جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق

إعداد الطالبة

بن غيدة إيناس

تحت إشراف:

أ.د/ بن مرزوق عبد القادر

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د/ رايس محمد أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان رئيسا

أ.د/بن مرزوق عبدالقادر أستاذ محاضر أ جامعة تلمسان مشرفا ومقررا

أ.د/ شهيدة قادة أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان مناقشا

السنة الجامعية : 2014–2015

شكوت إلى وكيع سوء حفظي

فأرشدني إلى ترك المعاصي

واخبرني بـأن العلـم نـــور

و نور الله لا يهـداه عاصـي

من ديوان الشافعي

رحمه الله

كلمة شكر و عرفان

الحمد لله و الشكر له حمدا يليق بجلاله و عظيم سلطانه الذي وفقني في انجاز هذا العمل المتواضع.

و عملا بالقول " من لا يشكر الناس لا يشكر الله" كان لزاما عليا و أدبا أن أتقدم بأسمى معاني الشكر و أخلص التقدير و الاحترام إلى أستاذي الفاضل بن مرزوق عبد القادر على تفضله وقبوله الإشراف على هذه المذكرة، والذي لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه القيمة ، كما أتقدم بالشكر الخالص والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تفضلوا بقراءة هذه الرسالة ومناقشتها فجزاهم الله خير الجزاء على ما بذلوه من جهد ووقت رغم أشغالهم الكثيرة فلهما مني خالص التقدير والاحترام.

دون أن انسي أن اشكر جميع أساتذتي الكرام في كلية الحقوق جامعة تلمسان، والى كل جهاز الجامعة وكل من ساهم في تكويننا.

كما أتقدم بالشكر و العرفان إلى كل من كان دليلي و مرشدي من قريب أو بعيد أو زودني و لو بمعلومة أو فكرة أو نصيحة في سبيل إثراء هذا العمل المتواضع.

إهـداء

إلى من كانوا نبراسا يضيء لي دروب العلم والمعرفة، و يدفعانني إلى سبر أغوار الحياة والبحث والمثابرة والاعتماد على النفس.

إلى.... نبراسي وسراجي، ودرب حياتي وقدوتي التي أخطو بها..... والدي الحبيب

إلى.... نبع الحنان والقلب الكبير و الحب الصادق والمربية الفاضلة.....أمي الحبيبة

فقد ربيتماني أحسن تربية، وأنرتما لي طريق العلم والمعرفة فأسال الله أن يبارك لكما وأن يحفظكما ويطيل في عمركما وأن يعينني على بركما

أبنائي إسلام وأنس أدامهم الله وحفظهم في دينهم ودنياهم.

أشقائي (نضال، فادي) و شقيقاتي (أميرة، منال).

إلى من كان لها الفضل الكبير في إتمام هذا البحث أختي العزيزة نوال

إلى من أعتبرها أما لأولادي سميرة جزاك الله كل خير

كل أقاربي وأصهاري

إلى أعز صديقاتي وأصدقائي : صورية، نجاة، سارة، عادل، ياسين، محمد، أكن لكم كل التقدير والاحترام

إلى..... كل من بنى لبنة في صرح العدالة والمساواة

اهدي هذا العمل المتواضع

إهداء خاص

إلى من جعله الله سكنا لي ، شريك حياتي ، ورفيق دربي

زوجي الحبيب، نعم المعين

أهديك هذا العمل المتواضع

الذي هو ثمرة جهدي والفضل فيه يعود لك ولنصائحك المتكررة والتشجيع المتواصل،

والرعاية الخاصة التي شملتني بها .

وانك لفي القلب كبير وعظيم.

فلهذا أشكرك وأقدرك ولك كل الحب والاحترام والتقدير

إلى زوجي الفاضل بلحول–.

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية:

ج: الجزء.

ج.ر: جريدة رسمية.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.س.ن: دون سنة نشر.

د.م.ن: دون مكان نشر.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ع: عدد.

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

ق.م: القانون المدني.

م.ق: مجلة قضائية.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

باللغة الفرنسية:

Art:article.

n:numéro.

p:page.

مقدمة

أدى ظهور النظرية التقليدية للالتزامات في حماية المستهلك، والتطور الحديث الحاصل في هذا العصر إلى صدور عدة قوانين وتشريعات خاصة بحماية المستهلك، الذي لم تفرد له التشريعات الحديثة أي تعريف ، إلا أن الفقه يرى أن له اتجاهان أولهما وسع في تعريف المستهلك وقد ساد هذا الاتجاه مع بداية ظهور الدعوة إلى حماية المستهلك، وتجسد في نداء الرئيس الأمريكي الأسبق KENNEDY من : "إن المستهلكين هم نحن جميعا".

ويعتبر على الأخص مستهلكا وفقا لهذا الاتجاه : كل شخص يتعاقد بغرض الإستهلاك أي بغرض اقتناء أو استعمال مال أو خدمة، ووفقا لهذا المفهوم فإن المستهلك يعتبر المحترف الذي يتصرف خارج مجال إختصاصه المهني، وذلك على أساس أن هذا المحترف غير المتخصص يظهر كذلك في الواقع ضعيفا مثله مثل المستهلك العادي [1].

أما الإتجاه الضيق فقد حصر مفهوم المستهلك بأنه الزبون غير المحترف للمؤسسة أو المشروع، فهو إما أن يكون شخص طبيعي أو اعتباري للقانون الخاص، والذي يقتني أو يستعمل الأموال والخدمات لغرض غير مهني، أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية[2].

وتجدر بنا الإشارة إلى أن مصطلح المستهلك يعتبر مصطلحا جديدا في التشريع الجزائري، حيث ظهر هذا المصطلح لأول مرة من خلال القانون رقم 02-89 الصادر في 07 فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة بحماية المستهلك وهذا بعدما كان المصطلح التقليدي السائد في القانون المدني هو لفظ المشتري، ومع ذلك فقد جاء تعريفه في المادة 2 فقرة 9 من المرسوم التنفيذي رقم90-39 والمتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش بأنه:" كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به"
وبإيراده لهذا التعريف يكون المشرع الجزائري قد خالف غالبية التشريعات التي تركت أمر التعريف للفقه والقضاء و بالتالي جنب الباحثين عناء البحث عن تعريف ملائم، وقيد القضاء بتعريفه السابق.

[1] انظر، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي،دار الكتاب الحديث،الجزائر، 2006،ص.22.
[2] محمد بودالي،المرجع السابق،ص.23.

وفي الحقيقة إن التطور التكنولوجي الحديث في مجال الاتصال والمعلوماتية ساهم بدرجة كبيرة في دخول الأجهزة الالكترونية في مجالات الحياة اليومية للأفراد والشركات، حيث يعتبر جهاز الحاسوب الوسيلة الحديثة في إبرام ما يعرف بالعقد الالكتروني هذا الأخير يرى الفقه بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصالات عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية فتتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل[1].

إلا أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا محددا للعقد الإلكتروني، وفي غياب ذلك فإنه ينبغي العودة إلى التعاريف التي جاء بها الفقه والقوانين المقارنة، ومع ذلك فإنه يمكن تطبيق القواعد العامة للعقود واعتبار العقد الإلكتروني من طائفة العقود غير المسماة.

كما أن العقود الإلكترونية ساهمت وبدرجة كبيرة في تطور ما يعرف بالتجارة الالكترونية والتي تعتبر وسيلة استعمال ملم يعني معاملات أبسط وأسرع وأقل تكلفة، من غير أن يلتقي الأطراف وجها لوجه، وقد عرفها آخرون بأنها شكل من أشكال التعاقد الإلكتروني التي يكون فيها التعامل إلكترونيا بدلا من التعاقد المادي المباشر[2] ، كما أن هذه الأخيرة وبما أنها قد أصبحت تتم عن طريق ما يعرف بشبكة الأنترنت فإن ذلك أثر تأثيرا كبيرا على النظام القانوني للعقود التقليدية ، فقد ظهر ما يسمى بالتسوق الإلكتروني عبر الحدود[3]، وما تبعه من إجراءات للوصول إلى التعاقد الإلكتروني الذي يشكل المستهلك أحد أطرافه الأساسية في كثير من الأحيان، إذ يعتبر المستهلك الحلقة الأضعف في العلاقة التعاقدية،لذلك فقد وجب إعطاؤه حماية خاصة لأن فكرة حمايته ترتبط بحماية حقوقه والتي هي في نفس الوقت الواجبات على المحترف ، وهو ما نص عليه في الميثاق الدولي لحقوق المستهلك[4] ، وهي ثمانية حقوق نلخصها في:

[1] انظر، أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، د.م.ن، 2000،ص.39.

[2] انظر،محاسن نسرين، انعقاد العقد الالكتروني، دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الالكترونية الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، 2004،ص.322.

[3] انظر، بدر أسامة احمد، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005 ،ص .21 .

[4] تمت المصادقة على الميثاق الدولي لحقوق المستهلك في شهر أفريل من عام 1985 لدى هيئة الأمم المتحدة.

حق السلامة، حق الاختيار، حق المعرفة، حق إبداء الرأي، حق التعويض، حق إشباع الحاجات الأساسية، حق التثقيف و حق الحياة في بيئة صحية.

ومن هنا بدأت الحاجة لحماية المستهلك في السوق الإلكترونية، فالثقة في السوق الإلكترونية هي أبرز ما يحتاج إليه المستهلك في سبيل تلبية حاجاته الشخصية، حيث أن الحماية القانونية للمستهلك سواء في مرحلة ما قبل التعاقد(المفاوضات)، أو في مرحلة إبرام العقد الالكتروني[1]، أو في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني ،تعتبر مهمة جدا خاصة وأن المستهلك وكما سبق لنا ذكره هو الطرف الضعيف في ذلك العقد، ففي تلك الحالة قد يحتاج إلى سلعة معينة بصورة ضرورية ، وبالتالي يخضع لشروط غير عادية ومجحفة بحقه فالشركة البائعة تكون هي الطرف القوي في هذا العقد في مقابل المستهلك[2].

وفي الحقيقة إن ظهور المستهلك تزامن مع تحرير الإقتصاد وانتهاج ما يعرف بإقتصاد السوق وترك المبادرة للأفراد في تحديد السلع والأسعار حسب ما يعرف بقانون العرض والطلب، ولقد أولت معظم دول العالم أهمية بالغة للمستهلك ولعل الدليل على هذا الاهتمام هو تخصيص يوم 15 مارس من كل سنة للإحتفال باليوم العالمي لحقوق المستهلك[3].

