جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

من إعداد الطالب: **تحت إشراف الأستاذ الدكتور:**

شايب بوزيان **تشوار جيلالي**

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د. يوسف فتيحة	**أستاذة التعليم العالي**	**جامعة تلمسان**	**رئيسا**
أ.د. تشوار جيلالي	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة تلمسان**	**مقررا و مشرفا**
أ.د. حمليل صالح	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة أدرار**	**مناقشا**
د. يقاش فراس	**أستاذ محاضر أ**	**جامعة وهران**	**مناقشا**

السنة الجامعية 2015-2016

قائمة لأهم المختصرات

قائمة أهم المختصرات:

ج .ر : الجريدة الرسمية .

ق .ت : القانون التجاري.

ق . ح م . ق .غ : قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

ق . م : القانون المدني .

ق. م . ف : القانون المدني الفرنسي.

ص : صفحة .

ط : الطبعة .

ع : عدد.

La liste des principales abréviations

Art. : Article.

Bul. Civ. : bulletin des arréets des chambres civiles de la cour de cassation.

D. : Dalloz.

Ed : Edition **.**

J.C.P : Juris classeur périodique

G.P : Gazette du palais.

L.G.D.G. : Libraire générale de droit et de jurisprudence.

P. : page.

مقدمة

يعتبر التعاقد عبر الانترنت أحدث صور التعاقد على الإطلاق، ويمثل عقد البيع الالكتروني الترجمة القانونية للعلاقة بين البائع والمشتري في التجارة الالكترونية، وهو لا يختلف في كثيرا في أساسياته عن العقد التقليدي من حيث ضرورة توافر أركان الإنعقاد وشروط الصحة، غير أنه يتم بين غائبين من حيث المكان، ولأن أغلب التعاملات التي تتم بين المستهلك والمهني عبر الانترنت تمثل عقود بيع، فإن هذا التعاقد يستمد أغلب أحكامه من أحكام عقد البيع، ولكنه عقد بيع عن بعد.

إن التعاقد الالكتروني أصبح حقيقة واقعية، ويرجع ذلك إلى ما يحققه هذا النوع من التعاقد من مزايا كثيرة تساعد على توفير الوقت والجهد والنفقات. غير أن الطبيعة العالمية و الانفتاحية لشبكة الانترنت، بالإضافة إلى غياب المعلومات عن طبيعة الأموال والخدمات المعروضة، وعدم الاتصال المباشر بين البائع والمشتري، هي كلها مخاطر تفرض توفير حماية قانونية و ضمانات للمشتري في التعاقد عبر الانترنت.

و قبل تناول موضوع ضمانات تنفيذ عقد البيع الالكتروني مع ما يثيره من إشكالات، يبدو من الأهمية أولا تحديد مدلول التجارة الالكترونية وعقد البيع الالكتروني. فالتجارة الإلكترونية[1] هي عبارة عن تنفيذ وإدارة الأنشطة التجارية المتعلقة بالسلع والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الانترنت أو الأنظمة التقنية المشابهة لها[2].

كما تعرف التجارة الالكترونية من خلال التركيز على الوسائل المستخدمة فيها بأنها عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصالات وتكنولوجيا

1 على خلاف المشرع الجزائري عرف المشرع المصري التجارة الالكترونية في المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري بأنها: "معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة الكترونية ". وعرفها القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 الصادر بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية بأنها " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية. بينما عرفها قانون امارة دبي رقم 2 لسنة 2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية بأنها " المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الالكترونية). أمينة أحمد محمد أحمد، حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،2016، الطبعة الأولى، ص.42.

2 بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة، الاردن،2006،ص.37.

تبادل المعلومات الحديثة عن بعد لاسيما شبكة المعلومات الدولية الانترنت دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين، سواء أمكن تنفيذ الالتزامات المتبادلة الكترونيا أم استلزم الأمر تنفيذها بشكل مادي ملموس[1].

وبذلك لا تختلف التجارة الالكترونية من حيث مضمونها وممارستها عن التجارة التقليدية، وإنما نشأت خصوصيتها من طبيعة الوسائل التي تستخدم لممارستها وبوجه خاص من الطريقة التي تنعقد وتنفذ بها باستخدام تلك الوسائل والتي تشكل في مجملها مكونات التجارة الالكترونية.

ويعرف عقد البيع الالكتروني بأنه عقد يتم فيه تلاقي كل من الإيجاب والقبول عبر شبكة الانترنت، التي تتيح التفاعل بين البائع والمشتري كوسيلة مسموعة ومرئية في إطار التجارة الالكترونية[2]. كما يعرف بأنه عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المهني دون حضور مادي للبائع والمستهلك وباستخدام تقنية الاتصال عن بعد من أجل عرض المنتج من البائع وأمر الشراء من المستهلك[3].

وبالنسبة للنصوص القانونية المنظمة لعقد البيع الالكتروني، فيلاحظ في هذا الصدد غياب تنظيم المشرع الجزائري للعقد الالكتروني[4]، وهذا على خلاف التشريعات المقارنة التي

1 هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009،ص.31.

2 حوحو يمينة، عقد البيع الالكتروني (دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2011-2012،ص.4.

3محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء التوقيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007،ص.47.

4 اتبع المشرع الجزائري الاتجاه القاضي بعدم وضع قانون خاص بالتجارة الالكترونية بل اكتفى بتعديل بعض القوانين مثل القانون المدني أين استعمل المشرع لأول مرة لفض (الالكتروني) في المادة 1/323 ضمن الفصل الخاص بإثبات الالتزام بالكتابة وذلك سنة 2005 عن طريق تعديل الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج ر عدد 2005/44.

أولت اهتماما خاصا بالتجارة الالكترونية، وقامت بوضع نصوص قانونية تتلاءم وأهمية عقد البيع الالكتروني.

وفي هذا الصدد فإن التوجيه الأوربي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن البعد[1] نص في المادة 02 الفقرة الأولى على أن البيع الالكتروني "عقد متعلق بالسلع والخدمات، يتم بين مورد ومستهلك عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والتي يتم استخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام العقد " .

وقد تبنى المشرع الفرنسي المفهوم الوارد في التوجيه الأوربي، حيث عرف عقد البيع الالكتروني في قانون حماية المستهلك المادة L121-16 بنصه " كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد".

إن عقد البيع الالكتروني يمتاز بخصوصية تتركز في الأساس حول الدور الذي يلعبه العنصر أو العامل الالكتروني في انعقاده وإثباته، وما عدى ذلك فهو لا يختلف عن غيره من العقود، فهو يرد على كل الأشياء ما لم تكن خارجة من نطاق التعامل بحكم القانون أو بحكم طبيعتها، بالإضافة إلى أن أطرافه لا يختلفون في وضعهم القانوني عن أطراف أي عقد آخر من بائعين أو مشترين.

1 L'article 2/1 de la Directive 97/7/CE du parlement Européen et de Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière à distance dispose que : « Est un contrat à distance, tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur , qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs technique de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ».

بالرغم من خصوصية عقد البيع الالكتروني في بعض جوانبه، فإنه لم يحظ بالتنظيم التشريعي الشامل حتى من التشريعات المقارنة الحديثة الخاصة بالتجارة الالكترونية ومعاملاتها، إذ تحيل معظم تلك التشريعات الكثير من جوانب هذا العقد إلى أحكام القواعد العامة إما صراحة أو ضمنا من خلال السكوت وعدم إيراد أحكام خاصة بها مما يعني ضمنا تطبيق القواعد العامة عليها.

يتم إبرام عقد البيع الالكتروني عن بعد، بدون التواجد أو الالتقاء المادي للأطراف عبر شبكة الانترنت عن طريق مجلس واحد حكمي افتراضي. كما يتم تنفيذه بنفس الطريقة دون الحاجة لالتقاء الأطراف في مكان معين، حيث يقوم الأطراف بتنفيذ التزاماتهم المتبادلة الكترونيا[1]، كما هو الحال بالنسبة للخدمات المصرفية والاستشارات القانونية. وقد يتم التنفيذ بشكل مادي ملموس، كما في حالة تسليم سلعة، أي أن عقد البيع الالكتروني قد ينعقد وينفذ بكامله على شبكة الانترنت، خاصة إذا تم الوفاء أيضا من خلالها. وقد يتم تنفيذه خارج الشبكة في العالم المادي الملموس عندما يكون محله سلع معينة أو مواد يتعين تسليمها في بيئة مادية، حيث هنا لا تكون الانترنت سوى وسيلة حديثة للتعاقد.

كما يتسم عقد البيع الالكتروني غالبا بالطابع الدولي، ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الانترنت جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على شبكة الانترنت، مما يسهل التعاقد بين أطراف في دول مختلفة[2]. ويثير الطابع الدولي للعقد الالكتروني العديد من المسائل، كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر ومعرفة حقيقة المركز المالي له، ومشكلة تحديد النظام القانوني على هذه العلاقة ، والجهة المختصة بالفصل في منازعاتها.

1 أحمد عبدالله مفتاح، النظام القانوني لمعاملات التجارة الالكترونية في ضوء تنازع القوانين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2010،ص.127.

2 محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2003، ص.22.

ونظرا للظروف التي تحيط بعملية التعاقد الالكتروني، فإن المستهلك الالكتروني يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية مقارنة بالمهني الذي يقدم السلعة، إذ ينقص المستهلك الخبرة الفنية في التعامل الالكتروني وكيفية إتمامه[1]، وفي الوقت ذاته فإن حاجته لذلك النوع من التعاقد كبيرة لما يوفره ميزات، مثل كثرة السلع وسهولة المقارنة بين الأسعار وفي ظل تلك الميزات يلجأ البائعين لوضع شروط تناسبهم ولا تحقق مصلحة المستهلك الذي لا يملك القدرة على التفأوض باعتبار أن هذا النوع من التعاقد يقوم على عقود نموذجية لا يستطيع فيها المستهلك مناقشتها.

وأن أسباب اختيار الموضوع ترجع إلى أن التجارة الالكترونية لا تزال في مراحلها الأولى، فمن الطبيعي أن تطرح عقودها الكثير من التعقيدات، كما أن أغلب الدراسات والأبحاث التي تم تقديمها في هذا المجال كانت مقتصرة على جانب محدد في عقد البيع الالكتروني وهي مرحلة التعاقد، وقد أدى ذلك إلى عدم وضوح النظام القانوني لعقد البيع الالكتروني والضمانات التي يتطلبها خاصة مرحلة تنفيذه.

وتتجلى أهمية البحث من ناحية أولى، في أن الأنترنت بالرغم من العدد الهائل من الإمكانيات التي يمكن يوفرها في مجال التعاقد، إلا أنه في المقابل أفرز العديد من المشاكل القانونية التي يثيرها إبرام وتنفيذ العقود الالكترونية، الأمر الذي يقتضي إيجاد ضمانات قانونية، بتوفير حماية شاملة في معاملات التجارة الالكترونية، وذلك بضبطها وخضوعها لتنظيم قانوني يبين قواعد إبرامها وتنفيذها.

كما تظهر أهمية الموضوع بما للتعاقد الالكتروني من أهمية إقتصادية كبيرة، وإن كان في الحقيقة محاطا في المقابل بمخاطر عديدة، وهو الأمر الذي جعل الدول تحرص

1 أحمد شهاب ارغيب، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2016، ص.04.

على وضع تشريعات من أجل حماية المتعاقد في عقد البيع الالكتروني، وهذا لكفالة التوازن العقدي للعلاقة التعاقدية دون تغليب لطرف على الآخر.

فالتعاقد الالكتروني يوفر فرصة رائعة لزيارة مختلف أنواع المحلات على الإنترنت وبالإضافة إلى ذلك، فهو يزود المشتري بالمعلومات الكاملة عن المنتجات، حيث توجد العديد من الشركات عبر الانترنت التي تبيع السلع بأسعار أقل مقارنة بالمتاجر التقليدية،

كما توفر الانترنت إتصالات تفاعلية مباشرة، الأمر الذي يمكن الشركات الموجودة في الأسواق الالكترونية من الإجابة على استفسارات الزبائن بسرعة، وهو ما يسمح بتقديم خدمات أفضل، أي تمكين المؤسسات التجارية من تفهم احتياجات العملاء وأذواقهم وبالتالي عرض أحسن الخدمات، وبذل الجهود في سبيل الحصول على رضا العملاء.

كما أنه بفضل التجارة الالكترونية أصبح عرض المنتجات والخدمات مستمرا ليل نهار، باعتبار أن المتاجر الالكترونية كالمتجر الافتراضي[1] لا تغلق أبدا، مما يوفر للمتسوق اختيار الوقت الذي يلائمه للتسوق، بالإضافة إلى تقديم السلع والخدمات من قبل البائع بأسعار مخفضة بحكم تدني تكاليفها بسبب إزالة العوائق والحدود أمام حركة السلع والخدمات ورؤوس الأموال.

وفي المقابل، فإن المشتري أو المستهلك الالكتروني ورغم ما تحققه له التجارة الالكترونية من فوائد، إلا أنه يتعرض في الحقيقية لمجموعة من المخاطر نظرا لطبيعة التعاقد الالكتروني الذي يتم عن بعد، دون رؤية كل من الطرفين الآخر وقد تفصلهما عن بعض آلاف الكيلومترات. كما لا يرى المستهلك السلعة محل التعاقد إلا أثناء التسليم، فقد

[1] ان المتجر الالكتروني هو اسم معين له موقعه على شبكة المعلومات العالمية، يمكن الدخول فيه، والتعامل معه، وفقا لنظام محدد مسبقا، وله مكوناته الخاصة التي لا تنطبق مع مكونات وعناصر المتجر في الفكر القانوني السائد، وتختزل عناصر تكوينه في عنصر وحيد نتعامل معه من أي مكان في العالم متجأوزين بذلك حدود المكان والزمان، هذا العنصر الوحيد هو ما يطلق عليه اسم النطاق. حسين محمد الماحي، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، كلية الحقوق جامعة المنصورة،2002،العدد الحادي والثلاثون،ص.323.

يكتشف أن ما عرضه التاجر من صفات ومميزات غير موجود بالسلعة عند استلامها، وأنه اشترى سلعة هو في ليس في حاجة إليها.

إن آليات التعاقد الالكتروني تجعل من السهل قرصنة المعلومات السرية، وهو الأمر الذي يهدد النشاط التجاري للمتعاملين عبر الانترنت. بالإضافة إلى ذلك فإن هذه الآليات تجعل من السهل الاعتداء على خصوصية المتعاقدين الكترونيا، ومرد ذلك لنقص وسائل التأمين الكافي للأجهزة والوسائل المستخدمة في التعاقد الالكتروني، وهو الأمر الذي يعرض البنوك والعملاء لخطر السرقة، أو سلب أموال البنوك الكترونيا أو اختراق مواقع المؤسسات العلمية والتجارية والتعرف على أدق أسرارها العلمية كشركات الأدوية[1].

يهدف البحث عموما إلى توفير حماية وضمانات للمشتري أو المستهلك في عقد البيع الالكتروني، ذلك أن أساس حماية هذا الأخير إضافة إلى المخاطر السابق ذكرها، يكمن في حالة الضعف المسيطرة عليه واختلال التوازن بينه وبين البائع المهني أو المحترف الذي يقدم السلعة، باعتبار أن المهني هو الطرف الأقوى اقتصاديا، وهو الذي يفرض شروطه على المستهلك الذي لا توجد السلعة أمام عينيه و لا يلمسها بيديه بل يشاهدها فقط عبر شاشة الكمبيوتر، ومن ثم فإنه من الضروري بيان الوسائل واليات حمايته في التعاملات الالكترونية.

1 إن نقطة الضعف الجوهرية في التجارة الالكترونية هي عدم الضمان الكامل للسرية والأمان والخصوصية في التعامل على الشبكة، حيث أن خطورة تسرب معلومات أو التعدي على برامج الحاسب الالي مازال أمرا واردا تعترف به كافة شركات الحاسب المتخصصة في العالم، أشرف محمد رزق قايد، حماية المستهلك، دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2016، ص.507.

إن حماية المتعاقد في التعاملات الالكترونية تشمل عدة مراحل منها ما يكون عند التفأوض، ومنها ما يكون عند إبرام عقد البيع الالكتروني، ومنها يكون عند تنفيذ، غير أننا سنركز بالدراسة على معالجة تنفيذ عقد البيع الالكتروني وكيفية توفير حماية فعالة خلال هذه المرحلة.

أما من حيث الصعوبات التي واجهتنا أثناء الدراسة، فرغم توفر المراجع المتعلقة بالتجارة الالكترونية بشكل عام، إلا أن الأبحاث المتعلقة بتنفيذ عقد البيع الالكتروني تبدو ضئيلة مقارنة مع الدراسات التي تعالج مرحلة تكوينه، وهذا بالإضافة إلى ندرة الأحكام القضائية التي يمكن الإعتماد عليها لمعالجة المسائل القانونية التي تطرحها الدراسة، لذلك ومن خلال ما سبق عرضه، نثير الإشكالية الأساسية التالية:

ما مدى نجاعة وفاعلية ضمانات تنفيذ عقد البيع الالكتروني ؟

من خلال هذه الإشكالية تتفرع التساؤلات الفرعية التالية:

هل تعد الضمانات التقليدية المنصوص عليها في القواعد العامة كافية لحماية المشتري في عقد البيع الالكتروني ؟ وهل يستوجب الأمر تكريس ضمانات حديثة أكثر ملائمة وفاعلية لتحقيق تلك الحماية ؟

إجابة على هذه التساؤلات، إتبعنا المنهج الوصفي والتحليلي الذي يرصد ظاهرة أو مشكلة قانونية معينة بهدف معرفة أسابها والوصول إلى حلول لها، وهو يعتمد على النصوص التشريعية والآراء الفقهية التي وردت في موضوع البحث، وهذا بغية الوصول إلى أفضل الحلول لكل نقطة تثيرها مشكلة الدراسة، وهو ما سنتبعه في هذه الدراسة من عرض لأهم المخاطر التي يتعرض لها المشتري أو المستهلك في مرحلة تنفيذ عقد البيع الإلكتروني وأسباب تلك المخاطر مع محأولة وضع حلول لها من خلال عرض أحسن الضمانات فاعلية في هذا الشأن .

وإستخدمنا المنهج المقارن في بعض الحالات بهدف المقارنة بين عدد من الأنظمة القانونية المختلفة خاصة الفرنسي والمصري، من خلال عرض أوجه الشبه والاختلاف بينها للوصول إلى أفضل القواعد التي تحكم موضوع البحث.

وعليه سيتم تقسيم هذه الدراسة وفق خطة ثنائية في بابين :

الباب الأول : أحكام تنفيذ عقد البيع الإلكتروني

الباب الثاني : فاعلية ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني

الباب الأول

أحكام تنفيذ عقد البيع الالكتروني

يتفق تنفيذ عقد البيع الالكتروني بصورة كبيرة مع العقد التقليدي في خضوعه للقواعد العامة بشان تنفيذه، وذلك لضمان صحة وإمكانية تطبيق وتنفيذ العقود المبرمة الكترونيا عبر الأنترنت، مع الأخذ بما ورد في التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية في هذا الشأن.

لذلك سنحأول من خلال هذه الدراسة إبراز تأثير البيئة الرقمية الإفتراضية على تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، وهذا في ظل التجارة الالكترونية[1] التي غيرت طريقة ونمط التنفيذ خاصة عندما يكون محل العقد لا مادي وطريقة التنفيذ الكترونية، وما يترتب عن الطريقة الجديدة من مستجدات وتطورات على التزمات طرفي العقد.

و أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق البائع والتي تأثرت بالمعلوماتية نجد الالتزام بالتسليم، والذي يكتسي معنا جديدا في ظل عقد البيع الالكتروني، خاصة عندما يكون محل البيع رقمي كبرنامج أو استشارة، وهذا بعد أن كانت أحكام التسليم من اختصاص القواعد العامة التقليدية، فخصوصية التسليم الالكتروني تظهر في التسليم عبر شبكة الانترنت، ويكون تسليما لا ماديا وبالسرعة الفائقة.

أما من جانب المشتري، فإنه و بالإضافة الالتزام بتسلم الشيئ المبيع، فإن أهم التزام رئيسي يقع عليه هو دفع الثمن المحدد في العقد، وهذا الالتزام هو الاخر تأثر بالبيئة الرقمية الالكترونية وأصبح يكتسي مفهوما جديدا، إذ يتم تنفيذه مسبقا عبر الشبكة وبشكل جد سريع لا يتعد بضعة ثواني يكاد يتزامن مع مرحلة انعقاد العقد.

ويمثل الإلتزام بالدفع أهم أوجه الخصوصية التي ميزت مرحلة تنفيذ عقد البيع الالكتروني وأهم ما أفرزته التكنولوجيا الحديثة وما يصاحبه من مخاطر تستلزم ايجاد ضمانات تقابله، لذلك

1ان مصطلح التجارة الالكترونية غير متفق على تعريفه، فأحيانا يتم حصره وتضييق نطاقه في مجال التعاقد عبر الانترنت حصرا، في حين يتم أحينا توسيع نطاق التجارة الالكترونية لتشمل جميع عقود التجارة الدولية المبرمة عن طريق الوسائل الحديثة في التعاقد كافة مثل الهاتف والتلكس والمنتيل، بينما هناك من يذهب الى توسيع التجارة الالكترونية الى أبعد مدى متصور، فأضاف الى جانب العقود والعمليات التجارية التي تبرم بين الأطراف التجارية عن طريق وسائل الاتصال الحديثة العقود التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات وذلك مثل عقد الدخول الى الشبكة وعقد انشاء موقع عليها، طالب محمد جواد عباس و أكرم فاضل سعيد، حماية المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني السنوي الأول، 2009، ص.235.

سنتعرض بالدراسة لأحكام تنفيذ عقد البيع الالكتروني من خلال التطرق لإلتزامات التي تقع على البائع والمشتري في فصلين، نتتأول في الفصل الأول التزامات البائع في عقد البيع الالكتروني، وفي الفصل الثاني التزامات المشتري في عقد البيع الالكتروني.

الفصل الأول

إلتزامات البائع في عقد البيع الالكتروني

يلتزم البائع في عقد البيع الالكتروني بنفس الالتزامات التقليدية المترتبة في ذمة البائع في عقد البيع عموما، من حيث التزامه بالتسليم ونقل الملكية، والتزامه بضمان عدم التعرض وضمان العيوب الخفية، بالإضافة الى الالتزامات الأخرى كالالتزام بالاعلام والالتزام بالمطابقة.

غير أن دراستنا لالتزامات البائع في هذا الفصل ستقتصر على الالتزام بالتسليم والالتزام بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية، تاركين الالتزامات الأخرى الى الباب الثاني من هذه الدراسة عند الحديث عن ضمانات تنفيذ عقد البيع الالكتروني. لذلك سنتتأول هذا الفصل من خلال مبحثين، يخصص الأول منهما لإلتزام البائع بالتسليم في عقد البيع الالكتروني، أما المبحث الثاني نتتأول فيه إلتزام البائع بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية.

المبحـــث الأول

إلتـــــزام البائع بالتسليـــــــم في عقد البيع الالكتروني

يقتضي حصول المشتري على الفائدة التي يريدها من أكتسابه ملكية المبيع أن يتم تسليمه هذا المبيع، لأنه بدون التسليم يبقى البيع عديم الأثر من الناحية العملية، و يقصد بالتسليم وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق أو مانع، وهذا طبقا لنص المادة 367 من القانون المدني الجزائري[1]. كما يعرف التسليم على انه أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري، برفع الحائل بينهما على وجه يمكن المشتري من

1 تنص المادة 367 من القانون المدني الجزائري على ما يلي (يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك....)

التصرف فيه، فيجعل البائع مسلما له، والمشتري قابضا له[1]. فالتسليم هو تنفيذ العقد بوضع الشيئ تحت تصرف المشتري في الوقت والمكان المناسبين[2].

ويعد التزام البائع بتسليم المبيع من أهم الإلتزامات التي تقع عليه بمجرد العقد، حيث لا يكفي أن تنتقل ملكية المبيع الى المشتري، بل لابد من حيازته للمبيع حيازة كلية حتى يتمكن من الانتفاع به، ذلك أن حق الملكية يتضمن حق الإنتفاع، وهو لا يكون إلا عن طريق حيازة مباشرة أو غير مباشرة [3].

وتكمن أهمية الالتزام بتسليم المبيع في أن المشتري يصبح منذ إتمام عملية التسليم قادرا على الإنتفاع الكامل بالشيئ المبيع، وبذلك يكون المشتري قد حقق الغاية من الشراء سواء بالتسليم الفعلي أو الحكمي. كما أن التسليم يقوم بدور هام بالنسبة لإستقرار ملكية الاشياء المعينة بذاتها للمستهلك التي تم تسليمها له، ومن ثم يصبح محميا من قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وعلى وجه الخصوص اذا تصرف البائع بالشيئ نفسه الى مستهلك اخر حسن النية[4].

كما تتمثل أهمية الالتزام بالتسليم في أن تحققه يعد وفاء لأحد أهم الالتزامات الرئيسة التي تقع على عاتق البائع، ويتوقف عليه إنتقال تبعة هلاك المبيع الى المشتري، حيث يكون

1بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار عالم الكتاب الحديث، الاردن،2004،ص150

2 2 Philippe LETOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques, Dalloz , **2eme** ed ,2002,p.90.

3سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية، دار هومه، الجزائر،2012،ص.173.

4 إسلام هاشم عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص 511، سعيد سليمان جبر، العقود المسماة (البيع والايجار)،دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،القاهرة،2007،ص.133.

لتعيين كيفية التسليم، وزمانه ومكانه أهمية كبيرة لمعرفة ما إذا كان التسليم قد حصل وانتقلت تبعة الهلاك للمشتري أم لم تنتقل اليه[1].

ويتضمن التسليم كقاعدة عامة الشيئ المبيع وملحقاته وكل ما أعد له بصفة دائمة لإستعمال هذا الشيئ، ويرجع في ذلك الى طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين، ففي عقد البيع الالكتروني، وكمثال في عقد بيع برامج الكميوتر، يعتبر من ملحقات المبيع المعلومات اللازمة لاستغلال وتشغيل البرنامج المبيع، وكذلك دليل الارشادات الي يبين طريقة تشغيل البرنامج.

والتسليم طبقا لما سبق، وكقاعدة عامة لا يختلف في عقد البيع الالكتروني عن التسليم في البيع التقليدي، غير أن التساؤل يطرح الى أي مدى يمكن تطبيق هذه القواعد الواردة في القانون المدني على عقد البيع الالكتروني ؟

وللإجابة على هذا التساؤل سنقوم بتقسيم دراستنا لهذا المبحث الى مطلبين، بحيث نتنأول في المطلب الأول كيفية التسليم، وفي المطلب الثاني مضمون الالتزام بالتسليم.

المطلب الأول

كيفية التسليم

يعد الالتزام بالتسليم الالتزام الرئيسي الذي يفرضه القانون على البائع، حيث أن المشتري لا يتمتع بسلطة المالك إلا بقيام البائع بتسليم المبيع له، وفي المقابل يعد تحديد كيفية التسليم محور الالتزام بالتسليم، لذلك يطرح التساؤل عن كيفية تسليم المبيع ؟ وهو ما سنتنأوله بالدراسة من خلال بيان أنواع التسليم (الفرع الأول)، وزمان ومكان التنفيذ (الفرع الثاني)، وخصوصية تسليم المبيع الالكتروني (الفرع الثالث)، ونفقات التسليم (الفرع الخامس).

[1] سيد محمد سيد شعرأوي، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص340. مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر،2012،ص.347.

الفرع الأول

أنواع التسليـم

إن التسليم قد يكون فعليا وذلك من خلال التسليم المادي للمبيع، أي أن يتم التغيير في الحيازة الفعلية للمبيع، وقد يكون حكميا أي أن يتم الاتفاق على تغيير صفة الحائز للمبيع دون تغيير الحيازة الفعلية للشيئ محل التسليم، غير أنه يمكن أن يكون التسليم في عقد البيع الالكتروني تسليما معنويا أي تسليم المنتجات عبر الأنترنت عن طريق تنزيلها على جهاز الحاسب الالي للمشتري[1]، وبذلك يتم تسليم المبيع بطريقة الكترونية عبر الشبكة وحسب ما تتطلبها تكنولوجيا الأنترنت في فضاء لا مادي[2].

أولا : التسليم الفعلي

يتين من إستقراء نص المادة 367 من القانون المدني الجزائري أن التسليم الفعلي للمبيع يتم بكل طريقة يكون من شأنها أن تضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه استيلاء ماديا، مادام البائع قد أعلمه بذلك.

وعليه فإن تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع تسليما فعليا يقتضي توافر عنصرين أولهما وضع المبيع تصرف المشتري، بحيث يستطيع الإنتفاع به بالكيفية المقصودة دون عائق وثانيهما إعلامه بذلك[3]، وطريقة وضع المبيع تحت تصرف المشتري تختلف بإختلاف طبيعة المبيع فهي في العقار تختلف عن المنقول وكذلك بالنسبة للحقوق الأخرى[1].

---

1 يأخذ التسليم في القواعد التقليدية الطابع المادي، غير ان الامر يختلف اذا كان العقد يتضمن مبيعا رقميا، حيث يتم تسليمه بطريقة الكترونية عبر شبكة الانترنت وحسب ما تتطلبه تكنولوجيا الانترنت في فضاء لا مادي، وعليه فان هذا النوع من التسليم يكتسي في هذه الحالة طابعا خاصا قد يختلف عن التسليم التقليدي المعتاد.راجع في ذلك، حوحو يمينة، المرجع السابق، ص.245.

2 عمر خالد الزريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع الالكتروني ، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الاردن،الطبعة الأولى،2007،ص.294.

3إن البائع كان يلتزم أساسا بإلتزامين رئيسيين هما تسليم الشيئ وضمان الشيئ الذي باعه، غير أن التطور اللاحق للقانون عقد كثيرا هذا الوضع وذلك حين طور بصورة خاصة التزامات البائع المهني أو الصانع الذي يتعامل مع مشتر مستهلك وحتى مع مهني من اخصاص اخر، حيث ان مالالتزام بالتسليم لم يعد يقتصر اليوم على الوضع الشيئ المباع تحت تصرف

ويتم التسليم الفعلي بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وله صورتان، الأولى تتمثل في التسليم المادي حيث يستلم المشتري المبيع بالفعل ويستولي عليه إستيلاء ماديا، أي يتم تسليم الشيئ المبيع إلى المشتري يدا بيد بحيث يتمكن من حيازته والإنتفاع به دون عائق من جانب البائع، والصورة الثانية تكمن في التسليم الرمزي حيث لا يتم تسليم البضاعة بطريقة مادية، كأن يكون المبيع منقولا مودعا في أحد المخازن العمومية فيتم تسليمه قانونا بتسليم مفتاح المخزن المودعة فيه البضاعة أو تسليم المستندات التي تمثل البضاعة الى المشتري [2].

ثانيا: التسليم الحكمي[3]

قد يتسع مفهوم التسليم ليشمل ليس فقط تقديم ما تم الاتفاق عليه في عقد البيع، ولكن يتجسد كذلك التسليم حسب محكمة النقض الفرنسية في وضع تحت يد المشتري الشيئ المناسب لكل هدف مقصود من وراء البيع[4]، ويكون التسليم حكميا اذا لم يتم بطريقة مادية بل بتصرف قانوني، وذلك بأن يتم التراضي بين البائع والمشتري على تمام التسليم بتغيير صفة الحائز للشيئ المبيع دون التغيير في الحيازة الفعلية للشيئ محل التسليم.

المشتري، بل أنه يقتضي بالاضافة الى ذلك تسليم شيئ ينسجم مع الغاية المرجوة من المشتري ومع الملحقات التي يجب ان تقترن بالشيئ يرتبط الالتزام بالاعلام وحتى واجب النصيحة في ما يخص الاشياء المعقدة، فيليب ديبليك، ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري، الجزء الثاني، الأسناد التجارية المصارف والبورصات العقود التجارية الأصول الجماعية، ترجمة علي مقلد،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2008، ص.858.

1 أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011،ص.41.

2 خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 2008، ص.176. سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق، ص345، سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص.142.

3 نص المشرع الجزائري في المادة 2/367 من القانون المدني على هذا النوع من التسليم كما يلي: « ..وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع اذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أوكان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب اخر لا علاقة له بالملكية .»

4 « L'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tous points au but recherché »,Cass civ. , 1er,20 mars 1989,Bull.In140 ,cité par BENABENTAlain,Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux,7eme éd,Montchrestien,2006 p.125.

ويتحقق التسليم الحكمي في حالتين، الأولى اذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع بوصفه مستأجرا أو مستعيرا أو مودعا لديه أو مرتهنا رهنا حيازيا له، ثم يقع البيع بعد ذلك، فيكون المشتري حائزا فعلا للمبيع وقت صدور البيع ولا يحتاج الى استيلاء مادي جديد لتسلم المبيع[1]، وانما يحتاج فقط الى اتفاق مع البائع ان يبقى المبيع في حيازته لا كمستأجر أو مستعير، بل كمالك له عن طريق الشراء. فالتسليم في هذه الحالة يتم عن طريق تغيير نية المشتري في حيازته للمبيع، وإن كانت الحيازة المادية بقيت كماهي، والحالة الثانية اذا كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب اخر غير الملكية كأن يستأجره[2].

ويجب أن لايضر التسليم في هذه الصورة بالغير حسن النية، لأنه وإن كان البيع ينتج أثره بين المتعاقدين، فإن تصرف البائع في المنقول مرة ثانية وتسلمه المشتري الثاني، فإنه يجب أن تعطى الأولوية للمشتري الأول، ذلك أن التسليم الأول كان حكميا أو معنويا خاليا من أي مظهر خارجي يستدل به على حصول المبيع الأول[3].

ثالثا: التسليم الإلكتروني

يتم تنفيذ العقد الالكتروني عبر شبكة الأنترنت، كلما كانت طبيعة الخدمة أو السلعة تسمح بذلك، والمبدأ العام هو أن يتم تنفيذ العقد كلية عبر الشبكة، كما هو الأمر في حالة اللجوء الى أحد الفنيين لتصميم موقع على شبكة الانترنت، إذ يتم إعداد تصميم هذا الموقع على الكمبيوتر وترسل الخدمة بالطريق الالكتروني، أي عبر شبكة الأنترنت الى جهاز المشتري[4].

---

1 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة،2008، ص.267.

2 خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2003، ص 126. سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص183. أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 41. سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص.142.

3 رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2006،ص.285

.

ويتم هذا التسليم في عقود البيع الإلكترونية التي غالبا ما تكون ذات طابع دولي، وذلك عبر الحدود ومن خلال شبكة الأنترنت دون اللجوء الى العالم الخارجي المادي، فنلاحظ أن طرفي العقد يتفقان مسبقا على قواعد تسليم المبيع، وقد تنص عليها العقود النموذجية للتجارة الإلكترونية[1]، فإما أن يتم التسليم من خلال تسليم المستندات الى المشتري أو إما لوكيله القانوني بدل تسليم المبيع للناقل. و هذه المستندات غالبا ما تكون على دعامة الكترونية أي لها نفس القيمة التي تكون للمستندات الورقية في حالة استيفائها للشروط القانونية المطلوبة[2].

وتبقى أهم صور هذا التسليم عبر شبكة الأنترنت، عن طريق التنزيل أو التحميل في جهاز الكمبيوتر الخاص بالمشتري، ويقصد بالتنزيل عن بعد نقل أو إستقبال أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الانترنت الى الكمبيوتر الخاص بالعميل كتصميم هندسي أو موسيقي، أي شراء مثلا مقطوعة موسيقية وتنزيلها على جهاز الكميوتر والتمكن من سماعها في أي وقت[3] .

ومن بين أمثلة التسليم الإلكتروني للمبيع، أن يقوم البائع بعرض بيع نسخة من فيلم سينمائي، أو ألبوم أغاني للمستهلك، فيقوم هذا الأخير بتسجيل رقم بطاقته الإئتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الإلكتروني للأموال والتسوية تتم عن طريق شبكة تربط بين البنوك. ويقوم البائع بتنزيل المبيع على جهاز الكميوتر الخاص بالمشتري عبر الأنترنت، وبذلك

4 يمكن أن يتم تنفيذ العقد جزئيا عبر الأنترنت، أي يمكن تنفيذ بعض جوانبه فقط خارج الشبكة، كما هو الامر في الاستشارات بمختلف انواعها، القانونية منها والاقتصادية، فالتنفيذ في هذه الحالة يتم عبر شبكة الانترنت، ولكن قد يقتضي الامر القيام ببعض الاعمال التحضيرية التي تتم خارج الشبكة الانترنت ن فدراسة الجدوى الاقتصادية لسلعة ما، قد تتطلب اجراء عمل ميداني، واعداد تصميمات مشروع هندسي قد يتطلب الانتقال الى الموقع لاجراء بعض المعاينات، واعداد بعض البايانات، وبيع منتج فكري، كمؤلف ادبي أو موسيقي، قد يتطلب القيام باعمال خارج شبكة الانترنت، راجع في ذلك،إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.156.

2 نضال سليم برهم،أحكام عقود التجارة الالكترونية،دار الثقافة، الأردن، الطبعة الثالثة،2010،ص.103.

3 مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص.353.

يمكن أن يتم تسليم المنتج دون الحاجة الى الوجود المادي الخارجي[1]، وبذلك يكون التنفيذ قد تم عبر الأنترنت[2].

وما يميز التجارة الإلكترونية أنه عادة ما يتفق طرفا العقد على قواعد التسليم، فيتم الإتفاق بذلك على تغيير صفة الحائز للشيئ المبيع دون تغيير في الحيازة الفعلية للشيئ محل التسليم، ويعد التسليم في هذه الحالة تصرفا قانونيا وليس عملا ماديا. ووفقا لهذ المفهوم، فإن المسألة تكون سهلة بخصوص العقود المبرمة عبر الأنترنت في ظل تباعد الطرفين المتعاقدين ويكون بذلك الهدف من إستغلال الأنترنت لإبرام العقد هو تفادي كثرة التنقلات وما تكلفه من أعباء[3].

الفرع الثاني

زمان ومكان التسليم

تعتبر مسألة تحديد زمان ومكان التسليم من المسائل الهامة في كل عقود البيع، خاصة بالنسبة لعقد لبيع الالكتروني الذي يبرم عن بعد وبين شخصين لا يجمعهما مجلس ولا مكان

1 تعد اللامادية ميزة أساسية من ميزات التسايم الالكتروني، هذه الميزة تجعله يفقد الوعاء المادي الذي تعود عليه بفضل المعلوماتية التي اضفت مفهوما جديدا للمبيعات التي هي في الأصل مبيعات مادية لكن تقبل التحويل والترقيم مثل المبيعات المرئية كأشرطة الفيديو والافلام أو المبيعات المكتوبة الكتب والمجلات والبرامج والتي ريتم تحويلها بفضل تكنولوجيا الرقمية الى معلومات رقمية، بواسطة الكميوتر الذي يتولى تصميم المبيع المتفق عليه كمعلومة يعتمد عليها نظام معالجة المعلومة اليا في مجال تمثيل البيانات وحفظها وتدأولها، وتكون معالجة الرقمية من قبل البائع حيث يتولى وضعه على موقعه، وما على المشتري الا النقر عليه بعد ان يكون قد وفى بالثمنه على الشبكة مسبقا، راجع في ذلك، حوحو يمينة، المرجع السابق، ص.249.

2خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص.178.

3حمودي ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة،الطبعة الأولى،الأردن،2012، ص.384.

واحد، هذا وإن كانت شبكة الأنترنت تؤدي دورا رئيسيا ومحوريا في توحيد العالم[1]، وفي زيادة ترابطه واتصاله من خلال تطوير الطرق والوسائل التي يتواصل بها الأفراد، فإن ذلك قدى أدى الى تلاشي حدود الزمان والمكان وأصبح من الممكن لأي فرد أن يتعامل مع الشركات والافراد ذات المواقع على الشبكة[2]، وهو الأمر الذي يؤكد وجود أحكام خاصة بزمان ومكان التسليم في عقد البيع الإلكتروني.

أولا : زمان التسليم

يعد وقت التسليم من المسائل المهمة في عقد البيع الالكتروني على غرار العقود الأخرى، لأن به يتم حساب تاريخ إنتهاء حق المستهلك في العدول، الى جانب حماية مصالح الطرفين وتدعيما للثقة بينهما، وتحديدا للاضرار المترتبة على التأخير، غير أنه لاتوجد أحكام تلزم أطراف عقد البيع يتحديد تاريخ معين لتسلم المنتجات المشتراة[3].

وبالرجوع الى القواعد العامة في البيع نجد أن زمان تسليم المبيع يكون حسب الاتفاق، وفي حالة عدم الاتفاق تكون فور ابرام العقد[4]، إذ بالرغم من الأهمية الكبيرة في تحديد زمان التسليم في الحياة التجارية التي تقوم على تبادل السريع للسلع والمنتوجات، إلا أن المشرع الجزائري لم يضمن النصوص المنظمة لعقد البيع أي أحكام خاصة في هذا الشأن تاركا في ذلك الأمر للقواعد العامة في باب الالتزامات، اذ تنص المادة 1/281 من القانون المدني

1 ويطرح التساؤل هنا عن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم عبر شبكة الانترنت بين شخصين يقيم كل منهما في دولة مختلفة، ولأن قواعد حماية المستهلك تتعلق بالنظام العام، فإن المورد لا يستطيع مخالفتها عن طريق العقد، بل يتعين الخضوع للقانون الذي تحدده القواعد الصادرة عن الاتفاقيات التي تعالج هذه المسالة، وهي اتفاقية روما ل19 يونيو 1980، واتفاقية لاهاي في 15 يونيو 1955، واتفاقية فيينا في 11 ابريل 1980، محمد حسن منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص.159.

2 ناصر مراد، تشخيص ظاهرة العولمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 العدد 04،ص.164.

3عمر خالد الزريقات،عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة تحليلية،دار الحامد،الطبعة الأولى، الأردن،2007، ص.296.

4 سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق، ص.348.

على ما يلي " يجب ان يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أونص يقضي بغير ذلك "[1].

كما نجد أن أتفاقية فينا لسنة 1980 بموجب المادة 33 منها قد تركت الحرية لأطراف العقد في حالة عدم اتفاقهم على تحديد ميعاد التسليم في العقد، على أن يتم تنفيذ العقد خلال مدة معقولة من تاريخ إبرامه[2]. والمدة المعقولة للستليم حسب القضاء الفرنسي تحدد حسب طبيعة محل العقد[3]، وهو الأمر الذي يتوافق مع قواعد التجارة الالكترونية، ذلك أن القواعد القانونية للتجارة الالكترونية تلبي متطلبات التجارة الدولية[4].

ويرى البعض[5] أن السرعة في ابرام عقد البيع الالكتروني يجب أن تقابل بالسرعة في تسليم موضوع العقد، حيث لا يمكن أن يتم ابرام العقد في دقائق بسيطة بين أطراف تفصل بينهما حدود دولية. كما لا يمكن تنفيذ العقد وتسليم موضوعه في مدة طويلة في ظل التقدم الذي يشهده العالم في كافة المجالات ويوفر من خلاله امكانية المراسلات السريعة، لذلك يجب ان لا يتجأوز مدة تسليم كقاعدة عامة أسبوعا من تاريخ ابرام العقد بين الطرفين من دول مختلفة ولا تتجأوز 48 ساعة بين طرفي العقد من دولة واحدة.

---

1 إن القاعدة العامة ان هذه المادة ليست من النظام العام فيجوز للاطراف المتعاقدة الاتفاق على ميعاد اخر، لكن اذا لم يتم تحديد ميعاد التسليم فالاصل ان يكون فور انعقاد العقد الا اذا تبين من ظروف التعاقد ونية الاطراف ضرورة مراعاة مدة معقولة يترك للقاضي تحديدها على ضوء طبيعة المبيع، كما لوكان شيئا مستقبلا تحت الانشاء فيجوز للقاضي في البيع المدني منح البائع مهلة في التسليم اذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

2 PETRE Schlechtriem, CLAUD Witz , Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises , Champ d'application , Formation du contrat ,effet de la vente ;droits et obligation des parties , inexécution et moyens, Dalloz,2008, p 135

3 Cass Civ.3,10 avril1973,Bull. cité par. Alain BENABENT

4 ان القواعد القانونية للتجارة الالكترونية تلبي متطلبات التجارة الدولية وليس العكس، واذا تعارضت هذه القواعد فيما بينها لسبب يعود الى تفأوت أزمنة التشريع وسرعة التطور التكنولوجي الي انتشرت عبر العالم بعد سنة 1980 التي أقرت فيها اتفاقية فينا، فإن يتم إعمال قواعد هذه الاخيرة على قواعد التجارة الالكترونية وذلك على اعتبار أن العقود الالكترونية هي عقود دولية،أكرم فاضل سعيد و طالب محمد جواد عباس، خصوصية الوسائط الالكترونية في ابرام عقود بيوع البضائع الدولية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 12،2010، العدد 01، ص.109.

5 عمر خالد الزريقات ، المرجع السابق، ص.300.

ولأن مسألة تحديد مدة التسليم في عقد البيع الالكتروني تثير بعض الإشكالات القانونية والعملية، سنحأول دراستها بشيئ من التفصيل.

ثانيا: تحديد مدة التسليم

ان المعاملات الإلكترونية تقتضي تحديد المحترف لمدة معينة ينفذ فيها التزامه بالتسليم مسبقا قبل انعقاد العقد بصورة واضحة ومفهومة ضمن البيانات التعاقدية التي تقدم قبل انعقاد العقد، وهذا راجع لطريقة التعاقد التي تتم بسرعة فائقة وفي فضاء لامادي، خاصة وان المستهلك يوفي بالثمن مسبقا، حيث ان مرحلة الوفاء تأتي على شكل النقر على قبوله للعقد، لهذا كان طبيعيا أن يكون تسليم المنتوج في مدة سريعة،وهو في الوقت نفسه اجراء حمائي للمستهلك حتى لا يتأخر المحترف في تنفيذ التزامه وما ينجر عن هذا التاخير من خلاف ونزاع، قصد انشاء علاقة بين الطرفين،ويعد تحديد هذه المدة من البيانات الالزمية التعاقدية التي يشملها العقد والتي يجب على المحترف اعلام المستهلك بها،وهو الأمر الذي نظمه التشريع المقارن[1].

[1]في هذا الصدد نصت المادة 25 فقرة 8 من قانون التجارة الالكترونية التونسي على أنه " يجب على البائع في المعاملات الالكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل ابرام العقد المعلومات التالية.....طرق واجال تسليم العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات ". كما الزم المشرع الفرنسي في نص المادة L 121-20-3 من قانون حماية المستهلك المعدلة بقانون 2008-3 المؤرخ في 2008/01/03 ان يحدد المحترف المدة الاقصى التي يتم فيها تنفيذ عقد البيع الالكتروني بتسليم السلعة أوالخدمة،وهي المدة التي تحدد قبل ابرام العقد وفي اجل اقصى لا يتجأوز 30يوم. هذا يعني ان التشريع الفرنسي قد حدد الاجل الاقصى لتسليم المنتوج وهو 30 يوم ابتداء من يوم ابرام العقد. لكن قبل هذه المدة يلتزم المحترف ان يحدد بصورة واضحة ودقيقة تاريخا معينا لا يدع اي مجال للشك، يتم من خلاله تنفيذ التزامه بالتسليم.

ArticleL121-20-3 modifié par l'ordonnance N 2005-648 du 6 juin 2005 en vigueur le 1ER décembre 2005 « sauf si les parties en sont convenues autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compte, du jour suivant celui ou le consommateur a transmis sa commande au fournisseur du produit ou de service.

En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou service commandé, le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit , le cas échéant , pouvoir être remboursé sans délai et au plus tard dans les trente jours du paiement des sommes qu'il a versées.Au-delà de ce terme , ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal Toutefois, si la

والمبدأ العام هو أن يتم تحديد أجل للتسليم في العقد، لكن لابد ان نميز بين حالتي التحديد بصورة دقيقة والتحديد بصورة تقريبية. فبالنسبة للحالة الأولى يقع على البائع الوفاء بالتزامه في الميعاد المحدد دون حاجة الى إعذار، والا كان مسؤولا مسؤولية عقدية، وذلك عكس الحالة التي يحدد فيها الميعاد بصورة تقريبية غير دقيقة حيث يتمتع البائع بمرونة في التسليم حسب الظروف التي تساعده على ذلك مثل أحوال السوق وذلك دون تعسف منه أو تأخير متعمد. أما اذا وجدت قوة قاهرة تمنع عملية تنفيذ الالتزام بالتسليم، ففي هذه الحالة يمكن ان يقرر القاضي تمديد المدة الواجب التسليم فيها، فيتراخى أجل التسليم عن الميعاد المحدد في العقد[1].

ويكون إحتساب ميعاد التسليم بدأ من تاريخ ابرام العقد، ولكنه قد يمتد هذا التاريخ الى وقت لاحق كي يستكمل المشتري بعض الاجراءات أو اتمامه للوفاء بالثمن، وتساعد نية المتعاقدين في اكتشاف ميعاد التسليم المتفق عليه وكذلك ماتستخلصه المحكمة من أوراق الدعوى وظروفها، ويعتبر تقدير المحكمة تقديرا موضوعيا مما يستقل به قاضي الموضوع.

ويمكن القول أن جميع الأحكام العامة سالفة الذكر صالحة للتطبيق على عقود البيع الالكترونية خاصة اذا كانت كل عناصرها من جنسية واحدة، اي اذا كان البيع داخلي، غير أنه في البيوع الدولية نجد أن الأعراف التجارية جرت على أن الطرف الذي يملك تحديد زمان

---

possibilité en a été prévu préalablement à la conclusion du contrat ou dans le contrat, le fournisseur peut fournir un bien ou un service d'une qualité et d'un prix équivalant. Le consommateur doit être informé le fournisseur doit indiquer, avant la conclusion du contrat ,la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou exécuter la prestation de services. A défaut, le fournisseur est réputé devoir respect de cette date limite, le consommateur peut obtenir la résolution de la vente dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L.114-1.Il est alors remboursé dans les condition de l'article L 121-20-1 »

1 محمد حسين منصور، أحكام البيع القليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2006،ص.226.

التسليم، يجب ان يخطر الطرف الاخر بموعد التسليم بمدة معينة أو معقولة كما سمتها اتفاقية لاهاي الدولية في المادة 22 منها، وذلك حتى يستعد لاجراءاته ويحافظ على الشيئ المبيع وترتبط هذه المدة بطبيعة السلعة، فإن كانت بسيطة كانت المدة قصيرة، وان كانت الصفقة كبيرة كانت المدة طويلة، كما يمكن ان يترك في تقديرها للقاضي في حالة وجود نزاع حولها[1].

ويختلف مكان التسليم باختلاف كيفية تنفيذ عقد البيع الالكتروني، ذلك أن هذا الأخير قد يتم تنفيذه عبر الخط (exécution en ligne)، ويتحقق ذلك عندما يكون محل البيع شيئ غير مادي مثل تحميل برامج أو كتب، في حين يتم تنفيذ عقد البيع الالكتروني خارج الخط (exécution hors réseau) عندما يكون محل العقد ماديا لا يمكن للمتعاقدين تنفيذه عبر الانترنت[2]، ونكون في هذه الحالة أمام عقد شبيه بعقد بيع بالمراسلة تقليدي خارج البيئة الالكترونية الافتراضية، ويتم التسليم الشيئ المبيع وملحقاته في مكان تواجد محل العقد أثناء ابرام العقد، إلا اذا اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

1 ان طرفي عقد البيع الالكتروني قد يكونا من جنسية واحدة فيكون العقد داخليا، كما يمكن ان يكونا مختلفي الجنسية وحينئذ يكون العقد دوليا ، الامر الذي يجعل تعريف التسليم يختلف في الاتفاقيات الدولية عنه في القوانين الداخلية، حيث جاء في اتفاقية فيينا 1980 ان الاصل في التسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري كما جاء في المادة 31/ج من ذات الاتفاقية ان التسليم هو التزام البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت ابرام العقد ، اما في القوانين الداخلية فقد جاء في القانون المدني الفرنسي في المادة 1604 ان التسليم هو نقل الشيئ المبيع الى حيازة المشتري وقدرته على الانتفاع به،اما القانون المصري فقد نصت المادة 1/435 مدني منه على ان التسليم يكون بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستولي عليه استيلاء مادي، ما دام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل هذ التسليم على النحو الذي يتفق مع الشيئ المبيع،راجع في ذلك،طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني ، دار النهضة العربية، سنة 2008، ص.81.

2 NAIMI CHARBONNIER Marine, La formation et l'exécution du contrat électronique , thése pour le doctorat en droit , université panthéon –Assas ,Paris II, 2003 ,p.162.

ثالثا: مكان التسليم

يعد تحديد مكان التسليم ذو اهمية كبيرة في عقد البيع، حيث ان احترام الميعاد الذي يجب ان يتم فيه التسليم يقتضي بالضرورة المعرفة السابقة لمكان التسليم[1]، بالاضافة الى ذلك فان معرفة مكان التسليم يساعد على تحديد النفقات التي يتحملها البائع، بصفته مسؤولا عن كل النفقات اللازمة لوضع الشيئ المبيع في المكان الذي يجب ان تتم فيه عملية التسليم، في حين ان النفقات اللاحقة على ذلك تكون على عاتق المشتري، كما أن مكان التسليم يتم بموجبه تحديد الجهة القضائية المختصة[2].

كما تبرز قيمة مكان التسليم في أنه يجب ان يتم في هذا المكان الوفاء بالثمن ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك. فقد ربط المشرع الجزائري بين مكان التسليم ومكان الوفاء بالثمن،حيث تنص المادة 387 من القانون المدني في معناها على انه يدفع ثمن المبيع من مكان تسليم المبيع، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك،وهو نفس الحكم الذي اخذ به المشرع الفرنسي في نص المادة 1651 من القانون المدني بقوله "يجب على المشتري ان يدفع الثمن في الزمان والمكان الذي يجب ان يتم فيه التسليم مالم يتفق على غير ذلك "[3].

1 «.. en ce qui concerne la localisation géographique du contrat, qui peut notamment avoir une imporatance sur certaines questions procédurales, le lieu de conclusion du contrat est de moins en moins le critére de rattachement utilisé , au profit soit du lieu d'execution , soit des liens de connexité les plus étroits du contrat , … » Vincent GAUTRAIS , Le contrat électronique international, encadrement juridique,Academia-Bruylant 2EME édit revue ? Belgique,2002,p.127.

2 Vincent HEUZE, Traité des contrats, La vente internationale de marchandises,éd,Delta,L.G.D.J.,Paris,2000,p. 216 ; PETRE Schlechtriem , CLAUD Witz , op.cit p.132.

3 L'article 1651 du code civil dispose que « S'il n'a rien été réglé à cet égard lors de la vente, l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps ou doit se faire la délivrance »

ولتحديد مكان التسليم يجب الرجوع في ذلك للإتفاق أو العرف، فان لم يوجد وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، وان ينقله دون تاخير. وبالرجوع الى احكام اتفاقية فيينا نجدها قد تركت الحرية الكاملة لطرفي عقد البيع الدولي للبضائع لتحديد المكان الذي يتم فيه التسليم، ولا يمكن العودة لأحكامها إلا في حالة تخلف هذه الإرادة[1].

وقد بين المشرع الجزائري مكان التسليم حالة تخلف إرادة الطرفين في المادة 282 من القانون المدني بنصه " اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك.

أما في الالتزامات الاخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته اذا كان هذا الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة".

يتبين من استقراء نص المادة أنه اذا كان المبيع منقولا معينا بالذات وحدد مكانه وقت العقد، فإن مكان التسليم يكون في مكان وجود المبيع وقت البيع. واذا حدد في العقد مكان للمبيع غير مكان وجوده الفعلي، فان التسليم يكون في مكان تصنيع الشيء أو وجوده، واذا كان المبيع معينا بالنوع، فان مكان التسليم يكون موطن البائع إعمالا لقاعدة ان الدين مطلوب وليس محمول، ويكون التسليم في مركز أعمال البائع اذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال[2].

1 نصت في هذا الصدد المادة 31 من اتفاقية فيينا على أنه " اذا كان البائع غير ملزم بالتسليم في اي مكان اخر، فان التزامه بالتسليم يكون على النحو التالي :

أ- تسليم البضائع الى أول ناقل لايصالها الى المشتري اذا تضمن عقد البيع نقل البضائع

ب- وفي الحالات التي لا تدرج تحت الفقرة الفرعية السابقة، اذا كان العقد يتعلق ببضائع محددة أو بضائع معينة بالجنس ستسحب من مخزون محدد أو تصنع أو تنتج، وعرف الطرفان وقت ابرام العقد ان البضائع موجودة في مكان معين أو انها ستصنع أو ستنتج في مكان معين يلزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في ذلك المكان.

ج- وفي الحالات الاخرى يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت ابرام العقد ".

2 محمد حسين منصور، أحكام البيع...، المرجع السابق، ص.227.

وبتطبيق هذه الأحكام على البيع الالكترورني، فيمكن القول أن واجب تصدير المبيع للمشتري يجب ان يتم بإيصاله اليه[1]، أي في مكان تواجده. كما ان العرف يقتضي في الوقت الراهن عموما بتوصيل المبيع الى المشتري، مما يعني بأن التسليم لا يتم الا بوصول المبيع الى مكان تواجد المشتري، فمن يتعاقد عبر الانترنت لشراء سلعة ما نجده يبرم الاتفاق بشرط التوصيل[2].

وتجب الإشارة الى أن ما يلاحظ في اعلانات العرض عبر صفحات الويب أوالعروض عبر البريد الالكتروني والتي تتضمن عبارات تفيد مكان مزأولة النشاط، هي بالضرورة تقيد اماكن التوزيع أو التسليم ضمن حدود المكان المخصص في الاعلان. فمن يتعاقد خارج هذه الاماكن لا يستطيع الادعاء بالقواعد العامة التي تقرر تسلمه المبيع في اماكن تواجده،بل عليه ان يتحمل هو تبعات تسلم المبيع من مكان تواجده لدى البائع والمشتري.

ولما كان ايصال أو ارسال البضائع أوالسلع المشترات عبر الانترنت تتولاه شركات متخصصة بالتوزيع أويمكن تصوره من خلال ارساليات البريد،فان تحديد تبعةالهلاك تبقى على عاتق البائع الى ان يتسلم المشتري سلعته، فاذا قام البائع بتسليمها الى الناقل أو الموزع فلا يعتبر ان التسليم النهائي قد تم، وبالتالي لا يتحمل المشتري تبعة الهلاك الا منذ لحظة تسلمه هو المبيع، فنرى ان تنفيذ الالتزام بالتسليم في العقود المبرمة عبر الانترنت بين المستهلكين

1 تعتبر أغلب الالتزامات في المعاملات الالكترونية هي التزامات بتحقيق نتيجة اذا كان محل الالتزام تسليم شيئ كالمنتوج أو السلعة، لذلك فغن عدم تنفيذ الالتزام يكون بمجرد عدم تحقيق النتيجة ولو بذل المتعاقد كل جهده في العمل لتحقيقها اذن فعلى الدائن بالالتزام إثبات مصدر الالتزام وعلى المدين إثبات انه قام بالتنفيذ أي تحقيق النتيجة وإلا قامت مسؤوليته التي لا يتخلص منها الا إذا أثبت عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي لايد له فيه كقوة قاهرة أو خطا الدائن نفسه أو خطأ الغير، لكن إذا تعلق الامر بتقديم خدمة قد يكون تحقيق نتيجة الا إذا قدم المدين تحفظا بأنه سيقوم ببذل العناية الكافية لتحقيق أفضل خدمة، خاصة مع كثرة المتعاملين مع هذه الشركات التي يزيد الضغط عليها مما يؤدي الى إنقلاب جودة الخدمة وتحول الالتزام الى مجرد التزام ببذل عناية. كريم كريمة، مدى كفاية قواعد القانون المدني لحماية المستهلك الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، 2005 عدد خاص، ص .147 – 148.

2 عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص.302.

ومحترفي التعاقد عبر الانترنت، لا يتم الا عند تسليم البضائع أو السلع الى المستهلكين، هذا مالم يتم الاتفاق على غير ذلك[1].

وما يلاحظ في التجارة الالكترونية هو أن مكان العمل في العقد الالكتروني أصبح له مفهوم اخر أوشكل اخر متأثرا بالبيئة الالكترونية سمي بالمؤسسة الافتراضية، بالرغم من بقاء المؤسسة التقليدية في العالم الحقيقي قائمة، فقد حلت محلها عنأويين الكترونية ومواقع الويب واسماء النطاق، وهي كلها تدرج ضمن المؤسسة الافتراضية التي طرحت مسألة تركيز هذه المؤسسة من أجل تنفيذ التزامات طرفي العقد الالكتروني.

وتطبيقا للأحكام السابقة، يمكن أن نتصور أماكن تسليم المبيع عبر الانترنت إما في المكان الذي يحدد في إعلان البائع، وهو الصورة الغالبة في عقود البيع عبر الأنترنت حيث ان كثيرا من عقود المتاجر الإفتراضية تتضمن شروطا تحدد فيه أماكن مزأولة النشاط أو الأماكن التي يستطيع فيها المورد تقديم خدماته ومعروضاته، هذا اذا أخذنا في الحسبان أن عقد البيع الالكتروني هو من عقود الإستهلاك التي تحكمها في الغالب قواعد تختلف عن القواعد العامة [2]. وقد يتم تحديد مكان التسليم من قبل المشتري أو بموجب العرف، أو يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، وتطبق هذه الحالة الأخيرة اذا تم الشراء عبر الحدود في سلع يمنع تدأولها في مكان المشتري، حيث يجب مراعاة قوانين الدول التي تحرم دخول المبيع اليها[3].

1 سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق،ص.353.

2 « Enfin, n'oublions pas que dés que nous sommes dans le cas d'un contrat de consommation , d'autres régles risquent de s'appliquer, sans tenir compte de principes généraux que nous évoquons… » Vincent GAUTRAIS , op.cit, p.127.

3عمر خالد زريقا ت،المرجع السابق، ص.303.

الفرع الثالث

خصوصية تسليم المبيع في العقد الالكتروني

تبرز خصوصية التسليم الالكتروني عبر شبكة الانترنت من خلال التواصل بين المتعاقدين عن بعد عبر الانترنت، حيث يتمكن كلا الطرفين من التفاعل والاتصال بينهما وذلك بالكلام والرؤية والتحدث والمناقشة أو عن طريق الوسائط الالكترونية المؤتمة[1]، ويتم بذلك تسليم المبيع بفضل تحويل بعض المبيعات الى أرقام تعالج كمعلومة رقمية يتم ارسالها بطرق الارسال الالكترونية المعروفة في هذا المجال. ويعد التسليم الالكتروني أحد مظاهر نجاح شبكة الانترنت التي سهلت تجأوز الحدود المكانية والقيود الجمركية المعروفة في التعامل التقليدي.

كما أن تسلم المشتري للمبيع في بيئة لا مادية من خلال التواصل الذي يتوفره الشبكة يجعل تنفيذ البيع يتم بسرعة دون حاجة لتعيين مكان ودون جهد أو تعب أو إنتظار، وهو خلاف التسليم التقليدي الذي يقتضي تحديد مكان التسليم من قبل المشتري[2]. وهذه الميزة غيرت المفهوم المكاني الذي يتميز به التسليم التقليدي ولم يعد الامر يحتاج الى اتفاق بين طرفين حول تحديد مكان التسليم المبيع[3] .

1 تعد الوسائط الالكترونية المؤتمة عبارة عن نظم للحاسوب معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمهمة التعاقد، حيث يتم بواسطتها التعاقد دون التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية ابرام العقد، وتكون متضمنة لمعلومات الكترونية، ويترتب على ذلك اعتبار الجهاز الالكتروني كالحاسب الالي وما يتبعه من برامج الكترونية بمثابة شخص قانوني، طارق كاظم عجيل، أحكام الاهلية في المعاملات الالكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين،2009، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني السنوي الأول، ص.113.

2راجع في ذلك المادة 394 ق م ج

3وفي هذا الصدد يمكن اثارة مسالة عدم معرفة المتعاقد مكان عمل أو محل اقامة الطرف الاخر في عقد البيع الالكتروني، فالمشتري قد لاتكون له ادنى معلومة عن مكان عمل أومقر اقامة البائع، الامر الذي من شانه أن يؤدي الى عدم الامان القانوني في معاملات التجارة الالكترونية. و من أجل خلق جو يسوده الثقة في التعامل سعت بعض التشريعات الداخلية بفرض التزام على المتعاملين عبر شبكة الانترنت يقضي بضرورة تقديم معلومات عن أماكن عملهم،راجع في ذلك تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص.75.

وسنتناول في هذا الفرع خاصية تنفيذ عقد البيع الالكتروني عبر الانترنت(أولا) ، ثم لخاصية السرعة (ثانيا)، وفي الأخير نتعرض لخاصية اللامادية (ثالثا).

أولا : التسليم عبر شبكة الانترنت

يأخذ التسليم الالكتروني ميزة أساسية تتمثل في أنه ينفذ عبر شبكة الأنترنت الدولية التي تتصف بأنها شبكة عنكبوتية تتصل فيها حواسيب العالم فيما بينها لتشكل مكانا افتراضيا لا ماديا مغايرا عن المكان التقليدي الذي نصت عليه القونين الداخلية[1]، فهو مكان غير محسوس وغير محدود يتجأوز المكان الذي يتعين للأطراف تحديده لتسلم المبيع لأن البائع يستطيع تنفيذه من اي مكان متواجد فيه كما يستطيع المشتري تسلمه من اي موقع يكون فيه،ولتحديد المكان اهمية بالغة في تحديد القانون المطبق بخصوص تكييف المال المبيع منقولا أو عقارا أوتعيين القانون المطبق عندما يكون حقا معنويا، أوتحديد المحاكم المختصة في حالة وجود نزاع.

فبالنسبة للقانون المطبق حول معرفة طبيعة المال فان كان منقولا أو عقارا أو حقا معنويا فإن المادة 17 من القانون المدني الجزائري قد أخضعت تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا الى قانون الدولة التي يوجد فيها، أما بالنسبة للقانون المطبق على الحقوق المعنوية فإن المادة 17 مكرر من القانون المدني قد أخضعت الاموال المعنوية للقانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي تترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الاخرى أو فقده، ويتحدد مكان وجود الملكية الأدبية والفنية بمكان النشر الأول، أما بالنسبة لتحديد مكان براءة الاختراع فيكون في البلد الذي منحها.

1 أثارت التجارة الالكترونية العديد من التحديات والمشكلات القانونية التي تتطلب تنظيما قانونيا في جانب منها بسبب عدم تعرض القوانين القائمة لتنظيمها، أو تتطلب إعادة تقييم للقواعد القائمة حتى تتلائم مع الطبيعة الخاصة للتجارة الالكترونية، بالاضافة الى أن القوانين الداخلية هي ذات نطاق اقليمي محدد بحدود الدول المعنية، حيث أن وجود العنصر الاجنبي في التجارة الالكترونية يثير عدة اشكالات تتعلق بتفسير وتنفيذ العقد،ويتصل بذلك مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ومشكلات تنازع القوانين، ياخويا دريس، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الالكترونية، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، جامعة ادرار، 2013،العدد الأول،،ص.73.

وفيما يخص القانون المطبق على العقد، فإن المادة 18 من القانون المدني[1] قد اخضعت الالتزامات التعاقدية الى القانون المختار من قبل المتعاقدين اذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، وفي حالة عدم الاتفاق يتقرر تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة استحالة تحديد المكان، فان قانون مكان ابرام العقد هو الذي يتقرر تطبيقه[2].

وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه الجزائري[3] أنه رغم الاستخدام المباشر للتجارة الالكترونية والتطور المستمر فيها، غير أن الغموض بقي يحيط بالقواعد القانونية التي تحكم التجارة الالكترونية، لأن هذه القوانين لا يمكن أن تكون قوانين وطنية وحدها، ذلك لكون المحترف والمستهلك سيدخلان في الفضاء الخارجي من خلال المراسلات التي تتم عبر الأقمار الصناعية، وهو الأمر الذي يتطلب قواعد قانونية متنوعة وشديدة التعقيد والتداخل، مما يستوجب وجود نظام قانوني يعالج مثل هذه التطورات ويعاصرها.

---

1 مع الإشارة الى ان المادتين 17 و18 من القانون المدني قد تم تعديلهما سنة 2005

2 تجب الملاحضة هنا ان أنه يصعب في الحقيقة في مجال عقود التجارة الالكترونية الاخذ بتلك الصلة بين القانون الذي اختارته ارادة المتعاقدين وبين العقد قياسا على عقود التجارة التقليدية والدولية ولذلك عدةاسباب أولها: أن التعاقد من خلال شبكات الاتصال الاكترونية يفترض اتصال العقد وقت ابرامه بجميع الدول في ان واحد نتيجة انفتاح الشبكات على العالم بأسره، وبهذه الطريقة يصعب تحديد تلك الرابطة المفترضة بين القانون المختار والعقود الالكترونية، وثانيا:ان القياس على عقود التجارة الالكترونية في تلك المسألة هوقياس مع الفارق، وذلك لاختلاف وسيلة التعاقد في التجارتين، ففي التجارةالالكترونية يتم ابرام العقد من خلال شبكات الكترونية لا تتركز في اقليم دولة معينة ولا تخضع لدولة بعينها بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها،والامر على خلاف ذلك بالنسبة للتجارة الدولية، وثالثا : ان الرابطة التي يفترض وجودها بين القانون المختار والعقد تتأسس في الغالب من عناصر مادية كمكان ابرام العقد أو تنفيذه، فاذا كانت هذه الظوابط المادية تصلح للسريان في مجال عقود التجارة الالكترونية التي تتم من خلال الشبكات حيث يجري تنفيذا ماديا، الا ان ثمة صعوبات حقيقية تعترض تطبيق تلك الظوابط في حالة المعاملات التي تتم وتنفذ بالطرق الالكترونية كما هو الشأن في حالة توريد برامج الحاسوب الالية عن طريق انزالها مباشرة على الحاسب الالي للمستهلك، لانه يطرح الاشكال في هذه الحالة عن مكان تنفيذ العقد، هل هو المكان الذي يوجد فيه الحاسب الالي ام مكان اقامة البائع أو محل اقامة المشتري. راجع في ذلك صالح المنزلأوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية، سنة 2008، ص.280.

3 معوان مصطفى، الاثبات في المعاملات الالكترونية في التشريعات الدولية،التوقيعات والبصمات الالكترونية، دار الكتاب الحديث، الطبعة 1، القاهرة، 2008، ص.24.

لذلك ورغم ما يختص به التسليم الالكتروني من ميزة أساسية تتمثل في انه ينفذ عبر شبكة الانترنت، الا ان واقع التجارة الالكترونية يقتضي التمييز بين حالتين[1]،الأولى يحصل بموجبها تنفيذ عقد البيع الالكتروني بصورة تامة عبر شبكة الانترنت، كما هو الامر في حالة اللجوء الى أحد المختصين لتصميم موقع على شبكة الانترنت، اذ يتم اعداد تصميم هذا الموقع على جهاز الكمبيوتر وترسل الخدمة بالطريق الالكتروني، اي عبر شبكة الانترنت الى جهاز المشتري.كما قد يتم تنفيذ العقد في بعض جوانبه، داخل شبكة الانترنت، كما هو الحال في الاستشارات بمختلف انواعها القانونية والاقتصادية، فالتنفيذ في هذه الحالة يتم عبر شبكة الانترنت. ولكن قد يقتضي الامر القيام ببعض الاعمال التحضيرية التي تتم خارج الشبكة فدراسة الجدوى الاقتصادية لسلعة ما، قد تتطلب اجراء عمل ميداني، واعداد تصميمات مشروع هندسي قد يتطلب الانتقال الى الموقع لاجراء بعض المعاينات[2].

ثانيا : التسليم بالسرعة الفائقة

يختلف التسليم الالكتروني عن التسليم التقليدي في كونه يتم بسرعة كبيرة، وفي وقت وجيز يكاد يتزامن مع مرحلة الانعقاد، حيث يتطلب الامر النقر على الايقونة على مراحل مختلفة كلها تتطلب بضعة دقائق بدأ بمرحلة التسوق الالكتروني، بعدها تأتي مرحلة النقر على القبول، ثم النقر على الوفاء، بعد ذلك تاتي مرحلة النقر لتسلم المنتوج، وهو الامر الذي يحيلنا

1 يميز البعض في عقد البيع الالكتروني بين صورتين للتسليم بحسب محل البيع، فاذ اكان محل البيع سلع أو بضائع كان التسليم خارج الخط، واذا كان محل البيع خدمات كان التسليم على الخط، فالتسليم خارج الخط (hors ligne) وهو يتعلق بتسليم السلع المادية حيث يتم الاتفاق على الخط سواء كان طلب السلعة أو دفع ثمنها بينما يتم التسليم خارج الخط وعليه يكون التسليم الكترونيا فقط في مرحلة ابرام العقد بينما التفيذ يكون غير الكتروني حيث يتم التسليم يدا بيد، بينما التسليم على الخط (en ligne) فهو يتعلق بتقديم خدمات حيث يتم الاتفاق على الخدمة على الخط ويتم تنفيذها ايضا على الخط وهنا يكون التسليم الكترونيا في الابرام والتنفيذ.، راجع في ذلك، طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص.82.

2 الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص. 156.

الى زمان تسليم المبيع حيث وخلافا للتسليم التقليدي الذي يتعين على المتعاقدين تحديد وقت محدد في العقد يتم فيه التسليم، واذا لم يحدد وقت محدد وجب تسليمه فور الانعقاد.

كما أنه وخلافا للتسليم التقليدي الذي قد يتطلب وقتا قد يطول أو يقصر حسب طبيعة المنتوج، كما قد يتطلب بعض الاعمال المادية الضرورية لتجهيزه، فان التسليم الالكتروني يتم مباشرة عبر الاتصال المباشر دون حاجة لتحديد وقت أو القيام بهذه الأعمال[1]، حيث يكون المبيع الرقمي متواجدا مسبقا على الموقع فيتسلمه المستهلك عبر بريده الالكتروني أوعبر الواب مباشرة وبطريقة الية لا تحتاج الى تدخل البائع أو المشتري وذلك على مدار الساعة.

ثالثا : التسليم اللامادي

يقصد بالمفهوم اللامادي للتسليم الالكتروني أنه يتم في البيئة الجديدة التي أنشأتها التجارة الالكترونية والمعبر عنها بالبيئة الافتراضية. وبذلك فان مفهوم اللامادية لا يعني عدم الوجود وانما اللامادية مرتبطة بمفهوم الرقمية التي جعلت الأجساد تأخذ شكل طاقة الكترونية مضغوطة بصورة شديدة ومصغرة لدرجة أنها أصبحت غير مرئية، الا ان وجودها حقيقي.

وقد أدت اللامادية بالتسليم الالكتروني لأن يفقد وعاءه المادي الذي عادة ما يكون عليهوذلك بفضل المنظومة المعلوماتية[2] التي أعطت طابعا جديدا للمبيعات التي هي في الحقيقة مبيعات مادية لكنها تقبل التحويل والترقيم مثل المبيعات المرئية كاشرطة الفديو

1 غير أنه يطرح التسليم بالسرعة الفائقة مشكل الأمان في التسليم الالكتروني، ذلك أن بعض الاشخاص تخصصو في الدخول الى المواقع والحسابات الشخصية، وتوافرت لهم المعرفة التقنية التي ساعدتهم على الدخول الى حواسيب البنوك والحكومات، أو سحب الاموال من حسابات عملاء في البنوك بارسال أوامر الى الكمبيوتر المركزي في البنوك للقيام بعملية النقل المصرفي وتحويل أرصدة، وكل ذلك باستغلال عملية التسليم الفوري في عقد البيع الالكتروني، خالد شويرب، مفهوم وأهمية التجارة الالكترونية، مجلة حوليات جامعة الجزائر، 2012، العدد 21، ص.98.

2 على خلاف المشرع الفرنسي قام المشرع الجزائري بتقديم تعريف المنظومة المعلومتية وذلك في المادة الأولى من القانون 09-04 المؤرخ في 5سبتمبر 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47، 2009، حيث تنص على أن " منظومة المعلوماتية أ ي نظام منفصل أو مجموعة من الانظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة، يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة الية للمعطيات تنفيذا لبرنامج معين ".

والافلام، أو المبيعات السمعية كالمحاضرات والدروس، أو المبيعات المكتوبة كالكتب والمجلات، والبرامج أو الخدمات[1].

و يتم تحويل هذه المبيعات بفضل التكنولوجيا الرقمية الى معلومات رقمية، بواسطة الكمبيوتر الذي يتولى تصميم المبيع المتفق عليه كمعلومة يعتمد على نظام معالجة المعلومة اليا في مجال تمثيل البيانات وحفظها وتدأولها، وتكون المعالجة الرقمية من قبل البائع حيث يتولى وضعه على موقعه، وما على المشتري الا النقر عليه بعد ان يكون قد وفى بالثمن على الشبكة مسبقا.

فالتسليم اللامادي يعتمد على الأرقام والبيانات في غياب العلاقة المباشرة بين الاطراف المتعاقدة، وهذا ما يميز التجارة الالكترونية التي قد انفردت عن مثيلاتها من الوسائل التقليدية في عملية البيع والشراء، كم هو الحال عندما تكون التقارير والأبحاث والدراسات والصور موضوعا للتسليم في عقد البيع الالكتروني[2].

غير ان هناك من العقود ما يتم تنفيذه خارج الشبكة(exécution hors réseau) في العالم المادي الملموس عندما يكون محلها سلعا معينة، أو مواد يتعين تسليمها في بيئة مادية، وعلى هذا الاساس قد يرد على خاصية التنفيذ عن بعد في العقد الالكتروني استثناء عدم جواز ابرام هذا العقد في بعض الحالات التي تتطلب لتنفيذ الالتزامات المترتبة عنه ضرورة الاتصال المادي المباشر بين المتعاقدين[3]، وهو الأمر الذي يتعذر تحققه بالنسبة للعقد الالكتروني لكونه يبرم بين غائبين وليس حاضرين من حيث مكان ابرام العقد. ومن تطبيقات ذلك ما قررته محكمة باريس في 1998/11/24 من عدم جواز عقد بيع عدسات لاصقة تتم عن طريق

40عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص.295. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.155.

2 طالب حسن موسى، الماهية القانونية للتجارة الالكترونية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء،2013،عدد خاص بالمؤتمر القانوني الوطني العشر، 2013،ص.38.

3 NAIMI CHARBONNIER Marine op.cit.,p.162.

الانترنت، استنادا الى ان بيع هذه المنتجات يتطلب الوجود الفعلي والدائم لأخصائي تصميم النظارات Opticien والعدسات الطبية[1].

ومن اثار التسليم اللامادي اختلاف طرق اثبات تنفيذ عقد البيع الالكتروني حسب الطريقة المتبعة من طرف المتعاقدين في التنفيذ، ذلك أن التسليم المادي للشيئ المبيع خارج شبكة الانترنت يخضع للقواعد التقليدية للإثبات، بينما اذا كان التسليم عبر الخط أي التسليم اللامادي فهنا تختلف وسائل الاثبات لأن المتعاقدان ليس لهما المعرفة التقنية من أجل ايجاد الدليل الالكتروني[2]، كما أنه ليس لهما نفس الوسائل القانونية المستعملة، وهذا يكون خاصة بالنسبة لمتعاقدين من دولتين مختلفتين لإختلاف تشريعات الدول، بإعتبار عقد البيع الالكتروني عقد دولي.

وبالاضافة الى تحديد كيفية التسليم في عقد البيع الالكتروني عن طريق تحديد أنواع التسليم وخصوصيته، فإنها تتحدد كذلك عن طريق بيان نفقات التسليم

الفرع الرابع

نفقـــات التسليـــــــم

يتطلب تنفيذ البائع لاتزامه بالتسليم المبيع للمشتري نفقات معينة حتى يتم نقل المبيع الى مكان التسليم،ويقصد بنفقات التسليم كافة المصروفات اللازمة لنقل المبيع الى المكان الذي يجب التسليم فيه بما في ذلك مصاريف النقل والشحن وأقساط التأمين على المبيع وكافة المصروفات اللازمة لإزالة العوائق التي تحول دون انتفاع المشتري بالمبيع، بالاضافة الى سداد الرسوم الجمركية اذا كان التسليم في موطن المشتري، كما يلتزم البائع بالرسوم المستحقة عند تصدير المبيع[3]

1 مقتبس عن ابراهيم الدسوقي ابو الليل، ابرام العقد الالكتروني في ضوء القانون الاماراتي والقانون المقارن، الدليل الإلكتروني للقانون العربي،ص60،http://.arablawinfo.com بتاريخ 2015/03/12

2 NAIMI CHARBONNIER marine ,Op.Cit,p.166.

3 أحمد السعيد الزقرد،عقد البيع،المكتبة العصرية، مصر، الطبعةالأولى،2010،ص.178.

ولم يضع المشرع الجزائري نصا خاصا في عقد البيع بخصوص نفقات التسليم، غير انه يمكن استخلاص ذلك من القواعد العامة حيث نصت المادة 283 من القانون المدني والمقابلة للمادة 348 من القانون المدني المصري على ما يلي : " تكون نفقات الوفاء على المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك "، فيكون البائع بذلك مدينا بالالتزام بالتسليم وتحمل نفقاته في حين يلتزم المشتري بتسلم الشيئ المبيع وتحمل نفقاته[1] مالم يتفق على خلاف ذلك طبقا لنص المادة 395 من القانون المدني الجزائري[2].

ويتحمل البائع جميع نفقات التسليم، بما فيها النفقات الضرورية لانشاء الحق ونقله اذا كان المبيع غير مادي كنفقات استخراج الوثائق التي تثبت وجود الحق حتى يتمكن البائع من تسليمها للمشتري. وتدخل في نطاق ذلك نفقات فرز المبيع تمهيدا لتسليمه، ويتم ذلك بالمقاس والوزن أوالكيل أو العد[3]، ويدخل في ذلك كل عملية فرز من شأنها نقل حيازة المبيع للمشتري ونفقات اعداد المبيع للتسليم ومصاريف اخلاء العين المبيعة، وعلى العموم تكون جميع المصروفات الاخرى التي يستلزمها وضع المبيع تحت تصرف المشتري على عاتق البائع حتى يكون هذا الاخير قد وفى بالتزامه[4]، غير أن الرسوم الجمركية والضرائب يتحملها غالبا المشتري في عقد البيع الالكتروني، لكن يجب على البائع أن يبين للمشتري ثمن السلعة بشكل

1 يكمن معيار التفرقة بين نفقات التسليم التي تكون على عاتق البائع ونفقات التسلم التي تكون على المشتري، في ان نفقات التسليم هي كل النفقات اللازمة لوضع المبيع تحت تصرف المشتري واعلامه بذلك، اما نفقات التسلم فهي النفقات الضرورية لحيازة المشتري للشيئ المبيع

2تنص المادة 395 ق م ج على أن " ان نفقات تسلم المبيع تكون على عاتق المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك "، كما نجد في هذا الصدد المشرع الفرنسي قد نص في المادة 1608 من القانون المدني على ان نفقات التسليم تكون على عاتق البائع، ونفقات التسلم تكون على عاتق المشتري ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

Article 1608 du code civil dispose que « Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire »

3 سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص.146.

4 مع الاشارة الى انه كما في القواعد الخاصة بزمان ومكان تسليم المبيع، فان القاعدة الواردة في المادة 283 من الق م ج هي ايضا قواعد مكملة، اذ يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها.

منفصل، ويبين له أيضا ما يترتب عليها من رسوم أو ضرائب وكذلك رسوم الشحن، وذلك حتى لا يتفاجئ المشتري بالمبلغ المطلوب منه[1].

وبعد بيان كيفية الالتزام بالتسليم في عقد البيع الالكتروني، سنقوم بالتطرق الى مضمون الالتزام بالتسليم.

المطلب الثاني

مضمون الالتزام بالتسليم

تتطلب دراسة مضمون الالتزام بالتسليم في عقد البيع الالكتروني التطرق الى الالتزام بنقل الملكية سواء في المنقول أو الأموال المعنوية (الفرع الأول)، والى الالتزام بصيانة الشئء المبيع (الفرع الثاني)، والى جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الالتزام بنقل الملكية

يقع على عاتق البائع التزام بنقل ملكية الشيئ المبيع وهو التزام نص عليه المشرع الجزائري في المادة 351 ق م إذ جاء فيها " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع ان ينقل للمشتري ملكية الشيئ المبيع أوحقا ماليا اخر "، وعليه فيلتزم البائع بأن يقوم بماهو ضروري لنقل الحق المبيع، وان يمتنع عن اي عمل من شأنه أن يجعل عملية نقل الحق مستحيلة أو عسيرة.

وتختلف طريقة نقل الملكية بحسب ما اذا كان المبيع منقولا أو عقارا، فاذا كان عقارا فلا تنتقل الملكية الا بتسجيل التصرف الناقل للملكية[2]. أما اذا كان منقولا فان الملكية تنتقل بمجرد

1 مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق ،ص.372.

2 المحكمة العليا 1986/10/25، المجلة القضائية 1989، عدد 2، ص.132.

العقد اذا كان المنقول معينا بالذات.واذا كان المنقول معينا بالنوع، فإن الملكية لا تنتقل الا بالافراز[1].

ويعد الالتزام بالتسليم هو جوهر العقد، وان كان في البيوع الالكترونية لا تعطى له اي خصوصية مثل ما هو الحال بالنسبة للالتزام بالتسليم ما عدا اقتصاره غالبا على المنقول دون العقار. كما ان الاصل فيه ان يتم بقوة القانون وبمجرد اتمام العقد دون ان يقوم البائع بأي اجراء أو تدخل منه، مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.[2]

غير أنه لما كان مايميز البيع عبر الانترنت انه يقتصر في جله على الاموال المنقولة من السلع والخدمات دون العقارات[3]، فانه تقتضي الدراسة الاقتصار على تنأول نقل ملكية المنقولات الواردة على البيع عبر الانترنت، فنتنأول أولا انتقال الملكية في المنقولات المعينة بنوعها وذاتها (أولا)، و انتقال الملكية في الاموال المعنوية (ثانيا).

أولا : نقل ملكية المنقول المعين بنوعه وذاته

تشتمل معضم العقود المبرمة على الانترنت على سلع تدخل في احتياجات الناس اليومية، غير ان هذه السلع تختلف بحسب طبيعتها، فمنها ماهو معين بنوعه ومنها ماهو معين بذاته.

لا تنتقل الملكية الى المشتري في المنقول المعين بنوعه الا بعد ان يقوم البائع بافرازه ويقصد به تعيينه لجعله معينا بالذات، وقد يقتضي ذلك تقديره التقدير المتناسب مع طبيعته

1 خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص.170.

2 عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص.289.

3 لقد اشتركت معضم القوانين المقارنة الخاصة بالمعاملات الالكترونية والتي تبين احكام العقود الالكترونية وكل معاملة ذات صفة الكترونية في استبعاد المعاملات المتعلقة بالعقار ومن ضمنها عملية بيعه من تطبيق قانون المعاملات الالكترونية عليها،ومن امثلة ذلك ماجاء في المادة الخامسة من قانون امارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية بنصها".....يستثنى من أحكام هذا القانون مايلي ب- سندات ملكية الاموال غير المنقولة

د- المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الاموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد على عشر سنوات وتسجيل اية حقوق أخرى متعلقة بها..."

كالوزن أو العد أو الكيل أو القياس، فالافراز عمل مادي وإرادي معا[1]، يتم في الوقت المتفق عليه أو على الاكثر عند التسليم، وهذا طبقا لنص المادة 166 ق م ج "اذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيئ لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشيئ ".

ولا يشترط ان يتم الافراز في حضور المشتري ولكن لا يترتب عليه اثر في نقل الملكية الا اذا علم به المشتري، وكمثال على ذلك لو تعاقد المشتري عبر الانترنت على شراء كمية من السكر الكوبي المعروض أو المعلن عنه عبر الشبكة، فان ملكية المشتري لهذه الكمية لا تنتقل بمجرد التعاقد، وانما تنتقل بعد ان يقوم البائع بافراز هذه الكمية من باقي الكمية التي لديه، فاذا قام بافرازها أصبحت منذ تلك اللحظة ملكا للمشتري ولو لم يقم بتسليمها اليه، ولو قام البائع ببيع هذه الكمية المفرزة، لوقع بيعه على ملك الغير وكان تصرفه موقوفا على اجازة المشتري فاذا اجازه أصبح نافذا في حقه من وقت التصرف، واذا رفضه أصبح باطلا، وبالمقابل فان من حق المشتري التصرف في المبيع باي من التصرفات القانونية كأن يقوم ببيعها مرة أخرى ولو لم يكن قد استلم المبيع ذلك أن الملكية تنتقل اليه ولو لم يقترن ذلك بالتسليم[2].

فاذا امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بافراز المبيع فإنه تطبق عيه أحكام نص المادة 2/166 من القانون المدني، فيجوز له أن يحصل على شيئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيئ مع حقه في التعويض وهذا طبقا كما ذكرنا للمادة 2/166 ق م ج بنصها : ".... فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيئ من من غير اخلال بحقه في التعويض".

ويتطلب تحديد عملية التسليم تعيين صفة وكمية المبيع اللازمة لذلك، خاصة اذا كان البيع يتم بالرجوع الى دليل أو عينة أو الى مقايس مهنية[3]. وبالنسبة للمنقول المعين بذاته فإن

1 محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص.85.

2عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 290. سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص.103.

3 Alain BENABENT. op cit., p.125.

الملكية تنتقل فيه فور تمام العقد ودون حاجة الى أي اجراء من المدين وحتى ولو لم يتم التسليم، فمنذ وقت تمام العقد على المنقول المعين بذاته يصبح للمشتري الحق بأن يتصرف فيه بالبيع أو اي تصرف قانوني اخر.

ويترتب على انتقال ملكية المنقول المعين بذاته الى المشتري بمجرد تمام العقد،ونشوء حق التصرف له في المبيع قبل الاستلام اهمية كبيرة من الناحية العملية، فلو تعاقد مثلا المشتري عبر الانترنت على شراء لوحة فنية نادرة فإن ملكيتها تصبح للمشتري منذ لحضة تمام العقد وقبل استلامها، فلو قام بعدئذ ببيعها أو هبتها أو غير ذلك من تصرفات فيعد ذلك تصرفا قام في ملكه، كما أنها تدخل في أمواله التي يجوز الحجز عليها، وفي حالة افلاس البائع قبل تسليم المبيع وبعد قبض الثمن لا يؤدي ذلك الى دخول المبيع في تفليسته، فيبقى بذلك حقا للمشتري الذي له الحق في أخذه دون مشاركة من باقي الدائنين، في حين لو افلس المشتري لدخل المبيع في تفليسته وكان محلا للتنفيذ عليه[1].

وما يميز عقد بيع المنقول المعين بالذات أنه يجوز للبائع والمشتري الاتفاق في العقدعلى تأخير نقل الملكية الى وقت لاحق على العقد أوتعليق ذلك على شرط، ومن أهم الصور و الأكثر انتشارا هي تعليق انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن خاصة اذا كان على عدة اقساط، وهو ضمان تلجأ اليه عادة الشركات التي تبيع سلعها بالتقسيط كالالات والعقارات[2]، فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفي الثمن أقوى في الضمان من فسخ العقد

1 عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص.291.

2 تجب الاشارة الى انه بالنسبة للتشريعات المقارنة التي تاخذ بالتعامل في العقار بالنسبة للمعاملات الالكترونية نجدها قد احدثت مهنة جديدة و هي مهنة الموثق الالكتروني، وهو عبارة عن وسيط محايد ومستقل وموثوق فيه، وقد يكون هذا الوسيط شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وتتركز الوظائف الاساسية للموثق الالكتروني في اثبات مضمون المستندات والعقود الالكترونية وتوثيقها، وهي مهنة تتشابه لدرجة كبيرة في بعض وضائفها مع مهنة الموثق المعروفة في الجزائر، على اعتبار انه يعد شاهدا محايدا ومستقلا عن العقد المبرم بين الاطراف، ونجد ان التوجيه الأوربي رقم 93 لسنة 1999 قد قرر ذلك ووضع تسمية اشمل وأعم لهذه الوظيفة وهي مقد خدمة التوثيق والذي يقوم باعتماد التوقيع الالكتروني وارتباطه بالمستندات التي يرد عليها، وجهة التوثيق هذه أو مقدم خدمات التصديق تعمل تحت اشراف السلطة التنفيذية، وتتكون غالبا من ثلاثة مستويات مختلفة من سلطة تاتي في المرتبة الأولى هي السلطة الرئيسية وهي تختص بالتصديق على تكنولوجيا ومما رسات جميع الاطراف

بعد ان تكون الملكية انتقلت الى المشتري. كما أنه اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع واذا كان الثمن يدفع اقساطا، جاز للمتعاقدين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ المبيع اذا لم يوف المشتري بجميع الأقساط[1].

ثانيا:انتقال الملكية في الاموال المعنوية

من أهم ما يميز عقد البيع عبر الأنترنت أنه قد يرد على مصنفات ادبية أو اختراع ممنوح البراءة، أو غير ذلك من الاموال المعنوية ذات القيمة الاقتصادية في التعامل، والتي يكون البيع فيها بشكل مختلف عن الاموال المادية كالمعطيات المعلوماتية والبرامج المعلوماتية التي يكثر تدأولها عبر الانترنت[2]، وتصنف كمؤلفات أدبية، أو كبراءات الاختراع[3].

وبالنسبة لبراءات الاختراع بصفتها مالا منقولا معنويا تكاد تكون، على غرار الاموال المماثلة، موضوع عمليات قانونية مختلفة، فيمكن ان تنتقل عن طريق بيعها أو بالمجان

المرخص لهم باصدار ازواج مفاتيح التشفير أو شهادات تتعلق باستخداد تلك المفاتيح، وتليها في المرتبة سلطة التصديق وهي جهة خاصة بعملية التصديق، على ان المفتاح العام لاحد المستخدمين يشابه بالفعل المفتاح الخاص لذلك المستخدم، وفي مستوى اقل تاتي سلطة تسجيل محلية مهمتها تلقي الطلبات من الاشخاص الراغبين في الحصول على ازواج مفاتيح التشفير والتاكد من هوية وشخصة هؤلاء المستخدمين ومنح شهادات تصديق تفيد صحة توقيع العملاء. لمزيد من التفصيل راجع في ذلك، خالد ممدوح ابراهيم حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص.174.

1 محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سبق ذكره، ص.63.

2 نص المشرع الجزائري على تعريف المعطيات المعلوماتية في القانون 09-04 المؤرخ في 5 سبتمبر 2009 المتصمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتها في المادة الأولى منه بما يلي " أي عملية عرض للوقائع أو المعلومات أو المفاهيم في شكل جاهز للمعالجة داخل منظومة معلوماتية، بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها جعل منظومة معلوماتية تؤدي وظيفتها"، في حين لم يعرف المشرع الجزائري البرامج المعلوماتية باعتبارها إحدى المكونات الرئيسية لنظام المعالجة الالية للمعطيات، وإنما إعتبرها حين تعريفه للمعطيات المعطيات المعلوماتية شكل من أشكالها، رغبة منه في عدم تقييد القضاء بتعريف تقني يمكن أن يؤثر في تطبيقه للنص الجنائي خاصة، وهذا مع الاخذ في الحسبان أن البرامج المعلوماتية كثيرة الاشكال ومتعددة الاستخدامات وفي تطور مستمر، بردال سمير، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري، مجلة القانون، معهد الحقوق والعلوم القانونية المركز الجامعي غليزان ،2010،العدد2،ص.183.

3 نصت المادة 4 من القانون 05/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجأورة على مايلي " تعتبر على الخصوص كمصنفات أدبية أو فنية محية ما ياتي أ المصنفات الادبية المكتوبة...برامج الحاسوب..."

كالهبة، وتطبق في هذه الحالة القواعد العامة الواردة في القانون المدني وفي قانون الاسرة. كما يمكن ان تكون موضوع عملية تبادل اثناء عمليات اعادة هيكلة تجمعات صناعية،غير انه يجب بالنسبة لانتقال براءة الاختراع الى الغير ان يتم اثبات ذلك عن طريق الكتابة[1]، كما ان عملية البيع لاتكون صحيحة الا اذ كانت البرائة موجودة يوم ابرام العقد، ولا يهم الامر اذا كان الامر يتعلق ببراءة تم تسليمها أو براءة قدم طلب الحصول عليها[2].

وتعتبر كذلك برامج الحاسوب مصنفات أدبية وتخضع للقانون الخاص بحماية حقوق المؤلف، حيث تعطى للمؤلف نوعين من الحقوق، الحقوق المعنوية والحقوق المادية. فأما الحقوق المعنوية فلا يجوز التنازل عليها و لا تقع محلا لنقل الملكية، لانها لصيقة بشخص المؤلف، اما الحقوق المالية الواردة على المصنف فيجوز التصرف فيها، وتقع محلا لنقل الملكية، فيجوز للمؤلف استغلالها[3].

فجميع هذه الأموال المعنوية يمكن بيعها بصيغة العقد الإلكتروني عبر الانترنت، ويتم نقل الملكية فيها بموجب مستندات الكترونية تتدأول بين اطراف العقد سواء بواسطة خدمات الانترنت (البريد الالكتروني، الويب، والتحميل عن بعد)، وتكون هذه المستندات في صورة رسائل بيانات أو خطابات الكترونية ترسل عن طريق البريد الالكتروني[4].

---

1 راجع المادة 26 فقرة 2 من الامر رقم 07/03 والمتعلق ببراءات الاختراع ج ر 23 يوليو 2003،عدد44، ص27على انه :" تشترط الكتابة في العقود المتضمنة انتقال الملكية....ويجب ان تقيد في سجل البراءات"

2 فرحة زرأوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الادبية والفنية، ابن خلدون، الجزائر،2006،ص.145.

3 تنص المادة 27 من قنون 05/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجأورة على أنه " يحق للمؤلف استغلال مصنفه باي شكل من أشكال الاستغلال...".

4 يطلق على الحقوق المعنوية مثل حق المؤلف في هذه الحالة بالمعطيات الفكرية المعالجة الكترونيا، ويقصد بالمعطيات الفكرية المعالجة الكترونيا تلك البرامج والبيانات الموجودة في أجهزة الحاسوب والانترنت والتي تخول لأصحابها سلطات قانونية عليها، نظرا لأنها تمثل نتاجا ذهنيا لهم، فهي تمثل حقا معنويا يضاف الى دائرة الحقوق المالية التي كان ينظر اليها على أنها تقتصر على الحقوق والواجبات المادية فقط. وتبعا لهذا المفهوم، فإن المعطيات الفكرية المعالجة اليا تخضع الى ذات المفهوم

ويشمل مضمون الالتزام بالتسليم في عقد البيع الالكتروني، بالاضافة الى الالتزام بنقل الملكية، الالتزام بصيانة الشيئ المبيع.

الفرع الثاني

الالتزام بصيانة الشيئ المبيع

يثير التزام البائع بصيانة الشيئ المبيع وجعله صالحا لتأدية الغرض المخصص له الكثير من التساؤلات بالنسبة للقواعد التي تحكم عقد البيع، فاذا كان عقد ا لبيع عقدا فوريا ينتهي بتنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه على نحو مطابق لما تم الاتفاق عليه وتنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن، غير أن الواقع يقضي بخلاف ذلك، اذ يرتب عقد البيع التزاما تبعيا على عاتق البائع والمتمثل في صيانة المبيع.

وسنحأول من خلال هذا الفرع ا لتطرق الى تعريف الالتزام بالصيانة وبيان اهميته، ثم نتطرق الى شروطه ومضمونه.

أولا : تعريف الا لتزام بالصيانة وأهميته

يعرف الالتزام بالصيانة بأنه تعهد البائع أو المنتج الصانع بمراقبة واجراء فحص دوري للشيئ المبيع، واصلاحه مجانا كلما حدث فيه خلل أو طرأ عليه عطل لا يد للمشتري فيه

الذي يخضع له الحق المعنوي في التعامل التشريعي معه، وبما أن تلك المعطيات تتسم بالطابع الانتاج الذهني، فكان لزاما أن ينظر اليها على أنها حقا من حقوق الملكية الفكرية، شأنها في ذلك شأن النتاج الذهني المكتوب والمسموع أو المقروء، ولذلك تعد تلك المعطيات تمثل نوعا من أنواع الملكية الفكرية سواء كانت أدبية أو فنية أو علمية أو كانت تجارية أو صناعية، غير أن الاختلاف في نوع الملكية الفكرية من شأنه ان يؤدي الى الاختلاف في النظرة الى المعطيات المعالجة اليا، ذلك أن المعطيات المعالجة اليا قد تتضمن في نفسها الملكية الفكرية أحيانا، واحيانا اخرى قد تكشف وتظهر عن وجود تلك المليك باعتبارها مظهرا من مظاهرها من دون أن تكون هي كذلك، بمعنى أن المعطيات المعالجة اليا اذا كانت فنية أو صناعية فانها تعتبر كاشفة كدليل على توافر ملكية فكرية، بينما اذا كانت تجارية أو صناعية فانها تعتبر كاشفة كدليل على توافر الملكية الفكرية، عادل علي المانع، اشكالية الحماية الجنائية لملكية المعطيات المعالجة اليا، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد التاسع والعشرون 2001، ص ص.451،452.

خلال مدة الضمان المتفق عليها وتبدأ من تاريخ التسليم الفعلي للمبيع، بما يضمن استمرار الانتفاع به وتوقي أضراره[1]

وبذلك يعد الالتزام بالصيانة تعهد يقع على البائع أو المنتج لاصلاح عطل أو خلل للشيئ المبيع يؤدي الى منع المشتري من الانتفاع به أو التزام بعمل محله قيام البائع بهذا الاصلاح بما يقتضيه من استبدال قطع غيار جديدة باخرى معيبة، ولو كان عيبا خفيا، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 379 ق م ج[2].

وتكمن أهمية الالتزام بصيانة الشيئ المبيع على وجه الخصوص في أن صلاحية أو كفاءة الاجهزة المبيعة وخطورة الحوادث التي يمكن ان تسببها لا تظهر الا باستعمالها خلال فترة زمنية معينة، الامر الذي جعل البيع لابعد تصرفا وقتيا ينتهي بنقل ملكية الشيئ المبيع وحيازته المادية، ولكنه أصبح اتفاقا مركبا ومعقد يصطحب بعمليات تبدأ من لحظة ابرامه وتتوزع خلال كل مدة استعمال السلعة ومن بين هذه العمليات صيانة الشيئ المبيع.

وتتجلى أهمية الالتزام بالصيانة بالنسبة للبائع في قيام مسؤوليته أو إعفائه منها، فاذا كان البائع يسأل عن الاضرار التي تسببها الاشياء المبيعة نتيجة اصابتها بعطل أو حدوث خلل لها، فلا شك أن قيامه بإصلاح المبيع وصيانته يخفف المسؤولية عنه أو يعفيه منها كلية وبالنسبة للمشتري فبموجب الالتزام بالصيانة يتحقق هدفه من الشراء، حيث يرغب دائما في الحصول على مبيع صالح لاداء الغرض المقصود منه. فاذا كان المبيع سليما فتكون بذلك قد تحققت رغبة المشتري من الشراء، أما اذا كان فيه عيب فإن إزالته عن طريق الاصلاح والصيانة يكون أكثر جدوى للمشتري من فسخ البيع أو انقاص الثمن، مع الاشارة الى ان هذه

1 أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص.121.

2 نصت المادة 379 ق م ج على أنه " يكون البائع ملزمابالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب".

الاهمية بالنسبة للمشتري قد زادت مع التطور التكنولجي الحاصل واختراع الات معقدة في تشغيلها وصيانتها[1].

ثانيا:أساس الالتزام بالصيانة

يثار التساؤل حول الأساس الذي يقوم عليه التزام البائع بصيانة الشيئ المبيع، فهناك من يرى أن أساسه عقدي[2]. وقد اتجه الفقه الفرنسي الى اقامته على أساس مبدأ حسن النية الواجب مراعته أثناء تنفيذ العقد استنادا للفقرة الثالثة من المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وحسن النية "[3]، وتقابله المادة 1/107 من ق م ج. وعليه فحسن النية يوجب على البائع تسليم المبيع صالحا للاستعمال الذي بيع من أجله، حيث لايعد بيع سلعة معيبة التصنيع تنفيذا للعقد بحسن النية حتى ولو تأخر ظهور العيب الى ما بعد التسليم.

غير أن ما يمكن ان يأخذ على هذا المبدأ كأساس للالتزام بالصيانة، انه حسن النية يفترض امكانية استبعاد مسؤولية البائع أو المنتج عن عيوب المبيع متى استطاع اثبات ذلك. لكن في واقع الأمر إن هذا الاخير تفرض عليه إصلاح المبيع وصيانته ولا يستطيع استبعاد مسؤوليته

1 لقد نتج عن التقدم التقني الذي يشهده العالم اليوم منتجات صناعية، كالالات والمعدات المعقدة في تكوينها وتشغيلها وصيانتها، مما جعل أمر الاهتمام بصيانتها يوازي أهمية الحصول عليها، فالصيانة تكفل حسن استخدام المنتج وكفاءته خلال المدة الافتراضية لاستخدامه، لهذا يسعى المستهلك لهذه المنتجات الصناعية لتوقيع عقد بيع مع المنتج، بحيث يتضمن هذا العقد في الوقت نفسه الزاما يقع على عاتق البائع مقتضاه ضمان المنتج مدة زمنية معينة،وعليه فان الهدف الذي يسعى اليه المشتري هوالمحافضة على المنتج وبقائه صالحا للاستعمال طبقا للغرض الذي تم تصنيعه من اجله من غير ان يتعرض للتلف، رجع في ذلك صفوان حمزة الهواري، الأحكام القانونية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة،2012،ص.218.

2 ممدوح محمد علي مبروك، الالتزام بصيانة الشيئ المبيع دراسة مقارنة بين القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة،2003، ص.12.

3 Art 1134 « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les faites ……elles doivent etre exécutées de bonne fois ».

باثبات حسن نيته أو باقامة الديل على انه قام بالعناية الواجبة لتجنب العيب أو الخلل الموجود في المبيع،لان التزامه هوالتزام بتحقيق نتيجة.

وهناك اتجاه اخر من الفقه يذهب الى اقامة الالتزام بالصيانة على أساس الالتزام بالتسليم[1]، حيث انه في مرحلة تنفيذ عقد البيع تتداخل عملية اصلاح الجهاز المبيع وصيانته مع عملية تركيب الجهاز وتشغيله، حيث لا يتحقق التسليم النهائي للجهاز الا بعد اجراء اختبارات التشغيل. ولذلك يلتزم المورد للجهاز بائعا أو منتجا باصلاح الاعطال والحوادث التي تقع اثناء مدة التشغيل على اساس التزامه بالتسليم.

ويعتبر الالتزام بالصيانة في هذه الحالة من الضمانات العقدية، بحيث يقوم الالتزام باصلاح المبيع وصيانته على أساس نص المادة 1/379 من ق م ج، اذ ان وجود خلل أو عطل بالشيئ المبيع يعد عائقا يحول دون تمكين المشتري من ممارسة سلطاته على الشيئ المبيع الامر الذي يوجب على البائع القيام باصلاح المبيع وصيانته وتسليم المشتري النشرات الخاصة بكيفية استخدامه، خصوص اذا كان استعمال المبيع ينطوي على خطورة معينة أو كان من المنتجات التقنية العالية كالحاسب الالي[2].

ومما سبق يتبين ان الالتزام بالصيانة يشترك مع الالتزام بالتسليم في الطبيعة العقدية لكل منهما وتعلقهما بتنفيذ العقد، اذ يجب على البائع اصلاح المبيع وصيانته تنفيذا للالتزام بتسليم مبيع صالح للغرض الذي أعد من أجله، ويعد ضمان اصلاح المبيع وصيانته تطبيقا لمبدأ

[1] ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص12.

2 وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 13 من قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والتي تنص على مايلي " يستفيد كل مقتني لاي منتوج سواء كان جهاز أو اداة أو الة أو عتادا أو مركبة أو اي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون، ويمتد هذا الضمان ايضا الى الخدمات، يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتوج ، استبداله أو ارجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته.."، ومن جهة اخرى تنص المادة 16 من نفس القانون على ما يلي "في اطار خدمة ما بعد البيع وبعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان ان يلعب دوره يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة المنتوج المعروض في السوق".

مسؤولية المتعاقد عن الخطأ في تنفيذ العقد.وبذلك يعتبر الالتزام باصلاح المبيع وصيانته التزام تابع لتنفيذ الالتزام الاصلي الذي يقع على عاتق البائع بتسليم المبيع ونقل ملكيته الى المشتري والا قامت مسؤوليته[1].

ثالثا:شرو ط الالتزام بصيانة الشيئ المبيع

حتى يتمكن المشتري من مطالبة البائع باصلاح المبيع وصيانته يشترط ان يوجد خلل في الشيئ المبيع، وان يظهر الخلل أثناء فترة الضمان، وأن يخطر المشتري البائع بحدوث الخلل

1-أن يوجد خلل أو عطل في الشيئ المبيع :

يقصد بالخلل الفساد والضعف الذي قد يصيب الشيئ المبيع ويؤثر في صلاحيته للعمل،وهو قد يكون كليا يصيب الشيئ المبيع بأكمله ويؤدي الى توقفه عن العمل، وقد يكون خللا جزئيا يتعلق ببعض اجزاء الجهاز المبيع.

ولا يجب ان يكون الخلل الذي يضمنه البائع عيبا خفيا أو قديما أو مؤثرا ينقص من قيمة المبيع أو من نفعه وفقا لنص المادة 379 من الق م ج[2]، وانما يكفي أن يؤثر الخلل في كفاءة أو صلاحية المبيع للعمل حتى يقوم التزام البائع باصلاحه وصيانته ايا كان سبب الخلل ولو لم يكن ناشئا عن عيب معين بالذات[3]. فصلاحية المبيع للعمل هي المعيار الذي يمكن به الحكم على وجود الخلل من عدمه.

1 امازوز لطيفة، المرجع السابق، ص.130.

2 نصت المادة 379 من ق م ج على أنه " يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ن أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها ".

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص.739.

ويستلزم شرط وجود الخلل في الشيئ المبيع أن لا يكون الخلل راجعا الى خطأ المشتري الذي أساء استعمال الشيئ المبيع أو استعمله في غير الغرض المحدد له، لان اي خطأ من العميل المستفيد من الالتزام بالصيانة سيعفي البائع ولو على الاقل جزئيا من المسؤولية[1].

2 ظهور الخلل أو العطل خلال فترة معينة :

يشترط أن يظهر الخلل أو يحدث العطل خلال الفترة المعينة للضمان لكي يلتزم البائع باصلاح المبيع وصيانته، وتختلف هذه الفترة حسب طبيعة الجهاز المبيع والشركة المنتجة له ويتم تحديده بالاتفاق بين البائع والمشتري طبقا لشروط البيع.

ويفضل ان يتفق الطرفان على تحديد مدة طويلة لضمان اصلاح المبيع وصيانته تتطابق مع المدة المتوقعة لاستمرار عمل الجهاز، وهي المدة التي يجب ان يظل فيها المبيع صالحا للعمل حتى يضمن المشتري تحقيق انتفاع مستمر طوال هذه الفترة[2].

3 اعلام البائع بظهور الخلل أو العطل في الشيئ المبيع :

لا يعد البائع ملتزما باصلاح المبيع وصيانته بمجرد ان يظهر خلل في المبيع خلال فترة الضمان المتفق عليها، وانما يجب ان يخطر المشتري البائع بما وجده من خلل، حيث يعتبر الاخطار امرا ضروري حتى يعلم البائع بحدوث الخلل ويبادر الى اتخاذ ما يلزم من أجل اصلاحه.

وطبق لنص المادة 386 من ق م ج يجب على المشتري ان يعلم البائع بظهور هذا الخلل في مدة شهر من تاريخ ظهوره، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، لأن مدة الشهر ليست من النظام العام فيمكن مخالفتها[1].

1 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص.54.

2 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع نفسه، ص.57.

ولم يحدد القانون شكلا معينا لاخطار البائع بالخلل، اذ يترك للمشتري الحرية في اختيار طريقة يستخدمها في ذلك، وان كان الاحسن ان يتم الاعلام بكتاب موصى عليه بعلم بالوصول حتى يكون دليلا كتابيا يمكن للمشتري الاستناد اليه في حالة وجود نزاع لاثبات ان الاعلام قد في الوقت المحدد لذلك.

رابعا: مضمون الالتزام بصيانة الشيئ المبيع

يرتب الالتزام بالصيانة مجموعة من الاداءات يجب على البائع القيام بها حتى يتحقق الوفاء بهذا الالتزام على النحو المناسب لطبيعة الشيئ المبيع، والتي تتمثل في ما يلي :

1 الالتزام باعلام المشتري ونصيحته وتحذيره

لا يكفي ان يقوم البائع بتركيب الجهاز المبيع وتشغيله وتجربته، حتى يعمل الجهاز بطريقة منتظمة ويحقق المشتري الانتفاع المقصود، بل يجب عليه ان يقوم باعلام المشتري بكافة البيانات والمعلومات الخاصة بكيفية تشغيل الجهاز وطريقة استخدامه وان ينصحه بأخذ الاحتياطات اللازمة لضمان السلامة عند تشغيل الجهاز المبيع أو استعماله، وذلك حتى يتجنب اي عطل أو خلل. بالاضافة الى تحذير المشتري من خطورة الجهاز المبيع خاصة اذا كان من الأشياء الخطرة والتي تعد نتاج مخاطر التطور العلمي[2].

1 نصت المادة 386 ق م ج على ما يلي " اذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري ان يعلم البائع في اجل شهر من يوم ظهوره وان يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الاعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه".

2 يقصد بمخاطر التطور العلمي هي كشف التطور العلمي والتكنولوجي عن عيوب وجدت في منتوجات عند اطلاقها في التدأول، في وقت لم تكن حالة العلم والتقدم التكنولوجي أو الفني تسمح بإكتشافها، ويعود سبب هذه المخاطر التي لا يمكن إكتشافها إلا بعد إطلاق المنتجات في التدأول الى سرعة التطور العلمي في استحداث المنتجات أو طرق معالجتها والتي لم يكن في امكان العلم إدراك اثارها الضارة إلا في وقت لاحق، وتمثل الادوية والمستحضرات الصيدلية المجال الرئيسي لمخاطر التطور العلمي، حيث كثيرا ما يكشف التطور العلمي بعد طرح احد المنتجات للتدأول خطورة هذا الدواء، أو أحد عناصره الكيمائية على صحة أو حياة المرضى، الامر الذي يفرض على الشركة المنتجة سحب هذا الدواء من التدأول بصورة نهائية أو تعديل تركيبته الكيمائية بما يتوافق مع ما كشف عنه التطور العلمي،عليان عدة، مدى مسؤولية المنتج عن الاضرار الناشئة عن

2-الالتزام بعملية الاصلاح والفعالية في التنفيذ :

تتمثل عملية الإصلاح[1] في الاعمال الفنية التي يقوم بها المختص في هذا المجال لازالة ما يعتري الشيئ من عيب أو خلل، فيلتزم البائع باصلاح الخلل فعلا على نفقته، وهو التنفيذ العيني لالتزامه بالصيانة، فيجب ان يعمل المبيع طوال فترة الضمان على الوجه المتفق عليه في العقد.

