86 و88 من ق م ج.

[2]/– **الدكتور سمير عبد السميع الأودن**، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص.30.

[3]/– **الدكتور بشار محمود دودين**، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص.153-154.

ويثار مشكلة تعاقد القصر على الشبكة النات فما هو الأسلوب المتبع مع هؤلاء لمنعهم من التعاقد؟

فلعل العلم بتطوراته وتقنياته الحديثة لا يقف حائرا للإجابة عن ذلك خصوصا وقد طرح ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، بصمة اليد، البطاقة الذكية، لتجد حلا لتلك المشكلة.

ويوجد مثلا ما يسمى بسلطات الإشهار المحدد ضمن المادة 109 من القانون المدني المصري[1]. التي هي عبارة عن أطراف ثلاثة محايدة، سواء هيئة عامة أو خاصة تنظم العلاقات بين الطرفين على الخط، فتقوم بتحديد هوية الطرفين أو أهليتهما القانونية عن طريق إصدار شهادات تثبت حقائق معينة عبر الانترنت.

كذلك قد يضم الموقع على الانترنت بشكل يلزم لطرف الذي يريد التعاقد الكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وفي حالة إغفال ذلك فلن يسمح له بالمضي في إبرام الصفقة لتي يبتغيها.

ومن أهم الطرق الغير مباشرة في التي يقوم عليها المنتوج أو المزودون نماذج العقود التي توضع على الانترنت والتي يمكن أن تحول صياغتها بشكل ملائم وبلغة مبسطة مفهومة دون تعاقد الفئات غير المرغوب فيها على الخط، حيث ينبغي صراحة في هذه النماذج على أنه لا يقبل إبرام هذا العقد ممن لا يبلغ سن الرشد ولكن يجب أن يلفت المزود أو المنتج انتباه الزبون أو المستخدم إلى ضرورة قراءة هذه النماذج قبيل إبداء رغبته في التعاقد[2].

الفرع الثاني: عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني

من المقرر ووفقا للقواعد العامة وما وردت به نصوص القانون المدني الجزائري أنه يجب لتمام لإبرام العقد وجود إرادتين متطابقتين، أي إيجاب وقبول مطابق له عن تراضي صحيح، ويتحقق صحة التراضي إذا كانت إرادة كل من الطرفين صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب إلا اصحب العقد قابلا للإبطال.

[1]/- **الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص.113.

[2]/- **الدكتور سمير عبد السميع الأودن**، المرجع السابق، ص.31-32.

إن الأخذ بعيوب جاء لحماية حرية التعاقد وضمان استقرار التعامل وإضعاف القوة الملزمة للعقد بحيث يكون أطراف العقد في الغالب في وضع غير متوازن من حيث الخبرة الفنية في التعامل، لهذا تتاح للمتعهد الفرص المتعددة في خداع المستفيد وجره إلى قبول العقد، وعليه فإن تطبيق أحكام عيوب الإرادة تعمل على إعادة التوازن بين أطراف العقد[1].

لذلك سوف نقتصر في هذا الموضوع على عيوب الإرادة والمتمثلة في عيب التدليس والغلط الاستغلال والإكراه في نطاق العقد الإلكتروني من خلال أثر البيئة الإلكترونية التي تعيب إرادة المتعاقدين في مجال إبرام العقد الإلكتروني.

أ /- عيب التدليس

التدليس: "إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة، عن طريق استعمال طرق احتيالية، بقصد دفعه إلى إبرام العقد". هذا ما نصت عليه المادة 86 من القانون المدني الجزائري، ويكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة ملابسة، إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة وهذه الملابسة نوعان الأول إيجابي يتمثل في القيام بوسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، والثاني سلبي وهو سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأن العلم بها المتعاقد الآخر عن إبرام العقد[2].

ومن شروط الإبطال للتدليس باعتباره عيب في الرضا أن يتوافر على شروط وهي استعمال طرق احتيالية، وأن يكون للتدليس دافعا إلى التعاقد، وصدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به أو إمكان العلم به، وقد تطورت نظرية التدليس بفضل الفقه والقضاء الفرنسي واتسع مداها ليستوعب الكذب والكتمان، ولذلك يثور التساؤل: هل نعتبر الإعلانات الإلكترونية الكاذبة أو المضللة تدليس؟ خاصة أن الإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت أصبحت أحد أهم المعالم البارزة لعصر ثورة

[1]/- **الدكتور فوزي حمد خاطر**، عقود المعلوماتية -دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني- دراسة مقارنة-، الدار العلمية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2001، ص.19.

[2]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.139.

الاتصالات والمعلومات وبحكم انتشارات وتنوع أساليبها تؤثر في سلوك المستهلك بل قد تحرضه على التعاقد للحصول على منتج أو خدمة لا يحتاج إليه حقيقة.

و عليه نرى أن الكذب في الإعلانات والدعاية الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات يدخل في مجال التدليس طالما تجاوز الحد المألوف وكان مؤثرا في إرادة المدلس عليه ودافعا إلى التعاقد، ويعطي للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد لتعيب إرادته.

وطرق لغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني كثيرة ومتنوعة ومن أهمها استعمال العلامة التجارية لشخص آخر، وتعمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع أو خدمات بقصد ترويجها، أو استخدام نطاق غير مملوك له.

ومن أشهر طرق الغش والتدليس المستخدمة عبر الانترنت إنشاء موقع وهمي على الانترنت لا وجود له على الإطلاق، وهو أمر متصور الوقوع في المعاملات الإلكترونية.

في التعاقد الإلكتروني يعتبر السكوت تدليسا كقاعدة عامة ولا يقتصر الأمر على حالات العقود بين المهنيين والمستهلكين، بل تنطبق القاعدة حتى في علاقات المهنيين، بحيث يمكن الحد من ظاهرة الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق فدورها ليس قاصرا على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها، بل التأكد من جدية الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس، ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتعقب المواقع التجارية على الانترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها في التعامل، فإذا تبين لها عدم توافر الثقة والأمان في المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة توضح فيها عدم مصداقية الموقع وأنه وهمي لا وجود له[1].

وفي هذا المجال نجد بعض مشرعي الدول عند إصدارهم قوانين تنظيم العقود والمعاملات الإلكترونية نصوا على أحقية المستهلك في إرجاع المنتج خلال المدة المحددة قانونا، وهذا ما قرره بالفعل قانون الاستهلاك الفرنسي والقانون الأمريكي والتونسي للمعاملات الإلكترونية.

[1]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.140-142.

إن حق العدول في التعاقد لا يختلف مع نظرية عيوب الإرادة فلكل منهما مجاله وشروط الخاصة، فالأول أي حق العدول يهدف إلى جعل رضا المتعاقد رضا متمهلا غير متسرع فيه.

أما عيوب الإرادة فتحمي رضا المتعاقد من حيث كونه رضا حرا صحيحا، ولذلك إذا وقع المستهلك ضحية أعمال غش وتدليس مع البائع مثلا بقصد التأثير في رضائه، ففي هذه الحالة قد يثبت للمتعاقد حق العدول في تعاقده من خلال المهمة المحددة، إذا توافرت الشروط المطلوبة، كما يكون له أيضا المطالبة بإبطال العقد استنادا إلى نظرية عيوب الإرادة إذا توافرت سائر شروطها[1].

ب/- عيب الإكراه

يعرف الإكراه بأنه: "ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوف يحمله على التعاقد"[2].

والإكراه مستبعد في التعاقد الإلكتروني أو على الأقل غير متصور لأن التعاقد الإلكتروني يتم بين الطرفين يفصل بينهما مكان ويجمعهما مجلس عقد حكمي وليس حقيقيا، وإن كان من الممكن حدوثه أحيانا بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي ويمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج واحتكار إنتاجه ثم بيع قطع غيار بشروط مجحفة ويضطر العميل إلى قبولها بحيث لا بديل أمامه سوى قبول ذلك[3].

ج/- عيب الغلط

عيب الغلط ويقص به وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا نصت على ماهيته أو شرط من شروط الانعقاد، أو على محل العقد[4].

---

[1]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.143.

[2]/- **الدكتور رمضان أبو السعود**، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص.126.

[3]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.148.

[4]/- **الدكتور رمضان أبو السعود**، المرجع السابق، ص.107.

وعيب الغلط في التعاقد الإلكتروني أمر متصور الحدث فمثلا قد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه والذي يقيم منتجات تصنع بطريقة يدوية مثلا وأنه يرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته، ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض نفس السلعة، فهنا يكون قد وقع في غلط، ومثال على ذلك أيضا أن يطلب شخص استئجار السيارة من أحد الشركات العالمية عبر موقع الويب المحدد لها على الانترنت فتقوم الشركة بإرسال السيارة المطلوبة ومعها عقد الملكية على أساس أنه عقد بيع فهنا يعد العقد باطلا لاختلاف طبيعة العقدين.

ويخرج عن نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة الغلط المانع، والغلط المادي، أما الغلط الذي نقصده في التعاقد الإلكتروني فهو الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة وإنما يعيب تكوينها فقط، وهنا يطرح التساؤل بشأن حالة الغلط في إبلاغ الرسالة الإلكترونية أو في الإعلان عبر شبكة الانترنت، ومثال ذلك أن يعرض تاجرا في إعلانه أن بيع سيارات من نوع معين بمبلغ معين مثلا للسيارة الواحدة ولكن يقع تحريف في الرسالة الإلكترونية فيظهر على موقع الأنترنت مغاير تماما.

إن هذا الغلط وإن كان يبدو أنه مجرد غلط مادي، فلا يكون له بالتالي أي دور في تكوين الإرادة حيث طرأ في تكوينها ومن ثم لا يؤثر في تكوين العقد الإلكتروني، وإنما يلزم تصحيح هذا الغلط المادي فقط المادة 84 من القانون المدني الجزائري، لكن في حقيقة الأمر إن هذا الغلط المادي قد رتب غلط آخر وهو وجود تحريف في نقل الإرادة، فهنا لا نكون بصدد غلط طرأ بعد تكوين الإرادة وإنما غلط في نقلها على غير مقصدها، وفي هذه الحالة فإن العقد الإلكتروني لا ينعقد لعدم تطابق الإرادتين.

د/- عيب الغبن

الغبن هو: "عدم التعادل بين التزامات كل من المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين" والغبن إما أن يكون يسيرا وإما أن يكون فاحشا[1].

[1]/- **الدكتور خالد إبراهيم ممدوح**، المرجع السابق، ص.145.

ويشترط في الغبن أن تتوافر فيه شرائط الاستغلال المنصوص عليه في المادة 90 من القانون المدني الجزائري. ومنها العنصر النفسي وهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامع والحكمة من ذلك أن المشرع أراد أن يحيط العقود بالأمن والاستقرار.

ومن التشريعات العربية التي اهتمت بحماية المستهلك في صدد العقد الإلكتروني، القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية حيث نص في المادة 50 على أنه: "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين 1000-20000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلية الجنائية".

ويتضح من هذا النص أن المشرع التونسي حاول حماية المشتري في عقد البيع الإلكتروني على أساس أن دفع المستهلك للتعاقد واستغلال عدم مقدرته على التمييز التعهدات التي يلتزم بها ينطوي على غبن ويلاحظ هنا، ان الغبن كعيب من عيوب الإرادة يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال، إلا أن المشرع التونسي قد رتب جزاء جنائيا نظرا لأن الطرف الآخر استخدم طرقا ووسائل احتيالية خدع بها المستهلك مما دفعه إلى التعاقد[1].

المطلب الثاني: محل وسبب التعاقد الإلكتروني

اشترطت القوانين ثلاث أركان لقيام العقد يجب أن تستوفي الشروط المتعلقة بها هذه الأركان هي رضا محل وسبب، فالرضا هو إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد والالتزام بآثارها والإرادة هي ركن العقد والمحل هو ما ثبت عليه، أما السبب ظهر الغرض المباشر المقصود من العقد ولا نرى أي فرق من حيث توافر هذه الأركان بالنسبة للعقد المبرم عبر الانترنت عن العقد المبرم بالصورة التقليدية بالطبع مع مراعاة الصفة الإلكترونية له كلما كان ذلك ضروريا.

[1]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع السابق، ص.147.

أولا: المحل العقد الإلكتروني

إن محل العقد الإلكتروني أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية يتعلق بتبادل السلع والخدمات عبر حدود الدول دون التقيد بإقليم معين أو بجنسية معينة. بل إن هذا المفهوم تم التوسع فيه من خلال التوجه الصادر من المجلس الأوروبي ليشمل كافة الخدمات عن بعد باستخدام وسائل إلكترونية بتقديم الخدمات المهنية مثل: المحاماة، الاستشارات القانونية، الوساطة، والسمسرة.

والغاية من العقد هو إنشاء الالتزام، فإن لم يقم بالالتزام لسبب يمس محله، فإن العقد كله باطلا بدوره، فمحل الالتزام ذو تأثير في كيان العقد، وإذا كان محل الالتزام يعتبر في نفس الوقت محلا للعقد الذي ينشئه، ترتب على ذلك أن محل العقد يتعدد الالتزامات التي تصدر عنه فالبيع يولد التزامين أساسيين: أحدهما على البائع ويتعلق بالمبيع ويقوم على وجوب تسليمه والعمل على نقل ملكيته. وثانيهما على المشتري ويتعلق بالثمن ويقوم على وجوب دفعه.

ومن هنا درج القول على أن محل عقد البيع هو المبيع والثمن. لذا يجب أن يتوافر في المحل عدة شروط[1].

الفرع الأول: أن يكون محل العقد المبرم عبر الانترنت موجودا أو ممكنا

يعني هذا الشرط أن يكون محل الالتزام موجودا وقت نشوء الالتزام أو ممكن الوجود بعد ذلك في المستقبل، وقد نصت المادة 92 قانون مدني جزائري فلكي ينشأ الالتزام ويقوم العقد الذي أنشأه لابد أن يكون محله ممكن غير مستحيل، وهذا شرط تقتضيه طبعة الأمور لأنه لا تكليف بمستحيل ويقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام وتستتبع بطلان العقد الاستحالة الموضوعية، أي استحالة المحل في ذاته المادة 93 قانون مدني جزائري.

وبتعبير آخر نقول أنه يتوجب أن تكو الاستحالة مطلقة حتى يبطل العقد وذلك بأن يستحيل على كافة الناس القيام بالأمر الذي التزم به المدين، وليس الاستحالة النسبية المتعلقة بظروف هذا

[1]/- **سمير عبد السميع الأودن**، المرجع السابق، ص.72-73.

المدين بالذات فهذه لا تمنع من انعقاد العقد، والاستحالة المبطلة لعقد على نوعين اثنين: فإما أن تكون طبيعية، أو أنها قانونية، والمهم في كلا النوعين أن تكون قائمة وقت إبرام العقد.

وإذا كان من الضروري أن تكون الاستحالة المطلقة والتي تبطل العقد قائمة وقت إبرامه، فإن ذلك يطرح علينا تساؤلا مهما متعلق بمدى جواز التعامل في الشيء المستقبل. الأصل العام هو جواز التعامل في الشيء المستقبل طالما اتجهت إليه نية المتعاقدين إبتداءا و لم يكن مبنيا على غرر، كما نصت عليه المادة 1/92 من القانون المدني الجزائري وتجنبا للغرر الذي قد يلحق بالمعاملات فقد اشترط المشرع الجزائري زيادة على التشريعات الأخرى أن يكون وجود الشيء في المستقبل باعتباره محلا للعقد أمرا محققا ولكن إذا كان المشرع يعتد بالشيء المستقبل محلا للالتزام ولو كان وجوده محتملا، فلا يكون إذن العقد باطلا إذا لم يوجد الشيء بل ينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه.

والغرر هو القدرة على تسليم الشيء، ومع ذلك فقد تدخل المشرع وأورد استثناء في المادة 2/92 من القانون المدني الجزائري بمنع التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة فهذا يعد باطلا ولو برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون مثل الوصية.

وعلى أية حال ومما يتعلق بشرط الوجود أو الإمكانية بالنسبة لمحل العقد المبرم عبر الأنترنت تقول أنه لا يبدو لنا تميز هذا الشرط بأية خصوصية[1].

الفرع الثاني: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين

حرصت العقود المتداولة على النص على الشرط، وقد أكد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة المادة 94 من القانون المدني الجزائري.

ويتم وصف المنتجات محل التعاقد عادة على الخط أي على الشبكة نفسها، وغالبا ما يكون الوصف مصحوبا بالصورة كما هو الحال في الكتالوج الورقي لتقليدي، كما يلاحظ أن المشتري المحتمل يتلقى بعض الرسائل التي تتضمن تأكيدا لجوة المنتجات المعروضة عليه، ويبدو أن هذه المسألة

[1]/- **بشار محمود دودين**، المرجع السابق، ص.161-162.

تتسم بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزاما قانونا على عاتق البائع، ولكنها قد تتمتع بقيمة قانونية إذا نظر إليها باعتبارها التزاما من التاجر بالجودة.

وعلى الرغم من ذلك يلاحظ بصفة عامة أن العقود المتداولة تحرص على التأكيد على أنه من الممكن أن يحدث اختلاف بين وصف المنتج وبين ما هو عليه في الواقع، وذلك كمحاولة منه للتخلص من المسؤولية التي قد تنجم عن الاختلاف بين وصف المنتج وبين الواقع، ولكن يجب أن نؤكد هنا أنه إذا كان بوسع البائع دائما أن يضع هذا الشرط الذي يعفيه من المسؤولية فيه هذه الحالة فإن هذا الشرط لا يسري إذا ارتكب البائع غش أو خطأ جسيما بين الوصف أو الصورة وبين الواقع يتمتع العميل بضمان المطابقة بين المنتج والصورة والتي تعتبر بمثابة عينة تعبر عن وصف المبيع.

الفرع الثالث: مشروعية المحل

إضافة إلى شرط الوجود والتعيين يجب أن يكون المحل مطابق للنظام العام وحسن الآداب ويترتب على هذا الشرط الذي تضمنته المادة 96 من القانون المدني الجزائري بطلان العقد.

وتتمثل مشروعية المحل في قابلية للتعامل وفي عدم مخالفته للنظام العام والآداب[1].

وشرط المشروعية يمثل أهم شروط محل العقد الإلكتروني، وذلك نظرا لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة الغير مشروعة كالمخدرات وانتحال صفة الغير واقتحام مواقع الآخرين وهذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون لكونها مناقضة للآداب والنظام العام[2].

وينبغي في محل العقد الإلكتروني أن يكون متفقا مع القوانين القائمة، ولا سيما تلك القوانين المنظمة للمنافسة في مجال التجارة الإلكترونية، وكذا قوانين الاستهلاك والقوانين المنظمة للعقود المبرمة من بعد[3]، وبالتالي فإنه يحضر الاتجار في الأسلحة والذخائر، وكذا الاتجار في الأدوية من غير

[1]/- **الدكتور علي فيلالي**، المرجع السابق، ص.183.

[2]/- **الدكتور سامر حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص178.

[3]/- Michelle Jean-Baptiste, Créer et exploiter un commerce électronique, Litec, Paris, 1998, P.108.

المتخصصين والحاصلين على ترخيص بمباشرة مثل هذه الأنشطة، كما يحضر الاتجار بجسم الإنسان والتعامل في تركة إنسان على قيد الحياة.

ولكن يلاحظ أنه نظرا للطابع الدولي للعقود الإلكترونية ونظرا لما أدت إليه من تقنيات الاتصال من إلغاء الحدود بين الدول فإن هذه العقود -وإن اختلفت أطرافها وأماكن إبرامها- إلا أنها تتضمن أحكام معينة متماثلة تلقى على عاتق المتعاقدين التزاما مشتركا بالحفاظ على ضوابط معينة حيث هذه العقود جميعها مشتركة في وظيفة واحدة وهي الحفاظ على الشرعية، أو ما يمكن تسميته بالوظيفة التنظيمية، كما أن هذه العقود تفرض على المتعاقدين الالتزام بحماية المعلومات الشخصية.

بيد أن هذا ليس هو الالتزام الوحيد بل هناك العديد من الالتزامات منها، احترام القوانين والالتزام بآداب السلوك بصورة عامة والآداب السلوك بخصوص مسائل معينة.

إلا أنه قد توجد قوانين في بعض الدول تحضر ممارسة بعض التصرفات، بينما تبيحها قوانين بعض الدول الأخرى[1]، وهو الأمر الذي يؤدي إلى التعاقد التحايل على القوانين لعدم فعالية مثل هذه القيود ذات الطابع الوطني في ظل الطابع العالمي للشبكة التي لا تخضع لأي نوع من الرقابة والدليل على ذلك هو حدوث عدد لا يستهان به من التجاوزات التي قد تزيد بطبيعة الحال في المستقبل، وهذا يتطلب ضرورة تضافر الجهود للتنسيق والتعاون بين الدول سواء على المستوى الإقليمي، أو الدولي بوضع الحلول القانونية التي تكفل عدم التحايل القوانين الوطنية[2].

ثانيا: سبب العقد المبرم عبر الأنترنت

لا يتمتع ركن السبب في القد المبرم عبر الأنترنت في أي جانب من جوانبه بأية خصوصية عن ركن السبب في العقد المبرم بالصورة التقليدية، وعلى ذلك تستوجب الإشارة إلى أن ما سنذكره عن ركن السبب وفقا لما قررته المبادئ العامة للقانون المدني ينسحب على ركن السبب في العقد المبرم عبر الأنترنت، وعلى أي حال تعتبر نظرية السبب ن أكثر النظريات التي ثار بشأنها الجدل الفقهي: فقد

[1]/- **الدكتور سامر حامد عبد العزيز الجمال**، المرجع السابق، ص.179-180.

[2]/- **الدكتور أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص.123.

رآها بعض الفقهاء الذين عرفوا باللاسببيين نظرية لا فائدة منها، أما البعض الآخر من الفقهاء فقد تمسكوا بها واعتبروا السبب ركنا لازما لقيام العقد[1].

أما موقف المشرع الجزائري يتحدد من خلال الشروط التي يخضع لها السبب بمقتضى أحكام المادتين 97، 98 من القانون المدني الجزائري، فقد أخذ بازدواجية السبب، إذ لم يتخل عن النظرية التقليدية باشتراطه وجود السبب، وأخذ بالنظرية الحديثة إذ يطالب بمشروعية السبب، وقد أشار في المادتين 97، 98 إلى سبب الالتزام وليس سبب العقد، وهذا ما يجعلنا نعتقد أن المشرع أخذ بالنظرية التقليدية فمن خلال ما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري كان متأثرا بالقضاء الفرنسي والذي اعتبر السبب ركن من أركان العقد.

الفرع الأول: مضمون السبب وفقا لما جاء به المشرع الجزائري

فالمقصود بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية هو السبب القصدي، أي الغاية المباشرة، والسبب هو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عنه تنفيذ التزامه، فالسبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام وليس سبب العقد[2].

الفرع الثاني: شروط السبب

نصت عليها المادتين 97، 98 من القانون المدني الجزائري وفيما يلي توضيح موجز لهذه الشروط وبحسب الآتي:

أولا: وجود السبب

فإذا كان سبب الالتزام يتمثل بالغرض المباشر الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه، فإنه يعد وفقا لذلك عنصرا موضوعيا وداخل في العقد، فهو ركن في العقد، يترتب على تخلفه انعدام العقد فإذا التزم البائع

[1]/- **الدكتور بشار محمود دودين**، المرجع السابق، ص.169.

[2]/- **الدكتور علي فيلالي**، المرجع السابق، ص.201-202.

بنقل ملكية المبيع لم يلتزم المشتري بدفع الثمن فلا ينعقد البيع لتخلف سبب التزام البائع وهو محل التزام المشتري.

أ/- مشروعية السبب

فوجود السبب وإن كان لازما لقيام العقد إلا أنه لا يكفي بذاته، فلا يصلح أي سبب لكي يكون دعامة للعقد، وعليه يلزم أن يكون السبب مشروعا، فإن قام رضا المتعاقد على سبب غير مشروع بطل العقد، ويعتبر السبب مشروعا وفقا لما قضى به القانون المدني الجزائري هو مطابقة المعاملات للنظام العام أو الآداب العامة المادة 97، وتظهر أهمية أن يكون السبب مشروعا من حيث أن الباعث الدافع للتعاقد يعتبر عنصرا يدخل في تكوينه فيلاحظ أنه في أغلب الحالات التي لا يعتبر فيها السبب مشروعا يكون ذلك راجعا إلى عدم مشروعية أو مخالفة الباعث أو الدافع للنظام العام أو الآداب العامة.

ب/- صحة السبب

ويكون السبب صحيحا عندما لا يكون مغلوطا أو صوريا، والسبب المغلوط أو الموهوم غير موجود اصلا الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد على هذا الأساس. أما الصورية فإنها لا تصلح لوحدها لأن تكون سببا لبطلان العقد، وبالتالي لا تكون سببا للبطلان إلا إذا أخفت أمرا غير مشروع، وفي هذه الحالة نكون أمام عدم مشروعية السبب وليس صوريته[1].

المبحث الثالث: آثار العقد الإلكتروني

يترتب العقد الإلكتروني كغيره من العقود الأخرى التزامات على عاتق كل متعاقد في مواجهة المتعاقد الآخر.

وتثير هذه الالتزامات مسألتين، الأولى تتعلق بالتزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة، والمسألة الثانية تتعلق بالالتزام بالوفاء إلكترونيا، لذلك سوف يقتصر حديثنا في هذا الفصل على

[1]/- **بشار محمود دودين**، المرجع السابق، ص.170-172.

دراسة التزام المعلن على شبكة الانترنت بتسليم السلعة أو أداء الخدمة، والتزام المتعاقد معه بدفع الثمن المقابل لها إلكترونيا.

المطلب الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة

يكون محل التزام المتعاقد على شبكة الانترنت إما بتسليم سلعة ما وإما قد يلتزم بأداء خدمة معينة، وهذا ما سيتم دراسته.

أولا: التزام المتعاقد بتسليم السلعة

تنص المادة 167 من القانون المدني الجزائري على أن: "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحق عيني، كعقد البيع مثلا، ولا ينطبق هذا الحكم على نقل الحقوق العينية العقارية التي يشترط القانون فيها الشكل الرسمي لانعقاد العقد، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية، ونظرا لأن الالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية، فإن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية، فالبائع في عقد البيع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلا إلى المشتري، والمشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث بعد التسليم ولو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلا من البائع، ومرد ذلك هو أن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة وليس فقط الالتزام ببذل عناية، فما لم يتم التسليم فعلا لا يكون البائع قد نفذ التزامه[1].

في موضوع التسليم، تنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"، وحسب هذه المادة فإن موضوع التسليم هو الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"، وحسب هذه المادة فإن موضوع التسليم هو الشيء المبيع، والذي قد يكون سلعة مادية محسوسة كالمعدات والأجهزة الكهربائية، وقد تكون أشياء معنوية أو اعتبارية ليس لها وجود مادي ملموس، مثل برامج الكمبيوتر قواعد البيانات أو

[1]/- **الدكتور محمد أمين الرومي**، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة 1، الإسكندرية، 2004، ص.118.

القطع الموسيقية وغيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات إلكترونيا إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم، تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسألة الملكية الفكرية هي واحدة من تحديات التجارة الإلكترونية وتظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الإلكترونية الخاصة برخص المنتجات المباعة والمخزنة داخل النظم التقنية، كجزء من المبيع، وتثور أيضا مشكلة رخص الملكية الفكرية المغلفة مع المبيع، وكذلك حقوق الملكية الفكرية في ميدان النشر الإلكتروني خاصة مع تزايد الاستيلاء على التصاميم التي يستخدمها موقع ما وحقوق الملكية الفكرية على أسماء المواقع، وعلى ملكية المواقع نفسها، وحقوق الملكية الفكرية بالنسبة للعلامات التجارية للسلع والأسماء التجارية، وكذلك حقوق المؤلفين على محتوى البرمجيات التقنية التي تنزل على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الإلكترونية، إن كل هذه المشاكل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنشطة التجارية الدولية في ميدان البضائع والخدمات[1].

وفيما يتعلق بحالة المبيع، ينبغي أن يتم تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع فإذا كانت السلعة مادية وكان المبيع شيئا معينا بالذات ينبغي أن يتم تسليمه بذاته، أما إذا كان المبيع معينا بنوعه فيرجع لاتفاق المتعاقدين على درجة جودة الشيء، فإن لم يتفقا و لم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر التزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة.

أما إذا كانت السلعة معنوية كالمعلومات مثلا، فيشترط فيها أن تكون حديثة وشاملة بحيث يحرص المتعاقد على إضافة كل جديد من المعلومات التي تتعلق بالمجال الذي يهتم به المتعاقد الذي من أجله أقدم على إبرام العقد، من جهة، كما عليه أن يغطي تماما مجال محل العقد.

فالعقد الذي يكون محله تقديم معلومات خاصة بتطورات قيمة الأسهم في البورصة، يلتزم بموجبه المورد بأن يقدم كل المعلومات المتعلقة بهذا المجال وفق آخر التطورات المسجلة.

[1]/- **المحامي يونس عرب**، التجارة الإلكترونية www.arablaw.org

أما فيما يتعلق بمقدار المبيع، فقد عالج المشرع حالة نقص المبيع أو الزيادة فيه في المادة 365 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.

وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، وكان الثمن مقدارا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة وفي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا مال لم يوجد اتفاق يخالفه".

أما عن كيفية التسليم في العقود الإلكترونية فيتم بوضع المبيع تحت تصرف المتعاقد بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه، وغالبا ما يتم ذلك عبر البريد، ومن المتصور هنا أن تحدث بعض الصعوبات التي قد تتسبب في تأخر التسليم.

الملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الانترنت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد مثلا على القرص الصلب الخاص به أو قيامه بعرض الفيلم الذي يريد المتعاقد مشاهدته على شبكة الانترنت، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته[1].

نص العقد النموذجي على ضرورة تحديد كيفية التسليم في الفقرة السابعة من البند الرابع منه وإذا ما كان سيتم عن طريق البريد أو بواسطة وسيلة نقل أو على الخط أو الشبكة نفسها.

أما زمان التسليم، فقد ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف وطبيعة المبيع.

[1]/- **الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص.103.

كما ورد في البند 11 الفقرة 2 المادة 06 من العقد النموذجي[1] ضرورة تحديد طرق الوفاء، التسليم وتنفيذ العقد من تاريخ التزام المتدخل بتسليم السلع أو أداء الخدمة، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة في حالة احتجاج المستهلك .

وبخصوص مكان التسليم، فقد نصت المادة 368 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك، فطبقا لهذا النص فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع طبقا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد[2]، لذا فقد حرصت العقود المتداولة على تنظيم هذه المسألة فنصت المادة 06 البند 12 [3] من التوجه الأوروبي على أن: "تسليم السلع في موطن أو في أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الأوروبي وتذكره في طلبك، ولن تتحمل أية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكورة سالفا".

ويمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الإلكتروني كمن يشتري كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية ويتم الاتفاق على أن التسليم يكون عن طريق تحميلها

---

[1]/- **الدكتور ثروت حبيب**، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، الطبعة 02، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1995، ص 43 فقرة 16 وأنظر في نفس الصدد **الدكتور نغم حنا رؤوف**، العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوربية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد 06 مجلد 14، أفريل 2008، ص 342

Voir la DIRECTIVE 2011/83/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil

CHAPITRE III /- INFORMATION DES CONSOMMATEURS ET DROIT DE RÉTRACTATION CONCERNANT LES CONTRATS À DISTANCE ET LES CONTRATS HORS ÉTABLISSEMENT

Art 6: Obligations d'information concernant les contrats à distance et les contrats hors établissement

anya 1 – paragraphe: h

« les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, la date à laquelle le professionnel s'engage à livrer les biens ou à exécuter les services et, le cas échéant, les modalités prévues par le professionnel pour le traitement des réclamations »

[2]/- **الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص.101 و102.

[3]/- **الدكتور ثروت حبيب**، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية، المرجع السابق، ص 45 .

أو إرسالها في شكل إلكتروني، وسيتم التطرق عن وكيفيات الدفع وتكون نفقات تسليم البيع على البائع في الأصل إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.

فإذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع وفقا لما اتفق عليه، يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني نص القانون الفرنسي لحماية المستهلك [1]في الفقرة 8 من المادة 06 منه على ضرورة تحديد ضمانات وخدمات ما بعد البيع كما كرر ذلك في الفقرة 12 بعنوان الضمانات وخدمة ما بعد البيع، وذلك بالنص على ضرورة تحديد كيفية تقديم خدمة ما بعد البيع، وذكر الضمانات التجارية والقانونية والاتفاقية تحديدا، والذي يثير بدوره صعوبات كبيرة كون المتعاقدين عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة[2].

ثانيا: التزام المتعاقد بتقديم الخدمة

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الانترنت ومن ذلك على سبيل المثال تقديم الاستشارات القانونية من قبل المحامين، أو الاشتراك في بنوك المعلومات، ويلاحظ أن هذا الالتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن، فعقد الاشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة[3].

وتتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورد قصد الاستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها، ومثال ذلك أن ينصح المتعاقد الزبون بشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات التي تسهل حدوث الاتصال والتفاعل بينه وبين بنك

[1]/- Voir dans ce sens ; Alain Bensoussan , op.cit,p 101 note 08 et voir la DIRECTIVE 2011/83/UE Art 6 anya 1 – j et voir L. 111-1 du Code de la consommation, le professionnel a l'obligation d'informer le consommateur de l'existence et des modalités d'exercice des garanties légales précitées et de garantir le service après vente .

[2]/- **الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص.107-108.

[3]/- **الدكتور فاروق محمد أحمد الأباصيري**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر الانترنت -دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الولية-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2002، ص.87 وما بعدها.

المعلومات، ومن الأمثلة أيضا إعداد الزبون فنيا عن طريق بث دورات تعليمية من خلال شبكة الانترنت.

وكقاعدة عامة فإن التزام المورد بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية، لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.

ويجب كما سبق القول، أن يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع التزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له[1].

المطلب الثاني: الالتزام بالوفاء إلكترونيا

يترتب عن التزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو بتقديم الخدمة، التزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة، وتكون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هذا الأخير سائلة كالنقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات، غير أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الإلكترونية التي تتم في شبكة الانترنت أين تزول المعاملات الورقية، ومن هنا كان لابد من البحث من وسيلة سداد تتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت، وبذلك ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع والسداد الإلكتروني[2]، وسوف تتم دراسة هذا النمط الجديد في الوفاء من خلال مطلبين، يخصص الأول لدراسة خصائص الدفع الإلكتروني أما الثاني فيخصص لدراسة طرق الدفع الإلكتروني.

أولا: خصائص الدفع الإلكتروني

يتميز الدفع الإلكتروني بعدة خصائص من حيث طبيعته، ومن حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الإلكتروني، ومن حيث وسائل الأمان الفنية، وسيتم التطرق إلى هذه الخصائص.

---

[1]/- **الدكتور محمد أمين الرومي**، المرجع السابق، ص.125.

[2]/- د/ **فاروق محمد أحمد الأباصيري**، المرجع السابق، ص.97-98.

الفرع الأول: من حيث طبيعته

يتمي الدفع الإلكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد، ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة لأنترنت وفقا لمعطيات إلكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد وبهذه الصفة يعتبر الدفع الإلكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقود الإلكترونية التي تقتضي تباعد أطراف العقد، أين يغيب التقائهم المادي على مائدة مفاوضات واحدة[1].

الفرع الثاني: من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الإلكتروني

إن وجود نظام دفع الإلكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت ستلزم توافر شروط قانونية وفنية تتمثل فيما يلي:

- توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني (في القانون التجاري والمصرفي).
- توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع وتسهيلها، ويتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة مثل هذه العمليات.
- توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات، إذ تشير الإحصائيات في الجزائر أن 80% من التعاملات التجارية تتم نقدا وهذا راجع إلى تخوف البنوك من نظام الدفع الإلكتروني إذ أن أقل من 250 ألف شخص من بين 10 ملايين مالك لحساب يملك بطاقة للدفع فقط وهو عدد قليل بالمقارنة مع الدول المجاورة، في حين وصلت فيه الدول المتقدمة إلى تخفيض نسبة استعمال النقد إلى 20 % وهي نسبة في انخفاض مستمر[2].

وبتوافر هذه الشروط يصبح بإمكان المتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد من دون اللجوء إلى الوسائل المادية، وقد كانت أنظمة الدفع الإلكتروني في بدايتها تعتمد على اتصال المتعاقد بحسابه لدى

[1]/- د/ **فاروق محمد أمين الأباصيري**، المرجع السابق، ص.100.

[2]/- راجع تعليق على مداخلة **الدكتور يايسي فريد** في الملتقى المنظم بمركز تطوير التكنولوجيات الحديثة بالتعاون مع الشركة الكندية لمحطات الدفع الإلكتروني المباشر، الجزائر في 2005/12/14، **جريدة الخبر** الصادرة يوم 15 ديسمبر 2005، ص.6.

البنك، عن طريق موقعه على شبكة الانترنت إذ يمكنه الدخول إليه وإجراء ما تتيحه له الخدمة إلا أن هذا النمط تطور مع شيوع الانترنت إذ أمكن للزبون الدخول من خلال الاشتراك العام عبر الانترنت عن طريق فكرة الخدمة المالية عن بعد أو ما يسمى بالبنوك الإلكترونية.

استخدم تعبير البنوك الإلكترونية أو بنوك الانترنت كتعبير متطور وشامل للمفاهيم التي ظهرت مع مطلع التسعينات كمفهوم الخدمات المالية عن بعد أو البنوك الإلكترونية عن بعد أو البنوك المترلية أو البنوك على الخط[1] والتي تعرف بأنها "تلك الأنظمة التي تتيح للزبون الوصول إلى حسابه وأية معلومات يريدها، والحصول على مختلف الخدمات والمنتجات المصرفية من خلال شبكة المعلومات تربط بها جهات الحاسوب الخاص به أو أية وسيلة أخرى "فالبنوك الإلكترونية بمعناها الحديث ليست مجرد فرع لبنك قائم يقدم خدمات مالية وحسب، بل هي مواقع مالية تجارية شاملة لها وجود على الخط والشبكة، ويلاحظ أن الشبكة التي يتم من خلالها الدفع الإلكتروني يمكن أن يكون الاتصال بها مقتصرا على أطراف العقد، وهنا يفترض تواجد معاملات وعلاقات تجارية ومالية سلفا بين الأطراف، غير أن هذه الطريقة تستلزم عدم قصر إدارة الدفع الإلكتروني عن طريق البنوك، بل كذلك عن طريق المؤسسات الخاصة الأخرى التي يتم إنشائها لهذا الغرض أو من خلال شبكة عامة حيث يتم التعامل بين أشخاص لا تربطهم من قبل أي علاقة، وتتم هذه الشبكة سواء كانت الجهة التي تقوم بإدارة الدفع الإلكتروني خاصة أو عامة[2].

الفرع الثالث: من حيث وسائل الأمان الفنية

بما أن الدفع الإلكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، فإن فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الإلكتروني تكون قائمة، وهذا الخطر متواجد عند الدفع الإلكتروني بغير الانترنت وأكثر حدوثا على شبكة الانترنت باعتبارها فضاء مفتوح لكل الأشخاص من كل البلدان ويكون ذلك باختراق البيانات المتواجدة في الشبكة واستخدامها إضرارا بصاحب البطاقة، ومن أجل تفادي هذا الخطر، فإن الدفع الإلكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم

[1]/- **الدكتور يونس عرب**، العقود الإلكترونية -أنظمة الدفع والسداد الإلكتروني-، مقال منشور على www.arablaw.org

[2]/- **الدكتور فاروق محمد أحمد الأباصيري**، المرجع السابق، ص.101.

بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، فيتم بطريقة مشفرة باستعمال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب Web، كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها مما يسهل الرجوع إليه، ولتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون والحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهما.

وهذا من شأنه توفير الثقة بين أطراف التعامل ويضمن فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الإلكترونية[1].

ثانيا/-: أنواع الدفع الإلكتروني

يمكن للمتعاقد من خلال شبكة الانترنت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما قد تلقاه من المورد مستخدما إما الطرق التقليدية للوفاء في العقود التي تتم بين غائبين، أو طرق الوفاء المباشرة وذلك من خلال شبكة اتصال لاسلكية متحدة عبر الكمبيوتر، شار العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في بنده العاشر بعنوان الوفاء إلى جواز الوفاء بطرق ثلاثة: فإما أن يتم الوفاء فورا ببطاقة مصرفية وإما أن يتم الوفاء فورا بواسطة حافظة إلكترونية وإما أن يؤجل الوفاء لحسن التسليم[2]، وهذا ما يعرف بالدفع الإلكترونية، ولهذا الأخير عدة طرق أهمها:

الفرع الأول: الدفع عن طريق التحويل الإلكتروني

هذه الطريقة تتم بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن دون اللجوء إلى استعمال بطاقات الدفع فالعملية تتم بطريقة مباشرة عبر الشبكة الإلكترونية، حيث أن أمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الإلكتروني، ومن أمثلتها استعمال الوسائط الإلكترونية المصرفية، التي يستطيع بموجبها الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل الخدمة أو السلعة التي اشتراها عبر الانترنت، حيث يتم الاتصال بالبنك بواسطة الهاتف (الهاتف

[1]/- **الدكتور فاروق محمد أحمد الأباصيري**، المرجع السابق، ص.102.

[2]/- Michel Vivant, les contrats du commerce électronique, commerçant consommateur, Litec librairie de la cour de cassation, Paris, 1999.

المصرفي)، وهي خدمة ظهرت حديثا وهي شراء السلع والخدمات وإضافة ثمنها على فاتورة الهاتف النقال.

الفرع الثاني: الدفع بالبطاقات المصرفية

تعرف البطاقة المصرفية بأنها "عبارة عن بطاقات بلاستيكية ممغنطة تصدرها البنوك لصالح زبائنها بدلا من حمل النقود، ويستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورا نقدا أو بشيكات"[1]، فبإمكانه إرسال رقم البطاقة البنكية عن طريق البريد الإلكتروني أو من خلال فاكس أو إرسال البيانات المتعلقة بحسابه البنكي مما يمكن المورد من اقتطاع الثمن من حساب العميل البنكية.

غير أن هذه الوسائل لا تخلو من المخاطر تتمثل خاصة في تسليم رقم البطاقة على الشبكة دون تشفير أو اتخاذ الاحتياطات التي تضمن سيرته، وأهم هذه البطاقات ما يلي:

أ /-: بطاقات الوفاء

تخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع وخدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حسابه إلى حساب التاجر، ولا تعد هذه البطاقات ائتمانية إنما تحمل تعهدا من البنك مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر، وإن كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة. ويتم ذلك بطريقتين إحداهما مباشرة والأخرى غير مباشرة.

ففي الطريقة غير المباشرة يقدم الزبون بطاقته التي تحتوي على بياناته وبيانات البنك المصدر لها إلى التاجر الذي يدون بيانات مفصلة عن المشتري وبطاقته، ويوقع الأخير على فاتورة من عدة نسخ ترسل نسخة منها إلى البنك الخاص بالزبون أو الجهة المصدرة للبطاقة لسداد قيمة المشتريات، ثم الرجوع على حامل البطاقة بعد ذلك. أما الطريقة المباشرة فتتم بقيام الزبون بتسليم بطاقته إلى مورد السلعة أو الخدمة الذي يمررها على جهاز للتأكد من وجود رصيد كاف لهذا الزبون في البنك الخاص به، ولا يتم ذلك إلا بعد إدخال رقمه السري في الجهاز، فإن قام الزبون بهذه العملية فيكون قد فوض

[1]/- **الدكتور محمد أمين الرومي**، المرجع السابق، ص.130.

البنك تحويل المبلغ من حسابه إلى حساب التاجر عند طريق عمليات حسابية بين بنك كل منهما، وتعد هذه البطاقات ضمانا وافيا للتجار للحصول على مستحقاتهم سواء عن طريق الدفع المباشر أو المؤجل ومن أمثلة بطاقات الوفاء في فرنسا بطريقة الدفع غير المباشر بطاقة الزرقاء.[1]

يرى الأستاذ "**جمال جودي** "أن استعمال هذه البطاقة يعتبر وفا عن بعد لفائدة تاجر انطلاقا من جهاز آلي نهائي متصل بشبكة.[2]

ب/-: بطاقة الائتمان

تخول هذه البطاقة الحق في الحصول على تسهيل ائتماني من مصدر هذه البطاقة، حيث يقدمها للتاجر ويحصل بموجبها على السلع والخدمات، تسدد قيمتها من الجهة مصدرة البطاقة ويجب على حاملها سداد القيمة للجهة المصدرة خلال الأجل المتفق عليه، وبذلك تمنح حاملها أجلا حقيقيا وهو ذلك الأجل الذي اتفق على السداد خلاله مع الجهة مصدرة البطاقة.

والجهات المصدرة لهذه البطاقة تحصل على الفوائد مقابل توفير اعتماد لحاملها، ولذلك هذه البطاقات أداة ائتمان حقيقية، فضلا عن كونها أداة للوفاء.

غير أن البنوك لا تمنح هذه البطاقة إلا بعد التأكد من ملاءة الزبون أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية، حيث ذهب جانب من فقهاء القانون المدني إلى أن هذه البطاقة تشبه ذات النظم القانونية التي تحكم حوالة الدين او الحق، أو تلك التي تحكم الاشتراط المصلحة الغير، وهي نوع من الكفالة أو الوكالة، وانتهى هذا الرأي إلى أنها ليست نظاما من هذه الأنظمة لكن لها الطبيعة الخاصة بها والتي يجب البحث عليها وتأهيلها في ضوء النصوص المتاحة والتشريعات المقترحة[3].

وهذه البطاقة وجدت حديثا خلال السنوات الأربع الثلاث الماضية في الجزائر.

---

[1]/- **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص.113-114.

[2]/- L'internet ou le défi au paiement sécurisé, ectrait gazette du palais, Juillet 2004, 124° année, N°182 à 183 remis par Dr. Djamel Djoudi aux élèves de deuxième année supérieure de la Magistrature, Alger, Juin 2005, P.05.

[3]/- **الدكتور عبد الفتاح بيومي جازي**، المرجع السابق، ص.114-115. .

ج/-: بطاقات الشيكات

تصدر[1] البنوك هذا النوع من البطاقات لزبائنها من حاملي الشيكات ويضمن البنك بمقتضى هذه البطاقات الوفاء في حدود معينة بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها، وعليه يتعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد التجار من إبراز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك وعلى التاجر أن يتحقق من طبيعة والبيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك.

وبذلك تختلف عن الشيك الإلكتروني أو الشيك الافتراضي، الذي هو عبارة "عن بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن، تتضمن البيانات التي يحتويها الشيك البنكي من تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من اصدر الشيك وتوقيع مصدره"، ويعتمد هذا النوع من الشيكات على وجود وسيط بين المتعاملين (ويطلق عليه جهة التخليص).

ويتم استخدام هذا الشيك في عمليات الوفاء بأن يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب لدى بنك محدد، ويقوم المشتري بتحديد الشيك الإلكتروني وتوقيعه إلكترونيا، وبهذه العملية يندمج التوقيع في الشيك ويصبح كل منهما شيئا واحدا لا يمكن الفصل بينهما[2].

الفرع الثالث: الدفع بالنقود الإلكترونية

يصطلح على تسميتها أيضا بالنقود الرقمية أو الرمزية أو النقود القيمية وتعرف بأنها "سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها ويحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم عن طريقه"[3]. لقد تم ابتكار هذه الطريقة في الوفاء نتيجة للعيوب التي ظهرت على طريقة الدفع بواسطة البطاقة المصرفية، وترتكز هذه التقنية على تجميع وحدات قيمية في أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية، وتتمثل في فكرتي حافظة النقود الإلكترونية وحافظة النقود الافتراضية، إذ يتم شحنهما

---

[1]/- **الدكتور محمد أمين الرومي**، المرجع السابق، ص.138-139

[2]/- Dr. Djamel Djoudi, op. cit., P.06.

[3]/- **الدكتور فاروق محمد أحمد الأباصيري**، المرجع السابق، ص.105.

مسبقا بوحدات لها قيمة مالية عن طريق البنك، ويتم تسجيل هذا الرصيد المالي في بطاقة خاصة في حالة حافظة النقود الإلكترونية أو على القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص بمستعمل الشبكة في حالة النقود الافتراضية، رغم ما تقدمه فكرة النقود الإلكترونية أو الافتراضية من تيسير للتجارة عبر الانترنت فإن هذه التقنية لا تخلو من المخاطر، فمن ناحية فإن حائز هذه النقود الإلكترونية ليس في مأمن من حادث فني يترتب عليه مسح ذاكرة جهازه وهنا سوف يفقد كل نقوده التي بحافظة النقود الإلكترونية ومن ناحية أخرى فإنه في حالة إفلاس من أصدر هذه النقود الإلكترونية فإن العميل يتعرض لخطر عدة استرداد قيمة الوحدات التي لم يستعملها بعد، كما يتعرض التاجر لخطر عدم استيفاء الوحدات التي حولها له العميل[1].

وبهذه الطريقة يستطيع الزبون أن يشتري أية سلعة أو خدمة على شبكة الانترنت عن طريق إصدار أمر إلى الكمبيوتر الخاص به بدفع قيمة مشترياته بالنقود الإلكترونية المسجلة على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص به، وذلك دون أن يعلم البائع أو البنك شخصية الزبون، وبمجرد إصدار الأمر للكمبيوتر بدفع ثمن المشتريات بالنقود الإلكترونية للبائع يتم نقل العملات الإلكترونية من خلال البنك المصدر لها ويقوم بتحميلها على الكمبيوتر الخاص بالبائع، ويستطيع البائع بعد ذلك أن يحول النقود الإلكترونية التي أضيفت إلى حسابه إلى نقود حقيقية عن طريق البنك.

[1]/- **الدكتور اسامة أبو الحسن مجاهد**، المرجع السابق، ص.100-101.

البـــــــاب الثـــاني

الآليات القانونية لحماية حقي المؤلف والمستهلك على النات وأهم الأجهزة المكلفة بالحماية

الباب الثاني: الآليات القانونية لحماية حقي المؤلف والمستهلك على النات وأهم الأجهزة المكلفة بالحماية

تمهيد:

إن من أهم السمات عصر تقنية المعلومات القدرة الهائلة على التوائم مع متطلباتها بذات القدر من التنبه لأهمية الدراسة الشاملة لقواعد القانون حتى لا تكون التدابير التشريعية مجرد إنفاذ لالتزامات دولية دون التنبيه لما يحدث من تناقض ما بين القواعد الجديدة وتلك المستقرة في مختلف فروع القانون الأخرى هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن هذا العصر تتحول فيه محددات رأس المال من الموجودات للمعلومات، ومن القيم المادية للقيم الرقمية يفرز مزيداً من إبداعات العقل ضمن أوعية جديدة لإفراغ هذه الإبداعات، وحتى الآن فإن السياسية التشريعية الوطنية أو حتى المقارنة، تتلقى قواعد التشريع في عصر المعلومات ولا تصنعها، وحتى وهي تتلقاها لا تخضعها لدراسات شاملة تكفل فعاليتها، وسلامة تفاعلها مع الموضوع محل التنظيم ومع السائد من قواعد وقيم ومرتكزات النظام القانوني.

إن من أهم المجالات التي سنجد أنفسنا مضطرين للتعاطي معها مسائل حقوق المؤلف في حقل أسماء نطاقات الإنترنت ومحتوى المواقع، كما سنجد أنفسنا مضطرين لتنظيم مسائل هذه الحقوق تماماً كمسائل أمن البيانات وحجيتها بمناسبة تنظيم قواعد الأعمال وحتى في مجال التجارة الإلكترونية، ولكي نكون أمام هذا التحدي من المهم أن يبقى ماثلاً في الذهن أن الزمن لا يحتمل الخطى البطيئة كما أن التحديات لا تحتمل الحلول المبتسرة.

وأمام هذا التقدم العلمي والتكنولوجي، وفي ظلِّ غزوِ شبكة الإنترنت لكافة مناحي الحياة، بزغت بوادر الخير لفتحِ آفاقٍ جديدة لتقدم البشريَّة ولجني ثمار التواصل والمعرفة، إلاَّ أنه، وللأسف، ظهرت في نفس الوقت نوازع الشر لاستغلال هذا التقدم لتحقيق أغراضٍ شخصية رخيصة على حساب قيم المجتمع، وحقوق الأفراد والجماعة وأمنهم.

فما كان من أصحاب النفوس الضعيفة إلاَّ أن تجرَّؤوا على تحويل شبكة الإنترنت إلى مسرحٍ يرتكبون فيه العديد من الجرائم والمخالفات، فقاموا بنشر الحقوق المشمولة بالحماية دون ترخيص

قانوني، وبثوا لأفكار والممارسات المناهضة لها، وانتهكوا حرمة الحياة الخاصة لأفراد المجتمع وخصوصياتهم، وتعدُّوا على كل صور الإبداع التي من شأنها أن تلجم حركياتها في المجال العلمي والفني والثقافي الخ ...

وما هذه إلاَّ نماذج من سلسلة مخالفات تُرتكب عبر الإنترنت يصعب حصره في نطاق واحد هذا من جهة .

و من جهة أخرى، فإن حاجة المستهلكين للسلع والخدمات تدفعهم إلى التعاقد بشيء من السرعة والعجلة معا المحترفين، بغية الحصول على ما يرومون إليه لحاجتهم الماسة للمعلومات، ونظراً لتنامي مقومات ضعفا لمستهلك بسبب التطور الصناعي والتقدم التكنولوجيا للذين أديا إلى تغيير ملحوظ في أساليب إنتاج السلع وتقديم الخدمات وطرق توزيعها وتسويقها . إذ أن المحترف أصبح يمارس نشاطاتهم نخل الشركات ضخمة تمتلك المعلومات إضافة إلى قدرتها الاقتصادية، مما يسهل عليه استخدام شتى أنواع وسائل الترويج والدعاية الحديثة مثلا لإعلانات التي قد تتضمن معلومات مضللة أو كاذبة, ناهيك عن طريقة تحريرها بوساطة عقود نموذجية تتضمن شروطا اغلبها في صالح المهني فالعلاقة التعاقدية بين طالبي السلع والخدمات ومقدميها علاقة غير متكافئة بسبب التفوق الاقتصادي والقانوني والمعرفي والتقني للأخير. وتهدر حقوق المستهلك لذا توصف بالتعسفية.

فأحدثت شبكة الانترنت ثورة تكنولوجية كبيرة في التواصل بين الأشخاص وبكل سهولة وفي أي مكان، ويعد عقد الاستهلاك عبر الانترنت واحد من أهم العقود التي أُقر فيها خيار العدول لصالح المستهلك. كما ويعدّ من أخطر الموضوعات المعاصرة المتعلقة بالعقود، نظراً لتزايد إبرام العقود بغير الطرق والوسائل المعروفة والتي أصبحت أمراً ملموساً في الكثير من العقود في الوقت الحالي، مما اقتضى البحث عن وسائل تناسب هذه العقود، لذلك وجب على القانون أن يتعرض لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية لاستخراج الآليات اللازمة لإعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية بما يرفع الضرر والخطر عن المستهلك، وليس ذلك على المستوي الوطني فقط، إذ أن المعاملات الإلكترونية ولأنها في الغالب تكون معاملات دولية تتم عن طريق شبكة المعلومات الدولية، (الإنترنت) التي امتدت لتشم لكافة أرجاء المعمورة، فاختصرت المسافات والحواجز المكانية والزمنية، مما يستدعي

معها اتساع نطاق الحماية القانونية للمستهلك على شبكة الانترنت، لأن الأخيرة تحولت من مجرد تبادل البيانات عبر البريد الإلكتروني إلى إنجاز العمليات التجارية إذّ فرض تنفسها بقوة .

كما لا جدوى من إحاطة المستهلك علماً بالبيانات عن السلع والخدامات عبر الانترنت دون إعطائه وقتاً للتفكير قبل الإقدام على إبرام العقد، من هنا منح المستهلك الالكتروني حق العدول عن التعاقد، فإذا تسلم نموذجاً منها كان له حق العدول ومن ثم إمضاء العقد أو فسخه حماية له من أي تلاعب أو تغرير أو تدليس من المحترف في نطاق التجارة الالكترونية.

وعلى الرغم من الفوائد العديدة التي يقدمها إلا أنه قد أثبت عملياً، أن لهذه الوسيلة عدة أخطار لذلك فقد اتجهت العديد من الدول إلى إصدار القوانين الخاصة بحمية المتعاملين بها، سواء ما تعلق بنشر الأفكار كما هو ثابت بالنسبة للمؤلف أو ما تعلق بالمستعمل أو المستهلك لهذا الأفكار أو المعلومات على حد السواء .

وعلى هذا الأساس، وفي ضوء ما ذكر سنبحث في هذا الباب عن الآليات القانونية لحماية حقي المؤلف والمستهلك على النات مع تحديد أهم التطبيقات ضمن القانون الجزائري والفرنسي وهذا الأمر يكون من خلال فصليين .

ففي الفصل الأول نتطرق للحماية المدنية والجزائية للحقي المؤلف والمستهلك على النات حسب القانون الجزائري والفرنسي، أما في الفصل الثاني فنتطرق إلى أهم الجهات التي تتولى مسألة حماية حقي المؤلف والمستهلك على النات.

الفصل الأول

الحماية المدنية والجزائية لحقي المؤلف

و المستهلك على النات

حسب القانون الجزائري والفرنسي

الفصل الأول: الحماية المدنية والجنائية لحقي المؤلف والمستهلك على النات

تمهيد:

تُعتبر المصنفات الأدبية والفنية هي ثمار تفكير الإنسان ومهبط سره ومرآة شخصيته، بل هي مظهر، يُعبِر عنها ويفصح عن كومنها، ويكشف عن فضائلها أو نقائصها؛ لذلك من مظاهر الشخصية كان لابد من الاعتراف له بالحقوق الأدبية على مصنفه، تمكنه من صيانة شخصيته، وحماية إنتاجه الذهني، والدفاع عن هذه الحقوق في وجه المعتدين عليها، وذلك لما لهذه الحقوق من أهمية لدى منتجها، حيث يؤلمه الاعتداء عليها وعدم حمايتها، عندئذ يشعر بخيبة الأمل، فينطفئ مصباح إنتاجه، وتضعف همته، وينصرف عن التأليف والابتداع، وبذلك ينهار ركن هام من أركان تقدم الإنسانية، والذي يُعتبر الأساس في حياتنا الراقية، التي نسمو بواسطتها على سائر الكائنات الحية .

ومن ناحية ثانية فإن المخاطر التي يتعرض لها المستهلك في عقود التجارة الالكترونية قد يكون مصدرها المحترف، والذي يمثل الطرف المتعاقد معه في العلاقة التعاقدية حيث يتسم سلوكه بالغش والتحايل قبل المستهلك، وقد يقع الخطر من الغير كما في حالة اختراق الشبكات الالكترونية المختزن عليها البيانات أو المتداولة من خلالها، حيث يتم سرقة هذه المعلومات وإعادة استخدامها على نحو يضر بالمستهلك الأمر، الذي يتطلب حماية المعلومات الالكترونية مدنيا وجنائيا.

فالغش التجاري أو الصناعي الذي يتعرض له المستهلك في نطاق المعاملات المدنية العادية — في مضمون السلعة ذاتها – هو نفسه الذي يتعرض له في حال ما إن تم إبرام العقد بطريق الانترنيت، بل أن فرصة وقوع الغش في حالة التعاقد بطريق الانترنيت أكبر في ظل انعدام المعاينة للسلعة وذلك في الكثير من الأحيان.

هذا فضلا، عن أن الدعاية والإعلان في نطاق العقد الالكتروني له صفة خاصة قد تلعب دورا عظيما في إيقاع المستهلك في غلط يدفعه إلى التعاقد دفعا. خاصة، إذا ما أخذنا في الاعتبار قوة شبكة الانترنيت من حيث الانتشار والتأثير والدعاية والإعلان والقدرة للنفاذ إلى المستهلك حيث تجعله محاصرا في مسكنه وعمله سيما، وأن وسائط التواصل بهذه الدعاية تدفعه للتعاقد حتى قبل أن يكتشف

أنه ضحية لمؤامرة مزدوجة من وسائل الدعاية والإعلان ومن قبل التاجر أو المنتج الأمر، الذي تستوجب حمايته من الغش والتحايل

المبحث الأول: الحماية المدنية والجزائية لحق المؤلف على النات

إن طبيعة الملكية الفكرية تتصف بالتعالي عن التعيين المادي والمجسد، لأنها ترتبط بالعقل وما يشمل من أفكار وإبداعات مما يجعلها عرضة للاعتداء،لأنها ترتبط بالعقل وما يشمله من أفكار وإبداعات مما جعلها عرضة للاعتداء، وهذا الواقع حث منذ القديم على التوسع في طرق حمايتها، سواء بالطرق الوقائية قبل حصول الاعتداء أو بالطرق العلاجية والزاجرة في حالة الحصول، وإذا كان الإنتاج الأدبي والفني عرضة للاعتداء منذ بداية نشأته، فإن رد الفرد والجماعة تجاه هذه الظاهرة ليس من طبيعة واحدة. لأنها كانت بداية مقتصرة على الاستنكار الأخلاقي والنفور الأدبي، ومع بدايات العصر الحديث انتقلت إلى مرحلة الحماية القانونية والمنظمة. وتتمثل الحماية القانونية لحق المؤلف في رعايته من أي تعد وتجاوز يقع على حقوقه.

والحماية أصلا تقع على المصنفات التي تعتبر نتاج تفكير الإنسان بل من مظاهر الشخصية ذاتها، لذلك كان لابد من الاعتراف بالحقوق الأدبية للمؤلف على مصنفه، وحماية إنتاجه الذهني والدفاع عن هذه الحقوق في وجه المعتدين عليها، وذلك لما لهذه الحقوق من أهمية لدى منتجها، حيث يضره الاعتداء عليها وعدم حمايتها، فيخيب ظنه في المشرع، ويتوقف إنتاجه، وينصرف عن التأليف والإبداع[1]

غير أن الآمر تعقد أكثر في ظل التكنولوجيات الحديثة لإعلام والاتصال والسرعة الهائلة للتداول على الشبكة بدرجة أن صاحب الحق قد تلاشى حقه أمر هذه الحركية لا متناهية للمعلومات وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى الحماية المدنية والجزائية لحق المؤلف على النات .

[1]/- **الدكتور منير محمد الجنيبهي والدكتور محمود محمد الجنيبهي**، أمن المعلومات الالكترونية، دار الفكر العربي، 2006، ص 17هامش 01 وأنظر كذلك **الأستاذة داودي شهرزاد**، المعلومات الالكترونية ما بين حرية التداول وحق التأليف، المذكرة السابقة، ص 70 وأنظر كذلك **الدكتور محمود عبد الرحيم الديب**، الحماية القانونية للملكية الفكرية، المرجع السابق، ص 84.

المطلب الأول: الحماية المدنية لحق المؤلف على النات .

أمام عدم وجود نصوص خاصة من أجل حماية المؤلف أمام ممارساته ضمن شبكة النات يتعين علينا أن نرجع للنصوص التي تحمي حق المؤلف وفقا لأمر 05/03 وتبعا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية وبالنتيجة يكون للمؤلف أو صاحب الحق أو أي من ورثته اللجوء إلى الإجراءات الوقائية والتحفظية وذلك حفاظا على حقوقه وللمنع من التعدي عليها أو وقف هذا التعدي.

فإذا وقع التعدي على حق المؤلف قبل اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية للحلول دون وقوع هذا الاعتداء، فإنه لا يكون للمؤلف أو أي صاحب حق إلا اللجوء إلى الطريق المدني، إما إلى إصلاح الحال وإعادته إلى ما كان عليه، إذا كان ذلك ممكنا أو الحصول على تعويض عادل تقدره المحكمة المختصة، كذلك قد تؤدي الإجراءات الوقتية والتحفظية إلى وقف التعدي على حقوق المؤلف إلا أنهما لا يكفيان لمحو الضرر المادي والأدبي الذي لحق به[1].