ولقد تفاقم ضعف المستهلك أكثر مع تحرير الاقتصاد العالمي، حيث أن التغييرات الجذرية التي شهدها العالم عموما والجزائر على وجه الخصوص ، في أواخر القرن الماضي استجابة منها للضغوطات الدولية التي فرضتها ميكانيزمات التوجه نحو اقتصاد السوق، وذلك خصوصا بعد توقيع الجزائر على اتفاق

[1] انظر، علاء محمود النواعير ، العقود الالكترونية، التراضي والتعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2014، ص. 43-44.

[2] بدر أسامة أحمد، المرجع السابق، ص.25.

[3] تم اختيار اليوم العالمي لحقوق المستهلك في 15 مارس تيمنا بإعلان الرئيس جون كندي في الكونجرس الأمريكي(15 مارس1962)والذي قال في كلمته الشهيرة ":إن المستهلكين هم الشريحة الكبيرة في العالم والتي تتأثر وتؤثر في السوق الاقتصادي إلا أن صوتها لا يزال غير مسموع"، وحينها أعلن عن ما يعرف بالحقوق الأربعة للمستهلك-:الحق في الأمان-الحق في المعلومة-الحق في الاختيار-الحق في التعويض وقد تطورت هذه الحقوق إلى ما يعرف في يومنا هذا بالحقوق الثمانية للمستهلك.

شراكة مع الإتحاد الأوربي ، وتقدم المفاوضات الخاصة بانضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة أجبر هذه الأخيرة على الإندماج في الإقتصاد العالمي[1].

كل هذه التحولات التي حصلت ، كان لها أثر كبير سواء بالإيجاب أو بالسلب على حقوق المستهلك، حيث أن أغلب التشريعات لم تخص هذا النوع من العقود بنصوص خاصة وتشريعات كفيلة تميز بين المحترف والمستهلك، وفي ظل غياب هذه النصوص القانونية فإنه يتم اللجوء في أغلب الحالات إلى النظرية العامة للالتزامات، محاولة بذلك تدارك العجز الناتج من التطور الذي نراه خاصة في معظم العقود الإلكترونية.

و لهذه الأسباب و غيرها حاولت معظم التشريعات و القوانين المقارنة و الصادرة بهذ ا الشأن تكريس مبدأ حماية المستهلك ، و يجب الإشارة إلى أن المخاطر التي يتعرض لها المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية يكون مصدرها التاجر الذي يمثل الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية ،فضلا على أن الدعاية و الإعلان في نطاق العقد الالكتروني بصفة خاصة،قد تلعب دورا في إيقاع المستهلك في غلط قد يدفعه إلى التعاقد[2].

إن إقرار القواعد القانونية الخاصة بحماية المستهلك يمثل التطبيق العملي من الناحية القانونية لحماية حقوق الإنسان طبقا للفلسفة السياسية و القانونية التي تسود النظم القانونية المعاصرة ، و هي الحماية التي أقرتها المواثيق و الإتفاقيات و الإعلانات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، فقد انتقلت العناية بهذه الحقوق من ميدان المبادئ الأخلاقية و النظريات الفلسفية إلى ميدان الممارسة الواقعية و أصبح العمل يجري على إنشاء الوسائل و الآليات القانونية اللازمة لتقرير هذه الحقوق و حمايتها ، و قد عكست هذه الحماية على المستوى الدولي ما اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها المرقم

[1] انظر، يوسف بوعيس،حماية المستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2013-2014، ص.09.

[2] انظر، محمد خليد قارة سليمان، تكوين عقد البيع الالكتروني ، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة وهران، 2010-2011، ص.07.

بـ (248/39) الصادر بتاريخ 1985/04/09 و الذي تضمن مبادئ توجيهية لحماية المستهلك في ثمانية مجالات قد سبق لنا ذكرها آنفا[1].

و إذا كانت فكرة إختلال التوازن في العلاقة ما بين التاجر المحترف و المستهلك و ضرورة إحاطة المستهلك بالحماية ليست بالفكرة الحديثة [2]، و لا قاصرة على عقود التجارة الالكترونية، إذ ينبغي إحاطة المستهلك بالحماية ، أيا كان العقد الذي يبرمه، ما دام الطرف المقابل له محترفا يتمتع بالخبرة و القدرة الإقتصادية ، إلا أن هذه الفكرة تبدو أكثر إلحاحا حينما يكون العقد الذي يبرمه المستهلك من عقود التجارة الإلكترونية لأن المستهلك هنا يبرم العقد مع محترف قد لا يعرفه و يعرف مكان وجوده كما أنه قد لا يستطيع التأكد من مواصفات محل العقد إلا بقدر من معلومات مما يضيف مبررات أخرى لحماية المستهلك.

و إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف في جوهرها عن صيغ التعامل القانونية الأخرى إلا من حيث الوسيلة التي تتم بها ،فهي تتم عبر وسيلة إلكترونية و من ثم فإن المسألة التي تثير الإشكال هي أن أغلب عقود التجارة الإلكترونية تتم بين مستهلك من جهة و بين محترف من جهة أخرى ، هذه العلاقة تكون غير متكافئة وهذا راجع إلى الأسباب التي ذكرناها آنفا ، وهو الأمر الذي يوجب إعادة التوازن بينهما.

ومن خلال عنوان مذكرتنا المتعلق بـ "الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية" تظهر أهمية البحث في هذا الموضوع و هي أنه موضوع جديد نسبيا، م ن حيث التعامل فيه على الواقع أو حتى من ناحية المراجع التي تكفلت به ، و حتى من الناحية التشريعية سواء على المستوى الأجنبي أو العربي و التشريع الجزائري، كما أن هذه الدراسة من شأنها إلقاء الضوء على أهمية المكانة التي يرتكز عليها المستهلك في العقود الإلكترونية حيث أنه لا يختلف عن غيره من المتعاقدين

[1] ارجع إلى الصفحة 04.

[2] انظر، محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص. 11.

خاصة و أنه الطرف الضعيف في العلاقة الإستهلاكية بصفة خاصة،و لهذا فقد وجب توفير حماية كبيرة فعالة له من طرف المشرع .

كما أن ضعف نوعية السلع والخدمات وارتفاع أسعارها هو ما يحفز للبحث ومحاولة الوصول إلى حلول وطرق قانونية، وذلك من خلال حماية المستهلك مدنيا عند تعاقده إلكترونيا، فالثقة والأمان أهم ما يحتاج إليه المستهلك.

و مما لا شك فيه أن ازدهار التجارة الإلكترونية و نموها إنما يتوقف على مدى وضوح النظام القانوني للتجارة الإلكترونية و قدرته على توفير الثقة للمتعاملين به بصفة عامة و للمستهلك بصفة خاصة فالتعاقد الإلكتروني هو ميدان تتعدد فيه وسائل الغش و الخداع لذلك يجب حماية المستهلك في نطاق هذا التعاقد، لاسيما و إننا في الجزائر و دول العالم الثالث بشكل عام أطراف في عملية تبادل السلع و الخدمات و لو بصفة مستهلكين، و أن البحث في هذا الموضوع يقتضي منا تحديد الشخص المعني بالحماية و هو المستهلك و الطرف الآخر المقابل له و هو المحترف ،كما أن الأمر يقتضي تحديد مفهوم مبسط لعقود التجارة الإلكترونية و كذلك بيان مبررات الحماية في عقود هذه التجارة و أخيرا بيان كيفية المعالجة .

ومن مبررات حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية هو أن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه كليا أو جزئيا ، بوسيلة إلكترونية.، و تكون هذه الوسيلة إما كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين[1].

و إذا كانت العقود الإلكترونية لا تتسم كلها بالطابع التجاري وتأخذ طابع الإستهلاك كالعقود المبرمة بين الأفراد ممن لا يحترفون النشاط التجاري ، فهن الغالب في العقود التي تبرم عبر شبكة الأنترنت هو أنها عقود تجارية، فإذا كان العقد مبرما بين تاجر محترف و مستهلك فإن التساؤل

[1] هذا التعريف مأخوذ من المادة (2) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 .

هنا هو عما إذا كان المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية يتمتع بالحماية القانونية التي يتمتع بها المستهلك في عقود التجارة التقليدية ؟.

و مما لا شك فيه أن عقود التجارة الإلكترونية لا تخ تلف في جوهرها عن عقود التجارة التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي تتم بها ، و هي الوسيلة الإلكترونية ومن ثم فإن مبررات حماية المستهلك الإلكتروني تقوم على نفس الأسس التي تقوم عليها الحماية في عقود التجارة التقليدية ، ففي ضوء التقدم التكنولوجي و ما ترتب عليه من تنوع السلع و الخدمات و انتشارها ، أصبح الفرق شاسعا بين أطراف العقد من حيث القدرة و الخبرة و المعرفة لصالح المحترف على حساب المستهلك و قد يؤدي عدم التكافؤ هذا إلى إختلال التوازن في العلاقة بينهما حينما يتعسف المحترف و يستغل مركزه الأقوى مما يؤدي بإلحاق أضرار بالمستهلك ،فأساس هذه الحماية في العقود كافة و العقد الإلكتروني بصفة خاصة يكمن في حالة الضعف المسيطرة على المستهلك ، و من ثم يمكن القول أن هذه الحماية لا تهدف إلى حماية أحد الطرفين ضد تجاوزات الطرف القو ي، وإنما تهدف أيضا و بطريقة واضحة إلى حماية أحد المتعاقدين من نفسه[1].

كما أن البيئة الإلكترونية التي من خلالها يتم التعاقد تضيف مبررات أخرى لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية و ذلك لقصور القواعد العامة التي تحمي المستهلك في عقود التجارة التقليدية عن توفير الحماية الكافية للمستهلك الإلكتروني ، فالسمة البارزة للعقد الإلكتروني أنه يتم عن بعد، و ذلك بعد الحضور المادي لأطراف العقد و تلاقيهما حيث يعتمد على وجود الوسيط الإلكتروني، كما أن البيئة التي يجري من خلالها التعاقد هي بيئة مفتوحة عالميا ومتاح ة للجميع فالمستهلك الإلكتروني لا يجد أمامه إلا جهاز الحاسب الإلكتروني و موقع إلكتروني لتاجر قد يجهل هويته و مكانه، و قد لا يكون في ذات الموقع الجغرافي للمستهلك ،كما أنه لا يستطيع التأكد من مواصفات السلعة التي يروم الحصول عليها بل يعتمد فقط على مشاهدتها عبر شاشة الحاسب

[1] انظر، نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان ، منشاة المعارف، الاسكندرية،د.س.ن ، ص. 73.