و لا يعتبر وفاءا للالتزام بالصيانة اصلاح جهاز على نحو يكفل استمراره بقية مدة الضمان ليتوقف عن العمل بعد ذلك ، كان يتم الاصلاح دون استبدال الاجهزة المعيبة بهدف التوفير بحيث يصعب على المشتري اكتشاف سوء الاصلاح الا بعد ظهور الخلل من جديد وذلك بعد فوات مدة الضمان، وفي هذه الحالة يبقى البائع ملتزما بضمان الاصلاح والصيانة بعد انتهاء مدة الضمان[2].

مخاطر التطور العلمي، مجلة القانون، معهد الحقوق والعلوم القانونية المركز الجامعي غليزان، العدد 2،2010،ص ص. 50،51.

1 تدخل عملية الاصلاح في نطاق ما يسمى بالصيانة الاصلاحية التي يجب ان تجرى عندما يحدث تلف أو عطل للجهاز المبيع لتؤدي الى علاج واصلاح هذ العطل أو ذلك التلف وازالة اسبابه، وهي تفترض ان لدى مقدم خدمة الصيانة فريق من الفنيين المتخصصين القادرين على الاستجابة الفورية لمكالمات واتصال العملاء، كمهندس كهربائي ميكانيكي وعمل فني بحيث يمكن اصلاح كل ما يتعلق بالجهاز المبيع من الناحيتين الكهربائية والميكانيكية، والصيانة الاصلاحية على هذا النحو لن يكون لها الا دور مساعد أو فرعي اذا اجريت الصيانة الوقائية بدقة، وتهدف الصيانة الاصلاحية الى اصلاح بسيط للاعطاب بينما الصيانة العلاجية تهدف الى البحث عن اسباب العيوب والاعطال وايجاد علاج لها، ويعد مصطلح الاصلاح أخص من الصيانة حيث يقصد به اعادة الشيئ المبيع البى حالته الصحيحة بعد خلل طرا عليه، بينما الصيانة تشمل جميع الاعمال اللا زمة لحفظ الشيئ في حالة صحيحة، اذ تنطوي على اعمال الوقاية من وقوع خلل فضلا عن عن اصلاح الخلل اذا وقع. ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص.77.

2 امازوز لطيفة، المرجع السابق،ص.136.

الفرع الثالث

جزاء الاخلال بالالتزام بالتسليم

طبقا للقواعد العامة[1] تبرأ ذمة البائع من التزامه بالتسليم بوضع الشيئ المبيع مع كل ملحقاته تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المحددين في العقد، بشرط أن يكون المبيع مطابقا للمواصفات المتفق عليها. وفي مقابل ذلك يتخذ عدم التسليم عدة أشكال، وذلك كعدم التسليم الكلي للشيئ المبيع أو التأخر في التسليم أو التسليم المعيب[2].

وبذلك فاذا أخل البائع بالتسليم فامتنع عن التسليم أو سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع أو تأخر عن التسليم في زمانه أو سلم المبيع في غير مكانه، أو ارتكب اية مخالفة اخرى لاحكام التسليم، فان للمشتري ان يطالبه بالتنفيذ العيني اذا كان ممكنا كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع وللقاضي السلطة التقديرية في اجابته الى طلبه، وله ان يطلب في الحالتين تعويضا عما عسى ان يكون قد اصابه من ضرر. من جراء اخلال البائع بالتزامه[3] وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه يقع على البائع عبأ اثبات بأنه قام بالالتزام بالتسليم الفعلي للشيئ المبيع الى المشتري [4].

أولا: التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم

يطرح بالنسبة لعقد البيع الالكتروني اشكالية تطبيق التنفيذ العيني من الناحية العملية، ذلك لانه غالبا ما تفصل مسافات بعيدة بين المتعاقدين قد تتجأوز حدود الدول، أما من الناحية

1 لم ينص المشرع الجزائري على احكام خاصة في القانون المدني تتعلق بالجزاء المترتب على اخلال البائع بالتزامه بالتسليم، عكس المشرع الفرنسي الذي اعاد ذكر الجزاء عن الاخلال بالتسليم في المادتين 1610 و 1611 (ق م ف) وان كانتا غير مختلفتين عن الحكم العام.

2 BENABENT. Alain , op cit,p.131.

3 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص.141.

4 Cass.1ch.civ 19 mars 1996, Bull.civ i n 147 cité par Philippe LETOURNEAU ,

القانونية (النظرية) فلا يوجد ما يمنع من المطالبة بالتنفيذ العيني في هذا النوع من العقود [1] بينما في العقد الداخلي الذي لا يتعدى الحدود الدولية، سواء في الانعقاد أو التنفيذ، فانه يستطيع المشتري طلب اجبار البائع على تسليم المبيع اذا كان معينا بذاته وموجودا لم يهلك ولم يتصرف فيه. فاذا لم يقم البائع بتسليم المبيع المعين بالذات، جاز للمشتري أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بالزام البائع بتسليمه المبيع، ويتم تنفيذ الحكم جبرا [2]

ويجوز للمدين مثلما للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني أن يعرض القيام به، وفي هذه الحالة يمتنع على الدائن رفضه والمطالبة بالتعويض، ويشترط للمطالبة بالتنفيذ العيني وفقا لاحكام المادة 164 من القانون المدني الجزائري شرطان أولهما، ان يكون التنفيذ العيني ممكنا ثانيهما لا يكون فيه ارهاق للمدين. ويقع على البائع عبئ اثبات أنه قام بالالتزام بالتسليم وكما يمكن مطالبة الدائن بالتنفيذ العيني متى توافرت شروطه، فيمكن احيانا ان يفرضه القاضي اذ لم يكن اخلال جسيم من جانب البائع للالتزام بالتسليم يبرر فسخ العقد، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 119 من القانون المدني الجزائري وذلك بشرط ان يكون هذا التنفيذ ما زال يحقق الهدف الذي يريده المشتري.

وبالنسبة للبيوع المثلية وكإستثناء على المبدأ الذي يقضي ان التنفيذ العيني للتسليم يتم بواسطة البائع، فيمكن ان يتم التنفيذ العيني عن غير طريق البائع، وذلك بان يحصل المشتري على الشيئ المبيع بواسطة الغير لكن على نفقة البائع الممتنع عن تنفيذ التزامه وهوما يعرف برخصة الاستبدال، ويتم ذلك تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها في نص المادة 2/166 من القانون المدني الجزائري[3].

1 مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص.385.

2 محمد حسين منصور، أحكام البيع.....، المرجع السابق، ص.245.

3تنص المادة 166 الفقرة الثانية ق م ج (فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائ ن ان يحصل على شيئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيئ من غير اخلال بحقه في التعويض)

وحيث ان التنفيذ العيني للالتزام هو المبدأ، اذ يستطيع المشتري اجبار المدين البائع على تنفيذه متى كان ذلك ممكنا، فانه اذا لم يقم البائع بتسليم المبيع المعين بالذات جاز للمشتري ان يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بالزام البائع بتسليمه المبيع ويتم تنفيذ الحكم جبرا، ويجوز للقاضي لحث المشتري على تنفيذ التزامه عينا، الحكم على البائع بغرامة تهديدية عن كل يوم تاخير في تنفيذ التزامه.

واما اذا كان المبيع معينا بالنوع فللمشتري بعد استئذان القاضي الحصول على المبيع من الاسواق على نفقة البائع، وبدون اذن في حالة الاستعجال وهذا ما يسمى بالتنفيذ عن طريق الاستبدال

1التنفيذ العيني بواسطة البائع

اذ لم يقم البائع بتسليم المبيع في الميعاد المتفق عليه، أو سلم مبيعا غير مطابق للأوصاف المشترطة في العقد أو لا يفي بالغرض الذي حدده المشتري في العقد، فيستطيع هذا الاخير، باعتباره طرفا في عقد ملزم للجانبين، ان يجبر المدين على الوفاء بهذا الالتزام عينا ويتم ذلك باللجوء الى القضاء للحصول على حكم يلزم البائع بتسليمه المبيع ويتم تنفيذ الحكم جبرا[1]، وهذا

1يمكن للقاضي من اجل اجبار المدين على التنفيذ العيني ان يشمل حكمه بالغرامة الاجبارية أو التهديدة وذلك طبقا لاحكام نص المادة 1/174 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه (اذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم ا اذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن ان يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة اجبارية اذا امتنع عن ذلك....)، ويشترط للحكم على المدين بالغرامة الاجبارية امكانية التنفيذ العيني للالتزام وعليه اذا كان التنفيذ مستحيلا بسبب اجنبي على المدين انقضى الالتزام وامتنع بالتالي اللجوء الى الغرامة الاجبارية، ولا يحكم القاضي بالتهديد المالي الا اذا امتنع المدين عن التنفيذ في الاجل الذي يحدده القاضي، أو فور صدور الحكم اذ لم يتضمن اجلا للتنفيذ فلا يكفي ان يقوم الدائن باعذار المدين ثم يطلب من القاضي الحكم بتهديد مالي، لاناالتهديد المالي أو الغرامة الاجبارية لا تكون الا اذا امتنع المدين عن التنفيذ، ويشترط كذلك في الغرامة الاجبارية ان يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه، وهذا الشرط يحدد مجال اللجوء الى الغرامة التهديدية، حيث لا يمكن الالتجاء اليها الا في الحالات التي يكون فيها من غير الممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه، اما حيث يكون التنفيذ العيني جبرا على المدين ممكنا وبدون تدخله، فلا يمكن اللجوء الى الغرمة التهديدية بل وجب الحكم مباشرة بالتنفيذ العيني، وبهذا فان للغرامة التهديدية أثر فعال في سبيل حمل المدين على تنفيذ التزامه بالتسليم تنفيذا عينيامتى كان ذلك ممكنا، روغم فقدان هذا النظام لقوته وقيمته في القانون الفرنسي، الا ان القضاء لا يزال يتبع نظام الغرامة التهديدية ويرجع ذلك الى مايحدثه الحكم بها من اثر نفسي لدى المدين، وقد تنبه المشرع

وفقا لما نصت عليه المادة 164 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى بقولها " يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180-181 على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا ".

ويشترط لاجبار البائع على التسليم، ان يكون هذا التسليم ممكنا وغير مستحيل، فإذا استحال تعين العدول عنه الى التنفيذ بمقابل، مع الاشارة الى ان المقصود الاستحالة هنا هي الاستحالة الراجعة الى خطأ المدين، لانه اذ كانت الاستحالة راجعة الى سبب اجنبي انقضى الالتزام وامتنع الرجوع على المدين بالتعويض طبق لاحكام المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

وقد يكون التنفيذ العيني ممكنا لكن في تحقيقه وفي اجبار المدين على الوفاء به ارهاق له، وفي هذه الحالة يجوز للمدين ان يطلب من القاضي ان يستبدل التنفيذ العيني بالتنفيذ عن طريق التعويض.

وفي عقد البيع الالكتروني يمكن للمستهللك المطالبة بالتعويض في حالة اخلال المهني بالتزامه بالتسليم، وذلك وفقا لنص المادة L.121-20-3 من قانون الاستهلاك الفرنسي والمطبقة على عقود البيع عن بعد، والتي تلزم المهني بتنفيذ العقد خلال أجل 30 يوما التي تلي تقديم الطلب من المشتري، وفي حالة عدم تنفيذ العقد بسبب انعدام الشيئ محل التسليم، فإن ذلك يعطي المشتري الحق في العويض.

2التنفيذ على نفقة البائع

يدخل الالتزام بالتسليم في مفهوم الالتزام بعمل، لذلك يجوز للمشتري ان يقوم بشراء البضائع التي امتنع البائع عن تسليمها ويكون ذلك على نفقة البائع، وذلك طبقا للمادة 170 من القانون

الجزائري عند وضعه للتقنين الى وجوب تقوية نظام الغرامة التهديدية، فنص من خلال الفقرة الثانية من المادة 174 على انه اذا راى القاضي بان مقدار الغرامة ليس كافيا لاكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له ان يزيد في الغرامة كلما راى داعيا للزيادة،ومن يضهر ان دور القاضي في تحديده لمقدار الغرامة التهديدية لا ينحصر في تقدير ما اصاب الدائن من ضرر بسبب عدم التنفيذ أو بسبب التاخر في التنفيذ وانما يراعى ايضا في هذا التعويض العنف الذي بدا من المدين، وبهذه الوسيلة يكفل المشرع لنظام الغرامة التهديددية قوة ردعية. راجع في ذلك، امازوز لطيفة، المرجع السابق،ص.408.

المدني الجزائري بنصها " في الالتزام بعمل،اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن ان يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكنا" ويجب لاعمال ذلك مراعاة الشروط الواردة فيه بالاضافة الى الاحكام التي تقضي بها القواعد العامة أي في حالة ما اذا كان موضوع الالتزام عملا معينا، واصر المدين على عدم تنفيذه، جاز للدائن أن يطلب من القضاء الترخيص له في التنفيذ على نفقة المدين[1]، اذا كان هذا التنفيذ مازال ممكنا. فاذا أصر المدين على عدم التنفيذ، جاز للدائن حق المطالبة بالتنفيذ بمقابل ، اي عن طريق التعويض[2].

وبالرجوع الى نص المادة 166 من القانون المدني الجزائري، نجد انه اذا كان المبيع من الاشياء المعينة بنوعها ولم يقم البائع بافرازه و تسليمه الى المشتري، فان هذا الاخير يستطيع الحصول على الشيئ من النوع ذاته من السوق على نفقة البائع بعد استئذان القاضي[3]، كما يجوز ان يطالب بقيمته دون الاخلال في الحالتين بحقه في التعويض.

ويمكن الحصول على الشيئ المبيع من السوق قبل حلول ميعاد التسليم، في حالة التاكد من ان البائع سوف لن يقوم بالتسليم في الميعاد المتفق عليه وذلك بعد اخطاره بذلك. والمشتري حينما يسمح له بممارسة هذا الحق، فإن حسن النية يفترض عليه ان يقوم باجرائه بأقل نفقات

107 وفي هذا الصدد فقد اعتبرت المحكمة العليا الجزائرية أن لجوء الادارة الى مقأول اخر، عند عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدي، دون ترخيص من القاضي هو مخالفة لأحكام القانون أي نص المادة 170 من ق م. المحكمة العليا، غ م 1998/03/18، ملف رقم 152934، م. ق،1998، العدد 1، ص.109.

2 العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق اخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحمكة العليا، الجزء الأول، المصادر الارادية والارادة المنفردة، دار هومه،2014،ص.48.

3 تكمن الحكمة في اشتراط المشرع للاذن القضائي السابق في تخوفه من الاستعمال التعسفي من المشتري لرخصة الحصول على الشيئ من النوع ذاته على نفقة البائع أو ما يسمى بالاسبدال ، هذا ومن جهة اخرى يبقى ان الدائن يستطيع في حالة الاستعجال اللجوء الى القضاء الاستعجالي لاستصدار حكم يسمح له باستعمال هذه الرخصة، وللقاضي السلطة التقديرية في منح أو رفض الاذن بالاسبدال وذلك طبقا لظروف كل حالة حيث انه لا معنى لتطلب القانون الحصول على اذن من القضاء، اذا كان هذا الاذن واجبا على القاضي عندما يطالب به الدائن، كما ان الاستبدال انما هو تنفيذ عيني للالتزام بالتسليم، والقاضي يتمتع بسلطة تقديرية في الحكم بالتنفيذ العيني، حيث يستطيع رفضه، اذا كانت الضروف تبرر ذلك، وذلك كان يكون مرهقا للبائع ولا يلحق المشتري ضرر جسيم،امازوز لطيفة، المرجع السابق، ص.420.

ممكنة. ولذلك فعليه يقوم بدراسة حالة السوق قبل الشراء تفاديا لأن تكون الاسعار قد ارتفعت فيه ارتفاعا كبيرا الامر الذي قد يرهق البائع.

ثانيا: طلب الفسخ

اذا لم يتمكن المشتري من الحصول على التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم، فإنه في هذه الحالة يستطيع أن يرفع دعوى فسخ المبيع. فالفسخ نظام قانوني يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته[1]، وهو حق لكل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين في أن يطلب في حالة اخلال المتعاقد الاخر بالتزامه، حل الرابطة العقدية وزوال اثارها بأثر رجعي[2].

حيث يؤسس الفسخ على العدالة وحسن النية، لأن العدالة تقتضي عدم إلزام شخص بعقد لم ينفذه الطرف الاخر، كما يتنافى حسن النية مع الابقاء على عقد لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه[3].

وفي حالة اخلال المتعاقد بالتزامه بالتسليم، فإنه وإن كان للمتعاقد الثاني الخيار بين طلب تنفيذ العقد أو فسخه، فإن ذلك لا يفهم منه أن القاضي مقيد بإختيار المتعاقد للفسخ بل له السلطة التقديرية الواسعة طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني وفي ضوء ملابسات القضية ومصلحة الأطراف، أن يقضي بفسخ العقد، أو أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه بالتسليم، حيث تنص المادة 119 فقرة 2 من القانون المدني[4] على أنه " ويجوز للقاضي

---

1 تنص المادة 119 فقرة أولى من القانون المدني على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك"

2بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني، العقد والارادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة،2004،ص.300.

3 امازوز لطيفة، المرجع السابق، ص.442.

4 اضافة الى نص المادة 119 فقرة 2 من القانون المدني، فقد نص المشرع على هذا الأجل في المادة 281 فقرة والتي جاء فيها ".....غير أنه يجوز للقضاء نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحو اجالا ملائمة اللظروف دون أن تتجأوز هذه مدة سنة وأن يوقفو التنفيذ مع ابقاء جميع الامور على حالها....". كما أنه مما يؤكد على سلطة القاضي في منح

أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة الى كامل الالتزامات".

فاذا تبين للقاضي أن ما تبقى بذمة المدين من التزامات قليل مقارنة مع ما تم تنفيذه، وأن مصلحة الدائن لا تتأثر نتيجة لذلك، فقد يرفض الفسخ ويمنح المدين أجلا لتنفيذ ما تبقى، وقد يعفيه من التنفيذ مكتفيا بمنح الدائن تعويضا، وأما اذا تبين له أن الفسخ أكثر ضمانا لمصلحة الأطراف، فلا شك أنه يقضي به، وله ايضا ان يحكم للدائن بالتعويض زيادة على الفسخ[1].

غير أنه لا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ دون طلب المتعاقد حتى ولو تبين له حدوث إخلال من جانب البائع لأن الفسخ رخصة للمشتري وليست للقاضي، ويجوز له كذلك التمسك بالتنفيذ رغم عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه[2].

وقد يرى المشتري أن الضمان المقرر في الفسخ القضائي لا يكفي لوحده في مواجهة اخلال البائع بالتزامه بالتسليم، فيقوم بتضمين العقد شرطا يقضي بفسخ العقد تلقائيا بسبب عدم التنفيذ، وهو ما يسمى بالفسخ الاتفاقي، والغرض منه تجنب السلطة التقديرية للقاضي، حيث يقتصر دوره على معاينة مدى توافر الشروط التي وضعها المتعاقدان من أجل تحقق الفسخ وثبيت ذلك، وهذا طبقا للمادة 120 من القانون المدني بنصها " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط

المدين أجلا، ماقضت به المحكمة العلياعلى أنه(بأن قضاة المجلس عندما منحو للمطعون ضدها اجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الامنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة يكونون قد طبقو القانون تطبيقا سليما)، المحكمة العليا 2000/01/12، ملف رقم 212782، م، ق،،2001،العدد الأول، ص.114.

1علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر،2012،ص.434.

2 وهو ماقضت به المحمة العليا من أنه " إن الحكم بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطالب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد هو تطبيق سيئ للمادة 119 من التقنين المدني، اذا كان يتعين على قضاة الموضوع التقيد بالدعوى وطلباتها "، المحكمة العليا 2002/02/20، ملف رقم 225843، قرار غير منشور، نقلا عن امازوز لطيفة، المرجع السابق، ص.446.

المتفق عليها وبدون حاجة الى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

وبالنسبة للفسخ بسبب الإخلال بالتسليم في عقد البيع الالكتروني، وفي ظل عدم وجود أحام خاصة في القانون الجزائري في هذا الشأن، وبالرجوع الى القوانين المقارنة، نجد أن المشرع التونسي نص في الفصل 26 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية[1] على أنه " يحجر على البائع تسليم منتج مشروط بطلب الدفع، لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك، وفي حالة عدم تسليم منتج الى المستهلك لم تصدر بشأنه طلبية لايمكن مطالبة هذاالاخير بسعره وكلفة تسليمه".

كما جاء في الفصل 31 من نفس القانون " بقطع النظر عن جبر الضرر لفائدة المستهلك، يمكن لهذا الأخير ارجاع المنتج على حالته اذا كان غير مطابق للطلبية، أو اذا لم يحترم البائع اجال التسليم وذلك خلال مدة عشرة ايام عمل، تحتسب بداية من تاريخ التسليم وفي هذه الحالة يتعين على البائع ارجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك الى المستهلك خلال مدة عشرة ايام عمل من تاريخ ارجاع المنتوج ".

كما جاء في الفصل 35 من نفس القانون على أنه باستثناء حالة القوة القاهرة، يفسخ العقد اذا أخل البائع بالتزاماته ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به[2]

1 القانون التونسي للمبادلات والتجارة الالكترونية لسنة 2000 المنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التو نسية، 11اب 2000 عدد 64، ص.2085.

[2]نصت المادة 35 من قانون التجارة الالكترونية التونسي على أنه " يتعين على البائع في صورة عدم توفير المنتج أو الخدمة المطلوبة إعلام المستهلك بذلك في أجل أقصاه 24 ساعة قبل تاريخ التسليم المنصوص عليه في العقد وارجاع كامل المدفوع لصاحبه وباستثناء حالات القوة القاهرة يفسخ العقد اذا أخل البائع بالتزاماته ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به".

ويمكن القول أن هذه النصوص التي جاء بها المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية في حالة إخلال البائع بالالتزام بالتسليم، هي مطابقة لما ورد في الأحكام العامة في القانون المدني الجزائري والمتعلقة بالفسخ، والمتمثلة في حق المستهلك في استرجاع ما دفعه من ثمن، مع الاحتفاظ بحقه في التعويض نتيجة ملحقه من أضرار نتيجة هذا الإخلال.

كما أنه وفقا لنص المادة L.114-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تطبق على جميع عقود البيع الاكتروني ، فإن المهني يقع على عاتقه التزام بإعلام المستهلك بأجل التسليم في عقود البيع ذات التنفيذ غير مباشر.وفي حالة تجأوز أجل التسليم مدة 07 ايام وبإستثناء حالة القوة القاهرة، فيمكن للمستهلك خلال أجل 60 يوما الموالية فسخ العقد عن طريق رسالة موصى عليها مع الاشعار بالاستلام.

وتجب الإشارة الى أنه يمكن أن يحدث في عقد البيع الالكتروني على خلاف العقود الأخرى أن يكون إخلال البائع بالإلتزام بالتسليم بسبب يرجع الى المشتري، ويمكن تصور ذلك من خلال إخلال المستهلك بالتزامات ملقاة على عاتقه في عمليات سابقة، حيث أنه كثيرا ما تلجأ شركات التعاقد الى إنشاء بطاقات للمتعاملين معها من خلال الاستفادة من التسهيلات المقدمة بواسطة الانترنت لإدارة الطلبات من أجل عدم تسليم الزبائن الذين وقعت معهم مشاكل أثناء الطلبات السابقة.

و عملا بذلك فإن استبعاد طلبات بعض العملاء في بعض الحالات يجب أن يعتبر كما لو كان مشروعا، ومثال ذلك الحالة التي لا يقوم فيها العملاء بسداد ثمن أحد المنتجات أو بعضها والتي تعاقد عليها من قبل[1].

1 أشرف محمد مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص. 308.

كما وأنه ونتيجة لأن عملية الشراء عبر الانترنت قد يتدخل فيها عدة وسطاء من اجل اتمامها، فإنه يطرح مشكل قيام مسؤولية ذلك الوسيط في حالة الاخلال بالتنفيذ، ومن أجل ذلك نص المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 21 جوان 2004 [1] في مادته 15 فقرة أولى على أنه يعد مقدم الخدمات عبر الانترنت سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا مسؤولا اتجاه المشتري عن حسن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن عقد البيع الالكتروني، سواء كان التنفيذ من طرفه أو من قبل شخص اخر.

غير أنه يمكن للبائع أو مقدم الخدمة عبر الانترنت أن ينفي المسؤولية عنه أو جزء منها اذا أثبت أن عدم التنفيذ أو التنفيذ السيئ للعقد يرجع الى المشتري، أو الى حادث فجائي لا يمكن توقعه صادر عن الغير أو الى قوة قاهرة[2].

وبالاضافة الى الالتزام بالتسليم، فإنه من اهم الالتزامات الملقاة على عاتق البائع في عقد البيع الالكتروني الالتزام بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية.

1 Loi N 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ((L.C.E.N) publiée au journal officiel du 22 juin2004.Disponible sur le site :WWW.justic.gouv.fr

2 PIQUEREAU Thomas , Concurrence , Consommation2013-2014, memonto pratique,éd Francis Lefebvre ,2012, p.1332.

المبحث الثاني

الالتزام ضمان التعرض وضمان العيوب الخفية

يقوم عقد البيع على اساس تعادل الاداءات تحقيقا للعدالة العقدية، فكل التزام يقابله حق، فاذا كان البائع من حقه الثمن والتصرف فيه، فان عليه التزاما بتمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع، ويمتنع عن كل ما من شأنه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع حرمانا كليا أو جزئيا أو حتى من فعل الغير متى كان مستندا في تعرضه لسبب يرجع الى البائع.

وبذلك لا يكفي في عقد البيع ان يقوم البائع بنقل ملكية الشيئ المبيع الى المشتري، وان يقوم بتسليمه له، بل يجب عليه بالاضافة الى ذلك ان يضمن للمشتري حيازة هادئة وكاملة من وقت تسلمه للمبيع، بأن يحميه من كل تعد على هذه الحيازة [1].

و يبرز الالتزام بالضمان من خلال التزام البائع بعدم تعرضه شخصيا للمشتري، وان يدفع عنه اي تعرض صادر من الغير، واذا لم يستطع دفع هذا التعرض، واستحق المبيع كله أو بعضه للغير، كان على البائع تعويض المشتري عما اصابه من ضرر[2]. والى جانب ذلك يلزم البائع ايضا بضمان صلاحية المبيع وخلوه من العيوب الخفية التي تجعله غير صالح لتحقيق الغاية المقصودة منه[3].

1وهو الامر الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1652 مدني عندما بين ماهية الضمان بتحديد وظيفي ونوعي مقررا انه

« La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a objet :Le premier est la possession paisible de la chose ;Le second , les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires ».

2 يتعلق الضمان الوارد في القانون المدني بجميع أنواع البيوع، سواء كان محلها منقولا أو عقار، وسواء كانت هذه المنقولات مادية أو غير مادية، سواء كان البيع مدنيا أو تجاريا. أما بالنسبة للضمان الوارد في قانون حماية المستهلك 09-03 فهو يشمل المنتجات والخدمات، ويمتد وفقا لنص المادة 09 من القانون المذكور الى عيوب الخدمات المرتبطة باقتناء السلعة. منصور مجاجي، الضمان كالية لتجسيد الحماية المستدامة للمستهلك في التشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة الدكتور يحي فارس، 2014، العدد 08، الجزء 02،ص.158.

3 محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، مرجع سابق، ص.265.

وتقريرا لحماية المشتري المستهلك اتجاه البائع المنتج أو المحترف، أقر المشرع في القانون المدني[1] التزاما يقع على عاتق البائع، وهو ضمان العيوب الخفية والصفات لما لها من اهمية تكاد تظهر بصورة واضحة في التعاقدات المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة.

وبما ان عقد البيع الالكتروني لا يختلف عن عقد البيع العادي الا في الوسيلة المنعقدة به وان كان يمتاز ببعض الخصائص الا انه يمكن الاعتماد على القواعد العامة للالتزام بضمان عدم التعرض المنصوص عليها في عقد البيع في القانون المدني، وذلك مادام ان العقد يرتب نفس الالتزامات في عقد البيع التقليدي. ومن بين هذه الالتزامات الالتزام بضمان التعرض للمشتري في المبيع وهو التزام يقع على البائع[2].

غير ان التسائل يطرح الى اي مدى يمكن تطبيق هذه الالتزامات وفق مأورد في القانون المدني من احكام، على التعاقدات المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة ؟

يرى جانب من الفقه المصري ان الالتزامات التي يمكن تطبيقها بخصوص الضمان على التعاقدات المستحدثة هي التزام البائع بضمان التعرض المادي وضمان العيوب الخفية والصفات، ذلك ان التعرض القانوني وسواء كان من البائع أو من الغير مستبعد حدوثه لان المبيع المتعاقد عليه عبر وسائل الاتصال الحديثة غالبا ما يكون منقولا والحيازة في المنقول سند المكلية. كما ان ضمان العيوب الخفية والصفات تبرز اهميتها في التعاقد المبرم عبر

1 نظم المشرع الجزائري هذا الالتزام ضمن الاحكام الخاصة لعقد البيع لكنه جعله مستقلا بذاته عن الالتزام بنقل الملكية وعن الالتزام بالتسليم تماشيا مع الاتجاه الحديث الذي سلكه القانون الفرنسي في المادة 1641 من القانون المدني، وذلك ابتداء من المادة 371 الى المادة 378 ق م ج بالنسبة لضمان التعرض والاستحقاق ومن المادة 379 الى المادة 386 ق م ج بالنسبة لضمان العيوب الخفية، وان كان قد أورد الالتزام بالضمان في شكله المختلط في قانون حماية المستهلك وقمع الغش ابتداء من المادة الثالثة عشر منه.

2 بالاضافة الى قواعد القانون المدني نص المشرع الجزائري على الضمان في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وتحديدا في نص المادة 03 التي عرفت الضمان بوجه عام على النحو التالي " الضمان التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج باستبدال هذا الاخير أو ارجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته " كما نصت المادة 13 من نفس القانون على أنه " يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو الة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون".

وسائل الا تصال الحديثة نتيجة ظهور سلع متنوعة في هذا المجال ميكانيكية وكهربائية ومعلوماتية، بالاضافة الى التطور الفني الهائل في الخدمات وظهور سلع أو منتجات معيبة أو خطرة، فكانت بذلك الحاجة الى هذا الالتزام هي الأكثر والأهم[1].

ويعد الالتزام بالضمان في عقد البيع الالكتروني ضروريا لانه يبرم عن بعد من جهة وكذلك عدم امكانية معاينة محل العقد قبل أو اثناء العقد من جهة اخرى، اضافة الى امكانية تعاقد شخص على محل عقد جديد لا يكون على دراية كافية به الا اذا استخدمه لمرات عديدة وهو ما يؤدي الى عدم تحقيق الانتفاع الكامل بمحل العقد، اذ الاساس في العقد تسليم محل العقد سليما خاليا من العيوب، مطابقا وصالحا للاستعمال مما يحقق الانتفاع بالمبيع بحسب الغرض المقصود.

وتتمثل صور الالتزام بالضمان في الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بضمان العيوب الخفية، ويشمل ضمان التعرض، التعرض الشخصي، اي امتناع البائع عن التعويض للمشتري. كما يشمل التزام البائع بدفع تعرض الغير للمشتري، واذا انتهى هذا التعرض باستحقاق الغير للمبيع كان البائع ملتزما بتعويض المشتري[2].

وسنقوم بدراسة هذ الالتزام بالضمان ضمن مطلبين : يخصص الأول منهما للإلتزام بضمان التعرض، و الثاني الالتزام بضمان العيوب الخفية.

1 أشرف محمد مصطفى ابو الحسن، مرجع سابق، ص.318.

2 محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجزائرية،2006،ص.126.

المطلب الأول

الالتزام بضمان التعرض

يأخذ الالتزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق أهمية كبيرة من الجهة النظرية والجهة العملية ايضا، فمن الجهة النظرية يحتل أهمية في مختلف العقود نتيجة ما يثيره من مسائل عديدة[1] منها تحديد طبيعة الاعمال الموجبة للضمان و شروطه، واحكام هذا الضمان واساس الالتزام به. أما من الجهة العملية، فإن غالبية المنازعات في مختلف العقود وخاصة عقد البيع تنشأ بسبب التعرض من المتعاقد نفسه أو غيره مما يؤدي الى الاخلال في التوازن العقدي.

فاذا قام البائع بتنفيذ التزامه بضمان التعرض تنفيذا عينيا بان يدفع التعرض عن المشتري، فانه يكون قد ادى التزامه كاملا. في حين اذا استحق المبيع للغير كله أو بعضه، عندها يكون البائع قد اخل بالتزامه فنصبح امام ضمان الاستحقاق[2].

ويقصد بضمان الاستحقاق ان يضمن البائع للمشتري كل ما يتعرض له المبيع من حق يثبت للغير فيه، كأن يبيع شخص ملك غيره، أو يظهر حق ارتفاق لغير البائع على العقار المبيع أويظهر حق المستأجر على المبيع. ويعرف ضمان التعرض بانه ضمان البائع كل فعل صادر منه أو من غيره، ويكون من شأنه المساس بحق المشتري في التمتع بملكية المبيع كله أو بعضه[3].

1 لا يقتصر الالتزام بالضمان على عقد البيع فقط، وإنما يشمل كل العقود الناقلة الملكية، كالمقايضة وعقد الشركة، وقد نظم المشرع الجزائري هذا الالتزام ضمن عقد البيع، على أساس أن عقد البيع يعد العقد الذي نشأ فيه هذا الالتزام، خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص.144.

2 بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتاب الحديث، الاردن،2004 ص.157.

3 المرجع نفسه، ص.157.

وفي هذا الصدد نصت المادة 371 ق م ج المقابلة للمادة 1625 ق م ف[1] على مايلي" يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد ال اليه هذا الحق من البائع نفسه".

وبمقتضى هذا النص فان ضمان التعرض الشخصي لا يشترط فيه ان يكون تعرضا قانونيا اي مستندا الى الادعاء بحق على المبيع اذ ان البائع بمقتضى عقد البيع ملتزم بالامتناع عن التعرض للمشتري ولو كان تعرضا ماديا. أما تعرض الغير فلا يضمنه البائع الا اذا كان تعرضا قانونيا اي مستندا الى الادعاء بحق على المبيع[2].

ويمكن ان يقوم التعرض الصادر من الغير بناء على غش من البائع، ويتجسد ذلك من الناحية العملية عندما يقوم الغير بتعرض قانوني للمشتري ولا سيما اذا استند الغير في تعرضه على سبب قانوني لا حق على البيع، وكان البائع هو الذي تسبب في قيام هذا الحق، كما لو قام البائع ببيعه ثانية الى مشتري اخر تسلم المبيع فعلا وتمسك هذا الأخير بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية[3].

1 Article1625 « La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second , les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires ».

2 محمد حسنين، المرجع السابق، ص.128.

3 هلدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الثقافة، الاردن، 2011، ص.389.

الفرع الأول

ضمان التعرض الشخصي

يعد التزام البائع اتجاه المشتري بعدم تعرضه الشخصي له في حيازته للمبيع نتيجة طبيعية لالتزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه له مجردا من كل حق، ويفرض عليه حسن النية في تنفيذ العقود الامتناع عن كل ما من شأنه التاثير السلبي أو المساس بحيازة المشتري للمبيع، حتى ولو كان ذلك الفعل أو العمل قانوني، لان ذلك يصطدم بالتزام البائع بنقل الملكية أو انتفاع المشتري بالمبيع[1].

ولأن البائع يضمن سلامة المبيع من اي حق للغير يعترض للمشتري، فانه من باب أولى ان يضمن تعرضه الشخصي للمشتري، اذ أن التزام البائع في هذه الحالة هو التزام بالامتناع عن عمل يحول بين المشتري وتمتعه بامتيازاته على الشيئ المبيع[2].

ويتحقق التعرض الصادر عن البائع عندما يأتي هذا الاخير بأحد الأفعال التي من شأنها ان تؤدي الى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع، انتفاعا كليا أو جزئيا، أو من شان تلك الافعال ان تحرم المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة، فيكون البائع ضامنا لتعرضه سواء كان تعرضه ماديا كقيامه بمنع المشتري من الانتفاع بالمبيع، أو تعرضا قانونيا كقيام البائع بالادعاء بان له حقا على المبيع، يتعارض مع حق المشتري الذي انتقل اليه بموجب عقد البيع[3]

ومن بين الامثلة التطبيقية للتعرض الشخص في عقد البيع الالكتروني هو تصميم برنامج معلومات لشخص معين وبيعه له ثم يقوم البائع باتلافه من خلال زرع فيروس داخله، أو يقوم البائع بمساعدة المشتري ببيعه لبرنامج معلوماتي مع اعطائه كيفية استخداه وتشغيله في

1 Philippe et AYNES Laurent et GAUTHIER Pierre Yves, Droit civil , ,les contrats spéciaux, 2eme éd., L.G.D.J. Deférnois,Paris,2005 p.217.

2 بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص.158.

3 سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق، ص.358.

حاسوبه الشخصي، ثم يقوم بادخال فيروس على البرنامج دون ان يشعر به المستخدم، أو يزرعه في الجهاز دون ان يعلم المشتري بذلك[1].

أولا : انواع التعرض الشخصي:

ويكون التعرض الشخصي إما تعرضا ماديا أو تعرضا قانونيا.

1 التعرض المادي

يعتبر التزام البائع بضمان التعرض التزاما ناتجا عن عقد البيع، وهو يترتب على التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري مجردا من كل حق، ويعد في ذات الوقت من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود، حيث ان التزام البائع بضمان تعرضه المادي هو التزام بالامتناع عن عمل، أي أن الاخلال به يتحقق بمجرد القيام بالعمل الواجب الامتناع عنه[2]

ويقصد بالتعرض المادي أن يمتنع البائع عن اي فعل يؤدي بصورة مباشرة أو غير مباشرة الى تعكير حيازة المشتري وانتفاعه بالمبيع، وبذلك يعد تعرضا ماديا الاعمال التي يقصد بها بائع المحل التجاري أن يحتفظ البائع أو يسترد زبائن المحل من خلال فتح محل في نفس الحي لمباشرة نفس التجارة، وتأسس الدعوى في هذه الحالة على أساس الاخلال بالتزام تعاقدي هو التزام بضمان التعرض الشخصي وليس استنادا على المسؤولية التقصيرية عن المنافسة غير المشروعة[3].

وبالنسبة لعقد البيع الالكتروني تعتبر اعمال التعرض المادية التي تمس برامج الكمبيوتر أبرز مثال على وقوع التعرض في بيئة الانترنت، مما جعلها تحدث نوعا من التعديل على القواعد التقليدية للالتزام بالضمان، فلم تعد تقتصر على صور المساس المادي بالشيئ، بل

1 بن جديد فتحي، التزامات المتعاقدين في عقد البيع الالكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحوق جامعة الجيلالي اليابس،سيدي بلعباس، 2014/2013،ص.274.

2أشرف مصطفى ابو حسين، المرجع السابق،ص.322.

3بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص.159.

اتسعت لتشمل كل تعرض عن بعد باستخدام كيان معنوي يؤثر في البرامج المعلوماتية وغيرها من المواد التي يمكن تحميلها عن طريق الانترنت[1].

2 التعرض القانوني:

يقصد بالتعرض القانوني ان يدعي البائع حقا على المبيع يتعارض مع حق المشتري في ملكية هذا المبيع، فهو يكون من خلال منازعة المشتري بملكية المبيع ، بخلاف التعرض المادي الذي ينصب على أفعال تكون مادية تجعل من المشتري لا يحوز الشيئ المبيع حيازة هادئة [2].

ويكون التعرض القانوني في حالة استناد البائع الى حق على المبيع في مواجهة المشتري كأن يسلم البائع المبيع للمشتري،ويستغل عدم قيام هذا الاخير بالتسجيل ويطالب باسترداد

1 في مجال التعاقد عبر الانترنت يمكن ان نتصور وجود مثل هذا التعرض المادي سواء كان من طبيعته ماديا أو معنويا، فلو قام ببيع أجهزة كهربائية بتخفيض ثمنها بشكل استثنائي ومفاجئ بعد قيامه ببيع كمية كبيرة منها لاحد التجار بالسعر المعتاد فان ذلك يعتبر تعرضا غير مشروع أصاب المشتري بضرر كبير، غير انه يبدو ان السلع غير الماديةهي أفضل السلع التي يمكن التعامل فيها باستخدام التجارة الالكترونية وتسويقها عبر الويب ومن أمثلة هذه السلع برامج الكمبيوتر وملفات المقطوعات الصوتية والكتب الالكترونية،وكمثال تطبيقي على التعرض المادي عن بعد باسخدام الكمبيوتر المبيعات التي من طبيعتها معنوية كبرامج المعلومات حيث يفاجأ المشتري بعد ان يستلم البرنامج من البائع المهني بشلل في النظام المعلوماتي وبالتحقق تبين ان البائع المهني للبرنامج قد اعتدى على البرنامج مستخدما في ذلك صورة التعرض بالفيروس عن بعد عن طريق جهاز المودم،والتعرض بالفيروس الصادر من البائع وان كان ليس فعلا ماديا ملموسا بالمعنى اللفظي وانما هو فعل معنوي لان الفيروس ماهو الا برنامج حاسب ولكنه برنامج خبيث وليد ذهن صاحبه، وهناك صورة ثانية وهي تلك الصورة التي يقوم فيها البائع المهني للبرنامج باستخدام فيروس الباب الخلفي الذي يقوم فيه البائع بزراعة ما يشاء من فيروسات في النظام المعلوماتي للمستخدم عامدا أثناء صناعة برنامج،وهناك صورة اخرى وهي المرحلة التي يقوم فيها البائع المهني بمساعدة المستخدم وامداده بالمعلومات والامكانات الازمة لتشغيل البرنامج على احسن وجه،حيث يستطيع احد تابعي البائع بحكم طبيعة عمله الذي يعرف كلمة المرور أن يدخل فيروسات على البرنامج دون ان ي شعر به المستخدم، كما يمكن للبائع المهني ان يزرع ذلك النوع من الفيروسات في مكان معين يصعب على المستخدم ملاحضتها مثل الذاكرة وتنتظر في هذا المكان حتى تشير ساعة الحاسب الى تاريخ معين فتقوم بتشغيل نفسها وتنفيذ أعمال تدميرية، انظر في هذا الشأن أشرف مصطفى ابو حسين، المرجع السابق،ص.223.

2سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق، ص.359.

المبيع استنادا الى ان ملكية العقار لا زالت له، فيمكن في هذه الحالة للمشتري ان يدفع هذه الدعوى بالضمان[1].

والحق الذي يدعيه البائع على المبيع، اما ان يكون حقا عينيا، كان يدعي ان له حق ارتفاق أو اي حق على الشيئ المبيع، كما قد يكون حقا شخصيا يدعيه البائع على المبيع، كان يدعي انه مستاجر للعقار الذي باعه للمشتري، وهو قد كان قد قام ببيع العقار الى المشتري خاليا من حقوق الغير عليه.

وبتطبيق ما سبق على عقد البيع الالكتروني يتبين أنه يصعب حدوث التعرض الصادر من البائع نفسه لحرصه على سمعته ولضمان اسمرار المعاملات التجارية معه، وهوما ورد في اتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة 1980 التي استبعدت التعرض الصادر من البائع في عقد البيع الدولي للبضائع[2]، ونصت على التعرض الصادر من الغير، الا ان ذلك لا ينكر كلية حدوث تعرض من جانب البائع ومثال ذلك قيام البائع بزرع فيروسات كامنة في البرنامج لا تنشط الا بعد مرور فترة زمنية محددة.

و تعد مسألة التمييز بين الضمان القانوني والاتفاقي غير ذات أهمية في عقد البيع عبر الانترنت، حيث نجد ان قانون حماية المستهلك الفرنسي قد حدد احكام الضمان القانوني وجعل الشروط التي تتعلق بالاتفاق على ما يخالف هذه الاحكام من قبيل الشروط التعسفية التي تعد باطلة و لا يعتد بها [3].

1 محمد حسين منصور، احكام البيع.....، المرجع السابق، ص.267.

2 وذلك باعتبار عقد البيع الالكتروني عقدا دوليا تطبق عليه أحكام اتفاقية فيينا.

3قد صدر مرسوم في فرنسا رقم 1978 يحظر الشروط ا لتي تلغي أوتخفف من الضمان القانوني لانها تعد شروطا تعسفية ولا يعتد بها حيث نص المادة الرابعة منه على مايلي :

Article 4 « Dans les contrats conclus entre des professionnels , d'une part ,et d'autre part, des non-professionnels ou des consommateurs, les professionnels ne peut garantir contractuellement la chose à livrer ou le service à rendre sans mentionner clairement que

ثانيا:خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي

يتميز الالتزام بضمان عدم التعرض بخصاص تتمثل فيعدم قابليته للتجزئة وهو التزام مؤبد، وينتقل الى الورثة

1.- عدم قابليته للتجزئة:

يعد الالتزام بضمان التعرض الشخصي التزاما بالامتناع عن عمل ولذلك فهو بطبيعته لا يقبل الانقسام أو التجز ئة اذ لا يتصور أن ينفذ منه جزء دون اخر، واذا تعدد البائعون فلا يصح لاي منهم ان يتعرض للمشتري في اي جزء من المبيع، سواء كان تعرضه ماديا أو قانونيا.

فاذا باع شخصان مناصفة مالا مملوكا للغير ثم اكتسب احدهما هذا المال جميعه بسبب من أسباب اكتساب الملكية كالميراث، فليس له ان يرفع دعوى استرداد نصف المبيع بحجة انه ملتزم بالضمان بقدر النصف فقط[1].

2.- هو التزام مؤبد

يعد التزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام ابدي، وينتقل الى الورثة، فيمتنع عليه التعرض للمشتري فيما كسبه من حقوق بموجب العقد، الا اذ توافرت لديه من تاريخ عقد البيع شروط وضع اليد على الارض المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية.

غير ان الالتزام بضمان التعرض يكون ابديا اذا لم يحصل تعرض من البائع ضد المشتري، فاذا حصل هذا التعرض وظل المشتري ساكتا عنه ولم يرفع دعوى لازالته في خلال

---

s'applique , en tout état de cause , la garantie légale qui oblige le vendeur professionnel à garantie l'acheteur contre toute les conséquence des défauts ou services caché س de la chose vendue ou du service rendu » Décret n 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre de la loi n 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateur de produit et services. consulter sur le sit :htp://www.legifrance.gouv.fr

1محمد حسنين، المرجع السابق، ص.130.

المدة الزمنية المحددة، سقط حقه في الرجوع على البائع، ويكون هذا الاخير قد تملك هذا المبيع بمرور الزمن المكسب للحق. اما اذا لم يحصل التعرض من البائع ضد المشتري، فان الالتزام بالضمان يبقى ولو زادت المدة عن خمسة عشر سنة [1].

وبالنسبة لعقد البيع الالكتروني فان لهذه الميزة اهمية خاصة لمشتري برامج المعلومات، اذ أنها توفر له امانا كافيا، ذلك ان البائع اذا أراد التعرض للمستخدم المتعاقد معه فانه عادة يفعل ذلك خلال مدة لا تز يد على خمس سنوات، على الرغم من ان الدعامة المدون عليها البرنامج قد تعيش الى ماهو أكثر من ذلك بكثير طالما لم تتعرض للكسر أو الاتلاف، وعليه يستمر البرنامج ما دامت الدعامة قائمة ولم تتعرض للمحو أو التغيير [2].

3.- انتقال الالتزام بالضمان الى الورثة :

يتمثل الالتزام بضمان التعرض في امتناع البائع عن التعرض الى المشتري، وينتقل هذا الالتزام الى ورثته، فيمتنع عليهم وللابد التعرض الى المشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد.

وبذلك فان الالتزام بضمان التعرض لا يتحول الى دين الا اذا انتهى الى المطالبة بالتعويض، حيث ان الالتزام بضمان عدم التعرض يهدف أولا الى ان يمتنع البائع عن كل ما من شأنه أن يحرم المشتري من الحيازة الهادئة ومن ملكية الشيئ المبيع، وهو لا يتحول الى دعوى تعويض الا بعد عدم استطاعة المشتري منع البائع من التعرض له[3].

1سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص.235.

2 أشرف محمد مصطفى ابوحسين،المرجع السابق،،ص.326.

3محمد حسنين، المرجع السابق،ص.132.

ثالثا : جزاء الإخلال بالالتزام بضمان التعرض الشخصي

يعتبر التزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزاما دائما، اذ يجب على البائع ان يمتنع عن التعرض للمشتري في اي وقت ولو انقضت مدة التقادم. أما اذا اخل البائع بالزامه بان تعرض فعلا للمشتري، فينتج عن هذا الالتزام الاصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض.

فاذا كان تعرض البائع للمشتري قائما على اعمال مادية، مثل منافسة المشتري في المحل المبيع وجب على البائع تعويض المشتري عما اصابه من ضرر بسبب هذه المنافسة.

واذا كان تعرض الصادر من البائع قانونيا كان يدعي هو أو احد ورثته حقا على المبيع، فان المشتري يستطيع الدفع بالضمان، واذا استحق المبيع التزم البائع بالتعويض اتجاه المشتري الذي يكون له الحق في طلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي اصابه اذا كان له محل[1].

ويعد كل تعرض قانوني من البائع موجبا للضمان ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، وقد نصت المادة 378 قانون مدني جزائري على ذلك بقولها " يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع ملكية يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك ".

ويرى الباحث ان هذه القواعد العامة لا يمكن ان تكون ذات فعالية بالنسبة لعقد البيع الالكتروني، ذلك ان تعرض البائع المهني للمشتري المستخدم بفيروس الحاسب تفرض جزاء يتناسب مع جسامة الاضرار التي تترتب على الاصابة بهذا الفيروس و طريقة عملية لايقافه، فتعويض الضرر أو حبس الثمن أو الحكم بالغرامة التهديدية ليست لها أثر في وقف التعرض، ذلك ان الفيروس يبدأ على الفور في نشاطه التدميري ولا سبيل لوقف هذا النشاط.

1محمد حسين منصور، احكام البيع.....، المرجع السابق، ص.269.

ويشمل الالتزام بضمان التعرض في عقد البيع الالكتروني،بالاضافة الى ضمان التعرض الشخصي الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير.

الفرع االثاني

ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير[1]

ينحصر التعرض الصادر من الغير والذي يضمنه البائع في التعرض القانوني، اي بادعاء هذا الغير حقا على المبيع سواء كان الحق موجودا وقت البيع أو بعد البيع، وسواء كان هذا الحق عينيا أو شخصيا، وبذلك فان البائع لا يضمن تعرض الغير اذا كان تعرضا ماديا اي غير مبني على سبب قانوني، كتعرض المغتصب، اذ يكون دفع هذا التعرض من واجب المشتري، ولا يكون البائع مسؤولا عنه، ويكون على المشتري أن يدفع التعرض بكافة الوسائل التي كفل بها القانون حق الملكية أو حيازة الاموال[2].

ويشمل ضمان تعرض الغير التزامين على عاتق البائع، يتمثل الالتزام الأول في دفع تعرض الغير، والالتزام الثاني يكمن في تعويض المشتري اذا ما اثبت الغير مايدعيه من حق وهو ما يسمى بضمان الاستحقاق.

[1]يختلف التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير عن التزامه بضمان تعرضه الشخصي في ان الأول هو التزام بعمل وليس التزاما بالامتناع عن عمل، كما ان نطاق ضمان التعرض الصادر من الغير هو قانوني فقط، في حين ان نطاق ضمان التعرض الشخصي هو مادي وقاانوني، لانه قد يدعي شخص ما حقا عل المبيع، ويكون سند الحق سابقا على عقد البيع، ففي هذه الحالة على البائع أن يتدخل لدفع التعرض الصادر من الغير، فعندما يتقدم الغير بدعوى قضائية لاستحقاق المبيع، ينبغي على البائع التدخل في الخصومة لرفع هذا التعرض، راجع في ذلك بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص.161.

2سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.243.

أولا: شروط ضمان العرض الصادر من الغير

حتى يتحقق ضمان البائع تعرض الغير للمشتري يجب ان يكون تعرض الغير قانونيا اي مستندا الى حق، وان يكون حق الغير ثابتا له وقت البيع أو ال اليه بعد البيع بفعل البائع نفسه، وان يكون التعرض حالا.

1.- ان يكون التعرض قانونيا :

يجب على البائع ان يمتنع عن الافعال التي تتناقض مع الالتزامات التي نشأت عن عقد البيع، فعليه ان يمتنع عن اي عمل من شأنه ان ينازع المشتري في المبيع، أو يؤدي الى حرمان المشتري من الانتفاع بذلك المبيع. فالتزام البائع بالضمان لا يقتصر على تعرضه للمشتري، وانما يمتد الى ضمان التعرض الصادر من الغير، بحيث يكون التعرض قانونيا أساسه اخلال البائع بنقل ملكية المبيع الى المشتري محملا بحقوق الغير[1].

فيضمن البائع التعرض القانوني ولا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير، سواء تمثل في اعمال مادية، أو في تصرفات قانونية لا تستند الى حق، كقيام الغير بتاجير العين المبيعة دون سند قانوني يرتكز اليه، فهذا التصرف يعتبر عملا ماديا بالنسبة للمشتري لانه ليس طرفا فيه. فالبائع لا يضمن هذه الاعمال و لا يكون امام المشتري سوى اللجوء الى الوسائل القانونية العامة لحماية حق الملكية.

فالبائع لايضمن الا تعرض الغير القانوني، اي الذي يستند فيه الغير الى حق يدعيه على المبيع، سواء في صورة دعوى ترفع من الغير على المشتري، أو دون دعوى متى وقع التعرض فعلا، ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتا، فالبائع هو الذي يتحمل عن المشتري إظهار عدم صحة ادعاءات الغير[2]

1 سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق، ص365

2 محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية و التشريعية الحد يثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2011 ص.301.

2.- وقوع التعرض فعلا وحالا :

يترتب عن عقد البيع التزاما في ذمة البائع بموجبه يضمن للمشتري عدم التعرض له في المبيع، وكذلك يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر عن الغير، ولكن لا يتحقق الضمان بمجرد قيام الغير بتهديد المشتري، بان له حقا على المبيع، لكن يجب ان يقع التعرض الصادرعن الغير فعلا [1].

فالتعرض يكون واقعا فعلا من الغير بدعوى ترفع امام القضاء يكون فيها الغير اما مدعيا أو مدعى عليه.غير ان رفع الدعوى امام القضاء ليس ضروريا في جميع الحالات لوقوع التعرض فعلا، فيمكن ان يعتبر التعرض واقعا فعلا من الغير، حتى ولو لم يقم الغير برفع دعوى على المشتري، خاصة اذا اعتقد المشتري ان للغير حقا فيما يدعيه على المبيع،وقام بموافقة وتصديق الغير بمايدعيه على المبيع. غير ان البائع يستطيع ان يثبت ان الغير ليس محقا فيما يدعيه على المبيع، وفي هذه الحالة يفقد المشتري حقه في الرجوع على البائع بالضمان[2]

ولا يكون للمشتري الحق في الرجوع بالضمان لمجرد اكتشاف ان المبيع مملوك للغير، أو انه مثقل بحق انتفاع أو إرتفاق مثلا، لانه من المحتمل سكوت الغير عن التمسك بحقه ويظل المشتري حائزا ومنتفعا للمبيع، وانما يكون للمشتري في هذه الحالة، ولو لم يقع التعرض بالفعل،الحق في طلب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة[3].

3.- ان يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على المبيع أو لاحقا له

يجب التمييز بين ما ان كان الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو لاحقا له، فان كان الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع، فإن باستطاعة الغير الاحتجاج بذلك الحق

---

1 يستوي في ذلك اذا ما كان الحق الذي يدعيه الغير على المبيع حقا عينيا أو شخصيا، بحيث يقوم الغير وهو طرف اجنبي عن العقد باقامة دعوى يطالب فيها باستحقاق المبيع، سواء كان هذا الادعاء صحيحا ام باطلا، وهو ما يعرف بوقوع التعرض فعلا، اذ يقع على البائع ضمان التعرض ودفعه ان امكنه ذلك.

2سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق، ص.364.

3محمد حسين منصور، أحكام البيع.....، المرجع السابق،ص285

على المشتري، ومطالبته بالمبيع،لان الحق ثبت له قبل ابرام العقد. فاذا اثبت الغير ان الحق الذي يدعيه سابق للبيع، فيعتبر ذلك تعرضا قانونيا للمشتري في المبيع، ويلتزم البائع بضمان ذلك التعرض، لانه قام بنقل ملكية المبيع الى المشتري محملا بحقوق الغير.

فاذا تم الاتفاق بين البائع والمشتري على اسقاط الضمان الصادر عن الغير، فان في مثل هذه الحالة يعتبر ذلك الاتفاق باطلا لانه مبني على غش أو تدليس من البائع، خاصة اذا كان البائع يعلم بوجود حقوق للغير على المبيع قبل البيع.

أما في حالة اذا كان الحق الذي يدعيه الغيرلاحقا للبيع، فإن البائع ليس ملزما بضمان كل حق يدعيه الغير على المبيع بعد البيع، فاذا كان سبب الحق الذي يدعيه الغير على المبيع هو البائع نفسه، فانه يلتزم بالضمان حتى ولو كان الحق المدعى به لاحقا للبيع[1].

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت البيع غير عالم بالحق الذي يدعيه الغير وان يكون البائع عالما بهذا الحق، بل فحتى ولو كان المشتري عالما بالحق الذي يدعيه الغير، وحتى ولو كان البائع لا يعلم به، فان البائع يكون مع ذلك مسؤولا عن الضمان، الا اذا اشترط عدم مسؤوليته باتفاق خاص طبق للفقرة الأولى من المادة 377 مدني جزائري[2].

وبالرجوع الى عقد البيع الالكتروني، فان تطبيق هذه القواعد على التزام البائع بضمان التعرض للمستهلك في المبيع، يؤدي للقول بأنه يصعب حدوث تعرض من البائع نفسه لحرصه على سمعته ولضمان استقرار المعاملات[3]، وهو مأورد في اتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة

1سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق، ص.366.

2سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق،ص.254..محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.323.

3 يمكن تصور التعرض الصادر من الغير عبر الانترنت بمنع دخول سلعة معينة الى المستهلك من قبل جهة الادارة، وبناء على ذلك تطورت قواعد الضمان التي لم تعد تقتصر على التعرض المادي، حيث انه بوجود الانترنت، اصبحنا امام تعرض معنوي، يؤدي الى عدم الانتفاع بالشيئ المبيع كليا أو جزئيا، اي ان التعرض عبر الانترنت أحدث تعديلا على القواعد التقليدية المتعلقة بالضمان.

1980، التي استبعدت التعرض الصادر من البائع وتكلمت عن التعرض الصادر من الغير[1]، فمن المحتمل قيام المهني من خلال شبكة الانترنت بعمل برنامج خاص أو زرع فيروس في السلعة المبيعة مما يؤدي الى عدم تمكين المستهلك من الانتفاع بالشيئ المبيع، اذا تعرض البائع للمستهلك عبر الانترنت، اذ ان تعرض البائع للمستهلك عبر الانترنت ليس من نوع التعرض المادي الملموس بل هو تعرض معنوي غير ملموس[2].

ثانيا: جزاء اخلال البائع بضمان تعرض الغير

في حالة توافر شروط ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، فإنه يقع على البائع تنفيذ التزامه عينا وذلك بأن يدفع عن المشتري هذا التعرض، فاذا تمكن من ذلك يكون قد أوفى بالتزامه بالضمان، واذا لم يقم بذلك وحكم للمدعي بالاستحقاق، اعتبر البائع مخلا بالتزامه، والتزم بتعويض المشتري[3].

فإذا رفع الغير على المشتري دعوى استحقاق ملكية المبيع، فيتحقق في هذه الحالة التزام البائع بدفع هذا التعرض، ويبدأ التزامه بالتنفيذ العيني بأن يدخل في الدعوى الى جانب المشتري أو يحل محله فيها، ويدفع ادعاء الغير بمختلف الوسائل القانونية حتى يصدر حكم برفض دعواه، ويكون بذلك قد نفذ التزامه عينا وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 36889 الصادر بتاريخ 1986/06/25 4.

واذا لم يتدخل البائع، أو تدخل لكنه فشل في دفع تعرض الغير وجب عليه تنفيذ التزامه بالتعويض، غير أنه يجب على المشتري إخطار البائع في الوقت الملائم، ودعوته ليتدخل في

1 نصت المادة 41 من الاتفاقية على انه "على البائع أن يسلم بضائع خالصة من اي حق أو ادعاء للغير، الا اذا وافق المشتري على أخذ البضائع مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء...".

2 خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2008، ص.189.، و سيد محمد سيد شعرأوي، مرجع سابق، ص368، و بشار طلال المومني، مرجع سابق، ص.162.

3محمدحسن قاسم،الوسيط في عقد البيع،المرجع السابق،306. رمضان ابو السعود، المرجع السابق، ص.320.

4 م.ق، 1992،عدد 3، ص.11.

الدعوى حتى ينفذ التزامه تنفيذا عينيا بأن يجعل الغير يكف عن ادعائه أو بأن يحصل على حكم قضائي برفض دعواه وذلك وفقا لنص المادة 372 من القانون المدني الجزائري[1].

وتختلف حقوق المشتري اتجاه البائع تبعا لما اذا كان قد قام بواجب اخطار البائع بهذا التعرض أو لم يقم به، لذلك نميز بين حالتين:

1.- الحالة الأولى : تتمثل في حالة إخطار البائع، وبموجبها يكون على البائع أن يتدخل في الدعوى ليقوم بالرد على ادعاءات المتعرض، وهنا ايضا يوجد احتمالين :

ا.- تدخل البائع في الدعوى : فاذا تدخل البائع وقام بالرد وإنتهى الأمر برفض ادعاء المتعرض، فيكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا، وان انتهى الامر بإستحقاق الشيئ المبيع فإنه يكون ضامنا ويلتزم بتعويض المشتري، ويمكن لهذا الأخير اذا تدخل البائع في دعوى الاستحقاق سواء من تلقاء نفسه أو بعد إخطاره أن يطلب الخروج من الدعوى وترك البائع يتحمل عبئ الدفاع وحده، أو البقاء في الدعوى لمساعدة البائع[2]

ب.- عدم تدخل البائع في الدعوى : وهنا نفترض أن البائع لم يتدخل رغم إخطار المشتري له، وقام المشتري بالدفاع لوحده وانتهى الأمر بالحكم بالاستحقاق للمدعي، فيجب على البائع الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أولخطأ جسيم منه و فقا لنص المادة372 من القانون المدني .

---

1 تنص المادة 372 من القانون المدني الجزائري على أنه "اذا رفعت على المشتري دعوى الاستحقاق المبيع، كان على البائع حسب الاحوال ووفقا لقانون الاجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة الى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله اذا علم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام، وجب عليه الضمان، الا اذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب وصدر عليه حكم حاز قوة الشيئ المقضي به، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق".

2 محمد حسنين، المرجع السابق، ص.139.

أما اذا كان المشتري قدأقر للغير أوتصالح معه بحسن النية دون انتظار الفصل في الدعوى ، فإنه يكفي في هذه الحالة لمنع رجوعه بالضمان على البائع أن يثبت البائع أن الغير لم أكن على حق في دعواه عملا بنص المادة 373 مدني جزا ئري[1]

2 **الحالة الثانية:** وهي في حالة عدم إخطار البائع بالدعوى، فإذا سار المشتري وحده في الدعوى واستطاع رد دعوى المتعرض، فيكون بذلك قد انتهى التعرض،وينتهي معه التزام البائع بضمانه[2]. كما يستطيع البائع أن يدفع دعوى الضمان بأن يثبت أنه لو كان قد تدخل في دعوى التعرض لما صدر حكم للمعترض وفقا لنص المادة 2/273 من القانون المدني.

والى جانب التزام بضمان التعرض، فإنه يلتزم كذلك بضمان العيوب الخفية.

المطلب الثاني

التزام البائع بضمان العيوب الخفية

لا يكفي ان ينقل البائع الى المشتري ملكية المبيع ويدفع عنه ما قد يقع من تعرض حتى يمكن له ان يحوز المبيع بصفة هادئة، بل يجب اضافة الى ذلك ان يتمكن المشتري أن يحصل على الخدمات التي كان ينتظرها عند شرائه للمبيع، لذلك كان على البائع أن يسلم المشتري

1 تنص المادة 373 من القانون المدني فقرة أولى على أنه " ان الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو إعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه ليحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه".

2 خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سبق ذكره، ص 159، محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.337.

مبيعا سليما خاليا من كل عيب سواء كان ظاهرا أو خفيا حتى نكون بصدد ملكية نافعة[1]، واذ وجد مثل هذا العيب كان البائع مسؤولا عنه، وهذا هو ضمان العيوب الخفية[2].

ويعتبر التزام البائع بضمان العيوب الخفية من أهم الالتزامات في عقد البيع، وذلك نتيجة تأثر الاحكام التقليدية لهذا الضمان بقواعد حماية المستهلك اتجاه البائع المنتج أو المحترف، فأصبحت صفة البائع أو المشتري محل اعتبار على شروط واثار الضمان، وعليه فان التزام البائع بضمان العيوب الخفية، يعد التزاما لصيقا بعقد البيع منذ ظهوره، وحتى وقتنا الحالي نتيجة ظهور سلع متنوعة ميكانيكية ومعلوماتية كبرامج الاعلام الالي[3].

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام ضمان العيوب الخفية في القانون المدني ضمن التزامات البائع في المواد 379 الى 386، وهي المواد التي تم تحريرها بشكل مطابق للمواد447 الى 455 من القانون المدني المصري ليشترك القانونين في الاحكام التي يخضع لها التزام البائع بضمان العيوب الخفية[4].

---

1 يختلف العيب الظاهر عن العيب الخفي، في أن العيب الظاهر هو الذي يكون بأمكان المشتري أن يكتشفه لو أنه فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد وبما يتفق مع طبيعته، وهذا العيب لا يقع ضمانه على البائع، اذ يمكن افتراض أن المشتري قد قبل المبيع بما فيه من عيب، أما العيب الخفي فهو العيب الغير معلوم للمشتري الذي لم يكن باستطاعته أن يكتشفه عن طريق فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد فهو الذي يقع ضمانه على البائع،عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الأردن، الطبعة الأولى،2002،ص.41.

2محمد حسين منصور، أحكام البيع.....، مرجع سابق،ص314. سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.277.

3بشار طلال المومني، مرجع سابق، ص163

4 يشترك كل من القانون الجزائري والمصري مع القانون الفرنسي في ان التزام البائع بضمان العيوب الخفية يقتصر على العيوب التي من شأنها التأثير على صلاحية المبيع لاستعمال دون أن يمتد ليشمل الاضرار التي قد تلحق المشتري في نفسه أو ماله بسبب العيب الذي يعتري المبيع، وهذه النصوص مستقاة من القانون الفالفرنسي الذي تاثر بالقانون الروماني فكان اهتمامه قاصرا على ضمان عدم صلاحية المبيع للغرض المخصص له أو في نقصان فا ئدته، تاركا المتضررين من العيب خاضعين للاحكام العامة في المسؤولية التي يستوجب قيامها اثبات اركانها التقليدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، مع الاشارة الى ان المشرع الفرنسي نظم ضمان العيوب الخفية في المواد 1941 الى 1649 من القانون المدني، وهب النصوص التي كانت تشكل النظرية العامة لضمان العيوب الخفية في القانون المدني الفرنسي من حيث كونها تتعلق بجميع الاشياء المنقولة والعقارية، غير ان المشرع الفرنسي اراد افراد نصوص قانونية خاصة ببعض الاشياء، فخص مثلا البيوع التي يكون محلها حيوانا باحكام استثنائية تضمنها القانون الزراعي الفرنسي ابتداء من سنة 1838. كما خص بيع العقارات تحت الانشا ء باحكام

الفرع الأول

ماهية العيب الخفي

لم ينص المشرع الجزائري على تعريف للعيب الخفي في القانون المدني الجزائري، غير انه أورد حالاته في المادة 379 كما يلي : 'يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري، أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون ضامنا لهذه العيوب وولو لم يكن عالما بوجودها

غير ان البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته ان يطلع عليها لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، الا اذا اثبت المشتري ان البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو انه اخفاها غشا عنه".

قانونية ابتداء من سنة 1967 حيث أصدر قانونا يحكم ضمان عيوب العقار المباع قبل الانشاء،لذلك قيل بان نظرية عيوب المبيع الخفية أصبحت مجزئة في القانون الفرنسي. و قد تعرضت هذه ا نظرية للكثير من المحأولات القضائية التي تهدف الى التقليص من مجال اعمالها لمصلحة دعأوى اخرى بهدف توفير حماية للمشتري المستهلك الذي كثيرا ماكان يصطدم بشرط وجوب رفع دعوى الضمان خلال مدة زمنية قصيرة، وتخضع دعوى الضمان العيوب الخفية لشروط معقدة حأول القضاء الفرنسي اسبعادها لا سيما بعد ظهور التزام البائع بالتسليم المطابق الذي اتسع مفهومه ضمن قانون حماية المستهلك ليشمل الالتزام بضمان عيوب المبيع الخفية منذ صدور الامر رقم 2005-136 المؤرخ في 17 فبراير 2005 الذي تبنى التوجيه الصادر عن ال برلمان الأوربي بتاريخ 25 ماي 1999 والمتعلق بضمان الاشياء الاستهلاكية. وتقتصر دعوى ضمان العيوب المبيع الخفية على ماصطلح بتسميته بالاضرار التجارية أو الاقتصادية المتمثلة في عدم صلاحية المبيع للغرض المخصص له أو في نقصان فائدته، اما الاضرار التي يحدثها المبيع بسبب الذي يعتريه والتي تلحق المشتري أو غيره فلا تمت لاحكام ضمان العيوب المبيع الخفية التقليدية بصلة، وقد انتهى القضاء الفرنسي الى تعويض المتضرر منها بناء على الالتزام بالسلامة الذي عرف تطورا هاما كانت نتيجته تمكين كل من تضررمن العيب الذي يعتري المبيع من جبرالضرر الذس لحقه،اضافة الى ذلك فان توجيها أوربيا يتعلق بالمسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة أدرج ضمن القانون الفرنسي بموجب قانون 19 ماي1998 الذي ينظم المسؤولية عن فعل الاشياء المعيبة التي تمنح المتضرر من العيب الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه دون التفرقة في ذلك اذا ماكان المضرور هو المشتري نفسه أو الغير،سعدي فتيحة، ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري مقارنا، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران،2012/2011،ص ص. 07 08.

وهو نفس الامر بالنسبة للقانون الفرنسي، اذ لم يعرف المشرع الفرنسي العيب الخفي الا انه اشار اليه في المادة 1641 من القانون المدني بنصه " البائع ملزم بالضمان بسبب العيوب الخفية المبيع التي من شانها ان تجعله غير صالح للاستعمال فيما اعد له أو التي تنقص كثيرا من هذا الاستعمال، بحيث ان المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان ليدفع فيه الا ثمنا أقل لو علم بها "[1].

ومن خلال المادة1641 و379 نلاحظ أن المشرع الفرنسي قداعطى للعيب معنى اضيق من الذي أعطاه له المشرع الجزائري، فهو لم يشمل تخلف الصفة في المبيع، في حين ان المشرع الجزائري قد سأوى بين العيب وتخلف الصفة في وجود الضمان[2].

ويعرف العيب الخفي على أنه " ذلك العيب الذي لا يظهر للعيان، ولا يمكن اكتشافه بالفحص العادي الذي يقوم به كل مشتري عاقلا متوسط الادراك، وماعدى ذلك فلا يكون البائع ضامنا للعيب إذا كان العيب ظاهر للمشتري وقت التسليم ولم يبدي اعتراضه عليه"[3]، كما

---

[1] Article 1641 code civile français « 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 avais connus »

2 ان الشيئ الجديد الذي اتى به المشرع الفرنسي في هذا المجال انه حدد صفة العيب في المنتج بنقص الامان المشروع الذي ينتظره المستهلك، وليس بالنظر الى صلاحية المنتج للاستعمال، والمعيار الموضوعي في تقدير توافر الامان المشروع المنتج من الجمهور يقدره القاضي دون تفريق بين شخص واخر، ويعد الصانع مسؤولا عن عيب الامان حتى ولو كان المنتوج قد روعي في صنعه اصول الصنعة،والقواعد المعمول بها أو كان قد حصل على ترخيص من جهة الادارة عملا بالمادة 1386مدني فرنسي وعلى ذلك يمكن تحميل المنتج مخاطر التطوير وقيام مسؤوليته حتى لو اتبت ان المعرفة الفنية والعلمية وقت طرح السلعة للتدأول لم تمكنه منكشف العيب. هذا ويرتبط بضمان العيب الخفي في القانون المدني الفرنسي التوام المنتج باعلام المستهلك عن المميزات الاساسية للخدمة أو السلعة المبيعة، لان نقص الاعلام يؤدي الى الى مخاطر تتصل باستعمال المنتج أو للمشتري باعلامه بخطورة السلعة محل التعامل وبيان خصائص المبيع وخطورته، وكيفيةا ستعماله، والاحتياطات الواجب اتخاذها لتجنب المخاطر وحسن الاستعمال نوليس تسليمه للمشتري خاليا من العيب، بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص.164.

3 عزري الزين، حماية المستهلك من خلال أحكام الضمان في عقد البيع المدني، مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق جامعة بلعباس، 2005، عدد خاص، ص.196.

يعرف العيب الخفي ذلك العيب غير المعلوم للمشتري الذي لم يكن باستطاعته اكتشافه عن طريق فحص المبيع بعناية الشخص العادي، فهو الذي يقع ضمانه على البائع،وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه " الافة الطارئة التي تخلو منها الفطرةالسليمة للمبيع"[1].

والعيب في المنتوج يمكن تعريفه من عدة جهات سواء من الناحية المادية أوالوظيفية أو العقدية. فيمكن تعريفه من الناحية المادية بأنه العيب الذي يتلف الشيئ أو يلحق به الهلاك ويؤدي الى الانتقاص من قيمته أومنفعته، وبمكن ان يعرف من الناحية الوظيفية بأنه العيب الذي يصيب الشيئ في أوصافه أو في خصائصه بحيث يجعله غير صالح للغرض المعد من أجله.

ويعرف من الناحية العقدية بأنه تخلف صفة في المبيع يلتزم البائع للمشتري بوجودها فيه، غير ان المفهوم الوظيفي للعيب هو الرأي المعتد به في الفقه والقضاء، حيث يعتبر المبيع معيبا منذ اللحظة التي يكون فيها غير صالح لتادية الغرض المطلوب، أو تكون صلاحيته لتادية هذا الغرض قد بلغت قدرا من الضالة لو علمه المستهلك ما قبل الشراء أو قبله ودفع ثمنا اقل مما دفعه[2].

ويعد الشيئ معيبا اذا لحقه تلف عارض يجعله على غير الحال التي كان فيها في الوضع العادي، وتقدير وجود العيب أو انتفائه لا يكون ثابتا في جميع الاحوال[3]، فيختلف هذا التقدير باختلاف هدف الاشخاص من اسعمال الشيئ،ومثال ذلك الخشب المعد لإستخدامه في

1 محمد حسين منصور، احكام البيع.....، المرجع السابق،ص.315.

2سيد محمد سيد شعرأوي، مرجع سابق، ص.380.

3 تجب الاشارة الى انه يختلف ا لعيب الخفي عن الغلط في صفة جوهرية في الشيئ المبيع، ففي العيب الخفي يشتري الانسان الشيئ الذي يريده غير ان هذا الشيئ يكون معيبا بعيب ينقص من قيمته أو من نفعه، على حين ان انه في حالة الغلط لا يحصل على الشيئ الذي يريده، كما أنه قد يتواجد الغلط بتواجد العيب الخفي، لأن هذا الاخير يجعل من المبيع غير صالح لما أعد له،وعلى ذلك فإن توافر الغلط مع العيب الخفي يجعل أمام المستهلك خياران، إما ابطال العقد لدعوى الغلط، واما رفع دعوى الضمان،إسلام هاشم عبد المقصود سعد، المرجع السابق،ص.417.

صناعة الاثاث أو في البناء اذا كان به تسوس فانه يعتبر معيبا، ولكنه اذا كان سيستخدم في الوقود فان التسوس لا يعد عيبا [1].

ويثور الإشكال في العيب الخفي في مجال عقود المعلوماتية[2]، ذلك أن النظام المعلوماتي يتكون من عنصرين، الأول العنصر المادي ويقصد به الاجهزة والمعدات المادية، والعنصر الثاني هو العنصر المعنوي ونقصد به الكايانات المنطقية أو البرامج والأنظمة.

فإذا كان العيب الخفي الذي يظهر في العناصر المادية للنظام المعلوماتي يمكن أن نطبق عليه أحكام ضمان العيب الخفي الواردة في نطاق الاحكام العامة لعقد البيع، غير العيوب الخفية التي تظهر في العناصر المعنوية للنظام المعلوماتي تثير بعض الصعوبات عند تطبيق نظرية العيوب الخفية في صورتها التقليدية.

غير أنه يمكن تطبيق فكرة العيب الخفي على العنصر المعنوية للنظام العلوماتي أي البرامج دون أي مانع قانوني أو عملي، وذلك لأن العيب في وظائف البرامج يعد أثرا ماديا لا علاقة له بالحقوق المعنوية للبرامج[3]. ويعتبر ضمان العيب الخفي نتيجة لازمة للالتزام بالتسليم إذ أن البائع حين يلتزم بتسليم الشيئ المتفق عليه فانه يلتزم بمقتضى ذلك أن يسلم شيئا خاليا من وجود اي عيب خفي.

غير ان الالتزام بالتسليم يختلف عن ضمان العيب الخفي، فالتسليم يفترض مطابقة الشيئ المسلم للمبيع المتفق عليه، فاذا كان بالمبيع عيبا ظاهرا يحق للمشتري رفض تسلمه لما لحقه

1محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.368.

2 يعرف العيب الخفي في مجال المعلوماتية بأنه ما ينقص من قيمة النظام المعلوماتي، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة والتي تكون مستفادة من العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة النظام المعلوماتي، أو الغرض الذي أعد له، طارق كاظم عجيل، مدى ضمان العيب الخفي في عقود المعلوماتية، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، 2009، العدد 39، ص.261.

3 طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص.267.

من عيب ظاهر، فاذا قبل المبيع رغم ذلك يعتبر قابلا للعيب ويؤدي هذا الى سقوط حقه في الرجوع على البائع بالضمان، اما اذا كان العيب خفيا وكان الشيئ في ظاهره يطابق ما اتفق عليه، فاننا نخرج من نطاق التسليم الى نطاق العيب الخفي [1].

الفرع الثاني

شروط العيب الخفي

لا يكفي لرجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية ان يكتشف بالمبيع عيبا ايا كان، بل يجب ان تتوافر في هذا العيب شروط معينة نصت عل يها المادة 379 مدني جزائري.

أولا : ان يكون العيب قديما

يجب لكي يضمن البا ئع عيب المبيع ان يكون قديما، ويقصد بقدم العيب[2] ان يكون موجودا في المبيع ويبقى حتى التسليم ، فيضمنه عند ئذ، وقد يحد ث العيب بعد البيع وقبل التسليم ويبقى الى هذا الوقت، فيكون موجود ا وقت التسليم فيضمنه البا ئع ايضا[3]

وعلى ذلك لو اشترى شخص ما جهاز هاتف نقال من خلال الاعلانات والعروض المتوفرة عبر الانترنت،وبعد استعماله فترة من الوقت ظهر به عيب كفقدان الذاكرة مثلا، كعيب لا يستطيع الرجل العادي وفق المألوف الكشف عنه بالفحص المعتاد، فعندئذ يحق للمشتري الرجوع بالضمان على البائع بشرط ان يكون قد أخطر به البائع بمجرد ظهوره، والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب.

---

1 محمدحسن قاسم، المرجع السابق، ص.329.

2لم يبين المشرع الجزائري مفهوم القدم بالنسبة للعيب على خلاف المشرع الاردني الذي حدد العناصر المكونة له في المادة 513 من القانون المدني بنصه " يعتبر العيب قديما اذا كان موجودا فيالمبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم، ويعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم اذا كان مستندا الى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع...."

3رمضان ابو السعود، المرجع السابق،ص352.سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق، ص.384. محمد حسين منصور، احكام البيع.....، المرجع السابق،ص318. يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.290.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فانه يستنبط هذ ا العيب من المادة 369 من القانون المدني باشارتها الى وقت التسليم بنصها " اذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع واسترد المشتري الثمن، الا اذا وقع الهلاك بعد اعذار المشتري بتسليم المبيع ".

ولذلك فان قدم العيب يتحدد عند تسليم المبيع، فاذا حد ث العيب بعد التسليم لسبب راجع الى المستهلك أو الى حادث طارئ أو الى قوة قاهرة، فان البائع المهني غير ضامن لهذا ا لعيب، الا اذ اثبت المستهلك ان العيب الذي ظهر بعد تسلمه المبيع كانت اسبابه قديمة وموجودة في المبيع قبل ان يتسلمه. و يستطيع اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات على اساس ان مسالة وجود العيب الخفي مسالة واقع يجوز اثباتها بجميع الطرق بما فيه القرائن[1].

و لا يكفي ان يكون العيب متواجدا قبل الشراء،أو قبل التسليم، بل يجب ايضا ان يبقى موجوداعندما ينوي المستهلك تحريك دعوى الضمان، فاذا كان المهني قد اصلحه فلا محل للضمان، واذ كان العكس اي ان المستهلك نفسه هوالذي يتحمل مصاريف الاصلاح، غير أنه قام المهني بإصلاح العيب الخفي، فأنه يبقى مسؤولا عن تعويض المستهلك عن عدم وجود الشيئ المبيع في فترة اصلاحه[2].

وتجب الاشارة الى ان صفة القدم بالنسبة للمنتجات الخطيرة تتسم ببعض الخصوصية، فالعيب لايتحدد بالتسليم فقط، وانما قد يتصل بالتصنيع و الانتاج والإعداد[3].

وبالنسبة لعقد البيع الالكتروني، فان الميعاد المحدد لقدم العيب سواء وقت البيع أو وقت التسليم ليس ذو اهمية كبيرة لان العيوب التي توجد في المبيعات المبرمة عبر الانترنت لابد ان تكون قديمة لان العيب يوجد فيها قبل نقل المخاطر للمشتري وهو ما قد يرتبط بنقل الملكية أو

1بشار طلال المومني، مرجع سابق، ص.168.

2 Philippe LETOURNEAU , Contrats informatiques et électroniques.op cit.,p.106.

3 شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، د راسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2005/2004، ص.107.

وقت التسليم،اما العيوب الناشئة بعد هذا التوقيت اي توقيت نقل المخاطر الى المشتري فإنها لا تدخل في نطاق العيب الخفي.

وكمثال على ذلك فان عيوب برامج المعلومات والتي من بينها فيروس الحاسب، فان المنتج الذي يوزع معه فيروسات بغرض تدميري، لابد ان يقوم بذلك أثناء مراحل إنتاج البرنامج نفسه وخاصة في مرحلة التصميم والبناء، واذا تسلل الفيروس الى البرنامج رغم حسن نية المنتج في مرحلة الانتاج، وذلك في البرامج سابقة التجهيز والمعدة مسبقا والتي تكون محلا لعقد البيع، ففي هذه المرحلة يتم انتاج العديد من أقراص البرنامج وذلك بنسخ البرنامج على هذه الاقراص، فاذا قامت الشركة المنتجة بعملية النسخ فانها تقوم بواسطة تابعيها ان وجد منهم من وزع الفيروس بقصد تخريبي أو لمجرد التجربة، فان المنتج يعد مسؤولا ايضا لان العيب (فيروس الحاسب) حدث اثناء فترة الانتاج، وهي مرحلة تسبق كلا من البيع والتسليم.

ومن أجل اثبات قدم العيب حتى يكون محلا للضمان، فانه يكفي المشتري في هذا الصدد أن يثبت وجود مصدر العيب أو نقطة بدايته قبل نقل تبعة المخاطر اليه حتى يمكن الاخذ بالعيب كعيب خفي رغم ظهوره في وقت لاحق لوجده بعد أن تسلم المشتري محل التعاقد وقام باستعماله[1]. وعليه فان عدم ظهور عيوب البرامج الا في وقت متأخر من تاريخ التشغيل يعد من ضمن أهم الصعوبات العملية المرتبطة بالطبيعة الخاصة ببرامج الحاسب، حيث لا تظهر فيها تلك العيوب والتي لا تسبب تلفا جزئيا للمبيع الا بعد فترة زمنية من استعمال البرنامج تطول نسبيا من ا لتسليم النهائ ي للبرنامج مما يصعب معه تحديد ما اذا كانت العيوب قديمة ام انها عيوب استجدت بعد التسليم[2].

1 ان ضمان العيب الخفي كانت يستهدف في البداية فقط مساندة الالتزام بالتسليم، غير أأن هذا الالتزام استقل تدريجيا وعرف توسعا جديدا هدفه تقديم أفضل حماية للمستهلك وضمان المخاطر، بالاضافة الى ذلك وضعت القوانين الحديثة فكرة الزام الصانعين بالسهر على ان تكون الاشياء التي يطرحونها في السوق لا تنال من سلامة المشترين، ومن هنا ظهر التزام مستقل يتعلق بالسلامة، فيليب ديبليك و ميشال جرمان، المرجع السابق، ص.859.

2 أشرف مصطفى ابو حسين، المرجع السابق،ص.372.

ثانيا : ان يكون العيب مؤثرا

اذا كان العيب ينقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه وحسبما هو مذكور في عقد البيع أو كما يظهر من طبيعته أو استعماله، فان العيب يكون بذلك مؤثرا وفقا لنص المادة 379 قانون مدني جزائري " يكون البائع ملزما بالضمان، اذ لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته،أو الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هومذكور في العقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله....".

يتبين من استقراء احكام النص ان الغاية الخاصة التي قصد المشتري ان يخصص المبيع لها دون ان تدل عليها طبيعة المبيع أو طريقة اعداده، ودون ان يعلن عنها المشتري للبائع لا تدخل في الاعتبار عند تحديد ما اذا كان العيب مؤثرا أو غير مؤثر[1].

اما المشرع الفرنسي المدني اعتبر العيب المؤثر ذلك العيب الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي اعده له والذي ينقص هذا الاستعمال الى حد أن المشتري ما كان ليشتريه وذلك في المادة 1641 بنصه " ان البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية التي تجعله غير صالح للاستعمال المقرر له أوا لتي تنقص من صلاحيته لهذا الاستعمال لدرجة ان المشتري لم يكن ليشتريه أولم يكن ليدفع فيه الا ثمنا أقل، لوعلم بهذا العيب ".

وتقدر جسامة العيب بمدى تاثيره في قيمة المبيع أو نفعه،ويتحدد ذلك التأثير بحسب الغاية المقصودة من المبيع، ولا يضمن البائع العيب الغير المؤثر اي العيب التافه الذي جرى العرف على التسامح فيه، وهو ما ذهب اليه المشرع المصري[2]،ويترك لقاضي الموضوع سلطة

1محمد حسنين، المرجع السابق، ص.155.

2نص المشرع المصري في المادة 448 من القانون المدني على حالة معينة ليس لها مقابل في القانون المدني الجزائري، وهي ان البائع لا يضمن عيبا جرى العرف على التسامح فيه، وهذا النص جاء تفسيرا لقصد المتعاقدين الضمني، غير انه اذا كان العرف قد جرى على التسامح في عيب معين وكان من شأن هذا العيب ان ينقص من منفعة ال شيئ المبيع بحسب

تقدير جسامة العيب على ضوء الواقع طبقا للظوابط السابقة، فالاخلال بالمنفعة أو النقص في القيمة لا يضمنه البائع الا اذا كان اخلالا محسوسا[1].

ويكفي لكي يعتبر العيب مؤثرا ان يخلو المبيع من صفة كان البائع قد اقر بوجودها في المبيع،اي ان تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري، ايا كانت طبيعتها، يعتبر عيبا موجبا للضمان،وعلى ذ لك اذا كفل البائع للمشتري ان المبيع به خاصية معينة، فاذا تخلفت هذه الخاصية فإن ذلك يعد عيبا موجبا للضمان.

وهو ماقضت المحكمة العليا في الجزا ئر في قرار لها ر قم 103934 مؤرخ في 1993/10/06 على أنه " من المقرر قانونا ان البائع ملزم بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أومن الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبماهو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر منطبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها، ولما كان من الثابت – من قضية الحال ان المستانف –اي الطاعن الحالي – لاينكر التشويه أو التزوير الملحق بالشاحنة المبيعة في اختلاف رقمها التسلسلي الاصلي مع الرقم الحالي، وان قضاة المو ضوع عندما اسسو قرارهم على ان البائع ملزم بضمان العيوب الخفية التي لايمكن للمشتري التعرف عليها لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي فإنهم عللو قرارهم بما فيه الكفاية و يتعين رفض الطعن"[2].

الغاية الخاصة التي قصدها المشتري والمبينة في العقد، التزم البائع بضمانها وهذا يعد اتفاق على تشديد الضمان،سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.288.

1خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص. 176، محمد حسين منصور، أحكام البيع.....، المرجع السابق،ص.316.

2 م، ق، 1994، العدد 02، ص.15.

وبتطبيق هذه الاحكام على عقد البيع الالكتروني نجد انه في عروض التجارة الالكترونية كأدوات الرياضة وأشرطة وما يصاحبها دائما من عرض مغر مؤثر على نفسية المستهلك بحيث يقبل على السلعة وهو واقع تحت تاثير هذا العرض المستمر، فإن مثل هذه المبيعات اذا ظهر فيها عيب خفي وجب ان يكون مؤثرا، وقداعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 24 اكتوبر 1995 أنه لا يعتبر عيبا مؤثرا العيب الذي لا يمنع من استعمال الشيئ والذي يكون من السهل اصلاحه[1] .

أما العيوب ذات الكيان المعنوي كفيروس الحاسب الالي في برامج المعلومات المباعة عبر الانترنت، فان الفيروس في معظم حالاته لا يؤثر على قيمة المبيع أو نفعه بالمعنى المباشر، ولكن ذلك لا يمنع من اعتباره عيبا خفيا لان المشتري لو علم باصابة البرنامج لما أقدم على شرائه[2]، غير أنه يعد أمرا مؤلوفا أن يتعرض البرنامج لتعطل في مرحلة بدايته وتجريبه، ولا يعد ذلك عيبا اذا صار يعمل بعد ذلك[3].

ثالثا: ان يكون العيب خفيا

يعتبر العيب خفيا اذ لم يتمكن المشتري أن يكتشفه بنفسه، لو انه قام بفحص المبيع بعناية الرجل العادي[4]، حيث انه لا ضمان يقع على البائع اذا اهمل المشتري فحص المبيع بعناية الرجل العادي[5]، اما اذا كان المشتري شخصا مهنيا متخصصا بالنسبة للمبيع الذي اشتراه، ففي هذه الحالة اذا ظهر العيب فيه يعتبر ظاهرا ولا يحق له الرجوع بالضمان لافتراض علمه به[6].

1 Cass.com,. 24 oct.1995. cité par Philippe LE TOURNEAU.Op cit.p.105.

2أشرف مصطفى ابو حسين، المرجع السابق،ص.372.

3 Philippe LETOURNEAU, Contrats informatiques et électroniques.Op cit.p.106.

4 سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية،2009 ،ص.293.

5محمد حسنين، المرجع السابق، ص.154.

6يوسف زاهية حورية، مرجع سابق،ص.293.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 379 /2 من القانون المدني على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري على معرفة بها وقت البيع أو كان يستطيع ان يتبينها بنفسه لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي. في حين أن المشرع الفرنسي نص صراحة في المادة 1642 من القانون المدني على ان البائع لا يكون مسؤولا عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي يكون بإمكان المشتري معرفتها[1].

ويقوم ضمان البائع لعيوب المبيع على أساس تفرقة جوهرية بين العيوب الظاهرة والعيوب الخفية، فاذا كان البائع ضامنا للعيوب الخفية فهو لا يضمن ما يلحق المبيع من عيوب ظاهرة[2]. غير أن ذلك لا يعني ان المشتري امام عيوب المبيع الظاهرة يكون مجردا من وسائل حماية مصالحه، فالمشتري له أولا الامتناع عن الشراء، وله ايضا رفض تسلم المبيع كما في حالة عدم مطابقة المبيع لما اتفق عليه، وله كذلك الامتناع عن الوفاء بالثمن تمسكا بالدفع بعدم التنفيذ[3]

وفي عقد البيع الالكتروني فان المبيع الذي هو بطبيعته معنوي كبرامج المعلومات المباعة عبر شبكة الانترنت، فإنه قد يصيبها عيب خفي كالفيروس والذي هو من طبيعته الخفاء، لان الفيروس يستخدم وسائل متعددة في الاختفاء منها ارتباطه بالبرامج الشائعة الاستخدام، وهناك فيروسات تدخل الى الحاسب الالي في شكل ملفات مخفية، وهناك فيروسات تستقر في أماكن

[1] Article 1642 code civil français « Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même

2 قضت المكمة العليا في الجزائر في قرار لها رقم 202940 الم ؤرخ في 1999/07/21 بأنه (...إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض طلب المدعي الرامي الى ابطال البيع وارجاع الثمن لعيب خفي في المبيع بحجة أن البائع في مجال بيع السيارات القديمة غير ملزم بالضمان جاء بتعليل خاطئ لان البائع ملزم بضمان العيوب الخفية عندما يتعذر على المشتري نفسه اكتشاف هذا العيب أو عندما يكون المبيع مشوبا بعيوب تنقص من قيمته فكان يتعين عندئذ التحقق عما اذا كان العيب المثار من طرف المشتري عيبا خفيا ينقص من قيمة المبيع أو لا، ومتى كان ذلك كذلك يتعين نقض القرار المطعون فيه)، المجلة القضائية عدد02، سنة 2000، ص.88.

3 محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص.331.

معينة يصعب على المستخدم المتيقظ ملاحظتها مثل الذاكرة، وتنتظر حتى تشير ساعة الحاسب الالي الى تاريخ معين، فتقوم بتشغيل نفسها وتنفيذ أعمال تدميرية.

ففي مثل هذه الحالات المذكورة فإن الأمر يحتاج الى تجربة المبيعات لمدة أكثر بحيث اذا تخلف الوصف المشترط كان للمشتري أن يعود على البائع بالضمان، وتختلف طبيعة الفحص بحسب اختلاف صفة المشتري، بحيث انه لو كان محترفا متخصصا في المجال الذي انعقد فيه عقد البيع فعليه ان يقوم بالفحص الدقيق اذ يفترض علمه بالعيب ، كما هو الحال في مشتري برامج معلومات اذا كان متخصصا محترفا في هذا المجال.

غير أن الاشكال يطرح في عقد البيع الالكتروني في كيفية اثبات العيب الخفي وقدمه في المبيع ومطابقة المواصفات، فلو قام المشتري بشراء برنامج الحاسب الالي مثلا ثم ادعى اصابته بافة تعيبه ولا تحقق له المنفعة المرجوة منه، فعليه في هذه الحالة أن يثبت أنه لو علم بهذا العيب عند التعاقد ما أقدم عليه أو لعرض فيه مقابلا أقل مما دفعه للحصول على المبيع[1].

رابعا : عدم علم المشتري بالعيب

لا يكفي ان يكون العيب خفيا، بل يجب ان يكون المشتري غير عالما به وقت العقد،فلو ان المشتري كان يعلم بالعيب رغم خفائه فان البائع لا يكون ضامنا له، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 379 بأنه "...ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع".

فلو كان المشتري على علم بالعيب وقت البيع سقط الضمان ولو كان العيب خفيا، لأن المشتري عندئذ بإقدامه على شراء المبيع وهو عالم بعيبه تم اعتباره راضيا به[2]، وحتى يتمكن

1أشرف مصطفى ابو حسين، المرجع السابق،ص.370.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص.177.

المشتري من حقه في ضمان العيب الخفي يجب عليه أن يبادر بفحص المبيع فور تسلمه وإخطار البائع العيب فور اكتشافه[1].

ويتحقق علم المشتري بالعيب، وبالتالي يسقط حقه في الضمان، أيا كان مصدر هذا العلم، اي سواء كان البائع هو الذي أعلم المشتري بالعيب، أو أخبره بامكانية توافر هذا العيب ونصحه باستطلاع رأي خبير أو متخصص ، أو كان هذا العلم عن طريق مايرفق من أوراق خاصة بطريقة استعمال المبيع، أو كان المشتري قد توصل الى العلم بالعيب بنفسه عن طريق ما يتوافر لديه من خبرة فنية أو نتيجة استعانته بخبير[2].

فاذا كان العيب موجودا في المبيع وقت البيع، فيكفي حتى يتخلص البائع من الضمان، ان يثبت أن المشتري على علم بالمبيع سواء وقت البيع أو وقت التسليم، اما اذا طرأ العيب بعد البيع وقبل التسليم، فان اثبات علم المشتري به لا يكون وقت التسليم، والعلم الذي يسقط به حق المشتري في الضمان هو العلم الحقيقي لا العلم المفترض[3].

اما البائع، فلا يعتد بجهله أو علمه للعيب بالمبيع، فهو يقوم بضمانه دائما،وقد يترتب على علمه دون اخبار المشتري به صدور غش منه أو تدليس، مما يترتب عنه تشديد مسؤوليته[4].

وفي حالة ما تعمد البائع إخفاء العيب عن المشتري بهدف الغش، يكون البائع ضامنا للعيب حتى يمتنع عليه الاستفادة من غشه، و يتعين في هذه الحالة ايضا الا يكون المشتري عالما بالعيب وقت البيع، فاذا كان يعلم به لا يكون له الرجوع على البائع بالضمان، اما اذا

1عزري الزين، المرجع السابق، ص.196.

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.334.

3سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 296. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.382.

4 سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.296.

كان من ا لسهل عليه أن يكتشف العيب لو أنه قام بالفحص المعتاد ولكنه لم يفعل ذلك، فان له حق ا لرجوع بالضمان متى تعمد البائع اخفاء العيب بقصد الغش[1].

وكمثال عن عقد البيع الالكتروني اذا قام المستخدم بشراء برنامج حاسب الي من المورد (البائع)، وادعى انه معيب ولا يحقق المنفعة المرجوة منه، فيجب في هذه الحالة على المدعي اثبات وجود العيب في البرنامج الذي يقلل من كفائته في تحقيق الهدف المقصود، وان يثبت انه لو كان على علم بهذا العيب لما أقدم على الشراء أو التعاقد، كما ان البائع قد يدعي عدم علمه بالعيب أو أن المبيع سليم.

ولذلك فان عملية إثبات وجود العيب الخفي في برامج الحاسب الالي ليس أمرا سهلا، بل يحتاج الى خبراء فنيين لكشف العيب، ومعرفة أسباب عدم أداء البرنامج لوظيفته المقصودة[2].

وبعد بيان شروط العيب الخفي في عقد البيع الالكتروني، نتطرق بالدراسة الى أحكامه.

الفرع الثالث

أحكام ضمان العيوب الخفية

إذا توافرت الشروط السابقة بالنسبة لضمان العيوب الخفية، وجب على البائع الضمان[3]، كما وجب على المشتري حفاضا على حقه في الرجوع على البائع بالضمان، أن يرفع دعوى الضمان خلال مدة معقولة.

---

1 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.340.

2 بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص.172.

3 رغم أن البائع ملزم بتحذير المشتري من مخاطر الشيئ المبيع، غير أنه هذا الالتزام في حالة توافر الشروط السابقة يعتبر غير كافيا ويصبح البائع ملزما بالضمان، لذلك يختلف الالتزام بضمان العيب الخفي عن الالتزام بالتحذير من حيث مصدر كل منهما فالالتزام بالضمان يجد مصدره في المواد من 379 الى 386 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمواد من 1641 الى 1649 من التقنين المدني الفرنسي. في حين أن الالتزام بالتحذير هو من صنع وخلق القضاء نتيجة لما حدث من قصور

غير أن دعوى الضمان تثير العديد من المسائل، ولعل من أهمها واجبات المشتري وحقوقه في هذه الدعوى.

أولا :واجبات المشتري لحفظ حقه في الضمان

يجب على المشتري حتى يحصل على الضمان، أن يقوم بتفحص الشيئ المبيع بعناية الرجل العادي أثناء التسليم، واذ اكتشف العيب أثناءه عليه إخطار المشتري بذلك في مدة معقولة، وهذا وفقا لنص المادة 380 من القانون المدني على أنه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب القواعد التعامل التجارية فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل إعتبر راضيا بالبيع.

غير أنه اذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخطر البائع بذ لك و إلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب".

والإستلام المقصود به في عقد البيع الالكتروني هو الاستلام الفعلي الذي تنتقل فيه حيازة المبيع الى المشتري، فلا يكفي لبدء احتساب مدة الفحص مجرد التسليم القانوني، والذي يتم بمجرد وضع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك. كما تقتضي طبيعة هذا العقد اطالة مدة فحص المبيع عن تلك المحددة في عقد البيع التقليدي [1].

التزام البائع في ضمان العيب الخفي عن تحقيق الحماية اللازمة للمشتري في مجال البيوع التي ترد على أشياء أو منتجات خطرة، كما يختلفان من حيث نطاق كل منهما، فالإلتزام بالتحذير أوسع نطاقا من الالتزام بضمان العيب الخفي حيث يقتصر هذا الاخير على الاشياء التي يكون فيها المبيع مشوبا ببعض العيوب الخفية فقط. بينما يمتد نطاق الالتزام بالتحذير الى كافة الحالات التي يتسم فيها المبيع بالخطورة سواء كان خطرا بسبب طبيعته أم بسبب جديته وحداثته أم بسبب كونه دقيقا في تركيبه وصعبا في استعمالهن كما يختلف لاالتزامن من حيث طبيعتهما. فالالتزام بصمان العيب الخفي هو التزام بتحقيق نتيجة، في حين أن الإلتزام بالتحذير من مخاطر الشيئ المبيع هو هو التزام ببذل عناية. عليان عدة، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيئ المبيع، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص 32-30.

1 أشرف محمد مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.387.

وبذلك فإنه على المشتري بعد تسلمه المبيع وإكتشاف العيب، أن يقوم بإخطار البائع خلال مدة معقولة[1]، وتقدير هذه المدة أمر يستقل به قاضي الموضوع. فإذا قام المشتري بهذا الاخطار فيكون بذلك قد حفظ حقه في الرجوع بالضمان. أما اذا لم يخطر البائع بالعيب أوأخطره بعد فوات المدة، فلا يجوز له الرجوع بضمان العيب الخفي على البائع لأنه يعتبر راضيا بالمبيع، وسقط عن البائع الالتزام بالضمان حتى ولو لم تكن دعوى الضمان قد تقادمت بانقضاء سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع [2].

وبالنسبة لشكل الإخطار، فالمشرع الجزائري لم يشترط فيه شكلا معينا، فيمكن ان يتم كتابة على يد محظر قضائي ، ويمكن أن يتم شفاهة[3]، ويقع على المشتري عبئ قيامه بهذا الإخطار[4]، ويمكن في عقد البيع الالكتروني أن يتضمن العقد بندا يتم الا تفاق فيه على اجراء أي إخطار يتعلق بموضوع العقد عن طريق البريد الالكتروني، بحيث يكون لهذا الإخطار نفس الحجية والأثر القانوني للإخطار التقليدي[5].

1 إن الاخطار لا يغني عن رفع دعوى الضمان، بل يجب أن ترفع الدعوى خلال خلال سنة من تسلم المبيع وفقا للمادة 383 من القانون المدني الجزائري بنصها (تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء س نة من يوم تسليم المبيع ، حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب الا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول)

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.389.

3 إن الاخطار الشفهي قد يثير إشكال يتعلق باثباته، حيث أنه يتعين على المشتري تقديم الدليل على أنه قام بإخطار البائع بوجود العيب، في الوقت المناسب، وذلك عن طريق الاستعانة بأحد وسائل الاثبات المنصوص عليها قانونا، على أساس أن الامر يتعلق بواقعة مادية يمكن اثباتها بجميع الطرق من بينها البينة والقرائن، فإذا قام المشتري بإخطار البائع بوجود العيب شفاهة كما لو اكتفى بالاتصال به هاتفيا مثلا، فإنه سيصعب عليه تقديم الدليل على ذلك مما قد يؤدي الى حرمانه من الضمان،وسرعة الاخطار البائع بالخلل المؤثر على صلاحية المبيع للعمل يعد أمرا حيويا نظرا لطبيعة المبيع، فالاشياء موضوع الضمان هي في الغالب أجهزة دقيقة الصنع والخلل فيها سريع التطور والتأثير لذا فإنه من الاهمية بمكان سرعة اخطار البائع حتى يتسنى له معرفة الخلل واصلاحه قبل تفاقمه. أشرف محمد مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.432.

4 سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.301.

5 أشرف محمد مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.392.

واذا توافرت شروط ضمان العيب واخطر المشتري البائع بالعيبب في الوقت المحدد، كان له أن يرجع على البائع بدعوى ضمان العيب، وذلك بالاضافة الى حق المشتري في طلب الفسخ أو التنفيذ العيني ، حيث يمكنه المطالبة بإصلاح المبيع أو استبداله كليا أو جزئيا متى كان ذلك ممكنا[1].

ثانيا: حق المشتري في دعوى ضمان العيوب الخفية

تطرق المشرع الجزائري لحق المشتري في دعوى الضمان العيوب الخفية في مادة وحيدة قامت بالإحالة الى أحكام الاستحقاق الجزئي، حيث ينص المشرع في المادة 381 من القانون المدني على أنه " إذا أخبر المشتري بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا لنص المادة 376".

وبالرجوع الى نص المادة 376 نجد أنها تحدد موضوع الدعوى بالنظر الى درجة الخسارة التي لحقت المشتري بسبب الإستحقاق الجزئي للمبيع، وبمقتضى تطبيق هذه الأحكام على دعوى ضمان العيوب الخفية فإنه يتطلب الأمر التفرقة بين ما اذا كان العيب جسيما أو يسيرا لحصر الدعوى المتاحة أمام من يقوم شراء شيئ معيب.

1.- حالة العيب الجسيم:

يعتبر العيب جسيما اذا كان نقص المنفعة بسببه قد وصل مبلغا لو كان المشتري قد علم به عند التعاقد لما أتم التعاقد[2]، وتعد جسامة العيب مسألة موضوعية تخضع لتقدير قضاة الموضوع الذين يمكنهم الاستعانة بخبير من أجل البحث فيما اذا كان العيب جسيما أو يسيرا [3]

1 أشرف محمد مصطفى أبو حسين، المرجع السابق،ص.394.

2 محمد حسنين، المرجع السابق، ص.161.. سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.305.

3 سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص.177.

وعليه اذا كان العيب جسيما بحيث أن المشتري لو علم بوجوده لما أتم العقد ، وجب إعمال المادة 376 من القانون المدني الجزائري، والتي بمقتضاها يستطيع المشتري الاختيار بين الاحتفاظ بالمبيع والرجوع على البائع بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب العيب، و بين رد المبيع للبائع كما هو بالعيب اللاحق به[1]، واذا كان البائع حسن النية، اي لايعلم بوجود العيب فلا يكون مسؤولا إلا عن تعويض الضرر المتوقع فقط وقت ابرام العقد، أما ا ذا كان سيئ النية ويعلم بالعيب، فيكون مسؤولا عن الضرر المتوقع وغير المتوقع طبقا للقواعد العامة للمسؤولية[2].

2 حالة العيب غير الجسيم :

يعتبر العيب غير جسيم اذا لم يبلغ الحد الذي كان يجعل المشتري لا يتم العقد لو علم به، وفي هذه الحالة لا يكون للمشتري أن يرد المبيع، بل يجب عليه أن يحتفظ به مع مطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب نقص قيمة المبيع أو نقص منفعته نتيجة هذا العيب ، كما لا يمكن في هذه الحالة للمشتري مطالبة البائع بالفسخ، لكن يمكن له أن يطالب البائع بالتعويض[3]

وفي الحالة التي يتمكن فيها البائع من تقديم دليل على سوء نية البائع، فإنه يمتد الحق في التعويض ليشمل الاضرار المتوقعة وغير المتوقعة، أما اذا لم يلحق المشتري ضرر من العيب فلا مجال للمطالبة بالتعويض في جميع الاحوال، اذ لا فرق في ذلك بين ما إذا كان العيب يسيرا أو كان جسيما واختار المشتري الاحتفاظ بالمبيع[4]

1 سعدي فتيحة، المرجع نفسه، ص.178.

2 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 394.

3 محمد حسنين، المرجع السابق،ص.162.

4 سعدي فتيحة، المرجع السابق، ص.182.

ولأن عقد البيع الالكتروني يعد عقدا ملزما للجانبين، وبموجب هذه الصفة فإنه يرتب التزامات على عاتق المشتري مقابلة للإلتزامات الملقاة على البائع، وهو ما سنتعرض له في الفصل الثاني.

الفصل الثانـــي

التزامـات المشتـــري

لا تختلف التزامات المشتري في مجال التجارة الالكترونية عن تلك التي تنص عليها القواعد العامة التقليدية، وهذا بالرغم من أن عقد البيع الالكتروني هو عقد خاص من حيث ابرامه وتنفيذه، فإنه يبقى دفع الثمن واستلام المبيع التزامين يتحملهما المشتري.

غير أنه تبقى كيفية وطرق تنفيذ المشتري لإلتزامه بدفع الثمن، وزمانه ومكانه، ومدى ملاءمة طرق الدفع أو الوفاء التقليدية، مع طرق الدفع المستحدثة عبر الانترنت، تثير العديد من الاشكالات القانونية، ذلك أن أهم ما يقلق المتعامل في التجارة الالكترونية هو كيفية الدفع الالكتروني، ووسائل الامان المتوفرة في ذلك.

لأنه وان كان دفع الثمن في التعاقد التقليدي يتم بأحد وسائل الوفاء المعروفة إما نقدا أو بشيك أو حوالة، فإن دفع الثمن في التعاقد الالكتروني أيضا له أكثر من وسيلة، فقد يتم بإحدى وسائل الدفع المطورة كالتحويل البنكي الالكترني أو عن طريق الأوراق التجارية الالكترونية كالسفتجة الالكترونية ، بالاضافة الى أنه قد يتم بإحدى وسائل الدفع الالكتروني المستحدثة كبطاقة الدفع الالكتروني والنقود الالكترونية.

أما الالتزام الثاني الذي يقع على المشتري في عقد البيع الالكتروني بعد الالتزام بالدفع هو الالتزام بتسلم المبيع وتحمل نفقاته، وهو يعد التزاما مقابلا لإلتزام البائع بالتسليم، باعتبار أن عقد البيع الالكتروني يرتب التزامات متقابلة بين طرفيه.

وعليه نقسم دراستنا لهذا الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الأول التزام المشتري بدفع الثمن، وفي المبحث الثاني التزام المشتري بتسلم المبيع وتحمل النفقات.

المبحث الأول

التـزام المشتري بدفع الثمـن

يعد الثمن الالتزام الاساسي الذي يقع على المشتري، والثمن مبلغ نقدي معين المقدار أوقابل للتعيين، والأصل أن يتفق الطرفان على ثمن البيع، ومع ذلك يعد البيع صحيحا اذا لم يكن الثمن مقدرا فعلا ولكنه قابل لتعيين، وكانت الأسس التي يقوم تقدير الثمن محلا لإتفاق الطرفين صراحة أو ضمنا[1].

غير أنه وإن كان الثمن من العناصر الأساسية التي يجب لطرفي العقد الاتفاق عليها، كمحل يلتزم به المشتري مقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع وفقا لما تقرره القواعد العامة، وكان يمكن تأجيل الاتفاق عليه فيما بعد أو ترك تقديره لأجنبي، إلا أنه أصبح ذا خصوصية ظاهرة في كافة أشكال البيع عن بعد خاصة في عقد البيع الالكتروني، حيث اتجهت معظم التشريعات الحديثة الخاصة بحماية المستهلك الى اعتباره الركيزة الأساسية التي يتميز بها العرض الالكتروني لإعتباره ايجابا ينعقد به العقد، حيث أنه بالاضافة الى عناصر المبيع ومواصفاته وكل ما يتعلق به من بينات، يجب أن يتضمن عرض البائع عبر الانترنت تحديد الثمن المقابل للسلعة أو الخدمة المعروضة[2].

كما يعد دفع الثمن في عقد البيع الالكتروني ذو أهمية بالغة، ذلك لكون أن تطور التجارة الالكترونية مرتبط بوضع نظام قانوني للمبادلات الالكترونية ولوسائل الدفع الالكتروني

1 طاهر شوقي مومن، المرجع السابق، ص.91.

2 وهو ما أشار اليه التوجيه الأوربي رقم 7 لسنة 1997 بشأن حماية المستهلك في العقود عن بعد الى أن من المعلومات التي يجب العلم بها لحظة الايجاب وقبل ابرام العقد هي الثمن، وكذلك القانونى التونسي بشأن المعاملات الالكترونية الذي نص صراحة على وجوب أن يوفر البائع للمستهلك بطريقة واضحة، قبل ابرام العقد سعر المنتج وذلك في الباب الخامس للفصل 20 من قانون المعاملات الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

مؤمنة [1]، بالاضافة الى مايتميز به عقد البيع الالكتروني من تسليم لا مادي وعن بعد كل ذلك زاد من أهمية الدفع الالكتروني.

المطلب الأول

مضمون الالتزام بالدفع الالكتروني

يقوم الالتزام العقدي الوارد على العقود الالكترونية و العقود التقليدية على مجموعة من الالتزامات، حيث يلتزم المتعاقد بتقديم سلعة أو منتج أو خدمة نظير مقابل معين يتعين الوفاء به، سواء كان الدفع بالطرق التقليدية أوبطرق الوفاء الحديثة.

ويعتبر الالتزام بدفع الثمن في عقد البيع الالكتروني، وكذلك العقود التقليدية مسألة هامة وركنا جوهريا فيها[2]، ويتم عادة تنظيم أحكام الدفع وتفاصيله بصورة واضحة، خاصة أن دفع الثمن يتم عن بعد وعبر وسائل الدفع الالكترونية الحديثة[3]

ويمكن لنا أن نبين مضمون الوفاء الالكتروني من خلال التطرق لتعريف عملية الدفع الالكتروني والخصائص التي تتميز بها هذه العملية.

---

[1] Naimi CHARBONNIER Marine ,Op.Cit,p.173.