لذلك فالمشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة أعطاه حق اللجوء إلى الطريق المني للمطالبة بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر، وفق حماية مدنية وهي المقررة لكافة الحقوق والتي تحمي جميع المراكز القانونية والتي كفلها القانون من خلال القواعد العامة في المسؤولية المنصوص عليها في القانون المدني وكذا القواعد الخاصة فيما يتعلق بقانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة[2] فصاحب المصنف له الحق في مطالبة من اعتدى على حقه بضمان الضرر الناشئ عن اعتدائه والتعويض عنه متى توافرت عناصر المسؤولية المدنية وهذا ما سنناقشه فيما يلي:

- الفرع الأول: عناصر المسؤولية المدنية وتطبيقها على حقوق المؤلف
- الفرع الثاني: صور التعويض في مجال حق المؤلف

---

[1]/- **الدكتور محمد واصل**، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب (المصنفات الالكترونية)، المرجع السابق، ص 25

[2]/- **عماد حمد محمود الإبراهيم**، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قانون خاص، جامعة النجاح، نابلس فلسطين، 2012، ص.43.

الفرع الأول: عناصر المسؤولية المدنية وتطبيقها على حقوق المؤلف

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية تعاقدية والتقصيرية ولها ثلاثة أركان تتمثل في:

- الخطأ
- الضرر
- العلاقة السببية

فإذا ما توافرت هذه الأركان تحققت مسؤولية مرتكب الخطأ والتزم بتعويض المتضرر عما أصابه من ضرر. وعليه لابد له من بيان عناصر المسؤولية المدنية وتطبيقها على الاعتداءات التي تقع على المصنفات الأدبية والفنية.

أولا: عناصر المسؤولية المدنية

* الخطأ والضرر

يتمثل الخطأ في الممارسة المخالفة للأعراف سواء كان مقصودا أو ناجم عن عدم حيطة وحذر[1] أما الضرر فهو ما يصيب صاحب المصنف أو ما يقوم مقامه من اعتداءات تلحق به وبمؤلفه وكل ما من شأنه الإنقاص من قيمته.

1-الخطأ:

يتمثل الخطأ في إخلال بإلزام قانوني، عكس الخطأ في المسؤولية العقدية إذ هو إخلال بإلزام تعاقدي والخطأ في المسؤولية التقصيرية[2] يقوم على ركنين:

- **الأول مادي:** ويتمثل في التعدي على الحدود التي يجب أن يلزمها الشخص في سلوكه.

---

[1]/- **الدكتور ساسان رشيد**، محاضرات في قانون المنافسة الجزائري، جامعة عنابة، بتاريخ 14 جانفي 2012، ص.09 المنشور على الموقع http://dr.sassane.over-blog.com

[2]/- **الدكتور أمير فرج يوسف**، المسؤولية المدنية والتعويض عنها، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص.7-8.

- **الثاني معنوي:** وهو الإدراك أن يكون الشخص الذي وقع منه سلوك التعدي مدرك تمام الإدراك للأعمال الصادرة عنه فلا يكون بمقام الصبي الغير مميز أو من يقوم مقامه.

والخطأ هو عنصر أساسي في المسؤولية المدنية، وهو عمادها، ويتمثل في إخلال بالتزام سابق، بمعنى أن هناك مصدر يرتب التزام في ذمة شخص وهذا الالتزام واجب الاحترام، وإذا أخل به الشخص كان مخطئ.[1]

ومثاله أن يخل الناشر بالتزامه ولا ينشر المصنف، وقد يرتكب الخطأ بصورة عمدة، وعندها يعتبر جسيم. وفي هذه الحالة يتعمد الفاعل إلحاق الضرر بارتكابه للخطأ، ومثاله أن يتعمد مترجم مصنف تغيير المعنى الأصلي له قصد إلحاق الضرر بالمؤلف، والتعدي العمدي يجب أن تكون فيه المسؤولية أشد، لتعمد إلحاق الضرر بصاحب المؤلف، وعن الأخطاء التي يرتكبها الناشرين "المهن الحرة" فهي تخضع للأحكام العامة في المسؤولية ويجب تشديدها لصالح المؤلف الذي يمثل الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية.[2]

ويقع على الدائن إثبات خطأ المدين بأنه يجوز لكل شخص يدعي إصابته بضرر أن يطالب بالحق المدني في نفس الجلسة.[3]

وفي حقوق المؤلف أمر الإثبات صعب بأن على المؤلف إثبات أن من قام بترجمة مؤلفه مثلا لم يقم بواجبه بمصداقية وأمانة ولم يوصل الأفكار التي أراد المؤلف إيصالها إلى الجمهور ومن الأفضل افتراض الخطأ في جانب المدين ومنه يقع عليه إثبات العكس، أي قيامه بواجباته بصورة حسنة. ومنه الذي قام بالترجمة أو التلخيص أو الإضافة أو التحويل من لون لآخر "كتحويل مصنف من كتاب إلى مسرحية إثبات قيامه بواجبه بصورة حسنة.

---

[1]/- **الدكتور عبد الحكيم فودة**، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص.28.

[2]/- **الدكتور عبد الحكيم فودة**، المرجع السابق، ص.36.

[3]/- الأمر 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 2206 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ج.ر 64 المؤرخة في 2006/12/24.

هذا فيما يخص الخطأ العقدي. أما النوع الثاني "الخطأ التقصيري" هو اعتداء على الحق مع إدراك المعتدي لذلك أو هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه.

ويقوم الخطأ على ركنين:

أ /- **ركن المادي**: وهو التعدي "أي الاعتداء على مصنف المؤلف بأي شكل من الأشكال".

ب/- ركن المعنوي: "وهو الإدراك".

الخطأ هو أساس المسؤولية، متى نتج عنه ضرر. فأي خطأ يسبب ضرر للمؤلف سواء في مصنفه أو في نفسه كالأعمال التي تمس بشرفه وشخصيته واتجاهاته تلزم من قام بها بالتعويض.

2-الضرر:

الضرر هو الأذى الذي يلحق بالشخص فيمسه بحق من حقوقه أو مصلحة من مصالحه فيما يخص نفسه أو ماله. ولا يشترط أن يكون هذا الحق محل للحماية لحق ملكية أو حق انتفاع مما يقوم ماديا. بل يكفي أن تكون حمايته مصلحة للمضرور. بل قد تكون مجرد رخصة لحق الإبداع وحق الاحتفاظ بالأسرار...[1]

ويعتبر الضرر ركن مهم لقيام المسؤولية المدنية وبدونه لا يمكن المطالبة بالتعويض[2]. أما عن التعويض الذي يترتب للمؤلف، فإنه يكون عن الضرر الذي يمس بالجانب الاجتماعي لشخص المؤلف نتيجة الاعتداء على حقوقه الأدبية.

إلا أنه لا يسأل عن الضرر الناجم عن الإهمال وعدم الحيطة ما لم يكن الشخص مميز، وفي حالة تعدد المسؤولين عن فعل ضار تضامنوا في التزامهم بتعويض الضرر.

---

[1]/- **الدكتور عبد الحميد فودة**، التعويض المدني، المرجع السابق، ص.18.

[2]/- **زوبير أرزقي**، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص.15.

أما إذا كان الضرر خارج عن يد الشخص لم يكن ملزم بالتعويض عن هذا الضرر كذلك حالة الدفاع الشرعي عن النفس، المال...إلخ أو تنفيذا لأوامر الرئيس. أو تفاديا لضرر أكبر.[1]

وقد يكون الضرر متوقع كتأخر الناشر عن نشر مصنف المؤلف، وهنا يعوض عن الضرر المتوقع عن عدم النشر، وقد يصيب الضرر الذمة المالية للمؤلف، سواء كان لا يستفيد من مؤلفه ماليا، أو يصيب الحق المعنوي للمؤلف مما يرتب ضرر أدبي.

ولقد أجاز المشرع الجزائري التعويض عن الضرر المعنوي عند المساس بالحرية أو الكرامة أو الشرف أو السمعة.[2]في المادة 182 مكرر قانون المدني، وعن إثبات الضرر فالأصل العام البراءة والبينة على من ادعى شغل الذمة المالية، فعلى من يدعي وقوع الضرر أن يثبت ذلك بكل الوسائل، لأن الضرر أمر مادي يمكن إثباته بكل الوسائل.

إذن الضرر هو ركن أساسي لقيام المسؤولية، وعلى هذا الأساس يعوض الضرر، إذن من الضروري حتى تقوم المسؤولية ويقدر التعويض.

3: العلاقة السببية

إن المطالبة بالتعويض من طرف المتضرر جراء الاعتداء الواقع على مصنفه بالتقليد أو السرقة أو الحذف أو الإضافة يتطلب وجود علاقة سببية بين الأفعال التي قام بها المعتدي على المصنف والضرر الحاصل لمالك المصنف أو المؤلف، فإذا لم يستطع المؤلف أو صاحب المصنف إثبات هذه العلاقة بين فعل الاعتداء والضرر الواقع فلا يمكنه الاستفادة من التعويض عن الضرر.[3]

---

[1]/- المواد 125، 130، 128، 127، 126، القانون المدني الجزائري.

[2]/- أنظر أحكام المادة 182 مكرر ق م ج

[3]/- **الاستاذة ميلود سلامي**، دعوى المنافسة الغير مشروعة، المرجع السابق، ص 184.

والعلاقة السببية هي العنصر الثالث من المسؤولية المدنية حيث وجب وجود ضرر والذي يكون نتيجة مباشرة للخطأ، فإذا كان نتيجة غير مباشرة أو لا صلة لها بالخطأ انتفت المسؤولية المدنية.[1]

والسبب الرابط بين الخطأ والضرر يمكن أن يكون أجنبي خارج عن الإرادة كان تصاب دار النشر التي تحوي المصنف بزلزال أو فيضان يتلف يصدده كل المصنف، وبهذه الحادثة لا ينفذ العقد بسبب خارج عن إرادة الناشر، وقد يحول المؤلف نفسه دون تنفيذ العقد في الأجل المتفق عليه بسبب التعديلات المستمرة والعديدة التي يضيفها على مصنفه، إذن فالعلاقة السببية مفترضة يمكن نفيها متى أثبت السبب الأجنبي.

مما سبق يبدوا أنه لتوافر المسؤولية المدنية يجب وجود خطأ ينجم عنه ضرر يلحق بالمؤلف سواء كان بصورة عمدية أو خارجة عن الإرادة، يربط بين هذين الفعلين علاقة سببية توجب التعويض.

الفرع الثاني: تطبيقات المسؤولية المدنية في مجال حق المؤلف

أولا: فكرة التعويض في مجال حق المؤلف

عندما يتم المساس بحق المؤلف على أنه خطأ سواء وقع بحسن أو بسوء نية، يكون للمؤلف أو خلفه حق المطالبة بالحصول على تعويض طبقا للقواعد العامة في القانون المدني الخاصة بالمسؤولية العقدية والتقصيرية.[2]

ويهدف هذا الإجراء المدني إلى تعويض صاحب الحقوق تعويض مالي على الضرر المادي الحاصل بفعل التعدي وإلى ردع هذه أعمال من خلال إصدار الأوامر بإتلاف السلع أو المعدات التي تستخدم في صنع السلعة المتعدية، وفي حال وجود خطر باستمرار التعدي، يمكن للمحاكم أن تأمر بدفع غرامات معينة.[3]

---

[1]/- **الدكتور محمد محمود الكمالي**، آلية حماية حقوق الملكية الفكرية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، معهد التدريب والدراسات القضائية، الإمارات، 2004، ص 241.

[2]/- **الدكتور زكي زكي حسين زيدان**، المرجع السابق، ص.126.

[3]/- **الدكتور عمر مشهور حديثة الجازي**، المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف، المرجع السابق، ص.12.

وعرف التعويض بأنه "المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال أو شرف".[1]

ومنه فالتعويض وجد لجبر الضرر الذي يلحق بالنفس أو المال أو الشرف. ولقد تحدث الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف المجاورة في الفصل الأول من الباب السادس عن الأحكام المتعلقة بالدعوى المدنية في المواد من 143 إلى غاية 150.

حيث أنه يمكن رفع الدعوى القضائية المتعلقة بالتعويض الناجم عن الاستغلال الغير مرخص به لمصنف المؤلف أمام القضاء المدني كذا طلب اتخاذ التدابير التي تحول دون المساس بحقوقه ويقدر التعويض حسب أحكام القانون المدني. ويتولى معاينة المساس بهذه الحقوق إما ضباط الشرطة القضائية أو الأعوان المحلفون التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف. وتقوم الفئة الأخيرة بالحجز التحفظي للنسخ المقلدة شرط وضعها تحت حراسة الديوان وإخطار رئيس الجهة القضائية المختصة بناءا على محضر مؤرخ وموقع قانونا، يثبت المحجوزات أما فيما يخص الأتاوى المستحقة لمؤلف الأداء أو العازف الخاصة بالسنتين الأخيرتين من استغلال مصنفه أو أدائه الفني ديون ممتازة مثل الأجور.[2]

وعليه متى تقرر الخطأ على أنه مساس بحق المؤلف سواء وقع بحسن نية أو سوئها يكون للمؤلف أو خلفه حق المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة في القانون المدني والخاصة في حقوق المؤلف والحقوق المجاورة حسب الأمر 03-05.

---

[1]/- **الدكتور زكي زكي حسين زيدان**، المرجع السابق، ص.126.

[2]/- المواد 143، 144، 145، 146، 150، من الأمر 03-05

ولأكثر تفصيل أنظر الدكتور محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 163 **وأنظر الدكتور فاضلي إدريس**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 96 وأنظر **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حسن النية في العقود، ص 110 وأنظر **الدكتور علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري- المرجع السابق، ص 112

ولا شك أن الهدف الأساسي من التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب المؤلف، وهذا الضرر يختلف باختلاف طبيعة المواد المتضررة، فإذا أمكن إزالة الضرر نهائيا بإعادة الشيء كان عليه أصبح التعويض عيني.

أما إذا لم يكن التعويض العيني، فلا يكون أمام القضاء إلا اللجوء إلى التعويض الغير عيني، سواء كان مبلغ نقدي أو غير ذلك.

ثانيا: التعويض العيني

يقصد بالتنفيذ العيني إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الاعتداء. وهو أفضل من التعويض بمقابل، لأنه يؤدي إلى محو الضرر الذي أصاب المؤلف مبلغا من المال.

ويتخذ في مجال حقوق المؤلف صور عدة: كأمر المحكمة إتلاف نسخ المصنف المعتدى عليه، أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه لمصنف اعتدي عليه بالإضافة أو الحذف أو التعديل، أو إعادة نشر المصنف باسم مؤلفه بعد أن نشر باسم غيره.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من التنفيذ ضمن القانون المدني في المواد من 164 إلى غاية 175 حيث تقر هذه المواد بأنه الحل الأفضل إذا أمكن تنفيذه.

والأصل العام المقرر في الضمانات هو رد الحقوق بعينها عند الإمكان فإن ردها كاملة الأوصاف يبرئ من المسؤولية أما ردها ناقصة يعوض عنها بالقيمة وذلك عملا بالقاعدة الفقهية[1] "إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل".[2]

وفي حالة رفض المعتدى التنفيذ العيني مع قدرته على ذلك يتم اللجوء إلى الغرامة التهديدية، كما أن هلال محل الالتزام أو استحالة الوفاء به ولو بخطأ من المدين فذلك يرتب انقضاء الالتزام أو

[1]/- **أنظر الدكتور فاضلي إدريس**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 96 وكذلك أنظر على سبيل المقارنة **الدكتور حسن محمد بودي**، المرجع السابق، ص.28.

[2]/- **الدكتور محمد سعيد جعفور**، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 170 وأنظر على سبيل المقارنة **الدكتور زكي حسين زيدان**، المرجع السابق، ص.134.

استحالة الوفاء به ولو بخطأ من المدين فذلك يرتب انقضاء الالتزام الأصلي، ويحل محله الالتزام الجديد بالتعويض،[1] من كل ما سبق يتضح أن القاعدة الأساسية في التنفيذ هو التنفيذ العيني أي إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل الاعتداء، وهو أول حل يلجأ إليه من قبل المعتدى على حقه.

والحل الأفضل للطرف المضرور وغاية يؤملها كل مؤلف لأن التنفيذ العيني أفضل حل لرفع الاعتداء عن الحق الأدبي، ومن أهم نتائجه رد الاعتبار للمؤلف وتحسين صورته للجمهور بعد أن أخل بها الاعتداء.

ثالثا: التعويض بمقابل "النقدي"

التنفيذ بمقابل أساسه التعويض المالي، والأصل فيه أن يكون مبلغ من المال، ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره فيكون على شكل إيراد مرتب، أو الأمر بنشر الحكم القضائي بطريق اللصق على نفقة المحكوم عليه بالتعويض المقذوف في حقه عن الضرر الأدبي الذي أصابه[2] ويتقرر التعويض كحل أخير عند استحالة إعادة الحال إلى ما كان عليه وإرجاع المصنف بصورة أخص إلى ما كان عليه،أو أن يكون الاعتداء تمثل على الحق المادي، وهنا يصار إلى التعويض الغير عيني.

كما قد يتمثل التعويض بطلب المؤلف من المحكمة تسليمه نسخ المصنف المقلدة لبيعها ويأخذ التعويض، أما إذا تم الاعتداء بالأداء العلني للمصنف واستغلاله ماديا فالتعويض ينصب على المقابل المادي الذي حصل عليه المدعى عليه، إضافة إلى حقه في التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق به بسبب عرض مصنفه علنا دون موافقته.[3]

وقد يكون التعويض وجوبيا خاصة في الحالات التي منع فيها المشرع إجراء الحجز أو الإتلاف فلابد من التعويض،[4] والمشرع الجزائري اعتبر الحقوق المالية للمؤلف الناتجة عن استغلال حقوقه خلال

---

[1]/- **الدكتور أمجد عبد الفتاح أحمد حسين**، المرجع السابق، ص.300.

[2]/- **الدكتور منير قرمان**، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، ص.32.

[3]/- **الدكتور يوسف أحمد النوافلة**، المرجع السابق، ص.171-172.

[4]/- **الدكتور أمجد عبد الفتاح أحمد حسين**، المرجع السابق، ص.302.

السنتين الأخيرتين من استغلال مصنفه حقوق ممتازة.[1] حسب نص المادة 150 من الأمر رقم 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

ومعايير التعويض تختلف من المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية، فالتعويض يكون عن الضرر المباشر والمتوقع في المسؤولية العقدية، على خلاف المسؤولية التقصيرية التي يعوض فيها عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، وفي جميع الأحوال لا يعوض عن الضرر الغير مباشر.[2]

ومعنى هذا أنه حكم بالمثل[3]، أي التأليف بمثله جبرا للضرر، ويختلف حسب جسامة التعدي والخسارة التي تلحق المعتدى عليه تقدره سلطة القاضي حسب ما يرى أهل الخبرة.[4]

ويراعى عند تقدير التعويض القواعد العامة في الضرر الذي أصاب المؤلف حسب ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.

والمشرع الجزائري أكد على أن تقدير التعويضات يكون على أساس القانون المدني، وهو لم يعطي بهذا أي خصوصية لتعويضات حقوق المؤلف. حسب ما جاء في المواد 143، 144 من ق.م.[5]

ونظرا للخصوصية التي يعكسها تقدير التعويض المقدم للمؤلف وجب على القاضي تحري الدقة في هذا الموضوع وعدم الاستهانة به لأن له انعكاسات جد خطيرة على الإبداع والإنتاج الذهني والإخلال بهذه الشروط قد تؤدي إلى انصراف المؤلف عن التأليف.

ونطبق أحكام هذا النوع من التنفيذ بناءا على أحكام القواعد العامة من القانون المدني من الفصل الثاني تحت عنوان التنفيذ بطريق التعويض في المواد من 176 إلى 187 ق.م.

---

[1]/- أنظر الأمر رقم 03-05، .

[2]/- **الدكتور أمجد عبد الفتاح أحمد حسين**، المرجع السابق، ص.303.

[3]/- **الدكتور حسن محمد محمد بودي**، المرجع السابق، ص.71.

[4]/- **الدكتور كي زكي حسين زيدان**، المرجع السابق، ص.135.

[5]/- أنظر أحكام المواد 176 وما يليها من القانون المدني الجزائري .

حيث ينص المشرع على التعويض ند استحالة التنفيذ العيني "م.176 ق. م " ومنه يتبين لنا أن الأصل في التنفيذ العيني كما ذكرنا سابقا والاستثناء هو التعويض لأنه لا يحل محل إعادة الحال إلى ما كان عليه.

أما إذا اشترك المؤلف في إحداث الخطأ أو زيادته يمكن للقاضي أن يحكم بإنقاص قيمة التعويض أو إلغائه نهائيا. (م.177 ق.م).

كذا يمكن للمؤلف الاتفاق مع من يلحق به الضرر على احتمال تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو إعفائه من أي مسؤولية ناتجة على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما نجم عن غشه أو خطئه الجسيم أما الشرط الذي يقع للإعفاء من المسؤولية عن العمل الإجرامي فهو باطل (م.178 ق.م).

والتعويض بدوره لا يستحق إلا بعد إعذار المدين. ما لم يقع ما يخالف ذلك. (م.179 ق.م). ويقدر من قبل القاضي ما لم يحدد في العقد، ويمكن للطرفين أي المؤلف أو من يقوم مقامه والناشر تحديد قيمة التعويض مقدما. والمص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق. (م.183 ق.م)

بينما لا يكون التعويض الذي يقدمه الناشر مثلا أو من أضر بالمؤلف ومصنفه مستحق إن أثبت الناشر أن المؤلف لم يلحقه أي ضرر ويمكن للقاضي تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت ما سبق (م 184 ق.م).

بينما في حالة تجاوز الضرر اللاحق بالمؤلف التعويض المحدد في الاتفاق لا يمكن للمؤلف أو من يقوم مقامه (الورثة، خلفائه...) المطالبة بأكثر من القيمة المتفق عليها إلا إذا أثبت أن الناشر مثلا قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. (م 185 ق.م).

وإذا كان محل الالتزام بين الأفراد مبلغ من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخر المدين أي الناشر في الوفاء به، فيجب عليه تعويض المؤلف عن الضرر اللاحق عن هذا التأخير (م 186 ق.م).[1]

أما إذا تسبب المؤلف بسوء نيته، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر.

الفرع الثالث: الحماية الإجرائية لحق المؤلف

و التي تضمن وقف الاعتداء، وعليه سنبين مفهوم الإجراءات الوقتية ثم صور هذه الإجراءات

أولا: مفهوم الإجراءات الوقتية :

يقصد بالإجراءات الوقتية كل عمل يهدف إلى إثبات وقوع الضرر وإيقاف استمراره في المستقبل، وحتى يتم مثل هذا الإجراء لابد بداية من إعطاء وصف تفصيلي للمصنف، حتى لا يقع خلط مع غيره من المصنفات، وحتى نتأكد من أن المصنف وقع عليه الاعتداء، قد يتم وقف نشر المصنف أو إذاعته أو عرضه، وتتميز هذه الإجراءات بالسرعة.[2]

[1]/- أنظر أحكام المواد 176، 177، 178، 179، 183، 184، 185، 186 القانون المدني الجزائري وأنظر **الدكتور علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري- المرجع السابق، ص 137. وأنظر لأكثر تفصيل **الدكتور سليمان مرقص**، الالتزام في الفعل الضار والمسؤولية المدنية(الأحكام العامة)، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 1998، ص 255

[2]/- **ملاك فائزة**، الحماية القانونية لحق المؤلف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1998، ص.95. أنظر **بن دريس حليمة**، حماية الملكية الأدبية في التشريع الجزائري، المذكرة السابقة، ص 127

ثانيا: صور الإجراءات الوقتية

بين المشرع الجزائري أن للمؤلف اتخاذ الإجراءات الوقتية اللازمة لحماية حقوقه الأدبية والمالية، والمتمثلة في إجراء وصف تفصيلي ووقف التعدي حيث تتعدد صور الإجراءات الوقتية ويمكن إجمالها فيما يلي:

أ- إجراء وصف تفصيلي:

يتخذ هذا الإجراء عن طريق وصف المصنف الأصلي والذي عادة ما يكون مسجلا، حيث يسهل الرجوع إليه، ويعطي كذلك وصفا للمصنف المقلد المخالف للقانون، وذلك من أجل إثبات حالة التعدي والاعتداء الذي وقع على المصنف ولتمييزه عن غيره.[1]

وإذا تم إعطاء الوصف الكامل للمصنف وثبت وقوع الاعتداء، واقتنع القاضي أن الاعتداء على حقوق المؤلف وشيك الوقوع، يمكن عندها وقف نشر المعتدي عليه للمصنف أو منع العرض الحالي أو المستقبلي له أو طباعته

لم يشترط المشرع الجزائري إجراء وصف تفصيلي للمصنف المزعوم عند وقوع الاعتداء عليه، وما يبرر هذا التجاهل هو أن المشرع قد أوكل إلى الضبطية القضائية والأعوان المحلفين التابعين للديوان الوطني لحقوق المؤلف التأكد من وقوع الاعتداء، كما أن القواعد العامة في الإجراءات المدنية تشترط في موضوع الدعوى أن يكون صحيحا وثابتا.[2]

ب- وقف التعدي:

ومن صور الإجراءات الوقتية وقف التعدي على المصنف أو جزء منه، فقد يتم نسخ المصنف أو القيام بتوزيعه دون إذن المؤلف مما يشكل اعتداء على حق المؤلف، فيمكن للمحكمة أن توقف نسخ

[1]/- **الدكتور خاطر لطفي**، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص.574.

[2]/- الأمر 03-05، المواد 144، 147،

هذا المصنف أو تصويره أو طباعته أو منع تداوله في السوق، بعد أن يتأكد القاضي من احتمال وقوع الاعتداء.

ويتضمن هذا الإجراء الوقتي إصدار الأمر من المحكمة المختصة بضرورة قيام المتعدي بوقف الاعتداء الذي قام به، فإذا كان الاعتداء يتمثل بنسخ المصنف المشمول بالحماية فإن هذا الأمر يقضي بضرورة وقف عملية النسخ، وإذا كان الاعتداء يتمثل بالقيام بعرض المصنف أمام الجمهور أو جزء منه، فإن هذا الأمر يتمثل بضرورة قيام المعتدي بوقف عرض المصنف، فالأمر الوقتي هنا يتعلق بطبيعة المصنف، سواء من حيث وقف النشر أو العرض أو الصناعة.[1]

أما إذا وقع الاعتداء عن طريق تعديل المصنف أو حذف أجزاء منه، فيكون للقاضي أن يأمر بوقف النشر، ومنع التداول وضبط صدور الحكم بإلزامية إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل الاعتداء، ويجب توزيع نسخ من الكتاب بعد التعديل.[2]

ولا شك أن وقف التعدي يعتبر أحد الوسائل الفعالة في حفظ حقوق المؤلف من الاستمرار في التعدي عليها، وذلك على سبيل الاحتياط حتى تنتهي المنازعة المطروحة، وبعد ذلك تأمر بوقف هذا التعدي نهائيا وأمر التعدي من الامتناع عن أي تعد مستقبلي أو جديد على حق المعني.

ثالثا: الإجراءات التحفظية

حفاظا على حق المؤلف من استمرار فعل التعدي أو خوفا من ضياع الأدلة المتعلقة بفعل التعدي، نظمت قوانين حق المؤلف الوطنية إجراءات وقائية، يجب إتباعها لمنع الاعتداء الواقع على أي حق محمي قانونا وإتاحة الفرصة لصاحب المؤلف برفع دعوى وقف الاعتداء على حقه.

[1]/- **الدكتور يوسف أحمد النوافلة**، المرجع السابق، ص.10.

[2]/- **الدكتور نواف كنعان**، المرجع السابق، ص.456.

أ /-: مفهوم الإجراءات التحفظية

الإجراءات التحفظية هي تلك الإجراءات التي تهدف إلى مواجهة الاعتداءات التي وقعت فعلا، حيث يتم حصر الأضرار التي لحقت بالمصنف لاتخاذ التدابير اللازمة لإزالتها والسيطرة عليها.[1]

كما أنها وسيلة فعالة لمواجهة انتهاكات حق المؤلف لما تتميز به من السرعة والبساطة، وتهدف هذه الإجراءات إلى وقف الضرر المستقبلي، وحصره للمحافظة على حقوق المؤلف، وتشمل هذه الإجراءات حجز المصنف المقلد والأدوات المستعملة في الاعتداء وحصر الإيرادات المتحصل عليها من الاستغلال غير المشروع.

وتتولى تشريعات حقوق المؤلف تنظيم هذه الإجراءات بشكل مفصل، وهذه الإجراءات ذات صبغة استعجاليه، حتى لا يزداد الضرر المترتب على الاعتداءات، وتتخذ هذه الإجراءات بموجب طلب يقدم للمحكمة التي يوجد بدائرتها موطن المعتدي ليصدر بموجبه أمر على ذيل عريضة.[2]

ب/-: صور الإجراءات التحفظية

تتعدد صور الإجراءات التحفظية وأهمها:

1/-الحجز:

تهدف الإجراءات التحفظية إلى توقيع الحجز على المصنف وعلى نسخه ووضع المواد المستعملة في إعادة نشر المصنف تحت يد القضاء.[3]

وفي القانون الجزائري تم تنظيم الحجز في قانون الإجراءات المدنية وتبقى هذه الإجراءات مختلفة عن الإجراءات المعمول بها في قانون حماية حقوق المؤلف، فالغاية من الحجز التحفظي على المصنفات هو وقف التعدي ومنع تداول المصنفات المقلدة، إضافة إلى إجراء الحجز على المصنف الأصلي، أو

---

[1]/- **الدكتور جمال محمد الكردي**، المرجع السابق، ص.59.

[2]/- **الدكتور أنور طلبة**، حماية حقوق الملكية الفكرية، المكتب الجامعي الحديث، 2010، ص.82.

[3]/- **الدكتور يوسف أحمد النوافلة**، المرجع السابق، ص.140.

نسخة فقد يتم الحجز على المواد المستعملة في عملية الاعتداء بشرط أن تكون غير صالحة لإعادة نشر هذه المصنفات والبعض اعتبر أن هذا القيد سلبي إذ أن كل الآلات تصلح لأعمال أخرى مفيدة، فهذا الشرط وكأنه ألغى هذه الوسيلة من الحماية وضيق في مجالها، وتشكل هذه المحجوزات ضمانة لتعويض المؤلف في حال ثبوت وجود الاعتداء.[1]

وعموما فالحجز وفقا للقواعد العامة نوعان إما حجز تحفظي أو تنفيذي.

1 – أ /الحجز التحفظي:

وهو إجراء يتخذ الدائن لمنع المدين من التصرف بأمواله المنقولة، وهو إجراء وقائي عند الضرورة الملحة بعد استصدار أمر من القضاء، فالأمر يترك لتقدير القاضي في قبول أو رفض هذا الحجز ويقتصر على الأموال المنقولة دون العقارية، ولا يشترط أن يكون للدائن سندا رسميا أو حما قضائيا من أجل الحكم بالحجز، كما يبقى الشخص المحجوز على ممتلكاته مالكا للشيء عليه وله أن ينتفع به وبثماره انتفاع الشخص الحازم، ولابد على الحاجز أن يرفع دعوى لتثبيت الحجز بعد أن يكون قد تحصل على أمر بالحجز، ذلك لأن مصلحة المحجوز عليه أن يدافع عن موقفه أمام قاضي ينظر في الموضوع، ويجب أن يرفع الدائن طلب التثبيت في ميعاد 15 يوما من صدور الأمر، وإلا اعتبرت الإجراءات التحفظية باطلة.[2]

1 – ب/ الحجز التنفيذي:

لم تنص قوانين حقوق المؤلف على الحجز التنفيذي، ولكن لا مانع من إجرائه ما دام لا يتعارض مع قانون حقوق المؤلف بل على العكس يتماشى مع الحماية، فلا مانع من تطبيق القواعد العامة فيما يتعلق بهذا الإجراء، فالهدف من حجز المصنفات المقلدة هو وضعها في أيادي أمينة لمنع التصرف بها ومنع تداولها، ولابد أن يتقدم المعني بالأمر طلبا من أجل الحجز للجهة القضائية.

---

[1]/- **الدكتور عبد الفتاح مراد**، المرجع السابق، ص 61.

[2]/- **الدكتور محمد حسنين**، المرجع السابق، ص 149 و168.

ولابد أن يعطي للطرف الآخر مهلة قانونية قبل التنفيذ من أجل التظلم، لأن هذا الحجز يختلف عن الحجز التحفظي من ناحية التنفيذ، فبمجرد اتخاذ الإجراءات يمكن أن يباع المصنف بالمزاد العلني، لذلك يعطي المحكوم عليه إمكانية التظلم.[1]

ومن صور الإجراءات التحفظية التي نص عليها القانون الجزائري حجز كل عتاد استخدم أساسا لصنع الدعائم المقلدة فلم يقصر المشرع الأمر على حجز النسخ المقلدة، ل تجاوز إلى حجز الأدوات التي تسهل صناعة الدعامات التي نسخ عليها المصنف.

فالمشرع الجزائري أجاز الحجز على المصنفات والآلات التي ساهمت في صنع الدعائم وبطبيعة الحال الدعائم في حد ذاتها و لم يشترط المشرع أن تكون الآلات المستخدمة في الاعتداء غير صالحة لأعمال أخرى، حتى يمكن إيقاع الحجز عليها، وأحسن المشرع في ذلك حتى يعاقب المعتدين على حقوق المؤلف.[2]

2 /- إتلاف المصنف:

إتلاف المصنفات المقلدة من الإجراءات التحفظية التي يمكن اتخاذها، فالهدف من هذا الإجراء هو جعل المصنفات المقلدة غير صالحة لما أعدت له، وقد يتعارض هذا الإجراء مع إجراء حجز المصنف من أجل المحافظة على حقوق المؤلف ويشمل هذا الإجراء الأدوات الجديدة والمستعملة التي ساهمت أو ستساهم في إعداد المصنفات المقلدة.

يمكن للمحكمة أن تأمر بمصادرة النسخ غير الشرعية وإتلافها، ويتخذ هذا الإجراء بناء على كلب المؤلف أو ورثتها ومن له مصلحة وعلى الطالب أن يثبت وقوع التعدي فعلا، أن حق المؤلف

[1]/- **الدكتور نواف كنعان**، المرجع السابق، ص 470.

[2]/- الأمر 03-05، المذكور سابقا، المادة 147، ص.20.

سينقضي خلال سنين، فيمكنها أن لا تحكم بالإتلاف بل الاكتفاء بالتعويض، حيث أن الضرر المتوقع أن يصيب المؤلف يكون قليلا مقارنة بالضرر الناتج عن الإتلاف.[1]

ويقصد من الإتلاف هنا إعدام المصنف إذا كان قد تم نقله بصورة غير مشروعة، وهنا على المحكمة المقدم إليها طلب إتلاف المصنف التحقق من أن المصنف المراد إتلافه قد تم نقله بصورة غير مشروعة، فإذا تبين لها ذلك جاز لها إصدار الأمر بإتلاف المصنف، أما إذا تبين لها أن النقل تم بصورة مشروعة وموافقة للقانون فإن المسألة تقديرية لها، إذ أنها في هذه الحالة تصدر قرارها بعدم إتلاف المصنف لأنه تم نقله بصورة مشروعة وموافقة للقانون.[2]

المطلب الثاني: الحماية الجزائية لحق المؤلف.

قد لا تشكل الحماية الإجرائية والمدنية وما تحويه من دفع مبلغ تعويض المؤلف أو نشر الحكم أو إرجاع الحال إلى ما كان عليه وجبر الضرر الذي لحق بالمؤلف، كل هذه الأمور لا تشكل مانع أمام المعتدى لكي يكرر اعتداءه، لأن كل هذا مرهون بدفع مبلغ معين كتعويض، فجاء المشرع وأتم الحماية القانونية للمصنفات، ودعمها بحماية جزائية تضمن للمؤلف حقه في حماية إبداعاته، وهذا النوع من الحماية يشكل قوة ردع وزجر للمعتدى عليه. خاصة فيما تعلق بالعقوبات السالبة للحرية.[3]

و رغم اختلاف التصرفات التي تضر بحق المؤلف إلا أن المشرع الجزائري حاول حصرها في جنحة واحدة اعتبرها جامعة وهي التقليد. إذ تعتبر من أخطر ما يقوم به المعتدى على المصنف، وهذا لا يمنع وجود أشكال جنائية أخرى قد تتوافق مع المعتدين على هذه الحقوق. وهذا ما سنوضحه في

[1]/- مؤتمر الملكية الفكرية المنعقد في المعهد القضائي، منشورات المعهد القضائي، الأردن، 1999، ص.6.منشور على الرابط التالي http://www.jc.jo/first_judicial_conference

[2]/- **الدكتور يوسف أحمد النوافلة**، المرجع السابق، ص.156.

[3]/- أنظر **الدكتور عبد الرحمان خليفي**، الحماية الجزائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المرجع السابق، ص 135

الفرع الأول بداية من جريمة التقليد أما في الفرع الثاني نتطرق إلى كل الجرائم الأخرى الواقعة على حقوق المؤلف.[1]

الفرع الأول: جريمة التقليد

لقد نظم المشرع الجزائري جريمة التقليد نظرا لأهميتها وخطورتها والضرر الجسيم [2]الذي تلحقه بالمؤلف في القانون الخاص بحقوق المؤلف، فحدد أركان هذه الجريمة ورتب عقوبات على هذه الأفعال وهي جد رادعة وصارمة.

أولا: أركان جريمة التقليد

إن الجرائم التي نص عليها قانون العقوبات كثيرة ومتنوعة إلا أن أقرب الأوصاف الجنائية لاعتداء على حقوق المؤلف هو "التقليد"، فجريمة التقليد لها أركان لابد من توفرها لتقوم هذه الجريمة، وتتمثل في: الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي

1 /- الركن الشرعي:

وهو الركن القانوني إذ أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وهذا طبق لمبدأ: "شرعية الجرائم ولعقوبات" وهذا بالتحديد ما نصت عليه المادة 01 من قانون العقوبات الجزائري "لا جريمة ولا

---

[1]/- أنظر **بن دريس حليمة**، حماية الملكية الأدبية في التشريع الجزائري، المذكرة السابقة، ص 150 وأنظر كذلك **الدكتور خاطر لطفي**، موسوعة حقوق الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص.580.

[2]/- أنظر **بن دريس حليمة**، حماية الملكية الأدبية في التشريع الجزائري، المذكرة السابقة، ص 153 هامش 01 "قضت محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ 1962/03/22 في القضية رقم 359 حكما يلزم صاحب مقهى بالتعويض لأنه رح يؤدي أداء علنيا على رواد مقهاه أغنية" **سه ا رن وحدي**" بواسطة جهاز التسجيل دون موافقة **مؤلفها الأستاذ أحمد رامي ولا ملحنها الأستاذ رياض السنباطي**، فكرست هذه المحكمة بموجب حكمها المذكور المبدأ القانوني القاضي بأن" نقل المصنفات الموسيقية إلى الجمهور في مكان عام عن طريق أشرطة تسجيل هو اعتداء على مؤلفها وملحنها وأنه من حق المذكورين الآخرين الحصول على مقابل مالي عن هذا الأداء ولو تم التسجيل نقلا عن الإذاعة أو محطات إرسال التلفزيون"

عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".[1] بالإضافة للنص الخاص الوارد في الآمر 05/03 تبعا للمواد 151 وما يليها منه

2/-: الركن المادي

يتحقق الركن المادي بتوفر فعل الاعتداء على أي حق أدبي أو مالي من حقوق المؤلف ومثل هذا: نشر المصنف بدون إذن المؤلف أو إقامة أي تعديلات أو حذف أو إضافات على المصنف بدون إذن وهذا الاعتداء ما يكون مباشر عن طريق العرض على الجمهور أو غير مباشر مثل بيع مصنف مقلد في إقليم الدولة.

و يشترط حتى تشكل الأفعال السابقة اعتداء أن يكون الركن المادي وقع على مصنفات مشمولة بالحماية القانونية فإذا لم يكن المصنف مشمول بالحماية القانونية فإن ركن الاعتداء في جريمة التقليد لا يتوافر.

وكذلك لا يتوافر الركن المادي عند قيام الشريك في المصنف المشترك بنشر المصنف، وهذا لأنه من حق المؤلف الشريك الحق في نشر المصنف المشترك دون أخذ موافقة باقي الشركاء لأنه ساهم في تأليفه وله حق عليه، ولهذا لا يسأل عن جريمة التقليد وإنما يسأل مدنيا ليعوض باقي شركائه عما لقيهم من أضرار.

أما إذا اعتدى الناشر على المؤلف بأن قام بنشره دون أخذ موافقة كل المؤلفين أو بعضهم فإن هذا يشكل تقليد ولهذا يسأل جنائيا أمام باقي المؤلفين.

كذلك لتوافر هذا الركن وجب توافر الشروط التالية:

- أن يكون الشيء الذي تعرض للتقليد واجب الحماية بموجب القانون.
- أن يكون الحق المعتدى عليه متعلق بملك الغير.
- أن يقع اعتداء فعلي مباشر أو غير مباشر على الشيء المحمي عن طريق التقليد.

[1]/- المادة 01، من قانون العقوبات الجزائري. وأحكام المادة 151 من الأمر 05/03. وأنظر **الدكتور لحسن .بوسقيعة**، المنازعات الجمركية، تصنيف الجرائم ومعاينتها، المتابعة والجزاء، دار النخلة للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية. 2007، ص 180

3/-الركن المعنوي: " القصد الجنائي"

إلى جانب توافر ركن الاعتداء على المصنف المشمول بالحماية لابد أن يكون المقلد قد ارتكب فعل الاعتداء على المصنف وهو عالم بذلك بالإضافة إلى اتجاه إرادته إليه أي توافر عنصري الركن المعنوي من علم وإرادة.

ولقد اشترط بعض الفقه إلى جانب توافر القصد العام، توافر القصد الخاص أي سوء النية، ويقع على المعتدي عبء إثبات حسن النية، ومجرد ارتكاب المعتدي لصورة من صور الاعتداء فهذا دليل على سوء النية[1].

وأخيرا نقول أنه إذا توافرت هذه الأركان الثلاثة كنا بصدد جنحة التقليد وهنا وجب توقيع العقاب على الفاعل كما أقر الأمر 03-05.

ثانيا: العقوبة المقررة لجريمة التقليد

هناك نوعان من العقوبات يسلط على من قام بالتقليد هي:

- عقوبات أصلية.
- عقوبات تكميلية.

1/-: العقوبات الأصلية:

إن أخطر عقاب قد يمس بالفرد هو السالب للحرية "الحبس" وهو المسلط في هذا النوع من الجرائم والتي تدخل في إطار الجنح، لأنها غير خطيرة لدرجة إدراجها في خانة الجنايات، وهذا حسب المادة 05 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم .

ولقد ألغى المشرع الجزائري المواد المتعلقة بتجريم الاعتداءات الواردة في مجال الملكية الفكرية ضمن قانون العقوبات صراحة في الأمر 03-05 الذي قام بإلغاء القوانين المخالفة له. ولقد أعطى

[1]/- **أنظر بن دريس حليمة**، الحماية القانونية للملكية الفكرية، المذكرة السابقة، ص 163 **وأنظر الدكتور يوسف أحمد النوافلة**، المرجع السابق، ص.178-179.

لمشرع لهذه الجريمة وصف جنحة التقليد وعاقب مرتكبها من 6 أشهر إلى 03 نوات وبغرامة مالية من 500.000 دج إلى مليون دينار جزائري سواء تمت عملية النشر في الجزائر أو خارجها.[1]

وحسب هذا فالمشرع شدد العقاب لأنه ضم العقوبة السالبة للحرية ومع الغرامة المالية. أما في حالة العود فالمشرع شدد العقاب بأن ضاعفه وأعطى للجهة القضائية المختصة تقرير الغلق المؤقت لمدة لا تتعدى ستة أشهر للمؤسسة التي قام المقلد باستغلالها أو من شاركه أو تقرير الغلق النهائي عند الاقتضاء.

وهذا ما نصت عليه المادة 156 من الأمر 03-05 وكذا يعد شري كل من شارك بعمله أو بالوسائل التي يحوزها للمساس بحقوق المؤلف. وهذا ما نصت عليه المادة 154 من الأمر نفسه وبهذا نقول أن الشريك أخذ وصف الفاعل الأصلي وبهذا أخذ حكمه وعوقب بنفس عقوبته. وهذا لأن الشراكة تقتضي اقتسام الفعل الإجرامي وبهذا يتساوى الطرفين في الضرر الملحق بالمجني عليه "المؤلف" وهنا كان لزاما التساوي في العقاب.

و على سبيل المقارنة نجد أن المشرع الأردني قد عاقب على جنحة التقليد بعقوبات تتراوح بين الحبس والغرامة أو إحداهما ومدة الحبس تكون من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات والغرامة من ألف دينار إلى ثلاثة آلاف دينار.[2]

ولقد نصت اتفاقية "تربيس" من جهتها على التزام البلدان الأعضاء بفرض تطبيق الإجراءات والعقوبات الجنائية على الأقل في حالات التقليد المتعمد أو انتحال حقوق المؤلف وتشمل الجزاءات التي يمكن فرضها الحبس أو الغرامات المالية بما يردع.[3]

---

[1]/- المادة 153، أمر رقم 03-05 وأنظر لأكثر تفصيل **الدكتور عبد .الله سليمان**، شرح قانون العقوبات الجزائري الجزء الأول، طبعة2، ديوان المطبوعات الجامعية،1995، ص231.

[2]/- **الدكتور عبد .الله سليمان**، شرح قانون العقوبات الجزائري الجزء الأول، المرجع السابق، ص241 وأنظر عل سبيل المقارنة **الدكتور يوسف أحمد النوافلة**، المرجع السابق، ص.180.

[3]/- **الدكتور محمد أبو بكر**، المبادئ الأولية لحقوق المؤلف والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2005، ص.287.

أما المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة 47 وتعديلاتها بالقانون رقم 38 لسنة 1992 عقوبة الحبس من 24 ساعة إلى ثلاث سنوات والغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين.[1] ومنه نقول أن المشرع أعطى صلاحيات أوسع للقاضي ليطبق إحدى العقوبتين أوله الجمع بينهما حسب ظروف الدعوى وظروف ارتكاب الجريمة.

نظرا لأهمية الملكية الفكرية بالنسبة للأفراد كونها مرتبطة بالقدرات الذهنية اللصيقة بالفرد، وبالأخص حقوق المؤلف التي سعت الدول لحمايتها بكل الطرق والوسائل لتوفر الأمن لأصحابها وبالتالي زيادة الإبداع، فأقرت بهذا عقوبات وجزاءات جنائية تأرجحت بين الحبس والغرامات المالية لتوقف المعتدين.

2/-: العقوبات التكميلية:

لقد نص قانون العقوبات الجزائري التي تضمنه الأمر 66-156 في المادة 09 ومنه على العقوبات التكميلية، ولقد ترك الأمر 03-05 الأمر و لم يعرف به إذ تطبق القواعد العامة، وعموما هذه العقوبات تتمثل في: الأمر بإغلاق المؤسسة التي يستعملها مرتكب التقليد أو شركائه إغلاق مؤقت أو نهائي. ويكون في حالة عودة الشخص لارتكاب نفس الفعل الذي عوقب عليه.

وعلى العموم تبقى هذه العقوبات خاضع لتقدير القاضي فقد تتراوح بين الحجز، أو المصادرة الجزئية أو الكلية للنسخ المقلدة، نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.[2]

كما يمكن للجهة القضائية المختصة:

- مصادرة المبالغ التي تساوي مبلغ الإيرادات أو أقساط الإيرادات الناتجة عن الاستغلال الغير شرعي لمصنف أو أداء محمي.

---

[1]/- **أنظر في هذا الدكتور فتوح الشادلي والاستاذ عفيفي كامل عفيفي**، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة في الحماية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص.99.

[2]/- **الدكتور عبد .الله سليمان**، شرح قانون العقوبات الجزائري الجزء الأول، طبعة2، ديوان المطبوعات الجامعية،1995، ص242 وأنظر بن دريس حليمة، الحماية القانونية للملكية الفكرية، المذكرة السابقة، ص 173 .

- مصادرة أو إتلاف كل عتاد أنشأ خصيصا لمباشرة النشاط غير المشروع وكل النسخ المقلدة. وهذا ما تضمنته المادة 157 من الأمر 03-05.[1]

و يجوز للمحكمة بناءا على طلب من المدعي بالحق المدني. الأمر بنشر حكم الإدانة في الصحف وتعليقها في الأماكن العمومية المخصصة لهذه الأغراض، فمن الممكن تعليق الحكم على باب مسكن المحكوم عليه وكل قاعدة أو مؤسسة يملكها وكل هاذ يكون على نفقة مرتكبي الجريمة، شرط أن تتعدى هذه المصاريف الغرامة المحكوم بها كما يمكن تسليم الأدوات ولنسخ المقلدة أو المبالغ المتحصل عليها إلى المؤلف أو حلفه كتعويض لهم. وهذا ما جاء في المادتين 158 و159 من الأمر 03-05.[2]

أما بنسبة للمشرع المصري فلقد ألحق عقوبات تكميلية تدعيما للأولى تتلخص في المصادرة ونشر ملخص الحكم الصادر في الدعوى والغلق.

ولقد نصت على المصادرة الفقرة السادسة من المادة 47 من الأمر 05/03 على أنه "في جميع الأحوال تقضي المحكمة لمصادرة النسخ المقلدة والأدوات المستخدمة في التقليد..." ومحل المصادرة يكون على النسخ المقلدة والأدوات المستخدمة في التقليد دون معرفة النية الصادرة من الجاني .

أما الغلق والمنصوص عليه في نفس المادة "يجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضي بغلق المنشآت التي استغلها المقلدون أو شركائهم..." هذا ما اعتمد عليه كذلك بعض التشريع المقارن [3]

[1]/- أنظر أحكام الأمر رقم 03-05

[2]/- أنظر أحكام الأمر 03-05

[3]/- HAROUN .(A), op. cit., p. 156: « l'élément intentionnel n'est pas nécessaire à la commission du délit. Cette règle résulte du vœux même du législateur. En effet, lorsque le législateur conditionne l'existence du délit par la preuve de la mauvaise foi, il le dit expressément ».

وقد نصت اتفاقية تريبس في نفس السياق على أنه: "تشمل الجزاءات التي يمكن فرضها أيضا حجز سلع المخالفة أو أية مواد ومعدات تستخدم بصورة رئيسية في ارتكاب الجرم، ومصادرتها، وإتلافها..."[1]

وبالرجوع للمشرع الجزائري نجده أيضا نص على نشر الحكم في الجرائد، وتعليقه في أماكن يبينها على نفقة المحكوم عليه حسب ما جاء في المادة 18 (من قانون العقوبات وهذا ما يتوافق مع المواد 158 و159 من الأمر رقم 03-05 ولقد بين المشرع الجزائري أنه يتعين على مالك الحقوق المحمية أو من يمثله أن يقدم شكوى من أجل أن يعاقب على أفعال الاعتداء الماسة بحقوق المؤلف وهذا ما نصت عليه المادة 160 من الأمر 03-05.

ويعتبر الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة حامي حقوق المؤلف وله في هذا المجال صلاحية المتابعة القضائية للاعتداءات ويكلف بحماية المصالح المعنوية والمادية للمؤلفين وأصحاب الحقوق المجاورة غير المنظمين إليه حسب ما هو وارد في المادة 05 من الملحق ضمن المرسوم رقم 05-356.[2]

وعلى العموم يحكم إجراءات التقاضي فيم لم يرد بخصوصه نص خاص قانون الإجراءات الجزائية، فتنقضي الدعوى الجنائية بمرور ثلاث سنوات من تاريخ وقوع الاعتداء[3].

وعموما ترفع الدعوى من الإدعاء العام أو من طرف مدير مكتب الحماية أو بناءا على الفريق المعتدى عليه، وتعتبر محكمة محل وقوع الاعتداء هي المحكمة المختصة للفصل في نزاعات حقوق المؤلف، وهناك دول تجعل الاختصاص لمحكمة محل إقامة المدعى عليه.[4]

---

[1]/- **محمد أبو بكر**، المرجع السابق، ص.288.

[2]/- مرسوم تنفيذي رقم 05-356 مؤرخ في 21 سبتمبر 2005 يتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وسيره، جريدة رسمية عدد 65، سنة 2007، ص.23.

[3]/- **بن دريس حليمة**، المذكرة السابقة، ص 178

[4]/- **الدكتور أمجد عبد الفتاح أحمد حسين**، المرجع السابق، ص.322.

ثانيا :الجرائم الأخرى الواقعة على حقوق المؤلف

من الطبيعي أن لا يقتصر الوصف الجنائي للاعتداءات على جنحة التقليد كما سبق التطرق له. فرغم أهميتها وصلتها الوثيقة بالاعتداء على هذا النوع من الحقوق، توجد جرائم مرتبطة بها، أما صور الاعتداء على حقوق المؤلف فهي متعددة، ويمكن اللجوء للأوصاف الموجودة في قانون العقوبات أو القوانين الأخرى.

ومنه سنقيم هذا المطلب إلى:

- الفرع الأول: الجرائم الملحقة بجرائم التقليد.
- الفرع الثاني: الجرائم الممتدة من القوانين ذات الصلة بحقوق المؤلف.

الفرع الأول: الجرائم الملحقة بجريمة التقليد

أن الاعتداءات على حقوق المؤلف عديدة قد تكون بطريقة مباشرة كما سبق ذكره، او عن طريق الاعتداء الغير مباشر فلا يمثل الاعتداء جنحة تقليد إلا أن مجرد عرض النسخ المقلدة أو تأجيرها يعتبر اعتداء بطريق غير مباشر. وعموما هذه الجرائم تتمثل في:

أولا: جريمة بيع أو تأجير أو تداول المصنفات المقلدة:

ويتمثل ذلك في واقعة بيع المصنفات أو المنتجات المقلدة حسب المادة 151 من الأمر 03-05.[1]

سواء حقق البائع أرباحا من هذا البيع أم لا، أو تم البيع بسعر أقل من الحقيقي، ولا أهمية إن كان البيع حصل مرة واحدة أو تكرر.[2]

[1]/- الأمر رقم 03-05، المذكور سابقا، ص.21.

[2]/- **زواني نادية**، الاعتداء على حق الملكية الفكرية التقليد والقرصنة، مذكرة السابق، ص.103.

فإذا وقع اعتداء على مصنف محمي دون إذن مسبق من المؤلف تتحقق الجريمة بمجرد قيام المعتدي ببيع المصنف المقلد ولو أنه ليس من قام بالتقليد.

ويعتبر كل من ساهم في نشر المصنفات المقلدة مرتكب لفعل مجرم ويشمل التجريم من يقوم ببيع المصنفات المقلدة مع علمه بذلك يعتبر مرتكب للاعتداء على حق المؤلف.

ويعتبر مجرد عرض المصنف على الجمهور مكون لفعل الاعتداء، إذ يعد شروع بالبيع، والعرض هنا يأخذ حكم البيع، وكلاهما اعتداء على المصنف والأصل في العرض أن يكون أمام الجمهور حتى تتحقق المحكمة من التجريم، وقد يكفي العرض الخاص لقيام الجريمة.[1]

ومثال هذا أن يعرض المعتدي شريط مقلد على شخص يهتم به، فيعتبر قد عرضه والشخص مساهم في عملية الاعتداء على حقوق المؤلف ومرتكب لجريمة تستوجب العقاب.

ثانيا: جريمة تصدير المصنفات المقلدة واستيرادها:

ينص المشرع الجزائري على أنه يعد مرتكب لجنحة التقليد لجنحة التقليد كل من استورد أو صدر نسخا مقلدة من مصنف أو أداء. حسب ما جاء في المادة 151 الفقرة 03 من الأمر 03-05.[2]

والاستيراد هو جلب شيء مقلد من الخارج لغرض الاتجار به ويشترط في هذا الأمر علم المستورد بتقليد الشيء. أما التصدير هو نقل شيء تم تقليده إلى الخارج قصد بيعه والاتجار به فكل منهما معاكس للآخر داخل أو خارج الوطن.

وبالتالي يعتبر فعل استيراد البضائع وتصديرها خارج المكاتب الجمركية الصورة المثلة للتهريب، وقد يأخذ هذا الفعل صور أخرى، كعدم إحضار البضائع المستوردة أو المصدرة إلى المكاتب

[1]/- **الدكتور أمجد عبد الفتاح أحمد حسين**، المرجع السابق، ص.325.

[2]/- أنظر الأمر رقم 03-05 .

الجمركية، أو تفريغ أو شحن البضائع عن طريق الغش، والإنقاص من البضائع الموضوعة تحت نظام من نظم الإيقاف الجمركي لا سيم نظام العبور.[1]

ثالثا: رفض دفع المكافأة المستحقة للمؤلف:

اعتبر المشرع الجزائري أنه يأخذ وصف المقلد وتطبق عليه نفس العقوبة من يرفض عمدا دفع المكافأة المستحقة بمقتضى الحقوق المقررة للمؤلف، وفي هذا ضمانة إضافية وقوية لأصحاب المصنفات، فالمشرع من جهته لم يقتصر الحماية على الشق المدني عن طريق التعويض بل تدخل جزائيا وينص خاص في قانون حقوق المؤلف.

من ما سبق يبدوا أن المشرع الجزائري حاول إلحاق مجموعة الاعتداءات المذكورة على حق المؤلف بأن ضمها لجنحة التقليد وهذا ما ذكر في المادة 151 من الأمر 03-05 وهذا رغبة منه في مد أوصاف جريمة التقليد.

ولقد عاقب المشرع الجزائري على ما تم ذكره من الجرائم بنفس عقوبة جريمة التقليد وهي الحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات ولغرامة من 500 ألف دينار إلى مليون دينار حسب المادة 153 من الأمر 03-05.[2]

ورغم تطرق الأمر 03-05 إلى هذه الجرائم الملحقة بجريمة التقليد إلا أنه لم يتطرق إلى حالة العود، ومنه نطبق ما أقره المشرع في التشديد عن جنحة التقليد ونفس الأمر بالنسبة لمن شارك في الاعتداء.

أما البعض فقد اعترض على وصف من قام بعرض المصنف المقلد للبيع أو تأجيره أو تصديره أو استيراده بأنه مرتكب لجريمة التقليد، وفي الحقيقة هذه الأفعال لا تشكل جريمة تقليد فقد تكون المتاجرة بمسائل غير مشروعة، أو أنها جرائم مترتبة على جريمة التقليد.[3]

---

[1]/- **الدكتور زواني نادية**، المرجع السابق، ص.104.

[2]/- أنظر الأمر رقم 03-05 .

[3]/- **الدكتور أمجد عبد الفتاح أحمد حسين**، المرجع السابق، ص.327.

الفرع الثاني: النسخة الخاصة تخرج عن أفعال التقليد

اعتبر المشرع الجزائري بعض أفعال النسخ مباحة ولا تأخذ حكم التقليد ولا ترتب المسؤولية الجنائية عن فاعلها، وهذه الأفعال تعتبر استثناءات قد أملتها بصفة عامة المصلحة العامة للمجتمع في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري، كما لا تلحق هذه الاستثناءات أضرارا بأصحاب الحقوق وذلك بسبب عدم تحقق أي أرباح من ورائها حيث لا يتم الحصول على أي مقابل نظير هذا الاستعمال، وإذا ما حصل ضرر فإنه يكون يسيرا.

هذا وقد يكون الاستثناء منصوصا عليه لحالات خاصة مثل الاستعمال داخل الإطار العائلي وذلك لانتفاء الضرر الواقع على صاحب المصنف لحدودية الاستخدام.

فأخذت أغلب التشريعات المقارنة بهذا المبدأ بالنص على وجود استثناءات لفعل إعادة النسخ المجرم وحذا المشرع الجزائري حذو أغلب التشريعات في النص على هذه الاستثناءات في أحكام الأمر 03/ 05 ونص عليها المشرع الفرنسي في ضمن قانون حماية الملكية الفكرية ضمن أحكام المادة 05/122 .[1]

هنا ينبغي أولا التفريق بين الاستعمال الشخصي والاستعمال الخاص، فالاستعمال الشخصي يهدف إلى الاستفادة الشخصية من المصنف وموجه لأغراض شخصية كالدراسة أو البحث أو الترفيه ...الخ، أما الاستعمال الخاص للمصنف فينصرف إلى أداء هذا المصنف في اجتماعات داخل إطار عائلي، أو داخل مؤسسة تعليمية مادام يتم ذلك دون تحصيل مقابل مالي، فهو يختلف عن الاستعمال الشخصي في كون أنه يتم استغلال المصنف ليس لأغراض شخصية بحتة كما سبق وإنما لأغراض مشتركة بين جماعة معينة من الأشخاص كأفراد العائلة أو طلاب في مؤسسة تعليمية تكوينية، فهنا الاستثناء يتجاوز المستخدم الفرد إلى الإطار العائلي أو الطلابي بغرض البحث، إلا أنهما يتفقان في حظر نقل النسخ المستنسخة للاستعمال الشخصي أو الخاص إلى عامة الجمهور، فان الاستعمال الشخصي أو العائلي هي مفاهيم يجب تفسيرها بصورة ضيقة ولا يجوز التوسع في مضمونها، حيث أن التطور التقني الهائل سهل من عملية الاستنساخ بصورة كبيرة، مما ترتب عليه كثرة تداول النسخ في

[1]/- أنظر أحكام المادة 05/122 من الأمر 03-05

دائرة الاستعمال الخاص، فنتج عنه قلة الإقدام على شراء النسخ الأصلية، والاكتفاء بما يقومون به من استنساخ للأشرطة الأصلية، والأسطوانات وغيرها من الدعامات الإلكترونية، وهذا سبب أضرارا بأصحاب الحقوق من المؤلفين والمنتجين وقناني الأداء.

وقد أدرج المشرع الجزائري في المادة 44 من الأمر 05/03 استثناء يتعلق بعرض المصنف داخل دائرة الأسرة، وهي توافق المادة 05/122 من قانون الملكية الفرنسي، والمشرع الجزائري قد نص على هذه الحالة لأن دائرة الأسرة ضيقة ولا يلحق الضرر بصاحب المؤلف.

ويلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري لم يشر إلى حالة استخدام برامج في مكان العمل في الشركات مثلا لأن الاستثناءات الواردة على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، ونلاحظ أن المشرع اللبناني[1] على سبيل المقارنة قد وقف موقفا محددا بشأن هذه النقطة بالإشارة إلى أن استعمال البرامج في أماكن العمل لا يعتبر من الاستثناءات المباحة إذا لم يكن دون موافقة صاحب البرنامج ونحن نرى ضرورة تدخل المشرع لتحديد موقفه في هذه النقطة خاصة في ظل انتشار عمليات تبادل أسرار المهنة بين الشركات المتنافسة .

أولا: النسخ للاستعمال الشخصي دون إذن المؤلف:

تنص القوانين المقارنة [2]في مجال حق المؤلف على أن إذا ما أقدم أي شخص بعمل نسخة واحدة من مصنف تم نشره .وذلك لاستعماله الشخصي فلا يجوز للمؤلف أن يمنعه من ذلك وفي هذا يرى المشرع الجزائري أن الشخص الذي استنسخ نسخة لنفسه ولاستعماله الشخصي لا يعتدي على حق النشر الثابت للمؤلف فهو لا يقصد نشر النسخة إلى نقلها إلى الجمهور وإنما قصد أن يقصر هذه النسخة على استعماله الشخصي، وهو بعمله هذا لم يضيع على المؤلف أو الناشر إلا ثمن نسخة

[1]/- **الدكتور نعيم مغبغب**، حماية برامج الكمبيوتر، مرجع سابق، ص121 و أنظر **الدكتور عبد القادر القهوجي**، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، .طبعة1، الإسكندرية مصر، 1999، ص 48

[2]/- **الدكتور نائلة عادل محمد فريد**، جرائم الحاسب الاقتصادية ودراسة نظرية وتطبيقية، المرجع السابق، ص .98و أنظر في نفس الصدد **الدكتور يونس عرب**، جرائم الكمبيوتر والانترنت، المرجع السابق، ص 23 انظر كذلك **الدكتور عمرو عيسى القي**، الجرائم المعلوماتية، جرائم الحاسب الآلي والانترنت في مصر والدول العربية، المرجع السابق، ص .96

واحدة وهذه خسارة هينة إذا ما قورنت بما للمجتمع من حق في تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشري فلا تحول دون بلوغ هذه الغاية حقوق مطلقة للمؤلفين ذلك لأن الأجيال الإنسانية المتعاقبة تساهم عادة بما تخلفه من أثر في تكوين المؤلفات.