الإلكتروني، و على ما يقدمه له المحترف من معلومات مما يجعله عرضة للتغرير به ، فضلا عما تقدم فإن التعاقد الإلكتروني يثير موضوع أمن المعلومات فقد يتطلب التعاقد أن يقدم المستهلك معلومات شخصية عنه كرقم بطاقة الإئتمان أو عنوان بريده الإلكتروني ، و يثير هذا إساءة استعمال هذه المعلومات من قبل التاجر الذي تقدم له أو استعماله بشكل لا يتفق مع إرادة المستهلك و هو ما يمثل انتهاكا لخصوصية المستهلك كما يذهب إلى ذلك جانب من الفقه[1].

و قد تعرضنا عند دراستنا لهذا الموضوع لعدة صعوبات من بينها:

- قلة المراجع التي لها علاقة عامة بالموضوع، و شبه إنعدام تلك التي تربطها علاقة مباشرة بالموضوع .
- عدم وجود قوانين خاصة تحكم الإستهلاك في المجال الإلكتروني و لذلك فقد تم اللجوء إلى قواعد عامة في العقود التقليدية و محاولة إسقاطها على المستهلك الإلكتروني .
- قلة المادة العلمية، و غياب رؤية دقيقة و واضحة خاصة من جانب القضاء الجزائري بخصوص حماية المستهلك في العقد الإلكتروني.
- قلة الإجتهادات القضائية الخاصة بحماية المستهلك عن طريق التعاقد الإلكتروني.

لكن مع ذلك تم تذليل هذه الصعوبات بالإجابة على إشكالية البحث والمتمثلة في:

هل تكفي القواعد التقليدية لتحقيق الهدف من أجل حماية قانونية للمستهلك في العقود الإلكترونية؟، و إن لم تكف فما هي الوسائل لتحقيق ذلك؟، وهل وقف المشرع الجزائري في تحقيقه الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الإلكترونية؟.

وللإجابة على هذا الإشكال سيكون موضوعنا" **الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية**" متبعين بذلك المنهج التحليلي والمنهج النقدي مع الإستعانة من حين لآخر

[1] انظر، طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة، د.د.ن، بيروت، 2001،ص.250.

بالمنهج المقارن لمعرفة نطاق هذه السلطة الحمائية، وضوابطها بالإضافة إلى نقد المشرع من خلال إبراز النقائص والثغرات الموجودة في القانون ، مع إعطاء الحلول قدر الإمكان إضافة إلى بعض الأمثلة عن بعض القوانين العربية والغربية.

كما أنه تم الإعتماد في هذا البحث على مراجع قانونية متنوعة، بما فيها الكتب والمقالات والدراسات والبحوث القانونية.

وعليه سنقسم هذا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني.

الفصل الثاني: حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني.

الفصل الأول

حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الالكتروني

أدى التطور و التقدم الهائل في مجال المعلوماتية و الاتصالات الالكترونية من خلال شبكة الانترنت إلى تزايد الضغوط على المستهلك [1] و ذلك فقط من اجل إغرائه للدخول في عالم التجارة الالكترونية وكذلك إقناعه بالتعاقد من خلال شبكة المعلومات الدولية، و لما كان المستهلكون هم السواد الأعظم في المجتمع فان الحاجة للحماية، و بصفة خاصة في مجال إبرام العقد الالكتروني حيث تشكل ضرورة ملحة و أهمية بالغة.

و قد أصبح المستهلك في ظل تزايد الإقبال على إبرام العقود و المعاملات الالكترونية عرضة للتلاعب بمصالحه و ضماناته ،إذ أن المهني في سبيل رغبته في تسويق منتجاته و توزيعها قد يسعى بوسائل غير مشروعة إلى تضليل المستهلك و خداعه عن طريق إبهامه بوجود مزايا غير حقيقية في تلك السلع أو عدم الاهتمام بتوفير متطلبات الأمن و السلامة في منتجاته.[2]

إن العقود الإلكترونية نظرا للميزة التي اتصفت بها من تعقيد و تركيب فإنها تتطلب لانعقادها ما يتطلبه أي عقد آخر من أركان و شروط، إذ تبدأ بمرحلة تمهيدية وتسمى بمرحلة المفاوضات (المبحث الأول) ولها أهمية بالغة وذلك لما يتحدد فيها من حقوق و التزامات على عاتق المتعاقدين والتي في أكثرها تقرر الحماية للطرف الضعيف، إذ أن التفاوض لم يعد وسيلة للنقاش و الجدل، و إنما أصبح أمرا لازما لإبرام مثل هذه العقود، كما حاول المشرع حماية المستهلك بعد مرحلة المفاوضات و ذلك أثناء إبرام العقد الالكتروني (المبحث الثاني):

---

[1] انظر، عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ، ص . 23.

[2] انظر،حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضى المستهلك في عقود الاستهلاك ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1996 ، ص.13.
كما أنه يمكن اعتبار المستهلك كل شخص يتعاقد من أجل الحصول على ما يلزمه من سلع و خدمات لاستخدامها في غير مجال نشاطه المهني ؛ خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 ، ص.24؛ يوسف بوعيس ، حماية المستهلك في العقود الالكترونية ، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بلقايد ، وهران ،2013 _2014 ، ص .22.

المبحث الأول

حماية المستهلك أثناء مرحلة المفاوضات

إن التفاوض الإلكتروني أصبح علما قائما بذاته له أصوله و قواعده، كما أنه يعتبر فن يحتاج إلى موهبة وخبرة و قدرات ذاتية للمفاوض كما أن الحماية المقررة للمستهلك في هذه المرحلة هي عبارة عن التزامات مفروضة على طرفي التفاوض وخاصة الطرف المحترف الذي بقيامه و باحترامه لالتزاماته يكون قد راع جانب الحماية المقررة للمتعاقد معه، لذلك سنتطرق بداية على مفهوم التفاوض (المطلب الأول) ثم ننتقل إلى سبل حماية المستهلك في مرحلة المفاوضات الالكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم التفاوض الإلكتروني

ينصرف هذا الوصف إلى التفاوض الذي يكون بصدد إبرام العقود بشكل إلكتروني، إذ تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل، بل وأكثرها خطورة على الإطلاق، حيث يتم في هذه المرحلة الإعداد والتحضير للعقد بما يقتضيه من جوانب قانونية وفنية ومالية لذلك لابد من تعريفه و بيان أهميته (الفرع الأول) ثم تبيان خصائصه و أشكاله (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تعريف التفاوض الإلكتروني وبيان أهميته

في الحقيقة إنه قبل أن نعرج للتطرق إلى خصائص و أشكال التفاوض الالكتروني لابد في البداية أن نقوم بتعريف التفاوض الالكتروني (البند الأول)، ثم نبرز مدى أهميته (البند الثاني).

البند الأول: تعريف التفاوض الالكتروني:

التفاوض في اللغة هو المساواة و المشاركة ، و في الاصطلاح هو العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات و تبادل وجهات النظر، و بذل العديد من المساعي بين الطرفين المتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة .

و ثمة تعريف آخر للتفاوض بأنه، قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والآراء والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة ما يضعانها بغية الوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحها[1].

وعرف التفاوض كذلك بأنه حوار أو تبادل مقترحات بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى حسم القضية النزاعية بينهم وفي الوقت نفسه تحقيق المصالح المشتركة فيما بينهم أو المحافظة عليها[2].

وهناك عدة تعاريف أخرى نسبها الفقه إلى العملية التفاوضية التي تتم بين شخصين أو أكثر قبل إبرام العقد.

---

[1] انظر، نادر احمد أبو شيخة، أصول التفاوض،دار المسيرة للنشر والتوزيع و الطباعة، عمان، 2010، ص.22.

[2] انظر، عبد الباسط حامد محمد، إبرام العقد عبر الانترنت،ط01، منشورات الحلبي الحقوقية،2010،ص.153.

إذ يعتبرها البعض كذلك اتصال شفوي يتم بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك عن طريق العمل أو على صيغة مشتركة بينهما[1].

كما تعددت المفاهيم الفقهية الخاصة حول التفاوض، إذ يرى البعض بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات و المكاتبات، والتقارير و الدراسات الفنية، بل و الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينه على مختلف الأشكال التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما قد ينتج عن الاتفاق من حقوق و التزامات لطرفيه[2].

أما المفاوضات الإلكترونية، فهي تتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات و تبادل الرسائل إلكترونيا، ويكون باستخدام البريد الإلكتروني Email عبر شبكة الإنترنت، أو عبرا لمحادثة عبر الإنترنت Chatting، إذ قد يرى البعض على اعتبار أن هذا النوع من التفاوض يجب أن يكون له اعتبارات قانونية خاصة وذلك باعتبار أنه جزء لا يتجزأ من العقد النهائي، واعتباره شرطا أساسيا لإبرام العقد[3].

كما أن التفاوض الإلكتروني يتضمن إعداد و بحث الشروط المختلفة للعقد النهائي وبلورتها في اتفاق نهائي، ومن ذلك فهو يعتبر عقد تمهيدي سابق للعقد النهائي.

و يجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري رغم تعديلاته المتعددة و التي مست القانون المدني في الكثير من مواده ، لم يهتم بمرحلة التفاوض، فقد أغفل تنظيم الالتزام قبل التعاقد، كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد ، تاركا الأمر بيد القضاء الذي ما زال يعتبر مرحلة

[1] أنظر ، عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، د.س.ن، ص.83 .

[2] أنظر ، بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 2006 ، ص.90.

[3] خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص . 206.

التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم[1]، لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني ، و لا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام[2] .