2 تجب الملاحظة أنه رغم ما للدفع الإلكتروني من أهمية كبيرة والتي أدت الى نجاح التجارة الالكترونية عبر الانترنت حيث مكنت من تسديد قيمة المبيعات من خلال وضع أرقام خاصة على شاشة الكمبيوتر، لكن هذا الوفاء شكل في الوقت نفسه أهم المشكلات التي واجهت التجارة الالكترونية، وذلك بسبب إمكانية الحصول على المعلومات الشخصية الخاصة بشخص المستخدم كالمعلومات الخاصة ببطاقته البنكية،أو المعلومات الخاصة برصيده الحسابي، أو المعلومات الخاصة بهويته حيث يكون في استطاعة فئة المخترقين أو غيرهم السطو عليها واستنساخها، أو استعمالها لمصلحتهم الخاصة أو العبث بها، لأن شبكة الانترنت شبكة مفتوحة ومتاحة للجميع،حيثأصبحت تتيح في الأونة الاخيرة برامج يمكن الحصول عليها مجانا على الشبكة تمكن من الجوسسة والتلصص على المواقع أو عنأويين البريد الالكتروني لرصد جميع الحركات والمعأومات المتدأولة بداخلها، راجع في ذلك،حوحو يمينة، المرجع السابق،ص.263.

3 مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص.391.

الفرع الأول

مفهوم الدفع الالكتروني

تقتضي دراسة مفهوم الدفع الالكتروني التطرق الى تعريفه، والى طبيعته القانونية، والى بيان خصائصه.

أولا : تعريف الدفع الالكتروني

يعرف الدفع الالكتروني بأنه "تصرف قانوني يكون الهدف من ورائه تسوية دين ثابت في ذمة شخص ما لصالح شخص اخر، كنتيجة لوجود معاملة تجارية تجري بينهما عبر شبكة الانترنت، وذلك إما بإستخدام وسائل دفع موجودة أو معروفة من قبل وتم تطويرها لتتوافق مع حاجات التجارة الالكترونية كالتحويل البنكي الالكتروني، الأوراق التجارية الالكترونية، وإما بالرجوع الى وسائل الدفع المستحدثة مثل النقود الالكترونية"[1].

كما يعرف الدفع الالكتروني بأنه قيام المدين بوفاء[2] دينه عن طريق استخدام أحد وسائل الوفاء الالكترونية الحديثة ويترتب عليه ابراء ذمته تجاه دائنيه في العملية التجارية الالكترونية[3]، كما تم تعريف عمليات الدفع الالكتروني بأنها كل عملية تحويل أموال خلاف العمليات المنشأة بموجب شيك، أو سند، أو أية أوراق أخرى، وتجري إنفاذا لتعليمات بواسطة

1سامي عبد الباقي أبوصالح،الوفاء الالكتروني بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد الثالث والعشرون، جامعة القاهرة،2006، ص.22.

2 الوفاء قانونا هو تنفيذ الالتزام،سواء كان الالتزام بإعطاء شيئ،أوعمل شيئ، وسواء كان هذا الشيئ نقودا أو غير نقود،ويعد الوفاء تصرفا قانونيا، و يجب أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرهh افي التصرفات القانونية، وينعقد الوفاء في صورته العادية بإرادتين، إرادة الموفي الذ ي قام بتنفيذ الالتزام، وارادة الدائن الذي قبل هذا الوفاء، وقد ينعقد بارادة واحدة، وذلك اذا لم يقبل الدائن الوفاء والتجأ المدين الى الايداع ، محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام،دراسة مقارنة في القوانين العربية،دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.298.

3 كوثر عدنان خالد، المرجع السابق، ص.552.

نقطة الكترونية عبر أية وسيلة اتصال، ويقصد بالنقطة الالكترونية، الجهاز الالكتروني الذي يسمح بإنشاء عملية تحويل أموال الكترونيا[1].

وعلى صعيد التشريعات العربية، فقد عرف مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري الدفع الالكتروني بأنه "وفاء بالتزام نقدي بوسيلة الكترونية كالشيكات والكمبيالات الالكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة وغيرها".

كما ورد بمشروع القانون اللبناني بشأن عمليات الدفع الالكتروني بأنه "كل عملية تحويل أموال، خلاف العمليات المنشأة بموجب شيك أو سند أو أية أوراق أخرى،تجرى إنفاذا لتعليمات بواسطة نقطة الكترونية، عبر أية وسيلة اتصال،ويقصد بالنقطة الالكترونية، الجهاز الالكتروني الذي يسمح بإنشاء عملية تحويل أموال الكترونيا"[2].

وقد جاء في القانون التونسي أن وسيلة الدفع الالكتروني" هي الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات"[3].

وبالاضافة الى هذه التعاريف التي عالجت مفهوم الدفع الالكتروني، فإن هناك عقود نموذجية[4] حأولت تحديد كافة المسائل المتعلقة بالوفاء الالكتروني كالعقد النموذجي الفرنسي، حيث يحدد العملة المستخدمة في والوفاء،ومدى جواز الوفاء بعملة أجنبية، كما يحدد نفقات التسليم، وغير ذلك من الأمور، حيث ينص العقد على أن السلعة المباعة تظل مملوكة للبائع

1 صفوان حمزة الهواري، المرجع السابق، ص.234.

2 المادة 18 من مشروع قانون عمليات الدفع الالكترونية اللبناني،مشار اليه من طرف عمر عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص.378.

3 القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشان المبادلات والتجارة الالكترونية، الفصل الثاني الباب الأول.

4 العقد النموذجي تم في فرنسا من أجل تسهيل التعاقد عبر الانترنت لتنظيم العلاقة بين التجار والمستهلكين، وتم اعتماده من مكتب غرفة التجارة لباريس في 30أبريل 1998 ومن اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الالكترونية في 04 ماي 1998.

لحين الوفاء الكامل بثمنها ومصروفات الشحن والجمارك والرسوم[1]، ويكمن الهدف من تحديد المسائل المتعلقة بالدفع الالكتروني في حماية العمليات التجارية الالكترونية [2].

ورغم أنه يمكن ان يقوم المشتري باستعمال الطرق التقليدية المتبعة في التعاقد بين غائبين للوفاء بمقابل السلعة أو الخدمة،وذلك مثل إرسال شيك أو رقم كارت بنكي عن طريق البريد أو من خلال الفاكس أوارسال البيانات الخاصة بحسابه البنكي، حيث يستطيع البائع من خلال هذه البيانات اقتطاع الثمن من حساب المشتري، غير أن هذه الوسائل لا تتلائم وخصوصية التجارة الالكترونية ومقتضيات السرعة فيها، فضلا عن أنها تنطوي على مخاطر كشف سرية رقم الحساب والكارت البنكي وسوء استعمالها[3].

ولأن الوسائل التقليدية للوفاء غير مناسبة وكافية لتسهيل التعامل الذي يتم عن بعد في بيئة غير مادية، ومن هنا كانت أهمية ابتكار أسلوب سداد يتفق وطبيعة التجارة الالكترونية، وهو الدفع الالكتروني، ونظرا لطبيعة المعاملات التجارية الالكترونية، والتي تتم دون تقابل مادي بين أطراف التعاقد،والتي تتسم بالسرعة مع استخدام التقنيات التكنولوجية الحديثة، فكان لزاما أن تتطور وسائل الوفاء لتتناسب وطبيعة تلك المعاملات[4].

غير أنه يجب القول أنه لا يعد الانترنت الوسيلة الوحيدة المستخدمة في مجال الدفع الالكتروني، وإنما هناك من يدعو الى ترقية الوسائل الأخرى، وذلك على غرار الاكسترانت والهاتف النقال الذي يعد الوسلة الاكثر تدأولا لدى الأفراد حاليا، وهو الأمر الذي سعت اليه

1 صفوان حمزة الهواري، المرجع السابق، ص.235.

2 « Le commerce électronique offre un certain nombre d'instruments et de mécanismes de paiement en ligne pour permettre que le prix d'une transaction soit réglé dans des conditions de sécurité satisfaisante.L'enjeu ,en effet , du paiement électronique est d'assurer la sécurité des opérations de commerce en ligne…. » Chiheb GHAZOUANI, Le contrat de commerce électronique international, Latrch édition, Tunis,2011 ,p.149.

3 صفوان حمزة الهواري، المرجع السابق، ص.235.

4 كوثر عدنان خالد، المرجع السابق، ص.552.

شركة (Tagattitude) التي تسعى الى تطوير السوق الافريقية في هذا المجال، حيث سعى مؤسسها الى تطوير دفع وسحب الاموال بالهاتف النقال، خاصة في البلدان الاقل تطورا في استعمال تقنيات الدفع الالكتروني، وهذا بالتعأون مع البنوك المحلية والمؤسسات الخاصة في هذا المجال[1].

ثانيا: الطبيعة القانونية للدفع الالكتروني

يعتبر الوفاء في شكله العام واقعة مختلطة، اذا أنه يجمع بين التنفيذ المادي للإلتزام وبين الاتفاق على قضاء الدين، ويكون عنصر التصرف القانوني فيه غالبا، ويعد الوفاء بذلك اتفاق بين كل من الدائن والمدين على قضاء الدين، ويشتمل الوفاءعلى أمرين، الأول هو كونه اتفاق، والثاني هو اتفاق على قضاء دين معين[2].

ويشترط لصحة الوفاء أن يتوافر فيه ركن الرضا في جانب الموفي والموفى له، وذلك عن طريق تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين. كما يشترط فيه أن يكون صادرا عن شخص مميز وإرادة سليمة خالية من العيوب الارادة كالغلط والتدلس والاستغلال[3].

ولا يختلف الوفاء الالكتروني عن الوفاء التقليدي من حيث كونه تصرفا قانونيا يتضمن اتجاه الارادة الى احداث أثر قانوني معين، ولكن يكمن الخلاف في طريقة اتمام الوفاء أو طريق التنفيذ المادي للالتزام بحسب ما اذا كانت وسيلته تقليدية أو الكترونية[4].

---

1 Patrick DESAVIE , Avec tagattitude le téléphone paie, article du 23/01/2009 in : www.tagattitude.fr date visite de site le 05/11/2014.

2 سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.12.

3 تنص المادة 263 من القانون المدني الجزائري على أنه " يشترط لصحة الوفاء، أن يكون الموفي مالكا لشيئ الذي وفى به، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه ".

4 يترتب على اختلاف الوسيلة المستخدمة في الوفاء الالكتروني عن الوسيلة التي يتم بها الوفاء التقليدي، اختلاف في القواعد المطبقة، وأهم هذه هذه القواعد هي القواعد المتعلقة بالاثبات. كما يترتب على اختلاف طبيعة الوفاء الالكتروني أنه في حالة اعتباره واقعة قانونية ففي هذه الحالة يمكن اثباته بجميع وسائل الاثبات، بينما في حالة اعتباره تصرف قانوني فإنه يخضع في

فالوفاء الذي يتم بوسيلة تقليدية هو وفاء يكون باستخدام النقود الورقية أو المعدنية أو بإستخدام الأوراق التجارية كالشيك والسفتجة، أو بالرجوع الى وسيلة تحويل بنكي من حساب الى حساب اخر موجود في نفس البنك أو بنك اخر. أما الوفاء الذي يتم بوسيلة الكترونية، فهو يجري في بيئة غير مادية تبرم التصرفات القانونية بداخلها عن طريق استخدام وسائل الاتصال الحديثة وبالأخص شبكة الانترنت[1].

ونتيجة اختلاف وسيلة الوفاء، فقد وقع اختلاف بالنسبة للوفاء الالكتروني في طبيعته القانونية، فهناك من يرى أنه واقعة مختلطة[2]، إذ أن الوفاء اتفاق بين طرفين على تسوية دين معين فهو تصرف قانوني يجب أن تتوافر فيه شروطه. كما أنه يهتم بكيفية التنفيذ المادي للالتزام بالوفاء، لكنه رغم اعتباره أن الوفاء الالكتروني واقعة مختلطة، إلا أنه يعتبر أن عنصر التنفيذ المادي للالتزام هو الغالب، ويظهر لك بوضوح من خلال التركيز عند معالجة الوفاء الالكتروني على وسائل الدفع الالكتروني أكثر من التركيز عليه كتصرف قانوني يتفق بموجبه الطرفان على الوفاء بدين معين.

غير أن هناك من فرق في بيان الطبيعة القانونية للوفاء الالكتروني بحسب وسائل الوفاء، فبالنسبة للوفاء الالكتروني باستخدام بطاقات الائتمان في الدفع فهنا تعد عملية بنكية الكترونية حديثة تتضمن أداة دفع ووسيلة ائتمان في ذات الوقت، ولها طابع مميز وخصائص معينة تفرضها هذه الطبيعة الخاصة[3]. أما الوفاء الالكتروني من خلال شبكة الانترنت باستخدام

اثباته الى القواعد الخاصة باثبات التصرفات القانونية، لمزيد من التفاصيل، راجع في ذلك صفوان حمزة الهواري، المرجع السابق، ص.235.

1 سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص. 14.

2 المرجع نفسه، ص. 12.

3 في بداية الامر كان يتم استخدام بطاقات الوفاء الالكتروني بطريقة مباشرة ما بين المشتري والبائع دون استخدام أية رموز لرقم كارت المشتري البنكي، وقد نسبة البيوع التي تتم باستخدام هذه الوسيلة تصل الى 25، فالمشتري كان يدون رقم كارته البنكي كما هو، بطريقة غير مشفرة، وكان التاجر الفضائي يخزن هذا الرقم مباشرة في بطاقة، ثم يرسله الى بنك المشتري لأجل الاقتطاع من حسابه بعد أن يكون المشتري قد قام باستيفاء الصيغة المقدمة من البائع ويرسلها مباشرة عبر الانترنت، وكان يتم

النقود الالكترونية فهذه النقود لها طبيعة خاصة تجعلها نوعا متميزا من أنواع النقود، وما يؤكد ذلك أنها لا تتمتع بقبول عام كما هو الحال في النقود الحقيقية[1] .

غير أنه يظهر أن الرأي القائل بأن الوفاء الالكتروني هو واقعة مختلطة هو الأرجح وذلك أن الوفاء اتفاق بين طرفين على تسوية دين معين، ومن ثم فهو تصرف قانوني يجب أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني من أركان، كما أنه يهتم بكيفية التنفيذ المادي للالتزام بالوفاء.

ثالثا :خصائص الدفع الالكتروني

تعتبر التجارة الالكترونية بيئة غير مادية تتم فيها المعاملات التجارية، حيث تغيب فيها الدعائم الورقية، ونظرا لدولية شبكة الانترنت، فوسائل الدفع الالكتروني المستعملة من خلالها تكون ذات طبيعة دولية أيضا، بمعنى تكون مقبولة من طرف جميع الدول، اذ أن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات يتم عبر فضاء الكتروني مفتوح بين مستخدمين من مختلف الدول، وهو الأمر الذي جعل الدفع الالكتروني يتميز بعدة خصائص جعلته يحتل مكانة رئيسية وأساسية في ميدان التجارة الالكترونية، وذلك مراعاة لمقتضيات تطورها المستمر والسريع.

1 يتسم الدفع الالكتروني بالطبيعة الدولية :

يعتبر الدفع الالكتروني وسيلة مقبولة من جميع الدول، حيث أنه يحظى بالقبول العام من جانب المؤسسات والافراد المتعاملين به خاصة مع التوجه نحو عولمة المبادلات التجارية حيث يتم استخدامه لتسوية الحساب في المعاملات التي تتم عبر فضاء الكتروني بين

تصويرها، ولا شك أن هذه الطريقة هي غير امنة، وفي خطوة نحو تحقيق نوع من الامان عمدت بعض شركات البيع عبر الانترنت الى اجتذاب العملاء من طريق الاتفاق بينهم على أن الثمن لن يقتطع من حساباتهم مباشرة إلا بعد وصول تأكيد كتابي منهم بالمبلغ الواجب الوفاء به، وبعد ذلك وجدت طريقة أكثر ضمانا للمشترين عبر الانترنت، وهي أن أرقام الكروت البنكية الخاصة بهم لا يتم ارسالها الا بطريقة مشفرة ومن طريق وسطاء بين البنك والبائع والمشتري، أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الامارات العربية المتحدة،العدد الاربعون، ص. 457 – 458.

1 كوثر عدنان خالد، المرجع السابق، ص.555.

المستخدمين في كل أنحاء العالم[1]، وهذا راجع للطبيعة الدولية لعقد البيع الالكتروني الذي أجمع الفقه الفرنسي أنه عقد يتم عن بعد وهو ما إستقر عليه أيضا مجلس الدولة الفرنسي[2].

، ويغيب الحضور المادي في مجلس العقد، ذلك أن وسيلة الدفع الالكتروني تستجيب لهذه السمة، لأنها تتم عن بعد، فيتم الدفع من خلال إعطاء أمر الدفع[3] الذي يتم وفقا لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين أطراف العقد[4].

2 : تتضمن وسائل الدفع الالكتروني قدرا من الأمان

تعتبر هذه الخاصية عاملا مهما في قبول المتعامل تسوية ديونه بالطريق الالكتروني أيا كانت طريقة التسوية، أي سواء كانت بالرجوع الى وسائل دفع مطورة أو مبتكرة، ذلك أن وسائل الدفع الالكتروني غالبا ما تتم إحاطتها بوسائل تأمين من الممارسات غير المشروعة التي يمكن أن تصاحبها.[5]

ويرجع انتشار الدفع الالكتروني وقبوله بين الجمهور لخاصية الامان، وذلك لأنها توفر لكل مستخدم لنظام الوفاء الالكتروني توثيقا كاملا لحقيقة وجود الطرف الاخر من العقد الالكتروني، وتقديم ضمان لتوثيق تام للرسائل المتبادلة بين الاطراف ذات العلاقة كالتاجر

1 محمد حسين منصور، أحكام البيع ..... المرجع السابق، ص 408

2 « Aujourd'hui, la doctrine est unanime pour qualifier les contrats de commerce électronique de contrats à distance.Cette qulification a été confirmée par le conseil d'etat par un rapport sur internet et les réseaux numériques le 2 juillet 1998 , qui considére q'une transaction sur internet relève du règime de la vente à distance » Chiheb GHAZOUANI ,op cit. , p.209.

3 ان المبدأ هو أن يتم الدفع بالعملة الوطنية، غير أنه يجوز الدفع بعملة أجنبية في حالة المنتجات التي سوف تصدر الى بلد أجنبي أو يكون منشأها بلد أجنبي، وقد جاء النص في عقد المركز التجاري الالكتروني على أن يحدد الثمن بدقة بالفرنك الفرنسي مع جواز قبول الدفع بعملة أجنبية، وفي هذا الصدد أشار العقد النموذجي الفرنسي في البند السادس منه على ضرورة أن يتم تحديد عناصر الثمن بالفرنك الفرنسي مع امكانية الدفع بعملة اجنبية بناء على طلب المستهلك، كما أن التحويل الى اليورو لا يؤثر على صحة التعاقد، راجع في ذلك، محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق،ص.137.

4واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو،2011،ص.24.

5 سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.24.

والعميل والبنك، فكل هؤلاء الاطراف يهمهم أن الرسالة التي وصلتهم قد جاءت فعلا من الشخص المقصود، وأن من بعث الرسالة غير قادر عن التنصل منها بعد إصدارها[1].

غير أنه وبالرغم مما توفره فكرة خاصية الامان من تيسير للتجارة الالكترونية عبر الانترنت، إلا أن فكرة النقود الالكترونية ليست خالية من المخاطر لأن حائز هذه النقود ليس في مأمن من حادث فني يترتب عليه مسح ذاكرة جهازه، وفي هذه الحالة سوف يفقد كل نقوده التي بحافظة نقوده الالكترونية[2]، ومن جهة أخرى إن أفلس من أصدر هذه النقود الالكترونية فإن العميل يتعرض لخطر عدم استرداد قيمة الوحدات التي لم يستعملها[3].

لذلك توجد وسائل تكنولوجية عديدة للتغلب على هذه العراقيل، من بينها تقنية تأمين البيانات SSL (Secure Socket Layer) هي أحد أنواع التكنولوجيات المستخدمة في تشفير مجموعة المعلومات التي تنتقل عبر الانترنت بحيث تقتصر امكانية اعادة المحتوى على المرسل والمستقبل فقط، وكذلك شهادات التوثيق وهي ملفات مشفرة تخزن داخل جهاز خدمة

1 يعتبر استعمال البطاقة البنكية كوسيلة لدفع الالكتروني مصدرا للخوف والقلق لمعضم لامستخدمي الانترنت وهذا بسبب امكانية اختلاس الرقم الخاص بهم أثناء نقل المعلومات الخاصة بالبطاقة ومصدر هذا القلق هو عدم العلم بالمعلومات الكافية بهذه المسألة، خاصة أساليبل حماية وتأمين المعلومات السرية للبطاقة.

2 تعد النقود الالكترونية إحدى ثمار التقدم التكنولوجي، وعلى الرغم مما تقدمه هذه التكنولوجيا للافراد من وسائل لراحة والرفاهية، فإنها لا تخلو من مخاطر تتعلق بموضوع الامان وخاصة بالنظر الى طبيعة شبكة الانترنت كشبكة مفتوحة مما قد يتسبب في وقوع مشاكل كثيرة تتعلق بامكانية تزوير النقود الالكترونية خاصة في ظل عدم وجود اطارات مدربة وذات خبرة بحيث تكون قادرة على ادارة المخاطر المترتبة على مثل هذه التقنيات الحديثة، وعلى الرغم من أهية التقدم في مجال التشفير في السنوات الاخيرة إلا أنه يجب التذكير بأنه لا يوجد نظام مشفر لا يمكن اختراقه، فكما يمكن تزييف النقود الورقية رغم التطورالمتواصل في أساليب حمايتها، فإن الصراع سوف يستمر أيضا بين الخبراء الذين يسعون لتأمين النقود الالكترونية باستخدام أساليب أكثر تعقيدا وكفاءة وبين القراصنة من المحترفين والهواة Hackers الذين يسعون الى اختراق النظم المشفرة وفك رموزها واستغلالها في سلب الحقوق المالية للاخرين سواء كانو من البنوك أو من الجمهور العادي المستخدم للأنترنت، راجع في ذلك محمد مولود غزيل، معوقات تطبيق التجارة الالكترونية في الجزائر وسبل معالجتها، أطروحة دكتوراه،كلية العلوم الاقتصادية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010، ص.168.

3 نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص.174.

الواب الذي يستخدمه العميل. وتسجل عادة بواسطة طرف ثالث، حيث تتشأور هذه الملفات مع برنامج التصفح الذي يستخدمه العميل للتأكد من أن الموقع الذي دخله هو الموقع الصحيح، كما يمكن استخدام هذه التقنية للتأكد من هوية مستخدمي الانترنت[1]

3 خاصية عدم امكانية الرجوع في الوفاء:

يطرح التساؤل حول امكانية الرجوع عن الدفع من قبل العميل ولا سيما في حالة البيع والشراء عبر الانترنت، وللإجابة على ذلك نشير أولا الى ضرورة التفرقة بين الدفع الالكتروني الحاصل بواسطة البطاقات وبين الدفع الحاصل بواسطة إحدى الوسائل المبتكرة عبر شبكة الانترنت.

فبالنسبة للوفاء ببطاقات الدفع، فإن المبدأ العام هو أن الأمر الصادر من الحامل بالوفاء للتاجر لا يقبل الرجوع فيه، فعملية الوفاء في هذا النطاق تحتاج الى تدخل من قبل حامل البطاقة، بإصداره أمر الدفع وتدخل من جانب المصدر بتنفيذ هذا الأمر، ومتى تم ذلك أصبح الرجوع في الدفع غير ممكن. وقد إعترف بهذا المبدأ المشرع الفرنسي وذلك بصدور القانون رقم 85-685 المؤرخ في 11 جويلية 1985 في نص المادة 22 على أن " أمر الوفاء الصادر بإستخدام بطاقة الوفاء لا يقبل الرجوع فيه، ولا يمكن المعارضة في الوفاء إلا في حالات فقد أو سرقة البطاقة أو التصفية القضائية للمستفيد، وإن تم الغاء هذه المادة بقانون 1382/91 المتعلق بأمن الشيك وبطاقات الدفع"[2].

إلا أن المشرع الفرنسي نص في قانون النقد والمال2001-1062 على امكانية الرجوع في أمر الدفع إن هو تم فعلا الا في حالة السرقة أو استعمال البطاقة بطريقة إحتيالية من

1 يمكن الاطلاع على المزيد من المعلومات عن شهادة التوثيق وكيفية عملها على الموقع التالي : WWW.verising.com //http بتاريخ 2015/01/12

2 « L'ordre de paiement donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable…. » Article 22 du loi 85-695le 11-07-1985 JORF 12juillet 1985 et abrogé par loi n 91-11382 du 30décembre 1991 –art 20 JORF 1 JANVIER 1992 SUR LE SIT :http://www.legifrance.gouv.fr

الغير[1]، وهو ما أكده القضاء الفرنسي[2]، وقد أخذت به اللجنة الأوربية المنبثقة عن الاتحاد الأوربي في توصيتها رقم 489/97 الصادرة في 1997/07/30 الخاصة بالعمليات التي تتم بوسائل الدفع الالكتروني في مادتها السادسة، وكذلك التوجيه الأوربي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، حيث نص في مادته الثامنة على حق المستهلك في إبطال الدفع بالبطاقة فقط في حالة استعمالها بطريق الغش في اطار العقود الداخلة في نطاق هذا القرار[3].

وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري بموجب نص المادة 543 مكرر 24 من القانون التجاري[4] على أنه " الامر أو الالتزام بالدفع المعطى بموجب بطاقة الدفع غير قابل للرجوع فيه، ولا يمكن الاعتراض على الدفع الا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصرح بهما قانونا أو تسوية قضائية أو إفلاس المستفيد ".

---

1 « L'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable

Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte , de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation , de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire» article L 132-2 du loi monétaire et financier français n 2001-1062 du 15 novembre JORF DU 16 NOVEMBRE 2001

2 Com,20janvier2009 , bull.2009,n 6, pourvoi n 08-11-273 sur le site www.cour de cassation.fr

3 « Paiement par carte : Les Etat membre veillent à ce que des mesures appropriées existant por que le consommateur :

- Puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre des contrats a distance couverts par la présente directive,
- En cas d'utilisation frauduleuse , soit décrédité des sommes versées en paiement ou se le voie restituées » article 8 de Directive 97/7/CE du Parlement européen et de conseil.Concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance.

4 القانون رقم 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 06 فبراير 2005 الذي يعدل ويتمم الامر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري الجزائري

الفرع الثاني

أحكام دفع الثمن

وسنقوم بدراسة أحكام دفع الثمن في عقد البيع الإلكتروني من خلال التطرق أولا الى زمان ومكان تنفيذ الالتزام بالدفع، وثانيا الى حق المشتري في حبس الثمن.

أولا : زمان ومكان تنفيذ الالتزام بالدفع

غيرت البيئة الالكترونية بطريقة كبيرة في القواعد العامة التي كانت تحكم زمان ومكان دفع الثمن من المشتري للبائع أو من يمثله، حيث أصبح المشتري يتمتع بهامش ضيق في اختار طريقة الوفاء وزمان ومكان الدفع، بحيث أصبح البائع يفرض ذلك مسبقا، لذلك سنحأول دراسة زمان ومكان الدفع ومدى تأثره بالبيئة الالكترونية وطرقها الحديثة في الدفع

1 زمان تنفيذ الالتزام بالدفع :

يتحدد زمان الوفاء بالثمن كأصل عام بحسب ما يتفق عليه الاطراف، فإذا لم يوجد اتفاق حول زمان الوفاء بالثمن، فيتم ذلك في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، وهذا وفقا لنص المادة 1/388 من القانون المدني الجزائري بنصها "يكون ثمن البيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك "، وهذا خلافا للقواعد العامة التي يكون فيها زمن الوفاء بالثمن هو وقت ابرام العقد، وذلك في حالة عدم وجوذ اتفاق على ميعاد التسليم [1].

ويعتبر التزام المشتري بدفع الثمن التزاما مقابلا للإلتزام البائع بتسليم المبيع ومباشرا له (à exécution immédiate)، ذلك أنه بمجرد قيام التزام البائع بالتسليم يقوم الالتزام بدفع

1 تنص المادة 1/281 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجب أن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك ".

الثمن كمقابل لذلك،، غير أنه يمكن للأطراف في عقد البيع الاتفاق على أنه لا يتم دفع الثمن إلا بعد إنقضاء أجل معين، وأحيانا يكون هذا الأجل محددا من قبل القانون[1].

ويجوز أن يتفق الطرفان على أن يتم دفع الثمن قبل التسليم أو أن يتم التسليم قبل دفع الثمن، واذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولم يتم الاتفاق على ميعاد التسليم فإن دفع الثمن يجب ان يتم في الوقت المتفق عليه، بينما التسليم يتم بمجرد ابرام العقد، ولكن بخلاف ذلك اذا اتفق على ميعاد للتسليم ولم يتفق على ميعاد لدفع الاثمن، فإن ميعاد دفع الثمن هو ميعاد التسليم، واذ لم يوجد اتفاق على ميعاد التسليم أو ميعاد دفع الثمن كان كل من الالتزامين مستحق الاداء فور تمام العقد طبقا للقواعد العامة [2] .

وبالرجوع الى اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع نجد ان المشتري يلتزم بدفع الثمن في المعاد المحدد في العقد أو الذي يمكن تحديده بالرجوع إليه، ولا تطبق أحكام الاتفاقية إلا إذا خلا العقد من بيان كيفية تعيين هذا الميعاد، وقد وضعت الاتفاقية قاعدة أساسية ربطت فيها بين ميعاد دفع الثمن وميعاد التسليم، وإن لم يكن المشتري ملزما بدفع الثمن في وقت محدد، وجب عليه أن يدفعه عندما يضع البائع البضائع أو المستندات التي تمثلها تحت تصرفه وفقا للعقد وللإتفاقية[3] .

ويجوز للبائع أن يعتبر الدفع شرطا لتسليم البضائع أو المستندات، فلا تسلم إلا بعد دفع الثمن، ويجب على المشتري الوفاء بمجرد حلول ميعاد الوفاء به دون حاجة الى قيام البائع

1 MAZEAUD Henri , Léon et MAZEAD Jean et CHABAS François ,Leçons de droit civil tome II , premier volume , Obligation , 9eme éd.,Montchrestien-Delta,Paris , 1998,p 999

2 سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.338.. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.386.

3 المادة 1/58 من اتفاقية فيينا بشأن العقد الدولي للبضائع المعتمدة في المؤتمر الديبلوماسي في 11 افريل 1980 والتي دخلت حيز النفاذ في 01 يناير 1988 منشورة على الموقع www.unicitral.org بتاريخ 2015/01/22

بتوجيه اي طلب أو استيفاء أي إجراء طبقا للمادة 59 من نفس الاتفاقية[1]، فلا يلزم توجيه إعذار الى المشتري أو إخطار بحلول ميعاد الوفاء أو غير ذلك من الاجراءات التي قد تتطلبها القوانين الوطنية، مما يجعل من القاعدة العامة التي أرستها اتفاقية فيينا في المادة 58 تختلف عن بعض القواعد المنصوص عليها في القوانين الداخلية بخصوص هذه المسألة، أين يمكن للبائع منح المشتري وقتا إضافيا إن لم يكن ذلك يلحق بالبائع ضررا جسيما[2].

وبتطبيق القواعد العامة على زمان دفع الثمن في عقد البيع الالكتروني، فإنه يمكن أن يتم الاتفاق بين البائع والمشتري وفق القواعد العامة. غير أنه في حال عدم الاتفاق فلا يمكن دفع الثمن عند التعاقد لأن البائع قد لا ينفذ التزامه بتسليم المبيع، وفي هذه الحالة يجب الوفاء بالثمن في الوقت الذي يسلم فيه المبيع[3].

غير أن ما نتج عن التجارة الالكترونية من تطورات حديثة، غير من هذه القواعد بشكل كبير، يحيث قلما نجد ان الدفع في عقد البيع الالكتروني قد تم خارج وقت إبرامه[4]، وغالبا ما لا يتم التنفيذ إلا بعد الدفع بإعتبار البائع هو الذي يحدد ذلك، خاصة في العقود التي تتم عبر عبر مواقع الويب أين ينفرد في العادة البائع بوضع مثل هذا الشرط قبل توريده أو تسليمه للشيئ[5].

وبذلك نجد أن الدفع الالكتروني يخرج عن القواعد المقررة في القانون العامة، ويبرر ذلك بكون عقذ البيع الالكتروني هو عقد يتم عن بعد تكون فيه الاطراف المتعاقدة غير حاضرة في

1 تنص المادة 59 من اتفاقية فيينا على انه " يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ المحدد في العقد أو الذي يمكن تحديده بالرجوع الى العقد أو أحام هذه الاتفاقية دون الحاجة الى قيام البائع بتوجيه أي طلب أو إستيفاء أي إجراء ".

2 راجع في ذلك المادة 388 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 346 من القانون المدني المصري

3 بشار أحمد طلال المومني، المرجع السابق، ص. 182.

4 NAIMI CHARBONNIER marine ,Op.Cit,p 175.

5 حمودي محمد ناصر، المرجع السابق،ص 442

مكان واحد، الأمر الذي يجعل البائع المحترف غالبا لا يقوم بإعطاء السلعة أو أداء الخدمة إلا بعد أن يقوم بضمان أداء الثمن من المشتري[1].

و في ظل ما أصبحت تعتمد عليه عملية الدفع الالكتروني من أمور والتي من بينها التشفير، وتدخل جهات وسيطة قد تكون البنوك وقد تكون جهات التوثيق[2]، الامر الذي غير من طريقة الدفع التقليدية التي عادة ما كان فيها المشتري ينفذ التزامه بالدفع عند التسليم، فإن من شأن ذلك إزالة المخأوف المتعلقة بالدفع، حتى وإن دفع المشتري الثمن قبل تسلمه البضاعة باعتبار هذه الجهات الوسيطة ستمنحه شهادة التصديق الالكتروني[3] بدفعه الثمن، بالاضافة الى

1 « Le paiement électronique constitue dés lors une exception aux règles de droit commun puisqu'il intervient , le plus souvent en pratique , avant la délivrance de la chose. Cette exception tire sa justification du fait que la transaction électronique est en réalité un contrat à distance. Les parties ne sont pas l'une en présence de l'autre.Le professionnel, le plus souvent , ne délivrera la chose ou n'accomplira de service avant d'être assuré du paiement » » Chiheb GHAZOUANI, op.cit, p.162.

2 تعرف جهة التوثيق الالكتروني أو مقدم خدمات التصديق Certification service provider بأنها جهة معينة من قبل سلطات الدولة أو من قبل الافراد، أو من جهات خاصة أخرى لغاية تأمين المعاملات الالكترونية والتعامل بالتوقيع الالكتروني، بحيث تعمل على إنشاء وإصدار شهادات تثبت صحته وتقوم بحفظها، وقد عرف قانون الأونسترال مقدم خدمات التصديق بأنه " شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية "، أما المشرع الجزائري فقد تناولها بصفة عرضية في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 2007/05/30 يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسكية، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 2009/05/09 ج ر عدد 27 صادرة بتاريخ 2001/05/13 بالنص على أنها " مؤدي خدمات التصديق الالكتروني : كل شخص في مفهوم المادة 8/8 من القانون رقم 2000-03 يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني "، وبالرجوع الى نص المادة 8 فقرة 8 من القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 2000/08/05 المتعلق بالقواعد العامة المرتبطة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية فقد عرفت موفر الخدمة بانه " كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمة مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية ".

3 شهادة التصديق الالكتروني هي الشهادة التي تصدر من جهة التوثيق الالكتروني لشخص معين استنادا الى اجراءات توثيق معتمدة، يقصد من الحصول عليها تأكيد نسبة السند الالكتروني أو العقد الالكتروني الى مصدره، وأن التوقيع الموجود عليه صحيح وصادر ممن نسب إليه، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 01-123 بأنها : "وثيقة يثبت من خلالها بأنه يقدم خدمات متطابقة لمتطلبات نوعية خاصة دون تحديد هذه المتطلبات"، ونصت المادة 04 منه على المسأواة بين الشهادات التي يقدمها مقدمي خدمات التصديق وتلك التي يقدمها مؤدي خدمات تصديق يقيم في بلد أجنبي، وقد نظم المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المذكور نشاط التصديق الالكتروني بإخضاعه لنظام الترخيص المنصوص عليه في

ان ترك الحرية للأفراد في تحديد زمان تنفيذ المشتري لالتزامه بالدفع سواء قبل أو بعد التسليم من شأنه التسهيل على الافراد لتنظيم مسألة الدفع تماشيا مع حاجاتهم ومع مقتضيات التجارة الالكترونية[1].

2 مكان تنفيذ الالتزام بالدفع :

تنص المادة 387 من القانون المدني الجزائري على أنه " يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك

فأذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسلم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاقه للثمن ".

ويتبين من النص أن الأصل في تحديد مكان الوفاء بالثمن هو الاتفاق، فإذا لم يوجد اتفاق في هذا الشأن وجب الرجوع الى العرف، فان لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد مكان الوفاء بالثمن، فإن المشرع يحدد هذا المكان مفرقا بين ما إذا كان الثمن مستحق الوفاء عند تسليم المبيع، أو اذا كان الثمن غير مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع :

الحالة الأولى : اذا كان الثمن مستحق الوفاء عند تسليم المبيع، فإن مكان دفع الثمن هو نفس مكان تسليم المبيع[2].

الحالة الثانية : اذا كان الثمن غير مستحق الوفاء عند تسليم المبيع، كما لو إتفق على دفعه قبل التسليم أو بعده أو على أقساط، ففي هذه الحالة لا يرتبط الوفاء بالتسليم، بل يدفع الثمن في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن[1].

المادة 39 من القانون 03-2000، وقد نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162 على أنه " يخضع لترخيص تمنحه سلطة الضبط للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إنشاء واستغلال خدمات التصديق الالكتروني".

1 حمودي محمد ناصر، المرجع السابق،ص.443.

2 إن اعتبار مكان دفع الثمن هو نفس مكان التسليم المبيع يعد خروجا عن القواعد العامة التي أقرها المشرع الجزائري في المادة 2/282 من القانون المدني، والتي تقرر أنه إذا كان محل الالتزام شيئا غير معين بالذات وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد به موطن المدين أو المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الاعمال.

ويطرح التساؤل عن كيفية تحديد مكان الدفع الالكتروني في الوقت الذي يصعب فيه تحديد مكان تواجد الطرفين المتعاقدين في بيئة لا مادية الكترونية، وبصفة عامة فإن مكان الدفع متروك لارادة الطرفين المتعاقدين. وفي حال غياب اختيارهم، فإن مكان الدفع متروك للقواعد العامة التي تحدد ذلك في القانون الداخلي المطبق على العقد، خاصة وأن مسألة تحديد مكان الدفع تعد من المسائل الهامة بالنسبة لهذا النوع من العقود، حيث أنه في العقود الدولية عن طريق تحديد مكان دفع الثمن يتم تحديد نوع النقود التي سيتم بها الدفع[2].

وإن كانت الممارسات العملية للتجارة الالكترونية جرت على تحديد مكان الدفع بالمكان الذي يتواجد به موزع الانترنت الخاص بالموجب لما يكون العقد قد أبرم على موقع من مواقع الانترنت، ونفس الشيئ بالنسبة للعقود المبرمة عبر البريد الالكتروني فإنه المكان الذي يوجد به الموجب[3]، ويتم تحديد العملة التي يتم بها الدفع غالبا وفقا لما يتم التعامل به في مكان عمل الرئيسي للبائع المهني[4] .

محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 387.، محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية 1المستهلك، المرجع السابق،ص. 405.

2 Philippe MALAURIE et AYNES Laurent et GAUTHIER Pierre Yves , op.cit ,p262. NAIMI CHARBONNIER Marine ,Op.Cit,p. 177.

3 حمودي محمد ناصر، المرجع السابق،ص.444.

4 NAIMI CHARBONNIER Marine ,op.cit,p .177.

ثانيا : حق المشتري في حبس الثمن[1] :

يعتبر عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، وفي هذه العقود إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الاخر بتنفيذ ماإلتزم به، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ الذي يعد تطبيقا للحق في الحبس. وبإعمال تلك القواعد على عقد البيع يجوز للمشتري الإمتناع عن دفع الثمن إذا أخل البائع بالتزامه، كإمتناعه عن تسليم المبيع أو نقل ملكيته الى المشتري[2].

غير أن المشرع لم يكتف بتلك القواعد، بل أورد نصا خاصا يقرر حق المشتري في حبس الثمن ليس فقط إذا وقع له تعرض في المبيع وحصل إخلال فعلي بالالتزام، بل حتى إذا خاف المشتري أن يقع هذا التعرض أو أن يستحق هذا الالتزام.

1.- حالات حق المشتري في حبس الثمن :

ينص المشرع الجزائري بموجب المادة 388 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه " فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا الى حق سابق أو ال من البائع أو اذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن الى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيئ المبيع ".

---

1 نص المشرع الجزائري على الحق في الحبس طبقا للقواعد العامة في نص المادة 1/200 من القانون المدني على أنه "لكل من التزم بأداء شيئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين، أو مادام لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا "، ومن خلال إستقراء هذا النص يتبين ان الدائن إذا كان ملتزما بأداء شيئ الى مدينه، فله أن يمتنع عن أداء هذا الالتزام مادام مرتبطا بالتزام المدين تاجاه الدائن، وبمعنى اخر له حق حبس الشيئ الذي التزم بأدائه حتى يستوفي حقه، ومثال ذلك حبس البائع المبيع عن المشتري حتى يستوفي حقه من الثمن، ايضا حبس الصانع الشيئ حتى يستوفي اجره، وحتى ينشأ الحق في الحبس لا بد من وفقا لنص المادة 200 السالفة الذكر توافر الشروط التالية : التزام الحابس بأداء شيئ معين، وأن يكون للحابس حق في ذمة المدين مستحق الاداء، والارتباط بين حق الحابس وبين التزامه. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 169،170، 173.

2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 379.. محمد حسين منصور، أحكام البيع.....، المرجع السابق،ص.405.

يتبين من من النص أنه يجوز للمشتري حبس الثمن، رغم حلول ميعاد استحقاقه في حالات ثلاث هي :

الحالة الأولى : اذا تعرض الغير للمشتري مستندا في تعرضه الى حق سابق على المبيع، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في الدفع بعدم التنفيذ[1]، ذلك أن البائع يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق، فحصول التعرض يوجب على البائع دفع هذا التعرض، فإذا فشل، التزم بالتعويض متمثلا في ضمان الاستحقاق،فحصول التعرض يوجب ضمان التعرض والاستحقاق، ويجيز في الوقت نفسه للمشتري حبس الثمن إذا كان لم يدفعه حتى يقوم البائع بالوفاء بالتزامه.

الحالة الثانية : اذا خشي المشتري نزع المبيع من يده، فيقوم هنا الحق في حبس الثمن، فإذا قامت أسباب جدية يخشى معها نزع المبيع من يد المشتري يكون له الحق في حبس الثمن، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير مدى جدية هذه الأسباب، ولا تعطي تلك الاسباب الحق للمشتري في رفع دعوى ضمان التعرض والاسحقاق لعدم وقوع التعرض بالفعل، ويعد ذلك خروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بان البائع لا يضمن التعرض إلا إذا وقع بالفعل[2].

ويحق للمشتري حبس الثمن في حالة خشية التعرض له سواء كان يعلم وقت العقد بسبب التعرض والاستحقاق أو لا يعلم به، فعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه نزع المبيع من يده لا يكفي في حد ذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق لانه قد يكون محيطا بالخطر الذي يهدده ويكون في نفس الوقت معتمدا على البائع في دفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي من الثمن في ذمته[3].

1 راجع في ذلك المادة 200 من القانون المدني الجزائري.

2 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.381. محمد حسين منصور، أحكام البيع.....، المرجع السابق،ص 396. محمد صبري السعدي عقد البيع والقايضة، المرجع السابق، ص 436، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 389.

3 محمد حسين منصور، أحكام البيع....، المرجع السابق،ص.397.

ومن الأمثلة التي يتحقق فيها خشية نزع المبيع من يد المشتري، ظهور أن المبيع مملوك لغير البائع، أو أن المبيع مثقل بحق رهن، أو حق إختصاص، أو أن ملكية البائع معلقة على شرط فاسخ[1].

الحالة الثالثة : أن يكتشف المشتري عيبا في المبيع من العيوب التي يجب أن يضمنها البائع، فإذا اكتشف المشتري عيبا بالمبيع تتوافر فيه الشروط الخاصة بضمان العيوب الخفية، كان له الحق في حبس الثمن.

ويبقى وجه الخصوصية الاكثر جلبا للإنتباه في عقد البيع الالكتروني هو وسيلة الدفع الالكتروني التي بموجبها يقوم المشتري بدفع الثمن، وهي تمثل أهم اصعب المشاكل التي واجهت في البداية نمو وتطور التجارة الالكترونية بالنظر لتخوف المتعاملين من تبادل أرقام بطاقات ائتمانهم وبياناتهم عبر شبكة دولية، وهو الأمر الذي جعل الباحث يخص بدراسة مفصلة ومستفيضة وسائل الدفع الالكتروني في المطلب التالي.

1 محمد صبري السعدي عقد البيع والقايضة، المرجع السابق، ص.437.

المطلب الثاني

وسائل الدفع الالكتروني

نجم عن التطور التكنولوجي في عالم الانترنت والاقبال المتزايد للأفراد على الحاسب الالي والمعلوماتية نشوء عدة وسائل للدفع، يتم بموجبها إنقضاء التزام المشتري بالوفاء بالثمن، اذ يمكن التمييز في هذا الصدد بين نوعين من وسائل الدفع، منها ماكان موجودا وما تغير فيها إلا طرق معالجتها، مثل السفتجة الورقية التي تعتبر وسيلة للوفاء وتعبيرا لارادة الطرفين على دعامة ورقية في شكلها التقليدي، حيث أن معالجتها الكترونيا يعطيها صبغة تتماشى وطبيعة التجارة الالكترونية.

وفي المقابل لم يتوقف تطور التجارة الالكترونية عند هذا الحد، بل تم إختراع وسائل جديدة وليدة التطور التكنولوجي واحتياجات التجارة الالكترونية، فظهر مثلا مايسمى بالنقود البلاستيكية على شكل كروت معبأة بوحدات نقدية الكترونية، ويتم تحويل النقود الكترونيا عن طريق مايسمى التحويل المصرفي الالكتروني الذي يتم بين المؤسسات المالية المتمثلة في البنوك أو المؤسسات المصدرة لخدمات وسائل الدفع الالكتروني[1].

وبذلك ومن أجل دراسة وسائل الدفع الالكتروني سنقسم هذ المطلب الى فرعين، تتنأول في الفرع الأول وسائل الدفع الالكتروني المطورة، وفي الفرع الثاني وسائل الدفع الالكتروني الحديثة.

1 واقد يوسف، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص.51.

الفرع الأول

وسائل الدفع الالكتروني المطورة

تتمثل وسائل الدفع الالكتروني المطورة في الأصل في وسائل دفع تقليدية تم تطويرها لتتماشى مع التطور الذي حدث في مجال نقل المعلومات والإتصالات، أي لم يتغير فيها سوى طريقة معالجتها وتدأولها، اذا أنه في ظل بيئة الانترنت الرقمية اللامادية التي لا تعترف الا بالبيانات المشكلة من الأرقام، أصبح من غير الممكن أن يتم الدفع في العقود الالكترونية بالطريقة التقليدية المعتمدة على النقد الورقي والمعدني[1].

وتعد التحويلات البنكية أو التحويل المصرفي[2] أهم هذه الوسائل المطورة، بحيث لا زالت تحتل مكانة بارزة في ظل البيئة الالكترونية، بالإضافة الى الدفع عن طريق الأوراق التجارية الالكترونية.

أولا : التحويل البنكي الالكتروني

لا تزال التحويلات المالية مابين المؤسسات البنكية والنقدية، من أهم العمليات والنشاطات التي ترتكز عليها لتحقيق أهداف المسطرة من طرف هذه المؤسسات. كما تعد ذات فائدة كبيرة جدا في عمليات التجارة الالكترونية سواء فيما بين المؤسسات أو فيما بينهم وبين

1 حمودي محمد ناصر، المرجع السابق،ص.416.

2 يقابل مصطلح التحويل البنكي مصطلح النقل البنكي، ويقصد به ما يقوم به البنك من إجراء يترتب عليه نقل مبلغ من حساب أحد العملاء الى حساب اخر بناء على طلبه، ويعرف النقل أو التحويل المصرفي بأنه عبارة عن قيد مالي ومحاسبي يترتب عليه انتقال النقود بين الحسابات التي تم بها القيد، وبذلك يكون التحويل عملية مصرفية بمقتضاها يتم نقل مبلغ معين من حساب الى حساب اخر بمجرد اتمام القيد في كل من الحسابين، بحيث يقيد المبلغ مرة في الجانب المدين من حساب العميل الذي أصدر الامر بالتحويل الى البنك ثم يقيد ذات المبلغ في الجانب الدائن للحساب الاخر، راجع في ذلك، كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.581.

الافراد،أو فيما بين الافرد مع بعضهم البعض[1]، و بمقابل قيمة مالية تشترطها البنوك لقيامها بمثل هذه المعاملات.

و لا يمكن أن توجد عملية التحويل البنكي الا بوجود حسابين تنتقل النقود من أحدهما اتجاه الاخر، فإذا لم يوجد للطرفين أو لأحدهما حساب، فلا نكون بصدد عملية تحويل بنكي،فإذا كان للامر وحده حساب، ومع ذلك أصدر للبنك أمرا بأن يدفع مبلغا من النقود الى شخص اخر، فإن البنك لا يكون الا وكيلا عن الامر ولا ينشأ للمستفيد قبل قبض المبلغ أي حق في مواجهته.

وبناء على ذلك تفترض عملية التحويل البنكي دائما وجود حسابين لكل من الامر والمستفيد، وأن يكون الهدف من نقل مبلغ من أحد الحسابين الى الحساب الاخر، وعلى ذلك لا نكون بصدد عملية تحويل مصرفي إذا توجه الامر ودفع بنفسه مبلغا من النقود في حساب المستفيد [2].

ولا يختلف التحويل البنكي الالكتروني عن لتحويل البنكي العادي سوى بوجود وسائل اتصال الكترونية تسمح بالقيام بالعملية عن بعد، والتي تتم بعلاقة عقدية بين المؤسسات المالية، لذلك سنقوم أولا بتعريف التحويل البنكي الالكتروني، ثم ثانيا ببيان أنواعه.

1 تعريف التحويل البنكي الالكتروني

يعرف التحويل البنكي الالكتروني بأنه عملية منح الصلاحية لبنك ما للقيام بحركات التحويلات المالية الدائنة والمدينة الكترونيا من حساب بنكي الى حساب بنكي اخر، أي أن عملية التحويل تتم الكترونيا عبر الهواتف وأجهزة الكمبيوتر وأجهزة المودم عن إستخدام الاوراق

[1] NAIMI CHARBONNIER Marine ,op.cit,p179.

2 سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص. 30.

وتنفذ عمليات التحويل المالي عن طريق دار المقاصة الالية، وهي شبكة تعود ملكيتها وأحقية تشغيلها الى البنوك المشتركة بنظام التحويلات المالية الالكترونية [1].

كما يعرف التحويل الالكتروني بأنه أمر يوجه من العميل باستخدام الكمبيوتر الخاص به لبنكه بمقتضاه يقوم البنك عن طريق القيد الالكتروني بنقل مبلغ من النقود من حسابه الى حساب اخر اي حساب المستفيد إذا كان الحساب الاخر لدى نفس البنك، أما إذا كان الحساب المحول اليه لدى بنك اخر يتم النقل اليه عن طريق المقاصة الالكترونية[2].

ويعد نظام التحولات البنكية الالكترونية من أهم أعمال البنوك التي تعمل عبر الانترنت (On–line Bank)، حيث يتيح هذا النظام نقل التحولات المالية بطريقة الكترونية امنة من حساب بنكي الى حساب بنكي اخر، بالاضافة لنقل المعلومات المتعلقة بهذه التحويلات، كل هذه العمليات تتم الكترونيا عبر أجهزة الكمبيوتر[3].

ويعرف الوفاء بالتحويل الالكتروني من الناحية القانونية، بأنه يتم إما بتوجيه أمر من قبل المدين الى بنكه لوفاء التزام بذمته بوسيلة الكترونية الى دائنه، أو بتوجيه أمر من المدين الى بنكه بتحصيل مبلغ من حساب دائنه بناء على تفويض مسبق بواسطة الكترونية[4].

ويمكن أن نشير في هذا الصدد بالنسبة للمشرع الجزائري أنه بموجب المادة 51 من الأمر رقم 03–11 المتعلق بالنقد والقرض [5]، والتي تندرج في المحور الثالث الخاص

1 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.581.

2 وتعتبر المقاصة الالكترونية الية يتم من خلالها تحويل الاموال من حسابات الاموال الى حسابات أشخاص أو هيئات أخرى في نفس البنك أو أي فرع، وقد يكون في الدولة محلا لعملية في دولة أخرى، ومثالها دفع مبالغ مالية من صناديق التأمين الى حساب المستفيدين، أو دفع فواتير الكهرباء،، وقد بدأ العمل بخدمات المقاصة سنة 1960، محرز نور الدين، جاهزية البنوك الجزائرية لتطوير جوة الخدمات المصرفية الالكترونية، مجلة حوليات جامعة الجزائر، 2013،العدد23، ص352..

3 صفوان حمزة الهواري، المرجع السابق، ص. 243.

4 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.582.

5 الأمر رقم 03 –11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52 بتاريخ 27 أوت 2007، والمعدل والمتمم بموجب الامر رقم 09 –01 المؤرخ في 22 جويلية 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد

بالعمليات التي يقوم بها البنك الجزائري، نص على أنه " يمكن للبنك الجزائري القيام بكافة العمليات البنكية مع البنوك والمؤسسات المالية التي تنشط في الجزائر ومع كافة البنوك المركزية الخارجية "، ويمكن من خلال استقراء نص هذه المادة القول أن التحويل البنكي الالكتروني عملية قانونية منصوص عليها في النظام البنكي الجزائري[1].

وبالرجوع الى النصوص القانونية المقارنة نجد أن المادة 25 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني نصت على إمكانية تحويل الاموال بوسائل الكترونية وإعتبارها وسيلة صالحة لإجراء عملية الدفع الالكتروني بنصها " يعتبر تحويل الأموال بوسائل الكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع، ولا يؤثر هذا القانون بأي صورة كانت على حقوق الاشخاص المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة النافذة المفعول ".

كما بينت المادة 26 من نفس القانون الشروط الواجب توافرها في المؤسسات المالية الممارسة لعملية التحويل الالكتروني، حيث يتوجب " على كل مؤسسة مالية تمارس أعمال التحويل الالكتروني للأموال وفقا لاحكام هذا القانون والانظمة الصادرة بمقتضاه الالتزام بما يلي : –التقيد باحكام قانون البنك المركزي والانظمة والتعليمات الصادرة استنادا لهما

44، بتاريخ 26 جويلية2009، المعدل والمتمم بموجب الامر رقم 10–04 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50، بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

1 يعيش النظام البنكي الجزائري مشاكل كثيرة تظهر أثناء تقديمه لخدماته، بحيث تقف عائقا أمام تطوره وحاجزا في وجه الاستثمار، نظرا للدور البارز الذي يلعبه هذا القطاع في حلقة التنمية الاقتصادية، وتتعلق هذه المشاكل عادة بالكفاءة والسرعة في الاداء، حتى وإن تعلق الامر بالعمل على المستوى المحلي، هذا في ظل غياب شبكات محلية تربط مختلف الهيئات المالية وتنسق العمل بينها، وتفرض هذه الحالة ايجاد حلول جديدة من شأنها تقديم خدمات أحسن وأسرع مثل النقود الالكترونية التي تسهل عمليات التسديد أو الدفع المباشر. وقد بادرت بعض المؤسسات بتطوير شبكات الكترونية للدفع والتسديد، منتشرة في نقاط محدودة من التراب الوطني، لكن عدم القدرة على التحكم فيها وتسييرها، جعل بعضها يتوقف عن تقديم خدماتها بسبب اعتماد هذه المؤسسات على حلول وأنظمة مستوردة غير متوافقة وخصائص السوق الجزائرية. بولفول هارون، التجارة الالكترونية وضرورة اعتمادها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة بن يوسف بخدة الجزائر،2009،ص138.

-اتخاذ الاجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة للعملاء والحفاظ على السرية المصرفية "[1].

2 كيفية التحويل البنكي الالكتروني :

يتم التحويل الالكتروني عن طريق أمر يوجهه العميل الى بنكه عن طريق جهاز الكمبيوتر الخاص به يأمره بتحويل مبلغ نقدي من حسابه الى حساب شخص اخر وهو المستفيد من أمر التحويل، ثم يقوم البنك أولا بالتأكد من كفاية رصيد العميل، ثم يقوم بنقل المبلغ عن طريق القيد من حساب العميل الى حساب المستفيد، وذلك إذا كان الطرفان عملاء لدى بنك واحد، أما إذا كان يتعاملان مع بنكين مختلفين فقد يكون هناك حساب قائم بين البنكين، وهنا يتم تنفيذ الأمر مباشرة بين البنكين عن طريق المقاصة[2].

ويجب لكي يترتب على عملية التحويل البنكي اثارها القانونية من نقص لرصيد العميل أن يأمر بملغ مسأو للمبلغ محل التحويل وبراءة ذمته في مواجهة المستفيد، وأن يملك هذا الأخير لمبلغ النقل البنكي ونشوء حق مباشر ومجرد في مواجهة البنك، و أن كون أمر النقل قد صدر ممن يملك إصداره، الأمر الذي يفرض على البنك التزاما بالتحقق من صحة توقيع العميل أو التحقق من أن للوكيل سلطة إصدار الأمر نيابة عن العميل[3].

وفي كل الحالات فإن أي عملية تحويل الكترونية للأموال يجب أن تكون مسبوقة بإتفاق بين الأطراف يتم بموجبه تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على كل منهما، وتبدأ عملية التحويل بإتفاق بين المحول وبنكه، ثم اتفاق بين البنك المحول والبنك المراسل إن وجد، ومن ثم بين البنك المراسل وبنك المستفيد، وأخيرا بين بنك المستفيد والمستفيد[4].

---

1 نقلا عن بشار محمود دويدن، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة، عمان، الاردن الطبعة الأولى، 2006،ص 202-203.

[2] كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.583.

[3] سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.31.

[4] كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.583.

وقد أصبحت عمليات الحويل البنكي تتم عبر الأنترنت من خلال قنوات مؤمنة بأنظمة معروفة على المستوى العالمي، أهمها على مستوى التحويلات الدولية نظام يطلق عليه مصطلح (SWIFT) [1]، بحيث تتم عبره التحويلات المالية الدولية بكل أمان وثقة بين بنكي البائع والمشتري المتواجدين في دولتين مختلفتين[2]، ويرتكز على قيام الأمر بالدفع وهو المشتري بإعطاء أمر الى بنكه وهو الأمر الموحد تحت تسمية (IPI) [3]، ليقوم هذا الأخير بتحويل المبلغ الى بنك الدائن وهو البائع، بشرط أن يكون يحمل كل من البائع والمشتري رقم تعريف دولي بحسابه يعرف بعبارة (IBAN) [4]، بالاضافة الى رقم تعريف خاص بالبنك يطلق عليه (BIC) [5]، ليقوم بنك المدين بإرسال رقم (IBAN) ورقم(BIC) الخاص بزبونها معطي الأمر للقيام بعملية التحويل لبنك الدائن.

وتشتمل وسائل الدفع الالكتروني المطورة بالإضافة الى التحويل البنكي الالكتروني أيضا الأوراق التجارية الالكترونية وهو ما سنقوم بدراسته في الفرع الاتي.

1 **SWIFT** :society woldwide interbank financial telecommunication , un réseau international de communication électronique entre les acteurs financiers adhérents.

2 L'article 2,f de la directive97/5/CE du parlement Européen et du conseil du 27 janvier 1997 concernant les virements transfrontaliers ,JOCE , n L 43/25 du 14/02/1997 qui défini le virement transfrontalier comme « une opération effectuée à l'initiative d'un donneur d'ordre via un établissement situé dans un Etat membre, en vue de mettre une somme d'argent à la disposition d'un bénéficiaire dans un établissement , ou une succursale d'établissement , situé dans un autre Etat membre ; le donneur d'ordre et le bénéficiaire peuvent être une seul et même personne ».

3 **IPI** : international payement instruction.

4 **IBAN** : international bank account numbre.

5 BIC : bank identifier code.

ثانيا :الأوراق التجارية الإلكترونية

رغم أن الأوراق التجارية[1] قد تراجع دورها كوسيلة لتسوية المعاملات التجارية، وذلك بسبب ظهور وسائل جديدة لهذه التسوية مثل التحويلات البنكية أو إجراء المقاصة فيما بين الديون الناشئة في ذمة طرفي المعاملة التجارية، إلا أن هذه الأوراق ما زالت تشكل وسيلة مهمة لتسوية الديون التجارية [2].

وتتمثل الأوراق التجارية الإلكترونية في محررات معالجة الكترونيا بصورة كلية أو جزئية، تمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، ومستحقة الدفع لدى الإطلاع أو بعد اجل قصير وتقوم مقام النقود في الوفاء، كما تعد الأوراق التجارية المعالجة الكترونيا وسيلة لتسهيل الوفاء بقيمتها عبر وحدات الجهاز البنكي[3].

وتعتبر السفتجة الالكترونية والشيك الإلكتروني من أهم الأوراق التجارية المستخدمة في هذا الشأن، ويرجع ذلك الى مالها من مميزات وخصائص تجنب المتعاملين العيوب التي تنطوي عليها وسائل الدفع الاخرى، لذلك سنتطرق أولا للسفتجة الالكترونية، ثم ثانيا للشيك الإلكتروني.

1 تعرف الورقة التجارية بأنها محرر مكتوب وفقا لأوضاع شكلية يحددها القانون، قابل للتداول بالطرق التجارية، ويمثل حقا موضوعه مبلغ من النقود يستحق الوفاء بمجرد الإطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين، ويستقر العرف على قبوله كأدات لتسوية الديون شأنه في شأن النقود،ومن أهم مميزات الورقة التجارية هي أنها تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية، وهي تمثل حقا يكون موضوعه مبلغا من النقود والذي يكون معين المقدار بشكل دقيق، كما يجب أن تتضمن الورقة التجارية التزاما بدفع مبلغ واحد في ميعاد واحد،راجع في ذلك، نادية فوضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري،دارهومه، الطبعة الثالثة عشر ،2011،ص.09.

2سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.37.

3 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.584.

1 السفتجة الإلكترونية :

تعد السفتجة ورقة تجارية تمثل أدات وفاء وائتمان، وهي عبارة عن أمر مكتوب من شخص يسمى الساحب الى شخص اخر يسمى المسحوب عليه، يأمره بدفع مبلغ معين في تاريخ محدد ومكان معين لشخص ثالث يسمى المستفيد أو لشخص يعينه هذا الأخير[1] .

ويمكن القول أن السفتجة الإلكترونية لا تختلف من الناحية العملية كثيرا عن السفتجة المحررة على الدعائم الورقية، فنظام السفتجة الإلكترونية يعتمد على تدقيق أو تطوير للنظام الذي وضع للسفتجة الورقية[2].

ولذلك تعرف السفتجة الإلكترونية بأنها محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا بصورة كلية أو جزئية، يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب الى شخص اخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الاطلاع أو في تاريخ معين، كما تعرف بأنها "صك ورقي يتضمن بيانات محددة نص عليها القانون يتم معالجته الكترونيا بعد ذلك أو هي صك الكتروني بحسب الأصل، وكلاهما يتضمن أمرا من الساحب الى المسحوب عليه بدفع مبلغ معين من النقود للمستفيد في تاريخ معين أو قابل للتعيين أو لدى الإطلاع"[3].

ويمكن التمييز بين نوعين من السفتجة الالكترونية :

---

1 فرحة زرأوي صالح،الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر–الحرفي –الأنشطة التجارية المنظمة – السجل التجاري،ابن خلدون،الطبعة الثانية،وهران،2003،ص.82.

2 ظهرت السفتجة الالكترونية في فرنسا سنة 1977 استجابة لدعوة لجنة دراسة تطوير وسائل الائتمان قصير الاجل والعروفة بلجنة GILLET، وهذا للحد من استعمال الورق وما يميله من تكاليف وجهد اداري كبيرين على النظام المصرفي، وهكذا إرتبط نشأة السفتجة الالكترونية بالتجربة الفرنسية، وذلك كنتيجة لجهود اللجان التي قامت بمحأولة حل المشاكل المالية والادارية الناشئة عن التعامل بالسفتجة خاصة عندما تعلق الأمر بتدخل البنوك كطرف في هذه المعاملة، وكرغبة في الاستفادة من وسائل المعلوماتية الحديثة والتجهيز الالكتروني، وكنتيجة لوجود الحاسب الالي للمقاصة الموجود بالبنك المركزي بفرنسا،،مصطفى كمال طه و وائل أنور البندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،الطبعة الأولى،2007،ص.345.

3 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.586.

أ السفتجة الالكترونية ذات الدعامة الورقية :

وهي التي تصدر منذ البداية في شكلها التقليدي على دعامة ورقية، ثم يتم معالجتها الكترونيا عند تقديمها لدى البنك لتحصيلها أو بمناسبة تظهيرها لأي طرف اخر، فيكون لها شكلية الكترونية بواسطة بيانات تتداول عبر قنوات الإتصال بين حواسيب الأطراف المتعاملة بها[1].

يتم سحب هذه السفتجة لأمر البنك الذي يتعامل معه الساحب أو لأمر الساحب نفسه الذي يظهرها الى البنك، كما قد تتداول ثم يقوم هذا الاخير بتظهيرها للبنك، يحتفظ بنك الساحب بالسفتجة التي يتلقاها ثم يقوم بتجميع بيانات السفاتج المستحقة في تاريخ واحد ويرسلها الكترونيا عن طريق الحاسب الالي مباشرة أو على شريحة ممغنطة الى غرفة المقاصة لدى البنك المركزي. ويتولى هذا الاخير إخطار بنك المسحوب عليه بنفس طريقة بيانات السفتجة المسحوبة ويقوم بدوره بإخطار عميله بإشعار يحتوي على بيانات السفتجة المسحوبة عليه، فإذا وافق على الدفع حول البنك قيمتها الى حساب المستفيد ويحتفظ بصورة الاشعار بعد توقيع المسحوب عليه بالدفع[2].

ب السفتجة الإلكترونية الممغنطة[3] :

وهي عكس السفتجة الورقية تحرر بحسب الأصل من قبل الساحب على دعامة ممغنطة يتسلمها الساحب من بنكه، ويدون على تلك الدعامة بيانات السفتجة، وتذيل بتوقيع الساحب، ويسلمها الى بنك المستفيد الذي يتولى تحصيل قيمتها عن طريق بنك المسحوب عليه

1 تصدر السفتجة الالكترونية ذات الدعامة الورقية في شكل ورقة كأي سفتجة تقليدية ثم يتم معالجتها الكترونيا عند تقديمها للبنك لتحصيلها، أي انها تصدر على نموذج مطبوع يسمح بالاطلاع عليه بواسطة الحاسب الالي، وهو ما يثير فكرة الشكلية المادية التي توجد في هذا النوع من الأوراق التجارية. مصطفى كمال طه و وائل أنور البندق، المرجع السابق،ص345.

2 كريم كريمة، وسائل الدفع المستحدثة بموجب قانون 05-02 المعدل للقانون التجاري الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية،جامعة سيدي بلعباس،2013، العدد العاشر،ص.698.

3 السفتجة الالكترونية الممغنطة La lettre de change relevé papier ويرمز لها اختصارا (L.C.R.Papier)

وبالاضافة الى تحصيل الفوائد المترتبة على السفتجة[1]، وما يميز هذا النوع من الأوراق التجارية أنها تحرر وتتداول في كل مراحلها بالطرق التجارية[2].

ومن أهم فوائد إستخدام السفتجة الإلكترونية كوسيلة للوفاء هي بساطة اجراءات الحصول على الدين الثابت فيها، فهي تجنب المتعاملين مشقة القيام بالاجراءات القانونية اللازمة لتحصيل قيمة السفتجة التقليدية من اتخاذ اجراءات الرجوع على المدين بقيمة الورقة وتقديمها للوفاء، وكذلك مايصاحب استعمالها من اجراءات تظهير وضمان احتياطي وغير ذلك من اجراءات قانونية[3].

ويرجع ذلك أن السفتجة الإلكترونية غالبا ما تتضمن شرط الرجوع بلا مصاريف أو بدون احتجاج، ويترتب على هذا الشرط إعفاء الحامل من مراعاة إجراءات الاحتجاج والمواعيد التي حددها القانون للمحافظة على حقوقه في الرجوع، كما يجنب هذا النوع من السفتجة مخاطر ضياع أوسرقة السفتجة الورقية التقليدية [4].

1 قضت المحكمة العليا بالجزائر بوجوب تحصيل الفوائد المترتبة على السفتجة وذلك زيادة على تحصيل مبلغ السفتجة في قرار لها صادر عن الغرفة التجارية والبحرية تحت رقم 480479 بتاريخ 2008/03/05 وقد جاء في منطوقه
"...حيث أن الطاعن سدد مبلغ السفتجة وقام بذلك بالوفاء، وأنه مقابل ذلك طلب بمبلغ السفتجة الذي سدده والفائدة عن ذلك، وحيث أن القرار المنتقد لما قبل طلب الطاعن المتعلق بمبلغ السفتجة، فقط ورفض طلب بالفائدة المترتبة عن هذه العملية، يكون قد خالف القانون في المادتين اعلاه الامر المر الذي يجعل الوجه مؤسس ويؤدي الى نقض وابطال القرار المطعون فيه "

2 واقد يوسف، المرجع السابق، ص 55، كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.588.

3 يطرح الاشكال بالنسبة للسفتجة الالكترونية الممغنطة عند البحث عن صحة التوقيعات الواردة على الشريحة الممغنطة، حيث أن تطور التوقيعات الرقمية والالكترونية من شأنه أن يقدم حلا لهذه المشكلة، وقد تدخل المشرع الجزائري من اجل تنظيم مصلحة خاصة بالتصديق على التواقيع لتقوم بدور المراقب وتؤكد صحة ارتباطها بأصحابها، بموجب المرسوم التنفيذي رقم..... الذي يحدد بعض الاحكام المنظمة للتوقيع الالكتروني وخدمة التصديق الالكتروني.

4 سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.37.

2 الشيك الإلكتروني[1] :

يعتبر الشيك من أهم وسائل الدفع المستخدمة من الناحية العملية والاكثر انتشارا، بحيث يأتي في المرتبة الأولى في الأوراق التجارية وذلك لسهولة التعامل به وبساطة اجراءاته على خلاف السفتجة[2]. و يعرف الشيك[3] على أنه ورقة مكتوبة وفقا لأوضاع معينة إستقر عليها القانون، يتضمن أمرا صادرا من الساحب الى المسحوب عليه وهو عادة بنك أو مؤسسة مالية بدفع مبلغ معين لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو لحامله بمجرد الإطلاع[4].

يعد الشيك الوسيلة الأصلح للقيام بعمليات السداد الإلكتروني في مجال عقود البيع الإلكتروني الدولية، سواء إتخذ شكله التقليدي الورقي أو عن طريق إتخاذه الشكل الالكتروني الذي وجد حديثا لهذا الغرض، خاصة مع ظهور البنوك الالكترونية[5].

---

1 لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة الشيك الالكتروني في تعديله الاخير للقانون التجاري الجزائري بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/06 المعدل والمتمم للأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري، بالرغم من أنه جاء في الفقرة نفسها التي عالج فيها المشرع الجزائري مسألة الكتابة والتوقيع الالكترونيين، لكنه سمح بتدأوله بالطرق الالكتروني وذلك مثل السفتجة، بحيث نجد المادة 6 منه المعدلة للمادة 414 من القانون التجاري الجزائري المتعلقة بالسفتجة نصت في فقرتها الاخيرة على أنه "...يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا باية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما "، وهي نفس المادة التي عدلت ايضا المادة 502 من نفس القانون المتعلقة بالشيك، بحيث نصت هذه الاخيرة في فقرتها الأخيرة على أنه "...يمكن ان يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما "،ويفهم من ذلك انه سمح بالتدأول الاكتروني للشيك الورقي.

2يختلف الشيك عن السفتجة في أنه ليس اداة ائتمان، لأن الائتمان يتطلب فترة من الزمن، وحياة الشيك قصيرة ولذلك فهو أداة وفاء، ويستعمل ما لسحب مبالغ مودعة في بنك، وإما للوفاء بدين في ذمة الساحب، وإما لكي يظاف الى رصيد حساب جار

3 « Le chèque est un titre écrit, tire sur une banque ou un établissement assimilé, qui permit d'obtenir le paiement au bénéfice d'un porteur, d'une somme d'argent disponible à son profit… » Jeantin MICHEL LE Cannu PAUL,op.cit ,p05

4 نادية فوضيل، المرجع السابق، ص.149.

5 تجب الاشارة الى أن التفرقة الموجودة بين التحويل البنكي الالكتروني والشيك الالكتروني، في أن أمر التحويل يمكن الاتفاق على تأخير تنفيذ أوامر التحويل التي تصدر من الامر بالتحويل أو التي يقدمها المستفيد الى البنك الى اخر يوم كي يقوم البنك بتنفيذها مع الأوامر الاخرى الصادرة في نفس اليوم،أما في الشيك فلا يجوز للبنك تأخير صرف الشيك طالما أنه صك صحيح ويوجد له مقابل وقابل للصرف، لأن الشيك يجب دفعه عند اطلاع البنك عليه، سليمان ضيف الله الزبن، المرجع السابق، ص.42.

ويعتمد الشيك الإلكتروني على فكرة إستخدام الوسائل الالكترونية لتحويل الشيكات الورقية الى شيكات رقمية، ففي سنة 1998 تم اقتراح نظام شيكات امن (Safe check) بإستخدام دفتر شيكات يعتمد على وكيل يتواجد في الحاسب الشخصي لحاملي الشيكات. ويتم التحقق من سلطة إصدار الشيكات وفقا لنظام الشيكات الامن الذي يمنع الخطر الناجم عن الخطا أو سوء النية في إصدار الشيكات الالكترونية،ولا يمكن الرقابة على ذلك من خلال الشيكات الورقية[1].

ويعرف الشيك الإلكتروني بأنه محرر ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا بشكل كلي أو جزئي يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب الى البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لأذن شخص ثالث يسمى المستفيد[2]. كما يعرف بأنه التزام قانوني بسداد مبلغ معين في تاريخ محدد لصالح شخص أو جهة معينة، ويتم تحريره بواسطة اداة الكترونية، ويتم تذيله بتوقيع الكتروني[3].

كما يقصد بالشيك الإلكتروني بأنه دفتر رقمي يحتوي على بيانات رقمية تماثل البيانات الموجودة في الشيك الورقي، لكنه محرر على دعامة الكترونية يصدره البنك، ويكون على شكل رسالة الكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك الى مستلم الشيك أي حامله، ليكون دليلا على أنه تم صرف الشيك فعلا، ويمكن لمستلم الشيك أن يتأكد عبر الشبكة من أنه قد تم بالفعل تحويل المبلغ[4].

وتتميز الشيكات الإلكترونية بأنها وسيلة دفع في جميع أنواع المعاملات الإلكترونية سواء كانت إدارية أم تجارية أم مدنية. وتتم بطريقة امنة، لإستعمالها تقنيات التشفير والتوقيع

1 محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق،ص. 321.

2 ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الالكترونية دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى،2009،ص.183.

3 محمد سعيد احمد إسماعيل، المرجع السابق،ص. 322.

4 حوحو يمينة، المرجع السابق،ص.269.

الالكتروني. كما تحد هذه الوسيلة من الدفع من تكاليف إدارة الاليات الخاصة بدفع الشيكات التقليدية[1]، وكذلك المشاكل المتعلقة بالتزوير والنقل والسرعة[2].

وما تجب الإشارة اليه أنه تعتمد أنظمة الشيك الالكتروني على وجود وسيط يقوم بعملية الدفع الالكتروني للشيك، وغالبا ما يكون هذا الوسيط احد النوك الالكترونية التي تعمل من خلال شبكة الانترنت. ومع ذلك فإن هذه الانظمة المؤمنة قد تم تصميمها بشكل خاص ليتم توظيفها كأنظمة تشغيل للشيك الالكتروني[3].

ويمكن إيجاز الية عمل الشيك الالكتروني في قيام المستهلك أولا بفتح حساب لدى البنك ويحدد توقيعه الالكتروني، وكذلك التاجر لابد ان يكون له حساب لدى البنك، ويسجل توقيع إلكتروني خاص به لدى البنك، وعندما يقوم المستهلك بالتعاقد على السلعة أو الخدمة مع التاجر، ويتفق الطرفان على الوفاء بإستخدام الشيك الالكتروني، يقوم المستهلك بتحرير شيك إلكتروني، ثم يوقعه الكترونيا[4].

وما يختص به الشيك الالكتروني في هذه الحالة هو أنه لا يشترط أن يكون مكتوبا بخط اليد، وموقعا بواسطة الشخص الذي يصدره أي الساحب بالشكل التقليدي لكي يكون قانونيا وصالحا للإستخدام[5].

---

1 لقد قامت الحكومة في الولايات المتحدة الامريكية بتشجيع التعامل بالشيك الالكتروني، حيث نجد بأن ثلثي مدفوعات الضمان الاجتماعي و94 من كل شيكات الدفع تدفع الكترونيا في هذا البلد أين صدر قانون سنة 1996 يقضي بتحصيل كل المدفوعات الفيدرالية الكترزنيا نظرا لأنه لا يكلف الخزينة سوى 03 سنت مقارنة ب 43 سنت لكل شيك ورقي، وهو ما يوفر في كل سنة 100 مليون دولار، كما تشير إحصائيات أخرى بانه 11 من المشتريات التي تتم عبر الانترنت تسوى عن طريق الشيكات الالكترونية، وأنه في الربع الثاني من سنة 2002 في الولايات المتحدة الامريكية وحدها تمت معالجة 1.46 مليار تجارية بواسطة الشيكات الالكترونية بقيمة اجمالية مسأوية 3.91ترليون دولار، راجع في ذلك حمودي ناصر، المرجع السابق، ص.421.

2 مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص. 426.

3 محمد سعيد احمد إسماعيل، المرجع السابق،ص. 323.

4 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.586.

5 محمد سعيد احمد إسماعيل، المرجع السابق،ص.326.

ومجرد التوقيع الالكتروني يصبح الشيك والتوقيع مشفرين، وبعد ذلك يقوم المستهلك(الساحب) بإرسال الشيك الى التاجر (المستفيد)، فيقوم هذا الأخير بإستلام الشيك والتوقيع عليه توقيعه الالكتروني المشفر، ثم يقوم بإرساله الى البنك (جهة التخليص)، فيقوم البنك بمراجعة الشيك والتحقق من التوقياعات والتحقق من كفاية الرصيد[1]، وبعد ذلك يقوم البنك بخصم مبلغ الشيك من حساب الساحب وإضافته الى حساب التاجر (المستفيد)، ويقوم البنك في الأخير بإخطار كل من الساحب والمستفيد بإتمام العملية[2].

ويمكن القول أن جوهر الاختلاف بين الشيك الالكتروني والشيك الورقي خاصة فيما يتعلق بعملية التدأول هو أن الشيك الإلكتروني يتم على دعامة الكترونية وهو حصيلة التطور التكنولوجي خاصة فيما يتعلق بإستخدام الانترنت في إتمام العمليات التي تخضع لها الأوراق التجارية.

ورغم التسهيلات التي يمنحها في التعامل الالكتروني بين المؤسسات والافراد إلا أنه ما يعاب على الشيك الالكتروني أنه لا يمثل وسيلة دفع موحدة في كل بنوك العالم، ويرجع ضعف نظام الشيك الالكتروني كوسيلة دفع لتطوره فقط في السوق الامريكية، في حين أن التجارة الالكترونية ليس لها حدود معينة[3]، وهو الأمر الذي جعل المتعامل الالكتروني يلجئ الى وسائل الدفع الالكتروني المستحدثة.

1 لكي يعتبر الشيك صحيحا يجب بالاضافة الى تأكد البنك من التوقيعات والتحقق من كفاية الرصيد، إحترام البيانات الالزامية في تحرير الشيك ليعتبر إنشاؤه صحيحا في مفهوم القانون التجاري الجزائري، ومتى تم إنشاؤه صحيحا حاز قوته التنفيذية لأداء وظيفته الصرفية، بغض النظر عن سببه، أي بمعنى ان الحامل يعتبر في هذه الحالة دائنا للساحب بقيمة المبلغ الذي تسلم من أجله الشيك، دون أن يكون مطالبا ببيان السبب الذي تسلم من أجله الشيك. راجع في ذلك، أغليس بوزيد، منازعات الشيك في القانون الجزائري، دراسة تحليلية على ضوء القانون التجاري وقانون العقوبات، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني،2012، السنة الثالثة، المجلد 5، عدد1، ص.66.

2 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.586.

3 NAIMI CHARBONNIER Marine ,op.cit,p.189.

الفرع الثاني

وسائل الدفع الالكتروني المستحدثة

تتمثل وسائل الإلكتروني المستحدثة في تلك الأنظمة المستحدثة للدفع والتي لم تكن معروفة في الانظمة التقليدية للدفع،وهي عكس وسائل الدفع الالكتروني المطورة، لا تعد امتدادا لوسائل دفع تقليدية، وإنما هي وسائل مستحدثة دفعت اليها الحاجة، وتشكل بطاقات الدفع الالكتروني والنقود الالكترونية أهم هذه الوسائل[1].

أولا : بطاقات الدفع الالكتروني[2]

تعتبر البطاقة البنكية من أهم وسائل الدفع الالكتروني، والتي ظهرت نتيجة المتطلبات التجارية السريعة، وتعد الوسيلة الاكثر إقبالا عليها للدفع عبر الانترنت وذلك لسهولة استعمالها وسرعتها[3]،وقد نشأت في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1914 على يد شركات البترول. وقد كانت في بداية الأمر على شكل بطاقة معدنية تمنح لبعض العملاء المميزين للبنك تمكنهم من إجراء بعض المعاملات المالية الخاصة ثم تم تعميمها في مجالات أخرى غير مصرفية، حيث قامت البنوك الأمريكية سنة 1958 بإصدار بطاقة بنكية موحدة، والتي شكلت الأصل لبطاقة فيزا كارت المعروفة دوليا[4].

1 تدخل المشرع الجزائري بناء على تعديل القانون التجاري في 2005 من أجل الأخذ بهذه الطرق الألكترونية للوفاء، حيث أضاف وسائل جديدة للدفع بموجب الفصل الثالث المتمثلة في أمر التحويل والاقتطاع وبطاقات الدفع والسحب، بالاضافة الى تعديله لبعض أحكام السندات بأخذه بالوفاء الالكتروني بجانب الوفاء المادي، حيث نص في المادة 2/502 من القانون التجاري " يمكن أن يتم هذا التقديم ايضا بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما ".

2 تعددت التسميات التي أعطاها الفقه لبطاقات الدفع، حيث يسميها البعض بالبطاقات البلاستيكية، كما يطلق عليها بالبطاقات اللدائنية، والبعض الاخر يسميها بطاقات الوفاء، وتسمى أيضا البطاقات البنكية. مصطفى كمال طه و وائل أنور البندق، المرجع السابق،ص.352.

3 NAIMI CHARBONNIER Marine, op.cit,p 190.

4 مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص405. حوحو يمينة، المرجع السابق، ص.275.

ويتطلب الإلمام بدراسة البطاقة البنكية كوسيلة من وسائل الدفع الالكتروني التطرق الى تعريفها(أولا)، وبيان أنواعها (ثانيا).

1 تعريف بطاقة الدفع

يتطلب تعريف بطاقة الدفع التطرق الى تعريفين، التشريعي والفقهي[1]، وهذا ما سنتعرض له كالتالي:

أ تعريف التشريعي لبطاقات الدفع الالكتروني :

نص المشرع الجزائري على تعريف بطاقة الدفع بموجب المادة 543 مكرر 23 تجاري جزائري على أنه " تعتبر بطاقة الدفع بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال".

ويظهر من خلال النص أن المشرع الجزائري عرف بطاقة الدفع دون أن يتدخل في تنظيمها[2]، ليفتح المجال للمؤسسات المالية المختصة في إصدارها كالبنوك أو مصالح البريد كما هو معمول به في الجزائر، وتصدر هذه البطاقات حسب التطور الحاصل في البيئة

1 ان بطاقة الدفع الالكتروني قد احاطت بها عدة تساؤلات عن تعريفها و تحديد مفهومها، ووقد تباينت تلك التعريفات ضيقا واتساعا طبقا لجانب الذي يتم تعريفها، وهناك العديد من المصطلحات التي تطلق على هذه البطاقات، أكثرها شيوعا بطاقة الائتمان. حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015، ص.93.

2 نص المشرع الجزائري على بطاقة الدفع الالكتروني وهذا بالتعريف فقط من خلال المادة 543 مكرر 23 من القانون 05-02 المعدل للقانون التجاري دون أن يتدخل في تنظيمها بنصوص قانونية امرة ليكون من السهل على البنوك أن تصدر هذه البطاقات بما يتماشى مع تطور البيئة التجارية لعدم جمودها ومرونتها، مما يسمح لها بمواكبة التطور الحاصل في العمليات البنكية، غير أنه لم ينظم العلاقات الناشئة عنها بقواعد خاصة، بل ترك ذلك للقواعد العامة الموجودة في القانون المدني والتجاري، لأنها تحتوي على مجموعة من العلاقات تظم ثلاث روابط تنتج عنها التزامات قانونية ومسؤولية قانونية سواء كانت مدنية أو جزائية، مما يستدعي تدخل المشرع بنصوص قانونية امرة لتنظيم حماية قانونية لمستعملي هذا النوع من وسائل الدفع، وذلك لتوفير الثقة والائتمان التي تتسم به الحياة التجارية على اعتبار ان الوسائل التقليدية تعجز على تقديم هذه الحماية للخصوصية التي تتميز بها هذه الوسائل. حوالف عبد الصمد، بطاقات الدفع الالكتروني كادوات دفع حديثة، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد التاسع،2013،ص.180.

التجارية والبنكية،و هذا مانصت عليه المادة 71 من الامر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 2008/08/26 والتي تنص على أنه " لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الاموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها، وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى".

ولقد انتقد التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري لبطاقة الدفع، على أساس أنه إكتفى بتحديد جهة واحدة مخولة لها إصدار بطاقة الوفاء، وهي البنوك، كما هو مذكور في المادة 71 أعلاه، وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي بطاقة الوفاء في المادة 01/57 من المرسوم المؤرخ في 30 اكتوبر 1935 المعدل بالقانون الصادر في 30 ديسمبر 1991 التي جاء فيها أن بطاقة الوفاء هي كل بطاقة تسمح لحاملها بسحب أو نقل أموال، وهذه البطاقات لا يمكن أن تصدرها إلا مؤسسات القرض، وكذا الخزينة العامة بنك فرنسا، مصالح البريد وصندوق الودائع والأمانات[1].

ب التعريف الفقهي لبطاقة الدفع :

بسبب الإنتشار الواسع لبطاقات الدفع الالكتروني واحتلالها الصدارة في عمليات البنوك والمؤسسات المالية والمصرفية، واستخدامها لها كاداة وفاء تحل محل الشيك في الدفع، فقد صدر بشأنها عدة تعريفات فقهية.

فقد عرف الفقه بطاقة الدفع الالكتروني بأنها "عقد يبرم بين الجهة المصدرة للبطاقة والتي غالبا ما تكون أحد البنوك وبين شخص يسمى حامل البطاقة، تتعهد بموجبه الجهة

1 L'article57-1 alinéa 1 du décret –loi du 30 octobre 1935 ,modifié par la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, JORF du 16 novembre 2000,a défini la carte de paiement comme étant la carte permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds. Seuls peuvent en émettre ? les établissements de crédit , le trésor public ,la Banque de France , les services financiers de la poste, l'institut d'émission des départements d'Outre –mer et la caisse des dépôts et consignations.

المصدرة بان تضع تحت تصرف الحامل اعتمادا في حدود مبلغ معين، يستخدمه في الوفاء بقيمة مشترياته لدى محلات تجارية ترتبط هي الأخرى بعقد مع الجهة المصدرة تقبل بموجبه هذه الاخيرة قبول الوفاء بالبطاقة وذلك خلال مدة معينة" [1].

كما تم تعريف بطاقة الدفع الإلكتروني بأنها "بطاقة ممغنطة تصدرها البنوك المرخص لها في ذلك، بملغ معين، بمقتضى عقد مبرم مع البنك تمنح لحاملها شراء السلع والحصول على الخدمات من خلال شبكة الانترنت، والوفاء بإستخدامها في حدود المبلغ الذي صدرت به"[2].

ويرجع اختلاف التعاريف التي وضعت بشأن بطاقة الدفع الالكتروني، وصعوبة وضع تعريف موحد لها لتنوع وظائفها وتسمياتها، وخضوعها في نهاية الأمر للإتفاق المنشئ لها الذي يحدد إطار التعامل بها.

ويظهر من خلال التعريف السابقة أن بطاقة الوفاء الالكتروني تقوم على مشاركة ثلاثة أطراف، مصدر البطاقة[3]، وحاملها، ومورد السلعة أو الخدمة، وكل اثنين من الأطراف الثلاثة يرتبطون بعقد خاص، وينشأ عن العقود الثلاثة التزامات تترتب في ذمة أطرافها.

يرتبط مصدر البطاقة مع عميله حامل البطاقة بعقد، يلتزم بموجبه بإصدار بطاقة مقبولة كأداة وفاء لدى بائعي السلع وموردي الخدمات، أو بفتح إعماد بمبلغ معين لصالحه يمكنه من الوفاء بواسطتها، كذلك يرتبط مصدر البطاقة ببائعي السلع والخدمات الذين يقبلونها في السداد

1 سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.54.

2 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.574.

3 مصدر البطاقة هو البنك أو المؤسسة المالية التي لها عدة أدوار منها : التعاقد مع المركز العالمي للبطاقات من أجل حصولها على ترخيص يسمح لها بإصدار البطاقات من خلال دخولها في عضوية إصدار البطاقات، والتعاقد مع التجار المحليين من أجل قبول إستخدام هذه البطاقة من طرف عملائها لتسوية عملياتهم من شراء أو تقديم خدمات معينة.

بعقد يلتزم فيه تجاههم بضمان الوفاء بثمن السلع المباعة، ومقابل الخدمات الموردة[1]، ويرتبط حامل البطاقة ببائع السلع ومورد الخدمات بالعقد الاصلي، وهو عقد البيع أو أداء الخدمة [2].

وسنحأول أن نوضح العلاقات الناشئة عن بطاقات الدفع الالكتروني يشيئ من التفصيل في الفرع التالي.

2.- العلاقات الناشئة عن بطاقات الدفع الالكتروني :

تفترض بطاقة الدفع الالكتروني وجود أطراف ثلاثة، تتمثل في مصدر البطاقة وهو البنك أو المؤسسة التي تمنح العميل البطاقة بشروط محددة، وحامل البطاقة وهو العميل الذي يحصل على البطاقة لإستخدامها فيما بعد في الوفاء بقيمة مشترياته، والتاجر وهو الذي يقبل التعامل بالبطاقة مع العميل بناء على إتفاق مسبق بينه وبين مصدر البطاقة.

وينتج عن ما سبق وجود علاقات تعاقدية مختلفة، ترتب حقوقا والتزامات لكل طرف على الطرف الاخر، تتمثل هذه العلاقات التعاقدية في العلاقة التي تربط بين مصدر البطاقة والتاجر الذي يتعهد بمقتضاها بقبول البطاقة في الوفاء، والعلاقة بين مصدر البطاقة وحاملها والذي يتعهد مصدر البطاقة بمقتضاها أن يفتح حسابا لحامل البطاقة من أجل الوفاء بالتزاماته، والعلاقة التي تربط بين حامل البطاقة والتاجر والمتمثلة في عقد البيع الذي يستعمل فيه المشتري البيطاقة للوفاء بالثمن وفقا لتعهد التاجر بقبولها في الوفاء[3].

ا.- العلاقة القانونية بين مصدر البطاقة وحاملها

1 يتعين على التاجر بمعنى البائع المحترف قبول الدفع الالي بواسطة البطاقة البنكية، وفي هذا الصدد يقوم التاجر بتأكيد ذلك كتابة عن طريق ملئ استمارة معدة لهذا الغرض للبنك، يضع فيها هويته وعنوانه ونوع تجارته، واذا كان التاجر شخصا معنويا بمعنى شركة تجارية، فيتعين ذكر شكلها القانوني ومقرها الاجتماعي وموضوعها وهوية ممثلها القانوني ورقم حسابها البنكي وحين تتم الموفقة منقبل البنك على ذلك يقع إبرام العقد الذي بمقتضاه تنشأ العلاقة بينهما. ويمكن تكييف العقد عموما وهو الذي يجمع المصدر بالتاجر بأنه عقد قائم على أساس الوكالة بأجر، حيث يعد البنك المصدر للبطاقة، وكيلا للتاجر في قبض مستحقاته المالية المتمثلة في قيمة المنتجات من حاملي البطاقات وتثبيتها في حسابه.حوحو يمينة، المرجع السابق، ص.285.

2 صفوان حمزة الهواري، المرجع السابق، ص.245.

3 نضال سليم برهم، المرجع السابق،ص.128.

يحكم هذه العلاقة العقد المبرم بين البنك المصدر للبطاقة وبين عميله، حيث يحصل العميل على البطاقة بموجب تعاقده مع البنك المصدر لها وذلك بتوقيعه على طلب الحصول على البطاقة والذي ينص فيه على شروط استعمال البطاقة[1]، ويعتبر توقيع العميل على الطلب موافقة منه على إصدار البطاقة و أن استعماله لها محكوم بالشروط المذكورة بالطلب[2].

يطلق على العقد المبرم بين مصدر البطاقة والعميل اسم عقد الانضمام، لأن العميل ينظم الى منظومة الوفاء بالبطاقات، ويعتبر عقد الانظمام عقد غير مسمى يخضع لأحكام القانون المدني كسائر العقود الاخرى، حيث يجب لقيامه توافر شروط الصحة من رضا الاطراف، وأهليتهم ومحل وسبب مشروعين[3].

ويترتب على هذه العلاقة التعاقدية التزامات متبادلة بين أطراف العقد، حيث يلتزم كل طرف بما جاء في العقد من شروط، ولأن العقد يقوم على الاعتبار الشخصي يلتزم الحامل بأن يصرح بحسن نية عن كل ما يتصل به، كحالته المدنية وموطنه وعنوانه ومهنته ودخله وكل المعلومات التي تهم مصدر البطاقة. كما يلتزم الحامل لاستخدام البطاقة في حدود الائتمان المصرح له من قبل الجهة المصدرة أو في حدود رصيده، كم يجب عليه استعمالها خلال مدة صلاحيتها لكونها محددة المدة [4].

1 يعتبر البنك المصدر للبطاقة في هذه المرحلة في حالة دعوة الى التعاقد وليس في حالة ايجاب عام موجه للجمهور، وبذلك يجوز للبنك إذا ما تقدم اليه عميل ما لإصتصدار بطاقة وفاء أن يرفض هذا الطلب دون أية مسؤولية عليه، إلا في حالة ما كان متعسفا في إستعمال حقه، مصطفى كمال طه و وائل أنور البندق. المرجع السابق،ص.358.

2 يستقل البنك أو مصدر البطاقة بوضع شروط العقد، بحيث لا يكون للعميل الراغب في التعاقد أن يناقشها، وبذلك فهو يأخذ حكم عقد الاذعان، لذلك على العميل على الحامل قراءة شروط العقد بدقة، قبل الاقدام على التوقيع عليه.

3 حوالف عبد الصمد، بطاقات الدفع.....، المرجع السابق، ص. 176.

4 وجدى شفيق فرج، المسؤولية المدنية والجنائية في بطاقات الائتمان، يونيتد للإصدارات القانونية ، مصر،2010،ص. 28.

وفي مقابل ذلك يلتزم مصدر البطاقة بفحص شخصية حامل البطاقة ومحل إقامته، ويتحمل المسؤولية عند التقصير في ذلك[1].كما يلتزم بالوفاء بقيمة مشتريات حامل البطاقة في حدود المبالغ المصرح له بها في مواجهة الحامل والتاجر. وفي حالة سداد مصدر البطاقة بقيمة مشتريات الحامل إذا ما تجأوز حد الاعتماد يحق له مطالبته بالمبلغ مع العوائد المستحقة لذلك على أساس فكرة الاثراء بلا سبب، غير أن عقد الانضمام عادة ما يتضمن حد التسهيل الائتماني لحامل البطاقة [2].

ب.- العلاقة القانونية بين مصدر البطاقة والتاجر :

تتطلب طبيعة المعاملات التجارية التي تتميز بالسرعة والائتمان من التاجر قبول الدفع الالي بواسطة البطاقة البنكية، وفي المقابل يسعى البنك مصدر البطاقة الى التعامل مع أكبر عدد من المحلات الكبرى والشركات التجارية، والمطاعم والفنادق لكي يقبلو من عملائه الوفاء بالبطاقات التي أصدرها لهم في مقابل أن يقوم البنك بالوفاء بديون هؤلاء العملاء الى التاجر[3]

وفي هذا المجال، ومن أجل قيام هذه العلاقة ، يقوم التاجر بتأكيد ذلك كتابة عن طريق ملئ استمارة معدة لهذا الغرض للبنك، يضع فيه هويته وعنوانه ونوع تجارته، وإن كان التاجر شخصا معنويا بمعنى شركة تجارية، فيتعين ذكر شكلها القانوني ومقرها الاجتماعي وموضوعها

1 وفي هذا الشأن قضت محكمة استئناف باريس في قضية قامت بها مؤسسة الامريكان إكسبرس بتسليم بطاقة أمريكان إكسبرس لشخص غير مقيم، وذلك بناء على طلب أحد االبنوك الذي قدم العميل على انه ثري، وبعدما اكتشف المصدر أن هذا الشخص كان مسرفا، فقد حكمت المحكمة بتقاسم البنك والمصدر الضرر مناصفة لأن االبنك قدم معلومات غير صحيحة والمصدر قصر في التحقق من العميل بطريقة غير كافية، قرار مشار اليه من طرف نظال سليم برهم، المرجع السابق، ص.141.

2 وجدى شفيق فرج، المرجع السابق،ص.29.

3 مصطفى كمال طه و وائل أنور البندق، المرجع السابق،ص.358.

وهوية ممثلها القانوني ورقم حسابها البنكي، وحين تتم الموافقة من قبل البنك على ذلك يقع ابرام العقد الذي بمقتضاه تنشأ العلاقة بينهما[1].

ويطلق على العقد المبرم بين البنك المصدر والتاجر الذي يقبل الوفاء ببطاقة الدفع عقد مورد أو عقد التاجر، بمقتضاه يكون على التاجر أن يعلن الى الجمهور عن قبوله التعامل بهذه البطاقات، ويعد عقدا مستقلا عن عقد الانضمام يبرم بين طرفين هما المصدر والتاجر، حيث يتعهد التاجر بقبول البطاقة مع التخلي على نسبة من قيم مبيعاته لصالح البنك المصدر عند قيامه بتحصيل مبيعاته منه، كما يتعهد البنك للتاجر بدفع أي مبلغ يرده منه، ناتج عن أي عملية تتم بواسطة بطاقته[2].

ومن بين الالتزامات المترتبة على العلاقة العقدية ما بين مصدر البطاقة والتاجر، التزام التاجر قبول البطاقة في التعامل، بحيث لايمكنه رفضها، والمطالبة بثمن نقدي للبضاعة أو الخدمات، ولا يحق للتاجر أن يستوفي من الحامل أية عمولة زائدة عن السعر المقرر، وبرفضه يكون ملزما بالتعويض استنادا الى المسؤولية العقدية الناشئة عن العقد بين المصدر من جهة والتاجر من جهة أخرى. كما يقع على التاجر مسؤولية التأكد من مطابقة توقيع الحامل على البطاقة وعلى سند البيع، والتأكد كذلك من البيانات المدرجة في البطاقة[3].

ج العلاقة بين العميل والتاجر :

1 حوحو يمينة، المرجع السابق، ص.285.

2 يعتبر عقد المورد أو عقد التاجر مثل عقد الانضمام، بحيث يجب أن تتوافر فيه الأركان العامة بوجه عام من أهلية ورضا ومحل وسبب مشروعين، وعقود الاذعان بوجه خاص، لأن الشروط التي يتضمنها تكون معدة مسبقا، وما على التاجر إلا أن يقبلها كما هي إذا أراد الانضمام الى منظومة الدفع بالبطاقة أو رفضها، لأنه لا يملك أية فرصة لمناقشة شروط العقد، أو محأولة تعديلها، حوالف عبد الصمد، بطاقات الدفع.....، المرجع السابق،ص. 177.

3 وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية في 14 حزيران 1988 إعتبر التاجر مسؤولا عن ¾ من الضرر الحاصل بالنظر للظروف المادية التي يجب أن تتم فيه عملية التحقق والمطالبة، ويتوجب على التاجر وفقا لهذه الظروف أن يبذل عناية عادية تتوافق مع الاعراف التجارية دون أن يكون عليه التحقق من هوية كل حامل يتقدم اليه لإختلاف هذه المسولية مع سرعة الحياة التجارية وأعرافه- Cassation civle 1 ere,14Juin 1988,-D1988,-IRv -p.168.

نقلا عن نضال سليم برهم، المرجع السابق،ص.146.

يرتبط حامل البطاقة مع التاجر بعلاقة عقدية مستقلة عن العلاقة بين حامل البطاقة والبنك المصدر لها، وهي تعد علاقة بيع وشراء بينهما لمختلف المبيعات التي يحتاج اليها الحامل سواء من المحلات التجارية أو المطاعم أو غيرها المجهزة بالأجهزة الالية الخاصة بالوفاء. فالحامل يستخدم البطاقة للحصول على السلع والبضائع من التاجر الذي يمكنه منها بمجرد تقديم البطاقة، فتقوم البطاقة هنا مقام النقود والشيكات التي اعتاد عملاء المحلات الكبرى على دفعها للتجار،غير أن استخدام بطاقة الدفع أكثر تقبلا وأداءا في الدفع من الشيكات، كون أن تقديم هذه الأخيرة لا يبرئ ذمة صاحبه الا بالوفاء بالنقود[1].

ويعتبر حامل البطاقة مدينا ولا تبرأ ذمته حتى يفي مصدر البطاقة بقيمة المشتريات التي حصل عليها حامل البطاقة من متجره، أو في حالة قيام هذا الحامل بالوفاء للتاجر بنفسه، وبمجرد سداد أحدهما القيمة تبرأ ذمة الحامل. ويكون للتاجر حق الرجوع على هذا الاخير قبل أن يرج على مصدر البطاقة، كما يحق له الرجوع على المصدر قبل الرجوع على الحامل دون ترتيب معين[2].

وبالإضافة الى ما سبق، فإنه يترتب عن العقد المبرم بين التاجر وحامل البطاقة نفس الاثار للبيع العادي طاما يترتب على عاتق الطرفين نفس الالتزمات، إضافة الى التزمات أخرى تفرضها الطبيعة الخاصة لبطاقة الوفاء التي لا تقف عند حد معين بل هي في تطور مستمر يجعلها تخضع لنظام قانوني قائم بذاته[3].

1 لا تثير العلاقة بين التاجر والحامل من الناحية العملية أي مشكلة إذ يحكمها العقد الأصلي أو عقد تقديم الخدمة، كل ما هنالك أن التاجر يلتزم بقول الوفاء بالبطاقة التي يحملها الحامل، مصطفى كمال طه و وائل أنور البندق، المرجع السابق،ص.359.

2 وجدى شفيق فرج، المرجع السابق، ص.34.

3حوالف عبد الصمد، بطاقات الدفع .....، المرجع السابق،ص. 180.

3 أنواع البطاقات البنكية

تحتوي السوق المالية على العديد من أنواع البطاقات البنكية ، ويمكن أن نذكر منها على سبيل المثال البطاقات التالية :

١.-**بطاقة الائتمان**[1] **(Credit Card)**: وهي بطاقة يمنح بموجبها البنك لحاملها تسهيلا إئتمانيا يمكنه من إستعمالها بهدف الحصول على المبيع المطلوب، ويتولى البنك بعد ذلك السداد ثم يقوم الحامل بسداد ما دفعه البنك مع الفوائد خلال أجل متفق عليه.

وتعتبر هذه البطاقات اداة ائتمان حقيقية،لأنه بموجبها تحصل الجهات المصدرة لها على فوائد مقابل توفير إعتماد لحامها، فضلا عن كونها بالاضافة الى ذلك أداة للوفاء، ونتيجة لذلك فإن معظم بطاقات الائتمان العالمية تأخذ بهذه المزايا، ومنها الفيزا كارد (visa card) والماستر كارد(Master card)، حيث ان البنوك لا تمنح هذه البطاقات إلا بعد التأكد من يسر العميل أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية.[2]

وأهم مايميز بطاقات الائتمان، بالإضافة الى الائتمان الذي تعطيه لحاملها، أنها بطاقة معترف بها دوليا مما يسهل اعتمادها في الدفع الالكتروني وخصوصا عبر شبكة الانترنت، كما أنها توفر ضمانا للتاجر لاستيفاء ثمن المشتريات.

ويرجع سبب تسمية هذا النوع من البطاقات ببطاقات الائتمان الى ما تعطيه البطاقة من تسهيلات بالدفع يتفق عليهاتمنح الحامل من خلالها ائتمانا فعليا من البنك يتمثل

---

1 يعد مصطلح (بطاقة ائتمان) هو الاسم الشائع للتعبير عن كل أنواع بطاقات الدفع، وهي البطاقات التي تصدرها البنوك في حدود مبالغ معينة ويتم استخدامها كاداة ضمان، ويفضل جانب من الفقه الى إطلاق تعبير بطاقة الائتمان على كل أنواع بطاقات الدفع لأنه إذا كانت الوظيفة الأولى للبطاقة هي الوفاء للتجار فإنه يصاحبها دائما منح تسهيل لحامل البطاقة نظرا لان البطاقات جميعا من الناحية النكنولوجية تتطلب للخصم من حساب حامل البطاقة بض الوقت، وتوفر تلط البطاقات الجهد والوقت لحاملها.عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق،ص.384.

2عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،الطبعة الأولى،2001، ص.114.

بعدم الدفع الفوري للمشتريات، ثم يقوم الحامل بسداد مجموع قيمة المشتريات خلال مدة متفق عليها[1].

ب.- بطاقة الدفع (Debit Card):

نص المشرع الجزائري على تعريف هذه البطاقة في المادة 543 فقرة 23 من القانون التجاري السابقة الذكر على أنه " تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال "، وهذا النوع يخول لحامله سداد مقابل المبيع عن طريق تحويل المقابل من حساب المشتري الى حساب البائع مباشرة.

يستلزم اصدار هذا النوع من البطاقات أن يقوم حاملها بفتح حساب جاري لدى البنك المصدر لبطاقته ويودع فيه مبلغا يسأوي الحد الاقصى المسموح له بالشراء في حدوده، وهنا يقوم البنك بدفع المستحقات الواجبة على حامل البطاقة من أمواله المودعة لديه بصورة فورية أو خلال أيام دون تقسيم البلغ على فترات أي دون ترحيل الدين من شهر لاخر[2].

لا تعد بطاقة الدفع بطاقة ائتمانية[3]، وإنما تحمل تعهدا من البنك مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر وإن كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة، ولا تنطوي على أي تعهد من البنك بتقديم تسهيلات ائتمانية. وقد يتم العمل بهذه البطاقة إما بطريقة مباشرة أو عن

1 مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق،ص.407.

2 أيمن عبد الحفيظ،حماية بطاقات الدفع الالكتروني، مطابع الشرطة،مصر،2007، ص.32.

3 تتميزبطاقات الائتمان عن بطاقات الدفع بسماحها لحاملها بالحصول على قرض مباشر، أي قرض قصير الاجل يمنحه المصدر عند استخدامه لبطاقته في تسديد المشتريات أو عند سحب مبالغ نقدية في حدود الحد الاقصى المسموح به،، ويعد تطوير بروتوكول التعاملات الالكترونية الامنة Secure Electronique Transaction (SET) الذي يهدف الى وضع معايير موحدة للامان دافعا كبيرا لانتشار بطاقات الائتمان عبر الشبكة الدولية، حيث يضع هذا البروتوكول معايير أساسية لتشفير أرقام ائتمان المستهلكين عند استخدامها عبر الانترنت، ويعتمد ذلك على تبادل الشهادات الرقمية الموثقة بتوقيعات الكترونية، فكل بنك وكل تاجر يحوز شهادة وكل حامل للبطاقة يحوز شهادة وفقا لترتيب هرمي معين. أحمد جمال الدين موسى، النقود الالكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في ادارة السياسة النقدية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، دار الفكر والقانون،2001،العدد التاسع والعشرون، ص.30.

طريق الدفع الغير مباشر مثل بطاقة الدفع المعروفة في فرنسا بالبطاقة الزرقاء La carte bleu [1].

ج.- بطاقة الصرف البنكي (Charge Card) : وهي عبارة عن وسيلة دفع الكتروني تتم لدى البنوك الالكترونية، ويطلق عليها بطاقات الصرف الالي، وغالبا ما تكون فترة الاتمان في هذا النوع من البطاقات فترة قصيرة حيث يتعين على العميل السداد أولا خلال مدة السحب أو الائتمان، ويختلف هذا النوع من البطاقات عن بطاقات الائتمان في أن السداد يجب أن يتم بالكامل من جانب العميل خلال الشهر الذي يتم فيه السحب[2].

د.- بطاقة السحب الالي cash card

تمنح بطاقة السحب الالي لحاملها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد اقصى متفق عليه من خلال أجهزة خاصة حيث يقوم العميل بإدخال بطاقته الى جهاز الحاسب الالي، الذي يطلب منه إدخال رقمه السري، فإذا كان الرقم السري صحيحا، يطلب الجهاز من العميل تحديد رقم المبلغ الذي يحتاجه عن طريق لوحة المفاتيح على الجهاز، وبعد تمام العملية، يسترد العميل بطاقته اليا، ويسجل هذا المبلغ الى جانب المدين من حساب العميل مباشرة [3].

3.- مزايا بطاقات الدفع الالكتروني :

لقد لقي التعامل ببطاقات الدفع الالكتروني نجاحا كبيرا بفضل الفوائد التي يوفرها للمتعاملين بها، أي بالنسبة لجميع أطراف البطاقة سواء بالنسبة للبنك المصدر للبطاقة أو بالنسبة لحاملها أو بالنسبة للتاجر الذي يقبل الدفع بواسطتها.

1 عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.114.

2 محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق،ص.145.

3عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.111.

أ بالنسبة للبنك المصدر للبطاقة

تشكل بطاقات الدفع مصدر دخل مالي للبنك وموردا قليل التكلفة،بحيث تحقق ربحا كبيرا له يتجأوز النفقات التي يتحملها من جراء إصدار وتنظيم العملية، وذلك من خلال عمولات السحب النقدي، كما تعد هذه البطاقة أحد أحدث وسائل إدخال التكنولوجيا بالبنوك والتي تساعد على تطوير العمل المصرفي وتحسين الخدمات المقدمة للعملاء، كما أنها تعمل على حل مشاكل البنوك التي تتعامل مع أعداد كبيرة من العلاء[1].

ب بالنسبة لحامل البطاقة

تتمثل أهمية بطاقة الدفع بالنسبة لحاملها في سهولة حملها وقلة تعرضها للأخطار والضياع، التي قد يتعرض لها العميل عند حمله الشيكات والنقود[2]، وهي تمكن حاملها من مراجعة مصروفاته من خلال مراجعة الكشوفات الشهرية المرسلة اليه من قبل البنك، كما أنه بموجب هذه البطاقة يمكن أن يعطى العميل أجلا للوفاء من قبل البنك، ويتوقف منح هذه المهلة على يسر العميل المالي خلال فترة تعامله مع البنك[3].

ج بالنسبة للتاجر

تمنح بطاقة الدفع للتاجر ضمانا قويا في السداد وهو ضمان أفضل من الدفع بالشيكات أو الأوراق التجارية وبمخاطر أقل، فهي تجنبه اصدار شيكات بدون رصيد من زبائنه،كما تجنبه

1 أيمن عبد الحفيظ، المرجع السابق،ص.38.

2 « Le paiement par carte bancaire est le moyen de paiment électronique le pluis répandu dans le monde grace à sa simplicité et à la confiance qu'il a suscitée auprés des consommateurs après tant d'hésitation au siécle dernier et au tout début du millénaire » GHAZOUANI Chiheb,op cit , p.193.

3 حوالف عبد الصمد، بطاقات الدفع .....، المرجع السابق،ص.166.

قبول عملات نقدية قد تكون مزورة ، بالإضافة الى أن الجهة مصدرة البطاقة تتعهد وتلتزم بسداد قيمة العملية المنفذة بالبطاقة حتى ولو لم يكن لحاملها رصيد مقابل لقيمة الإستخدام[1].

يستفيد التاجر من نظام بطاقات الدفع في توفيره للكثير من الوقت والاجراءات التي يتطلبها صرف الشيكات وتحصيلها وايداع النقود في البنك وما ينجم عن ذلك من مصاريف ومخاطر، حيث نجد ان المؤسسات التجارية الكبرى تقبل العمل بهذا النظام بسهولة تامة لأنها ترى ان التعامل بهذه البطاقات طريق لزيادة العملاء، وزيادة الأرباح [2].

وبالإضافة الى بطاقة الدفع الالكتروني نجد من بين وسائل الدفع الحديثة الاكثر انتشار في البيئة الرقمية النقود الالكترونية.

ثانيا النقود الالكترونية[3] :

تعتبر النقود الالكترونية أحد طرق الدفع الالكتروني المستحدثة، وتعرف بأنها وسيلة للتخزين الالكتروني لقيمة نقدية على دعامة تقنية، تستخدم على نطاق واسع لتسوية مدفوعات مستحقة لمتعهدين غير من أصدرها[4]، وذلك دون الحاجة لاستناد التسوية على حساب بنكي

1 أيمن عبد الحفيظ، المرجع السابق،ص.39.

2حوالف عبد الصمد، بطاقات الدفع .....، المرجع السابق،ص. 168.

3 إستعملت عدة مصطلحات للتعبير على النقود الالكترونية ومنها النقدية الالكترونية و النقود الرقمية والعملة الرقمية والأموال الافتراضية.

4 رغم أن النقود الالكترونية تقدم مزايا هامة للمستهلكين حيث تيسر عليهم اجراء عمليات الشراء وتحقق قدرا أعلى من الملائمة وسهولة الاستخدام والامان، غير أن بعض المراقبين يعبرون عن خشيتهم من أن يقتصر استخدام النقود الالكترونية على الطبقة الاجتماعية المميزة، ومن ثم لا يكون في مقدور المستهلكين أصحاب الدخول المنخفضة استخدام هذه النقود والتمتع بمزياها على نحو فعلي، فالنفقة المالية للحصول على النقود الالكترونية واستخدامها تشكل عقبة حقيقية تحد من انتشارها بين أفراد الطبقات الفقيرة، أو لا تجعل في مقدورهم الحصول على منتجات التجارة الالكترونية سوى تلك الاقل جاذبية وبأعلى تكلفة، فالواقع أن طبيعة نظم النقود الالكترونية التي تعتمد على استخدام الانترنت تحد من انتشارها بين المستهلكين ذوى الدخل المحدود لأنها تتطلب القدرة على استخدام أجهزة الحاسب والدخول الى شبكة الانترنت والتدريب على التعامل معها، وهو امرصعب بالنسبة لهؤلاء، كذلك فان نقص المعلومات بقد يسبب اتخاذ المستهلكين من هذه الفئات قرارات بدون تقدير ملائم لاثارها على حقوقهم والتزاماتهم في بعض الظروف.أحمد جمال الدين موسى، المرجع السابق،ص. 64.