ولقد ثار النقاش حول مدى ملائمة امتداد هذا الاستثناء في مجال قواعد البيانات والإنترنت. فإذا كانت شبكة الإنترنت تسمح بأن يوضع تحت تصرف الكافة الاستخدام الجماعي للمعلومات المخزنة لدى الشبكة، فإن التساؤل يثور حول ما إذا كان من شأن ذلك الخروج عن نطاق الاستثناء الخاص بعمل نسخة واحدة بل وهل من الملائم أصلا إعمال هذا الاستثناء في مجال الإنترنت؟

ينتقد البعض[1] إعمال هذا الاستثناء من حيث المبدأ في مجال الإنترنت فالنسخة التي تتم تكون في نفس دقة ونوعية الأصل، كما أن الاستنساخ لا يتم على دعامة مادية، كما أن سهولة عمل نسخة وإمكانية تحميل المعلومات لدى المستخدمين من شأنه اتساع النسخ على أوسع نطاق مما يهدد حق المؤلف، ويضاف لذلك أن التفرقة بين النشر العام والخاص أصبحت مهددة غير واضحة المعالم، فعن طريق البريد الإلكتروني وإمكانية الإرسال الفوري لقوائم تضم أكثر من مستخدم يتسع النشر، ولو لم يعتبر نسخا محظورا لانحسر إلى مدى ضيق التقليد على حساب مصلحة المؤلف، بل ويعتبر البعض أن هذا الاستثناء يتعارض مع المادة 13 من اتفاقية تريبس التي تسمح بالاستغلال العادي للمصنفات، كون هذا الاستغلال يخرج عن نطاق الاستغلال العادي.

وبناء عليه لا يمكن الادعاء من الاستفادة باستثناء الاستعمال الشخصي، أو في دائرة عائلية محدودة، فلا يجب إغفال أن الموقع يوجه إلى جمهور غير محدد.

ويلاحظ ضمن أحكام قانون 801/04 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعية فيما يتعلق بمعالجة المعطيات الفرنسي [2]، أن السماح للغير بالدخول على المواقع الخاصة واحتمال الحصول على نسخ،

[1]/- **الدكتور فاروق علي الحفناوي**، نفس المرجع، ص 288 وأنظر في نفس الصدد **شارل بيرتيه وفلاديمير موركوف** ترجمة **الدكتور كمال الخولي**، علم الكمبيوتر والإدارة، المرجع السابق، ص 99

[2] /- Patrick CATALA, op.cit ; p145. =

ومن حيث أن شبكة الإنترنت تشجع الاستخدام الجماعي، فإنه من غير المنتج الدفع بأن من اتخذ موقعا لم يقم بأي عمل إيجابي في الإرسال، بل أن السماح بالحصول على نسخ يتوافر ضمنيا من حق الدخول على الصفحات أو المواقع الخاصة مما مؤداه أن الحصول على النسخ يتم دون موافقة المؤلف وينطوي على استخدام جماعي مما يخرجه عن نطاق الاستعمال الشخص وهذا الأمر يحدده بصورة غير مباشرة قانون العقوبات الفرنسي.

وفي مجال قواعد البيانات وبرامج الحاسب الآلي فإن المادة 5/122 [1] من قانون الملكية الأدبية الفرنسي قد نصت على أن الاستثناء الخاص باستنساخ نسخة واحدة للاستعمال الشخصي لا يسري على نسخ قواعد البيانات الإلكترونية، وبرامج الحاسب الآلي، بمعنى أنه يجوز عمل نسخة واحدة من هذه المصنفات إلا بإذن المؤلف، لكن يجوز لمن له حق استعمال البرنامج أن يعمل لنفسه نسخة للحفظ إذا كانت ضرورية لاستخدام البرنامج .

وبهذا الشأن نصت المادة 52 من الآمر 05/03 [2]بأنه: يعد عملا مشروعا بدون ترخيص من المؤلف أو من أي مالك أخر للحقوق قيام المالك الشرعي لبرامج الحاسوب باستنساخ نسخة واحدة من هذا البرنامج أو اقتباسه شريطة أن يكون هذا النسخ أو الاقتباس ضروري لما يأتي:

=Voir La loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

Voir Art. 121-3 C. pén. fr. « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. »

[1]/- Voir Art 122/05 CPI « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire:

A- Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille.

B- Les copies ou reproductions réalisées à partir d'une source licite et strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des ouvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique.

[2]/- أنظر أحكام المادة 52 من الأمر 05/03

-استعمال برنامج الحاسوب للغرض الذي اكتسب من أجله ووفقا للشروط التي كانت قائمة وقت اكتسابه.

-تعويض نسخة مشروعة الحيازة من برنامج الحاسوب لعرض التوثيق في حالة ضياعه أو تلفه أو عدم صلاحيته للاستعمال.

وفي مواجهة ذلك الاتجاه، ومن حيث المبدأ يذهب اتجاه آخر إلى أنه لا يمكن المساس بحق استنساخ نسخة للاستعمال الشخصي فقد أصبح حقا غير قابل للمساس به، باعتباره من الحقوق الأساسية للجمهور أو للمستخدمين، وينطبق الاستثناء كذلك على مواقع web المرخصة .

المصنفات المحمية فإنه يمكن النسخ والاقتباس منه للاستعمال الشخصي متى كانت زيارة الموقع محمية بقيود أو ضوابط أو شفرة أو كلمة السر.

ويذهب البعض[1] إلى القول بالتوفيق بين المصالح المتعارضة حيث يمكن فرض مقابل أو تعويض للمؤلفين عما أصابهم من أضرار، وفي هذا الاتجاه فرض المشرع الفرنسي مبلغا على ثمن شراء بعض دعامات النسخ مثل الفيديو، ويفرض هذا المبلغ على المنتج أو المستورد، وتوزع الحصيلة على الفنانين ومنتجتي الأسطوانات وشرائط الفيديو، وقام المشرع الجزائري بفرض الإتاوات على النسخة الخاصة لمن يقو مون بعمليات الاستيراد والبيع للدعامات المادية للتسجيلات السمعية والسمعية البصرية.

يمكن القول أنه من حيث المبدأ، فإن النسخ للاستخدام الشخصي يظل قائما في مجال الإنترنت وإ نما المشكلة تثور حول توافر النسخة للاستعمال الشخصي أم أننا بصدد استخدام جماعي ؟

[1]/- **الدكتور محمد حسين منصور**، المسئولية الالكترونية، المرجع السابق، ص211 وانظر **الدكتور حسين بن سعيد الغافري**، الانترنت ودورها في قرصنة برامج الحاسوب الآلي، المرجع السابق، ص 38 وأنظر الدكتور **عبد الفتاح محمود كيلاني**، المسئولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 189

ونعتقد حسب رأينا أن الأمر يتعلق بشيئين اثنين:

1- إذا كان الموقع الذي ينشر هذه المصنفات مفتوحا لجميع المستخدمين، ولا يتوقف الدخول عليه عن طريق كلمة المرور، فإن النسخ هنا يعد بنوعيه سواء للاستخدام الشخصي أم الجماعي مباحا، أما إذا كان الموقع مزودا بكلمة مرور ولا يمكن الدخول إليه إلا إذا كان المستخدم مشتركا فيه، فهنا يمكن ضمان تحقيق النسخ للاستخدام الشخصي، لأننا ضمنا أن عدد المستخدمين لا يمكن أن يؤثر على الاستعمال الشخصي للمصنف عند الاستنساخ.

2- إذا كان النسخ لا يتعدى نسخة واحدة فإن القانون لا يعاقب على التقليد في نسخة واحدة، أما إذا قام مستخدم الموقع بنسخ محتوياته في أقراص ونشرها للجمهور بغرض الربح فهنا ينطبق عليه وصف التقليد

ثانيا: إعادة نسخ المقتبسات والمختصرات الموجزة دون إذن المؤلف:

يعتبر أخذ الاقتباسات من المؤلف[1] دون إذنه استثناء متفقا عليه في جميع التشريعات المقارنة فهذا الاقتباس الذي يمثل أخذ جزئيات غير هامة من المصنف بحيث تكون قليلة الجدوى لا تصل إلى أن تشكل اعتداء على حق المؤلف فهل هذا الاستثناء ينطبق على المصنفات الرقمية باستخدام شبكة الانترنت ؟

إن وضع مختصرات لكتاب موجز لا تغني عن قراءة الأصل بل هي تحفز لقراءته وتروج للمصنف ولقد أثيرت مسألة نشر المختصرات عن المصنفات والكتب والروايات ودواوين الشعر في مجال الإنترنت بمناسبة نشر أجزاء من أشعار أحد الشعراء حيث اعتبر نشر المصنف الرقمي في هذه الحالة متجاوزا لمجرد نشر مختصرات أو مقتطفات وكذلك لا يجوز أن يعرض في موقع من مواقع الإنترنت المصنفات الفنية دون رضي الفنان، لأنه يعتبر نسخ غير مشروع.

[1]/- وأنظر في هذا **الدكتور جمال عبد الله**، الحماية القانونية للبرمجيات وقواعد البيانات، المرجع السابق، ص 35 .و أنظر **الدكتور محمد حماد مرهج الهيتي**، نطاق الحماية الجنائية للمصنفات الرقمية، المرجع السابق، ص 374 وأنظر كذلك **الدكتور عبد الرحمان خليفي**، الحماية الجزائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المرجع السابق، ص 56 .

وفي مجال قواعد البيانات[1] إذا كانت تلك القواعد مستمدة من بعض ما نشر في إحدى الصحف دون أي إضافة لا يعتبر نشرها مساسا بحق المؤلف إذا كان ما نشر لا يغني عن ضرورة الاطلاع على المصنف الأصلي، وطبقا للقواعد العامة لا يسري هذا الاستثناء إلا على المصنفات الأدبية دون المصنفات الفنية الموسيقية.

الفرع الثالث: الجرائم المستمدة من القوانين ذات الصلة بحقوق المؤلف

بما أن الوصف القانوني للجرائم المتعلقة بحقوق المؤلف والذي اعتمدته غالبية التشريعات ومنها التشريع الجزائري هو جريمة التقليد، وهذا ما يمنع من البحث في الجرائم التقليدية للنظر في مدى انطباقها على الاعتداءات المتعلقة بحقوق المؤلف.

أولا: الجرائم المستمدة من قانون العقوبات:

تتعدد الأوصاف القانونية التي من الممكن أن تنطبق على الاعتداءات على حقوق المؤلف، ومن هذه الأوصاف:

أ- جريمة القذف:

القذف هو كل ادعاء بواقعة تمس شرف الأشخاص واعتبارهم، وقد يكون القذف من خلال الكلمات أو الكتابة أو أي وسيلة تؤدي نفس المعني، ولابد أن تكون الواقعة التي تم الادعاء بها غير صحيحة حتى تقع الجريمة، فلو ادعى أحد الأشخاص أن المؤلف قد سرق مصنفه وبدأ يطلق الإشاعات بأن مصنف المؤلف هو ملك له، عندها قد تقوم جريمة القذف.

[1]/- أنظر على سبيل المقارنة أحكام المادة 54 من القانون 2002/82 المتعلق بحماية الملكية الفكرية المصري وأنظر لأكثر تحليل **الدكتور محمد عطية الرزازي**، الحماية القانونية لقواعد البيانات في القانون المصري والتشريعات المقارنة، المرجع السابق، ص 40

ب- **جريمة السرقة:**

إن جريمة السرقة هي اختلاس أموال غير مملوكة للسارق، وقد حدد لها المشرع عقوبة الحبس من 01 سنة إلى 05 سنوات وبالغرامة، وقد شدد المشرع عقوبة السرقة عندما يتوفر الظرف المشدد الذي يتعلق بظرف الليل أو تعدد الجناة فتصبح العقوبة السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة.[1]

فالسرقة تمس الجانب المالي للمصنف أي الاعتداء على حقوق المؤلف المالية "كالتعدي على نسخ المصنف". وبالنسبة للاعتداء على الجانب المعنوي للمؤلف فلا يمكن أو يوصف بالسرقة لانعدام الطابع المالي له.

كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن سرقة المعلومات هي سرقة خاصة، كما في حالة طرح المستندات عن طريق النسخ، ومن الأفضل أن تمتد هذه الجريمة إلى سرقة برامج الكمبيوتر سواء تعلق الأمر بالدعائم أو الوسائط المحمل عليها البرامج أو تمت سرقة البرامج في حد ذاتها، وهذا من أجل منع القرصنة.[2]

ج-**جريمة النصب:**

تقوم هذه الجريمة عندما يقوم الجاني باستلام أموال أو منقولات بطريق الاحتيال لسلب كل ثروة الغير، وتتعدد الطرق الاحتيالية، فقد يستعمل الجاني أسماء كاذبة أو صفات للتضليل إذا استولى على أموال الغير بهذه الطرق الاحتيالية فتنشأ جريمة التنصيب.

كما قد يقوم الجاني بإيهام المؤلفين بأنه مدير شركة نشر أو أنه سيقوم بالنشر من أجل أن يستولي على مصنفاتهم وأعمالهم لنسخها أو نشرها، فتقوم في هذه الحالة جريمة النصب لأنه استعمل صورا احتيالية لجعل المؤلف يصدقه ويسلمه مصنفه.

---

[1]/- أنظر أحكام قانون العقوبات الجزائري وأنظر لأكثر تحليل **الدكتور عبد الله سليمان**، المرجع السابق، ص 150

[2]/- **الدكتور جمال محمود الكردي**، المرجع السابق، ص.69.

د- خيانة الأمانة:

يعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة كل من اختلس أو بدد بسوء نية أموال الغير سواء كانت نقودا أو بضائع أو أرقاما تجارية أو سندات، ويشترط أن تكون هذه الأموال قد سلمت من مالكها إلى الغير على أساس عقد من العقود التي حددها المشرع.[1]

فإذا ما قام الشخص بالاعتداء على حقوق المؤلف بعد أن جمعه بالمؤلف عقد نسخ أو نشر أو عقد وديعة، ثم أتلف هذا المصنف أو تصرف فيه قد ارتكب جريمة خيانة الأمانة.

ورفض البعض الاعتراف بتطبيق جريمتي النصب وخيانة الأمانة على الاعتداءات التي تقع على حق المؤلف، لأن كلا الجريمتين توصفان أنهما من الجرائم المتعلقة بالحقوق المالية دون الحقوق المعنوية.

لا يمنع أن نتصور قيام الناشر أحد الأشخاص المعنوية باستعمال وسائل تضليلية لإيهام المؤلف من أجل الإطلاع على مصنفه ثم يقومون بنسخه، فتتشكل لدينا جريمة النصب خاصة بعد توفر القصد الجنائي العام.

إضافة إلى جريمة النصب تفرض أن الجاني يرتكب أفعالا تدليسية خادعة، وهذا الأمر لا ينطبق على صور الاعتداءات إلى أن جريمة النصب تفترض أن الجاني يرتكب أفعالا تدليسية خادعة، وهذا الأمر لا ينطبق على صور الاعتداءات التي تقع على حقوق المؤلف، إذ أن الوسائل الاحتيالية تقع على الغير، وليس على المؤلف.

ه- جريمة السب:

هو كل تعبير مشين ومحقر للأشخاص، فقد يقوم أحد الأشخاص باستغلال عمله في أحد المجالات من أجل إتهام المؤلف بتهم غير أخلاقية، او قد يوجه المؤلف في كتاباته أو رسومه أو

[1]/- أنظر أحكام قانون العقوبات الجزائري وأنظر لأكثر تحليل **الدكتور عبد الله سليمان**، المرجع السابق، ص 150

مخطوطاته تعبيرات مشينة للغير، خاصة إذا ما كان هذا الغير مؤلف كذلك، فلا مانع من قيام جريمة السب في مثل هذه الأحوال، وتكون العقوبة الحبس من 05 أيام إلى 03 أشهر مع الغرامة.[1]

وهناك من اعتبر أنه لا يمكن وصف الاعتداء على حق المؤلف بأنه قذف أو سب بسبب اختلاف الجريمتين عن صور الاعتداء على حق المؤلف، إذ أن المعتدي على حق المؤلف لا يهدف للنيل من سمعة المؤلف، وليس شرطا لتوفر الركن المعنوي لجريمة التقليد توفر القصد الجنائي الخاص للجاني.

ثانيا: الجرائم المستمدة من القوانين الأخرى:

توجد قوانين أخرى غير قانون حقوق المؤلف أو قانون العقوبات تعاقب المعتدين على حقوق المؤلف من ذلك أن المصنفات الأدبية والفنية تخضع للرقابة من أجل حماية الأمن العام والنظام العام من الإساءة إليه، كحرية الفكر والإبداع يجب أن تكون مقيدة بقيم دينية وأخلاقية إضافة إلى المعايير السياسية التي تفرضها الدول على أنظمتها.

كما ألزم القانون الجزائري إيداع المصنفات ورتب على عدم القيام بهذا الالتزام العقوبة الجنائية والمتمثلة في الغرامة المالية من ثلاثين ألف دينار جزائري إلى خمسمائة ألف دينار حسب طبيعة الوثائق موضوع الإيداع وقيمتها، فإذا كانت الوثائق ذات أهمية وقيمة مالية كبيرة فالواجب الإسراع في إيداعها خوفا من كل إشكال محتمل، ويمكن أن تصل العقوبة إلى حد لغرامة الأعلى، وتضاعف العقوبة في حالة العود، كما عاقب المشرع الجزائري كل من ألزمه القانون بإيداع الجرائد والمجلات لدى الهيئات المختصة، وذلك بالغرامة من 10 آلاف دينار إلى 50 ألف دينار جزائري.

ونص المشرع الجزائري في المادة 79 من قانون الإعلام الجزائري رقم 90-07 على مجموعة من العقوبات تسلط على العاملين في مجال الصحافة، حيث بين القانون أن من يتعرض للدين الإسلامي وباقي الديانات الأخرى سواء بالكتابة أو الصوت أو الرسوم أو بأي وسيلة أخرى مباشرة أو غير

[1]/- أنظر أحكام قانون العقوبات الجزائري. وأنظر لأكثر تحليل **الدكتور عبد الله سليمان**، المرجع السابق، ص 155

مباشرة، يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين 10 آلاف و50 ألف دينار جزائري.[1]

ويعاقب كل من اعتدى على حقوق المواطنين وحرياتهم عن طريق وسائل النشر والتعبير بغرامة مالية تتراوح بين 5000-10000 دينار جزائري ويوقف العنوان أو الجهاز وقفا محددا أو نهائيا مع القانون الجزائري المطابع ودور النشر مع إدخال الكتب والمؤلفات المطبوع وتوزيعها أو طباعتها في الجزائر، إذا كانت تمجد الإرهاب والجريمة العنصرية، وتمس الهوية الوطنية بأبعادها الثلاثة، والوحدة الوطنية وسلامة التراب الوطني والأخلاق والآداب العامة، والإساءة إلى الرموز الوطنية أو المقدسات، وإضافة إلى العقوبات الجزائية فإن هذه الكتب تكون محلا للحجز والإتلاف، وذلك ما ورد في نص المواد 10-12 من المرسوم التنفيذي رقم 03-278.[2]

المبحث الثاني: الحماية المدنية والجزائية لحق المستهلك على النات

مما لا شك فيه أن حماية المستهلك الرقمي في عقود التجارة الإلكترونية متى كان من المستعملين لها، جاءت لدفع كل الأخطار المحتملة الذي يتعرض لها، ولذلك تتجه تشريعات التجارة الإلكترونية إلى وضع المستهلك الرقمي في واجهة أولوياتها، والعلة في ذلك أن هذه التجارة عبارة عن تدفقات للمعلومات وتأخذ شكل تداول السلع والخدمات في شكلها الرقمي، وهذه التصرفات قد تكون بسيطة في حال ما إن كان المستهلك فردا، وهو يمثل الحلقة الضعيفة في هذه التجارة الإلكترونية في مواجهة التاجر أو المنتج القوي، كما لو تمثل في صورة شركات أو مؤسسات تجارية متعددة الجنسيات.[3]

[1]/- المادة 92 من قانون رقم 90-07، متعلق بقانون لإعلام الجزائري والمؤرخ في 03 افريل 1990 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14، سنة 1990، ص.468.

[2]/- المرسوم التنفيذي رقم 03-278 مؤرخ في 24 جمادى الثانية 1424 الموافق لـــ23 أوت سنة 2003، يحدد الإطار التنظيمي لتوزيع الكتب والمؤلفات في الجزائر .

[3]/- **الدكتور عبد الفتاح حجازي:** التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 141.

المطلب الأول: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني

الفرع الأول: أساس الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني

الحماية المدنية، هي تلك الحماية غير العقابية بهدف مساعدة المستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية على عدم الوقوع فريسة للغش والاحتيال، وحتى يعلم حقيقة التصرفات التي يباشرها ومعرفة طبيعة المتعاملين معه، كل ذلك دون اللجوء إلى الإجراءات الجزائية التي يمكن له المطالبة بها في حال وقوعه ضحية لهذا الغش أو التقليد أو الاحتيال.

ويلاحظ جانب من الفقه[1] أن الآمر ليس متعلق فقط بحماية المتعاقد عبر الانترنت وحسب، بقدر ما تكمن المشكلة في قصور حماية المتعلقة بالمستهلك في حد ذاتها وحتى قبل أن تتعلق بالمحترفين، وعدم وجود تنظيم قانوني لحماية المستهلك في حالة التعاقد عن بعد، لذلك فإن ما يطرحه التعاقد عبر الانترنت، ليس فقط حماية المتعاقد، وإنما حماية المستهلك في حالة التعاقد بهذا المنظور، والبحث بعد ذلك عن نظام قانوني يكفل له الحماية متى اضطر المستهلك للتعاقد .

ولذلك فإن تشريعات التجارة الإلكترونية المقارنة، التي صدرت تحاول جاهدة حماية المستهلك في نطاق هذه التجارة [2] وكما أن الإعلان قد يؤثر سلبا على المستهلك في التجارة الإلكترونية، فإن عدم الإعلان يكون أكثر سلبية على ذلك المستهلك والذي سوف يبتعد عن التعامل الإلكتروني لعدم معرفته بنوعية المنتج المعروض.[3]

---

[1]/- **الدكتور أسامة مجاهد**، المرجع السابق، ص.23.

[2]/- من ذلك قانون التجارة الإلكترونية في تونس عام 2000، وقانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002.

[3]/- **الدكتور هشام فتحي حسن**، وسائل حماية المستهلك الإلكتروني بين الشريعة والقانون، بحث لدى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية، المجلد الثالث، 2008، ص.1175 .

كما أن بعض فئات المستهلكين[1] قد يكون لديها مخاوف من التعامل مع شركات التجارية عن بعد أو شركات متعددة الجنسيات كما يطلق عليها.[2]

وحتى يقبل المستهلك على التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، يجب مراعاة عدم تحميله بأعباء زائدة، متمثلة في فرض ضرائب ترهق كاهله، ولهذا يرى الفقه القانوني أنه من الأفضل عدم فرض ضرائب على هذه التجارة لتشجيع المستهلكين على الانخراط فيها.[3]

في هذا المجال فان التشريع الجزائري لم يحدد نظام قانوني مستقل يحدد فيه معالم حماية المستهلك إذا ما كانت معاملاته على النات على عكس بعض التشريعات المقارنة وأقتصر فقط على القواعد العامة في الحماية

في حين وعلى السبيل المقارنة، نجد قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية في إمارة دبي جاء لتكريس ثقة المستعملين ضمن المعاملات الإلكترونية، لأن المستهلك بالطبع يتعامل في هذه التجارة من خلال الوسائط الإلكترونية له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المفهوم الكلاسيكي للمستهلك في التجارة التقليدية، مع مراعاة خصوصية هامة وهي أن عقده يتم بوسيلة إلكترونية.[4]

وحاجة المستهلك إلى الخدمات الالكترونية جعله عاجزا عن التفاعل مع المواقع التجارية عبر النات والمقصود بذلك عدم اكتراث المستهلك بالمواقع التجارية عبر شبكة الانترنت، بسبب قلة الحاجة لهذه المواقع .

و لكن مع التطور الحاصل أصبح لهذه المواقع أهمية كبيرة بالأخص أمام تبسيط العملية، بحيث أخذت تحتوي على العديد من الأشكال والأنواع وفي شتى المجالات، فحاجة المستهلك الضرورية إلى

---

[1]/- أنظر مقال بعنوان ماذا بعد انهيار شركات الانترنت في جريدة الاتحاد الإماراتية، العدد رقم 9548 في 2001/8/26.

[2]/- أنظر مقال بعنوان العرب والتجارة الإلكترونية ومخاوف الدوت كوم، جريدة الخليج الإماراتية، عدد 6888 يوم 2001/5/8.

[3]/- **الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر، مرجع سابق، ص 45

[4]/- المادة 6/3 من قانون إمارة دبي –وراجع في التعليق على هذا الموضوع **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، المرجع سابق، ص.118.

الخدمات الالكترونية تنبع من كونها توفر منتجات وخدمات ذات جودة عالية بأسعار معقولة بسبب كثرة المواقع الالكترونية ذات الصبغة التجارية، وبالتالي زيادة المنافسة بين هذه المواقع على تقديم الأفضل للمستهلك بالإضافة إلى الخدمات المتميزة لمختلف العمليات وبالأخص ما بعد البيع ومن هذا المنظور تتجسد فوارق التجارة التقليدية عن التجارة الالكترونية .

و على هذا الأساس نتطرق إلى الحماية المدنية للمستهلك قبل العلاقة التعاقدية وأثناء تنفيذ العلاقة التعاقدية

أولا: الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني قبل العلاقة التعاقدية

نتطرق في هذه الجزئية إلى مضمون حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات التجارية الالكترونية، ومن تم أهمية الإعلام الالكتروني السابق لمرحلة إبرام العقد الالكتروني

1/- حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات التجارية الالكترونية

سبق وتطرقنا في الباب الأول لمفهوم الإعلان الالكتروني غير الذي يعنينا في هذه الجزئية الإعلان الموجه للمستهلك أي العلاقة التي تجمع صاحب الإعلان أو وكالة الإعلان بالمستهلك فالرابطة تأخذ شكل التعاقد ما إن صدر ما بين الطرفيين إيجاب وقبول وتطابقا إرادتهما من أجل إنشاء اتفاق .

غير أن الفقه[1] اعتبر هذا النوع من التصرفات هو دعاية وإشهار أكثر منه اتفاق، ذلك أن الغاية من هذا التصرف هو دفع المستهلك الالكتروني إلى التعاقد وبعبارة أخرى هو دعوة من أجل التفاوض لا أكثر

وما يلاحظ بأن دور الإعلان من هذا المنظور، ما هو إلا مجموعة من الجهود التي تبدل من طرف وكالات الإعلان من أجل شد انتباه الجمهور ودفعهم إلى اقتناء السلع والخدمات المعروضة على صفحات "**الواب** "

[1]/- **الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر، مرجع سابق، ص 45 وأنظر **الدكتور أسامة مجاهد**، المرجع السابق، ص23.

و تتم عن طريق اذاع الرسائل المرئية أو المسموعة بواسطة الانترنت .

2- الطبيعة القانونية لإعلان الالكتروني

لا يمكن في أي حال من الأحوال اعتبار الإعلان الالكتروني عبر النات هو إيجاب بل الثابت من خلال كل الإعلانات الموجهة للجمهور عبر الشبكة هو مجرد استقطاب أو بعبارة أخرى دعوة من أجل التفاوض حول سلعة أو خدمة مقدمة شأنه في ذلك شأن عرض السلع أو الخدمات بمفهومها الكلاسيكي وبالأخص إذا كان ثمن الشيء المعروض على النات غير محدد الثمن [1].

ففي كل الأحول وتبعا للقواعد العامة يحق للمستهلك الالكتروني الموجهة له دعوة التفاوض أن يتحقق من رؤية الشيء المعروض حتى ولو كانت المسألة افتراضية ضمن الموقع المعروض.[2]

و ما يدفعنا إلى اعتبار الأمر كذلك، هو مضمون الإعلان في حد ذاته حيث أن هذا الأخير لا يحتوي على الشروط الأساسية للتعاقد والمر لا يعدو أكثر من دعوة للتفاوض فقط .

و يضيف الأستاذ الدكتور "**إبراهيم أحمد إبراهيم**" في تعليقه على الأمر مستندا لقرار محكمة النقض المصرية

---

[1]/- أنظر أحكام المادة 64 من القانون المدني: " **إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل**"

ويلاحظ على سبيل المقارنة تنص المادة 94 الفقرة 1 و2 من القانون المدني الأردني بأن " يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا" " أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو الأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما دعوة للتفاوض "

[2]/- أنظر في هذا رأي **الدكتور العيد حداد**، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك على شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص 06 وأنظر رأي **الدكتور أحمد الرفاعي**، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضنون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص 105

حيث أن هذه الأخيرة اعتبرت بأن الإعلان الموجه إلى الجمهور عبر الانترنت من شركة النصر للسيارات عن فتح باب الحجز للسيارات التي تنتجها لا يعدو أن يكون دعوة للتعاقد ويضيف الدكتور "**أحمد ابراهيم**" أن الآمر لا يمكن اعتباره في أي حال من الأحوال إيجابا للتعاقد.[1]

و من هذا المنطلق، لكي يعتبر الإعلان التجاري الموجه للمستهلك منتج للإيجاب، فيجب أن يتضمن الشروط الجوهرية والأساسية للتعاقد، أي تضمن عرض السلع والخدمات عن طريق الانترنت مواصفات المبيع بالإضافة للثمن، ويجب كذلك أن يحوي الإعلان على الدقة والوضوح في الشيء المعروض دون غموض أو إبهام وإلا كان هذا الإيجاب مجرد دعوة للتفاوض وبالتالي لا تلزم المستعمل أو المستهلك الالكتروني في شيء .[2]

3-الشروط القانونية ليعتد بالإعلان الالكتروني:

و لكي يعتبر الإعلان الالكتروني منتج في مواجهة المستهلك يتعين أن يتوفر على شرطين جوهريين

أ/- اشتراط وضوح الإعلان:

ب/- التعرض ومنع الإعلان الالكتروني .

أ/- اشتراط وضوح الإعلان:

ونعني بهذا أن يكون الإعلان الموجه للمستهلك الالكتروني يحوي في مجمله على جملة من البيانات الأساسية والجوهرية الدقيقة والكافية على مضمون السلعة أو الخدمة المقدمة، والتي من شأنها

[1]/- **الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر، مرجع سابق، ص 86 .

[2]/- أنظر في هذا رأي **الأستاذ فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في التعاقد الالكتروني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 67 .

أن تمكن المستهلك كافة الفرص لتمعن والتدقيق المسبق الواعي والمتبصر في الشيء المعروض، والإقدام على السلعة أو الخدمة تكون بإرادة لا يشوبها أي عيب من أجل التعاقد .[1]

فالإعلان الالكتروني من هذا المنظور يحقق الغرض من ورائه في استقطاب الطرف الأخر – المستهلك الالكتروني – بحيث يخوله في إبداء قبول عن وعي وإدراك ويتم التعاقد وفقا لأحكام القانون.[2]

ب/- التعرض ومنع الإعلان الالكتروني

من زاوية أخرى، يعتبر الإقدام على الإعلانات مظهر من مظاهر المنافسة التي يسعى من ورائها المتعاملون في ميدان السلع والخدمات لترويج سلعهم وهي من هذه الزاوية أمرا مشروعا، غير أنه إذا حاد هذا الإعلان عن الغرض المخصص له يتحول إلى إعلان مضلل .

والإعلان المضلل هو ذلك الإعلان الذي يكون من شأنه إلحاق الضرر بالمستهلك عن طريق الخداع وهذا الأمر يستوجب معه الحماية عن طريق التعرض ومنع هذا النوع من الإعلانات

ويعرف [3]الإعلان المضلل بأنه إعطاء معلومات غايتها إيقاع المستعمل أو المستهلك الالكتروني في الغلط واهامه بأهمية المنتوج أو الخدمات المعروضة وبالأخص إذا تعلق بعناصر وأوصاف جوهرية في الشيء المعروض

4/- حماية المستهلك في مجال التعاقد الالكتروني عن بعد :

إن السمة البارزة للعقد الإلكتروني أنه يتم عن بعد، فالأطراف لا يتواجدون ماديا في نفس المكان لذا يخضع للنظام القانوني المنصوص عليه في قوانين حماية المستهلك، لم يورد هذا التقنين تعريفا للتعاقد عن بند إلا أنه ورد بالمادة 2 من القرار الصادر في 25 أكتوبر 2011، حيث قضى بأنه كل

[1]/- **الأستاذ فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في التعاقد الالكتروني، المذكرة السابقة، ص 69.

[2]/- أنظر **الدكتور أسامة مجاهد**، المرجع السابق، ص23. وأنظر **الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر، مرجع سابق، ص 89 .

[3]/- **الأستاذ فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في التعاقد الالكتروني، نفس المذكرة، ص 70 .

وسيلة فنية تسمح للمستهلك خارج الأماكن التقليدية لتلقي الزبائن بطلب منتج أو تقديم خدمة، ويدخل في ذلك كل وسائل الاتصال الحديثة من ذلك وسيلة النات.[1]

جاءت المادة 2 الفقرة 07 التعليمة الأوروبية المشار إليها[2] لتعرف البيع عن بعد بأنه كل عقد وارد على مال أو خدمة، يبرم بين مورد ومستهلك في إطار نظام للبيع أو لتقديم خدمة عن بعد يتم تنظيمه عن طريق المورد الذي يلجأ إلى أسلوب أو أكثر من فنون الاتصال عن بعد كي يتوصل إلى إبرام العقد.

يتضح من ذلك أن الأمر ينطبق على كل فنون الاتصال عن بعد، أي كل أسلوب يتم اللجوء إليه للتوصل إلى إبرام العقد دون تواجد المادي للطرفين: المتدخل الالكتروني والمستهلك الالكتروني ويدخل في ذلك الإشهارات التي يتم توزيعها والإعلانات عبر الشبكة، والتي تنطوي على عروض للجمهور، بكل صورها بما فيها البريد الإلكتروني.

ويخرج من هذا النطاق العقود المبرمة تبعا لمراكز التوزيع الآلية والمحلات التجارية الآلية، وكذلك العقود المبرمة من خلال الاتصال المباشر باستخدام المحلات المخصص لهذا الغرض [3].

ثانيا: الحماية المدنية للمستهلك في إبرام العقد عبر الانترنت

الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على أساسين، أولهما أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وثانيهما عدم اعتبار هذه الإرادة مصدراً للالتزامات فحسب، وإنما أيضاً لما يترتب على هذه الالتزامات من آثار، ومن ثم فإنه يمكن القول بافتراض صحة

[1]/- Voir dans ce sens la Directive numéro DIRECTIVE 2011/83/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 25 /10/2011

[2]/- Art 2 anya 7 « « contrat à distance», tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu;

[3]/- أنظر في هذا **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 122

رضا الأطراف طالما أن العقد قد أبرم في ظل مناقشة ومفاوضة فيما بينهم، ومن ثم افتراض توازنه في هذه الحالة.

فنتعرض في هذه الجزئية على الالتزام بإعلام المستهلك ثم نبين ضماناته عند إبرام العقد، ونتناول حماية المستهلك في مواجهة مقدم خدمة الانترنت.

أ/- الالتزام بإعلام المستهلك الالكتروني:

يجب أن يكون العرض المقدم على صفحة شاشة الانترنت[1] محددا بدقة وواضحا ومفهوما، ولابد من التأكد من ظهور كل البيانات الإلزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم، يستوي في ذلك البيانات التي نص عليها قانون المستهلك الفرنسي أو تلك التي وردت في التوجيهات الأوروبية بصدد البيع عن بعد.تبدو أهمية هذا الإلزام بالنسبة لمقدم العرض، حيث يقع عليه عبء إثبات وفائه بالالتزام بالإعلام.

وينصب الالتزام بالإعلام حول نقطتين أساسيين:

1/- تحديد شخص البائع

2/- بيان سمات المال أو الخدمة وشروط البيع

1/- تحديد شخصية البائع :

إن من الأهمية بمكان بيان شخص البائع[2] حتى يكون المشتري على بينة من أمره، وربما كان ذلك محل اعتبار في التعاقد ويتوافر به عنصر الأمان في التعاقد عن بعد، بالإضافة إلى أهمية ذلك التحديد في

---

[1]/- **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 132

[2]/- **الأستاذ فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في التعاقد الالكتروني، نفس المذكرة، ص 78 وأنظر **الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في مصر، مرجع سابق، ص 92

voir art 2 anya 2 DIRECTIVE 2011/83 «professionnel», toute personne physique ou morale , qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive;

بيان مركزه القانوني ووضوح التزاماته ومدى إمكانية تنفيذها، وبصدد بيان شخص البائع فإن الأمر يتوقف على مكان الموقع الذي يتم العرض من خلال الموقف الفرنسي والتوجه الأوربي :

*** المواقع الموجودة في فرنسا[1]:**

يجب أن يتضمن العرض الموجود على الشاشة اسم المشروع، وسبل الاتصال التلفوني به، وعنوان مقره أو مقر المؤسسة المسئولة عن العرض والعنوان الالكتروني، وأن تتضمن الفواتير الخاصة به الطلبات والأسعار والوثائق الإعلانية، وكذلك الحال بالنسبة لمراسلاته وإيصالاته المتصلة بأنشطته، حيث يجب أن تكون موقعة باسمه وسجله التجاري ومكان التسجيل.

وبالنسبة للشركات التجارية التي يوجد مقرها بالخارج يجب بيان اسمها وشكلها القانوني ومركز إدارتها الرئيسي، ورقم التسجيل في الدولة التي بها مقرها.

[1] /- Art 6 anya III.-1 la loi 2004/575 modifier par la loi n°2014-873 du 4 août 2014 -. Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert:

a) S'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ;

b) S'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;

c) Le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 précitée;

d) Le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2 du I.

*** المواقع الموجودة في دولة عضو في الاتحاد الأوروبي[1]:**

تقرر التوجهات الأوروبية السابقة بأن اللجوء إلى نظام التعاقد عن بعد لا ينبغي أن يمس بالمعلومات التي يتعين إمداد المستهلك بها، وتضع التزاما مشددا على عاتق المورد بإعلام المستهلك، حيث يجب تزويده في الوقت المناسب وقبل إبرام العقد بالبيانات الآتية: شخص المورد وعنوانه خاصة

[1]/- voir Art 5 la directive 2011/83 Obligations d'information concernant les contrats autres que les contrats à distance ou hors établissement

1. Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par une offre du même type, le professionnel fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte:

a) les principales caractéristiques du bien ou du service, dans la mesure appropriée au support de communication utilisé et au bien ou service concerné;

b) l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale, l'adresse géographique de son établissement et son numéro de téléphone;

=ri c) total du bien ou du service toutes taxes comprises ou, lorsque le prix ne peut ınnablement être calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le mode de calcul prix et, s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou ranchissement ou, lorsque ces frais ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, la tion que ces frais peuv ent être exigibles;

d) le cas échéant, les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, la date à laquelle le professionnel s'engage à livrer les biens ou à exécuter le service et les modalités prévues par le professionnel pour le traitement des réclamations;

e) outre le rappel de l'existence d'une garantie légale de conformité pour les biens, l'existence d'un service après-vente et de garanties commerciales, le cas échéant, ainsi que les conditions y afférentes;

f) la durée du contrat, s'il y a lieu, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à reconduction automatique, les conditions de résiliation du contrat;

g)s'il y a lieu, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables;

h)s'il y a lieu, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels dont le professionnel a ou devrait raisonnablement avoir connaissance.

إذا كان العقد يقتضي الدفع مقدما، وينبغي في جميع الأحوال بيان العنوان الجغرافي للمؤسسة الذي يمكن للمستهلك التوجه بطلباته إليه.[1]

2/- بيان سمات المال أو الخدمة وشروط البيع

إن بيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة والشروط العامة للبيع يفرض من خلال قانون حماية المستهلك الالكتروني على البائع العارض على الشبكة أن يبين بوضوح على الشاشة الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعروضة، وبصفة خاصة الصفات التي تتعلق بالكم والكيف والفترة التي تكون فيها قطع الغيار متاحة في السوق، والثمن بالعملة الأوروبية شاملا كل أنواع الضرائب ومصاريف التسليم وموعده.

وميعاد التسليم يخول للمستهلك حق الرجوع في طلبه بخطاب مسجل بعلم الوصول خلال شهرين يوم تبدأ من التاريخ المذكور، ويجب أيضا بيان فترة صلاحية العرض وتنبيه المستهلك إلى أنه يتمتع بحق العدول عن الصفقة خلال أربعة عشر يوم من تاريخ تسلم المبيع حسب القانون الفرنسي[2]

[1]/- voir Art 6 la directive 2011/83 Obligations d'information concernant les contrats à distance et les contrats hors établissement

a. Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou hors établissement ou par une offre du même type, le professionnel lui fournit, sous une forme claire et compréhensible

[2]/- voir art 1111-3 le code de consommation français « Le fabricant ou l'importateur de biens meubles informe le vendeur professionnel de la période pendant laquelle ou de la date jusqu'à laquelle les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens sont disponibles sur le marché. Cette information est délivrée obligatoirement au consommateur par le vendeur de = manière lisible avant la conclusion du contrat et confirmée par écrit lors de l'achat du bien. Dès lors qu'il a indiqué la période ou la date mentionnées au premier alinéa, le fabricant ou l'importateur fournit obligatoirement, dans un délai de deux mois, aux vendeurs professionnels ou aux réparateurs, agréés ou non, qui le demandent les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens vendus.

Et voir art L 1121-21 du code de consommation Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-5. Toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation est nulle.

Le délai mentionné au premier alinéa du présent article court à compter du jour

ب/- حماية المستهلك في مواجهة مقدم خدمة الانترنت

*** تحديد موعد الانعقاد:**

بمناسبة إعراب المستهلك عن رضاءه يبدو من الأهمية تحديد لحظة قبول العقد[1]، حيث يتوقف عليها معرفة توقيت إبرامه، توجد نظريتان في هذا الصدد:

الأولـــى: تصدير القبول، حيث يكتمل العرض ويرتب أثره بمجرد إصدار القبول ما لم يوجد تحفظ مخالف، ويتم الإصدار في اللحظة التي يضغط فيها القابل على الموضع المطلوب.

الثانية: استلام القبول، لا يكتمل العرض إلا بلحظة استلام القبول، حيث يظل قابلا للعدول عنه قبل ذلك. وتتحدد تلك اللحظة بصدد الإشارة التي تفيد استلام الرسالة.

صدرت التوجهات الأوروبية بصدد التجارة الالكترونية لتحسم الاختيار، وقررت تبني مبدأ الاستلام بصدد كل المعاملات التي تتم عبر الخط الاتصال Transaction en ligne باستثناء تلك التي تتم بين المهنيين المحترفين، حيث يكون لهم حرية التصرف بطريقة مخالفة. تم العدول عن ذلك المبدأ في المجلس الأوروبي في 08 جوان 2000، حيث تبنى نظرية وصول القبول للموجب على نحو يمكنه العلم به ولو لم يعلم به فعلا، وينطبق ذلك على المعاملات التي يتم إبرامها بالبريد العادي والبريد الإلكتروني وكل وسائل الاتصال الفردية المناظرة.[2]

---

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 140 وأنظر **الأستاذ فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في التعاقد الالكتروني، نفس المذكرة، ص 85.

[2]/- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique» Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016

Voir Article 11 directive 2000/31 CE « Passation d'une commande

1. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent:=

*** شروط صلاحية العقد الالكتروني لصالح المستهلك:**

تكمن المشكلة في اشتراط الكتابة أحيانا كدليل إثبات كدليل إثبات أو كشرط لصحة العقد لصالح المستهلك، فمن المقرر أن الكتابة لها وظيفتان **الأولى:** إثبات التصرف، **الثانية:** وجود التصرف وذلك حيث يشترط القانون الكتابة كركن لانعقاد التصرف يترتب على تخلفها بطلانه.

بعد صدور القانون الفرنسي في 13 مارس 2000 بصدد تطوير قانون الإثبات لمواكبة تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، فأصبحت المادة 1316/ 1 من القانون المدني الفرنسي تتحدث عن الكتابة الإلكترونية كوسيلة للإثبات فقط[1]، مما يشير التساؤل حول اشتراطها كركن في التصرف أي شرطا لصحته، أي هل يعد العقد المكتوب إلكترونيا صحيحا في هذه الحالة؟

تزداد أهمية هذا التساؤل بالنسبة لعقود الاستهلاك، مثال ذلك العقود التي تتم من خلال السعي في مترله حيث يشترط قانون المستهلك ضرورة تضمن العقد جزءا قابلا للانفصال يستطيع المشتري عن طرقه ممارسة حق العدول عن الصفقة، ويتعين أن تكون كل النماذج أو الصور موقعة ومؤرخة من العميل، هذا الإجراء الضروري لصحة التصرف كيف يتم إعماله في التصرفات التي تتم عبر الإنترنت.[2]

ونفس التساؤل بالنسبة للقروض الإلكترونية، حيث ينبغي في عقد القرض كقاعدة عامة ذكر سعر الفائدة الإجمالي الفعلي بجانب كلمة القرض أيا كان موضوعها وهذا شرط لصحة اشتراط تلك

=- le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique,

- la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès

[1]/- Voir la Loi no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (JORF n°62 du 14 mars 2000 page 3968) et voir L1316-01 C.C.F

L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité

[2] /-L. 121-16-2 C.C .F De la réception du bien par le consommateur ou un tiers, autre que le transporteur, désigné par lui, pour les contrats de vente de biens et les contrats de prestation de services incluant la livraison de biens. Pour les contrats conclus hors établissement, le consommateur peut exercer son droit de rétractation à compter de la conclusion du contrat

الفائدة، وبدونه يبطل الاشتراط ويتم تطبيق سعر الفائدة القانونية ابتداء من تاريخ القرض، ويلتزم المقرض برد ما تقاضياه من فوائد زيادة على ذلك ويبطل بالتبعية شرط جدولة الدين والفوائد[1].

إن مواجهة تلك المشكلة يتم من خلال تطور مفهوم الكتابة كشرط لصحة التصرف، خاصة وإن التوجهات الأوروبية بصدد التجارة الإلكترونية توجب على الدول الأعضاء العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الإلكترونية، وإلا يترتب على تطبيق النظام القانوني المساس بصحة هذه المعاملات أو أثارها لمجرد إبرامها بالأسلوب الإلكتروني.[2]

فإذا رفض القانون منح الكتابة الإلكترونية قوة ترتيب كافة الآثار القانونية، فإنه سيكون بذلك مخالفا لمقتضيات الجماعة الأوروبية، أضف إلى ذلك أنه يكون مناقضا للتوجهات الصادرة لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد.

ومن الملاحظ كذلك أن التوجهات الأوروبية لا تضع أي شرط لترتيب كل الآثار القانونية على العقود التي يتم إبرامها بالأسلوب الإلكتروني، بينما يضع المشرع الفرنسي شرطان للاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات:

– أن تسمح الكتابة بالتحديد الواضح لأطراف التصرف.

– وجود الكتابة وحفظها بالشروط والظروف التي تضمن سلامتها وبقائها.[3]

*** التنظيم الخاص ببعض السلع والخدمات لصالح المستهلك**

يقيم القانون المدني مبدأ حرية تداول الأموال والخدمات وحرية المعاملات التجارية بصدد كل ما لم يحظره القانون، وكقاعدة عامة يبطل كل تصرف متعلق بأمر أو شيء غير مشروع أو مخالف للنظام

[1] /–N. Contis, les accords de distribution à l'épreuve de l'internet ; J.C.P.E.G.2001 P752

[2] /– Art 9-1 de la directive 2000/31 CE. « Les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique. »

[3]/– Voir Art 1318 C.C.F « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un

Défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties. »

العام، أضف إلى ذلك وجود بعض السلع والخدمات والنشاط التجاري الخاضع لتنظيم قانوني خاص.[1]

ففي مجال الصحة يحظر بيع الأدوية إلا من خلال صيدلية مرخصة، ولا يجوز السعي لتسويق الأدوية من خلال حث الجمهور على شراءها ويحظر التعامل في النظارات والعدسات المصححة للبصر إلا من خلال الأماكن المرخصة، وتوجد سلسة من النصوص التي تحد من الإعلانات عن تسويق الأدوية والدخان والكحول والأسلحة.[2]

وهناك بعض الأنشطة التجارية التي تخضع لتنظيم قانوني خاص مثل: شركات الألعاب واليانصيب والمشتريات والكسب عن طريق السحب والحظ وكذلك الشركات السياحية المنظمة للرحلات، وشركات الاستثمار والأوراق المالية والبورصات وممارسة النشاط التأميني، تلك الأنشطة تجد سوقا رائجة في عالم الإنترنت إلا أنها تخضع لتنظيم خاص من حيث القائمين عليها وشروط ممارستها ومن ثم فإن أي تعامل بشأنها إلكترونيا بالمخالفة للتنظيم القائم يعتبر باطلا.[3]

ثالثا: المسؤولية المدنية في مرحلة تنفيذ العقد عبر الانترنت

1 /- المسؤولية المدنية العقدية الناشئة عن إخلال الالتزامات المورد

تكمن دور المسؤولية العقدية دورا هاما في توفير الحماية القانونية لطرفي العقد، إذ عن طريقها يثبت حق المضرور في التعويض وجبر الضرر، لذلك يفضل المتضرر اللجوء إلى الدعوى المدنية، كونها أكثر نجاعة للحصول على التعويض عما أصبه من ضرر.

---

[1]/- Art 1598 C .C. F. « Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont

pas prohibé l'aliénation »

[2]/- Art 1.508.512.551 du C. de la sante. Loi nº 2001-398 du 9 mai 2001 art. 3 I Journal Officiel du 10 mai 2001)

(Ordonnance nº 2005-1087 du 1 septembre 2005 art. 2 I Journal Officiel du 2 septembre 2005) (Loi nº 2006-1772 du 30 décembre 2006 art. 42 I, II Journal Officiel du 31 décembre 2006)

[3]/- N. Contis, les accords de distribution à l'épreuve de l'internet ;760 et voir Voir Art ,L 131, code des assurances. (Dernière modification du texte le 20 décembre 2014)

ونلاحظ أن المشرع الجزائري، لم يفرد نصوصا خاصة بالمسؤولية عن العقد الالكتروني وتعتبر المسؤولية العقدية جزاء لإخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، لذا لها من الأهمية كبرى في تحقيق الاستقرار للمعاملات بين الأفراد وقيامها يجب توفر ثلاث شروط:

أ/- الخطأ العقدي :

يعرف الخطأ العقدي بأنه إخلال المدين بالتزاماته الناشئ عن العقد، وتتجلى بعد التنفيذ العقد أو في حالة التأخر عن تنفيذ الالتزام المتولد عن العقد أو حتى تنفيذه بشكل معيب [1]، و قد يكون الخطأ العقدي عبارة عن انحراف في سلوك المدين بالالتزام العقدي إلا إذا كان خارج عن إرادته بسبب قوة قاهرة [2].

و من تطبيقات الخطأ العقدي في المسؤولية، هو قيام مسؤولية المتدخل العقدية عن العيب الخفي في المنتوج أو حالة الخدمة المقدمة [3].

و من هذا المنظور تسري أحكام القواعد العامة على العقود التي تتم بصفة الكترونية [4]، حيث يخضع الإخلال بالتزام الكتروني لتلك القواعد، ولكن يظهر عندما يكون التنفيذ معيبا كعقود البرامج الحاسب الآلي التي لا تتفق مع الغرض المخصص لها، أو حالة أنها لا تتوافر فيها الصفات المطلوبة فيتحقق الإخلال بعدم تحقيق النتيجة المطلوبة [5] .

---

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور نبيل سعد**، النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول –المرجع السابق، ص 315 **وأنظر الدكتور علي فيلالي**، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 212 وأنظر **الدكتور محمد سعيد جعفور**، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 190

[2]/- و**أنظر الدكتور علي فيلالي**، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 222 وأنظر **الدكتور محمد سعيد جعفور**، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 201 .

[3]/- أنظر في هذا **الدكتور نبيل سعد**، النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول –المرجع السابق، ص 325 وأنظر في هذا **الدكتور نزهي محمد الصادق المهدي**، النظرية العامة لالتزام، مصادر الالتزام، الجزء 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 310.

[4]/- **الدكتور مومني بشار**، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دار الكتاب الحديث، ب .ط، الأردن، 2004، ص 237.

[5]/- **الدكتور مومني بشار**، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، نفس المرجع، ص 240 .

ب/- الضرر

يلاحظ من خلال نص المادة 182من القانون المدني الجزائري على أن الضرر هو من أهم أركان المسؤولية العقدية، فلا يعتبر اخلال أحد الأطراف العلاقة العقدية في حد ذاته التزاما كافيا لقيام المسؤولية، فلا مجال للتطرق للمسؤولية العقدية في غياب عنصر الضرر [1]

و الضرر قد يتخذ ثلاث صور: فإما أن يكون ماديا لأنه يصيب حقا ذا قيمة مادية، ويعرف بالضرر الذي يصيب الأموال أو الذمة المالية، ويحدث هذا الضرر كثيرا من جراء الإخلال بالالتزامات التعاقدية .

و قد يتخذ الضرر صورة الأذى المباشر للإنسان أي على جسده وجسمه والتي قد تحرك عليها حتى الدعوى العمومية و قد يكون الضرر معنوي أو أدبي، وهو ما لا يمس الجانب المالي أو الذمة المالية، بل الذي يتعلق بشرف وشعور الفرد أو عرضه أو حتى اعتباره الاجتماعي أو الإنساني والأمر متعلق كثيرا بالمسؤولية التقصيرية والأمر لا يمنع من وجود صلة ومصلحة معنوية للمتعاقد في تنفيذ العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك يعتبر من قبيل الضرر المعنوي .

إسقاطا على هذا الأمر ووفقا للعقود الالكترونية، بحيث يمكن للمستهلك أن يتحجج بالقواعد العامة للمسؤولية العقدية اتجاه المتدخل إذا تعلق الأمر بتنفيذ الالتزام وأن السلعة المقدمة أو الخدمة المعروضة لم تكون وفقا لما تم الاتفاق عليه، أي إذا ما شابها عيب من العيوب وتبعا لذلك غير صالح للاستعمال المتفق عليه، فإذا ما تبين بعد ذلك للمستهلك بوجود هذا العيب فيكون ذلك كافي لإلحاق الضرر المادي به ومن حق المستهلك الرجوع على المتدخل بالتعويض عن الضرر الذي أصابه إسنادا لأحكام المسؤولية العقدية[2] .

[1]/- أنظر أحكام المادة182 من ق م ج

[2]/- **الدكتور مومني بشار**، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، نفس المرجع، ص 245

ج/- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

لكي تقوم المسؤولية العقدية قياما صحيحا، يجب أن توجد علاقة بين ركن الخطأ العقدي وحصول الضرر، فقد يوجد الخطأ من المدين، وقد يتعرض الدائن للضرر لكن على الرغم من هذا لا يكون سببا في حدوث الضرر .

و يعتبر استخلاص الخطأ في المسؤولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ما دام أن هذا الاستخلاص سائغا ومستندا إلى عناصر تؤدي إليه من وقائع وملابسات الدعوى .

الفرع الثاني: صور الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني في تنفيذ العقد

أولا: العيب الخفي

1/- **العيب الخفي في المنتوجات** نتعرض من خلال تعريف العيب الخفي، ثم شروط العيب الخفي الموجب للضمان مفهوم العيب الخفي

أ/- تعريف العيب الخفي :

عرفت محكمة النقض المصرية[1] للعيب الخفي بأنه **":**الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع**."** ولا نجد تعريفا للعيب الخفي في القانون المدني الجزائري، بل تعرض لشروط العيب الخفي في صلب المادة379 من القانون المدني [2]، التي تنص **" :**يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله**."...**

[1]/- أنظر **الدكتور السيد محمد السيد عمران**، المرجع السابق، ص 213 قرار معتمد عليه من الطرف **الدكتور السيد محمد السيد عمران** " طعن مدني مصري قرار رقم 05 لتاريخ 1947/08/04 "

[2]/- أنظر المادة 379 من ق م ج .

عرف المشرع الفرنسي العيب الخفي في المادة 1641 قانون مدني[1]، كما يلي" : العيب الخفي هو الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال المقرر له، وينقص من صلاحيته، لدرجة أن المشتري لم يكن ليشتريه، و لم يكن ليدفع فيه إلا ثمن أقل فيما لو علم بهذا العيب

ونجد على سبيل المقارنة، ضمن قانون المعاملات المدنية الإماراتي[2] في المادة 544 العيب بأنه" : العيب الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع ولا يتبينه الشخص العادي، ولا يكشفه غير خبير، ولا يظهر إلا بالاستعمال أو التجربة."

مما سبق العيب الخفي هو الآفة أو العلة الموجودة بشكل خفي في المنتوج، والتي تكون من الأهمية والخطورة بحيث يصبح الشيء غير صالح للاستعمال بالشكل الذي يريده المستهلك، ومن الأمثلة على العيوب الخفية، شراء مبنى سكني فيه ضعف من جراء قلة المواد المستخدمة في الأعمدة.

فالعيب الخفي، هو الذي يصيب المنتوج أو الخدمة سواء في الأوصاف، أو في الخصائص، بحيث يجعلهما غير صالحين للهدف المعدان من أجله، أو يؤدي إلى إتلاف المنتج أو إنقاص قيمته أو منفعته، أو تخلف صفة في المبيع، التزم المهني للمستهلك وجودها في المنتوج، بحيث يؤثر ذلك في جودة المنتوج، أو مخالفة ما اتفق عليه مع المستهلك من شروط.

[1] /-ART 1641 C.C.F: "Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus"

[2] /- أنظر المادة 544 من قانون رقم (5) لسنة 1985م بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406هـ، الموافق 15/ 12/ 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.– في نصها " إذا ظهر في المبيع عيب قديم كان المشتري مخيرًا إن شاء رده وإن شاء قبله بالثمن المسمى وليس له إمساكه والمطالبة بما أنقصه العيب من الثمن - ويعتبر العيب قديمًا إذا كان موجودًا في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم - ويعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندًا إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع.

- ويشترط في العيب القديم أن يكون خفيًا والعيب الخفي هو الذي لا يُعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكشفه غير خبير أو لا يظهر إلا بالتجربة"

و الالتزام بضمان العيوب الخفية لا يترتب في جميع الأحوال إلا إذا توفرت فيه شروطا حددها القوانين.

ب/- شروط ضمان العيب الخفي

حرصا على استقرار المعاملات، فقد اشترطت القوانين لقيام ضمان المهني لعيوب المبيع توافر شروط معينة في العيب، وهي أن يكون مؤثرا، خفيا، قديما، وأن لا يكون معلوما لدى المستهلك

* **أن يكون العيب مؤثرا :**العيب المؤثر هو الذي ينقص من قيمة المنتوج نقصا محسوسا ويجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له، وهذا حسب المادة 379 ق م ج.

أما في القانون المدني الفرنسي فقد نصت المادة 1641 على أن العيب يكون مؤثرا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث لو علم به المشتري وقت التعاقد لامتنع عن الشراء أو اشتراه بثمن يقل عن ثمنه.

ويلاحظ من خلال المادة 447 /01 من القانون المدني المصري [1]على " :يلتزم البائع بالضمان ...إذا لم يتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه." ...

إذا لم يكن العيب محسوسا بل كان خفيفا أو طفيفا بحيث لا يترتب عليه سوى نقص في بعض الأمور الثانوية الكمالية بالنسبة للمستهلك، فلا يكون موجبا للضمان.

كذلك لا يكون موجبا للضمان العيب المتسامح به عرفا، أي العادة التي درج الناس على إتباعها في زمن معين مع اعتقادهم الراسخ بإلزاميتها وبوجوب تطبيقها، كاحتواء القمح كمية مألوفة من التربة مثلا، نفس الشيء بالنسبة للمبيعات التي لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها، فالمهني لا يضمن العيوب الخفية فيه إلا إذا تعهد صراحة بذلك، وعلى كل حال فإن تقدير ما إذا كان العيب مؤثر أم لا أمر يعود للقاضي.

[1]/- المادة 447 /01 من القانون المدني المصري

* **أن يكون العيب خفيا :**يشترط في العيب أن يكون خفيا لدى المستهلك، والعيب الخفي هو العيب الذي يكون موجودا وقت التعاقد وليس بوسع المستهلك تبينه أو اكتشافه ولو فحص المنتوج بعناية الرجل العادي، كما تنص المادة 379 ق م ج.[1]

لكن حسب نص المادتين 379 ق م ج والمادة 447 /2 ق م م فإنهما أجازتا للمستهلك الاستفادة من أحكام ضمان العيب الخفي حتى وإن كان العيب ظاهرا، وذلك في حالتين:

الحالة الأولى :أن يكون المهني قد أكد للمستهلك خلو المبيع من العيوب، ويقع على المستهلك عبء إثبات ذلك.

الحالة الثانية :إذا اثبت المستهلك أن المهني قد تعمد إخفاء العيب غشا منه، إذ لا يجوز أن يستفيد المهني من غشه.

القانون المدني الفرنسي يضمن فقط العيب الخفي ولا يضمن العيب الظاهر .

* **أن يكون العيب قديما[2] :**قدم العيب هو من الشروط الواجب توافرها لكي يتحقق الضمان، والمقصود بالعيب القديم، العيب السابق للبيع أو على وجه أصح، العيب الموجود قبل انتقال الملكية للمستهلك أو عند انتقالها كحد أقصى في الأشياء المثلية يؤخذ بوقت التسليم، أما في الأشياء العينية فيؤخذ بوقت انعقاد البيع

أما إذا كان العيب مما لا يظهر إلا بعد انعقاد البيع وانتقال الملكية فيكون الضمان واجبا على المهني، مثل أن يشتري المستهلك كبشا فيه جرثومة ويتمكن من إثبات وجوده فيه قبل استلامه .وقد نصت المادة 379 ق م ج المقابلة للمادة 447 ق م م[3]، على أن البائع يكون ملزما بالضمان إذا لم

---

[1]/- أنظر قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم202940 ، المؤرخ في 1999/07/21 " من المقرر قانونا أن يكون البائع ملزم بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي يعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته"

[2]/- **الدكتور قادة شهيدة**، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة،2007 ، ص107

[3]/- أنظر المادة 447 من ق. م. م والتي تنص " - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبيّن في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أُعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده 2- ومع=

تتوفر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته"، أي أن المهني لا يكون مسؤولا بالضمان عن العيوب التي يلحق المنتوجات بعد تسليمها للمستهلك، لعدم حيطته.[1]

إن صفة القدم بالنسبة للمنتجات الخطرة تتسم ببعض الخصوصية، فالعيب في هذه الحالة لا يتحدد بالتسليم فقط، وإنما قد يتصل بالتصنيع والإنتاج والإعداد.

ويؤكد الفقه الفرنسي[2] على أهمية توافر شرط العيب القديم، رغم أن القانون الفرنسي لم ينص عليه صراحة.

إذا المهني يضمن العيوب التي تلحق بالمنتوج بعد التسليم، وعلى المستهلك أن يثبت أن هذا العيب كان كامنا في المبيع و لم يظهر إلا بعد التسليم.

* **ألا يكون العيب معلوما لدى المستهلك :**فلو كان المستهلك عالما بالعيب سقط حقه في الضمان حتى ولو كان خفيا، لأن علمه بالعيب يدل على رضائه بالمنتوج، والعبرة بتاريخ العلم بالعيب في المنتوج- العلم الحقيقي -وهو وقت التسليم أو وقت الفرز لأنه الوقت الذي يتاح فيه عمليا للمستهلك الاطلاع على العيب.