و ليس أمام المتفاوض المضرور من جراء عملية التفاوض ، سوى اللجوء إلى طريق المسؤولية التقصيرية في المادة 124 ق. م ، و هي مهمة صعبة و شاقة في الكثير من الحالات إذ قد يفشل الطرف المضرور في إثبات توافر عناصر هذه المسؤولية و خاصة إثبات الخطأ قبل التعاقدي اللازم لقيام المسؤولية المدنية قبل التعاقدية[3].

البند الثاني: أهمية التفاوض الالكتروني

جاءت مرحلة التفاوض لتضييق الصعوبات التي تتمثل في التعقيدات القانونية والفنية التي تقف أمام طرفين ، وذلك لحدها من المخاطر الجسيمة التي قد تواجه إتمامه وإبرامه فمن أساسيات العقود المبرمة عبر الانترنت القيام بمفاوضات عقدية التي تستغرق الوقت والجهد والتخصص في الدراسة للحد من الإشكالات القانونية التي من الممكن أن تظهر في المستقبل جراء عدم الالتزام بالعقد أو لحدوث جهل لدى احد أطراف العقد إذ تكون أهمية التفاوض في الحيوية التي يتم من خلالها الإعداد والتحضير لهذا العقد من خلال البحث في كافة الجوانب القانونية[4].

وللعملية التفاوضية أهمية كبيرة في عملية تفسير العقد ، و تبرز هذه الأهمية بشكل خاص في خانة العقود المبرمة عبر الانترنت ، فمن خلال عملية التفاوض تتم معرفة المقاصد الحقيقية للمتعاقدين في حالة غموض شروط أو بعض شروط العقد ، و هذه الأهمية ليست بحاجة إلى نص قانوني يدل عليها

[1] أنظر ، المحكمة العليا ، غ .م ، 2000/05/24 ، ملف رقم 223852 ، م .ق ، 2001 ، ع. 1 ، ص . 138.

[2] أنظر ، بلحاج العربي ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على ابرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر، د.م.ن ، 2010 ، ص.11.

[3] بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص.13.

[4] انظر ،محمد فواز للمطالعة، الوجير في عقود التجارة الالكترونية(اركان ،اثباتها)، دراسة مقارنة، ط03، دار الثقافة للنشر والتوزيع،د.م.ن،2011،ص.47.

لأنه لا يترتب عليها أي آثار قانونية إلا إذا اقترن العدول عنها بخطأ نتج عن عذر غير مقبول ، ففي مثل هذه الحالة يقوم القاضي بالاستئناس إلى المفاوضات كقرينة قضائية أو كظرف من الظروف الواقعة التي تحيط بالنزاع ،كذلك فإن للمفاوضات أهمية تتعلق بتحديد القانون الواجب للتطبيق على العقد ذو الطابع الدولي إذا ثار عند تطبيقه أي نزاع بين طرفيه[1].

الفرع الثاني

خصائص التفاوض الإلكتروني و أشكاله

يتميز التفاوض الالكتروني بعدة خصائص تفرده عن غيره من عمليات التفاوض (البند الأول) كما أن له عدة أشكال (البند الثاني).

البند الأول: خصائص التفاوض الالكتروني

من خصائص التفاوض الالكتروني أنه عقد حقيقي ، تمهيدي ، مؤقت.

أولا–عقد حقيقي:

يرى جانب من الفقه بأن التفاوض هو عقد و ليس مجرد عملية مادية، إذ يتم بتوافق إرادتين على إحداث أثر قانوني منه [2] إذ يتم التراضي بين الطرفين على الدخول في التفاوض، ويتحقق ذلك بتوجيه أحد المتعاقدين دعوة للتفاوض إلى الطرف الآخر وما يكون على الطرف الآخر إلا القبول

[1] أنظر، محمد علي الجواد، العقود الدولية، مفاوضاتها إبرامها تنفيذها، دار الثقافة للنشر و التوزيع، د.د.ن،د.م.ن، د.س.ن ، ص. 24-25؛ نسيمة درار ، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكتروني ، دراسة مقارن ،مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنين، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011-2012 ، ص. 17-18.

[2] أنظر ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج. 1 ، ط. 1 ، مكتبة الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص. 238.

بهذه الدعوة قبولا مطابقا، كما يشترط فيه أن كون كل متفاوض أهلا للتفاوض، والتعبير عن الإرادة هنا يكون بالوسيلة الإلكترونية المستعملة، أما محل التفاوض إنما يتمثل في محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائي، أما السبب فيتمثل في تحقيق كل متفاوض لمقصوده[1].

ثانيا–عقد تمهيدي:

إن الطابع التمهيدي لعقد التفاوض الإلكتروني ينشئ التزاما على عاتق كل طرف متفاوض وذلك على أساس أن عقد التفاوض ليس عقدا مقصودا في ذاته، وإنما يهدف إلى تمهيد الطريق أمام العقد النهائي وباعتباره كذلك فإنه لا يخول أيا من طرفيه حقا نهائيا له طبيعة مالية سواء كان حقا شخصيا أم عينيا، كما أنه لا يشتمل على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه لأن دوره يقتصر على مجرد المناقشة، وتبادل الآراء و تنظيم وسير المفاوضات دون التعرض لشروط العقد النهائي المراد إبرامه[2].

ثالثا–عقد مؤقت:

هو عقد مؤقت نظرا لأنه محدد زمنيا بفترة معينة تسمى بفترة التفاوض، يحددها الطرفان، وفي خلال هذه الفترة يتفاوض الطرفان عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، فإذا انتهت هذه المدة سواء تم التوصل إلى إبرام العقد النهائي أم فشل فإن كل أثر لعقد التفاوض يزول.

ـ بالإضافة إلى أنه عقد رضائي ملزم للجانبين – أي طرفا التفاوض– كما أنه عقد يبرم وينفذ بالكامل عبر شبكة الإنترنت ومن خلال وسيط إلكتروني، ودون حاجة إلى الخروج إلى العالم المادي الملموس[3].

[1] خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ، ص.232.
[2] خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ، ص .233.
[3] خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ، ص .234.

البند الثاني: أشكال التفاوض الالكتروني

أولا–التفاوض بين غائبين:

وهو أن يتم التفاوض بين الطرفين كل منهما في مكان مختلف، بحيث تفصل فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة (الإيجاب) من احدهما وعلم الآخر به، ويتم هذا التفاوض بواسطة رسول دون أن تثبت له النيابة أو من خلال تبادل البرقيات أو بواسطة التلكس أو الفاكس، وقد تتم العملية التفاوضية ما بين غائبين بصورة مختلطة بمعنى أن يتم جزء منها بشكل مباشر ما بين الطرفين والجزء الآخر يتم عن طريق تبادل النوايا.[1]

ثانيا– التفاوض بين حاضرين:

لا يجري التفاوض في فراغ، وإنما يتم في مكان معين في جميع الأحوال ، وبناءا على ذلك يتأثر التفاوض بعوامل البيئة التي تحيط به، والعملية التفاوضية قد تتم بطريق الاتصال المباشر ما بين المتفاوضين، بحيث لا تكون هنالك فترة زمنية تفصل بين صدور الكلام من أحدهما وعلم الآخر به وهذا التفاوض يتم بإحدى الطريقتين هما: أن يتحقق اجتماع الطرفين في مكان واحد، أو أن يكون هنالك اتصال مباشر بينهما تم عبر إحدى وسائل الاتصال الحديثة بالرغم من اختلاف مكان تواجد كل منهما، وهذا عل النحو التالي:

---

[1] خطابات أو رسائل النوايا هي عبارة عن اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي، يتعلق بتنظيم عملية التفاوض.ويسميها بعض الفقه باتفاقات التفاوض، حيث يرغب الأطراف من خلالها الحصول على امتياز تجاري، آو ائتمان دولي، أو إلزام العميل بضمانات فنية أو تقنية أو بعدم إفشاء الأسرار المتعلقة بالمفاوضات، أو عدم التفاوض مع أي مورد آخر وغيرها انظر للمزيد من التفاصيل:

Cf.Bqillod. les letters d'intention, R.T.D.com, 1992, p.547 ets (g.p)vertel.les lettres d'intention, Rev.banque, 1986, p.895 ets ; (G) penichin .la lettres d'intention, D.P.C.I , 1979, P.49

1 - **التفاوض وجها لوجه**: التفاوض وجها لوجه هو ذلك التفاوض الذي يجلس فيه الطرفان المتفاوضان وجها لوجه على طاولة مفاوضات واحدة قد تتخذ أشكالا عديدة، فقد تكون مستديرة أو مستطيلة أو أنها تتخذ أي شكل آخر، وأول ما يتفاوض عليه الطرفان يكون المكان الذي سيتفاوضان فيه ذلك لان المكان يلعب دورا مهما من حيث ما سيترتب من آثار ستؤثر بشكل ايجابي أو سلبي عل سير المفاوضات وما ستسفر عنه من نتائج وقد جرت العادة على بدء التفاوض في مكان احد الطرفين ثم الإنتقال إلى مكان الطرف الآخر لمواصلة العملية، أو يتم اختيار مكان محايد منذ البدء أو قد يتم الاتفاق على أي حل آخر،وقد تكمن أهمية التفاوض وجها لوجه في قدرة كل طرف متفاوض على التعرف على الطرف الآخر بشكل جيد و دقيق خاصة في حالة التفاوض مع الغرباء كذلك فان التفاوض وجها لوجه قد يكسر حدة الجمود الذي قد يلقي بضلاله على الأطراف المتفاوضة إذ لم يجر وفقا لهذا الشكل.[1]

2 -**التفاوض عبر وسائل الاتصال الحديثة:**

يتم هذا النوع من التفاوض بين طرفين موجودين في مكانين مختلفين عن طريق إحدى وسائل الاتصال المباشر (الفوري) التي تترك أثرا ماديا مكتوبا لإثبات التفاوض، وذلك بدلا من تحمل مشقة الانتقال والسفر والإقامة بعيدا عن ارض الوطن وما يستتبع ذلك من إضاعة للجهد والوقت والمال[2].

كذلك فان التفاوض عبر وسائل الاتصال الحديثة يجنب الطرفين الاختلاف على اختيار مكان وزمان التفاوض، فالتكنولوجيا الحديثة تجنبنا الكثير من الإشكاليات بتوفيرها وسائل للاتصال بالغة التقدم تعمل مباشرة بفضل الأقمار الصناعية والألياف البصرية، فقد تم ابتكار الهاتف المرئي والتلفاز والتلكس والفاكس وغيرها من وسائل اتصال أخرى وصولا إلى الانترنت التي ذاع استخدامها لدى الأعمال في كافة أنحاء العالم والتي أصبحت هي السائد في إطار التعامل التجاري الدولي[3] .