لحظة إجراء الصفقة، وعد وسيلة في يد حاملها مدفوعة مسبقا[1]،كما تعرف بأنها تسجيل لقيمة العملة الموثقة والمقيدة في شكل الكتروني، ولذلك فإنها مختلفة عن وحدات العملة التقليدية سواء كانت من المعدن أو الورق[2].

وفي هذا الصدد قد إعتمد الإتحاد الأوربي التوصية 2000/46 التي تنظم المؤسسات التي توفر النقود الالكترونية، وكذا إستعمالها ومراقبة هذه المؤسسات، والتي عرف بموجبها النقود الإلكترونية بأنها " قيمة نقدية تمثل دين على من يصدرها والتي يتم تخزينها على دعامة الكترونية، ومصدرة مقابل دفع مبلغ قيمته لا يمكن أن يقل عن قيمة النقدية الالكترونية المصدرة والتي تقبل كوسيلة دفع منقبل المؤسسات غير المؤسسة المصدرة لها "[3].

كما أن المشرع الفرنسي قد سار في نفس الاتجاه، حيث نص على النقود الالكترونية بموجب القانون البنكي المؤرخ في 24جانفي 1984 و كذلك بموجب القانون المؤرخ في 15نوفمبر 2001، والذي اتى فيه بتعريف مشابه للتوصية الأوربية رقم 2000/46 المذكورة أعلاه[4].

1 سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.63.

2 محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق،ص.332.

3 La directive2000/46/CE du 18 septembre 2000 concernant L'accès à l'activité des établissement de monnaie électronique a posé la définition communautaire de la monnaie électronique dans son article 1,3b.il s'agit d' « une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur ,qui est : stockée sur un support électronique ; émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieur à la valeur monétaire émise ; acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur » Directive2000/46/CE du 18 septembre 2000 concernant L'accès à l'activité des établissement de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle des ces établissement ,JOCE L,275,27 ocobre2000,p37-38

4 «..en droit français , le cadre légal de la monnaie électronique est posé par la loi bancaire du 24 janvier 1984 ainsi que par la loi relative à la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001.La directive 2000/46/CE du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des

1 الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية :

إختلفت الأراء حول الطبيعة القانونية للنقود الإلكترونية، فهناك من يعتبرها سوى أموال مكتوبة، فهي لا تكون في صورة مادية[1]، وإنما في صورة وحدات في صورة أرقام تقيد في جانب المدين لدى المستهلك الذي يسدد بها، وتقيد في جانب الدائن التاجر الذي قبل السداد بها،وهي بذلك تعد صيغة غير مادية للنقود الالكترونية، فهي نقود حقيقية عادية محفوظة بشكل الكتروني لأنها تقوم بكل الوظائف التي تقوم بها النقود الالكترونية[2].

وهي بهذه الكيفية تتشابه في السداد مع طرق التحويلات البنكية[3]، وما يميزها فقط عن هذا النوع من من الاموال أنها تصدر وتتدأول إلكترونيا[1].

établissements de monnaie électronique a été transposée par l'arrêté du 10 janvier 2003 portant homologation du règlement n 2002-13 du comité de la réglementation bancaire et financière. L'article 1 du règlement n 2002 -13 pose une définition technique et juridique de la notion de monnaie électronique ; elle est composée d'unités de valeur, dite unités de monnaie électronique.Chacune constitue un titre de créance incorporé dans un instrument électronique et acceptée comme un moyen de paiement par le tiers autre que l'émetteur.La monnaie électronique étant émise de fonds pour une valeur ne pouvant excéder celle de fonds reçus en contrepartie » GHAZOUANI Chiheb, op.cit, pp.154 :155.

1 تعتبر النقود رمز يمثل القيمة وليست القيمة ذاتها، وقد تطور التمثيل المادي للنقود عبر التاريخ النقدي من المقايضة الى العملات المعدنية ثم الى العملات الورقية، واليوم يعتبر استخدام الوسائل الالكترونية أكثر صور النقود حداثة وتعقيدا، ويكمن الفرق بين النقود الالكترونية وصور النقود السابقة عليها في أنها لم تعد تأخذ بالضرورة شكلا ماديا وانما أصبحت تتمثل في مجرد انتقال المعلومات بين أطراف التبادل، بحيث أصبحت المعلومات عن النقود أكثر أهمية من النقود ذاتها. أحمد جمال الدين موسى، المرجع السابق،ص.38.

2صفوان حمزة الهوراي، المرجع السابق، ص. 263.

3 نظرا لأهمية النقود في التدأول النقدي أصبح من المستحيل الفصل بين دراسة النقود والبنوك كمؤسسات نقدية، ولهذا فإن البنوك تعتبر الان أهم مؤسسات السوق النقدي، فهي تجمع الاموال من العملاء في صورة ودائع قصيرة الاجل وتوظفها في صورة عمليات قصيرة الاجل أيضا، وان كانت بعض البنوك تشارك أحيانا في استثمار طويل الاجل، ومن ناحية أخرى، فان البنك المركزي له سلطة اصدار النقود الورقية والرقابة على البنوك التجارية، وفضلا عن أن البنوك التجارية تجمع ودائع العملاء، فان لها القدرة خلق نقود الائتمان من جهة، واصدار النقود الودائع من جهة أخرى،عبد الهادي علي النجار، تغير قيمة

بينما هناك من يعتبر أن النقود الإلكترونية لاتعتبر نقود ورقية أو نقود مكتوبة، وإنما هي نوع جديد من النقود تم وضعها خصيصا لتسوية الديون الناشئة عن المعاملات التجارية التي تجري عبر الأنترنت، فتختلف النقود الالكترونية في الية استخدامها عن النقود التقليدية، بل إن جاءت لتقوم مقام النقود التقليدية[2]، وهي تمتاز بالاستقلالية، لأنها تنتقل عبر شبكة الانترنت وجهاز الكمبيوتر المخزنة عليه هذه الاموال[3] .

كما أنها تختلف عن النقود الورقية والنقود المكتوبة من كونها لاتخرج عن نطاق المعاملات المبرمة من خلال الانترنت. كما تمتاز بالقدرة على المرور والتنقل بين الحدود الدولية بسرعة وشفافية عبر الانترنت، لأنها لاتعود لدولة محددة، بل يتم استخدام العملة بحسب الدولة التي يتم فيها الوفاء. كما انها تتميز من ناحية عدم تمتعها بالقبول العام من قبل الجمهور واختلاف وضع مصدرها[4] عن وضع مصدر النقود المكتوبة [5].

النقود في الفكر المعاصر وفي الحضارة الاسلامية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، كلية الحقوق جامعة المنصورة،2001، العدد التاسع والعشرون، ص.04.

1 سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.63.

2 ان الوسائل لبتقليدية للدفع كالنقود الورقية في ظل ظهور وسائل الدفع الحديثة عرفت انخفاضا بطيئا ومستمرا، لكنها لم تختف من والوجود وذلك لسببين أولهما يعود لإستغلال التطور التكنولوجي لصالحها حيث سمح بالقضاء على بعض المشاكل التي كانت تتسبب فيها سواء للعملاء أو للبنك، فظهرت المقاصة الالكترونية والمعالجة الالكترونية التي سمحت بتقليص التدأول والتبادل الورقي لهذه الوسائل. والسبب الثاني يعود لعدم مثالية الوسائل الحديثة التي وجدت لتعوض تلك التقليدية واذا بها تولد مشاكل وعيوب من نوع جديد في عالم البنوك، وهو ما جعل الوسائل التقليدية تحافظ على مكانة لا بأس بها، هادف حيزية، نجاح وسائل الدفع الالكتروني والتحول الجوهري الى عمليات التفاعل مع التجارة الالكترونية : استعراض لتجارب بعض الدول الأوروبية، مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة الدكتور يحيى فارس، المدية، 2014 العدد 08 الجزء 02 ص.281.

3 الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.165.

4 يكمن الفرق الجوهري بين النقود الالكترونية والتقليدية، من حيث مصدرها، لأن النقود الالكترونية لا تصدر عن البنك المركزي وعليه اذا تم الدفع بواسطة أدوات التبادل فإن عملية البيع قد تمت إلا أنه بحاجة الى عمليات إضافية تتبعها متمثلة في الدفع النهائي الذي يمنع أية مطالبة نهائية في المستقبل بين جميع الاطراف المتعاقدة، لذلك يعتبر الدفع نهائيا عندما لا يحق للتاجر أن يطالب البنك المصدر أو المشتري بأية مبالغ.

5 سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.63.

2.- أنواع النقود الالكترونية :

تتوافر من الناحية العملية العديد من أشكال وصور النقود الالكترونية التي تستعمل لتسوية معاملات التجارة الالكترونية،غير أن أهم أشكال النقود الالكترونية تتمثل في نوعين أساسيين وهما النقود الائتمانية الالكترونية ومحفظة النقود الالكترونية

أ.- النقود الإئتمانية الإلكترونية

تعتبر النقود الائتمانية الالكترونية المفهوم الحقيقي للعملة الالكترونية، وقد يعبر عنها بالنقود الرقمية أو الرمزية أو القيمية (e.Cash)، وهي عبارة عن سلسلة من الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها، ويتم الحصول عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية، وتكون مخزنة على ذاكرة الحاسوب الخاص بالعميل[1].

ومن بين أهم خصائص النقود الائتمانية أنها يمكن بموجبها الوفاء مباشرة بالمقابل النقدي لعقد البيع المبرم عبر الانترنت، وذلك دون حاجة الى الاتصال بالمتعاقد الاخر، ودون الحاجة الى تدخل وسيط، حيث تنتقل العملة من المشتري الى البائع دون تدخل البنك أو الجهة التي تعمل على إدارة عملية الدفع الالكتروني[2].

ب.- محفظة النقود الالكترونية :

تعتبر حافظة النقود الالكترونية من بين الوسائل الفنية المستعملة في عملية الدفع، وتعد وسيلة دفع حديثة، وهي تمثل وسيلة دفع افتراضية[3] تستخدم في سداد المبالغ القليلة

1 محمد حسين منصور، أحكام البيع.....، مرجع سبق ذكره،ص.416.

2 بشارمحمد دويدن، مرجع سبق ذكره، ص 210، محمد حسين منصور، أحكام البيع.....، المرجع السابق،ص.416.

3 تعتبر محفظة النقود الالكترونية وسيلة دفع افتراضية وذلك لأنه تشحن محفظة النقود الالكترونية مسبقا برصيد مالي ويتم تسجيل هذا الرصيد في بطاقة خاصة، وإذا تم تسجيل الرصيد على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر الخاص بمستعمل الشبكة نكون هنا بصدد محفظة نقود افتراضية، حيث أن النقود الافتراضية تماثل من الناحية الفنية المعلومات المخزنة في ذاكرة جهاز

القيمة[1]، ومن اهم ميزاتها انها تحقق أمن تبادل النقد عبر الانترنت بفضل ستخدام طريقة حسابية دقيقة جدا، كما أنها تسمح في نفس الوقت بتحديد طرفي التعامل ، كما أن تكلفتها أقل بكثير من طرق الدفع الأخرى[2].

و تقوم محفظة النقود الالكترونية على فكرة إستخدام أجهزة الذاكرة الالكترونية لتخزين القيمة من أجل الاستخدام النهائي في المدفوعات المتكررة والمنخفظة القيمة[3]، وهي بطاقة مدفوعة من قبل، متعددة المستفيدين، ولها قدرة شرائية مضمونة[4].

ومن بين أهم أمثلة محفظة النقود الالكترونية والأكثر استعمالا في التجارة الالكترونية هي بطاقات الموندكس (Mondex Cards) والتي يمكن استخدامها كبطاقة ائتمانية أو بطاقة خصم فوري طبقا لرغبة العميل أي كبديل للنقود في كافة عمليات الشراء،حيث أنها تجمع بين وظيفتي بطاقة الدفع ومحفظة النقود الالكترونية[5]، حيث يتم الخصم الفوري من حساب البطاقة وإضافة القيمة الى حساب التاجر المدون على الذاكرة الالكترونية داخل نقطة البيع، وهي بذلك تسهل العمليات التجارية لسهولة ادارتها بظوابط أمنية محمية تمنح لحاملها إجراء العمليات البنكية دون اللجوء الى فروع البنوك[6].

وتصدر نقود Mondex في شكل بطاقة تشحن عليه الوحدات الالكترونية وتسمى la carte à mémoire Mondex، وكلما قام حامل البطاقة بعمليات تسوية لمشترياته، تقيد

الكمبيوتر ويستطيع العميل الذي يرغب في التعامل بهذه النقود أن يتعاقد مع أحد البنوك والتي تسمح له بوجب ذلك بإستعمال النقود الالكترونية، نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص.169.

1 خليفي مريم، المرجع السابق، ص.112.

2 عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق،ص.406.

3 الياس نصيف، المرجع السابق، ص.159.

4 كوثر عدنان خالد، المرجع السابق،ص.579.

5 NAIMI CHARBONNIER Marine ,op.cit,p.203.

6محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق،ص146، محمد حسين منصور، أحكام البيع.....، المرجع السابق،ص. 413.

المبالغ اللازمة لهذه التسويات في جانب المدين لحساب الحامل بواسطة موزع الي، ويكفي لاتمام عملية الدفع، إدخال البطاقة في الجهاز الموجود لدى التاجر أو في قارئ موصول بحاسب الي في حالة إتمام الصفقة عبر شبكة الانترنت[1].

ومن أهم محاسن نظام (Mondex) أنه يمتاز بقابليته للإستخدام المتعدد، حيث يمكن من خلاله إجراء عملية الدفع المادية أو التحويل من بطاقة الى أخرى، ويمكن استخدامه عبر كافة أنواع الشبكات المغلقة والمفتوحة بما فيها شبكة الانترنت[2]. كما يمتاز هذا النظام بأنه لا يحتاج الى طرف ثالث لتسوية المعاملات بين المستخدمين كما لا يحتاج الى نظام المقاصة من أجل تسوية الحسابات بين الأطراف المتعاملة به[3]

ويمكن القول أنه وبالرغم من المزايا التي تتمتع بهامحفظة النقود الالكترونية وخاصة منها بطاقة (Mondex)، والتي من بينها فكرة الدفع المسبق الذي جعلها تتميز بطاقات الدفع الإئتمان العادية. غير أنه يمكن إستخدام هذه المحفظة في تبييض الأموال غير المشروعة، وذلك لأنه يمكن ايداع الأموال غير المشروعة بطريقة تقليدية أو إلكترونية، ثم يقوم البنك المودع لديه هذه الأموال– بطريقة شرعية – بإصدار محفظة نقدية، وبعد إنفاق هذه النقود يكون بالتالي المجرم قد تمكن تدوير أمواله غير المشروعة[4]،

1سامي عبد الباقي أبوصالح، المرجع السابق، ص.63.

2 بالاضافة الى إمكانية إستخدام بطاقة موندكس عبر الانترنت، فإنه من أجل توسيع عملها قامت شركة مونكس (Mondex International) المحدودة المسؤولية ببيع امتياز محفظة موندكس، التي اصبحت ممتلكة على النحو التالي 51بالمائة ممتلكة من قبل (Master Card International)، بينما اتحاد البنوك العالمية يمتلك 49بالمائة من امتياز محفظة موندكس العالمية، ونتيجة لذلك قد حصلت العديد من اللشركات الأوربية والامريكية على امتياز تسويق محفظة موندكس، ففي الولايات التحدة الامريكية تم تكوين شركتين ذات مسؤولية محدودة للعمل في تسويق محفظة موندكس للنقود الالكترونية حيث تقوم الشركة الأولى كبنك منشئ يصدر ويبيع هذه المحفظة وتكون مسؤولة عن تحويل النقود الالكترونية الى نقود حقيقية، وتقوم الشركة الثانية بدور منح التراخيص وتوفير الامان والموثوقية لحاملي هذه النقود والمتعاملين بمحفظة موندكس الإلكترونية. محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق،ص. 339.

3 مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق،ص.423.

4 تدريست كريمة، المرجع السابق، ص.108.

كما أنه بالاضافة الى ذلك فإن محفظة النقود الالكترونية كوسيلة وفاء لا تخلو من مخاطر أخرى مثل وقوع طارئ على الجهاز كمسح الذاكرة الأمر الذي يفقد المستخدم نقوده، حيث أنه مجرد خلل في ذاكرة الحاسب قد تضيع معه هذه القيمة، خاصة أن أجهزة الحاسب التابعة للخواص ليست لها الحماية المعلوماتية نفسها التي تتمتع بها أجهزة حاسب البنوك، مما قد يجعلها موضوع سرقة وقرصنة سهلة[1] ، أو في حالة إفلاس الجهة التي أصدرت هذه النقود الالكترونية[2].

ومن أهم العقبات التي تواجه التجارة الالكترونية، و التي قد تحول دون الانتشار الكبير والسريع للنقود الاكترونية بصفة عامة غياب ثقة المستهلكين في قدرة نظمها على توفير السرية والخصوصية، فحجم المعلومات الهام المرتبط بالنقود الالكترونية سيتيح للمصدرين والموزعين والقائمين على أعمال المعالجة الالكترونية وغيرهم من المشاركين في نظم التجارة الالكترونية قدرة متزايدة على الاطلاع وحفظ واستخدام المعلومات الشخصية للمستهلكين. وتزيد هذه المخأوف مع تطور البطاقات لتستخدم في مختلف الاغراض والعمليات، لأن معلومات عديدة ستجمع وتخزن حينئذ في مكان واحد[3].

وبهدف مواجهة المخاطر التي يتعرض لها المستهلك عند تعامله بالنقود الالكترونية يجب منحه حماية ملائمة في مواجهة الغش والممارسات غير العادلة، وذلك من خلال تشجيع نمو الخدمات النقدية والمالية الملائمة لحاجات وظروف المستهلك والتي تتميز بكونها فعالة منخفضة القيمة وقليلة المخاطر[4]، بالاضافة أنه يجب على البنوك أن تفرض رقابة داخلية قوية للوقاية من مخاطر غش العاملين في الوقت الذي تتخذ فيه اجراءات امان قوية للدفاع ضد هجمات الغش والتزييف من الخارج ومن أبرز تلك الاجراءات التشفير cryptography والذي

1 حمودي ناصر، المرجع السابق،ص.434.

2 عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق،ص.407.

3 أحمد جمال الدين موسى، المرجع السابق،ص.75.

4 أحمد جمال الدين موسى، المرجع السابق، ص.81.

أصبح يشكل اليوم القاعدة الاساسية لضمان سرية المعاملات الالكترونية، وبالاضافة الى الاستيثاق والمطابقة[1].

واضافة الى التزام المشتري بدفع الثمن، فإنه يقع على عاتقه التزامين هامين يتمثلان في تسلم المبيع ودفع مصروفات وتكاليف المبيع.

المبحث الثاني

التزام المشتري بتسلم المبيع ودفع مصروفات وتكاليف المبيع

يترتب على عاتق المشتري في عقد البيع الالكتروني بالاضافة الى الالتزام بدفع الثمن بالطرق السابق ذكرها ، الالتزام بتسلم الشيئ المبيع وتحمل نفقات التسليم، هذا فضلا عن الالتزام بدفع مصروفات وتكاليف المبيع.

المطلب الأول

التزام المشتري بتسلم المبيع

يعتبر الالتزام بالتسلم الإلتزام الأساسي الذي يقع على المشتري بعد التزامه بدفع الثمن، لأنه إذا كان البائع يلتزم بتسليم الشيئ المبيع للمشتري، وذلك بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من الانتفاع به، فإن عقد البيع يرتب على المشتري التزاما مقابلا بتسلم الشيئ المبيع ووضعه تحت حيازته[2].

1 يتطلب التعامل بالنقود الالكترونية الاستيثاق authentification منها ومن المتعاملين بها، وهو ما يسلتزم وجود توقيع الكتروني ويطلق عليه ايضا التوقيع الرقمي.

2 سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق ،ص 352. محمد حسن قاسم، المرجع السابق،ص408..

الفرع الأول

مفهوم الالتزام بالتسلم

فلالتزام بالتسلم هو أن يضع المشتري يده فعلا على المبيع ويحوزه حيازة حقيقية،كما يتمثل التسلم في تمكين المشتري من المحل أي من الشيئ المبيع من خلال وضعه تحت تصرفه لفترة معينة، فهو عمل مادي محظ [1]،سواء كان الوضع فعليا من خلال القيام باستخدام المحل، أو وضعه مصحوبا بالقبول، أو إقرار وقت التسلم، أو بعد ذلك بفترة معينة يتم تحديدها حسب ما يقتضيه العرف لبيان صحة الوفاء بالمحل الذي تم تحديده وقت التعاقد بناء على الشروط المبرمة في العقد[2].

كما يعرف الالتزام بالتسلم[3] بأنه الإلتزام بإتمام عملية التسليم التي يبدأها البائع بوضع المبيع تحت تصرف المشتري لينفرد بحيازته، فإذا تم ذلك يكون التزام البائع قد نفذ كاملا، ويبقى على المشتري أن يكمل هذا الالتزام من جانبه الذي هو التزام بتحقيق نتيجة هي تسلم المبيع ووضعه تحت تصرفه[4]. ومن هنا تبرز أهمية تسلم المشتري للمبيع في أنه هو الركن المتمم لعملية التسليم التي يبدأه البائع، فيجب أ ن يبادر المشتري الى اتمام هذه العملية حتى يمكن تمييز المتخلف عن تنفيذ التزامه التعاقدي ممن قام بتنفيذ التزامه.

ويستفاد التزام المشتري بتسلم الشيئ المبيع من نص المادة 394 من الق م ج والتي جاء فيها " إذا لم يعين للاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يستلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يستلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي

---

[1] HEUZE Vincent, op. cit , p.299.

[2] محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية،أركانه،إثباته،القانون الواجب التطبيق، حمايته، التشفير، التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة،دار الثقافة،الاردن، الطبعة الأولى،2008، ص. 106.

3 حسن عبد الباسط جميعي، عقد البيع، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007/2006، ص.285.

4يعد الالتزام بالاستلام التزاما بتحقيق نتيجة، ويكون بذلك عدم تحققها كافيا لإثبات خطأ المدين به، ولا يكون أمامه للتخلص من المسؤولية سوى محأولة اثبات السبب الاجنبي أي القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ الملتزم بالتسليم. صفوان حمزة الهواري، المرجع السابق، ص.219.

تتطلبه عملية التسليم ". وقد ترك المشرع من خلال هذه المادة تنظيم أحكام الالتزام بالتسلم للإتفاق بناء على ارادة الطرفين.

وتبرز أهمية تنفيذ الالتزام بالاستلام من طرف المشتري في حالة ما إذا كان التسليم في موطن البائع أو في موطن اخر غير موطن المشتري وكان المبيع منقولا، ففي هذه الحالة إذا لم يتقدم المشتري لاستلام المبيع من مكانه المتفق عليه الى المكان الذي يريده كان المشتري مخلا باتزامه باستلام المبيع، وكان للبائع الحق في إعذاره والزامه باستلامه أو طلب فسخ البيع [1].

وفي مجال التجارة الالكترونية لا تختلف التزامات المشتري عن تلك التي تنص عليها القواعد التقليدية، وبإستثناء بعض القواعد الخاصة بالتسلم في حالة كون المبيع رقميا، لأنه وبالرغم من أن عقود التجارة الالكترونية هي عقود خاصة من حيث ابرامها وتنفيذها، فإنه يبقى دفع الثمن واستلام المبيع التزامين يتحملهما المشتري، كما تنظم القواعد العامة أيضا التزام المشتري باستلام المبيع المتعاقد عليه وفق لضوابط معينة، تتفق في الكثير من جوانبها مع عقود التجارة الالكترونية.

كما وأنه نظرا لطبيعة عقد البيع الالكتروني الخاصة بإعتباره يمثل عقد بيع دولي، فإنه قد جاء فيما يخص الالتزام الاستلام في المادة 60 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980 على أنه يلتزم المشتري بالقيام بجميع الأعمال التي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لتمكين البائع من القيام بالتسليم، أي قيامه بمساعدة البائع وتمكينه من عملية

1 رمضان محمد أبو السعود، شرح أحكام القانون المدني العقود المسماة، البيع المقايضة،الايجار، التأمين، الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت ، 2010،ص.397.

تسليم البضاعة بكل عمل يمكن توقع قيامه به لهذا الغرض، مع القيام بالأعمال المادية اللازمة لسحب البضاعة وادخالها في حيازته.[1]

الفرع الثاني

كيفية تنفيذ الالتزام بالتسلم

تختلف كيفيات التسلم تبعا لإختلاف طريقة التسليم، وبحسب الحالة التي يكون عليها الشيئ المبيع ، فإذا كان الشيئ المبيع بضاعة وتم تسليمها عن طريق نقلها الى المشتري ، فيجب على المشتري تسلمها في مكان وصول البضاعة ، وفي حالات أخرى يكون التسليم والتسلم في مكان ووقت واحد[2].

وتقتضي عملية تسلم المبيع من جانب المشتري أن يقوم أولا القيام بكافة الاعمال والتصرفات التي تمكن البائع من تسليم المبيع، ثم ثانيا قيامه بسحب المبيع وادخاله في حيازته المادية في الوقت والمكان المتفق عليهما.

أولا : قيام المشتري بتمكين البائع من التسليم

يجب على المشتري أن يقوم بكل عمل من شأنه تمكين البائع من إتمام عملية التسليم على أحسن وجه تطبيقا لمدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات المتبادلة في العقد. وبذلك فإن عدم قيام المشتري بكل عمل ضروري يكون لازما لتحقيق ما يعأون البائع على حسن تنفيذ التزاماته العقدية، خاصة لإلتزامه بالتسليم يعد إخلالا من المشتري بالتزامه بالتسلم[3].

---

[1] تنص المادة 60 من اتفاقية فيينا للبضائع على أنه (يتضمن التزام المشتري بالاستلام مايلي :أ-القيام بجميع الاعمال التي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لتمكين البائع من القيام باستلام البضائع)

2 HEUZE Vincent, op. cit , p.300.

3 يعد التزام المشتري في هذه الحالة التزاما بالتعأون، بموجبه يلزم بالقيام بالاعمال الضرورية اللازمة لإتمام عمليتي التسليم والتسلم، والتي يمكن توقعها منه بصورة معقولة لإتمام تنفيذ عقد البيع، أما الأعمال الاستثنائية فإنه لا يلزم بأدائها، ما لم يتضمن العقد شرطا يقضي بغير ذلك، وهي تخرج بذلك من دائرة إخلاله بالتزامه بالتسلم. شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012، ص.341.

ومن بين الأعمال التي يقوم بها المشتري لتمكين البائع من تسليم المبيع، حضوره لعملية معاينة البضاعة قبل الشحن أو حضوره لعملية الوزن اذا كان العقد يحتاج ذلك، واذا تطلب التسليم تجهيز المشتري لعربات أو توفير عمال لنقل البضاعة وجب عليه توفير ذلك للبائع، ومساعدته في الحصول على التراخيص اللازمة لإدخال البضاعة واتمام الاجراءات الادارية والجمركية[1].

كما تختلف طريقة الإستلام بحسب طبيعة الشيئ المبيع، فإذا كان عقارا فيتم تسليمه بحيازته بعد ان يخليه البائع والحصول على مفاتيح العقار أي بدخول الشتري فيه وبسيطرته عليه، وإذا كان منقولا فيكون ذلك بتسليمه للمشتري، وبالنسبة للأوراق المالية يكون بقبضها أو بإيداع البائع لها في حساب المشتري في أحد البنوك[2]

ثانيا : سحب البضاعة

يقوم المشتري في سبيل تنفيذ التزامه بالتسلم بالاضافة الى تمكين البائع من التسليم، بسحب البضاعة،ويقصد به أخذ البضاعة فعلا من المشتري وحيازته لها حيازة مادية وادخالها تحت سيطرته الفعلية [3]، وذلك بنقلها خلال فترة معقولة من تاريخ إخطاره بوضع البضاعة تحت تصرفه، ويتحمل نفقات السحب والقيام بالاعمال الادارية اللازمة لذلك، حيث يعتبر سحب البضاعة عملية لازمة لتفادي تكليف البائع بمصاريف اضافية أو غرامات تأخيرية.[4]

ويلتزم المشتري باتمام استلام البضاعة وسحبها خلال فترة معقولة من تاريخ اخطاره بوضع البضاعة تحت تصرفه وتحمله جميع نفقات هذه العملية، ويعد تقصيره في القيام بذلك في الوقت المعقول اخلالا جوهريا بالعقد متى ترتب عليه تلف البضاعة بسبب عدم وجود اماكن

1 حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 446، بن جديد فتحي، المرجع السابق، ص.391.

2 خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق،ص.201.

3 شبة سفيان، المرجع السابق،ص.342.

4 حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 447.

لتخزينها أو ترتب على تأخره في تسلمها وسحبها وعدم حصوله على التراخيص اللازمة إن قامت السلطات الادارية بمصادرتها.

ولا يعد امتناع المشتري عن سحب البضاعة إخلالا بالعقد في جميع الحالات، ذلك أنه قد يكون البائع قد ارتكب مخالفة جوهرية في العقد، كأن يكون الشيئ المبيع غير مطابق لما ورد في العقد، أو يكون المشتري قد استعمل حقه في رفض البضاعة اذا سلمها له البائع قبل التاريخ المحدد لتسليمها[1]، أو اذا كان البائع سلمه كمية تزيد عن الكمية المنصوص عليها في العقد[2].

الفرع الثالث

خصوصية تنفيذ الالتزام بالتسلم في عقد البيع الالكتروني

يتوجب على المشتري في عقد البيع الالكتروني بعد الانتهاء من تسليم محل العقد من قبل البائع أن يلتزم بتسلمه تنفيذا للإلتزام العقدي الذي يترتب عليه، ويكون ذلك في عدة صور، فقد يتم من خلال وضع المحل تحت يد المشتري من خلال إرساله عبر شبكة الانترنت، إذا كان من الممكن اتمام ذلك، أو أن يرسل له خطاب يعلمه بأن المحل جاهز للتسليم وعليه القيام بتسلمه، وفي حالة عدم قيام المشتري بتنفيذ التزامه يحق للبائع اللجوء الى القضاء لإجباره على التسلم [3].

وإذا كان محل البيع أشياء قابلة للتحويل أو الترقيم مثل المبيعات المرئية كأشرطة الفيديو والافلام، أو المبيعات السمعية كالدروس، أو المبيعات المكتوبة كالكتب

1 المادة 52 /1 من اتفاقية فيينا تنص على أنه " إذا سلم البائع البضائع قبل التاريخ المحدد، جاز للمشتري أن يستلمها أو يرفض استلامها ".

2 المادة 2/52 من اتفاقية فيينا تنص على أنه " أذا سلم البائع كمية من البضائع تزيد عن الكمية المنصوص عليها في العقد جاز للمشتري ان يستلم الكمية الزائدة أو أن يرفض استلامها".

3 محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص. 104.

والصحف والمجلات، فإنه يتم استخدام وسائل الإرسال الالكترونية كالواب[1]، والذي بموجبه يستلم المشتري مباشرة عبر الموقع كمعلومة رقمية باستخدام التعبئة أو التحميل téléchargement، وهي تقنيات تستخدم على شبكة الانترنت مثل تقنية PDF. كما يتم استلام المبيع من خلال البريد الالكتروني للمشتري الذي يعد بمثابة العنوان الذي يتواجد فيه، وهو بمثابة المكان الافتراضي لمستخدم الشبكة الانترنت[2].

وبالنسبة لبرامج المعلومات فيتم استلامها غالبا بشكل جزئي، بمعنى أن يتم استلام كل جزء من الادوات أو البرامج على حدى الى أن يتم الاستلام النهائي بعد اختبارها جميعا والاطمئنان الى كفاءتها، ولا يحتاج اتمام الاستلام الى اجراءات شكلية معينة مالم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، بل يمكن اعتبار أن الاستلام قد تم ضمنيا وفقا للظروف المحيطة به كدفع الثمن، واذا تم الاستلام دون اية تحفظات بعد القيام بالفحص اللازم فيعتبر في هذه الحالة أن المشتري قد أوفى بالتزامه بالاستلام.

ويرى جانب من الفقه الجزائري[3] أنه رغم أن الالتزام بالتسلم قد يتطلب أمور ووسائل مادية لم تتأثر بالصفة الالكترونية للعقد بإعتبار ان طبيعة البضاعة أو السلعة محل العقد لا تسمح بالتنفيذ والاستلام عبر الانترنت. غير أن ذلك لا ينفي خصوصية التسلم الالكتروني خاصة فيما يتعلق بامكانية أن تكون الوثائق والمستندات والتراخيص اللازمة لعملية التسلم بالشكل الالكتروني.

ويرى الباحث ان الاستلام الالكتروني نتيجة كونه التزام ينفذ عن بعد، فإن هذه الخاصية جعلته يختلف عن التسلم التقليدي المادي، فهو ينفذ في بيئة رقمية لا مادية، عبر الاتصال

[1] تعرض صفحات الواب WEB للمشترين أموالا معنوية، ليس لها طابع مادي ملموس Biens Dématerialisés كالموسيقى والمعلومات والكيانات المنطقية، وهي أموال من شأنها الانتقال المباشر عبر شبكة الانترنت، اذ نكون بصدد عقود استغلال لمحتوى هذا الفن الابداعي المبتكر في ظل وجب احترام حقوق المؤلف، سواء الادبية أو حقه المالي

[2] عبد الفتاح محمود كيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2011،ص98. محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص.107.

3 محمودي ناصر، المرجع السابق، ص.446.

المباشر بين طرفيه، وذلك بالنسبة لمختلف المبيعات القابلة للترقيم والارسال، حيث يمكن لكل من البائع والمشتري الاتصال بينهما وذلك بالكلام والرؤية والتحدث والمناقشة، ويمثل التسلم الالكتروني أحد جوانب نجاح شبكة الانترنت التي سهلت تجأوز الحدود المكانية والقيود الادارية والجمركية المعروفة في التعامل التقليدي.

الفرع الرابع

زمان ومكان تنفيذ الالتزام بالاستلام

يعتبر زمان تسلم المبيع ومكانه هو زمان تسليم المبيع ومكانه اللذين تم الاتفاق عليهما، فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف في هذا الشأن، وجب الاستلام بمجرد ان يتم التسليم من البائع مع مراعاة ما تتطلبه عملية نقل المبيع من زمن،وهذا وفقا لنص المادة 394 من ق م ج على أنه "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع وجب على المشتري أن يستلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يستلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم ".

وعليه فإنه في حالة عدم وجود اتفاق أو عرف يحدد زمان ومكان الإستلام، وجب على المشتري أن يتسلم المبيع في زمان ومكان التسليم، أي يتعين على المشتري أن يستلم المبيع في مكان التسليم، أي في موطن البائع إن كان المبيع معينا بالنوع، أو في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت انعقاد البيع إذا كان المبيع معينا بالذات[1].

غير أن تسلم المشتري للمبيع قد يتراخى عن وقت تنفيذ البائع لألتزامه بتسليم المبيع، كأن يحدد الاتفاق أو العرف زمانا لاحقا لزمن التسليم، كأن يتفق مثلا على أن يودع البائع

1 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.409.

المبيع في مكان معين تحت تصرف المشتري، ويكون لهذا الأخير أن يتسلمه منه خلال فترة محددة،وقد يمنح القاضي المشتري مهلة لتنفيذ التزامه بالتسلم اذا كان هناك مبرر[1].

وتطرح في هذا الصدد الاشكالات التي تم تناولها عند دراسة تنفيذ الالتزام بالتسليم في عقد البيع الالكتروني والخاصة بتحديد المكان الافتراضي ، وذلك نتيجة الارتباط الوثيق بين التسليم والتسلم كونهما يتمان غالبا في فترة زمنية واحدة ومكان واحد، وهو الأمر الموجود بالخصوص في العقود الداخلية، وحتى العقود الدولية، وهو ما أكدته اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 من أن التسليم والتسلم ماهما الا وجهان لعملة واحدة [2].

والمبدأ العام في عقد البيع الالكتروني أن الاستلام عبر شبكة الانترنت يتميز بخاصية تنفيذه عن بعد، والتي تعني تسلم المشتري للمبيع الرقمي في بيئة لا مادية من خلال التواصل التي توفره الشبكة، حيث يتم تنفيذه بسرعة دون حاجة لتعيين مكان ودون جهد أو تعب أو تنقل أو انتظار،على عكس التسليم التقليدي الذي يقتضي تحديد مكان لتسلم المبيع من قبل المشتري كما هو منصوص عليه في المادة 394 ق م ج، وما يكلف هذا النوع من التسليم من جهد ووقت وانتظار وتنقل[3].

غير أنه في حالة ما إذا كان التسليم يتعلق بشيئ مادي وكان يجب أن يتم في موطن البائع أو في مكان اخر بعيد عن موطن المشتري، ففي هذه الحالة يتعين على المشتري أن ينتقل الى هذا المكان حتى يمكن للبائع أن ينفذ التزامه بالتسليم، فإذا لم ينتقل الى ذلك المكان، فإنه يكون قد أخل بإلتزامه[4].

1خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق،ص.205.

2 محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق،ص.135.

3 حوحو يمينة، المرجع السابق، ص.246.

4 زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق،ص.352.

و بإعتبار أن عقد البيع المبرم عبر الأنترنت عقد دولي، فإنه يتم استلام السلعة أو المنتج في مكان المشتري، لأنه لا يمكن أن يقوم مستخدم الشبكة بالتعاقد على شراء سلعة معينة عبر الانترنت، ويذهب بعد ذلك بنفسه لتسلمها من مكان تواجدها، وإن حدث ذلك فهو أمر نادر الوقوع، أي أن الالتزام بالاستلام في التعاقد الالكتروني يخضع للقواعد العامة [1].

ففي حالة ما قام البائع بعرض المبيع على المشتري، فإن هذا الأخير يلتزم بتسلمه في الوقت المتفق عليه ما بينهما أو حسب ما تقتضيه طبيعة اعداد المحل، ويكون التسليم في هذا العقد مشابها للتسلم في العقود التقليدية المبرمة عن بعد، كونه يقع على محل لم يكن متوفرا وقت ابرام العقد، وانما تم معاينة المبيع من خلال الشروط المذكورة على شبكة الانترنت أثناء ابرام العقد[2].

ويفرق البعض بالنسبة لتحديد زمان ومكان الاستلام في مجال التجارة الالكترونية بين أداء الخدمة والذي يتحقق فوريا ومباشرة على الخط ويكون زمان التسلم وقت دخول الخدمة لموقع المشتري ومكان التسلم هو مكان وصول رسالة البيانات الالكترونية، أما بالنسبة للتسلم في مجال السلع فيتم بطريقة مادية في إقامة المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك[3].

وبالنظر الى أهمية تحديد زمان ومكان الاستلام في مجال العقود المبرمة عبر الانترنت وما تثيره من مشاكل خاصة، فإنه غالبا ما يتضمن عقد البيع الالكتروني شرطا يوضح كيفية التسلم، وذلك من أجل تسهيل تنفيذ التزامات كل من البائع والمشتري[4].

1 عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق،ص.416.

2 محمد فواز محمد المطالقة،المرجع السابق، ص.105.

3 طاهر شوقي مومن، المرجع السابق،ص.89.

4عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق،ص.416.

ويرى جانب من الفقه الجزائري أن زمان ومكان تنفيذ التزام المشتري بالإستلام لم يتأثرا كثيرا بالبيئة الإلكترونية التي أبرم من خلالها عقد البيع الالكتروني، إلا من حيث تركيز أماكن العمل ومحل الاقامة وما إلى ذلك مما أسفرت عنه المعاملات الرقمية من مسألة المؤسسات الافتراضية، لذلك ومن أجل تفادي كل النزاعات المحتمل نشوئها بخصوص هذه المسألة بين الأطراف، يجب الإتفاق المسبق على تحديد زمان ومكان الإستلام[1].

ولكون اهمية تحديد زمان ومكان التسليم والتسلم تبرز في تحديد الحد الفاصل بين النفقات التي يتحملها البائع في تنفيذ التزامه بالتسليم، والنفقات التي يتحملها المشتري في تسلم المبيع، فإن التزام المشتري بتحمل نفقات تسلم المبيع سيكون موضوع دراستنا في الفرع الموالي.

الفرع الخامس

التزام المشتري بنفقات تسلم المبيع

يقصد بنفقات تسلم المبيع، نفقات انتقال المشتري الى مكان التسلم و ونفقات نقل المبيع من مكان التسليم الى مكان التسلم، أي المصروفات اللازمة لنقل المبيع من مكان تسليمه الى مكان تسلمه، وذلك في حالة اختلاف المكانين، ونفقات نقل المبيع من مكان التسليم الى الجهة التي يريد المشتري أن يضع فيه المبيع[2].

وتقضي القواعد العامة أن نفقات تنفيذ الالتزام يتحملها المدين بالالتزام، والمشتري هو المدين بالالتزام بالتسليم فعليه تحمل نفقاته، وهذا طبقا لنص المادة 395 ق م ج والتي جاء فيها على أنه "إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك "، وهذه القواعد ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على مايخالفها، كأن يتفق على تحمل البائع نفقات تسلم المبيع أو جزء منها، أو أن يتقاسمها مع المشتري.

1 حمودي ناصر، المرجع السابق، ص.449.

2 محمد حسن قاسم،المرجع السابق،ص.409. سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.354.

وتشمل نفقات الالتزام بتسلم المشتري المبيع، في حالة ما اذا كان المبيع واجب التصدير وكان تسليمه يتم في مكان التصدير قبل شحنه، المصروفات اللازمة لنقل المبيع من مكان تسليمه الى المكان الذي يريده المشتري، كذلك مصروفات شحن المبيع وتفريغه في ميناء الوصول والرسوم الجمركية. أما اذا كان المبيع واجب التسليم في مكان الوصول فان هذه المصاريف يتحملها البائع [1].

ويعتبر الالتزام بدفع نفقات تسلم المبيع من الالتزامات المكملة لارادة الطرفين التي يلتزم بها المشتري لتنفيذ التزامه بالاستلام، حيث أنه بالرجوع الى اتفاقية فيينا والتي وان لم تنظمه صراحة غير أنه يمكن أن يدرج في العبارة العامة الواردة في المادة 60 منها التي الزمت المشتري بما يلزم للاستلام، وان لم يكن اتفاق على ان يتحملها البائع، فان دفع نفقات الاستلام يعد من قبيل ما يلزم به المشتري وهو الدفع الذي قد يكون بالطرق الالكترونية في مجال عقد البيع الالكتروني[2].

وفي عقد البيع الالكتروني إذا قام شخص بشراء سلعة عبر الانترنت، فإن نفقات دفع الثمن كالتزام على المشتري تقع على عاتقه أيضا، وعليه فإن القاعدة هنا أن يتحمل المشتري نفقات تسلم المبيع كأجر خدمة التوصيل مثلا، فلو تعاقد الشخص على شراء سلعة معينة عبر الانترنت بقيمة معينة ثمنا للسلعة ولم يكن المتبايعان قد اتفقا على نفقات إرسال هذه السلعة، فإن المشتري سيتحمل تكاليف النقل ورسوم الاستلام[3].

غير أنه في التعاقد الالكتروني غالبا مايتم الاتفاق صراحة على تحديد نفقات المبيع كأجور الشحن والارسال، فنجد في نصوص العقود المبرمة عبر الانترنت تحديدا واضحا بان

1 خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق،ص.206.

2 حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص.451.

3عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص.320.

تكاليف الشحن والارسال على عاتق المشتري كما أنه غالبا ما يتضمنها الثمن فيقوم المشتري بدفع ثمن السلعة وتكاليف ارسالها.

كما أنه يلا حظ في عقود البيع الالكترونية أنها غالبا ما تتضمن الاعلان عن نفقات ارسال المبيع الى المشتري، بجانب ثمن المبيع، ويشاهد ذلك عملا في البيع عن عن طريق المتاجر الافتراضية على شبكة الانترنت، حيث يتم الاعلان عن ثمن السلعة مضافا اليه مصاريف الشحن[1].

الفرع السادس

جزاء اخلال المشتري بالتزامه بالتسلم

اذا لم يقم المشتري بتسلم المبيع في الوقت والمكان اللذين يجب تسلم المبيع فيهما، اعتبر مخلا بالتزامه، وجاز للبائع وفقا للقواعد العامة، وبعد أن يعذر المشتري بالتسلم، أن يطلب من القضاء اجبار المشتري على تنفيذ الزامه عينا، وله في سبل ذلك أن يطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن تسلم المبيع[2].

كما يمكن للبائع بعد اعذار المشتري، أن يطلب الترخيص له في ايداع المبيع على ذمة المشتري ونفقته اذا كان المبيع منقولا لا يتلف بسرعة، واذا كان المبيع عقارا أو كان منقولا معدا للبناء فللبائع أن يطلب من القضاء تعيين حارس يتولى حفظه على نفقة المشتري، أما اذا كان المبيع من المنقولات القابلة للتلف بسرعة، أو التي تكلف نفقات باهظة في ايداعها أو حراستها، فللبائع بعد استئذان القضاء أن يبيعها بالمزاد على أن يودع الثمن لدى المحكمة.

وللبائع بدلا عن التنفيذ العيني أن يطلب فسخ العقد، غير للبائع في الحالتين أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب اخلال المشتري بالتزامه بتسلم المبيع، كأن يطالب

1 عمرو محمد المارية، عقد البيع الالكتروني، أحكامه واثاره، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية ،2014، ص.736.

2 محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 410. سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق،ص.355.

البائع مثلا بمقابل أجرة المكان الذي بقي مشغولا بالمبيع خلال الفترة التي تأخر فيها المشتري عن استلامه للمبيع[1].

وفي عقد البيع الدولي نجد أن اتفاقية فيينا لعام 1980 قد أشارت الى إخلال المشتري بالتسليم من خلال نصها على حالة تأخر المشتري في الاستلام وذلك في المادة 88 من الاتفاقية[2]، حيث بموجب هذه المادة يتم التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى : اذا كان المشتري قام بسداد الثمن، هنا يجب على البائع أن يقوم ببيع البضائع بنفس السعر المحدد في العقد أو بيعها بأفضل الاسعار وذلك بعد اخطار المشتري بأنه سيقوم بالبيع.

الحالة الثانية : اذا لم يكن المشتري قام بسداد الثمن فيجوز للبائع هنا أن يقوم ببيع هذه البضائع سواء كان يخشى عليها من التلف أو الهلاك أو لعدم سداد المصروفات الخاصة بالمحافظة عليها أو التأخر غير المعقول في تسلم البضائع، وعلى البائع ان يقوم بالبيع وفقا للسعر المحدد في العقد[3].

1 رمضان محمد أبو السعود، المرجع السابق، ص 399.محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.411.

2 تنص المادة 88 من اتفاقية فيينا على أنه " يجوز للطرف الملزم بحفظ البضائع وفقا لأحام المادة 85 أو المادة 86 أن يبيعها بجميع الطرق المناسبة اذا تاخر الطرف الاخر بصورة غير معقولة عن حيازة البضائع أو عن استرادها أو عن دفع الثمن أو مصاريف حفظها بشرط أن يوجه الى الطرف الاخر اخطارا بشروط معقولة بعزمه على اجراء البيع.

- اذا كانت البضائع عرضة للتلف السريع أو كان حفظها ينطوي على مصاريف غير معقولة، وجب على الطرف الملزم بحفظ البضائع وفقا لأحكام المادة 85 أو المادة 87 أن يتخذ الاجراءات المعقولة لبيعها، ويجب عليه، قدر الامكان أن يوجه الى الطرف الاخر إخطارا بعزمه على اجراء البيع
- يحق للطرف الذي يبيع البضائع أن يقتطع من قيمة البيع مبلغا مسأويا للمصاريف المعقولة لحفظ البضائع وبيعها، ويتمجب عليه رد للطرف الاخر المبلغ المتبقي".

3 عمرو محمد المارية، المرجع السابق، ص.741.

المطلب الثاني

التزام المشتري بدفع مصروفات وتكاليف المبيع

يقوم المشتري في عقد البيع الالكتروني على غرار الاحكام العامة الخاصة بعقد البيع في القانون المدني بدفع مصروفات المبيع، بالاضافة الى تحمل تكاليف المبيع والمتمثلة في دفع الضريبة ودفع فوائد الثمن.

القرع الأول

مصروفات المبيع

يلتزم المشتري بدفع مصاريف العقد التي يتم انفاقها لإتمام البيع وترتيب اثاره، وفي هذا الصدد نصت المادة 393 من القانون المدني الجزائري على أن " نفقات التسجيل والطابع ورسوم الاعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك ".

ويقصد بمصاريف المبيع تلك النفقات التي تكون لازمة لإتمامه، كأتعاب الموثق الذي يقوم بتحرير العقد ومصاريف استخراج الشهادات العقارية، ورسوم الدمغة، وتشمل مصاريف الكشف عن حالة العقار المبيع لدى جهات الشهر العقاري للتحقق مما عليه من حقوق للغير، كما تشمل رسوم التسجيل ونفقات الاشهار[1].

وبالنسبة لنفقات تطهير العقار المبيع من الرهن المقيد ونفقات فك الرهن ومحو القيد، فهذه النفقات تكون على عاتق البائع باعتباره ضامنا للمشتري للإنتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة[2]، وفي المقابل يعد الزام المشتري برسوم التسجيل اذا كان المبيع عقارا خروجا عن القواعد العامة، ذلك ان البائع ملزم بكل الأعمال الضرورية لنقل الملكية الى المشتري، وفي مقدمة هذه

1 رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.395.، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 447

2 سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص.351.

الأعمال تسجيل العقد، حيث تعد رسوم التسجيل جزءا من نفقات تنفيذ البائع بنقل الملكية، لذلك كان من الواجب أن يتحملها البائع[1].

واذا قام البائع بمصروفات البيع أوببعضها، ومثال ذلك أن يقوم بكتابة العقد فيدفع رسوم الورقة الرسمية، أو يدفع مصروفات قيد امتياز على عقار المبيع، ففي هذه الحالات يرجع البائع على المشتري بما دفعه من هذه المصروفات مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك[2]، وللبائع في رجوعه على المشتري بما دفعه من مصروفات البيع كل الضمانات التي له في الرجوع عليه بالثمن،فيستطيع أن يحبس المبيع، وأن يطلب فسخ البيع[3].

أما في علاقة كل من البائع والمشتري بالغير فيما يتعلق بمصروفات العقد فتحددها العلاقة القانونية بينهما وبينه، والقواعد السابقة تنطبق على عقد البيع المبرم عبر الانترنت لعدم تناقضها،وملائمة تطبيقها مع وسائله المستحدثة.

الفرع الثاني

تكاليـــف المبيـــــع

يلتزم المشتري بالإضافة الى مصروفات المبيع بنوع اخر من المصاريف وهي تكاليف الشيئ المبيع من وقت التعاقد الى وقت التسليم، ويدخل في إطارها كل النفقات التي تلزم لصيانة الشيع المبيع والمحافظة عليه واستغلاله، وقد نصت المادة 389 من القانون المدني الجزائري على أنه " يستحق المشتري انتفاع وايراد الشيئ المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع، هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك ".

1 محمد حسن قاسم ، المرجع السابق، ص. 405.

2 يجب التمييز بين ما يعد من مصاريف العقد، وما يعتبر من نفقات الوفاء بالالتزام، حيث يتحمل المشتري مصاريف العقد، أما ما يعد من نفقات الوفاء بالالتزام فيتحملها المدين بالالتزام الذي يتم الوفاء به، فمثلا نفقات نقل المبيع من مكانه الى المكان الواجب فيه التسليم تكون على البائع لأنه هو المدين بالتسليم، سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص.222.

3 عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2009، ص. 833.

وطبقا لنص المادة المذكورة فإنه اذا لم يوجد اتفاق أو عرف، فإن المشتري هو الذي يتحمل تكاليف المبيع والتي تشمل الضرائب المفروضة على المبيع ومصروفات صيانته والمصاريف التي تنفق لإستغلاله، لأنه مادام المشتري يستحق ثمار المبيع من وقت البيع، فإنه مقابل ذلك يلتزم بتكاليف المبيع أيضا من هذا الوقت[1]، وبذلك فإن المشتري هو الذي يقع على عاتقه بصفة مباشرة دفع الضريبة، ودفع فوائد الثمن.

أولا : دفع الضريبة

يخضع عقد البيع الالكتروني للقواعد العامة للضرائب، ذلك أن المعاملات الالكترونية في مجال التجارة الالكترونية تخضع لسلطان الضريبة، وهذا على غرار كل صور التجارة التقليدية [2]، وان كان هذا الامر ليس سهلا من الناحية العملية، ذلك أن المعاملات التي تتم عبر الانترنت قد تمتد لتشمل أكثر من دولة مما يطرح التساؤل حول تحديد الدولة صاحبة الحق في فرض الضريبة.

وتعرف الضريبة بصفة عامة بأنها مبلغ من المال تفرضه الدولة على المكلفين جبرا ودون مقابل مباشر وبصفة نهائية في سبيل تغطية النفقات العامة أو عن طريق تدخل الدولة لتوجيه السياسة المالية والاقتصادية للبلاد[3]. وفي حالة امتناع المكلف بالضريبة عن دفعها أو في حالة تهربه عن دفع الضريبة أو قيامه بغش ضريبي، فتقوم في هذه الحالة المنازعة الضريبية التي يقوم فيها القاضي بالبحث والتحري عما اذا كانت الضريبة قد فرضت بصفة قانونية[4].

1 زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص.352.

2 محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص.163.

3 برحماني محفوظ، الضريبة العقارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009،ص.53.

4 مع الاشارة هنا أنه قبل الوصول الى القضاء في حالة المنازعة الضريبية، فإن أول طريق يسلكه المكلف بالضريبة هو التظلم الذي يقدمه هذا الأخير أمام الادارة الجبائية في شكل رسالة عادية مكتوبة على ورق عادي، يشار فيها بوضوح الى طبيعة الضريبة المتنازع عليها والاسباب التي دفعت المكلف لرفض الضريبة أو أن الاجراءات فرض الضريبة لم يتم مراعاتها،

ومن أهم خصائص الضريبة أنها تدفع نقد ولا يمكن أن تكون خدمة أو بدل عيني، وهذا بسبب أن النقود يسهل التعامل بها ولا تحمل جبايتها نفقات كبيرة بعكس الدفع العيني الذي يصعب جبايته، كما أن الضريبة تدفع جبرا لأن المكلف بالضريبة ملزم بدفعها و يمكنه التهرب منها أو التأخر في دفعها[1]. وهي على عكس الرسم لا تقدم للمكلف نفعا معينا[2]، لكن هناك خدمات عامة يستفيد منها، وهي تدفع بصفة نهائية فلا يمكن للمكلف استردادها بعد دفعها.

وفي مجال التجارة الالكترونية، فأن أول صعوبة تواجه الادارة الضريبية تتمثل في تكييف المعاملات على الانترنت[3]، ذلك ان طبيعة المعاملة يتوقف عليها تحديد النظام الضريبي الواجب التطبيق، حيث ان المعاملة الالكترونية يمكن أن تتمثل في طلب منتج يتم تسليمه ماديا بالبريد أو بأي وسيلة أخرة للنقل، أو طلب خدمة يتم تقديمها خارج الشبكة.

وبالاضافة الى ذلك فإن صعوبة مراقبة التصرفات التي تتم عبر الانترنت تشكل عائقا اخر في مجال فرض الضريبة في المعاملات الالكترونية، حيث أنه طبيعة الانترنت العابرة

أو أن الضريبة كان مبالغ فيها. طاهري حسين ن المنازعات الضريبية، شرح قانون الاجراءات الجبائية، القانون رقم 01-21 المؤرخ في 7 شوال عام 1422 الموافق ل 22 ديسمبر 2001 مع التعديلات المدخلة عليه بموجب قانون المالية 2007، دار الخلدونية ن الطبعة الثانية، الجزائر، 2007، ص.05.

1 تتميز الضريبة بموجب هذه الخاصية عن المساهمة الارادية والقرض، فيعتبر الطابع الجبري مرتبط بمفهوم الضريبة كطريقة أصلية لتوزيع الاعباء العامة وملازما للمسأواة أمام الضريبة، لأن فرض الضريبة وجبايتها يعد من أعمال السيادة التي تتمتع بها الدولة ويترتب على ذلك أنها الوحيدة المخولة لوضع نظام قانوني لها دون اتفاق مع الشخص الملتزم بها، فيكون فرضها جبرا بناء على ضوابط قانونية، وليس للكلف في ادائها أو عدمه، بن جديد فتحي، المرجع السابق، ص436.

2 تختلف الضريبة عن الرسم في كونها لها طابع الزامي جبري لا علاقة له بارادة المكلف أما الطابع الالزامي للرسم متوقف على ارادة المكلف ورغبته في الاستفادة من الخدمة التي يفرضه عليها الرسم، ومن جهة اخرى الضريبة تفرض دون مقابل خاص بالكلف مباشرة، أما الرسم فانه يدفع لقاء خدمة يستفيد منها المكلف مباشرة، برحماني محفوظ، المرجع السابق، ص.54.

3 تثور الصعوبة من الناحية العملية بالنسبة للمعاملات غير المادية، ومثال ذلك أن الكتاب أو الاسطوانة أو البرنامج الذي يتم بثه مباشرة الى العميل على حاسوبه الالي حيث يصعب إعمال التفرقة التقليدية بين تسليم الاشياء وتقديم الخدمات بسبب عدم وجود وسيط مادي..

للحدود على تساعدعلى التهرب الضريبي، ويصعب التحديد الدقيق لمكان المستفيد من الخدمة أو مكان استعمالها[1].

ونتيجة لما سبق فقد ذهبت بعض الدول وعلى رأسها الولايات المتحدة الامريكية إعفاء العقود الالكترونية من الضريبة ولو لفترة محددة[2]، وقد بنت رأيها على عدة اسباب أهمها ما يتعلق بطبيعة شبكة الانترنت، حيث توجد منتجات معنوية يتم تسليمها من خلال الشبكة الأمر الذي يستحيل أو يصعب معه حصر أو تتبع هذه العميات وفرض الضرائب عليها، بالاضافة الى حداثة هذا النوع من التجارة وحاجاتها الى وقت كاف لنموها[3]، بينما ترى دول اخرى على خلاف ذلك وجوب فرض الضرائب على المعاملات الالكترونية احتراما لمبدأ المسأواة بينها وبين المعاملات التقليدية[4].

ومن بين الحلول التي تم ايجادها في مجال الضريبة الالكترونية مبدأ الحياد الضريبي الالكتروني، والذي يشكل في الحقيقة المبدأ الأساسي للضريبة الالكترونية، ولا يعني ذلك الغاء الضريبة. ولكن تتم المعاملة الضريبية بنفس الاسلوب على كل صور التجارة دون تمييز سواء تعلق الامر بالتجارة التقليدية أو بالتجارة الالكترونية[5]، وهذا بالاضافة الى خلق ضرائب

1 محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص.55.

2 اقترحت الولايات المتحدة الامركية جعل الانترنت منطقة تبادل حر مستبعدة تمام من الخضوع للضرائب، وأشار الرئيس الامريكي في ذلك الوقت كلينتون الى أن الانترنت يجب أن يصبح منطقة الازدهار التجارة بلا ضريبة أو رقابة، بالاضافة الى اقتراح البعض من أجل أن لا تصبح الضريبة سببا في عرقلة التجارة الالكترونية وجود نظام ضريبي بسيط وشفاف ومنسجم مع النظم الضريبية العالمية الاخرى، محمد حسين منصور،المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص.166.

3 وما يؤكد هذا الرأي أن أن فرض الضرائب قد يؤدي الى انحصار التجارة الالكترونية ويعمل ضد انتشارها، اضافة الى احتمال الوقوع في الازدواج الضريبي الذي قد يحدث نتيجة فرض الضريبة على العقود الالكترونية ذات الطابع الدولي، بن جديد فتحي، المرجع السابق، ص.443.

4 وقد تراجعت الولايات المتحدة الامريكية مؤخرا وانضمت الى الرأي الثاني، وهو ما أخذ به أيضا الاتحاد الأوربي.

5 ويبقى مع ذلك عقبة هامة في هذا المجال ألا وهي كيفية التعرف على الملتزمين بدفع الضريبة الالكترونية وتحديدهم، هذا في ظل وجود انتحال الشخصية على الانترنت، لذلك الحل هنا يكمن في منح كل متعامل رقم معين يتضح منه عنوان وجهاز الحاسب الالي المسموح له بالالتحاق بالشبكة.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص.167.

الكترونية جديدة عن طريق تحديد كيفية الحصول على هذه الضريبة بالتنسيق بين الدول فيما بينها.

وبالاضافة الى الحلول السابقة، فإن وجود تعأون دولي حول التبادل المعلومات بخصوص المكلفين بالضريبة من خلال الاتفاقيات يسهل على الجميع ظبط الضريبة الالكترونية وتحديد المكلفين بها بشكل دقيق. وأحسن مثال عملي في هذا الصدد نجد أن بين دول الاتحاد الأوربي طلب المنتج عبر الانترنت وان تم تسليمه بالبريد أو بأي وسيلة مادية أخرى كالنقل مثللا لا يثير أي صعوبة، حيث تطبق القواعد العامة على معاملات الاستراد والتصدير بين هذه الدول.

ثانيا: دفـع فوائـد الثمـن

يقوم المشتري الى جانب دفع الثمن، بدفع فوائده، غير أنه لا يلزم بدفع هذه الفوائد في جميع الحالات، وانما في حالات محددة[1]، وقد تكون تلك الفوائد التي تستحق عن الثمن إما فوائد اتفاقية وقد تكون فوائد قانونية.

وتكون الفوائد اتفاقية في حالة اتفاق البائع والمشتري على التزام هذا الاخير بدفع فوائد الثمن سواء كان الثمن مؤجلا أو مستحق الاداء، ويحدد الاتفاق في هذه الحالة شروط بدئ[2]سريان الفوائد كما يحدد سعر الفائدة في حدود الحد الاقصى للفائدة الاتفاقية[1]. في حين تكون

1 لم ينظم المشرع الجزائري في القانون المدني فوائد الثمن وهذا على خلاف القوانين المقارنة، حيث أنه بالرجوع الى القانون المدني المصري نجد أنه حدد حالات معينة للوفاء باثمن بموجب المادة 458 بنصها "لا حق للبائع في الفوائد القانونية إلا إذا أعذر المشتري أو إذا سلم الشيئ المبيع وكان هذا الشيئ قابلا أن ينتج ثمرات أو ايرادات أخرى، هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك "، كما أن قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني نص على مبدأ إستحقاق الفوائد القانونية بموجب المادة 167منه بنصه " اذا كان المدين قد تعهد بتأدية مبلغ من النقود في وقت معين وامتنع عن ادائها عند حلول الاجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن باثبات تضرره من عدم الدفع.

- اذا كان في العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط، وان لم لم يكن هناك شرط بشأنها فتحسب من تاريخ الاخطار العدلي، وإلا فمن تاريخ المطالبة بها في لائحة الدعوى أو الادعاء الحادث بعد تقديم اللائحة المذكورة.
- تترتب الفائدة على التعويض والتضمينات التي تحكم بها المحكمة لأحد الخصوم وتحسب من تاريخ اقامة الدعوى ".

الفائدة قانونية وفقا لنص المادة 458 من القانون المدني المصري في حالة اعذار البائع للمشتري بدفع الثمن، وفي حالة تسليم المبيع وكان قابلا أن ينتج ايرادات أخرى[2].

وفي عقد البيع الالكتروني فيتم عادة تنفيذ الوفاء بالثمن عن طريق البطاقات الالكترونية، والتي يشترط في عقد الانضمام أن يقدم الحامل نسبة مأوية من الوفائد على مسحوباته التي تمت عبر بطاقة الائتمان، اضافة الى غرامة التأخير التي يستوفيها البنك من صاحب البطاقة اذا تأخر عن التسديد وكذلك فرق تحويل العملة في حالة استخدام البطاقة خارج بلد البنك المصدر لها.

وبعد أن تم التطرق في الباب الأول لأحكام تنفيذ عقد البيع الالكتروني وبيان المخاطر التي تعترض هذه المرحلة، سنتطرق بالدراسة في الباب الثاني لضمانات التنفيذ ومدى فاعليتها.

1 ويلزم الطرفان في هذه الحالة أن يتفقا على أن المشتري يقوم بدفع فوائد عن الثمن، وتسري هذه الفوائد من وقت اتفاقهما، فهما اللذان يحددان هل يبدأ سريانها من وقت استحقاق الثمن أم من وقت تسليم المبيع أو في أي وقت اخر، وعادة ما يتفق الطرفان على سعر هذه الفوائد. سعيد سليمان جبر، العقود المسماة (البيع والايجار)،دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،القاهرة،2007،ص.207.

2 محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع، المرجع السابق، ص. 382.

الباب الثاني

فاعلية ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني

يثير تنفيذ عقود التجارة الالكترونية مشاكل تواجه المستهلك الالكتروني وتضعف من ثقته في التعاقد الالكتروني، وتؤدي به الى العزوف عن التعاقد بهذا الطريق، وهذا بالرغم من المزايا الكبيرة التي يقدمها، وذلك لطبيعة هذا التعاقد الذي يتم عن بعد دون رؤية كل من الطرفين الاخر. كما لا يرى المشتري السلعة محل التعاقد إلا بالتسليم بعد تمام العقد. حيث أنه في مثل هذه العقود يتعامل المستهلك وراء ستار الوسائل التكنولوجية، وليس بإمكانه أن يطلع أو يعاين بشكل مباشر بضاعته ليتأكد بشكل واقعي من مطابقتها للشروط، بل إن معاينة البضاعة في هذا النظام الجديد يتم الاعتماد فيه على المشاهدة عبر الوسائط الالكترونية الحديثة.

وهذا بالاضافة الى المخاطر التقنية والتكنولوجية، كإستخدام التاجر للدعاية والاعلان عبر شبكة الانترنت لترويج منتجاته مستخدما اعلانات خادعة أو مضللة للمستهلك، أو أن يقدم المستهلك على التعاقد مع بائع وهمي يتخذ مواقع وهمية أو مزيفة، وعند تنفيذ العقد يكتشف أن المواقع التي تعاقد معها لا وجود لها.

كما أن الدفع الالكتروني بكل طرقه تحيطه جملة من المخاطر، وهذا لأن الخط الفاصل لنجاح التجارة الالكترونية، هو ثقة المستخدمين في حيازة وسائل الدفع الالكتروني وقبول التعامل بها. فقد يتعرض متصفح المواقع التجارية عند قيامه بدفع ثمن البضاعة ببطاقته الإئتمانية للقرصنة وسرقة الرقم السري الخاص بالبطاقة، وبالتالي اساءة استخدامها من الغير.

من أجل ذلك كان لا بد من أجل ضمان حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني ايجاد وسائل قانونية تحد من تلك المخاطر التي تسببها التجارة الالكترونية بسبب البيئة الخاصة التي تتم في إطارها أو تقلل منها، وهي قد تكون إما إما ضمانات تقليدية أوضمانات حديثة [1].

والضمانات التقليدية كمقأومة الشروط التعسفية في عقد البيع الالكتروني، ذلك ان العقود التي تبرم عبر الانترنت تتخذ شكل العقود النموذجية، أي المطبوعة والتي لايمكن للمتعاقد حق تعديلها، والتي غالبا ما تكون مجحفة بالنسبة للمستهلك إما أن تقلل من حقوقه أو تزيد من التزاماته، مما يؤدي الى اختلال التوازن العقدي لصالح التاجر.

ويدخل ضمن اطار الضمانات التقليدية لحماية المتعاقد في عقد البيع الالكتروني مبدأ الالتزام بضمان السلامة، والذي يهدف توفير الامان للمستهلك في السلعة أو الخدمة التي قد تنطوي على خطورة وتكون مصدر ضرر له، ذلك أن السلع والمنتجات المعروضة في اطار التجارة الالكترونية غالبا ما تتسم بطابعها الفني المعقد في تصنيعها، وكذا طريقة استعمالهاّ ، وهو الامر الذي أدى الى زيادة المخاطر على المستهلك في سلامة جسده وأمواله من جراء اقتناء هذه السلع واستعمالها في مختلف المجالات.

كما أن من خلال التقنيات الحديثة للمنتجات وعصرنة وسائل التصنيع، واستخدام الدعاية المغرية بالاستعانة بالتكنولوجية المعلوماتية لإستظهار أحسن الصور والالوان الخاصة بهذه المبيعات، فإن ذلك تطلب ايجاد ضمانات قانونية جديدة تسعى لحماية المشتري أو

1 تجدر الاشارة إلى ان الانظمة القانونية المقرنة تسلك اتجاهين مختلفين لتحقيق الحماية القانونية للمتعاقد في عقود التجارة الالكترونية، الاتجاه الأول يمثله النظام القانوني الامريكي يذهب الى ضرورة عدم وضع قواعد تشريعية ملزمة لحماية المستهلك، اذ إن هذه القواعد من شانها أن تعوق نمو التجارة الالكترونية، وان حماية المستهلك ينبغي أن تترك الى سوق التجارة الالكترونية ذاته بما يضعه من قواعد اتفاقية، اما الاتجاه الثاني ويمثله النظام القانوني الفرنسي وكذلك اتجاه الاتحاد الأوربي فيذهب الى ضرورة فرقواعد قانونية امرة تحقق حماية المستهلك، بالاضافة الى ان هذه القواعد يجب أن تكون قواعد دولية تقر بقوتها الالزامية الدول على اختلافها. ألاء يعقوب يوسف، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين،2005، المجلد 8،العدد14،ص.75.

المستهلك المتعاقد عبر الانترنت، وهي تضاف الى التزامات البائع في عقد البيع الالكتروني تتمثل في الالتزام بضمان الاعلام، الحق في العدول، والالتزام بالمطابقة.

وبناء على ما تقدم نقسم دراستنا لهذا الباب الى فصلين، نتناول في الفصل الأول الضمانات التقليدية لتنفيذ عقد البيع الالكتروني، وفي الفصل الثاني الضمانات الحديثة لتنفيذ عقد البيع الالكتروني.

الفصل الأول

الضمانات التقليدية لتنفيذ عقد البيع الالكتروني

ان الالتزامات العقدية الواقعة على البائع في عقد البيع الالكتروني يختلف تناولها في التشريعات المقارنة بحسب استيعابها لمفاهيم التطورات التكنولوجية الحديثة واثرها في ابرام وتنفيذ العقد، غير أنه يوجد بينهم أساس مشترك هو الضمانات التقليدية التي قد يتوفر فيها قدر من الحماية للمشتري أو المستهلك عبر الأنترنت.

ومن الضمانات التقليدية نجد حق المشتري في مقأومة الشروط التعسفية، ذلك أن المشتري أو المستهلك في عقد البيع الالكتروني يعد دائما الطرف الضعيف، حيث أن اعتبارات العدالة تقتضي اعتبار هذه العقود بمثابة عقود اذعان حتى يكون للمشتري الحق في ابطالها أو رد الشروط التعسفية فيها، وذلك ان هذه العقود يصعب التفوض بشانها، وبالتالي فإن أي شرط تعسفي يستطيع المشتري المطالبة بإبطاله لأنه يمثل اعتداء على مصلحته.

كما انه من بين طرق الحماية القانونية للمشتري الالتزام بضمان السلامة، ذلك ان المعاملات الالكترونية بما تحمله من تقنية معقدة تنطوي على الكثير من المخاطر المادية والمعنوية للمتعاقد، حيث تقضي القواعد العامة بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا يقتصر العقد على مأورد فيه ولكن يتناول ماهو من

مستلزماته، وجوهر هذه المستلزمات هو الالتزام بضمان السلامة، حيث يلتزم المتعاقد بعدم الاضرار بسلامة الطرف الثاني في العقد.

لذلك سنتأول دراسة هذا الفصل من خلال مبحثين، نتنأول في المبحث الأول مقأومة الشروط التعسفية في عقد البيع الالكتروني، وفي المبحث الثاني الالتزام بضمان السلامة.

المبحث الأول

مقأومة الشروط التعسفية في عقد البيع الالكتروني

تعد المتغيرات الاقتصادية وما ينتج عنها من تركيز لقوى الانتاج بشكل احتكاري بيد عدد محدود من الاشخاص بالاضافة الى التقدم والتعقيد في الطابع الفني للسلع والخدمات لدرجة أن أصبح المستهلك يجهل كيفية استعمالها والمحافظة عليها فضلا عن ادراك كل مخاطرها، عواملا أدت الى ابراز جوانب الاختلال في التوازن في العلاقة ما بين المهني والمستهلك مما أدى الى فرض الشروط التعسفية على الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهو المستهلك.

وفي هذا الصدد، نجد أن عقود البيع عبر الانترنت بين التاجر والمستهلك تبرم عادة في شكل عقود نمطية نموذجية، يقوم التاجر بإعدادها بشكل مسبق يشمل كافة البنود والشروط، ويترك للمستهلك فراغات يملؤها ببياناته الشخصية وبيانات السلعة أو الخدمة التي يتعاقد عليها، ولا يكون للمستهلك حق تعديل البنود التي لا يكون راغبا فيها [1]. كما أنه لا يتوافر تواصل

1 « Le ventes de biens sur internet sont généralement des contrats d'adhésion. Les clauses fixées à l'avence par le vendeur sont des conditions générales de vente électronique mais l'acquéreur éventuel n'a aucun moyen de négocier : soit il adhère au contrat , soit il ne contracte pas. … » AL SHATTNAWI Sinan, Les condition générales de vente dans les contrats électroniques. en droit compare Franco –Jordanien , Université de Reims Champagne-Ardenne , 2012,p.135.

مباشر بين المهني والمستهلك يتيح فرصة المسأومة من أصلها ويتم التعامل على هذا المحتوى بأكمله بدون تجزئة بمجرد النقر على الايقونة الخاصة بالموافقة على الشراء[1].

وبذلك ويعتبر المستهلك في عقد البيع الالكتروني غالبا الطرف الضعيف، لذلك تقتضي اعتبارات العدالة اعتبار هذا العقد بمثابة عقد اذعان، وذلك حتى يكون للمستهلك الحق في ابطاله أو رد الشروط التعسفية فيه، لأنه يمثل اعتداء على مصلحته[2]، لذلك سنقسم هذا المبحث الى المطلبين نتناول في المطلب الأول بالدراسة مفهوم الشروط التعسفية، وفي المطلب الثاني الحماية من الشروط التعسفية.

المطلب الأول

مفهوم الشروط التعسفية

تقتضي دراسة الشروط التعسفية في عقد البيع الالكتروني أو لا تعريف الشرط التعسفي، ثم بيان مدى اعتبار عقد البيع الالكتروني عقد اذعان.

الفرع الأول

تعريف الشرط التعسفي

أعطى المشرع الفرنسي تعريفا للشروط التعسفية في المادة 35 من القانون الصادر في 10 جانفي 1978 والمتعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات[3] والتي جاء فيها

1 عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص.444.

2 قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 128، عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص.45.

3 يرتكز النظام الفرنسي في مكافحة الشروط التعسفية على القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحاية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والمسمى بقانون C. Scrivenier التي كانت تشغل منصب سكرتير الدولة المدولة بالاستهلاك، حيث عهد اليها إعداد مشروع قانون الذي صدر تحت رقم 23/78 في 10 جانفي 1978 متعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، حيث اقترن هذا القانون باسمها،حيث خصص الفصل الخامس منه للشروط التعسفية، وذلك في ظل المعارضة على أساس أن فيه مساسا بمبدأ سلطان الارادة، بينما أعتبره المؤيدون تطبيقا لمبدأ حسن النية في التعاقد الوارد

" في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، قد تكون محظورة أو محددة أو منظمة،....الشروط المتعلقة،.....متى يظهر أن تلك الشروط مفروضة على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني، نتيجة التعسف في استعمال الاخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة أو مبالغ فيها"[1].

ويظهر من خلال التعريف أنه يشير الى أن الشروط التعسفية تبرز اذا ما أساء المحترف استعمال قدرته الاقتصادية. غير أنه قد تكون الشروط التعسفية في غير العقود التي تتفأوت فيها القدرة الاقتصادية لطرفيها، وذلك في العقود التي يكون أحد المتعاقدين ملما بالجوانب القانونية لشؤون التعاقد فيضمن العقد غالبا شروطا يمكن أن ينطبق عليها وصف التعسف.

كما يتبين خلال التعريف السابق أن المشرع الفرنسي استخدم معيارين اثنين في تعريف الشروط التعسفية، يتمثل المعيار الأول في اساءة أو تعسف المهني وضعية الهيمنة الاقتصادية [2]، ويتمثل ذلك بأن يكون الشرط مفروضا من المحترف على المستهلك بسبب سوء استغلال

في نص المادة 2134 مدني فرنسي، وبعد عشر سنوات من ذلك تتم القانون السابق بقانون 5 جانفي 1988 الذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية، وثم ادماج القانونين السابقين في قانون الاستهلاك لعام 1993، ولم تقتصر الحماية في أوربا على الدول منفردة، بل ان الاتحاد الأوربي سعى الى التنسيق بين الانظمة المتفأوتة بين مختلف أعضائه، حتى انتهى بتاريخ 5 ابريل 1993 الى سن تعليمة تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين والتي نقلت الى القانون القرنسي بموجب قأون 01 فيفري 1995، مما أدى الى حدوث بعض التعديلات على النظام الذي أرساه قانون 1995. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، دار الفجر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص. 24- 25.

1 L'article 35 de la loi n 78 -23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, dispose que « Dans les contrats conclus entre professionnels et non – professionnels ou consommateurs,……, les clauses relatives au……, lorsque de telle clauses apparaissent imposes et confirent a cette dernière un aventage excessif ».

2 تجب الاشارة هنا أن المشرع الجزائري نص لأول مرة على التعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية بموجب المادة 27 من القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05 يوليو 1989 المتعلق بالاسعار، ج ر عدد 29، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 1989(ملغى) ثم بموجب المادة 07 من الامر رقم 95-06 الالمؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة ج ر عدد 09 الصادرة بتاريخ 22 فبراير 1995 (ملغى) وأخيرا بموجب المادة 07 من الامر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المعدل والمتمم

المهني لوضعيته لكونه يتمتع بنفوذ الاقتصادي. وهذا المعيار لا يمكن اثباته، وانما يتم استخلاصه من الصفة الخاصة بأطراف العقد لذلك يوصف هذا العنصر عادة بأنه عنصر شخصي[1]، فالمادة 35 من قانون 1978 تتطلب ان يكون الشرط مفروضا على غير المحترفين أو المستهلكين بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الاقتصادي[2].

أما المعيار الثاني، فيتمثل الحصول على الميزة المجحفة، أي في استعمال المهني أو المحترف لنفوذه الاقتصادي وعن طريق وضع شروط بالعقد ملزمة للمستهلك بهدف الوصول الى ميزة مجحفة أو مفرطة، فيكون بذلك الشرط تعسفيا عندما تكون الميزة المجحفة الممنوحة للمهني نتيجة للتعسف في وضعية الهيمنة الاقتصادية [3]، وهو ما يعرف بالتعسف في استعمال السلطة التعاقدية[4].

غير أنه اذا كانت الميزة التي يمنحها الشرط لأحد المتعاقدين ميزة معتادة فعلا، فلا يعد شرطا تعسفيا، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الشرط الوارد في عقد مبادلة سيارة حديثة بسيارة قديمة، اذا ألزم مالك السيارة القديمة بدفع مبلغ معين، مقابل ما يتحمله صاحب السيارة الحديثة من مخاطر ابرام هذا العقد لا يعد شرطا تعسفيا[5].

بمجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد 36 الصادرة بتاريخ 02 يوليو 2008 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10 -05 الؤرخ في 15 أوت 2010ج ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.

1 أنس محمد عبد الغفار، اليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاذعان دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي ن، دار الكتب القانونية، مصر، 2013 ص.87.

2 غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة ماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012،ص.34.

3 لا تعتبر الهمنة الاقتصادية في حد ذاتها تصرفا مقيدا للمنافسة، بل إن التصرف المحظور هو فقط التعسف الناتج عن هذه الوضعية، عندما يؤدي الى الاخلال بالمنافسة وعرقلتها، مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015،ص.92.

4 محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص.84.

5 - Cass.1 civ,. 05 juill.2005 n 04-10.779 ; inédit n 11

وخلافا لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الشرط الوارد في عقد تقديم خدمة تعليمية، اذا كان يلزم المستهلك بدفع نفقات الدراسة مقدما عن فترة الدراسة كاملة، وكانت هذه المدة طويلة، يعتبر شرطا تعسفيا، لأنه يعطي المؤسسة التعليمية ميزة مجحفة، ويضيع في ذات الوقت مصلحة الطرف الضعيف الذي هو المستهلك[1].

وقد تم انتقاد قانون 10 جانفي 1978 على أساس أنه أخل بالقواعد العامة في القانون المدني وخاصة في مجال العقود، ذلك أن النظرية التقليدية للعقد أساسها مبدأ سلطان الارادة وما يتطلبه من حرية ومسأواة، بحيث أن القانون هو شريعة المتعاقدين، ومحتوى العقد وشروطه هي ثمار الحرية التعاقدية بين الطرفين، و لا شيئ يحول دون القوة الملزمة للعقد بإستثناء القواعد المتعلقة بالنظام العام والاخلاق العامة، ومن هذا المنطلق تكون فكرة الشروط التعسفية غير مقبولة[2].

وفي هذا الصدد، فإن البرلمان الأوربي وبهدف تنسيق الجهود وتحقيق قدر من الانسجام بين التشريعات الأوربية في مجال تنظيم الشروط التعسفية، أصدر التوجيه الأوربي رقم 9-13 الصادر في 05-04-1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، والذي جاء في المادة 1/3 التي على أنه " الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على اخلال واضح بين الحقوق والتزامات الاطراف فيه على حساب المستهلك ويتعارض مع مبدأ حسن النية، ويرتب ضررا للمستهلك، يتمثل في عدم توازن ظاهر في الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد بين أطرافه"[3].

1 - Cass.1 civ,.10 févr.1998 :Bull.Civ.1,n 53

2 PEGLION –ZIKA Claire-Marie, La notion de clause abusive au sens de l'article.132-1 du code de la consommation ,thèse de doctorat en droit privé , Université Panthéon-Assas,2013 , p.06.

3 « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en débit de l'exigence de bonne foi, elle crée un

وبناء على هذا التعريف فالشرط التعسفي هو الشرط الي يوضع في العقد ولم يخضع لتفأوض مسبق بين التاجر والمستهلك، ويترتب عليه عدم توازن كبير بين حقوق والتزامات الطرفين على حساب المستهلك [1]، فالتوجيه الأوربي يقوم على اعتبار انعدام المفأوضة بين الطرفين، الامر الذي ينشئ اعتقادا لدى من يطالع نص المادة الثالثة منه أن المقصود هنا هو عقد الاذعان، وبأن الشروط المقصودة بأنها شروطا تعسفية يقتصر نطاق تطبيقها على عقود الاذعان[2].

وقد كان هذا التعريف الذي تبناه التوجيه الأوربي يعكس جمعه بين اتجاهين، فمن جهة، التصور الألماني الذي يظهر بمرجعية غياب التفأوض الفردي بشأن الشرط لإعتباره تعسفيا من خلال قانون 09 ديسمبر 1976، ومن جهة أخرى التصور الفرنسي الذي الذي يقتضي أن يمنح الشرط مزية مبالغ فيها لاعتباره تعسفيا حسب قانون 10 جانفي 1978 [3].

وإعمالا لأحكام التوجيه الأوربي، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 96/95 المؤرخ في أول فبراير 1995 [4]، حيث عدل بمقتضاه المادة 1/132 من قانون الاستهلاك التي أصبحت تنص كما يلي " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية،

---

déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateur.

1 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.513.

2محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق،ص.86.

3 درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص.148.

4 Loi n 95-96 du 1 er février 1995,J.O. du 2 février concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

تلك الشروط التي يكون هدفها أو من شأنها إحداث –على حساب غير المهني أو المستهلك– تفأوتا جليا وظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد"[1].

ويظهر من خلال صياغة نص المادة 1/132 لقانون الاستهلاك الفرنسي أنها لم تتضمن أي إشارة الى اساءة استعمال النفوذ الاقتصادي كعنصر ضروري لتحقق الشرط التعسفي[2]، حيث لم تعد تتضمن الا عنصرا واحدا يلزم وجوده لقيام الشرط التعسفي، هو التفأوت الظاهر بين الحقوق والتزامات الطرفين، اي أن النص يشير الى هدف واحد، هو تحقيق فكرة التوازن العقدي[3].

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أحدث بموجب القانون رقم 96/95 تغييرا في المعيار الذي يستخدمه للشرط التعسفي[4]، فبينما كان المعيار المستعمل في قانون 10 جانفي 1978

1 Article L.132-1 ,alinéa 1 , du code de la consommation : « Dans les contrats conclus entre professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer , au détriment du non-professionnels ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

2 يفرق الفقه الفرنسي بين الشرط التعسفي والشرط الغير مشروع، بحيث أنه اذا منع القانون ادراج شرط معين في العقد فهو شرط غير مشروع، بينما يعتبر شرط تعسفي ذلك الشرط الذي يفرضه أحد المتعاقدين على الاخر مستغلا سلطته وتفوقه الاقتصادي، لذلك يظهر الشرط التعسفي في بادئ الامر شرطا مشروعا، حيث أن ذلك التعسف يعد خطأ وليس شرطا غير قانوني .MAZEAUD Henri et Léon et Jean et CHABAS François op cit,p.79

3 درماش بن عزوز، المرجع السابق،ص149

4 وتجب الاشارة هنا أن قانون 01 فيفري 1995 قد شهد تعديلا سنة 2001 بموجب الأمر رقم 2001-741 المؤرخ في 23 أوت 2001 المتضمن نقل أحكام التعليمة الأوربية والمصادقة على قانون الأوربي في مجال قانون المستهلك، والقانون رقم 2005-67 المؤرخ في 28 جانفي 2005 الخاص بمنح الثقة وحماية المستهلك، حيث يسمح االامر 2001-741 بامكانية مراقبة الشروط التعسفية التي تتعلق بالموضوع الرئيسي للعقد أو بالنوعية أو السعر، وذلك في حالة ما إذا لم يتم وضعها بطريقة واضحة ومفهومة، بينما القانون 2005-67 تم بموجبه تعديل القائمة البيضاء الملحقة بالمادة L132-1 وذلك بإضافة حالات جديدة للشروط التعسفية، كما أن أحكام مكافحة الشروط التعسفية قد عرفت تعديلات جديدة بموجب القانون رقم 2008-776 المؤرخ في 4 أوت 2008 المتعلق بتحديث الاقتصاد، حيث أن هذا الاخير عدل المادة L132-1 من قانون المستهلك، وتم بموجبه حذف الملحق القانوني ووضع قائمة الشروط التي تعتبر دائما تعسفية (الشروط السوداء)،وقائمة

هو ان الشرط التعسفي هو الذي يعطي للمحترف ونظرا لتفوقه الاقتصادي في العقد الذي يبرمه مع المستهلك، ميزة مفرطة أو فادحة أصبح المعيار بعد صدور قانون الاستهلاك وفي ضوء تفسير نص المادة 3 من التوجيه الأوربي الصادر سنة 1993 هو الذي يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات طرفي عقد الاستهلاك[1]، وان كان المشرع الفرنسي قد أصدر عدة تعديلات لا حقة في هذا الصدد من أجل حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية[2].

وبالنسبة للقانون الجزائري، فإن التعريف المحدد والدقيق للشروط التعسفية الذي وضعه القانون الفرنسي كان غير وارد في القانون المدني الجزائري، و الذي كان في هذا الشأن يتطرق فقط الى المفهوم الكلاسيكي والضيق لعقد الاذعان، وهذا على غرار ما كان عليه القانون المدني المصري[3].

وفي هذا المجال نصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري " يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

و بالإضافة الى نص المادة 70 من القانون المدني، فإن المادة 110 من القانون المدني نصت على الشروط التعسفية مقترنة بعقد الاذعان دون تحديد لها بقولها " إذا تم العقد

للشروط التي تعد عادة تعسفية (الشروط الرمادية)، وذلك في الفقرتين 2 و3 على التوالي من المادة L132-1، وقد صدر في هذا الصدد المرسوم رقم 2009-302 المؤرخ في 18 مارس 2009 المتضمن كيفية تطبيق المادة L132-1 من قانون حماية المستهلك، نقلا عن : PEGLION –ZIKA Claire-Marie ,op cit,p p10-11

1 محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق، ص.86.

2 (Les clauses abusivessont désormais déterminées comme telle par le décret du 18 mars 2009 pris en application de la réforme de la loi LME du 4 aout 2008. Cette réforme a voulu corriger le double handicoap dont souffrait le didispositif antérieur ,tant de coté de consommateur que de celui du professionnel)MARIE-Heléne De laender, FRANCK Petit , Droit des contrats ,3eme éd , Archétype82,Paris,2012,p 82.

3 قادة شهيدة، المرجع السابق،ص.281.

بطريقة الاذعان، وكان تضمن شروطا تعسفية،جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

وهذا الى غاية أن نص المشرع على الشروط التعسفية في نصوص خاصة، من خلال القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، والمرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية [2].

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تعرض لأول مرة لتعريف الشرط التعسفي من خلال القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهذا من خلال نص المادة 03 فقرة 05 منه على أن الشرط التعسفي هو " كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ".

ويتبين من خلال تعريف المادة 3/ 5 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أن المشرع الجزائري قد حدد معيار الشرط التعسفي بعدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو نفس المعيار الذي إعتمده المشرع الفرنسي[3]، غير ان القانونين يختلفين في أن المشرع الجزائري اعتبر أن الشروط التي تجب الحماية منها هي

1 القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى لعام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 ج ر عدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق ل 15 أوت 2010 ج ر عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

2 المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 جر عدد 56 بتاريخ 11 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، معدل بالمرسوم التنفيذي 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008 ج ر عدد 07 بتاريخ 10 فبراير 2008.

3 غدوشي نعيمة، المرجع السابق، ص.38.

الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين، وتكون محررة مسبقا، ويذعن لها المستهلك، أي أنه يحصر مجال الحماية بعقود الإذعان فقط، في حين أن المشرع الفرنسي لم يقم بحصر دائرة الشروط التعسفية بقائمة من العقود بل جعل نطاقها كل العقود سواء كانت عقود إذعان أو عقود مسأومة.

وبعد التطرق الى التعريف الشرط التعسفي، تقتضي الدراسة بيان مدى اعتبار عقد البيع الالكتروني عقد اذعان.

الفرع الثاني

مدى اعتبار عقد البيع الالكتروني عقد اذعان

يطرح التساؤل بالنسبة لعقد البيع الالكتروني المبرم عبر الانترنت، هل يعتبر عقد مسأومة يخضع لمبدأ سلطان الارادة وللتراضي بين المتعاقدين، أم انه أنه يعد عقد إذعان لا تمنح فيه للمشتري فرصة لمناقشة شروط العقد؟

إن هذا التساؤل ينطلق من مبدأ أن عقد البيع الالكتروني يتم في حد ذاته بإستخدام الانترنت، ويبرم عن طريق التفأوض بين التاجر المحترف والمشتري العادي حول بنود وشروط ابرام العقد الذي في كثير من الأحيان يتم عن طريق عقود نموذجية ينفرد التاجر بإعدادها بصفة مسبقة ثم وضعها على موقعه الالكتروني، فإذا رغب المشتري في التعاقد فإن ذلك يتم طبقا للشروط المعدة مسبقا ولا يجوز له تعديلها.

وللإجابة على التساؤل المطروح يقتضي الأمر أولا تعريف عقد الاذعان، ثم بيان بعد ذلك ما إذا كان عقد البيع الالكتروني يعد عقد إذعان

أولا : مفهوم عقد الاذعان

يعرف عقد الإذعان بأنه عقد يضع شروطه الجوهرية مسبقا أحد طرفيه، ليتقيد بها كل من يرغب في التعامل معه[1]، أي هو ذلك العقد الذي يضع شروطه أحد المتعاقدين ولا يكون أمام الاخر إلا التسليم بها والاذعان لها، بحيث لا يقبل منه أي مناقشة لهذه الشروط، فهي بذلك إما تقبل تقبل كما هي أو ترفض برمتها[2].

فيعد عقد الإذعان صيغة لإبرام العقود تعتمد على استعمال نموذج نمطي للعقد، يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة، ويعرضه على الطرف الاخر الذي ليس له إلا الموافقة على جميع بنود العقد وشروطه أو رفضه دون ان يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه أو الشروط والأحكام التي يتضمنها، لذلك يوصف هذا العقد بأنه عقد إذعان[3].

وقد نص المشرع الجزائري على تعريف عقد الإذعان ولأول مرة في المادة 03 الفقرة الأولى من قانون 04 -02 المطبق على الممارسات التجارية بأنه " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي.....عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلع أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق، مع اذعان الطرف الاخر بحيث لا يمكن هذا الاخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

كما قام المشرع الجزائري بإعادة نفس التعريف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 [4]في المادة الأولى الفقرة الثانية منه بأنه " يقصد بالعقد، في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 الحالة الرابعة من قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمذكور اعلاه

1 أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص.19.

2محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2011،، ص.31.

3 أنس محمد عبد الغفار، المرجع السابق، ص 19

4 المرسوم التنفيذي رقم 306/06المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين الذي سبق الاشارة اليه.

كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع غذعان الطرف الاخر بحيث لا يمكن هذا الاخير إحداث تغيير حقيقي فيه ".

ويكون الإيجاب على عكس العقود الأخرى في عقد الاذعان من عمل الطرف القوي وحده، حيث أنه هو وحده الذي يضع شروط العقد، و لا يشاركه المتعاقد الاخر في وضعها، ولا يقبل مناقشة فيها، وهو غالبا ما يضع شروطا تخدم مصلحته، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 70 من القانون المدني من أنه " يحصل القبول في عقد الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها ولا يقبل مناقشة فيها ".

إن عقود الاذعان تتعلق بسلع أو مرافق تعد في الغالب مهمة بالنسبة الى المستهلك أو المنتفع، ويكون فيها احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الايجاب منه الى جميع الناس وبشروط واحدة لمدة غير محدودة [1].

وقد يظطر الاشخاص الى التعاقد بشأنها حتى ولو كانت تلك الشروط جائرة[2]، وتكون عقود الاذعان غالبا في عقود تقديم الخدمات مثل العقود المبرمة مع شركات التأمين والبنوك،وبعض الموردين مثل أصحاب خدمات الهاتف[1].

1 وفي هذا الشأن تولت محكمة النقض المصرية تعريف عقد الإذعان وتحديد شروطه، حيث أنه في هذا الصدد لم تكتف المحكمة لتوافر عقد الاذعان ان يقتصر القبول على مجرد التسليم بشروط الموجب وعدم مناقشتها، قضت بأن " من خصائص عقود الاذعان انها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة الى المستهلكين أو المنتفعين ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق وان يكون صدور الايجاب منه الى الناس كافة بشروط واحدة ولمدة غير محدودة، والسلع الضرورية هي التي لا غنى عنها للماس والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم الى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة أو شديدة "، محمكة النقض مدني، جلسة 1974/03/12، المجموعة 1، السنة 25، ص.492.

2 ابراهيم سيد أحمد، عقود الاذعان فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.75.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي[2] ان عقود الاذعان رغم وجودها من الناحية العملية، إلا انها لا توجد أحكام خاصة تنظمها في القانون الفرنسي، وتخضع للقواعد العامة، ذلك لأن الشروط التعسفية لا توجد إلا في هذا النوع من العقود التي تعتبر شروطا لاغية في العقد بقوة القانون أو بموجب تدخل القاضي ، الأمر الذي جعل المشرع الفرنسي لا يضع نظاما خاصا بهذه العقود، على خلاف بعض القوانين الاخرى كالقانون الجزائري.

ونتيجة لما سبق ذكره فإن هناك من يرى أن عقود الإذعان تكون بذلك تتميز بوضع خاص مقارنة بالعقود الأخرى، لذلك فإن هناك من ينكر الصيغة التعاقدية لها[3]، لأن الطرف المذعن لا تتوافر له الحرية والاختيار وهما من أهم سمات العقود، ويعتبرها أنها عبارة عن مراكز قانونية أكثر منها مراكز تعاقدية[4]. غير أن أهم ما يلاحظ هنا أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الاخر مما يجعلنا أمام ظاهرة اقتصادية وليست ظاهرة قانونية، والحل هنا لا يكمن في إنكار صفة العقد على عقد حقيقي، بل يتمثل في تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي[5].

---

1 ALI Benchenneb, Le droit algérien des contrats ,Données fondamontales,éd AJED ,2011,p.39.

2 MALAURIE Philippe et AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe , Les obligations ,éd Deferénois,Paris,2004,p.193.

3 ينكر فقهاء القانون العام صفة العقد على عقد الاذعان، ويعتبرونه مركزا قانونيا منظما، ويبررون ذلك ان العقد يفترض المسأواة بين طرفيه كما يفترض حرية المناقشة، وهذا غير موجود في تصرفات الاذعان، حيث يكون الطرف القوي هو الذي يملي الشروط التصرف على الطرف الضعيف وما على هذا الاخير سوى ان يقبل أو يرفض، وفي المقابل يرى فقهاء القانون الخاص ان عقود الاذعان تعتبر عقودا بالمعنى الصحيح، فلا فرق بينها وبين العقود بصفة عامة، لأنه يكفي لإنعقاد العقد وجود إرادتين، وهما موجدتان في عقد الاذعان، ارادة الموجب وارادة القابل، كما يكفي أن يكون الطرفان متسأويين من الناحية القانونية، ولا يلزم التسأوي من الناحية الاقتصادية، لأن هذا من قبيل المستحيلات، وليس من الضروري أن يسبق القبول مفأوضات. وليد صلاح مرسى رمضان، المرجع السابق،ص 690 -691.

4 محمود عبد الرحيم الديب،المرجع السابق، ص.31.

5 عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين حقيقته ومشروعيته دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2003،ص.266.

كما أن هذا الخلاف لا علاقة للمستهلك في عقد التجارة الالكترونية به، ذلك أن عقد البيع الالكتروني هو عقد يخضع لنفس النظام الذي يحكم ابرام العقود، لكن له طبيعة خاصة من حيث ابرامه بوسائل التعاقد عن بعد، بالاضافة الى عدم تدأول السلع والخدمات ماديا يجعل مسألة الإذعان والتعسف بحقوق المستهلك الالكتروني يمكن علاجها تشريعيا وبضمانات أخرى تحمي الطرف الضعيف في مواجهة المهني[1].

ومن أهم مميزات عقود الاذعان أنها تتعلق بسلعة أو خدمة أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، واحتكار البائع لهذه السلع أو المرافق أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الاقل سيطرته على عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، لذلك غالبا ما يقل وجود هذا العقد في ظل المنافسة الحرة، حيث أن أنعدام الاتكار يتيح الفرصة أمام المستهلك في ايجاد منتوج بشروط وسعر أفضل لدى احد المنافسين[2].

وفي ظل المنافسة الحرة واقتصاد السوق يقل وجود وانتشار عقود الإذعان، وعلى فرض وجودها، فسوف يكون تأثيرها محدودا غير مؤثر على الطرف الضعيف في العقد، ذلك أن الأفراد المحتاجين للسلع أو الخدمات اليوم سيجدون لها أكثر من مصدر، وسوف يختارون من بينها أحسنهم شروطا وسعرا بالاضافة الى أن مبادرة مقدمي السلع والخدمات الى تحسين الأسعار وشروط البيع جلبا للعملاء [3].

ثانيا: اعتبار عقد البيع الالكتروني عقد إذعان

يعد المستهلك غالبا الطرف الضعيف في عقد البيع الالكتروني، لذلك هناك من يرى ان اعتبارات العدالة تقتضي إعتباره عقد إذعان حتى يكون للمستهلك الحق في ابطالها أو رد

1 قدري محمد محمود، المرجع السابق، ص.133.

2 بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.73.

3 محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق،ص.32.

الشروط التعسفية فيها، وذلك بسبب أن هذه النوع من العقود يصعب التفأوض فيها، وبذلك فإن أي شرط تعسفي يستطيع المستهلك المطالبة بإبطاله لأنه يمثل إعتداء على مصلحته[1].

ومما يؤكد أن عقد البيع الإلكتروني يحمل صفة عقد الإذعان ماجاء في نص مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على أنه » تعتبر العقود النمطية المبرمة الكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن، وجواز ابطال ما يرد فيه من شروط تعسفية، ويعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف».

ومن الإعتبارات التي تؤكد فكرة الاذعان في عقد البيع الالكتروني، حق المستهلك في العدول عن العقد خلال مدة معينة من تاريخ استلام السلعة، وهو حق يتقرر للمستهلك حين تعاقد على سلعة عبر الانترنت ولم تكن لديه امكانية مناقشة بنود العقد ورؤية السلعة التي قام بشرائها[2].

هذا بالإضافة الى أن عقد البيع الالكتروني يكون فيه مضمون العقد محدد مسبقا من قبل المهني أو المتعاقد وموضوع في الموقع الالكتروني بشكل غير قابل للمناقشة فيه، خاصة أن هناك حالات تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك[3].

1 قدري محمد محمود، مرجع سبق ذكره، ص 129، عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص.45.

2 غير أن هناك من يرى أن عقود التجارة الالكترونية المبرمة عبر الانترنت هي من عقود المسأومة وليست من عقود الاذعان، ذلك أن عقد البيع الالكتروني من خلال شبكة الانترنت قد يختلط مع علاقات عقدية أخرى تبرم هي أيضا من خلال شبكة الانترنت وترتبط بالعقد الالكتروني، وهو ما يحتاج الى ضرورة عدم الخلط الذي قد يحدث بين عقد البيع الالكتروني والعقود الاخرى المرتبطة به كعقد الدخول الى الشبكة، وعقد انشاء المتجر الافتراضي، وعقد الايجار المعلوماتي. إيمان مأمون سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص.67.

3 قدري محمد محمود، المرجع السابق، ص.129.

وبذلك يعد عقد البيع الالكتروني عقد إذعان لأن المتعاقد لا يملك مناقشة بنوده، أو حتى الوقوف على كافة جوانبها، حيث يتم التعبير عن الرضا بصورة شبه ميكانكية دون اي ترو أو تفكير، فبمجرد النقر على الجهاز يقبل المتعاقد بصورة شبه تلقائية العقد المقترح من قبل التاجر، حيث يذعن الطرف الضعيف الذي هو المشتري للشروط العامة الواردة في الموقع[1].

وبالرجوع الى أهم خصائص عقود الإذعان والمتمثلة في أنها تتعلق بسلعة أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة الى المستهلك أو المنتفع مثل خدمات مرافق الغاز والكهرباء، بالاضافة الى إحتكار الطرف القوي لهذه السلع احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الاقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وصدور الايجاب الى الناس كافة، وبشروط واحدة على نحو مستمر تكون في صالح البائع، فإن إعمال هذه الشروط على عقد البيع الالكتروني، تؤدي بالقول بإنطباق هذه الشروط على المستهلك الالكتروني كما هو الحال في عقد الإذعان.

غير أنه ما تجب الإشارة اليه في هذا الصدد، أن الإحتكار الموجود في عقد الإذعان لا ينطبق في الغالب على عقد البيع الالكتروني لوجود شركات كثيرة يجدها المستهلك عبر شبكة الأنترنت تعرض نفس المنتوج وبأسعار أقل و بجودة أحسن[2].

وإن كانت حماية الطرف الضعيف في عقد البيع الالكتروني تقتضي التوسع في فكرة عقد الإذعان بحيث يكون توفره في كل علاقة عقدية لا يتمكن فيها أحد الطرفين من مناقشة الشروط التي وضعها المتعاقد الثاني بغض النظر عن وجود أو إنتفاء الإحتكار، فكل من

1 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.502.

2 قدري محمد محمود، مرجع سبق ذكره، ص 132. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص.48.

المهني، الموزع أو التاجر يعد بنفسه العقد ويخضعه لقبول المشتري[1]. غير أنه نظرا لوجود مواقع كثيرة على الانترنت تقدم نفس السلعة أو الخدمة مما يؤدي لعدم القول بوجود احتكار على الانترنت، كما أن المستهلك يبحث عن أفضل الشروط دائما للتعاقد.

وبهدف التقليل من حدة وصف عقد الإذعان في مجال التجارة الالكترونية وجدت العقود النموذجية[2]، المنظمة والمعدة لتطبق على العقود التي تبرم بين المستهلكين والتجار أو مقدمي الخدمات، حيث يختلف العقد النموذجي عن عقود الاذعان، ذلك أن العقد النموذجي ليس بالضرورة من عقود الاذعان، إلا أنه يمكن اعتباره وسيلة من الوسائل لإبرام عقود الاذعان لا سيما في المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، وإن كان العقد النموذجي في الغالب هو الوسيلة لإبرام عقود الإذعان نظرا لسهولة إفراغ الايجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب وعد لإنضمام المتعاقد المذعن.[3]

1 رغم أن مبالغ ضخمة تستثمر في حقل التكنولوجيا واطلاق المواقع عبر الانترنت، والاستثمار في قواعد البيانات وعمليات المعالجة والبرمجة، غير أنه عند النظر الى الجهة التي تقوم بتنظيم عقودها، لإتضحت حقيقة عملية مفادها أن غالبية العقود – خاصة تلك التي تعقد في البيئة العربية، يضعها اداريون وماليون، ولكنهم ليسو من مجتمع القانون المختص في التجارة الالكترونية، مما يشكل خطرا على المستهلك المتعاقد باعتباره الطرف الصعيف في العقد الالكتروني ويعطي هذا العقد طابع الاذعان ، ذلك أن اعداد المواقع الالكترونية وابرام العقود من خلالها يتطلب فهما وادراكا للجوانب التقنية، وادراكا للجوانب العملية لتصرفات المستهلكين وجهات الانتاج، والاطلاع على الجديد من القوانين، علي مراح، القانون في عصر تكنولوجيات الاتصال الحديثة، النظام القانوني للكمبيوتر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، العدد 04، ص. 150.

2 ومن أمثلة العقود النموذجية العقد النموذجي الصادر عن اليونسترال في شأن المعاملات الالكترونية في مارس 2000، والعقد النموذجي الفرنسي الصادر عن غرفة الصناعة والتجارة الفرنسية للمعاملات الالكترونية الصادر في أكتوبر 1998.

3 يعرف العقد النموذجي أنه مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزودة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد، كما عرفت العقود النموذجية بأنها عقود تنطوي على حقيقة التعاقد، وتحيل الاطراف فيها الى نموذج وضعته أو أقرته سلطات عامة، أو هيئات نظامية مثل التجمعات المهنية والوطنية، ورغم أن العقد النموذجي هو الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الاذعان نظرا لسهولة إفراغ الايجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب ومعد لإنضمام المتعاقد المذعن، إلا أن هذه العقود تقيد من حرية الطرف الذي ينظم اليها في التعبير عن ارادته، خلوي نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو،،2013،ص.37.

وتتحدد صفة عقد الإذعان بالنسبة لعقد البيع الالكتروني بحسب وسيلة إبرام هذا الأخير، ذلك أنه وبخلاف عقد البيع الالكتروني الذي يبرم بواسطة البريد الالكتروني، والذي يمكن فيها للقابل مجالا لمناقشة شروط العقد، فإن العقد المبرم عبر الموقع الالكتروني يكون في الغالب عقدا نموذجيا متضمنا شروطا نمطية عامة معدة مسبقا وموجهة للجمهور، وما على المتلقي إلا ان يقبل بكافة الشروط المقررة أو برفضها جملة، مما يجعل لفكرة الاذعان محلا لهذا الأسلوب من التعاقد[1].

ويمكن القول أن اعتبار العقد المبرم عبر الموقع (عقد الويب) عقد إذعان يرجع لكون شروط العقد تم اعدادها مسبقا من قبل المهني على موقعه على شبكة الانترنت، وما على المستهلك إلا أن يقبل بهذه الشروط وذلك بالنقر على أيقونة القبول أو أن يرفض كل هذه الشروط، وهو رأي يتماشى مع الإتجاه الحديث الذي لا يشترط لعقد الاذعان سوى شرط واحد هو عدم قدرة أحد الأطراف على التفأوض في شروط العقد التي تم إعدادها مسبقا من قبل الطرف الاخر[2].

ومما سبق لا يمكن إطلاق وصف الإذعان في التعاقد الالكتروني بصفة مجردة وفي كافة الأحوال، بل يتوقف الأمر على ظروف وحالات كل تعاقد، أي ظروف واليات ابرام العقد، وإذا كانت ظروف ابرام العقد الالكتروني تسمح بالتفأوض الالكتروني المتكافئ حول بنوده فإننا نكون بصدد أحد عقود المسأومة [3]. أما في حالة توافر مقومات عقد الاذعان في التعاقد الالكتروني جاز للطرف الضعيف أي المستهلك الالكتروني كما هو الحال بالنسبة للمستهلك العادي الاستفادة من الحماية القانونية المقررة له [4]، والتي أهمها سلطة القاضي في

1 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.502.

2 سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص.196.

3 مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار جامعة الجديدة، الاسكندرية،2011، ص.42.

4 تبرز اهمية تمييز المستهلك الالكتروني عن المستهلك العادي أو التقليدي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة محل النزاع، ذلك أن المستهلك العادي تحكمه القوانين الداخلية الخاصة بحماية المستهلك، والقواعد العامة فيما لم يرد به نص

ابطال الشروط المجحفة بالطرف الضعيف، وتفسير الغموض في بنود العقد لصالحه، وهو ماسنتطرق له في المطلب التالي.

المطلب الثاني

الحماية من الشروط التعسفية

تعتمد حماية المتعاقد في عقد البيع الالكتروني ضد الشروط التعسفية على ما أقرته النصوص القانونية في هذا المجال وما طبقه القضاء، لأن الحرية الممنوحة للمتعاقد في هذا المجال تقيدها الدعاية الهائلة التي تتم عبر شبكة الانترنت، والقوة الاقتصادية للشركات التي تعرض السلع والخدمات. ونطلاقا من ذلك وجب حماية المتعاقد من الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد البيع الالكتروني، لذلك سنتطرق في هذا الفرع للحماية القانونية بموجب نصوص تشريعية للمتعاقد ضد الشروط التعسفية، ودور القضاء في تفسير العقد وتعديل الشروط التعسفية أو بطالها.

الفرع الأول

الحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية

بهدف حماية المتعاقد من الشروط التعسفية تنص القوانين الوطنية على الحماية التشريعية في هذا الصدد بإشتراط أن يتضمن العقد بعض البنود التي تحمي متعاقد الضعيف، ويعتبر الإالغاء هو الجزاء المناسب للشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك[1].

خاص، أما المستهلك الالكتروني فتحكمه القواعد القانونية الخاصة بحماية المتعامل بالوسائل الالكترونية، والقواعد العامة في حماية المستهلك العادي، فيما لم يرد ببعض الوقائع نص خاص، والقواعد الدولية المنظمة للمعاملات والتجارة الالكترونية.علي أحمد صالح المهدأوي، أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الالكتروني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، ص.190.

1 يستعمل القضاء في فرنسا عبارة الالغاء Elimination كتعبير عن الجزاء المناسب للشروط التعسفية وكذلك القانون الفرنسي رقم 23/78 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك والقوانين اللاحقة له، كما يستعمل أحيانا مصطلح الحظر Prohibition

وسنتطرق الى الحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية في القانون الفرنسي ثم القانون الجزائري

أولا: الحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية في القانون الفرنسي

يعد تنوع الوسائل المستعملة في مواجهة الشروط التعسفية من أهم النتائج المترتبة على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية، حيث راعى المشرع الفرنسي عدم التضارب بين هذه الاسايب وذلك عن طريق التنوع في درجة كل إلزام كل اسلوب. وتمثلت هذه الاساليب في التحديد الإلزامي للشروط التعسفية عن طريق مرسوم، والتحد يد الغير الزامي للشروط التعسفية عن طريق توصيات لجنة الشروط التعسفية ومن خلال إعداد قائمة بالشروط المعتبرة تعسفية تلحق بقانون الاستهلاك.

1-التحديد الإلزامي للشروط التعسفية :

يتمثل التحديد الإلزامي للشروط التعسفية عن طريق مرسوم يصدر عن مجلس الدولة، بعد اخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، وبذلك فإن ان القانون الفرنسي كان يعتمد على مكافحة الشروط التعسفية على القانون 23/78 المؤرخ في 10جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية، والذي ربط الغاء الشروط التعسفية بصدور مراسيم تصدرها الحكومة بعد المصادقة عليه من مجلس الدولة ولجنة الشروط التعسفية، حيث نصت المادة 1/35 منه على أنه » يمكن للشروط أن تكون محرمة، محددة، منظمة بواسطة مراسيم تصدرها الحكومة بعد مصادقة مجلس الدولة واللجنة المشكلة وفقا للقانون والمسماة لجنة الشروط التعسفية ».

، بينما يستعمل البعض الاخر مصلح سلطة الرقابة Pouvoir de contrôle، في حين يطلق البعض عليه عبارة مفهوم البطلان Nullité. شهيدة قادة، المرجع السابق، ص.265.

ومنذ بدأ العمل بنظام المراسيم في عام 1978، فإنه لم يتم سوى اصدار مرسوم واحد والمؤرخ في 24 مارس1978، والذي نص على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية، لم يلبث مجلس الدولة الفرنسي أن ألغى واحدا منها، مما جعل الكثير من الفقهاء يحكم على هذا النظام بشبه الفاشل[1].

2.-تحديد الشروط التعسفية عن طريق لجنة مقومة الشروط التعسفية :

تم تحديد الشروط التعسفية في فرنسا عن طريق توصيات لجنة مقأومة الشروط التعسفية التي تم إنشاؤها بقانون 10 جانفي 1978 والتي تتكون من 15 عضوا، من بينهم ممثلين للمهنيين والمستهلكين[2]، وتختص هذه اللجنة بفحص نماذج العقود المعتاد عرضها من جانب المهنيين على عملائهم غير المهنيين الذين يتعاقدون معهم، كما تقوم اللجنة بالبحث وعن الشروط التي يكون لها طابع التعسفي[3].

وقد كانت هذه اللجنة تباشر عملها بناء على طلب من الوزير المسؤول عن الاستهلاك، أو طلب من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، أو بناء على طلب من المهنيين المعنيين بالشروط التعسفية، كما ان لها أن تقوم بذلك من تلقاء نفسها.

وتجسدت رقابة لجنة الشروط التعسفية في إعلام المستهلك بالشروط التعسفية، وهي بذلك نوع من أنواع الرقابة الوقائية لغير المهنيين في هذا المجال، اذا تقوم بدراسة نماذج العقود

1 محمد بودالي، مكافحة الشروط .....، المرجع السابق، ص.32.

2 تم إنشاء هذه اللجنة الادارية بقانون 10 جانفي 1978 لدى الوزير المكلف بالاستهلاك وتم الابقاء عليها بعد اصلاح 1995، وتضم 04 من ممثلي المحترفين و04 من ممثلي المستهلكين اضافة الى شخصين مؤهلين في مجال القانون وتقنيات العقود يتم اختارهما بعد استشارة المجلس الوطني للإستهلاك، اضافة الى قاضيين أحدهما رئيسا والاخر نائبا له، يضاف اليهم محافظ الحكومة التي أسندت الى المدير العام للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش.