بالتالي يقع على المهني عبء إثبات علم المستهلك بالعيب أي القول أن المستهلك كان يعلم بوجود العلم وقت تسلم المبيع، والإثبات واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات، أما إذا لم يثبت ذلك، أفترض أن المستهلك غير عالم بالعيب وبالتالي وجب على المهني الضمان.

=ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبيّنها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعّمد إخفاء العيب غشاً منه

[1]/- **الدكتورة زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج،المرجع السابق، ص 80 .

[2]/- N. Contis, les accords de distribution à l’épreuve de l’internet ;780 et voir Patrick CATALA, op.cit ; p150

بتطبيق الشروط السابقة الواجب توافرها لقيام التزام البائع بضمان العيب الخفي في المبيع، نجد أنها متوفرة أيضا في حالة عقد البيع الالكتروني عبر الانترنت، فمثلا إذا قام المستهلك بشراء برنامج حاسب آلي من المهني، وعند استعماله تبين أنه معيب ولا يحقق الفائدة المرجوة منه، أو تم زرع فيروس به لا يستطيع إلا خبير لاكتشافه، بل أن خبير البرمجة العادي لا يستطيع أن يكتشف وجود الفيروس في برنامج الكمبيوتر، إذا فحصه بعناية الخبير العادي، فهنا نكون بصدد عيب خفي ومؤثر يصعب على المستهلك العادي، إن لم يكن مستحيلا اكتشافه، مما يتوافر معه في هذه الحالة التزام المهني في عقد الاستهلاك بضمان العيب الخفي في برنامج الكمبيوتر[1].

وإذا توافرت الشروط السابقة فإن عقد البيع ينشأ التزاما على عاتق المهني بضمان العيوب الخفية في المنتوج سواء أكان المنتوج عقارا أو منقولا.

وحسب المادة 450 ق م م [2]، فإن المهني يضمن العيب الخفي الوارد في المنتوج إذا تم إخطاره من طرف المستهلك في الوقت الملائم، وقد ميز المشرع المصري في قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 بين العيب الجسيم والعيب غير الجسيم، إذ جاء في نص المادة[3] 8 على أحقية المستهلك في استبدال السلعة أو إعادتها مع استرداد قيمتها، في حالة إذا شاب السلعة عيب، ونفس الشيء بالنسبة للخدمات.

---

[1]/- أنظر في هذا **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 145 وأنظر **الأستاذ فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في التعاقد الالكتروني، نفس المذكرة، ص 95

[2]/- أنظر أحكام المادة 450 من ق. م .م "إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبيّن في المادة 444."

[3]/- أنظر أحكام المادة 08 من القانون 67-2006 **المتعلق بحماية المستهلك المصري** " مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو اتفاقية أفضل للمستهلك، وفيما لم يحدده الجهاز من مدد أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة، للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها أو استرداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للموصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله، ويلتزم المورد في هذه الأحوال – بناء على طلب المستهلك – بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية وفى جميع الأحوال تكون مسئولية الموردين في هذا الخصوص مسئولية تضامنية.

وفي حالة وجود خلاف حول وجود عيب بالسلعة أو مطابقتها للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من اجله يحال الأمر إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزما في شأنه.

وقد قرر في أحكام المادة 9 [1] من القانون 67-2006 على مقدم الخدمة في حالة وجود عيب أو نقص بها وفقا لطبيعة الخدمة وشروط التعاقد إعادة مقابلها للمستهلك أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها من جديد.

وبناءا على المادة 380 ق م ج[2]، فللمستهلك أن يبادر بإخطار المهني فور كشفه للعيب، لأن السياسة التشريعية في ضمان العيب تقضي عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان، و لم يحدد مهلة معينة للأخطار بل جاء بالصيغة التالية في المادة[3] 381 ق م ج أن يكون الإخبار بالعيب في المبيع في الوقت الملائم أو في أجل مقبول.

وبعد فحص المبيع وإخطار المهني بالعيب في الفترة المعقولة و لم يستجيب، كان على المستهلك رفع دعوى الضمان خلال سنة من وقت تسلم المنتوج فعليا، وتجيز المادة 383 / 1 ق م ج[4] الاتفاق على مدة أطول من سنة .

من أثار رفع دعوى الضمان تتمثل إما في حق الفسخ في كل المبيع أو في جزء منه أو في المطالبة بالتنفيذ العيني، لكن هذا التنفيذ العيني لا يخل بحق المستهلك في طلب تعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب وجود العيب.

[1]/- أنظر أحكام المادة 9 من القانون 67- 2006 **المتعلق بحماية المستهلك المصري** "يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك، وذلك في حالة وجود عيب أو نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة وشروط التعاقد عليها والعرف التجاري، ويحال أي خلاف حول الإخلال بالخدمة إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً في شأنه."

[2]/- أنظر المادة 380 ق م ج

[3]/- أنظر المادة 381 ق م ج

[4]/- أنظر المادة 01/383 من ق م ج

أما في القانون المدني الفرنسي فقد نظمت المادة 1386/ 16 [1] مدة سقوط دعوى المسؤولية تجاه المنتج حيث نصت على أنه" ما عدا حالة خطأ المنتج فالمسؤولية مبنية على أحكام هذا الباب تسقط بمرور 10 سنوات من تاريخ طرح المنتج للتداول"...

كما قضت الفقرة 17 من نفس المادة على أن"دعوى التعويض المبنية على هذا الباب، تتقادم بمرور ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بالضرر."...

2/- المسؤولية عن المنتوج المعيب

سعى المشرع الجزائري إلى سد القصور الذي شاب أحكام ضمان العيب الخفي، والذي كرس من خلال نص المادة 140 مكرر بموجب القانون 05-10 المتعلق بتعديل القانون المدني[2] وبشكل صريح في تحديد مسؤولية المنتج عن العيب في منتوجاته، وكما استحدث مبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الجسمانية، بفعل المنتوجات المعيبة في حال انعدام المسؤول، وذلك من خلال نفس المادة(140 مكرر)

فلقد حذا المشرع الجزائري في ذلك حذو المشرع الفرنسي، حيث اقتبس أحكام المادة 140 مكرر من خلال القانون رقم 98 – 389 الصادر بتاريخ 05/19 /1998 [3]و المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتوج المعيب .

فمسؤولية المنتج هي نظام جديد في المسؤولية المدنية، تقوم على ثلاثة شروط وهي: المنتوج المعيب، وجود الضرر، العلاقة السببية.

[1] /- Voir ART 1386//16 « Sauf faute du producteur, la responsabilité de celui-ci, fondée sur les dispositions du présent titre, est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage à moins que, durant cette période, la victime n'ait engagé une action en justice. »

[2]/- أنظر المادة 140 الفقرة 01 مكرر من ق م ج " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتعاقد علاقة تعاقدية

[3] /- Voir la loi 98-398 du19/05/1998 portant **sur** la responsabilité du fait des produits défectueux.

أ /- المنتوج المعيب [1]:

يلاحظ بأن المشرع الفرنسي ومن خلال المادة 04/1386 [2]قد أورد تعريفا للمنتوج المعيب " فيعتبر المنتوج معيبا إذا لم يوفر الأمن المشروع المنتظر منه، مع مراعاة جميع الظروف وبالأخص شكل تقديم المنتوج والاستعمال المنتظر منه على أن يكون عقلاني، ولا يكون المنتوج معيبا لمجرد وجود منتجا آخر أكثر تطورا قد تم تداوله فيما بعد."

وقد عرفت اتفاقية المجلس الأوروبي[3] المنتوج المعيب بأنه لا يوفر الأمن المشروع المنتظر منه مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف المحيطة.

وعلى سبيل المقارنة كذلك، نجد المشرع المصري يعرف المنتوج المعيب :بأنه المنتوج الذي لا يراعى في تصميمه أو صنعه أو إعداده للاستهلاك أو حفظه أو تعبئته أو طريقة عرضه أو طريقة استعماله الحيطة الكافية لمنع وقوع الضرر أو التنبيه لاحتمال وقوعه . [4]

[1]/- هناك من يرى أن المنتوج لا يشمل المواد الطبيعية لأنها لم تخضع إلى أي تغيير و لم تدخل عليها عملية صناعية تفقدها حالتها التي وجدت عليها في الأصل، أنظر لأكثر تفصيل **الدكتور محمد شكري سرور**، مسؤولية المنتج في العيب في منتجاته، المرجع السابق، ص 83.

[2]/- Voir ART 1386/04 « Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation. »

[3] /-Voir la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux

[4]/- أنظر في هذا تعليق **الدكتور بـــدران الرفاعـــي**، عقـــود المســـتـــهلك في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 213 على المادة من القانون 2006/67 المتضمن قانون حماية المستهلك المصري.

ب/- الضرر :

لم تحدد المادة 140 مكرر ق م ج نوع الأضرار التي يتم التعويض عنها، وهو ما ذهبت إليه المادة03 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 [1] المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات.

أما إذا رجعنا إلى قانون حماية المستهلك، فقد نصت المادة 19 منه [2]على وجوب عدم مساس الخدمة بالمصالح المادية والمعنوية للمستهلك، فالضرر الذي يعوض عنه المستهلك، يكون سواء ماديا أو معنويا، بشرط أن يكون محقق ومباشر.

ج/- العلاقة السببية:

لابد من قيام العلاقة السببية بين الضرر وعيب المنتوج، أي أن يكون الضرر ناتج عن عيب في المنتوج، والضرر الذي يعوض عنه في إطار المادة 140 مكرر من ق م ج محددة بالرجوع إلى القواعد العامة وهي الأضرار الجسمانية، الاقتصادية،المعنوية والجمالية.

ولإثبات هذه العلاقة السببية يكفي أن تثبت الضحية العلاقة المادية بين الضرر والمنتوج، في حين أن الفقه الفرنسي استخلص قرينتين بشأن العلاقة السببية، إذ تقوم الأولى على افتراض وجود العيب لحظة إطلاق المنتوج للتداول وتقوم الثانية على افتراض إطلاق المنتوج بإرادة المنتج .[3]

---

[1]/- أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 90-366

[2]/- أنظر أحكام المادة 19 من قانون

[3]/- أنظر في هذا **الدكتورة زهية حرية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 98 " لم يفرق المشرع الجزائري بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية للمنتج ورتب مسؤولية عن كل ضرر يحدثه منتوجه للغير و يلاحظ أيضا أن المسؤولية عن المنتوجات المعيبة في التشريع الفرنسي والمصري والاتفاقية الأوروبية تشمل مرحلة الإنتاج والتوزيع في حين قصرها المشرع الجزائري على مرحلة الإنتاج أي قصر المسؤولية على المنتج دون الموزع."

ثانيا: حق المستهلك الالكتروني في ضمان التعرض

يستفيد المستهلك عبر الانترنت مما هو مقرر بشأن البيع عموما، فعقد الاستهلاك عبر الإنترنت يرتب التزام المهني بضمان استفادة المستهلك بالمنتوج بطريقة هادئة وكاملة، فلا يتعرض للمستهلك شخصيا ولا يسمح للغير بالتعرض له. [1]

1/- ضمان التعرض الشخصي

يلتزم المهني بضمان التعرض الشخصي من خلال الامتناع عن أي عمل من شأنه أن يعيق انتفاع المستهلك بالمنتوج على النحو الذي أعد له، ويشمل ضمان المهني بعدم التعرض الشخصي للمستهلك، كل عمل مادي، وكل تصرف قانوني يصدر منه.

التعرض المادي يتمثل في قيام المهني بأي فعل يؤدي إلى الحيلولة دون انتفاع المستهلك بالمنتوج، في هذه الحالة يحق للمستهلك رفع دعوى على أساس الإخلال بالتزام عقدي ألا وهو الالتزام بضمان التعرض .فالتعرض المادي لا يستند إلى حق يدعيه المهني على الشيء المبيع، وإنما يقوم هذا الأخير بإحدى الأفعال المادية، التي من شأنها حرمان المستهلك من الانتفاع بالمبيع، بشكل جزئي أو كلي، مثل قيامه بالاستمرار في استغلال الأرض التي باعها، فيعتبر فعله هنا تعرضا ماديا للمستهلك، يوجب

---

[1]/- أنظر **ربحي محمد أحمد هزيم**، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، -07-2007، ص 25 و26 وأنظر كذلك **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص252

وبالنظر للمادة 371 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أن " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حقا على المبيع يعارض به المشتري ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه وتقضي المادة 371 من القانون المدني الجزائري تقابلها المادة 439 قانون مدني مصري وهي أكثر وضوحا إذ تنص " ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه " وهي مطابقة للنص الفرنسي في المادة 1486 التي تقضي:

"Le vendeur est tenu de la garantie ,encore que le droit de tiers soit postérieur à la vente, pourvu qu'il procède du vendeur lui-même"

عليه الامتناع عن القيام بمثل تلك الأفعال، التي تعتبر تعرضا من قبله، فمن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض.

أما التعرض القانوني فهو الذي يتمثل في ادعاء المهني أن له حق في مواجهة المستهلك .ويلتزم المهني كذلك بعدم التعرض للمستهلك في المبيع، إلا إذا وجد اتفاق في العقد بينه وبين هذا الأخير، يخوله استعمال ذلك الحق الذي يدعيه، وفي هذه الحالة، لا يكون المهني ملزما بضمان التعرض الصادر عنه، لأن الحق الذي يدعيه على المبيع يستند إلى اتفاق بينه وبين المستهلك.

فقد يكون سبب التعرض الذي يضمنه المهني، سابقًا على عقد البيع أو لاحقًا له، فإذا كان الحق الذي يدعيه سابقًا لعقد البيع، كأن يدعي أن له حق ارتفاق على العقار المبيع لمصلحة عقار آخر يملكه دون أن يكون حق الارتفاق ظاهرا، أو أنه لم يعلم به المستهلك قبل إبرام عقد البيع، فهنا يتحقق التزامه بضمان التعرض القانوني الصادر عنه.

فضمان التعرض الشخصي سواء كان أكان مبنيا على سبب مادي أو قانوني يجب أن يكون وقع فعلا، بمعنى أن يكون التعرض الشخصي للمبيع حدث بشكل حقيقي ولا يكفي مجرد احتمال وقوعه، وأن يؤدي هذا التعرض إلى الحيلولة دون انتفاع المستهلك بالمنتوج كليا أو جزئيا[1].

2/- ضمان التعرض الصادر من الغير

يكون المهني ملزما أيضا بضمان التعرض الصادر من الغير، حيث يكون ملزما بالضمان عند تعرض الغير للمستهلك في الانتفاع بالمبيع سواء أكان كله أو بعضه، فالمهني يلزم بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه إذ كان هذا الحق قد آل إليه من المهني نفسه[2].

---

[1]/- **الدكتور جمال زكي الجريدلى،البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الإنترنت**،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2008 ص 68 وأنظر كذلك **الدكتور محمد وحيد الدين سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني**، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 66 وأنظر على سبيل المقارنة كذلك الدكتور علي الخفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي**، القسم الأول معهد البحوث والدراسات للنشر، مصر، 1971، ص20 .

[2]/- **الدكتور بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت**، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن،. 2004 ص 157وما بعدها

نستنتج أن ضمان التعرض الصادر من الغير يشمل فقط التعرض القانوني، بمعنى أنه لا يشمل التعرض المادي للانتفاع في المبيع، فالتعرض يجب أن يكون قانونيا، وأن يكون سبب الاستحقاق سابقًا على المبيع أو لاحقًا له بشرط أن يكون السبب راجع إلى المهني نفسه، فالالتزام بالضمان هو التزام بتحقيق نتيجة.

في حال حصول التعرض الصادر من الغير يلتزم المهني بضمان هذا التعرض، حيث يكون ملتزما بدفع ذلك التعرض، وفي هذه الحالة يصبح منفذًا لالتزامه تنفيذًا عينيا، أما إذا ثبت استحقاق المبيع للغير، يلتزم بتنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض، فإذا أخطر المستهلك بدعوى الاستحقاق، فتدخل في الدعوى و لم يفلح يستطيع هذا الأخير الرجوع عليه بضمان الاستحقاق، وكذلك الأمر بالنسبة للحالات الآتية:

* إذا أخطر المستهلك المهني بدعوى الاستحقاق، و لم يتدخل في الدعوى، وحكم للمتعرض باستحقاق المبيع، يستطيع الرجوع عليه بضمان الاستحقاق.

* إذا أخطر المستهلك المهني بدعوى الاستحقاق، و لم يتدخل في الدعوى، وأقر المستهلك بحق المتعرض أو تصالح مع الغير، و لم يستطيع إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه، يستطيع المستهلك الرجوع على المهني بضمان الاستحقاق.

* إذا لم يخطر المستهلك المهني بدعوى الاستحقاق، وحكم للمتعرض، و لم يثبت المهني أن تدخله في الدعوى كان سيؤدي إلى رفضها، يستطيع المستهلك الرجوع عليه بضمان الاستحقاق.

* إقرار المستهلك بحقه في المبيع دون دعوى يقيمها المتعرض، و لم يثبت المهني عدم أحقية المتعرض في دعواه، فإن المستهلك في تلك الحالة أيضا يستطيع الرجوع عليه بضمان الاستحقاق.[1]

عند تطبيق القواعد العامة في ضمان التعرض والاستحقاق على عقد البيع الإلكتروني، يتضح أن التعرض في عقد الاستهلاك عبر الانترنت قد يكون تعرض مادي من قبل المهني، مثال ذلك قيام المهني

[1]/- **الدكتور بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت**، الطبعة الأولى،المرجع السابق، ص 167 .

المزود بزراعة فيروس داخل برنامج الحاسوب المباع، أو بتوجيه الفيروس عن بعد من خلال جهاز المودم الموجود داخل جهاز

الحاسوب الخاص بالمستهلك حيث يتم ذلك من خلال شبكة الانترنت، مما قد يسبب تدمير كلي أو جزئي للنظام المعلوماتي لجهاز الحاسوب عند تشغيله[1]

أما بالنسبة للتعرض القانوني للانتفاع في المبيع، يتمثل في حالة شراء لوحة فنية محملة برهن متنازع عليه بين المهني وصاحب الرهن، أو محملة بدين التأمين المتنازع عليه، أو حالة شراء برنامج حاسوب لم يكن للمهني سوى حق استعماله دون استغلاله.

في الأخير يمكن أن نستنتج أن ضمان التعرض والاستحقاق المنصوص عليه في القواعد العامة يمكن تصوره في عقد الاستهلاك عبر الانترنت، إلا أنه وفي سبيل حماية المستهلك لا يجوز إنقاص الضمان، أو الاتفاق على إسقاطه، لكن يجوز زيادته .[2]

ثالثا: حق المستهلك الالكتروني في العدول

إن عرض السلعة أو الخدمة على شبكة الانترنت، قد لا تعطي للمستهلك تصورا كافيا، يسمح له بإصدار قراره بناء على إرادة واعية مستنيرة، ولا بإعطاء الحكم الصحيح والدقيق عن السلعة، لأن الفكرة المستقاة من العرض والصورة عادة ما تكون محاطة بكثير من وسائل الدعاية والإغراء المبالغ فيه، مما قد يؤدي بالمستهلك إلى الندم على التعاقد والرغبة في العدول[3].

فالحق في العدول، يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك، مما قد يعلق به من عوامل المجازفة التي تؤدي إلى الندم، ويكون ذلك من خلال إعطائه مهلة إضافة للتروي والتدبر في أمر العقد

---

[1]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق .ص 339 .

[2]/- **الدكتور توفيق حسن فرج**، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، الإسكندرية،1988 ، ص120 و أنظر كذلك **الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، المصادر الإدارية للالتزام، العقد والإدارة المنفردة، جامعة الكويت، 1995، ص198

[3]/- **الدكتور زريقات عمر خالد**، عقد البيع عبر الانترنت، عقود التجارة الالكترونية، دراسة. مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للتوزيع والنشر، الأردن،2007 .ص 335 .

الذي أبرمه، تفاديا للأخطار التي قد تلحق به لتسرعه في التعاقد خاصة لما تتميز به المعاملات الحالية من دعاية وإغراء في المجال الالكتروني بالذات.

فتطور طرق الاتصال الحديثة والتعقيد الذي شهده المستعمل إزاء استخدامه للوسائل التكنولوجية في مجال إبرام العقود وبالشكل هذا، يجعل من الصعب على المستهلك العادي الإلمام بكل جوانب العملية التعاقدية التي يقوم عليها، أصبح ملحا توفير وسائل فعالة لحمايته.

لهذا يعد خيار الرجوع أو الحق في العدول من النظام العام لا يحق للمستهلك التنازل مسبقا عنه، ولا يجوز بشكل من الأشكال تقييده[1].

هناك عدة عوامل استدعت ضرورة التدخل لحماية المستهلك، أولها تتمثل في صفة الاحتراف عند التاجر، الذي يستعمل كل الدعايات من أجل إقناع المستهلك للتعاقد معه، أما العامل الثاني يتمثل في ضعف خبرة المستهلك في هذا المجال.

أما العامل الثالث يتمثل في الضغوطات التي تمارس على المستهلك لدرجة يقدم على شراء سلعة خارج عن نطاق إرادته

فمجال تطبيق الحق في العدول منحت التشريعات المقارنة للمستهلك بموجبه، ضمان في مجال عدة أنواع من العقود التي تجمع بينها ضرورة توفير الحماية الخاصة له.

أما المعيار المتبع في تحديد نطاق خيار الرجوع لم يكن طبيعة العقد نفسه فحسب، بل هو أيضا الظروف التي تم بها والهدف المقصود من الحق في العدول

ويمتد تطبيق الحق في العدول إلى البيع عن بعد وبالضبط بالنسبة للبيع الالكتروني، وكذلك بالنسبة للإيجار وللخدمات، لكن المشرع الفرنسي في نص المادة 121/ 2 [2]من المرسوم رقم

[1]/- **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق .ص 339 وأنظر **الدكتور بشار طلال مومني**، **مشكلات التعاقد عبر الإنترنت**، الطبعة الأولى،المرجع السابق، ص 167 .

[2]/-Voir dans ce sens Décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation « JORF n°0217 du 19 septembre 2014 page 15331 »=

2014-1062 المتعلق بالالتزام بالإعلام للمستهلك قبل العقدي والعقدي وحق العدول استبعد بعض العقود من التطبيق وهي:

* عقود توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول خلالها.

* عقد توريد السلع والخدمات التي تتحدد أثمانها وفق ظروف السوق .

* عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفق لخصوصيات المستهلك، أو المطالبة لشخصه، بحسب طبيعتها لا يمكن إعادتها للبائع، أو التي يسرع إليها الهلاك والتلف

* عقود توريد الصحف والدوريات والمجلات

* عقود خدمات الرهان وأوراق اليانصيب المصرح بها.

كذلك يشمل حق العدول في عقود بيع المنقولات دون العقارات نظرا لأن الشكلية المطلوبة في عقود بيع العقارات تمنح للمشتري فرصة كافية للتفكير والتدبر في الصفقة.

أما قانون المبادلات التجارية والالكترونية التونسي، الصادر في 09 أوت 2000[1] نص في الفصل 32 على أنه مع مراعاة أحكام الفصل 30[1] وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

= Voir art Art. R. 121-2. Du dec 2014-1061 -I.-En application du 6° du I de l'article L. 121-17, le professionnel communique au consommateur les informations suivantes:

II.-Les informations relatives au droit de rétractation mentionnées aux 2°, 3° et 4° de l'article L. 121-17 peuvent être fournies au moyen de l'avis d'information type figurant en annexe au présent article dûment complété

[1]/- **الفصل 32**: **من أحكام القانون رقم 09-2000 المتعلق بقانون مبادلات التجارة الالكترونية التونسي** مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

-عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء اجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك،=

* طلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويقر المهني ذلك.

* إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد بانتهاء مدة صلاحيتها.

* عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

نستنتج أنه على الرغم من أن التشريعات المقارنة قد منحت للمستهلك في العقود التي تتم عن بعد حق العدول إلا أنها لم تتفق فيما يخص طبيعة المال محل العقد الذي يشمل هذا الحق .

1/- إجراءات ممارسة الحق في العدول

إن احترام المدة الواردة في القانون هي الشرط الوحيد لممارسة الحق في العدول لأنه لا توجد إجراءات خاصة، ولكن المستهلك خشية الوقوع في منازعة قانونية، يمكن اتخاذ إجراءات احتياطية، لذلك نتولى دراسة كيفية ممارسة الحق في العدول، ثم مدة ممارسة الحق في العدول.

= -إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها،

-عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا،

-شراء الصحف والمجلات .

[1]/- **الفصل 30: من أحكام القانون رقم 09-2000 المتعلق بقانون مبادلات التجارة الالكترونية التونسي** مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحتسب:

-بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك،

-بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد.

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد.

في هذه الحالة، يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة. ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة.

أ/- كيفية ممارسة الحق في العدول

الغاية من ثبوت الحق في العدول، هي التأكد من رضا المستهلك فيما يتعلق بالتمهل في إبرام العقد، وهو ما يجب معه إطلاق إرادة التعبير في الرجوع عن التعاقد من أي قيود اتفاقا مع هذه الغاية . فالأصل ألا يخضع هذا الحق لأية إجراءات خاصة.

ولا ينبغي للمتعاقدين أن يتفقا في تحديد طريقة معينة لممارسة العدول استنادا إلى قاعدة من يملك الأكثر يملك الأقل.

كما لم يحدد المشرع الفرنسي وكذا التوجيه الأوروبي ولا المشرع التونسي طريقة أو شكل معين يتم فيه تعبير المستهلك عن عدوله في العقد، غير أنه وضمانا لحقوق المستهلك، أن يختار وسيلة معينة تعبيرا عن عدوله وذلك يبقى كوسيلة إثبات كأن يكون ذلك مثلا عن طريق البريد الالكتروني، أو بطريق بريد موصى عليه ليستخدمها إذا ما أنكر التاجر تبليغه بالعدول.

إلا أن حق العدول يبقى خاضعا لتقدير المستهلك، إن شاء قام به وإن شاء امتنع، دون أن يكون مطالبا بتقديم تبرير عن ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 121 من المرسوم رقم 2014-1062 المتعلق بالالتزام بالإعلام للمستهلك قبل العقدي والعقدي وحق العدول .

ب- مدة ممارسة الحق في العدول

حددت التشريعات المقارنة مهلة الحق في العدول، ولقد عينها التوجيه الأوروبي ب(07)أيام، والمشرع الفرنسي ب (15) يوم .أما القانون التونسي (10) أيام.

أما عن بدء العمل بهذا الأجل فإنه يبدأ من تاريخ تسلم البضائع والمنتجات، هذا ما نصت عليه التشريعات المذكورة سابقا .أما إذا كان محل العقد عبارة عن خدمات فالمهلة القانونية تبدأ من لحظة استغلال الخدمة هذا في القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي، أما في القانون التونسي فالمهلة تبدأ من تاريخ إبرام العقد.

والمدة المحددة قانونا تحسب بالأيام الكاملة، وإذا تضمنت آخر المدة يوم عطلة فإنها تمتد إلى اليوم الموالي لأول يوم عمل، أما إذا أخل التاجر بالتزاماته المتعلقة بإعلام المستهلك الالكتروني قبل العقد، فإن هذه المدة تمتد إلى غاية ثلاثة أشهر.

أما عن المدة التي تحسب بالأيام الكاملة أو كما نص عليها القانون التونسي في الفصل 30 باستعماله لمصطلح" أيام العمل "يجعلنا نتساءل حول الجدوى من ذلك خصوصا وأن الانترنت يشتغل على امتداد اليوم، تكون الإجابة هن هذا التساؤل مرتبطة بالمكان الذي تمت فيه عملية الشراء مكان العمل أم لا.

فإذا امتدت عملية الشراء خارج مقر العمل في هذه الحالة يصبح استعمال مصطلح" أيام العمل " في غير محله.

لكن ما نلاحظه هو أنه بداية احتساب هذا الأجل يتضارب وأهداف ممارسة حق العدول والمتمثلة في تمكين المستهلك من معاينة البضاعة والتعرف عن خاصياتها قبل إبرام العقد هذا من جهة، ومن جهة ثانية تتجلى لنا محدودية حق العدول عن الشراء في إيجاد حل لكل الإشكالات خاصة وأن بعض العيوب قد تظهر بعد انتهاء المدة المحددة قانونا (07 أو10 و 15يوم)، يتحتم مرة أخرى اللجوء إلى قواعد القانون العام ونخص بالذكر القواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية

2 /- آثار ممارسة الحق في العدول

لا شك أن الحق في العدول يبقى العقد محاطا بحالة الشك وعدم الاستقرار لقابليته للفسخ، فهو عقد غير ملزم وللمستهلك العدول عنه بإرادة منفردة خلال فترة العدول وينتج عن ممارسة هذا الحق آثار بالنسبة للمهني والمستهلك معا.

أ /- آثار العدول بالنسبة للمهني

إذا استعمل المستهلك حقه في العدول خلال المدة القانونية، يترتب على ذلك التزام المهني برد الثمن، وذلك في خلال مدة أقصاها ثلاثون يوما، طبقا لنص المادة 121-01/20 من قانون حماية المستهلك الفرنسي.

وفي حالة ما إذا انقضت هذه المدة و لم يقم المهني بإرجاع الثمن، فإن كل يوم تأخير يصاحبه فوائد لصالح المستهلك.

أما إذا تعلق الأمر بآثار العدول على عقد القرض المبرم تمويلا للعقد الذي عدل عنه المستهلك، فإن ذلك يؤدي إلى إنهاء عقد القرض، لأن ممارسة المستهلك حقه في العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات، باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان.

ب/- آثار العدول بالنسبة للمستهلك

إن ممارسة المستهلك لحقه في العدول يستتبع نقض العقد السابق إبرامه، ويترتب على ذلك التزام برد السلعة إلى المهني أو التنازل عن الخدمة.

والمستهلك الذي يمارس حقه في العدول خلال المدة المقررة لا يتحمل في مقابل ذلك أية جزاءات أو مصروفات فيما عدا المصروفات المحتملة لإرجاع المنتوج.

فالمستهلك لا يتحمل أي جزاءات من أي شكل كانت، أما مصاريف إرجاع المنتوج من قبل المستهلك فهي أمر متوقع بالنظر لخصوصية العقد المبرم عبر الانترنت.

المطلب الثاني: الحماية الجزائية للمستهلك

لقد تطورت المسؤولية الجزائية للمهني، كما حدث بالنسبة للمسؤولية المدنية، وأصبح الاستغلال غير المشروع للمستهلك، عن طريق ما يقترحه من منتجات ضارة بالصحة، ومنتجات مغشوشة، يستوجب المساءلة الجزائية، لذلك أوجد القانون نوعا آخر من الحماية للطرف الضعيف، فقد قرر عقوبة جنائية لبعض المخالفات التي ترتكب في مواجهة المستهلك في العديد من مواد القانون، و لم يمنع في ذات الوقت من تطبيق أية عقوبة جنائية أشد في أي قانون آخر في حال ارتكاب هذه المخالفات.

فالحماية الجزائية في التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت تقع من خلال تجريم الأفعال التي يقوم بها المهني تجاه المستهلك بقصد الإضرار به .

والعديد من القوانين والتشريعات الحديثة أضافت هذه الحماية في قوانين التجارة الإلكترونية، لأن المخاطر التي يتعرض لها في مجال هذه التجارة أكبر بكثير من تلك التي يتعرض لها في الحالات العادية، وفرصة وقوع الغش في حال التعاقد عبر الانترنت أوسع في ظل انعدام المعاينة للسلعة وذلك في كثير من الأحيان .هذا فضلا، عن أن الدعاية والإعلان في نطاق العقد الالكتروني عبر الانترنت له صفة خاصة قد تلعب دورا كبيرا في إيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد دفعا خاصة، إذا ما أخذنا في الاعتبار قوة شبكة الانترنت من حيث الانتشار والتأثير و الدعاية والإعلان والقدرة للنفاذ إلى المستهلك حيث تجعله محاصرا في مسكنه وعمله .سيما، وأن وسائط التواصل بهذه الدعاية تدفعه للتعاقد حتى قبل أن يكتشف أنه ضحية لمؤامرة مزدوجة من وسائل الدعاية والإعلان من قبل المهني . الأمر الذي تستوجب حمايته من الغش والتحايل.

ومن بين صور الحماية الجناية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، والتي نعتبرها حماية متكاملة في عقود البيع عبر الانترنت وبصفة خاصة في الأحوال التالية:

-تجريم فعل الدخول غير المشروع إلى مواقع التجارة الالكترونية والحصول على بيانات المستهلك إمكانية معاقبة الجاني عند إتلاف بيانات المستهلك بالعقوبة المقررة للإتلاف العمدي للمنقولات بعد التسليم للبيانات والمعلومات باعتبارها من الأموال المنقولة.

-حماية وسائل الدفع الالكتروني.

-التعدي على بيانات البطاقة الائتمانية التي تخص المستهلك.

-تزوير المحررات الالكترونية التي يكون المستهلك طرفا فيها.

وعليه، فإننا نجد في تشريعات التجارة الالكترونية تضمنت نصوصا قاطعة في شأن تجريم أفعال بعينها بهدف حماية مصلحة المستهلك في عقد التجارة الالكترونية.

فما يميز الجريمة الإلكترونية عن الجريمة التقليدية هي الأداة المستعملة لارتكابها، حيث تكون الأداة المستعملة في الجريمة الأولى ذات تقنية عالية، وأيضا لا تتطلب انتقال الجاني، بل ترتكب عن بعد باستخدام شبكة الانترنت على عكس المفهوم التقليدي للجريمة .

من هذا المنظور تتعدد صور الحماية الجزائية للمستهلك بتعدد الجرائم الممارسة ضده، ولعل أكثر الجرائم الإلكترونية انتشارا في مجال التجارة الإلكترونية عبر الانترنت والتي تأثر على المستهلك الالكتروني هي جريمتي الغش والاحتيال، التي يكون مصدرهما المهني، لهذا يستوجب أن نفصل فيهما على غرار الجرائم الأخرى، حيث نتناول حماية المستهلك من جريمة الغش التجاري والصناعي ثم حماية المستهلك من جريمة الاحتيال.

الفرع الأول: حماية المستهلك من جريمة الغش التجاري والصناعي

تسبب ظهور التجارة الإلكترونية وبالأخص التعامل بالانترنت في تفاقم حالات وأشكال الهجوم على البنية التحتية، والتي تعرف بالهجوم الإلكتروني والتي تعرف بحروب الكمبيوتر أو الانترنت .

فقد أصبح العديد من المستهلكين والمؤسسات التجارية والحكومية في العالم أكثر عرضة لصور الغش التجاري المعتاد، وأيضا لأشكال جديدة من الغش التجاري الإلكتروني.

الغش من هذا المنظور نقصد به ذلك المرتبط بالتجارة في المجتمع الإلكتروني يعتبر أحد أشكال الجرائم الإلكترونية، وفي نفس الوقت يعتبر أحد أشكال الجرائم الاقتصادية، أي أن الغش التجاري عبر الانترنت يقع بالكامل داخل نطاق الغش التجاري التقليدي، وأيضا داخل نطاق الجريمة الإلكترونية، فضلا عنه أنه يقع داخل نطاق الجريمة الاقتصادية أيضا، هذا ما يجعلنا ندرس جريمة الغش طبقا للقواعد العامة.

وقد نصت المادة 431 ق ع ج[1] على جريمة التدليس في المواد الغذائية والطبية، وذات النص نجده في أحكام قانون المصري من خلال المادة 213 منه، حيث أن القواعد الخاصة بجريمة الغش التجاري والعقوبات المترتبة درجت بالقانون رقم 48 لسنة1941 والمعدل بالقانون رقم 281 لسنة 1994، تحت المسمى بقانون قمع الغش والتدليس.[2]

[1]/- أنظر أحكام المادة 431 من ق .ع.ج المعدلة بموجب القانون 82-04 المؤرخ في 1982/02/13 (ج.ر. رقم 07)

[2]/- أنظر المادة 213 من قانون العقوبات المصري قانون رقم 1994/281 .

فحماية المستهلك هي خدمة توفرها الحكومة أو المجتمع المدني بجمعياته المختلفة ذات الاختصاص لحماية المستهلك من الغش التجاري أو استغلاله بصورة غير مشروعة.

من هنا، فإنه من الأهمية الوقوف على النقاط التالية :

أركان جريمة الغش التجاري والصناعي[1]، صور الغش التجاري والصناعي، عقوبات جرائم الغش التجاري والصناعي، وفي الأخير آليات حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي

أولا: أركان جريمة الغش التجاري والصناعي

جرمت التشريعات الغش بأنواعه لما ينطوي عليه من خداع وتضليل يهز الثقة والائتمان اللذان هما ركيزة السوق وعماد المعاملات التجارية، بدونهما تتعرض الحياة الاقتصادية للكساد والفساد باعتبار أن المقومات الاقتصادية تقوم وتبنى عليها.

فتقوم جريمة الغش طبقا للقواعد العامة كغيرها من الجرائم على توافر ركنين أساسيين :الركن المادي والركن المعنوي.

[1]/- أنظر في هذا **الدكتورة سميحة القليوبي**، غش الأغذية وحماية المستهلك، بحث لمؤتمر حماية المستهلك، القاهرة، مارس 1993، ص 04 " هو كل فعل من شأنه أن يغير من طبيعة المواد أو فائدتها التي دخل عليها عمل الفاعل، ولا تهم الوسيلة التي لجأ إليها الفاعل في سبيل تحقيق غايته. فقد يتم الغش بإحلال مواد أقل قيمة مكان أخرى أعلى منها فيما يراد إدخال الغش عليه. أو بإنقاص بعض المواد أو إضافة مواد أخرى عليه تزيد من كميته وتقلل من مفعوله، وغير ذلك من الصور التي لا تدخل تحت حصر. حيث يتفنن الغشاشون في استنباطها لتحقيق أغراضهم بالحصول على أرباح طائلة وغير مشروعة"

و أنظر كذلك في نفس الصدد **الدكتور عبد الله حسين محمود**، حماية المستهلك من الغش التجاري أو الصناعي، دار النهضة العربية القاهرة سنة 2002، ص 11 " وقد يقع الغش بفعل الإنسان – كما في حالة الإضافة أو النقصان أو الخلط- وقد يكون الغش لأسباب خارجية عن إرادة الإنسان، كما هو الشأن في حال فساد السلعة نتيجة لطبيعتها كاللحوم والبيض والجبن وغير ذلك". وانظر كذلك **الدكتور عبد الحميد الشواربي**، جرائم الغش والتدليس، دار المعارف، الإسكندرية، مصر،1992 ، ص 16وما بعدها.

1 /- الركن المادي

أوردت المادة 431 ق ع ج[1] الأفعال المادية التي يتكون منها الركن المادي لجريمة الغش، ويتكون الركن المادي لجريمة الغش من ثلاث أفعال وهي :إنشاء مواد أو بضائع مغشوشة، عرض المواد أو البضائع المغشوشة للبيع، التعامل في مواد خاصة تستعمل في الغش والتحريض على استعمالها

أ/- إنشاء مواد أو بضائع مغشوشة

ويقصد بالغش هنا كل تغيير أو تشويه يقع على جوهر المادة أو تكوينها الطبيعي، سواء بتغيير الشيء ذاته أو خلطه بمنتجات أخرى، أو تعديل في شكله النهائي، ولا يشترط القانون التغيير من طبيعة البضاعة ولكن يكفي أن تكون قد زيفت فعلا، كإدخال محصول رديء وخلطه بمحصول جيد لكي يعتقد المشتري أنها النوعية[2] الحسنة أو المحصول من الدرجة الأولى سواء تعلق الأمر بالمواد الغذائية أو المعطرة أو نزع كل أو جزأ من العناصر الحقيقية المكونة للمادة الطبيعية وبيعه بنفس الثمن على أنه الإنتاج الحقيقي[3].

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية حديثا [4] إلى أن صناعة منتجات في ظروف لا تتطابق والتنظيم المعمول به يعتبر غشا.

---

[1]/- أنظر أحكام المادة 431 من ق. ع. ج

[2]/- **الدكتورة سميحة القليوبي**، غش الأغذية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 5 وأنظر كذلك **الدكتور بودالي محمد**، المذكرة السابقة، 319

[3]/- **الدكتور عبد الله حسين محمود**، حماية المستهلك من الغش التجاري أو الصناعي، المرجع السابق، 20 .

[4] /-Responsabilité du fait des produits défectueux – Produit – Défectuosité – Lien de causalité avec le dommage – Présomptions graves, précises et concordantes – Appréciation souveraine des juges du fond – Portée

1re Civ., 25 novembre 2010, Bull. 2010, I, no 245, pourvoi no 09-16.556 voir le lien suivant https://www.courdecassation.fr/publications_26

ولقد قررت محكمة النقض المصرية[1] ذلك في أحكامها حيث ذهبت إلى أنه يكفى لتحقق الغش خلط الشئ أو إضافة مادة مغايرة لطبيعته أو من نفس طبيعته ولكن من صنف أقل جودة بقصد الإيهام بأن المادة المخلوطة خالصة لا شائبة فيها أو بقصد إظهارها في صورة أحسن مما هي عليه، كما قررت أيضا في أحكامها أن جريمة وضع بيانات غير مطابقة للحقيقة، تقع وتتوافر أركانها ولو كانت السلعة التي يوضع البيان عليها غير مغشوشة، ويتوافر القصد الجنائي فيها بمجرد وضع البيان غير الحقيقي مع العلم بعدم مطابقته للحقيقة[2].

ب/–عرض أو وضع سلع مغشوشة للبيع

نصت المادة 431 ق ع ج على تجريم فعل عرض للبيع أو وضع للبيع أو بيع مواد غذائية أو طبية أو مشروبات أو منتجات فلاحيه، مع علمه أنها مغشوشة أو مسمومة أو فاسدة وحسب هذه المادة يجب أن تكون البضاعة مطروحة أو معروضة بقصد البيع أما إذا كان موجودة لدى المتهم بقصد الاستهلاك الشخصي أو العائلي فلا جريمة حتى لو كانت مغشوشة، فالمشرع وحسب نص المادة 433 ق ع ج يعاقب على الحيازة القانونية دون الحيازة المادية، إذ أن المشرع لم يجد مبرر لتجريمها لأن الهدف من التجريم ليس حظر الحيازة وإنما حظر وصول السلعة المغشوشة، أو الفاسدة أو المسمومة إلى أيدي المستهلكين عن طريق التعامل[3].

بالنسبة للمعاملات التجارية الإلكترونية عبر الانترنت فبمجرد عرض السلع المغشوشة على الشاشة يعتبر ذلك جريمة، ولكن الإشكال المطروح في هذه الحالة هل تعتبر تلك جريمة غش أو لها وصف آخر؟

---

[1]/– أنظر في هذا **الدكتور أحمد محمد محمود على خلف**، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2005 ، ص196 .

[2]/– **الدكتور أحمد محمد محمود على خلف**، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص 199 هامش 01 .

[3]/– أنظر أحكام المادتين 431 و433 من قانون ع. ج .

إن عرض السلع المغشوشة عبر شاشة الانترنت أتصور أنها تنطوي تحت جريمة الإعلان الكاذب بالقياس، والتي نصت عليها التشريعات الحديثة خاصة التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك[1].

فالركن المادي لجريمة الغش يتوافر حتى في حالة البيع الإلكتروني، وذلك عن طريق عرض منتوجات فاسدة أو مغشوشة على شبكة الانترنت.

ج/- التعامل في مواد تستعمل في الغش والتحريض على استعمالها

لم تكتف التشريعات المقارنة[2] بتجريم أفعال الغش أو التعامل في المواد المغشوشة، ولكن جرمت التعامل في المواد أو الأشياء أو الأجهزة المستعملة في الغش وهذا ما تنص عليه المادة[3] 431 فقرة 3 ق ع ج، والغاية من هذا النص هو تكريس مبدأ الوقاية بحماية الصحة العامة للمستهلك قبل حرية التجارة، خاصة في مجال المعاملات التجارية عبر الانترنت، أين تقع الجريمة بمجرد عرض مواد تستعمل ارتكاب الغش، وقد اكتفى المشرع الجزائري بلفظ" مواد خاصة"، بينما ذهب المشرع المصري[4] إلى تحديد هذه المواد بقوله "باع مواد أو عبوات أو أغلفة مما يستعمل في أغذية الإنسان أو الحيوان."

2/- الركن المعنوي

الأصل في جميع الجرائم ومنها جرائم الغش تكيف أنها عمدية، فيلزم لها ابتداء توفر القصد الجنائي العام، الذي هو اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بتوافر أركانها كما يتطلبه القانون

---

[1]/- أنظر كذلك **رأي الدكتور بودالي محمد**، المذكرة السابقة، ص 320 وأنظر رأي **الدكتور حسن عبد البسط جميعي**، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببنها منتجاته المعيبة،المرجع السابق، ص 65 وأنظر بالموازاة رأي **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق، ص 255 وكذلك رأي **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، الطبعة الثانية، المرجع السابق، ص 155 .

[2]/- أنظر **مبروك ساسي**، الحماية الجنائية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2011، ص 39 .

[3]/- أنظر المادة 3/431 ق ع ج

[4]/- أنظر في هذا **الدكتور أحمد محمد محمود على خلف**، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، نفس المرجع، ص 213 وأنظر كذلك **الدكتور عبد الله حسين محمود**، حماية المستهلك من الغش التجاري أو الصناعي، المرجع السابق، ص 43 .

و القصد الجنائي في جريمة الغش الواقع على المتعاقد أو في البضائع يتحقق باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الغش وإقامة الدليل على علمه به، أي أنه يعلم كل العلم بما يقوم به من تزييف أو تغير السلعة بإضافة مواد خاصة لها بعد أن كانت سليمة.

القصد الجنائي يخضع في إثباته لسلطة الاتهام التي تأتي بالدليل على علم الجاني بهذا الغش وأنه هو من قام به وهو ما تفصل فيه محكمة الموضوع، وذلك بتسبيب القصد الجنائي تسبيبا كافيا بالاعتماد على التحاليل المخبرية المجرات على السلعة.

فالركن المعنوي في جريمة الغش يتحقق بتوافر نية الغش، أي انصراف إرادة الفاعل إلى تحقيق الواقعة الجنائية مع العلم بتوافر أركانها في الواقع، ويتوافر القصد

الجنائي بأن يعلم الجاني بما ينطوي عليه سلوكه من غش في السلعة وأن ما يعرضه أو يضعه للبيع أو بيعه مغشوش أو فاسد أو مسموم، وذلك بنية خداع المستهلك.

وإذا كانت جريمة الغش من الجرائم الوقتية، فإن العرض أو الوضع للبيع أو البيع هي من الجرائم المستمرة، ويترتب على ذلك أن الجاني إذا كان يجهل بالغش أو الفساد وقت بدايته، ولكنه علم به بعد ذلك فإن القصد الجنائي متوافر في حقه من ذلك الوقت .

أضف الى ذلك فإن المهني في عقد البيع عبر الانترنت من الصعب تصور جهله بحقيقة العيوب التي في بضاعته أو المنتوج الخاص به.

يلحق الغش كذلك، حالات التقليد في مراحل الإنتاج الصناعي، وكذلك تقليد العلامات التجارية المضللة للمستهلك، وعلى وجه أخص ازداد استخدام التقليد في التجارة عبر الانترنت وقد شمل التقليد سلعا كثيرة حتى أن المرء قد يجد صعوبة في الوصول إلى منتج غير مقلد، فقد استطاع المقلدون أن يقلدوا كل شيء تقريبا.

وقد أشارت الكثير من المصادر إلى أن هناك جهات دولية خفية مستفيدة من تقليد السلع، والخدمات حتى أن البعض قد أشار إلى استفادة بعض جماعات الإرهاب الدولي من ذلك .

ولقيام القصد الجنائي لابد من إثبات أن الجاني قد اتجهت إرادته إلى إتيان الخداع أو أن يكون على علم بغش أو فساد ما يعرضه للبيع أو بيعه، ويلزم أن يتوافر هذا القصد لحظة تعاقده أو الشروع فيه، وعلى القاضي أن يثبت أن الجاني على علم بذلك.

ولما كانت جريمة الغش يقترفها في الغالب الصانع أو المنتج أو الشخص الذي يقوم بتحويل السلعة، فإنها ترتكب داخل المؤسسة التجارية أو الصناعية، لذلك جرت عادة الفقه والقضاء بصدد إثبات توافر القصد الجنائي إلى التفرقة بين الصانع والمنتج من جهة والبائع من جهة أخرى، حيث يتوافر القصد بالنسبة للصانع أو المنتج من العلم بالصفة غير المشروعة لعملية الغش، ويستدل ذلك بالقرائن، ويكتفي لقيام مسؤوليته الجزائية إثبات قيامه بتغيير المنتوج المغشوش والعلم بأن هذا المنتوج موجه للبيع .

أما بالنسبة للبائع فيستلزم لقيام القصد الجنائي إثبات توافر العلم فعلا لديه مع استبعاد الإثبات بالقرائن .ولا يشترط القانون في ذلك طريقا للإثبات، بل يجوز إثبات الغش بكافة الطرق، غير أن صعوبة إثبات الغش يؤدي إلى إفلات الجناة من المسؤولية خاصة إذا تداولت السلعة من شخص لآخر لتصل في الأخير إلى البائع أو المشتري الذي اشتراها من أجل إعادة البيع فهنا يصعب الإثبات في تحديد القائم بالغش، لذلك تفترض حالتين **الحالة الأولى :العلم المفترض**

إن المهني لا يجلب أو يسحب سلعه إلا من الأماكن المخصصة وبذلك يكون واثقا من السلعة التي اشتراها بغرض بيعها للمستهلك، لذلك يكون علمه مفترضا بوجود الغش في حالة إصابة المستهلك في صحته.

الحالة الثانية :حسن النية

إن حسن نية يسقط التهمة عن الجاني بإسقاط الركن المعنوي، غير أنه حتى لا يفلت من العقاب فالمادة 3 من المرسوم 266/90 تنص على أنه " يجب أن تتوفر في المنتوج أو الخدمة التي تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه."

أما المادة 29 فقد أحالت على المادتين288 و 289ق ع، في حالة الإصابة بعجز جزئي أو دائم أو وفاة المستهلك.

غير أن الأخذ بقاعدة العلم المفترض لم تسلم من النقد على أساس أنها تتعارض تماما وطبيعة القصد الجنائي، الذي يقوم على العلم اليقيني والفعلي، لانطوائها على مجازفة كبيرة حيث يمكن مساءلة الأبرياء الذين قد يكونون ضحايا الغش [1].

أما بالنسبة لجريمة الغش الواقعة على البضاعة، فانه يشترط أن تظهر نسبة الفاعل في الحذف أو التغيير في البضاعة أو التزييف، وأن إرادته سليمة وأنه فعلا قام بذلك بنية غش السلعة ليرهن المستهلك ويحمله على أنها هي النوعية الجيدة والممتازة.

الفرع الثاني: حماية المستهلك من جريمة الاحتيال

لقد نال موضوع الاحتيال التجاري على الانترنت[2] أهمية كبيرة خلال الآونة الأخيرة نظرا لانتشار استخدام الانترنت في كافة مجالات الحياة، إذ أن جرائم الانترنت احتلت نسبة هامة من بين الجرائم الاقتصادية على مستوى كثير من الدول، وانتشرت ظاهرة الاحتيال في هذا النوع من التعاقد انتشارا يستلزم الحذر، وقد كانت دول العالم الثالث والأقطار العربية من أبرز الضحايا لعمليات الاحتيال، وأغلب هذه الحوادث تمت نتيجة التعاقد عبر الانترنت.

تحدث جريمة الاحتيال الإلكتروني في عقد الاستهلاك عبر الانترنت عندما يلجأ المعني متعمدا، ولأجل الترويج لمنتجاته إلى الدعاية المضللة التي قد تنطوي في بعض الأحيان على مغالطات عملية،

---

[1]/- **الدكتور حسن عبد البسط جميعي**، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببنها منتجاته المعيبة، المرجع السابق، ص 78 "بناءا للانتقادات السابقة ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر بتاريخ فيفري 1992 إلى عدم دستورية افتراض العلم، على أساس تناقضها مع قاعدة البراءة التي نص عليها الدستور في المادة 67 3 منه، كما اتجه المشرع المصري بموجب القانون رقم 281 لسنة 1994إلي إلغاء قرينة العلم التي كان منصوصا عليها في قانون قمع التدليس والغش لسنة 1941.

فبالنسبة للغش الواقع على المتعاقد هي جريمة عمدية يشترط لقيامها علم المتهم بالوقائع المتعلقة بكيان البضاعة ومصدرها وطبيعتها ...، فيجب أن يكون التاجر عالما بالغش وفق ما يراه قانون العقوبات، وإذا كان الحكم مبني على افتراضات فانه يكون قاصرا في تسبيبه مما يعرضه للنقض."

[2]/- من الملاحظ تعدّد تعريفات الاحتيال في عصرنا هذا، فأحياناً يعرف بالاحتيال المعلوماتي أو احتيال الحاسب، وفي أحيان أخرى بالاحتيال بالأنترنت أو غيرها، إلا إنها تجتمع معاً في تركيزها على أنّ الظاهرة الإجرامية المستحدثة تتمحور رغم اختلاف أنماط السّلوك الإجرامي حول فعل النّصب أو الاحتيال في عمليات التّجارة.

على حساب المستهلك الذي تخدعه هذه الدعاية المضللة لمزايا السلعة، والفوائد المرجوة من ورائها، بحيث تؤدي إلى الاستيلاء على نقوده.[1]

جريمة الاحتيال تعرف في بعض القوانين بجريمة النصب[2]، وتعالج في القانون أي الاحتيال البريطاني مثلا بجريمة الخداع، وفي القانون الفرنسي للوقوف أمام جريمة احتيال المستهلك عبر الانترنت، نتطرق إلى دراسة أركانها طبقا للقواعد العامة ثم دراسة صور الاحتيال الواقعة على المستهلك، يليها عقوبة جريمة الاحتيال والشروع فيها .

أولا – أركان جريمة الاحتيال

طبقا للقواعد العامة، فإن جريمة الاحتيال تتكون من ثلاثة أركان :الركن المادي الذي يتمثل في وسيلة الاحتيال محل الجريمة أو موضوعها، القصد الجنائي.

---

[1]/- "لا يزال حتى الآن لا يوجد تعريف محدّد لمفهوم الاحتيال التّجاري الالكتروني، وتعرّفه بعض الدّراسات بأنّه يتضمّن استخدام الكذب أو الخداع أو التّضليل للحصول على ميزة أو مصلحة غير مستحقّة، وكانت من حقّ طرف آخر، والاحتيال مثله مثل كافّة الجرائم الأخرى يتضمّن ثلاثة عناصر رئيسية، هي الدّافع من حيث وجود العامل المحرّك للإرادة والذي يوجّه السّلوك الاحتيالي كالانتقام والبغضاء وغيرها، ووجود الهدف أو الضّحية للسّلوك الاحتيالي، وغياب القدرة على توفير الحماية " أنظر في هذا لأكثر تفصيل **الدكتور محمد حسن رفاعي العطار**، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،دار الجامعة الجديدة، .الإسكندرية،2007 ، ص95

[2]/- اختلفت التشريعات العقابية العربية في النص على هذه الوسيلة من وسائل الاحتيال، فبعضها نص عليها كجريمة مستقلة، ملحقة بالاحتيال، كما هو الحال في قانون العقوبات العراقي في المادة(457)، والجزائري في المادة 372 من ق. ع والتونسي في الفصل(292) ، والمغربي في الفصل(542)، في حين نصت عليها قوانين أخرى ضمن وسائل الاحتيال التي تتحقق بأحدها جريمة الاحتيال وليس كجريمة مستقلة، كما هو الحال في قانون العقوبات المصري في المادة (363)، والأردني في المادة (417)والليبي في المادة (461) وأنظر كذلك في هذا **الدكتورة نبيلة هبة هروال**، الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنت، في مرحلة جمع الاستدلالات، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007، ص 53 وأنظر كذلك **الدكتور محمد عبيد الكعبي**، الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الانترنت = دار النهضة العربية , القاهرة , 2005، ص 36 "كما عرّف الاحتيال الالكتروني بأنه تصرّف أو سلوك متعمّد يحدث من فرد أو العديد من الأفراد يرهق أو يتسبب في أعباء إضافية على أية أطراف أخرى نتيجة استخدام ممارسات غير أخلاقية للحصول على ميزة غير عادلة أو غير قانونية."

1/- الركن المادي

يعتبر الركن المادي في جريمة النصب أو الاحتيال الوسيلة التي يلجأ إليها الجاني في سبيل تحقيق الغرض الذي يرمي إليه وهو الاستيلاء لنفسه أو لغيره على مال منقول أو سند أو توقيع على هذا السند أو إلغائه أو إتلافه أو تعديله[1].

فالاحتيال يكون بالاستعانة بثلاثة وسائل [2]:الاستعانة بطرق احتيالية أو باتخاذ اسم كاذب أو صفه غير صحيحة أو بالتصرف في عقار أو منقول.

بند 1- الاستعانة بطرق احتيالية

لم تحدد التشريعات المقارنة الطرق الاحتيالية[3]، غير أنها اتجهت إلى تحديد الغاية منها.

أ- الطرق الاحتيالية

لقد سبق وأن قلنا أن التشريعات المقارنة لم تحدد الطرق الاحتيالية، و لم تبين المقصود بها، لان تحديد هذه الطرق سوف يحول دون الإحاطة بجميع أساليب الغش والخداع التي تصلح أساسا لقيام جريمة الاحتيال، وحصر هذه الطرق صعب لأنها متطورة ومتعددة تبعا لتطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والعلمية، حيث اكتفى القانون بالقول استعمال طرق احتيالية .

---

[1]/- هناك قوانين حددت وسائل الاحتيال بوسيلتين، مثل المشرع الفرنسي هما استعمال اسم غير صحيح أو صفه غير صحيحة، واستعمال طرق احتيالية المادة(405)، واخذ بهذا الاتجاه المشرع الجزائري في المادة (372) ق ع، أما المشرع المصري فقد اخذ بالوسائل التي نصت عليها المادة (405) عقوبات فرنسي، وأضاف إليها وسيلة أخرى **هي** الاحتيال عن طريق التصرف في مال منقول أو عقار مملوك للغير في المادة (336)

[2]/- **الدكتور ممدوح البحر**، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات، الطبعة الأولي، الأردن، 2009 ص212

[3]/- كما ورد في المثال المذكور: المشرع الفرنسي هما استعمال اسم غير صحيح أو صفه غير صحيحة، واستعمال طرق احتيالية المادة(405)، واخذ بهذا الاتجاه المشرع الجزائري في المادة (372) ق ع، أما المشرع المصري فقد اخذ بالوسائل التي نصت عليها المادة (405) عقوبات فرنسي، وأضاف إليها وسيلة أخرى هي الاحتيال عن طريق التصرف في مال منقول أو عقار مملوك للغير في المادة (336) .

فالطرق الاحتيالية تعد من العناصر الأساسية الداخلة في تكوين الركن المادي لجريمة الاحتيال، وتتحقق بإحدى الأمور التالية: ادعاء كاذب، مدعما بمظاهر خارجية.

ومن المتعذر حصر المظاهر الخارجية، التي يستعين بها الجاني لدعم أكاذيبه، لذا صعب إيجاد تعريف شامل ومتكامل للمظاهر الخارجية، بحيث تغطي كافة أنواعها وصورها.

ومن خلال استقراء الوقائع الجزائية التي نظرها القضاء المقارن[1]، وتحليلات فقهاء القانون الجنائي، يمكن أن تبدو هذه المظاهر، بالصور والأشكال مختلفة ومغايرة في إحدى الصور التالية .

أ-1 -الاستعانة بشخص ثالث :

استعانة الجاني بشخص ثالث[2]، لتأييد ادعاءاته الكاذبة أمر كثيرا ما يعتمد عليه المحتالون، لان ذلك من شأنه أن يضفي على هذه الادعاءات مظهرا جديا، ومن ثم يسهل وقوع الفريسة في الشرك المنصوب، لذا أصبح من المتفق عليه، أن هذه الاستعانة تعد كافية للقول بتوافر الطرق الاحتيالية، ولو لم تصطحب بأي نشاط أخر من الجاني.

أ-2 إساءة استخدام صفة صحيحة

قد يستغل الجاني في جريمة الاحتيال صفته الحقيقية للإدلاء بأكاذيبه مسيئًا استغلالها ومضيفًا إليها من العناصر أو السلطات والمزايا ما ليس لها، مستعينا بذلك لحمل المستهلك على تسليم المال، سيما

---

[1]/- **الدكتور هشام محمد فريد رستم**، الجرائم المعلوماتية، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات، 2000، ص 63 وأنظر كذلك **الدكتور المحامي يونس عرب**، إيجاز في مفهوم ونطاق وخصائص والصور والقواعد الإجرائية للملاحقة والإثبات، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأمن العربي، 2002، ص 59 .و أنظر كذلك **الدكتور محمد احمد أمين الشوابكة**، جرائم الانترنت والحاسوب، الجريمة المعلوماتية، دار الثقافة، الأردن، 2004، ص 46.

[2]/- **محمد هشام صالح عبد الفتاح**، جريمة الاحتيال، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة ماجستير في القانون العام. جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2008 ، ص 36 .

أن تلك الصفة تبعث على الثقة والاطمئنان بشخصه، وتحمله على تصديق أقواله، سواء كانت هذه الصفة منبعثة من شخصه أو مركزه الاجتماعي أو الوظيفي أو الديني[1].

ومثال ذلك أن يوهم موظف عام المستهلك أن عليه أداء مبلغ من المال باعتباره رسما مستحقًا، وتعليل ذلك أن نشاط الجاني لم يقتصر على الإدلاء بأكاذيب وإنما صدر سلوك آخر مستقل استهدف تدعيمه، فهناك إشارة واضحة إلى صفته الحقيقية وثمة استخلاص ضمني، كذلك لما يرتبط بها من الثقة أو قدرة، بالإضافة إلى ذلك فقد ربط الجاني بين ذلك وبين كذبه واجتهد في تدعيمه عن هذا الطريق، ويكفي ذلك للتأكيد من توافر عناصر الاحتيال [2].

أ- 3 الاستعانة بأوراق أو سندات غير صحيحة

يدخل في دائرة المظاهر الاحتيالية[3]، استعانة الجاني بأوراق غير صحيحة، ينسب صدورها عن جهة ما، كالرسائل والعقود والمذكرات والشهادات وقد تكون هذه الأوراق صحيحة وقد تكون مزورة، حيث يقوم الجاني بتقديم هذه الرسائل أو الشهادات أو المستندات إلى المستهلك كي يجعله واثقا منها فيقوم بتصديق هذه الأوراق، وذلك شريطة أن تكون هذه الأوراق أو المستندات منسوبة إلى غير الجاني لأنها إذا كانت صادرة عن الجاني نفسه فان هذه الصورة من الاحتيال لا تتحقق، فمن يقدم أوراق يذكر فيها انه فقير ويحتاج إلى صدقة مالية، أو أن لديه مشروعا يريد إنشاءه ويحتاج إلى تمويل ويتوصل بهذه الطريقة إلى الحصول على مال الغير فهنا لا يعد مرتكبا جريمة الاحتيال لان ما قدمه أو أبرزه من أوراق لم تكن منسوبة للغير وإنما صادرة عنه شخصيا[4]

ويشترط في الاستعانة بهذه الوسيلة، أن يكون من شأن ذلك خداع المستهلك وحمله على تسليم المال المنقول أو السند أو التوقيع عليه أو إلغائه أو إتلافه أو تعديله، وهذا ما تواضع عليه الفقه وقضاء

---

[1]/- **الدكتور حسن صادق المرصفاوي**، قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ت ن، ص4

[2]/- **الدكتور نجم محمد صبحي**، قانون العقوبات القسم الخاص، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان2001 ، ص197

[3]/- **الدكتور نجم محمد صبحي**، قانون العقوبات القسم الخاص، نفس المرجع، ص 205 .

[4]/- **الدكتور محمود نجيب حسني**، النظرية العامة للقصد الجنائي، دراسة مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 123 .