[1] انظر، بشار محمد دودين ومحمد يحي المحاسنة،الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2010، ص. 93-94.

[2] E-bay and square tradeمثال عن موقع للتفاوض:

[3] عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 85.

وإذا كان التفاوض الذي يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة يمتاز بالتطور الملحوظ للعملية التفاوضية وبالسرعة وقلة التكلفة، إلا أن ذلك لا ينفي عنه عيوبا عدة، لعل أهمها يتمثل في عدم التعرف بالقدر الكافي والمطلوب على الطرف الآخر، كما أن هذا التفاوض يمتاز بشيء من الرسمية و الجمود وأحيانا التوتر عند تبادل خطابات النوايا إضافة إلى أن المشكلة قد تطرأ بسبب الاختلاف في اللغة أو بسبب الإثبات أو الإثبات أو الاحتيال أو تنازع القوانين... الخ، وبناءا على ذلك ذهب البعض إلى القول إن التفاوض باستخدام ما توفره التكنولوجيا الحديثة من وسائل غالبا ما يتم في المعاملات البسيطة نسبيا أو بين الأطراف الذين يعرفون بعضهم بشكل كافي.

3-التفاوض عبر شبكة الانترنت:

إن التفاوض عبر شبكة الانترنت غالبا ما يعبر عنه بمصطلح التفاوض الالكتروني، وينصرف ذلك الوصف إما على التفاوض بصدد العقود التي ترد على محل الكتروني مثل عقود الخدمات والمعلومات الالكترونية وهي هنا شبكة الانترنت، وعلى أي حال شبكة الانترنت كما نعلم هي احد أهم وأشهر أنواع وسائل الاتصال الحديثة بل هي أكثرها استعمالا وانتشارا في أيامنا هذه، ولعل السبب وراء ذلك يعود إلى الخدمات المتعددة والضرورية اللازمة لمواكبة السرعة التي يمتاز بها العصر الذي نحيا به والتي تقدمها الشبكة للجمهور خصوصا فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية، ونتيجة لذلك ظهرت مهمة تتمثل في إمكانية إبرام العقود- خاصة الطابع المدني والتجاري- عبر الانترنت، فيتم عرض المنتجات من البضائع أو الخدمات مع بيان أو عدم بيان أسعارها عبر متجر افتراضي موجود في مركز تجاري على موقع عين على الشبكة.[1]

ومن هنا تبرز أهمية المفاوضات التي تسبق إبرام العقد، والتي لا تختلف عن تلك التي تجري وفقا للأوضاع العادية للتعاقد، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار انه يثبت للمفاوضات التي تجري عبر الانترنت أصبحت الآن من أكثر الحقول التي تنشط بها المفاوضات العقدية، وعليه فان التفاوض عبر

[1] أنظر،أسامة أبو الحسين مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع والطباعة، القاهرة، 2000، ص .18.

الانترنت يثار بشأنه ما يثار التفاوض الذي يتم عبر الوسائل الاتصال الحديثة من مشاكل قد تطرأ على المفاوضات كاختلاف اللغة أو الإثبات أو تنازل القوانين أو الاحتيال أو القرصنة أو أية مشاكل أخرى، سواءا كانت مشاكل تقنية أم مشاكل قانونية، فكما نعلم أن شبكة الانترنت شبكة دولية مفتوحة للجميع وهذا ما يعبر عنه بعالمية ظاهرة الانترنت.

المطلب الثاني:

سبل حماية المستهلك في مرحلة المفاوضات الإلكترونية

وكما تم القول سابقا، فإن مرحلة التفاوض تتم فيها مناقشة شروط العقد و تحديد الاحتياجات و المطالب، فإذا ما توصل الطرفان إلى اتفاق، نشا عن ذلك التزامات على عاتق طرفيه، ولكن القول بالالتزامات إنما هو لتحقيق للمساواة بين الطرفين. وبالأخص الالتزامات المفروضة على المتفاوض المهني المحترف، وذلك بقصد بلوغ حماية الطرف الضعيف و هو المستهلك.

وتتمثل الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني في مرحلة التفاوض من خلال عدة التزامات كالدخول في التفاوض بحسن نية(الفرع الأول) ،الالتزام بالإعلان(الفرع الثاني) والمحافظة على أسراره وعدم قطع المفاوضات (الفرع الثالث):

الفرع الأول

حماية المستهلك بالتزام المهني بالدخول في التفاوض بحسن نية

إن التزام المهني أثناء التفاوض هو التزام ببذل عناية فإذا ما ارتكب فعلا من شأنه أن يؤدي إلى فشل المفاوضات أو عرقلتها، فإنه يعد مخالفا لالتزامه المفروض عليه و الذي يتفق مع مقتضيات حسن النية.

– إذ استقر الفقه و القضاء على وجوب التزام المهني بالتفاوض بحسن نية و معنى ذلك،أن يتسم سلوك المتفاوض بالنزاهة والشرف والأمانة و الثقة، وأن يمتنع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها أو إتباع أسلوب المراوغة و الحيلة بغية الإضرار بالطرف الآخر .

– ويعتبر هذا الالتزام جوهري في هذه المرحلة كما أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام بتحقيق غاية أو نتيجة وليس ببـذل عناية، فمن صور هذا الالتزام الاستمرار في المفاوضات، واحترام الوقت المحدد لكل مرحلة محددة.

وتتفرع عن هذا الالتزام الأساسي، التزامات ثانوية يؤدي احترامها إلى ضمان حماية المستهلك أثناء مرحلة التفاوض وتتمثل فيما يلي:

البند الأول : حماية المستهلك الإلكتروني بالتعاون معه (الالتزام بالتعاون)

يعد التعاون بشكل عام احد مظاهر التفاعل الاجتماعي، ونمط من أنماط السلوك الإنساني وهو يتضمن قيام الأطراف بكل الأعمال الضرورية كي ينتفع بها الطرف الآخر[1].

و الإلتزام بالتعاون يفرضه الالتزام بحسن النية، إذ أن هذا الالتزام يظل قائما طيلة مرحلة المفاوضات رغم أنه التزام تبادلي يقع على عاتق الطرفين، إلا أن التزام المهني به يترتب عليه حماية أوفر من تلك التي يوفرها المستهلك لنفسه.

بالإضافة إلى ما تحتاج إليه أيضا العملية التفاوضية مثلا المواظبة على مواعيد التفاوض والجدية في مناقشة العروض المقدمة[2].

[1] انظر، شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية، ط01، منشورات دار دجلة، الأردن،د.س.ط، ص.394.

[2] انظر، مصطفى موسى العجارفة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص.265.

و في إطار التزامه بالتعاون فإنه يجب عليه توجيه العميل إلى مقدار التناسب بين السلعة أو الخدمة المطلوبة و تلك التي تكون مقدمة، ومقدار احتياج العميل إليها، وبيان خصائص وعيوب المنتوج أو الخدمة، وبفحص الآراء و الأفكار التي يقدمها كل متعاقد لآخر كما ينبغي تحديد أغراض و أهداف العميل من هذا العقد، حتى يعمل المورد للسلعة أو الخدمة على تحقيقها له.

وبقيام المهني بهذه التوجيهات، فإنه يكون قد أدى واجبه بالتعاون اللازم لإبرام هذا العقد، ومن ذلك توفر حماية للمستهلك الذي يهدف إلى إبرام العقد و مواصلة التفاوض.

البند الثاني : الالتزام بالنصح والتحذير

تتضح أهمية هذا الالتزام في العقود التي يكون فيها تفاوت الخبرة بنسبة كبيرة، إذ بمجرد نصح و تحذير المستهلك بكل ما من شأنه يحتاج إلى نصح، فإنه يوفر الحماية له
فهذا الالتزام إنما هو التزام مكمل للالتزام بالتبصر و الإعلام، إذ ينطبق بالدرجة الأولى على التعامل في الأشياء التي تنطوي على مخاطر تهدد أمن وسلامة الشخص سواء بطبيعتها أو بسبب دقة تشغيلها مثلا: أجهزة الحاسوب، التي يحتاج تشغيلها إلى خبرة فنية.

ويعتبر هذا الالتزام عام، ويتطابق مع كافة العقود التي تتم بالوسائل الالكترونية المبرمة عبر الانترنت وهو الأمر الذي يستوجب هنا بيان النصح والإرشاد الضروري لأي تعاقد يبرم من خلال هذه الشبكة للحفاظ على العلاقة العقدية وسلامتها من أي خلل في المستقبل، كما أن النصيحة والإرشاد تبين المقدرة اللازمة للتعاقد الذي سوف يبرم مستقبلا[1].

البند الثالث: الالتزام بالاعتدال و الجدية

[1] انظر، الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط01،منشورات الحلبي الحقوقية،2009،ص.73.

إن من أهم صور هذا الالتزام هو قيام الأطراف بمواصلة التفاوض، و الجدية في مناقشة آراء و أفكار المتفاوض الآخر و الاعتدال في تقديم العروض، إذ يجب أن لا يكون مبالغا فيها بالإضافة إلى عدم التشدد في اتخاذ الرأي إذ لابد من احترام الآراء و الأعراف السائدة في حالة توافقها و السعي لإنهاء المفاوضات في مواعيد مناسبة.

البند الرابع: حماية المستهلك بحظر إجراء مفاوضات موازية

ويقصد به أن المتفاوض يجب أن يلتزم بعدم إجراء التفاوض مع طرف ثالث ، و الهدف من ذلك أن يبقى التفاوض بين الطرفين فقط، وحتى يلتزم المتفاوض بهذا الالتزام لابد أن يكون هناك اتفاق مسبق على ذلك.

الفرع الثاني

حماية المستهلك بالالتزام بالإعلان

إن الإعلان الموجه للمستهلك عبر الانترنت ما هو إلا نتاج عقد أبرم بين طرفين، هما المعلن و وكالة الإعلان، ويعد من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر الانترنت، و هو من العقود المسماة.