3 تم تكوين هذه اللجنة بموجب المواد 36 و38 من قانون 10 جانفي 1978، وثم بعد ذلك تم ادراج القواعد الخاصة بها في قانون الاستهلاك في المواد 2-132Lالى 5-132 L والتي أصبحت بعد ذلك المواد 1-534L الى 3-534L بموجب القانون رقم 2010-737 المؤرخ في 1 جويلية 2010 ثم بعد ذلك المواد 1-534.R الى 4-534.R بموجب القانون رقم 2010-1221 المؤرخ في 2010/10/18.

التي يعرضها المهنيون، وتحأول تحديد الشروط التعسفية وتوصي المهنيين بعدم ادراجها في العقود أو تعديلها[1]. كما ان سلطات لجنة الشرو ط التعسفية قد تدعمت بصدور المرسوم رقم 93-314 المؤرخ في 10 مارس 1993 والذي منحها دور استشاري[2].

وقد نتج عن عمل اللجنة العديد من الإيجابيات تمثلت في كون إعلان تلك الشروط ونشرها من شأنه أن يمارس ضغطا معنويا غير مباشر يؤدي الى فرض التزام ادبي على مجموع المهنيين، قد ينتج عنه في المقابل إحجامهم عن فرض مثل هذه الشروط في عقودهم مستقبلا. كما ان ذلك الاعلان والنشر بموجبه يستطيع المستهلك اجراء مقارنة بين الالتزامات المتبادلة في العقد بصورة أحسن، ويؤدي ذلك الى تحقيق نوع من التوازن في مضمون العقد[3].

غير أنه ولكون عمل اللجنة ذو طباع اداري، ولا يتمتع بأي سلطة قضائية أو تشريعية فإن توصياتها تفتقر لأي قوة ملزمة، مما جعلها خالية من الفعالية، وإنما يمكن ان يكون لها قدرا من الأثر اذا صاحبتها دعاية واسعة حتى يعتمد القاضي على أحكامها.

ولكن ورغم ذلك نجد ان توصيات الجنة رغم عدم خلقها لقواعد يمكن الطعن فيها أمام القضاء، لكن ذلك لم يمنع القضاء الفرنسي الذي كثيرا ما يستوحي أحكامه من توصيات هذه اللجنة. وفي هذا الصدد نجد محكمة النقض الفرنسية قد اعتمدت على تلك التوصيات في عدة حالات منّ أجل تكييف شروط العقد بأنها شروطا تعسفية[4]، لذلك أتبع المشرع الفرنسي قانون

1 محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص.135.

2 PEGLION –ZIKA Claire–Marie ,op cit,p.08.

3 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.429.

4 « Attendu que le jugement ,qui relève que la clause litigieuse, était rédigée en des termes susceptibles de laisser croire au consommateur qu'elle autorisa seulement la négociation du prix de la prestation , a exactement considéré qu'en affranchissant dans ces conditions le prestataire de service des conséquences de toute responsabilité moyennant le versement d'une somme modique, la clause litigieuse, qui avait pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties , était abusive et devait être réputée non

1978 بقانون 5 جانفي 1988 أنشأ بموجبه دعوى مستقلة هي دعوى حذف أو ازالة الشروط التعسفية.

وتعتبر الدعوى المرفوعة من قبل جمعيات المستهلكين المعتمدة قانونا أمام المحاكم المدنية ممنوحة لها وحدها فقط، وذلك ليس للمطالبة بالبطلان القانوني للشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها، ولكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود والتي عادة ماتتضمن الشروط العامة، وفي حالة صدور حكم عن الدعوى المرفوعة من قبل جمعية المستهلكين، فإن حجيته تقتصر فقط على أطرافه. لذلك نجد هذه الجمعية عادة ما ترفع الدعوى ضد أكبر عدد ممكن من المحترفين حتى تتحقق الحجية في مواجهتهم جميعا، وتحقق طابعها الوقائي.

ونفس الدعوى منحها المشرع الفرنسي بموجب الأمر المؤرخ في 01 سبتمبر 2005 للمديرية العامة للمنافسة والإستهلاك وقمع الغش (DGCCRF)[1] ، والتي أعطاها سلطة التدخل واتخاذ الإجراءات في هذا المجال[2].

ووفقا للتعديل الذي نص عليه المشرع الفرنسي سنة 1995 أصبح بإمكان جمعيات المستهلكين الحق في رفع الدعوى ضد المنظمات والهيئات المهنية، والتي درجت على وضع شروط عامة موحدة تستعمل من قبل المحترفين من اعضائها مع المستهلكين، الامر الذي يجعل الحماية الجماعية ضد الشروط التعسفية التي جاء بها قانون 1988 هي أكثر فعالية، وذلك امام عدم كفاية الحماية الفردية في قانون 1978، ويؤكد ذلك ما إستقر عليه اجتهاد

écrite **selon la recommandation n 82-04 de la commission des clauses abusives** » Cass.1ère civ.,19 juin 2001,JCP G2001 ,II, 10631 , note G.PAISANT.

1 DGCCRF : Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation des clauses abusives.

2 PEGLION –ZIKA Claire-Marie ,op cit, p.08.

محكمة النقض الفرنسية من أنه يجوز لجمعيات حماية المستهلك أن تمارس حقها الممنوح لها عن طريق التدخل الإرادي في دعوى مرفوعة من قبل مستهلك ما[1].

ويمكن القول أن توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية تتمتع بقيمة قانونية كبيرة، وذلك طالما أن المستهلكين يطالبون غالبا بتطبيقها أمام القضاء الذي أصبح يهتم ببحث توصياتها والوقوف على اخر أرائها، أي أن التوصيات أصبحت مصدرا هاما من المصادر التي يستند عليها قاضي الموضوع في الفصل في المنازعات، الأمر الذي يضفي عيها أهمية كبيرة[2].

غير أنه يبقى غياب القوة الالزامية لوتصيات لجنة الشروط التعسفية العائق الأكبر في سبيل تحقيق الأهداف المرجوة منها، حيث أنه وبالرجوع الى النصوص القانونية التي تنظم هذه اللجنة فإنها لا تمنح لتلك التوصيات أي قوة قانونية لكي يمكن الطعن فيه امام القضاء، وهو الاتجاه الذي سارت فيه محكمة النقض الفرنسية [3]، وأيده مجلس الدولة الفرنسي[4].

لكن و بالنسبة الى حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني تبقى لجنة مقأومة الشروط التعسفية تمثل وسيلة ضغط معنوي على المهني المحترف. فوجود هذه اللجان يشكل

1 Cass Civ.1re,6 janvier 1994 : JCP 1994,II 22237, note G.PAISANT.

2 ابراهيم عبد العزيز دأود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليليلية مقارنة في ضوء نظرتي عقود الاذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2014، ص.152.

3 La Cour de cassation s'est prononcée dans l'arrêt CARTE PASTEL en date du 13 novembre 1996 « les recommandations de la commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de régles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation » Cass.1er civ., 13 novembre 1996,Bull.civ1996 ,I, 399,note G.RAYMOND.

4 « la Commission des clauses abusives , lorsqu' elle émit des recommandation, n'édite pas des régles qui s'impose aus particuliers ou aux autorités publiques » et que , par conséquent, ses recommandations « ne constitue pas des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour exés de pouvoir » CE, 16 janvier 2006, ,fédération du crédit Mutuel Centre Est Europe,C.PERES « Le juge administratif et les pouvoir de recommandations de la commission des clauses abusives » note G.RAYMOND.

حائط صد قوي لصالح طائفة المستهلكين، الامر الذي يجعل المهني يمتنع عن تضمين العقود لهذه الشروط التعسفية، وذلك مخافة قيام اللجنة بفحص تلك العقود والبحث عن الشروط التعسفية، وإصدار توصياتها بإستبعاد تلك الشروط المجحفة[1].

3-تحديد الشروط التعسفية عن طريق القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك:

ومن بين الوسائل التي كان قد استعملها المشرع الفرنسي لمواجهة الشروط التعسفية، تحددي الشروط التعسفية عن طريق قائمة ملحقة بقانون الاستهلاك، حيث في سنة 1995 أضاف المشرع الفرنسي ملحقا بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية إذا توافرت عنصر الشروط التعسفية ، وهي قائمة مستوحاة من التعليمة الأوربية رقم 13/93 الصادرة بتاريخ 05 افريل 1993المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين والهادفة الى توحيد التشريع الأوربي في هذا المجال 1993 [2].

ويعد نظام القائمة من أبرز الأساليب التي اعتمدها المشرع الفرنسي عند وضعه لقانون الاستهلاك، حيث يقوم هذا الأسلوب على افتراض الطابع التعسفي في الشروط المدرجة بالقائمة، وهو افتراض يكون بسيطا يجوز اثبات عكسه، وقد يكون قطعيا.

وقد كانت تنص المادة 1/132 من قانون الإستهلاك الفرنسي على قائمة تلحق به تتضمن الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، كما تضم أيضا جزء اخر يتعلق بالاستثناءات، حيث يتم استبعاد تكييف بعض الشروط من كونها تعسفية مراعاة لمصلحة مقدمي الخدمات المالية رغم كونها تعسفية في مجالات أخرى.

ووفقا لنظام القائمة، هناك قائمة سوداء Liste noire تحتوي على شروط محددة على سبيل الحصر، ويعتبر الشرط باطلا دون الحاجة لتقدير القاضي الذي يكون دوره كاشفا، وهذا

1ابراهيم عبد العزيز دأود، المرجع السابق، ص.152.

2 PEGLION –ZIKA Claire–Marie ,op cit, p. 09.

بالاضافة الى نظام القائمة الرمادية Liste grise والتي يضع المشرع الفرنسي فيها قائمة تضم مجموعة من الشروط التي يفترض فيه أنها تعسفية بشرط ألا يقوم المهني بإثبات عكس ذلك، فإذا اثبت المهني عدم توافر وصف التعسف في الشرط، فإنه لايعد تعسفيا حتى ولو كان واردا في القائمة الارشادية[1].

وفي حقيقة الأمر فإن العمل بالقائمة السوداء والرمادية في فرنسا انطلق فعليا بموجب القانون المؤرخ في 04 أوت 2008 والمرسوم المؤرخ في 18مارس 2009، حيث أنه إعمالا لأحكام المادة L132-1 من قانون الاستهلاك،وبعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية وتطبيقا لأحكام قانون تحديث الاقتصاد رقم 2008/776 الصادر بتاريخ 04 أوت 2008 صدر المرسوم رقم 302 المرخ في 18 مارس 2009 المتضمن تطبيق المادة L132-1 من قانون الاستهلاك، والذي تضمن قائمتين هي القائمة السوداء تحتوي على 12 شرطا تعد شروطا تعسفية وباطلة بقوة القانون، والقائمة الثانية هي القائمة الرمادية بها 10 شروط يفترض أنها تعسفية بما يجعل الصفة التعسفية للشرط خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، فهي شروط تعسفية أو يفترض أنها تعسفية حتى يثبت المحترف عكس ذلك[2].

ويعاب على نظام القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك، كون أن هذه القائمة ليست لها أحيانا قيمة قانونية، بل تعتبر مجرد وسيلة للكشف عن الشروط التي يثور الشك في كونها تعسفية، ويتم وضعها امام القاضي لكي يسترشد بها دون الزامه بإتباعها[3]. كما تعتبر هذه

1 لم يكن المشرع الفرنسي يأخذ بنظام القائمة السوداء والرمادية في قانون الاستهلاك، ولكن ارتبطت تلك الالية بالمشرع الالماني الذي كان الرائد في تبني تلك الالية التشريعية لتحقيق التوازن العقدي الذي قد تخل به الشروط العامة في العقود والصادر في 9 ديسمبر 1976، فقد ارتبطت تلك الالية بالحماية الخاصة بمواجهة الشروط التعسفية في عقد الاذعان في المانيا ووجدت فاعليتها من حيث القانون ونجاحا من حيث التطبيق،وان كان في فرنسا ومن خلال أعمال لجنة اعادة صياغة قانون الاستهلاك، سبق وأن إقترح النائب بالبرلمان Chatel الأخذ بفكرة القائمة السوداء والرمادية على غرار النسق الالماني. محمد احمد عبد الحميد احمد، المرجع السابق،ص.101.

2 PEGLION –ZIKA Claire-Marie ,op cit,p 11

3 ابراهيم عبد العزيز دأود، المرجع السابق،ص.144.

القائمة محدودة القيمة والفعالية، خاصة أن الشروط التي وردت بها جاءت على سبيل الحصر، على نحو عجزت معه أن تشمل كافة الشروط التي تتصف بالتعسف[1]، حيث أنه يستحيل وضع قائمة نهائية تضم وتحصي جميع الشروط التعسفية، لذلك كان من الأفضل وضع معايير لمعرفة عدم التوزن في العقد[2].

غير أنه تبقى أهمية القائمة الذكورة جلية في كونها تلعب دورا وقائيا، ذلك أنها تبين للأطراف المتعاقدة الشروط التعسفية التي يمكن أن تؤدي الى خلق نزاعات في المستقبل، بين المستهلك والمهني. كما أن لهذه القائمة دورا ارشاديا في مرحلة تكوين العقد يخطر المتعاقدين بالشروط التي يمكن أن يشوبها وصف التعسف[3]، وبالتالي تعد القائمة وسيلة لتقوية أمن المستهلك وتضمن له حماية فعالة ضد الشروط التعسفية[4].

ثانيا :الحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية في القانون الجزائري :

سنتطرق للحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية في القانون الجزائري من خلال التطرق الى الوسائل القانونية المستخلصة من نصوص القانون المدني، ووفق ما نص عليه قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، وما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين

1-الحماية من الشروط التعسفية وفقا لأحكام القانون المدني :

لقد نص القانون المدني الجزائري على بعض الوسائل القانونية التي يمكن اعتبارها وسيلة لمكافحة الشروط التعسفية، حيث نصت في هذا الصدد المادة 110 من القانون المدني

1 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.432.

2 PEGLION –ZIKA Claire-Marie ,op cit, p.271.

3ابراهيم عبد العزيز دأود، المرجع السابق، ص.145.

4 PEGLION –ZIKA Claire-Marie ,op cit,,p267.

على امكانية اللجوء الى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في العقد، وهي وسيلة يستعملها المتعاقد الضعيف ضد المهني وضد الشركات الاحتكارية لتعديل الشروط التعسفية[1].

ويرى جانب من الفقه الجزائري[2] أنه وبالرغم من الصياغة العامة للنص السابق، وارتباطه بكل حالات الإذعان، غير أنه من الأفيد اعتبار الجكم الوارد في نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري أداة قوية في يد القاضي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقودهم مع المحترفين.

وبالإضافة الى الحماية المباشرة التي منحها المشرع للطرف المذعن في مواجهة الشروط التعسفية بموجب المادة 110 من القانون المدني، فإن المشرع وبموجب نص المادة 112 من القانون المدني وبهدف إسباغ الحماية على الطرف المذعن في مواجهة الشروط الغامضة، أعطى تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا[3]، وهذا خلافا للقاعدة القانونية التي تقضي أن يكون التفسير عند الشك دائما لمصلحة المتعاقد المدين[4].

2-الحماية ضد الشروط التعسفية وفق قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية :

1 تنص المادة 110 من الق م على أنه " إذا تم العقد بطريق الاذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منه، وذلك وفقا لما تقضي به الدعدالة، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك ".

2 شهيدة قادة، المرجع السابق،ص.266.

3 من خلال المادتين 111 و112 من القانون المدني توجب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين ثلاث حالات وهي أولا حالة وضوح عبارة النص وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل، وثانيا حالة غموض عبارة النص، وهنا يتعين اللجوء الى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والامانة والثقة وعرف التعامل، وأخيرا حالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين، وهنا يتعين تفسير الشك لمصلحة المدين على أساس أن الاصل هو براءة الذمة. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 78 -79

4 تنص المادة 112 من الق م على أنه " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ".

حدد المشرع الجزائري بموجب القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الشروط التعسفية في العقود بين المستهلك والمحترف، وذلك بتعريفه للشرط التعسفي بموجب المادة 03 منه والتي تنص على أنه " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد ".

ومن خلال التعريف السابق يمكن استخلاص عناصر الشرط التعسفي والمتمثلة في :

-أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة، مع مراعاة خصوصية تطبيق نصوص القانون 04-02 على عقود الاذعان فقط دون عقود المسأومة[1].

- أن يكون العقد مكتوبا[2]

- أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا إقصاديا

- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان الى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد: أي أن المشرع قد أخذ بمعيار الإختلال الظاهر لتوازن العقد لإعتبار الشرط تعسفيا، متأثرا في ذلك بما ذهب اليه المشرع الفرنسي بموجب المادة L132-1 من قانون الاستهلاك، والذي بدوره نقله عن التعليمة الأوربية لسنة 1993 [3].

كما أن المشرع الجزائري في هذا الصدد وعلى غرار نظيره الفرنسي أورد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من قانون 04-02، وهي تعتبر قائمة بيانية

1 درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.221.

2 والمقصود بالكتابة في هذا الصدد ليست الكتبة الرسمية فقط، ولكن كل الكتابة الواردة في الوثائق المختلفة المتعلقة بالشروط العامة للتعاقد التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء أو الفاتورة، وهو ما نصت عليه المادة 03 الفقرة 02 من قانون 04-02 على أنه " يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا ".

3 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.127.

غير حصرية[1]، وهو توجه سليم من من المشرع الجزائري، ذلك أن عدم حصر قائمة الشروط التعسفية يوفر حماية أفضل للمستهلك، وذلك يفسح المجال أمام القضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية، إستنادا الى نص المادة 3 الحالة 5 من نفس القانون[2].

وبذلك يكون المشرع الجزائري أخذ بأسلوب إعداد القائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية، فهو وبهدف الحماية ضد الشروط التعسفية حدد ثمانية أنواع من الشروط التي اعتبرها تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع، أي أن المشرع خرج عن التعبير العام في النصوص السابقة من نفس القانون والتي كان يمد فيها الحماية حتى بالنسبة للمحترفين، ونص كذلك على عقوبات جزائية من خلال نص المادة 38 من قانون 04-02.

غير أنه يعاب على المشرع الجزائري في هذا الشأن عدم نصه على الجزاء المدني الذي يلحق بهذه الشروط في حالة ثبوت تعسفها، بل ترك الأمر مبهما أمام القاضي[3]، كما أن هذا

1 تنص المادة 29 قانون04-02 المحدد للقواعد المطبقة على القواعد التجارية على مايلي " تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا خير :

1 أخذ حقوقأو امتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

2 فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود ن في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد

3 امتلاك حق تعديل عناصر العقد الاساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك

4 التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية

5 الزام المستهلك بتنفيذ الزاماته دون أن يلزم نفسه بها

6 رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا اخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7 التفرد بتغيير اجال تسليم منتوج أو اجال تنفيذ خدمة

8 تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

2 سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جمعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2008/2007، ص.125.

3 درماش بن عزوز، المرجع السابق، ص.222.

الاسلوب يعاب عليه أنه يفرض على السلطات العامة أن تحرص دوما على اتمام قائمة الشروط التعسفية من وقت لاخر، بعدما يتبين قصورها وفقا للمستجدات الحاصلة[1].

وعلى غرار نظيره الفرنسي أخذ المشرع الجزائري بنظام حظر الشروط التعسفية عن طريق مراسيم تصدرها الحكومة، حيث نصت المادة 30 من القانون رقم 04-02 المطبق على الممارسات التجارية على أنه " بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية ".

ويتبين من إستقراء أحكام المادة 30 السالفة الذكر أن المشرع الجزائري أعطى الحق للسلطة التنظيمية حق التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك عن طريق التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين، بالإضافة الى التدخل لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية.

3-الحماية ضد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06-306 :

عملا بأحكام نص المادة 30 من قانون 04-02 والتي تنص على تحديد العناصر الأساسية عن طريق التنظيم، صدر المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الذي يهدف الى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والذي نصت المادة 05 منه على الحالات التي تعتبر البنود فيها شروطا تعسفية[2].

1 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.137.

2 تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على أنه" تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلاللها العون الإقتصادي بما يأتي :

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد ن إلا بمقابل دقع تعويض

ومن خلال أحكام النصوص السالفة الذكر، يتبين أن المشرع الجزائري لم يورد الحالات الخاصة بالشروط التعسفية على سبيل الحصر، ذلك لأنه أعطى للحكومة حق إصدار مراسيم تنص على قوائم أخرى جديدة محددة للشروط التعسفية.

ووفقا لأحكام الفصل الثالث من من المرسوم رقم 06-306، نص المشرع الجزائري اقتداءا بنظيره الفرنسي على إنشاء لجنة الشروط التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة، وهي لجنة ذات طابع استشاري[1]، تتكون من خمسة أعضاء دائمين وخمسة مستخلفين موزعين كالاتي :

ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال ممارسة التجارة

ممثلان عن وزير العدل حافظ الاختام مختصان في قانون العقود

ممثلان عن مجلس المنافسة

متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الاعمال والعقود

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الاخير عن اللجوء الى اية وسيلة طعن ضده
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل ابرام العقد
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما غذا ما امتنع هذا الاخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون اعطائه الحقفي العويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه منن طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والاتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الاجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته
- يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته ".

1 المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306 سالف الذكر.

ممثلان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود[1].

وتنحصر مهام اللجنة في البحث في كل العقود المطبقة من طرف الاعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة، كما يمكنها ان تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين[2].

وتنشر اللجنة اراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، ويمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة، مع الاشارة الى انه وبالرغم من أهمية التوصيات التي تصدرها والتي توضح فكرة الشروط التعسفية وتعمل على محاربتها، إلا أن هذه التوصيات تبقى ذات طابع استشاري.

وبهدف تعزيز دور الحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية، يأتي دور القضاء كوسيلة قانونية لإعادة التوزن للعقد عن طرق تعديل الشروط التعسفيةأو الغائها، وهو ما سنندرسه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الحماية ضد الشروط التعسفية عن طريق القضاء

يقوم القضاء بدور كبير في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية الواردة في عقد البيع الالكتروني ، ومن أجل ذلك وجب ابراز ذلك الدور من خلال التطرق في هذا الصدد الى القضاء الجزائري[1]، والقضاء المقارن.

1 المادة 02 من المرسوم التفيذي رقم 44/08 الصادر بتاريخ 2008/02/03 المعدل للمرسوم رقم 306/06 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين ج ر عدد 07 الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2008.

2 المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-306 سالف الذكر.

يعترف المشرع الجزائري بسلطة استثنائية للقاضي، يمكن لهذا الأخير بموجبها تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، وذلك من أجل اعادة التوازن بين المتعاقدين، ويعتبر هذا خروجا عن القواعد العامة التي يقتصر دور القاضي فيها على مجرد القيام ببيان وتفسير الشروط الواردة في العقد.

فيجوز للمتعاقد وفقا لنص المادة 110 من القانون المدني اللجوء الى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية،غير أنه لا يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يحكم بذلك، وإنما لا يكون ذلك إلا عن طريق طلب يقدمه الطرف المذعن[2].

وإذا راى القاضي بأن تعديل الشرط التعسفي لا يفي بالغرض، أي لا يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن، جاز له أن أن يقوم بإالغاء هذا الشرط التعسفي،وأهم الشروط التي يمكن اعتبارها شروطا تعسفية في عقد البيع وبالتالي يجب استبعادها في عقد البيع هي شرط استبعاد المسؤولية بالضمان، وشرط تعديل العقد بالارادة المنفردة للمحتكر ، والشرط الجزائي في حالة المبالغة في التعويض[3].

---

1 يعتبر كقاعدة عامة من السهل على اللقاضي في الجزائر حل النزاعات القائمة بين المحترف والمستهلكين، وذلك بشأن الشروط العامة والخاصة المحررة من قبل المحترف أو المهني في العقود المبرمة بينهم وبين المستهلكين، والتي يدعي هؤلاء الاخرين أنها تعسفية، بحيث يكفي القاضي الرجوع الى نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306.....، للحكم بوجود شرط تعسفي من عدمه وذلك دون الحاجة للرجوع الى أحكام القانون المدني، غير أنه يمكن أن تظهر شروطا أخرى، يقوم المحترف بتضمينهافي عقوده التي يبرمها مع المستهلك، غير محتواة في نص المادتين المذكورتين،، في هذه الحالة يلجأ القاضي الى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 6/3 من القانون رقم 04-02، أي أنه كل شرط من شأنه الاخلال الظاهر بين الحقوق وواجبات أطراف العقد يعتبر تعسفي. بلقاسم فتيحة، أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، الصادرة عن مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد 02،2009،ص ص 77 78

2 محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 76.

3 الشريف بحمأوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، العددالثاني،2014، ص.109.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، نجد أن المشرع الفرنسي لم يعط القضاء حق الغاء الشروط التعسفية عند غياب نص أو مرسوم يسمح بذلك، وهذا بموجب قانون 10 جانفي 1978 ، وأناط هذه المهمة بالسلطة التنفيذية التي تستطيع أن تحدد الشروط التي تراها تعسفية مسترشدة في ذلك بالمعيار العام الوارد في المادة 35 من القانون المذكور.

وإن كان المشرع الفرنسي بعد ذلك منح للقاضي حق تقدير مدى اعتبار الشروط في العقد تعسفية والغائها بعد ذلك، وهذ بموجب قانون 03 جانفي 2008 المتعلق بتطوير المنافسة وخدمة المستهلك،والذي اضف فقرة للمادة L144-4 من قانون الإستهلاك[1].

كما أنه في نفس السياق وبموجب مشروع قانون القانون رقم 1015 و المتعلق بالاستهلاك والذي عرض على البرلمان الفرنسي بتاريخ 2013/05/02 في مادته 28 للقاضي، بعد تلقيه ملاحضات الأطراف، الحق في استبعاد الشروط التي لها طابع تعسفي[2].

ويأتي هذا التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي تماشيا مع ما قضت به محكمة الاتحاد الأوربي في حكمها بتاريخ 4 جوان 2009، والذي وسعت بموجبه المحكمة من سلطات القاضي عند النظر في الشروط التي تعد تعسفية[3].

1 L'article L141-4 dispose que « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application »

2 « Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat ».

3 « Il ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventullement abusive d'une clause contractuelle, mais compotre également l'oligation d'examiner d'office cette question dés qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet , y cmpris lorsqu'il sinterroger sur sa propre compétence territoriale » Arrét de La Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) en date du 04 juin 2009 ,cité par PEGLION – ZIKA Claire-Marie ,op cit,.,p 152

وبالرجوع الى القضاء الفرنسي نجد أنه في أحكام عديدة اعتبر بعض الشروط الواردة في عقد البيع الالكتروني تعسفية وقضى بإبطالها، في حين أنه نفى عن شروط أخرى صفة الإذعان لأنها لا تؤدي الى الإخلال بالتوازن العقدي. ففي هذا الصدد قضت محكمة باريس في 2003/02/04 على أن بعض الشروط المدرجة في عقد البيع الالكتروني تعد تعسفية[1]، كالشرط الذي يسمح للمهني بالتخلص من التزامه قبل التعاقدي بالاعلام، والشرط المتعلق بالقيد القيد الوارد على الرخصة القانونية بالعدول، والشرط المتعلق بالتحفظات حول مطابقة السلعة المسلمة.

في حين إعتبرت المحكمة شروطا أخرى غير تعسفية كالشرط المتعلق بالقبول الوارد في ديباجة الشروط العامة للبيع، والشرط الذي يعفي الشركة من المسؤولية عن الصعوبات التقنية التي يمكن أن يواجهها العملاء على موقعها،لأنهما لا يمثلان إخلالا بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد[2].

---

1 Tribunal de grand instance de Paris (1er ch.sect.Soc),04 févr.2003

2 ترجع وقائع هذا الحكم الى 2002/07/04 حيث طلبت جمعية أسرة فرنسا(وهي إحدى جمعيات حماية المستهلك، والمعترف لها بممارسة الحقوق المقررة لجمعيات المستهلكين بالقرار الوزاري الصادر في 2000/08/25) من المحكمة أن تقرر اعتبار بعض الشروط تعسفية وفقا لنص المادة 132-1 من قانون الاستهلاك، الواردة في الشروط العامة للبيع الموضوعة بواسطة شركة voyeges Pére-Noel fr, وهي شركة بيع عن بعد تستخدم شبكة الانترنت لتقترح على المستهلكين من خلال موقعها سلع استهلاكية ورحلات بالاتفاق، حيث طلبت الغاء هذه الشروط وتوجيه تحذير قضائي تحت التهديد بالغرامة التهديدية، والزام الشركة المدعى عليها بأن تدفع لها مبيلغ 7600 أورو تطبيقا للمادة 700 من قانون المرافعات والتجارية.

كما وأنه في حكم اخر ترجع وقائع هذا الحكم الى 15 مارس 2006 (Tribunal de grande instance de Bordeaux 1 ch Civile,11 mars2008 رفعت جمعية الاتحاد الفدرالي للمستهلكين دعوى على شركة C Discount وذلك لتقرير عدم مشروعية أو تعسفية بعض الشروط الواردة في الشروط العامة للبيع الموضوعة بواسطة الشركة على شبكة الانترنت، وطلبت هذه الجمعية من المحكمة ابطال الشروط مع الزام الشركة بإالغاء هذه النود من الشروط العامة تحت تهديد بالغرامة التهديدية ومنعها من الزام المستهلك بطلبات تكميلية غير التي طلبها هو من قبل الشركة، كما طلبت التعويض ونشر الحكم محتويا على هذه الشروط في ثلاث صحف يومية وطنية وفي موقع الشركة. حيث اعتبرت المحكمة فبعض الشروط تعسفية منها الشرط الذي يقرر أن مدة التسليم ليست نهائية، في حين اعتبرت شروطا أخرى غير تعسفية مثل الشرط الذي

كما نجد أن المشرع المصري أعطى للقاضي سلطة تفسير العبارات الغامضة لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا، وسلطة إبطال الشروط التعسفية، وذلك وفقا لما ورد في المادة 18 من مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري من أنه " تعتبر العقود النمطية المبرمة الكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز ابطال ما يرد فيها من شروط تعسفية ".

واضافة الى الحماية من الشروط التعسفية، يعتبر الالتزام العام بالسلامة من أهم الضمانات التقليدية لتنفيذ عقد البيع الالكتروني، وهو ما سنتعرض له بالدراسة في المبحث التالي.

المبحث الثاني

الالتزام بضمان السلامة

نتج عن التطور التكنولوجي تمويل الاسواق بالعديد من المنتجات التي لم تكن معروفة من قبل، وبالرغم مما تحققه هذه المنتجات من سهولة في الحياة اليومية الى درجة أنه أصبح ينظر الى الكثير منها على أنه ضروري وليس كماليا، غير أن أحدا لا يمكنه أن ينكر أن حجم الأضرار التي تسببها هذه المنتجات قد ارتفع خاصة بعد انتشار التجارة الالكترونية.

ويعتبر المنتجون والباعة هم المتسببون في المخاطر والاضرار التي برزت بعد استعمال تلك المنتجات الحديثة، وذلك لعدم احترامهم الالتزامات القانونية الصارمة في مجال البيع

ينص على انه بعد الطلب والوفاء لا يكون العرض ساريا الا في حدود المخزون المتاح.نقلا عن كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 439 –538

والتصنيع والانتاج، في البيع العادي و البيع الالكتروني، فإختارو خرق قوانين ضمان السلامة[1] بإعطاء الأولوية لمصالحهم الشخصية على حساب المستهلكين[2].

وقد ترتب عن التطور الصناعي فصل عملية الانتاج عن عملية التوزيع، وصارت هذه العملية الاخيرة بيد شركات كبيرة ينحصر دورها في استخدام أساليب الدعاية المختلفة لإقناع المستهلك بأهمية السلعة والاقبال على اقتنائها [3]. وقد نتج عن ذلك عزل المستهلك عن المنتج، وصار المشتري للسلعة يعتمد بشكل أساسي على بعض البيانات المرفقة بالسلعة، وليس على متخصص يكشف له أسرارها وكيفية التعامل معها، وقد أدى كل ذلك الى ظهور اخطار من طبيعة أخرى، نشأت عن عدم كفاية البيانات أو عدم دقتها، ونتيجة لذلك كان من الطبيعي أن يتسع حجم الاضرار التي تسببها المنتجات الصناعية.

1 برزت فكرة الالتزام بالسلامة لأول مرة في نهاية القرن 19 وبداية القرن 20في عقد العمل عندما نادى بعض الفقهاء في فرنسا بضرورة تحميل أرباب العمل المسؤولية عما يصيب العمال داخل المصانع ثم تبعهم القضاء الفرنسي ليجسد هذه الفكرة لأول مرة من خلال محكمة النقض في 21نوفمبر 1911 في عقد النقل البحري، أما في التشريع الجزائري فيجب التفرقة بين مرحلتين، مرحلة ماقبل سنة 1989، فنجد نصوصا قليلة تضمنت فكرة الالتزام بالسلامة منها الامر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/07/17 المعدل والمتمم للامر 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.....، حيث أضاف المواد 429 و 435 للباب الرابع المعنون الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، والامر رقم 76-65 المؤرخ في 1976/07/16 المتعلق بتسميات المنشأ، والقانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، ثم مرحلة ما بعد 1989، والتي أصدر فيها المشرع نصوصا عديدة ذات صلة، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر مايلي : القانون رقم 89-02 المؤرخ في 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى)، والقانون 04-04 المؤرخ في 23 2004/06 المتعلق بالتقييس ج ر عدد 41 سنة 2004، والقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/07/20 المعدل والمتمم للقانون المدني ن خاصة المواد 140مكرر و140مكرر01، والمرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق بالجودة وقمع الغش ج ر رقم 50 سنة 1990.

2 معزوز دليلة،الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014،ص. 234.

3 جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي،، دار النهضة العربية،مصر،1998، ص.04.

ومن أجل حماية المستهلك ضد المنتجات الخطيرة، كانت تطبق النصوص القانونية الخاصة بالمطابقة، والتي تقضي بأنه يعد منتجا خطيرا على الصحة والسلامة اذا كان غير مطابق للرغبة المشروعة للمستهلك، وإن كانت في واقع الامر القواعد المتعلقة بالمطابقة لا تكفي وحدها في الحالات التي تتعرض فيها السلامة الجسدية للأشخاص للخطر، فقيم الصحة والسلامة هي أكبر من أن تكون مجرد مصالح مادية أو اقتصادية لذلك وجب وضع قواعد اكثر صرامة بشأنه[1].

ويعتبر التعقيد المتزايد للمنتجات والخدمات المعروضة في السوق من بين الاسباب التي جعلت الحوادث في تزايد مستمر، وجعل اثارها أكثر جسامة،ومن اجل حماية المستهلك من مخاطر المنتجات الخطيرة، ظهر مبدأ الالتزام العام بالسلامة[2].

تعتبر فكرة الالتزام العام بالسلامة من صنع القضاء[3]، من خلال محأولته الخروج عن المفهوم التقليدي للمسؤولية المدنية القائمة على الخطأ، والتي لم تتفق ومستجدات العصر الحديث، حيث بدت قاصرة عن تحقيق الحماية القانونية للمضرورين من أضرار المنتجات الحديثة على السلامة الجسدية للأشخاص[4].

---

1 CALAIS Auloy,FRANK Steinmentz ,Droit de la consommation,4eme éd,Dalloz, Paris ,1996,p236

2 نصت توجيهات الامم المتحدة الصادرة في عام 1986 في مبدائها على ضرورة وضع سياسة وتشريعات تكفل حماية المستهلكين من الاخطار التي تهدد سلامتهم وصحتهم، كما ألزمت جميع الدول بوضع معايير لسلامة المنتجات وجودتها وقد وجاء توجيه 1999 مؤكدا لذلك،، سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق،ص.407.

3 ان الجهود القضائية لم تقف عند ضمان الاضرار التي تنشأ عن عيوب المبيع الخفية ، حيث يحدث احيانا أن تكون السلعة خالية من كل عيب ولكنها تنطوي على خطورة ذاتية يؤدي ظهورها بصفة مفاجئة الى إلحاق الضرر بالمستهلك في نفسه أو في أمواله، لذلك اتجهت جهود المحاكم الفرنسية الى ارساء دعائم أخرى تلزم المحترف، ومن بينها الالتزام بضمان السلامة. حساني علي، الاطار القانوني للإلتزام بضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص.136.

4 نهله أحمد فوزي أحمد محمد، الالتزام بضمان السلامة في المجال البيئي، دراسة في إطار قواعد المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر،2012،ص.04.

وفي مجال التجارة الالكترونية يظهر الالتزام العام بالسلامة كإلتزام مستقل في عقد البيع الالكتروني[1]، كون أن عقد البيع أصبح في ظل التقدم الصناعي وتعقد الأجهزة يفوق غيره من العقود بسبب ما ينتج عنه من مخاطر تهدد المستهلك والمستعمل للمنتجات الصناعية، وتزداد هذه المخاطر بالنسبة للمستهلك الالكتروني الذي يشتري السلعة من موقع على شبكة الانترنت، دون أن يتلقى معلومات كافية عنها من البائع، زيادة على التنوع الكبير للسلع المعروضة على الانترنت، وهو الامر الذي يفرض احترام معايير السلامة[2].

وسنقوم بدراسة مبدأ الالتزام بالسلامة كضمان لتنفيذ عقد البيع الالكتروني من خلال التطرق لمفهومه في المطلب الأول، والى مضمون الالتزام بضمان السلامة والمسؤولية الناشئة عن الاخلال به في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم الالتزام بضمان السلامة

يتحدد مفهوم الالتزام بضمان السلامة من خلال التطرق الى تعريفه، وبيان أهميته، وبالاضافة الى ابراز الدور الوقائي الذي يقوم به هذا المبدأ ومن خلال بيان طبيعته

الفرع الأول

تعريف الالتزام بضمان السلامة

ترجع أهمية وضع تعريف محدد للإلتزام بضمان السلامة، لكونه التزام حديث النشأة، ولأنه يقد يختلط كنظرية عامة مع بعض النظريات العامة المشابهة له، وخاصة في مجال

1 تنطوي المعاملات الالكترونية بماتحمله من أوجه تقنية معقدة على الكثير من المخاطر المادية والمعنوية للإنسان، خاصة بالنسبة للمستهلك الذي أصبح في حاجة ماسة لحمايته من الاضرار التي قد يتعرض لها بصدد التعامل مع التكنولوجيا المتقدمة في كافة وجه الحياة، محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص.127.

2 NAIMI CHARBONNIER Marine ,op.cit,p .170.

تطبيقه في بعض العقود كعقد النقل، حيث قضت به محكمة النقض الفرنسية لأول مرة في عقد النقل سنة 1911 [1]، لذلك ومن أجل وضع تعريف محدد للإلتزام بالسلامة سنتعرض لفكرة السلامة التي تعد جوهر هذا الالتزام، ثم نصل لتعريف هذا الالتزام.

وتعرف السلامة بأنها الحالة التي يكون فيها التكامل الجسدي والصحي للمتعاقد مضمونا من أي اعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الاتفاق المبرم بين هذا الاخير وبين مهني محترف[2]، فالناقل على سبيل المثال، يلتزم بأن يوصل المسافر مثلا معافى الى الجهة التي يقصدها، ويشمل هذا الالتزام الوقت من اللحظة التي يركب فيها هذا المسافر وسيلة النقل الى لحظة نزوله منها[3].

وتعتبر السلامة بهذا المعنى مفهوم أحادي الجانب غير قابل للتجزئة، لأنه عندما تكون السلامة هي محل الالتزام، فلا يمكن التعبير عنها بطريقة و سط، ذلك أن التنفيذ لا يحتمل الزيادة أو النقصان، ولذلك ومن أجل الوفاء بها يجب أن تغطي السلامة كل مدة الالتزامات المتولدة عن العقد الذي أنشأها، وأن تكون مطلقة لا يشوبها أي نقص.

وبعد تحديد المقصود بالسلامة يمكن تحديد محل هذه السلامة، وهذا الأخير يقصد به أن يسيطر المدين على العناصر التي يمكن أن تسبب الضرر، وذلك معناه السيطرة على سلوك الاشخاص أو على الاشياء المستخدمة في تنفيذ العقد[4].

1« C'est dans l'arret Zbidi Hamida Ben Mahmoud rendu par la Cour de cassation le 21 novembre 1911,qu'a été cosacrée l'existance d'une obligation contractuelle de sécurité a la charge de transporteur » Cass.civ.21 novembre 1911,D.1923 ,p.253,cité par BRUNAEU Laurent ,Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant.,thèse de doctorat, université des sciences sociales de Toulouse,2005 ,p.130.

3 عابد فايد عبد الفتاح فايد، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة في ضوء قواعد حماية المستهلك، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،مصر، 2010،ص. 22.

4 عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق،ص 213، سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق،ص.411.

ومما سبق ذكره يمكن تعريف الالتزام العام بالسلامة[1] بأنه التزام يتمثل في سيطرة المدين على الاشخاص وعلى الاشياء التي تحدث الاضرار الجسدية. كما يتمثل الالتزام بالسلامة في التزام المدين بأن لا يلحق بالمتعاقد ضررا ماديا في جسده، كالتزام المنتج بضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة أو الخطرة[2]، وتنفيذه بطريقة كاملة يستلزم خطوة مزدوجة، وهي توقع الاخطار التي يمكن أن يتعرض لها الدائن والتصرف حيال هذه الاخطار أما بمنع وقوعها أو التقليل من أثارها[3].

ويعرف الالتزام بالسلامة في عقد البيع موضوع الدراسة، بأنه التزام يقع على عاتق البائع المحترف، وذلك بعدم إلحاق ضرر بالاشخاص والاموال.كما يعرف بأنه التزام المنتج بالعلم بعيوب المبيع، وذلك حتى يتحقق في هذا البيع الامان الذي يتوقعه المشتري عند إستعماله[4] ،ويعرفه البعض الاخر بأنه قيام البائع المحترف بتعويض المستهلك عن الاضرار التي تصيبه جراء عيوب أو مخاطر السلعة المبيعة[5].

ويأخذ الالتزام بالسلامة في عقد البيع الالكتروني نفس المعنى السابق، فهو يهدف الى توفير الأمان للمستهلك في السلعة أو الخدمة التي قد تنطوي على خطورة، وتكون مصدر

1 تطرق المشرع الجزائري الى مفهوم الالتزام بالسلامة من خلال تحديد المقصود بضمان سلامة المنتوج في قانون الاستهلاك رقم 89-02 بأنه كل منتوج يجب أن يتوفر على الضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنه أن تمس صحة المستهلك أو أمنه أو تضر بصالحه المادية، وعلى المتدخل عند الاقتضاء الالتزام ضمان الضرر الذي يصيب الاشخاص أو الاموال بسبب العيب وتحمل الجزاء الذي يقرره القانون، راجع في ذلك المادة 02 من قانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ج ر عدد 06 لسنة 1989 الذي تم الغاؤه بالمادة 94 من القانون 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ج ر 15 لسنة 2009، كما نص المشرع على هذا الالتزام في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر، عدد 40 لسنة 1990.

2 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق اخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة،دار هومه، الجزائر،2015،ص.57.

3 نهله أحمد فوزي أحمد محمد، المرجع السابق، ص.14.

4 المر سهام، التزام المنتج بالسلامة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2009/2008، ص.13.

5 موفق حماد عبد، المرجع السابق،ص.372.

ضرر له وللمحيطين به، وإعلامه وتنبيهه الى تلك الخطورة [1]، بحيث يجب أن يتحقق من ضمان السلامة والامان الذي يتوقعه المستهلك وفق ما يتفق مع التقدم العلمي والتكنولوجي القائم[2]. وتظهر أهمية وجود مبدأ الالتزام التعاقدي بالسلامة في التوازن بين حفظ المبادئ الواجب مراعاتها بموجب قواعد النظام العام، واحترام حرية تعاقد الأطراف.

الفرع الثاني

أهمية الالتزام العام بالسلامة

يمثل الالتزام بضمان السلامة وسيلة مهمة للوقاية من مخاطر المنتجات الناجمة عن التطور العلمي، فهو يعد أداة للإجراءات الوقائية من الحوادث، كما أنه يلعب في ذات الوقت دورا علاجيا في تعويض الاضرار الناجمة عن تقديم الخدمات والمنتجات.

أولا : الدور الوقائي للإلتزام بضمان السلامة

يعد الالتزم بالسلامة أساس الاجراءات الوقائية، وذلك انطلاقا من قانون قمع الغش الصادر في فرنسا عام 1905، حيث استهدف هذا القانون منع وقوع المستهلك ضحية الغش في السلع المباعة له، ولم يكتف هذا القانون بتوقيع جزاءات على من يقلدون أو يروجون منتجات تمثل خطورة على صحة الاشخاص وسلامته، وانما خول جهة الادارة بأن تنظم عن طريق مراسيم العناصر الداخلة في تكوين المنتجات وما يمكن أن يرد على هذه العناصر من معالجة.

1 قد يلتبس الالتزام بالسلامة بالالتزام بالاعلام، غير أنهما يختلفان في كون أن الالتزام بالاعلام يظهر إما عند ابرام العقد، وإما أثناء تنفيذه، فالتزام البائع المهني بإعلام المشتري يجد أساسه في الالتزام بضمان السلامة، ذلك أن متطلبات تحقيق ضمان سلامة المشتري توجب على البائع ليس فقط تسليم مبيع خالي من العيوب، وانما توجب عليه أيضا احاطته علما بما ينطوي عليه المبيع من أخطار ولفت نظره الى الاحتياطات الواجب اتخاذها لتجنب تلك المخاطر، لذلك يعد الالتزام بالاعلام تابعا للالتزام بضمان السلامة، ويعد وسيلة لتحقيق السلامة عندما يتخذ شكل التحذير، وأول خطوة من خطوات تنفيذ الالتزام بضمان السلامة، هي قيام أحد المتعاقدين بإعلام المتعاقد الاخر بخطورة الاداة محل الالتزام، والتي قد تهدد سلامته. نهله أحمد فوزي أحمد محمد، المرجع السابق، ص 23- 24

2 معزوز دليلة، المرجع السابق، ص.329.

ومن أجل كفالة احترام القواعد التنظيمية في هذا الصدد ، وضع المشرع الفرنسي نوعين من الرقابة، الرقابة الذاتية (auto-contrôle) وهي خاصة بالمنتج أو المستورد المسؤول عن طرح السلعة لأول مرة للتدأول في السوق، والرقابة الادارية تباشرها الادارة بواسطة العاملين فيها[1]، ويعتبر هذين النوعين من الرقابة مرتبطان بالمطابقة، وبمسألة سلامة الاشخاص باعتبارها تابعة لمسألة المطابقة[2].

وبعد أن ظهر عدم كفاية الحماية القانونية الصادرة بموجب القانون 1905 خاصة في حالة وجود منتج خطير يستلزم اتخاذ اجراءات سريعة، صدر قانون 1978 الذي أوجد وسائل جديدة للحماية، اذا يسمح هذا القانون باتخاذ اجراءات مناسبة لإزالة خطر المنتجات التي تدخل السوق، حيث تم اعتبار ضمان السلامة هدفا قائما بذاته وليس ملحقا بالمطابقة، غير ان السلطات العامة لم تلجأ الى هذا القانون الا في حالات نادرة لذلك صدر قانون 21 جويلية 1983 المتعلق بسلامة الأشخاص (La loi Lalumière) [3].

---

[1] اذا تبين أن المنتجات غير مطابقة للقواعد القانونية والتنظيمية السارية المفعول، وتشكل خطرا على صحة وسلامة المستهلك، يمكن للعاملين بالادارة بموجب سلطاتهم الخاصة حجز هذه المنتجات الخطيرة، واذ رأودهم الشك فقط عن ذلك، يمكنهم حجز تلك المنتجات غاية ظهور نتائج الفحص، وتعد هذه القواعد استثناء على قاعدة الفصل بين السلطات، لأنها تخول لعمال الادارة صلاحيات شبه قضائية، ويبر هذا الاستثناء بكون بصحة وسلامة الاشخاص في خطر،

نقلا عن241 - CALAIS Auloy,FRANK Steinmentz ,op,cit,pp240

2 CALAIS Auloy,FRANK Steinmentz ,op,cit, p.240.

3 نصت المادة الأولى من قانون 1983 على ان " جميع المنتجات والخدمات يجب ان تتضمن حال استعمالها في ظروف أخرى يمكن للمهني ان يتوقعها، السلامة التي يمكن توقعها بشكل مشروع وألا يترتب مساسا بصحة الاشخاص ".

Article L221-1dispose que « Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

وهو نفس المبدأ الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 02 من قانون حماية المستهلك على انه " كل منتوج سواء كان شيئا ماديا أو خدمة مهما كانت طبيعتهن يجب ان يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شانها أن تمس بصحة المستهلك أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية ".

وقد نص قانون 1983 على إنشاء لجنة سلامة المستهلكين تتمثل وظيفتها في جمع المعلومات عن الحوادث الناشئة عن المنتجات واقتراح اراء للجهات المعنية بالاجراءات الوقائية التي يمكن اتخاذها من اجل الوقاية من مخاطرها[1]، كما سمح هذا القانون للسلطات العامة ان تتخذ عن طريق قرارات وزارية الاجراءات العاجلة لمعالجة كل خطر حال يهدد سلامة المستهلكين[2].

كما أنه ومن أجل ضمان فعالية القواعد الوقائية الخاصة بسلامة المنتجات ظهرت أدوات قانونية اخرى مكملة لهذه القواعد، والتي منها مبدأ الحيطة الذي نشأ في قانون حماية البيئة أولا ، ثم انتقل بعد ذلك الى مجال صحة وسلامة المستهلك، والذي يعد مكملا ومساعدا لمبدأ الالتزام العام بضمان السلامة، حيث يمكن للسلطات العامة ان تتدخل بمجرد إحتمال قيام خطر معين حتى ولو كان غير مؤكد،غير أنه لابد من من تكملة هذا النظام الوقائي بنظام علاجي لجبر تلك الاضرار الناتجة عن مخاطر المذكورة.

ثانيا : الدور العلاجي للإلتزام بضمان السلامة :

كانت محأولات القضاء لإستخلاص الالتزام بضمان السلامة ترتكز في البداية على اعتبار هذا المبدأ دائما التزاما بتحقيق نتيجة، فيعتبر المدين مسؤولا عن اصابة المتعاقد معه

وأهم ما يلاحظ على هذين النصين الجزائري والفرنسي هو عدم الاشارة الى فكرة العقد، الأمر الذي يؤكد أن الالتزام بالسلامة لم يعد قاصرا على المجال التعاقدي الذي نشافيه، بل هو ينشأ من متطلبات الحياة والمجتمع وهو التزام يقع على كل محترف يضع المنتوج أو الخدمة في السوق، وان كان المشرع الجزائري قد قرر هذا الالتزام لفائدة المستهلك فقط ن فإن المشرع الفرنسي وسع دائرة الافادة من هذا الالتزام لكل شخص قد يتعرض بفعل المنتجات أو الخدمات العمعروضة في السوق،، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق،ص.403.

1 لقد تم خلق هذا النوع من اللجان لأول مرة في الولايات المتحدة الامريكية منذ سنة 1973، وقد عرفت هناك تحت تسمية (Consumer Product Safety Commission).

2 CALAIS Auloy,FRANK Steinmentz ,op,cit, p246

دون حاجة الى إثبات خطئه، ولا يدفع عنه هذه المسؤولية إلا إذا اثبت رجوع الاصابة الى سبب أجنبي عنه[1].

غير أنه ظهرت فكرة جديدة مؤداها أن المضرور اذا كان له دور ايجابي في النشاط الذي كان ضحيته لا يجوزله أن يتمسك بالالتزام بضمان السلامة بوصفه التزاما بتحقيق نتيجة، بل يصير هذا الالتزام في هذه الحالة التزاما ببذل عناية[2]، وهذا ما يؤكد أن مبدأ الالتزام العام بالسلامة يتعدى دوره من الطابع الوقائي الى الدور العلاجي لمخاطر المنتجات الصناعية.

كما تظهر أهمية وجود مبدأ الالتزام التعاقدي بالسلامة في ايجاد التوازن بين حفظ المبادئ الواجب مراعاتها بموجب قواعد النظام العام، واحترام حرية تعاقد الأطراف، حيث يعتبر هذان العاملان غير متعارضين لإيجاد ذلك التوازن، وهذا لأن حرية التعاقد تعتبر في حد ذاتها من المبادئ التي يحميها النظام العام، حيث أنه توجد قواعد يفرضها النظام العام في العقد

1 شدد القضاء على ضرورة الحرص على تقييد المدين أو رب العمل أو المهني بالالتزام بضمان السلامة،حيث اجتهد في غلق كل محأولة للتهرب من تنفيذ التزامهم وتحمل مسؤولية الاثار والنتائج المترتبة عن الاخلال بذلك الالتزام، وفي هذا الصدد جاء في قرار الغرفة المدنية بالمجلس الاعلى بتاريخ 1983/03/30 أن الناقل لم يوف بالتزامه بضمان السلامة، من خلال عدم قدرته على السيطرة على كل العناصر المتوقعة، والتي من شأنها إلحاق الضرر بالمسافر والنيل من سلامته، حيث كان منطوق القرار كمايلي (ناقل المسافرين يضمن سلامة المسافر ولا يجوز إعفاؤه من المسؤولية ن إلا إذا أثبت أن الضرر سببه القوة القاهرة أو خطا المسافر ولا يجوز إعفاؤه من المسؤولية، الا اذا أثبت أن الضرر سببه القوة القاهرة أو خطأ المسافر، وأنه لم يكن يتوقعه ولا يمكن تفاديه، وأن رجوع المسافر الى عربات القطار بعد النزول منها أمر متوقع ويمكن تفاديه، عن طريق الاعتناء الكامل من طرف حارس المحطة، الذي عليه أن لا يعطي اشارة انطلاق القطار إلا بعد التأكد من نزول كل المسافرين وغلق أبواب القطار)، قرار المجلس الاعلى، الغرفة رقم 27429 الصادر بتاريخ 1983/03/30، قضية (ش.ز) ضد (مديرية الشركة الوطنية للسكك الحديدية) المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1998،عدد 01 ،ص.42.

2 من القواعد التي استخلص فيها القضاء التزاما بضمان السلامة، عقد البيع وكان ذلك في غضون سنة 1998 ولكن قبل هذا التاريخ كانت الاضرار الناجمة عن عيوب المبيع التي تصيب المشتري غالبا ما يتم تعويضها على اساس قواعد ضمان العيوب الخفية. عبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص. 19.

يكون أساسها هو مبدأ الالتزام العام بالسلامة، ويكمن أساس حل الإشكال هنا في أن حرية التعاقد لا يمكنها أن تمس بالقواعد المحددة بالنظام العام[1].

ويختلف الالتزام العام بضمان السلامة عن الالتزامات التعاقدية الاخرى، ذلك أن انعدامه الكلي أو الجزئي في العقدعلى خلاف تلك الالتزامات يؤدي حتما الى حدوث أضرار جسيمة للمتعاقد ماسة بسلامته وأمنه[2]، الامر الذي يجعله يستقل عن غيره من الالتزمات التعاقدية المشابهة له.

الفرع الثالث

استقلالية مبدأ الالتزام العام بالسلامة عن غيره من الالتزامات التعاقدية

تلتبس بعض الالتزامات بالالتزام العام بضمان السلامة وهي الالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالمطابقة، لذلك كان من الواجب بيان أوجه الاستقلالية والاختلاف بينها

أولا استقلال الالتزام بضمان السلامة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية:

اتجه القضاء في بادئ الأمر الى تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بضمان العيوب الخفية كوسيلة لضمان سلامة الاشخاص [3]، غير أنه لما كانت هذه النصوص تستهدف بالدرجة الأولى ضمان حصول المشتري على مبيع صالح للإستعمال، فإنها تكون بذلك عاجزة

1 QIN Liwei, L'interpretation du contrat : étude comparative en droits français et chinois ,Thése de doctorat , Université Panthéon –Assas,2012,p.204.

[2] BRUNAEU Laurent ,OpCit, p.132.

3 يشكل الالتزام بضمان بالسلامة افي العقد تفسيرا لقاعدة القوة الملزمة للعقد بالنسبة للقاضي، حيث تمكن القضاء بموجبه من اضافة التزام السلامة الى العديد من العقود عند تفسيرها وخاصة عقد نقل الاشخاص، محمد عدنان بباقر، قواعد الاخلاق في تحديد مضمون العقد، مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد 22، العدد الرابع، 2014،ص. 782.

عن احتواء مسألة التعويض عن الاضرار الجسدية للاشخاص، لهذا تدخل القضاء لإستخلاص الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع[1].

ومن مبررات ظهور الالتزام العام بالسلامة هو قصور أحكام الضمان في تحقيق حماية فعلية للمستهلك أتجاه الاضرار الناجمة عن خطورة المنتجات، وذلك بالنظر الى ضرورة توافر كافة شروط العيب الخفي لكي يكون موجبا للضمان، فضلا عن ضرورة اقامة الدعوى خلال مدة محددة، وهي الاسباب التي أدت بالقضاء بعدم استجابته لطلب تعويض المشتري الذي أخفق في استجماع شروط العيب الموجب للضمان، أو استطاع البائع أو المحترف أن يفوت عليه الفرصة في إقامة الدعوى[2].

ورغم نشأته أعقاب الالتزام بضمان العيوب الخفية، غير أن الالتزام بضمان السلامة يختلف عنه في كون أن الغاية التي تهدف أحكام ضمان العيب الخفي الى تحقيقها هي ذات طابع مالي أو اقتصادي، تتمثل في ضمان حصول المشتري على مبيع صالح للإستعمال، بينما الغاية التي يرمي اليها الالتزام بضمان السلامة، تتخذ أبعادا أكثر أهمية تتمثل في ضمان حصول المشتري على مبيع يتوافر له من المقومات الامان بما لا يكون معه مصدرا للأضرار سواء بالنسبة لمستعمله أو الغير[3].

كما أنه و بهدف حماية الطرف المتضرر، فإن دعوى ضمان العيوب الخفية تتضمن تغيير عبئ الاثبات وتشبيه البائع المهني بالبائع سيئ النية، وهذا حتى يمكن الزامه بالتعويض

1 تدخل القضاء الفرنسي لصالح الشخص المتضرر من هذه المنتجات، فأحدث تكييفا وتطويرا عميقا لنصوص ضمان العيوب الخفية لتغطي مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، فقام بالتوسع في تفسير المادة 1645 مدني فرنسي، وأنشا استنادا الى ذلك مبدا افتراض بموجبه يكون البائع المهني عالما بعيوب الشيئ المبيع مسأويا في ذلك بين البائع سيئ النية والبائع حسن النية، بحيث يلتزم البائع المهني في جميع الاحوال بتعويض الاضرار الناجمة عن المبيع المعيب،حساني علي، المرجع السابق، ص.95.

2 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 621.

3 المرجع نفسه،نفس الصفحة.

عن جميع الاضرار[1]، أما فيما يتعلق بالالتزام بضمان السلامة، فإن الفكرة التي يقوم عليها هذا الاخير تتمثل في معاملة المتعاقدين من خلال إخضاعهم الى قواعد متسأوية، وبذلك تكون اختلاف الطرق بالنسبة الى حماية المضرور واضحة بشأن الجزاءات التي يتم الحكم بها عند مخالفة كل من هذين الالتزامين[2].

ثانيا: استقلال الالتزام بضمان السلامة عن الالتزام بالمطابقة:

يتطلب الالتزام بضمان السلامة أن يكون استعمال الشيئ المبيع امنا وليس بالضرورة ان يكون الشيئ المطابق لا يهدد سلامة المشتري عند استعماله [3]، وهذا بخلاف الالتزام بالمطابقة الذي تعني قابلية الشيئ المبيع لتحقيق الغرض منه [4]، وقد كان القضاء الفرنسي يعتبر ضمان سلامة المنتج جانبا أو مظهرا لمطابقته، حيث أنه من أجل أن يكون المنتج

1 ان حصول المشتري على التعويض يرتبط وفقا لنصوص القانون المدني الفرنسي بإثبات سوء نية البائع، بمعنى علمه بالعيب، وقد كان هذا الاثبات هو اهم العقبات التي واجهت القضاء الفرنسي في خصوص تقرير مسؤولية المنتج أو الموزع عن الاضرار التي تحدثها المنتجات بعيوبها، فالاصل أن البائع حسن النية أي لا يعلم بالعيب، وعلى المشتري الذي يريد النجاح في دعواه اقامة الدليل على عكس ذلك، وعلى الرغم من أن العلم لالعيب يعد واقعة مادية، يمكن اقامة الدليل عليها بكافة طرق الاثبات، فإن المشتري يعجز، في اغلب الحالات، عن القيام بعبئ هذا الدليل. جابر محجوب علي، المرجع السابق،ص. 18.

2 كما يبدو الاختلاف بين الالتزامين في مجال تقادم الدعوى، حيث أن دعوى مسؤولية التعاقدية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالضمان السلامة لا تتقيد بما تتقادم به دعوى ضمان العيوب الخفية ، ولكن تقادم الدعوى يختلف وفقا لما اذا كان البائع تاجرا ام لا، فإذا كان تاجرا، فإن الدعوىتتقادم بمضي عشر سنوات، أما اذا كان البائع غير تاجر، فن الدعوى تتقادم بمضي ثلاث سنوات. محمد أحمد المعدأوى عبد ربه، المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات الخطرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر،2010،ص. 123.

3 ميز المشرع الجزائري بين مطابقة المنتجات وسلامة المنتجات بموجب القانون 89-02 (الملغى) وذلك بشكل أساسي بنصه على مبدأ المطابقة في المادة الثالثة منه " يجب أن تتوفر في المنتوج أو الخدمة التي تعرض للإستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه ويجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتوج أو الخدمة المشروعة للإستهلاك لا سيما فيما يتعلق بطبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الاساسية وتركيبه ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكمياته..". ونص عى ضمان السلامة من خلال المادة الثانية منه، وهو نفسالامر بالنسبة للقانون رقم 09-03 الذي نص على الالتزام بضمان المطابقة من خلال الفصل الثالث، والالتزام بأمن المنتوجات في الفصل الثاني.

4 عبد القادر اقصاصي، الرجع السابق، ص. 237.

مطابقا، فإنه ينبغي أن يقدم مستوى معينا من السلامة والامان، وبذلك تشمل المطابقة في مفهومها الواسع السلامة والامان[1].

غير أن القضاء الحالي يميز بين هذين الالتزامين بالنسبة لمرحلة الوقاية، وكذلك بالنسبة الى تعويض الضرر، لأن العيب السلامة لايتم تقديره بالنسبة لعدم صلاحية المنتج للإستعمال أو اختلاف الصفات الخاصة به عن ما تم الاتفاق عليه ولكن بالنسبة الى وجود عيب في السلامة، وبذلك يختلف الالتزام بضمان السلامة عن الالتزام بالمطابقة.

و يختلف الالتزام بضمان السلامة عن الالتزام بالمطابقة في أن مشكلات هذا الأخير يمكن أن تحل عن طريق حرية المنافسة[2]، وفي المقابل فإن المشكلات المتعلقة بضمان السلامة لا يمكن تركها لمبدأ حرية المنافسة، حيث تتطلب وجود قواعد أكثر صرامة لأن سلامة الاشخاص تتعلق بالمصالح العليا.

كما أن عدم المطابقة لا يمس إلا المصالح الاقتصادية، أما غياب السلامة في السلعة فإنه يؤدي الى المساس بالسلامة البدنية للأشخاص[3]، واذا كان الالتزام بالمطابقة يتم تخصيصه لتعويض الاضرار الناشئة عن العلاقات التعاقدية، فإن الالتزام بضمان السلامة لا يقتصر على العلاقة التي تنشأ بين المتعاقدين[4].

1 محمد أحمد المعدأوى عبد ربه، المرجع السابق ، ص. 125.

2 وسع المشرع الجزائري من مفهوم المطابقة في القانون المدني، وذلك بالنص عليها في قانون حماية المستهلك، والتي تعني في هذا فيالاخير مطابقة السلع والخدمات للمقاييس المعدة والمواصفات القانونية والتنظيمية، والتي تخضع لقانون رقم 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس، ج ر عدد 41 سنة 2004.

3 عبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص.238.

4 محمد أحمد المعدأوى عبد ربه، المرجع السابق، ص.128.

الفرع الرابع

طبيعة الالتزام بضمان السلامة

تتجلى أهمية البحث في طبيعة الالتزام بضمان السلامة على وجه التحديد في مجال الاثبات اللازم لقيام المسؤولية البائع أو المنتج عن الضرر الواقع كأثر لوجود الصفة الخطرة للشيئ المبيع[1].

فإذا كان التزام المنتج بضمان السلامة هو التزام ببذل عناية، فإنه يجب لقيام مسؤولية البائع أن يقوم المضرور بإثبات أن حدوث الضرر كان بسبب السلعة، بالاضافة الى وجوب اقامة الدليل على خطأ هذا المنتج، والمتمثل في عدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة لتجنب وجود العيب في السلعة، أما اذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة[2]، فيكفي المضرور للحصول على التعويض أن يثبت مجرد تخلف النتيجة المطلوبة[3].

1 يعتبر الالتزام العام بالسلامة من المفاهيم الجديدة التي التي تختلف عن الالتزام التعاقدي بالسلامة، بحيث يختلف هدف كل منهما لأن الالتزم المقرر في قانون الاستهلاك يهدف الى ضمان الوقاية من المخاطر أما الالتزام التعاقدي فهو يتعلق فقط بتعويض الاضرار الناتجة عن السلعة أو الخدمة، كما ان الالتزام العام بالسلامة يعد كأساس لوضع مجموعة من الاجراءات الحمائية والتي يتم تطبيقها عن طريق الادارة، بينما الالتزام التعاقدي فهو متعلق بالجانب المدني أين يكون أساسا لمسؤولية المهني ن ومن جهة أخرى فإن مجال تطبيق هذان الالتزامان مختلف من حيث الاشخاص الذين يستفيدون منهما ن فالالتزام التعاقدي يستلزم لتطبيقه صفة المتعاقد في المستهلك، في المقابل يشمل الالتزام العام بالسلامة جميع المستعملين سواء كانو متعاقدين أو من الغير، جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002/2001،ص.87.

2 ينقسم الالتزام من حيث طبيعته القانونية الى التزام بتحقيق نتيجة والتزام ببذل عناية، وتتمثل أهمية التفرقة بين الالتزامين في تحديد المكلف بعبئ الاثبات، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكفي الدائن اثبات واقعة عدم تحقق النتيجة المنتظرة حتى تقوم مسؤولية المدين، ولا ينفي المسؤولية عن هذا الاخير إلا اثبات السبب الاجنبي الذي لا يد له فيه، أما في الالتزام ببذل عنية فعلى الدائن إثبات تقصير المدين الذي كان السبب في الضرر الذي أصابه، ولا يكفي مجرد تحقق الضرر وإنما يلزم اثبات خطأ المدين والعلاقة السببية بينهما، وذلك لأن المدين ليس المكلف هنا بتحقيق نتيجة وانما ينحصر التزامه في بذل عناية، عبد القادر اقصاصي، المرجع السابق، ص.243.

3 عمر محمد عبد الباقي،المرجع السابق،ص.625.

ويرجع الخلاف حول طبيعة الالتزام بضمان السلامة الى الظروف الخاصة التي نشأ فيه هذا الالتزام، ففي بعض العقود يكون الالتزام بضمان السلامة التزاما ببذل عناية كالتزام الطبيب بعلاج المريض، حيث أن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، في حين يكون هذا الالتزام بتحقيق نتيجة معينة كما في عقد النقل، حيث يلتزم الناقل بإيصال الراكب سليما الى المكان المحدد[1].

أولا الالتزام بضمان السلامة التزام ببذل عناية:

قد يحصل أن يحدث ضرر رغم عدم وجود عيب في المبيع، وذلك كما هو الحال بالنسبة للأشياء الخطيرة بطبيعتها كالأدوية والمنتجات الكيمائية والاجهزة الالكترونية وغيرها، وهنا تستبعد تطبيق نظرية العيوب الخفية، بحيث أن الالتزام الذي يقع على المنتج أو المحترف هنا هو التزام بالسلامة، وهو التزام ببذل عناية، يتمثل في اتخاذ جميع الاحتياطات والتي من أهمها هو اعلام المستهلك بمخاطر المنتوج، وبالتدابير الواجبة الاتخاذ[2].

يترتب على اعتبار الالتزام العام بالسلامة مجرد التزام ببذل عناية أن مسؤولية البائع المحترف تكون خاضعة لإثبات الخطأ في جانبه، والذي كان سببا فيما لحق المستهلك من ضرر، ويستند أصحاب هذا الرأي الى قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية يقرر أن البائع المحترف لا يلتزم بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بالاضرار التي تمس سلامة المستهلك جراء الشيئ المعيب[3].

1 موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص.380.

2 محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق،ص.452.

3 Cass.1 civ,. 16 mai 1984 Bull civ.,I.N 165,RTD.Civ.,1985 ,p.403.obs J. HUET

ويكون بذلك الالتزام بضمان السلامة في حقيقة الأمر مجرد بديل للإلتزام بضمان العيوب الخفية دعت الى وجوده ضرورة حماية المستهلكين إتجاه الاضرار الناتجة عن خطورة المنتجات[1].

واذا كان الالتزام بضمان السلامة بديلا للإلتزام بضمان العيوب الخفية، فإنه لا يجب أن تقل الحماية التي يجب أن يتمتع بها المستهلك المضرور بمقتضى الالتزام بالسلامة في مواجهة الأخطار التي قد تصيب سلامته الجسدية، عن تلك التي يتميز بها الالتزام بضمان العيب الخفي والتي تعلق فقط بالجدوى الاقتصادية للشيئ المبيع، وهذا يؤدي الى اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاما ببذل عناية[2].

وما يؤكد هذا الاتجاه أن إطلاق مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تحدثها منتجاته دون مراعاة وجود عيب أو خلل فيها إنما يؤدي النتائج اقتصادية غير مرغوب فيها، ذلك أن المنتجاة الحديثة تتصف بوجه من الخطورة[3]، الامر الذي يتطلب قدرا من الحيطة والحذر سواء في حيازتها أو استعمالها، وقد ينشأ الضرر عن اهمال المستهلك في اتخاذ الاجراءات اللازمة لذلك.

غير أنه يرى جانب من الفقه[4] أن جعل عبئ الاثبات يقع على عاتق المستهلك من شأنه أن يترتب عليه إهدار لحقوق المستهلك وتفريغ الالتزام بضمان السلامة من مضمونه، ولهذا يجب اعتبار الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث ينقلب عبئ

1 موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 377.

2 عمر محمد عبد الباقي،المرجع السابق،ص. 627.

3 لقد جرى التمييز بين المنتجات أو الاشياء الخطيرة بطبيعتها كالاسلحة والمواد المنظفة، وبين المنتجات أو الاشياء الخطيرة بسبب عيب فيها كالغذاء الفاسد، أو الجهاز الكهربائي المعيب، ومدى تأثير ذلك على قيام المسؤولية المدنية، غير أن هذا التمييز أصبح لا يعبأ به، على أساس أن القواعد الحمائية في مجملها لا تفرق بين نوعي المنتجات، وتستوجب الحماية فيهما معا. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق،ص.401.

4 محمد أحمد المعدأوى عبد ربه،المرجع السابق،ص.133.

الاثبات، ليصبح على عاتق البائع، الذي اذا أراد التخلص من المسؤولية أن يقيم الدليل على قيامه بهذا الالتزام أو إثبات السبب الأجنبي.

ثانيا: الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة :

يرى أنصار هذا الرأي أن الالتزام بضمان السلامة هو في الحقيقة التزام بتحقيق نتيجة معينة، وبموجبه يلتزم البائع المحترف بتسليم المستهلك سلعة خالية من أي عيب[1] ويفترض علمه بالعيب، لأن وجود هذا الأخير يكفي لقيام المسؤولية بغض النظر عن ما اذا كان ناشئا عن خطأ أم لا، وهو ما يعني أن محل الالتزام بالسلامة هو تحقيق نتيجة معينة تتمثل في ضمان سلامة المستهلك، وأن سلوك المحترف وما يبديه من حرص أو اهمال ليس محل اعتبار عند قيام المسؤولية[2].

1 في هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر في 22 جانفي 1991 الى أن التزام المنتجين أو البائعين لمستحضرات التجميل بضمان السلامة، لا يعني ضمان هؤلاء بقوة القانون لكل الاضرار التي يمكن أن تترتب على استعمال المنتج، لأن التزامهم يقتصر على تسليم منتجات لا تمثل عادة أي خطورة للمستعملين، اذا استعملت في ظروف مطابقة لتوصيات البائعين

Cass.1 civ,. 22 janv 1991 Bull civ.,I.N 30,RTD.Civ.,1991p5393obs P. Jourdain

نقلا عن : عمر محمد عبد الباقي، مرجع سبق ذكره،ص 628

2 اعتبر القضاء الجزائري الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة، وذلك في قرار أصدرته الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1983/03/02 بمناسبة قضية تتعلق بسقوط أحد الزبائن داخل الحمام، نتيجة انزلاقه على قطعة صابون كانت على أرصية الحمام ن مما ادى الى إصابته بكسور على مستوى الذراع، حيث جاء في منطوق القرار " العلاقة التي تربط الزبون بصاحب الحمام هي عقد خدمات، ومثل هذا العقد يضع على عاتق صاحب الحمام التزاما بسلامة الزبون وهو التزام بنتيجة المسؤولية فيه مفترضة ما لم يثبت أن الحادث يرجع الى سبب لا يد له فيه طبقا للمادة 176 من القانون المدني...، ومفهوم السبب الأجنبي أن يكون غير متوقع وبوسع المدين أن يتفاداه وأن يتوخى الحيطة، لذلك لا يدخل في حكم السبب الاجنبي "، قرار المجلس الاعلى، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 02 مارس 1983 رقم 20310، قضية (هـ.ف) ضد (م.ب) نشرة القضاة عدد 01 سنة 1987،عدد 01. 64.

وبذلك فإن الالتزام بالسلامة يجب أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة، وإلا كان التزاما دون جدوى، لأن على المدين يأي التزام أن يبذل في تنفيذه العناية اللازمة، وذلك سواء وجد التزام بضمان السلامة أم لا[1].

وفي مجال التجارة الالكترونية، يرى جانب من الفقه المصري[2] أن عقد البيع الالكتروني له خصائص مستقلة تميزه عن عقد البيع في صورته العادية، كما أن اعتبارات حماية المستهلك في عقد البيع الالكتروني تقتضي إسباغ حماية خاصة عليه، لذلك يعد البائع المحترف ملزم بتحقيق نتيجة بصفة مطلقة في هذا البيع الالكتروني، ويلتزم بضمان سلامة المستهلك الالكتروني دون حاجة الى القول أن التزامه في هذا العقد هو التزام بتحقيق نتيجة وأقوى من الالتزام ببذل عناية.

ويترتب على اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاما بتحقيق نتيجة، وهذا استقلالا عن نظرية ضمان العيوب الخفية، السماح للمضرور التخلص من قيود الضمان الصارمة، ويكون بذلك أكثر ملائمة للمضرور على أساس أن المستفيد من هذا الالتزام في بعض الأحيان قد يكون من المضرورين من الغير، إلا ان الصعوبة تكمن في أنهم لا يرتبطون برابطة عقدية مع مرتكب الضرر، حيث يجب الاعتراف بالنسبة لهم بوجود اشتراط ضمني لمصلحة الغير لتجنب مبدأ الاثر النسبي للعقود[3].

1 علي سيد حسين، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية،مصر،1990،ص 107. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 379.

2 عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الكتب القانونية،مصر 2008، ص 110

3محمد أحمد المعدأوى عبد ربه، المرجع السابق، ص. 136.

هذا وقد لعب الالتزام بتحقيق نتيجة دورا حيويا وفعالا في بلورة المفهوم الحقيقي للإلتزام بضمان السلامة، حتى أصبح يمثل حلقة هامة في تاريخ تطور المسؤولية المدنية بنوعيها و العامل الاساسي في حماية السلامة الجسدية للإنسان.

و لأنه وان كان الالتزام ببذل عناية له وجود حقيقي في بعض العقود كالعقد الطبي، غير أن هذا الوجود ليس ثابتا دائما، بل يتميز بمرونة نشأت مع ظهور الألات الصناعية الجديدة وتدخلها الواضح في السلامة الجسدية للإنسان، الأمر الذي جعل الالتزام ببذل عناية يتحول في بعض الحالات ليصبح التزاما ببذل بتحقيق نتيجة كما هو الأمر في عمليات نقل الدم[1].

ويمثل ذلك التحول في نطاق السلامة الجسدية معنى واضحا يتجلى في أن تلك السلامة واطارها القانوني الالتزام بضمان السلامة تتجه الى تحقيق التكامل القانوني لحماية جسد الانسان من خلال الادوات الفاعلة في ذلك كالالتزام بتحقيق نتيجة [2]، بحيث لا يمكن للمسؤول عن حدوث الضرر أن يفلت من المسؤولية على أساس أنه لم يرتكب خطأ في تنفيذ التزامه، ذلك أنه ملزم بتحقيق نتيجة واحدة، هي السلامة الجسدية للإنسان.

1 تظهر أهمية تقسيم الالتزام الى تحقيق نتيجة وبذل عناية، من حيث انهما أداتان تعطيان فعالية لمضمون الالتزام بضمان السلامة، تتمثل الأولى في أن المدين لا يستطيع أن يتحلل من التزامه إلا بإثبات تحقق نتيجة أو اثبات السبب الاجنبي الذي حال دون تحققها، في حين الثانية فعاليتها في مرونتها للتحول الى التزام بتحقيق نتيجة في الاحوال التي تبدو فيه السلامة الجسدية للإنسان قد مست بصورة غير مألوفة تجعل اثبات الخطأ الحاصل فيه صعوبة، بحيث يعجز المضرور عن اثباته، نهلة احمد فوزي احمد محمد، المرجع السابق،ص.97.

2 في هذا الصدد قضت محكم النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 17 مارس 1993 في قضية تتعلق بأحد المضرورين الذي تعرض لحادث إثر سقوطه في أحد الممرات الخاصة بسباق التزحلق على الجليد، أن الاتزام بضمان السلامة الذي يقع على عاتق صاحب النادي هو التزاما بتحقيق نتيجة، وذلك لأن المتسابقين ليس بإمكانهم أن يحددو بكل حرية مسار السبق، ولكنهم يملكون كل الوسائل التي تسمح لهم بالسيطرة والتحكم في السرعة عند قيامهم بالتزحلق

Cass.1 civ,. 17 mars 1993 ,CCC juin1993,n104,p.2.note, LEVENEUR(L)

نقلا عن محمد أحمد المعدأوى عبد ربه، مرجع سبق ذكره، ص 151

ويعتبر الالتزام بضمان السلامة التزاما بتحقيق نتيجة بصورة مطلقة إذا ما تأسس على وجوب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية، ذلك لأنه يمكن اعتبار الحماية من الاشياء الخطرة من مستلزمات العقد[1]، وبذلك يمكن استخدام سلطة القاضي في تكملة العقد، لأن العقد لا يلزم أطرافه بمايرد به من شروط فقط، وانما يلزم أيضا بما يعتبر من مسلزماته الضرورية [2].

غير أنه ما يجعل الإلتزام الملقى على عاتق البائع المحترف في عقد البيع الالكتروني اتجاه المستهلك هو التزام مطلق بتحقيق نتيجة، هو الخطر المهدد لسلامة المستهلك والموجب للحماية، والمتضمن في المبيع ذاته[3]، وقد يتمثل في التعامل في مواد خطرة بطبيعتها ومن ذلك مواد الحفظ السامة، أو الاشياء التي تحمل في طياتها أو من بين عناصرها مسببات الخطر بعد خروجها من يد المنتج.

ويرى جانب من الفقه[4] أن اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاما بتحقيق نتيجة معينة هو اتجاه غير صائب، ذلك أن هذا القول يستحدث معيارا جديدا لتحديد طبيعة الالتزام التعاقدي مستمد من جدواه، وهو معيار غير دقيق، لذلك يمكن اعتبار الالتزام بضمان السلامة ذو طبيعة خاصة.

1 ان الالتزام بالسلامة وان كان التزاما ناشئا من العقد فإنه أصبح من احدى الإلتزامت الضرورية التي اقتضاها التطور الحاصل في العالم في كافة ميادين الانتاج، ولذلك يعد التزاما عاما ليس فقط للمتعاقد، بل تم توسعة نطاقه ليشمل غير المتعاقدين لما يمنحه من مزايا. أكرم محمود حسن البدو و ايمان محمد ظهر، الالتزام بالافضاء وسيلة للإلتزام بالسلامة،مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 01 سنة 2005،عدد 23، ص.40.

2 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص.633.

3 عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص. 110.

4 موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص.381.

ثالثا: الطبيعة الخاصة للإلتزام بضمان السلامة

تظهر الطبيعة الخاصة للالتزام بضمان السلامة في عقد البيع وهي بذلك تميزه عن بقية العقود الاخرى[1] ، حيث أن مصدر الضمان قد يكون العيب وقد يكون الخطر، ويلعب المستهلك دورا في تحقيق النتيجة المطلوبة أو منعها[2]، ومثال ذلك أنه يمكن للمريض أن يتنأول الدواء بجرعات زائدة خلافا للتعليمات الواضحة المبينة على علبة الدواء مما يؤدي الى تعريض سلامته للخطر نتيجة جهله[3].

ويرى جانب من الفقه[4] أن الالتزام بضمان السلامة يحتل من حيث طبيعته مرتبة حدها الأعلى الالتزام بتحقيق نتيجة، وحدها الأدنى الالتزام ببذل عناية، وأنه بخصوص الاضرار الناشئة عن عيب في المنتجات، فإن الغالب أن هذا الضرر ما كان ليحدث إلا لأن المنتج ينطوي على عيب أو خلل في تصنيعه، أدى الى إكسابه صفة الخطورة، أي أنه يفترض حصول الضرر، بالنظر الى وجود خلل أو عيب في المبيع.

1 يعتبر الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع هو أمر حديث نسبيا مقارنة بالالتزام بضمان السلامة في العقود الاخرى ، كما أن الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع لا يقوم بدوره فقط في علاقة البائع والمشتري، ولكن يستفيد منه كل شخص يتحصل على السلعة، أي الغير المستخدم العادي للسلعة.عابد فايد عبد الفتاح فيد، المرجع السابق،ص.52.

2 نتج عن التفرقة بين الالتزام بضمان السلامة بتحقيق نتيجة والالتزام بضمان السلامة ببذل عناية مواجهة المضرور لبعض الصعوبات في سبيل الحصول على حقه في التعويض عن الضرر الذي يصيبه أثناء تنفيذ العقد، وتتمثل مظاهر ذلك في عدم استقرار المركز القانوني للمتضررين وعدم المسأواة في المعاملة بينهم، بالاضافة الى عدم فائدة الالتزام بضمان السلامة في الاحوال التي يكون محله فيها مجرد بذل عناية. عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق،ص.270.

3 موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص.380.

4عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص.630.

فيكون بذلك الالتزام العام بضمان السلامة أكثر من التزام ببذل عناية [1]، هذا لأنه لا يتطلب لقيامه إقامة الدليل على خطأ المحترف أو إهماله، فالعبرة في قيام الالتزام بضمان السلامة ليس بتقدير مسلك المحترف وإنما بعدم تحقق السلامة التي يتوقعها المستهلك[2].

غير أنه يعد الالتزام بالسلامة أقل من الالتزام بتحقيق نتيجة، لأنه يكفي حصول الضرر وعدم تحقيق نتيجة وهي تحقيق الأمان والسلامة للمستهلك ، حتى تكون سببا لقيام المسؤولية.

الفرع الخامس

شروط الالتزام بضمان السلامة

يتحقق الالتزام العام بضمان السلامة بتوافر شروط معينة، تتمثل في وجود خطر يهدد سلامة لأحد المتعاقدين، وأن يكون أحد المتعاقدين مهنيا، وأن يكون المتعاقد الاخر تحت الهيمنة الاقتصادية للمدين.

أولا : وجود خطر يهدد سلامة المتعاقد:

أدت خطورة المنتجات الصناعية التي تواجه المستهلك الى جعل هذا الأخير في عقد البيع أكثر حاجة الى مبدأ الالتزام العام بضمان السلامة منه في العقود الأخرى، لأنه في ظل التقدم الصناعي وتعقد الاجهزة الحديثة واقتناء السلع عن طريق التبادل الالكتروني، ارتفعت مخاطر الاضرار التي يواجهها المستهلك.

1يرتكز محور التفرقة بين الالتزام بضمان السلامة باعتباره التزاما ببذل عناية أو التزاما بتحقيق نتيجة على وجود عنصرين، يتمثل الأول في وجود خطر عند تنفيذ الالتزام، والثاني سلطة المبادرة التي يظطلع بها المضرور في تنفيذ الالتزام بنفسه، وفي ظل الدور السلبي الذي يمكن أن يلعبه المضرور في تنفيذ العقد أو انعدام أي خطر، فإن الالتزام بضمان السلامة ينبغي اعتباره التزاما بتحقيق نتيجة. وبخلاف ذلك ن في ظل وجود مخاطر في التنفيذ لا يستطيع المدين أن يتحكم فيها أو في ظل الدور الفعال الذي يلعبه المضرور عند تنفيذ الالتزام، ففي هذه الحالة يعتبر الالتزام بضمان السلامة التزاما ببذل عناية. محمد احمد المعدوى عبد ربه، المرجع السابق،ص.149.

2 موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 382.

ويفوق عقد البيع الالتكروني في ظل التقدم الصناعي وتعقد الاجهزة الحديثة، مثل الأجهزة الطبية والرياضية، غيره من العقود بسبب الاخطار الاكثر احتمالا لجمهور المستهلكين وكذلك الاشخاص الذين يستعملون هذه المنتجات الصانعية ويقتنونها عن طريق الأنترنت[1].

يعتبر البائع ملزما في عقد البيع بتسليم منتجات خالية من اي عيب أو خلل بالتصنيع يشكل بطبيعته خطرا على الممتلكات، فالالتزام البائع بضمان السلامة يغطي بالاضافة للاضرار الواقعة على شخص المشتري،أيضا الاضرار التي يمكن للمنتج أن يسببها لاموال المشتري أو غيره، مما يجعل الحماية الناتجة عن الالتزام بضمان السلامة تمتد الى الممتلكات التي يملكها أو يحوزها هذا الشخص[2].

ثانيا: أن يكون احد المتعاقدين مهنيا

إن اشتراط صفة المهني[3] في المتعاقد يفترض أن هذا الأخير بإعتباره متخصصا في حرفته له دراية وخبرة، يتعين عليه بموجبها الاحاطة بالاصول العلمية التي تمكنه من مزأولة نشاطه على أكمل وجه[4]، وذلك شأن البائع الذي يعرض سلع معقدة أو أجهزة أمنية على شبكة

1عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 109

2 لم يعد الالتزام العقدي بضمان السلامة يقتصر على سلامة الاشخاص، بل اصبح يشمل أيضا سلامة الاموال، وهي تعد صورة جديدة من الالتزام بضمان السلامة. عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص. 230.

3 استعمل المشرع الجزائري مصطلح المحترف للدلالة على المهني، وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، وعرف المحترف بموجب المادة الثانية من قانون 09-03 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه " هو منتج، أو صانع، أو وسيط، أو حرفي، أو تاجر، أو مستورد، أو موزع وعلى العموم، كل متدخل ضمن إطار مهنته، في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للإستهلاك".

4تتطب في المهني توافر شروطا شخصية وأخرى مادية لممارسة المهنة على أحسن وجه، فالشروط الشخصية تتمثل في شرط الاختصاص للمحترف كما هو الحال بالنسبة للأطباء والجراحين والصيادلة، وليس عدم اختصاص محترفي الصحة وحده يثير مشكل سلامة المستهلك، بل هناك أنواع أخرى من المهن يمكن ان تؤدي الاستشارات الخاطئة الى تدمير المستهلك، كالخبير والمحاسب، واضافة الى الشرط الاخلاقي، حيث يمنع القانون الاشخاص المحوم عيهم بعقوبات جزائية من مزأولة بعض المهن، أما الشروط المادية تتلخص أساسا في تطلب هياكل ومنشات معينة لدى بعض المحترفين وذلك لأغراض النظافة الغذائية أو سلامة الاشخاص، بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق،ص. 406.

الانترنت، حيث يمكن له الاتصال بعدد غير محدود من الناس، الامر الذي يجعل الضرر كبيرا في هذه الحالة، متى كانت السلعة معيبة وتنطوي على خطر محدق بالاخرين[1].

وبذلك يتجلى السبب في فرض هذا الشرط للمطالبة بضمان السلامة، في كون احد المتعاقدين بصفته مهنيا، فهو أكثر علما بالمبيع عيبا أو صنعا أو خبرة[2]، كما أن المستهلك عادة ما يقدم على التعامل مع هذا الشخص دون حذر، اعتمادا على ما لديه من خبرة، وعليه كان من الطبيعي ان يراعي المهني هذا الاعتبار، فلا يقدم على ممارسة مهنة ما، إلا إذا كان محيطا بها[3].

ثالثا : أن يكون أمر الحفاظ على سلامة المستهلك موكولا للطرف الاخر

ويقصد بهذا الشرط خضوع المستهلك للمهني كما هو الأمر في عقود الإذعان، بحيث يكون أحد المتعاقدين هو من يحتكر السلعة أو خدمة معينة في مركزٌ تعاقدي قوي يجعله يملي شروطه، دون تمكن الطرف الثاني من مناقشتها أو التغيير فيها[4]، فالمستهلك الالكتروني بحكم جهله بتكوين السلع والمنتجات الفنية والكيمائية معقدة التركيب، فإنه يترك أمر ضمان سلامتها الى المنتج، ويكون في حالة خضوع تام لهذا الأخير[5].

1 عبد الفتاح بيومي حجازي، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.109.

2 يمكن الاستغناء عن هذا الشرط في حالة كون كلا المتعاقدين مهنيين، أي أنهما يتمتعان بنفس الخبرة العلمية، إلا اذا أثبت المستهلك انه لا يملك نفس الكفاءة العلمية للبائع عند اقتناء المبيع أو الخدمة، معزوز دليلة ، المرجع السابق ، ص. 335.

3عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص.230.

4المرجع نفسه، نفس الصفحة.

5 عبد الفتاح بيومي حجازي،حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 109

ويرجع سبب هذا الشرط أولا للقوة الاقتصادية للطرف المهني، الذي يملك هيمنة اقتصادية مكنته من إحتكار بعض أنواع السلع، والى التبعية الاقتصادية[1] له من قبل المستهلك لعدم قدرته على الاستغناء عن تلك المنتجات، وعدم استطاعته كشف ما تتضمنه من قصور أو عيب.

كما أن مسيرة التقدم الصناعي الهائل، وما ترتب عنه انتشار للمنتجات الصناعية في شتى مناحي الحياة، جعلت أمر الاستغناء عنها مستحيلا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن تعقد الأجهزة الحديثة جعل التعرف على مكوناتها وخصائصها أمرا بالغ الصعوبة على المستهلك[2].

المطلب الثاني

مضمون الالتزام بضمان السلامة والمسؤولية الناشئة عنه في عقد البيع الالكتروني

يتمثل مضمون الالتزام بالسلامة في التزام المهني بضرورة توقع الحادث الضار، بالاضافة الى التزامه بمنع وقوع الضرر، أما المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالسلامة، فتتجسد في المسؤولية عن أخطار السلعة وتهديدها لصحة وسلامة المستهلك، زيادة على ذلك المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة التي سببت ضررا لسلامة المستهلك.

1تظهر حالة التبعية الاقتصادية في ظل وجود مؤسسة في مركز قوي يسمح لها بفرض شروط التعاقد على الاخرين من منطلق افتقاد هؤلاء لحل بديل، وبالتالي تتطلب حالة التبعية الاقتصادية إثبات أن أحد المتعاقدين في العقد يقع في مركز ضعيف بالنسبة للطرف الاخر، بحيث يكون الطرف الضعيف مجبرا على الرضوخ للشروط التي يفرضها الطرف القوي في العلاقة العقدية التي تقوم بينهما، جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية،،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012،ص.162.

2 المر سهام، المرجع السابق ،ص.16.

الفرع الأول

مضمون الالتزام بضمان السلامة

يتجسد الالتزام بضمان السلامة في سيطرة المدين على الاشخاص والاشياء التي تثير الضرر، ويستلزم تنفيذه بطريقة كاملة توقع الأخطار التي يمكن ان يتعرض لها الدائن والتصرف حيال هذه الأخطار بمنع وقوعها أو التقليل من أثارها.

لذلك يلتزم المحترف أو المهني في عقد البيع من أجل ضمان سلامة المستهلك، أولا بتوقع الحادث الذي يمكن أن يخل بسلامة هذا الأخير، ويلتزم ثانيا بأن يتصرف من أجل من منع حدوثه أو على الأقل تجنب اثاره.

أولا : التزام المهني بضرورة توقع الحادث الضار

يتوقع المهني كل الحوادث التي يمكن أن تعترض التنفيذ العادي والصحيح لعقد البيع،لذلك فإن فكرة السبب الاجنبي تسبعد كوسيلة لنفي مسؤولية المهني، وهذا لأنه بالاضافة الى امكانية هذا الأخير توقع الحادث ، فإن هذا الحادث كان أيضا محتمل الوقع، فاعتبار الحادث متوقعا يعد حقيقة لا يستطيع أن يتخلص منها المهني باثبات السبب الأجنبي[1].

ان تقدير مدى سلامة وقابلية الالتزام للتنفيذ، وبالتالي توقع الحادث الضار، يرجع لمدى كون المحترف متيقن ومتأكد من الوسائل المستعلمة وأنها لا تكون مؤذية، ولا تشكل خطرا باستخدامها واستعمالها، وهذا يرجع لقيام السيطرة والتحكم في الأشياء التي تكون مصدر ضرر للدائن عن طريق التأثير الكامل فيما يترتب على استخدامها من نتائج، بحيث لا يكون من شأنها النيل من سلامة المستهللك [2].

1عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق ، ص.25.

2 مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة المفكر،،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد العاشر، ص.417.

وقد اعتبر مجلس الدولة الجزائري في قرار له أن مفهوم السيطرة على العناصر التي تسبب الضرر وتنال من سلامة المريض، تدخل في نطاق مسؤولية الملتزم باعتباره مهني محترف، والوسائل التي يؤدي بها عمله وينفذ بواسطتها التزامه ليست خارجة عن نطاق سيطرته، وهو الذي يقدر مدى سلامتها وقابليتها لتنفيذ الالتزام بضمان السلامة[1].

ثانيا: التزام المهني بمنع الضرر أو التقليل منه

يجب على المهني الذي يقع عليه الالتزام بضمان السلامة بالاضافة الى توقع الحادث الضار، ان يقوم باتخاذ اجراء فعال لمنع ذلك الضرر، وذلك باتباع الاحتياطات اللازمة وقواعد السلامة في هذا المجال، ففي عقد البيع الالكتروني يقوم المحترف من أجل ضمان سلامة المستهلك ببيان مواصفات المنتوج والمخاطر التي يمكن أن يسببها، وذلك بوضعها على الموقع الالكتروني الخاص بالبيع.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم استيفاء أحد عناصر الالتزام بالسلامة وهو المتعلق بمنع حصول الحادث الضار يعد سبب مسؤولية SNCF عن جرح أحد المسافرين

1 قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/03/11 بمناسبة نظره في قضية احد المواطنين الذي أجريت له عملية جراحية بمستشفى بجاية، على مستوى عظم الفخذ، اذ تطلب ذلك وضع (صفيحة لولبية) على مستوى العضم لتقويم الرجل، لكن بعد يومين من إجراء العملية الجراحية تعرض المريض لإصابة ميكروبية اذ تسببت (الصحيفة اللولبية) في انتان مقأوم للعلاج الطبي، واثر ذلك قرر الاطباء نزعها في الشهر الموالي للعملية،وقد جاء في قرار مجلس الدولة مايلي (حيث يتضح أن العمليات الجراحية المتعددة التي اجريت على المستأنف، ماهي سوى نتيجة للعملية الجراحية الأولى التي أجريت بمستشفى بجاية في 1995/10/31 وأن الصفيحة اللولبية المصابة بانتان ادت الى تعفن عظم الفخذ، أن العلاقة السببية بين العمل الجراحي الأول، أي وضع الصفيحة ونتائج هذا العمل موضوع هذه الدعوى بالتعويض ثابتة، حيث أن قواعد مهنة الطب تقتضي أن يسبق أي عملية جراحية، بفحص دقيق للادوات المستعملة أثناء العملية، حيث أن المستأنف عليه أخل بواجبه المتمثل في اخذ الاحتياطات اللازمة من اجل المحافظة على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته، وان عدم مراقبة الالات المستعملة من طرف أعوانه يشكل خطأ للمرفق العام، وأنه بالنتيجة بما ان بالمستأنف عليه ساهم في وجود ضرر بسبب تقصيره في مراقبة الالات الجراحية المستعملة أثناء العملية الطبية، فإنه يلتزم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمستانف)، قرار مجلس الدولة رقم 7733 الصادر بتاريخ 2003/03/11، قضية (م.ع) ضد (مدير مستشفى بجاية ومن معه)، مجلة مجلس الدولة عدد 05 سنة 2004،ص. 208.

مؤكدة أن الحادثة كان من الممكن تجنبها بوضع نظام مناسب يمنع فتح الابواب أثناء سير القطار[1].

وفي الواقع فإن تحقيق سلامة المستهلك يتم بتوافر سلامة المنتجات والخدمات، لذلك كان من الضروري التدخل لفرض قواعد ملزمة، بحيث يتلاشى مبدأ حرية الصناعة والتجارة ليفسح المجال لإعمال مبدأ سلامة الاشخاص.

ولأن دخول المهني الى السوق يبقى حرا، وذلك بالنسبة للمنتجات والخدمات استنادا الى مبدا حرية التجارة والصناعة، يترتب على ذلك عمليا استحالة مراقبة جميع المنتجات والخدمات المعروضة، لأنه لا يمكن وضع مراقب خلف كل محترف[2].

لذلك وإن لم يكن في وسع المهني تجنب وقوع الحادث الضار فعلى الأقل يجب عليه أن يتخذ من الاجراءات ما يمنع حصول الضرر، أو ما يخفف من الاثار الضارة بالنسبة للمستهلك.

ففي عقد البيع، وحتى يخفف المهني من الاخطار التي يمكن أن تصيب المستهلك،وجب على المهني أن ينبه المستهلك الى الاخذ بالشروط المتعلقة بمحاذير الاستعمال، والاضرار الناجمة عن ذلك للتقليل من تلك الأخطار.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 09 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المتعاقد وقمع الغش من أنه " يجب ان تكون المنتجات الموضوعة للإستهلاك مضمونة، وتتوفر على الامن بالنظر الى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق

1 Cass.1 civ,. 21 Octobre 1997 D 1997 cité par (P) GOURDAIN.

2 بودالي محمد، حماية المستهلك ....، المرجع السابق ، ص. 405.

ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه وذلك ضمن الشروط العادية للإستعمال، أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين ".

الفرع الثاني

المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

يقوم الالتزام العام بضمان بالسلامة على أمرين أساسيين، يتمثل الأول في المسؤولية عن أخطار السلعة وعدم تهديدها لصحة وسلامة المستهلك عند وجود عيب بالسلعة، ويتمثل الأمر الثاني في تحمل تبعة الاضرار[1] التي تحدث للمستهلك عند وجود عيب بالسلعة.

أولا :المسؤولية عن أخطار السلعة وتهديدها لصحة وسلامة المستهلك :

يقع على المهني التزام بتوفير الأمن بالسلع المعروضة للإستهلاك، كون أن الالتزام بالامان بالسلع يعتبر من الالتزامات الملحقة بالتسليم، وكذلك الالتزام بالمعلومات الذي يتصل بالالتزام العام بالسلامة، لذلك نجد أن المشرع الجزائري في المادة الثالثة من المرسوم النفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، نص على وجوب ضمان السلامة من طرف المهني للمنوجات والتي يجب أن تكون خالية من العيوب والاخطار التي يمكن أن تنطوي عليها.

ويجب على المهني فضلا عن احاطة المستهلك بطرق الاستخدام الصحيحة للمبيع والتي تكفل له الانتفاع الكامل به، أن يبين له كافة الاحتياطات التي يجب عليه أن يتخذها لدى حيازته لهذه المنتجات أو استعمالها، وأن يقوم بتحذيره من مخاطر عدم اتخاذ تلك الاحتياطات[2].

1 إن اثار الالتزام بالسلامة الذي يقع على البائع تدور في مجملها حول ضرورة جبر الضرر الذي أحدثه المبيع بالمشتري.علي سيد حسين، المرجع السابق، ص.115.

2عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق ،ص. 639.

ولا يمكن للمهني أو المنتج التمسك بمراعاة أصول الصنعة، والقواعد المعمول بها أو الحصول على تصريح من الجهات الرسمية، للتحلل من مراعاة عيب الامان، ولكن بالمقابل لا يمكن عتبار منتوج معيبا لمجرد طرح منتوج اخر أكثر تطورا، وانما العبرة في تقدير عيب المنتوج الماس بأمن وسلامة الاشخاص، والاموال، بوقت طرحه في السوق[1].

وفي هذ الإطار نجد أن المشرع الفرنسي قد حرص بدوره على ايجاد اليات قانونية لحماية المستهلك من المنتوجات الخطرة والمعيبة، وفرض على المهني ضرورة مراقبة سلامة المنتجات ووجوب توافر هذه المنتجات على المعايير المعمول بها.

ولقد تجسدت تلك الحماية بعد صدور التعليمة الأوربية رقم 384/85 الصادرة في 1985/07/25 والمتضمنة التوجيه الأوربي بخصوص المسؤولية عن المنتجات المعيبة[2]، والتي تبناها المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 389/98 المؤرخ في 1998/05/19، والتي ادخلها المشرع الفرنسي في القانون المدني، والذي من أهم خصائصه أن أحكامه لم تأتي لتستبدل بالقواعد العامة في هذا المجال، وانما جاءت مكملة لها[3].

وقد ارتبط مفهوم العيب موضوع التعليمة الأوروبية ارتباطا وثيقا بمدى الخطورة التي تشكلها المنتجات من تهديد ضد أمن وسلامة المستهلك، وبالاضافة الى ذلك فإن التعليمة تخص أيضا الاشياء الأخرى غير المنتجات المعيبة، وذلك بشرط أن تلك الاشياء متعلقة بالاستهلاك، الامر الذي يؤكد أنها اعتمدت على فكرة واسعة لمفهوم السلامة[4].

1 قادة شهيدة، المرجع السابق ، ص.196.

2 La directive communautaire du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispostions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits déffectueux

3 BENABENTAlain,Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux,7ème éd.,Montchrestien,2006,p.137.

4 CALAIS Auloy,FRANK Steinmentz ,op.cit, p271

وقد حددت المادة 1386-3 من القانون المدني الفرنسي المنتجات التي تدخل في نظام المسؤولية بنصها " يعد منتجا كل مل منقول حتى لو كان مندمجا في عقار، بما في ذلك منتجات الارض، وتربية الحيوانات والصيد وصيد السمك، ويعتبرر الكهرباء منتجا "[1].

وقد جاء نص القانون الفرنسي متطابقا مع التوجيه الأوربي في استبعاد العقارات من نطاق تطبيق المسؤولية، تاركا تنظيمها للتشريعات الخاصة التي نظمتها تنظيما مستقلا[2]، ومع ذلك فقد أورد استثناء على هذا المبدأ حينما نص على أن اندماج المنقول في العقار لا يكون عقبة أمام قيام المسؤولية عن المنتجات المعيبة.

وقد كان الهدف المنشود من التعليمة الأوربية لعام 1985 هو التقريب بين تشريعات الدول الأعضاء في موضوع مسؤولية المنتجين عن الاضرار المترتبة عن الصفة المعيبة في المنتجات، ذلك أن

[1] Article 1386-3 dispose que « 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 ».

2 ينصرف لفظ المنتوج في القانون الجزائري الى المنتجات الصناعية والزراعية على حد سواء، وفي ذلك نصت المادة 140 مكرر مدني جزائري على أنه "يعتبر منتوجا كل ما هو منقول ولو كان متصلا بعقار، ولا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البحري والطاقة الكهربائية "، كما فرق القانون 09-03 الخاص بحماية المستهلك بين كل من المادة الغذائية والانتاج والمنتوج والخدمة والسلعة، حيث تنص المادة 2/3 من قانون 09-03 على أن المادة الغذائية هي " كل مادة معالجة أو معالجة جزئيا أو خام موجهة لتغذية الانسان أو الحيوان،بما في ذلك المشروبات وعلك المضغ وكل المواد المستعملة في تصنيع الاغذية وتحضيرها ومعالجتها، باستثناء المواد المستخدمة فقط في شكل أدوية أو مواد تجميل أو مواد تبغ ". أما الانتاج فقد عرفه وفقا لنص المادة 9/3 من نفس القانون بأنه " العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول المجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتوج والجني بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول، أما تعريف المنتوج ورد في نص المادة 10/3 من نفس القانون على أنه " كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا، اما الخدمة فهي كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى لو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة، ونصت المادة 17/3 على أن السلعة هي (كل شيئ مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا".

الاختلاف سوف يؤدي الى اختلال المنافسة وحرية تدأول السلع داخل السوق المشتركة، بالاضافة الى اختلاف مستوى الحماية للمستهلكين من الاضرار التي تلحق بسلامتهم.

كما نجد أن المشرع الفرنسي اعتبر تعيب المنتوج مسألة موضوعية والتي تعني عدم كفاية الأمان والسلامة بالمنتوج ، وهذا بنصه في المادة 1386 فقرة رابعة من القانون المدني، التي تعرف العيب بالمنتوج بأنه " يعتبر المنتوج معيب عندما لا يوفر الامان المشروع المنتظر "[1] .

ثانيا :المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة التي سببت ضررا لسلامة المستهلك

استناد الى فكرة تخصص المهني أو المنتج، عمل القضاء الفرنسي على تحقيق قدر من الحماية للمستهلك، وذلك من أجل ارساء قواعد موضوعية مفادها الزام البائع المهني بتعويض الاضرار الناجمة عن خطورة المنتجات المعيبة.

تعتبر أخطار المنتجات الناتجة عن التقدم العلمي والتي يصعب في بعض الأحيان ازالتها رغم ادراكها، وما ينتج عنها من أضرار بالمستهلك [2]، هي أساس مسؤولية المنتج القائمة على حدوث الضرر دون مراعاة خطأ المنتج أو ارتباطه بعلاقة تعاقدية مع المستهلك، حيث أن هذه المسؤولية مردها قواعد خاصة جاء بها التوجيه الأوربي رقم 85-374، ليست ذات طبيعة عقدية ولا تقصيرية، ومؤسسة على انعدام السلامة بالمنتوج.

وبذلك اعتبر المشرع الفرنسي أن مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة تقوم بدون خطأ، وفقا لنص المادة 1/1386 من القانون المدني بنصها " يسأل المنتج عن الأضرار الناتجة عن

1 Art 1386/4 dispose que « Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ».

2 يرى جانب من الفقه أنه من مظاهر قصور المعرفة العلمية أن بعض المخاطر التي يمكن الاحاطة بها يتعذر على الانسان ازالة أسبابها، فالعلم بما يلزم المنتج من أضرار لا يعني بالضرورة امكانية معرفة أسابه وتهيئة الوسائل اللازمة لإزالته، وبذلك يظل المنتج من صنع الانسان، وإن تعذر ادراك أسباب المخاطر الملازمة له، حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة نشر، ص.23.

منتوجاته المعيبة سواء ارتبط مع المضرور بعقد ام لا " [1]،أي تأسيس المسؤولية للمنتج على اعتبار موضوعي لا شخصي وهو توجيه بدأه الفقه، وكرسه القضاء الفرنسي مقتديا بأحكام التوجيه الأوربي 85-384 [2].

لقد عمل القانون الفرنسي على إحلال المسؤولية القائمة على اثبات عيوب المنتجات محل المسؤولية القائمة على اثبات خطأ المنتج، أي أن المسؤولية أصبحت بموجب هذا التشريع تتحقق بناء على معيار موضوعي وليس عل معيار شخصي، بمعنى ليس هناك حاجة لإثبات الخطأ الشخصي للمنتج[3].

وبذلك فإن المسؤولية لا تقوم على الخطأ أو العيب بالمعنى التقليدي، وانما تقوم على أساس عدم كفاية الأمان والسلامة في المنتجات، أي يجب أن يكون الضرر ناتجا عن عيب في منتوج قد طرح للتدأول.

فالأمر هنا لا يتعلق بخطأ ولا بعيب في المنتوج، وانما يتعلق بمسألة موضوعية هي عدم كفاية الامن والسلامة في المنتوج، وفقا لنص المادة 4/1386 من القانون المدني الفرنسي " يعد المنتج معيبا في تطبيق هذا الفصل، عندما لا يتوافر الامان المشروع الذي يمكن أن ينتظر "[4].

---

1 Art 1386/1 dispose que « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ».

2 أخذ المشرع الجزائري بفكرة المخاطر في بعض الانظمة الخاصة للتعويض عن الاضرار في مجالات النشاط الذي تكثر فيه فرض وقوع الاخطار .، وذلك كقانون 1972 الخاص بالويض عن حوادث العمل الذي يقيم مسؤولية رب العمل على فكرة الضرر، ولا يعفي المسؤول الا باثبات خطأ يرتكبه العمل بغير مبرر ،شهيدة قادة، المرجع السابق ،ص.95.

3 ولد عمر طيب، النظام القانوني لتعويض الاضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2010/2009، ص. 172.

4 Art 1386/4 dispose que « Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ».

وبالاضافة الى أن يكون الضرر ناتجا عن عيب في المنتوج، يقع على المدعي إثبات الضرر والعيب والعلاقة السببية بينهما، وفقا لنص المادة 9/1386 مدني فرنسي بنصها على أنه " يجب على المدعي اثبات الضرر، العيب والعلاقة السببية بين الضرر والعيب "[1].

ويتحدد نطاق التعويض في هذه المسؤولية بالأضرار الواجب اثباتها، أي الاضرار التي تلحق بالاشخاص، أو تلك التي تلحق بالأموال، بإستثناء المنتجات المعيبة في ذاتها، أي اسبعاد أي ضمان للمنتوج معيب في ذاته، سواء كان العيب في تكوينه أو في نقص قيمته الاقتصادية، حيث يخضع تعويض الضرر في هذه الحالة الى القواعد العامة[2].

غير أنه لإثبات وجود علاقة سببية بين العيب والضرر. وقد يجد المتضرر صعوبة في اثبات الضرر الحاصل الذي كان سببه عيب في سلامة المنتوج، هذا ما يخل بحقوق المتضررين من جراء المنتجات المعيبة، مما يمنح لمنتجي هذه السلع من الافلات من المسؤولية، وهو الشيئ الذي أدى بالبحث عن امكانية اعفاء المستهلك الى حد ما من إثبات أن هناك علاقة سببية بين العيب والضرر.

ويعتبر نظام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة الذي قرره التوجيه الأوربي وإعتمده القانون المدني الفرنسي نظام امر، يمنع كل اعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، غير أن المنتج في علاقته بالمستهلك يستطيع نفي المسؤولية عنه في عدة حالات نصت عليها المواد من 1386-10 الى 1386-17 من القانون المدني الفرنسي وأهمها مايلي :

1 Article 1386-9 dispose que « Le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage ».

2 BENABENT Alain,,op,cit, p,140.

انعدام صفة المنتج أي اذا أثبت المنتج عدم عرضه للمنتوج للتدأول، أو كان عرضه لأسباب أخرى، غير توجيهه للبيع والتوزيع ، وانعدام العيب لحظة عرض المنتوج للتدأول وخطأ الضحية، وفعل الغير أو حادث مفاجئ وما أمر به القانون ومخاطر التطور [1].

وبالرجوع الى قانون الاستهلاك الجزائري رقم 89-02 (الملغى) نجده قد خلا من تطبيق مسؤولية المنتج ضمانا لإلتزامه بخلو المنتوج من العيوب المسببة للأضرار، ماعدى مايمكن إعتباره شروط سلامة المنتوجات من المخاطر التي تمس صحة المستهلك[2].

وقد جاء نص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 محددا لمسؤولية المحترف في تطبيق أحكام الضمان على منتجاته المعيبة والخطرة، وبالتالي يعتبر مسؤولا عن ضمان سلامة المنتوج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للإستعمال المخصص له.

1 Article 1386-11 dispose que « Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve :

1° Qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ;

2° Que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ;

3° Que le produit n'a pas été destiné à la vente ou à toute autre forme de distribution ;

4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ;

5° Ou que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire.

Le producteur de la partie composante n'est pas non plus responsable s'il établit que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit ».

2 تنص المادة 3 من قانون 89-02 (الملغى) أنه " كل منتوج سواء كان شيئا ماديا أو خدمة مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل الانماط التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية ".

إن تكريس المسؤولية عن المنتج من أجل الحصول على التعويض العادل عن الضرر الذي سببته المنتجات في القانون الجزائري تم تأكيده بموجب نص المادة 140مكرر من القانون المدني[1]، لترتب مسؤولية المنتج عن الضرر الناتج عن جراء وجود العيب في منتجاته[2].

وبذلك حدد المشرع الجزائري طبيعة مسؤولية المنتج بموجب المادة 140 مكرر من القانون المدني، والتي كانت غير واضحة في القانون رقم 89-02 (الملغى)، ومن خلال هذه المسؤولية خلق المشرع الجزائري نوع من التوازن مابين أطراف العلاقة (المنتج أو المحترف أو المستهلك) من جهة، ومن جهة أخرى سعى الى التقليص من التجأوزات التي تقع من طرف المحترف ضد المستهلك[3].

وبصدور قانون الاستهلاك رقم 09-03 فرض المشرع التزاما بضمان المخاطر والاضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة للتدأول، وهذا حتى تتحقق مسؤولية كل مهني في عملية وضع المنتوج للإستهلاك[4]، وقد حدد المشرع بموجب هذا القانون الالتزامات الملقاة على

1 ان مصدر المادة 140 مكرر فقرة أولى من القانون المدني هو نص المادة 1386-1 من القانون المدني الفرنسي، والفقرة الثانية مصدرها المادة 1386-3 من نفس القانون، فقد نظم المشرع مسؤولية المنتج في نص المادة 1386 بفقراتها الثماني عشر. في حين أن المشرع الجزائري نظمها فقط في مادة واحدة من القانون المدني هي المادة 140 مكرر.

2 استعمل المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر في نصها الفرنسي مصطلح Vice بينما استعمل المشرع الفرنسي في نص المادة 1386-1 مدني فرنسي مصطلح Défaut ، غير أنه يظهر الفرق واضحا بين المصطلحين، ذلك أن العيب في المنتوج في باب مسؤولية المنتج يقصد به طبقا لنص المنادة 1386-4 قانون مدني فرنسي عدم الاستجابة للسلامة المشروعة، فالعيب الذي يكون من شأنه أن تقوم بموجبه مسؤولية المنتج هو فقط ذلك الذي يعرض سلامة المستعمل للمنتوج للخطر، وهو يختلف عن العيب في مفهومه الكلاسيكي المذكور في المادة 379 قانون مدني باعتباره الافة الطارئة على المبيع التي تنقص من قيمته أو منفعته، شوقي بناسي، من سلبيات القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2008،العدد 02،ص 29

3 محمودي فاطمة، الاثار المترتبة عن المسؤولية المدنية للمنتج، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، 2009، العدد 2، ص. 128.