[1] أن الكذب المجرد لا يكفي لتوافر الطريقة الاحتيالية مهما كان منمقاً أو مرتباً يوحي بتصديقه، وعليه فإنه في مجال القضاء لا تتحقق جريمة النصب بمجرد الأقوال والإدعاءات الكاذبة مهما بلغ صاحبها في توكيد صحتها حتى يتأثر بها المستهلك، بل لابد وان يصاحبها أعمال مادية أو مظاهر خارجية تحمل هذا الأخير على الاعتقاد بصحة ذلك، والتخلي عن حيازة المال موضوع الجريمة وتسليمه إلي الجاني[2].

الأمر هنا يتوجب أن تتجه الطريقة الاحتيالية إلى المستهلك ذاته لخداعه وغشه ابتغاء سلب ماله، فمن يزعم بقدرته على شفاء الأمراض أو يوهم الناس بقدرته على الاتصال بالجن وإمكان شفائهم أو الإرشاد عن مكان مفقود فإن هذه الوقائع وأمثالها تعد نصباً واحتيالاً.

يلاحظ من خلال المشرع الفرنسي[3] فقد حدد هذه الغاية، بضرورة اتجاه الطرق الاحتيالية إلى حمل المجني عليه على الاعتقاد بوجود مشروع كاذب، أو خلق الأمل في نجاح، أو الخوف من حادثة أو أي حدث أو أي أحداث وهمية، وكذلك فعل المشرع الجزائري والمصري فحددها بالأمور التالية: الإيهام بوجود مشروع كاذب، إحداث الأمل بحصول ربح وهمي، الإيهام بتسديد المبلغ الذي اخذ بطريق الاحتيال، الإيهام بوجود سند دين صحيح، الإيهام بوجود سند مخالصة مزور، الإيهام بوجود واقعة مزورة.

---

[1]/- **الدكتور نجم محمد صبحي**، قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق، ص 225 وأنظر كذلك **الدكتور حسن الجوخدار**، تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان " دراسة مقارنة**."** ، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ب. س. ن، ص 95

[2]/- **الدكتور محمود نجيب حسني**، النظرية العامة للقصد الجنائي، نفس المرجع، ص 130 .و أنظر **الدكتور علي عبد القادر القهواجي والدكتور الشاذلي فتوح عبد الله**، شرح قانون العقوبات،القسم الخاص، دار المطبوعات الجامعية، .الإسكندرية، مصر، 2003، ص365

[3]/- Voir dans ce sens ART. 223-15-2 C. P .F et voir dans ce sens CANINI FORMATION « ABUS FRAUDULEUX DE L'ÉTAT D'IGNORANCE OU DE FAIBLESSE. » ; Article juridique publié le 18/05/2012 voir le lien

http://www.legavox.fr/blog/canini-formation/abus-

أما المشرع الأردني[1] فقد حددها بثلاثة أمور: إيهام المجني عليه بوجود مشروع كاذب أو حادث أو أمر لا حقيقة له، أحداث الأمل عند المجني عليه بحصول ربح وهمي أو بتسديد المبلغ الذي اخذ بطريق الاحتيال، الإيهام بوجود سند صحيح أو سند مخالصة مزور إن التشريعات المحددة لغايات الطرق الاحتيالية في رأيي منتقدة، على اعتبار أن الحياة والأفكار الإجرامية في تطور مطرد ومستمر، وإذا تم تحديد هذه الغايات يمكن أن يفلت الجناة من العقاب خصوصا أن القاعدة القانونية في قانون العقوبات تقول انه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص[2].

ب- غاية الطرق الاحتيالية

سنعرض بإيجاز غايات الطرق الاحتيالية كما حددتها بعض التشريعات المقارنة كالتشريع الجزائري، التونسي والفرنسي، وبعض التشريعات العربية الأخرى، كما يلي:

ب-1 -الإيهام بوجود مشروع كاذب

ويعني الإيهام بوجود عمل يتطلب اشتراك عدد من الأشخاص لإنجازه، والمقصود "بالمشروع " في مجال جريمة الاحتيال يتسع ليغطي كل مظاهر النشاط التي تهدف إلى تنفيذ عمل ما أيا كان نوعه تجاريا أو صناعيا أو زراعيا أو ماليا أو خيريا، وأيا كانت

المزايا التي يحققها، مادية أو اقتصادية أو معنوية، والمشروع الكاذب هو المشروع غير الحقيقي الذي لا يوجد تفكير جدي في تنفيذه على الإطلاق، ومن أمثلة ذلك جمع مال لتأسيس شركة أو جمعية وهمية أو لتشييد مسجد أو لبناء مدرسة أو لإقامة مستشفى أو لاستغلال منجم أو القيام برحلة أو لإقامة حفلة أو لإنشاء مصنع أو متجر .

ويجب أن يكون المشروع الكاذب وهميا لا وجود له، فان كان حقيقيا، فلا تتوافر الطرق الاحتيالية، حتى ولو لم يحقق هذا المشروع أي ربح أو لم يقم صاحبه بتنفيذه، طالما ثبت المشروع الذي عرضه الجاني على المستهلك وحصل من اجله على المال هو مشروع حقيقي.

---

[1]/- **الدكتور محمد احمد أمين الشوابكة**، جرائم الانترنت والحاسوب، المرجع السابق، ص50.

[2]/- أنظر أحكام المادة 01 من قانون العقوبات الجزائري " مبدأ الشرعية في التجريم والعقاب "

ولا يشترط أن يكون المشروع كله وهميا، بل يكفي لوقوع الاحتيال أن يكون المشروع قائما بنشاط تجاري معين، طالما أن الجاني أوهم المستهلك باتساع دائرة نشاطه وأعماله.

ب-2- الإيهام بوجود واقعة مزورة (غير حقيقية)

ويراد بالواقعة، كل تغيير يطرأ على احد المراكز أو الأوضاع القائمة، سواء كان هذا المركز أو الوضع ماديا أو معنويا وسواء كان التغيير من صنع الإنسان أو راجعا إلى فعل الطبيعة، والواقعة المزورة هي حدوث أمر مخالف للحقيقة، سواء كان ذلك عن واقعة مختلفة من أساسه، أو كان لها وجود ولكن على صورة مختلفة، وهذا كله بقصد حمل المستهلك على الاعتقاد بوجود أمر غير موجود أصلا، أو غير موجود بالصورة التي يحاول الجاني إيهام المستهلك بها، والإيهام بحادث أو أمر لا حقيقة له يشمل كل إيهام بأمر مختلق من أساسه[1].

وأبرز الأمثلة على ذلك: إيهام الجاني المستهلك انه له نفوذ وان في وسعه أن يقضي له حاجته، أو إيهامه انه على دراية بمسألة معينة تهمه، وانه على استعداد لإطلاعه على تفاصيلها، أو انه مهدد بصدور أمر قبض عليه، أو إبعاده عن البلاد، وان في وسعه تسفيره إلى بلد آخر من اجل العمل[2].

ب - 3 -إحداث الأمل بحصول ربح وهمي

يراد به إيهام المستهلك باحتمال حصوله على فائدة مستقبلية، ولا يقتصر الأمر على الربح المادي، بل يتسع مدلوله إلى مطلق الفائدة المادية كانت أو المعنوية مثال ذلك:

إيهامه بالحصول على صفقة رابحة في حين يكون الأمل بالربح ضئيلا أو كاذبا أو وهميا، أو بقدرته على تحويل النحاس إلى ذهب أو الزجاج إلى ماس، أو الحصول على رتبة أو وسام أو شهادة علمية.

---

[1]/- **الدكتور حسن طرح البحور على**، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر،2007، ص 43.

[2]/- **الدكتور حسن طرح البحور على**، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، نفس المرجع، ص 50.

وقد عبر المشرع الفرنسي عن هذه الغاية في المادة (313 /01) من قانون العقوبات [1]بقوله "بعث الأمل أو الاعتقاد في نجاح غرض من الأغراض "وهو تعبير أدل على الغرض من المعنى المقصود وأكثر اتساعا من تعبير إحداث الأمل بحصول ربح وهمي، الذي استعمله المشرع الجزائري والمشرع المصري أيضا، حيث أن التعبير الفرنسي يتسع ليشمل أي نجاح موهوم، سواء كان هذا النجاح منطويا على ربح مادي أو على مصلحة أو فائدة من أي نوع مادية كانت أو معنوية.

ب -4 إحداث الأمل بتسديد المبلغ الذي اخذ بطريق الاحتيال

يتحقق ذلك بجعل المستهلك يتوهم بأنه سوف يسترد ماله الذي سلمه إلى المحتال، مثال ذلك من يحصل على مبلغ من النقود مقابل رهن شيء يتبين فيما بعد انه مزيف أو لا قيمة له.

ب-5 الإيهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور

يكون ذلك مثلا في حالة قيام الجاني بتقديم سندا مزورا إلى المستهلك وأوهمه بان والده المتوفى كان مدينًا له بقيمته، أو أوهمه بأنه حرر مخالصة لصالحه لحمله على الدفع فإذا ما دفع الدين تبين له أن الورقة لا تتضمنا مخالصة أو أنها موقعة بغير إمضائه.

بند 02 :اتخاذ اسم كاذب أو صفه غير صحيحة

الوسيلة الثانية التي تقوم بها جريمة الاحتيال هي اتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة، وهي وسيلة مستقلة عن الوسائل الاحتيالية، لا ينبغي أن تقترن باستعمالها أو تدعم بمظاهر خارجية ويشترط لتحقيق هذه الوسيلة ما يلي:

1-أن يكون الادعاء لاسم أو صفة من شأنها أن تولد الخداع وتحمل على تسليم المال، فالادعاء لاسم كاذب مجهول أو لصفة ليس من شأنها إحداث هذا الأثر لا يعتد به في مجال الاحتيال، وتقدير ذلك مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع.

[1] /- Voir ART 313/1 CPF

2-أن يأتي الجاني فعلا ايجابيا ينتحل به الاسم الكاذب أو الصفة غير الصحيحة، فلو اتخذ موقفا سلبيا بان ترك المستهلك يعتقد في صفة ليس له، أو اسم غير اسمه واستطاع بذلك الحصول على مبلغ من المال، فان ركن الاحتيال لا يكون متوفرا.

3-يجب ألا يكون الادعاء ظاهر الكذب بحيث ينتبه إلى حقيقته من لديه قدر عادي من الإدراك، فإذا ادعى شخص انه ضابط شرطة وطلب مبلغ من صاحب محل على اعتبار انه رسوم مستحقة، وكان لباسه ومظهره لا يتفقان بحال الضابط، فان فعل هذا الشخص لا يعتبر شروعا في الاحتيال.

بند 03 :التصرف في عقار أو منقول غير مملوك للجاني وليس له حق التصرف فيه

اختلفت التشريعات في النص على هذه الوسيلة من وسائل الاحتيال، فبعضها نص عليها كجريمة مستقلة ملحقة بالاحتيال[1]، في حين نصت عليها قوانين أخرى أنها ضمن وسائل الاحتيال التي تتحقق بأحدها جريمة الاحتيال وليس كجريمة مستقلة[2].

وتقوم هذه الوسيلة، بإتيان الجاني تصرفا في مال غير عائد إليه، أي لا يدخل في ملكيته، وليس له حق التصرف فيه، وحمله المستهلك على تسليمه مالا نظير الحق الذي أوهمه، انه قد انتقل إليه بهذا التصرف، ويتحقق الاحتيال بهذه الوسيلة باعتبار تصرف الجاني في المال ينطوي ضمنًا على ادعاء غير صحيح، ويقع المستهلك بذلك الغلط، وهذا الغلط هو الذي يحمله على تسليم ماله إليه، وهذه الوسيلة كغيرها من وسائل الاحتيال الأخرى جوهرها الكذب الذي يلزم توافره لقيام الاحتيال، ومجرد توفر هذه الوسيلة يجعل ركن الاحتيال متوافرا دون الحاجة لاستعمال طرق احتيالية أو اتخاذ

[1]/- كما هو الحال في قانون العقوبات العراقي في المادة (457، والجزائري في المادة(372)، والتونسي في الفصل(292)، والمغربي في(الفصل(542)

[2]/- كما هو الحال في قانون العقوبات المصري في المادة(336)، والأردني في المادة (417)واللبناني في(المادة 655) والسوري في(المادة641)

اسم كاذب أو صفة غير صحيحة، ويلزم لقيام هذه الوسيلة من وسائل الاحتيال ضرورة اجتماع شرطين معا هما: التصرف في مال منقول أو عقار[1].

1- أن يكون هذا المال ليس ملكًا للجاني وليس له حق التصرف فيه، ويكفي مجرد القيام بها بتوافر الركن المادي في الجريمة دون اشتراط تأييدها بأشياء أخرى خارجية، فزعم الجاني انه يملك المال أو أن له الحق في التصرف فيه هو في ذاته كاف لتحقيق الركن المادي في جريمة النصب، ويقصد بالتصرف هنا كل تصرف ناقل للملكية كالبيع والمقايضة والهبة أو كل تصرف يقرر على العقار حقاً عينياً كحق الرهن، أما التأخير فلا يعد تصرفاً في جريمة النصب، ويستوي أن يكون محل التصرف عقاراً أو منقول فإذا كان التصرف بالبيع مثلاً وارداً على عقار، فإن المستهلك هو المتصرف إليه الذي يسلم المال للجاني وتقوم وسيلة الاحتيال في هذه الحالة.

2- أما إذا كان محل التصرف معيناً بالذات كسيارة محدده بأوصافها، فإن جريمة الاحتيال تقوم بتمكين الجاني من الاستيلاء على مال المستهلك، فمن يشاهد سيارة ويتوجه إلي الجاني معتقداً أنه مالكها يبغى شراءها منه، فيبدى هذا الأخير استعداده لبيعها له مؤكداً أنها ملكه ويتفق معه على تسليمها إليه بعد تحرير عقد البيع وقبض الثمن، فإن تم هذا واختفى الجاني قبل التسليم، عد مرتكباً لجريمة، وعليه فكون المال غير مملوك للجاني أو ليس له حق التصرف فيه أو تصرف فيه مع علمه بسبق تصرفه فيه فإن كان مملوكاً له أو له حق التصرف فيه فلا جريمة، فالوكيل الذي يقوم بالتصرف في مال مملوك لموكله بناء على عقد وكالة يفوضه فيه بالبيع، لا يرتكب

جريمة نصب حتى ولو ظهر بعد ذلك أن الوكالة كانت قد انتهت أو انقضت و لم يكن الوكيل قد علم بذلك[2]

[1]/- **الدكتور نجم محمد صبحي**، قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق، ص 237 وأنظر **الدكتور علي عبد القادر القهواجي والدكتور الشاذلي فتوح عبد الله**، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص،372 .

[2]/- **الدكتور محمود نجيب حسني**، النظرية العامة للقصد الجنائي، نفس المرجع، ص 139 .و أنظر **الدكتور علي عبد القادر القهواجي الدكتور الشاذلي فتوح عبد الله**، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 368

2 /- محل الجريمة :

يشترط أن يكون موضوع جريمة الاحتيال أو النصب مالاً منقولاً أو عقاراً مملوكاً لغير الجاني وليس له حق التصرف فيه، ولا أهمية بقيمة المال - عقاراً كان أو منقولاً - في قيام جريمة الاحتيال كذلك لا عبرة بكون المال له قيمة مادية أو مجرد قيمة أدبية كالخطابات والمذكرات الخاصة، ويستوي في المال موضوع الجريمة أن

تكون حيازة المستهلك له مشروعه أو غير مشروعه، كمن يتوصل بالاحتيال إلى الاستيلاء على مواد مخدره من آخر يعد مرتكباً لجريمة النصب، وكذلك من يستولى على سلاح غير مرخص بحيازته.

وقد حددت بعض التشريعات العربية[1] في قوانينها الجزائية المال موضع التسليم، بأنه مال منقول أو عقار،

وهناك شروط ترد على المال موضوع التسليم من أجل أن يعتبر محلا لجريمة الاحتيال وهي:

أ/- أن يكون موضوع الاحتيال مالا :

من البديهي أن يكون موضوع الاحتيال مالا لان جريمة الاحتيال هي من جرائم الاعتداء على الأموال، فإذا قام شخص باستخدام وسائل احتيالية من اجل الحصول على شيء ليس له صفة المال فان جريمة الاحتيال لا تقع، فمن استطاع بخداعه سلب حرية شخص بان ادخله في مكان مقفل فهو فهذا لا يعتبر احتيالا.

فإذا ثبت للشيء صفة المال فهو يصلح موضوعا للاحتيال سواء أكانت قيمته كبيرة أم ضئيلة، وسواء أكانت مادية أم معنوية، وتطبيقًا لذلك فان شيئًا قيمته معنوية فحسب، كرسالة أو تذكار عائلي يصلح أن يكون موضوعا للاحتيال ذلك أن الشيء ذا القيمة المعنوية هو محل لحق ملكية

[1]/- وذلك مثل قانون العقوبات الأردني في المادة(417) منه والسوري في المادة(641)، واللبناني في(المادة 6 من قانون العقوبات) أما البعض الآخر فقد حدد المال موضوع التسليم بأنه مال منقول، مثل قانون العقوبات المصري في المادة(336)، والإماراتي في المادة(399) (القطري في المادة 354).

ب/- أن يكون المال موضوع الاحتيال مملوكًا للغير :

إن الاحتيال اعتداء على حق الملكية، وهذا غير متصور إلا إذا كان المال ينصب على هذا الحق المملوك لشخص غير الجاني، فإذا كان مملوكًا للجاني وتوصل بالخداع إلى الحصول عليه من حائزه فانه لا يرتكب احتيالا، فلا يرتكب هذه الجريمة من يستعمل الحيلة لاسترداد ماله من يد سارقه.

ج/- أن يكون لموضوع الاحتيال طبيعة مادية :

إن النتيجة الجريمة في الاحتيال هي التسليم الذي يفترض مناوله مادية من المستهلك إلى الجاني أو من يعينه، والأصل في هذه المناولة المادية أن تنصب على شيء ذي كيان مادي، بالإضافة إلى ذلك فان الاحتيال اعتداء على الملكية، ولا تصلح للملكية سوى الأشياء المادية، شأن الملكية في ذلك شأن سائر الحقوق العينية، ومن ثم فان الشيء الذي يصلح محلا للحق المعتدى عليه بالاحتيال يتعين أن يكون ذا كيان مادي[1].

في الأخير، نشير إلى أن الاستيلاء على المنفعة فقط بإحدى وسائل الاحتيال لا يكفي لقيام محل جريمة الاحتيال، كمن يتوصل بالحيلة إلي الركوب في وسائل المواصلات العامة بغير أجر تحت الزعم أنه من رجال الشرطة مثلاُ.

[1]/- **الدكتور نجم محمد صبحي**، قانون العقوبات القسم الخاص، المرجع السابق، ص 234 وأنظر كذلك **الدكتور حسن الجوخدار**، تطبيق القانون الجزائي من حيث الزمان " دراسة مقارنة**." ، المرجع السابق** ص 115 وأنظر **لدكتور حسن صادق المرصفاوي**، قانون العقوبات الخاص، المرجع السابق، ص 15 وأنظر **محمد هشام صالح عبد الفتاح**، جريمة الاحتيال، دراسة مقارنة، المذكرة السابقة، ص 44 .

3/-: القصد الجنائي

جريمة الاحتيال أو النصب جريمة عمدية تتطلب توفر القصد الجنائي العام والخاص، فالأول يتمثل في علم الجاني بأن الأفعال التي يأتيها يعتبرها القانون وسائل احتيال ومن شأنها خداع المستهلك وحمله على التسليم، أما الثاني فيتمثل في انصراف نية الجاني إلي الاستيلاء على الحيازة الكاملة[1].

مما سبق يمكننا القول أن المستهلك الذي تعرض للنصب والاحتيال عبر الانترنت، يمكنه أن يتمسك بالقواعد العامة لجريمة الاحتيال[2]، على أساس أن الجاني في هذه الجريمة يقوم باستخدام وسائل احتيالية كاتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة أو غير ذلك من وسائل الاحتيال بغرض الاستيلاء على أموال مملوكة للمجني عليه تتمثل في رصيده في البنك[3].

لكن هناك بعض الصعوبات في تكييف هذه الجريمة، ومن هذه الصعوبات أن في جريمة الاحتيال يكون المجني عليه شخصاً طبيعياً، أما الاحتيال عبر الانترنت فإن فعل الاحتيال فيها ينصب على آلة وليس على شخص طبيعي أو اعتباري، لهذا لم يتفق الفقه في هذه المسألة، وانقسم إلى ثلاثة اتجاهات مختلفة[4]:

الاتجاه الأول :يرى أن جريمة النصب لا تقوم إلا إذا خدع شخصاً مثله، وان يكون الشخص المخدوع مكلفاً بمراقبة البيانات، وعلى ذلك لا يتصور خداع الحاسب الآلي بوصفه آلة، ومن ثم لا

---

[1]/- **الدكتور محمود نجيب حسني**، النظرية العامة للقصد الجنائي، نفس المرجع، ص 149 .و أنظر **الدكتور علي عبد القادر القهواجي الدكتور الشاذلي فتوح عبد الله**، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 378.

[2]/- **الدكتور محمد احمد أمين الشوابكة**، جرائم الانترنت والحاسوب، المرجع السابق، ص57 وأنظر كذلك **الدكتور هشام محمد فريد رستم**، الجرائم المعلوماتية، المرجع السابق، ص 73 وأنظر كذلك **الدكتور المحامي يونس عرب**، إيجاز في مفهوم ونطاق وخصائص والصور والقواعد الإجرائية للملاحقة والإثبات، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الأمن العربي، 2002، ص 69

[3]/- **الدكتور محمود نجيب حسني**، جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني، دار النهضة العربية، بيروت 1984، ص 276 وما بعدها.

[4]/- **الدكتور محمد سامي الشواء**، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 132

يطبق النص الجنائي الخاص بالنصب والاحتيال لافتقاده أحد العناصر اللازمة لتطبيقه، وهذا الاتجاه تبنته التشريعات المقارنة[1].

الاتجاه الثاني :تبنته الدول الانجلوسكسونية، منها بريطانيا واستراليا وكندا، وهذا الاتجاه يوسع من النصوص المعاقبة على جريمة النصب المعلوماتي واعتبر خداع الآلة بنية ارتكاب غش مالي هو من قبيل الاحتيال الذي يجب العقاب عليه جنائياً[2].

الاتجاه الثالث :وتبنته الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تطبق النصوص المتعلقة بالغش في مجال البنوك والبريد والتلغراف بغرض الغش على حالات النصب المعلوماتي[3]، كما أن المشرع الإماراتي في المادة" 2 " المنصوص عليها في القانون الاتحادي لعام[4] 2006 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، قد عاقب على كل فعل عمومي يتوصل فيه بغير وجه حق إلي موقع أو نظام معلوماتي سواء بدخول الموقع أو النظام أو يتجاوز مدخل مصرح به يعاقب بالحبس وبالغرامة .

بناءا على ما سبق وإذا ما كانت جريمة النصب أو الاحتيال جريمة عمدية فان الركن المعنوي في صورة القصد الجنائي العام متوافر بالإضافة إلي القصد الخاص وهو نية التملك، وفي جريمة النصب المعلوماتي يتحقق القصد العام إذا علم المتهم أنه يقوم بارتكاب فعل من شأنه إيقاع المستهلك في الغلط الذي يحمله على تسليم ماله،

فالجاني هنا يستعمل أسلوباً للإيهام بوجود ائتمان كاذب يتوصل من خلاله إلي الاستيلاء على مال الغير كله أو بعضه متى وقع على فواتير الشراء باسم كاذب أو استغل صفة كاذبة لتحويل أموال الغير من حساب آلي آخر عن طريق التلاعب في البيانات المدخلة مع توافر علمه بهذه الوقائع ومع ذلك تنصرف إرادته إليها رغم علمه بهذه الأفعال التدليسية.

---

[1]/- **الدكتور محمد سامي الشواء**، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، نفس المرجع، ص 145

[2]/- **الدكتور محمد سامي الشواء**، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، نفس المرجع، 150 .

[3]/- **الدكتور عمر محمد بن يونس**، أشهر الجرائم والمبادئ المتعلقة بالأنترنت في القضاء الأمريكي، ب .ط، ب د ن، 2004، ص 75

[4]/- أنظر المادة 2 من القانون لسنة 2006

ثانيا صور الاحتيال الواقع على المستهلك

صور النصب والاحتيال في التجارة الإلكترونية لا يمكن عدها ولا حصرها، لذلك سنذكر عدد منها على سبيل المثال لاعتبارها من الأنواع الأكثر شيوعا، وتتمثل في :عدم تسليم السلعة المتعاقد عليها بالرغم من سداد ثمنها، انتحال اسم أحد مواقع التسويق الشهيرة والترويج لسلعة مقلدة شبيهة بمنتج أصلى عالي الثمن والجودة، الترويج لسلع غير معروفة باستخدام الإعلان الكاذب أو المضلل [1]

1/- :عدم تسليم السلعة المتعاقد عليها بالرغم من سداد ثمنها

إن الحماية الفعلية للمستهلك لا يمكن أن تكون مستوفاة إلا بضمان التنفيذ السليم للعقد، ويكون ذلك بحصول المستهلك على المنتوج محل العقد بعد دفعه لثمنه، أي أن المهني ملزم بتسليم المنتج أو السلعة أو إنجاز مشروع معين مثل تصميم أو إقامة برامج ومنشآت المعلومات .ويكون التسليم طبقا لطبيعة المحل .فتسليم المنقول أو العقار المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المستهلك دون عائق [2].

وحتى برامج الحساب الآلي أو المعلومات يتم تسليمها من خلال تجسيدها على وسيط أو دعامة كالاسطوانة، أو عن طريق نقلها، كطاقة عبر شبكة الانترنت [3].

وقد يتم التسليم على مراحل متوالية بتمكين العميل من الحصول أولا بأول على كل ما يستجد من معلومات من خلال موجات أثيرية خاصة يتم استقبالها عن طريق جهاز وشفرة معينة .

---

[1]/- **الدكتور محمد سامي الشواء**، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، المرجع السابق، 142.

[2]/- **الدكتور ممدوح عبد الحميد عبد المطلب**، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات، 2000، ص 160.و أنظر **الدكتور حداد العيد**، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص 18 .

[3]/- **الدكتور طوني عيسى**، برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات، مقالة قانونية منشورة في مجلة العدل، العدد 2، بيروت، 1999، ص 96

لكن في كثير من الأحيان يكون المستهلك عرضة لعملية النصب والاحتيال، حيث أنه لا يتمكن من الحصول على ما تعاقد من أجله، وخير مثال على ذلك ما قامت به القضاء الأمريكي[1] في شهر ديسمبر من عام 1994 من إدانة شخصين بالخداع والتحايل عبر الشبكة الانترنت الدولية بوضعهما إعلانات على الشبكة، ووعدوا بإرسال السلع التي يتم طلبها الكترونيا من العملاء فور دفع قيمة السلعة إلكترونيا، ولكن المشتركين الذين طلبوا السلعة وقاموا بالدفع لم يتسلموا السلعة وكانت العقوبة هي السجن خمسة أشهر وغرامة 32 ألف دولار .

2/- :انتحال اسم أحد مواقع التسويق الشهيرة

إن هذا الأسلوب أشد خطورة وأكثر صعوبة في اكتشافه، حيث يمكن وبسهولة اختراق مثل هذا الحاجز الأمني .وتتم عملية الانتحال بهجوم يشنه المجرم على الموقع للسيطرة عليه، أو يحاول المجرم اختراق موقع لأحد مقدمي الخدمة المشهورين ثم يقوم بتركيب البرنامج الخاص به هناك، مما يؤدي إلى توجيه أي شخص إلى موقعه بمجرد كتابة اسم الموقع المشهور.

وتتم عملية الانتحال أيضا بقيام المجرم باستغلال اسم أحد المواقع الشهيرة بالتسويق أو أحد مواقع المنتجات المختلفة الشهيرة ويقوم بإنشاء موقع مماثل له سواء أكان ذلك في الاسم المتشابه معه إلى حد كبير أو في واجهة ونافذة ذلك الموقع حتى يخدع المتعامل معه ويوهمه أنه ذات الموقع الشهير تمهيدا للاحتيال عليه وسلبه أمواله بلا مقابل[2].

3/- :الترويج لسلعة مقلدة شبيهة بمنتج أصلي عالي الثمن والجودة

تقليد بعض العلامات التجارية المعروفة أصبح ظاهرة عالمية لها مظاهر متعددة، مثل تشابه الشكل أو النطق بين الأصلي والمقلد، أو كتابة عبارات تعطي انطباعا خاطئا عن بلد المنشأ، أو التغيير في حرف واحد من اسم العلامة التجارية الأصلية، إلى غير ذلك من أشكال التقليد، ويحدث هذا عندما يجد المنتج نوعا معينا من البضاعة تسوق بشكل جيد يلجأ إلى التحايل لتسويق بضاعته، ومن

[1]/- **الدكتور عمر محمد بن يونس**، أشهر الجرائم والمبادئ المتعلقة بالانترنت في القضاء الأمريكي، المرجع السابق، ص 85 .

[2]/- **الدكتور حداد العيد**، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص 19 .

هذه الأسباب أيضا عدم قدرة المنتج الذي يلجأ إلى التقليد على الصرف على عملية تسويق منتجه لقلة إمكانياته وبالتالي يلجأ إلى الاستفادة من تسويق منتج جيد التسويق.

و في هذا الافتراض يقوم المجرم المعلوماتي بعرض منتجات مقلدة تشبه الأصلية إلى حد كبير مع إيهام المستهلك بأنها ذات السلعة بثمن أقل كعرض خاص من الموقع.

4/- الترويج لسلع غير معروفة باستخدام الإعلان الكاذب أو المضلل

أدت الزيادة الهائلة في الإنتاج والمنافسة الشديدة على التسويق عبر الانترنت إلى استخدام الطرق الاحتيالية والتضليل في الإعلان، حيث يقوم المنتج لسلعة غير مشهورة بالإعلان لها بإعلان كاذب ومضلل من شأنه خداع المستهلك[1].

لهذا توجهت التشريعات الحديثة نحو تجريم المزاعم والإشارات والعروض الزائفة، أو التي لها طابع التضليل أو الإيقاع في الخطأ، بالإضافة إلى تجريم الإعلان الغامض المثير للشك والذي له طابع التضليل المؤدي إلى الخطأ، سواء تعلق ذلك بمحتوى المنتوج أو صفة من صفاته أو في منشأه أو كميته أو سعره أو في النتائج المترتبة على استخدامه[2].

ثالثا: عقوبة جريمة الاحتيال والشروع فيها

إذا توصل المجرم المعلوماتي إلى مبتغاة، وذلك بتلقي أموالا منقولة من المستهلك فإن جريمة الاحتيال قائمة في حقه يعاقب بعقوبة جريمة الاحتيال، أما إذا شرع في الاحتيال و لم يصل إلى إتمام جريمته أي لم يتلق من المستهلك أموالا منقولة فإنه يعاقب بجريمة الشروع في الاحتيال.

---

[1]/- **الدكتور محمد أحمد حته**، جريمة النصب في إطار التجارة الالكترونية، مقال منشور على الموقع التالي

http://kenanaonline.com/users/hetta11/posts/81162

[2]/- **الدكتور محمد حسين منصور**، أحكام البيع التقليدية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص81

1/- :عقوبة جريمة الاحتيال

اختلفت التشريعات المقارنة عن بعضها البعض في تحديد عقوبة جريمة الاحتيال والتي تتراوح بين عقوبات أصلية وأخرى تكميلية.

أ – العقوبة الأصلية:

نص المشرع الجزائري على عقوبات جريمة النصب الأصلية والتكميلية، كما نص كذلك على الظروف المشددة والظروف المخففة لها، وتعرض في الأخير إلى قيود .تحريك الدعوى العمومية

نصت المادة 372 ق ع ج على العقوبات الأصلية لجريمة النصب كالتالي: " يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 دج إلى 20.000 دج ."نفس الشيء بالنسبة للقانون التونسي في المادة 291 قانون عقوبات، والقانون الفرنسي في المادة 405 قانون عقوبات، اللذان حددا مدة الحبس بخمس سنوات .

أما المشرع المصري في المادة 336 قانون عقوبات، اكتفى بلفظ الحبس وكذلك المشرع الإماراتي في المادة 399 قانون عقوبات، والمشرع الليبي في المادة263 قانون عقوبات، وبذلك أعطوا لقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة وفقا للقواعد في تحديد مقدار عقوبة الحبس.

إن تطبيق هذه القواعد على جريمة الاحتيال يفرض على القاضي أن يرفع بمقدار العقاب الذي يحكم به كلما كانت أساليب الخداع محكمة فكان من العسير على المجني عليهم كشفها، ويتعين كذلك أن يشدد كلما ازداد عدد الضحايا الذين يحتمل وقوعهم ضحية لهذه الأساليب، وكلما زادت الإضرار التي يترلها بهم والمكاسب التي يحققها لنفسه.

ب– العقوبة التكميلية

نص قانون العقوبات الجزائري على عقوبة تبعية لعقوبة جريمة الاحتيال في المادة 372 والتي تتمثل في الحرمان من الحقوق الوطنية (الحرمان من حق الانتخاب، عزل أو طرد المحكوم عليه من الوظائف السامية في الدولة، فقدانه الأهلية في الوصاية). أما المادة 336 قانون عقوبات الجزائري تنص ..." :ويجوز جعل الجاني في حالة العود تحت ملاحظة البوليس مدة سنة على الأقل وسنتين على

الأكثر ." وقد نص قانون العقوبات اللبناني على عقوبة تبعية لعقوبة جريمة الاحتيال المشدد في المادة 669 أنه يمكن الأمر بنشر حكم الإدانة.

وبرأيي أن العقوبة التبعية لعقوبة الاحتيال ضرورية وخاصة نشر الحكم والمراقبة، حيث أن نشر الحكم في كافة وسائل الإعلام يجعل المهني المحتال معروف لدى المستهلكين حتى يكونوا على حذر شديد في حال التعامل معه أو عدم التعامل معه، إذ من الأحسن أن تنشر قائمة سوداء باسم التجار المحتالين على كل المواقع التجارية عبر الانترنت ليأخذ حذره.

2/- :عقوبة الشروع في جريمة الاحتيال

قد لا تكتمل جريمة الاحتيال لانعدام أحد أركانها، فنكون حينئذ أمام حالة شروع في الاحتيال، ويتحقق ذلك في حالة بدء الجاني في تنفيذ جريمته لكن لا يتمكن من إتمامها لأسباب خارجة عن نطاقه أي لا دخل لإرادته فيها.

ولقد اختلفت التشريعات المقارنة فيما يخص عقوبة الشروع في جريمة الاحتيال[1]، فهناك من يعاقب عليها بنفس عقوبة جريمة الاحتيال، كالتشريع الجزائري، أما البعض الآخر أفرد لها عقوبة خاصة كالتشريع المصري والبحريني[2].

---

[1]/- **الدكتور محمد القاسم والدكتور رشيد الزهراني**، تجارب الدول في مجال أحكام الجرائم المعلوماتية، مشروع الخطة الوطنية لتقنية المعلومات، دبي، 1423 هـــ، ص 69 و70 .

[2]/- أنظر في هذا أحكام المادة 336 من قانون العقوبات المصري لسنة 1953 المعدل وأنظر كذلك عل سبيل الإيضاح لما كان من المقرر أن مجرد الأقوال والإدعاءات الكاذبة مهما بالغ قائلها في توكيد صحتها لا تكفى وحدها لتكوين الطرق الاحتيالية بل يجب لتحقق هذه الطرق في جريمة النصب أن يكون الكذب مصحوباً بأعمال مادية أو مظاهر خارجية تحمل عليه على الاعتقاد بصحته، وكان الحكم لم يبين الطرق الاحتيالية التى استخدمها المتهم الأول والطاعن والصلة بينها وبين تسليم المجنى عليه المبالغ موضوع الاتهام فإنه يكون مشوباً بالقصور فى استظهار أركان جريمة النصب التى دان الطاعن بها – الأمر الذى يعجز محكمة النقض عن أعمال رقابتها على تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى كما صار إثباتها فى الحكم مما يتعين معه نقض الحكم .

(الطعن رقم 2626 لسنة 51 ق، جلسة 19 /02 / 1993 أنظر الى الرابط التالي egy-lawyers.com

وأحكام المادة 391 من قانون العقوبات البحريني مرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1976 .

الفصل الثاني

أهم الجهات التي تتولى مسألة حماية حقي المؤلف والمستهلك على النات

الفصل الثاني: أهم الجهات التي تتولى حماية حقي المؤلف والمستهلك على النات

تمهيد :

يعد موضوع جرائم تقليد المصنفات الأدبية والفنية حديثا في الساحة القانونية باعتباره يعالج ظاهرة متطورة عرفت انتشارا كبيرا في الآونة الأخيرة لا سيما مع التطور العلمي والتكنولوجي الذي رافقه تطور في التشريعات الوطنية التي قامت بتعديل قوانينها لتواكب هذا التطور الحاصل في صور التعدي على المصنفات الأدبية والفنية

ولقد عهد المشرع الجزائري إلى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة مسؤولية الدفاع عن المصنفات الأدبية والفنية للمؤلفين والمنتجين، كما أضفى على الأعوان التابعين للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة صفة الضبطية القضائية في تحرير المحاضر التي تثبت الاعتداء على الملكية الأدبية والفنية، وإحالة جنح التقليد إلى القضاء .

إضافة إلى ذلك فقد أناط المشرع الجزائري بالديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة مهمة حماية المصنفات الأدبية والفنية عن طريق دوره في قبول إيداعات المصنفات الأدبية والفنية والانضمام إليه، كما أحاط المشرع الملكية الفكرية بالأنواع الثلاثة من الحماية وهي الحماية الإجرائية والتي تكون وقائية واستعجاليه قبل استفحال الضرر بصاحب المؤلف، والحماية الجنائية التي تهدف إلى ردع الجناة ومعاقبتهم، ثم الحماية المدنية التي تهدف إلى جبر الضرر اللاحق بصاحب المصنف.

بإضافة إلى ذلك لقد تم تكريس العديد من الأجهزة وكلفت بالعديد من الصلاحيات في إطار الدفاع عن المستهلك وحمايته وتختلف مهام هذه الأجهزة وصلاحياتها حسب الغرض الذي تأسست لأجله فقد كلفت بسلطة رقابة وتنظيم الحياة الاقتصادية التي تجمع المستهلك بالمحترف أو المحترفين فيما بينهم، سواء على المستوى الوطني أو المحلي وذلك حسب الصلاحيات المخولة لها وحسب النظام التابعة له فهناك هيئات إدارية، وأخرى قضائية وأخرى أمنية وأيضا ظهرت إلى الوجود هيئات أخرى مستقلة عن الأنظمة السابقة الذكر أصبحت تحتل مكانة جد هامة لدى المستهلك وهي جمعيات حماية المستهلك .

نتج عن المخالفات والجرائم الاقتصادية التي تهدد المستهلك أن تدخل المشرع الجزائري بوضع عدة ضوابط قانونية هدفها حماية المستهلك من كافة الممارسات غير المشروعة والتريهة والمنافية لقواعد التجارة، التريهة فقام بسن قانون: حماية المستهلك وقمع الغش والذي يعتبر الدعامة الأساسية لحقوق المستهلك ناهيك عن الالتزامات الملقاة على عاتق الأعوان الاقتصاديين كونها أشخاص محترفة .

لقد أضحت حماية المستهلك من المهام الأولى، وأصبحت السلطات تهتم أكثر بصلاحية وسلامة السلع التي تنتجها أو تستوردها للاستهلاك العادي لمواطنيها ومن المؤكد أن في مجال نوعية المنتجات والخدمات أن المستهلك قد تضرر من تطور ظاهرة المضاربة والنقص الملحوظ في إطار المراقبة والقمع وندرة العرض بالنسبة للطلب المتزايد وأن هذه الحقائق سمحت بعرض العديد من المنتجات المختلفة المجهولة الصنع والخطيرة سواء على صحة أو أمن المستهلك لذلك سنتناول في هذا الفصل المبحثين التالية :

المبحث الأول نتطرق فيه إلى الأجهزة المكلفة بالحماية بالنسبة لحق المؤلف، أما المبحث الثاني نتعرض الأجهزة المكلفة بحماية حق المستهلك.

المبحث الأول: الأجهزة المكلفة بالحماية حق المؤلف

إن دراسة هيئات حماية حق المؤلف تحيلنا إلى المفهوم الثاني لقواعد الحماية والتي تتخذ شكل التسيير الجماعي لحقوق المؤلفين بصفة عامة يفرض التمييز بين نوعين من المؤسسات أو الجمعيات سواء كان طابعها عام أو خاص فهذه الأخيرة تقوم بتسيير حقوق المؤلفين وأصحاب الحقوق المجاورة ولا يقف الأمر عند هذا الحد فحسب بل يتعداه إلى التمثيل أمام الجهات القضائية المختصة تدافع بذلك على حقوق المؤلفين المنضمين إليها كما تقوم بتحصيل مستحقاتهم المالية الناتجة عن استغلال مصنفاتهم.

و إن اختلاف شكل هذه الهيئات المنتشرة عبر العالم يجرنا إلى دراستها خاصة مع ظهور أحدث التكنولوجية للاتصال، كما أن تنوع نشاطات هاته الهيئات من خلال الدور الذي تلعبه في ميدان حماية حقوق المؤلفين، يقودنا إلى التعريف بها، مدى شرعيتها تاريخ إنشاءها وشكلها.

لهذا نتطرق في هذا المبحث إلى دراسة الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة كنموذج عن الهيئات ذات الطابع العام في الجزائر[1]،حيث أن هذه الهيئة هي من الأوائل التي برزت مقارنة بمثيلاتها في الدول العربية الأخرى.

أما في النقطة الثانية فسوف تشمل دراسة الهيئات ذات الطابع الخاص الجزائرية ممثلة في الجمعيات ذات طابع ثقافي، مهني، اجتماعي، علمي، والتي يحكمها قانون المنظم للجمعيات.[2]

المطلب الأول: الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

يعتبر الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الهيئة الوحيدة التي تتولى حماية وتسيير حقوق المؤلفين وأصحاب الحقوق المجاورة المنضمين إليه، وهو هيئة ذات طابع عام، ولغرض تسليط

[1]/- الديوان الوطني لحق المؤلف والحقوق المجاورة المنصوص عليه حسب المادة 132 من الأمر 05/03 المتعلق بحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة .

[2]/- راجع أحكام القانون 12-06 المؤرخ في 2012/01/12 والمتضمن قانون الجمعيات الجزائري (ج.ر رقم 02 لسنة 2012 ص 33)

الضوء على مختلف النشاطات التي يقوم بها الديوان وكذا على مختلف الأجهزة التي تتدخل وتسهر في تحقيق الأهداف التي أنشأ من أجلها، عمدنا إلى تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة نقاط يتضمن الأول في نشأة وتعريف الديوان أما النقطة الثانية فسنخصصه لدراسة الديوان من خلال التطرق إلى تنظيم وسير هذا المرفق الحساس أما النقطة الثالثة فسنبرز فيه الوسائل المسخرة من الديوان بالاستناد إلى موارده البشرية والمادية.

أولا: نشأته وتعريفه

أنشأ المؤسسة العمومية المتعلقة بالمكتب الوطني لحق المؤلف بموجب الأمر رقم 14- 73 المؤرخ في 29 صفر 1393 الموافق ل 03 أبريل[1] 1973 والمتعلق بحق التأليف وهي هيئة وطنية ذات طابع عام.

و لهذه الهيئة الحق في التقاضي والتعامل كوسيط دون أي شخص طبيعي أو معنوي بين المؤلف أو ورثته والمستعملين (المستغلين) أو جمعياتهم وذلك بمنح الرخص وقبض الأتاوى الخاصة بها 14 "، فقد نصت المادة 71 من قانون حق المؤلف على أن" يعهد بمقتضى نص تشريعي حق المؤلف وحماية المصالح المعنوية والمادية للمؤلفين والملحنين إلى هيئة المؤلفين والملحنين" .

ونذكر إلى أنه قبل إنشاء هذه الهيئة الوطنية كانت هناك الجمعية الفرنسية للمؤلفين والملحنين وناشري الموسيقى هي التي كانت تحمي حقوق المؤلفين الجزائريين.

و لهدف توحيد الجهة التي تحمي حقوق المؤلفين سواء كانوا جزائريون أو أجانب في التراب الوطني، فقد نصت المادة 71 في الفقرات4 ، 3، 1من الأمر المذكور أعلاه، بأن تحل هيئة واحدة بقوة القانون محل أي هيئة مهنية أخرى للمؤلفين والملحنين حيث تتولى تمثيل جميع المؤلفين أو جمعيات المؤلفين الأجنبية أو أعضاءها بمقتضى تفويض أو اتفاق المعاملة بالمثل.

[1]/- أنظر على سبيل الدراسة التاريخية لأحكام الأمر 73-14 المؤرخ في 03 افريل 1973 والمتضمن إنشاء مؤسسة عمومية تسمى المكتب الوطني لحق المؤلف.(ملغى)

وقد أنشأت لجنة تتولى الفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين هذه الهيئة وأصحاب هذه الحقوق وهي بمثابة هيئة تحكيم، يعرض عليها النزاع، قبل رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية.

بعد ذلك، صدر الأمر رقم 73-46 الموافق ل 25 يوليو 1973 تنفيذا لمقتضى المادة 71 من قانون حق المؤلف المذكور أعلاه، و يتضمن إنشاء وإحداث مؤسسة عمومية تسمى المكتب الوطني لحق المؤلف (م.و.ح.م)، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري يتمتع بالشخصية التجارية والاستقلال المالي .

إلا أنه مع التغيرات والتطور التكنولوجي لوسائل الإعلام والاتصال) كالبث عبر الأقمار الصناعية والكوابل (...وازدياد أهمية الوسائل الالكترونية في نهاية القرن العشرين وتجسد ذلك في استعمال الكمبيوترو الانترنت، قد أصبحت أحكام الأمر المذكور سابقا ناقصة، من ناحية أنه من الضروري مواكبة الركب الحضاري والتكنولوجيا الحديثة التي أصبح من خلالها ممكنا، وبسهولة نقل الإنتاج الأدبي والفني عبر الدول، وذلك عبر ثوان مما يجعل العالم يكاد يكون بلدا واحدا من حيث الإفادة من الإنتاج الفكري، أضف إلى ذلك، فقد أدت القفزة الرقمية التي حدثت في العالم إلى إحداث اثر بالغ في كافة جوانب الحياة وكان لها أثر مباشر على حق المؤلف بالخصوص، حيث أصبح نشر وتوزيع وعرض المصنفات غاية في السهولة والسرعة والإتقان وبأقل التكاليف وقد ارتبط ذلك بظهور الكمبيوتر[1]

ولعل ما ميز الأمر 10/97[2] مقارنة بالتشريع السابق أنه استحدث تسمية جديدة للديوان ألا وهي "الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة" ، و كذلك دعم هذا النص الجديد حقوق

[1]/- **الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم**، تشريعات حقوق المؤلف وواقع تطبيقها في الوطن العربي، ضمن مقاله المنشور في حقوق المؤلف في الوطن العربي بين. التشريع والتطبيق، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ادارة الثقافة، تونس، 1996ص 33 وأنظر كذلك **الدكتور عبد الفتاح حجازي**، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006م، ص7 .و أنظر كذلك **الدكتور محمد المرسي زهرة**، الحاسوب والقانون، منشورات مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، 1995م، ص17 .

[2]/- أنظر الأمر 10/97 المؤرخ في 06 /1997/03 والمتضمن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة والذي ألغى القانون 73-46 (الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1997. ونشير إلى أن الجزائر انضمت إلى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية. المؤرخ في مارس 1997 -بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 97-341 جريدة رسمية رقم 09 .

المؤلف التي كانت محمية من قبل، بتوسيع دائرة المصنفات المحمية، و أضاف بذلك كل من المؤلفات التابعة للإعلام الآلي من تطبيقات وقواعد البيانات ومبتكرات الألبسة والأزياء والمصوغ والتي سيتم التطرق إلى النصوص القانونية المنظمة لها.

والجدير بالذكر انه تم بعد ذلك إلغاء الأمر رقم 10/97 بموجب الأمر03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق ل 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة 23، و الذي تميز بأحكام جديدة وأعطى حماية أكبر وأوسع لحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة مقارنة بالتشريع السابق، وسنتطرق إلى معظم تلك النصوص لاحقا وبشكل خاص النصوص المتعلقة بالتسيير الجماعي لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ولا بأس أن نشير على سبيل المقارنة ما استحدثه المشرع الجزائري، من خلال هذا الأمر.

فوفقا للقانون الأساسي[1] للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة من خلال مادته الثانية فان الطابع القانوني للديوان هي" مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي"، وقد صنفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية[2] الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة[3]، من بين الهيئات ذات الطابع العام التي تقوم بتسيير حقوق الأداء .

[1]/- أنظر في هذا المرسوم التنفيذي 05- 365 المؤرخ في 21-09-2005 والمتضمن القانون الأساسي لديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.(ج.ر رقم 65 ليوم 2005/09/21 ص 23)

[2]/- Voir dans ce sens Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, les dispositions de la convention de Berne dans l'accord sur pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971), dispositions mentionnées les ADPIC, GENEVE 1997, page 87 voir le lien suivant

[3]/- وعلى سبيل المقارنة نجد بعض الهيئات المشابهة لديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري ONDA، فنجد في روسيا ARTISJUS ونجد بالمغرب BSDA ونجد في بلغاريا JUSAUTOR.

ثانيا: تنظيم وسير الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

لقد نصت المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 05-365 [1]المتعلق بالقانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة على أنه" يسير الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة مجلس إدارة ويديره مدير عام."

على هذا الأساس قسمنا هذا الجزئية إلى نقطتين أساسيتان، الأول سندرس فيه مجلس إدارة الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة أما في الجزئية الثانية فسنتطرق إلى المسؤول الأول عن هذه الهيئة ألا وهو المدير العام.

بند 1 /- مجلس الإدارة

يتكون مجلس الإدارة من أعضاء من الحكومة وهم: ممثل الوزير المكلف بالثقافة وهو رئيس المجلس، ممثل وزير الداخلية، ممثل الوزير المكلف بالتجارة وأعضاء من الطبقة المعنية بحماية حقوقهم، ويشمل كل من مؤلفين وملحنين، مؤلفين للمصنفات الأدبية، مؤلفين للمصنفات السمعية البصرية، مؤلف لمصنفات الفنون التشكيلية، مؤلف للمصنفات الدرامية، فناني أداء.

ويعين هؤلاء الأعضاء المكونين لهذا المجلس بقرار من الوزير المكلف بالثقافة، بناءا على اقتراح من السلطات التي ينتمون إليها، وذلك لمدة3 ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة.

باعتبار أن الديوان الوطني هي مؤسسة عمومية، هذا يعني أن النشاط الذي تمارسه تحتكره الدولة، ويتجسد ذلك خصوصا في أعضاء الحكومة المكونين لمجلس إدارة الديوان.

يتمتع الديوان الوطني لحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة، كشخص معنوي بالاستقلال المالي، إلا أن ذلك لا يعني استقلاليته المطلقة، فهو يخضع لرقابة الوزير الوصي ومجلس الإدارة، في كل ما يخص صرف الميزانية المخصصة لإيرادات الديوان ونفقاته وميزانيات الاستغلال وحسابات تسييره السنوي[2].

[1]/- أنظر أحكام المادة 08 من المرسوم 05-365

[2]/- أنظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي 05 – 365.

حيث يقوم هذا الأخير[1] على المصادقة على النظام الداخلي والهيكل التنظيمي للديوان وإرساء بنود الاتفاقية الجماعية الخاصة بعلاقات العمل داخل الديوان، والشروط العامة لإبرام الاتفاقيات والصفقات مع الغير، والوقوف عند هذه النقطة ضروري باعتبار أن مجلس الإدارة يتحكم في وضع وإرساء الإطار القانوني، الذي يحكم العلاقات التي تربط الديوان وأصحاب الحقوق وبين الديوان والهيئات الأخرى المسيرة لحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة، إضافة إلى أنه يقوم بضبط برامج تنظم من خلالها كيفية التصرف في ممتلكات الديوان العقارية والحفاظ عليها وشروط قبول الهدايا والوصايا لفائدة الديوان[2].

ويذهب الديوان إلى أبعد من ذلك سيما أنه يشجع كل مبادرة وبرنامج يقترحه كل شخص من شأنه تحسين تنظيم الديوان ليجعله يحقق أهدافه على أحسن وجه.

كقاعدة عامة، يجتمع مجلس الإدارة في دورة عادية ثلاث (3)مرات في السنة باستدعاء من رئيسه، الذي يعد جدول أعماله ويمكن أن يجتمع هذا الأخير في دورات استثنائية بناء على طلب رئيسيه أو ثلثي أعضائه ينعقد اجتماع مجلس الإدارة بعد 15 يوما من توجيه الرئيس، استدعاء الحضور، مرفقة بجدول الأعمال إلى أعضاءه، ويمكن تقليص هذه المدة إلى 8 أيام، في حالة دورات استثنائية. ولا تصح مداولات المجلس إلا بحضور ثلثي أعضائه على الأقل، وإذا لم يكتمل النصاب يعقد اجتماع ثان في أجل 8 أيام وتصح مداولاته حتى ولو لم يتم النصاب.

وتتخذ قرارات المجلس بالأغلبية البسيطة وفي حالة تعادل الأصوات يرجح صوت الرئيس هذا ما نصت عليه المادة 14 من المرسوم التنفيذي[3]،وهذه المداولات تدون في محاضر وتسجل في دفتر خاص مؤشر وموقع عليه وهذا ما نصت عليه المادة 15 من المرسوم التنفيذي.[4]

---

[1]/- راجع المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 .

[2]/- راجع المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 .

[3]/- راجع المادة 01/14 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 .

[4]/- راجع المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365.

ترسل هاته المحاضر إلى الوزير المكلف بالثقافة ليصادق عليها خلال الشهر الذي يلي هذا الاجتماع، وتكون نافذة بعد شهر واحد من تاريخ إرسالها،)هذا ما نصت عليه المادة16 من المرسوم التنفيذي.[1]

يستمع مجلس الإدارة إلى كل تقرير، يقدمه المدير العام، حول تسيير الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ويتداول بصفة خاصة على ميزانيات الاستغلال والاستثمار وحسابات تسيير الديوان السنوية

بند 2/- **المدير العام للديوان :**

يعين المدير العام للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، بمرسوم تنفيذي، بناءا على اقتراح من الوزير المكلف بالثقافة وتنهى مهامه بالأشكال نفسها لتعيينه) هذا ما نصت عليه المادة 18 من المرسوم التنفيذي [2]. وقد اشترط هذا المرسوم في مادته 18 الفقرة 03 [3] "أن لا يكون هذا المدير مؤلفا أو ناشرا أو صاحب حقوق مجاورة كشرط من شروط تعيينه"

ومن أهم الصلاحيات التي أنيطت للمدير العام إضافة إلى إعداده للبرامج المذكورة أنفا والتي يقترحها لمصادقة مجلس الإدارة، فإنه يمثل الديوان أمام القضاء وفي جميع المعاملات من إبرام كل الصفقات والاتفاقيات والعقود التي ما فتئ الديوان أن يرتبط على أساسها مع أصحاب الحقوق ومع جميع الهيئات الأجنبية المماثلة.

وكذلك يعد المدير العام التقرير السنوي عن نشاط الديوان وتنفيذ ميزانيته ويرسله ...للوزير المكلف بالثقافة بعد موافقة مجلس الإدارة عليه

[1]/- راجع المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 .

[2]/- راجع المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 .

[3]/- راجع المادة 03/18 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 .

وكذلك يعد المدير العام التقرير السنوي عن نشاط الديوان وتنفيذ ميزانيته ويرسله للوزير المكلف بالثقافة بعد موافقة مجلس الإدارة عليه.[1]

ثالثا: وسائل تدخل الديوان

يتمتع الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي، وهذا يعني أنه يخصص له ميزانية مدروسة على أساس متطلبات وحاجيات هذا الأخير، وذلك لتغطية جميع النفقات والأعباء التي يتحملها مقابل ممارسته نشاطه المتمثل أساسا في تسيير وحماية حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة.[2]

بند 1 /- مداخيل الديوان

تعتبر مهمة تحصيل الإيرادات من أهم العمليات التي يقوم بها الديوان لتسيير حقوق المؤلفين وأصحاب الحقوق المجاورة وهي من المصادر الأولية المكونة لميزانية الديوان، وقد أدرج هذا تحت الباب الثالث المعنون بأحكام المالية للمرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 . في مادته الواحدة والعشرون

وسنتعرض فيما يلي إلى مصادر هذه الإيرادات باعتبارها الممول الأساسي للميزانية، حسب أهميتها وذلك بالتعرض إليها.

1 /-أتاوى حقوق المؤلفين:

وهي ناتجة أساسا عن التراخيص المشروعة، التي يقدمها الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لكل من المستعملين وجمعيات المستعملين، وبموجب هذه التراخيص يسمح لهؤلاء باستغلال المصنفات والآداءات الفنية هذا ما نستشفه من فحوى المادة 132 من الامر 05/03 [3]، و مقابل

[1]/- راجع المادة 19/الفقرة الأخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 .

[2]/- راجع المادة 02/02 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 .

[3]/- راجع المادة 132 من الأمر 05/03 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة .

التراخيص المذكورة آنفا يتم دفع مبالغ محددة بقدر استغلال أو تأجير الجهد الإبتكاري للمؤلفين، حيث تحدد عائدات الحقوق، إما بنسبة مئوية للمدخول الناتج عن استغلال المصنفات، وإما جزافيا، وهذا حسب سلم تسعيرات أتاوى الحقوق المحددة مسبقا، حيث تتغير باستمرار وذلك حسب حجم كل استغلال للمصنفات والأداءات وهذا ما نصت عليه المادة 21 من القانون الأساسي للديوان[1].

2/- أتاوى التراث الثقافي التقليدي

إذا كان استغلال المصنفات المذكورة أعلاه مربحا، يتلقى الديوان أتاوى تحسب بالتناسب مع الإيرادات أو جزافيا وفقا للشروط المحددة في نظامه التحصيلي، وتخصص الأتاوى المذكورة في الفقرة السابقة لتمويل إحصاء المصنفات والحفاظ عليها[2].

3/-حقوق تسجيل المصنفات المحمية

إن المصنفات المحمية من طرف الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، قد ذكرت على سبيل المثال وتتمثل على الخصوص فيما يلي :[3]

-المصنفات الأدبية المكتوبة مثل المحاولات الأدبية البحوث العلمية والتقنية والروايات والقصص والقصائد الشعرية

-المصنفات الشفوية مثل المحاضرات والخطب وباقي المصنفات التي تمثلها.

لم يأت المشرع الجزائري بتعريف لقواعد البيانات، عكس المشرع الفرنسي الذي أتى 112 فقرة الثالثة من قانون الملكية الفكرية الفرنسي[4] بأن قواعد البيانات - به في المادة 112 الفقرة 3 بند

---

[1]/- راجع المادة 21/ البند "أ" من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365 ." المتعلقة بالباب الثالث أحكام المالية المتعلقة " الإيرادات"

[2]/- راجع المادة 21 /02 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365

[3]/- راجع المادة 21 /03 من المرسوم التنفيذي رقم 05 – 365

[4]/- راجع أحكام المادة 53و 54 من الأمر 05/03 المتعلقة ببرامج الحاسوب الآلي التي أوردها المشرع من قبيل المصنفات المحمية على عكس قواعد البيانات ويلاحظ بأن المشرع الفرنسي أولى لقواعد البيانات تعريفا خاصا .=

02 هي " جمع من المصنفات، من البيانات أو عناصر أخرى مستقلة موجودة بصفة آلية أو منظمة ويمكن التوصل إليها بصفة شخصية عن الطريق الإلكتروني أو بطرق أخرى."

-كل مصنفات المسرح والمصنفات الدرامية، والدرامية الموسيقية والإيقاعية، والتمثيليات الإيمائية.

-المصنفات الموسيقية بالغناء أو الصامتة.

-المصنفات السينمائية والمصنفات السمعية البصرية الأخرى سواء كانت مصحوبة بأصوات أو بدونها.

-مصنفات الفنون التشكيلية والفنون التطبيقية مثل:الرسم والرسم الزيتي والنحت والنقش والطباعة الحجرية وفن الزرابي.

-الرسم والرسوم التخطيطية والمخططات، والنماذج الهندسية المسخرة للفن والهندسة المعمارية والمنشآت التقنية.

-الرسوم البيانية والخرائط والرسوم المتعلقة بالطوبوغرافيا أو الجغرافيا أو العلوم.

-المصنفات التصويرية والمصنفات المعبر عنها بأسلوب يماثل التصوير.

-مبتكرات الألبسة للأزياء.

وجاءت إضافة إلى هذه المصنفات في المادة 16 من الأمر 03-05 [1] مصنفات أخرى محل حماية من طرف الديوان تتمثل فيما يلي:

-أعمال الترجمة والاقتباس والتعديلات الموسيقية والمراجعات التحريرية وسواء كانت الأصلية للمصنفات الأدبية والفنية أو الثانوية .

=Voir Article L112-3 CPI « de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.

Article L112-3 anya 02 CPI « On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, Disposés de manières systématiques ou méthodiques, et individuellement accessibles par des moyens Électroniques ou par tout autre moyen. »

[1]/- أنظر أحكام المادة 16 من الأمر 03-05 وأنظر أحكام المادة 21 من المرسوم التنفيذي 06-265

-المجموعات والمختارات من المصنفات، ومجموعات مصنفات التراث التقليدي وقواعد البيانات سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للاستغلال بواسطة آلة أو بأي شكل من الأشكال الأخرى، والتي تتأتى أصالتها من انتقاء موادها أو ترتيبها.

4/-الأتاوى المتأتية من النسخة الخاصة لتسجيل المصنفات في المترل

لقد حدد المشرع التزام على كل من صانع ومستورد للأشرطة الممغنطة أو الدعائم الأخرى الغير المستعملة وكذا أجهزة التسجيل، أن يدفع على كميات الدعائم والأجهزة، التي يقوم بواسطتها باستنساخ مصنفات للاستعمال الخاص في شكل تسجيلات سمعية و/أو سمعية بصرية في مترله ليتسنى له بعد ذلك تبليغها بطريقة مشروعة للجمهور.[1]

ومن ثمة يجب على الخاضعين لهذه الأتاوى أن يقوموا بالتصريح بانتظام الكميات الحقيقية من الدعائم والأجهزة المنتجة محليا أو المستوردة الموجهة للاستغلال الخاص إلى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وذلك مع بيان سعر البيع العمومي للجمهور.[2]

وللتذكير فإن لحساب الإتاوة على النسخة الخاصة يوجب التناسب مع سعر البيع بالنسبة للدعائم الغير المستعملة وجزافيا بالنسبة للاستنساخ [3].

ونظرا لحداثة هذه النقطة، فإنه من الأجدر القيام بدراسة كيفية تدخل الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة في كيفية فرض هذه الأتاوى للملزمين بها، وكيفية توزيعها على أصحاب الحقوق.[4]

---

[1]/- أنظر أحكام المادة 05 والمادة 13 وما يليها من الأمر 03-05.

[2]/- أنظر أحكام المادة 128 من الأمر 03-05

[3]/- أنظر أحكام المادة 127 من الأمر 03-05

[4]/- وقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 2000-41 المؤرخ في 22 فبراير 2000 كيفية تنفيذ واجب أو التزام التصريح المفروض على الخاضعين له ومراقبة مدى مراعاة هذا الالتزام من طرف هؤلاء بواسطة الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

فالملزمين بالأتاوى على النسخة الخاصة، يقع على عاتقهم التصريح للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بجميع المعلومات اللازمة عن أجهزة التسجيل و/أو الدعائم الغير المستعملة المعدة لاستنساخ المصنفات سواء كانت تلك الأجهزة والدعائم مصنوعة محليا أو مستوردة ويقوموا في نفس الوقت بتسديد الأتاوى المستحقة[1].