و لقد أدرك المنتجون في مختلف الأقطار أهمية الإعلان و خاصة الإعلان التجاري بمعناه الحديث وذلك بالنظر إلى مقوماته الذاتية التي ترقى به إلى اعتباره من أهم وسائل إثارة الطلب على السلع و الخدمات في المرحلة التي يعمل أثره فيها خاصة المرحلة التي تسبق إبرام العقد، وذلك باعتباره وسيلة مناسبة يحصلون من خلالها الأفراد على معلومات و بيانات عن السلع و الخدمات التي كانت

خافية عنهم. ولهذا سنقوم بإعطاء مفهوم للإعلان التجاري (البند الأول)، ثم نتطرق إلى القواعد التي تحمي المستهلك من الإعلان الإلكتروني الخادع(البند الثاني):

البند الأول: تعريف الإعلان التجاري

الإعلان في اللغة من علن يعلن علونا و يعلن علنا و علانية فيما إذا شاع و ظهر، و أعلنه أي أظهره و جهر به[1].

فالإعلان هو إظهار الشيء أما في الاصطلاح فلم يتفق التشريع المقارن و لا الفقه على تعريف محدد للإعلان التجاري بسبب تعدد مجالاته و أنواعه و أهدافه، إلا أن هذه التعريفات تتفق في إعطاء معنى واسع للإعلان بحيث يشمل كل وسيلة تهدف إلى التأثير النفسي على المستهلكين تحقيقا لغايات تجارية[2].

و يجب الإشارة إلى أن القانون الفرنسي لم يعرف الإعلان التجاري ، لكن جاء تعريفه في المادة الثالثة من القانون رقم79-1150الصادر في1979/12/29، بشأن الحماية من اللافتات الإعلانية المعلقة على الجدران كما يلي: يعتبر إعلان كل نقش يهدف إلى إعلان الجمهور وجذب انتباهه سواء كان نقشا نموذجيا أو صورة[3].

أما التوجيه الأوروبي الصادر عام 1984 بقصد التقريب بين تشريعات دول الجماعة الأوروبية المشتركة، فقد عرف الإعلان بأنه " :أي شكل من أشكال الاتصالات تتم في مجال الأنشطة التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية وتهدف إلى تشجيع الإقبال على السلع والخدمات بما في ذلك العقارات والحقوق والالتزامات المرتبطة بها[4].

---

[1] انظر ، ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، القاهرة، دار الكتاب المصري، مطبعة المعارف،د.م.ن، د.س.ن، ص .3086.

[2] انظر، موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية د.س.ن، ص .32.

[3] خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق، ص .81.

[4] انظر، نصيرة خلوي، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

فقد تم تعريفه بالنظر إلى عناصره الرئيسية التي يتكون منها: وهو كل نشاط يعمل على عرض منتج أو خدمة ما للعامة بأي وسيلة من وسائل الإعلان، بطريقة مغرية و مثيرة لقاء أجر، وذلك بهدف جذب انتباههم إليه تحفيزا لهم على التعاقد من أجل تحقيق ربح مادي.[1]

ومن خلال التعريف نستنتج العناصر الجوهرية التالية:

- الهدف من الإعلان: وهو تقديم المنتجات وجذب الانتباه.
- وسيلة الإعلان: فما دمنا في إطار التعاقد عن طريق شبكات الاتصال وعن طرق الإنترنت فإن الوسيلة حتما تكون ممثلة في الوسيلة التي عن طريقها يتم التعاقد.
- البعد النفسي للرسالة الإعلانية: و يقصد من ذلك أن الإعلان وسيلة فنية يستخدمها المعلن للتأثير النفسي و الذهني على المستهلك بقصد تحفيزه على شراء المنتوج المعروض.

و تجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري هو الآخر أتى بتعريف للإعلان و ذلك من خلال القانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 [2] المتعلق بالممارسات التجارية إذ جاء في المادة 03 منه في فقرتها 3 تحت عنوان الإشهار بأنه:" كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج وبيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

و كذلك المادة 02 الفقرة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش بأنه : " جميع الاقتراحات أو الدعيات أو البيانات و العروض أو الإعلانات أو خدمة بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية"[3].

البند الثاني: قواعد حماية المستهلك من الإعلانات الإلكترونية الخادعة:

[1] انظر، صالح ناتل عبد الرحمان ، حماية المستهلك في التشريع الأردني، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1991،ص. 57.

[1] انظر ،القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، ع.41، الصادرة في 05 رمضان 1431 الموافق لـ 15 اوت 2010، ج.ر. ع 46 الصادرة في 18 اوت 2010.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 90- 39 المؤرخ في 03 رجب 1410 الموافق لـ 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، ج.ر .عدد 5 الصادرة سنة 1990 معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 16 اكتوبر 2001 ج.ر . عدد 61 صادرة في 21 اكتوبر 2001.

بحكم انتشار و تنوع أساليب الإعلانات التجارية الإلكترونية وتطورها التقني، فإن المستهلك يبني قراره بناء عليها في الإقبال على التعاقد، إذ قد يلجأ المهني أحيانا إلى استخدام أساليب دعائية مبنية على الغش و الخداع و التضليل، وذلك بذكر مواصفات خاطئة و غير صحيحة للمنتوج أو الخدمة المعلن عنها بقصد دفع المستهلك للتعاقد ولهذه الأسباب، فقد تم اشتراط بعض الشروط في الإعلان و هي:

– أن لا يكون الإعلان كاذبا أو خادعا أو مضللا أو من شأنه أن يوقع المستهلك في الخطأ

– أن يضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة والتي من شأنها خلق تفكير واع متبصر يحمل المستهلك على تكوين إرادة واضحة هو بصدد الإقبال على التعاقد.

– أن يكون الإعلان خاليا من العبارات التي تعمل على تكوين أفكار خاطئة في ذهن المستهلك مثلا: الإعلانات التي تمدح التدخين أو تؤكد بأن للمشروبات الكحولية نتائج إيجابية أو مزايا صحية.

بالإضافة إلى هذه القواعد و الشروط هناك شروط خاصة بالإعلانات الإلكترونية تتمثل في:

أولا– اشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني:

لقد أشار القانون الفرنسي بأنه يجب أن تكون العمليات التجارية الإلكترونية و الدعاية المصاحبة لها واضحة و غير غامضة ويجب الالتزام باللغة الفرنسية في الإعلان عن السلع عبر شاشة الإنترنت وتزويد المستهلك بمعلومات واضحة عن المنتوج أو الخدمة المعروضة بما يسمح للمستهلك بإعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي و إدراك كاملين.[1]

وفي الحديث عن اللغة المستعملة، فإنه بالنسبة لدول الخليج ومن بينها: الإمارات، السعودية... إلخ فهي تعمل على تعريب برامج الحاسب الآلي وذلك بقصد استعمال اللغة العربية عند إبرام مثل هذه العقود عن بعد.

[1] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية المرجع السابق، ص. 89.

إذا فالمعلومات التي يجب إدراجها عند القيام بالإعلان عبر الإنترنت يجب أن توصف السلعة وصفا دقيقا و أن يتضمن الإعلان السعر المحدد للسلعة أو المنتوج، وفي حالة ما إذا كانت منتجات أو سلع غير معروفة للمستهلك، ففي هذه الحالة، لابد أن تدرج معلومات إضافية عن مواصفات المنتوج و وظيفته و كيفية استخدامه و صيانته، و في الحقيقة إن شرط وضوح الإعلان الالكتروني يعني أن يتضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة و التي من شأنها خلق تفكير واع متبصر يعمل على تكوين إرادة واعية مستنيرة لدى المستهلك و هو بصدد الإقبال على التعاقد[1] .

و قد أشار القانون الفرنسي إلى أنه يجب أن تكون العمليات التجارية الالكترونية و الدعاية المصاحبة لها واضحة و غير غامضة ، و يجب الالتزام باستخدام اللغة الفرنسية بالإعلان عن السلع و الخدمات عبر شاشة الانترنت و تزويد المستهلك بمعلومات واضحة عن المنتج أو الخدمة المعروضة مما يسمح للمستهلك بإعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي و إدراك كاملين[2].

ثانيا–حماية المستهلك من الإعلان الإلكتروني المضلل:

إن الإعلان التجاري مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة ، أو عامل من عوامل التسويق و أداة من أدوات إعلام الجمهور بالمنتجات و الخدمات[3] ، و إذا كان الإعلان مظللا أو خادعا انعكس ذلك سلبا على المنافسة الحرة و حق المستهلك في الحصول على المعلومات الصحيحة عن المنتجات و الخدمات المعلن عنها عبر شبكة الانترنت[4] .

و الإعلان المضلل هو الذي يكون من شأنه خداع المستهلك، أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك و الإعلان الخادع هو كل إعلان يتم عرضه بطريقة ما تؤدي إلى غش و تضليل المخاطبين، أو هو

[1] انظر ،ممدوح محمد خيري هاشم، الحماية المدنية من الإعلانات التجارية الخادعة، دار النهضة العربية،د.م.ن، د.س.ن، ص.28.

[2] خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص. 146-147.

[3] انظر، احمد السعيد الزقرد، اثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، دار النشر،د.م.ن،1997، ص. 144.

[4] خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص. 148.

ذلك الإعلان المتضمن معلومات قد تدفع المستهلك إلى الوقوع في خلط فيما يتعلق بعناصر جوهرية بالمنتوج وذلك من أجل إخفاء أو حجب الحقيقة عن المستهلكين الخاصة بالمنتوج باستعمال أي وسيلة[1]، كما أن الخداع الإلكتروني، يمثل جريمة، وهذه الجريمة لا تقوم إلا بتوافر أركانها المتمثلة في:

1- الركن المادي و هو التضليل الذي من شأنه إيقاع المتلقي في اللبس والخداع.

2-الركن المعنوي والمتمثل في قصد المعلن في خداع المتلقي من أجل حملة على التعاقد وذلك باتخاذ موقف سلبي يمتنع فيه عن ذكر بيان جوهري بالسلعة محل الدعاية.

الفرع الثالث

حماية المستهلك بالمحافظة على أسراره وعدم قطع المفاوضات

إن إبرام المعاملات الإلكترونية يؤدي في أغلب الأحيان إلى إفضاء المستهلك بكثير من المعلومات الشخصية و البيانات الاسمية للمتعاقد معه، وذلك لأن مرحلة التفاوض بحد ذاتها تقتضي أن يكشف أحد الأطراف للآخر عن بعض الأسرار الهامة، فالمتفاوض في هذه الحالة يلتزم بالمحافظة على هذه الأسرار التي يطلع عليها أثناء التفاوض.