4 تجب الاشارة هنا أن المشرع الجزائري لم يستحدث نصا خاصا بشروط الاعفاء من المسؤولية المدنية، وانما تبقى شروط الاعفاء من المسؤولية خاضعة لأحكام نص المادة 178 من القانون المدني والقاضية بجواز الاعفاء من المسؤولية، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي اعتبر بمجب نص المادة 1386-15 من القانون المدني أن " الشروط التي ترمي الى استبعاد أو تحديد المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة تكون ممنوعة وتعتبر كأنها لك تكن ".

عاتق المتدخل وجعلها ملزمة ومن النظام العام حتى يحافظ على سلامة المستهلك ويؤكد على مسؤولية المتدخل[1]، ومن حيث نوع المسؤولية الواجبة التطبيق فهي مسؤولية عقدية ومسؤولية مفترضة[2].

ان التزام المهني اتجاه المستهلك هو التزام بضمان السلامة أي أن يحقق للمستهلك الغاية التي قصدها وتوقعها من خلال اقتنائه للمنتج، وعن استعماله له، فإن لم يحقق المهني له ذلك كان مسؤولا اتجاهه، ومسؤوليته هنا مسؤولية مفترضة لا تقبل اثبات العكس الا بواسطة السبب الذي لا يد للمهني فيه، وهذا حسب ما نصت عليه القواعد العامة في المادتين 176 و140مكرر مدني جزائري[3].

ويرى جانب من الفقه الجزائري [4] أن المشرع الجزائري أراد من خلال النصوص التشريعية المنظمة للإستهلاك بالجزائر، أن يقدم حماية فعالة للمستهلك، فأكد على وجوب توفر المنتوج على ضمانات من كل المخاطر التي تسبب ضررا بصحة المستهلك وسلامته ومصالحه المادية، وبالتالي ينشئ عن مخالفة هذا المبدأ مسؤولية خاصة يراعى فيها الضرر الحاصل دون اثبات الخطأ، وبغض النظر عن وجود علاقة تعاقدية أم لا تربط المتدخل بالمستهلك.

Article 1386-15 dispose que « Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites ».

1ومن الأمثلة على تلك الالتزامات في مجال النظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها مانصت عليه المادة 4 من قانونن 09-03 المتعلق بالمستهلك من أنه " يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للغستهلاك احترام الزامية سلامة هذه المواد والسهر على أن لا تضر بصحة المستهلك "، وفي مجاالمحاقظة على المصالح المادية والمعنوية للمستهلكين ما نصت عليه المادة 19 من نفس القانون على أنه " يجب أن لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا تسبب له ضررا معنويا".

2 المحكمة العليا، الغرفة المدنية 2011/10/20 ملف رقم 688491، مجلة المحكمة العليا،2012، العدد أ،ص.139.

3 محمد بعجي، وجوب التزام المتدخل بضمان حماية المستهلك، مجلة حوليات جامعة الجزائر، 2013، العدد 23،ص. 89.

4 حساني علي، المرجع السابق ،ص.323.

كما يرى جانب اخر من الفقه الجزائري[1] أن أحكام القانون المدني والتنشريعات الجنائية الخاصة بحماية المستهلك، لا تجد تطبيقا لها الا بعد وقوع مخالفة، أي لا يعاقب المسؤول بالعقوبات المقررة إلا بعد أن يتعرض فيها أمن وسلامة المستهلك للخطر، بحيث يصبح المنتوج ضارا أو مؤذيا لكل من يستعمله أو يتنأوله، أي بعد وقوع الضرر والتعرف على الضحية والمطالبة بالتعويض، فتوقيع العقوبة لا يكون الهدف منه الاصلاح فقط، بل تحقيق أغراض أخرى هي الردع والوقاية، غير أن الباحث يرى أن هذه الغاية يصعب تحقيقها في مجال سلامة وامن المستهلك في مجال التجارة الالكترونية.

والى جانب مقأومة الشروط التعسفية في عقد البيع الالكتروني والالتزام بالسلامة كضمانات تقليدية لحماية المشتري في مرحالة تنفيذ العقد، فإنه المشتري ونظرا لزيادة خطورة المعاملات الالكترونية، فهو بحاجة الى حماية أكثر فاعلية ، وهو ما نجده في الضمانات المستحدثة لحماية المشتري، والتي سنتطرق اليها في الفصل الثاني.

1 ديدن بوعزة، عرض الدواء للتدأول في السوق في قانون الاستهلاك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008 العدد الثالث، ص.211.

الفصل الثاني

الضمانات الحديثة لتنفيذ عقد البيع الالكتروني

يعد الانتشار الواسع للمعاملات الالكترونية، وما تقدمه من مزايا وفائدة للأفراد والمؤسسات في مختلف ميادين الحياة الاقتصادية والاجتماعية، من أهم الاثار الايجابية لشبكة الانترنت. غير أن المشتري أو المستهلك ليس بمنأى عن الحماية أثناء تنفيذ التعاقد الالكتروني، لذلك أوجدت التشريعات المقارنة ضمانات حديثة لحفظ كافة حقوقه وحمايته تتمثل في الالتزام بالاعلام والحق في العدول والالتزام بالمطابقة.

فإلى جانب الحماية التقليدية للإرادة العقدية من خلال نظرية عيوب الارادة التي لم تعد كافية، ظهر الالتزام بالاعلام وذلك نظرا لأن هناك كثيرا من العقود الالكترونية يحتاج فيها المشتري الى حماية خاصة وفعالة بسبب طبيعة هذه العقود[1]، وهذا إما لأن أحد طرفي التعاقد الالكتروني مهني محترف وإما لان المتعاقد الاخر ليس على دراية تامة أو خبرته غير كافية، أي أن الالتزام بالاعلام يجد أساسه في عدم تكافؤ بين طرفي العقد من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه، الأمر الذي يلقي على المحترف الالتزام بالادلاء للمشتري بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد.

ولأن عقد البيع الالكتروني يتم عن بعد من خلال شبكة الانترنت، ولا يلتقي المستهلك والتاجر ماديا، وكذلك لا يرى المستهلك السلعة أو الخدمة محل التعاقد إلا بعد تنفيذ العقد واستلام السلعة، لأجل ذلك أوجدت القوانين المقارنة ضمانة للمشتري تعد من أقوى الضمانات في عقود البيع الالكترونية وهي الحق في العدول، والذي يستطيع المشتري بموجبه رد السلعة أو

1 ان الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الالكترونية فرضت قواعد خاصة أقرتها التشريعات المقارنة باتجاه حماية مصلحة الطرف الضعيف وهو المستهلك، هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص.301.

رفض الخدمة خلال مدة معين من استلام االسلعة، وذلك دون ابداء الاسباب أو دون أن يتحمل اية تكلفة اضافية.

وفضلا عن الالتزام بالاعلام والحق في العدول، فإن ظهور الالتزام بالمطابقة قد أحرز أهمية كبيرة، وذلك بإعتباره عنوانا لتجسيد الحماية المنشودة للمشتري في عقد البيع الالكتروني، وكذلك المحافظة على متانة المعاملات الالكترونية، ذلك ان الشراء عبر الانترنت يستند على عرض أوصاف المبيع عبرالشبكة، والذي لا يمكن المشتري من الكشف الحسي عن المبيع، فيرتب له حقا على البائع أن يسلمه شيئا مطابقا، لأن من خصوصية العرض عبر شبكة الانترنت أن كثيرا ما يصاحب ذلك العرض صورا له.

فالمشتري في عقد البيع الالكتروني لا تتحقق له رؤية مادية ملموسة للسلعة بل إنه فقط اطلع عليها عبر الشبكة عن طريق الصور، ولا يغير من هذا الأمر أن تكون الصورة المعلن عنها واضحة ومعبرة عن حقيقة المبيع ، لأن هذا لا يعني تسلمه مبيع مطابق، لذلك يقع على البائع ضمان مطابقة سلعته للشروط المواصفات المتفق عليها في عقد البيع الالكتروني.

وبناء على ماتقدم نقسم دراستنا لهذا الفصل الى ثلاثة مباحث، بحيث نتنأول بالدراسة في المبحث الأول الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني، وفي المبحث الثاني الحق في العدول، وفي المبحث الثالث الالتزام بالمطابقة.

المبحث الأول

الالتزام بالاعلام في عقد البيع الكتروني

تتطلب المعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الانترنت الحصول على المعلومات الخاصة بالمستهلك، وفي المقابل، فانها ستعرض خصائص ومميزات السلع أو الخدمات

المقدمة لتشجع المستهلك على التعاقد مما يجعله اكثر عرضة للمخاطر، لذلك وجب على المهني[1] أو التاجر ان لا يستغل الامكانيات التقنية للتجارة الالكترونية لاخفاء هويته الحقيقية، لتفادي الالتزام بمعايير حماية المستهلك واليات تنفيذها[2].

وأصبح بذلك الالتزام بالاعلام[3] ضرورة تمليها الحياة الحديثة ومتطلباتها ، خاصة في عقد البيع الالكتروني،حيث أن هذا النوع من التعاقد يتم باستخدام وسائط الكترونية دون التقاء مادي بين أطرافه، وفيه الكثير من المخاطر التي تؤدي الى التأُثير على اختيار المستهلك.

1 عرف التوجيه الأوربي رقم 7/97 المهني في المادة الثانية النقطة الثالثة بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يبرم عقد من تلك العقود الخاضعة لهذا الوجيه وذلك في اطار نشاطه المهني". وخلافا لما نص عليه عليه التشريع الأوربي، فان المرسوم الفرنسي رقم 741/2001 الخاص بالتعاقد عن بعد لم يحدد المقصود بالمهني. أما القانون الجزائري لحماية المستهلك رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25،فقدعرف المتدخل في المادة الثالثة بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"، كما عرفت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات المهني بأنه " معني بكل نشاط سواء كان تجاري صناعي أو حرفي أو فلاحي مادام يهدف الى تقديم اموال أو خدمات للمستهلكين".

2 محمد سعيد احمد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى،، بيروت لبنان، 2009، ص.361.

3 الى جانب مصطلح الاعلام استعمل الفقه عدة الفاظ أخرى كالالتزام بالاخبار و والالتزام باداء البيانات وتقديم المعلومات، والتبصير والافضاء وحأول التفرقة بينها من خلال عدة تعاريف من بينها ان الالتزام بالإعلام بمعنى L'obligation d'information أنه واجب مفروض بواسطة القانون على بعض البائعين الحرفيين أو الشركات المتخصصة بواسطة الوسائل الملائمة كالإشهار أو البيانات الاعلامية. بينما الالتزلم بالاخبار بمعنى L'obligation de renseignements عرفه بأنه التزام ضمني في بعض العقود، والذي أنشئ عن طريق القضاء بحيث يلتزم بمقتضاه أحد طرفي العقد المفترض فيه أكثر تخصصا وخبرة بابلاغ الطرف الاخر بالمعلومات التي يحوزها والتي لها علاقة بمحل العقد، ويعرف ايضا بانه الدليل، الملاحضة، التعليمات، التي يمكن أن تقدم توضيحات حول واقعة أو قضية ما. أما الالتزام بالافضاء فعرفه على أنه الادلاء بالصفة الخطرة للشيئ المبيع، مع انه لا يمكن ان يقتصر على هذه الصفة الخطرة، وإلا أصبح التزاما بالتحذير،كما تم تعريفه أنه إعلام بظروف التعاقد والتحذير من مخاطره أومن مخاطر السلعة المتعاقد عليها،أومن مخاطر التنفيذ على نحو معين عند الاقتضاء، وبالتالي فان لفظ التبصير بهذا المعنى لا يقتصر على الاعلام، وانما يحتوي على النصيحة والتحذير،الى جانب ذلك فان المشرع لا يستعمل نفس هذه المصطلحات، وانما يشير الى عبارة يوافي بالمعلومات أوأنيقدم حسابا كما هو الحال في عقد الوكالة في نص المادة 577 من القانون المدني، والى عبارة التصريح بجميع البيانات في عقد التامين في المادة 15 من الامر 07/95 الصادر في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون 04/06 الصادر في 20 فيفري 2006، وبالرغم من اختلاف الالفاظ فهي تؤدي نفس المعنى، اي التزام المتعاقد الذي تكون بحوزته معلومات خاصة بمحل

ولأنه غالبا ليس كل مستهلك مدرك لأدوات المعلوماتية مما يظهر عدم التوازن بين طرفي العقد المهني والمستهلك، لذلك وجد الالتزام بالاعلام لمواجهة حالة النقص التقني للمتعاقد نتيجة التبعية الاقتصادية، والهدف هو التوفيق بين حرية التعاقد مع حماية الطرف الضعيف، والاداة هي ارساء توازن العقد، عندما يكون هذا التوازن مهدد بعدم المسأواة الاقتصادية، ومن هنا ينشأ التزام أولي بالاعلام هدفه ايجاد حرية تعاقدية حقيقية لصالح الطرف الضعيف.[1]

وبالاضافة الى ماسبق، فإن الاختلاف في المعرفة بين المهني المحترف والمستهلك ينشئ كذلك التزاما يقع على عاتق البائع أساسه الثقة وحسن النية في التعامل، يقتضي إعلام المستهلك بالمعلومات والبيانات المتعلقة بوضع السلعة أو الخدمة محل العرض للتعاقد، وكل مايلزم لاستخدام المبيع أو الانتفاع به[2]

ويكون الالتزام بالاعلام مطلوبا أكثر في مجال العقد الالكتروني، ذلك أن هذا النوع من التعاقد يتم باستخدام وسائط الكترونية دون التقاء مادي بين أطرافه، وفيه الكثير من المخاطر التي تؤدي الى التأثير على رضا المستهلك

وقد حرصت التشريعات الحديثة على ضرورة إعلام المستهلك الالكتروني على نحو معين يختلف عن الحق في الاعلام في الحالات العادية، وكنتيجة لذلك أصبحت الأسواق الالكترونية أو المتاجر الافتراضية على شبكة الانترنت الأكثر تنظيما وحماية للمتعاملين معها، فهم يتنافسون لتقديم الحماية الأفضل للمستهلك[3]، ففي عقد البيع الالكتروني قد استفاد المستهلك

الالتزام، بابلاغها للطرف الاخر، نقلا عن حامق ذهبية، الالتزام بالاعلام في العقود، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بخدة،2009/2008،ص 11-12.

1 كوثر سعيد عدنـــان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر،2012، ص 274

2 عمر خالد الزريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة تحليلية،،دار حامد، الاردن،الطبعة الأولى،2007، ص.340.

3 محمد سعيد احمد اسماعيل، المرجع السابق، ص.361.

كثيرا من التسوق الالكتروني بالحصول على السعر الأرخص والمنتجات الأفضل نتيجة الى الكم الهائل من المعلومات المتاحة [1].

المطلب الأول

مفهوم الالتزام بالإعلام في عقد البيع الالكتروني وأساسه القانوني

وسنتناول بالدراسة مفهوم الالتزام بالاعلام الالكتروني من خلال التطرق تعريف الالتزام بالاعلام وبيان طبيعته، أي هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، وهل يعتبر التزام عقدي أم التزام ير عقدي، بالاضافة الى التطرق الى بيان الاساس القانوني للإلتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني.

الفرع الأول

مفهوم الالتزام بالاعلام الالكتروني

ان التطور التقني خاصة في العالم الافتراضي الرقمي أوجد خللا في المعلومات بين طرفي العقد المنتج أو البائع والمستهلك أو المشتري، حيث أن منتج السلعة هو الشخص الأول القادر على الافصاح والاعلام اللازمين، بل يكون احيانا هو القادر وحده على ذلك، فهو من يمسك بزمام منتوجه سواء من حيث العلم بكوناته أو من حيث العلم بخطورته[2]

ولأن البيئة الالكترونية تلعب دورا كبيرا في خلق مركز الضعف الذي يوجد فيه المستهلك،والذي تبدأ ملامحه قبل التعاقد عن طريق ممارسة الضغط عليه من خلال الدعاية الترويجية المضللة بشكلها الالكتروني الحديث، اتجهت التشريعات الحديثة التي تعنى بالمستهلك الى النص صراحة على حقه وهو في نفس الوقت التزام على عاتق المهني بإعلام

1 تعتبر الأسواق الامريكية للتجارة عبر الانترنت هي الاكثر تطورا في العالم، حيث انه حوال فقط 10 بالمائة من مجال التجارة الالكترونية تعمل خارج الولايات المتحدة الامريكية.

2 امازوز لطيفة،المرجع السابق، ص. 93.

المستهلك بالسلعة أو الخدمة، بمعنى تزويده بالمعلومات اللازمة والكافية للاختيار والتمييز بينها والتعرف على أصلح ما يحتاج اليه، حتى يكون على علم ودراية بكافة ظروف وأبعاد تعهداته المستقبلية[1].

وبذلك فإنه يقع على عاتق المهني قبل ابرام العقد أن يقوم بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، والتي من شأنها أن تساهم في ايجاد رضا كامل وسليم ومحيط بكافة تفصيلات العقد، ويعد هذا الالتزام اعمالا للالتزام العام بحسن النية المعروف في القانون المدني[2].

وقد تعرض المشرع الجزائري للالتزام بالاعلام في القانون المدني بموجب المادة 1/352 ضمن أحكام عقد البيع بنصه (يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكنه التعرف عليه)

وقد نص التوجيه الأوربي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 المنظم للتعاقد عن بعد[3]، وقانون الإستهلاك الفرنسي على واجب الادلاء بالمعلومات وتبصير المستهلك، الا أن المشرع الفرنسي كان أكثر وضوحا حين قرر في الأمر رقم 2005-648 المؤرخ في

1 خليفي مريم، الرهانات القانونية للتجارة الالكترونية، اطروحة دكتوراه،جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011، ص.266.

2 انطلاقا من القانون المدني الجزائري فإن البائع يلتزم بتزويد المشتري بكافة المعلومات المتعلقة بطبيعة الشيئ المبيع وبطريقة استعماله، وذلك لتفادي أي أخطار يمكن أن يحدثها المبيع، وهو التزام عام توجبه ضرورة تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهو ما نصت عيه المادة 107 على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية ولا يقتصر العقد على الالتزام بما ورد فيه فحسب، بل يتنأول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، العرف، العدالة وبحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك".

3 Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance , JOCE n L 144 , 4juin 1997.

2005/06/06 أن أحكام التعاقد عن بعد المتعلقة بالحق في الإعلام الواردة في نص المادة L121-18 تنطبق على العقود الالكترونية سواء تضمنت منتوج أو خدمة [1]

أولا: تعريف الالتزام بالاعلام

بالرغم من التنظيم القانوني للإلتزام بالإعلام في المعاملات الالكترونية في التشريعات المختلفة[2]، الا أنها جميعها لم تضع تعريفا له، وقد عرفه الفقه المصري على أنه التزام قانوني

1 L'articleL121-18 énonce : « Ces informations, dont le caractère commercial doit apparaitre sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adopté à la technique de communication à distance utilisée » ,Ordonnance no 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de service financiers auprès des consommateurs, j.o.r.f 7 juin 2005p.

2 لا تعد التشريعات الأوربية وحدها السباقة في تتنظيم الالتزام بالاعلام، وانما نجد ايضا الشريعة الاسلامية قد اعترفت بوجود هذا الالتزام في مجال البيوع، كالتزام شرعي يلزم طرفي العقد بتقديم المعلومات الجوهرية المتصلة بموضوع العقد الى الطرف الاخر اذا كان هذا الاخير يعجز عن الاطلاع بإمكانياته الخاصة، وقد استند الفقه على ما يمكن استنتاجه من ايات قرانية التي تنهي عن الغش والخداع اذا كان المتعقد يعلم بأن الطرف الاخر سيعزف عن ابرام العقد اذا أعلمه بالمعلومات الضرورية ومثالها "" وأقيمو الوزن بالقسط ولا تخسرو الميزان "، كما استدل الفقه بأحاديث الرسول (ص) ومن بينها : ماورواه ابو خالد حكيم بن خزامى (رضي الله عنه) عن الرسول (ص) (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدق البيعان وبينا بورك لهما في بيعهما وان كذبا وكتما محقت بركة بيعها، وما روي عن عقبة بن عامر أنه سمع رسول الله (ص) يقول : " المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه"، واستخلص الفقه أن هذه الاحاديث تأمر المتعاقدين بالصدق والبيان وقت التعاقد، كما جعلت الصدق في المعاملات سببا من أسباب نزول البركة على من يتعامل بالصدق، في حين يحثهم بالابتعاد عن الكذب والكتمان و يجعلهما من وسائل الغش التي تزيل البركة،واضافة الى هذا الالتزام الذي جعلته الشريعة الاسلامية يقع عل عاتق المتعاقدين، فإنها تضع هذا الالتزام على عاتق الغير استنتاجا لما رواه عن وائلة بن الاسقع (رضي الله عنه) أنه قال قال رسول الله (ص) " يحل لأحد أن يبيع شيئا إلا بين مافيه و لايحل لأحد يعلم بذلك إلا بينه" ، فيتضح من ذلك أن الشريعة الاسلامية تضع هذا الالتزام على عاتق الغير ايضا وأساسه هو وجود التعأون بين المسلمين بإعتبارهم أسرة واحدة، بحيث تتوحد مصالحهم ورغباتهم ويدور الالتزام بالاعلام في الشريعة الاسلامية من خلال أقوال الفقهاء حول ثلاث محأور :

الأول : أن مضمون هذا الالتزام يكمن في المعلومات والصفات الجوهرية المتعلقة بالعقد

الثاني : أن الهدف من هذا الالتزام هو تحقيق العلم الكافي للمشتري والذي يتحقق في المقام الأول بالرؤية أو المعينة والا ببيان الصفات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي لا يمكن للمشتري الاحاطة بها بوسائله الخاصة

الثالث : الاثر المترتب على عدم الوفاء بهذا الالتزام هو عدم مشروعية البيع اذ أن هناك اجماعا على أن الكتمان التدليسي محرم شرعا، نقلا عن حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 8، أشرف محمد مصطفى ابو حسين، المرجع السابق،ص.107.

عام وسابق على التعاقد يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المرد ابرامه[1]، والتي يعجز عن الاحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه بالعقد، ويعرف أيضا أنه بالالتزام يقع على عاتق التاجر الالكتروني أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الالكترونية الحديثة بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصه وبياناته التجارية وبكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد والتي بناء عليها يتخذ المستهلك قراره بالاقدام على التعاقد أو عدم التعاقد بناء على ارادة حرة مستنيرة[2].

كما عرفه البعض بأنه تنبيه طالب التعاقد بصورة من شأنها القاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره ، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبا في ضوء حاجاته وهدفه من إبرام العقد[3].

وعرفه البعض الاخر بأنه التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الاخر على ابرام العقد أو تنفيذه بل تحذيره ولفت نظره اذ ا استدعى الأمر ذلك[4].

1 يفرق بعض الفقهاء بين الالتزام بالاعلام وبين الادلاء بالمعلومات، وذلك على أساس أن لفظ المعلومات له أصل قضائي، فالالتزام بالمعلومات في نظرهم واجب ضمني في بعض العقود يلتزم بمقتضاه أحد طرفي العقد المفترض فيه أنه الاكثر تخصصا والافضل دراية وخبرة بإبلاغ الطرف الاخر بالمعلومات التي يحوزها فيما يتصل بالعقد، بينما للفظ الاعلام أصلا تشريعيا اذ يمثل الالتزام بالاعلام واجبا مفروضا بواسطة القانون، خاصة أن البائعين الحرفيين أو الشركات المتخصصة بتقديم المعلومات التي تتصل بموضوع التعاقد أو بالعملية المطروحة من خلال الوسائل المتاحة كالدعاية مثلا، تغريد عبد الحميد أبو المكارم، الالتزام بالاعلام في عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص ص 126-127.

2 كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص. 274.

3عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك منشأة المعارف الاسكندرية،2008،ص.188.

4محمد مرسي الزهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية،دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة،2000،ص.173.

يتبين من خلال التعريفات السابقة أن الالتزام بالاعلام يقع على عاتق المهني الطرف القوي بتزويد المستهلك وتنويره بالمعلومات الكافية حول العقد المراد ابرامه، لما له من خبرة فنية تجعله عالما بكافة البيانات الجوهرية والتفصيلية للسلعة أو الخدمة محل التعاقد[1]

ويتم الالتزام بالاعلام سواء في شكله التقليدي أو الالكتروني في المرحلة السابقة للتعاقد أو في المرحلة اللاحقة له،وذلك مع وجوب توفر شرطين، أولهما أن يكون أحد المتعاقدين مهنيا خبيرا على نحو يسمح له بالعلم الشامل والكافي ببيانات ومو اصفات المبيع محل عقد الاستهلاك، ولا يقتصر علم المهني بالمعلومات المتعلقة بالمنتج، بل يتعداها الى العلم بأهميتها وبدورها الفعال في تكوين رضا المستهلك[2].

اما الشرط الثاني فهو أن يكون المستهلك جاهلا لهذه المعلومات، حيث أن هذا الجهل هو الذي يجعل المهني في عقود الاستهلاك الالكترونية مدين بالاعلام للمستهلك، غير أن جهل المستهلك لابد أن يكون مشروعا باعتبار أن الالتزام بالاعلام الذي يقع على عاتق المهني له

1 تجب الاشارة الى ان الاعمال التجارية الالكترونية تكون بصفة عامة مسبوقة بشكل من أشكال الدعاية والاعلان عبر شبكة الانترنت، ولا شك ان الاعلان أو الاشهار أصبح من أهم اليا النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح عبر شبكة الالكترونية، غير انه يجب بيان الاختلاف بين الالتزام الاعلام الالكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت عن الاعلان أو الاشهار ، فالاعلام هو عبارة عن التزام قانوني سابق على ابرام العقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية وتخص العقد المزمع ابرامه بتقديمها الى الطرف الاخر، بهدف ان يصدر صحيحا سليما في العقد، اما الاعلان فهو يهدف الى ترويج المنتجات والخدمات بقصد تحقيق الكسب المادي، بالاضافة الى انه يكون مدفوع الاجر عادة وبحسب الوقت والمساحة التي تشترى في وسائل الاعلام المختلفة، فضلا عن كونه أحد طرق تمويل وسائل الاعلام، بينما الاعلام هو أكثر موضوعية من الاعلان الذي لا يخلو من قدر من المبالغة والتضخيم في التعبير وفي بيان أوصاف المنتجات أو الخدمات، كما يمكن التمييز بين الاعلام والاعلان من الناحية العملية في بعض الحالات، فالاعلان وسيلة للتاثير في الجمهور ولكن من خلال شكل تجاري أحيانا يكون مباشرا، الهدف منه هو تحويل المستقبلين للرسالة الاعلانية الى زبائن ومستهلكين للسلعة أو الخدمة، والاعلام يظل مختلفا عن الاعلان باعتبار أن الهدف منه جعل الشخص الموجه اليه الاعلام في وضع يمكنه من اتخاذ قراره دون مساعدة من وجه اليه الاعلام، وعليه يتميز الاعلان عن الاعلام من ناحية الهدف، حيث يهدف الاعلان الى العمل على رواج المنتجات والخدمات بين الجمهور كي يقدم على الشراء، بينما لا يهدف الاعلام الى ذلك بل يعمل على تكوين فكرة معينة أو دعم الثقة في نظام معين، نقلا عن خلد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص132، صفوان حمزة الهواري، المرجع السابق، ص.296.

2 محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجا معة الجديدة، الاسكندرية، 20003، ص. 139.

حدود، حيث لا يتعدى ما يجهله المهني شخصيا ولا المعلومات التي يعلمها المستهلك أو يفترض علمه به[1]، وسنتطرق لهذين الشرطين بدراسة تفصيلية عند دراسة مضمون الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني.

ثانيا: طبيعة الالتزام بالإعلام

يقع على البائع أو المهني في التعاقد الالكتروني التزام بالاعلام، هدفه إخبار المستهلك بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالتعاقد وذلك حتى يكون تعاقده سليما، ويجب ان يتم تقديم المعلومات تطبيقا لمبدأ حسن النية في التعاقد.

غير أنه يطرح التساؤل بالنسبة لطبيعة التزام المهني أو التاجر بالإعلام، هل هو التزام ببذل عناية ام التزام بتحقيق نتيجة[2] ؟، هذا من جهة، ومن جهة أخرى هل هو التزام عقدي أم غير عقدي؟.

1 الإلتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة ؟

اختلف الفقه حول كون الالتزام بالاعلام هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة، ويرى البعض أن الالتزام بالاعلام ببيانات ومخاطر الشيئ المبيع كالتزام يهدف الى سلامة المشتري من الخطورة الكامنة في الشئ المبيع يتطلب الشروط المطلوبة للالتزام ببذل عناية ، والمتمثلة في كون النتيجة المطلوبة من الالتزام احتمالية وليست مؤكدة الوقوع، وأن يكون للدائن دور في تحقيق النتيجة أو منعها ذلك لأن المنتج أو البائع يهدفان من وراء التحذير المكتوب على

1 خالد ممدوح ابراهيم،أمن المستهلك الالكترونية، دار الجامعية، الاسكندرية،2008،ص.81.

2 يقصد بالالتزام ببذل عناية الالتزام الذي يلتزم بمقتضاه المدين ببذل عناية الرجل المعتاد لتحقيق النتيجة المطلوبة ، اما الالتزام بتحقيق نتيجة فهو الالتزام الذي يلتزم بمقتضاه المدين بتحقيق نتيجة معينة بإتخاذ الوسائل اللازمة لذلك ، ويترتب على هذا التقسيم نتيجة عملية هامة مقتضاها أن المدين لا يكون مسؤولا اذا كان التزامه ببذ ل عناية إذا ثبت أنه بذل في تحقيق النتيجة العناية المطلوبة والتي يبذلها في نفس الظروف الرجل المعتاد ، أما اذا كان الا لتزام بتحقيق نتيجة فان المدين يكون مسؤولا اذا تخالفت ا لنتيجة محل الالتزام، حتى ولو بذل في سبيل تحقيقهاعناية الرجل المعتاد، نقلا عن محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص.178.

السلعة أو المرفق بها أو الذي يتم الادلاء به شفاهة الى تجنب المشتري ما بها من خطورة ولكنهما لا يضمنان الوصول الى هذه النتيجة[1].

وبذلك لا تكون سلامة المشتري محلا لالتزام البائع أو المنتج ، ولكنهما يتعهدان فقط بإحاطة المشتري علما بما يضمن سلامته، وليس بإمكان أي منهما التعهد بأكثر من ذلك، لان الاعلام مهما بلغت درجة وضوحه لا يكفي وحده لتحقيق سلامة المشتري، لان ذلك يتوقف على مدى استجابة المشتري لهذا الاعلام والتزامه به [2]، و لأن المعلومات المقدمة له تتطلب تعأونه حتى تتحقق نتيجتها، فان هذا يعني ان التزام البائع أو المهني هنا هو في الحقيقة التزام ببذل عناية [3].

ويرى البعض الاخر من الفقه أن الاتزام بالاعلام هو التزام بتحقيق نتيجة، لأن القول بأن الالتزام بالاعلام ببيانات ومخاطر الشيئ المبيع كالتزام يهدف الى تحقيق سلامة المشتري أو المستهلك هو التزام ببذل عناية من شأنه أن يجعل هذا الالتزام عديم الجدوى لأن على المدين باي التزام أن يبذل في تنفيذه العناية الواجبة سواء وجد الالتزام بضمان السلامة ام لا[4].

ولأن القول بأن الالتزام بالاعلام هو التزام بتحقيق نتيجة، فإن ذلك يحقق حماية للمستهلك لأن فيه تخفيفا لعبئ الاثبات عنه وهو طرف ضعيف في مواجهة طرفي قوي يملك النفوذ الاقتصادي، وتبعا لاعتباره التزاما بتحقيق نتيجة فما على المستهلك إلا أن يثبت عدم التنفيذ من

1 حمدي احمد سعد، الالتزام بالافضاء بالصفة الخطرة للشيئ المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي،دار الكتب القانونية،مصر،2010، ص.164.

2 محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص.178.

3 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.286.

4 حمدي احمد سعد، المرجع السابق ص.171.

جانب المدين حتى تقوم مسؤوليته، ولا يستطيع المدين التخلص منها الا بإثبات السبب الاجنبي أو اثبات خطأ الغير[1].

2 الالتزام بالاعلام هو التزام عقدي ام التزام غير عقدي

لتحديد طبيعة الالتزام بالاعلام من ناحية كونه التزاما ناشئا عن العقد ومرتبطا به فيكون تعاقديا، أو التزاما مستقلا عن العقد فيكون غير تعاقدي أهمية بالغة، خاصة فيما يتعلق بالجزاء الذي يترتب في حالة الاخلال به، ولا سيما في حالة المطالبة بتعويض ما نشأعن هذا الاخلال من أضرار [2]، فهل تكون هذه المطالبة على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية أو وفقا لقواعد المسؤولية العقدية ؟

فإذا اعتبرنا أن الالتزام بالاعلام التزاما عقدي وأن المسؤولية عنه مسؤولية عقدية، فإن ذلك يؤدي الى التسهيل على المستهلك لأنه يستفيد من قواعد الاثبات في المسؤولية العقدية، فما عليه الا أن يثبت عدم التنفيذ للالتزام بالاعلام حتى تتقرر مسؤولية المهني بالالتزام بالاعلام[3].

أما اذا اعتبرنا الالتزام بالاعلام التزاما غير عقدي والاخلال به يرتب المسؤولية التقصيرية، فيرجع ذلك لاعتبار الالتزام بالاعلام التزاما مستقلا عن العقد، ويجب الوفاء به قبل تكوين العقد، ذلك لأنه لا يمكن اعتباره التزاما عقديا لانه نشأ في مرحلة سابقة على نشأة العقد الذي هو مصدر الالتزام، وحيث أنه ينعدم في هذه الحالة الرضا الذي هو أحد أركان العقد

1 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.287.

2حمدي أحمد سعد، المرجع السابق،ص. 135.

3 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.283.

وهنا تجب الإشارة الى أن الالتزام بالاعلام يمر بمرحلتين، مرحلة يلتزم من خلالها المهني بالادلاء بالمعلومات لمساعدة المستهلك في اتخاذ قرار التعاقد، وهنا يتم الاعلام قبل التعاقد، ومرحلة أخرى يلتزم المهني من خلالها بإعلام المستهلك بكل ما يحدث اثناء تنفيذ العقد.

غير أنه وان كان الالتزام بالاعلام يمر بمرحلتين، فإنه من الافضل عدم تجزئته واعتباره التزاما واحدا تكون المسؤولية المترتبة عليه عقدية لا تتغير بتغير المرحلة التي يمر بها سواء قبل العقد أو بعد ابرامه[1]،وذلك تسهيلا للمستهلك حتى لا يجد نفسه مظطرا لرفع دعويين عن اخلال بالتزام واحد لكونه يمر بمرحلتين، كما أن المسؤولية العقدية قد تتسع في حالات معينة لتشمل أخطاء سابقة على ابرام العقد لكون الفعل وان كان سابقا على التعاقد، الا ان اثاره ونتائجه لا تظهر الا بعد ابرام العقد كما هو الحال مثلا في ضمان العيوب الخفية[2].

ثالثا: أهمية تقرير الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني

يرجع سبب تقرير الالتزام بالاعلام الى طبيعة العقد الذي يبرمه المستهلك والذي يتميز في كثير من الاحيان بانعدام التوازن العقدي بين طرفيه، خاصة وأن هذه العقود تبرم بوسائل

1 اذا كان الهدف الذي يرمي الى تحقيقه والوصول اليه كل من الالتزام بالاعلام قبل التعاقد والالتزام التعاقدي بالاعلام واحدا يتمثل في تبصير الطرف المتعاقد بخصوص المسائل الجوهرية للعقد، غير أنه ثمة مظاهر وأوجه اختلاف بينهما من حيث الأساس والمصدر، وبذلك يختلف الالتزام بالاعلام قبل التعاقد عن الالتزام التعاقدي بالاعلام أو الاساس الذي يجد كل منهما منه وجوده ونشاته في مجل التعامل. فالالتزام بالاعلام قبل التعاقد يجد أساسه بعيدا عن العقد الذي يبرم من بعده، ويجد اساسه ومصدره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية قبل التعاقدي بوجه عام. وهذا بخلاف الالتزام التعاقدي بالاعلام الذي يجد مصدره في العقد الذي يتضمن التزام احد طرفي العقد بإعلام الطرف الاخر بالمعلومات الهمة والجوهرية أثناء تنفيذ العقد كما يختلف الالتزامان من حيث وقت النشاة، فينشئ الالتزام بالاعلام قبل التعقد وينفذ في المرحلة السابقة على العقد أي قبل تكوين العقد وابرامه. أما الالتزام بالاعلام التعاقدي فينشئ وزينفذ في مرحلة لاحقة لمرحلة ابرام العقد، ويترتب على ذلك أنه متى تثت للإلتزام بالاعلام قبل التعاقد الصفة قبل التعاقدية فيعد بذلك التزاما قانونيا له طبيعة قانونية غير عقدية، يستمد أساسه من المبادئ العامة للقانون. في حين أن الالتزام التعاقدي بالاعلام له صفة تعاقدية يجد أساسه ومصدره من العقد، كما يترتب على ذلك الاختلاف اختلاف المسؤولية الناشئة عنهما، خالد جمال أحمد، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة،2003، ص ص 103-107-109

2 محمد مرسي الزهرة، المرجع السابق، ص. 166.

الكترونية يكون فيها الحضور افتراضيا بين طرفيه، أي الغياب المادي لطرفيه[1]،اضافة الى البعد المكاني الذي يظل عاملا مثيرا للعديد من الاشكالات، الامر الذي يؤدي الى ضرورة توفير حماية خاصة للمستهلك الالكتروني، وعليه فإن هناك ضرورات عملية هي التي أدت الى وجود الالتزام بالاعلام.

تكمن أهمية الإلتزام بالاعلام في أن المتعاقد المستهلك يعبر بموجبه عن إرادة حرة واعية، ولا يقلل من أهمية الالتزام بالإعلام أنه أمام المستهلك امكانية رفع دعوى عيوب الإرادة، وذلك لأن هذه الدعوى لا ترفع الا بعد اتمام التعاقد، وقد اعتبر المشرع الجزائري كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، تجيز للمدلس عليه ابطال العقد، وفي ذلك تنص المادة 2/86 من القانون المدني بقولها " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ".

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا، من أن المبدأ في القانون الجزائري هو اعتبار السكوت العمدي عن واقعة مؤثرة في التعاقد تدليسا، الا اذا كان المتعامل مهنيا كما هو الحال غالبا في عقد البيع الالكتروني فإنه لا يمكن له الادعاء بالغش أو التدليس[2].

غير أن الكثير من المستهلكين لا يلجؤون لهذه الدعوى وخصوصا اذا كان محل التعاقد ليس ذو قيمة كبيرة. في حين ان الالتزام بالإعلام هدفه جعل المستهلك على بينة تامة بما هو مقدم عليه، لذلك يضيف الالتزام بالاعلام الى أحكام نظرية التراضي وعيوب الإرادة الكثير من

1 عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري دراسة مقارنة، مجلة جامعة النجاح للابحاث (العلوم الانسانية) المجلد 27(1)، 2013،ص.08.

2 المحكمة العليا غ م 1993/06/23، ملف رقم 101365، غير منشور (العنب المباع كان مصابا بامراض الكروم، وأن البائع كتم هذا المرض قصد بيع العنب).

الأحكام التي تجعلها متكاملة ويساعد أيضا على خلق نوع من التوازن العقدي في مراكز المتعاقدين[1].

ويرى جانب من الفقه الجزائري[2] – وهو على حق في ذلك – أنه يجب الإعتراف بأن حق المستهلك في الإعلام أصبح إحدى الركائز الأساسية لكل سياسة توضع للدفاع عن المستهلكين، وهو بوجه عام أداة قانونية لحماية ارادة المتعاقد الضعيف، كما من شأنه أن يعالج الإختلال في التوازن في العلاقات بين المحترفين و المستهلكين. وأن إعلام المستهلك يجد مصدره في جهتين أولها : المحترف نفسه الذي يقع عليه مبدئيا التزام اجباري عام بالإعلام بصورته قبل التعاقدية وبعد التعاقدية[3]، أما القناة الثانية لإعلام المستهلك فأوكلها المشرع الى جمعيات المستهلكين، والى مؤسسات استشارية أهمها المجلس الوطني لحماية المستهلكين، مما يؤكد أهمية الوصول للمعلومة وحرية استخدامها[4] .

ويعد الإلتزام بالإعلام ضروريا لسلامة العقود في ظل عدم المسأواة بين المتعاقدين، لأن مبدأ السلامة في العقود لا يمكن ان يتحقق من خلال امكانية عرض القواعد الملزمة للعقد وبمساعدة فكرة حسن النية فقط، ذلك أن هذه الفكرة غامضة وغير مؤ كدة، لذلك يعد البحث

1 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.281.

2 محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006، ص. 692.

3 يتمثل الاساس القانوني للالتزام قبل التعاقدي في الاعلام في نص المادة 2/86 من القانون المدني الخاصة بالسكوت التدليسي، أما الصورة الثاية المتمثلة في الالتزام بالاعلام التعاقدي فيجد اساسه القانوني في النصوص المتعلقة بضمان العيوب الخفية، وبمبدأ حسن النية، ودعوى عدم العلم الكافي، المادة 352 مدني جزائري

4 رغم الأهمية الشديدة لضمان الوصول للمعلومات وحرية استخدامها، بل ضمان الحق في وضعها على شبكة الانترنت التي تديرها الولايات المتحدة، ورغم كل ما تقوله السياسة الامريكية عن حق الاتصال والتواصل وتدأول المعلومات وتضغط لضمانه دستوريا أو قانونيا، فإنها تصر على ادارة الشبكة العلمية لوحدها وفرض الرقابة عليها، متذرعة أحيانا باغلاق المواقع الارهابية، واحيانا أخرى بقطع التواصل مع الارهابيين ودائما حسب متطلبات سياستها ومصالحها، معوان مصطفى، المرجع السابق، ص.21.

عن السلامة في العقود في إطار الإلتزام بالإعلام أحسن من تبرير الجزاء الضروري للتصرفات قبل العقدية غير المقبولة بالالتجاء الى فكرة التدليس فقط.

ولأن الإلتزام بالإعلام في مجال التعاقد الالكتروني حل محل الحياد السلبي الذي كان متمثلا في عدم الغش أو الخداع أو التضليل، اذ أنه يعبر عن فرصة التزام ايجابي بالصدق والأمانة نحو المتعاقد الاخر، والذي لا يعد الا تحقيقا لمبدأ حسن النية الذي يحكم تنفيذ العقود والذي يجب أن يبدأ مساره من المفأوضات التمهيدية وابرام العقد وينتهي بالتنفيذ النهائي للعقد

ان محأولة تصحيح رضا المستهلك لا تكتمل دون البحث عن الوسائل القانونية الكفيلة بتحقيق التوازن العقدي الناجم عن عدم التكافئ في العلاقة بين المستهلكين والمحترفين، والتي من أهمها الالتزام بالاعلام، وهذا نتيجة لمبالغة ادراج المحترفين للشروط التعسفية في العقود. ولا يمكن للمحترف التمسك بمبدأ سلطان الارادة، وبقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، لاضفاء الشرعية على الشروط الضالمة للمستهلكين، وأن هذه القاعدة الاصلية لا يجب تطبيقها في عقود الاستهلاك[1].

تكون الأعمال التجارية الإلكترونية مسبوقة عادة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان[2] التجاري الالكتروني، ولأن الإعلان في شكله الإلكتروني أقل تكلفة وأكثر سهولة من الإعلان

1 محمد بودالي، حماية المستهلك...، المرجع السابق، ص.694.

2 يختلف الإعلان عن الدعاية في ان الإعلان يعرف على أنه كل وسيلة تهدف الى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية وبذلك فهو يفترض لقيامه نوع من التكرار والالحاح بهدف تنشيط الطلب على المنتجات والخدمات،. كما يعرف بانه اخبار أو اعلام تجاري أو مهني القصد منه التعريف بمنتج أو خدمة معينة عن طريق ابراز المزايا والمحاسن بهدف خلق انطباع جيد يؤدي الى اقبال الجمهور على هذا المنتج أو هذه الخدمة، اما الدعاية فهي النشاط الذي يؤدي الى التأثير في عقيدة في رأي الجمهور، سواء لجعله يؤمن بفكرة أو بمبدأ، فهي نشاط يهدف الى نشر أفكار واراء معينة وتجميع أنصار لهذه الافكار،وان كانت الاعلانات الالكترونية تعتبر من وسائل الدعاية عبر شبكة الانترنت، الا انها غالبا ما تحتوي على مجرد بيانات ومعلومات الهدف منها بيان طبيعة السلعة وثمنها ونسبة الخصم ومصاريف الشحن، وبذلك تختلف الدعاية عن الاعلان التجاري عبرب شبكة الانترنت، في كون الاعلان مدفوع الاجرعلى حين يغلب على الدعاية ان تكون مجانية، والدعاية لا تهدف الى تحقيق كسب مادي،كالدعايةالى الانضمام الى جمعية خيرية، على عكس الاعلان التجاري الذي يهدف الى التاثير في رأي

التجاري التقليدي، فإنه يشكل مصدر خطورة حقيقية على توجيه ارادة المستهلك، وذلك بدفعه الى الاقدام على شراء السلع أو الاستفادة من الخدمات دون ان يكون بحاجة فعلية اليها، فيكون التظليل ايجابيا اذا تضمن مواصفات خادعة مغايرة للحقيقة، أو سلبا كعدم ذكر بيانات جوهرية أدت الى تكوين صورة مخالفة للحقيقة.

فالاعلان التجاري وان كان من مظاهر المنافسة المشروعة ووسيلة للتعريف بالمنتتجات والخدمات، الا أنه انقلب سلبا عل المستهلك، وذلك عن طريق استعمال الاعلان الخادع، وهو ذلك الاعلان الذي يتم بأية وسيلة كانت، ويتنأول دائما عرضا أو بيانا أو ادعاء كاذبا أو مظللا[1]، أو أنه يصاغ بعبارات من شأنها أن تؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة الى خداع أو تظليل المستهلك[2]، لذلك تزداد قيمة الاعلام الالكتروني في ظل هذه البيئة الالكترونية الرقمية، وأن المستهلك الذي يشارك في التجارة الالكترونية يجب أن يمنح حماية ليست أقل من مستوى الحماية الممنوحة له في الأشكال الأخرى من التجارة[3].

لم تعد العقود الالكترونية قاصرة على مفهومها التقليدي المتمثل في احتكار أحد أطراف العلاقة العقدية بمقتضى القانون أو بحكم الواقع تقديم خدمة جوهرية لازمة للطرف الاخر، لان التطور العلمي والتكنولوجي الحديث الذي يشهده العالم ساهم في انحراف البيع عن أسلوبه التقليدي فلم يعد بسيطا كما كان، بل أصبح التعاقد الالكتروني أكثر تعقيدا وتعددت أنواع السلع والمنتجات وظهرت تقنيات يجهلها المستهلك في أغلب الاحيان، بل يجهلها كذلك أشخاص

المستهلكين بغرض جعلهم يقبلون على التعاقد مع المعلن، نقلا عن، خالد ممدوح ابراهيم،، امن المستهلك الالكتروني، المرجع السابق، ص.110.

1 ان الاعلان الكاذب أو المظلل يمثل إفسادا لإختيار المستهلكين، وهو ما يلحق بهم ضررا محققا، ولا يقتصر أثره على ما يلحق المستهلك الفرد من ضرر، بل يمتد ليشمل الحياة الاقتصادية جميعها، ويؤدي لمنافسة غير مشروعة. زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه،الجزائر،2005،ص.143.

2 براهيم عماري، إعلام البائع (المنتج أو الموزع) بالوسائل الحديثة وموقف الفقه الاسلامي منها، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، العدد الخامس، 2001، ص.35.

3 محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق، ص.362.

محترفين في نفس المجال، كما هو الحال لمنتجي السلع الالكترونية وأجهزة الحاسب الالي، حيث يتفوق المنتج بخبرته في هذا المجال على البائع فضلا عن المستهلك[1]

وقد أدت الأمور السابقة الذكر الى إتخاذ الإذعان شكلا جديدا ومظهر مختلفا عن مظهره التقليدي، يتمثل في اذعان الطرف الضعيف من حيث الدراية والعلم للطرف الاخر صاحب الخبرة والمعرفة، يبرم معه العقد وهو يجهل كليا أو جزئيا جوانب هامة متصلة بالعقد.

وتختلف الحماية التي يمنحها المشرع للطرف الضعيف في عقد الاذعان التقليدي عن تلك الواردة في عقد الاذعان في صورته الحديثة، حيث أنه تكمن الحماية في عقد الاذعان التقليدي في أمرين، أولهما يتمثل في سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في العقد أو أوعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة،والامر الثني يتمثل في تفسير العبارات الغامضة الواردة في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن.

أما الإذعان في صورته الحديثة والتي من بينها عقد البيع الالكتروني فإن الوسيلة الوحيدة لأجل حماية الطرف الضعيف من التزام المتعاقد المهني هي إعلام المستهلك حتى يتحقق التوازن والمسأواة في مستوى المعرفة بين الطرفين[2] .

الفرع الثاني

الأساس القانوني للالتزام بالإعلام

إختلفت الأسس القانونية التي يمكن أن يقوم عليها الالتزام بالاعلام وذلك تبعا لتنوع وجهات النظر الفقهية والتي تتمحور أغلبيتها حول كون أن التشريع هو أساس الالتزام بالاعلام، أو أن الالتزام بالإعلام يعد تطبيقا من تطبيقات نظرية العيوب الخفية، أو أن مبدأ حسن النية في التعاقد هو الاساس الذي ينبثق منه الالتزام بالاعلام.

1 حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص.56.

2 أشرف مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.116.

ولأنه وإن كان قد حصل إجماع على ضرورة مسائلة البائع عن الأضرار التي تنجم عن إخلال البائع بواجب الالتزام بالاعلام، فالأمر لم يكن كذلك بالنسبة للأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية، اذا أن هذا الالتزام لم يظهر كإلتزام مستقل وقائم بذاته إلا منذ وقت حديث نسبيا[1].

وسنقوم بدارسة التشريع كأساس للالتزام بالاعلام، ثم دراسة الالتزام بالضمان ومبدأ حسن النية كأساسين للإلتزام بالإعلام.

أولا : الأساس التشريعي للإلتزام بالاعلام

يستند أنصار هذا الاتجاه على النصوص القانونية التي تلزم البائع صراحة أو ضمنيا بإعلام المشتري بكل مواصفات وخصائص المبيع، ومنها المادة 352 من القانون المدني الجزائري التي تعد أساسا لإعلام المشتري بأوصاف المبيع الأساسية وكافة البيانات التي تمكن المشتري من التعرف على حقيقة المبيع[2].

كما جسد المشرع الجزائري الالتزام بالاعلام من خلال القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009[3] المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بنصه في المادة 17 منه على أنه " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك، بواسطة الوسم ووضع علامات أو أية وسيلة أخرى مناسبة، كما أوجب المشرع الاعلام المسبق للمستهلك بشروط العقد من أجل تحقيق نزاهة وشفافية العمليات التجارية في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 بنصه في المادة 04 منه على

1 أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص. 93.

2 تنص المادة 352 من ق م ج (يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا وعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الاساسية بحيث يمكن التعرف عليه.).

3قانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 ج ر رقم 15 بتاريخ 08 مارس 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

أنه " يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وابرامه".

وبموجب القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التدليسية، نص المشرع الجزائري على ضرورة تمكين المستهلك من معرفة ثمن الأسعار وأسعار السلع والخدمات وشروط البيع في المادة 04 منه بقوله" يتولى البائع وجوبا اعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع ".

وفي هذا الصدد نجد أن المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم[1]، قد أشار لأول مرة لإعلام المتنافسين المتعهدين المشاركين في المناقصة الذين يريدون الحصول على مشروع الصفقة عن طريق النشر الإلكتروني[2]،حيث جاء الباب السادس من هذا المرسوم تحت عنوان الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية، وورد القسم الأول من هذا الباب بعنوان الاتصال بالطريقة الالكترونية، والقسم الثاني تبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية.

1المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 بتاريخ 07 اكتوبر 2010 معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-98 مؤرخ في 01 مارس 2011، ج ر عدد 14 بتاريخ 06 مارس 2011، معدل وتمم بمرسوم رئاسي رقم 11-222 مؤرخ في 16 جوان 2011،ج ر عدد 34 بتاريخ 19 جوان 2011، معدل ومتمم بمرسوم رئاسي رقم 12 -23 مؤرخ في 18 جانفي 2012 ، ج ر عدد 04 بتاريخ 26 جانفي 2012، معدل ومتمم برسوم رئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 يناير 2013، ج ر عدد 02 بتاريخ 13 يناير 2013، **مع الاشارة الى أن المرسوم الرئاسي 10-236 تم الغاؤه بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والذي يدخل حيز التنفيذ في 20 ديسمبر 2015.**

2 رغم أهمية النشر الإلكتروني كإجراء لإعلام المتعهدين من الناحية العملية إلا أن المشرع لم ينص عليه في المرسومين الرئياسيين السابقين له أي المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 52 لسنة 2002(الملغى)، ولا المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 62 لسنة 2008 المتضمن قانون الصفقات العمومية (الملغى)

ويعد الإعلان عن المناقصة اجراء جوهري تلتزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال المناقصة [1]، حيث أن وجود التنافس يقتضي إعلام الإدارة لجميع المتنافسين وكذلك الجمهور عن رغبتها في التعاقد وفتح المجال أمامهم لتقديم عروضهم بكل الوسائل المتاحة والتي من أهمها الجرائد الوطنية[2] والنشر الإلكتروني، وهذا بهدف تمكينهم من الحصول على المعلومات الكافية و المتعلقة بالصفقة.

وبذلك نص المشرع على الإعلام عن طريق النشر الالكتروني في الصفقات العمومية في المادة 173 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، من أنه تؤسس بوابة الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية، كما جاء في المادة 174 من نفس المرسوم أنه يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق المناقصة – الدعوة الى المنافسة – تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية. كما يمكن للمترشحين للصفقات العمومية أن يردو ويقدمو أظرفتهم وملفاتهم بالطريقة الإلكترونية على نحو سيبين في قرار وزاري صادر عن وزير المالية.

1نص المشرع بموجب المادة 45 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على مايلي : (يكون اللجوء الى الاشهار الصحفي الزاميا في الحالات الاتية :

- المناقصة المفتوحة
- المناقصة المحدودة
- الدعوة الى الانتقاء الأولي
- المسابقة
- المزايدة

2 نظرا لأهمية الإعلان كون بأن المناقصة لا تتم إلا به، وكون أن التعاقد لا يتم كقاعدة عامة إلا باتباع اسلوب المناقصة في الصفقات العمومية، فإن المشرع قد حدد قواعد الاعلان في المواد 46 و 48 و49 من المرسوم 236/10 المتضمن الصفقات العمومية وهي كالتالي :

1 تحرير الاعلان عن المناقصة باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل

2 أن ينشر الاعلان على الاقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني

3 أن ينشر الاعلان على سبيل الوجوب في التشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي.

لكن يلاحظ أنه وإن كان المشرع الجزائري قد ساير التطور التكنولوجي الحاصل لنقل المعلومة بإدراجه نشر المناقصات في الموقع الالكتروني للادارة صاحبة المشروع، لأن الادارة مطالبة طبقا للمرسوم 236/10 المتضمن الصفقات العمومية بضرورة مراعاة المبادئ الأساسية في التعاقد والمتمثلة في مبدأ العلانية والشفافية وحرية الوصول للطلبات العمومية،ومبدأ المسأواة بين المتنافسين[1]. غير أن ذلك قد يثير إشكالية الرد الالكتروني من جانب المتعهد وما قد يثيره من مخاطر تسرب المعلومة وتعرضها للقرصنة الالكترونية.

وبالرجوع الى الأسلوب العادي للمناقصة، فإنه يقتضي وجود ظرف مكتوب وومغلق ومختوم بعبارة لا يفتح، يشار فيه لمراجع المناقصة، ولا يفتح الا في جلسة علنية وبحضور المتعهدين أنفسهم، أو ممثلين عنهم، لذلك يطرح التساؤل كيف يمكن ضمان سرية العرض اذا كان المتعهد يقوم بالرد بالطريقة الالكترونية؟

لا شك أن الاجابة على هذا الإنشغال تفرض وجود نظام معلوماتي قوي غير قابل للاختراق والقرصنة من شأنه ضمان سرية العروض وسرية الرد وحماية المتعهدين.

كما نجد أن التوجيه الأوربي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد قد ألزم في نص المادة الرابعة الموردين بإعلام المستهلكين ببيان الأوصاف الأساسية للسلع والخدمات، وبعض المعلومات الخاصة بالعقد[2]

1 تنص المادة 03 من المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية على أنه " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمسأواة في معاملة المترشحين وشفافية الاجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم ".

2 Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matières de contrats à distance, JOCE N L144 4JUIN 1997.

كما أوضح التوجيه الأوربي رقم 31/2000 الصادر في 08 جوان 2000 والمتعلق ببعض الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية في مضمون المادة العاشرة منه، ضرورة حماية المستهلك وتزويده بمعلومات واضحة وقبل التعاقد، حول مختلف المراحل التقنية اللازمة للتعاقد[1]

وتجب الاشارة الى أنه بالاضافة اعتبار التشريع كأساس للإلتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني، كذلك يعتبر الالتزام بالضمان كأساس للإلتزام بالاعلام.

ثانيا: الالتزام بالضمان كأساس للالتزام بالاعلام

يرى أنصار هذا الرأي أن الالتزام بالاعلام ماهو إلا جزء من التزامه بالضمان، على أساس أن الالتزام بالضمان لا يقف عند تسليم شيئ خاليا من العيوب، وإنما يتسع ليشمل كافة الالتزامات التي من شأنها تنفيذ العقد بطريقة صحيحة، ولا شك أن أهم هذه الالتزامات هو التزام البائع بإعلام المشتري بجميع البيانات المتعلقة بالعقد[2]،

غير أن هذا الرأي قد تعرض للإنتقاد على اعتبار أن التزام البائع بالإعلام يختلف عن التزامه بضمان العيوب الخفية سواء من حيث مصدره، لأن الالتزام بالضمان نص عليه المشرع الجزائري في المواد من المادة 371 الى المادة 378 ق م ج بالنسبة لضمان التعرض والإستحقاق، ومن المادة 379 الى المادة 386ق م ج بالنسة لضمان العيوب الخفية[3]، أما الالتزام بالإعلام فقد نشأ على يد القضاء الفرنسي، كما يختلفان من حيث النطاق، لأن الالتزام

1 Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique , dans le marché intérieur , JOCE n L 178 17 juillet 2000.

2أشرف مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.128.

3 تتأول المشرع الفرنسي الالتزام بالضمان مستقلا عن الالتزام بالاعلام وذلك في المواد من 1641 الى 1649من القانون المدني الفرنسي.

بالاعلام أكثر إتساعا من الالتزام بالضمان لأنه يفترض على البائع ولو كان الشيئ خاليا من العيوب، وهذا ما يؤكد استقلال كل منهما عن الاخر[1].

وبالاضافة الى ذلك فان أحكام الضمان لا تنطبق إلا اذا كان المبيع مشوبا باحد العيوب الخفية، وعلى خلاف ذلك فإن الالتزام بلاعلام يشمل الى جانب ذلك جميع الاحتمالات التي يتصف فيها بالخطورة، وذلك لكون أن الالتزام بالاعلام ارتبط بالتقدم التكنولوجي وما صاحبه من شيوع استعمال المنتوجات الخطيرة والأجهزة المعقدة[2]، كما هو الحال في الإعلان عبر مواقع الانترنت لعرض السلع، واستخدام تقنيات مطورة للدعاية للتأثير على المستهلك.

ثالثا : مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بتقديم المعلومات

يذهب أنصار هذا الرأي الى القول بأن أساس الالتزام بالإعلام هو مبدأ حسن النية بما يوجبه هذا المبدأ من التزامات على عاتق كلا المتعاقدين بهدف توفير الأمانة والثقة بينهما، ومن ذلك التزام البائع عند ابرام العقد الادلاء بكافة المواصفات والمعلومات الضرورية عن البيع،وأن أي كتمان لهذه المعلومات يتنافى مع حسن النية. وهو الأمر الذي أكده المشرع الجزائري في المادة 107 من القانون المدني[3].

كما أنه في نفس السياق ان مبدأ حسن النية يفرض على البائع التزاما بإعلام ونصيحة المشتري بما يعرفه عن وقائع العقد، وكذلك بمدى ملائمة الشيئ الذي يقدم على شرائه

1 عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2010، ص 168

2 أمازوز لطيفة، الالتزام بالاعلام كإلتزام تبعي للإلتزام بالتسليم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2010،العدد الثالث، ص. 88.

3 تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية، ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول ايضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، وبحسب طبيعة العقد ".

لحاجاته[1]،ويعتبر الالتزام بالاعلام في العقود التي تتم عن بعد بديلا عن الالتزام بالنصيحة الذي يقع على المهني في العقود التي تتم بين حاضرين[2].

وبذلك فان أساس فكرة التزام البائع بالاعلام ترجع الى التزامه الرئيسي بالتفأوض بحسن النية، إذ أن هذا الأخير يفرض موقفا ايجابيا اتجاه الطرف الثاني، فيقوم باطلاعه على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، خاصة في ظل عدم التعادل الحاصل في المعلومات التي يمتلكها الطرفان، والذي نتج بدوره عن التعقيد الفني المتزايد في العقود الحديثة[3].

ويظهر أنه من خلال عرض الأسس التي يمكن أن يقوم عليها الالتزام بالاعلام، أن لكل منها دور في ابراز هذا الإعلام، غير أنه يبقى الأساس التشريعي يلعب الدور الأكبر في إضفاء الحماية القانونية اللازمة للمشتري في هذا المجال.

وتجب الإشارة الى أنه بالحديث عن التشريع كأهم أساس للإلتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني، فإنه لا يجب إغفال دور الاجتهاد القضائي لما له من أهمية بالغة في ظهور وتطور هذا الالتزام، حيث يرجع الفضل للقضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية في ابراز دور الالتزام بالاعلام وتطوير مضمونه[4] .

1 أشرف مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.131.

2 GHAZOUANI Chiheb ,op,cit ,p.179.

3 حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص.109.

4 « …..la jurisprudence joue un rôle primordial dans le domaine d'obligation d'information dans les contrats informatique. En droit français, la naissance de l'obligation d'information et son développement sont dus à plusieurs arrêts prononcés par la cour de cassation française dans cette matière , Le renforcement de l'intensité et du contenu de l'obligation d'information dans les contrats informatique a résulté des d décision de la jurisprudence. Cela se justifie par la nature complexe et technique de la matière » ALKHASAWNEH Ala'eldin , L'obligation d'information dans les contrats informatiques, étude comparative du droit français et droit

المطلب الثاني

مضمون الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني

تتم أغلب المعاملات التجارية الالكترونية بين مهنيين محترفين للعمل التجاري ومستهلك عادي ليس له الخبرة والمعلومات الكافية عن السلع أو الخدمات التي يرغب في شرائها والتعاقد عليها عن بعد، وبذلك يزيد الأمرصعوبة بالنسبة للمستهلك الالكتروني

وينشأ التزام المهني بإعلام المستهلك من أجل حماية هذا الأخير الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وبموجبه ينبغي على البائع أن يعلم لمشتري بكل ما يمكن أن يؤثر على قراره في ابرام العقد الالكتروني وتنفيذه[1]

وتزداد أهمية الالتزام بالاعلام في عقود الاستهلاك الالكترونية ويتسع نطاقه ومضمونه مقارنة بالعقود الاخرى، نظرا لأن التعاقد يتم عن بعد دون التقاء حقيقي بين طرفيه، ودون تمكن المستهلك من تفحص المبيع محل التعاقد، وبالتالي تصبح ضرورة اعلام المستهلك بكافة الابعاد المستقبلية للتعهدات المبرمة بالوسائط الالكترونية بشكل أعمق وأدق عن ما اذا ما تمت بالوسائل التقليدية[2].

وسنتنأول بالدراسة مضمون الالتزام بالاعلام من خلال التطرق الى شروط الالتزام بالاعلام، والى نطاق الالتزام بالاعلام من خلال التحديد الجازم والدقيق لشخصية الموجب،وبيان وصف المنتوج أو الخدمة محل العقد.

---

jordanien , thèse de doctorat en droit ,UNIVERSITE DE REIMS Champagne Ardenne , 2008,p.13.

1 محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق، ص.367.

2 خليفي مريم، المرجع السابق، ص.269.

الفرع الأول

شروط الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني

تتجلى الشروط الخاصة بالالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني في شرطين أحدهما يتعلق بالدائن بذلك الالتزام وهو المشتري في عقد البيع الالكتروني، فيجب أن يكون جاهلا بالمعلومات الخاصة بالعقد والتي تكون ضرورية لقيامه بابرام ذلك العقد، والشرط الثاني يتعلق بالمدين بالالتزام بالاعلام أي البائع أو المهني والذي يجب أن يكون عالما بالمعلومات التي تهم المشتري وتجعله يقبل على التعاقد.

أولا : جهل المشتري بحقيقة المبيع

يكون للمشتري الحق اتجاه البائع بأن يعلم بحقيقة المبيع، وهذا اذا كان جاهلا به، خاصة في ظل التعاقد عبر الانترنت وهذا في ظل عدم تكافؤ المراكز العقدية وذلك فيما يتعلق بالمعلومات الواجب توافرها في عقد البيع الالكتروني، فلا تظهر أمام المستهلك كأصل عام سوى صورة للمنتج المراد بيعه عبر الموقع الالكتروني، وبذلك فهو يحتاج من البائع معلومات كافية عن المبيع [1].

ويجب أن يكون جهل المشتري بالشيئ المبيع جهلا مشروعا مما يبرر التزام المتعاقد الاخر بالافصاح عن هذه المعلومات، كما أن الأصل أن يبذل كل متعاقد جهدا معقولا للبحث عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد، فالمشتري ملزم بالاستعلام عن مواصفات وبيانات المبيع

1 عقيل فاضل حمد الدهان وغني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالاعلام في العقد الالكتروني، مجلة أهل البيت، كلية القانون، جامعة البصرة، العدد الخامس، ص. 208.

كلما كان ذلك ممكنا[1]، و يكون جهل المشتري بالمعلومات مشروعا اذا كان مستندا الى استحالة العلم، أو مستندا الى اعتبارات الثقة المشروعة.

1.- الجهل المستند الى استحالة علم المشتري :

وتنقسم أسباب استحالة علم المشتري بالبيانات اللازمة لإبرام العقد الى أسباب مرتبطة بالشيئ محل التعاقد، وهي ما يطلق عليها الاستحالة الموضوعية، سواء كانت هذه العملومات والبيانات تتعلق بوضع الشيئ القانوني أو المادي أم بطرق استخدامه، ومثالها حيازة البائع للشيئ محل التعاقد بصورة لا تمكن المشتري من معرفة خصائصه وأوصافه الاساسية على نحو يمكنه من اتخاذ قرار التعاقد[2].

واذا كان العيب في الشيئ خفيا واستحال على المشتري الاطلاع عليه، فيضع القانون التزاما بالاعلام على عاتق البائع، وهو ما أكدته المحكمة العليا في هذا الصدد من أن المادة 379 من القانون المدني الجزائري تطبق أحكامها على البائع الذي يكون ملزما بالضمان عندما يتعلق الامر بعيب خفي تعذر على المشتري اكتشافه بنفسه[3].

وقد تكون استحالة العلم راجعة الى استحالة شخصية، وتتحقق عندما يكون المقبل على التعاقد قليل الخبرة بموضوع المعاملة الى حد الذي لا يمكنه من الاحاطة بهذه المعلومات أو استيعاب مضمونها بمفرده[4]، وهو الامر الذي ينطبق على المشتري في عقد البيع الالكتروني اتجاه البائع المحترف.

1 أشرف مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.138.

2 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.240.

3 قرار بتاريخ 1990/07/21 ملف رقم 202940، منشور في المجلة القضائية، 2000، العدد 2، ص. 28.

4 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.241.

2.- الجهل المستند الى اعتبارات الثقة العقدية المشروعة

ترجع الثقة العقدية المشروعة لجهل المشتري بطبيعة العقد المراد ابرامه، أو بسبب صفة احد المتعاقدين، حيث يعد ذلك المجال الواسع لقيام الالتزام بالاعلام بالمعلومات المتعلقة بالعقد[1]، اذا لا يوجد تعادل في المراكز التعاقدية بين الطرفين، وكما هو الحال في عقد البيع عبر الانترنت الذي غالبا ما يكون البائع محترفا، الامر الذي يستلزم القاء التزام عليه بالاعلام بحقيقة العقد وبالبيانات المتعلقة به.

غير أن التساؤل يطرح بالنسبة لعقد البيع الالكتروني حول دور الثقة الناتجة عن صفة الاحتراف في تبرير مشروعية جهل المستهلك عندما يتعاقد مع شخص مهني محترف، ذلك أن المستهلك نتيجة ضعفه الشديد وقلة خبرته اتجاه المدين المهني[2]، اضافة الى الدعاية الاعلامية عبر الانترنت المصاحبة لعملية عرض السلع، لا يملك الا أن يركن الى ثقته في الشخص المحترف، وأن ينتظر منه أقصى درجات التعأون والامانة في تعريفه بكافة الامور الضرورية للتعاقد.

لذلك يكون لهذه الثقة دورا مزدوجا في إعفاء المشتري من واجبه في الاستعلام، في الوقت الذي تلقى فيه على عاتق البائع المحترف التزاما باعلام المشتري، غير أنه يبقى تقدير مدى كفاية الثقة في القيام بهذا الدور مسألة موضوعية تخضع لقاضي الموضوع الذي يجب أن

1 ان الثقة المشروعة المستندة الى طبيعة العقد توجد في العقود التي لا تتعارض فيها مصالح الاطراف المتعاقدة، حيث يعد كل التزام مكمل لاتزام الطرف الاخر مثل عقد الوكالة. أما الثقة المشروعة المستندة الى صفة المتعاقدين تتمثل في الثقة المشروعة في المعاملات التي تتم بين الاصول والفروع والتي تستلزم اعلام المتعاقد الاخر بكل تفاصيل العقد مراعاة لأواصر القرابة وروابط المحبة التي تشيع بين أفرادها. عقيل فاضل حمد الدهان وغني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص. 209

2 ان المهني اذا رغب في ابرام عقد مع مهني اخر في نفس تخصصه، فإنه لا يمكن أن يكتسب صفة الدائن بالالتزام بالاعلام في مواجهة المتعاقد معه، وذلك نظرا لتكافئ وتسأوي المتعاقدين من حيث وسائل المعرفة،إلا في حالة اثبات أن أحدهما مارس طرق احتيالية كان من شأنها ايقاع الطرف الاخر في الغلط، فيحق له الرجوع عليه لإخلاله اتجاهه بالتزامه بالاعلام.خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص.102.

يأخذ في اعتباره بجانب الظروف الخاصة للشخص غير المحترف طبيعة المهنة التي يشغلها الشخص المحترف[1].

ويرى جانب من الفقه الجزائري[2] أنه وبالرغم من أن المستهلك هو الطرف الضعيف، فقد لا يوجد المنتج أو الموزع في وضعية الطرف القوي، لأنه يمكنه أن يجهل الكثير تبعا للظروف والاحوال، سواء لأن المشتري لم ينبه البائع على احتياجاته أو لأنه لا يمكنه أن يعرف نظرا لظروف خارجية تعود للحالة التقنية للمنتوج، لذلك لابد أن يكون الاعلام متبادلا،وذلك بنقاش يدور بين المتعاقدين حول صفات وخصائص المنتوج وطاقته وقدرته، لامر الذي يؤدي الى القول بأن المتعاقدين ملزمان بواجب التعأون

ثانيا: علم البائع ببيانات وأوصاف المبيع وبمدى أهميتها بالنسبة للمشتري

يجب لقيام الالتزام بالاعلام اضافة الى جهل المشتري بحقيقة وأوصاف المبيع،أن يكون البائع عالما ببيانات ومواصفات المبيع، وبمدى تأثيرها على رضا المشتري، وذلك حتى يمكن القول بمسؤوليته عند عدم قيامه بتنفيذ هذا الالتزام.

1.-علم البائع ببيانات وأوصاف المبيع :

يترتب على تقرير الالتزام بالاعلام أن يتم القاء واجب الاعلام على مقدم السلعة أو الخدمة، بوصفه حائزا لها وخبيرا بها، حيث يتحقق له العديد من الوسائل التي توفر له المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد ابرامه، والتي ينبغي الإدلاء بها للمشتري.

1 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.250.

2 بوعزة ديدن، الالتزام بالاعلام في عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية 1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، جزء 41، عدد 1 ، ص 127- 129.

واذا أراد المشتري التمسك بإبطال البيع لعيب الغلط المترتب على اخلال البائع بالالتزام بالاعلام، فإنه يقع على عاتقه اثبات أن البائع كان يعلم بالبيانات والمواصفات المتعلقة بالمبيع، ون يكون عالما بمدى تأثيرها على ارادة المشتري[1].

ويعتبر علم البائع بالمعلومات الخاصة بالعقد المراد ابرامه علم مفترضا، في حالة كونه مهنيا محترفا، وهو الغالب في عقد البيع الالكتروني، فلثلما أن الالتزام بالاعلام ينقضي لكون المشتري محترفا، فإنه اذا كان البائع مهنيا فيكون مفروضا ان يكون عالما بكل البيانات الومواصفات الخاصة بالعقد.

مع الاشارة هنا أنه وان كان هذا الافتراض قبال لاثبات العكس الا انه يسهل مهمة الاثبات على المشتري، ذلك أن المهني المحترف يكون محيطا بالمعلومات التي تكون ضرورية للعلم بها من جانب المشتري وذلك بسبب الخبرة التي اكتسبها في ميدان عمله[2].

2.- معرفة البائع بأهمية المعلومات بالنسبة للمشتري :

يمثل عنصر معرفة البائع للمعلومات ضروريا لقيام الالتزام بالاعلام ولكنه يبقى غير كاف، ولذلك يضاف اليه شرط معرفة البائع للأهمية التي تمثلها هذه البيانات بالنسبة للمشتري والمتمثلة في حماية رضائه أثناء التعاقد، واقامة التوازن بين المراكز العقدية، وضمان سلامة المشتري المادية والصحية، بالاضافة الى ادخال القواعد الخلقية في نطاق الالتزامات العقدية[3].

1أشرف مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.141.

2 عقيل فاضل حمد الدهان وغني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص. 210.

3 من ضمن أهمية المعلومات بالنسبة للمشتري حول المبيع انها تعد احد الطرق المهمة التي تدخل القواعد الاخلاقية في دائرة القانون، وذلك ان التزام البائع باعلان المشتري بالبيانات التي من شأنها توفير العلم الكافي عن المبيع لديه، انما يحفز البائع على ان يخبر المشتري وبامانة عن كافة المعلومات المتعلقة بالمبيع خاصة ما يتعلق بصفاته الخطرة أو الطريقة المثلى لإستخدامه، وذلك يؤدي الى توسيع الدائرة الاخلاقية في مجال المعاملات بين افراد المجتمع. قدري محمد محمود، المرجع السابق،ص.176.

وتوجد من الناحية العملية دلائل وقرائن يستدل بها على أهمية المعلومات والمواصفات بالنسبة للمشتري، غير أن تقدير مدى اعتبار البيان هاما يجب الاعلام به أم لا يعد من وسائل الواقع التي يترك الفصل فيها لسلطة وتقدير قاضي الموضوع[1]، غير ان هناك قيود على البيانات والمعلومات التي يلتزم التاجر بالافصاح عنها الى المشتري، ومنها الالتزام بالكشف عت البيانات والمعلومات التي تتعارض مع النظام العام والمبادئ الأساسية.

الفرع الثاني

نطاق الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني

ويتمثل نطاق الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني التحديد الجازم لشخصية البائع أو المورد، وفي بيان الأوصاف الاساسية للسلعة.

أولا : التحديد الجازم لشخصية البائع أو المورد

يعد عدم معرفة شخصية البائع من أهم الأمور التي تثير قلق المستهلك الالكتروني، كما أن تحديد شخصية البائع توفر عنصري الأمان والثقة لدى المستهلك[2] عند ابرامه للعقد الالكتروني، لأن أكثر ما يهم المستهلك عند ابرامه العقد الالكتروني هو التأكد من شخصية البائع الذي يتعامل معه، ذلك أن طبيعة التعاقد الالكتروني تستلزم الوضوح في جميع خطواته، ومن أجل ذلك نجد أن المهني يلتزم بتحديد هويته عبر الانترنت بحيث يتضمن ايجابه جميع العناصر التي تمكن من تحديده[3].

وسنتعرض فيما يلي لأهم القوانين التي عالجت هذا الإشكال.

1خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص.102.

2 صفوان حمزة الهواري، المرجع السابق،ص. 298.

3 يرى البعض أنه يمكن التغلب على هذا الإشكال عن طريق ايجاد اليات قانونية وتكنولوجية لإعطاء شهادة تدل على شخصية التاجر أو المورد بواسطة طرف ثالث محايد وموثوق به يقوم بتقديم الضمانات الكافية وتسجيل مراحل التعاملات الالكترونية بين الطرفين. بن جديد فتحي، المرجع السابق، ص. 252.

في هذا الشأن قد نص التوجيه الأوربي حول التجارة الالكترونية رقم 31/2000 الصادر في 2000/06/08 الى وجوب العمل على أن توفر المواقع الالكترونية الموردة للخدمات ضمن نطاق مجتمع المعلومات، وصولا سهلا ومباشرا ومتواصلا الى المعلومات الأساسية كالإسم الكامل والعنوان الشخصي وعنوان البريد الإلكتروني ورقم التسجيل في السجل التجاري[1]

وفي نفس السياق نصت المادة L121-18 من الاستهلاك الفرنسي لعام 1993 على ضرورة إعلام المستهلك بإسم وعنوان وقم هاتف المهني أو الشخص مقدم الخدمة، وعنوان مركز الشركة الاعتباري، وعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض.

وبالإضافة الى ذلك فإن القانون الفرنسي رقم 2004-575 الصادر في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصادر الرقمي قد فرض في المادة 19 منه على الممارسين

1 Article 5 du directive 2000/31/CE du Parlement européen implique « Information générales à fournir :

1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les Etats membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, directe et permanent , pour les destinataires du services et pour les autorités compétentes , au moins aux informations suivantes :

a) le nom du prestataire de service

b) L'adresse géographique à laquelle le prestataire de service est établi

c) Les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, ,permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui.

d) Dans le cas ou le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalent s d'identification figurant dans ce registre.

e) Dans le cas ou l'activité est soumise à un régime d'autorisation , les coordonnées d e s surveillance compétente… »

للتجارة الالكترونية أن يبرزو على مواقع الانترنت التجارية المعلومات المتعلقة بهوية البائع عبر الشبة، إسمه ولقبه اذا كان شخصا طبيعيا وعنوان الشركة اذا كان شخصا معنويا، ويشير الى عنوان منشأه وبريده الالكتروني ورقم هاتفه، وفي حالة ما اذا كان خاضعا لاجرائات القيد في السجل التجاري أو الشركات أو في جدول مهني أن يبرز رقم قيده، ورأس مال الشركة، مركز إدارتها، واذا كان خاضعا للضريبة وكان معرفا برقم خاص فيجب أن يذكر هذا الرقم، وان كان يمارس نشاطا يخضع لترخيص فعليه أن يظهر على الموقع إسم وعنوان السلطة التي منحت هذا الترخيص[1].

وقد خصص المشرع اللبناني فصلا كاملا من القانون رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005 الخاص بحماية المستهلك وهو الفصل العاشر، للمعاملات الالكترونية التي يجريها المستهلك مع المهني عن بعد، فقد جاء في مضمون المادة 52 من هذا القانون أنه يجب تزويد المستهلك بمعلومات واضحة وصريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره

1 Article 19 dispose que « Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les tex tes législatifs et réglementaires en vigueur ; toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à c eux a qui est destinée la fourniture de bien s ou la prestation de services un accès facile, directe et permanant utilisant un standard ouvert aux informations suivant :

1 S'il s'agit d'une personne physique , ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale ; sa raison sociale.

2 l'adresse ou elle est établie , son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone

3 S'elle est assujettie au formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription , son capital social et l'adresse de son siège social » Loi N 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

بالتعاقد، لا سيما تعريف المحترف وإسمه وعنوانه ورقم ومكان تسجيله وبريده الالكتروني، بالاضافة الى أية معلومات تتيح التعرف على المحترف[1].

ومن خلال عرض كل النصوص السابقة، يمكن القول أن مراعاة التاجر أو المهني لتقديم المعلومات الخاصة به وبياناته التجارية بطريقة سهلة وواضحة ومفهومة من شأنه أن يؤدي الى جعل المستهلك على بصيرة تامة بهوية من يتعاقد معه، وينهي المشكلات المتعلقة بالتعاقد عبرالانترنت الخاصة بشخص وهوية التاجر أو المهني.

ثانيا : بيان الأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة

يبتغي للمستهلك من خلال تعاقده مع التاجر للحصول على سلعة جيدة مطابقة للمواصفات خالية من العيوب أو يهدف الى أن تقدم إليه خدمة جيدة تحقق الاهداف التي يبتغيها منها، وفي ظل التطور العلمي الكبير الذي أدى الى ظهور المبتكرات والاختراعات، وأدى الى فقدان المستهلك للتركيز للتعرف على أصلح وأنسب ما يحتاج إليه من هذا الكم الهائل من السلع أوالخدمات مع فقدان الخبرة، كان لا بد من تزويده بالمعلومات الكافية للإختيار بين السلع والخدمات المعروضة، وإن كان ذلك حقا للمستهلك التقليدي، فهو ذو أهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك الالكتروني، لأنه في هذا التعاقد لا يرى السلعة التي يرغب في الحصول عليها رؤية مادية حقيقية[2].

ويقصد بالخصائص أو الأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة المسائل التفصيلية التي يجب أن تصل لعلم المستهلك حتى يمكنه إصدار قبوله بحرية تامة ودون ضغط أو تضليل، وهو ما يتحقق بوصف المنتوج أو الخدمة وصفا دقيقا، وبذلك فان المقصود بإعلام المستهلك

1 خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك .....، المرجع السابق، ص.108.

2 كوثر عدنان خالد، المرجع السابق، ص. 338.

بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة يتمثل في الاعلام الكامل والتام للسلعة أو الخدمة،ذلك أن المستهلك في العقد الالكتروني لا يقوم بمعاينة السلعة حقيقة [1].

وبالنسبة للنصوص القانونية التي توجب اعلام المستهلك بصفات السلعة أو الخدمة، فان التوجيه الأوربي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد في نص المادة الرابعة منه قد ألزم الموردين بإعلام المستهلكين ببيان الأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة، وكذا بعض المعلومات الخاصة بالعقد كبيان كيفية الدفع والتسليم والتنفيذ [2] .

وقد بين التوجيه الأوربي رقم 31/2000 الصادر في 8 جوان 2000 في مادته العاشرة تزويد المستهلك بمعلومات واضحة ودون غموض قبل ابرام العقد تتمثل في المراحل التقنية

1 سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،مصر، 2008، ص 272

2 Article4 dispose que « En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance , le consommateur doit bénéficier des information suivantes ;

a)identité du fournisseur et ,dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé , son adresse.

b) caractéristique essentielles du bien ou du service.

c) prix du bien ou du service, toutes taxes comprises.

d) frais de livraison , le cas échéant.

e) modalités de paiement , de livraison ou d'exécution.

f)existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3

g) cout de l'utilisation de la technique de communication à distance,

h)durée de validité de l'offre ou du prix .

i) le cas échéant , durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture furable ou périodique d'un bien ou d'un service « Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matières de contrats à distance, JOCE N L144 4JUIN 1997.

اللازمة لابرام العقد، كيفية تدارك الأخطاء المعلوماتية، الشروط التعاقدية والشروط العامة التي يجب تزويد المرسل اليه بها [1]

هذا وتنص المادة (L 111-1) من قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 93/ 949 لسنة 1993 [2]على أنه على المهني الذي *يعرض* منتجاته عبر الانترنت أن يحدد الخصائص الكيفية والكمية والمدة التي ستعرض فيها [3]، وحددت المادة (L121-18) من نفس القانون المعلومات محل الاعلام والخاصة بتنفيذ العقد، مثل كيفية الدفع والتسليم والتنفيذ حق الرجوع عن العقد، المهلة المحددة لصلاحية العرض.

وقد أكد القانون الفرنسي رقم 2004- 575 الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الاقتصاد الرقمي في المادة 19 منه على وجوب التزام الشخص القائم بنشاط التجارة الالكترونية أن يحيط المستهلك بجميع المعلومات المتعلقة بالشروط العامة للبيع، كما بين في المادة 25 من نفس القانون أن عليه أن يحدد في ايجابه الخطوات المختلفة المتبعة في ابرام العقد الالكتروني، الوسائل التقنية التي تمكن المستهلك من التعرف على الاخطاء الخاصة بالبيانات وتصحيحها.

1 Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspect juridiques de la société de l'information , et notamment du commerce électronique , dans le marché intérieur , JOCE n L 178 17 juillet 2000.

2 ان التعديلات المهمة التي أوردها المشرع الفرنسي مجال حماية المستهلك حتى بعد جمعها في تقنين الاستهلاك خاصة قانون رقم 949/93 المؤرخ في 1993/07/26 رقم 949/93 وقانون 1995/02/01 والمررسوم المؤرخ في 1997/03/27 وقانون 2001/05/15، وغيرها من التعديلات الحديثة هي في الحقيقة مستوحاة من التوجيه الأوربي المشهور المؤرخ في 1993/04/05 والتي تركز أساسا على حق المشتري في الاعلام بصورتيه قبل التعاقدية و التعاقدية، وتوسيع نطاق هذا الالتزام الواجب النصح والمشورة والتحذير والتعأون، رجع في ذلك بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2011، ص.82.

3 L'article L 111-1 du code de la c consommation « tout professionnel de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat , mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristique essentielles du bien ou du service ».

الفرع الثالث

جزاء الاخلال بالالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني

يعد الالتزام بالاعلام التزاما قضائي النشأة، وذلك ما يفسر أن المشرع لم يتعرض له بشيئ من التنظيم كإلتزام قانوني مستقل، وعليه فإنه لم يعتن بوضع جزاءات مدنية مترتبة على مخالفته[1]، كما أنه بالرجوع الى النصوص الجديدة المنظمة للتعاقد الالكتروني في فرنسا، فإننا نجد أنها لم تتضمن النص صراحة على أي جزاء خاص يوقع في حالة مخالفة البائع المهني لالتزامه باعلام المستهلك[2].

وانطلاقا مما سبق يمكن إعمال القواعد العامة في هذا الشأن، فيكون للمشتري المطالبة بإبطال العقد استناد الى مخالفة الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام، وعن طريق الفسخ نتيجة للإخلال بالالتزام التعاقدي بالاعلام، كما يكون له الرجوع على المهني بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض عما يكون قد أصابه من ضرر بسبب عدم إعلامه.

1 ان المشرع الجزائري وإن لم ينص على جزاءات مدنية،غير انه نص على عقوبات جزائية بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 المتضمن قانون العقوبات في مادته 430 بنصه على الحبس والغرامة، كما أن نص المرسوم التنفيذي رقم37/97 المؤرخ في في 1997/11/10 المتعلق بوسم وعرض المواد المنزلية غير الغذائية في المادة 08 منه على أنه يمنع كل كاذب ويتعرض المنتج الذي يقوم بذلك للعقوبة. كما نصت المادة 61 من الأمر رقم 06/95 (الملغى) على الجزاء المترتب على عدم الاعلان عن الاسعار والمتثل في غرامة مالية قدرها خمسة الاف دينار الى خمسمائة ألف دينار، كما نص قانون حماية المستهلك وقمع الش رقم 09-03 في المادة 78 منه على أنه "يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار جزائري الى مليون دينار كل من يخالف أو لم يلتزم بذكر بيانات وسم المنتج المنصوص عليها في المواد16 و17 و 18 من هذا القانون ".

2 « Contrairement à d'autres législations internationales relatives au commerce électronique ,la loi 2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique ne contient pas de dispositions relatives au sanctions civiles en cas de non respect de l'obligation d'information.. » GHAZOUANI Chiheb ,op,cit, pp.185-186.

أولا: حق المشتري في طلب الإبطال

يترتب على ابرام العقد دون ان يعلم المشتري بالبيانات المتعلقة بالخصائص الجوهرية للمبيع أو بتلك المتعلقة بطريقة الاستعمال ابطال العقد لمصلحة المشتري، ويتم ذلك وفقا للقواعد العامة نظرا لعدم وجود قواعد قانونية تقرر هذا البطلان.

ويحق للمشتري طلب الابطال بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع، ويعتبر هذا الحق في الابطال حق مقرر للمشتري فقط دون البائع، ذلك ان هذا الاخير لا يمكنه أن يطلب ابطال البيع بدعوى ان المشتري لم يكن يعلم بالمبيع علما كافيا. كما أنه ليس للبائع أن يطالب بإبطال العقد بدعوى أنه شخصيا لم يكن يعلم بالمبيع علما كافيا[1].

وقد نص المشرع الجزائري على ضرورة علم المشتري بالشيئ المبيع علما كافيا، وأقر جزاء على تخلف هذا العلم هو امكانية طلب بإبطال البيع بموجب المادة 352 من القانون المدني (والتي تقابلها المادة 419 من القانون المصري)[2]، على أنه " يجب ان يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب ابطال البيع بدعوى عدم العلم به الا إذا اثبت غش البائع ".

ويظهر من استقراء نص المادة 352 من القانون المدني أن المشرع أقر بوجوب ان يكون المشتري عالما بالشيئ المبيع علما كافيا، ويتحقق هذا العلم الكافي بالمبيع بمعاينة المبيع

1 أشرف مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.186.

2 ان نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري لا يوجد له نص مقابل في القانون الفرنسي، ذلك أنه يوجب علم المشتري بالمبيع علما كافيا فيقوم البائع باعتبار أن المبيع يكون تحت تصرفه قبل التعاقد بتهيئة الظروف ووسائل اعلام المشتري قصد تحقيق الغاية من التعاقد، فقررت بذلك التزاما بالاعلام بكافة الأوصاف الاساسية للمبيع، بن مغنية محمد، حق المستهلك في الاعلام، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005، ص.31.

معاينة تكفي للتعرف عليه، والتي يجب ان تتم بعد ابرام العقد.وبيان أوصافه الاساسية في العقد، كما يتم ذلك بإقرار المشتري بالعلم بالمبيع.

لذلك وجب في عقد البيع الالكتروني وبعد رؤية المشتري للشيئ المبيع على الموقع قبل التعاقد، أن يقوم بمعاينته بعد اتمام عملية التعاقد لأن ذلك لا يعد كافيا،وخلافا لذلك يثبت للمشتري الحق في طلب ابطال العقد.

ومن بين الحالات الابطال في عقد البيع الاكتروني التي أقرها القضاء الفرنسي، حالة الخطأ في سعر السلعة المعروضة على الموقع الخاص بالمهني، أي في حالة احتواء العرض الخاص بالسلعة على الانترنت بيانات خاطئة (L'offre contient une mention fausse)، فقد يحث أن يضع المهني دون قصد سعرا لسلعة مغايرا للسعر الحقيقي لها. فقد قضت محكمة ستراسبورغ بتاريخ 24 جويلية 2002 بإبطال عقد البيع الالكتروني[1]، وذلك بعد أن تقدم المشتري بطلب التنفيذ الجبري للعقد، وقد أسست المحكمة حكمها على أن رضا البائع الالكتروني كان معيبا[2].

وفي حالة ما ثبت أن المشتري لم يعلم بالمبيع علما كافيا تقرر حقه في طلب ابطال المبيع، غير أن هذا الحق يسقط لأسباب منها ما تقضي به القواعد العامة كالإجازة وسواء

1 TI Strasbourg.24/07/20002,D.2003.AJ.2434

2 وتتلخص وقائع القضية في أنه بعد أن قام البائع بعرض بيع آجهاز الاضاءة RETROPROJECTEUR بسعر اقل من السعر الحقيقي للجهاز على موقع الانترنت، تقدم المشتري بطلب شراء الجهاز بعد أن دخل الموقع وأرسل قبوله للبائع، فإن هذا الاخير قد رفض تنفيذ العقد على أساس أنه باطل بسبب خطأ مادي، وبعد لجوء المشتري الى محكمة سترسبورغ لطلب التنفيذ الجبري للعقد، قضت هذه الاخيرة بإبطال العقد على بسبب أن ررضا البائع الالكتروني مشوب بالغلط، وأن السعر المعروض على السلع لم يعبر على ايجاب البائع بسبب خطأ مادي.نقلا عن

MAHDI–DISDET Djamila, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique ,Thèse doctorat en droit ,Université d'Avignon ,2011, pp.55-56.

كانت هذه الإجازة صريحة أو ضمنية[1]، وذلك بشرط أن تكون هذه الاجازة بعد علم المشتري بالمبيع.

كما يسقط حق المشتري في طلب الإبطال لعدم علمه بالمبيع اذا تعذر رد المبيع كما في حالة تصرف المشتري في المبيع قبل العلم به، أو في حالة هلاكه في يد المشتري، أو حصل به عيب وهو بيد المشتري، لأنه يفترض أنه قد حصل المشتري عليه سليما من البائع[2].

ويتقرر الحق في الابطال كجزاء للإخلال بالالتزام قبل التعاقدي بالاعلام في عقد البيع الالكتروني، والذي لا يعد التزاما عقديا،بل يعتبر التزاما مستقلا عن العقد يجب الوفاء به قبل تكوين العقد، أما الالتزام التعاقدي بالاعلام باعتباره أقرب الى الالتزامات العقدية العادية يسمح بحسن تنفيذ الالتزامات القانونية الاصلية، فيعد الفسخ الجزاء المناسب للإخلال به.

ثانيا: حق المشتري في الفسخ

يقع على البائع تنفيذ الالتزامات العقدية التي يرتبها عقد البيع الالكتروني، ومن بينها الالتزام بالاعلام التعاقدي، وفي حالة إخلال البائع بذلك يكون مسؤولا مسؤولية عقدية من عدم تنفيذ الالتزام بالاعلام، ويحق للمشتري أن يطلب الفسخ كجزاء للإخلال بذلك الالتزام.

ففي حالة الإخلال بالالتزام اللاحق لإبرام العقد، فإنه لا يوجد ما يحول دون امكانية مطالبة المشتري في عقد البيع الالكتروني بفسخ العقد وفقا للقواعد العامة، باعتبار أن البائع قد امتنع عن تنفيذ التزام عقدي[3].

1 نص المشرع الجزائري على زوال حق الابطال بالاجازة بموجب نص المادة 100 من القانون المدني على أنه " يزول حق إبطال العقد بالاجازة الصريحة أو الضمنية وستند الاجازة الى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير ".

2أشرف مصطفى أبو حسين، المرجع السابق، ص.189.

3 سيد محمد سيد شعرأوي، المرجع السابق، ص. 404.

كما أنه وفقا لنص المادة L.114-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تطبق على جميع العقود التي تطبق على عقد البيع الاكتروني ، فإن المهني يقع على عاتقه التزام بإعلام المستهلك بأجل التسليم في العقود البيع ذات التنفيذ غير مباشر ، وفي حالة تجأوز أجل التسليم مدة 07 ايام وبإستثناء حالة القوة القاهرة، فيمكن للمستهلك خلال أجل 60 يوما الموالية فسخ العقد عن طريق رسالة موصى عليها مع الاشعار بالاستلام.

ويمكن للقاضي طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني الحكم بالفسخ كما يمكن له رفض هذا الطلب،أو يمنح المدين أجلا لتنفيذ حسب الظروف لما قضت أن قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها، وفقا للمادة 2/119 من القانون المدني، معتمدين في ذلك على الظروف الامنية الاستثنائية السائدة في منطقة الاخضرية سنة 1994، التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونون قد طبقو القانون تطبيقا سليما، ومن ثم فالوجه غير مؤسس يتعين رفضه، ورفض الطعن برمته1، حيث ترجع للقاضي السلطة التقديرية حول ما اذا كان الاخلال بالالتزام بالاعلام يبلغ من الجسامة مايبرر الحكم بالفسخ، وذلك حسب الظروف المحيطة بعقد البييع،

ويتقرر الفسخ كجزاء يفرضه القانون على الاخلال بالالتزام التعاقدي، وهذا انطلاقا من فكرة العقد التبادلي، وهي فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة، التي تسمح بأنه إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه جاز للمتعقد الاخر أن يطلب ازالة العقد كله، ومن ثم يتحلل من التزامه بصفة قانونية طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

1 يعد منح القاضي المدين أجلا للتنفيذ وفقا لما تضي به الظروف الاستثنائية القاهرة للمدين ما هو الا تطبيقا للقواعد العامة التي تعطي للقاضي في حالات استثنائية، أن يمنح للمدين أجلا معقولا ينفذ فيه التزامه، فإذا انقضى الاجل دون تنفيذ، وقع العقد مفسوخا، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا، الغرفة المدنية 2000/01/12، ملف رقم 212782، مجلة قضائية لسنة 2001 العدد 1، ص. 114.

وبذلك اذا كان موضوع العقد يتطلب قدرا من الالتزام بالتعأون في مقابل الالتزام بالاعلام كما هو الحال في عقود الاعلام الالي (Les contrats informatiques)، فيمكن للبائع في هذه الحالة طلب الفسخ على أساس أن المشتري أخل بإلتزامه بالتعأون، وترجع كذلك هنا للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ بناءا على أن المشتري لم يقم بالتزامه بالتعأون[1].

ثالثا:حق المشتري في طلب التعويض

يمكن للمشتري في بعض الحالات أن يتلقى إعلاما غير صحيح أو ناقص، ورغم ذلك قد يرغب في الحفاظ على العلاقة العقدية مع البائع دون ابطالها، فيكون الجزاء المناسب في مثل هذه الحالات هو الإبقاء على العقد مع التعويض، حيث يفترض هنا ان الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام كان غير كاف أو غير شامل للعناصر الجوهرية[2].

كما يجد الحكم بالتعويض أساسه نتيجة الاخلال بالالتزام بالاعلام في عدم كفاية جزاء الابطال في جبر المشتري عما أصابه من أضرار نتيجة لذلك الاخلال، والمتمثل في عدم احاطة المشتري بكل شروط العقد وخصائصه أثناء ابرام العقد[3]، بالاضافة الى أنه قد يكون جزاء الابطال غير متناسب مع ما اقترفه البائع من خطأ.

وبذلك يمكن للمشتري الجمع بين طلب الابطال والتعويض في حالة اخلال البائع بالتزامه بالاعلام، كما هو الحال في بيع البائع لشيئ معين بالذات مملوك لغيره، دون أن يخطر المشتري بذلك، حيث أن البائع يلتزم في هذه الحالة باعلام المشتري قبل البيع بأنه يبيع ما لا يملك، فاذا قام بهذا الالتزام لم يكن للمشتري من حق سوى طلب الابطال. أما اذا أخل بهذا

1 ALKHASAWNEH Ala’eldin op,cit. p364

2 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص. 381.

3 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 810.

الالتزام، ففي هذه الحالة يكون للمشتري الحق بالاضافة الى طلب الابطال الحق في طلب التعويض[1].

وفي حالة الحكم بالفسخ نتيجة الاخلال بالالتزام التعاقدي بالإعلام، فيمكن أيضا الحكم للمشتري بالتعويض، وهذا اذا كان الحكم بالفسخ غير كاف لرفع كل الضرر الذي لحق المشتري نتيجة لذلك[2]، بالاضافة الى جبر الضرر الذي يلحق المشتري نتيجة استحالة إعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليه قبل التعاقد[3].

ويخضع التعويض عن الاخلال بالالتزام بالاعلام لقاعدة ما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب، و لا يعتبر من السهل تقدير ما لحق الدائن من خسارة في حالة الاخلال بالالتزام بالاعلام، ذلك أنه لا يمكن معرفة أو توقع ما سيفعله هذ الدائن في حالة ما تم اعلامه اعلاما صحيحا.

ويمكن تصور ما لحق الدائن من خسارة في حالة كون الاعلام الغير الدقيق قد سبب ضررا لشركة تجارية مثلا، فهنا ترجع للقاضي تقدير مبلغ الخسارة الحقيقية في رقم أعمال الشركة. في حين تتحقق قاعدة ما فات الدائن من كسب نتيجة فوات فرصة من أجل الربح أو مثلا فقدان لمتعاملين تجاريين[4] .

1 خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص.88.

2 تغريد عبد الحميد أبو المكارم، المرجع السابق، ص.387.

3 وهو ما قضت به المحكمة العليا في غرفتها المدنية من أنه "متى حكم بالفسخ وفقا للمادة 122 من القانون المدني، أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة ان تحكم بالتعويض العادل، مع تبيان كل ذلك في الحكم وتسبيبه تسبيبا كافيا، ومن ثم فإن طلب ذلك على المستوى المجلس لا يعتبر طلبا جديدا، بل يعد طلبا مشتقا من الطلب الاصلي، مترتبا بالحتمية على الحكم بالفسخ، وعليه فالوجه سديد، مما يستوجب معه نقض القرار المطعون فيه ". المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2002/02/06 ملف رقم 257742 مجلة المحكمة العليا 2003 العدد 1، ص 103.

4 ALKHASAWNEH Ala’eldin op cit. p.373

وحتى تحقق دعوى المسؤولية المدنية الهدف المرجو من وجودها والمتمثل في الحصول على التعويض، بسبب الإخلال بالالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني، سواء كانت مسؤولية تقصيرية أو عقدية، فإنها تستلزم توافر شروط ثلاثة، تتمثل في وجود خطأ مرتكب من طرف التاجر الالكتروني، وضرر تعرض له المشتري، وعلاقة سببية بينهما[1]، ولا يشكل الضرر الحاصل صعوبة في تحديده، لأنه غالبا مايكون ضررا ماديا.

وبالاضافة الى الجزاءات المستمدة من القواعد العامة والتي يمكن اعمالها في مخالفة البائع للإلتزام بالاعلام، فقد تضمنت النصوص المنظمة للتعاقد عن بعد جزاء خاصا في حالة مخالفة هذا الالتزام ، يتمثل وفقا لنص المادة L121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي مد أجل الذي يمكن للمستهلك المتعاقد عن بعد أن يمارس خلاله حق العدول من سبعة أيام عمل ليصبح ثلاثة أشهر.

ويعد حق المشتري في العدول الالية القانونية الثانية بعد الالتزام بالاعلام والتي تشكل احدى أهم ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني، لذلك سنتناولها بشيئ من التفصيل في المبحث الثاني.

1 MAHDI–DISDET Djamila, op cit. p.351.

المبحث الثاني

حق المستهلك في العدول عن العقد[1]

يعد الحق في العدول عن العقد أحد الوسائل والاليات الحديثة التي لجأ اليها المشرع بهدف توفير حماية فعالة للمستهلك، وهو يمثل أحد الأدوات التشريعية التي تلعب دورا أساسيا في حماية المستهلك خاصة عندما يتعاقد دون إمكانية حقيقية لمناقشة شروط التعاقد، لذلك كان من الواجب إعطاء هذا الحق للمستهلك في العقود التي تتم عن بعد، حيث تظهر في مثل هذه العقود الإعتبارات الموجبة لتقرير هذا الحق، وهذا لملائمته لخصوصية التجارة الالكترونية[2].

ويقابل الحق في الانسحاب مبدأ هاما يعد من قبيل الثوابت وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد، حيث أن حماية الطرف الضعيف في التعاقد الالكتروني تبرر أبتداع قواعد لا تتفق تماما والقواعد التقليدية للعقود، ويكون بذلك مبدأ القوة الملزمة للعقد أول العقبات القانونية التي تواجه المستهلك في هذا الشأن، والذي بمقتضاه لا يجوز له أن يستقل بنقض هذا العقد أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو نص القانون[3].

1إستعملت عدة مصطلحات للدلالة على حق العدول منها الحق في الرجوع الذي إستعمله قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بالامر 2001-741 الصادر في 23 اغسطس 2001، بينما أسماه العقد النوذجي الفرنسي الصادر عن غرفة التجارة والصناعة الفرنسية حق العدول، كذلك أطلق عليه مصطلح الحق في إعادة النظر ومصطلح الحق في الفسخ، وأيضا أطلق بعض الفقهاء مصطلح الحق في الإنسحاب. كوثر عدنان خالد المرجع السابق،ص 620، كما يستعمل الفقه الفرنسي عدة مصطلحات ومعاني للدلالة على الحق في الرجوع :

« Se rétractater est en effet se conrtedire,se dédire,se démentir,se désavouer, se raviser,revenir sur ce que l'on a dit, fait ou écrit, reprendre sa parole, elle est ainsi synonyme de désaveu, de dédit et de reniement.. » GHAZOUANI Chiheb,op,cit , p193.

2 سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص.318.

3 يترتب على العقد الصحيح التزامات على المتعاقدين يجب الوفاء بها تحت طائلة التنفيذ الجبري، وقد نص المشرع الجزائري على القوة الالزامية للعقد والتي هي نتيجة مبدأ سلطان الارادة بموجب 106 من القانون المدني والتي جاء فيها " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ".

غير أن القوة الالزامية للعقد تفترض من جهة أخرى أن يحقق العقد مصلحة المتعاقدين، لذلك تدخل الشرع حماية منه للمستهلك، ومنح هذا المستهلك الحق في نقض العقد، خروجا عن القواعد القانونية التقليدية وبارادته المنفردة طالما ان الانظمة القانونية هي التي أتجهت نحو فرض هذه الحماية،كما أنه ومن جهة أخرى وإن كان مبدأ احترام شروط العقد ملزما، إلا أنه ليس مطلقا بل ترد عليه بعض القيود يفرضها إحترام الحرية الفردية للمتعاقدين[1]، كما أن هذه الحرية بدورها خاضعة للنظام العام والاداب، وهي لا تتقيد إلا بعد الإضرار بالغير[2]، حيث أنه وباسم هذه الحرية يمكن الاحتفاظ للمتعاقد، وبالتحديد المستهلك، وهو الخاضع عادة لشروط اتفاق قاسية بالحق في العدول في التعاقد [3].

إن مختلف التشريعات المقارنة التي أقرت الحق في العدول للمستهلك لم تغفل تنظيمه تنظيما يحد من خطورة انتهاكه لمبدأ القوة الملزمة للعقد[4]، غير أن ذلك يبقى في إطار

1 إنتقد مبدأ سلطان الارادة على أساس أنه قد بني على فكرة مفادها أن للإنسان حرية طبيعية سابقة لوجوده في المجتمع، حيث أن هذه الفكرة تقوم على افتراض يخالف الواقع والحقيقة، حيث أن الانسان المنعزل لم يكن له وجود في الواقع العملي، فالانسان الحقيقي هو الذي يعيش في المجتمع، ففي كل مكان حقوق الجماعة كانت سابقة على حقوق الافراد، فالحرية لا يمكن أن تكون مطلقة، لأن الحرية بلا قيود تؤدي الى الفوضى، فمن أجل مصلحة الافراد تفرض بعض القيود على هذه الحرية، فالتصرف الارادي لا ينبغي أن يكون له فعالية في حد ذاته، وبغض النظر عن محتواه ومضمونه، فالانسان ليس له الحق في أن يفعل ما يشاء ف، ولكن ينبغي عليه أن يطلب ما يشبع حاجاته فقط، فالمشرع والقاضي ينبغي أن يكون لهما سلطة التحقق من أن العقد يتفق والصالح العام، وويوفقان بطريقة عادلة بين المصالح الخاصة. وليد صلاح مرسى رمضان،القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009،ص 77 – 78.

2 رايس محمد، مدى أثر مبدأ النظام العام والاداب الحميدة على العقد المدني، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الاساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، العدد 5، ص. 35.

3 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص. 762.

4 من بين تلك القوانين التي اقرت ذلك الحق في العدول القانون الإنجليزي الصادر في عام 1946 بشأن عقود البيع الايجاري، بعد ذلك مد هذا الخيار ليشمل الائتمان الاستهلاكي في عام 1974، ومن ذلك أيضا القانون الالماني الصادر في عام 1969 بشأن البيع الوارد على بعض القيم المنقولة حيث منح المشتري الحق في الرجوع خلال أسبوعين من تاريخ ابرام العقد.هلدير أسعد أحمد، المرجع السابق،ص. 308.

الاستثناء، لكن أتساع الاستثناء جعله مقارنا للأصل العام[1]،خاصة وأن حق المستهلك في العدول بعد إبرام العقد يكاد يكون القاسم المشترك لجميع قوانين حماية المستهلك، سواء في الدول الأوربية أو في النظم القانونية الأخرى التي صدرت فيها قوانين حماية المستهلك[2].

المطلب الأول

مفهوم الحق في العدول

يمثل الحق في الرجوع le droit de rétractation وسيلة هامة وأحد الضمانات في عقد البيع الالكتروني لكسب العملاء ، وهو من أهم مضاهر الحماية القانونية للمستهلك الالكتروني، نظرا لأن هذا الأخير لا تتوافر له الامكانية الفعلية أو الحقيقية لمعاينة السلع والتحقق من الاداء المناسب للخدمات قبل إبرام العقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، فقد ينجذب المستهلك لابرام عقد لا يكون فكر في ماهيته والتزاماته وموضوعه ، لذلك كان لابد من بيان تعريف هذا الحق ومعرفة خصائصه.

1 « On n'a pas manqué de relever que cette technique de protection du consommateur portait directement atteinte au principe de l'effet obligatoire du contrat. Longtemps après l'entrée du droit de rétractation en droit français, la doctrine a continué à écrire qu'une fois émise de façon à donner naissance à un acte juridique , la voloné a en principe un cractére irrévocable , et que l'irrevocabilité n'est –elle pas une qualité inhérente à tous les actes juridiques quels qu'ils soient et sans laquelle ils seraient dépourvus de toute force obligatoire et de toute efficacité. La doctrine hostile au drot de rétractation s'est ainsi appuyée sur les articles 1134 et 1174 du code civil qui disposent qu'il interdit à l'acceptant de ce dédire de son engagement et de révoquer le contrat , En effet , la théorie de l'autonomie de la volonté veut que l'homme soit libre par essence et ne peut s'obliger que par sa propre volonté , qui , indépendamment de la loi , en tant que source de droit, creé les effets du contrat et en détermine le contenu de façon souveraine.. » GHAZOUANI Chiheb ,op,cit , pp204-205.

2موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة،مكتبة السنهوري، زين الحقوقية،الطبعة الأولى،2011،ص.215.

الفرع الأول

تعريف الحق في الرجوع

يمثل الحق في العدول بالنسبة للعقود التي يكون المستهلك طرفا أحد الاليات القانونية التي لجأ إليها المشرع هو يهدف من ذلك لحماية المستهلك من نفسه نتيجة عدم التروي والتمهل[1].

وقد إختلفت التعاريف الفقهية حول حق العدول، حيث يعرف على أنه ممنوح في العقد يسمح بإعادة الشيئ بسبب الاخلال بشرط القبول في العقد وحق باث ونهائي[2].

وقد ركز بعض الفقه المقارن في تحديد تعريف الحق في العدول على المفهوم الوارد في النصوص القانونية التي عالجت هذا الحق ، حيث نجد جانبا من الفقه المصري يعرف الحق في العدول على أنه حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة في خلال مدة معينة يحددها القانون، دون ابداء أية مبررات، مع التزام التاجر أو مقدم الخدمة بحسب الاحوال برد قيمتها، مع تحمل المستهلك مصروفات الرجوع فقط[3]، وقد جاء هذا التعريف مطابقا لمحتوى المادة 20 من مشروع قانون التاجرة الالكترونية المصري والتي تنص على أنه " مع عدم الاخلال بأحكام الضمان القانونية والاتفاقية يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم الكترونيا خلال الخمسة عشر يوما التالية على تاريخ تسلمه للسلعة، أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة، وذلك بدون حاجة الى تقديم أية مبررات".

ولأن الحق في العدول ليس مقررا لأحد الطرفين فقط بل يمكن لكل من المتعاقدين التمسك به، فيعرف الحق في العدول عن العقد في أنه الوسيلة التي بمقتضاها يسمح المشرع

1 موفق حماد عبد، المرجع السابق،ص.211.

2 طاهر شوقي مومن، المرجع السابق،ص. 114.

3كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.627.

لأحد المتعاقدين بأن يعيد النظر من جديد، ومن جانب واحد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا، حيث يفترض أن هناك عقد سبق تكوينه، غير أن أحد الأطراف سوف يستفيد من مهلة للتفكير من خلالها سيكون في إمكانه الرجوع عن التزامه الذي سبق وأن إرتبط به[1].

ويختلف مفهوم الحق في العدول في نظر الفقه بحسب الأساس القانوني الذي يعتمد عليه، حيث هناك من يرى بأن الحق في العدول هو الحق في الرجوع من أجل ازالة الاثار القانونية لعقد تم تكوينه بكل ارادة حرة، وهو بذلك استبدال التعبير بإرادة حالية مختلفة عن ارادة تم التعبير عليها من قبل[2].

ويعكس الحق في الرجوع في التعاقد قدرة المتعاقد بعد ابرام العقد على الإختيار بين إمضائه أو الرجوع فيه، لذلك نجد أن هناك من يرى أن المستهلك الالكتروني يتمتع بحق خيار الرؤية[3]. ويعرف هذا الحق بأنه إثبات حق المشتري في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية الشيئ المبيع إن لم يكن راه عند العقد أو قبله، والمستهلك الالكتروني الذي يشتري السلعة عن طريق

1سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق،ص.321.

2 « Le droit de rétractation est défini comme le fait de revenir , en vue d'en détruire les effets juridiques, sur un acte qu'on avait volontairement accompli.. C'est également la substitution de l'expression d'une volonté actuelle différente de la déclaration antérieure que le sujet avait lui – meme formulée » GHAZOUANI Chiheb ,op,cit, p.193.

3خيار الرؤية هو الحق الذي يمنح لمن اشترى شيئا معينا في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤيته، اذا لم يكن قد راه وقت إنشاء العقد، أو قبله بمدة لا يتغير فيها عادة الى وقت العقد، ويشترط لثبوت خيار الرؤية أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين، لانه إذا كان مما لا يتعين بالتعيين، لا يثبت فيه الخيار. كما يشترط فيه عدم الرؤية، لانه لو اشتراه وهو يراه، فلا خيار له، لأن الأصل لزوم العقد و انعقاده، والشرط الثالث أن يكون العقد من عقود المعأوضة المالية التي تقبل الفسخ، ولذلك يثبت خيار الرؤية في الشراء، والايجار والقسمة، لأن كلا منها عقود معأوضة، ويشترط أخيرا رؤية المشتري للشيئ محل العقد الذي لم يكن راه عند العقد أو قبله، فيثبت خياره عند رؤيته في أي وقت من الأوقات، ولا يثبت هذا الخيار قبل رؤيته، فمن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز، وله الخيار إذا راه إن شاء أخذه وإن شاء رده. أحمد محمد علي دأود، أحكام العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني،الجزء الثاني والثالث،دار الثقافة، بدون طبعة، الاردن،2011، ص 548و558-560.