ويتدخل الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة في هذه الحالة بوضع تحت تصرف الملزمين مطبوعات خاصة بذلك، ويمكن لهذا الأخير مطالبتهم بتزويده بمعلومات مكملة للتصريحات السابقة كذلك يمكن للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة مطالبة المؤسسات العمومية المتدخلة في مراقبة الأنشطة التجارية، بتبليغها المعلومات التي تمكن هذا الأخير من التأكد من صحة المعلومات المصرحة من طرف الملزمين بالأتاوى على النسخة الخاصة.[2]

أما عن الأجهزة والدعائم التي لا تعتبر محل دفع أتاوى على النسخة الخاصة المفروضة على صانعيها أو مستورديها فهي مذكورة على سبيل الحصر في المادة 126 من الأمر 03-05 المذكور أعلاه وتتمثل في الدعائم والأجهزة المعدة للتسجيل الاحترافي لمصنف ما، و تسجيل مصنفات لفائدة المعوقين وجمعياتهم وكذا التسجيل الذي لا يشمل مصنفات تدخل في مجموعة المصنفات المحمية قانونا أما ما عدا هذه الدعائم والأجهزة المعدة للأغراض المذكورة أنفا فإنه كقاعدة عامة تلزم مستورديها أو صانعيها بدفع الإتاوة على النسخة الخاصة.[3]

وقد ورد استثناء عن عدم دفع الإتاوة في الحالات المذكورة أعلاه مفاده في حالة إذا لم يصرح الصانع أو المستورد عن كمية هذه الدعائم أو الأجهزة بصفة دقيقة فهو ملزم بدفع الإتاوة.

[1]/- راجع المادة 1/02 من المرسوم التنفيذي رقم 41 -2000 المؤرخ في 22 فبراير 2000 المراقبة المتعلقين بالأتاوى على النسخة الخاصة.

[2]/- راجع المادة 02/03 والمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 41 -2000 .

[3]/- راجع المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 41 -2000

أما عن الفئة المستفيدة من هذه الإتاوة المقبوضة على النسخة الخاصة، فهم أصحاب المصنفات المسجلة والمعروضة للجمهور، ويتدخل الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة في توزيع هذه المداخيل من الأتاوى على النسخة الخاصة بنسب متفاوتة بحسب كل مشارك في المصنف المستنسخ.[1]

بند 2/– الوسائل البشرية لديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

إضافة إلى الوسائل المادية التي يملكها الديوان الوطني لحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة، فهو يمارس مهامه المتمثلة أساسا بقمع الغش ومحاربة جميع طرق الاستغلال، والاستنساخ الغير المشروع، لمصنفات المؤلفين والأداءت الفنية، وذلك عن طريق فئة مؤهلة من العاملين المحلفين، يعينهم الديوان للقيام بمهام تسيير وحماية حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة في الميدان العملي.

وتجدر الإشارة إلى أن الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة يتكون من ستة (06) مديريات تنشط في هذا المجال وهي

1- مديرية الأعضاء، تحديد الأبوة، توزيع الحقوق
2-مديرية استخلاص أتاوى حقوق المؤلف والمراقبة
3-مديرية الشؤون القانونية والعلاقات الدولية.
4-مديرية الإعلام الآلي
5-مديرية الموارد البشرية والمادية
6 - مديرية المالية والمحاسبة

[1]/- راجع المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 41 -2000

وبصدد الحديث عن النسخة الخاصة فقد نظمت المواد 37 من القانون التونسي و 40من قانون جيبوتي و 124إلى 129 من القانون الجزائري المذكور أنفا استعمال النسخة الشخصية على نحو يكفل حماية حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة، و ذلك تفاديا لما قد يخسره المؤلف من أرباح نتيجة ما بذله من جهد ابتكاري لمصنفه، حيث عالجت هذه القوانين ثلاث نقاط:

- قاعدة دفع الأتاوى من طرف صناع دعائم وأجهزة الاستنساخ ومستورديها.

- حساب مبلغ الإتاوة.

- وتوزيعها بين المعنيين الرئيسيين مع مراعاة تحقيق بعض الأهداف ذات الطابع الثقافي .

يقوم الديوان الوطني لحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة بمهمة مراقبة الملزمين عن دفع الإتاوة عن النسخة الخاصة عن طريق أعوان محلفين تابعين للديوان، حيث تتمثل مهامهم أساسًا في مراقبة محلاتهم التجارية والمستودعات والسيارات، وعلى الملزمين في هذه الحالة أن يقوموا بتسهيل مهمة هؤلاء الأعوان، بتمكينهم بالدخول إلى هذه الأماكن، إضافة إلى تقديم الوثائق التي تتعلق بالبضائع المعنية بالمراقبة قصد تسهيل مهمتهم حيث يراقبون حتى الوثائق المتعلقة بالتصريح بهذه البضائع، عند تحصيل الأتاوى على النسخة الخاصة فعلى الأعوان المذكورين سابقا أن يراعوا الطابع السري للمعلومات المتعلقة بالأنشطة التجارية التي حصلوا عليها بمناسبة ممارسة مهامهم[1].

ويكلف الديوان مجموعة من المراقبين التابعين له، بحجز النسخ المقلدة والمزورة من المصنفات المسجلة في فهارسه و/أو الدعائم المثبتة فيها هذه المصنفات أو الأداءات الفنية، شريطة وضعها تحت حراسة الديوان، ويجب على هذه الفئة في هذه الحالة، أن تخطر فورا رئيس الجهة القضائية المختصة إقليميا وتقديمها محضر مؤرخ وموقع قانونا يثبت عدد النسخ المقلدة المحجوزة.

ويقوم الديوان بمراقبة سوق النشر والقرصنة عن طريق مديرية استخلاص الحقوق والمراقبة حيث تجسد هذه المهمة ميدانيا من خلال عمليات مراقبة دائمة، يقوم بها أعوان محلفون على مستويين، المستوى الجهوي عن طريق فرق متخصصة، وعلى المستوى المحلي عن طريق فرق تتكفل باستخلاص أتاوى حقوق المؤلف وأصحاب الحقوق المجاورة الناجمة عن الاستغلال العمومي للمصنفات ومحاربة القرصنة على المستوى المحلي، سنتطرق لدور هذا الجهاز عند سرد العلاقات التي تربط ذوي الحقوق والمستغلين بالديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

المطلب الثاني: مهام الديوان على الصعيدين الداخلي والدولي

يشكل الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة حجر الزاوية في مجال حماية حقوق المؤلف وأصحاب الحقوق المجاورة في الجزائر وخارجها، على اعتبار أن حقوق المؤلف في الوقت الحالي شهدت تغيرات هامة من حيث الوضع القانوني الداخلي والخارجي مما يستدعي تكيف الديوان معها.

[1]/- راجع المادة 01/07 من المرسوم التنفيذي رقم 41 -2000.

حيث أصبحت حقوق المؤلف والحقوق المجاورة تتسم بالديمقراطية بالنسبة لحقوق التأليف التي تحولت من حق خفي باطني لا يعلمه إلا العارفون إلى حق سهل المنال بتداوله أيا كان خاصة مع ظهور وسائل التكنولوجية للاتصال الحديثة وظهور موضوعات جديرة بالحماية وظاهرة عولمة حق التأليف العابرة للحدود.

كل هاته العوامل أصبحت تتطلب إيجاد آلية تعمل على تسيير وحماية حقوق المؤلفين ووالحقوق المجاورة ضد كل تعد واستغلال غير مشروعين سواء داخل الجزائر أو خارجها.

ولغرض إبراز دور الديوان في مجال حماية وتسيير حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة قسمنا هذا المبحث الى مطلبين، يتضمن الأول تسيير وحماية تلك الحقوق على المستوى الوطني أما المطلب الثاني فقد خصصناه لمعرفة كيفية تسيير وحماية حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة على المستوى الدولي اخذين بعين الاعتبار العقود التي يبرمها الديوان مع نظيراته الأجنبية المسيرة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

أولا: مهام الديوان على الصعيد الداخلي

بالرجوع لأحكام الأمر 03-05 المتعلق بحماية حق المؤلف نجده قد حدد أحكاما تتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة محل الحماية من قبل الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، إضافة إلى وسائل حمايتها.

ولغرض تسليط الضوء على الدور الذي تقوم به هذه الهيئة، الوحيدة على المستوى الوطني، في تسيير وحماية الحقوق المادية والمعنوية، والناتجة عن استغلال المصنفات المحمية قانونا، والمسجلة في فهارس هذه الهيئة ارتأينا أن نبين الطرق والوسائل حماية حقوق المؤلف عن طريق الديوان الوطني لحماية المؤلف[1].

إن طبيعة حق المؤلف محصورة في التجسيد المادي لمختلف المصنفات الموضوعة للتداول، مما جعلها عرضة للممارسات اللامشروعة عليها وعلى أصحابها، كالسطو عليها بمختلف أشكاله مما

[1]/- أنظر 123 من الأمر 03-05 .

جعل التشريع الجزائري على غرار التشريعات العربية والأجنبية البحث عن وسائل حماية صاحب الإبداع الفني والأدبي وأصحاب الحقوق المجاورة من فناني أداء ومنتجي التسجيلات السمعية والسمعية البصرية وهيئات البث الإذاعي وألتلفازي، عن طريق وسيلتين، الأولى قبل حدوث الاعتداء (الطريقة الوقائية) أما الوسيلة الثانية فهي الطريقة

الزاجرة بعد حدوث الاعتداء (الطريقة العلاجية) وتتمثل في تقرير جزاء جنائي يوقع على المعتدي.

إن التشريع الجزائري انتهج لرعاية حقوق المؤلف دعويين الدعوى المدنية والتي بإمكان المتضرر أن يسلكهما بعد تعرضه للاعتداء على حقوقه وذلك بإعلان تأسيسه كطرف مدني للمطالبة بالتعويضات المدنية، و لم يكتف المشرع الجزائري بالدعوى المدنية فقط بل دعمها بحماية جزائية أكثر ردعا بالنسبة لكل مستهلك مستهتر غير مبال بما يقدم عليه من أفعال.

بند1 / تدخل الديوان عن طريق الدعوى المدنية:

بالرجوع إلى أحكام المواد 143 إلى غاية المادة 150 من الأمر 03-05 [1]نجد أن المشرع قد كرس هذه النع من الحماية لصالح حق المؤلف

-يمكن لمالك الحقوق السابق ذكرها أن يرفع دعوى قضائية أمام القضاء المدني لتعويض الضرر الناتج عن الاستغلال الغير المرخص به لمصنف المؤلف والأداء لمالك الحقوق المجاورة.

-كما لمالك هذه الحقوق أن يطلب من الجهة القضائية المختصة، اتخاذ تدابير تحول دون المساس الوشيك الوقوع على حقوقه أو تضع حدا لهذا المساس المعاين والتعويض عن الأضرار التي لحقته .

أما عن المساس بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة فيتم معاينته من قبل ضباط الشرطة القضائية أو الأعوان المحلفون التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة .

[1]/- راجع المواد 143 إلى المادة 150 من الأمر 03-05

إن الهيئة المكلفة قانونا في الجزائر بالسهر على حماية حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة هو الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، لأجل ذلك خصص هذا الأخير مصلحة تقوم أساسا بالمراقبة على المستوى المحلي كل ما كانت هناك شبهة أو مساس بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وهذه الأخيرة تتكون من مجموعة من الأعوان المحلفين التابعين للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، قد أسندت لهم مهمة القيام بحجز[1]

نسخ دعائم المصنفات أو الأداءات المقلدة، شريطة وضعها تحت حراسة الديوان، ويتم فورا إخطار رئيس الجهة القضائية المختصة بناءا على محضر مؤرخ وموقع قانونا يثبت النسخ المقلدة المحجوزة.

تفصل المحكمة في طلب الحجز التحفظي خلال ثلاثة (3) أيام على الأكثر من تاريخ إخطارها، بل أكثر من ذلك فقد أولى المشرع الجزائري حماية أكثر لأصحاب الحقوق ومن يمثلونهم، إذ يمكنهم أن يطلبوا من رئيس الجهة القضائية المختصة إقليميا بالنظر في دعواهم واستصدار أمر يأمر فيه بإيقاف أي عملية صنع جارية ترمي إلى الاستنساخ الغير المشروع للمصنف أو للأداء المحمي أو تسويق دعائم مصنوعة، بما يخالف حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة، والقيام بحجز الدعائم المقلدة والإيرادات المتولدة من الاستغلال الغير المشروع للمصنفات الأداءات حتى خارج الأوقات القانونية، بحجز كل عتاد استخدم أساسا لصنع الدعائم المقلدة .

حيث أمكن الطرف الذي يدعي التضرر بفعل التدابير التحفظية المذكورة أنفا أن يطلب من رئيس الجهة القضائية المختصة التي تنظر في القضايا الاستعجالية رفع اليد أو خفض الحجز أو حصره أو رفع التدابير التحفظية الأخرى لقاء إيداع مبالغ مالية كافية لتعويض مالك الحق في حالة ما إذا كانت دعواه مؤسسة وذلك خلال الثلاثين يوما ابتداء من تاريخ صدور الأمرين المنصوص عليهما في المادتين146 و147من الأمر 03-05 .[2]

[1]/- **الدكتور عبد الرحمان خلفي**، الحماية الجزائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الطبعة الأولى، 2007، منشورات الحلبي الحقوقية، ص137 .

[2]/- راجع المواد 146 و147 من الأمر 03-05 .

وتشكل الأتاوى المستحقة للمؤلف وفنان الأداء أو العازف الخاصة بالسنتين الأخيرتين من استغلال مصنفه أو أداءه الفني ديونا ممتازة شأنها في ذلك شأن الأجور، وتعتبر مبالغ الإدانات والتعويضات المستحقة لمالك الحقوق إذا وقع استغلال غير مشروع لمصنفه أو أداءه .[1]

بند2 / تدخل الديوان عن طريق الدعوى العمومية:

قد تباشر الدعوى من طرف الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة باعتباره ممثلا للمؤلف وأصحاب الحقوق المجاورة.

لم يأت المشرع الجزائري بتعريف واضح ومحدد لجنحة التقليد كما سبق التطرق إليه، بل اكتفى بتعداد الأفعال الغير المشروعة والتي تدخل في وصف جنحة التقليد، فبمفهوم المخالفة، ما هو التكييف القانوني للجريمة التي يتمثل ركنها المادي في أحد الأعمال التالية:

الكشف الغير المشروع للمصنف أو المساس بسلامة مصنف أو أداء لفنان مؤد أو عازف استنساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة استيراد أو تصدير نسخ مقلدة من مصنف أو أداء بيع نسخ مقلدة لمصنف أو أداء[2].

-تأجير أو وضع رهن التداول لنسخ مقلدة لمصنف أو أداء فتشكل هذه الأعمال أو الأفعال المادية جنحة التقليد.[3]

إضافة إلى ما سبق تشكل أيضا جنحة التقليد عند إبلاغ المصنف أو الأداء عن طريق التمثيل أو الأداء العلني أو البث الإذاعي السمعي أو السمعي البصري أو التوزيع بواسطة الكبل أو بأية وسيلة نقل أخرى لإشارات تحمل أصوات أو صورا وأصواتا أو بأي منظومة معالجة معلوماتية، كذلك يعتبر

[1]/- راجع المادة 147 الفقرة 01 و02 و03 و04 من الأمر 03-05.

[2]/- حيث تنص المادة131 من الأمر 03-05 على" يكلف الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بالحماية القانونية للحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر "والمادة 132 من الأمر 03-05 على" يخول الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة مهمة التمثيل الجماعي للمؤلفين وورثتهم والمالكين الآخرين للحقوق.

[3]/- راجع المادة 151 من الأمر 03-05 .

مرتكبا لجنحة التقليد كل من يشارك بعمله أو بالوسائل التي يحوزها للمساس بحقوق المؤلف أو أي مالك للحقوق المجاورة إضافة إلى كل من يرفض عمدا دفع المكافأة المستحقة للمؤلف أو لأي مالك للحقوق المجاورة آخر.[1]

ولا يمكننا في هذا المجال أن لا نقف عما نص عليه التشريع الفرنسي في هذا الخصوص باعتبار أنها من أهم الدول التي تستقطب أشهر هيئات التسيير الجماعي لحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة حيث نص التشريع الفرنسي المتعلق بالملكية الفكرية[2] في المادة322-1 أن الأخص في مجال حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على أن هيئات الدفاع المهنية المؤسسة لها الصفة والحق في التقاضي للدفاع عن مصالح المؤلفين الذين أوكلت لها بصفة تنظيمها الداخلي هذه المهمة ألا وهي حماية مصالح من تمثلهم.

ولكن هذه المادة القانونية" لا تعفي هذه الشركات من تبرير مهمتها المتمثلة في تسيير مصنف ما محل الحماية من طرفها وذلك بتبيان الوكالة التي يجعلها أو يوكل فيها المؤلفين وأصحاب الحقوق

[1]/- راجع المادة 152 من الأمر 03-05.

[2]/- Voir Art R 322-1 du CPI (modifier par le Décret n°95-406 du 14 avril 1995 - art. 1 JORF 19 avril 1995)

En 2013, la France connaît 22 **sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur (SPRD)** dont :

- la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)
- la Société civile des auteurs multimédia (SCAM)
- la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP)
- la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)
- la Société civile pour l'administration des droits des artistes et musiciens interprètes (ADAMI/Adami)
- la Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes (Spedidam)
- la Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP)
- la Société des Auteurs des arts visuels et de l'Image Fixe (SAIF)
- le Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC)
- La SOFIA Société française des intérêts des auteurs de l'écrit

Voir le lien suivant: http://www.senat.fr/lc/lc30/lc300.html

المجاورة لهذه الهيئات مهمة تسيير وحماية حقوقهم بموجب عقد الوكالة وفي الحقيقة أن الهيئات المسيرة لحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة لها الحق في التقاضي للدفاع عن مصالح المادية والمعنوية للمؤلفين المنضمين إليها نظامها الداخلي ينص على هذه المهمة .

كما لا يمكن لهاته الأخيرة أن تقوم بأي إجراء يتعلق بالحجز في حالة التقليد إلا إذا كانت قد أوكل لها مهمة تسيير حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وذلك فيما يخص استغلال المصنف محل الحماية عن طريق عقد وكالة أو عقد تنازل.

وقد اعترفت الاجتهادات القضائية الفرنسية[1] وحتى الفقه [2]،بأن حق التمثيل وحق الاستنساخ للمؤلف، حقوقا مالية وهي بصفة خاصة حق التثبيت هذا الحق الذي طرح عدة إشكالات شائكة للحقوق المعنوية للمؤلف فمن الأفضل أن يدرج هذا الحق ضمن الحقوق المالية.

ثانيا: مهام الديوان على الصعيد الدولي

لا شك أن ميل الإنتاج الأدبي والفني إلى الذيوع والانتشار يزيد من أهمية البحث عن مدى تمتع المؤلف بالحماية خارج دولته، خاصة وأن تطور الوسائل التكنولوجية الحديثة للاتصال، ونخص بالذكر أجهزة التسجيل التي بلغ بها التقدم العلمي مرتبة يمكنها أن تنقل أي تسجيل آخر، في مدة وجيزة عن طريق الدوران بسرعة عالية.

كذلك ظهور أجهزة متطورة ذات الاستعمال الشخصي تحتوي على جهاز راديو آخر للأسطوانات وثالث للأشرطة، حيث أن أجهزة الكاسيت (الأشرطة السمعية)مزودة بمكانين

[1]/- Voir: **TGI de Paris 3ème chambre, 2ème section Jugement du 21 mars 2003 ; note de Mme Fanny R. / SCP Jacques et François T. (**droit d'auteur - vente - reproduction - contrefaçon - marque - droit moral - épuisement des droits) voir le lien suivant: http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=35

[2]/- Yves GAUBIAC, Frank GOTZEN, La méthode d'adaptation du droit d'auteur au cadre d'un marché unique numérique connecté ;fondation pour le droit continental ; mars 2015

Et voir aussi ; Yves GAUBIAC , LES EXCEPTIONS ET LIMITATIONS AU DROIT D'AUTEUR AU SENS DE L'ARTICLE 13 DES ADPIC ; Bulletin du droit d'auteur ,doctrine , Cette étude a été publiée, en France, dans la Revue Communication Commerce Electronique (Com. com. électr.) , juin 2003

لشريطين مختلفين يمكن من خلالها نقل الشريط المسجل على شريط خام، وفي نفس الوقت سماعه، إضافة إلى غزو الأسواق لأنواع جديدة من الأسطوانات تعطي إمكانية الحصول على استنساخ على درجة عالية من النقاء، ويشار هنا إلى الأسطوانات التي تسمى والأسطوانات التي تعمل بأشعة الليزر[1].

كذلك نشير إلى المهمة التي تقع على عاتق هيئات التسيير الجماعي لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة خاصة فيما يتعلق بمصنفات حديثة والتي تتمثل في برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات وأجهزة الذكاء الصناعي

وفي حقيقة الأمر فإنه عندما يتنازل المؤلف لهيئة التسيير الجماعي عن أداء أو عرض مصنفاته في أي مكان في العالم فإن هذا التنازل يسمح للهيئة بمتابعة حقوق المؤلف في مختلف الدول عن طريق التعاقد مع هيئات التسيير الجماعي في هذه الدول، والانضمام إلى الاتحاد الدولي لجمعيات المؤلفين والملحنين وقد وضع الاتحاد الدولي نموذجا لعقود تسمى عقود التمثيل التبادلي أو المتبادل[2]، كي تبرم مختلف هيئات التسيير الجماعي فيما بينها عقودا على غراره، بحيث فحواه أن تتنازل كل هيئة للهيئات الأخرى المتعاقدة معها عن الحقوق التي حصلت عليها من أعضائها وعملائها بالنسبة لأداء مصنفاتهم في الدول التي تنتمي إليها هذه الهيئات، ويتم ذلك على سبيل التبادل، بحيث تتابع كل هيئة كافة المصنفات الوطنية والعالمية التي تؤدى في دولتها، كما تحصل لها الجمعيات الأخرى على حقوق المؤلفين من أعضائها من مصنفاتهم التي تؤدى في دول هذه الهيئات .

[1]/- **الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم**، الإدارة الجماعية لحقوق المؤلف مع التطبيق على الأساليب التكنولوجية الحديثة، التوابع الصناعية وشبكات المعلومات، مداخلة في اجتماع المسؤولين الحكوميين عن حقوق المؤلف في الوطن العربي، 1998/06/05، ص 07

[2]/- **C.I.S.A.C.** « **Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs** est une organisation internationale non gouvernementale sans but lucratif, dont le but est de promouvoir les droits des créateurs partout dans le monde par ses actions en faveur d'une solide protection juridique du droit d'auteur et le soutien qu'elle apporte à un réseau d'organisations de gestion collective (OGC), également appelées sociétés d'auteurs, sociétés de gestion des droits d'auteur, sociétés de perception ou sociétés de droits d'exécution. » voir le lien suivant https://fr.wikipedia.org/wiki/Conf Aration_internationale_des_sociAs_d'auteurs_et_compositeurs

والمقصود بعقود التمثيل المتبادل، أن يلتزم كل طرف متعاقد بممارسة حقوق أعضاء الأطراف الأخرى في إقليمه، بنفس الطريقة وبنفس الحدود التي تمارس بها حقوق أعضائه، وذلك في حدود الحماية القانونية المقررة للمصنف الأجنبي في الدولة التي تطلب فيها الحماية.

وفيما يلي نستعرض أهم البنود التي يحتويها العقد النموذجي السابق الإشارة إليه أعلاه، وخاصة عندما يكون الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة طرفا فيه متعاقدا مع أي هيئة مسيرة لحقوق المؤلفين والحقوق المجاورة كل في حدود إقليمها.[1]

البند 1:عقد التمثيل المتبادل (عقد نموذجي)[2]

في البداية يعين في العقد الأطراف المتعاقدة، مثلا :الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وهيئة شركة أجنبية وغالبا ما تبرم الجزائر عقودا مع هذه الشركة الفرنسية كشركة SACEM.[3]

فبموجب هذا العقد تخول الهيئة (أ) للهيئة(ب) الحق الاستشاري بمنح ترخيص أو تراخيص في حدود اختصاص الإقليمي لهذه الأخيرة) والتي يحدد الإطار الإقليمي لممارسة نشاطها بصفة دقيقة في

[1]/- **الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم**، الإدارة الجماعية لحقوق المؤلف مع التطبيق على الأساليب التكنولوجية الحديثة، التوابع الصناعية وشبكات المعلومات،ص 08 .

[2]/- أنظر في هذا مذكرة توضيحية الصادرة بمناسبة مراجعة التشريع النموذجي لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في الوطن العربي، مؤتمر

في الدورة السابعة لمؤتمر الوزراء المسؤولين عن الشؤون الثقافية في الوطن العربي) الرباط، المغرب، أكتوبر /تشرين أول 1999، ص 11 أنظر الرابط التالي: ecipit.org.eg/**arabic**/pdf/Low_**model**2.pdf

[3]/- La société civile des auteurs multimédia rassemble plus de 25.000 réalisateurs, auteurs d'entretiens et de commentaires, écrivains, traducteurs, journalistes, vidéastes, photographes et dessinateurs.
Ces créateurs font la richesse documentaire de la radiophonie, de l'audiovisuel, des nouveaux médias, de l'édition et de la presse. La Scam les représente auprès du législateur, des producteurs, des éditeurs et des diffuseurs. Elle discute, collecte et répartit leurs droits patrimoniaux, affirme leur droit moral et négocie leurs intérêts futurs.La Scam siège, depuis décembre 1998 à paris ; voir le lien suivant http://art-flox.com/feuille-Les_organismes_de_protection_des_droits_d_auteur.html

البند السادس من هذا العقد النموذجي، هاته التراخيص تخص كل استعمال أو استغلال للمصنفات الموسيقية الغير مسرحية على سبيل المثال المصنفات بكلمات أو بدونها، الموسيقية والغير مسرحية ويذكر نوع الاستغلال في الفقرة الثالثة من هذا البند، وكذا الأساس القانوني لحماية هذه المصنفات محل هذا العقد(مثلا بموجب أحكام القانون الداخلي، اتفاقيات ثنائية الجانب، وكذا الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف المتعلقة بحقوق المؤلف)، سواء كانت هذه الاتفاقيات سارية التنفيذ أو ستدخل حيز التنفيذ خلال مدة سريان العقد.

أما بالنسبة للحق الإستئثاري المنصوص عليه في الفقرة الموالية، يخول في حدود أن حق الأداء العلني وحق استنساخ المصنفات المتنازل عليها لهدف إدارتها لهيئة خاصة من قبل أعضائها وذلك مع مراعاة أحكام التنظيم الداخلي لهذه الهيئة، حيث تشكل هذه المصنفات "فهارس هذه الهيئة."

وفحواها نفس الفقرة وتبدأ الفقرة الموالية بكلمة بالتبادل السابقة، يعني أن كل هيئة تسير الحقوق المذكورة أعلاه بنفس الطريقة التي تحميها الهيئة ألأخرى، وهنا يتبادر في أذهاننا ما يسمى بمبدأ المعاملة بالمثل.[1]

حيث يرى البعض[2] أن المشرع يلتزم بمد حمايته لكل مؤلف يساهم في إثراء التراث الثقافي في دولته سواء كان هذا المؤلف وطنيا أو أجنبيا، ويعني اللجوء إلى مبدأ المعاملة بالمثل في مجال حق

[1]/- أنظر مذكرة توضيحية الصادرة بمناسبة مراجعة التشريع النموذجي لحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في الوطن العربي، ص 13 " قرر السادة الوزراء دعوة المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم إلى إعداد مشروع تشريع عربي موحد يستأنس فيه بالتشريعات القائمة لحماية المصنفات الفنية في ضوء واقع التقدم المتزايد في إنتاج السمعي والمرئي على أن يقدم هذا المشروع إلى المؤتمر في دورته القادمة."

و هذا ما أشارت إليه **المادة 01 من العقد النموذجي** " "تنطبق الحماية المقررة في هذا التشريع على جميع المصنفات المبتكرة الأدبية والفنية والعلمية، أيا كانت قيمة هذه المصنفات أو الغرض من تأليفها أو طريقة التعبير عنها وشكل ذلك التعبير، بمجرد إبداع المصنف، دون الحاجة إلى أي إجراء شكلي، سواء أكان مثبتا على دعامة مادية أم لا."

[2]/- **الدكتور نواف كنعان**، حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة، الأردن، 2004، ص 123 وأنظر كذالك **الدكتور محمد حسام محمود لطفي**، المرجع العملي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الكتاب الرابع، اتحاد مكتبات الجامعات المصرية، 1999، ص 225 .

المؤلف أن تصبح حماية حقوق المؤلفين الأجانب في الدولة متوقفة على مدى الحماية التي يتمتع بها المؤلفين من وطنييها في الدول الأخرى .

أما عن محتوى الفقرة الأولى من المادة السابعة[1] من عقد التمثيل المتبادل، فإنها تحدد أنواع الاستغلال للمصنفات موضوع الحماية بموجب هذا العقد وهي تشمل مثلا في حالة المصنفات الموسيقية الغير مسرحية:

أ – للجمهور في أي مكان كان كل تنفيذ أو أداء مسموع داخل الإقليم الذي يمارس هيئة التسيير الجماعي لنشاطها، وذلك عبر أي وسيلة كانت أو أي طريقة كانت، سواء كانت هذه الوسيلة موجودة من قبل إبرام العقد أو اكتشفت في أثناء سريان العقد.

وكذلك تشمل كل الأداءات التي تؤدى عن طريق إنسان، أو آلة أو عن طريق آلات مثل تسجيل أسلاك، أشرطة سمعية، ووسائل البث والنقل مثل حصة إذاعية، التلفزة، سواء تعلق الأمر بحصص، وكذلك عن طريق أجهزة مباشرة، إعادة البث، بث عن طريق الكوابل الاستقبال الراديوفونية والتلفزة، استقبال التلفزيوني إلى غيرها من الوسائل الأخرى المشابهة لهاته الأخيرة.

ب– كل تسجيل وكل استنساخ آلي في الإقليم الذي هو من اختصاص الهيئة المتعاقدة وكذلك بأي شكل وفي أي مكان سواء كانت عن طريق تسجيلات أو نقل نسخ ما عدا النسخ" الغرافي"

[1]/- **المادة 07 من العقد النموذجي** يتمتع مبدعو مصنفات الفن التشكيلي الأصلية ومؤلفو المخطوطات الموسيقية الأصلية، ولو كانوا تنازلوا عن ملكية النسخة الأصلية لمصنفاتهم، بالحق في المشاركة بنسبة مئوية من حصيلة كل عملية بيع لهذه المصنفات، ولا ينطبق ذلك على مصنفات العمارة ومصنفات الفن التطبيقي

أما في الفقرتين4 و 5فإنها تنص على التزام كل هيئة متعاقدة[1] في أن لا ترخص استغلال هذه المصنفات محل الحماية والتي تدخل في إطار فهارس هيئة أخرى،إلا بموافقة صريحة ومكتوبة من الهيئة التي استغل المصنف الذي يدخل ضمن فهارسها.

ويلاحظ كذلك، أن العقد النموذجي يخول للهيئة المتعاقدة الحق الإستئثاري في منح تراخيص في حدود اختصاصها، بموجب هذا العقد وفي حدود الإقليم الذي تمارس فيه نشاطاتها ويكمن الاختصاص في المجالات التالية:

1- تسمح أو تمنح باسمها الخاص، أو باسم المؤلف (صاحب المصنف) استغلال المصنفات الموجودة في فهارس الهيئة المتعاقدة معها، بتسليم تراخيص لاستغلال المصنفات.

2- تقوم هذه الهيئة المسيرة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بتحصيل الحقوق مقابل التراخيص التي منحتها.

3- قبض المبالغ المستحقة المتمثلة في التعويضات عن الأضرار التي لحقت بمصالح المؤلفين وذلك في حالة الاستغلال الغير المشروع والغير مرخص به للمصنفات.

4- رفع دعوى قضائية باسمها ضد كل شخص معنوي أو طبيعي أو سلطة إدارية أو غيرها التي تكون مسؤولية عن الاستغلال الغير المشروع للمصنفات.

5- أن تقوم بكل عمل من شأنه ضمان وحماية حقوق الأداء العلني وحقوق استنساخ المصنفات المحمية بموجب هذا العقد، الذي يربط هيئات التسيير الجماعي بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

[1]/- راجع المادة 36 الفقرة 04 و05 **من العقد النموذجي** "يخول الترخيص بالتسجيل السمعي البصري لأداء فناني الأداء الحق باستنساخ الأداء في شكل تسجيل سمعي بصري يهدف النقل إلى الجمهور يجوز لأي شخص أن يطلب من الوزارة المختصة منحه رخصة إجبارية بالنسخ أو بالترجمة أو بهما معا لأي مصنف محمي طبقا لنصوص هذا التشريع، ما دام إصدار هذه الرخصة لا يخل بالاستغلال للمصنف أو يضر بدون مبرر بالمصالح المالية المشروعة للمؤلف، ونظير سداد تعويض عادل إليه، ويتعين أن يكون القرار الصادر بالرخصة الإجبارية مسببا وأن يحدد فيه النطاق الزماني والمكاني والمقابل المالي .

ويجب دائما أن يكون الغرض من منح الترخيص الوفاء باحتياجات التعليم أو المكتبات العامة أو دور الحفظ القومية."

فلا يمكن للهيئة المتعاقدة أن تمارس الحقوق السابق والمذكورة في الفصل الثامن تحت عنوان الادارة الجماعية لحقوق المؤلف من خلال المادة 57 من العقد النموذجي والتي نشترط تضمين العقد ترخيص مكتوب وصريح من الهيئة المتعاقدة الأخرى، وبالتالي لا يمكنها أن تتنازل عن اختصاصاتها المخولة لها للغير بموجب أحكام هذا العقد[1].

أما المادة 59 من نفس العقد النموذجي[2] فإنها تنص على الالتزامات التي تقع على عاتق كل هيئة متعاقدة، وتتمثل هذه الالتزامات فيما يلي:

* أن تحمي حقوق الأعضاء المنتمين للهيئة المتعاقدة معها بنفس الطريقة التي تحمي بها أعضائها المنضمين إليها، وهذا في حدود الحماية القانونية المقررة للمصنف الأجنبي في البلد الذي تكون فيه الحماية مطلوبة، وفي حالة عدم النص على حماية المصنف الأجنبي في البلد الذي تقع فيه الهيئة المتعاقدة، فإنه في هذه الحالة يمكن سد هذا الفراغ القانوني، بإرساء حماية مماثلة، هذه الحماية تتجسد في إدراج بند أو شرط في العقد يقضي بضمان حماية هذا المصنف الأجنبي.

* كل هيئة أو مؤسسة متعاقدة تحمي المصنفات الموجودة في فهارس السعر والطرق والوسائل لتحصيل وتوزيع الحقوق التي تتبعها عند حماية مصنفاتها الموجودة المسجلة في فهارسها.

* تلتزم كل هيئة متعاقدة اتجاه الأخرى أن تمدها بجميع المعلومات الخاصة بالأسعار التي تطبقها على مختلف الاستغلال المقررة في العقد، في إطار اختصاصها الإقليمي وذلك متى طلبتها إحداهما للأخرى.

---

[1]/- **راجع المادة 57 من العقد النموذجي** " يكون التنازل أو التوكيل بموجب سند خطي أو توكيل ينظّم لدى الجهة المختصة، ويذكر فيها صراحة كافة الحقوق الموكلة إدارتها إلى الجمعية أو الشركة.

يكون التنازل أو الوكالة لمدة محدودة، ويجوز أن يشمل كافة مصنّفات المؤلف أو صاحب الحقوق المجاورة الحالية أو المستقبلية أو بعضها وفي حالة عدم تحديد المصنفات تعتبر جميعها مشمولة بالتنازل أو الوكالة"

[2]/- **راجع المادة 58 من العقد النموذجي**" يخضع عمل جمعيات أو شركات إدارة الحقوق الجماعية لرقابة وسلطة الجهة الإدارية المختصّة ويتوجّب على هذه الجمعيات أو الشركات أن تضع بتصرّف تلك الجهة كافة سجلاتها ودفاتر المحاسبة الضرورية لممارسة الرقابة عليها."

* الاتفاق على إعادة التوازن الاقتصادي للعقد يكون بطلب من أحد الطرفين المتعاقدين.

* تضع كل هيئة تحت تصرف الهيئة المتعاقدة معها الأخرى، المستندات والوثائق اللازمة لتسمح لها بتبرير التحصيل التي تقوم بها بموجب أحكام هذا العقد.

* كما تضع تحت تصرف الهيئة الأخرى جميع الوثائق والمعلومات اللازمة حتى تسمح لها بممارسة رقابة فعالة لمصالحها خاصة فيما يتعلق[1]:

- بالتصريح بالمصنفات.

- تحصيل وتوزيع الحقوق ورقابة البرامج وجميع التصريحات بالإنتاج

إضافة على ذلك فإن هذه الهيئات لها الحق في، الاستعانة بوثائق هيئة أخرى، متعلقة بتحصيل وتوزيع الحقوق بشكل يسمح لها بمراقبة إدارة فهارسها من طرف الهيئة الأخرى.

كل هيئة تعين ممثلا لها، يمثلها أمام الهيئة المتعاقدة معها، حيث تسند له مهام الرقابة التي تطرقنا لها سابقا.

---

[1]/- **راجع المادة 59 من العقد النموذجي** على كل جمعية أو شركة تنوي القيام بإدارة الحقوق الجماعية، قبل القيام بأي نشاط، أن تودع لدى الجهة الإدارية المختصّة المستندات الرسمية المتعلّقة بإنشاء الجمعية أو شهادة تسجيل الشركة في السجل المختصّ، بالإضافة إلى تصريح ببيانات منها:

- نسخة عن نظام الجمعية الداخلي أو النظام التأسيسي للشركة.
- اسم الممثل القانوني وعنوانه.
- عدد المؤلفين وأصحاب الحقوق المجاورة الذين تنازلوا إلى الجمعية أو إلى الشركة عن إدارة حقوقهم وتحصيل العائدات الناتجة لها أو أوكلوها لها.
- نسخة عن التنازلات أو الوكالات المنظّمة من قبل المؤلفين أو أصحاب الحقوق المجاورة أو خلفائهم العموميين أو الخصوصيين لمصلحة الجمعية أو الشركة.
- مدة التنازلات أو الوكالات المنظّمة.
- كيفية توزيع العائدات المحصلة.
- الموازنة السنوية للجمعية أو الشركة

أما عن المادة 64 من العقد النموذجي[1] للتمثيل المتبادل فهي تنص على الإقليم، حيث على الهيئتين أن تحدد كل بحسب الإقليم الذي تمارس فيه نشاطاتها، والتي تتمثل في حماية المصنفات موضوع الحماية بموجب العقد على مستوى الإقليم الذي تمارس فيه نشاطها والذي تستغل فيه هذه المصنفات.

ويتبادر إلى ذهننا السؤال التالي:كيف يتم توزيع الحقوق من طرف هذه الهيئات بموجب عقد التمثيل المتبادل والذي أخذناه كمثال عن المصنفات الموسيقية المحمية على المستويين الداخلي والدولي،والإجابة على هذا السؤال يكون كالتالي:

* **الفقرة الأولى:** تلتزم كل من الهيئتين ببذل قصارى جهدها، للحصول على البرامج والكشوف لكل استغلال، في الإقليم الذي تمارس فيه نشاطها، والتي تأخذ هذه كوثائق لقاعدة أساسية لتوزيع المبلغ الإجمالي الصافي للحقوق المحصل عليها من جراء هذا الاستغلال.

* **الفقرة الثانية** :عندما ينتمي ذوي الحقوق لمصنف في مؤسسة أو هيئة واحدة غير الهيئة الموزعة، فمجموعة% 100 من الحقوق المتعلقة بالمصنف، توزع على المؤسسة التي هم منضمون إليها.

* **الفقرة الثالثة** :في حالة المصنف الذي يعتبر مؤلفوه ليسوا كلهم منضمين في هيئة واحدة، و لكن لا أحد من هؤلاء عضو في المؤسسة الموزعة، فالحقوق تكون موزعة طبقا لما يسمى بالبطاقات الدولية

* **الفقرة الرابعة** :حصة حقوق الناشر لمصنف أو مجموع حصص الناشرين مهما كان عددهم أو الناشرين من الباطن للمصنف لا تتجاوز في جميع الحالات 50% من مجموع الحقوق المتحصل عليها من الأداء العلني للمصنف، ولا تتجاوز 60% عند التسجيلات والاستنساخ الآلي.

و في حالة عدم وجود بطاقة دولية أو وثائق معادلة لها، فإن المصنف لا تعرف هويته إلا عن طريق تدخل الملحن العضو في الهيئة.

[1]/- راجع المادة 64 من العقد النموذجي.

فيجب أن يمنح لهيئة الملحن مجموع حقوق الأداء العلني للجمهور المتعلقة بالمصنف، هذا أما إذا تعلق في حالة ما إذا تعلق الأمر بتعديل مصنف غير محمي الأمر بنص يقتبس من مصنف غير محمي فإن الحقوق يجب أن تدفع لهيئة كاتب الكلمات .[1]

البند الثاني :أهم الاتفاقيات الدولية

تجدر الإشارة إلى أنه وجدت هناك عدة اتفاقيات دولية أتت لحماية حقوق المؤلفين والحقوق المجاورة أردنا تقديمها باختصار لنعالج أهم المبادئ أو الأحكام الجديدة التي جاءت بها.

1- اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية

لقد جاءت هذه الاتفاقية بمبادئ[2] وأحكام متعلقة بحماية حقوق المؤلفين وأهمها مبدأ المعاملة الوطنية و مفاده أن يحظى المؤلفين الأجانب على نفس الحقوق التي يتمتع بها المؤلفين الوطنيين، كما تنص ذات الاتفاقية على قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بشرط الأجانب وتنازع القوانين وكذا قواعد تسمى الاتفاق الأدنى [3]

---

[1]/- راجع المادة 64 الفقرة 1و 2و 3 و4 من العقد النموذجي.

[2]/- تتناول اتفاقية برن حماية المصنفات وحقوق مؤلفيها وتستند إلى **ثلاثة مبادئ أساسية** وتشمل مجموعة من الأحكام المتعلقة **بالحد الأدنى للحماية** الواجب منحها وبعض الأحكام الخاصة التي وضعت لمصلحة **البلدان النامية**.

المبادئ الأساسية الثلاثة هي التالية:

(أ) المصنفات الناشئة في إحدى الدول المتعاقدة (أي المصنفات التي يكون مؤلفها من مواطني تلك الدولة، أو التي نشرت للمرة الأولى في تلك الدولة) يجب أن تحظى في كل دولة من الدول المتعاقدة الأخرى بالحماية نفسها التي تمنحها لمصنفات مواطنيها (مبدأ "المعاملة الوطنية").

(**ب**) ويجب ألا تكون الحماية مشروطة باتخاذ أي إجراء شكلي (مبدأ الحماية "التلقائية").

(**ج**) ولا تتوقف الحماية على الحماية الممنوحة في بلد منشأ المصنف (مبدأ "استقلال" الحماية). ومع ذلك، إذا حدد تشريع أية دولة متعاقدة مدة للحماية أطول من الحد الأدنى المنصوص عليه في الاتفاقية وتوقفت حماية المصنف في بلد المنشأ، جاز رفض الحماية عند انتهاء مدتها في بلد المنشأ http://www.wipo.int/treaties/ar/ip/berne/summary_berne.html

[3]/- Jean –Sylvestre Berger , jurisprudence , article publié sur la Revue critique de droit international privé ,DALLOZ N° 3 , juillet –septembre 1998 , TOME 87 , page 440

2- الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف(1996)

أتت هذه الاتفاقية لحماية وتشجيع المصنفات الأدبية والعلمية والفنون، وقد عرفت والذي يعني أن المصنف محمي من © هذه الأخيرة رواجا بنصها بصفة خاصة على الرمز طرف جميع الدول التي أمضت على هذه الإتفاقية وكذا على قواعد أخرى لضمان المصالح الاقتصادية للمؤلف وكذا مدة الحماية [1]

3- الإتفاقية الدولية حول حماية الفنانين المؤدين أو المنفذين، منتجي الفونوجرام وهيئات البث الإذاعي- اتفاقية روما(1961)

وتعترف هاته الأخيرة على حماية الحقوق المجاورة، حيث تحمي الفنانين المؤدين أو المنفذين بإعطائهم الحرية في منع بعض المستغلين في بعض الحالات من استغلال أداءاتهم، أما عن منتجي الفونوجرام وهيئات البث الإذاعي فإن هذه الاتفاقية تمنحهم الحق الإستئثاري في ترخيص أو منع استغلال مصنفاتهم.

[1]/- **اتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية بشأن حق المؤلف** هي معاهدة دولية حول قانون حق المؤلف الذي اعتمدته الدول الأعضاء في المنظمة العالمية للملكية الفكرية في عام 1996. توفر الاتفاقية حماية إضافية لحقوق الطبع والنشر تعتبر ضرورية بسبب التقدم في تكنولوجيا المعلومات منذ تشكيل معاهدات حقوق التأليف والنشر السابقة قبل ذلك. من يضمن أن برامج الكمبيوتر محمية باعتبارها أعمالا أدبية (المادة 4)وهذا الترتيب واختيار المواد في قواعد بيانات محمية (المادة 5). توفر الاتفاقية لمؤلفي المصنفات السيطرة على تأجيرها وتوزيعها في المواد من 6 إلى 8 التي قد لا تكون موجودة بموجب اتفاقية برن. كما يحظر التحايل على التدابير التكنولوجية لحماية الأعمال (المادة 11) والتعديل غير المصرح به من معلومات إدارة الحقوق الواردة في الأعمال (المادة 12). اعتبارا من ديسمبر 2014 فقد صدقت الاتفاقية 93 دولة أنظر الرابط

https://ar.wikipedia.org/wiki اتفاقية_المنظمة_العالمية_للملكية_الفكرية_بشأن_حق_المؤلف .

و نظمت المادة السابعة من الاتفاقية مدة الحماية بوجه عام على أن تشمل مدة حياة المؤلف وخمسين سنة بعد وفاته، إلا أنها قد أوردت أحكاما خاصة بتحديد بدء هذه المدة بالنسبة للمصنفات السينمائية أو التي تحمل اسم المؤلف أو تحمل اسما مستعارا.

4-اتفاق المنظمة العالمية للملكية الفكرية حول حق المؤلف واتفاق المنظمة العالمية (للملكية الفكرية حول الأداءات والتنفيذات والفونوجرامات)

أتت هذه الاتفاقات نتيجة أو لمواجهة نتائج الغزو الرقمي الذي يشهده العالم في هذا القرن، اعترف بالحق المعنوي للفنانين المؤدين والمتمثل في حق اشتراطه ذكر اسمه عند استغلال أدائه المثبت وله الحق في معارضة كل تغيير لأدائه.

5- اتفاقية حول الفضاء الإجرامي - cybercriminalité-

حررت هذه الاتفاقية من طرف المجلس الأوربي[1]، لهدف تدعيم سياسة عقابية مشتركة من فتعتبر هذه الاتفاقية، شأنها حماية المجتمع بما يسمى الفضاء الإجرامي الأولى من نوعها على المستوى الدولي التي تتطرق بصفة خاصة، إلى المسائل المتعلقة في بالاعتداء على حقوق المؤلف والاختلاس ألمعلوماتي مجال الجرائم المرتكبة عن طريق الأنترنيت وعبر شبكات المعلوماتية الأخرى وكذلك أتت بمجموعة من الإجراءات كالحجز على الشبكات المعلوماتية وضبط المعلومات.

[1]/-À compter du 11 janvier 2013, le nouveau Centre européen de lutte contre la cybercriminalité (EC3) sera en activité et contribuera à protéger les entreprises et les citoyens européens contre la cybercriminalité. La commissaire européenne chargée des affaires intérieures, Mme Cecilia Malmström, participera à l'inauguration officielle du Centre situé dans les locaux de l'Office européen de police (Europol), à La Haye (Pays-Bas).voir le lien suivant: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-13_fr.htm

Voir la directive 2013/40/UE relative aux attaques contre les systèmes d'information « La présente directive a pour objectif de rapprocher le droit pénal des États membres dans le domaine des attaques contre les systèmes d'information en fixant des règles minimales concernant la définition des infractions pénales et les sanctions applicables, et de renforcer la coopération entre les autorités compétentes, notamment la police et les autres services spécialisés chargés de l'application de la loi dans les États membres, ainsi que les agences et organes spécialisés compétents de l'Union, tels qu'Eurojust, Europol et son Centre européen de lutte contre la cybercriminalité et l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA). »

6- الإتفاقية المتعلقة بحماية منتجي الفونوجرام ضد الاستنساخ الغير مرخص به من طرفه 29اكتوبر1971

قد أتت هذه الاتفاقية لحماية منتجي الفونوجرام الأجانب والمنتمين إلى الدول الأعضاء المنضمين إلى هاته الاتفاقية ضد كل إنتاج نسخ بدون موافقة المنتج وكذلك ضد استيراد هذه النسخ بغرض توزيعها على الجمهور وكذا ضد توزيعها على الجمهور.

المبحث الثاني: الأجهزة المكلفة بحماية المستهلك

لقد تم تكريس العديد من الأجهزة وكلفت بالعديد من الصلاحيات في إطار الدفاع عن المستهلك وحمايته وتختلف مهام هذه الأجهزة وصلاحياتها حسب الغرض الذي تأسست لأجله فقد كلفت بسلطة رقابة وتنظيم الحياة الاقتصادية التي تجمع المستهلك بالمحترف أو المحترفين فيما بينهم، سواء على المستوى الوطني أو المحلي وذلك حسب الصلاحيات المخولة لها وحسب النظام التابعة له فهناك هيئات إدارية، وأخرى قضائية وأخرى أمنية وأيضا ظهرت إلى الوجود هيئات أخرى مستقلة عن الأنظمة السابقة الذكر أصبحت تحتل مكانة جد هامة لدى المستهلك وهي جمعيات حماية المستهلك .

المطلب الأول: دور الهيئات الإدارية في حماية المستهلك

الفرع الأول: دور وزارة التجارة:

إن المهام المخولة لوزارة التجارة باعتبارها الجهاز الأول المكلف بحماية المستهلك متعددة ومتنوعة، هذا التنوع يعود بالدرجة الأولى إلى المصالح التابعة لهذه الوزارة سواء كانت مركزية أو خارجية أو جهوية أم فرعية أو عامة أم ولائية أم محلية بحيث كل مصلحة من المصالح مكلفة بنوع من المهام والأنشطة تمارسها عبر التنظيم الساري المفعول - لقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 02 - 454[1] الموافق ل 21 ديسمبر 2002 يحدد صلاحيات وزير

[1]/- أنظر المرسوم التفيذي 02 – 454 المؤرخ في 2002/12/21 المعدل والمتمم

التجارة والذي يمنح لوزير التجارة كل الصلاحيات في إطار حماية مصالح المستهلك.

- بناءا على المادة 05 منه والتي تنص على أنه: "يكلف وزير التجارة في مجال جودة السلع والخدمات وحماية المستهلك لما يأتي: - يحدد بالتشاور مع الدوائر الوزارية والهيئات المعينة شروط وضع السلع والخدمات رهن الاستهلاك في مجال الجودة والنظافة الصحية والأمن .[1]

– تقترح كل الإجراءات المناسبة في إطار وضع نظام للعلامات، وحماية العلامات التجارية والتسميات الأصلية ومتابعة تنفيذها .

– يبادر بأعمال تجاه المتعاملين الاقتصاديين المعنيين من أجل تطوير الرقابة الذاتية .

– تشجيع تنمية مخابر تحاليل الجودة والتجارب ويقترح الإجراءات والمناهج الرسمية للتحليل في مجال الجودة .

– يساهم في إرساء قانون الاستهلاك وتطويره، يشارك في أشغال الهيئات الدولية والجهوية المختصة في مجال الجودة .

– يُعدّ وينفذ إستراتيجية الإعلام والاتصال تتعلق بالوقاية من الأخطار الغذائية وغير الغذائية تجاه الجمعيات المهنية والمستهلكين التي يشجع إنشاؤها "

– يستعين وزير التجارة في إطار أداء مهامه بالاتصال مع مختلف الدوائر الوزارية الأخرى[2] قصد ترقية المنافسة وتنظيم الأنشطة التجارية ومراقبا الجودة وصلاحية السلع والخدمات المعروضة للجمهور وضبط المنافسة باقتراح كل الإجراءات اللازمة التي من شأنها تعزيز قواعد وشروط منافسة نزيهة، وتوجيه وتنظيم النشاط التجاري بفرض رقابة على ذلك قصد قمع الغش .[3]

[1]/- راجع المادة 05 من المرسوم 02-454

[2]/- أهم هذه القطاعات الوزارية: وزارة الداخلية والجماعات المحلية، وزارة الدفاع الوطني، وزارة الفلاحة والتنمية الريفية، وزارة الصحة والسكان، وزارة السياحة.

[3]/- أنظر المادة 07 من المرسوم التفيذي 02-454 المعدل والمتمم

- أهم المصالح التابعة لوزارة التجارة المكلفة لحماية المستهلك وتنظيم المنافسة نذكر منها:

1. على المستوى المركزي:

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 08-266 [1] المؤرخ في 19 غشت 2008 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة فإنه خول لكل نمن المديرية العامة لضبط وتنظيم النشاطات والتقنين وكذا المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش صلاحية حماية المستهلك وتنظيم المنافسة.

أ. **المديرية العامة لضبط النشاطات والتقنين:** تتخذ هذه المديرية في إطار أداء مهامها جميع التدابير اللازمة الرامية إلى حماية صحة وسلامة المستهلك بحيث تشرف على خمس مديريات كلها تعمل على إعداد الآليات القانونية للسياسة التجارية مع السهر على السير التنافسي للأسواق قصد تطوير قواعد المنافسة السليمة والنزيهة، وكذا الاهتمام بترقية جودة السلع والخدمات وحماية المستهلك.

⋆ تعتبر مديرية المنافسة ومديرية الجودة والاستهلاك أهم المديريات التابعة للمديرية العامة لضبط وتنظيم النشاطات والتقنين والتنظيم في إطار تنظيم المنافسة وحماية لمستهلك، والنتائج المتوصل إليها لكن المتأمل لذلك لا يمكن أن نكون أمام حماية كاملة للمستهلك في حال وجود منافسة غير نزيهة في السوق إذ يقلل ذلك من فرص الحصول على السلع أو الخدمات بما يتناسب مع الرغبات المشروعة للمستهلك أو على الأقل للرغبات المنتظرة عند طرح سلع وخدمات في السوق .

ب. المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش:

تتنوع المهام المخولة للمديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش حسب ما هو منصوص عليه في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08-266 [2]المنظم للإدارة المركزية في وزارة التجارة، حيث

[3]/- أنظر المرسوم التنفيذي 08-266 المؤرخ في 2008/08/19 ج.ر 48 المؤرخة في 2008/08/24. المعدل والمتمم للمرسوم التفيذي 02-454 .

[2]/- أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي 08-266 المؤرخ في 2008/08/19

يقوم بمراقبة الجودة وقمع ومكافحة الممارسات المضادة للمنافسة وكذا محاربة الممارسات التجارية غير المشروعة مما تسهر على توجيه برامج المراقبة الاقتصادية وقمع الغش مع العمل على تدعيم وظيفة المراقبة وعصرنتها بالإضافة إلى القيام بتحقيقات ذات منفعة وطنية بخصوص الاختلالات التي تمس السوق وتعتمد على أربع (04) مديريات تابعة لها هي[1] :

1. مديرية مراقبة الممارسات التجارية والمضادة للمنافسة .
2. مديرية مراقبة الجودة وقمع الغش.
3. مديرية مخابر التجارب وتحليل الجودة.
4. مديرية التعاون والتحقيقات الخصوصية.

2. على المستوى الخارجي: يتعلق الأمر في هذه الحالة، بالمصالح الخارجية التابعة لوزارة التجارة والمنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 03-409 [2]المتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحيتها وعملها بالرجوع إلى نص المادة 02 من هذا المرسوم فإنه :"تنظم المصالح الخارجية في وزارة التجارة في شكل:

- مديريات ولائية للتجارة .

- مديريات جهوية للتجارة .

تقوم هذه المصالح بالسهر على تطبيق التشريع والتنظيم المتعلقين بالمنافسة والجودة، كما تقوم بتقديم المساعدة للمتعاملين الاقتصاديين والمستهلكين، أما المديريات الجهوية للتجارة والبالغ عددها تسعة (09) مديريات فإنها تعمل على تنشيط وتقييم وتوجيه نشاطات المديريات الولائية للتجارة التابعة لاختصاصاتها الإقليمية خاصة في مجال الرقابة الاقتصادية وقمع الغش، وذلك بالاتصال مع الادارة المركزية وكذا المديريات الولائية للتجارة .

[1]/- أنظر المادة 04 /01 من المرسوم التنفيذي 08-266

[2]/- راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 03-409 المؤرخ في 11/05/ 2003 المتعلق بتنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحيتها وعملها ج.ر رقم 68 المؤرخة في 2003/11/09 .

3- الهيئات المتخصصة التابعة لوزير التجارة:

سعى المشرع الجزائري في إطار وضع سياسة وطنية لمراقبة المنافسة النزيهة في السوق حماية للمصالح المادية والمعنوية إلى إنشاء هيئات متخصصة لتنفيذ ذلك على المستوى الوطني، وأهم هذه الهيئات تكمن في:

أ- **المجلس الوطني لحماية المستهلكين: (CNPC)**: يعتبر المجلس الوطني لحماية المستهلكين هيئة حكومية استشارية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-272 المؤرخ في 6 جويلية 1992، وذلك تطبيقا لنص المادة 24 من القانون رقم 89-02[1] المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى – للمجلس الوطني لحماية المستهلكين دور استشاري فهو جهاز يبدي رأيه في المسائل المتعلقة بتحسين الوقاية من المخاطر التي قد تحملها المنتجات والخدمات المقدمة للمستهلك وما ينجم عنها من أضرار فهو لا يجوز له أن يصدر قرارات بل يبدي رأيه يتعلق أساسا بحماية المستهلك .

ب- المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزم **(CACQE)**: لقد تم إنشاء هذا المركز بموجب المرسوم التنفيذي رقم 89 -147 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-318 [2]الذي يبين تنظيمه وعمله – يعد المركز مؤسسة عمومية ذات طابع إداري يتمتع بدوره، يعين مديرا لتمثيل المركز، تتجلى أهداف المركز في مجالين:

- أولها في مجال حماية صحة المستهلك وأمنه والسهر على احترام النصوص التي تنظم نوعية السلع والخدمات الموضوعة للاستهلاك وتحسينها .
- ثانيها يمكن في مجال الرقابة حيث يقوم بالتنسيق مع الهيئات المختصة قصد الوصول إلى اكتشاف أعمال الغش والتزوير ومخالفة التشريع الساري والعمل به في مجال نوعية السلع

[1]/- المادة 24 من القانون 89-02 المتعلق بحماية المستهلك الماغى بموجب القانون 09-03 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش ويلاحظ أن المشرع الجزائري استبقئ على نفس صياغة المادة 24 /1 منه.

[2]/- مرسوم تنفيذي 03-318 المؤرخ في 2003/09/30 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 89-147 المؤرخ في 1989/08/08 المتضمن إنشاء المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزم وتنظيمه وعمله ج.ر عدد 59 الصادرة في 2003/10/05.

والخدمات. يقوم المركز إلى جانب ذلك بإجراء التحاليل اللازمة والبحوث الضرورية لفحص مدى مطابقة المنتوجات والمقاييس المعتمدة وكذا المواصفات القانونية التي يجب أن تتميز بها .

جـــ- شبكة مخابر التجارب وتحاليل النوعية (RAAQ):

لقد أنشئت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-355 المؤرخ في 19-10-1996 والمعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 97-459 المتضمن إنشاء شبكة مخابر التجارب وتحاليل النوعية[1].

- بصدور المرسوم التنفيذي رقم 02-454[2] المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة التجارة في 2002 أُدخلت هذه الشبكة ضمن المديريات التابعة للمديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش، فأصبح يطلق عليها مديرية مخابر التجارب وتحاليل الجودة هدفها القيام بالرقابة والتأكد من التسيير الحسن لنشاطات مخابر التجارب وتحاليل الجودة وقمع الغش وكذا العمل على احترام إجراءات التحليل الرسمية وطرقها وتوحيد مناهج التحاليل والتجارب التقنية لكل منتوج:

يمكن لشبكة مخابر التجارب وتحاليل النوعية أن تساعد المخابر الأخرى المنشئة لغرض تحليل الجودة وقمع الغش وكذا المخابر الرسمية الموجودة عبر التراب الوطني والبالغ عددها 11 مخبرا منها 04 مخابر جهوية قصد تحسين هذه الأخيرة وتوحيد الطرق والإجراءات الرسمية لتحليل الجودة وتطبيقها بشكل واسع .

الفرع الثاني: دور مجلس المنافسة :

تنفيذا لسياسة الإصلاحات الاقتصادية التي شرعت الجزائر في تطبيقها لمواكبة النظام الاقتصادي والرأسمالي، فإنها أوكلت مهمة تنظيم المنافسة وضبطها لهيئة إدارية مستقلة تدعى " مجلس المنافسة"

[1]/- مرسوم تنفيذي رقم 96-355 المؤرخ في 1996/10/19 والمعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 97-459 ج.ر رقم 80 الصادرة في 12/07 / 1997.

[2]/- راجع المرسوم التنفيذي رقم 02-454

لقد ظهر مجلس المنافسة في الجزائر لأول مرة بصدور الأمر رقم 95-06 [1]المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالمنافسة، حيث أسندت له عدة اختصاصات منها تلك الاختصاصات الاستشارية والاختصاصات القمعية يكون الغرض منها ضبط المنافسة والسهر على حسن سير اللعبة التنافسية في السوق قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين، وهذا ما أكدته المادة الأولى من القانون المتعلق بالمنافسة حيث أدى ذلك بالمشرع الجزائري إلى فتح المجال للهيئات الممثلة لجمعيات المستهلكين وكل الشخصيات التي لها خبرة مهنية في مجال المنافسة والاستهلاك والتوزيع للانضمام في تكوين المجلس الأمر الذي قد يؤثر إيجابا على دور المجلس في الأخذ بعين الاعتبار كل ما له صلة بحماية وسلامة المستهلك.

و يكمن دور مجلس المنافسة في :

أ/- الدور الاستشاري لمجلس المنافسة: فقد تكون استشارة الزامية وقد تكون استشارة اختيارية[2]

ب/- الدور القمعي لمجلس المنافسة: فقد يكون بمناسبة قيام التحقيق وصلاحية توقيع الجزاء [3]

الفرع الثالث: دور إدارة الجمارك:

تلعب إدارة الجمارك دورا فعالا في الدول الحديثة إذ أوكلت لها عدة مهام إلى جانب تلك المتعلقة بمراقبة حركة دخول وخروج الأفراد والبضائع .

أولا: حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك:

تحمي إدارة الجمارك المستهلك عند تطبيقها خفض نسب الرسوم الجمركية حتى لا تزيد من أسعار هذه السلع في الأسواق ولكي لا يتحمل المستهلك أعباء هذه الزيادة، لذا فقد أقر المشرع وضع نوعين من الرسوم على البضائع، بضائع تخضع لرسوم ذات نسب ضعيفة وبضائع تخضع لرسوم عالية

[1]/- تم الغائه بموجب الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة والمعدل والمتمم بموجب قانون 08-12 المؤرخ في 2008/07/25 ج.ر رقم 38 الصادرة في يوليو 2008.

[2]/- راجع المادة 05 و08 من قانون 08-12 المتعلق بالمنافسة

[3]/- راجع المواد 44 و51 و52 و56 و57 و58 و59 و60 و61 و62 من القانون 08-12 المتعلق بالمنافسة .