و كما سبق لنا ذكره فإن لمرحلة التفاوض أهمية كبيرة خاصة في الحيوية التي يتم من خلالها الإعداد و التحضير للعقد الالكتروني من خلالها الإعداد و التحضير للعقد الالكتروني إلا أن التفاوض في العقود الالكترونية ، و رغم الصعوبات المتعلقة بالشخص أو السلعة يتمتع بإيجابيات كثيرة من أهمها أنه يتسم بتوفير الوقت و النفقات ، لأنه يجرى من خلال رسائل البيانات التي يتبادلها طرفا

[1] انظر، زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 189.

المفاوضات[1]، ولدراسة هذه الحماية سوف نتطرق أولا إلى المحافظة على الأسرار (البند الأول)، ثم عدم قطع المفاوضات حتى تكون حماية كاملة (البند الثاني):

البند الأول: حماية المستهلك بالمحافظة على أسراره

لقد ألزم التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 200-31 المؤرخ في 2000/06/8 المستخدمين من أصحاب المهن المختلفة باحترام القواعد المهنية المعمول بها مثل المحافظة على أسرار المهنة و الأمانة و الصدق في جميع الأنشطة، مع حظر مباشرة الأنشطة التي تعد مخالفة للقانون أو النظام العام و الآداب العامة [2]

إذ أن هذا الحق أو ما يعرف بالحق في السر قد قرره الإسلام وكفله، قبل أن يتدخل الفقه و التشريع الوضعي في حمايته، وذلك باعتباره حق أساسي، لا يجوز انتهاكه أو الاعتداء عليه، ومن الضوابط الشرعية التي تقرر هذه الحماية، لقوله صلى الله عليه و سلم في الحديث النبوي الشريف: " من اطلع في كتاب أخيه دون أمره فإنما اطلع في النار " [3]، لذلك فإنه يتوجب على الطرفين عدم إفشاء الأسرار التي علماها في مرحلة التفاوض و إلا قد تستوجب المسؤولية في حالة ما إذا وقع ضرر للطرف الآخر[4].

البند الثاني : حماية المستهلك بعدم قطع المفاوضات

إن هذه المرحلة يتمتع فيها المتفاوض بمطلق الحرية في الاستمرار فيها أو قطعها لكن يشترط أن تكون الطريقة في قطع المفاوضات تتفق مع ما يوحيه مبدأ حسن النية، كما يشترط أن يستند ذلك الانقطاع إلى سبب موضوعي، وفي حالة عدم وجود مبرر مشروع، فإن قطع التفاوض يكون إنهاء

---

[1] انظر، سمير دنون، العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية، ط.01، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2012 ،ص. 102.

[2] انظر، سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط.01، دار النهضة العربية، مصر،2006، ص.65.

[3] انظر ،علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط02، دار إحياء التراث العربي، د.م.ن،ص .215.

[4] يوسف بوعيس، المرجع السابق، ص.67.

تعسفي وبالتالي يضر بمصلحة المستهلك خاصة في حالة ما إذا أنفق مصاريف من أجل إتمام إبرام هذا العقد [1].

ولكن و بالرجوع إلى القانون الجزائري رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، فإنه رتب على المهني أو المتدخل التزام تجاه المستهلك لحمايته و هو إلزامية مطابقة المنتجات و ذلك من خلال نص المادة 11 و التي تنص على أنه: "يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته و صنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية و تركيبته، ونسبة مقوماته اللازمة و هويته و كمياته و قابليته للاستعمال و الأخطار الناجمة عن استعماله، كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره و النتائج الموجودة منه و المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه و تاريخ صنعه و التاريخ الأقصى لاستهلاكه و كيفية استعماله و شروط حفظه و الاحتياطات المتعلقة بذلك و الرقابة التي أجريت عليه" .

أما نص المادة 12 من القانون السابق ذكره فإنها نصت على أنه على كل متدخل أن يجري رقابة مطابقة المنتوج قبل عرضه للاستهلاك.

فمن خلال هذه المادة 12 نستنتج بأنه التزام يقع على عاتق المهني قبل انعقاد العقد، وهو التزام يمكن أن يندرج تحت الالتزام بالإعلان الذي يكون هو الآخر في مرحلة المفاوضات.

المبحث الثاني

حماية المستهلك أثناء إبرام العقد الإلكتروني

إن المستهلك بوصفه شخص متعاقد يمثل الطرف الضعيف و بوصفه أيضا يتعامل مع شخص يفوقه في التجربة، و يتميز عنه بكونه محترفا في ذلك المجال بخصوص التعاقد عن بعد أو عبر الإنترنت فإنه ولابد من توفير الحماية أيضا عندما يكون بصدد إبرام العقد الإلكتروني، لأنه في هذه المرحلة

[1] خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الالكتروني ، المرجع السابق، ص .242.

سوف ينعقد العقد لتأتي مرحلة تنفيذه، لذلك فإنه يجب أن تكون هناك حماية للمستهلك خلال هذه المرحلة لأن المصالح غير متوازنة .

و إن الحماية المقررة في هذه المجال ، هي عبارة عن التزامات يتوجب على المهني أن يلتزم باحترامها و تقرر في مقابل ذلك حماية للطرف الضعيف و تتمثل هذه الالتزامات في:

*الالتزام بالإعلام أو حق المستهلك الإلكتروني في الإعلام (المطلب الأول)، و الإعلام يتضمن جانبين إذ أن المستهلك لابد أن يعلم بعنصرين جوهريين أثناء إبرامه للعقد ، ففي البداية له الحق في أن يعلم بشخصية الشخص الذي يتعاقد معه ، ثم له الحق في أن يكون على علم بكل العناصر الخاصة بالمنتوج أو السلعة التي يطلبها و التي تجعله يبرم هذا النوع من العقود ، كما أن هناك ضمانات خاصة تقرر حماية المستهلك في رضاه، وهي تمثل أحيانا حقوق يتمتع بها الطرف الضعيف (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني

إن من أهم المشاكل التي تثير قلق المستهلك، و التي تحد من إقباله على إبرام العقود الإلكترونية، هي عدم معرفته شخصية المتعاقد معه (الفرع الأول) وعدم معرفة موصفات المنتوج أو السلعة محل العقد وهو نفسه الالتزام نص عليه التشريع الجزائري المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش القانون 09-03 (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

تحديد شخصية المهني

إن الغاية من تحديد شخصية المتعاقد الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا ، إما شركة أو مؤسسة هو حتى يكون المستهلك على بينة من أمره، وذلك لأن الأمر يعد محل اعتبار بالنسبة

للمستهلك، وقد يكون من شأن التحديد أيضا توفير عنصر الأمان و الثقة للمستهلك ،وذلك عندما يكون على علم بالشخص الذي يتعاقد معه، بالإضافة إلى أن أهمية التحديد تكمن في بيان المركز القانوني للبائع ووضوح التزاماته و مدى إمكانية تنفيذها[1].

ولذلك يجب على المهني الذي قد يكون – البائع – و في نطاق الثقة المشروعة ومبدأ حسن النية أن يعلم المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة قاطعة وذلك في الوقت الذي يعرض فيه الإيجاب الإلكتروني، وهنا لن يكون ثمة توازن موضوعي وحقيقي بين الطرفين إلا في نطاق الأمان و السلامة بين الطرفين، وفي رحاب الثقة التي ينبغي أن يودعها كل منهما أمانة لدى الآخر.

وتحديد شخصية المهني يجد أساسه في أن التعاقد يتم عن بعد و عبر وسائل الاتصال فقط و ليس بالإمكان التقاء المتعاقدين مع بعضهما البعض.

ويكون ذلك بتحديد: الاسم، الصفة، اسم الشركة، طبيعتها القانونية ، وعنوان أو مركز إدارتها الرئيسي، هذا في حالة ما إذا كان المتعاقد مؤسسة أو شركة أما إذا كان تاجر شخص طبيعي فيتوجب تحديد اسمه، عنوانه، صفته، البيانات الخاصة بتجارته: نوع التجارة، رقم سجله التجاري ...الخ.

ومن خلال ذلك فإن المستهلك على الأقل يضمن لنفسه حماية في معرفة الشخص الذي يتعاقد معه.

الفرع الثاني

تحديد مواصفات المنتوج أو الخدمة

إن من بين ما يهم المستهلك و يعمل على معرفته عند إبرامه للعقد الإلكتروني ولكونه يتم عن بعد، هو السلعة أو الخدمة و المعلومات الخاصة بها، والبيانات الجوهرية للمنتوج الذي يسعى المستهلك إلى الحصول عليه، إذ نجد قانون الاستهلاك الفرنسي ، يقضي بأنه على التاجر الإلكتروني

[1] أنظر، محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة،للنشر، الاسكندرية، 2003،ص.139.

الذي يعرض منتجاته عبر الإنترنت، أن يحدد الخصائص الكيفية و الكمية، والمدة التي ستعرض فيها السلعة وتحديد السعر بالعملة الفرنسية أو ما يعادلها بالعملة الأوروبية[1].

كما اشترط على المتعاقد مقدم العرض تحديد مضمون عروضه بوضوح و بدون أي غموض و أن تظهر عل شاشة العرض إجراءات و أشكال الدفع و التسليم و مدته و كيفية التنفيذ[2].

كما أنه قد اشترط أن تكون البيانات السابقة موضوع الالتزام بالإعلام مصاغة بلغتهم الوطنية، أي مخاطبة المستهلكين باللغات الخاصة بهم[3]، وهذا ما يتقرر ضمن حماية المستهلك باستعمال لغته عند التعاقد معه، أو بأية وسيلة أخرى مناسبة إلا أنه بالرجوع إلى التشريع الجزائري المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش: نجد أنه تضمن من خلال إلزامية إعلام المستهلك فقط الإعلام بخصوص بيانات و مواصفات المنتوج و ذلك من خلال نص المادة 17 على أنه يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

وحسب نص المادة 18 فإنه يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شرط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة، كما يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين و بطريقة مرئية و مقروئ و تتعذر محوها .