الانترنت لم يكن قد راى البضاعة وإنما راى صورتها أو علم بأوصافها المكتوبة على الشاشة أمامه، فإذا ما استلم السلعة يكون له حق خيار الرؤية في امضاء العقد أو فسخه[1].

ويظهر من خلال التعريف السابقة رغم تباينها أن الحق في العدول مقرر لكلا المتعاقدين، وهو وسيلة يسمح من خلالها المشرع للمتعاقد وخاصة المستهلك بأن يعيد النظر من جديد، ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به.

وتجب الإشارة أن الفقه الاسلامي يرى أن الحق في العدول في التعاقد هو حق قديم أقرته الشريعة الاسلامية، وليس ثمرة التطور الذي عرفته التشريعات الوضعية [2]، حيث يتقرر خيار الرجوع في التعاقد في الشريعة الاسلامية إما باتفاق واشتراط المتعاقدين، كخيار الشرط، وخيار الوصف وخيار التعيين. كما يتقرر حق الرجوع بحكم أو نص شرعي رغم عدم اشتراط المتعاقدين أو أحدهما هذا الخيار إلا أن الفقه الاسلامي قرر للمتعاقدين الحق في الرجوع في العقد خلال فترة زمنية معينة، وقد حددو هذه الفترة بالزمن الذي يستغرقه مجلس العقد[3].

1 محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق، ص.393.

2 وهذا ما يبين أن الشريعة الاسلامية كما يؤكد جانب من الفقه الجزائري أنها لم تأت لوقت دون وقت، أو لزمن محدد، وانما هي شريعة كل عصر، وشريعة الزمن كله حتى يرث الله الارض ومن عليها، غير أن ذلك كله لا يتم إلا بالاجتهاد، وبفهم المسائل المطروحة والمعاصرة فهما علميا وماديا. تشوار جيلالي، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الاسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2009، العدد3، ص.302.

3 ان المقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني في نشأة الحق في العدول، تبرز أن الفقه الاسلامي قد عرفه قديما منذ نزول الوحي على الرسول صلى الله عليه وسلم وحتى وقتنا هذا، أما في القانون المدني نجد انه يعتبر ضاهرة شملت العديد من الانظمة القانونية في وقت قصير، حيث ظهر هذا الخيار في الستينات من القرن الماضي وانتشر خلال عشر سنوات تقريبا في العديد من الانظمة القانونية، ومع الاختلاف في بعض الامور التفصيلية والجزئية لهذه الانظمة الا أنها تتشابه في أسس تنظيمية، حيث تتفق جميعها على قصر خيار الرجوع على المشتري والمستهلك والعميل دون البائع باعتباره الأولى بالحماية أبو الخير عبد الونيس الخويلدى، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص. 127.

الفرع الثاني

تمييز حق العدول عن الأنظمة المشابهة له

يتشابه الحق في العدول مع بعض الأنظمة القانونية الأخرى المشابهة له في الأثر المترتب عليه وهو زوال العقد، غير أن هناك اختلافات بينه وبين هذه الأنظمة يجب بيانها، وذلك لتمييز الطبيعة الخاصة لحق العدول وبيان مدى مساهمته في تحقيق الحماية الكافية للمستهلك، خاصة في عقد التجارة الالكترونية وذلك لإختلافها عن صور التعاقد الأخرى، وسنخص بالدراسة الأنظمة القانونية التالية البطلان والابطال والفسخ.

أولا : العدول عن العقد والبطلان[1]

يتمثل البطلان في الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه أو لم يستوف شروطه، أي إذا أخل أحد المتعاقدين بأحد الأركان كان العقد باطلا أي منعدم الوجود قانونا فتزول اثاره بالنسبة للمتعاقدين وكذلك الغير[2].

ويتشابه الحق في العدول مع البطلان في الأثر المترتب عليهما وهو زوال العقد زوالا كليا منذ لحظة ابرامه واعتبار العقد كان لم يكن، وبالاضافة أن كليهما لا يترتب لطرفي العقد

1 المقصود بالبطلان هنا هو البطلان المطلق، ولقد نص المشرع الجزائري على بطلان العقد في القسم الثاني تحت عنوان شروط العقد من الفصل الثاني العقد في المواد من 99 الى 105 من القانون المدني.

2 يترتب البطلان المطلق على تخلف أحد الاركان أو تخلف شرط من شروط الأساسية، كما يترتب البطلان المطلق بنص في القانون، كنص المادة 2/92 من القانون المدني التي تقضي ببطلان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ولو برضاه،والبطلان المطلق يجعل العقد في حكم المعدوم بحيث لا ينتج أي أثر قانوني، ولكل ذي مصلحة أن يطلب هذا البطلان، بل وللمحكمة أن تحم به من تلقاء نفسها دون طلب، ولا ترد عليه الاجازة ولا يسقط الحق في طلب بطلانه إلا بمرور التقادم الطويل، علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، الطبعة السابعة،2006،ص.77.

أي حق في التعويض، بالاضافة الى انهما يتشابهان في المدة التي تسري عليهما مهلة السقوط المحددة قانونا[1].

غير أن الحق في العدول يختلف عن البطلان في أن هذا الأخير هو جزاء يترتب على إنعدام أحد الأركان عند تكوينه يمنع من ترتيب الاثار عليه، فالعقد يكون منعدم من الناحية القانونية ولا يحتاج الى تقرير البطلان الا إذا نازع فيه أحد المتعاقدين. أما العدول عن التعاقد فإنه يلحق عقدا صحيحا نافذا واجب التنفيذ من حيث الأصل، ولكن المشرع يعطي الحق للمستهلك في انهاء العقد خلال مدة معينة بعد نشوئه، ولأنه يترتب على الحق في العدول جعل العقد الذي يلحق به عقدا غير لازم مما يدخل شكا وريبة في مستقبل هذا العقد، لذلك يتعين أن يكون حق العدول محددا بمدة زمنية معينة يمارس فيها هذا الحق[2].

كما يختلف الحق في العدول عن البطلان في أن هذا الأخير هو حق يمكن لكل ذي مصلحة التمسك به، بينما يتقرر الحق في العدول عن العقد للمستهلك دون سواه، حيث أن حق البطلان يتصل بالمصلحة العامة في حين يتصل حق العدول عن العقد بالمصلحة الخاصة[3].

ثانيا:العدول عن العقد والابطال :

يعتبر العقد قابلا للإبطال أو باطلا بطلانا نسبيا إذا كان رضاء المتعاقد مشوبا بعيب من عيوب الرضاء، كالغلط والتدليس والاكراه أو كان ناقص الأهلية، وفي هذه الحالة ينعقد العقد صحيحا مالم يطعن في صحته المتعاقد الذي كان رضاه معيبا.

1 حوحو يمينة، المرجع السابق، ص.157.

2 موفق حماد عبد، المرجع السابق،ص.220.

3 يتعلق الحق في العدول بمصلحة المتعاقد الخاصة، ويثبت له دون الحاجة الى اثبات التعرض الى تأثير الخداع، كما يمارس بدون مقابل، إذ أن الهدف منه معالجة التسرع وعدم التمهل في ابرام العقد.عمر محمدعبد الباقي. المرجع السابق، ص.769.

ولأن العقد القابل للإبطال هو عقد قائم منتج لأثاره ولكن نتيجة لعدم صحة ركن الرضا فيه فإنه لمن تقرر البطلان لصالحه أن ينقضه خلال مدة معينة، فهو يتشابه مع الحق في العدول في أنه يعد رضا المتعاقد هو محل الحماية الذي من أجله تقرر كل منهما، كما انه في كليهما يعتبر العقد قائما ومنتجا لأثاره، وفي كلا الحقين يثبت لأحد المتعاقدين خيار الاستمرار في العقد والابقاء عليه أو إزالته، وكلاهما يزيل العقد بأثر رجعي[1].

غير انه يختلف خيار العدول عن الإبطال في كون هذا الأخير أساسه نظرية عيوب الإرادة التي تهدف الى ضمان رضا المتعاقد حرا صحيحا واضحا، في حين أن حق في العدول عن التعاقد يعالج رضا المتعاقد من جانب أن تصرفه قد جاء متسرعا، كما انه يتحدد مجال الحماية في نظرية عيوب الارادة بالنظر الى سلوك المتعاقد الاخر الذي قد يساهم في حدوث عيوب بارادة المستهلك من خلال ايقاعه في غلط أو جعله ضحية غش أو تدليس أو إكراه، على نحو يدفعه الى التعاقد، بينما في حق العدول هو عادة حماية المستهلك من ضعفه الشخصي وعدم خبرته في موضوع المعاملة[2].

كما يختلف الحق في العدول عن الإبطال، في أن هذا الأخير لا يمنع من انتاج العقد لاثاره في حين أن الحق في العدول يمنع العقد من انتاج اثاره حتى تمر المدة المحددة لممارسة حق العدول، كما لا يلزم من تقرر العدول لمصلحته بتقديم أسباب تبرر عدوله عن العقد، بل هو حق يتقرر بمجرد إرادة المستهلك دون التوقف على ارادة المتعاقد الاخر ودون حاجة الى اقامة دعوى، وهذا بخلاف الحق في الابطال فإنه يكون بناء على اسباب محددة تتعلق بما يصيب ركن الرضا من خلل، و لا يتقرر الحق في الابطال إلا عن طريق القضاء[3].

1 موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 220.

2 عمر محمدعبد الباقي، المرجع السابق، ص. 769.

3 موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص.221.

ثالثا: العدول عن العقد والفسخ :

يتمثل الفسخ وفقا المادة 119 من القانون المدني[1] في الجزاء المترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به، ويؤدي تقرير الفسخ الى ازالة ومحو كل الأثار التي رتبها العقد من يوم انعقاده، حيث يقتضي ذلك أن يرد كل متعاقد ما تلقى من المتعاقد الاخر تنفيذا للعقد الذي تم فسخه، ويتم استرداد الأداءات التي أداها كل متعاقد للمتعاقد الأخر عينا[2].

وبذلك يتبين أن الفسخ يتشابه مع الحق في العدول من حيث الأثر المترتب عليهما، والمتمثل في ارجاع المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[3]، فكلاهما يزيل العقد، ويعتبره كأن لم يوجد أصلا، كما أن أحكام كل منهما تنطبق بشأن عقد صحيح مستجمعا لكافة أركانه وشروطه وصحته[4]. كما يتشابهان في أن كليهما يمارس بعد ابرام العقد، لأن حق العدول يهدف الى اعطاء المتعاقد خيار الرجوع في المرحلة التي تلي ابرام العقد، اتفاقا مع الفسخ الذي يرتبط بعدم تنفيذ الأداءات المتقابلة بعد انعقاده[5].

غير أنّ أوجه التشابه بين حق في العدول والفسخ التي تم ذكرها لا تمنع من وجود أوجه تفرقة بينهما، خاصة من حيث الأساس الذي يعتمده كلا الحقين، ففي حين يؤسس الحق

1 تنص المادة 119 من القانون المدني على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ".

2 اذا استحال الاسترداد العيني، كأن يكون المبيع قد هلك في يد المشتري يعاد الطرفان الى ما كان عليه قبل العقد عن طريق التعويض الذي يتحصل عليه المتعاقد في اطار اعادة المتعاقدين الى الوضع الذي كانا عليه قبل العقد طبقا لنص المادة 122 من القانون المدني.

3 يتشابه حق العدول مع الفسخ في فكرة التقايل، والتقايل هو فسخ اتفاقي للبيع ورد ثمن المشتري والسلعة للبائع إذا ندم أحد المتعاقدين أو كلاهما، أو هو صورة من صور الفسخ الاتفاقي يتم بها حل وإنهاء الرابطة العقدية باتفاق المتعاقدين كما هو الحال في نشأتها.عبد الوهاب عرفه، فسخ العقد انفساخ العقد تفاسخ العقد، دار المجد، مصر، دون سنة نشر، ص.78.

4 مصطفى أحمد أبو عمرو، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول (دراسة مقارنة)، مطبعة جامعة طنطا، 2012، ص.65.

5عمر محمدعبد الباقي، المرجع السابق، ص. 792.

في العدول على مبدأ سلطان الارادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإنه يتأسس الحق في الفسخ على قواعد العدالة ومبادئ حسن النية.

الفرع الثاني

مبررات الحق في العدول

تعتمد القواعد العامة في العقود على مبدأ هام وهو أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله الا بإتفاق الطرفين أو للاسباب التي يقررها القانون، كما جاء في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري، أي أن العقد إذا إنعقد صحيحا نافذا تثبت له القوة الملزمة، ولا يمكن لأي من المتعاقدين التحلل منه بإرادته المنفردة[1].

غير أن الواقع العملي قد نتج عنه صيغا تعاقدية جديدة، وهذا للتطور الحاصل في الطابع الفني للسلع والخدمات على نحو جعل التعاقد لا يتم بعد أن يعبر كل من المتعاقدين عن ارادة صحيحة من أجل تنفيذ العقد، بالاضافة الى أن المستهلك لم يعد يتعاقد مدفوعا بحاجته للسلعة أو الخدمة، وإنما لتأثره بوسائل الدعاية والاعلانات التي يستخدمها المحترف في هذا المجال[2].

ونتيجة عدم تحقق المسأواة المفترضة واختلال التوازن بين المحترف والمستهلك في العلاقة التعاقدية، وجد الحق في العدول الذي يهدف الى إعطاء المستهلك مهلة التأمل والتفكير

1 إن من أهم الانتقادات التي وجهت لحق المتعاقد في العدول هو أن هذا الحق قد عبث بالوظيفة الاجتماعية للعقد، بإعتبار أن الابقاء على العقد يحقق ومصالح اجتماعية، يصعب تحققها حال إنهائه، كما أن مهلة التدبر والتفكير الممنوحة في حق العدول، متى كانت لاحقة لإبرام العقد، فإن تدخل المشرع لفرضها يتضمن في الحقيقة اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقود، بالاضافة الى إطالة مدة التعاقد، وما يترتب عليه من هدم أو الرجوع في العقد، يؤدي الى زيادة تكلفة ونفقات اجراءات التعاقد، بالاضافة الى التمييز بين طرفي العقد، وعدم المسأواة بينهما، وعدم ثبات العقود ينقص من الاستقرار القانوني للمعاملات عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص.764.

2 يطلق على العقود التي تتم تحت تاثير الدعاية والاعلانات والاغراءات التي يستعمله المحترف تسمية البيوع الاستفزازية أو المستثارة التي تهدف الى انتزاع رضاء المتعاقد دون أن تتيح له فرصة التروي والتدبر. موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص.213.

بعد ابرام العقد، حيث أنه بإمكان المتعاقد الذي شعر بالندم بعد إبرام العقد العدول في تعاقده خلال مدة محددة.

وبذلك يمكن القول أن الغاية من تقرير الحق في العدول تتمثل في حماية رضا المتعاقد من مخاطر التسرع في التعاقد الذي يؤدي الى الندم، ويكون ذلك من خلال منحه مهلة اضافية للتدبر في أمر العقد الذي أبرمه وهذا درْءا لماٌ قد يواجهه من مشاكل بعد إبرامه للعقد بدون فكرة واعية وكافية عن الشيئ المبيع[1].

إن حق في العدول يهدف الى حماية المستهلك من البيوع التي يستعمل فيها المحترف صور الدعاية والاعلان وأساليب الترويج لمبيعاته، والتي يتأثر بها غالبا المستهلك فيقع ضحية لها، ويندفع الى التعاقد متسرعا دون تدبر لما هو مقدم عليه، فيمنح المستهلك في مثل هذه الظروف الحق في العدول عن تعاقده وبمحض ارادته خلال مدة معينة بعد تسلم المبيع[2]، وبذلك فإن هذا الحق يمنحه مهلة قانونية للتفكير في العقد الذي أبرمه تحت إراءات الطرف الثاني[3].

كما يهدف هذا الحق في العدول الى القضاء على ظاهرة شائعة يقع ضحيتها المستهلك أثناء ابرام العقد تتمثل في لجوء بعض المهنيين الى رفض تسليم نماذج العقود للمستهلكين إلا بعد التوقيع عليها، بما يفيد تمام التعاقد والالتزام بما ورد فيها، حارمين المستهلك

1 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص 794-795

2 من أجل تبرير مهلة الحق في العدول أو ما يسمى مهلة الندم، يرى البعض الفقهاء أنه وجوب التخلص من المفهوم الارادي المبالغ فيه والناتج عن مذهب استقلالية الارادة، فالارادة عاجزة عن توليد تعهد الزامي نهائي قبل إنقضاء مهلة معينة، وأن أي تنفيذ للعقد ممنوع قبل انقضاء مهلة الرجوع، ويتعلق الامر بتجنب الزام المستهلك بتنفيذ العقد، وبذلك لا يكون العقد الزاميا إلا ابتداء من الأونة التي يمكن أن يكون فيها قابلا للتنفيذ. نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص.192.

3 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق ،ص.628.

بهذا الأسلوب من أي امكانية للتفكير المسبق في شروط التعاقد واثاره المترتبة عليه قبل إبرامه، الأمر الذي يشكل إهدار لحق من حقوق المستهلك[1].

ويرى جانب من الفقه[2] أن منح حق العدول للمستهلك من أجل حمايته يرجع أصلا للضعف الشخصي الذاتي لهذا الأخير وعدم خبرته، وليس لحمايته من استغلال البائع المحترف له نتيجة إنعدام خبرته ومعرفته، لأن ذلك وإن كان يؤثر في ارادة المستهلك، إلا أنه لا دخل للبائع المحترف فيه، حيث أن إرادة المستهلك ورغبته في التعاقد هي التي جاءت متسرعة دون تفكير وتمهل.

من أجل ذلك منح المستهلك مهلة للتدبر والتفكير فيما اقدم عليه، وعليه إن تبين تسرعه وعدم ملا ئمة التعاقد له جاز له الحق في الرجوع في التعاقد، ونتيجة لذلك فإن خيار العدول يهدف في الواقع الى حماية مصلحة المتعاقد أكثر من حماية إرادته. كما يتميز هذا الحق بأنه سبب شخصي لزوال العقد وليس سببا موضوعيا، ومن بين العقود التي يبرز فيها دور الحق في العدول في حماية مصلحة المتعاقد هي العقود الطويلة المدى[3].

1 زعبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013، ص.119.

2 موفق حماد عبد، المرجع السابق،ص.215.

3 ان من بين الاعتبارات التي يرتكز عليها الحق في العدول بالنسبة للعقود الطويلة المدة التي يبرمها المستهلك هو ضرورة تحقيق الانتفاع الكامل للمستهلكين للسلع التي يحصلون عليها بموجب هذه العقود وعد تقييدهم بسلع يلتزمون بدفع ثمنها لمدة قد تطول دون أن توفر لهم فائدة معقولة وخدمة فعالة، هذا بالاضافة الى ضرورة مراعاة اعتبارات اجماعية واقتصادية عند تقرير هذا الحق للمستهلك تتمثل في التطورات التي تطرا على المستوى المعيشي لأسرته وعدد أفرادها وقدراتها المالية، لا سيما في ظل البطالة وخطر التسريح من العمل اللذين تشهدهما البلدان الصناعية، حيث أن أي نقص في مدخول الاسرة أو زيادة في عدد أفرادها قد يشكل عائقا يحول دون وفائها بالتزامتها المالية مما يجبرها على التخلي عن بعض السلع والخدمات وبالتالي اعادتها الى البائع دون الالتزام بوفاء ما تبقى من الثمن،عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت،2007،ص 514-515.

وفي عقد البيع الالكتروني، فإن ما يبرر حق المستهلك في الإنسحاب من التعاقد هو الخطر الذي يوقعه الأنترنت على رضاء المستهلك[1]، والذي يكمن في إغراء وجذب المستهلك للتعاقد وذلك بإستخدام تقنيات حديثة تكون باستخدام المؤثرات الصوتية والبصرية التي تعمل على عرض السلعة أو الخدمة في مناخ ساحر يؤدي الى وقوع المستهلك تحت ضغط نفسي يدفعه اما الى التعاقد دون قناعة كاملة، أو الى التعاقد الى ماهو ليس في حاجة اليه أصلا[2].

إن المستهلك في عقود التجارة الالكترونية يتعاقد مع التاجر المحترف دون أن يرى السلعة المتعاقد عليها رؤية مادية، وقد يضع البائع صورا لتلك السلع على الموقع لكي يراها المستهلك، غير أن تلك الرؤية تبقى رؤية افتراضية ولا تصل الى قيمة الرئية الحقيقية المادية، حيث لا يستطيع التاجر لمس السلعة أو فحص مكوناتها أو تجربتها، وبالتالي لا يمكنه الحكم الدقيق على المنتوج الذي يتعاقد عليه، وذلك مهما بلغ وصف التاجر من دقة وامانة، الأمر الذي يبرر إعطاء المستهلك الحق العدول[3].

1 ساهم تقدم شبكة الانترنت وتطورها الهائل عبر العالم في ظهور صور جديدة لأساليب المعاملات غير التقليدية،خاصة بعد أن أصبح الدخول الى هذه الشبكة متاحا على أكبر قدر من الشمول والاتساع والحرية، وفي إحصاء تم في أوائل سنة 2007 بلغ عدد مستخدمي الانترنت في العالم مليار وثلاثة وتسعون مليونا وخمسمائة وتسعة وعشرون الف وستمائة واثنان وتسعون مستخدما ن وهو الامر الذي جعل الحق في العدول عن العقد من القواعد ضرورة للمستهلك الالكتروني الذي يتعذر عليه رؤية السلعة ومعاينتها قبل التعاقد، وهو ما يبدو معه طبيعيا ان يخول للمستهلك رخصة خيار العدول عن الصفقة سواء كانت سلعة معيبة أم لا، ويعد تقرير الحق في الرجوع ارساء لقاعدة الرضاء وهي تضمن حرية الشراء من جانب المستهلكين، وهي تسمح لهم بالرد اذا لم يكونو راضين، أيا كان السبب للبضائع، واسترداد الثمن، ويرتبط استخدام هذا الحق من جانب المستهلك، بمدى وفاء التاجر بالالتزام الملقى عليه نحو تقديم بضاعة متفقة وما جاء في العقد، محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والالكتروني، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2015،ص 363-364.

2 سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق،ص.319.

3 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.628.

وقد اعتمدت غالبية قوانين الاستهلاك الحديثة منح فئة المستهلكين الحق في العدول عن البيع خلال مدة زمنية معينة[1]، كحق خاص لحمايتهم من مخاطر الغش والخداع والتأثير، وذلك نظرا لما توفره الانترنت من قدرات فائقة في حمل الناس على التعاقد والشراء تحت تأثير الدعاية والاعلان المتطور، ولما تنطوي عليه هذه العمليات التعاقدية من مخاطر قد يتعرض لها فئات كبيرة من غير المحترفين، فقد ينجذب المستهلك لشراء سلعة نتيجة إعلان على الانترنت تم تصويرها على خلاف الحقيقة بأنها تحفة يجب إقتناؤها. وبعد التعاقد يكتشف المستهلك أنه كان مخطئا وأنه ليس في حاجة لهذه السلعة، فتأتي أهمية الحق في العدول هنا عن التعاقد دون تطبيق أية جزاءات على المستهلك في ممارسته لذلك الحق[2].

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية لحق العدول

يعد خيار العدول عن التعاقد تصرف قانوني يقع بارادة المستهلك المنفردة وهو يعبر عن قدرته على نقض عقد سبق ابرامه باتفاق ارادتين، لذلك يطرح التساؤل عن طبيعته القانونية، هل يعتبر هذا الخيار حقا ؟ وإذا تم اعتباره حقا فهل يعتبر حق العدول حقا شخصيا أم حق عينيا ؟ واذا تعذر وصف حق العدول بأنه حق فما هي طبيعته القانونية ؟

1 تدخلت التشريعات التي نظمت المعاملات الالكترونية لمنح المستهلك الحق في العدول أو الرجوع كالتوجيهة الأوربية رقم 07 لسنة 1997 الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والقانون التونسي للمبادلات والتجارة الالكترونية لسنة 2000، غير أنه بالرجوع الى القانون المدني وحتى بعض التشريعات التي تسعى لحماية المستهلك كقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية خاصة المواد 4 الى 30 وقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش خاصة المواد 4 الى 24 فانها لم تنظم هذا الحق، كريم كريمة، سبل حماية المستهلك أثناء ابرامه العقد الالكتروني، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، العددالتاسع،2012،ص ص 195 ،196

2 عمر خالد الزريقات، المرجع السابق،ص.358.

يرى جانب من الفقه[1] ان خيار العدول الممنوح للمستهلك ، وان كان يتم بالارادة المنفردة، إلا أنه ليس حقا بالمعنى الدقيق، لأن الحق في إطار المعاملات المدنية يكون إما حقا شخصيا أو حقا عينيا، حيث أن القول بأن العدول هو حق يقتضي بحث الموضوع من وجهة الحق الشخصي، وكذلك الحق العيني.

أولا.- خيار العدول حق شخصي :

فيعتبر الحق الشخصي سلطة للدائن اتجاه مدينه بمقتضاها يمكن للدائن من أن يطالب مدينه بأن ينقل حقا عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل، ويتعامل الدائن في الحق الشخصي مع المدين ويمارس حقه في مواجهته مباشرة، كما ان تدخل المدين امر ضروري لكي يستوفي الدائن حقه، وانطلاقا من ذلك يرى جانب من الفقه أنه يعتبر خيار العدول حقا شخصيا تأسيسا على ان العلاقة بين الدائن والمدين التي تميز الحق الشخصي هي متوفرة في خيار العدول[2].

غير أن القول بأن حق العدول هو حق شخصي قد إنتقد من وجهة أن من تقرر خيار العدول لمصلحته لا يملك السلطات التي تثبت للدائن تجاه المدين في الحق الشخصي، حيث أن المستهلك الذي يثبت له خيار الرجوع لا يملك أية سلطة في مواجهة المحترف ولا يستطيع أن يطالبه بأي دور ايجابي أو سلبي، أي أن المتعاقد الذي يمارس خيار العدول في مواجهته لا يقع عليه أي التزام باداء دور ما اتجاه ذلك[3] .

كما أنه عند النظر في تعريف الحق الشخصي والذي هو رابطة بين الدائن والمدين يطالب بموجبها الدائن المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو القيام بإعطاء شيئ، يتضح أن العدول لا يمكن أن يوصف بأنه حق شخصي، لأن علاقة المديونية هذه تستوجب تدخل

1 منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم،العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني،دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،العدد الثاني، المجلد الرابع، كلية القانون جامعة بابل، العراق،2012،ص.54.

2 موفق حماد عبد، المرجع السابق،ص.231.

3 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق ،ص.770.

المدين لتنفيذ الالتزام، بينما بالنسبة لخيار العدول فإنه لا يسلتزم مثل هذ التدخل من قبل المدين، فالشخص الذي تقرر له هذا الخيار يستطيع العدول عن العقد حتى ولو رفض الطرف المقابل ذلك[1].

ثانيا.- خيار العدول حق عيني :

أما بالنسبة للحق العيني فهو سلطة لشخص على شيئ معين يخوله الحق في الحصول على منافعه والإحتجاج به اتجاه الغير، لذلك يرى جانب من الفقه انه يمكن القول أن خيار العدول يقترب من الحق العيني تأسيسا على أن الخيار يقع على عين معينة ويمنح المستهلك سلطة نقض العقد على نحو يشكل سلطة مباشرة على الشيئ محل العقد [2].

غير أنه بالنظر الى الحق في العدول عن التعاقد نجده في الحقيقة لا يمنح لصاحبه سلطة على الشيئ، بل يمنحه القدرة على هدم العقد بعد ابرامه، وبلك فهو لا يعد حقا عينيا[3]. وبالاضافة الى ذلك و بالرجوع الى تعريف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة لشخص على شيئ معين، نجد أنه لا يتماشى وحق العدول الذي لا يمارس فيه المتعاقد الذي تقرر له العدول سلطة مباشرة على شيئ معين، بل إنه بالعدول ينهي العقد الذي أبرمه متسرعا من دون تبصر، وهو بذلك لا يمارس سلطة مباشرة على الشيئ المبيع سواء كانت هذه السلطة تتمثل في التصرف أو الاستغلال أو الإستعمال[4].

كما وأنه وإن كانت العلاقة في الحق العيني هي علاقة تسلط لصاحب الحق على الشيئ محل الحق، فهي علاقة واضحة على خلاف خيار العدول في عقود التجارة الالكترونية محل

1 ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونيا عن بعد، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد التاسع،2009، العدد الأول، ص.345.

2 موفق حماد عبد، المرجع السابق،ص.232.

3 عمرمحمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص.770.

4 ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص. 346.

الدراسة والتي لا نجد فيها في العدول عبر الانترنت العلاقة المباشرة السالفة الذكر الموجودة في الحق العيني، ذلك ان المستهلك في عقد البيع الالكتروني يمكن له بارادته المنفردة انهاء العقد دون أن يحتاج ذلك الى أي تدخل من جانب المحترف المتعاقد معه، لأن خيار المستهلك هذا لا يخوله السلطة على الشيئ بل يمنحه امكانية العدول عن العقد الذي سبق أن أبرمه[1].

ثالثا: خيار العدول رخصة قانونية [2]:

يرى جانب من الفقه بأن خيار العدول هو رخصة قانونية، ذلك أن الأصل أنه لكل شخص حرية التعاقد، ولأن الرخصة قد تفيد حرية التعاقد، كما أنها تعتبر الوسيلة القانونية التي يستطيع بموجبها الشخص أن يحدث اثار قانونية، ومن بين تلك الاثار القانونية حق العدول[3].

غير أن الرخصة لا تعبر عن خيار العدول، لأنه لا يتمتع بها المتعاقد وحده، بل هي حق ممنوح لكافة الناس، مثل حرية العمل، حرية التنقل، وهي بذلك تتميز عن الحق في أنها تثبت لجميع الناس على حد سواء، فضلا عن أنها لا تتحقق لسبب معين بذاته كالحقوق وانما تثبت بسبب الاذن العام من المشرع [4]، كما أنه بالاضافة الى ذلك وبموجب الحق في العدول

1 منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم، المرجع السابق،ص.54.

2 تعد فكرة الرخصة حديثة نسبيا على الفكر القانوني، حيث أن معناها لا زال يعتريه الغموض وعدم التحديد، إذ غالبا ما تستخدم الرخصة أحيانا كمرادف للحرية، وكمثال على ذلك مثلا رخصة التعاقد، كما تستخدم بمعنى مرادف للحق بمعناه الفني الدقيق، وان كانت تختلف عنه في بعض الأوجه، فهي لذلك تسمى حقا من نوع خاص، وتقع الرخصة في مرتبة وسط بين الحق والحرية، فهي تختلف عن هذه الاخيرة من حيث أن الجميع ليسو سواء بالنسبة للرخصة، وانما يكون صاحب الرخصة في وضع متميز عن غيره ممن ليس لديه رخصة، لكن هذه الميزة تبقى محدودة وضيقة بالمقارنة مع الحق، فمضمون الرخصة يقتصر على تخويل صاحبها الخيار بين عدة بدائل محددة مسبقا، وهي بذلك مقصورة على صاحبها لا يشاركه فيها أحد غيره. محمد المرسى زهرة، المرجع السابق،ص 86-87.

3 ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص.346.

4 موفق حماد عبد، المرجع السابق،ص. 232.

ينشأ التزام على عاتق الطرف المقابل يتمثل في الامتثال للقرار الذي اتخذه المستهلك بالعدول والخضوع للأثار المترتبة عليه وهو ما لا نجده في الرخصة[1].

رابعا.- خيار العدول هو حق ارادي محض :

خلافا للإتجاهات الفقهية السابقة ذهب اتجاه فقهي والذي يؤيده الباحث الى أن خيار العدول لس بحق شخصي أو عيني كما أنه ليس رخصة، ولكنه يحتل منزلة وسطى بين الحق بمعناه الدقيق والرخصة، فهو أعلى مرتبة من هذه الأخيرة ولكنه أدنى من الحق ويسمى المكنة القانونية[2] أو الحق الارادي المحض، والذي يعد الحق في العدول من أهم تطبيقاته[3].

ويترتب على إعتبار خيار العدول حق ارادي محض اختلاف مضمونه عن الحقوق العادية لما يتميز به هذا الحق أو المكنة القانونية من قدرة صاحبه على إنشاء مركز قانوني أو منع انشائه بإرادته المنفردة، بحيث يتوقف استعمال هذا الحق أو ممارسته على ارادة صاحبه دون أن يتوقف ذلك على ارادة من يمارس في مواجهته، فهو حق جوهره سلطة التحكم في مصير العقد الذي تقرر هذا الخيار بشأنه ، كما أن اعتبار خيار العدول حقا ارادیا محضا

1 ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص.346.

2 تعرف المكنة القانونية بأنها قدرة الشخص على التعبير المنفرد عن ارادته دون الحاجة الى تدخل الطرف المقابل على انشاء أو تعديل أو الغاء مراكز قانونية، كما تم تعريفها على أنها قدرة الشخص على التعبير عن ارادته المنفردة دون الحاجة الى تدخل الغير من خلال استعمالها على تغيير المركز القانوني لهذا الاخير، كما تم تعرف المكنة القانونية بأنها قدرة أو صلاحية الشخص على احداث اثار قانونية وبارادته المنفردة، وذلك بالاستناد الى وضع قانوني خاص، وعبذلك فإن الصلاحية والقدرة الممنوحة بموجب المكنة القانونية من حيث أنها تؤثر وتغير المركز القانوني للغير دون تدخل هذا الاخير، هي ثلاث مكنة قانونية منشئة وباستعمالها يستطيع من تقرر له مثل هذه المكنة القانونية ان يؤسس رابطة قانونية جديدة أو أن يكتسب بها حقا، ومكنة قانونية معدلة أو مغيرة والتي بغستعمالها تتغير حقوق أو روابط قأونية موجودة، ومكنة قانونية منهية أو فاسخة والتي يتمثل دورها في انهاء حق أو علاقة قانونية موجودة، ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص 347-348.

3 منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم، المرجع السابق،ص.55.

يجعله يدخل في طائفة الحقوق المسماة بالحقوق التقديرية أو المطلقة غير المسببة التي تخرج من رقابة القضاء فيما يتعلق باستعمالها [1].

الفرع الرابع

الأساس القانوني للحق في العدول عن التعاقد

يمثل البحث في الأساس القانوني الذي يقوم عليه الحق في العدول أهمية كبيرة من حيث النتائج التي تترتب على إعماله، لذلك فإن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد والذي يكشف لنا هذا الأساس القانوني يتمثل في كيفية تقرير هذا الحق في العدول ؟

يتم تقرير الحق في العدول عن التعاقد بموجب إتفاق بين الطرفين المتعاقدين أو بموجب نص قانوني، لذلك يتم التمييز بين نوعين من الحق في العدول ولكل منهما أساس يختلف عن الاخر، وهما العدول الاتفاقي والعدول التشريعي.

وبذلك يختلف الأساس القانوني للحق في العدول في التعاقد بالنظر الى مصدره، حيث بعتبر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الارادة أساسا للحق في العدول الناتج عن الاتفاق، وفي هذه الحالة يمكن للمتعاقدين مخالفة هذه القاعدة بالاتفاق على إعطاء خيار العدول عن العقد لكلا المتعاقدين أو لأحدهما بارادته المنفردة دون ان يتوقف ذلك على ارادة الطرف الاخر [2].

وفي هذا الصدد وبالنسبة للعدول الناتج عن الاتفاق فإنه يعد أمرا منتشرا في الكثير من عقود الاستهلاك، حيث يلجأ التاجر المحترف الى منح مثل هذا الخيار كوسيلة تسويقية للسلعة التي يعرضها خصوصا في عقد البيع الالكتروني محل الدراسة والذي يظطر فيه المحترف الى

1 موفق حماد عبد، المرجع السابق،ص 233. عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص.772.

2 منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم، المرجع السابق،ص55، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص. 55.

استخدام وسائل تكسب المستهلك الثقة في السلعة المعلن عنها، وقد يعتبر منح الحق في العدول من افضل هذه الوسائل[1].

أما بالنسبة لحق العدول في التعاقد المترتب عن نص قانوني فقد أعطيت في تحديد أساسه القانوني عدة أراء، ومن هذه الأراء أن حق العدول أساسه القانوني يتمثل في فكرة التكوين المتدرج للعقد[2].

وهذا من منطلق فإن عقود الاستهلاك لاتبرم في لحظة زمنية واحدة وهي لحظة ارتباط الايجاب بالقبول، وإنما لابد من مرور مدة زمنية قبل أن يرجع المستهلك عن عقده، فإذ لم يرد تأكيد رضائه الذي أصدره وعمد الى سحب هذا الرضا خلال مدة الرجوع، فإنه يحول بذلك دون ابرام العقد، وهو بذلك ينسحب من عقد غير تام، وليس من عقد ملزم، ووفق هذا الرأي فإن رضا المستهلك يتكون خلال مرحلتين[3].

ويظهر أن فكرة التكوين المتدرج للعقد قد تقدم تفسيرا منطقيا لمهلة التروي والتفكير والتي لا ينعقد العقد قبل مضيها وإن أصدر المستهلك رضاءه، فهي تتفق مع طبيعة هذه المدة والغاية التي قررت من أجلها، ويمكن اعتمادها أساسا للعدول في هذه الحالة.

غير أنه تم انتقاد هذا الرأي على أساس أن القول بالتكوين المتتابع للرضا والذي يجيز لمن ثبت له خيار الرجوع أن يسحب الرضا فينعدم العقد يفتقد الى أساس يستند اليه، لأنه لا

1 أيمن مساعدة وعلاء خصأونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة اليرموك، الاردن،2011، العدد السادس والاربعون،ص.187.

2 يشبه التكوين التدرجي للعقد بحالة الحمل، فالعقد في المرحلة الأولى يكون في حالة سكون كالحمل المستكن أو المضغة أو الجنين، وتشبيه العقد بالجنين في هذه الفترة من الحمل يعني انه مجرد نطفة لا يخرج الى الحياة الا بالمحافضة عليه طوال فترة الحمل دون تدخل ارادي لمنعه، فإذا ما حافظ المشتري على رضائه الأول ولم يشأ أن يرجع عنه بارادته المنفردة خلال المهلة المحددة يولد العقد ويخرج الى الحياة القانونية، ويترتب على ذلك أن العقد في هذه المهلة طالما لم يصبح نهائيا فلا يرتب أية اثار قانونية كالجنين الذي لا يكتسب الشخصية القانونية الا باستمرار الحمل حتى ولادته حيا، أبو الخير عبد الونيس الخويلدى، المرجع السابق، ص.172.

3 منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم، مرجع سبق ذكره،ص55. عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص 772

يمكن أن يكون رضا المتعاقد رغم أنه صدر صحيحا غير مشوب بأي عيب من عيوب الارادة غير كاف في حد ذاته لإبرام العقد، ولا يزال في حاجة الى رضا اخر يدعمه، وأن الرضا الثاني بعد انتهاء المدة المحددة هو الذي يعتد به[1].

ومن الأراء التي تم اعتمادها في تفسير الأساس القانوني للعدول عن العقد هي أنه يعد عقدا غير لازم، فالعقد رغم ابرامه صحيحا يكون نافذا في مواجهة أحد طرفيه فقط أما طرفه الاخر وهو من تقرر له هذا الحق في العدول فلا يلزمه العقد، ويعتبر بذلك هذا الأساس وسيلة بمقتضاها يتم التوفيق بين القوة الملزمة للعقد والرجوع فيه[2]، حيث يكون العقد غير لازم في حق المشتري الا بعد انقضاء المهلة المحددة، فيكون لهذا الأخير الخيار بين قبول العقد أو رفضه[3].

ونتيجة الطبيعة الخاصة للحق في العدول فيظهر أن تكييفه قد يكون أقرب الى طبيعة القانونية للعقد غير اللازم المعروف لدى فقهاء الشريعة الاسلامية، لأن المبدأ العام لدى هؤلاء أن العقد لازم إلا إذا أثبت لأحد المتعاقدين أو كليهما حق العدول عنه عندئذ يصبح غير لازم ، حيث يرجع عدم اللزوم الى إما الى طبيعة بعض العقود وإما الى حكم القانون. وإذا تم اعتبار العقد الالكتروني المتضمن حق المستهلك في العدول عقدا غير لازم، فإن عدم لزومه يكون من طرف واحد وهو المستهلك وهي حالة مؤقتة بالمهلة المعطاة لهذا المستهلك، وبعد ذلك يتحول الى عقد لازم إذا لم يمارس هذا الحق خلال تلك المدة [4].

1 أبو الخير عبد الونيس الخويلدى، المرجع السابق، ص.172.

2 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق ،ص. 775.

3 أبو الخير عبد الونيس الخويلدى، المرجع السابق، ص. 175.

4 هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،مصر،2009، ص. 344.

ورغم أن فكرة العقد غير لازم تقدم أساسا معقولا لتفسير حق المشتري بعد ابرام العقد في الرجوع عنه خلال المدة المحددة، إلا أنها تعد فكرة غير كافية، لذلك يرى جانب من الفقه[1] على حق أن الأساس القانوني للحق في العدول هو النص القانوني الصريح في القوانين التي نصت عليه والتي تمنح المستهلك هذا الخيار خاصة في العقود التي تتم عن بعد ومنها عقود التجارة الالكترونية، حيث يشكل هذا الحق في العدول وسيلة تشريعية تلعب دورا أساسيا في حماية المستهلك الذي يتعاقد عادة دون تمهل ودون إمكانية مناقشة الشروط التعاقدية ويخصع لتأثير الاعلان وما يحمله بين طياته من ضغط على التعاقد.

ويعتبر عقد البيع الالكتروني المقترن بحق العدول كعقود الإستهلاك الاخرى متفقا مع النظرية العامة للعقد، إلا أنه يختلف عن هذه الأخيرة من حيث مصدر وخصائص خيار المستهلك في العدول في التعاقد التي تخضع لنصوص قوانين حماية المستهلك باعتبارها استثناء على القواعد العامة لنظرية العقد[2]، لذلك سنتنأول بالدراسة أحكام الحق في العدول واثاره.

1 منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم، المرجع السابق ،ص.57.

2 يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة ابرام العقد،، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، 2010، العدد 43،ص. 289.

المطلب الثاني

أحكام الحق في العدول واثاره

ان حماية المشتري أو المستهلك في عقود التجارة الالكترونية تبرر وضع قواعد لا تتفق تماما والقواعد التقليدية للعقود كماهو الحال بالنسبة لحق العدول الذي يعد استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لذلك تقتضي الدراسة بيان أحكام الحق في العدول، و الاثار المترتبة عليه.

الفرع الأول

أحكام الحق في العدول

يترتب على ممارسة الحق في العدول نتائج هامة تتمثل في نقض العقد وإرجاع السلعة واسترداد الثمن، ونظرا للخطورة المترتبة على ذلك، وجب بيان نطاق ممارسة الحق في العدول وكيفية ممارسة هذا الحق.

أولا :نطاق الحق في العدول

يمثل إعطاء أحد المتعاقدين خيار الرجوع عن التعاقد خطورة كبيرة بما يشكله ذلك من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ولذلك كان لابد من تحديد نطاق الحق في العدول تحديدا دقيقا، لضمان إعماله في الاطار الذي حدده المشرع وعدم مجأوزة ذلك النطاق وإلا ترتبت عليه نتائج خطيرة تزعزع الثقة بالتعاقد[1].

1 يعد الحق في الرجوع استثناء من القاعدة العامة، ولخطورة ما ينطوي عليه من اثار، فإن جميع أحاكمه متعلقة بالنظام العام، لذلك يستبعد الاتفاق على أحكام منظمة أو معدلة للأثار التي نص عليها المشرع في القوانين التي أقرن هذا الحق في العدول. سليمان براك دايح، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، مجلد 8، 2005، العدد 14، ص.190.

نصت القوانين المقارنة [1] الخاصة بحماية المستهلك على مجال تطبيق الحق في العدول، فقد عمل المشرع الفرنسي على تعديل قانون الاستهلاك لسنة 1993 إعمالا للتوجيه الأوربي رقم EC/ 97/7 وذلك بالمرسوم رقم 741-2001، وقد تضمن المرسوم الجديد بموجب المادة L121-20 حق المستهلك في الانسحاب من العقد المبرم عن بعد في مجال توريد السلع والخدمات [2].

فبالرجوع الى قانون الاستهلاك الفرنسي والتوجيه الأوربي لسنة 1997 نجد أنه لا يقتصر فقط على بيع السلع ولكن يشمل أيضا عقود تقديم الخدمات، وعليه فإن حق المستهلك في العدول عن العقد يشمل كل عقود البيع وعقود تقديم الخدمات التي تتم بوسيلة من وسائل الاتصال عن بعد، فالمبدأ هنا هو أن أي عقد بيع أو تقديم خدمة يتم عن طريق الانترنت، يكون من حق المستهلك العدول فيه خلال مدة حددها القانون[3].

1 تجب الاشارة في هذا الصدد أنه تم الاعتماد على القوانين المقرنة لبيان نطاق الحق في العدول، وذلك لعدم وجود نص خاص بحق المستهلك في العدول عن العقد في القانون الجزائري، وذلك سواء بالنسبة للعقود المبرمة عن بعد، أو بالنسبة للعقود التي تبرم عبر الانترنت على وجه الخصوص، غير أنه هناك بعض المواد التي نص عليها قانون حماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 2009/02/25 خاصة المادة 13 منه التي جاءت عامة بحيث تطبق على كل العقود بالمفهوم العام، وقد حأول المشرع وضع بعض القواعد التي تهدف في مجموعها الى حماية المستهلك، وذلك من خلال تكييف المواد مع بعض الالتزامات، ومنح المستهلك عدة حقوق، غير أن هذا الربط قد تجأوزه كل من المشرع الفرنسي والتونسي، فقد تركا الحق في العدول عن العقد المبرم عن بعد مفتوحا وغير مقيد بأي قيد أو شرط، راجع فيذلك. بن جديد فتحي حق المشتري في التراجع عن تنفيذ العقد المبرم عن بعد، مجلة القانون، معهد العوم القانونية والادارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة غليزان،2014، العدد الرابع، ص 94-95

2 « Le principe d'un droit de rétractation en matiére de vente à distance a été consacré par la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matiére de contrats à distance dont l'article 6 affirme que : pour tout contrat à distance ,le consmmateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrable pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif » ,La Directive du 20 mai 1997 a été transposée en droit français dans le code de la consommation par une Ordonnance du 23 aout 2001 GHAZOUANI Chiheb ,op,cit , pp 208-209.

3 سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص.323.

كما أن المشرع التونسي في الفصل 30 من قانون التجارة الالكترونية نص على نطاق ممارسة الحق في الرجوع، إذ حدد الحالات التي يمكن للمستهلك التمسك به وكذا الأجل الذي ينبغي عليه استعماله، حيث يستطيع المستهلك ممارسته في كل عقود البيع الالكترونية، باستثناء البعض منها، كما يتعين على المستهلك ممارسته خلال أجل محدد[1].

غير أنه حفاظا على توازن العقد، وعملا على عدم الإضرار بالتاجر المحترف نصت القوانين المقارنة [2]الخاصة بحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية على حالات معينة لا يجوز فيها العدول عن العقد بعد ابرامه، فتجعل النصوص القانونية في هذا المجال الحق في الرجوع لا يطبق في عقود معينة الا باتفاق الاطراف، وتجعله في عقود أخرى لا يطبق إطلاقا، بمعنى عقود تستثنى من تطبيق الحق في الرجوع، لذلك نتعرض لهاتين الحاتين فيما يلي.

1: عقود لا يطبق فيها الحق في الرجوع الا بإتفاق الأطراف

نصت المادة L121-20-2 من قانون حماية المستهلك الفرنسي المضافة بالمرسوم 2001 -741 المؤرخ في 23 أوت 2001 [3]على الاستثناءات الواردة على حق الرجوع والخاصة ببعض العقود الا في حالة اتفاق الأطراف على خلاف ذلك.

1 نص المشرع التونسي في الفصل 30 من قانون التجارة الالكترونية على أنه " مع مرعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب :

بالنسبة الى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك

بالنسبة الى الخدمات بداية من ابرام العقد

ويتم الاعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها سلفا في العقد، في هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن ارجاع البضاعة".

2 نقصد بالقوانين المقارنة هنا القانون حماية المستهلك الفرنسي والتونسي

3 Article L121-20-2 inséré par Ordonnance n 2001-741 du 23 aout 2001 art 5 et art 12 Journal Officieldu 25 aout 2001 dispose que :

« Le droit de rétractation ne peut étre exercé , sauf si les parties en sont convenues autrement, pour les contrats :

والعقود التي اسبعدتها المادة L121-20-2 من قانون حماية المستهلك الفرنسي من نطاق الحق في العدول هي كالتالي :

١.- عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء مدة العدول :

والغاية المتوخاة من هذا الإستثناء هي عدم الإضرار بالمهني وذلك بأن يعدل المستهلك عن العقد بعد أن يكون قد استفاد من الخدمة، فطالما أن المستهلك قد اتفق على بداية تنفيذ العقد خلال مدة العدول، فلا يجوز له أن يضر بالمهني وذلك بالعدول عن العقد بعد أن يكون قد استفاد من الخدمة المقدمة له بمقتضى العقد[1].

1 De fourniture de services dont l'execution a commencé , avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours frans ;

2 De fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuation des taux du marché financier ;

3 De fourniture de biens confictionnés selon les spécification du cnsommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature , ne peuvent étre réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ;

4 De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ontété descelleés par le consommateur ;

5 De fourniture de journaux , de périodique ou de magazines ;

6 De service de paris ou de loteries autorisés ».

1 مع الاشارة هنا أنه اذا كان الهدف من وراء ذلك الاستبعاد هو تفادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل بعد ذلك عن العقد مما يلحق الضرر بالمهني، فانه في الكثير من الأحيان لا يتمكن المستهلك من الحكم على مدى توافر خصائص الخدمة المؤداة إليه إلا عند البدء في تلقي منافعها، لذلك يبدو التناقض واضحا في هذه الحالة، بالاضافة الى أنه يخشى في هذا المجال من قوة الاقناع والالحاح الذي يمارسه غالبا المهني في مواجهة المستهلك والذي قد يدفع الاخير الى البدء في الحصول على منافع الخدمة محل العقد قبل انقضاء المهلة المحددة لمباشرة حقه في العدولعلى نحو يؤدي من الناحية العملية الى تفريغ الحق في العدول من مضمونه. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الاشارة لقواعد القانون الأوربي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2003، العدد الثاني، ص. 19-20.

ب.- العقود الواردة على السلع والخدمات متقلبة الأسعار :

يشمل هذا الاستثناء السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها مع تقلبات السوق المالي، والغاية منه هو أنه إذا استخدم المستهلك حقه في العدول عن العقد فالمهني ملزم برد المبلغ الذي تم الاتفاق عليه عند ابرام العقد، وهو الامر الذي قد يكون مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة وقت رد المبلغ للمستهلك، فقد يكون سعر السلعة أو الخدمة قد ارتفع أو انخفض عن سعرها وقت ابرام العقد[1].

ج.- العقود الواردة على السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك، أو كانت السلعة من السلع سريعة التلف كبعض المنتجات الغذائية :

وبموجب هاتين الحالتين يتعذر على التاجر المحترف اعادة بيع السلعة اذا ما تمت اعادتها اليه وفي ذلك ضرر وخسارة مادية تلحقه من جراء ذلك، كما يلحق بهذه الحالة عقود توريد الصحف والمجلات والدوريات، حيث أن منح المستهلك خيار العدول بشأنها قد يمكنه من الحصول عليها دون ان يدفع مقابلها، بالاضافة الى أن الصحف اليومية خاصة تفقد قيمتها بمجرد صدور عدد لاحق منها الأمر الذي لا يتمكن معه التاجر من اعادة بيعها، وما ينتج عن ذلك من خسارة مادية له[2].

1سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق،ص. 324.

2 موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص. 238.

د.- توريد تسجيلات سمعية أو بالفيديو أو البرامج المعلوماتية، إذا كان قد تم نزعها بواسطة المستهلك :

يمتثل الهدف من خلال اقرار هذا الاستبعاد في حماية حقوق الملكية الفكرية، ذلك أن منح حق العدول بشأن هذه السلعة قد يمكن المستهلك من الحصول عليها دون دفع مقابلها كما اذا قم مثلا باعادة البرنامج المعوماتي أو التسجيلات بعد نسخها أو اعادة انتاجها.[1]

ويطرح التساؤل حول تطبيق هذا الاستثناء على التسجيلات السمعية والبصرية والبرامج التي يتم شراؤها عبر الانترنت، ويتم ارسالها للمستهلك من خلال شبكة الانترنت حيث يقوم المستهلك بتحميلها على الكمبيوتر الخاص به، فاذا قام هذا الاخير بشراء برامج كمبيوتر من موقع على شبكة الانترنت وقام بتحميله على جهازه وقام باستخدام البرامج فهل يحق له بعد ذلك التمسك بالحق في العدول ؟

ففي هذه الحالة اتجه القضاء الفرنسي[2] الى أن الاستثناء الوارد في نص المادة L121-20-2 من قانون الاستهلاك لا ينطبق إلا على برامج الحاسوب (logiciels)، حيث ان هذ النص قد استخدم لفظ (descellé) أي (نزع)، والمقصود بالنص هنا هو برامج الحاسوب وليس عتاد ووسائل الاعلام الالي[3].

1 محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد.....، المرجع السابق، ص.61.

2 Tribunal de police des Andelys, 10 décembre 2004,Juris-Data n 2004-206150, commu.com.élec.,mars 2005, p.34, note Benoit TABAKA

3 « L a jurisprudence a eu à se prononcer dans une espèce ou un client, après avoir essayé un scanner qu'il avait acheté sur l'internet et exercé son droit de rétractation , s'est vu refuser le remboursement de son scanner empechait l'exercice du droit rétractation sur le fondement de l'article L 121-20-2-4 puisque le consommareur a descellé le logiciel di'instalation du scanner.Le tribunal de police des Andelys a sanctionné le professionnel en énonçant que pour s'appliquer ,cette exception suppose que la vente cocerne non du matériel informatique mais des logiciels , et que ceux-ci aient été descellés par le consommateur.Toutefois, parceque le

هـ.- خدمات الرهان أو اليانصيب المسموح بها :

يقوم المتعاقد في هذا النوع من العقود بالاقدام على التعاقد إنطلاقا من روح المجازفة والمقامرة على نحو يتناقض معه أن يتم الاقرار له بالحق في العدول عنها بعد ابرامها، وبذلك يتنافى الحق في العدول المقرر أصلا لحماية المستهلك مع جوهر هذه العقود[1].

ويبدو من خلال نص المادة المذكورة أن المشرع الفرنسي لم يستبعد بعض العقود والخدمات نهائيا من الحق في العدول، وإنما أخضعها لإتفاق خاص، حيث أنه من الممكن أن يتفق المستهلك مع مقدم الخدمة على حقه في العدول بالرغم من بدأ التنفيذ في تلقي الخدمة، ومن الممكن كذلك ألا يبدأ المستهلك في تلقي الخدمة إلا بعد انقضاء مهلة الحق في الرجوع، وذلك حتى يراجع نفسه ويتخذ قراره إما بالرجوع أو بتنفيذ العقد.

.-2 عقود مستثناة من تطبيق الحق في العدول

وبالاضافة الى الحالات السابقة المذكورة في المادة L121-20-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي، فهناك حالات أخرى نصت عليها المادة L121-20-4[1] من قانون الاستهلاك الفرنسي وهي:

---

client avait descellé l'emballage afin d'installer et cofigurer le logiciel fourni avec le scanner pour le faire fonctionner , le tribunal en conclut que si l'on peut admettre dans ce cas le jeu de l'exception prévue par l'article L121-20-2 du code de la cosommation pour ce qui cocerne le logiciel lui-même , rein ne permettait en re vanche à la société de refuser le retoure et le remboursemenr du scanner , ce qui n'a pas été proposé au client.S'appuyant sur une lecture restrictive de l'article L121-20-2 du code de la consommtion , le tribunal a condamné à la fois l'entreprise de vente à distance et son dirigeant à respectivement 1000 et 500 euros d'amende, en application de l'article R121-20-2 du code de la consommation » GHAZOUANI Chiheb ,op,cit , p.218.

1 سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 329، موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 239، محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد.....، المرجع السابق، ص.61.

1العقود الخاصة بتوريد سلع إستهلاكية عادية، والتي يتم تنفيذها في مكان سكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة، حيث تقوم هذه الحالات على تعاقد المستهلك بصفة مباشرة، أي يلتقي مباشرة بالتاجر ويرى السلعة رؤية مادية، وبالتالي فهو ليس بحاجة الى الحق في العدول الذي وجد ليواجه حالات التعاقد دون رؤية الشيئ المتعاقد عليه أو معاينته.[2]

2 أداء خدمات التسكين، النقل، المطاعم والترفيه التي يجب تقديمها في وقت أو خلال دورية محددة: ومادام هذا الاستثناء يشترط بأن أداء الخدمات يتم في تاريخ معين، فإن استخدام حق العدول قد يمثل خسارة كبيرة بالنسبة للمهني إذا تم العدول عن العقد قبل التاريخ المعين لاداء الخدمة.

ورغم نص المشرع الفرنسي بموجب قانون الإستهلاك على هذه الاستثناءات [3]، إلا أنه يمكن الاتفاق بين التاجر والمستهلك على إعطاء هذا الأخير الحق في العدول عن هذه العقود

---

1 Art.L121-20-4 dispose que « Les disposition des articles L121-18 ,L.121-19,L121-20 et L 121-20-1 ne sont pas applicables aux cotrats ayant pour objet.

1 L a fourniture de biens de consommation courante réalisée au lieu d'habitation ou de trvail du consommateur par des distrubiteurs faisant des tournées fréquentes et réguliéres.

2 La prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration ,de loisirs qui doivent étre fournis à une date ou selon une périodicité déterminée ».

2 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.637.

3 نص المشرع التونسي على هذه الاستثناءات بموجب الفصل 32 من قانون التجارة الالكترونية التونسي وذلك كما يلي:

" 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 أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.

اذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية، أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة ارسالها، أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها.

عند قيام المستهلك بنزع الاختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الاعلامية المسلمة أو نقلها اليا شراء الصحف والمجلات".

المستثناة، فيمكن الاتفاق بينهما على توسيع الحق في العدول ليشمل العقد المبرم بينهما عبر الانترنت حتى ولو كان هذا العقد داخلا ضمن الاستثناءات المنصوص عليها، فيعد هذا الاتفاق صحيحا، طالما أنه في مصلحة المستهلك[1].

ثانيا :مهلة ممارسة الحق في العدول عن العقد

من أجل الحفاظ على استقرار المعاملات، يقيد المستهلك الذي له حق العدول بمدة معينة لمارسة هذا الحق، فاذا مرت هذه المدة سقط حقه في العدول، وذلك حتى لا يبقى المركز القانوني للتاجر المحترف قلقا لمدة طويلة يمكن من خلالها أن يفاجأ بطلب العدول عن عقد قد مضى على ابرامه مدة طويلة.

وقد تضمنت المادة L121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي تنظيما دقيقا لمهلة ممارسة الحق في العدول عن العقد الذي يتم ابرامه عن بعد، وذلك من حيث الوقت الذي تبدأ فيه هذه المدة والوقت الذي تنتهي فيه، بالإضافة الى المدة التي يحق خلالها للمستهلك أن يقوم بممارسة حقه العدول عن العقد[2].

فالمبدأ العام في هذا الصدد، وكما ورد في نص المادة L121-20 من قانون الاستهلاك هي مدة سبعة أيام عمل كاملة، فيستطيع المستهلك وبموجب هذا النص التشريعي،

1 غير أنه وإن كان الاتفاق على توسيع مجال الحماية للمستهلك ممكنا، فأنه لا يجوز الاتفاق على التضييق من مجال الحماية المقررة له، فلا يجوز الاتفاق على استثناء عقد معين من الحق في العدول اذا كان هذا العقد غير وارد في الحالات المستثناة من القانون، والا كان هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا، وذلك لان القواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود عن بعد هي متعلقة بالنظام العام وفقا لنص المادة L121-20-7 من قانون الاستهلاك الفرنسي، سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق،ص.331.

2 L'article L121-20 de code de la consommation dispose que « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour execer son droit de rétractation sans avoir à justier de motifs ni a payer de pénalités,àl'exception ,le cas échèant, des frais de retour

Le délai mentionné à l'aliéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services.. ».

والذي يكون في الغالب قد تعاقد دون امكانية حقيقية لمناقشة تعاقده ودون امكانية رؤية ما تعاقد عليه حيث يفترض أنه خضع لتأثير الاعلانات وما تحمله من ضغط وحث على التعاقد وهو الامر الذي يعطيه الحق في العدول عن العقد.

وبالنسبة لوقت سريان مهلة العدول بالنسبة للسلع، يبدأ احتساب مدة ممارسة المستهلك لحقه في العدول وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة L121-20 من تاريخ تسلم السلعة من قبل المستهلك، أما إذا كان محل العقد تقديم خدمة، فإن مهلة العدول تبدا في السريان منذ الوقت التي يتم فيه العقد، أي منذ لحظة قبول المستهلك للإيجاب الصادر من المهنين، و بالنسبة لسريان مدة سبعة أيام تبدأ منذ اليوم التالي لليوم الذي تم فيه تسليم السلعة أو اليوم الذي تم فيه أنعقاد العقد بالنسبة للعقود الواردة على الخدمات [1].

وبذلك يكون القانون الفرنسي قد أعطى فترة سبعة أيام كاملة للرجوع عن العقد المبرم عن بعد، وهي تختلف عن تلك الفترة المنصوص عليها في التوجيه الأوربي الذي حددها بسبعة أيام عمل[2].

وعليه وبموجب القانون الفرنسي اذا تضمنت فترة السبعة أيام عطلة أو اجازة رسمية فان ذلك لا يؤدي الى انقطاع المدة، أما اذا كان اخر يوم من هذه المهلة يوم عطلة أو إجازة رسمية فإن هذه الفترة تمتد الى أول يوم عمل، وهذا وفقا لنص المادة L121-20 الفقرة الثالثة

1 إن مهلة العدول تبدأ في السريان منذ اليوم التالي لليوم الذي تحدث فيه الواقعة التي بموجبها أنطلق الميعاد، مثلما هو الحال بالنسبة للمواعيد في قانون الاجراءات المدنية والادارية، فالمواعيد التي تقدر بالايام أو الشهور أو السنوات، فإن اليوم الذي حدثت فيه الواقعة التي إنطلق بموجبها الميعاد لا تدخل في حساب مدة الميعاد، فيبدأ الميعاد بذلك من اليوم التالي ليوم حدوث الواقعة المعنية، سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق،ص.335.

2 خلافا لذلك فإن القانون الامريكي فإن فترة العدول فيه اطول من القانون الفرنسي، فهي ثلاثون يوما يحق للمستهلك خلالها أخذ مهلة للتروي والتفكير في إتمام العقد أو إرجاع البضاعة، وتبدأ هذه المدة من تاريخ استلام السلعة أو الخدمة، ولكن هذا القانون مطبق في بعض الولايات دون غيرها، ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الالكتروني، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 2009، ص.54.

بنصها ".. اذا انتهت مدة السبعة أيام يوم سبت أو أحد، أو يوم عطلة، فإن هذه الفترة تمتد الى أول يوم عمل "[1].

واذا كانت القاعدة العامة هنا أن للمستهلك وفقا لنص المادة L121-20 الحق في العدول في مدة سبعة أيام، غير أن المشرع الفرنسي قد منح للمستهلك اضافة الى ذلك الحق في الاستفادة من تمديد مدة العدول المحددة بسبعة أيام الى غاية ثلاثة أشهر وهذا في حالة إخلال المهني بالتزامه بالاعلام اللاحق لإبرام العقد.

فبمقتضى الفقرة الثالثة من المادة L121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي المضافة بالأمر 2001-741 الصادر في 23 ماي 2001 التي تنص على أنه " وإذا لم تقدم المعلومات المنصوص عليها في المادة L121-19 فإن مدة ممارسة حق الرجوع تصل الى ثلاثة شهور "[2].

كما أنه بموجب نفس المادة السابقة الذكر اذا تدارك المهني الأمر وقام بإعلام المستهلك بهذه المعلومات الواردة في نص المادة L121-19 من قانون الاستهلاك الفرنسي[3] خلال مدة

1 Article 21-20 dispose que « ….lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férieé ou chomé , il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ».

2 Article 21-20 dispose que « lorsque les informations prévues à l'article L121-19 n'ont pas été fournies , le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à trois mois ».

3 Article L.121-19 du code de la cosommation dispose que « -Le consommateur doit recevoire ,par écrit ou sur un autre support durable à sa dispositon ,en temps utile et ou plus tard au moment de livraison :

1 Confirmation des informations mentionnées aux1à4de l'article L121-18 et de celles qui figurent en outre aux articles L111-1 et L113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L214-1 à moins que le profesionnel n'ait satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat :

2Une information sur les conditions et les modalités d'exercicedu **droit de rétractation** ;

الاشهر الثلاثة، فإن مدة الايام السبعة تعود الى الظهور مرة أخرى منذ اللحظة التي قامن فيها المهني بتنفيذ التزامه بالاعلام، أي أن المستهلك يكون له سبعة أيام فقط منذ قيام المهني باعلامه بهذه المعلومات، حيث جاء نص المادة كما يلي (ومع ذلك، اذا حدث توريد هذه المعلومات في خلال الثلاثة شهور من تاريخ استلام السلع أو قبول العرض، تسري مدة السبعة أيام المذكورة في الفقرة الحالية)[1]

ويظهر من خلال الأحكام السابقة أن المشرع الفرنسي أراد توقيع عقوبة على المهني الذي أخل بالتزامه بإعلام المستهلك وذلك بتمديد مدة العدول من سبعة أيام الى ثلاثة أشهر، إلا أنه أجاز للمهني أن يتدارك هذا الإخلال، ويقوم باعلام المستهلك خلال مدة الثلاثة أشهر من تاريخ استلام السلعة أو قبول العرض بالنسبة للخدمات، فإذا قام بذلك تعود المدة الاصلية وهي سبعة أيام أيام يبدأ احتسابها من قيام التاجر بتأكيد ألمعلومات.

ثالثا: كيفية ممارسة الحق في العدول عن العقد:

لم يبين المشرع الفرنسي شكلا خاصا لتعبير المستهلك عن عدوله عن العقد الذي قام بإبرامه، حيث أنه بالرجوع لنص المادة L121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي والخاصة

---

3 L'adresse de l'etablissement du fournisseur ou le consommateur peut présenter ses réclamation.

4Les information relatives au service après vente et aux gatantiies commerciales ;

5Les conditions de l'établissement du résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieur à un an.

- Les dispostions du présent article ne sont pas applicbles aux services fournis en une seule fois au moyen d'une technique de communication à distance et facturés par l'opérateur de cette technique à l'exception du … ».

1 Article 21-20 dispose que « Toutefois,lorsque la fourniture de ces informations intervient dans les trois mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le délai de sept jours mentionné au premier alinéa … ».

بتنظيم حق المستهلك الالكتروني في العدول عن العقد، نجد أنها لم تحدد طريقة خاصة أو اجراءات شكلية، حيث يكون للمستهلك الحق في العدول خلال المدة المحددة له دون إبداء الأسباب[1].

ويمكن للمستهلك أن يعدل عن العقد اذا وجد أن السلعة التي أقدم على شرائها غير متوافقة مع ما كان يريده، بل ويمكن له حتى في حالة ما إذا وجد أن السلعة متوافقة تماما لما كان يتوقعه، فانه يحق له العدول عن العقد اذا رأى أنه ليس في حاجة الى هذه السلعة، أو أنه قد تسرع في الاقدام على شرائها [2]، حيث أن تعدد صور واختيارات المستهلك على هذا النحو إنما يمثل بعدا اخر من أبعاد حمايته[3]، فقد تكون مصلحته في استبدال المبيع دون رده، كما لو كان تكلف الكثير من الجهد والنفقات في سبيل ابرام العقد [4].

ولأنه من مصلحة المستهلك عند استعماله لحق الرجوع أن يعبر عن عدوله من خلال وسيلة تمكنه من إثبات هذا العدول، خاصة عند منازعة المهني في حدوثه، فيمكن له تحقيق ذلك من خلال تضمين العدول رسالة موصى عليها مع العلم بالوصول[5]، كما يمكن له أن يرسل رسالة الكترونية الى المهني يعلن فيها عن رغبته في العدول عن العقد[6]، وبعض العقود التجارة الالكترونية تضمن بنودها شكلا خاصا من اجل ممارسة الحق في العدول، حيث توجد

1 محمد أحمد عبد الحميد أحمد، المرجع السابق،ص.372.

2 سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق،ص.337.

3 قد يفرض المهني في بعض الحالات شروطا صارمة لممارسة حق العدول، حيث يجعل من استعمال المنتج مانعا من ممارسة حق العدول من جانب المستهلك، وقد طرح هذه المسألة أمام محمة باريس، اذ قررت هذه المحكمة في حكمها الصادر في 4 فبراير 2003 أنه اذا كان االشرط ينص على عدم تطبيق حق الرجوع إذا كانت المنتجات المسلمة محل استعمال مستمر (أكثر من عدة دقائق) يكون هذ الشرط تعسفيا من حيث أنه يقيد الحقوق القانونية للمستهلك في موضوع البعد عن بعد، وطبقا لما ارتأته المحكمة فان حق العدول يكون مطلقا وتقديريا ويسمح للمستهلك أن يجرب الشيئ المطلوب، وأن يقوم باستعماله، نقلا عن كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص 643

4 عمر محمد عبد الباقي، مرجع سبق ذكره،ص871

5 محمد أحمد عبد الحميد احمد، مرجع سبق ذكره ، ص 372

6 سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سبق ذكره،ص 338

بعض المواقع الالكترونية تمنح لمستعمليها استخدام رسائل أو نماذج منفصلة مرفوقة بالسلع الموردة[1].

ومن أجل أن يتفادى المستهلك عبئ الاثبات لحقه في العدول خلال المدة المحددة قانونا، فقد أشار التوجيه الأوربي الصادر سنة 1997 الى ضرورة تنظيم التشريعات الوطنية بما يسمح بالقاء عبئ الاثبات على عاتق المهني، ورغم ذلك فإن المشرع الفرنسي لم يبين في قانون الاستهلاك كيفية ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد، كما لم يتنأول تنظيم مسألة إثبات واقعة إخطار المستهلك برغبته في ممارسة حقه في العدول، وان كانت هذه الواقعة هي في حقيقة الامر واقعة مادية، فإنه يجوز ُ اثباتها بكافة وسائل الاثبات وفقا للقواعد العامة[2].

ويطرح التساؤل في هذا الصدد ما إذا كان الحق في العدول هو حق يترك لمطلق ارادة المشتري أم يمكن أن يتصادم مع نظرية التعسف في استعمال الحق التي قد تحد من استعمال هذا الحق ؟

ولأن حق المستهلك في العدول هوحق تقديري، فإن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تلعب دورا رئيسيا يقيد من حق المشتري المطلق في العدول عن العقد، وهذا راجع لكون مسألة التعسف في استعمال الحق مسألة يصعب اثباتها، كما أن المشتري لا يلتزم بأن يقدم للبائع الاسباب التي أدت به الى طلب العدول عن العقد أو تغيير البضاعة، ولا يملك المهني في هذا الصدد اجباره على ذلك، وكل مايملكه البائع في هذه الحالة هو أن المشتري يلتزم في

1 « Le consommateur peut ainsi manifester sa volonté de se rétracter par un simple courrier électronique ou par lettre recommandée électronique ou sous forme de papier.Certains contrats de commerce électronique désignent dans les conditions générales une forme spécifique pour l'exercice du droit de rétractation.Il existe des sites qui offrent à leur utilisateurs la possibilité d'utilser des lettres types ou des modèles détachables jointes au produit livré.Le droit de rétractation peut également étre exercé par simple retour des produits achetés » GHAZOUANI Chiheb ,op,cit , p. 218.

2 محمد أحمد عبد الحميد أحمد، المرجع السابق،ص.373.

حالة رد البضاعة بدفع مصاريف ونفقات الرد، وقد يحد ذلك من الحالات التي يلجأ فيها لممارسة الحق في العدول[1].

كما أن استبعاد نظرية التعسف في استعمال الحق في هذا الصدد راجع لكون أنه من الاسباب التي أدت الى تقرير الحق في العدول، هي أن هذا الحق عادة ما يقرر لمصلحة متعاقد ضعيف في مواجهة متعاقد اخر متوفق اقتصاديا وفنيا في مجال المعاملة، وإما أن يكون بسبب أن العقد قد ابرم في ظل ظروف تعاقدية غير ملائمة كالبيع بالتقسيط، أو يكون التعاقد بشأن شيئ لم يكن قد راه المشتري[2].

الفرع الثاني

اثار الحق في العدول عن العقد

يترتب على تمسك المستهلك بحق الرجوع واستعماله لهذا الحق اثارا بالنسبة للتاجر المهني، حيث يلتزم هذا الاخير برد المبلغ المدفوع الى المستهلك، وفي المقابل يلتزم المستهلك برد المنتوج ويتحمل مصروفات الرد.

أولا : التزام التاجر برد الثمن للمستهلك

وفقا لنص المادة L121-20-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تنص على أنه (اذا بوشر حق الرجوع، يلتزم المهني بأن يرد دون تأجيل الى المستهلك المبلغ المدفوع، أو على الاكثر خلال الثلاثين يوما التالية للتاريخ الذي مورس فيه هذا الحق)[3]، فإن المهني يلتزم وبمجرد استعمال المستهلك للرخصة المخولة له في العدول عن العقد بالقيام بإعادة السلعة أو

1 سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق،ص 337،أبو الخير عبد الونيس الخويلدى، المرجع السابق،ص. 186.

2 عمر مخمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص.781.

3 Art.L121-20-1 dispose que « Lorsque le droit de retractation est exerce, le professionnel est tenu de rembourser le consommateur de la totalité des sommes,versés dans les meilleurs délais et au plus tard dans les 30 jours suivant la date à la quelle ce droit a été exerce » Ordonnance n 2001-741 du 23/08/2001.

التوقف عن توريد الخدمة، وهذا خلال مدة ثلاثين يوما من استعمال المستهلك لحقه في العدول عن العقد، فيلتزم المهني برد المبلغ الذي دفعه المستهلك له مقابل تلك السلعة أو الخدمة.

وتبرز أهمية تحديد المدة التي يجب على التاجر خلالها رد المبلغ الى المستهلك من خلال أهمية الحق في الرجوع في حد ذاته، ذلك أنه بدون تحديد هذه المدة قد يستعمل المستهلك حقه في العدول ويقوم بإرجاع السلعة الى التاجر الذي يقوم بإعادة بيعها فورا، وفي المقابل يتباطئ في إرجاع المبلغ الى المسهلك، الأمر الذي قد يؤدي الى عزوف المستهلك عن استعمال حقه في العدول مخافة عدم استرداد المبلغ الذي قام بدفعه[1].

وفي هذا الصدد نص قانون التجارة الالكترونية التونسي على الزام البائع في عقد البيع الالكتروني بإرجاع المبلغ المدفوع في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ الرجوع، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن الارجاع. غير أن المشرع التونسي لم يتطرق الى حالة تأخير البائع عن رد الثمن تاركا ذلك للقواعد العامة[2].

وتجب الاشارة هنا أن المادة L121-20-1 قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لم تذكر إلا رد الثمن فيما كانت المادة السابقة من نفس القانون قبل التعديل، تنص بأن للمستهلك رد السلعة اما لإسترداد ثمنها أو لإستبدالها بأخرى، وهو ما يمثل وسيلة من وسائل حماية المستهلك عن طريق إعطائه مجموعة من الخيارات[3].

غير أن الإشكال يثار في الحالات الناتجة عن ممارسة المستهلك لحقه في العدول في بعض عقود البيع الالكتروني، كون أن العدول قد لا يجدي نفعا من الناحية العملية في بعض الحالات مثل عقد بيع برامج الحاسوب ، وذلك اذا ما تم ارسالها الى العميل بالبريد العادي،

1 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص.645.

2 نص الفصل 25 من قانون التجارة الالكترونية التونسي على امكانية العدول عن الشراء في أجل 10 أيام بينما الفصل 31 أعطى للمستهلك امكانية طلب التعويض أعن الضرر الناتج عن العدول

3 موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص.242.

وقام هذا الأخير بفض الأختام ونزع الغلاف، أو تم إرسالها الكترونيا الى ذاكرة الحاسوب الخاص بالمستخدم[1]، حيث يمكن القول أن الحق في العدول في مثل هذه الحالات يشكل ضررا أكيدا للمهني.

ثانيا : اثار العدول بالنسبة للمستهلك

يترتب على تمسك المستهلك بحقه في العدول عن العقد وذلك قبل انقضاء مهلة العدول انقضاء ذلك العقد، وينتج عن ذلك قيام المستهلك برد السلعة الى المهني اذا كان قد قام بتسلمها، أو التنازل عن الخدمة، وهو لا يتحمل في هذه الحالة أية جزاءات في أي شكل كانت نتيجة لعدوله .

فليتزم المشتري بسداد مصروفات اعادة السلعة أو ردها للبائع فقط، دون أن يتحمل أية نفقات اضافية في عقد البيع الالكتروني، وقد حددت محكمة النقض الفرنسية هذه المصروفات بأنها نفقات تجربة واعادة تأكيد توثيق المنتج.

وبذلك فإن المستهلك الذي يمارس حقه في العدول خلال المدة المقررة، لا يتحمل في مقابل ذلك أية جزاءات أو مصروفات[2]، باستثناء المصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلعة وذلك وفقا لنص المادة L121-20 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تنص على أنه " يكون للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة من أيام العمل لممارسة حقه في العدول دون أن يلتزم ببيان الاسباب، أو دفع الجزاءات، باستثناء مصاريف الرد".

واذا كان المستهلك ملزما في حالة ارجاع السلعة بمصروفات الرجوع، كمصروفات النقل والشحن مثلا، فإنه اذا تعلق الامر بتقديم خدمة وقام المستهلك باستخدام حقه في الرجوع ورفض

1 ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص. 54.

2 لا يتحمل المشتري مصاريف أخرى غير تلك اللازمة لإرجاعه السلعة، لأن القول بغير ذلك يؤدي لعزوف المستهلك عن استعمال هذا الحق، وذلك لتجنب تحمل هذه المصاريف التي تمثل عندئذ جزاء يوقعه المهني عقابا للمستهلك على اللجوء لحق العدول، مصطفى أحمد ابو عمرو، المرجع السابق، ص.170.

الخدمة بعد ابرام العقد، فإنه لا يتحمل في هذه الحالة أي شيئ، حيث أن الخدمة لم تؤدى بعد، كما أنه لايوجد شيئ معين يلتزم المستهلك باعادته للتاجر[1].

ولا يمكن للمهني الرجوع على المستهلك بمقابل انتفاعه بالسلعة قبل ممارسته لحقه في العدول، وهذا ما قضت به محكمة الاتحاد الأوربي في 03 سبتمبر 2009 من عدم جواز حصول البائع المهني على اي مقابل من المستهلك الالكتروني إلا في حالتين فقط، وهما حالة سوء نية المستهلك، وذلك كان يمارس هذا الحق بسوء نية ظاهرة، أو في حالة الاثراء بلا سبب[2].

ويعتبر التزام المستهلك بتحمل مصروفات الرجوع محققا للتوازن في العلاقة بين المهني والمستهلك، ذلك أنه إذا منح هذا الأخير الحق في الرجوع دون ابداء أية مبررات قد يتعسف في استعمال هذا الحق، كما أن تحميل المستهلك مصروفات العدول يجعله أكثر روية وتمهلا قبل أن يلجأ إليه، خاصة اذا كان ثمن المبيع ضئيلا[3].

كما أنه في حالة وجود شروط تحد من حق المستهلك في عقد البيع الالكتروني من ممارسة حقه في العدول، أو تحمله مصاريف أخرى فضلا عن مصاريف الرد، فإن هذه الشروط تعد شروطا باطلة لأن هذه القواعد تتعلق بالنظام العام، حيث أنه بموجب المادة L141-1 والصادرة في 3 جانفي 2008 فإن قاض الموضوع يتصدى من تلقاء نفسه، ودون اثارة المنازعة من جانب المستهلك، فيقضي بإبطال مثل هذه الشروط، لتعلقها بالنظام العام الحمائي للمستهلك[4].

1 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص 648

2 CJCE ,3Sept.2009,D.2009,AJ.2161,obs :Avena-Robortdet.

3 كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص 649

4 « Le droit de rétractation est par ailleurs un droit d'ordre public que le professionnel ne peut méconnaitre…..Le professionnel ne peut pas prévoir une clause limitant l'exercice de

ثالثا: زوال عقد القرض المبرم تمويلا للعقد الذي تم الرجوع فيه:

اذا قام المستلك بممارسة حقه في العدول، وقام بارجاع السلعة أو رفض الخدمة فإنه بذلك ينقضي العقد المبرم بينه وبين المهني، وينتهي نتيجة لذلك كل عقد تابع له، حيث تنص المادة L311-25-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه (إذا كان الوفاء بثمن السلعة أو الخدمة ممولا كليا أو جزئيا بإئتمان ارتضاه المورد، أو من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الغير والمورد يترتب على ممارسة المستهلك لحقه في الرجوع فسخ عقد الائتمان بقوة القانون وبدون تعويض أو نفقات، باستثناء النفقات المحتملة المرتبطة بفتح ملف الائتمان)

ووفقا للنص السابق الذكر، يكون المشرع الفرنسي قد اعتبر كل من العقد الذي أبرمه المستهلك والعقد المبرم تمويلا له كلا لا يتجزأ، فقرر أن زوال العقد الاصلي المتمثل في عقد البيع الالكتروني يؤدي الى زوال العقد التابع المتمثل في العقد المبرم تمويلا له، حيث أن ذلك يشكل حماية للمستهلك الالكتروني لأنه لم يبرم عقد الائتمان إلا بهدف تمويل العقد الذي أبرمه عن بعد، فإذا زال العقد الذي قصده بداية بممارسة حق العدول ترتب على ذلك انهاء العقد المرتبط به[1].

وبذلك ينتج عن استعمال حق العدول في عقد البيع الالكتروني إنهاء العلاقة التعاقدية بين الطرفين بارادة أحادية هي ارادة المستهلك، حيث يعاد الاطراف الى التي كانا عليها قبل

droit de rétractation ,autrement,cette clause cosidérée comme clause abusive.Comme pour toute prérogative intéressant l'ordre public de protection ,le consommateur ne peut pas renoncer à l'dxercice de son droit de rétractation de son propre chef » GHAZOUANI Chiheb ,op,cit, p.211.

1 موفق حما د عبد، المرجع السابق، ص 244، محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص.69.

التعاقد، فيقوم المهني برد الثمن، في حين يلتزم المستهلك بإرجاع السلعة، وفي حالة ما إذا أصاب السلعة تلف أو هلاك تطبق القواعد العامة [1].

ومن بين الضمانات الحديثة لتنفيذ عقد البيع الالكتروني والتي لا تقل أهمية الإلتزام بالاعلام والحق في العدول، الالتزام بضمان المطابقة والذي سنتعرض له بالدراسة في البحث التالي.

المبحث الثالث

الالتزام بضمان المطابقة

ترتب على التطور العلمي خاصة في المجال الصناعي ظهور منتجات صناعية تنطوي على دقة وتعقيد من الناحية الفنية، وقد ساهم في انتشار هذه المنتجات استخدام الدعاية الاعلامية، واتساع مجال التعامل في التجارة الالكترونية، والتنوع الكبير في السلع المعروضة على شبكة الانترنت[2]، وقد نتج عن ذلك صعوبة التحقق من مدى مطابقة تلك المنتجات أثناء قيام المشتري باقتنائها.

فيقوم المتعاقد في عقد البيع الالكتروني بالشراء استنادا الى عرض أوصاف المبيع عبر الانترنت، وهذا الامر لا يمكنه من اكتشاف حقيقة المبيع، ذلك أن العرض غالبا ما يرد على نموذج مصور، فيترتب نتيجة لذلك حق للمشتري على البائع أن يسلمه شيئا مطابقا للمواصافات الواردة في عقد البيع.

كما أنه إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبتطبيقها على عقد البيع الالكتروني، يمكن ان يحدد المشتري بعض المواصفات للسلعة التي يراها ضرورية من أجل إقباله على

1 حوحو يمينة، المرجع السابق،ص. 164.

2 NAIMI CHARBONNIER Marine ,op.cit,p.170.

التعاقد، بحيث لا يكون البائع موفيا لاتزامه بالتسليم على الوجه الكامل والصحيح إلا بتوافر مواصفات مطابقة لها عند تسليم السلعة.

وتتجلى أهمية الالتزام بالمطابقة من خلال الدور الهام الذي يقوم به هذا الالتزام في مجال العلاقات التجارية ، وبالنسبة للمهني فإن احترامه للقواعد التي يستلزمها الالتزام بالمطابقة يرجع كذلك لكون المنتجات المطابقة للمعايير يتم بيعها بسهولة مقارنة بمنتوجات أخرى غير مطابقة [1]، وبوجه خاص عندما ينظر اليه كأداة لتاكيد الثقة بين البائع والمشتري[2]، خاصة في مجال التجارة الالكترونية، التي لا يتمكن فيها المشتري من المعاينة المادية للسلع والمنتجات المعروضة على الانترنت.

كما تزداد أهمية الالتزام بضمان المطابقة في مجال عقود البيع الالكترونية، ذلك لكون أن أوصاف المبيع المعروضة على الانترنت لا تمكن المشتري من الرئية الحقيقية للمبيع، مما لا يمكنه من الحكم عليه وتقييمه تقييما حقيقيا، خاصة وأن الامكانيات الالكترونية تسمح بتزيين الشيئ واظهاره على غير حقيقته.

1 CALAIS Auloy,FRANK Steinmentz ,op,cit, p.197.

2 جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، أطروحة دكتوراه دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997/1996، ص.04.

المطلب الأول

مفهوم المطابقة

ولأن المعاملات الالكترونية غالبا ماترد على أشياء أو خدمات تتسم بالطبيعة الفنية التي ينبغي أن تتناسب وأوضاع معينة أو تفي باحتياجات محددة كبرامج الحاسب الالي، والتي يبدو فيها التسليم ليس كمجرد عمل مادي، بل ينبغي أن يكون المحل صالحا للإستخدام وفقا لطبيعته ومطابقا لما تم التعاقد عليه، ويمكن الاستدلال على الغرض الذي تم التعاقد من أجله من خلال الوثائق التعاقدية التي تشير صراحة الى ذلك[1].

الفرع الأول

تعريف الالتزام بضمان المطابقة:

لم ينص المشرع الجزائري على تعريف للمطابقة في القانون المدني، وانما ذكر صورها في كل من المواد 94 و 353 و364 من القانون المدني[2]، وبالرجوع الى قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03، فقد نصت المادة 03 منه الفقرة الثامنة عشر بأن المطابقة " استجابة كل منتوج موضوع للإستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة و الامن الخاصة به ".

وقد أخذ المشرع الجزائري بالمفهوم الواسع للمطابقة هو مطابقة المنتوجات للرغبة المشروعة للمستهلك ، وهذا وفقا لما نصت المادة 11 من قانون حماية المستهلك في فقرتها

1 محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق،ص.100.

2 تعرض المشرع الجزائري في المواد 94و 353و 364 من القانون المدني لصورة المطابقة الوصفية، وفي المادة 379 تعرض لتخلف الصفة المتفق عليها بين المتعاقدين اذ يستطيع المتعاقدين ان يتفقا على أن يحدد المشتري بعض المواصفات للسلعة التي يرغب في اقتنائها، وفي المادة 365 من القانون المدني تطرق الى المطابقة الكمية، وفي المادة 386 من نفس القانون نظم صلاحية المبيع لمدة معلومة وهو ما يتماشى مع المطابقة في صورتها الوظيفية. أمازوز لطيفة،التزام البائع بتسليم المبيع، المرجع السابق ، ص. 149-150

الأولى : " يجب أن يلبي كل منتوج معروض للأستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الاساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للإستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله "[1].

ومن خلال نص المادتين السابقتين يظهر أن تعريف الإلتزام بالمطابقة بأنه التزام البائع بأن يكون المبيع وقت التسليم سواء كان منتجا أو خدمة مطابقا للمواصفات والشروط والرغبات المشروعة للمستهلكين سواء الواردة في القوانين واللوائح، أو الواردة في أحكام العقد المتفق عليه بما يضمن الصلاحية لوجهة الاستعمال.

وقد عرف جانب من الفقه المصري[2] الالتزام بضمان المطابقة بأنه تعهد البائع بأن يكون المبيع وقت تسليم الشيئ المبيع موافقا للشروط المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمنا ومحتويا على المواصفات التي تجعله صالحا للاستعمال بحسب طبيعته ووفقا لغرض المشتري بما يضمن حسن الانتفاع به وتوقي أضراره.

كما تم تعريف الالتزام بالمطابقة في مجال البيوع التجارية، سواء كانت وطنية أو دولية بأنه تعهد محله عمل يلتزم به البائع بتقديم البضاعة والمسندات الخاصة بها وفقا لما يفرضه العقد والقانون[3].

---

1 نص المشرع الجزائري على الالتزام بضمان المطابقة سابقا في القانون 02/89 (الملغى) بأنه " يجب أن تتوفر في المنتوج أو الخدمة التي تعرض للإستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه، ويجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتوج أو الخدمة للرغبات المشروعة للغستهلاك، لا سيما فيما يتعلق بطبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الاساسية وتركيبه ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكمياته ". وقد كان لمفهوم المطابقة وفقا للنص المذكور مفهومين أولهما مطابقة المنتوج أو الخدمة للقواعد الامرة الخاصة بالمواصفات الواردة في القوانين واللوائح وثانيهما هو وجوب ان تكون المنتجات والخدمات مطابقة للرغبات المشروعة للمستهلكين الذين تعرض عليهم وللأحام العامة للعقد. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق،ص. 283.

2 ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة،2008،ص. 10.

3جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق،ص.02.

وبالرجوع الى القانون الفرنسي نجد أنه اعتبر المطابقة بأنها مطابقة الشيئ المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد وللإشتراطات الصريحة أو الضمنية، وهذا وفقا لقانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93/949 الصادر في 1993/07/26 المعدل بقانون 2005/02/17 نص في مادته L211-4 الخاصة بضمان مطابقة المبيع للعقد المفروض على عاتق البائع لمصلحة المستهلك بأنه:"يلتزم البائع بأن يسلم شيئا مطابقا للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم"[1].

ان المشرع الفرنسي بدوره قد تبنى مفهوما واسعا للمطابقة، حيث اعتبر مفهوم المطابقة للمواصفات لا يقتصر على مايشترطه المتعاقدان في تعاقداتهم، وانما يمتد ليشمل أيضا ما يقرره القانون حماية منه لمصالح المستهلك، وهذا وفقا لنص المادة L212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي بنصها " ينبغي أن تستجيب المنتجات منذ طرحها الأول في الاسواق للتعليمات السارية المتعلقة بصحة الاشخاص وسلامتهم وبنزاهة العمليات التجارية وبحماية المستهلكين "[2]، بالاضافة الى ذلك يجب أن أن يكون الشيئ المبيع مطابقا للمعايير الفرنسية والأوربية والمعايير الدولية[3].

ويفرض الالتزام بالمطباقة على البائع أن يسلم شيئا مطابقا لما هو متفق عليه في العقد، فيجب أن يكون مطابقا في نوعه وصفاته ومقداره، ويجب أن يكون الشيئ صالحا للإستعمال المخصص له ومطابقا تماما مع الهدف الذي يقصده المشتري، فإذا تم البيع عبر الانترنت

1 Article L211-4 dispose que « Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance… ».

2 Article L212-1 dispose que « Dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs … ».

3 NAIMI CHARBONNIER Marine ,op.cit,p.170.

لبرنامج المعلومات فإن البائع يعتبر مقصرا في التزامه بالتسليم متى باع برنامجا غير مطابق مع البرامج المعلن عنها[1]،.

والتزام البائع في مجال التجارة الالكترونية أن يسلم للمستهلك شيئا مطابقا، يجب أن يتم وفقا لما تم الاتفاق عليه، وبين ما شاهده المشتري عبر الانترنت وكان قد اتخذ قرار الشراء في ضوئه وبين ما تم تسليمه، لذلك فإن مفهوم المطابقة في عقد بيع الالكتروني ينطبق عليه ماهو معمول به في العقد العادي[2].

الفرع الثاني

أساس الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الالكتروني

يقوم الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الالكتروني على أسس تشريعية متمثلة في نصوص الواردة في قانون الاستهلاك والمبادئ العامة الواردة في القانون المدني ، وعلى أسس عقدية لإرتباطه بالالتزام بالتسليم في عقد البيع الالكتروني، وكذلك الالتزام بالاعلام، مما يقتضي دراسة مدى ملائمة ذلك للتجارة الالكترونية.

أولا :الأسس التشريعية للإلتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الالكتروني :

ان الالتزام بضمان المطابقة لا يجب النظر اليه من الوجهة التعاقدية فحسب، بل نجد له مصدرا وأساسا في القواعد التشريعية أيضا، وهذا مادفع المشرع الجزائري في قانون الاستهلاك لإعطاء مفهوم جديد للمطابقة بعدما كانت النظرية العامة للعقد تتحكم في ذلك،

1 أشرف محمد مصطفى أبو حسين، المرجع السابق،ص.253.

2 لم تعرف القوانين المقارنة المتعلقة بالتجارة الالكترونية الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الالكتروني، وانما نصت على أحكام عامة في هذا المجال، حيث نجد مثلا قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي لسنة 2000 في فصله 31 لم يعرف المطابقة، بل نص على امكانية ارجاع المنتوج على حالته، اذا كان غير مطابق للطلب وذلك في مدة عشرة أيم من تاريخ التسليم.

حيث جاء المشرع بقواعد تنظيمية معينة تنظم كل ما يعرض على المستهلك من منتوجات وخدمات، وهذا ما يعرف بالمفهوم الحديث بمطابقة المنتجات والخدمات.

وبذلك نجد أن الالتزام بالمطابقة في عقد البيع يقوم على أساس النصوص الواردة في قوانين الاستهلاك، حيث أن المشرع الجزائري نص في قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 على ذلك، وهذا وفقا للمادة 11 منه التي أكدت على وجوب مطابقة المنتوجات والخدمات للمقاييس المعمول بها [1]، كما ألزم المشرع في المادة 12 من نفس القانون المتدخلين بإثبات مطابقة المنتجات.

وبدوره نص المشرع الفرنسي على الالتزام بالمطابقة في القانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93/949 الصادر في 1993/07/26 المعدل بقانون 2005/02/17، وكان هذا التعديل تماشيا مع نص التوجيه الأوربي رقم44/1999 الصادر 1999/5/15المتعلق بنظام البيع والضمان للمستهلك،فنص على الالتزام بالمطابقة في العلاقة بين البائع والمستهلك في المواد 1/211 الى 18/211 منه، ومثال ذلك ماجاء به نص المادة L211-4 الخاصة بضمان مطابقة المبيع للعقد المفروض على عاتق البائع لمصلحة المستهلك بأنه: " يلتزم البائع بأن يسلم شيئا مطابقا للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم"[2].

ويظهر من خلال نصوص المواد الواردة في قوانين الاستهلاك والمتعلقة بالمطابقة، أنها فرضت ضمانا جديدا على عاتق البائع المهني لمصلحة المستهلك، وبمقتضاه

1 نصت المادة 11 من قانون حماية المستهلك في فقرتها الأولى : " يجب أن يلبي كل منتوج معروض للأستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الاساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للإستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله".

2 Article L211-4 dispose que « Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité ».

يجب أن يكون الشيئ المبيع مطابقا للعقد، وبذلك فإن الالتزام بالمطابقة يجد أساسه التشريعي في تلك القوانين التي نظمت أحكامه مبينة الجزاءات المترتبة على البائع المحترف في حالة مخالفة تلك الأحكام.

واضافة الى النصوص الواردة في قانون الاستهلاك، يمكن كذلك تأسيس الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الالكتروني على أساس المبادئ والقواعد العامة في نظرية الالتزام، كمبدأ حسن النية وقاعدة الزام المتعاقد بمستلزمات العقد[1].

أن أحكام القانون المدني تلزم البائع بأن يقوم وفقا لمبدّأ حسن النية بتقديم مبيع مطابق لما اشمل عليه العقد، وهذا طبقا لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية "، والمقابلة لنص المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي[2].

ان مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقدين مراعاة الأمانة والتعأون بما يحقق الثقة بين المتعاقدين، ويضمن تنفيذ العقد بطريقة صحيحة وسليمة، فيلزم البائع بالمطابقة ويقابله التزام المشتري ببذل العناية اللازمة للتحقق من حالة المبيع وقت التسليم[3].

ويقتضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد بأن يلتزم البائع بأن يسلم المشتري مبيعا مطابقا للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله، خاصة في مجال التجارة الالكترونية التي يفترض فيها أن المشتري لم يقم بالمعاينة المادية للشيئ المبيع، وأنه اكتفى بالبيانات

1 ورد الالتزام بالمطابقة بالاضافة الى نصوص الاستهلاك والقانون المدني، في المادة 1/35 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، حيث جاء فيها وجوب تسليم البائع بضاعة مطابقة لما اتفق عليه في العقد لامن حيث كميتها وصفتها وكيفية تغليفها أو تعبئتها، كما اشترطت مطابقة المسندات المتعلقة بالبضاعة،قد جاء نص المادة كمايلي " على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها ونوعيتها وأوصافها وذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد ".

2 Article 1134/3 dispose que « Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

3 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق ،ص.33.

والصورة الواردة على الموقع ، وبذلك فإن اخلال البائع بالتزامه بالمطابقة يتنافى ومبدأ حسن النية، ويرتب مسئوليته.

واضافة الى مبدأ حسن النية يعد الالتزام بالمطابقة من مستلزمات عقد البيع، حيث تقضي العدالة أن يضيفه القاضي الى مضمون العقد لتحقيق التوازن في العلاقة العقدية بين الطرفين، وتوفير حماية للمستهلك في عقد البيع الالكتروني خاصة، الذي لا يتمكن من مطابقة المبيع وقت التعاقد، فتقوم مسؤولية البائع اذا سلم شيا غير مطابق للمواصفات المعروضة عبر موقع الانترنت.

وبذلك يعتبر الالتزام بالمطابقة من مستلزمات العقد، وهذا وفقا لنص المادة 107 مدني جزائري على أنه " لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بمأورد فيه ولكن يتأول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وهي مطابقة لنص المادة 2/148 من القانون المدني المصري،وتقابلها المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي[1].

ثانيا:الأسس العقدية لحق المشتري في في المطابقة في عقد البيع الالكتروني :

يقتضي البحث عن الأسس العقدية للإلتزام بالمطابقة دراسة الالتزامات العقدية المرتبطة به، فيعد الالتزام بضمان المطابقة التزاما مرتبطا بالالتزام بالتسليم في عقد البيع الالكتروني، وكذلك الالتزام بالاعلام أثناء مرحلة تنفيذ العقد، ولا يمكن للبائع أن ينفذ هذه الالتزامات تنفيذا سليما إلا إذا نفذ التزامه بضمان المطابقة.

يتأسس الالتزام بالمطابقة كالتزام تابع ومكمل للالتزام بالتسليم، فالبائع المهني يعد ملزما بأن يسلم منتوجا مطابقا حتى يتفادى المنازعة حول مسألة المطابقة التي قد يثيرها

1 Article 1135 dispose que « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

المستهلك، كما أن الالتزام بالتسليم لا ينقض بالتسليم المادي للمنتوج، وانما يبقى هذا الالتزام حتى في حالة تسليم منتوج غير مطابق للمواصفات ، والهدف من وراء ذلك هو توسيع مسؤولية المتدخل العقدية الى مرحلة ما بعد التسليم[1].

ويفرض الالتزام بالتسليم على البائع المهني أن يسلم شيئا مطابقا لما هو متفق عليه في العقد، ويجب أن يكون مطابقا في نوعه ومقداره وصفاته [2]، فاذا كان المبيع عبر الانترنت برنامجا من برامج المعلومات، فإن البائع يعتبر مقصرا في التزامه بالتسليم متى باع برنامجا غير مطابق مع البرامج التي تم الاعلان عنها عبر موقع المهني على الانترنت.

ويميز البعض[3] بين الالتزام بالمطابقة والالتزام بالتسليم على أساس أنه اذا كان التسليم يعني وضع الشيئ المبيع تحت تصرف المشتري، فإن الالتزام بالمطابقة يأتي ليلزم البائع بأن يقوم بإعطاء تلك السلع وفقا لما يفرضه العقد والقانون، أي أن تتوافر المطابقة كاملة.

غير أن ذلك لا يعني الاستقلال التام بين الالتزامين، حيث أن وقت تقدير الالتزام بالمطابقة المادية هو نفسه وقت التسليم، لأنه لا يمكن الادعاء بعدم مطابقة سلعة لم يتم تسليمها، كما يتفق الالتزام بالمطابقة مع الالتزام بالتسليم في أن كلاهما يعد التزاما عقديا بتحقيق نتيجة ينشان من عقد البيع ويهدفان الى تسهيل تنفيذه[4].

وبخصوص اعتبار الالتزام بالاعلام كأساس للإلتزام بضمان المطابقة، فإنه اذا قام البائع بتقديم بيانات وومواصفات معينة للمشتري عن حقيقة السلعة المبيعة، وكان المشتري حسن النية

1 ولد عمر طيب، المرجع السابق،ص.49.

2 أشرف محمد مصطفى أبو حسين، المرجع السابق،ص. 253.

3 جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.17.

4 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص.39.

[1]، يعتقد بصورة مقبولة صحة تلك البيانات، ويعد ذلك دافعا أساسيا له في التعاقد، فإن تلك البيانات والمعلومات تدخل في النطاق العقدي.

ويقوم البائع بتنفيذ التزامه في مثل هذه الحالات عينا ، ويعمل على جعل تلك البايانات والمعلومات مطابقة مع حقيقة الواقع، بحيث يرجع حق المشتري في رفع دعوى التنفيذ العيني للمطالبة بتسليم شيئ مطابق لتلك البينات والمواصفات الى الاثر الاجباري للإلتزام بالاعلام.

ولأن الالتزام بالمطابقة يتأسس كالتزام تابع ومكمل للإلتزام بالتسليم، فإن هذا الأخير يعتبر أساسا للإلتزام بالاعلام، ومن ثم فهو يجد أساسه في القواعد التي تحكم الالتزام بالتسليم الواردة في المادة 364 مدني جزائري والمادة 1615 مدني فرنسي، حيث يمتد التزام البائع عند تسليمه الشيئ المبيع الى اعلام المشتري بكافة البيانات الضرورية الخاصة بمواصفاته، أو كيفيات استعماله[2].

غير أن الاختلاف يظهر في أن كلا من الالتزام بالتسليم والمطابقة يتعلقان بتنفيذ العقد، في حين نجد أن الالتزام بالاعلام ينشأ بهدف تنبيه المشتري وتنوير ارادته انطلاقا من المرحلة التي تسبق التعاقد وحتى أثناء تنفيذ العقد.

كما يختلف الالتزام بالمطبقة عن الالتزام بالاعلام من حيث الجزاء، ذلك أنه يترتب عدم اعلام المشتري قابلية العقد للإبطال لمصلحته، بحيث يجوز له وحده التمسك بالابطال، ويسقط

1 ان من بين أسس الالتزام بالاعلام الالتزام بالتفأوض في العقد بحسن النية، اذا أن حسن النية يفترض على كل متعاقد منذ اللحظة الأولى أن يتخذ موقفا ايجابيا اتجاه المتعاقد الاخر، فيطلعه على كافة البيانات والعملومات المتعلقة بالعقد المراد تنفيذه خاصة في ظل عدم التعادل الظاهر في المعلومات التي يحوزها الطرفان والذي نتج بدوره عن التعقيد الفني المتزايد في العقود الحديثة التي يتم ابرامه غالبا بين شخص محترف واخر مستهلك، أشرف محمد مصطفى أبو حسين، المرجع السابق،ص.131.

2حساني علي، المرجع السابق، ص.93.

هذا الحق خلال ثلاث سنوات من وقت زوال سبب الابطال، أي من الوقت الذي يعلم فيه المشتري بالمبيع بعد العقد.

كما يحق للمشتري طلب التعويض عن الضرر الذي اصابه بسبب الاخلال بالالتزام بالاعلام وقت التعاقد، حيث يعد الاخلال بالالتزام خطأ تقصيريا، بينما يحق للمشتري طلب التنفيذ العيني أو الفسخ لعدم التنفيذ مع التعويض في حالة اخلال البائع بالتزامه بالمطابقة.

ويرى جانب من الفقه المصري[1] أن أوجه التفرقة السابقة بين الالتزام بالاعلام والالتزام بالمطابقة لا تنفي الارتباط بين الالتزامين، حيث تعد المعلومات والمواصفات المقدمة من البائع هي أساس تقدير المطابقة، وذلك لأن البيانات والمواصفات التي قدمها البائع للمشتري هي التي حددت حالة الشيئ المبيع.

كما أن اقامة الالتزام بضمان المطابقة على أساس الالتزام بالاعلام سيؤدي الى التقليل من صور الدعاية الكاذبة، ويحول دون تقديم البائع لبيانات خاطئة، خاصة في مجال التجارة الالكترونية التي تنعدم فيها المعينة المادية للشيئ المبيع ، ولأن البائع المهني سيلتزم بتسليم شيئ مطابق ، وعلى ذلك يصلح الالتزام بالاعلام أن يكون أساسا قويا للإلتزام بضمان المطابقة.

1 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص.39.

الفرع الثالث

مضمون المطابقة

يختلف مضمون المطابقة تبعا لإختلاف الصورة التي يمكن أن تتواجد فيها، وطبقا لنص المادة 365 من القانون المدني الجزائري، نص المشرع على أن يجب على البائع تسليم المقدار المتفق عليه في العقد دون زيادة أو نقصان وهو ما يعرف بالمطابقة الكمية، كما نص في المادة 379 في حالة تخلف الصفة المتفق عليها بين المتعاقدين ، بأن يمكنهما أن يتفقا على أن يحدد المشتري بعض مواصفات السلعة التي يرغب في اقتنائها، وهو مايعرف بالمطابقة الوصفية.

وفيما يلي سنتنأول المطابقة في صورتيها الوصفية والكمية، مع الاشارة في كل مرة للأحكام التي قد تثير اشكالات في عقد البيع الالكتروني.

أولا : المطابقة الوصفية

يتطلب الالتزام بالمطابقة للمواصفات من البائع تسليم نفس السلع المتفق عليها في العقد، كما يلتزم البائع بتسليم ملحقات المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال ذلك المبيع، وهذا وفقا لنص المادة 364 من القانون المدني بنصها (يلتزم البائع بتسليم الشيئ المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع).

غير أن التطور التكنولوجي الذي صاحب انتاج السلع جعلها تتميز بقدر من التعقيد، يصعب معه على المستهلك تحديد الأوصاف التي يأمل توافرها في السلعة، كما أن المنتجين بطبيعة احترافهم في مجال المعاملة، يسعون الى العبث بتلك الصفات عند التسليم، فيقومون بوضع سلع تحت تصرف المشتري ذات صفات أقل جودة، وذلك لزيادة الربح[1].

1 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص.706.

وفي عقد البيع الالكتروني يقوم المشتري بابرام العقد بمقتضى أوصاف وبيانات للسلعة يجدها على الموقع الخاص بالبائع، وذلك دون المعاينة المادية للسلعة، وتوضع على الموقع نماذج لسلع يختار منها المشتري السلعة التي يرغبها، فإذا قدم البائع سلعة تختلف عن المواصفات المتفق عليها، يكون بذلك مخلا بالتزامه بالمطابقة الوصفية.

ويثور التساؤل عن كيفية تحديد المطابقة الوصفية، فهل يتم ذلك من خلال العقد صراحة ، أم أنه يمكن الالتجاء الى طريقة ضمنية لتحديد تلك المطابقة ؟

1: حالة وجود اتفاق خاص على مواصفات المبيع

فإذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري على تحديد أوصاف معينة في المبيع، فيجب أن تتفق هذه الأوصاف مع أوصاق المبيع عند التسليم، ويعد ذلك تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني الجزائري[1].

وقد تتعلق مطابقة المبيع للبيانات والمواصفات بالوضع القانوني للشيئ المبيع، وهي في هذه الحالة تبين اذا ما كان خاليا من أية تكاليف أو أعباء أو حقوق عينية أو شخصية للغير أو محملا بها، ويدخل في ذلك الاجراءات والأشكال الادارية الضرورية التي يجب على المشتري اتخاذها حتى يستطيع استعمال الشيئ المبيع.

1 نصت اتفاقية لاهاي لعام 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية على تلك القاعدة بشأن تحديد المطابقة الوصفية صراحة، عدما نصت في المادة 33 منها على أنه " يتحقق عدم المطابقة الوصفية، اذا تم تسليم شيئ لا يتوافر فيه المواصفات والخصائص المنصوص عليها صراحة أو ضمنا في العقد ". مع الاشارة هنا أنه عند صدور اتفاقية لاهاي 1964 كان هناك اقبال ضعيف على تلك الاتفاقية من جانب أعضاء الاسرة الدولية، مما حدى بلجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية UNCITRAL الى عقد أولى دوراتها عام 1974، وكان على رأس أولويات عملها البيع التجاري الدولي، ومن ناحية أخرى اعادة النظر في اتفاقيات لاهاي 1964، وعمل اتفاقية جديدة تشجع الدول على قبول تطبيقها، وبذلك صدرت اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي أي اتفاقية فيينا 1980 بقواعدها المادية الموحدة، والتي استلهمت أحكامها من مختلف الانظمة القانونية، جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق،ص.02.

كما قد تتعلق تلك المطابقة للبيانات والمواصفات بالوضع المادي للشيئ المبيع، كالاتفاق على كمية وجودة المبيع، ذلك أن الخواص المادية للمبيع من حيث مكوناته وأجزائه الداخلية، وغيرها من المواصفات المادية يتوقف عليها مدى صلاحية المبيع للإنتفاع به وتحقيق الغرض منه، و يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة حتى ولو لم يكن كذلك أثناء التعاقد، أو في حالة مطابقة لما اتفقا عليه بموجب شرط خاص[1].

ويختلف مضمون المطابقة الوصفية في حالة اتفاق الطرفين على أن يكون تعيين المبيع وأوصافه على أساس عينة يقوم البائع بتقديمها للمشتري ويتم الاتفاق على أساسها، فقد اعتبر المشرع الجزائري العينة وسيلة يتحدد بمقتضاها مضمون المطابقة الوصفية، من خلال نص المادة 353 من القانون المدني الجزائري[2]، فمن خلال العينة يتم معرفة أوصاف المبيع، كما اعتبر المشرع المصري بدوره العينة وسيلة يتحدد بمقتضاها مضمون المطابقة الوصفية وذلك من خلال نص المادة 240 مدني مصري.

ويهدف العمل بالبيع بالعينة الى تقليل احتملات اضرار البائع بالمستهلك، ذلك أن البائع قد يرغب أن يتخلص من سلعة لكسادها أو لقرب انتهاء مدة صلاحيتها، وهو يضع في ذلك مصلحته في المقام الأول غير مهتم بما قد يصيب المستهلك من أضرار كأثر لتخلف الصفات التي منّ أجلها أقبل المسستهلك على التعاقد[3].

1 لا يعد تسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع من النظام العام، اذا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة،، أو في حالة مطابقة لما يتفقان عليه بموجب شرط خاص، فاذا اتفقا على تسليمه في حالة جيدة حتى ولو لم يكن كذلك أثناء التعاقد، فيلتزم البائع في هذه الحالة بتحسين حالة المبيع وبتقديمه بحالة جيدة وقت التسليم، فاذا لم يلتزم البائع بذلك، يمكن للمشتري الرجوع عليه بالضمان أ ي بالمطالبة بالتنفيذ العيني، امزوز لطيفة، المرجع السابق، ص.153.

2 تنص المادة 353 من القانون المدني على أنه " إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيئ مطابق أو غير مطابق للعينة ".

3عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق،ص 712

ويعد البيع بالعينة بيعا باتا غير معلق على شرط، وأن الجزاء على عدم مطابقة المبيع للعينة هو الجزاء المقرر في القواعد العامة عن الإخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد، وأن عدم مطابقة الشيئ المقدم للمبيع يعد إخلالا بالتسليم المطابق، وقد قضت محكمة النقض المصرية أن بعدم برائة ذمة البائع إلا بتقديم بضائع تطابق العينة التي جرى التعاقد عليها [1].

وقد يثار التساؤل هنا بالنسبة لعقد البيع الالكتروني محل الدراسة، أي هل يمكن أن يتم البيع بالعينة عبر شبكة الانترنت، أي هل تسطيع شبكة الانترنت أن توفر للمشتري عينة أو نموذجا لإعتباره بيعا بالعينة أو النموذج ؟

يرى جانب من الفقه[2] بأنه اذا تم التسليم بذلك فإنه على المشتري عبر الانترنت أن يطابق المبيع مع العينة التي هي أيضا سوى تصوير وتوصيف للمبيع عبر الشاشة، الأمر الذي قد ينطوي على مطابقة شكلية أكثر منها جوهرية، أما عن مواصفات المبيع وقدرته على تحقيق غاية المشتري فلن تستطيع العينة الوفاء بها عبر شبكة الانترنت.

كما أن مسألة المطابقة نجدها مقصورة على وقت تسلم المبيع، فإذا راى المشتري المبيع وجب عليه أن يتخذ قراره من الناحية الشكلية فقط، دون الوقوف على مدى مطابقته الموضوعية أيضا، التي لا تتحقق الا بالاستعمال، فإذا استعمل المشتري المبيع ثم ظهر أنه معيب أو غير مطابق للإستعمال المخصص له، لم يكن له سوى الرجوع على البائع بدعوى العيب الخفي اذا توافرت شروطها.

1 وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية أنه من الخطأ القول بأنه اذا امتنع على البائع أن يحصل على بضاعة من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه، اذ حكمت بما يلي " أن البائع يجب عليه أن يسلم المبيع مطابقا للعينة المتفق عليها وأن البائع الذي لم يف بهذا الالتزام ليس له أن يطالب المشتري بالثمن ". نقض 15اكتوبر 1959 طعن 222، امازوز لطيفة، المرجع السابق،ص 155

2 عمر خالد الزريقات، المرجع السابق،ص 351

2.- حالة عدم وجود اتفاق خاص على مواصفات المبيع

وفي حالة عدم وجود اتفاق خاص على مواصفات المبيع، أي أنه قد يغفل المتعاقدين على تحديد حالة المبيع أو درجة جودته، وقد يحيلون ذلك الى بعض الأعراف السارية أو القواعد القانونية المكملة في ذلك، وفي هذه الحالة يجب التفرقة مابين اذا ما كان المبيع معينا بالذات أو معينا بالنوع، كم قد يتدخل المشرع بوضع قواعد امرة كماهو الحال في قوانين الاستهلاك وهوم سنبينه فيما يلي.