وهي تلك التي تخضع للحقوق والرسوم التي تتجاوز نسبتها الإجمالية 45%، ففي هذا الإطار يمكن القول بأن دولة الإمارات من الدول القليلة في العالم التي لا تحبذ فرض رسوم جمركية عالية لكي لا تزيد من أسعار السلع، ولكي لا تحمل المستهلك أعباء هذه الزيادة في تكلفة السلع، والدليل على ذلك أنها كانت تطبق نسبة 01% (واحد بالمائة) من الرسوم الجمركية على القليل من البضائع الواردة (تقريبا ما نسبته 80 %) معفية من الرسوم الجمركية .[1]

يمكن لإدارة الجمارك أن تخطر مجلس المنافسة قصد وضع سياسة محكمة لحماية السوق وكذا حماية المتنافسين في ما بينهم، لكن دون أن تكون إدارة الجمارك ملزمة بذلك لأنه لا يوجد أي نص يلزمها بذلك، ومثال ذلك عندما يتبين أن استيراد منتوج بكيات متزايدة بصفة مطلقة أو بمقارنتها مع الإنتاج الوطني قد يلحق ضررا، أو يهدد بإلحاق ضرر خطير بفرع من الإنتاج الوطني لمنتوجات مشابهة أو منافسة لها مباشرة .

بصفة عامة فقد خولت المادة 241 فقرة 01 من قانون الجمارك [2]حق معاينة المخالفات الجمركية وضبطها للعديد من الهيئات حيث تنص على أنه: " يمكن لأعوان الجمارك وضباط الشرطة القضائية وأعوانها المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية وأعوان مصلحة الضرائب وأعوان المصلحة الوطنية لحراس الشواطئ وكذا الأعوان المكلفين بالتحريات الاقتصادية والمنافسة والأسعار والجودة وقمع الغش، أن يقوموا بمعاينة المخالفات الجمركية وضبطها " ويجب تحرير محضر مخالفة فور حجز السلعة محل المخالفة . كذلك إذا تعلق الأمر بقمع الغش ومتابعة ذلك على القطر الجزائري البري أن تطالب تدخل السلطات المدنية والعسكرية ومد العون لهم فور طلب ذلك منهم لتمكينهم من أداء مهامهم .[3]

[1]/- راجع المادة 05 الفقرة 03 والفقرة 7 من القانون رقم 98-10 المؤرخ في 1998/08/22 المعدل والمتمم لقانون 79-07 المتضمن قانون الجمارك (ج.ر رقم 61 لسنة 1998)

[2]/- راجع المادة 241 /1 من قانون 98-10 من قانون الجمارك.

[3]/- راجع المادة 02/29 من قانون 98-10

ثانيا: ضمان أمن وسلامة المستهلك:

بالرجوع للمادة 08 مكرر[1] من قانون الجمارك يتجلى دورها في وضع حد لكل ما من شأنه المساس بالمستهلك نتيجة لوجود بضائع تهدد صحته وسلامته أو وضع حد لكل منتوج موجّه للسوق الوطنية قصد إغراقها أو إعاقة تطوير وتنمية المنتوج المحلي، حيث يتمثل الدور الأمني الذي تلعبه الجمارك حماية سلامة وصحة المستهلك في مراقبة ومنع إدخال المواد الممنوعة وأهمها المخدرات والمواد المغشوشة .كما يكمن دور أعوان الجمارك في إطار تنفيذ حق تفتيش الأشخاص والبضائع وكذلك وسائل النقل مع مراعاة الاختصاص الإقليمي لكل فرقة، أن تقوم في حال وجود معالم حقيقية يفترض من خلالها وجود أشخاص يحملون مواد مخدرة داخل أجسامهم أن تخضعها لفحوص طبية للكشف عنها بعد الحصول على رضاء صريح من المعني بالأمر وفي حال رفضه لمطالب أعوان الجمارك يقدم مباشرة لرئيس المحكمة المختصة طلبا للترخيص بذلك .

المطلب الثاني: دور الأجهزة القضائية في حماية المستهلك:

الفرع الأول: سلطة القضاء في الدفاع وحماية المستهلك:

على الرغم من السلطات التي تتمتع بها الإدارة لإيقاف بعض الممارسات والتجاوزات التي يرتكبها العون الاقتصادي، إلا أنها لا تتمكن من تحقيق وقاية كافية وفعالة لتجسيد حماية حقوق المستهلك، ومن ثم فرض التوازن لذا كان لزاما للمتابعة القضائية أن تكمل دور الإدارة وهذا من خلال السلطات التي تتمتع بها الهيئات القضائية والمتمثلة في فرض الجزاء كوسيلة لردع وقمع المخالفات والجرائم الاقتصادية، وفي هذا الإطار تنص المادة 60 من قانون الممارسات التجارية على: " تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية ". ويصل الملف طبعا

عن طريق تحريك ومباشرة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة بعد إبلاغها بالمخالفات من قبل المستهلك أو ضباط الشرطة القضائية.

[1]/- راجع المادة 03/35 والمادة 42 /01 من القانون 98 -10 .

أولا: دور النيابة العامة في حماية المستهلك:

النيابة العامة هي هيئة عمومية قضائية نص عليها قانون الإجراءات الجزائية ويعدّ أوضاعها قضاة يمثلون المجتمع من أجل تطبيق القانون . تقوم النيابة بعدة اختصاصات في المجال القضائي خاصة في إطار ممارسات الدعوى العمومية، ويزداد دورها يوما بعد يوم نظرا لتراجع تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية، الأمر الذي يجعل تدخل النيابة العامة أكثر من ضروري لمواجهة مثل هذه التحديات التي تواجه المجتمع عامة وفئة المستهلكين خاصة.

- تدخل النيابة العامة في المجال الاقتصادي والتجاري لا يتنافى ولا يتعارض مع دورها التقليدي المعروف، إذ يتجلى دورها في إطار حماية المستهلك في العصر الحالي أكثر مما كان عليه في السابق، خاصة مع ظهور آفات اجتماعية واقتصادية جديدة نتيجة لعجز الإدارة المختصة في قمع الممارسات التي تمس بالمستهلك وذلك بتوقيع الجزاء وفي هذه الحالة فالاختصاص محتكر من قبل القاضي .

وفي إطار حماية المستهلك وقمع المخالفات التي تهدد صحة وأمن المستهلك تلعب النيابة العامة دورا هاما بالتنسيق مع مختلف الهيئات الأخرى المكلفة بحماية المستهلك. إذ يمكن لمصالح رقابة الجودة وقمع الغش أو شبكة المخابر أو جمعيات حماية المستهلك أن تطلب من النيابة العامة التدخل لقمع جميع المخالفات التي تقع من قبل المحترفين خاصة في ظل تزايد الممارسات التجارية غير النزيهة وظهور الأسواق السوداء، الأمر الذي يزيد من نسبة المساس بصحة وأمن المستهلك.

الفرع الثاني: حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء:

يحق لكل شخص في المجتمع اللجوء إلى القضاء قصد الحصول على حقوقه أو المطالبة بحمايتها وذلك بشرط أن تكون لهذا الشخص الصفة والمصلحة في ذلك. حيث تنص المادة 13 فقرة 01 من القانون رقم 08-09 [1] المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[1]/- **زوبير أرزقي**،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، ماجستير فرع مسؤولية وعقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 189-190

[2]/- القانون رقم 09- 03 المؤرخ في: 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغشّ.

على أنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون " ويكون ذلك بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة . فيحق للمستهلك اللجوء إلى القضاء لحماية مصالحه المادية والاقتصادية فضلا عن طلب التعويض لما أصابه من ضرر ناتج عن أفعال المنافسة غير المشروعة أو أفعال مخالفة لقواعد ممارسة التجارة.

* ثبوت حق المستهلك في رفع الدعوى القضائية: تعتبر الدعوى القضائية الوسيلة الفعالة التي يلجأ إليها قصد الدفاع عن مصالحه وحمايتها وذلك بمثابة إجراء وقائي يسبق وقوع الضرر هدفه وقف الممارسات الغير مشروعة والمنافية للتجارة والمنافسة وذلك أمام القضاء الإستعجالي، كما للمستهلك حق في رفع دعاوى أخرى تختلف من حيث تكييف الوقائع والضر الذي أصابه، ومثال ذلك إذا كانت الوقائع تشكل جريمة ونتج عنها ضرر أصاب المستهلك فإن له الحق في المطالبة بالتعويض عن طريق رفع دعوى مدنية تبعية إما أمام القضاء الجنائي وهو الاستثناء أو أمام القضاء المدني وهو الأصل . وذلك تطبيقا لنص المادة 02 فقرة 01 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه: " يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة لكل من أصابهم شخصيا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة"، أما إذا كانت الوقائع لا تشكل جريمة فإنه يتعين على المستهلك رفع دعوى مدنية قصد المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به .

كما يمكن للمستهلك من رفع دعوى عمومية في حال مخالفة أحكام المواد 68-69-70-79-83-84 من القانون رقم 09-03 [1] المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والتي تحيل إلى أحكام قانون العقوبات الجزائري

المطلب الثالث: دور جمعيات حماية المستهلك:

وفي إطار نظام اقتصاد السوق يكون التجار أسيادا في عرض السلع والخدمات، ويفرضون شروطهم من خلال عقود يحررونها بأنفسهم، أما بالنسبة للمستهلكين فهم "مطالبون" ليس لهم في الغالب الخيار سوى القبول أو الرفض.

[1]/- المادة 21 الفقرة 01 من القانون 09-03 الصادر في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش

ولهذا صدر القانون الجزائري لحماية المستهلك وقمع الغش سنة 2009 ليحل محل قانون 1989 ليفرض على المتدخلين سواء كانوا مستوردين أو منتجين أو بائعين التزامات عامة لضمان أمن وسلامة المنتوجات والخدمات وحفظ المصالح المادية والمعنوية للمستهلكين .

تتدخل مختلف سلطات الرقابة المؤهّلة لتطبيق هذه الالتزامات وفي الكثير من الأحيان تترتب عنها عقوبات جزائية .

لكن في هذا البحث تلعب أيضا جمعيات حماية المستهلك دورا أساسيا في إحداث التوازن مع لوبي المهنيين في المساهمة في ترقية هذا الحق البارز في الاستهلاك ومساعدة المستهلكين فرديا والدفاع عنهم ميدانيا[2] .

تُعرّف جمعية حماية المستهلكين على أنها: "هي كل [1]جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله".

بالرغم من تواجد العديد من الأجهزة المكلفة بحماية المستهلك الموضوعة من طرف الدولة فإنه في أغلب الأحيان لا تفي بالغرض الذي أنشأت من أجله الأمر الذي يجعل المستهلك غير قادر على الدفاع عن حقوقه بمفرده وعدم تمكنه من مدى عدم تطبيق قواعد حماية المستهلك وهذا بوضع تكتلات للمستهلكين ومع مرور الوقت أصبح ذلك في شكل جمعيات تعرف بجمعيات حماية المستهلك.

لقد اعترف المشرع الجزائري بدور جمعيات حماية المستهلك بموجب القانون رقم 89-02 الصادر في 07-02-1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك والملغى بموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، أما تنظيم هذه الجمعيات من حيث إنشائها وتنظيمها وسيرها فقد نظمه المشرع بموجب القانون

[2]/- **زوبير أرزقي**،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 196.

[1]/- راجع القانون 12-06 المؤرخ في 2012/01/28 المتعلق بقانون الجمعيات

12-06 المتعلق بالجمعيات حيث تم الاعتراف لها بالمنفعة العامة وكذا تمتعها بالشخصية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها عملا بأحكام المادة 16 من القانون ذاته.

لقد أعطى المشرع الجزائري الضوء الأخضر لجمعيات حماية المستهلك لمزاولة نشاطها سواء على المستوى الوطني أو المحلي في إطار الدفاع عن جماعة المستهلكين.

الفرع الأول: التدخل الوقائي لحماية المستهلك:

يقصد بالتدخل الوقائي[1] لحماية المستهلك، ذلك الإجراء الذي تباشره جمعيات حماية المستهلك قبل المساس بصحة وأمن المستهلك وسلامته من الأضرار التي قد تلحق به من طرف المهنيين وغيره من المتدخلين الاقتصاديين الذين يسعون إلى تحقيق أكبر ربح ممكن ولو كان ذلك على حساب أمن وصحة المستهلك وخاصة مع غياب الوعي الاستهلاكي بنسبة كبيرة بين جمهور المستهلكين بغية ضرورة الارتقاء بالمستوى الاستهلاكي بما يتناسب مع مقتضيات الحياة، الأمر الذي يتطلب متابعة مستمرة من طرف هذه الجمعيات قصد تحسيس وإعلام ومراقبة الجودة والأسعار .

أولا: تكوين إعلام وتحسيس المستهلكين:

هو دور أساسي للجمعيات تعليم المستهلكين والاستهلاك الرشيد وتنبيههم إلى قواعد النظافة وتعريفهم بحقوقهم والدفاع عنهم والتصرف بأكثر يقظة وأكثر شدة تجاه التجار، وكلما كانت قريبة من الميدان ومن السكان المحليين، كلما كانت فعالة وصوتها مسموع يمكن للجمعيات إقامة معارض وقوافل وإقامة جناح في السوق والإدلاء بحوارات صحفية والمشاركة في برامج إذاعية أو المقالات في الجرائد...الخ .

تسعى جمعية حماية المستهلكين إلى تحسيس المواطنين عامة والمستهلكين خاصة، ومن أجل ذلك تلجأ إلى استعمال وسائل الإعلام المختلفة مثل التلفزيون، الإذاعة والإشهار وتنظيم المحاضرات وتعليق الملصقات والمطبوعات والوثائق حتى تكون على اتصال مباشر بالمستهلك لكي تلم بانشغالاته، كما أن أسلوب التحسيس لا يقتصر فقط على المستهلك فحسب وإنما يجب أن يصل لأصحاب القرار

[1]/- **زوبير أرزقي**،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 204 .

ومثال ذلك اختار مجلس المنافسة حيث نصت المادة 35 فقرة 02 من القانون رقم 12/08 المتعلق بالمنافسة " أنه يمكن أن تستشيره أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات المستهلكين ".

ثانيا: دور جمعية حماية المستهلك في مراقبة الأسعار والجودة: تلعب هذه الجمعيات دورا هما في متابعة الأسواق وذلك لمراقبة الأسعار وإشعارها وكذا مطابقة السلع بالجودة، ويشبه دور الجمعية هنا ذلك الدور الذي تلعبه مصالح مراقبة الجودة وقمع الغش والأسعار إذ اعترف لها المشرع بالمنفعة العامة أو العمومية وفقا للشروط والكيفيات التنظيمية المعمول بها قانونا[1].

وعليه فان هذا الدور الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك أصبح أكثر ضرورة بسبب انفتاح أسواق السلع والخدمات على المستهلكين سواء من قبل منتجين وطنيين أو أجانب فتقوم هذه الجمعيات بمساعدة الأجهزة الرسمية التابعة للدولة وبتقاسم المسؤولية في مراقبة الأسواق وتطهيرها وضبطها كتسقيف الأسعار وسحب المنتوجات التي لا تتطابق والمواصفات والمقاييس المحررة قانونا إنصافا لحماية المستهلك ماديا وصحيا وأمنا.

الفرع الثاني: التدخل الدفاعي لحماية المستهلك:

وهو الإجراء الذي تباشره هذه الجمعيات أمام الجهات القضائية في حالة الإضرار بجماعة المستهلكين أو القيام بأعمال أكثر صرامة في مواجهة المحترفين وعليه:

أولا: التمثيل أمام الهيئات الاستشارية:

للجمعيات دورا أساسيا في تمثيل المستهلكين أمام السلطات العمومية هي (**صوت**) المستهلكين الذين لا يملكون الوسائل للتعبير بصفة مباشرة فهي تمثلهم أمام هذه الهيئة التي تملك فيها دور فعّالا في الدفاع عن مصالح المستهلكين إلى جانب ممثلين المهنيين وممثلين السلطات العمومية:

[1]/- المادة 21فقرة 2 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش

- المجلس الوطني لحماية المستهلكين: ولذي يبدى أرائه ويقترح إجراءات قصد تنمية وترقية سياسة حماية المستهلكين

لجنة البنود التعسفية: ومقرها الوزارة المكلفة بالتجارة :تكلف هذه اللجنة الاستشارية لاسيما بالبحث عن البنود التعسفية في عقود الإذعان وصياغة اقتراحات ترفع إلى الوزير[1] .

ثانيا: التمثيل أمام المحاكم :

يمكن لجمعية حماية المستهلك أن تتأسس كطرف مدني باسم مستهلك أو عدة مستهلكين ألحقت بهم أضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك وعليه فإذا كان اعتراف قانون حماية المستهلك وقمع الغش بالصفة التمثيلية للدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين قصد إصلاح الضرر الذي قد يصيبهم فإنه اعتراف صريح للقانون للتدخل في مختلف دعاوي من قبل هذه الجمعيات سواء التأسس كطرف مدني أمام القضاء الجزائي أو رفع دعوي مدنية أصلية أمام القضاء المدني وبالتالي فتختلف الدعاوي التي ترفعها هذه الجمعيات ونذكر منها:

أ- الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلك [1]:

يمكن أن تتأسس جمعيات حماية المستهلك كطرف مدني طبقا لقانون 09-03المادة 23منه وتطالب بحقوق لصالح المستهلكين ولكن بشرط في ذلك

1-**أن** تكون هناك مخالفة للقانون الجنائي حتى يتسنى لهذه الجمعيات الادعاء مدنيا أمام القضاء الجزائي

2-لا بد للمدعي المدني أن يدفع مبلغا من المال يحدده عادة قاضي التحقيق لدي كتابة الضبط للمحكمة ما لم يحصل على مساعدة قضائية المادة 75 من الأمر 66-155 معدل ومتمم.

3-أن يختار مُواطنا بدائرة اختصاص المحكمة التابع لها قاضي التحقيق طبقا لنص المادة 76 من قانون الإجراءات الجزائية، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها تقضي فيه بوجوب

[1]/- **زوبير أرزقي**،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 205

[1]/- **زوبير أرزقي**، مرجع سبق ذكره، ص .214

أن يختار المدعي المدني موطنا بدائرة اختصاص المحكمة التابع لها قاضي التحقيق المرفوع أمامه الادعاء .

4-لا بد أن يكون قاضي التحقيق المرفوع أمامه الادعاء مختصا إقليميا، وإلاّ أن يأمر بإحالة المدعي المدني إلى الجهة القضائية المختصة.

ب- الدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة من المستهلكين :[2]

إستنادا لنص المادة 23 السالفة الذكر، فإنه يمكن لجمعية حماية المستهلك رفع دعاوى للدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة من المستهلكين، وذلك متى توفرت الشروط التالية :

- لا بد أن يكون المستهلكون المتضررون أشخاصا طبيعية أو معنوية لحقها ضرر سببه نفس المحترف مما يفترض معرفة هذا المحترف مسبقا .
- أن يكون الضرر اللاحق بهم هو ضرر شخصي ويمكن أن نعطي مثالا في هذا الصدد ما يقوم به بعض المحترفين في مجال التأمين إذ تقوم بإضافة بنودا تعسفية في عقد التأمين، الأمر الذي يجعل المستهلك غير قادر على تنفيذه.
- إلى جانب هذه الشروط هناك من يشترط تقديم وكالة، أي أن يقدّم اثنان على الأقل من المستهلكين المتضررين وكالة لجمعية حماية المستهلك لتمثيلهم أمام الجهات القضائية.

ثالثا: الدعوى إلى المقاطعة أو إلى الإشهار المضاد:[1]

قصد لتحقيق الرّغبات المشروعة للمستهلك وكذا حقوقه المنصوص عليها فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلك من اللجوء إلى استخدام وسائل أخرى غالبا ما تكون إلى جانب الدعاوى القضائية التي تتقدم بها أو ترسلها، حيث نجد بعض الجمعيات في دول أخرى تلجأ إلى هذه الوسائل بعد فشل الدعاوى التي ترفعها.

يتمثل أسلوب المقاطعة في التعليمة التي توجهها جمعية حماية المستهلك لكافة المستهلكين لأجل حثهم على الامتناع عن اقتناء منتجات أو خدمات تحمل علامة مقلدة وما يلاحظ أن القضاء تردد في

[2]/- **زوبير أرزقي**، مرجع سبق ذكره، ص 215.

[1]/- **زوبير أرزقي**،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 216

تحديد موقفه بخصوص أسلوب المقاطعة لما لها من عواقب وخيمة، فيرى بأنه يكفي وضعها كأسلوب تهديدي فالخشية منها كافية لردع التجار وجعلهم يحترمون الرغبات والحقوق المشروعة للمستهلكين. ويبقى نجاح الدعوى إلى المقاطعة مرهون بمدى استجابة المستهلك لها

كما يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تباشر بإجراءات أخرى إلى تلك المذكورة أعلاه، وذلك بأن تتخذ أسلوبا آخرا للتنديد بالممارسات غير النزيهة التي يقوم بها المحترفون على حساب أمن وسلامة المستهلك، وبالتالي لمنع الإضرار بالمستهلك، فتقوم بمواجهة فئة المحترفين بإشعار مضاد ضد كل سلعة أو خدمة موجهة للمستهلك . إذا كان الهدف من الإشهار المضاد هو وقائي لأنه يعمل على كشف حقيقة السلعة أو الخدمة، فإنه من جهة أخرى يعمل على دعوة المستهلكين إلى عدم اقتناء أو استعمال كل ما كان محل هذه الدعاية المضادة، والإشهار المضاد الذي تمارسه أو تقوم به جمعيات حماية المستهلك لا ينصب على المحترف، إنما على السلع والخدمات التي هي موضوعة للتداول، كما يمكن التدخل بأسلوب إشهاري مضاد متى ثبت أن هناك تفريط في ارتفاع الأسعار بسبب المضاربة والاحتكار هذا فيما يخص مس صحة وسلامة المستهلك أثناء اقتنائه السلع والخدمات، إلا أنه وتماشيا مع النمو الاقتصادي الذي يشهده العالم حاليا، لم يمنع جمعيات حماية المستهلك في اتخاذ أسلوب الإشهار المضاد كوسيلة للتعبير عن رفضها كل ما من شأنه المساس بأمن وسلامة وبيئة المستهلك ومحيطه الذي يعيش فيه بالتنسيق مع باقي الجمعيات الأخرى والأجهزة العمومية الرسمية الأخرى المختصة في هذا الشأن .[1]

فالتلوث البيئي المتزايد نتيجة الاستخدام الواسع لمصادر الطاقة وكذا المواد الكيمياوية انعكس سلبا على البيئة والإنسان نتيجة زيادة كميات النفايات الصناعية .

وعليه تقوم جمعية حماية المستهلك بالتعاون والتنسيق مع جمعيات حماية الطبيعة برفع درجة الوعي لدى الفرد بكيفية الاستغلال الرشيد للبيئة [2].

[1]/- **زوبير أرزقي**،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 221

[2]/- **زوبير أرزقي**،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 222

والمساهمة بفعالية في مواجهة وحل مشكلات البيئة، كما تسعى إلى الحد من التلوث الصناعي من خلال إلزام المنتج بتطبيق نظام الصيانة وتحديث المعدات والآلات واستخدام التكنولوجيا النظيفة في الصناعة لمنع التلوث داخل المنشآت الصناعية ويجب تكريس هذا كله في إطار قواعد قانونية وقائية وتنظيمية وجزائية رادعة في نفس الوقت[1]

[1]/- **زوبير أرزقي**،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، المرجع السابق، ص 223.

الخـــــــاتمة

الخاتمة :

وخلاصة الدراسة الحالية اعتبرناها لبنة يمكن الارتكاز عليها لبناء المركز القانوني للعلاقة التي تنشئ ما بين المؤلف وأهم الحقوق التي تنجر عنها من خلال ممارستها، وحق المستهلك الذي يصبوا من خلال السعي للحصول على هذا النوع من الحقوق في إطار التكنولوجيات الحديثة والتي يتربع على عرشها وسيلة النات .

فبناء المؤسس لحقوق المؤلف تدفع بنا قدما من أجل ترسيخ هذا النوع من الحماية والتي هي مقررة من خلال كل الاتفاقيات الدولية وحتى مختلف التشريعات الغربية وحتى العربية لما ينجر عنه من جوانب مادية ومعنوية

و التي تساهم من جهة أخرى في الحركية الاقتصادية والتجارية وحماية المادة العلمية باعتبارها تتوسط تلك الحركية.

و يجدر التنويه كذلك من خلال هذه الدراسة، أن الغاية من خلال الحماية للحقوق المؤلف ترد على الابتكار والإبداع على الأعمال الفنية من كتاب وفنيين وفنانين ومصممين وكذا أصحاب الحقوق المرتبطة بها، وكذا إبراز القيود الواردة على تلك الحقوق تحقيقا للمنفعة العامة التي تمس بالدرجة الأولى الجمهور أو المستعملين تحقيقا لمفهوم الاستثناري للحقوق المتصلة بحق المؤلف في الاستعمال أو الاستغلال أو الانتفاع للمختلف المصنفات وذلك بالقدر الذي يلبي التوازن بين التحفيز على الابتكار عن طريق فرض الرقابة القانونية وكفالة الحقوق الاستثارية اللازمة للانصياع إلى مضامين الابتكار والاستجابة لطموح الجمهور في الحصول على هذه المصنفات في الأحوال التي يتعذر فيها الحصول عليها بالطرق التقليدية، لا سيما حين لا تكون متاحة لهم عن طريق أو الطرق الكلاسيكية وما شبهها أي النسخة الورقية .

ويلاحظ من خلال هذه الدراسة، أنه تم الوقوف على مختلف الآراء الفقهية والتجارب التشريعية والقضائية التي شهدها الساحة القانونية في مجال حق المؤلف وكذلك التطرق للمبررات العلمية والعملية لهذا النوع من الحقوق في الفضاء الرقمي والوقوف كذلك للاتجاهات الفكرية المفسرة والمبررة لإعلاء مكانة تلك القيود المرتبطة بحق المؤلف كونه غير مطلق ولا ينحصر فقط على صاحب

المصنف، بل أن المبررات الصائبة هي التي تولدت عن طريق الممارسة لهذا الحق فتلك القيود الاستثنائية الواردة على المؤلف ومصنفه جاءت لخدمة المستعمل لها لدرجة أضحى فيها الخلط بين طبيعة الحق وطبيعة الاستثناء الوارد عليه، وغدت الرؤية فيها نوع من اللبس والإبهام حول تفسير فكرة ممارسة حق المؤلف في جزئية مهمة قد تكون محل دراسة مستقبلية هي فكرة النسخة الشخصية ولكن على صعيد النات أي من خلال الممارسات في الفضاء الرقمي

و الذي أضحى معها أن مضمون هذه الأخيرة يختزل في حق الفرد في الحصول على النسخة من المصنف لغير الغايات الاستئثارية، هذه الرؤيا قد تكون طرح جديد ومحل اهتمام للدراسة بأخص أنه تتمة غياب الضوابط القانونية القادرة على تلبية هذا التوازن كأحد أهم أساب التي كرست الاهتمام بواحدة من بين الدراسات التي لا تعني آمة معينة بذاتها أو فئة خاصة أو جماعة دون الأخرى والمتعلقة بالمعرفة .

أضف إلى ذلك، وانسجاما مع توجه الدراسة في تحقيق المقاربة بين الفهم المعرفي النابع من الثقافة الجمهور المتأثر بالتيارات الفكرية والفقهية القانونية السائدة، ومضامين النصوص القانونية التي بدا عليها التفاوت في التعاطي مع ممارسة القيود التي باتت هي المعيار والضابط وكذا استقراءا لهاجس القضاء لحق المؤلف على النات .

ونستخلص كذلك مما تقدم في هذه الدراسة، أن معظم الاهتمام القانونية في مجال البرامج الحاسوبية كجزئية للمصنفات المشمولة بالحماية القانونية وكل ما يتعلق بنظام المعلومات لا تزال في طور النمو، وهي لا تزال بعيدة عن مواكبة التطور الهائل في هذا المجال الذي لا يكاد يقف عند حدود، لذلك، فإن أي تنظيم قانوني يمكن أن يوضع اليوم سوف يصبح متخلفاً غداً، ولا يمكن القانون أن يواكب تطور علماء الحاسوب، وإذا ما أرادوا ذلك فعليهم أن يعدوا كثيراً .

إلا أن هذا لا يمنع فقهاء القانون من تلمس الوقائع والآثار الناشئة عن التطور التقني الحاسوبي، وأن يضعوا أصابعهم دائماً على مكامن الخطأ أو الخطر، وأن يصوبوا باتجاه الهدف المنشود لكل علم مهما كان، وهو خدمة البشر في وجودهم تحقيقاً للعدل والتوازن الاجتماعي.

لهذا، يتعين جمع الجهود الممكنة كّلها لمحاولة جمع كل المسائل القانونية الناشئة عن المعلوماتية وتصنيفها، ومن ثم وضع التشريعات التي من شأنها الإجابة عن كل الأسئلة دون تعد أو تعسف، فنضمن بذلك حقوق مؤلفي البرمجة أو مستخدميها، ويجب أن لا ننسى التعديلات التي يمكن أن تقع من جراء استعمال المصنفات الإلكترونية على الحقوق والحريات ولاسيما الحياة الخاصة للأفراد، ونرى ضرورة توسيع مجال الحماية القضائية على

برامج الحاسوب ولاسيما أن الدعاوى ذات الصلة تكاد تكون نادرة أمام المحاكم.

وعلى نطاق حماية المستهلك في الفضاء الرقمي أو المستهلك على الانترنت يلاحظ بأن التجربة الفرنسية في حماية المستهلك تعد نموذجا لكثير من التشريعات المقارنة، وذلك ما فعل المشرع الجزائري، لكن فيما يتعلق بحماية المستهلك الإلكتروني نجده تأخر بعض الشيء، وقد يكون السبب في ذلك هو قلة التعامل بالعقد الإلكتروني، ولكن قلة الشيء لا ينفي وجوده، وينبغي إيجاد وسائل لحماية المستهلك في مثل هذه التعاملات، ولا بأس في الوقت الحاضر من إعمال القواعد العامة الموجودة في القانون الجديد لحماية المستهلك لأنها تضمنت حقوقا عامة تنطبق على العقد الالكتروني، لكن حبذا لو شملت النصوص خصوصية المستهلك الإلكتروني، لما يتميز به من قوة في وسائل الدعاية والإغراء.

وقد تبين لنا من خلال البحث أن هذا النوع من التعاقد والذي يجمع ما بين المؤلف والمستهلك على النات، يتميز عن العقود التقليدية من خلال الآلية التي يبرم بها فهو ذاك العقد الذي يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية سواء عن طريق البريد الالكتروني أو المواقع الالكترونية ويمتاز بعدة خصائص ومنها انه عقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، كما أن الإيجاب فيه يمتاز بالعمومية في اغلب الأحيان، كما أن لهذا العقد خصوصية من حيث الإثبات والوفاء وكما تناولنا ذلك سابقا"، وقد وجدنا أن التطبيقات العملية لهذا العقد وانتشاره على نطاق واسع دفع العديد من دول العالم إلى إصدار تشريعات عالجت بها أحكام هذا العقد وبما يمتاز به من خصوصية وقد كان أول قانون في هذا الخصوص هو قانون **الاونسيترال** النموذجي بشان التجارة الالكترونية الذي أصدرته الأمم المتحدة في سنة 1996 والذي كان الأساس في اغلب التشريعات التي عالجت التجارة الالكترونية التي صدرت في العالم وخاصة التشريعات التي أصدرتها الدول العربية وقد تبين لنا عدم

وجود تنظيم قانوني في العراق لمعالجة أحكام هذا العقد، الأمر الذي يدفعنا إلى مطالبة المشرع الجزائري للتدخل في هذا المجال من خلال إصدار تشريع يعالج العقود الالكترونية والتي تبرم عبر شبكة الانترنيت، كون أن هذه العقود أصبحت من العقود المتداولة على الساحة العالمية والتي قد يكون احد أطرافها من المواطنين العراقيين إضافة إلى انتشارها على الصعيد الوطني، مسترشدا "بذلك بالقوانين التي صدرت في هذا المجال وخاصة العربية منها، ويبدو أن المشرع الجزائري قد بدأ بذلك فعلا "إذ أننا وعند الانتهاء من إعداد هذا البحث علمنا بان السلطات المختصة تعمل على إعداد مشروع قانون خاص بالمعاملات الالكترونية والذي نأمل أن يرى النور في وقت قريب لكي يحد من النقص التشريعي في هذا المجال كون أن القواعد العامة للعقد تبدو قاصرة في جوانب متعددة في معالجة هذا الموضوع .

أيضا فإنه تجب ملاحظة أن المستهلك العربي بصورة عامة والجزائري بصورة خاصة يشغل المستعمل فيها مساحة ضئيلة في التعامل عبر الشبكة وهذه المساحة يجب الاهتمام بها وتنميتها، وذلك عن طريق الاهتمام بالتجارة الإلكترونية العربية يسن التشريعات المنظمة لها، وتنظيمها في ضوء طبيعة ذلك المستهلك، وأعداده المتزايدة، فضلا عن خلق البيئة الملائمة لإقدامه على التعامل التجاري عبر الشبكة، وذلك بتنمية الوعي المعلوماتي لديه سواء تعلق بالحاسب الآلي أو بالانترنت، وذلك حتى لا يقع فريسة لصراع شركات تكنولوجيا المعلومات خاصة في الدول الغربية.

ويجب على الدراسات التي تعني بالرؤية المستقبلية لهذا النوع من التعاملات أن تركز جيدا على المستهلك وطبيعته وثقافته لأنه هناك أنماطا من المستهلكين قد لا ترغب في هذه التجارة لاعتبارات تتعلق بثقافة الشعوب وتكوينها.

ولهذا وددنا لو أن المشرع الجزائري يلحق النص الحالي بتعديل تشريعي آخر يدرج فيه المعاملات المستهلك الإلكتروني بصورة مستقلة على النص الأصلي، ويضع لها حماية خاصة، سواء تعلق الأمر بحماية حقه في الإعلام الإلكتروني، أو حقه في التراجع عن السلعة أو الخدمة خلال مدة معينة، أو حتى حقه في حماية بياناته الشخصية ضمن تعاملاته اليومية من خلال بريده الإلكتروني أو بأية وسيلة أخرى.

تم بحمد الله

قائمة المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية :

أولا /-المراجع

أ/- المراجع العامة:

1. **العلامة عبد الرحمن بن خلدون**، المقدمة، حققها وقدم لها وعلق عليها **الدكتور عبد السلام الشدادي**، طبعة خاصة، الجزء الأول، بيت الفنون والعلوم والأدب، الدار البيضاء، 2005 .
2. **ابن منظور الإفريقي المصري**، لسان العرب، المجلد التاسع، الطبعة 4، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان،2005
3. الأستاذ **أنتوني غيدنز** بمساعدة **كارين بيردسال**، علم الاجتماع، ترجمة وتقديم **الأستاذ الدكتور فائز الصباغ**، الطبعة الرابعة، المنظمة العربية للترجمة (بيروت) ومؤسسة ترجمان (الأردن)، توزيع مركز الدراسات الوحدة العربية، بيروت، لبنان، 2005 .
4. **أ د. حسن عبد الحميد أحمد رشوان**، فلسفة الاجتماعية والاتجاهات النظرية في علم الاجتماع، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الرابعة، 2011.
5. د. **حسن علي الذنون**، فلسفة القانون، ط1،بدون دار النشر، 1975.
6. **تيودور روشاك**، الروحانية الإيكولوجية، (الروحانيات في مقابل العقل)، مجلة الفلسفة وقضايا العصر، ترجمة **الدكتور أحمد حمدي محمود**، الجزء 3، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1991.
7. **الدكتور. منصور مصطفى منصور**، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، غير منشورة، ج1، 1972.
8. **الدكتور أحمد بلقيس**، كفايات التعليم الذاتي للكتاب .: الجامعة العربية المفتوحة، - المجلد الأولى، الكويت، 2003
9. **الدكتور فؤاد زكريا، خطاب** إلى العقل العربي، سلسلة كتاب العربي، الكتاب السابع عشر، الكويت، 1988.

10. الدكتور إكرام فهمي حسين، أثر التقدم العلمي على الإنسان والبيئة في العصر الحديث، مجلة كلية الآداب بجامعة حلوان – ع 26، يوليو 2009، جامعة حلوان، مصر.

11. الدكتور جون ديكنسون، العلم والمشتغلون بالبحث العلمي في المجتمع الحديث، ترجمة شعبة الترجمة باليونسكو، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للفنون والثقافة، الكويت إبريل 1987

12. الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون "نظرية الحق"، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان،1979.

13. الفقيه السنهوري، محمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، المجلد الأول، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة المصرية، الطبعة الثالثة الجديدة، 2011.

14. الدكتور **نبيل إبراهيم سعد،** مدخل للعلوم القانونية، الكتاب الأول، نظرية القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2001 الدكتور **نبيل إبراهيم سعد،** مدخل إلى القانون –نظرية الحق–، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2010

15. الدكتورة سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، دار النهضة، القاهرة، 1998.

16. الدكتور **توفيق حسن فرج،** المدخل للعلوم القانونية (نظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق) مع دراسة مقارنة بين القانون المصري واللبناني والقوانين العربية، دار الفكر العربي، مصر، 2012 .

17. الدكتور .علاء عبد الرزاق السلمي، تكنولوجيا المعلومات، ط1، جامعة العلوم التطبيقية، عمان، 1999،

18. الدكتور.نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الاقتصادية ودراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية، ط 1، 2004

19. الدكتور محمد سامي الشوال، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2003

20. الدكتور محمود محمد مبروك، أحكام الخدمة وتطبيقاتها في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة ووفقا للقانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 1999

21. **الدكتور مصطفى الجمال، الدكتور رمضان أبو السعود، الدكتور نبيل سعد،** مصادر وأحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003

22. **الدكتور نبيل سعد،** النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول – مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1995

23. **الدكتور لشعب محفوظ بن حامد،** عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1990

24. **الدكتور علي فيلالي،** الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 2، دار هومه للنشر، الجزائر، 2005

25. **الدكتور عبد الباسط جميعي،** أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة،1996

26. **الدكتور محمد سعيد جعفور،** نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطباعة والنشر .والتوزيع، الجزائر،2003

27. **الاستاذ جاك غستان،** ترجمة **الدكتور منصور القاضي،** المطول في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000

28. **الدكتوراه شيرزاد عزيز سليمان،** حسن النية في إبرام العقود، الطبعة 1، دار دجلة للنشر، الأردن،2008

29. **الدكتور عادل راشد،** الإعلام، دار النهضة العربية، مصر، 2000

30. **الدكتور فاضلي إدريس،** الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر،2006

31. **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم،** حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006

32. **الدكتور علي علي سليمان،** النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري –، الطبعة 7، ديوان المطبوعات .الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2006

33. **الدكتور خليل أحمد حسن قدادة،** الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4 ، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000

34. **الدكتور الفضل منذر الفتلاوي، العقود المسماة** .الطبعة الثانية، دار الثقافة، الأردن، 1996

.

35. **الدكتور عمرو أحمد حسبي،** حماية الحريات في مواجهة نظم المعلومات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 .

36. **الدكتور أسامة عبد الله قايد،** الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات " الطبعة 3"، دار النهضة العربية، 1994 .

37. **الدكتور عمرو أحمد حسبي،** حماية الحررات في مواجهة نظم المعلومات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 .

38. **الدكتور مبروك حسين،** القانون التجاري الجزائري "النصوص التطبيقية والاجتهاد القضائي والنصوص المتممة"، دار هومة، الجزائر، الطبعة السادسة، 2008 .

39. **الدكتور عبد .الله سليمان،** شرح قانون العقوبات الجزائري الجزء الأول، طبعة2، ديوان المطبوعات الجامعية،1995

40. **الدكتور توفيق حسن فرج،** الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، الإسكندرية،1988 ، ص 120

41. **الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل،** المصادر الإدارية للالتزام، العقد والإدارة المنفردة، جامعة الكويت، 1995، ص198

ب /–المراجع الخاصة :

1. **الدكتور يونس عرب،** قانون الكمبيوتر cyber law، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، ج01، الطبعة الأولى، اتحاد المصارف العربية، الأردن، 2001
2. **الدكتور فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات،** الكتاب الثاني عقود الكمبيوتر، الجزء الثاني عقود النظم والأجهزة والانترنت وقواعد البيانات، دار الكتاب الحديث، طبعة 2003، مصر
3. **الدكتور جعفر حسن جاسم،** مقدمة في الاقتصاد الرقمي، الطبعة 01، دار البداية، المملكة العربية السعودية، 2013
4. **الدكتور حميد ناصر الفتال والدكتورة دلال صادق،** أمن المعلومات، طبعة الرابعة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2008

5. **الدكتور صلاح زين الدين،** الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2000
6. **الدكتور محمد حسنين،** الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
7. **الدكتور سهيل الفتلاوي،** حقوق المؤلف المعنوية في القانون العراقي، دراسة مقارنة،الناشر وزارة الثقافة والفنون، العراق، 1978
8. **الدكتور صلاح زين الدين،** المدخل للملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثلاثة، 2011
9. **الدكتور عبد الرشيد مأمون،** الحق الأدبي للمؤلف – النظرية العامة وتطبيقاتها – بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978
10. **الدكتور عبد الرشيد مأمون** والدكتور **محمد سامي عبد الصادق،** حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002، الكتاب الأول، حقوق المؤلف، دار النهضة العربية، 2004
11. **الدكتور نواف كنعان،** حق المؤلف – النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل الحماية، الطبعة 1، الإصدار الرابع، دار الثقافة، عمان، 2004
12. **الدكتور يوسف أحمد النوافلة،** الحماية القانونية لحق المؤلف، الطبعة 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2004.
13. **الدكتور أحمد صدقي محمود،** الحماية الوقتية لحقوق الملكية الفكرية وفقًا لأحكام القانون.رقم 82 لسنة 2002 دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2004
14. الدكتور المستشار /**عبد الحميد المنشاوي** - حماية الملكية الفكرية - دار الفكر الجامعي - طبعة2- 2002
15. **الدكتور صلاح زين الدين،** شرح تشريعات الصناعية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2007، الأردن،
16. **الدكتور فرحة زراوي صالح،** الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الملكية الفكرية، دار بن خلدون للنشر والتوزيع، طبعة، الجزائر، 2006 .
17. **الدكتور فاضلي إدريس،** المدخل للملكية الفكرية، سلسلة القانون، الجزائر، 2004 .

18. **الدكتور محمد حسام لطفي**، حقوق المؤلف في ضوء دائرة الفقه وأحكام القضاء، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2000

19. **الدكتور ناصر** سلطان، حقوق الملكية الفكرية، حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، العلامات والبيانات التجارية دراسة في ضوء القانون الإماراتي الجديد والمصري واتفاقية التريبس .ط 1. الأردن :مكتبة الجامعة الشارقة، إثراء للنشر والتوزيع، 2009

20. **الدكتور خليل يوسف أبو بكر**، حق المؤلف في القانون، دراسة مقارنة، مؤسسة مجد الجامعة للدراسات والنشر والتوزيع، الأردن الطبعة الأولى، 1999

21. **الدكتور أنور طلبة**، حماية حقوق الملكية الفكرية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006 .

22. **الدكتور محي الدين عكاشة**، حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005

23. **الدكتور عبد الحميد المنشاوي**، حماية الملكية الفكرية وأحكام الرقابة على المصنفات الفنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002

24. **الدكتور أبو بكر محمد**، حق المؤلف في القانون، دراسة مقارنة، الطبعة1 ، مجد للدراسات، بيروت، لبنان، 2008.

25. **الدكتور بهاء الدين بارة**، مبادئ قضائية في مجال حقوق المؤلف، بدون طبعة، بدون دار النشر، سورية، 2007

26. **الدكتور عبد الرحمان خالفي**، الحماية الجنائية لحقوق المؤلف، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007

27. **الدكتور. عبد الفتاح بيومي حجازي**، حقوق المؤلف في القانون المقارن (دراسة مُعمقة في حقوق الملكية الفكرية)، ط1، القاهرة: بهجات للطباعة والتجليد، 2009

28. الدكتور **مصطفى محمد عرجاوي**، الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، من بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت المُنعقد للفترة من 1-3 مايو2004، المجلد الثاني، ط3،كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،، 2004

29. الدكتور **سلامة، عماد محمد**،الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي ومشكلة قرصنة البرامج، ط1 ، دار وائل للنشر، الإسكندرية، 2005

30. **الدكتور الفيومي محمد**، مقدمة الحاسبات وتشغيل الحاسبات الصغيرة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1998

31. الدكتور **مصطفي عبد الحميد عدوي**، الاستعمال المشروع للمصنف في قانون حماية حق المؤلف، دراسة مقارنة بالقانون الأمريكي،، مطبعة حمادة بقوسنا، القاهرة، 1996

32. **الدكتور فاروق علي الحفناوي**، قانون البرمجيات – دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر –دار الكتاب الحديث، 2001

33. **شارل بيرتيه وفلاديمير موركوف** ترجمة **الدكتور كمال الخولي**، علم الكمبيوتر والإدارة، الطبعة الأولى، المنشورات العربية، بيروت، 1984

34. **الدكتور محمد عطية الرزازي**، الحماية القانونية لقواعد البيانات في القانون المصري والتشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديد للطبع والنشر والتوزيع، مصر،2013

35. **الدكتور عمرو عيسى القي**، الجرائم المعلوماتية، جرائم الحاسب الآلي والانترنت في مصر والدول العربية، المكتب الجامعي الحديث،2006

36. **الدكتور جابر زايد عبد الونيس بريشة**، العمل القضائي في الأردن في مجال حقوق الملكية الفكرية، محاضرات مطبوعة ومنشورة، جامعة المنيا، الأردن، 2006

37. **لدكتور أسامة محمد محي الدين**، مدخل الحاسب الآلي، الجزء الأول، دار القلم، دبي، 1990، ص 271

38. **الدكتور منير محمد الجنيبهي والدكتور محمود محمد الجنيبهي**، أمن المعلومات الالكترونية، دار الفكر العربي، 2006

39. **الدكتور محمد حماد مرهج الهيتي**، نطاق الحماية الجنائية للمصنفات الرقمية، دراسة مقارنة في القوانين العربية لحماية المؤلف، مجلة الشريعة والقانون العدد الثامن والأربعون، أكتوبر 2011،

40. **الدكتور عبد الرحمان خليفي**، الحماية الجزائية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008

41. **الدكتور محمود عبد الرحيم الديب**، الحماية القانونية للملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005

42. **الدكتور محمد حسين منصور**، المسئولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003

43. **الدكتور حسين بن سعيد الغافري**، الانترنت ودورها في قرصنة برامج الحاسوب الآلي، بحث منشور في الرابط التالي eastlaw –arab.org

44. **الدكتور عبد الفتاح محمود كيلانى**، المسئولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011

45. **الدكتور جميل عبد الباقي الصغير**، الانترنت والقانون الجنائي، -الجزء الأول – الأحكام الموضوعية المتعلقة بالانترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2002.

46. **الدكتور محمد فتحي عبد الهادي**، مقدمة في علم المعلومات، دار غريب، القاهرة، 2006

47. **محمد حسين منصور**، المسئولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003

48. **الدكتور عامر قاسم أحمد القيسي**، الحماية القانونية للمستهلك، الطبعة الأولى، الأردن : الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع2002 .

49. **الدكتور السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1986

50. **الدكتور جامعي حسن عبد الباسط**، حماية المستهلك في مصر بالمقارنة بأوضاع الحماية في دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1996

51. **الدكتور الحاج طارق**، التسويق من المنتج إلى المستهلك، الطبعة الأولى، دار صفا للنشر، الأردن، 1990

52. **الدكتور بودالي محمد**، حماية المستهلك في القانون المقارن –دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي-دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006

53. **الدكتور حمد الله محمد حمد الله**، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 1997

54. **الدكتور علي فتاك،** تأثير المنافسة على الالتزام بالضمان سلامة المنتوج، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008

55. **الدكتورة زاهية حورية سي يوسف،** المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2008

56. **الدكتور مصطفى أحمد أبو عمرو،** موجز أحكام قانون حماية المستهلك،، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001

57. **الدكتور خالد عبد الفتاح محمد خليل،** حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،2002

58. **الدكتور أمانج رحيم أحمد،** حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، ط1، 2011 .

59. **الدكتور بـــدران الرفاعـــي،** عقـــود المســـتـــهلك في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، منشورات دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، المحلة الكبرى (مصـــر)، 2011

60. **الدكتور مصطفى الجمّال،** السعي الى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001

61. **الدكتور عامر قاسم احمد القيسي،** الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، الطبعة الثالثة، عمان، 2009

62. **الدكتور عمر محمد عبد الباقي،** الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و . القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2004

63. **الدكتور بودالي محمد،** مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفجر، القاهرة، 2007

64. **عمر محمد عبد الباقي،** الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008

65. **الدكتور أحمد محمد الرفاعي،** الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994

66. **الأستاذ علي بولحية بن بوخميس** "القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر،2000

67. **الأستاذ سعداوي سليم**، حماية المستهلك في الجزائر، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2009

68. **الدكتور عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة 2، منشأة المعارف، مصر،2008

69. **الدكتور عادل قورة**، الحماية التشريعية للمستهلك، دار النهضة العربية، مصر، 1999

70. **الدكتور عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2007

71. **الدكتور حسن عبد البسط جميعي**، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببنها منتجاته المعيبة (دراسة فقهية مقارنة على ضوء تطور القضاء الفرنسي وصدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع (قانون 1998/05/19)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

72. **الدكتور أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 .

73. **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الجامعية الإسكندرية، مصر، 2007

74. **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006

75. **الدكتور خالد ممدوح إبراهيم**، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية – دراسة مقارنة – الطبعة الثانية، الدار الجامعية، .مصر 2010 .

76. **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2008

77. **الدكتور محمد السعيد رشدي**، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998.

78. **الدكتور علي محي الدين علي داغي،** مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الروماني والفرنسي والإنجليزي والمصري والعراقي، .الجزء الأول . الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2002 .

79. **الدكتور سامي علي حامد عياد،** الجريمة المعلوماتية وإجرام الانترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007 .

80. **الدكتور عامر إبراهيم قنديلجي** -الدكتورة **إيمان فاضل السامرائي،** تكنولوجيا المعلومات وتطبيقاها، الورالي للنشر والتوزيع،2009 .

81. **الدكتور محمد عبد الله أبو بكر سلامة،** جرائم الكمبيوتر والانترنت، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006 .

82. **الدكتورة نهلا عبد القادر المومني،** الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008

83. **أحمد خليفة الملط،** الجرائم المعلوماتية، الطبعة الثانية،دار الفكر الجامعي، مصر، 2006

84. **الدكتور منير محمد الجنبيهي والدكتور ممدوح محمد الجنبيهي،** أمن المعلومات الإلكترونية، دار الفكر الجامعي،2006

85. **الدكتور شريف محمد غنام،** التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

86. **الدكتور محمد عبد الظاهر حسين** المسئولية القانونية في مجال شبكات الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة .2004 .

87. **الدكتور سمير حامد الجمال،** التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة،، 2011 .

88. **أحمد حسام طه،** الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي(رسالة دكتوراه)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004

89. **الدكتور فتوح الشادلي، والاستاذ عفيفي كامل عفيفي،** جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة في الحماية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

90. الدكتور محمد أبو بكر، المبادئ الأولية لحقوق المؤلف والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2005

91. الدكتور أنور طلبة، حماية حقوق الملكية الفكرية، المكتب الجامعي الحديث، 2010 .

92. الدكتور زكي زكي حسين زيدان، حقوق الملكية الفكرية ووسائل حمايتها في الفقه الإسلامي والقوانين العضوية، دار الكتاب القانوني، الطبعة الأولى، 2009

93. الدكتور حسن محمد محمد بودي، حقوق والتزامات المؤلف في عقد النشر، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.

94. الدكتور محي الدين عكاشة، حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائرية، الطبعة الثانية، 2007.

95. الدكتور محمد أبو بكر، المبادئ الأولية لحقوق المؤلف والاتفاقيات والمعاهدات الدولية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2005

96. الدكتور محمد سامي عبد الصادق، حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة، المكتب المصري الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 2003

97. الدكتور محمد خليل يوسف أبو بكر، حق المؤلف في القانون "دراسة مقارنة"، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2008 .

98. الدكتور سعيد سعد عبد السلام، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 سنة 2002، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004

99. الدكتور نواف كنعان، حق المؤلف: النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته، دار الثقافة، عمان الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، 2004

100. الدكتور عجة الجيلالي، أزمات حقوق الملكية الفكرية "أزمة حق أم أزمة قانون أم أزمة وصول إلى المعرفة"، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.

101. الدكتور فتوح الشادلي، عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون "دراسة مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003 .

102. الدكتور شحاتة غريب شلقامي، الملكية الفكرية في القوانين العربية، دراسة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ولخصوصية حماية برامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

103. الدكتور عبد الفتاح مراد، الجديد في الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

104. الدكتور أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضنون العقدي، دار النهضة العربية، 1994

105. الدكتورة سميحة القليوبي، غش الأغذية وحماية المستهلك، بحث لمؤتمر حماية المستهلك، القاهرة، مارس 1993

106. الدكتور عبد الله حسين محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري أو الصناعي، دار النهضة العربية القاهرة سنة 2002

107. الدكتور عبد الحميد الشواربي، جرائم الغش والتدليس، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1992

108. الدكتور أحمد محمد محمود على خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005

ج /–الرسائل والمذكرات الجامعية :

1/– رسائل الدكتوراه :

1. **الدكتور بودالي محمد**، الحماية القانونية للمستهلك في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة) أطروحة لنيل شهادة دكتورة دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2003 .
2. **الدكتورة بن دريس حليمة**، حماية حقوق الملكية الفكرية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، جامعة تلمسان، الجزائر، 2012-2013

3. **الدكتور عبد الفتاح أحمد حسان**، مدى الحماية القانونية لحق المؤلف - دراسة مقارنة- أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2007 - 2008
4. **حساني علي**، الإطار القانوني للالتزام بالضمان في المنتوجات –دراسة مقارنة –مذكرة دكتوراه في القانون الخاص –كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011
5. **نزهة الخلدي**، "الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية-عقد البيع نموذجا- أطروحتها لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بجامعة الرباط، المغرب، السنة الجامعية، 2004-2005
6. **حامق ذهبية**، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة من أجل الحصول على شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003 .
7. **رشدي محمد علي محمد عيد علي**، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكات الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006 .
8. **ملاك فائزة**، الحماية القانونية لحق المؤلف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 1988

2 /- رسائل الماجستير

1. **زينب عبد الرحمن عقلة سلفيتي**، الحماية القانونية لحق المؤلف في فلسطين – دراسة مقارنة –، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2012
2. **داودي شهرزاد**، المعلومات الالكترونية ما بين حرية التداول وحق التأليف، مذكرة ماجستير، تخصص علم المكتبات، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة متنوري، قسنطينة، 2005
3. **صياد الصادق**، حماية المستهلك في ظل قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2013-2014

4. **نوال شعباني**، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم .القانونية، تخصص مسؤولية مهنية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة2012

5. **فتيحة حدوش**، ضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطرة في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009 – 2010

6. **زبيري بن قويدر**، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون04 /02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان،2006

7. **سي الطيب محمد أمين**، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص 43

8. **بن سعيدي سلمة**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير في عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2013

9. **حليمي ربيعة**، ضمان الإنتاج والخدمات، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003/2002

10. **ماني عبد الحق**، حق المستهلك في الإعلام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008-2009

11. **غدوشي نعيمة**، .حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012 -2013

12. **عليان عدة**، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2008 -2009

13. **جرعود الياقوت**، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001-2002

14. **زوبة سميرة**، الحماية العقدية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004-2005 .

15. **لما عبد الله صادق سلهب**، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا، جامعة نابلس، فلسطين، 2008 .

16. **عماد حمد محمود الإبراهيم**، الحماية المدنية لبراءات الاختراع والأسرار التجارية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قانون خاص، جامعة النجاح، نابلس فلسطين، 2012

17. **زوبير أرزقي**، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

18. **فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في التعاقد الالكتروني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011 .

19. **مبروك ساسي**، الحماية الجنائية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2011 .

20. **محمد هشام صالح عبد الفتاح**، جريمة الاحتيال، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، .جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

ج /-المؤتمرات والملتقيات العلمية:

1. الأستاذ الدكتور **عبد الله بن عبد العزيز صالح اليوسف**، مداخلة بعنوان أسرار النجاح، المؤتمر السادس للمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة (أيسيسكو) المنعقدين في مدينة الرياض خلال الفترة من 29 رجب إلى 9 شعبان 1418هـ الموافق 29 نوفمبر إلى 9 ديسمبر 1997.

2. **الدكتور يونس عرب،** التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية، ورقة عمل مخاطر الانفتاح الالكتروني الملتقى السابع لمجتمع الأعمال العربي، البحرين 18-20 اكتوبر2003، البحرين ص 08 **الدكتور يونس عرب،** التشريعات والقوانين المتعلقة بالانترنت في الدول العربية، (ورقة عمل) مقدمة مؤتمر ومعرض التكنولوجيات المصرفية العربية والدولية – اتحاد المصارف العربية - 28-29 تشرين اول 2002

3. **محمد أحمد عبد الرحمن،** أمن الاتصالات الآن في المستقبل، مترجم، مركز بحوث دراسات شرطة دبي، أبريل 1996

4. **الدكتور موفق طيب شريف،** تطور القيمة القانونية لفكرة الأمن القانوني، الملتقى الوطني " الأمن القانوني "، أكتوبر 2012.

5. **الدكتور حسن جميعي،** مدخل إلى حقوق الملكية الفكرية، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للصحفيين ووسائل الإعلام، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الإعلام المنامة، مملكة البحرين، 16 /04/ 2004.

6. **الدكتور حسام الدين الصغير،** الحماية الدولية للملكية الصناعية، من اتفاقية باريس إلى اتفاق جوانب حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة (اتفاق تريبس)، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية للمسؤولين الحكوميين، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة الإعلام المنامة، مملكة البحرين، 14 و15 أفريل 2004.

7. أ .**د سعيد النجار،** "الجوانب القانونية والاقتصادية لمبادئ الجات ومنظمة التجارة العالمية "، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 1 الطبعة 1، ماي 2004.

8. **أ.د .نزيه محمد الصادق المهدي،** " آلية حماية حقوق الملكية الفكرية" ، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004

9. **الدكتور أحمد يوسف عبده الشحات،** بعض جوانب الاقتصادية لحقوق الملكية الفكرية، بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004.

10. أ.د .**إبراهيم أحمد إبراهيم**، التجارب الدولية لتطوير وتنمية حماية الملكية الفكرية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الملكية الفكرية، 22-23 أكتوبر 2001، كلية الحقوق، جامعة بنا، الأردن.

11. **المستشار الدكتور محمد محمود الكمالي**، آلية حماية الملكية الفكرية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004

12. **الدكتور السيد أحمد عبد الخالق**، الاقتصاد السياسي لحماية حقوق الملكية الفكرية في " **التريبس** " مع التطبيق على نقل التكنولوجيا للدولة النامية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004 .

13. **المحامي الدكتور عمر الجازي**، المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف، ورقة عمل مقدمة في ندوة"حق المؤلف في الأردن :بين النظرية والتطبيق، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2004

14. **الدكتور أبو العلا النمر**، التوجهات الحديثة للقضاء المصري في شأن حماية الحق الأدبي للمؤلف، بحث مقدم إلى مؤتمر الملكية الفكرية والتنمية في العصر الرقمي تحت رعاية المركز المصري للملكية الفكرية وتكنولوجيا المعلومات في الفترة من 28-2007/5/29م، القاهرة، 2007 .

15. **عمر مشهور حديثة الجازي**، المبادئ الأساسية لقانون حق المؤلف، ورقة عمل مقدمة في ندوة "حق المؤلف في الأردن بين النظرية والتطبيق" كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2004/01/12 .

16. **الدكتور خاطر نوري :**ملاحظات في القانون الاتحادي رقم 7 لسنة 2002 في شأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل اتفاقية حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة" تريبس"، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية، الأردن2012 .

17. **الدكتور كنعان الأحمر**، قضايا مختارة في مجال حقوق المؤلف، ندوة الويبو الوطنية حول حق المؤلف والحقوق المجاورة للمحامين والقضاة، تنظمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية، **الويبو**)، بالتعاون مع وزارة الثقافة دمشق، 27 و28 أبريل، 2005.

18. **الدكتور السيد أحمد عبد الخالق**، الاقتصاد السياسي لحماية حقوق الملكية الفكرية في " **التريبس** " مع التطبيق على نقل التكنولوجيا للدولة النامية، مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقيات منظمة التجارة العالمية بحوث المؤتمر غرفة التجارة والصناعة، المجلد 2 الطبعة 1، ماي 2004

19. **الدكتورة أحمد العيدوني وداد**، .حماية الملكية الفكرية في البيئة الرقمية، برامج الحاسوب وقواعد البيانات نموذجا. المؤتمر السادس لجمعية المكتبات والمعلومات السعودية – البيئة المعلومات الأمنية: المفاهيم والتشريعات والتطبيقات، 6-7 افريل 2010، الرياض

20. **الدكتور مصطفى محمد عرجاوي**، الحماية المدنية لبرامج الكومبيوتر في القوانين الوضعية، بحث أُلقيّ في مؤتمر القانون والكومبيوتر والانترنيت المُنعقد للفترة من 1-3/آيـــار-مايو/2000، كُلية الشـــريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشـــور ضمن بحوث المؤتمر المذكور، ط3، 2004

21. **الدكتور.مدحت عبد العال**، دراســـة نقدية لمعيار حماية برامج الحاســـوب بمقتضى أحكام الملكية الفكرية والأدبية في القانونين المصريّ والإماراتي التي أُلقيت في المؤتمر العلمي الأول حولَ الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية في دبي بدولة الإمارات العربية، المُتحدة للفترة من 26-28/نيســـان-ابريـــل/2003، أكاديمية شـــُرطة دبي، ج2 (محور المُعاملات المدنية)

22. **الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي**، الحماية المدنية لبرامج الكومبيوتر في القوانين الوضعية في مجلة بحوث مؤتمر القانون والكومبيوتر والانترنيت، المجلد الثاني، ط3، جامعة الإمارات العربية المُتحدة، كُلية الشـــريعة والقانون، 2004

23. **الدكتورة نبيلة إسماعيل رسلان**، التأمين في مجال المعلوماتية والشبكات، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، ط3، المجلد الثالث، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،2004

24. **الدكتور يونس عرب**، جرائم الكمبيوتر والأنترنت، إيجاز في المفهوم والنطاق والخصائص والصور والقواعد الإجرائية للملاحقة والإثبات، ورقة عمل مقدمة في مؤتمر الأمن العربي

العاشر من 10-12 /2002/03، تنظيم المركز العربي للدراسات البحوث الجنائية، أبو ظبي،

25. **الدكتور جمال عبد الله**، الحماية القانونية للبرمجيات وقواعد البيانات، الندوة العربية للمعلومات القانونية والقضائية الممتدة ما بين 15و 17 -09-1998، المنشورة من طرف المركز العربي للدراسات والبحوث القانونية، لبنان، 1998

26. **الدكتور نبيل علي**، العرب وعصر المعلومات، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة والفنون والأدب، الكويت، العدد 184 افريل 2004

27. **الدكتورة واثبة داود السعدي**، الحماية الجنائية لبرنامج الحاسب الآلي، مجلة العلوم القانونية جامعة بغداد المجلد 18 عدد 189 لسنة 2004، العراق

28. **الدكتور حسن جمعي عبد الباسط**، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك،مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996

29. **الدكتور بودالي محمد**، مقال بعنوان " تطور حركة حماية المستهلك "، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، سيدي بعباس، الجزائر، 2005

30. **لينده بن عبد الله**، المستهلك والمهني مفهومان متباينان، بحث مقدم ضمن اعمال الملتقى الوطني الاول حول "حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي"، والذي نظمه معهد العلوم القانونية والادارية بالمركز الجامعي بالوادي – الجزائر بتاريخ 13-14 ابريل 2008، منشورات معهد العلوم القانونية والادارية بالمركز الجامعي بالوادي، الجزائر، 2008

31. **الدكتورة فاديا كيوان**، الفاعلون الجدد في إطار العولمة، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال المؤتمر السنوي الثاني حول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية بعنوان "حقوق المستهلك وواجباته – الأطر العامة والحالة اللبنانية"، والذي نضمه جامعة الحكمة، تاريخ 22 و23 أفريل 2002، منشورات مركز الدراسات بجامعة الحكمة، بيروت، 2002

32. **الدكتور فاروق العربي**، دور التشريعات في إقامة التوازن بين المستهلك والتاجر، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات .العربية المتحدة، 12 و 15ديسمبر 1998

33. **الدكتورة منادي مليكة**، مداخلة بعنوان: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد في القانون الجزائري، ورقة عمل مقدمة للملتقى الوطني الرابع حول "حماية المستهلك تشريعات وواقع يوم 22و 23 أفريل 2010، كلية الحقوق، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة.