أ- تطبيق القواعد العامة

ففي الحالة التي يكون فيها المبيع شيئا معينا بالذات فإنه يجب على البائع أن يسلم الشئ ذاته المتفق عليه في العقد، وطبقا للمواصفات المحددة في العقد، وهذا وفقا لنص المادة 364 مدني جزائري والتي تنص على أنه " يلتزم البائع بتسليم الشيئ المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع "، والمقابلة للمادة 1614 مدني فرنسي[1]، ولا يمكن للبائع أن يسلم المشتري بديلا عنه أو مقابلا له حتى ولو كان أفضل من الشيئ المتفق عليه، وإلا ترتبت مسؤوليته عن الاخلال بالالتزام بضمان المطابقة.

ان الشيئ المعين بالذات وكقاعدة عامة يجب ان يسلم مطابقا تماما للمواصفات التعاقدية، ويظل البائع مسؤولا عن أي تغييرات تطرأ على الصفة التي وعد بها، فيجب أن تكون المطابقة تستند الى الشيئ نفسه الذي كان محل نظر طرفي العقد لحظة ابرامه ، وهذا على خلاف الاشياء المثلية، حيث يمكن استبدال السلعة غير المطابقة بأخرى مطابقة[2].

[1] Article 1614 dispose que « La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente. Depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur ».

2 جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق،ص. 59.

فإذا كان محل المبيع معينا بالذات وكان يسوتجب تسليمه بحالته، أي يلتزم البائع بتسليمه بذاته، فلا يستطيع البائع تسليم شيئ اخر ولو كان مسأويا له في القيمة أو كان أحسن منه قيمة، وهذا طبقا لنص المادة 276 من القانون المدني الجزائري بنصها على مايلي " الشيئ المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيئ غيره ولو كان الشيئ مسأويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى".

وبذلك يجب لتحقق المطابقة في الشيئ القيمي أن يسلم البائع ذات الشيئ المتفق عليه، فإذا تبين وقت التسليم أن هناك اختلاف بين الشيئ المسلم بالفعل وما كان متفقا عليه في العقد من حيث ذاتية الشيئ المبيع وخواصه المادية، أو كان الشيئ غير صالح للإستعمال للغرض المخصص له، كما لو كان جهاز الكميوتر المبيع أقل كفاءة أو سعة مما كان متفقا عليه في العقد، ترتبت مسؤولية البائع العقدية لإخلاله بالالتزام بضمان المطابقة[1].

واذا كان الشيئ المبيع مثليا معينا بالنوع فإنه يجب أن يكون مطابقا للمواصفات والخصائص المتفق عليها في العقد، من حيث الكمية والنوع ودرجة الجودة ، وجب هنا على البائع أن يسلم شيئا أصليا من نفس الطراز وطريقة الصنع والصدر والمنشأ ولا يعفي البائع من المسؤولية إلا اذا كان الشيئ المبيع مطابقا تماما للمواصفات التعاقدية[2].

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ أول ديبسمبر 1988 بأن لتحديد نطاق الالتزام بتسلم المبيع معين بالنوع ومطابقته، يجب الاخذ بعين الاعتبار في ذلك كل خصائص الشيئ المبيع المنصوص عليها في عقد البيع بما في ذلك الخصائص الجمالية[3].

1 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص.75.

2 راجع في ذلك المادة 276 من القانون المدني الجزائري

3 Cass 1er civ du 1-12-1988.Bull.Civ.I.N 325 , p.233.

وقد يحدث أن يتفق المتعاقدان على أن يكون المبيع من درجة جودة معينة، فإذا لم يستطع البائع الوفاء بالتزامه لانعدام هذه الدرجة من الجودة المشترطة، فيرى جانب من الفقه الجزائري[1] هنا أنه يجب السماح للمشتري فسخ العقد، وإلا كان معنى ذلك امكانية البائع تعديل العقد بارادته المنفردة ويعد هذا انكارا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

وفي حالة ما اذا عين المتعاقدين مقدار المبيع فإنه يجب على البائع أن يسلمه للمشتري بقدره المتفق عليه في العقد، ويجب أن تتوافر المطابقة من حيث الكم والكيف، فإذا ظهر اختلاف بين الشيئ المسلم بالفعل والبيانات الصريحة أو الضمنية في العقد، كان للمشتري الحق في الرجوع على البائع بدعوى عدم المطابقة[2].

وفي مجال التجارة الالكترونية، يستطيع المستهلك أن يعاين مواصفات السلعة أو المنتج الذي يرغب في شرائه ويرى صورته، عن طريق جهازه المتصل بشبكة الانترنت، فيجد المستهلك نفسه في علاقة مباشرة مع البائع تمكنه من التفأوض على شروط البيع والحصول على المعلومات المتعلقة بصفات المنتوج وتاريخ التسليم.

ولأن المستهلك المتعاقد عبر الانترنت يقوم بالشراء استنادا الى عرض أوصاف السلعة أو المنتج المبيع عبر شاشة الانترنت الذي يستطيع رؤيتها فقط [3]، مما لا يمكنه من الاتصال المادي بالسلعة أو الكشف الحسي للمنتج المبيع، خاصة وأن العرض غالبا ما لا يتنأول ذات

1 أمازوز لطيفة، المرجع السابق،ص.173.

2 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص.77.

3 يطرح هنا مشكل رؤية المبيع عبر الانترنت، حبث يثور التساؤل حول مفهوم الرؤية عبر شاشة الحاسب ، فإذا ما رأى المشتري صورة المبيع عبر شبكة الانترنت، فهل تعد كافية لمعرفة مواصافاة المبيع، أم يجب فيها الرؤية الحسية خارج الشبكة، فالقول بأن الرؤية عبر الشاشة كافية، تنطوي على مصادرة لحق المستهلك في اعمال خياره عند التسليم، أما القول بأن الرؤية يجب أن تتصرف الى رؤية الشيئ المبيع حسيا على الواقع خارج شبكة الانترنت يعني عدم الاعتراف بفعالية الانترنت كوسيلة مستخدمة للتعاقد، وهنا تظهر التفرقة بين قبول الانترنت كوسيلة صالحة لإبرام العقد وعدم قبولها كوسيلة صالحة لتنفيذه، عمر خالد الزريقات، المرجع السابق،ص.349.

المبيع، بل يرد على نموذج مصور له ولأوصافه، فأنه يثبت للمشتري المستهلك الحق في مطالبة البائع بضمان المطابقة وتسليمه شيئا مطابقا.

ان ما يتم رؤيته عبر الانترنت من طرف المشتري من أوصاف المبيع المعروضة قد تكون مزيفة أو حقيقية، أي قد يكون نموذجا اخر مصورا، وقد تكون أوصاف المبيع فيها تطابق شكلي فقط لما تم تعرضه على الشبكة، فصعوبة التمييز بين ما عرض على الانترنت، وما تم تسليمه هي واقعة مؤكدة، وذلك لاستعمال معظم الباعة المحترفين لإعلانات الكترونية أو غير حقيقية للتأثير على المستهلك ليقبل على التعاقد، وبعد تعاقده نادرا ما تتحقق تلك المطابقة المنتظرة في المبيع[1].

ونجد في المقابل أن البائع عبر شبكة الانترنت يلتزم بأن يسلم المشتري المستهلك شيئا مطابقا للبيانات والمواصفات المعروضة على الانترنت، وإلا ترتبت مسؤوليته عن الاخلال بالالتزام بضمان المطابقة[2].

ب- تدخل المشرع بموجب قواعد امرة :

لا تسري الاحكام السابقة المتعلقة بتحديد مواصفات المبيع ودرجة جودته في حالة وجود قواعد امرة تحدد مواصفات معينة يجب توافرها في الشيئ المبيع، ومن ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03، حيث أنه يفرض بموجبه الزامية مطابقة جميع المنتوجات والخدمات المعروضة للإستهلاك للرغبات المشروعة

1 معزوز دليلة، المرجع السابق،ص.363.

2 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص.105.

للمستهلك، وللشروط المتضمنة في اللوائح الفنية والمتطلبات الصحية والسلامة والامن الخاص به[1].

ويجب أن تتوافر في المبيع المواصفات التي تتماشى مع طبيعته، أي أن يكون المنتوج مطابقا للمواصافات القياسية، والمقصود بالتقييس هنا هو الأسلوب أو النظام الذي يحقق وضع المواصفات القياسية التي تحدد الخصائص والابعاد ومعايير الجودة وطرق التشغيل والاداء للمنتجات مع تبسيط وتوحيد أنواعها وأجزائها على قدر الإمكان، كما يشمل التقييس توحيد الطرق والاساليب التي تتبع عند الفحص والاختبار للتأكد من مطابقة السلع والمنتجات للمواصفات المعتمدة [2].

وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام التقييس من خلال اصداره للقانون رقم 04-04 المؤرخ في.2004/06/20 المتعلق بالتقييس[3]، ونص على الهيئات المكلفة بالتقييس بموجب المادة الثانية [4] من المرسوم التنفيذي رقم 05-464 المؤرخ في 2005/12/06 المتعلق بتنظيم

[1] تنص المادة 11 من القانون رقم 09-03 على أنه " يجب أن يلبي كل منتوج معروض للإستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الاساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للإستعمال والاخطار الناجمة عن استعماله، كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الاقصى لإستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه".

2 ويعرف التقييس بحسب موضوعه بأنه عبارة عن وضع وثائق مرجعية تتضمن حلولا لمشاكل تقنية وتجارية تتعلق بالمنتجات والاموال والخدمات التي تطرح بشكل متكرر في العلاقات الاقتصادية والعملية والاجتمعاعية للشركاء والمتعاملين.قرواش رضوان، مطابقة المنتوجات والخدمات للمواصفات التقنية والمقاييس القانونية كضمانة لحماية المستهلك في القانون الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الخامسة، المجلد 09، 2014، عدد01،ص 235-236

3 القانون رقم 04-04 المؤرخ في 2004/06/20المتعلق بالتقييس، ج ر عدد 41 المرخة في 27 يونيو 2004

4 حسب نص المادة من المرسوم التنفيذي 464/05 المتعلق بتنظيم التقييس وسيره تعد أجهزة للتفتيش كمايلي :

المجليس الوطني للتقييس

المعهد الجزائري للتقييس

اللجان التقنية الوطنية

الهيئات ذات النشاطات التقيسية

التقييس وسيره[1]، وتتمثل وسائل التقييس في وسيلتين لتحقيق المطابقة، مطابقة للوائح الفنية ومطابقة للمواصفات الوطنية، وهذا وفقا لنص المواد 10 و11 و 12 و 13 من القانون 04-04 المذكور أعلاه.

وفي هذا الصدد وحرصا على مطابقة المنتوجات والخدمات التي تعرض للإستهلاك للمتطلبات الخصوصية المتعلقة بالمنتوج، نص المشرع على اجراء يهدف الى تقييم المطابقة وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 465/05 المؤرخ في 2005/12/06 [2]الذي عرف في نص المادة الثانية منه تقييم المطابقة بأنه " اجراء يهدف الى اثبات أن المتطلبات الخصوصية المتعلقة بمنتوج أو مسار أو نظام أو شخص تم احترامها وتشمل نشاطات كالتجارب والتفتيش والاشهاد على المطابقة واعتماد هيئات تقييم المطابقة ".

كما يتبين من استقراء النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك وبالخصوص القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، أنه ومن أجل ضمان مطابقة المنتجات للمقاييس المعمول بها، أن هناك نوعين من الرقابة، الأولى يمارسها المحترف أو المتدخل الذي يضع السلعة للإستهلاك، ويسمى هذا النوع من الرقابة بالرقابة الذاتية وفقا لنص المادة 12 من القانون 09-03[3].

الوزارات ضمن نشاطاتها في اعداد اللوائح الفنية

1 المرسوم التنفيذي رقم 05-464 المؤرخ في 2005/12/16 المتعلق بتنظيم التقييس ج ر رقم 80 الصادرة في 11 ديسمبر 2005.

2 ج ر ععد 80 الصادرة بتاريخ 2005/12/11.

3 تنص المادة 12 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه " يتعين على كل متدخل اجراء رقابة مطابقة المنتوج قبل عرضه للإستهلاك طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، تتناسب هذه الرقابة مع طبيعة العمليات التي يقوم بها المتدخل حسب حجم وتنوع المنتوجات التي يضعها للإستهلاك والوسائل التي يجب أن يمتلكها مراعاة لإختصاصه والقواعد والعادات المتعارف عليها في هذا المجال، لا تعفي الرقابة التي يجريها الاعوان المنصوص عليهم في المادة 25 من هذا القانون المتدخل من الزامية التحري حول مطابقة المنتوج قبل عرضه للإستهلاك طبقا للأحاك التنظيمية السارية المفعول ".

واعمالا للرقابة الذاتية أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 65/92 المؤرخ في 12فبراير 1992 [1] المتعلق بمراقبة المواد المنتجة محليا أو المستوردة، وذلك من اجل تحديد طرق واجراءات مراقبة مطابقة المنتوجات المحلية أو المستوردة وتحديد مدى مطابقتها للمقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تتعلق بها، وذلك قبل عرضها للسوق.

والى جانب الرقابة الذاتية، تقوم رقابة مكملة لها وهي الرقابة الادارية والتي تقوم بها جهات مختصة، حيث نصت المادة 29 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك على أنه يمكن لأعوان قمع الغش القيام بأية وسيلة وفي أي وقت وفي جميع مراحل عملية عرض الاستهلاك برقابة مطابقة المنتوجات بالنسبة للمتطلبات المميزة الخاصة بها.

ويكون لأعوان قمع الغش دور مزدوج[2]، دور ضبط اداري يتمثل في الوقاية من جرائم الغش والتليس باتخاذ التدابير التحفظية والوقائية عن طريق التحقيق والتحري، ودور الضبط القضائي المتمثل في تحرير المحاضر حول وقائع الغش والتدليس واجراء الخبرة التي تنتهي بالمتابعة الجزائية.

ثانيا:المطابقة الكمية

قد يعجز المستهلك عن التأكد بمفرده من مدى مطابقة السلعة للمواصفات في صورتها الكمية، خاصة في ظل التطور الصناعي الحاصل، الامر الذي يفرض تحديد أوزان بعض السلع، وقدر العناصر الداخلة في تكوينها، بهدف تحقيق حماية موضوعية للمستهلك أما فيما يتعلق بسلامته وصحته، وإما فيما يتعلق بأمواله

1 ج ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 19فبراير 1992 والمعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 74/93 المؤرخ في 1993/02/06.

2 حددت المادة 25 من قانون 09-03 الاعوان المؤهلين باجراء الرقابة الادارية وهم ضبط الشرطة القضائية والاعوان الاخرين المرخص لهم بموجب نصوص خاصة بهم وأعوان قمع الغش التابعون للوزارة المكلفة بحماية المستهلك.

تمثل الكمية من السلع التي يستلمها المشتري في الأصل الكمية المنصوص عليها في العقد، فإذا كانت الكمية أقل مما هو متفق عليه، ينبغي أن يوضع في الحسبان طبيعة البضائع من ناحية، ومن ناحية أخرى المخاطر المحيطة بها، لذلك هناك من يرى [1]بأن اختلاف الكم والقدر الذي يجري تسليمه عما اتفق عليه، لا يثير صعوبة خاصة، نظرا لسهولة التعرف عليه، ولما يجري بشأنه التسامح من ناحية أخرى

وتتوافر حالة المطابقة الكمية، كلما قام البائع بتسليم سلعة بمقدار وكمية ، بما في ذلك المكونات والعناصر الداخلة في تركيبها متفقة مع ما تم اشتراطه في العقد أو نص عليه القانون[2]، وعلى خلاف ذلك تتوفر حالة عدم المطابقة الكمية كلما قام البائع بتسليم مبيع ناقص قدرا وكمية بحيث لا يصلح للإستعمال في الاغراض التي تستعمل فيها عادة مبيعات من ذات النوع [3].

وسنتأول المطابقة الكمية من خلال التطرق الى مضمون المطابقة الكمية، والى نطاق تطبيق الاحكام المتعلقة بالمطابقة الكمية.

1.- مضمون المطابقة الكمية:

يجب على البائع في عقد البيع أن يسلم المبيع بالكمية المتفق عليها في العقد، أي يجب أن يطابق المبيع المسلم الكمية المشتراة، ويضع المشرع الجزائري المسؤولية على عاتق البائع اذا لم يقم بتسليم المشتري القدر المتفق عليه في العقد، وهذا وفقا لنص المادة 365 من

1 جمال محمود عبد العزيز المرجع السابق، ص.34.

2 يلزم القانون البائع كقاعدة عامة أن يسلم المبيع دفعة واحدة ولايقبل التجزئة، وذلك وفقا لنص المادة 277 من القانون المدني الجزائري، التي تنص بأنه لايجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئي لحقه.

3 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.694.

القانون المدني[1]، والمقابلة لنص المادة 1616 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعقار[2]. ونص المادة 1617 المطبقة على المنقول[3].

ويلتزم طرفي عقد البيع أن يحددا كمية ومقدار الشيئ المبيع على نحو دقيق، ذلك أن تسليم جزء من المبيع أو تسليم كمية تزيد عن المتفق عليها، أو نقص عنه يعد اخلالا من البائع في تنفيذ الزامه من حيث الكمية المتفق عليها، وهو الأمر الي نصت عليه المادة 1/33 من القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع[4].

ويرى جانب من الفقه[5] أن مسألة تحديد المطابقة الكمية تعد من المسائل الجوهرية التي تثار في مجال التجارة الدولية، كما هو الحال في عقد البيع الالكتروني محل الدراسة باعتباره عقدا دوليا ، ويرجع ذلك لعبور السلع لحدود أكثر من دولة، مما ينجم عنه نقل السلع بوسائل مختلفة، الأمر الذي ينتج عنه تفأوت كمي للببضاعة، أي عدم مطابقة كمية المحددة في عقد البيع، والكمية التي سلمت بالفعل.

1 تنص المادة 365 من ق م ج على أنه " اذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف ".

2 Article 1616 dispose que « Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées ».

3 Article 1617 dispose que « Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat ;

Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix ».

4 تنص المادة 331 من القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع على أنه " لا يكون البائع قد نفذ التزامه بالتسليم حينما لا يسلم إلا جزء من الشيئ المبيع أو حينما يسلم كمية مختلفة بالزيادة أو النقصان عن تلك المتفق عليها ".

5 جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.43.

ويعد تحديد كمية المبيع أمرا مهما لتحديد محل الالتزام في العقد، خاصة اذا كان الشيئ المبيع معينا بالنوع، وهنا تظهر أهمية الاعمال الخاصة بالعد والقياس والوزن بالنسبة الى تحديد الوقت الذي يتم فيه نقل الملكية ووقت التسليم، وهذا ما تقضي به المادة 94 من القانون المدني الجزائري[1].

وقد يحصل في عقد البيع أن يتفق الطرفان على تجزئة التسليم، رغبة منهم في توزيع الكميات المتعاقد عليها على أوقات مختلفة، ويعتبر اتفاقا ضمنيا على تجزئة الوفاء، أن يتفق الطرفان على أن يكون التسليم في مكانين مختلفين.

وفي حال ما أذا اتفق المتعاقدان على تسليم المبيع على دفعات، فإن البائع يلتزم بتسليم كل دفعة من الدفعات ما دام المشتري قد وفى له بالثمن، وللبائع أن يمتنع عن التنفيذ اذا لم يقم المشتري بأداء الثمن، وذلك استنادا في الحقيقة الى نص المادة 284 من القانون المدني الجزائري[2].

وفي ظل التجارة الالكترونية وتحت تأثير الدعاية المصاحبة لعرض السلع والمنتجات عبر الانترنت ، قد ينتهز المنتج أو البائع المهني حاجة المستهلك الى السلعة فيعمد بهدف زيادة وتسويق منتجاته الى أن يقوم بتسليم المستهلك قدرا من المبيع يفوق ما اتفق عليه في العقد.

1 تنص المادة 94 من ق م ج على أنه " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره.....".

2 تنص المادة 284 من ق م ج على أنه " يكون لمن قام بالوفاء بجزء من الدين الحق في المطالبة مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء وله أيضا الحق في المطالبة رد السند أو إلغائه اذا وفى بكل الدين وأذا ضاع السند كان له أن يطلب من الدائن اشهادا على ضياع هذا السند، فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة جاز للمدين ايداع الشيئ المستحق ".

ويرى جانب من الفقه[1] أن هذه الحالة تعد إخلالا بمقومات المطابقة الكمية في صورته الايجابية، الأمر الذي يضر بالمستهلك في جانبين أولهما ما يتعلق بموارده الاقتصادية، وثانيهما ما يتعلق بأمر حصوله على قدر من السلعة هو في حقيقة الامر ليس في أي حاجة اليها.

ويمكن ان تدخل الزيادة في كمية المبيع في نسبة التسامح التي يسمح بها العرف التجاري السائد في المعاملات بين الافراد، فإذا لم يوجد عرف محدد لهذه الزيادة، فإن المعيار المعتمد هنا يكون مستمدا من المبادئ العامة التي يقوم عليه القانون المدني، ويكون بذلك المعيار هو الزيادة المعقولة، ويترك معيار تحديد الكمية المعقولة للمشتري وليس للقاضي لانه هو الأدرى بحاجاته وبالغرض المقصود من التعاقد[2].

ويطرح التساؤل هنا بالنسبة للمطابقة في كمية المبيع في عقد البيع الالكتروني محل الدراسة، وبالرجوع الى القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع باعتبار عقد البيع الالكتروني غالبا ما يكون دوليا، نجد أن أ حكامه واضحة في هذا المجال، حيث انه ترك للأطراف المتعاقدة مطلق الحرية بشأن حدود المطابقة الكمية.

فقد نصت المادة 35 من اتفاقية فيينا على الشروط الواجب توافرها في المطابقة والاتفاق على تطبيقها من حيث الكمية والنوعية، وجعلت العقد ظابطا ومعيارا للمطابقة [3]، فما يشترطه

1 عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.698.

2 امازوز لطيفة، المرجع السابق،ص.188.

3 لتحديد مدى التطابق بين المتعاقد عليه وبين الذي تم تسليمه تنص اتفاقية فيينا في المادة 2/35 على أنه " مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك فإن البضاعة لا تعد مطابقة للعقد مالم تتوافر الشروط التالية :

1 صالحة للإستعمال في الاغراض التي تستعمل فيها عادة بضاعة من نفس النوع

2 صالحة للإستعمال في الاغراض الخاصة التي أحيط بها علما صراحة أو ضمنا عند التعاقد ما لم يتبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد أو لم يكن من المعقول أن يعتمد على مهارة البائع أو تقديره

3أن تشتمل البضاعة على الصفات التي سبق أن عرضها البائع على المشتري وفقا لعينة أو نموذج

العقد ويظهره العرض في البضاعة من صفات تكون عنصرا في ذاتيتها وجب أن تتضمنه عند تسليمها الى المشتري، وإلا فإن البائع يكون قد أخل بضمان المطابقة

ومع ذلك قد تعرض لحالة الكمية الزائدة بنصه في المادة 52 منه على أنه " إذا سلم البائع كمية من البضائع تزيد عن الكمية المنصوص عليها في العقد، يجوز للمشتري أن يستلم تلك الكمية أو أن يرفض استلامها، واذا استلم الكمية الزائدة، كلها أو جزء منها، يجب عليه دفع قيمتها بالسعر المحدد في العقد ".

ووفقا لهذا النص فإن المشتري في حالة ارتفاع أسعار البضاعة بعد ابرام العقد سيستفيد من هذه الحالة، حيث أنه يدفع وفقا للسعر المحدد في العقد وليس سعر السوق، واذا انخفضت الاسعار عن السعر المحدد في العقد، فقد لا يرغب المشتري في قبول هذا القدر الزائد، فيقع عليه نتيجة فرق السعر بين وقت ابرام العقد. ولحظة استلام الكمية الزائدة.

وبخصوص تغليف البضاعة أو التعبئة التي تكتسي أهمية حيوية في مجال التجارة الدولية، فقد نصت المادة 35 /2 من الاتفاقية على وجوب أن تكون البضاعة مغلفة ومعبأة بطريقة وكيفية مناسبة لحفظها وحمايتها، وفي المقابل في مجال عقد البيع الالكتروني لا يوجد هناك وجه للخصوصية يميز هذه الاحكام سوى أن المشتري أصلا يكون غير عالم بالطرق المتبعة في ذلك من طرف البائع في ظل عدم الالتقاء المادي بينهما[1].

وتجب الاشارة هنا أن أحكام اتفاقية فيينا تطرقت الى ضمان الالتزام بالمطابقة الواجبة التطبيق من طرف الدول التي هي بصدد التعاقد بوجب قواعد البيع الدولي للبضائع، وأن هذا البيع الذي كانت تقصده الاتفاقية لم يتم الكترونيا عبر الانترنت.

---

4 أن تكون البضاعة معبأة أو مغلفة بالطريقة المستعملة عادة في تعبئة أو تغليف بضاعة من نوعها فإذا لم توجد مثل هذه الطريقة فتكون التعبئة بالطريقة الكافية لحفظ البضاعة وحمايتها ".

1 حمودي محمد ناصر، المرجع السابق،ص.399.

لذلك هناك من يرى[1] أن الاعتماد على نصوص الاتفاقية وتطبيقها على عقد البيع الالكتروني باعتباره عقدا دوليا غالبا، يجب أن يكون مع الاحتفاظ بنوع من الخصوصية عند التعامل في عقود توريد البرامج والخدمات المعروضة على الانترنت، فهي تحتاج الى شروط وتوضيحات أكثر دقة للتعامل معها، نظرا لحداثة هذه المنتجات وتعقيدها.

2 نطاق تطبيق الاحكام المتعلقة بالمطابقة الكمية :

يعتبر ضمان مطابقة الشيئ المبيع كأصل عام التزاما عاما في عقد البيع، أيا كانت صفة أطرافه[2]، وبغض النظر عن طبيعة الشيئ المبيع، غير أن قوانين الاستهلاك تقصر نطاق ذلك الضمان على عقود بيع السلع والمنتجات التي تتم بين البائع المهني و المشتري المستهلك طبقا لنص المادة 11 من قانون الاستهلاك الجزائري، والمادة 1/211 من قانون بالاستهلاك الفرنسي.

غير أنه وطبقا للأحكام الواردة في القانون المدني الجزائري، وعملا بنص المادتين 365 و366 منه[3] يتحدد نطاق تطبيق الاحكام المتعلقة بالمطابقة الكمية حسبما اذا كان

1 عمر خالد الزريقات، المرجع السابق،ص.360.

2 يمتد نطاق الالتزام بضمان المطابقة ليشمل جميع الاشخاص الدائنين بالحق في ضمان المطابقة، والمدينين بالالتزام بضمان المطابقة، ويعد دائنا بالحق في ضمان المطابقة المشتري المرتبط بعقد البيع، وهو المشتري المباشر في مواجهة البائع، ويثبت الحق في ضمان المطابقة في القانون المدني لكل مشتر للسلعة أيا كانت صفته، سواء كان مستهلكا عاديا أو مهنيا متخصصا، كما يتسع نطاق المدين بضمان المطابقة في القانون المدني عنه في قوانين الاستهلاك. ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص. 122.

3 تنص المادة 365 من القانون المدني " 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 المبيع إلا اذا أثبت أن النقص يبلغ من الاهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع

وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيئ المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، ويكون الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا اذا كانت الزيادة فاحشة، ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد كل هذا مالم يوجد اتفاق يخالفه".

الاتفاق على أن يتم تسليم المبيع كله، وفي حالة ما اذا ما كان فيه عجزا أو زيادة في المقدار، أو في الحالة التي يكون المتفق عليه هو تسليم البائع لجزء من المبيع فقط أو تسليم المبيع يتم على دفعات، ولا يتم التفرقة في ذلك بين الاحكام التي تسري على المنقول والعقار.

وتعتبر القواعد المطبقة على ضمان قدر المبيع قواعد مكملة لإرادة الطرفين ولا تطبق إلا في حالة عدم اتفاق الطرفين على ما يخالفها، لذلك يمكن اسبعادها أو تعديله بما يتفق وإرادة المتعاقدين، ولا يشترط لتعديل هذه الاحكام الإشارة الى ذلك صراحة في العقد.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، يفرق المشرع الفرنسي بين احكام ضمان قدر المنقول بطريقة تختلف عن العقار، وطبقا لنص المادة 1/211 من قانون الاستهلاك الفرنسي[1] يقتصر حق المشتري في ضمان مطابقة الشيئ المبيع على المنقولات المادية أو السلع الاستهلاكية، ويشمل ضمان المطابقة الاشياء القيمية والاشياء المثلية وان كان تعلقه بالاشياء المعينة بالنوع أكثر من تعلقه بالاشياء المعينة بالذات.

كما يتسع نطاق تطبيق ضمان المطابقة ليشمل كل المنقولات المادية ويطبق بالنسبة للماء والغاز والكهرباء، في حين يستبعد من نطاق تطبيق ضمان المطابقة المنقولات المعنوية والاموال العقارية والنقود والأوراق المالية كالاسهم والسندات.

وتنص المادة 366 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن، أو فسخ العقد لأوحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا.

1 Article L211-1 dispose que « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux contrats de vente de biens meubles corporels. Sont assimilés aux contrats de vente les contrats de fourniture de biens meubles à fabriquer ou à produire.

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à l'eau et au gaz lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ».

ويثور الاشكال في القانون الفرنسي حول مدى امكانية تطبيق القواعد المتعلقة بضمان المطابقة على بيع العقارات، ذلك أن القواعد الواردة في التوجيه الأوربي الصادر في 25 ماي 1999 والمتعلقة بضمان المطابقة لا تطبق على العقارات، لأنها وضعت خصيصا لتنظيم بيع المنقولات المادية.

غير أنه بالرجوع الى نصوص القانون المدني الفرنسي، فقد اهتم المشرع الفرنسي بمعالجة أحكام العجز والزيادة في مساحة العقار بوضعه عدة قواعد قانونية لمعالجة الحالات المختلفة التي يمكن أن يتم فيها بيع العقار.

وطبقا لنص المادة 1617 من القانون المدني الفرنسي[1] اذا كانت المساحة المسلمة أقل من المشار اليها في عقد البيع، فإن للمشتري الحق في أن يطالب البائع بتكملة المساحة حتى تصل الى القدر المتفق عليه في العقد، فإذالم يطالب المشتري بتكملة المساحة أو كان ذلك مستحيلا، فيكون البائع في هذه الحالة ملتزما بأن يتحمل تخفيضا للثمن بحسب العجز في المساحة.

1 Article 1617 « Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat ;
Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix ».

المطلب الثاني

المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالمطابقة

يعتبر التزام البائع بالمطابقة التزاما بتحقيق نتيجة[1]، ويترتب على تسليم شيئ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه قيام مسؤولية البائع، كما يترتب على عدم المطابقة عدة جزاءات يتحملها البائع، ولكن يشترط لتوقيع تلك الجزائات شروطا بموجبها تنعقد مسؤولية البائع.

الفرع الأول

شروط المسؤولية

يمكن أن يتم تسليم الشيئ المبيع في عقد البيع الإلكتروني ماديا تقليديا أو قد يتم ذلك عبر الخط، وفي كلتا الحالتين يمكن أن يجد المشتري الشيئ المبيع غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، وحتى تقوم مسؤولية البائع ويتحقق للمشتري انزال جزاءات به، فإنه وفقا لاتفاقية فيينا يجب توافر أربعة شروط، تتمثل تلك الشروط في وجود أولا عيب المطابقة وقت انتقال الشيئ المبيع، وثانيا أن يقوم المشتري بفحص البضائع، وثالثا أن يخطر المشتري بائعه بعدم المطابقة، ورابعا أن يكون المشتري لا يعلم يعيب عدم المطابقة.

أولا : أن يكون المبيع معيبا بعيب عدم المطابقة وقت التسليم

يجب لقيام مسؤولية البائع بضمان المطابقة أن يكون المبيع معيبا بعيب عدم المطابقة، حيث يعد عدم المطابقة للعقد الشرط الجوهري الذي يثير الضمان ويرتب مسؤولية البائع عن الاخلال بالالتزام بالمطابقة[2]، ويستفاد ذلك من نص المادة 4/211 من قانون الاستهلاك

1 يعد الإلتزام بالمطابقة التزاما يتمثل في تحقيق نتيجة وهذا كقاعدة عامة، غير أنه يمكن أن يتحفظ المدين بأنه سيبذل العناية الكاملة كي يكون المنتوج مطابقا للمواصفات، أو ملبيا للهدف المنشود منه، كالالتزام بتركيب وابتداع مادة كيمائية معينة لغرض محدد أو تصميم برنامج حاسب مخصص لمهمة ما. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص.101.

2 تنص المادة 36 الفقرة الأولى من اتفاقية فيينا على أنه " أن يوجد عيب المطابقة وقت انتقال التبعة الى المشتري وان لم يظهر هذا العيب الا في وقت لاحق ".

الفرنسي والتي تنص على أنه (يلتزم البائع بأن يسالم شيئا مطابقا للعقد، ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم)[1].

ويقصد بعيب عدم المطابقة اختلاف الشيئ المسلم فعلا عن الشيئ الذي كان يجب تسليمه وفقا للعقد، أو تسليم شيئ اخر غير المتفق عليه بذاته أو أوصافه[2]، فيكون المبيع معيبا بعيب عدم المطابقة اذا لم تتوافر فيه الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمنا أو كان غير صالح للإستعمال للغرض الذي تم التعاقد من أجله[3].

واضافة الى أن مسؤولية البائع تقوم عن كل عيب مطابقة يوجد بالسلعة في وقت سابق على انتقال التسليم وهي تعتبر القاعدة العامة، فإن هناك استثناء يتوفر عندما يتكفل البائع بعيوب لاحقة على وقت التسليم.

ووفقا لذلك الاستثناء، فإنه وعلى الرغم من انتقال الشئ المبيع الى المشتري، يظل البائع مسؤولا عن الضرر الذي ينتج عن الاخلال باي من التزاماته ، ويتحقق عيب عدم

[1] Article L211-4 dipose que « Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance.
Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité ».

2 وفي مجال المعلوماتية فإنه يجب التفرقة بين عدم المطابقة لسبب يرجع الى عناصر ذاتية في برنامج الحاسب وبين عدم المطابقة بسبب عناصر خارجية عن البرنامج ذاته، فيمكن أن تتحقق الحالة الأولى عندما يكون البرنامج مشتملا على عيوب في الصنع أو يكون البرنامج ناقصا اذ أنه في هذه الحالة لا يمكن أن يحقق احتياجات المشتري بشكل يعطيه الحق في الرجوع على البائع بالضمان، ويجب الاخذ في الاعتبار أن تقدير عدم المطابقة من عدمه أمر ليس سهلا على الخبراء المعنيين في هذا المجال لذلك يستعين القضاء في في حالة وجود أي نزاع قضائي بخبراء متخصصين، كما يمكن أن يسترشد القاضي بالمعيير التالية : معيار الحد الادنى من الفاعلية التي يتعين أن يحققها البرنامج / وبمدى احتياجات المشتري لذلك البرنامج. سعيد السيد قنديل، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية (الاشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2014،ص.81.

3 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص. 48.

المطابقة، سواء كان فعل البائع ايجابي أو سلبي، اذ يتحقق ذلك الغرض، عندما يهمل البائع في إعطاء التعليمات التي تتعلق باستعمال البضاعة[1]، كما يتحقق ذلك الاستثناء أيضا في حالة الاخلال بالضمان، الذي يقضي ببقاء البضائع صالحة للإستعمال العادي أو الاستعمال الخاص، أو محتفظة بصفاتها أو خصائصها خلال فترة معينة.

وعلى خلاف ذلك يفترض المشرع الفرنسي وجود عيب عدم المطابقة وقت التسليم وأعفى المستهلك من عبئ إثبات أقدمية أو أسبقية العيب خلال ستة أشهر بعد التسليم، وذلك حرصا على توفير حماية كافية للمستهلك،فنص في المادة 7/211 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أن " عيوب المطابقة التي تظهر خلال مدة ستة أشهر بداية من تسليم الشيئ المبيع تعتبر موجودة وقت التسليم مالم يثبت العكس " [2].

ثانيا : أن يقوم المشتري بفحص المبيع

يجب لتخويل المستهلك الحق في الرجوع على البائع بدعوى عدم المطابقة اضافة الى أن يكون المبيع معيبا وقت التسليم، أن يقوم المشتري بفحص المبيع، فيكون متبصرا وحذرا فلا يقبل المبيع أو يستلمه إلا بعد أن يقوم بالتحقق من مدى مطابقته للشروط والمواصفات المتفق عليه في العقد صراحة أو ضمنا.

1 جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 146.

2 Article L211-7 dispose que « Les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire.

Le vendeur peut combattre cette présomption si celle-ci n'est pas compatible avec la nature du bien ou le défaut de conformité invoqué ».

ويقوم المشتري بفحص المبيع بنفسه للتحقق من مدى مطابقته، ولكن قد يستعين المشتري بشخص اخر وفقا لنص المادة 38 من اتفاقية فيينا[1]، وفي هذه الحالة يعتبر الشخص الذي قام بالفحص نائبا أو وكيلا عن المشتري، ويعد قبوله للشيئ المسلم به بمثابة قبول المشتري.

ويتم فحص المبيع من طرف المشتري في وقت التسليم أو في وقت قريب منه، مع الاخذ في الإعتبار طبيعة الشيئ المبيع، و غالبا مايتم الفحص في زمان التسليم ومكانه، وقد تنص الشروط العامة في عقد البيع على اجراء فحص المبيع في مكان الارسال، وليس في مكان الوصول أو الاستلام وذلك تحقيقا لمصلحة الطرفين.

ويلا حظ أن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي لم ينص على الزام المشتري أن يقوم بفحص الشيئ المبيع بمجرد وضعه تحت تصرفه وذلك حتى يتحقق من مطابقته، وذلك تفاديا لإثقال عبئ المشتري بالتزام جديد[2].

وفي مجال التجارة الالكترونية، يتم فحص المبيع من طرف المشتري في أقرب وقت تسمح به الظروف دون احتساب الوقت الذي استغرقته عملية النقل، مع وجوب الاتفاق مسبقا على تمديد الاجال والاتفاق على الاستعانة بخبرة نظرا لأن الوسائل البصرية الالكترونية والغياب المادي للطرفين المتعاقدين يستلزم الحذر في الفحص، لأن ما يرى على عادة على

1 تنص المادة 38 من الاتفاقية على أنه " على المشتري أن يفحص البضائع بنفسه أو بواسطة غيره في أقرب ميعاد ممكن تسمح به الظروف"

2 مع الاشارة هنا أن المشرع الجزائري وأنه على خلاف ذلك بالنسبة لضمان العيوب الخفية أوجب على المشتري حتى يستفيد من الضمان أن يبادر الى التحقق من حالة المبيع، وهذا وفقا لنص المادة 380 من ق م ج بنصها " اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن منذلك، حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الاخير في أجل معقول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع "

شاشات الحواسيب يكون على خلاف الحقيقة نظرا لما تتميز به التقنية من امكانيات تزيين واظهار مزايا عديدة قد لا تكون موجودة في الحقيقة[1].

ثالثا : اخطارالمشتري للبائع بعدم المطابقة

قد يترتب على فحص السلع اكتشاف المشتري عدم مطابقة المبيع أو اختلال المطابقة بوجه من الوجوه ، فيجب على المشتري في هذه الحالة أن يبادر الى اخطار البائع بوجود العيب وطبيعته، ليستعد هذا الاخير لإصلاحه أو مناقشة المشتري حول حول هذا العيب، واثبات سلامة تلك السلعة.

وقد يكون من الصعب اكتشاف عيب عدم المطابقة كما هو الحال في بيع برامج الحاسب عبر الانترنت ، فيجب على المشتري في هذه الحالة أن يخطر البائع به بمجرد ظهوره أو اكتشافه وفي أقرب وقت ممكن، وإلا اعتبر سكوته إقرارا منه بمطابقة المبيع للعقد، أو قبولا له بحالته التي سلم عليها بالرغم من عدم مطابقته[2].

ويقتضي الحكم على مدى مطابقة المبيع للمواصفات أحيانا تسلمه وتجريبه خلال فترة معينة للتعرف على صلاحيته وسلامته، ولا يكفي مجرد الفحص الظاهري أو قراءة الخصائص والصفات المدونة عليه[3] ، لذلك قد أوجبت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على المشتري أن يخطر البائع بعيب عدم المطابقة موضحا طبيعته في مدة معقولة تبدأ من الوقت الذي اكتشف فيه المشتري العيب أو كان يجب أن يكتشفه، وهدا طبقا لنص المادة 39 من الاتفاقية[4].

1 حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص.401.

2 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص.60.

3 محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق، ص.101.

4 تنص المادة 39 من الاتفاقية على أنه " يخطر المشتري بائعه بعيوب مطابقة البضائع محدد طبيعة هذه العيوب خلال فترة معقولة من اللحظة التي اكتشف فيها تلك العيوب أو كان من واجبه اكتشافها ".

ويظهر أن الاتفاقية لم تحدد ميعاد ثابت للإخطار بالعيب، بل قدمت حلا مرنا، يتمثل في وجوب عمل الاخطار خلال فترة معقولة، يقدرها قاضي الموضوع وفقا لظروف الحال، وذلك في حالة ما إذا ثار حولها خلاف أو نزاع.

غير أنه اذا باشر المشتري فحص البضاعة في الميعاد المحدد، ولكنه امتد مدة طويلة يستعصى خلالها ظهور العيب، ولم يتمكن المشتري معها من اخطار البائع، فإنه من غير المعقول أن يترك البائع قلقا على مصير العقد مدة طويلة قد تضر بمصالحه[1]، لذلك وجب أن يتم الاخطار بعدم المطابقة قبل انقضاء مدة سنتين كمدة محددد لسقوط حق المشتري[2] ، تحسب منذ لحظة التسليم الفعلي للبضاعة، وهذا وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة 39 من الاتفاقية[3].

وقد حددت المادة الخامسة الفقرة الثانية من التوجيه الأوربي رقم 1999/44 الخاص بالبيع والضمانات الخاصة بالاستهلاك المدة اللازمة للإخطار بعدم المطابقة بمدة شهرين تحسب من تاريخ فحص المبيع والتحقق من عدم مطابقته، في حين اعتبرت الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه يفترض وجود العيب في حالة مرور ستة أشهر دون اكتشافه من تاريخ الاستلام مالم يثبت العكس من خلال طبيعة العيب بعدم المطابقة أو طبيعة السلعة.

1 جودت هندي، الالتزام بالمطابقة وبضمان ادعاء الغير حسب نصوص اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، مقال منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28 سنة 2012، العدد الأول، ص 123.

2 وتعد مدة سنتين مدة سقوط لا تقادم، وبالتالي لا تخضع للإيقاف أو الانقطاع، ولا تستأنف عند محأولة البائع لإصلاح عدم المطابقة في البضائع، جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.214.

3 تنص المادة 39 الفقرة الثانية من الاتفاقية على أنه " وفي جميع الاحوال يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في المطابقة اذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسليم المشتري البضائع فعلا، إلا اذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد "

وقد نص المشرع الفرنسي على نفس الأحكام بموجب نص المادتين L211-7 و L211-12 من قانون الاستهلاك، إلا أنه اعتبر بموجب نص المادة L211-13 أن تلك المدة لا تحرم المستهلك من الرجوع على البائع وفقا لأحكام القانون المدني الفرنسي[1].

وفي حالة اخطار المشتري للبائع بعدم المطابقة وأبدى اعتراضه خلال الميعاد القانوني، ثبت له الحق في الرجوع على البائع بدعوى عدم المطابقة، ولا يمكن للبائع دفع المسؤولية إلا بإثبات أن الشيئ المبيع مطابق للعقد، كما يقع على المشتري اضافة الى الاخطار، أن يحافظ على الشيئ المبيع كما سلم له دون تغيير، لانه لا يمكنه بعد ذلك التحقق من مطابقته[2].

رابعا :عدم علم المشتري بعيب عدم المطابقة

لا يمكن للمشتري التمسك بدعوى عدم المطابقة في حالة اثبات البائع أنه كان عالما بذلك العيب وقت التعاقد، وهذا على الرغم من وجود عيب في مطابقة السلعة وقت انتقالها الى المشتري، وقيام هذا الاخير بفحصها واخطار البائع بالعيب الذي اكتشفه خلال فترة معقولة، وهذا وفقا المادة 35 من اتفاقية فيينا، التي جاء فيه بأن البائع لا يسأل عن أي عيب في المطابقة كان يعلم به المشتري أو كان لا يمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد.

وبذلك لا تقوم مسؤولية البائع عن أي عيب في المطابقة، إذا كان يعلم به المشتري، أو كان لايمكن أن يجهله وقت انعقاد العقد، ويتعلق الامر هنا بشأن العيوب الظاهرة لا الخفية

1 Article L211-13 dispose que « Les dispositions de la présente section ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi ».

2 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص.64.

والتي يمكن رؤيتها بسهولة، واذا كانت تلك العيوب ظاهرة، فإنه يفهم من ذلك أن العيوب ليست ذات أهمية بالنسبة للمشتري، أو يكون هذا الاخير قد قبل البضاعة مشمولة بتلك العيوب[1].

ويطرح التساؤل بالنسبة للتجارة الالكترونية، عن مدى علم المشتري بعيب عدم المطابقة، وذلك في ظل الاعلانات الكاذبة والمظللة له في عقد البيع الالكتروني، وذلك لما تخلقه تلك الاعلانات من انطباعات غير حقيقية لدى المستهلك حول السلعة موضوع التعاقد، خاصة اذا كانت تلك الاعلانات المصدر الوحيد الذي يتعرف من خلاله المستهلك على السلعة.

فيجب في هذه الحالة توسيع نطاق الالتزام بالمطابقة ليشمل كافة المواصفات والبيانات التي أوردها التاجر عن السلعة في رسالته الاعلانية، بحيث اذا اختلفت السلعة عن مضمون الاعلانات بأي وجه من الأوجه كان البائع مخلا بالتزامه بالمطابقة، كما يعد بذلك المشتري في هذه الحالة غير عالم بالعيب الموجود في السلعة.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بالإلتزام بضمان المطابقة

يترتب على تسليم البائع شيئا غير مطابق للعقد قيام مسؤوليته العقدية، ويثبت للمشتري الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام بضمان مطابقة الشيئ المبيع أو طلب فسخ العقد وطلب التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم المطابقة[2] ، وهذ طبقا للقواعد العامة في القانون المدني، بالاضافة الى حقه في الاستبدال أو الاسترداد طبقا لقوانين الاستهلاك،وتقوم

1 جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.226.

2 مع الاشارة أنه بالنسبة لإتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع فقد فرقت بين مخالفة البائع لالتزامه التعاقدي أي عدم تنفيذه لإلتزامه بالمطبقة أو تنفيذه بشكل معيب، في حالة ما اذا كانت هذه المخالفة جوهرية مفادها مخالفة ضررا متوقعا يلحق بالمشتري مما يحرمه بشكل جوهري مما كان ينتظره من وراء انعقاد العقد، والتي يترتب عليها جزاءات قاسية على البائع كفسخ العقد أو استبدال البضاعة المعيبة، واما قد تكون تلك المخالفة غير جوهرية، عندما تلحق ضررا غير متوقع بالمشتري لا يحرمه بشكل أساسي مما كان ينتظره من نتائج من وراء انعقاد العقد، فيحق له طلب التنفيذ العيني أو تخفيض الثمن، كما يجوز له دائما طلب التعويض لجبر الضرر الذي لحقه، جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.366.

دعوى الاخلال بالمطابقة بمجرد وجود تفوت بين ما تم تسليمه والشيئ المتفق عليه، ويقع على البائع عبئ اثبات أنه قام بتسليم شيئ مطابق[1].

أولا : التنفيذ العيني

ويثبت للمشتري الحق في مطالبة البائع بالتنفيذ العيني اذا لم يكن المبيع مطابقا للشروط المواصفات المتفق عليبه في العقد أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله[2]، فيلتزم البائع بتقديم شيئ مطابق اذ كان ذلك ممكنا، ويعتبر التنفيذ العيني للإلتزام هو الأصل، وهذا طبقا لنص المادة 164 من القانون المدني الجزائري[3].

ويتمثل التنفيذ العيني للإلتزام بضمان المطابقة في قيام البائع إما بإصلاح الشيئ المبيع، أو استبداله وتغييره بشيئ اخر مطابق لما كان متفقا عليه في العقد، وذلك طبقا لنص المادة 9/211 من قانون الاستهلاك الفرنسي[4].

غير أن التنفيذ العيني قد يكون ممكنا ولكن في تحقيقه وإجبار البائع على الوفاء به إرهاق له[1]، كما قد يكون التنفيذ العيني مستحيلا، فإذا كانت الاستحالة غير راجعة لخطأ البائع،

---

[1] NAIMI CHARBONNIER Marine ,op.cit,p 170

2 يلتزم البائع بمجرد ثبوت عدم المطابقة للمبيع بالضمان و ذلك بمختلف طرق الضمان، وفي هذا الصدد صدر قرار بالضمان عن المحكمة العليا بشأن عدم مطابقة المبيع بعد التسليم لما تم الاتفاق عليه في العقد، بحيث تم تسليم كمية من البطاطا المخصصة للإستهلاك بدلا من بذور البطاطا المعدة للزراعة، قرار رقم 213691 بتاريخ 16 فيفري 2000، المجلة القضائية، العددالأول، 2001، ص من 122 الى 126.

3 تنص المادة 164 ق م ج على أنه " يجبر المدين بعد اعذاره وطبقا للمادتين 180-181 على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا "

4 Article L211-9 dispose que « En cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien.

Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur».

أي كانت لسبب أجنبي انقضى الالتزام وامتنع الرجوع على البائع بالتعويض طبقا لأحكام المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

وقد وضعت اتفاقية فيينا قيدين على استعمال المشتري لحق التنفيذ العيني، يتمثل القيد الأول في أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب تنفيذ العقد، في الوقت الذي يستعمل فيه وسيلة تتعارض مع هذا الطلب، أي لا يجوز للمشتري أن يلزم البائع بتنفيذ التزامه بالمطابقة إذا أعلن المشتري فسخ العقد[2]، أو طلب استبدال البضاعة[3]، غير أنه يجوز للمشتري طلب التنفيذ العيني في حالة التسليم المتأخر للبضاعة من جانب البائع، بينما يتمثل القيد الثاني الذي وضعته اتفاقية فيينا على لجوء المشتري للتنفيذ العيني في عدم اجازة قانون القاضي لهذا الحق في التنفيذ العيني[4].

ثانيا:الفسخ

واذا لم يتمكن المشتري الوصول الى التنفيذ العيني للإلتزام بالمطابقة أو كان اختلال المطابقة جسيما، فيحق له رفع دعوى الفسخ البيع، واستصدار حكم من القاضي المرفوع أمامه النزاع، وهذا طبقا لنص المداة 119 من القانون مدني الجزائري، والمقابلة للمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي.

1 في هذه الحالة يجوز للمدين أن يطلب من القاضي أن يستبدل التنفيذ العيني بالتنفيذ عن طريق التعويض، وهذا طبقا لنص المادة 2/203 من القانون المدني المصري.

2 الفقرة الثانية من المادة 47 من اتفاقية فيينا.

3 المادة 50 من اتفاقية فيينا.

4 المادة 28 من اتفاقية فيينا.

ولا يمكن للقاضي أن يحكم بالفسخ من تلقاء نفسه، حتى ولو تبين له حدوث اخلال من جانب البائع، وهذا لأن الفسخ يعد رخصة تثبت للمشتري دون القاضي[1]، لذلك وجب للحكم بالفسخ أن يرفع المشتري دعوى يطلب فيها من القاضي فسخ العقد، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2002/02/20[2].

ولا يعد تسلم المشتري للمبيع بدون تحفظات على أنه تنازل عن دعوى الفسخ المترتبة على عدم مطابقة الشيئ المبيع، ذلك أن التنازل تصرف قانوني وهو لا ينتج أثره إلا بعد قيام المشتري بفحص المبيع والتحقق من العيب أو الخلل الموجود في المطابقة ومعرفته وبعد ذلك الرضا به[3].

وقد أعطت اتفاقية فيينا الحرية للمشتري في فسخ العقد بارادته المنفردة متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادتين 49 و64 من الاتفاقية، كما أوجبت المادة 26 من الاتفاقية الاعذار المبيق للبائع.

ووفقا لنص المادة 49 من اتفاقية فيينا، فإنها حصرت حالات الفسخ المتاحة للمشتري بحالة ارتكاب البائع مخالفة جوهرية لإحدى إلتزاماته ، حيث تجيز الاتفاقية للمشتري فسخ العقد

1 غير أنه في حالة رفع المشتري لدعوى الفسخ، فإن للقاض السلطة التقديرية في ايقاع الفسخ أو منح المدين مهلة للوفاء بالتزامه أو رفض الدعوى وذلك في حالة الاخلال الجزئي أو التنفيذ الغير مطابق في حالة اذا ما رأى أن الجزء الباقي والذي لم ينفذ قليل الاهمية، محمد أحمد عابدين، زوال العقد، منشأة المعرف، الاسكدرية،2013، ص. 22.

2قضت المحكمة العليا في قرلر لها بتاريخ 2002/02/20 على أنه " بأن الحكم بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطلب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد هو تطبيق سيئ للمادة 119 من التقنين المدني، إذ كان يتعين على قضاة الموضوع التقيد بالدعوى وطلباتها " قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/02/20 ملف رقم 225843، قرار غير منشور.

3 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص.146.

مادام اخلال البائع بالالتزام بالمطابقة يشكل مخالفة جوهرية كشرط موضوعي ضمن الشروط المرتبطة بالمخالفة الجوهرية[1].

وقد يكون الفسخ جزئيا وذلك في حالة العقود التي تتضمن أداءات متتابعة، اي العقود الزمنية، كماهو الامر في عقود التوريد، يترتب على قابلية العقود للإنقسام الى عدة مجموعات من الاداءات، أنه يجوز الحكم بالفسخ على احداها دون أن يمس بقية الاداءات الاخرى[2]، فإذا تضمن البيع عدة أشياء، وكان عدم المطابقة يتعلق ببعض تلك الاشياء فقط، فإن الفسخ سيكون جزئيا منصبا على الجزء غير المطابق[3].

ثالثا : الحق في الاستبدال

كما يثبت للمشتري في حالة عدم مطابقة الشيئ المبيع بالاضافة الى التنفيذ العيني والفسخ الحق في اسبدال الشيئ المبيع بشيئ اخر مطابق له، والاسبدال هو حق يثبت للمستهلك خلال مدة معينة من تاريخ التسليم في الخيار بين رد المبيع غير المطابق واستبداله بأخر مطابق أو اعادته واسترداد الثمن دون أن يتحمل أي نفقات إضافية[4]، فهو حق مقرر

1جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.394.

2 يمكن للمشتري أن يتمسك بالفسخ الجزئي كما يمكن له التمسك بتنفيذ كامل العقد وذلك وفقا للمادة 370 من ق م ج بنصها " اذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري اما أن يطلب فسخ البيع اذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع واما أن يبقي البيع مع انقاص الثمن ".

3 بانسبة للفسخ لعدم التنفيذ الجزئي وضعت الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية المبدأ الاتي يستخلص من نص المادتين 1183 و 1184 من التقنين المدني الفرنسي " أنه في العقود ذات التنفيذ على أقساط، أن الفسخ لعدم التنفيذ الجزئي يصيب مجموع العقد، أو بعض أجزائه فقط، بحسب ما اذا كان الاطراف قد أرادو عمل صفقة لا تقبل التجزئة أو مجزأة في سلسلة عقود ونتهت الى أن حكم محكمة استئناف باريس قد خالفت المادتين 1183-1184 لحكمها بالفسخ الجزئي مع أن المتعاقدين بتأكيد المحكمة نفسها قد أراد عمل صفقة غير قابلة للتجزئة ".

Cass.civ.3 Nov.1983. Bull. civ.I.N 252 P 227

4 ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق،ص. 154.

للمشتري عند اخلال البائع بالتزامه بالمطابقة، بأن يشتري على حساب البائع، سلعا تماثل المتفق عليها في العقد[1].

وقد أقر حق الاستبدال اتفاقية فيينا بموجب الفقرة الثاية من المادة رقم 46 بنصها" لا يجوز للمشتري في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة إلا إذا كان العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد، وطلب المشتري تسليم البضائع البديلة في الوقت الذي يخطر فيه البائع بعدم المطابقة وفقا لأحكام المادة 39، أو في ميعاد معقول من وقت الإخطار ".

ويظهر من استقراء أحكام نص المادة 46 أنه يجب لتطبيق الاستبدال كجزاء لعدم المطابقة يجب أن يتوفر شرطين، أولهما أن يشكل إخلال البائع لإلتزامه بالمطابقة مخالفة جوهرية، وثانيا أن يقدم المشتري طلب الاستبدال في نفس الوقت الذي يخطر فيه البائع بعدم المطابقة، أو في ميعاد معقول من تاريخ هذا الإخطار.

وحتى يستفيد من المشتري من حق الاستبدال يجب اضافة الى تحقق الشرطين السابقين، أن يخطر البائع بذلك، حتى يجهز له هذا الاخير سلعة بديلة، ويتم الاخطار وفقا للقواعد العامة وخلال مدة معقولة.

واضافة الى اتفاقية فيينا، فقدّ اقرت قوانين الاستهلاك حق الاستبدال، مع اعطاء الحق في الخيار للمستهلك بين رد المبيع غير المطابق واستبداله باخر مطابق أو اعادته واسترداد الثمن، وان كان المشرع الفرنسي لم يجعل ذلك الحق مطلقا بل قيده اذا كان هذا الاختيار يؤدي

1جمال محمود عبد العزيز، المرجع السابق، ص.409.

الى تكلفة غير متناسبة بقيمة المنتوج أو خطورة العيب، وله عند ذلك اختيار منتج اخر غير اختيار المستهلك الى أن يثبت العكس وفقا لنص المادة من قانون الاستهلاك الفرنسي[1].

غير أن المشرع الفرنسي نص بموجب المادة L211-10 على أنه في حالة لم يتحصل المستهلك على رد خلال شهر من الشكوى للبائع ولم يتوصلا لإتفاق، أو كان الحل المطروح من قبل البائع غير قبال للتنفيذ دون حدوث ضرر للمستهلك، مع الاخذ بعين الاعتبار طبيعة المنتج أواستخداماته، الحق في أن يتحصل على تعويض مع رد الثمن أو الاحتفاظ بالسلعة مع الحصول على تعويض[2].

كما نص قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 في المادة 1/8 أنه اذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد من اجله يلتزم المورد في هذه الاحوال بناء على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استعادتها مع رد قيمتها دون أي تكلفة اضافية.

1 Article L211-9 dispose que « En cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien

Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur ».

2 Article L211-10 dispose que « Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix.

La même faculté lui est ouverte :

1° Si la solution demandée, proposée ou convenue en application de l'article L. 211-9 ne peut être mise en oeuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur ;

2° Ou si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche.

La résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée si le défaut de conformité est mineur ».

وتمثل التجارة الالكترونية المجال الأوسع الذي يتم فيه ممارسة الحق في الاسبدال، ذلك أن هذا الحق يرد غالبا في البيوع التي تتم عن بعد وعبر المسافات، بحيث لا يستطيع المشتري فيها أن يتحقق من مدى مطابقة المبيع وقت البيع، كما يكون قد تأثر بالدعاية المغرضة لتلك السلعة.

حيث أنه وفي عقد البيع الالكتروني لا يتمكن المشتري غالبا من المعاينة المادية للسلعة التي يشاهدها عبر الانترنت وقت البيع، ويكتفي بما ورد من بيانات ومواصفات على الموقع الخاص بالبائع، فيتقرر له الحق في الاستبدال في حالة عدم مطابقة السلعة[1].

ويمكن أن ينجم عن عيب عدم المطابقة أضرارا للمشتري أو يلحق الضرر بأمواله، فيثبت لهذا الاخير الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار مادية أو جسمانية بسبب اخلال البائع بالتزامه بضمان مطابقة الشيئ المبيع.

وقد وضعت اتفاقية فيينا بموجب المادة 74 قاعدة عامة لإستحقاق التعويض كجزاء ينطبق أيا كانت درجة جسامة المخالفة التي يرتكبها البائع، حتى ولو أعلن المشتري فسخ العقد أو طلب اسبدال البضاعة لعيب عدم المطابقة، وقد أقامت حق التعويض على قاعدة ما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب [2].

1 نص الفصل 31 من قانون حماية المستهلك في المبادلات الالكترونية التونسي على ارجاع المنتوج اذا كان غير مطابق للطلبية أو اذا لم يحترم البائع اجال تسليمه، كما منح المستهلك الخيار بين استبدال المنتوج أو اصلاحه في حالة عدم المطابقة.

2 نصت المادة 74 من اتفاقية فيينا على أنه " يتألف التعويض من مخالفة أحد الطرفين للعقد من مبلغ يعادل الخسارة التي لحقت بالطرف الاخر والكسب الذي فاته نتيجة المخالفة، ولا يجوز أن يتجأوز التعويض قيمة الخسارة والربح الضائع التي توقعها الطرف المخالف، أو التي كان ينبغي له أن يتوقعها وقت انعقاد العقد في ضوء الوقائع التي كان يعلم بها، أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد ".

وقد تبنت أغلب القوانين الوطنية القاعدة التي أوردتها اتفاقية فيينا، فقد نص المشرع الجزائري على ذلك بموجب المادة 1/182 من القانون المدني[1]، والمشرع المصري من خلال نص المادة 1/221 من القانون المدني المصري، والمشرع الفرنسي تبنى ذات القاعدة بموجب نص المادة 1149 من القانون المدني الفرنسي.

كما يستفيد المستهلك من التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء اخلال البائع بالتزامه بضمان مطابقة الشيئ المبيع على أساس نص المادة L211-11 من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما في حالة عدم توفر المنتوج أثناء فترة إصلاحه أو استبداله، ويخضع التعويض الى إثبات الخسارة التي لحقت بالمشتري، وليس لخطأ أو سوء نية البائع[2].

1 تنص المادة 1/182 من ق م ج على أنه " اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الذائن من خسارة وما فاته من كسب يشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول..".

2 BENABENT. Alain,,OpCit, p.175.

خاتمة

خاتمة

بعد هذه الدراسة التي قمنا من خلالها بتبيان ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني، يظهر لنا جليا أن هذه الضمانات من أكثر الموضوعات القانونية أهمية في مجال التعاقد الالكتروني، وهذا في ظل التطور التكنولوجي المتسارع والتطبيقات المستحدثة للتجارة الالكترونية، والمخاطر المحيطة بالمشتري في عقد البيع الالكتروني.

إن عقد البيع الالكتروني وإن كان لا يختلف عن عقد البيع التقليدي إلا من حيث الوسيلة الالكترونية التي يتم بها، فإن هذه الوسيلة كشفت النقاب عن وجود قدر كبير من التفأوت في القدرات الفنية والاقتصادية، بين البائع المهني من جهة، والمشتري أو المستهلك من جهة أخرى خاصة في مرحلة التنفيذ ، الأمر الذي يتطلب إحاطة المشتري بضمانات تقليدية تتمثل في الحماية ضد الشروط التعسفية والالتزام بضمان السلامة، وأخرى مستحدثة تتمثل في الالتزام بالإعلام والحق في العدول والالتزام بالمطابقة.

ولقد إستوقفنا حال تقصينا للضمانات التقليدية لتنفيذ عقد البيع الالكتروني ما يلي :

إن التاجر أو المهني لا يسمح في الغالب للمستهلك في نطاق التعاقد الالكتروني بمناقشة بنود العقد أو التفأوض بشأنها، حيث يقوم بوضع الشروط التعاقدية في صورة عقد نموذجي ويطرحه بصفة عامة على كافة المستهلكين، وبذلك تكون بنود عقد البيع الالكتروني جامدة لا تقبل المراجعة مما يجعله عقد إذعان. و في هذا الصدد قررت أغلب التشريعات الوطنية وضع حماية للطرف الضعيف تتمثل في مظهرين أساسيين، الأول هو الحماية من الشروط التعسفية، من خلال تخويل القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان، والثاني تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن.

مع الإشارة هنا أن المشرع الجزائري يعترف بسلطة استثنائية للقاضي ، يمكن لهذا الأخير بموجبها تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، وذلك من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين، ويعتبر هذا خروجا عن القواعد العامة التي يقتصر دور القاضي فيها على مجرد القيام ببيان وتفسير الشروط الواردة في العقد.

كما نتج عن التعاملات عبر الانترنت، ومنها التعاقد بالبيع والشراء في السلع والخدمات التي تتسم بطابعها المعقد في تصنيعها، وكذا في طريقة استعمالها، زيادة المخاطر على المستهلك في سلامة جسده وأمواله من جراء اقتناء تلك السلع واستعمالها، وهذا في ظل قصور قواعد المسؤولية المدنية عن توفير الحماية المنشودة ، و التي وضعت في زمن لم تأخذ فيه التكنولوجيا مداها الكامل، لذلك يقع على البائع التزام مستقل عن الالتزامات الناشئة عن عقد البيع الالكتروني يتمثل في الالتزام بضمان السلامة.

وقد تنأول المشرع الجزائري الالتزام بالسلامة بصفة مقتضبة وبنصوص موجزة بموجب القانون رقم 09-03 من المادة 03 إلى المادة 10، وهذا بفرضه التزاما بضمان المخاطر والأضرار الناجمة عن المنتجات المعروضة للتدأول حتى تتحقق مسؤولية كل مهني في عملية وضع المنتوج للإستهلاك، وحدد بموجب هذا القانون الالتزامات الملقاة على عاتق المتدخل وجعلها ملزمة ومن النظام العام حتى يحافظ على سلامة المستهلك ويؤكد على مسؤولية المتدخل.

غير أن الضمانات القانونية في ثوبها التقليدي ليست كافية لحماية المشتري أو المستهلك من خلال شبكة الانترنت، ذلك أن المهني أو التاجر يملك ومن خلال هذه الشبكة أن يضع نفسه خارج القانون الوطني والمحاكم الوطنية بالنسبة للمستهلك الذي يتعرض بدوره، وبشكل متزايد لممارسات التسويق الغير عادلة، وفي ذات الوقت قد تكون المنتجات المقدمة له غير آمنة، بالإضافة إلى طرق الدفع الغير موثوق بها.

لذلك فإنه والى جانب مقأومة الشروط التعسفية في عقد البيع الالكتروني والالتزام بالسلامة كضمانات تقليدية لحماية المشتري في مرحلة تنفيذ العقد، فإن المشتري ونظرا لزيادة خطورة المعاملات الالكترونية بحاجة إلى حماية أكثر فاعلية، وهو ما نجده في الضمانات المستحدثة لحماية المشتري.

يعتبر الالتزام بالإعلام أهم تلك الضمانات، وهو يتمثل في تحديد شخصية المهني، ووصف المنتج وبيان السمات الأساسية للسلعة، ويعتبر الإعلام بخصائص السلعة جوهر فكرة الالتزام بالإعلام في عقد البيع الالكتروني لأن خصائص السلعة هي الباعث الرئيسي للمشتري على التعاقد، وفي إطارها يقع هذا الأخير ضحية الغش والتدليس، كما تزداد أهمية الالتزام بالإعلام في المعاملات الالكترونية، لأنها تتم عن بعد، ومن ثم فإن المشتري يجهل شخصية الطرف الآخر الذي يتعاقد معه ومكان وجوده، كما يجهل المعلومات المتعلقة بالسلعة.

وفي هذا الصدد يمكن القول أنه بالنسبة للإلتزام بالإعلام، إن البيانات التي تنأولها المشرع الجزائري في القانون رقم 09-03 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش غير كافية لحماية المشتري من مخاطر الشيء المبيع، خاصة بالنسبة المنتجات الصناعية الجديدة وطريقة اقتنائها، لذلك تطرح ضرورة تقديم بيانات أكثر دقة متعلقة بالعقد كالإفصاح عن الهوية الحقيقية للتاجر، ومدة التسليم.

ومن هنا من المستحسن على المشرع الجزائري النص على فرض التزام على عاتق البائع المهني يتمثل في إعلام المشتري بجوانب العقد، وإحاطته بما يجهله، إبتداءا من تحديد هوية التاجر المهني، ومرورا بتحديد محل العقد تحديدا دقيق وشاملا، بحيث يصبح هذا الالتزام أهم الضمانات المستحدثة لحماية المشتري.

كما يعد الحق في العدول من أكثر الضمانات فاعلية لأنه يحقق للمشتري حماية ملائمة لخصوصيات التجارة الالكترونية وذلك بإرجاع السلعة خلال مدة معينة يحدده القانون، دون

إبداء أية مبررات، مع التزام التاجر برد قيمتها، و تحمل المستهلك مصروفات الرجوع فقط، وهذا يعد خروجا عن القاعدة العامة في القانون المدني التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين و لا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين.

لذلك حماية لرضا المشتري في عقد البيع الالكتروني، و حتى لا نكتفي بتطبيق ما ورد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش الذي ينص على حق المستهلك في العدول مرفقا بقيود ومحصورا في حالة المبيع المعيب أو غير المطابق دون سواهما، وبما جاء في النظرية العامة للعقد وما تضمنته من بطلان نسبي ، نأمل تدخل المشرع الجزائري بإصدار قانون يتضمن حق المستهلك في العدول عن العقود المبرمة عبر الانترنت.

و يظهر من خلال الدراسة السابقة أن الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الالكتروني أصبح يحتل مكانة هامة وبارزة تفوق أهمية الالتزام بالتسليم في حد ذاته الذي يعد في الأصل أساس تنفيذ عقد البيع الالكتروني ، وذلك أن الرؤية غير المباشرة للمبيع عبر الانترنت يصعب فيها التحقق من معرفة مدى تطابق المبيع المتفق على أوصافه أو كميته عند البيع وبعد التسليم.

فبالنسبة للمهني، فإن احترامه للقواعد التي يستلزمها الالتزام بالمطابقة يرجع لكون المنتجات المطابقة للمعايير يتم بيعها بسهولة مقارنة بمنتوجات أخرى غير مطابقة، وبوجه خاص عندما ينظر إليه كأداة لتأكيد الثقة بين البائع والمشتري، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية التي لا يتمكن فيها المشتري من المعاينة المادية للسلع والمنتجات المعروضة على الأنترنت. كما تزداد أهمية الالتزام بالمطابقة لكون أن أغلب المستهلكين في عقود البيع الالكترونية ليسوا بمستوى المنتجين و المهنيين المحترفين الذين تربطهم علاقات البيع بالمستهلك عن بعد.

ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد إكتفى بذكر صور الإلتزام بالمطابقة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش دون تعريفه، ونص فقط على المسؤولية الجزائية للمتدخل،وهذا بعد أن تمت دراسة الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الالكتروني على أساس النصوص القانونية الواردة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وعلى أساس المبادئ العامة الواردة في القانون المدني.

وأخيرا يمكن القول أن إهتمام المشرع الجزائري بالمستهلك الإلكتروني ليس بالمستوى المطلوب، حيث يتضح من خلال هذه الدراسة قصور التشريع الجزائري في تنظيم ووضع الضوابط القانونية والضمانات التي تتلاءم ونمط التعاقد الالكتروني الحديث. ورغم سن المشرع لبعض القوانين و النصوص التي تمس بشكل أو بآخر أحد جوانب التجارة الالكترونية، غير أن منظومتنا التشريعية لا زالت لم تتوافق مع القوانين العالمية، فغياب الإطار التشريعي يعد عقبة أمام تسهيل التعاملات الالكترونية، وهو ما يبرر التطبيقات المحتشمة للتجارة الالكترونية في الجزائر .

إن ما أفرزه التعاقد الالكتروني من مخاطر يتطلب تدابير و جهودا قانونية موازية للإحاطة بما ينتج عنه من إشكالات قانونية، وإستبعاد أو إعادة النظر في المفاهيم القانونية التي إستقرت منذ مدة ليست بالقصيرة، وبالتالي وضع نظام قانوني لمختلف جوانب التعاملات الالكترونية.

إن كل ما سبق ذكره يجعل من الأجدر تدخل المشرع الجزائري ضمن قانون حماية المستهلك أو بموجب قوانين مستقلة بسن نصوص صريحة تنظم التعاقد الالكتروني، وذلك بهدف توفير ضمانات أكثر فاعلية لحماية المستهلك الذي يمثل الحلقة الأضعف في ظل سلسلة العقود النموذجية المعدة مسبقا لا تقبل المناقشة في عالم رقمي افتراضي، وهذا حتى يسود الإئتمان في المعاملات التجارية الالكترونية التي إتسعت دائرة تدأولها وانتشارها مقترنة بدعاية كبيرة مصاحبة لها أصبحت تشكل ضغطا وحثا على الشراء.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا- باللغة العربية:

أ) المـــراجع العامـــــة:

1. **ابراهيم سيد أحمد**، عقود الاذعان فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، 2010
2. **ابراهيم عبد العزيز دأود**، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليليلية مقارنة في ضوء نظرتي عقود الاذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2014
3. **احمد السعيد الزقرد**،عقد البيع،المكتبة العصرية،مصر، الطبعةالأولى،2010
4. **أحمد محمد علي دأود**، أحكام العقد في الفقه الاسلامي والقانون المدني،الجزء الثاني والثالث،دار الثقافة، بدون طبعة، الاردن،2011
5. **أشرف محمد رزق قايد**، حماية المستهلك، دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، مركز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، 2016
6. **برحماني محفوظ**، الضريبة العقارية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009
7. **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول التصرف القانوني، العقد والارادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة،2004
8. **بلحاج العربي**، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2011

9. **بلحاج العربي**، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق اخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة،دار هومه، الجزائر،2015

10. **بودالي محمد**، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006،

11. **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود دراسة مقارنة، دار الفجر، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007

12. **جابر محجوب علي**، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي ، دار النهضة العربية،مصر،1998

13. **حسن عبد الباسط جميعي**، عقد البيع، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007/2006،

14. **حسن عبد الرحمن قدوس**، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة نشر

15. **حمدي احمد سعد**، الالتزام بالافضاء بالصفة الخطرة للشيئ المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي،دار الكتب القانونية،مصر،2010

16. **خالد جمال أحمد**، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة،2003

17. **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2003

18. **رمضان محمد أبو السعود**، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2006،

19. **رمضان محمد أبو السعود**، شرح أحكام القانون المدني العقود المسماة، البيع المقايضة،الايجار، التأمين، الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت،، 2010،

20. **زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه،الجزائر،2005،

21. **زاهية حورية سي يوسف**، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية، دار هومه، الجزائر،2012،

22. **سعيد سليمان جبر**، العقود المسماة (البيع والايجار)،دار النهضة العربية، الطبعة الأولى،القاهرة،2007

23. **سمير عبد السيد تناغو**، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية،2009 ،

24. **شهيدة قادة**، المسؤولية المدنية للمنتج، د راسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004

25. **طاهري حسين**، المنازعات الضريبية، شرح قانون الاجراءات الجبائية، القانون رقم 01-21 المؤرخ في 7 شوال عام 1422 الموافق ل 22 ديسمبر 2001 مع التعديلات المدخلة عليه بموجب قانون المالية 2007، دار الخلدونية ن الطبعة الثانية، الجزائر، 2007،

26. **عابد فايد عبد الفتاح فايد**، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة في ضوء قواعد حماية المستهلك، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،مصر، 2010

27. **عامر قاسم أحمد القيسي**، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الاردن، الطبعة الأولى،2002،

28. **عبد الرزاق احمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقيقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2009

29. **عبد القادر أقصاصي**، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2010،

30. **عبد المنعم موسى ابراهيم**، حماية المستهلك دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت،2007

31. عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم، عقد التأمين حقيقته ومشروعيته دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2003

32. **عبد الوهاب عرفه**، فسخ العقد انفساخ العقد تفاسخ العقد، دار المجد، مصر، دون سنة نشر

33. **علي سيد حسين**، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية،مصر،1990.

34. **علي علي سليمان** النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،،الجزائر، الطبعة السابعة،2006

35. **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك منشأة المعارف الاسكندرية،2008،

36. **فرحة زرأوي صالح**، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، حقوق الملكية الادبية والفنية، ابن خلدون، الجزائر،2006

37. **فرحة زرأوي صالح**،الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر–الحرفي –الأنشطة التجارية المنظمة – السجل التجاري،ابن خلدون،الطبعة الثانية،وهران،

38. **فيليب ديبليك و ميشال جرمان**، المطول في القانون التجاري، الجزء الثاني، الأسناد التجارية المصارف والبورصات العقود التجارية الأصول الجماعية، ترجمة علي مقلد، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2008،

39. **محمد أحمد عابدين**، زوال العقد، منشأة المعرف، الاسكدرية،2013

40. **محمد حسن قاسم**، الوسيط في عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية و التشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2011

41. **محمد حسنين**، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006

42. **محمد صبري السعدي** ، الواضح في شرح القانو ن المدني،عقد البيع والمقايضة، درسة مقارنة في القوانين العربية،دار الهدى، عين مليلة،2008،

43. **محمد صبري السعدي** ، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام،دراسة مقارنة في القوانين العربية،دار الهدى، الجزائر ، 2010

44. **محمود عبد الرحيم الديب**، الحماية المدنية للمستهلك دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2011

45. **مصطفى أحمد أبو عمرو**، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول (دراسة مقارنة)، مطبعة جامعة طنطا، 2012

46. **ممدوح محمد علي مبروك**، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة،2008

47. 1**ممدوح محمد علي مبروك**، الالتزام بصيانة الشيئ المبيع دراسة مقارنة بين القانون المدني (المصري والفرنسي) والفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة،2003

48. **نادية فوضيل**، الأوراق التجارية في القانون الجزائري،دارهومه، الطبعة الثالثة عشر،2011

49. **هلدير أسعد أحمد**، نظرية الغش في العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، دار الثقافة، الاردن، 2011.
50. **وليد صلاح مرسى رمضان**،القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الاسلامي والقانون المدني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009،

ب)- المراجع المتخصصة:

1. **ابراهيم الدسوقي ابو الليل**، ابرام العقد الالكتروني في ضوء القانون الاماراتي والقانون المقارن، الدليل الإلكتروني للقانون العربي،ص60،http://.arablawinfo.comً
2. **أبو الخير عبد الونيس الخويلدى**، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006،
3. **إسلام هاشم عبد المقصود سعد**، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الاسلامي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014
4. **أشرف محمد مصطفى أبو حسين**، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقه الاسلامي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009
5. **إلياس ناصيف**، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009،
6. **أمينة أحمد محمد أحمد**، حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،2016
7. **إيمان مأمون سليمان**، إبرام العقد الالكتروني وإثباته،، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008
8. **أيمن عبد الحفيظ**،حماية بطاقات الدفع الالكتروني، مطابع الشرطة،مصر،2007،

9. **محمد فواز محمد المطالقة**، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، أركانه،إثباته،القانون الواجب التطبيق، حمايته، التشفير، التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة،دار الثقافة،الاردن، الطبعة الأولى،2008

10. **بشار طلال المومني**، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتاب الحديث، الاردن،2004

11. **بشار محمود دويدن**، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة، عمان، الاردن الطبعة الأولى، 2006،

12. **حمودي ناصر**، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة،الطبعة الأولى،الاردن،2012

13. **خالد ممدوح ابراهيم**، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكند خالد ممدوح ابراهيم،أمن المستهلك الالكترونية،، الدار الجامعية، الاسكندرية 2008،

14. **سامح عبد الواحد التهامي**، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،مصر، 2008

15. **سامح عبد الواحد التهامي**، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،مصر، 2008،

16. **سعيد السيد قنديل**، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية (الاشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية،2014

17. **صالح المنزلأوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية، سنة 208

18. **طاهر شوقي مؤمن**، عقد البيع الالكتروني، دار النهضة العربية، سنة 2008

19. **عبد الفتاح بيومي حجازي**، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الكتب القانونية، مصر 2008

20. **عبد الفتاح بيومي حجازي**، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008

21. **عبد الفتاح بيومي حجازي**،النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،الطبعة الأولى،2001

22. **عبد الفتاح محمود كيلاني**، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2011،

23. **عمر خالد الزريقات**،عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة تحليلية،دار الحامد،الطبعة الأولى، الأردن،2007

24. **قدري محمد محمود**، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 128،

25. **كوثر سعيد عدنان خالد**، حماية المستهلك الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر،2012.

26. **ماجد محمد سليمان أبا الخيل**، العقد الالكتروني، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 2009

27. **محمد أحمد عبد الحميد أحمد**، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والالكتروني، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2015

28. **محمد حسين منصور**، أحكام البيع القليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك،، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2006،

29. **محمد حسين منصور**، المسؤولية الالكترونية، دار الجا معة الجديدة، الاسكندرية، 20003،

30. **محمد سعيد احمد اسماعيل**، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة،منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى،، بيروت لبنان، 2009

31. **مصطفى أحمد أبو عمرو**، مجلس العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار جامعة الجديدة، الاسكندرية،2011

32. **مصطفى كمال طه و وائل أنور البندق**، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،الطبعة الأولى،2007

33. **مصطفى موسى العجارمة**، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر،2012،

34. **معوان مصطفى**، الاثبات في المعاملات الالكترونية في التشريعات الدولية،التوقيعات والبصمات الالكترونية، دار الكتاب الحديث، الطبعة 1، القاهرة، 2008

35. **موفق حماد عبد**، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة،مكتبة السنهوري، زين الحقوقية،الطبعة الأولى،2011

36. **ناهد فتحي الحموري**، الأوراق التجارية الالكترونية دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى،2009،

37. **نضال سليم برهم**،أحكام عقود التجارة الالكترونية،دار الثقافة، الاردن، الطبعة الثالثة،2010

38. **هادي مسلم يونس البشكاني**، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية،مصر،2009،

39. **وجدى شفيق فرج**، المسؤولية المدنية والجنائية في بطاقات الإئتمان، يونيتد للإصدارات القانونية ، مصر،2010.

ج)- الأطروحات و الرسائل:

1- أطروحات الدكتوراه:

1. **أحمد شهاب ارغيب**، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2016
2. **أحمد عبدالله مفتاح**، النظام القانوني لمعاملات التجارة الالكترونية في ضوء تنازع القوانين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بنها، 2010
3. **امازوز لطيفة**، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، سنة2011
4. **بن جديد فتحي**، التزامات المتعاقدين في عقد البيع الالكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس،سيدي بلعباس،سنة 2014
5. **تغريد عبد الحميد ابو المكارم**، الالتزام بالاعلام في عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007
6. **تكليت زوينة**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولة، رسالة ماجستير، جامعة موملود معمري تيزي وزو، 2011.
7. **جلال مسعد**، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية،،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012
8. **جمال محمود عبد العزيز**، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997/1996
9. **حامق ذهبية**، الالتزام بالاعلام في العقود، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بخدة،2009/2008

10. **حساني علي**، الاطار القانوني للإلتزام بضمان في المنتوجات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011

11. **حوالف عبد الصمد**، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015

12. **حوحو يمينة**، عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر،2012،

13. خليفي مريم، الرهانات القانونية للتجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه،جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011

14. **درماش بن عزوز**، التوازن العقدي، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013

15. **سعدي فتيحة**، ضمان عيوب المبيع الخفية في القانون المدني الجزائري مقارنا، اطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران،2012/2011،

16. **سيد محمد سيد شعرأوي**، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الالكترونية،أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة عين شمس،2000

17. **شبة سفيان**، عقد البيع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2012-2011

18. **شهيدة قادة**، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2005/2004.

19. **عمرعبد الفتاح علي يونس**،جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،2008

20. **عمرو محمد المارية**، عقد البيع الالكتروني، أحكامه واثاره، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية ،2014

21. **محمد أحمد المعدأوى عبد ربه**، المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات الخطرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر ،2010

22. **محمد مولود غزيل**، معوقات تطبيق التجارة الالكترونية في الجزائر وسبل معالجتها، أطروحة دكتوراه،كلية العلوم الاقتصادية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010

23. **مختور دليلة**، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015،

24. **معزوز دليلة**،الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ،2014

25. **نهله أحمد فوزي أحمد محمد**، الالتزام بضمان السلامة في المجال البيئي، دراسة في إطار قواعد المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر ،2012

26. **ولد عمر طيب**، النظام القانوني لتعويض الاضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2010/2009

2- مذكرات الماجستير:

1. **بن مغنية محمد**، حق المستهلك في الاعلام، مذكرة ماجستير ،كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005

2. **بولفول هارون**، التجارة الالكترونية وضرورة اعتمادها في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ، جامعة بن يوسف بخدة الجزائر،2009
3. **جرعود الياقوت**، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002/2001
4. **خلوي نصيرة**، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2013
5. **عليان عدة**،الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيئ المبيع، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2009/2008
6. **غدوشي نعيمة**، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012
7. **المر سهام**، التزام المنتج بالسلامة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2009/2008
8. **واقد يوسف**، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو،2011

المقـــــالات:

1. أحمد جمال الدين موسى، النقود الالكترونية وتأثيرها على دور المصارف المركزية في ادارة السياسة النقدية، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية،العدد التاسع والعشرون، كلية الحقوق جامعة المنصورة، دار الفكر والقانون،2001
2. أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الامارات العربية المتحدة، العدد الاربعون،

3. أغليس بوزيد، منازعات الشيك في القانون الجزائري، دراسة تحليلية على ضوء القانون التجاري وقانون العقوبات، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، المجلد 5، عدد1، 2012
4. أكرم فاضل سعيد و طالب محمد جواد عباس، خصوصية الوسائط الالكترونية في ابرام عقود بيوع البضائع الدولية، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد 12، العدد 01،2010، ص 109
5. أكرم محمود حسن البدو و ايمان محمد ظهر، الالتزام بالافضاء وسيلة للإلتزام بالسلامة، مقال منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 01 سنة 2005،عدد 23، ص40
6. ألاء يعقوب يوسف، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد 8،العدد14،2005،ص 75
7. أمازوز لطيفة، التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للإلتزام بالاعلام، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد...،السنة....،ص 88
8. أيمن مساعدة وعلاء خصأونة، خيار المستهلك بالرجوع في البيوع المنزلية وبيوع المسافة، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون،العدد السادس والاربعون، كلية الحقوق جامعة اليرموك، الاردن،2011
9. براهيم عماري، إعلام البائع (المنتج أو الموزع) بالوسائل الحديثة وموقف الفقه الاسلامي منها، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، شلف، العدد الخامس، 2001، ص35.
10. بردال سمير، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة القانون، معهد الحقوق والعلوم القانونية المركز الجامعي غليزان، العدد 2،2010

11. بلقاسم فتيحة، أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك، مقال منشور في مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، الصادرة عن مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد 02،2009،ص ص 77 78

12. بن جديد فتحي،.....مقال منشور في مجلة القانون الصادرة عن معهد العوم القانونية والادارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، العدد الرابع،سنة2014،ص ص 94 95

13. بوعزة ديدن، الالتزام بالاعلام في عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، جزء 41، عدد 1، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004، ص ص 127 129

14. تشوار جيلالي، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الاسرية، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2009، العدد3، ص302

15. جودت هندي، الالتزام بالمطابقة وبضمان ادعاء الغير حسب نصوص اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، مقال منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28 سنة 2012، العدد الأول، ص 123

16. حسين محمد الماحي، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد الحادي والثلاثون،2002،ص 323

17. حوالف عبد الصمد، بطاقات الدفع الالكتروني كادوات دفع حديثة، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد التاسع،2013،

18. خالد شويرب، مفهوم وأهمية التجارة الالكترونية، مقال منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر، 2012، العدد 21

19. ديدن بوعزة، عرض الدواء للتدأول في السوق في قانون الاستهلاك، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008 العدد الثالث،

20. رايس محمد، مدى أثر مبدأ النظام العام والاداب الحميدة على العقد المدني، مقال منشور في مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الاساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، العدد 5، ص 35.

21. زعبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مقال منشور في مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة.....

22. سامي عبد الباقي أبوصالح،الوفاء الالكتروني بالديون الناشئة عن المعاملات التجارية، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، العدد الثالث والعشرون، جامعة القاهرة،2006

23. سليمان براك دايح، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، مجلد 8، العدد 14، 2005، ص 190

24. الشريف بحمأوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مقال منشور في مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، العددالثاني،2014، ص 109

25. شوقي بناسي، من سلبيات القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2008،العدد 02،ص 29

26. طارق كاظم عجيل، أحكام الأهلية في المعاملات الالكترونية، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين،2009، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني السنوي الأول، ص 113

27. طارق كاظم عجيل، مدى ضمان العيب الخفي في عقود المعلوماتية، مقال منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، سنة 2009، العدد 39، ص 261

28. طالب حسن موسى، الماهية القانونية للتجارة الالكترونية، مقال منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، عدد خاص بالمؤتمر القانوني الوطني العشر، 2013،ص 38

29. طالب محمد جواد عباس و أكرم فاضل سعيد، حماية المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية، مقال منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني السنوي الأول، 2009، ص235.

30. عادل علي المانع، اشكالية الحماية الجنائية لملكية المعطيات المعالجة اليا، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد التاسع والعشرون 2001

31. عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة جامعة النجاح للابحاث (العلوم الانسانية) المجلد 27(1)2013،ص 8.

32. عبد الهادي علي النجار، تغير قيمة النقود في الفكر المعاصر وفي الحضارة الاسلامية، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، كلية الحقوق جامعة المنصورة، العدد التاسع والعشرون، 2001،

33. عزري الزين، حماية المستهلك من خلال أحكام الضمان في عقد البيع المدني، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق جامعة بلعباس، عدد خاص 2005

34. عقيل فاضل حمد الدهان وغني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالاعلام في العقد الالكتروني، مقال منشور في مجلة أهل البيت، كلية القانون، جامعة البصرة، العدد الخامس، ص 208

35. علي أحمد صالح المهدأوي، أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الالكتروني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، العدد الثاني والاربعون

36. علي مراح، القانون في عصر تكنولوجيات الاتصال الحديثة، النظام القانوني للكمبيوتر، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، العدد 04

37. عليان عدة، مدى مسؤولية المنتج عن الاضرار الناشئة عن مخاطر التطور العلمي، مقال منشور في مجلة القانون، معهد الحقوق والعلوم القانونية المركز الجامعي غليزان، العدد 2،2010

38. قرواش رضوان، مطابقة المنتوجات والخدمات للمواصفات التقنية والمقاييس القانونية كضمانة لحماية المستهلك في القانون الجزائري، مقال منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الخامسة، المجلد 09، 2014، عدد01،ص ص 235 236

39. كريم كريمة، سبل حماية المستهلك أثناء ابرامه العقد الالكتروني، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، العددالتاسع،2012

40. كريم كريمة، مدى كفاية قواعد القانون المدني لحماية المستهلك الالكتروني،مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص 2005

41. كريم كريمة، وسائل الدفع المستحدثة بموجب قانون 05-02 المعدل للقانون التجاري الجزائري، مقال منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية،العدد العاشر،جامعة سيدي بلعباس،2013

42. محرز نور الدين، جاهزية البنوك الجزائرية لتطوير جوة الخدمات المصرفية الالكترونية، مقال منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر، 2013،العدد23

43. محمد بعجي، وجوب التزام المتدخل بضمان حماية المستهلك، مقال منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر، 2013، العدد 23

44. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الاشارة لقواعد القانون الأوربي، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الثاني 2003

45. محمد عدنان باقر، قواعد الاخلاق في تحديد مضمون العقد، مقال منشور في مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد 22، العدد الرابع، 2014،ص 782

46. محمودي فاطمة، الاثار المترتبة عن المسؤولية المدنية للمنتج، مقال منشور في مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، مخبر القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، 2009، العدد 2

47. منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم،العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني،دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،العدد الثاني، المجلد الرابع، كلية القانون جامعة بابل، العراق،2012

48. منصور مجاجي، الضمان كالية لتجسيد الحماية المستدامة للمستهلك في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة الدكتور يحي فارس، 2014، العدد 08، الجزء 02

49. مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مقال منشور في مجلة المفكر، العدد العاشر،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، ص417

50. ناصر

خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونيا عن بعد، مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد التاسع، العدد الأول، 2009

51. ناصر مراد، تشخيص ظاهرة العولمة، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 العدد 04

52. هادف حيزية، نجاح وسائل الدفع الالكتروني والتحول الجوهري الى عمليات التفاعل مع التجارة الالكترونية : استعراض لتجارب بعض الدول الأوروبية، مقال منشور في مجلة البحوث والدراسات العلمية، جامعة الدكتور يحيى فارس، المدية، 2014 العدد 08 الجزء 02 ص 281

53. ياخويا دريس، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الالكترونية، مقال منشور في مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، جامعة ادرار، العدد الأول، 2013،ص 73

54. يوسف شندي، أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد على تحديد لحظة ابرام العقد، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، 2010، العدد 43

المراجع باللغة الفرنسية

A-Ouvrages généraux :

1. BENABENT Alain, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux,7eme éd ,Montchrestien,2006
2. BENCHENEB Ali, Le droit algérien des contrats, Données fondamentales ,éd AJED ,2011
3. CALAIS Auloy, FRANK Steinmetz ,Droit de la consommation,4eme éd, Dalloz, Paris ,1996
4. DE LAENDER Marie-Hélène, FRANCK Petit , Droit des contrats ,3eme éd , Archétype82,Paris,2012
5. HEUZE Vincent, Traité des contrats , La vente internationale de marchandises ,éd,Delta,L.G.D.J.,Paris,2000
6. MALAURIE Philippe et AYNES Laurent et GAUTHIER Pierre Yves, droit civil , ,les contrats spéciaux, 2eme éd., L.G.D.J. Defénois, Paris,2005.

7. MALAURIE Philippe et AYNES Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe , Les obligations ,éd Deferénois ,Paris,2004
8. MAZEAUD Henri et Léon et MAZEAD Jean et CHABAS François ,Leçons de droit civil tome II , premier volume , Obligation , 9eme éd., Montchrestien -Delta, Paris , 1998
9. PIQUEREAU Thomas , Concurrence Consommation2013-2014, mémento pratique, éd Francis Lefebvre ,2012
10. SCHLECHTRIEM Petre, CLAUD Witz , Convention de vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises , Champ d'application , Formation du contrat ,effet de la vente ;droits et obligation des parties , inexécution et moyens, Dalloz,2008

B-Ouvrages spéciaux :

1. GAUTRAIS Vincent, Le contrat électronique international, encadrement juridique, Academia-bruylant 2 édit revue Belgique, 2002.
2. GHAZOUANI Chiheb, Le contrat de commerce électronique international, Latrch édition, Tunis,2011
3. LE TOURNEAU Philippe, Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 2em ed ,2002

C-Thèses de doctorat:

1. AL SHATTNAWI Sinan, Les condition générales de vente dans les contrats electroniques.en droit compare Franco –Jordanien , UNIVERSITE DE REIMS CHAMPAFNE-ARDENNE 2012
2. ALKHASAWNEH Ala'eldin , L'obligation d'information dans les contrats informatiques, étude comparative du droit français et droit jordanien , thèse pour obtenir le grade de doctorat en droit ,UNIVERSITE DE REIMS CHAMPAFNE-ARDENNE ,U F R DE DROIT ET ECONOMIE 2008

3. BRUNAEU Laurent, Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant. Thèse de doctorat, université des sciences sociales de Toulouse, 2005
4. MAHI-DISDET Djamila, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique ,Thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit de l'université d'Avignon ,2011
5. NAIMI CHARBONNIER marine, La formation et l'exécution du contrat électronique , thése pour le doctorat en droit , université panthéon –Assas ,Paris II, 2003
6. PEGLION –ZIKA Claire-Marie, La notion de clause abusive au sens de l'article.132-1 du code de la consommation, Thèse de doctorat en droit privé , université Panthéon-Assas,2013
7. QIN Liwei, L'interprétation du contrat : étude comparative en droits français et chinois ,Thèse de doctorat , université Panthéon – Assas,2012

النصوص القانونية:

1- القوانين و الأوامر:

1. 75-58 المؤرخ في 1978/06/26المتضمن القانون المدني
2. القانون 89-02 المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.
3. القانون رقم 89-12 المؤرخ في 05 يوليو 1989 المتعلق بالاسعار، ج ر عدد 29، الصادرة بتاريخ 19 يوليو 1989(ملغى)
4. الامر رقم 95-06 الالمؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة ج ر عدد 09 الصادرة بتاريخ 22 فبراير 1995 (ملغى)
5. الامر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المعدل والمتمم بمجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد 36 الصادرة بتاريخ 02 يوليو 2008

6. القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى لعام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 ج ر عدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 5 رمضان 1431 الموافق ل 15 أوت 2010 ج ر عدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.
7. القانون 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك.
8. القانون 04/09 المؤرخ في 2009/09/05 المتضمن القواعد الخاصة
9. القانون 03/15 المؤرخ في 02/01/ 2015 يتعلق بعصرنة العدالة
10.قانون 04/15 المؤرخ في 2015/02/01 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع الالكتروني.

2- المراسيم التنفيذية:

1. المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر، عدد 40 لسنة 1990
2. المرسوم التنفيذي 37/97 المؤرخ في 1997/11/10 المتعلق بوسم و عرض المواد المنزلية غير الغذائية.
3. المرسوم التنفيذي 495/05 المؤرخ في 2005/12/06 المتعلق بتقييد المطابقة
4. المرسوم التنفيذي 497/05 المؤرخ في 2005/12/10 المحدد لشروط مراقبة المنتوجات المستوردة.
5. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006 ج ر عدد 56 بتاريخ 11 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، معدل

بالمرسوم التنفيذي 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008 ج ر عدد 07 بتاريخ 10 فبراير 2008.

مواقع الانترنت:

1. www.justice.gov.fr
2. www.legiFrance.gov.com
3. www.arablaw.com
4. www.unicitral.org
5. www.europaeu.in/consuner/directives97.

الفهرس

الفهرس:

مقدمة: 01

الباب الأول: أحكام تنفيذ عقد البيع الالكتروني 09

الفصل الأول إلتزامات البائع في عقد البيع الالكتروني 11

المبحـــث الأول إلتـــــزام البائع بالتسليـــــــم في عقد البيع الالكتروني.....11

المطلب الأول كيفيةالتسليم 13

الفرع الأول أنواع التسليـــم 14

أولا : التسليم الفعلي 14

ثانيا: التسليم الحكمي 15

ثالثا: التسليم الإلكتروني 16

الفرع الثاني زمان ومكان التسليم 18

أولا : زمان التسليم.....19

ثانيا: تحديد مدة التسليم.....21

ثالثا:مكان التسليم.....24

الفرع الثالث خصوصية تسليم المبيع في العقد الالكتروني.....28

أولا : التسليم عبر شبكة الانترنت 29

ثالثا : التسليم اللامادي 32

الفرع الرابع نفقـــات التسليـــــــم.....34

المطلب الثاني مضمون الالتزام بالتسليم 36

الفرع الأول الالتزام بنقل الملكية 36

أولا : نقل ملكية المنقول المعين بنوعه وذاته.....37

ثانيا:انتقال الملكية في الاموال المعنوية.....40

الفرع الثاني الالتزام بصيانة الشيئ المبيع 42

أولا : تعريف الا لتزام بالصيانة وأهميته.....42

ثانيا:أساس الالتزام بالصيانة 44

ثالثا:شرو ط الالتزام بصيانة الشيئ المبيع.....46

1-أن يوجد خلل أو عطل في الشيئ المبيع : 46

2 ظهور الخلل أو العطل خلال فترة معينة :.....47

3 اعلام البائع بظهور الخلل أو العطل في الشيئ المبيع :.....47

رابعا: مضمون الالتزام بصيانة الشيئ المبيع.....48

1 الالتزام باعلام المشتري ونصيحته وتحذيره 48

2-الالتزام بعملية الاصلاح والفعالية في التنفيذ :.....49

الفرع الثالث جزاء الاخلال بالالتزام بالتسليم 50

أولا: التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم.....50

1التنفيذ العيني بواسطة البائع.....52

2التنفيذ على نفقة البائع.....54

ثانيا: طلب الفسخ.....55

المبحث الثاني الالتزام ضمان التعرض وضمان العيوب الخفية 60

المطلب الأول الالتزام بضمان التعرض 63

الفرع الأول ضمان التعرض الشخصي 65
أولا : انواع التعرض الشخصي: 66
1 التعرض المادي 66
2 التعرض القانوني: 67
ثانيا:خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي.....69
1.- عدم قابليته للتجزئة:.....69
2.- هو التزام مؤبد 69
3.- انتقال الالتزام بالضمان الى الورثة : 70
ثالثا : جزاء الإخلال بالالتزام بضمان التعرض الشخصي 71
الفرع االثاني ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير 72
أولا: شروط ضمان العرض الصادر من الغير 73
1.- ان يكون التعرض قانونيا : 73
2.- وقوع التعرض فعلا وحالا :.....74
3.- ان يكون الحق الذ ي يدعيه الغير سابقا على المبيع أو لاحقا له 74
ثانيا: جزاء اخلال البائع بضمان تعرض الغير.....76
المطلب الثاني التزام البائع بضمان العيوب الخفية.....78
الفرع الأول ماهية العيب الخفي.....80
الفرع الثاني شروط العيب الخفي.....84
أولا : ان يكون العيب قديما.....84

ثانيا : ان يكون العيب مؤثرا.....87
ثالثا: ان يكون العيب خفيا 89
رابعا : عدم علم المشتري بالعيب 91
الفرع الثالث أحكام ضمان العيوب الخفية 93
أولا :واجبات المشتري لحفظ حقه في الضمان.....94
ثانيا: حق المشتري في دعوى ضمان العيوب الخفية.....96
1.- حالة العيب الجسيم: 96
2 حالة العيب غير الجسيم : 97
الفصل الثانـــي التزامـات المشتـــري.....98
المبحث الأول التــزام المشتري بدفع الثمـــن 99
المطلب الأول مضمون الالتزام بالدفع الالكتروني.....100
الفرع الأول مفهوم الدفع الالكتروني 101
أولا : تعريف الدفع الالكتروني.....101
ثانيا: الطبيعة القانونية للدفع الالكتروني.....104
ثالثا :خصائص الدفع الالكتروني 106
1 يتسم الدفع الالكتروني بالطبيعة الدولية : 106
2 : تتضمن وسائل الدفع الالكتروني قدرا من الأمان.....107
3 خاصية عدم امكانية الرجوع في الوفاء:.....109
الفرع الثاني أحكام دفع الثمن 111

أولا : زمان ومكان تنفيذ الالتزام بالدفع..... 111
1 زمان تنفيذ الالتزام بالدفع : 111
2 مكان تنفيذ الالتزام بالدفع : 115
ثانيا : حق المشتري في حبس الثمن : 117
1.- حالات حق المشتري في حبس الثمن :..... 117
المطلب الثاني وسائل الدفع الالكتروني..... 120
الفرع الأول وسائل الدفع الالكتروني المطورة..... 121
أولا : التحويل البنكي الالكتروني..... 121
1 تعريف التحويل البنكي الالكتروني..... 122
2 كيفية التحويل البنكي الالكتروني :..... 125
ثانيا :الأوراق التجارية الإلكترونية 127
1 السفتجة الإلكترونية : 128
2 الشيك الإلكتروني :..... 131
الفرع الثاني وسائل الدفع الالكتروني المستحدثة 135
أولا : بطاقات الدفع الالكتروني 135
1 تعريف بطاقة الدفع 136
2.- العلاقات الناشئة عن بطاقات الدفع الالكتروني : 139
3 أنواع البطاقات البنكية 144
3.- مزايا بطاقات الدفع الالكتروني : 146

ثانيا النقود الالكترونية : 148

1 الطبيعة القانونية للنقود الالكترونية : 150

2.- أنواع النقود الالكترونية : 152

المبحث الثاني التزام المشتري بتسلم المبيع ودفع مصروفات وتكاليف المبيع 156

المطلب الأول التزام المشتري بتسلم المبيع 156

الفرع الأول مفهوم الالتزام بالتسلم 157

الفرع الثاني كيفية تنفيذ الالتزام بالتسلم 159

أولا : قيام المشتري بتمكين البائع من التسليم 159

ثانيا : سحب البضاعة 160

الفرع الثالث خصوصية تنفيذ الالتزام بالتسلم في عقد البيع الالكتروني 161

الفرع الرابع زمان ومكان تنفيذ الالتزام بالاستلام 163

الفرع الخامس التزام المشتري بنفقات تسلم المبيع 166

الفرع السادس جزاء اخلال المشتري بالتزامه بالتسلم 168

المطلب الثاني التزام المشتري بدفع مصروفات وتكاليف المبيع 170

القرع الأول مصروفات المبيع 170

الفرع الثاني تكاليـــف المبيـــــع 171

أولا : دفع الضريبة 172

ثانيا: دفـع فوائـد الثمـن 175

الباب الثاني: فعالية ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني 176

الفصل الأول الضمانات التقليدية لتنفيذ عقد البيع الالكتروني.....179
المبحث الأول مقأومة الشروط التعسفية في عقد البيع الالكتروني 180
المطلب الأول مفهوم الشروط التعسفية 181
الفرع الأول تعريف الشرط التعسفي 181
الفرع الثاني مدى اعتبار عقد البيع الالكتروني عقد اذعان.....189
أولا : مفهوم عقد الاذعان 190
ثانيا: مدى اعتبار عقد البيع الالكتروني عقد إذعان 193
المطلب الثاني الحماية من الشروط التعسفية.....198
الفرع الأول الحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية 198
أولا: الحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية في القانون الفرنسي 199
1-التحديد الإلزامي للشروط التعسفية : 199
2.-تحديد الشروط التعسفية عن طريق لجنة مقومة الشروط التعسفية : ...200
3-تحديد الشروط التعسفية عن طريق القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك: .204
ثانيا :الحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية في القانون الجزائري : 206
1-الحماية من الشروط التعسفية وفقا لأحكام القانون المدني :.....206
2الحماية ضد الشروط التعسفية وفق قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية : 207
3-الحماية ضد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06-306 : 210
الفرع الثاني الحماية ضد الشروط التعسفية عن طريق القضاء 212
المبحث الثاني الالتزام بضمان السلامة.....216

المطلب الأول مفهوم الالتزام بضمان السلامة 219
الفرع الأول تعريف الالتزام بضمان السلامة 219
الفرع الثاني أهمية الالتزام العام بالسلامة 222
أولا : الدور الوقائي للإلتزام بضمان السلامة..... 222
ثانيا : الدور العلاجي للإلتزام بضمان السلامة : 224
الفرع الثالث استقلالية مبدأ الالتزام العام بالسلامة عن غيره من الالتزامات التعاقدية 226
أولا استقلال الالتزام بضمان السلامة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية: ... 226
ثانيا: استقلال الالتزام بضمان السلامة عن الالتزام بالمطابقة: 228
الفرع الرابع طبيعة الالتزام بضمان السلامة..... 230
أولا الالتزام بضمان السلامة التزام ببذل عناية:..... 231
ثانيا: الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة :..... 233
ثالثا: الطبيعة الخاصة للإلتزام بضمان السلامة 237
الفرع الخامس شروط الالتزام بضمان السلامة 238
أولا : وجود خطر يهدد سلامة المتعاقد: 238
ثانيا: أن يكون احد المتعاقدين مهنيا 239
ثالثا : أن يكون أمر الحفاظ على سلامة المستهلك موكولا للطرف الاخر 240
المطلب الثاني مضمون الالتزام بضمان السلامة والمسؤولية الناشئة عنه في عقد البيع الالكتروني 241
الفرع الأول مضمون الالتزام بضمان السلامة 242

أولا : التزام المهني بضرورة توقع الحادث الضار.....242
ثانيا: التزام المهني بمنع الضرر أو التقليل منه.....243
الفرع الثاني المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة.....245
أولا :المسؤولية عن أخطار السلعة وتهديدها لصحة وسلامة المستهلك : ...245
ثانيا :المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة التي سببت ضررا لسلامة المستهلك 248
الفصل الثاني الضمانات الحديثة لتنفيذ عقد البيع الالكتروني 255
المبحث الأول الالتزام بالاعلام في عقد البيع الكتروني.....257
المطلب الأول مفهوم الالتزام بالإعلام في عقد البيع الالكتروني وأساسه القانوني 259
الفرع الأول مفهوم الالتزام بالاعلام الالكتروني 259
أولا: تعريف الالتزام بالاعلام.....261
ثانيا: طبيعة الالتزام بالإعلام 264
1 الإلتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة ؟.....265
2 الالتزام بالاعلام هو التزام عقدي ام التزام غير عقدي.....266
ثالثا: أهمية تقرير الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني.....268
الفرع الثاني الأساس القانوني للالتزام بالإعلام 273
أولا : الأساس التشريعي للإلتزام بالاعلام 274
ثانيا: الالتزام بالضمان كأساس للالتزام بالاعلام.....278
ثالثا : مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بتقديم المعلومات 279
المطلب الثاني مضمون الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني.....280

الفرع الأول شروط الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني..... 281
أولا : جهل المشتري بحقيقة المبيع 282
1.- الجهل المستند الى استحالة علم المشتري :..... 282
2.- الجهل المستند الى اعتبارات الثقة العقدية المشروعة..... 283
ثانيا: علم البائع ببيانات وأوصاف المبيع وبدى أهميتها بالنسبة للمشتري ... 285
1.-علم البائع ببيانات وأوصاف المبيع :..... 285
2.- معرفة البائع بأهمية المعلومات بالنسبة للمشتري :..... 286
الفرع الثاني نطاق الالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني 286
أولا : التحديد الجازم لشخصية البائع أو المورد 287
ثانيا : بيان الأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة..... 289
الفرع الثالث جزاء الاخلال بالالتزام بالاعلام في عقد البيع الالكتروني..... 292
أولا: حق المشتري في طلب الإبطال 293
ثانيا: حق المشتري في الفسخ..... 296
ثالثا:حق المشتري في طلب التعويض..... 297
المبحث الثاني حق المستهلك في العدول عن العقد..... 300
المطلب الأول مفهوم الحق في العدول 302
الفرع الأول تعريف الحق في الرجوع 303
الفرع الثاني تمييز حق العدول عن الأنظمة المشابهة له..... 306
أولا : العدول عن العقد والبطلان 306

ثانيا:العدول عن العقد والابطال : 307

ثالثا: العدول عن العقد والفسخ : 309

الفرع الثاني مبررات الحق في العدول 310

الفرع الثالث الطبيعة القانونية لحق العدول..... 314

أولا.- خيار العدول حق شخصي : 315

ثانيا.- خيار العدول حق عيني :..... 316

ثالثا: خيار العدول رخصة قانونية : 317

رابعا.- خيار العدول هو حق ارادي محض : 318

الفرع الرابع الأساس القانوني للحق في العدول عن التعاقد 319

المطلب الثاني أحكام الحق في العدول واثاره 323

الفرع الأول أحكام الحق في العدول 323

أولا :نطاق الحق في العدول 323

1: عقود لا يطبق فيها الحق في الرجوع الا بإتفاق الأطراف..... 325

.-2 عقود مستثناة من تطبيق الحق في العدول..... 329

ثانيا :مهلة ممارسة الحق في العدول عن العقد..... 331

ثالثا: كيفية ممارسة الحق في العدول عن العقد: 334

الفرع الثاني اثار الحق في العدول عن العقد 337

أولا : التزام التاجر برد الثمن للمستهلك 337

ثانيا : اثار العدول بالنسبة للمستهلك..... 339

ثالثا: زوال عقد القرض المبرم تمويلا للعقد الذي تم الرجوع فيه: 341
المبحث الثالث الالتزام بضمان المطابقة 342
المطلب الأول مفهوم المطابقة 344
الفرع الأول تعريف الالتزام بضمان المطابقة: 344
الفرع الثاني أساس الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الالكتروني 347
أولا :الأسس التشريعية للإلتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الالكتروني : 347
ثانيا:الأسس العقدية لحق المشتري في في المطابقة في عقد البيع الالكتروني
..... 350
الفرع الثالث مضمون المطابقة 354
أولا : المطابقة الوصفية 354
1: حالة وجود اتفاق خاص على مواصفات المبيع 355
2.- حالة عدم وجود اتفاق خاص على مواصفات المبيع 358
ثانيا:المطابقة الكمية 364
1.- مضمون المطابقة الكمية: 365
2 نطاق تطبيق الاحكام المتعلقة بالمطابقة الكمية : 370
المطلب الثاني المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالالتزام بالمطابقة 373
الفرع الأول شروط المسؤولية 373
أولا : أن يكون المبيع معيبا بعيب عدم المطابقة وقت التسليم..... 373
ثانيا : أن يقوم المشتري بفحص المبيع 375
ثالثا : اخطارالمشتري للبائع بعدم المطابقة 377

رابعا :عدم علم المشتري بعيب عدم المطابقة 379

الفرع الثاني جزاء الإخلال بالإلتزام بضمان المطابقة..... 380

أولا : التنفيذ العيني 381

ثانيا:الفسخ 382

ثالثا : الحق في الاستبدال..... 384

خاتمة..... 388

قائمة المراجع 394

الفهرس: 419

ملخص:

ان التجارة الالكترونية أصبحت حقيقة واقعية ، وهذا نظرا لما تحققه من مزايا تساعد على توفير الوقت والجهد والمال ، غير أن الطبيعة العالمية لشبكة الانترنت ، وعدم الاتصال المباشر بين البائع والمشتري، هي مخاطر تفرض ضورة حماية المشتري في عقد البيع الالكتروني خاصة في مرحلة التنفيذ ، وتتجسد تلك الحماية في إحاطة المشتري بضمانات قانونية إما تقليدية تتمثل في الحماية ضد الشروط التعسفية والالتزام بالسلامة ، و ضمانات مستحدثة تتمثل في الالتزام بالاعلام والحق في العدول والالتزام بالمطابقة.

كلمات مفتاحية : – عقد البيع الالكتروني– التنفيذ – المشتري – الانترنت – الضمانات .

Résumé :

Le commerce électronique est devenu une réalité, et cela est dû à la réalisation des avantages d'aider à gagner du temps, d'efforts et d'argent, mais la nature mondiale de l'Internet, et l'absence de contact direct entre l'acheteur et le vendeur, est le risque qui impose la nécessité de la protection d'acheteur dans le contrat électronique de vente, en particulier dans la phase d'exécution, cette protection consiste à entourer l'acheteur par des garanties juridiques soit traditionnelles sous forme de la protection contre les clauses arbitraires et l'obligation de sécurité, ou bien des garanties innovantes qui consiste l'obligation d'information et le droit de rétractation l'obligation de conformité.

Mot clé : Le contrat de vente électronique – exécution –L'acheteur l'internet – les garanties.

Abstract :

E-commerce has become a reality, and this is due to the realization of the benefits of helping to save time, effort and money, but the global nature of the Internet, and the absence of direct contact between the buyer and seller, is the risk that imposes the need for Buyer protection in the electronic contract of sale, particularly in the implementation phase, this protection is to surround the buyer by either traditional legal guarantees as protection against arbitrary clauses and the safety obligation, or innovative safeguards that is the obligation of information and the right of withdrawal from compliance.

Key words : Electronic sale contact-execution-Buyer-internet-guarantees.