34. **الدكتور حداد العيد**، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، مداخلة مقدمة ضمن إعمال المؤتمر ألمغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون الذي نظمته أكاديمية الدراسات العليا بطرابلس، ليبيا، بتاريخ 27-30 اكتوبر 2009، طرابلس (ليبيا)،2009 .

35. **الدكتورة سميحة القليوبي**، غش الأغذية وحماية المستهلك، مؤتمر حماية المستهلك في القانون والشريعة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر1995 .

36. **الدكتور محمد شكري سرور**، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، المجلد الثاني، جامعة الإمارات العربية، أفريل 2008 .

37. **الدكتور عبد الحق حميش**، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المجلد الثالث،، مايو 2003

38. **الدكتور حسام الدين كامل الأهواني**، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، بحث مقدم لمؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الأولى 1994 .

39. **الدكتور. حسين بن سعيد الغافري**، الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع قانون المعاملات الإلكترونية العماني ورقة مقدمة لمؤتمر أمن المعلومات والخصوصية في ظل قانون الإنترنت القاهرة 2-4 يونيو2008 .

40. **الدكتور يونس عرب**، دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج بالمجتمع الرقمي- ورقة عمل مقدمة لدى ندوة أخلاق المعلومات، نادي المعلومات العربي، 16 -17 أكتوبر 2002، عمان، الأردن، 2002 .

41.الدكتور هشام فتحي حسن، وسائل حماية المستهلك الإلكتروني بين الشريعة والقانون، بحث لدى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية، المجلد الثالث، 2008 .

42.مؤتمر الملكية الفكرية المنعقد في المعهد القضائي، منشورات المعهد القضائي، الأردن، 1999

ثانيا /–المصادر :

أ/– الموسوعات:

1. معجم الحاسبات، الطبعة الثانية الموسعة، مجمع اللغة العربية القاهرة، مصر، 2003.

2. الدكتور أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات الإعلام الآلي، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1985

3. **الدكتور فاروق علي الحفناوي**، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الأول – قانون البرمجيات – دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2002

4. الدكتور مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزي، القاموس المحيط،الطبعة الأولى بيروت،مؤسسة الرسالة، 1987

ب/– المقالات في الدوريات والمجلات العلمية :

1. **أ.د أسامة بن صادق طيب**، منظمة التجارة العالمية –الاستفادة من اتفاقياتها في العالم العربي وفي المملكة العربية السعودية بشكل خاص، نحو مجتمع المعرفة، سلسلة الدراسات يصدرها مركز الإنتاج الإعلامي بجامعة الملك عبد العزيز، الإصدار الرابع عشرة / 2007 .

2. **الدكتور علي همال**، اتفاقية حقوق الملكية الفكرية TRIPS، أي إستراتجية للتعامل معها لابتكار والتنمية ؟، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، العدد 10 لسنة 2010، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ص06 .

3. مقال الاتفاقيات متعددة الأطراف وعالم التريبس، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، إعداد الدكتور **سيسول موسينجو** والدكتور **جرهام داتفيلد** مشروع الوكالة الكندية للتنمية الدولية، 2003 ترجمة الدكتورة **هالة السلماوي**، مكتبة الإسكندرية، مصر، 2009

4. **الدكتور محمد حسام لطفي**، الملامح الأساسية للحماية القانونية لبراءات الاختراع، مجلة النيابة العامة، العدد الثاني، مارس 1996، مصر

5. مقالنا بعنوان :الحماية القانونية لحق المؤلف في ظل التكنولوجيات الحديثة –حق المؤلف على النات –حوليات جامعة بشار في العلوم القانونية والسياسية، عدد 10، 2015.

6. الدكتور **الشلاش محمد**، حقوق الملكية الفكرية بين الفقه والقانون،مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية،المجلد 21 .العدد / 3 ديسمبر2007

7. **الدكتورة واثبة داود السعدي**، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد الثامن عشر، العدد 199 كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2004

8. **الدكتور طالب محمد جواد عباس والدكتور أكرم فاضل سعيد**، الحماية المدنية لبرمجيات الحاسوب في القانون العراقي، دراسة تحليلية في تحديد ماهية البرمجيات علميا ووسائل حمايتها قانونيا، مجلة كلية الحقوق، بغداد العراق، 2011

9. **الدكتور محمد حامد مرهج الهيتي**، نطاق الحماية الجنائية للمصنفات الرقمية، دراسة مقارنة في القوانين العربية لحماية حق المؤلف، مجلة الشريعة والقانون، العدد 18، أكتوبر 2011

10. **الدكتور حسام الدين الأهواني**، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني، مجلة العلوم الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، .بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسب الآلي في الكويت، نوفمبر1989

11. **الدكتورة دنوني هجيرة**، قانون المنافسة وحماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء39 ، رقم 1 سنة 2000

12.**محمد عماد الدين عياض**، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 مداخلة منشورة للعدد الخاص لأعمال ملتقى الوطني الخامس لحماية المستهلك في ظل قانون 03/09 لأيام 08-09 نوفمبر 2010، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر

13.**أغا جميلة**، دور الولاية والبلدية في حماية المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، سيدي بعباس، الجزائر، 2005

14.**الدكتور حسام الدين كامل الأهواني**، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 4 و7 ديسمبر 1998

15.**الدكتور .محمد قاسم**، انهاء عقد التأمين (الضمان) بعد وقوع الكارثة وضرورات حماية المؤمن له (المضمون)، دراسة في القانون الفرنسي والمصري واللبناني، دراسة مقدمة ضمن أعمال مؤتمر "الجديد في مجال التأمين/الضمان في لبنان والعالم العربي، والذي نظمته كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بيروت العربية بتاريخ 24-26 نيسان/ابريل 2006 في بيروت، منشورة في كتاب أعمال المؤتمر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007

16.**الأستاذ وجباني واعمر**، حماية رضا المستهلك عن طريق الإعلام) الوسم والإشهار(، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006

17.**الدكتورة سي يوسف زاهية حورية**، الالتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة .مولود معمري، العدد الثاني، 2009

18.**الأستاذة كريمة بركات**، التزام المنتج بإعلام المستهلك، مجلة المعارف، العدد السادس، كلية الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند ولحاج، البويرة،، 2009

19.**الدكتورة زاهية حورية سي يوسف،** خصوصية شروط مسؤولية منتج الدواء البشري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية .كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول،2010 .

20.**حميش عبد الحق"**حماية المستهلك الالكتروني"ورقة بحثية قدمت لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية 12مايو 2003 م، كلية الشريعة والقانون.جامعة الإمارات العربية المتحدة

21.**الدكتور أحمد السعيد الزقرد،** الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، **مجلة الحقوق،** العدد الرابع، .الكويت، 1995 .

22. **الدكتور عبد الرحمان خلفي،** حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري (**دراسة مقارنة**)، (مجلة جامعة النجاح للأبحاث في العلوم الإنسانية، المجلد 01 (27) ،نابلس، فلسطين، 2013 .

23. **إحسان سمارة،** مفهوم حقوق الملكية الفكري وضابطها في الإسلام، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2005.

24. **ميلود سلامي،** عوى المنافسة الغير مشروعة " مجلة دفاتر السياسة والقانون"، جامعة باتنة، الجزائر، العدد 6، 2012

ج/- المجلات الالكترونية

1. **الدكتور محمد فواز محمد المطالقة والدكتور بسام محمد بني ياسين،** ماهية حق المؤلف، Cybrarians Journal، دورية الالكترونية فصلية محكمة في مجال المعلومات والمكتبات، عدد 33 ديسمبر 2013، الأردن، 2013 .
2. **الدكتور يونس عرب،** المخاطر التي تهدد الخصوصية وخصوصية المعلومات في العالم الرقمي، مجلة الدراسات الاستراتيجية بحث منشور على الرابط www.arablaw.org

د/- المواقع الالكترونية

1. موقع الدراسات القانونية والسياسية rawhani70law.blogspot.com/.../blog-post_5346.html
2. موقع الدراسات القانونية كلية الحقوق دمشق بسورية /http://damascusuniversity.edu.sy/faculties/law
3. منتدى الطلاب القانونين للجامعة المفتوحة http://loi-oldam.darbalkalam.com/t2-topic
4. مركز الدراسات القانونية بكلية الحقوق الإسكندرية StudentServices/Legal-Studies-Center-Law.aspx
5. مركز العدالة للتحكيم والاستشارة القانونية www.aladalacenter.com/index.php
6. مركز الدراسات القانونية والاقتصادية لجامعة عين شمس www.asu.edu.eg/arabic/article.php?acti
7. مركز الكويت للدراسات والأبحاث في كلية القانون الكويتية العالمية kilaw.edu.kw/Conference/index. 5
8. المركز القومي للدراسات القضائية http://www.jp.gov.eg
9. المركز الدولي لدراسات والصياغة والترجمة القانونية كلية لحقوق بالإسكندرية heyevent.com/event/6eb5ldn2kjh7

ثالثا /– النصوص القانونية :

أ/–: الدساتير

- الدستور الجزائري المعدل والمتمم
- الدستور المصري المعدل
- الدستور العراقي المعدل

ب/– المعاهدات والاتفاقيات

1. اتفاقية باريس الصادرة بتاريخ 1883 والمتعلقة بحماية الملكية الصناعية –و التي من خلالها تتم حماية المبتكرات الجديدة كالاختراعات والنماذج الصناعية والعلامات التجارية وغيرها– وبعد ثلاث سنوات تم عقد اتفاقية برن الخاصة بحماية الملكية الأدبية، وتستهدف الحماية للأعمال

المكتوبة كالكتب، والأعمال الفنية كالمسرحيات، والموسيقى، والمواد السمعية، والبصرية كأشرطة الفيديو، والكاسيت، والفنون التطبيقية عدة مرات كان أولها تعديل بروكسل في 14 ديسمبر 1900 ثم تعديل واشنطن في 2 يونيو 1911، وأعقبه تعديل لاهاي في 6 نوفمبر سنة 1925، ثم تعديل لندن في 2 يونيو 1934، وتلاه تعديل لشبونة في 31 أكتوبر سنة 1958 وأخيرا تعديل استكهولم في 14 يوليو 1967 . وقد تم تنقيح هذا التعديل فى 2 اكتوبر 1979 وتم تعاقبت التعديلات في 1984 و 1994 و1995 و1999 و2001 وسبتمبر 2005.

2. "الإتفاق العام للتعريفات الجمركية والتجارة". وقد أبرم هذا الإتفاق في 30 تشرين الأول / اكتوبر 1947، ودخلت حيز النفاذ في الأول من جانفي / يناير 1947
3. الاتفاقية الدولية لحماية فناني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية وهيئات الإذاعة (**اتفاقية روما**) لسنة 1961؛
4. والاتفاقية الدولية لحماية منتجي الفونوغرامات من استنساخ فونوغراماتهم دون تصريح (**اتفاقية الفونوغرامات**) لسنة 1971
5. الاتفاقية بشأن توزيع الإشارات الحاملة للبرامج المرسلة عبر التوابع الصناعية (**اتفاقية التوابع الصناعية**) لسنة 1974
6. اتفاقية تريبس 1994
7. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في1948
8. اتفاقية برن
9. اتفاقية باريس 1994
10. الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المؤرخ في1966/12/16

ج/–التقنين والقوانين الجزائرية :

- قانون المدني الجزائري
- قانون التجاري الجزائري
- قانون الأسرة

- قانون العقوبات
- قانون الاستثمار
- قانون الإعلام (القانون العضوي رقم 05/12 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالإعلام الجريدة الرسمية 02 المؤرخة في 2012/01/15.)
- قانون حماية المستهلك الجزائري (قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 2009/02/25 الجريدة الرسمية عدد 15 بتاريخ 2009/03/08)
- قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري
- قانون الاجراءات الجزائية الجزائري
- قانون رقم 04/04 المتعلق بالتقييس المؤرخ في 2004/07/23 جريدة رسمية رقم: العدد"41
- قانون رقم04 /02 المؤرخ 02 /6/ 2004 ج . ر رقم 41 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ 2010/06/27 ج.ر.رقم46
- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم (ج ر العدد08 ، الصادر بتاريخ 17 فيفري 1985.
- قانون رقم09 -04 المؤرخ في 5 أوت سنة 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها .

د/- التقنين والقوانين المقارنة العربية :

- قانون المدني المصري.
- قانون المدني السوري
- قانون المدني العراقي
- قانون المدني الأردني
- قانون المدني الكويتي
- قانون تنظيم الاتصالات المصري :رقم 10 لسنة 2003

- قانون المصري قانون رقم 2002/82 المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية جريدة رسمية رقم 22 لسنة 2002
- القانون الإماراتي رقم 07 لسنة 2002 المتعلق بالملكية الفكرية
- القانون الأردني رقم 22 لسنة 1992 ج. ر رقم 3821 بتاريخ 1992/04/16 المعدل بالقانون رقم 1999/02 والمتعلق بالحماية حق المؤلف .
- القانون السعودي رقم م/41 تاريخ 1424 هجرية ج.ر عدد 3959 والمتعلق بالملكية الفكرية
- القانون المغربي بموجب الضهير الشريف رقم 135. 69. 1. بتاريخ 25 من جمادى الأولى 1390 (29 يوليو 1970) بشأن حماية المؤلفات الأدبية والفنية.
- المرسوم التشريعي رقم 47 تاريخ 1964/10/09 المتضمن قانون براءات الاختراع السوري
- قانون رقم 67 لسنة 2006 المتعلق حماية المستهلك جريدة رسمية عدد 20 مكرر الصادر بتاريخ 2006/05/20 والساري المفعول بتاريخ 2006/08/22 والمعدل والمتمم بتاريخ 2013/12/04 وأنضر كذلك اللائحة التنفيذية المتضمنة تطبيق قواعد قانون حماية المستهلك المصري عدد 271 لقانون 2006/67 والصادرة بتاريخ 2006/11/30 والسارية المفعول 2006/12/01
- القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الصادر في 18 فبراير 2011 بموجب الظهير الشريف رقم 1.1103، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 7 أبريل 2011
- قانون الموجبات والعقود اللبناني وأنظر كذلك المادة 01 من قانون رقم 2006/67 المتضمن قانون حماية المستهلك المصري .
- قانون الكويت رقم 70 لسنة 2002 بشأن أسس وضوابط التراخيص لمقدمي خدمة الانترنت

ه/- الأوامر :

1. الأمر 03-05 المؤرخ في 2003/07/19 والمتعلق بالحقوق المؤلف والحقوق المجاورة جريدة رسمية عدد 44.

2. الأمر 07/03 المتعلق قانون تصاميم الدوائر المتكاملة الجزائري وأنظر القانون الأردني المادة 02 قانون رقم 10لسنة 2000 المتضمن حماية التصاميم للدوائر المتكاملة
3. الأمر 06/03 المؤرخ في 2006/07/17 المتعلق بالعلامات .
4. الأمر 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006، ج ر عدد 47 يعدل ويتمم الأمر 2001-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمارات ج ر بتاريخ 22 أوت 2001

و/- المراسيم التنفيذية

- المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المنشور في الجريدة الرسمية رقم 05 لسنة 1990
- المرسوم التنفيذي 90 / 266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات جريدة رسمية رقم 40 لسنة 19990 .
- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 2006/09/10 الذي يحدد العناصر الأساسي للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين
- و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج.ر .رقم 56 المؤرخة في 2006/09/11 المعدل والمتمم بالقانون 44/08 المؤرخة في 2008/02/03 الجريدة الرسمية رقم 07 بتاريخ 2008/02/10
- أنظر المرسوم التنفيذي 468/05 المؤرخ في 2005/12/10 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك ج.ر .رقم 80 المؤرخة في11 / 2005/12
- مرسوم تنفيذي 40/97 المؤرخ في 18 يناير سنة 1997 والتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري، وتأطيرها، الجريدة الرسمية، العدد05 لسنة 2007 .
- المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت، واستغلالها، والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000.

- المرسوم التنفيذي رقم 03-278 المؤرخ في 24 جمادى الثانية 1424 الموافق لـــ23 أوت سنة 2003، يحدد الإطار التنظيمي لتوزيع الكتب والمؤلفات في الجزائر.
- مرسوم تنفيذي رقم 05-356 المؤرخ في 21 سبتمبر 2005، يتضمن القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وسيره، الجريدة الرسمية عدد 65، سنة 2007

I. MANUELS, TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX :

1- **Fernand Dumont et Yves Martin**, Imaginaire social et représentations collectives Mélanges offerts à Jean-Charles Falardeau , Les Presses de l'Université Laval, 1982

2- **Véronique Guèvremont** , Réflexion préliminaire sur la mise en œuvre de la Convention sur la protection et la promotion de La diversité des expressions culturelles à l'ère numérique.

3- **Carine Jezequel, Alexandra Lemmenicier et Ludovic Blin,** Le droit de la propriété intellectuelle sur internet, Université Paris dauphine - DESS 226, 2007.

4- **Jean-Pierre BOURGOIS** , l'informatique dans les études de droit , tous un programme ... a élaborer , LE BULLETIN DE L'EPI N° 63 .2006

5- **Christiane FERAL-SCHUHL** ,cyberdroit ,le droit à l'épreuve de l'internet ,6emme édition ,édition Dalloz, paris,2010.

6- **Jacques Freyssinet,** « trente ans après ,la loi « informatique et liberté » se cherche encore »,RLDI 2008

7- **Kamel IDRIS** , la propriété intellectuelle ,moteur de la croissance économique, publier par organisation international de la propriété intellectuelle, Genève ,SUISE, juin 2003.

8- **Jean-Paul Flipo,** La consommation citoyenne**.** Origines, significations, enjeux, Paris, L'Harmattan, 2012.

9- **Jean Calais-AULOY et Frank Steinmetz,** droit de consommation, 6eédition,dalloz,2008.

10- **Henri Temple et Jean Calais-AULOY**, le droit de consommation ,8eédition, Dalloz - Precis Dalloz – 2010, paris

11- **Pierre-Emmanuel Moyse** et **LEGER ROBIC RICHARD**, DROIT DES AUTEURS ET DROIT DE LA CONSOMMATION DANS LECYBERESPACE: LA RELATION AUTEUR/UTILISATEUR, texte Publié aux cahiers de la propriété intellectuelle , Publication 70. 1996 , canada

12- **Jean-Michel Bruguière et Michel Vivant** , Droit d'auteur et droits voisins (2e édition), Dalloz - Precis Dalloz,2012

13- **André Bertrand**, Droit d'auteur , droit Pratique Et Correspondance (édition 2011/2012), édition Dalloz , Dalloz action, 2010

14- **Christophe Caron**, Droit d'auteur et droits voisins ,manuel , 2e édition , édition LITEC , 2010
15- **Gabriel de Broglie**, Le droit d'auteur et l'internet, Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques **(Cahier des sciences morales et politiques) ,1 er édition ,presses universitaire de France ,2001**
16- **Thibault VERBIEST**, projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique: analyse et critique ,éditions juris-classeur, France, février 2003
17- **Yves GAUBIAC**, mesure techniques et interopérabilité en droit d'auteur et droit voisins, doctrine et opinion ,bulletin du droit d'auteur , unsco,paris, avril-juin 2007
18- **Pierre TRUDEL**, le cyberspace et le droit , interface, vol 18, nº5, faculté de droit , l'université montréal,canada2008
19- **Jean jacques LAVENUE**, cyberspace et le droit international, cours Master 2 Pro Mention Droit International et Européennes ,faculté droit université Lille 02 , France ,2011
20- **Cédric BIAGINI** , l'emprise numérique , comment internet et les nouvelle technologie on colonisé nos vie ,édition l'échappée , France ,2012
21- **Pierre-Emmanuel MOYSE et LEGER Robic Richard**, la nature du droit d'auteur: droit de propriété ou monopole ?,publié au law journal, Québec, Montréal, canada,1998
22- **François TERRE**, introduction générale au droit ,9emme édition, Dalloz, France, 2012
23- **Jean-sylvestre BERGE et Patrick COUBE** , introduction générale au droit , 13emme édition , Dalloz ,France , 2013
24- **Rémy CABRILLAC** , introduction générale au droit , 10 emme édition , Dalloz , France , 2013
25- **M.VIVANT et J.M BRUGUIERE**, droit d'auteur ,précis DALLOZ, France ,2009,
26- **André R. Bertrand** , droit d'auteur , 3 émmé édition ,Dalloz, France,2012,
27- **Ysolde GENDREAU** , la nature juridique du droit d'auteur selon le nouveau code civil ,revue juridique Thémis de l'université Montréal, vol.27, Canada, 1993

28- **Alexandre-auguste Ledru Rollin**, journal du plais, recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence français , tome 04 , 3 émme édition , publié par F.F partis, paris, France, 1838
29- **CLAUDE COLOMBERT** ; propriété littéraire et artistique et droits voisins ; Edited by Charles Clark Publishing agreements 1996
30- **CASTETS-RENARD** , Notions à contenu variable et droit d'auteur, L'harmattan, 2004, . SIRINELLI Patrick , Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Dalloz, 2004.
31- Pierre .Devant et Robert Moureaux et Charles Weismann, brevet d'invention, manuel Dalloz, 4ème Edition, librairie Dalloz, paris, 1971
32- **Jean-Michel Wagret**, brevets d'invention, marque et propriété industrielle, édition presses universitaire de France, paris, 2001
33- **Catherine Grosset-Fournier et Angélique Dacheux**, le brevet d'invention, Guide pratique en 101 questions: la cause des inventeurs, édition Lavoisier, paris, 2012
34- **Laure Pécher et Pierre Astier**, le droit d'auteur en Europe, régimes du droit d'auteur et pratiques contractuelles en Allemagne ; Espagne et Angleterre concernent les ouvrages de littérature en général, agence littéraire Pierre Astier et associer, édition le motif, France , octobre 2010
35- **Bensamoun, Alexandra**, Essai sur le dialogue entre le législateur et le juge en droit d'auteur. - Aix-en-Provence , Presses universitaires d'Aix-Marseille,France, 2008
36- **Sylvie NÉRISSON**, Le droit moral de l'auteur décédé en France et en Allemagne, Cahiers IRPI n°4, IRPI, 2003
37- **Pierre Serinili**, le rôle changeant du droit moral à l'ère de l information surabondante en France Réponses françaises au questionnaire de l'ALAI, congrée le 21émmé siècle du droit morale , faculté du droit Bruxelles ,Belgique ;2014
38- **Claude Colombet**, propriété littéraire et artistique et droit voisins, 9 édition ,Dalloz ,France ,1999,
39- **Bourcier Danièle**, « Droit, Administration et technologies de l'information et de la communication » , Communication et Connaissance: supports et médiations à l'âge de l'information, CNRS, Editions (Sciences et techniques de l'ingénieur), 2006

40- **L.TELLIER- LONIEWSKI**, La protection des droits d'auteur sur l'Internet", in *Gaz. Pal.*, 26 octobre 1996

41- **Patrick CATALA**, rapport de synthèse banques de données et droit d'auteur, litec, 1987, p125.

42- **Michel VIVANT**, bases de données, multimédias et propriété, édition LAMY droit, France, 1997

43- **CHAZAL. M**. « le consommateur existe-t-il ? », édition charon ,France ,1997,

44- **Calais-AULOY et STEINMETZ**, droit de la consommation ,5 é éd, Dalloz ,2000,p02

45- **Jacques GHESTIN**, la formation du contrat ,LGDJ,1993,

46- **Natacha Sauphanor-Brouillant** ; les contrats de consommation –Règles communes, LGDJ, **2008** France

47- Jean Calais-Auloy et Henri Temple , Droit de la consommation, Dalloz, paris,2012

48- **Natalie Rzepcki** , droit de consommation et théorie générale du contrat ;Collection droit des affaires, presses universitaire d'AIX-MARSAILLE ; France ; 2002

49- **Jean. CARBONNIER**, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 22ème éd., 2000

50- , **Joanna Schmid-szalewski**, la période précontractuelle en droit français ,revue international du droit comparé ,volume 42, n°2 ;France 1991

51- **G. BERLIOZ**, Le contrat d'adhésion, 2ème éd., L.G.D.J ., 1976

52- **Eric Roig**, « Contrat: les clauses interdites et les clauses abusives » issu de **Droit-Finances** (droit-finances.commentcamarche.net) ,2015 ,

53- Marie Lamouraux, L'interprétation Des Contrat De Consommation, Recueil Dalloz, 2006, N° 41

54- Jérôme Huet, contrats civils et commerciaux, responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Litec, Paris, 1987
55- **David MAZEAUD**, « Le juge face aux clauses abusives », Études de droit de la consommation, Dalloz, 2004
56- **MAZEAUD D**., Le juge et l'exécution du contrat, Dalloz, PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999
57- **RZEPECKI**. **N**., « Le relevé d'office par le juge des dispositions du code de la consommation: principe et régime », *RLDA* juin 2009
58- **STOUFFLET . J**., « La fixation du taux des crédits bancaires après les arrêts de l'assemblée plénière de la cour de cassation du 1er décembre 1995 », RD bancaire et de la bourse janvier-février 1996
59- **JOBARD-BACHELLIER M.-N**. et **BACHELLIER . X**., La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile, 8e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013
60- **MAZEAUD . D**., La notion de clause pénale, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1992
61- **GAUDEMET . S**., La clause réputée non écrite, Economica, coll. Recherches Juridiques, t. 13, 2006
62- **De JUGLART . M**., l'obligation de renseignement dans des contrats , RTD civ ,1983

II. Les thèses :

1- **GREGOIRE BONNICI** , le droit d'auteur et le consommateur dans l'univers numérique « entre solidarisme de la consommation et individualisme de la propriété » DEA de droit des créations immatérielles sous la direction de Jean-Michel Bruguière , FACULTE DE DROIT, université DE MONTPELLIER I , France , Année Universitaire 2003-2004
2- **Camille BOULAC** ,l'exercice du droit moral après la mort de l'auteur ,mémoire de fin d'étude de master 02, droit de la communication , université Panthéon- Assas, paris 02,2012-2013
3- **Thibaut Decarli**, la protection du titre des œuvres de l'esprit , Master 2 , droit des media et des télécommunications , faculté de droit et science po , université Aix-Marseille ,2012-2013

4- **Mélanie DULANG de ROSNAY**, « la mise à disposition des œuvres et des informations sur les réseaux: relation technique et régulation juridique », thèse de doctorat en droit, université panthéon-Assas la Sorbonne, paris 2, France, 2007
5- **Antoine Aubert et Franck Macrer**, « brevet de logiciel » quelle portée ?,DEA droit des créations Immatérielles ,université de Montpelier 1, 2000-2001
6- **Claire-marie Peglion-Zika** ,la notion de la clause abusive au sens de l'article L 132-1 du code de la consommation ,thèse de doctorat en droit privé ,université Panthéon-Assas, paris,2013
7- **HELLERINGER . G**., Les clauses contractuelles. Essai de typologie, thése doctorat. Paris 1, mai 2010
8- **Nicolas Luca**, étude de règlement « REACH », gestion de risque juridique, thèse de doctorat en droit, école doctorale de droit, université Montesquieu, Bordeaux, France, 2011
9- **CHAZAL J.-P**., De la puissance économique en droit des obligations, thèse de doctorat . faculté de droit ,université de Grenoble II, 1996.

III. NOTES, OBSERVATIONS, CONLUSIONS ET RAPPORTS

1- Décision n° 2013-370 QPC* du 28 février 2014, [Exploitation numérique des livres indisponibles] posée par M^r^. Marc S. et Mme Sara D., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 134-1 à L. 134-8 du code de la propriété intellectuelle, issus de l'article 1er de la loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle.
2- rapport d'information du sénat français, le droit d'auteur à l'heure d'internet Quelles réponses législatives apporter au téléchargement illégal de musique et de cinéma ? Supervisé par **le sénateur jacques VALADE** président de la commission culturelle, section ordinaire de 2005/2006, annexe du procès-verbal nº267 du 21/03/2006 , www.**senat**.fr, p10. phttp://www.senat.fr/rap/r05-267/r05-267.html,p10-11
3- **M. Jacques Legendre**, Rapport d'information sur l'avenir de la filière du livre numérique: [actes de la table-ronde organisée le 28 avril 2010] / Sénat, Session ordinaire de , Commission de la

culture, de l'éducation et de la communication ; (Les rapports du Sénat, n° 522) , Sénat, Paris, France: 2010

4- Rapport du sénat n ° 792 du 23/07/2013 « relative a la consommation projet de loi « Hamon » ;p 52 Voir le lien suivant: http://www.senat.fr/rap/a12-792/a12-792.html.

5- **ABRAVANEL-JOLLY .S**., note sous Cass. 1ère civ., 29 octobre 2002, JCP E 2004, n° 386.

6- AGOSTINELLI . X., - note sous Cass. 1ère civ., 24 février 1993, *D.* 1994, jur. p. 6.

7- note sous CA Aix-en-Provence, 18 septembre 1995, Bull. Aix 1995-2, p. 25
8- ALEXANDRE J.-J. et COUTANT M., note sous T. com. Fréjus, 1er mars 1993, *JCP G* 1994, II, 22194.
9- AMRANI-MEKKI S. et MEKKI M., obs. sous Cass. 3ème civ., 3 novembre 2011, *D.* 2012, pan. p. 459.
10- AMRANI-MEKKI S.,
11- obs. sous Cass. 1ère civ., 1er février 2005, n° 03-13.779, n° 03-16905, *D.* 2005, pan. p. 2841.

BOULOC . B.,

- obs. sous Cass. com., 10 mai 1989, *RTD com.* 1990, p. 89.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 6 juin 1990, *RTD com.* 1991, p. 85.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 25 mai 1992, *RTD com.* 1993, p. 154.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 7 juin 1995, *RTD com.* 1996. 74.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 13 mars 1996, *RTD com.* 1996, p. 702.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 10 juillet 1996, *RTD com.* 1997, p. 308.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 17 juillet 1996, *RTD com.* 1997, p. 306.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 10 juillet 2001, *RTD com.* 2002, p. 146.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 21 janvier 2003, *RTD com.* 2003, p. 559.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 24 novembre 2004, *RTD com.* 2005, p. 584.

- obs. Cass. 1ère civ., 3 mai 2006, *RTD com.* 2007, p. 219.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 14 novembre 2006, n° 04-15.645, n° 04-17.578, n° . 04-15.646, n° 04-15.890, *RTD com.* 2007, p. 437.
- note sous Cass. 1ère civ., 22 janvier 2009, *JCP G* 2009, n° 19, p. 17 s..
- obs. sous Cass. 1ère civ., 25 février 2010, *RTD com.* 2010, p. 774

* Encyclopédie juridique, Dalloz, 2éme. Edition. 1974

IV. Droit français

1- La constitution françaises
2- Code Civil
3- Code Pénal
4- Code de consommation
5- Code de la Propriété Intellectuelle
6- Loi n° 82-652 du 29/07/1982 sur la communication audiovisuelle.
7- Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968.
8- Loi Godfrain n° 88-19 du 5 janvier 1988 sur la fraude informatique, sur l'atteinte au traitement automatisé de données (art. L. 323-1 et s. du Code pénal),
9- Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, loi n° 2007-309 du 5 mars 2007, JORF n° 56 du 7 mars 2007.

10- La loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. JORF n°182 du 7 août 2004 page 14063.

11- La Loi no 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. JORF n°177 du 2 août 2000 page 11903.

12- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Modifier par la LOI n°2014-873 du 4 août 2014 - art. 57

V . Droit communautaire européen:

1- Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques
2- Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L 095, 21/04/1993.
3- Directive 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble
4- Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 Octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JOCE L 290, 24/11/1993.
5- Communication de la Commission Européenne, Livre vert sur les droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information, juillet 1995, COM (95) 382 final.
6- Directive numéro 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données
7- Directive 95/46 du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces donnée.

8- Directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 Parlement européen et du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur

9- Directive 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

a. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 Mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du

droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (directive « DADVSI »), JOCE L167, 22/06/01.

b. Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse

VI - Droit international

1- Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, Acte de Paris du 24 juillet 1971 modifié le 28 septembre 1979.
2- Convention concernant la distribution de signaux porteurs de programmes transmis par satellite (faite à Bruxelles le 21 mai 1974).
3- Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (du 29 octobre 1971).
4- Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (faite à Rome le 26 octobre 1961).
5- Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (80/934/CEE), dite Convention de Rome, JOCE L 266, 09/10/1980
6- Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT, adopté á Genève le 20 décembre 1996).
7- Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT, adopté à Genève le 20 décembre 1996).
8- Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel adoptée par la 32ème Conférence générale de l'UNESCO, Paris, 17 octobre 2003.
9- Organisation de coopération et de Développement économiques JOCE (L) 144,4 juin 1997, 01319 jan 2000 , 128 du 8mai 2000

الفـــــهرس :

مقدمة.....	**ص أ**
الباب الأول: الأسس المعرفية لطبيعة حقي المؤلف و المستهلك على النات.....	**ص 02**
تمهيد	ص 02
الفصل الأول: نحو مفهوم حديث لحقي المؤلف والمستهلك على النات.....	**ص 09**
تمهيد	ص 09
المبحث الأول: ماهية حق المؤلف في الفضاء الرقمي.....	ص 10
المطلب الأول: مفهوم الكلاسيكي لحق المؤلف في ظل القانون الجزائري والقانون الفرنسي.....	ص 10
الفرع الأول: تعريف حق المؤلف من خلال القانون الجزائري و القانون الفرنسي	ص 10
1: اشتراط أن يكون العمل من إنتاج الذهن أيا كان طريق التعبير عنه.....	ص 16
أ/- في مجال المصنفات الأصلية.....	ص 17
ب/- في مجال المصنفات المشتقة من مصنفات سابقة	ص 19
2: اشتراط أن يكون العمل مبتكرا.....	ص 21
أ/- الفرق ما بين الابتكار و الأفكار	ص 23
ب/- الفرق ما بين الاختراع و الإبداع.....	ص 26
3: عدم اشتراط إفراغ النتاج الذهني في قالب مادي	ص 27
الفرع الثاني :عناصر حق المؤلف في القانون الجزائري و الفرنسي	ص 29
1: الحقوق الأدبية و المعنوية للمؤلف	ص 30
أ/- تعريف الحق الأدبي	ص 31
أولا: سلطات المخولة للمؤلف بمناسبة حقه الأدبي	ص 35

* حق المؤلف في تقرير نشره لمصنفه و تعديله أو سحبه	ص 35
* حق المؤلف في نسبة المصنف إليه	ص 38
ثانيا :خصائص حق الأدبي المخولة للمؤلف	ص 41
* عدم قابلية الحقوق المعنوية للمؤلف التصرف فيها	ص 42
* عدم قابلية الحقوق المعنوية التقادم.....	ص 43
2/- الحق المالي للمؤلف.....	ص 44
أولا: حق الاستغلال المباشر للحق المالي للمصنف.....	ص 46
أ/- حق الاستنساخ أو حق النشر.....	ص 47
ب/- حق ابلاغ المصنف للجمهور أو ما يعرف بحق التمثيل	ص 48
ثانيا: حق الاستغلال غير المباشر للحق المالي للمؤلف.....	ص 50
أ/- حق التتبع	ص 50
ب /- الاستثناءات و حدود الواردة على حق الاستغلال المالي للمؤلف	ص 54
المطلب الثاني: المفهوم الرقمي لحق المؤلف في ظل القانون الجزائري و الفرنسي.....	ص 55
الفرع الأول: تعريف المصنفات الأدبية.....	ص 56
الفرع الثاني: أنواع المصنفات الأدبية.....	ص 61
أولا: برامج الحاسب الآلي	ص 62
أ/- برامج النظام.....	ص 63
ب/- برامج تطبيقية	ص 63
ثانيا: قواعد البيانات	ص 64
1/- تعريف قواعد البيانات من الجانب التقني	ص 65
2/-تعريف قواعد البيانات من الجانب القانوني	ص 66
3/- أنواع قواعد البيانات.....	ص 70

أ/-قواعد البيانات حسب نوع الدعامة	ص 70
ب/- قواعد البيانات التي تبنى على الدعامة	ص 71
* قواعد البيانات الأصلية	ص 72
* قواعد البيانات غير الأصلية	ص 72
الفرع الثالث: نطاق الحماية القانونية للمصنفات الرقمية	ص 74
أولا: بالنسبة لبرمجيات الحاسوب الآلي	ص 74
أ/- تحديد أهم المصطلحات المعتمدة	ص 74
* المبرمج.....	ص 74
* المزود.....	ص 77
ب/- نطاق الحماية القانونية	ص 78
- الأحكام الموضوعية العامة في مضمون حماية برامج الحاسوب	ص 79
- الأحكام القانونية التي تحدد مجال الحماية.....	ص 80
ثانيا: الحماية القانونية بالنسبة لقواعد البيانات.....	ص 88
المبحث الثاني: ماهية حق المستهلك في الفضاء الرقمي.....	ص 89
المطلب الأول: المفهوم الكلاسيكي لحق المستهلك في القانون الجزائري و الفرنسي.....	ص 90
الفرع الأول: تعريف المستهلك.....	ص 90
أولا: أهم الاتجاهات الفقهية في تعريفها للمستهلك	ص 91
1/- الاتجاه الفقهي المضيق لتعريف المستهلك.....	ص 91
2/- الاتجاه الفقهي الموسع لتعريف المستهلك.....	ص 93
ثانيا: موقف القانون الجزائري و الفرنسي في تعريف المستهلك	ص 94
1/- موقف المشرع الجزائري من مفهوم المستهلك	ص 94
أ/- الشخص المقتني.....	ص 94

ب/-المنتجات و الخدمات	ص 95
ج –المتدخل.....	ص 99
2/- موقف المشرع الفرنسي من مفهوم المستهلك.....	ص 101
الفرع الثاني: مفهوم عقد الاستهلاك.....	ص 107
أولا: تعريف عقد الاستهلاك	ص 108
ثانيا: خصائص عقد الاستهلاك	ص 110
أ /- عقد رضائي.....	ص 111
ب /- عقد الممتدة	ص 112
ج/- عقد معاوضة	ص 112
د/- عقد يرد على منتوج أو خدمة	ص 112
ثالثا: صور العلاقات التعاقدية و مظاهر التعسف في عقود الاستهلاك	ص 112
1/- صور العلاقات التعاقدية.....	ص 112
أ/- التعامل بالفاتورة.....	ص 113
ب/- التعامل بسند التحويل	ص 114
ج/- التعامل بوصل التسليم و الفاتورة الإجمالية	ص 114
د/- التعامل بأي وثيقة أخرى.....	ص 115
2/- مظاهر التعسف في عقود الاستهلاك.....	ص 116
أ/- عقود الإذعان	ص 116
ب/- الشروط التعسفية.....	ص 121
ج/- علاقة عقود الادعان بالشروط التعسفية	ص 128
الفرع الثالث: تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك و المتدخل في عقود الاستهلاك.....	ص 131
أولا: مفهوم الالتزام بالضمان	ص 131

أ/- موضوع الضمان و أساس إلزاميته القانونية	ص 132
ب/- الجزاء المترتب اثر عدم الالتزام بالضمان	ص 135
* اصلاح المنتوج.....	ص 135
*استبدال المنتوج.....	ص 135
*رد ثمن المنتوج	ص 136
* تعديل الخدمة و الخدمة ما بعد البيع.....	ص 136
- تعديل الخدمة	ص 136
-خدمة ما بعد البيع	ص 137
- دعوى الضمان.....	ص 138
المطلب الثاني: الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك	ص 138
الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام	ص 140
أولا: تعريف الالتزام بالإعلام	ص 140
أ/- لغة	ص 141
ب/- اصطلاحا.....	ص 141
ثانيا: صور الالتزام بالإعلام.....	ص 142
أ/- الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدي	ص 143
ب/- الالتزام بالإعلام التعاقدي.....	ص 143
ثالثا: بمرارات نشوء الالتزام بالإعلام	ص 144
أ/- المبررات الواقعية.....	ص 145
ب/- المبررات القانونية	ص 146
الفرع الثاني: التمييز ما بين الالتزام ما قبل التعاقدي بالإعلام و الالتزام التعاقدي بالإعلام	ص 147

أولا: بالنسبة لالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	ص 147
أ /- أصل الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام.....	ص 148
ب/- الأساس القانوني للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام	ص 149
* في مجال الغلط	ص 149
* في مجال التدليس	ص 150
* في مجال العلم الكافي بالمبيع	ص 150
* في مجال قواعد المسؤولية التقصيرية	ص 151
ثانيا: بالنسبة للالتزام التعاقدي للإعلام.....	ص 151
أ/- أصل الالتزام التعاقدي بالإعلام.....	ص 152
ب/- الطبيعة القانونية لالتزام التعاقدي بالإعلام	ص 152
* الالتزام التعاقدي بالإعلام التزاما ببدل عناية	ص 153
* الالتزام التعاقدي بالإعلام التزاما بتحقيق نتيجة	ص 154
الفرع الثالث: مضمون الالتزام بالإعلام.....	ص 155
أولا: الإعلام حول الحالة المادية للمنتوج	ص 155
أ/- الإعلام حول عناصر و خصائص المنتوج	ص 156
ب/- إعلام المستهلك بجودة الخدمة	ص 157
ثانيا: الإعلام حول طريقة استعمال المنتوج	ص 157
بند أ /- المنتوجات ذات الصلة الوثيقة بالصحة	ص 158
* المنتوجات الصيدلانية	ص 158
* الأدوات و الآلات الصيدلانية	ص 160
* المواد الغذائية و المنتجات الكيماوية.....	ص 160
بند ب /- الأجهزة ذات التقنية العالية و المعقدة	ص 160

ثالثا: الإعلام حول مكامن خطورة المنتوج	ص 161
بند أ/- الإعلام بالتنبيه إلى أخطار المنتوج	ص 162
بند ب /- الإعلام حول الاحتياطات الواجبة الاتخاذ	ص 162
المطلب الثالث: المفهوم الرقمي للمستهلك	ص 163
الفرع الأول: مفهوم المستهلك الرقمي و مبررات حمايته من المنظور الرقمي.....	ص 164
أولا: مفهوم المستهلك الرقمي نتيجة التطورات الحديثة	ص 164
أ/- تعريف المستهلك الالكتروني.....	ص 166
ثانيا: مبررات الحماية من المنظور الرقمي.....	ص 166
بند أ/- مفهوم الإعلان الالكتروني الموجه للمستهلك و طبيعته القانونية	ص 167
1/- مفهوم الإعلان التجاري الالكتروني	ص 167
2/- الطبيعة القانونية لإعلان الالكتروني.....	ص 169
بند ب/- قواعد حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات الالكترونية	ص 170
1/- اشتراط وضوح الإعلان الالكتروني	ص 171
2/- منع الإعلان الالكتروني المضلل	ص 171
الفرع الثاني: مبدأ الخصوصية و أثرها في حياة المستهلك على النات	ص 173
أولا: مفهوم مبدأ الخصوصية.....	ص 173
ثانيا: أثر مبدأ الخصوصية على حماية المستهلك على النات	ص 175
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للأنترنت.....	ص 177
أولا: مفهوم الانترنت و تطورها التاريخي	ص 178
بند أ /- تعريف الانترنت.....	ص 178
1/- المنظور التقني للأنترنت	ص 179
2/- المنظور الوظيفي للأنترنت	ص 180

بند ب/- التطور التاريخي للأنترنت	ص 181
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الانترنت	ص 184
بند أ/- النصوص القانونية في مجال الانترنت	ص 184
بند ب /- الشروط القانونية لإقامة و استغلال نشاط الانترنت	ص 186
1/- الشروط الموضوعية	ص 187
2/- الشروط الشكلية.....	ص 188
أ/- الترخيص.....	ص 189
ب/- الطبيعة القانونية للترخيص.....	ص 190
ثالثا: مسؤولية مقدمي خدمات الانترنت.....	ص 191
بند أ/- موقف بعض الفقه من مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت	ص 192
بند ب/- موقف بعض التشريعات المقارنة من المسؤولية القانونية لمقدمي خدمة الانترنت..	ص 194
1/- التوجه الأوربي الخاص بالتجارة الالكترونية	ص 194
2/- موقف التشريع الفرنسي.....	ص 195
3/- بعض التشريعات العربية في مجال مسؤولية مقدمي الخدمة	ص 197
بند ج/- موقف القضاء المقارن من مسؤولية مقدمي خدمة الانترنت	ص 199
الفصل الثاني: التعاقد الالكتروني.....	**ص 203**
تمهيد	ص 203
المبحث الأول: مفهوم التجارة الالكترونية و العقد الالكتروني.....	ص 205
المطلب الأول: مفهوم التجارة الالكترونية.....	ص 205
أولا: تعريف التجارة الالكترونية.....	ص 205
ثانيا: التعريف الوارد في المواثيق الدولية و التشريعات الأوربية	ص 208
ثالثا: التعريف في بعض التشريعات العربية	ص 211

رابعا: المفهوم الفقهي للتجارة الالكترونية	ص 212
المطلب الثاني: تعريف العقد الالكتروني.....	ص 213
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني	ص 213
الفرع الثاني: تعريف العقد الالكتروني.....	ص 215
أولا: التعريف التشريعي للعقد الالكتروني	ص 215
ثانيا: التعريف الوارد في التوجهات الدولية	ص 216
بند أ/- بالنسبة للتعريف الوارد في قانون النموذجي في الأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية.....	ص 216
بند ب /- بالنسبة للتعريف الوارد في التوجه الأوروبي	ص 217
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري مقارنة ببعض القوانين المقارنة.....	ص 218
المطلب الثالث: خصائص العقد الالكتروني.....	ص 221
الفرع الأول: عقد مبرم عن بعد.....	ص 221
الفرع الثاني: يغلب على العقد الالكتروني الطابع التجاري.....	ص 221
الفرع الثالث: عقد الالكتروني عقد عابر للحدود.....	ص 223
الفرع الرابع: عقد الالكتروني عقد مقترن بحق العدول.....	ص 223
الفرع الخامس: يتم استخدام الوسائط الالكترونية في إبرام العقود الالكترونية	ص 223
الفرع السادس: عقود مشمولة بالحماية الدولية وفقا للمعاهدات و الاتفاقيات.....	ص 224
المطلب الرابع: نطاق العقد الالكتروني و تمييزه عن باقي العقود	ص 224
الفرع الأول: نطاق إبرام العقد الالكتروني.....	ص 224
بند أ/- مبدأ في إبرام العقود الالكترونية	ص 224
بند ب /- الاستثناءات في إبرام العقود الالكترونية.....	ص 225

1/- اشتراط قيام المتعاقد بتصرف قانوني	ص 225
2/- مدى اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد	ص 225
الفرع الثاني: تميز العقد الالكتروني عن باقي العقود	ص 227
بند أ /- تميز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي.....	ص 228
بند ب /- تميز العقد الالكتروني عن العقود المبرمة عن بعد.....	ص 229
1/- التعاقد الالكتروني و التعاقد عن طريق الهاتف	ص 229
2/- التعاقد الالكتروني و التعاقد عن طريق التلفاز.....	ص 229
3/- التعاقد الالكتروني و التعاقد عن طريق الفاكس و التلكس.....	ص 230
المبحث الثالث: إبرام العقد الالكتروني	ص 231
المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني	ص 232
الفرع الأول: تطابق الإرادتين في العقد الالكتروني	ص 233
بند أ /- الإيجاب في العقد الالكتروني	ص 233
أ /- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني E-Mail	ص 234
* الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بينه وبين القبول	ص 234
* الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الاتصال بالكتابة المباشرة	ص 234
ب/- الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني الويب	ص 234
ج/- الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة المباشرة.....	ص 235
الفرع الثاني: القبول في العقد الإلكتروني	ص 236
أ/- الطرق الخاصة بالقبول في العقد الإلكتروني	ص 237
ب/- مدى صلاحية السكوت الملابس كوسيلة للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني	ص 238
الفرع الثالث: اقتران الإيجاب بالقبول (مجلس العقد)	ص 239
أ/- أركان مجلس العقد	ص 240

ب/- طبيعة مجلس التعاقد الإلكتروني	ص 242
ثانيا: سلامة الإرادة	ص 243
الفرع الأول: وجود أهلية المتعاقد	ص 244
الفرع الثاني: عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني	ص 245
أ /- عيب التدليس	ص 246
ب/- عيب الإكراه	ص 248
ج/- عيب الغلط	ص 248
د/- عيب الغبن	ص 249
المطلب الثاني: محل وسبب التعاقد الإلكتروني.....	ص 250
أولا: المحل العقد الإلكتروني	ص 251
الفرع الأول: أن يكون محل العقد المبرم عبر الانترنت موجودا أو ممكنا.....	ص 251
الفرع الثاني: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين	ص 252
الفرع الثالث: مشروعية المحل	ص 253
ثانيا: سبب العقد المبرم عبر الانترنت.....	ص 254
الفرع الأول: مضمون السبب وفقا لما جاء به المشرع الجزائري	ص 255
الفرع الثاني: شروط السبب	ص 255
أولا: وجود السبب	ص 255
أ/- مشروعية السبب	ص 256
ب/- صحة السبب	ص 256
المبحث الثالث: آثار العقد الإلكتروني.....	ص 256
المطلب الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة.....	ص 257

أولا: التزام المتعاقد بتسليم السلعة	ص 257
ثانيا: التزام المتعاقد بتقديم الخدمة.....	ص 261
المطلب الثاني: الالتزام بالوفاء إلكترونيا.....	ص 262
أولا: خصائص الدفع الإلكتروني	ص 262
الفرع الأول: من حيث طبيعته	ص 263
الفرع الثاني: من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الإلكتروني	ص 263
الفرع الثالث: من حيث وسائل الأمان الفنية.....	ص 264
ثانيا/-: أنواع الدفع الإلكتروني.....	ص 265
الفرع الأول: الدفع عن طريق التحويل الإلكتروني	ص 265
الفرع الثاني: الدفع بالبطاقات المصرفية.....	ص 266
أ /- بطاقات الوفاء.....	ص 266
ب/- بطاقة الائتمان.....	ص 267
ج/-: بطاقات الشيكات	ص 268
الفرع الثالث: الدفع بالنقود الإلكترونية	ص 268
البـــــاب الثـــاني: الآليات القانونية لحماية حقي المؤلف والمستهلك على النات وأهم الأجهزة المكلفة بالحماية	**ص 271**
تمهيد.....	ص 271
الفصل الأول: الحماية المدنية و الجنائية لحقي المؤلف و المستهلك على النات	**ص 275**
تمهيد.....	ص 275
المبحث الأول: الحماية المدنية و الجزائية لحق المؤلف على النات	ص 276
المطلب الأول: الحماية المدنية لحق المؤلف على النات	ص 277

الفرع الأول: عناصر المسؤولية المدنية وتطبيقها على حقوق المؤلف	ص 278
أولا: عناصر المسؤولية المدنية	ص 278
1/- الخطأ	ص 278
2/- الضرر	ص 280
3/- العلاقة السببية	ص 281
الفرع الثاني: تطبيقات المسؤولية المدنية في مجال حق المؤلف	ص 282
أولا: فكرة التعويض في مجال حق المؤلف	ص 282
ثانيا: التعويض العيني.....	ص 284
ثالثا: التعويض بمقابل "النقدي"	ص 285
الفرع الثالث: الحماية الإجرائية لحق المؤلف.....	ص 288
أولا: مفهوم الإجراءات الوقتية	ص 288
ثانيا: صور الإجراءات الوقتية	ص 289
أ/-إجراء وصف تفصيلي	ص 289
ب/- وقف التعدي	ص 289
ثالثا: الإجراءات التحفظية	ص 290
أ /-: مفهوم الإجراءات التحفظية	ص 291
ب/-: صور الإجراءات التحفظية	ص 291
1/-الحجز	ص 291
1 – أ /الحجز التحفظي	ص 292
1 - ب/ الحجز التنفيذي.....	ص 292
2 /- إتلاف المصنف.....	ص 293
المطلب الثاني: الحماية الجزائية لحق المؤلف	ص 294

الفرع الأول: جريمة التقليد.....	ص 295
أولا: أركان جريمة التقليد.....	ص 295
1 /- الركن الشرعي.....	ص 295
2/-: الركن المادي.....	ص 296
3/-الركن المعنوي: " القصد الجنائي"	ص 297
ثانيا: العقوبة المقررة لجريمة التقليد	ص 297
1/-: العقوبات الأصلية	ص 297
2/-: العقوبات التكميلية.....	ص 299
ثانيا: الجرائم الأخرى الواقعة على حقوق المؤلف.....	ص 302
الفرع الأول: الجرائم الملحقة بجريمة التقليد.....	ص 302
أولا: جريمة بيع أو تأجير أو تداول المصنفات المقلدة	ص 302
ثانيا: جريمة تصدير المصنفات المقلدة واستيرادها.....	ص 303
ثالثا: رفض دفع المكافأة المستحقة للمؤلف	ص 304
الفرع الثاني: النسخة الخاصة تخرج عن أفعال التقليد	ص 305
أولا: النسخ للاستعمال الشخصي دون إذن المؤلف	ص 306
ثانيا: إعادة نسخ المقتبسات والمختصرات الموجزة دون إذن المؤلف.....	ص 310
الفرع الثالث: الجرائم المستمدة من القوانين ذات الصلة بحقوق المؤلف.....	ص 311
أولا: الجرائم المستمدة من قانون العقوبات	ص 311
أ/- جريمة القذف.....	ص 311
ب/- جريمة السرقة	ص 312
ج/- جريمة النصب	ص 312
د/- جريمة خيانة الأمانة	ص 313

ه/- جريمة السب	ص 313
ثانيا: الجرائم المستمدة من القوانين الأخرى	ص 314
المبحث الثاني: الحماية المدنية و الجزائية لحق المستهلك على النات	ص 315
المطلب الأول: الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني	ص 316
الفرع الأول: أساس الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني	ص 316
أولا: الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني قبل العلاقة التعاقدية	ص 318
1/- حماية المستهلك في مواجهة الإعلانات التجارية الالكترونية	ص 318
2/- الطبيعة القانونية لإعلان الالكتروني.....	ص 319
3/- الشروط القانونية ليعتد بالإعلان الالكتروني	ص 320
أ/- اشتراط وضوح الإعلان	ص 320
ب/- التعرض و منع الإعلان الالكتروني	ص 321
4/- حماية المستهلك في مجال التعاقد الالكتروني عن بعد	ص 321
ثانيا :الحماية المدنية للمستهلك في إبرام العقد عبر الانترنت	ص 322
أ/- الالتزام بإعلام المستهلك الالكتروني	ص 323
1/- تحديد شخصية البائع.....	ص 323
2/- بيان سمات المال أو الخدمة وشروط البيع	ص 326
ب/- حماية المستهلك في مواجهة مقدم خدمة الانترنت.....	ص 327
ثالثا: المسؤولية المدنية في مرحلة تنفيذ العقد عبر الانترنت	ص 330
1 /- المسؤولية المدنية العقدية الناشئة عن إخلال الالتزامات المورد	ص 330
أ/- الخطأ العقدي	ص 331
ب/- الضرر	ص 332
ج/- العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.....	ص 333

الفرع الثاني: صور الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني في تنفيذ العقد	ص 333
أولا: العيب الخفي	ص 333
1/- العيب الخفي في المنتوجات	ص 333
أ/- تعريف العيب الخفي.....	ص 333
ب/- شروط ضمان العيب الخفي	ص 335
2/- المسؤولية عن المنتوج المعيب	ص 340
أ /- المنتوج المعيب	ص 341
ب/- الضرر	ص 342
ج/- العلاقة السببية.....	ص 342
ثانيا: حق المستهلك الالكتروني في ضمان التعرض	ص 343
1/- ضمان التعرض الشخصي	ص 343
2/- ضمان التعرض الصادر من الغير	ص 344
ثالثا: حق المستهلك الالكتروني في العدول	ص 346
1/- إجراءات ممارسة الحق في العدول	ص 349
أ/- كيفية ممارسة الحق في العدول	ص 350
ب- مدة ممارسة الحق في العدول	ص 350
2 /- آثار ممارسة الحق في العدول.....	ص 351
أ /- آثار العدول بالنسبة للمهني.....	ص 351
ب/- آثار العدول بالنسبة للمستهلك.....	ص 352
المطلب الثاني: الحماية الجزائية للمستهلك	ص 352
الفرع الأول: حماية المستهلك من جريمة الغش التجاري والصناعي	ص 354
أولا: أركان جريمة الغش التجاري والصناعي	ص 355

1 /- الركن المادي.....	ص 356
أ/- إنشاء مواد أو بضائع مغشوشة	ص 356
ب/-عرض أو وضع سلع مغشوشة للبيع	ص 357
ج/- التعامل في مواد تستعمل في الغش والتحريض على استعمالها	ص 358
2/- الركن المعنوي	ص 358
الفرع الثاني: حماية المستهلك من جريمة الاحتيال	ص 361
أولا - أركان جريمة الاحتيال	ص 362
1/- الركن المادي.....	ص 363
بند 1- الاستعانة بطرق احتيالية	ص 363
أ- الطرق الاحتيالية	ص 363
أ-1 -الاستعانة بشخص ثالث	ص 364
أ-2 إساءة استخدام صفة صحيحة	ص 364
أ- 3 الاستعانة بأوراق أو سندات غير صحيحة	ص 365
ب- غاية الطرق الاحتيالية	ص 367
ب-1 -الإيهام بوجود مشروع كاذب	ص 367
ب-2- الإيهام بوجود واقعة مزورة (غير حقيقية)	ص 368
ب - 3 -إحداث الأمل بحصول ربح وهمي	ص 368
ب -4 إحداث الأمل بتسديد المبلغ الذي اخذ بطريق الاحتيال	ص 369
ب-5 الإيهام بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور.....	ص 369
بند 02 :اتخاذ اسم كاذب أو صفه غير صحيحة	ص 369
بند 03 :التصرف في عقار أو منقول غير مملوك للجاني وليس له حق التصرف فيه	ص 370
2 /- محل الجريمة.....	ص 372

أ/- أن يكون موضوع الاحتيال مالا.....	ص 372
ب/- أن يكون المال موضوع الاحتيال مملوكًا للغير	ص 373
ج/- أن يكون لموضوع الاحتيال طبيعة مادية.....	ص 373
3/-: القصد الجنائي	ص 374
ثانيا صور الاحتيال الواقع على المستهلك	ص 376
1/- :عدم تسليم السلعة المتعاقد عليها بالرغم من سداد ثمنها	ص 376
2/- :انتحال اسم أحد مواقع التسويق الشهيرة.....	ص 377
3/- :الترويج لسلعة مقلدة شبيهة بمنتج أصلى عالي الثمن و الجودة	ص 377
4/- الترويج لسلع غير معروفة باستخدام الإعلان الكاذب أو المضلل.....	ص 378
ثالثا: عقوبة جريمة الاحتيال و الشروع فيها.....	ص 378
1/- :عقوبة جريمة الاحتيال	ص 379
أ - العقوبة الأصلية.....	ص 379
ب- العقوبة التكميلية	ص 379
2/- :عقوبة الشروع في جريمة الاحتيال	ص 380
الفصل الثاني: أهم الجهات التي تتولى حماية حقي المؤلف و المستهلك على النات	**ص 382**
تمهيد	ص 382
المبحث الأول: الأجهزة المكلفة بالحماية حق المؤلف.....	ص 384
المطلب الأول: الديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة.....	ص 384
أولا: نشأته وتعريفه.....	ص 385
ثانيا: تنظيم و سير الديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة.....	ص 388
بند 1 /- مجلس الإدارة.....	ص 388
بند 2/- المدير العام للديوان	ص 390

ثالثا: وسائل تدخل الديوان	ص 391
بند 1 /- مداخيل الديوان	ص 391
1 /-أتاوى حقوق المؤلفين	ص 391
2/- أتاوى التراث الثقافي التقليدي	ص 392
3/-حقوق تسجيل المصنفات	ص 392
4/-الأتاوى المتأتية من النسخة الخاصة لتسجيل المصنفات في المترل	ص 394
بند 2/- الوسائل البشرية لديوان الوطني لحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة	ص 396
المطلب الثاني: مهام الديوان على الصعيدين الداخلي و الدولي.....	ص 397
أولا: مهام الديوان على الصعيد الداخلي	ص 398
بند1 / تدخل الديوان عن طريق الدعوى المدنية	ص 399
بند2 / تدخل الديوان عن طريق الدعوى العمومية	ص 401
ثانيا: مهام الديوان على الصعيد الدولي.....	ص 403
البند 1:عقد التمثيل المتبادل (عقد نموذجي)	ص 405
البند الثاني :أهم الاتفاقيات الدولية	ص 412
اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية و الفنية.....	ص 412
الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف	ص 413
الإتفاقية الدولية حول حماية الفنانين المؤدين أو المنفذين، منتجي)الفونوجرام و هيئات البث الإذاعي– اتفاقية روماص	ص 413
اتفاق المنظمة العالمية للملكية الفكرية حول حق المؤلف و اتفاق المنظمة العالمية (للملكية الفكرية حول الأداءات و التنفيذات و الفونوجرامات)	ص 414
اتفاقية حول الفضاء الإجرامي.....	ص 414
الإتفاقية المتعلقة بحماية منتجي الفونوجرام ضد الاستنساخ الغير مرخص به من طرفه 29	ص 415

اكتوبر 1971	
المبحث الثاني: الأجهزة المكلفة بحماية المستهلك.....	ص 415
المطلب الأول: دور الهيئات الإدارية في حماية المستهلك	ص 415
الفرع الأول: دور وزارة التجارة.....	ص 415
1/-على المستوى المركزي	ص 417
أ/- المديرية العامة لضبط النشاطات والتقنين	ص 417
ب/- المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش.....	ص 417
2/- على المستوى الخارجي	ص 418
3/-الهيئات المتخصصة التابعة لوزير التجارة	ص 419
أ/- المجلس الوطني لحماية المستهلكين	ص 419
ب/- المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزم	ص 419
ج/- شبكة مخابر التجارب وتحاليل النوعية.....	ص 420
الفرع الثاني: دور مجلس المنافسة.....	ص 420
الفرع الثالث: دور إدارة الجمارك	ص 421
أولا: حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك.....	ص 421
ثانيا: ضمان أمن وسلامة المستهلك	ص 423
المطلب الثاني: دور الأجهزة القضائية في حماية المستهلك	ص 423
الفرع الأول: سلطة القضاء في الدفاع وحماية المستهلك	ص 423
أولا: دور النيابة العامة في حماية المستهلك.....	ص 424
الفرع الثاني: حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء.....	ص 424
المطلب الثالث: دور جمعيات حماية المستهلك	ص 425

الفرع الأول: التدخل الوقائي لحماية المستهلك	ص 427
أولا: تكوين إعلام و تحسيس المستهلكين	ص 427
ثانيا: دور جمعية حماية المستهلك في مراقبة الأسعار والجودة	ص 428
الفرع الثاني: التدخل الدفاعي لحماية المستهلك	ص 428
أولا: التمثيل أمام الهيئات الاستشارية	ص 428
ثانيا: التمثيل أمام المحاكم.....	ص 429
أ /-الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلك	ص 429
ب/- الدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة من المستهلكين.....	ص 430
ثالثا: الدعوى إلى المقاطعة أو إلى الإشهار المضاد	ص 430
الخاتمة	**ص 434**
قائمة المراجع	**ص 438**
الفهرس	**ص 479**