الفرع الثالث

الالتزام بالنصح و الإرشاد

إن هذا الالتزام مرتبط بالالتزام بالإعلام

-وهناك جانب من الفقه يقول أن الالتزام بالإعلام يختلف عن الالتزام بالنصيحة، وذلك باعتبار:

[1] انظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.142.

[2] . هذا حسب التوجه الأوربي المتعلق بالبيع عن بعد

[3] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص.350.

-الالتزام بالإعلام: يقصد به إحاطة المتعاقد علما بظروف و ملابسات العقد.

-أما الالتزام بالنصيحة: فتعتبر النصيحة هي محل العقد و الهدف منه.[1]

- ويعتبر الالتزام بالنصح والإرشاد التزام مهم وجوهري في المجال الإلكتروني، الذي يلزم المحترف إرشاد المستهلك في اختيار ما يلاءم حاجاته بإفادته بمختلف النصائح والبيانات، ليتمكن من تحديد خصائص المنتوج، وتقدير مدى توافقه مع رغباته و مصالحه مع جلب انتباهه بمخاطر المنتوج.[2]

و يجد هذا الالتزام مجاله و على الخصوص بشأن المنتجات التقنية التي يحتاج المشتري أو المستهلك في استعمالها إلى نصائح مثل: الآلات، و الأدوات الإلكترونية كما يجب على المهني أن لا يقدم للمستهلك نصائح خاطئة .

المطلب الثاني

حماية رضا المستهلك الإلكتروني

ينبغي التأكيد على أن الرضا المعتبر و المنتج لأثره في التعاقد الالكتروني هو الرضا الصادر من ذي أهلية و غير مشوب.

إن هذه المرحلة من الحماية تستهدف المستهلك عندما يبادر بالتعبير عن إرادته بالقبول بالطريقة الإلكترونية ،وهناك اختلاف في اعتبار ما يصدر من المستهلك قبولا إذ اشترط ت بعض التشريعات أن يحرر العميل وثيقة عل الشاشة تؤكد قبوله و طلبه و ذلك نتيجة لتخصيص المحترف صفحات إضافية على الشاشة تدعو المستهلك لإعادة تأكيد قبوله.

[1] انظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت

[2] خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق، ص.145.

أما البعض الآخر، ومنها الإتحاد الأوروبي بموجب التوجيهة الأوروبية الخاصة بحماية المستهلك في التجارة الإلكترونية فقد ركزت على تحقيق أفضل ضمان لرضا المستهلك وذلك بالوسائل المحددة و ذلك بأنه يكون:

إما عن طريق البريد الإلكتروني مع الاحتفاظ بالرسالة ، وإما عن طريق ا لضغط مرتين على مفتاحين مستقلين وهما:

* مفتاح قبول العرض

* مفتاح إعادة تأكيد الطلب

وفي هذه الحالة يكون القبول إلكترونيا.

إذن بصدور القبول من المستهلك فإن هناك حماية خاصة بهذه المرحلة و تتمثل في حماية رضا المستهلك من عيوب الإرادة(الفرع الأول) وحماية رضا المستهلك من الشروط التعسفية(الفرع الثاني) وفي الأخير حماية رضا المستهلك في عقود الإذعان (الفرع الثالث):

الفرع الأول

حماية رضا المستهلك من عيوب الإرادة

إن عيوب الإرادة معروفة في النظرية العامة للالتزامات هي التي تصيب إرادة أحد طرفي العقد العقود وبما أن العقود الإلكترونية هي عقود أيضا توافق بين إرادتين، فإنه يمكن أن تعتري بعض من أطرافها عيب من عيوب الإرادة و لكن الأهمية من دراسة العيوب هي تلك التي تشوب إرادة المستهلك الطرف الضعيف في التعاقد فهنا لابد من معرفة هل بالإمكان أن تكون هناك حماية في هذه الحالة أم لا ؟

البند الأول: عيب التدليس

نجد أن القضاء الفرنسي قد أتاح للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن كتمان المورد للمعلومات التي كانت تتيح له حسن اختيار المنتوج و التعاقد في ضوء إرادة واعية و مبصرة، وحتى يعتبر الكتمان العمدي تدليسا يكفي حبس جزء من المعلومة الكاملة .ولقد نصت التشريعات التي نظمت العقود و المعاملات الإلكترونية مثل فرنسا، وتونس بأن للمستهلك الحق في إرجاع المنتوج خلال المدة المحددة قانونا وذلك بقصد حمايته من تسرعه في قبوله التعاقد .

و لقد نص المشرع المدني على إمكانية إبطال العقد إذا كان فيه تدليس، وكان التدليس هو الذي دفع المتعاقد للتعاقد.والتدليس قد يكون بفعل عمل إيجابي إذا لجأ الفرد إلى حيل من أجل دفع الطرف الآخر للتعاقد، كما أنه قد يكون سلبيا إذا سكت ذات الطرف عن واقعة أو ملابسة وأثبت الطرف الآخر أنه لم يكن ليتعاقد لو علم بتلك الواقعة التي سكت عنها عمدا[1].

والتدليس قد يصدر من غير الأطراف المتعاقدة، وحتى في هذه الحالة يجوز للمدلس عليه أن يطالب بإبطال العقد شريطة أن يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون المدني[2].

ومما سبق نستنتج أن الطلب الخاص بإبطال العقد للتدليس مرهون بتوافر ثلاثة شروط:

- استعمال طرق احتيالية، سواء بارتكاب فعل أو السكوت عن وقائع.
- أن يكون التدليس دافعا للتعاقد للطرف المدلس عليه.

[1] تنص المادة 86 من ق.م.ج على أنه:"يجوز إبطال عقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني للعقد.ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

[2] تنص المادة 87 من ق.م.ج على أنه:"إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".

- صدور التدليس من المتعاقد أو حتى من قبل الغير إذا كان المتعاقد عالما به أو كان عليه حتما العلم به.[1]

ولو طبقنا هذه القواعد العامة على العقود الإلكترونية لوجدنا أن هناك مجالا واسعا لإمكانية وقوع المستهلك في العقود الإلكترونية ضحية التدليس خاصة أنه يتعاقد عن بعد والسبيل الوحيد الذي يمكنه معاينة السلعة هو في كثير من الأحيان مجرد صور وفيديوهات يشاهدها على شاشة الكمبيوتر ولذلك فيعتبر تدليسا التحسينات التي يلجأ إليها المحترفون لترويج سلعهم عن طريق تغيير وتزييف صور سلعهم، وبالتالي في هذه الحالة فالمستهلك يمكنه التمسك بالتدليس من أجل إبطال البيع مثلا[2]، ونظرا لكون إثبات التدليس صعبا في العديد من الأحيان اقترح بعض المشرعين فكرة العدول كسبيل لحماية المستهلك في العقود الإلكترونية بما أنها عقود تتم عن بعد، وهذا في رأينا أفضل وأسهل من الإبطال للتدليس[3].

البند الثاني:عيب الغلط

يعتبر عيب الغلط في التعاقد الإلكتروني أمر متصور الحدوث، فقد يتوهم أحد المتعاقدين بأن الطرف الآخر معروف لديه، لكن يكتشف بعد ذلك بأن الشخص غير معروف و ذلك إما لتشابه الأسماء، أو موقع الويب الذي يعرض نفس السلعة.

و الغلط المقصود في التعاقد الإلكتروني، الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة و إنما يعيبها فقط .

[1] يوسف بوعيس، المرجع السابق، ص.151.

[2] يوسف بوعيس، المرجع السابق، ص.151.

[3] بعض المشرعين جعلوا من حق العدول سبيلا لحماية المستهلك في التعاقدات التي تتم عن بعد (منها العقود الإلكترونية)، والمستهلك غير ملزم بالتبرير وإعطاء الأسباب عكس التدليس أين يقع عليه عبئ إثبات وجود تدليس ودفعه للتعاقد وإثبات علم الطرف الآخر بذلك.

و يمكن للمتعاقد طلب إبطال العقد إذا وقع في غلط جوهري أثناء إبرام العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 81 من القانون المدني الجزائري[1].

ويكون الغلط جوهريا إذا كان جسيما وكان هو السبب الذي دفع بالمتعاقد إلى إبرام العقد وما كان ليتعاقد لولاه[2].

وتجدر الإشارة إلى انه لا يجب التمسك بالغلط على وجه يتنافى مع حسن النية كما أنه يمكن للطرف لذي وقع الغلط ضده أن يتمسك بتنفيذ العقد [3]. والغلط الذي يستوجب إبطال العقد ليس فقط ذلك الغلط الذي يتعلق بالشيء محل العقد، بل يمكن أن يمتد إلى الصفة الموجودة في الأطراف المتعاقدة، كأن يتعاقد شخص مع شخص آخر لرسم لوحة زيتية مثلا باعتبار هذا الشخص فنان عالمي مثلا، ليتضح في الأخير أن المتعاقد معه ما هو إلا هاوي، وهذا ما جاءت به المحكمة العليا والقانون المدني الجزائري[4].

ويمكن أن يقع غلط في صفة المتعاقد معه، كما ذكرنا سابقا أيضا في التعاقدات الإلكترونية كأن يدخل مستهلك إلى موقع إلكتروني شبيه بموقع رسمي يتعامل معه ويقوم بإبرام عقد مع شخص متوهم بأنه شخص رسمي معترف به وتعود التعامل معه، ليتضح فيما بعد أن هليس نفس الشخص

[1] تنص المادة 218 من ق.م.ج على أنه:"يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله".

[2] تنص المادة 82 من ق.م.ج على أنه:"يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

[3] تنص المادة 85 من ق.م.ج على أنه:"ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية و يبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد".

[4] القضية رقم 49339، القرار المؤرخ في 1988/11/14 نصت على انه:

"من المقرر قانونا أنه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله ومن المقرر أيضا أنه يعتبر غلطا جوهريا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون. لما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعن لم يلتزم بالعقد إلا على اعتبار صفة المهندس للمطعون ضده دون أن يقدم هذا الأخير أية وثيقة تثبت صفته هذه، فإن قضاة المجلس بتأييده للحكم المستأنف القاضي على الطاعن أن يدفع للمطعون ضده أجوره المستحقة خرقوا القانون.

ومتى كان تلك استجوب نقض القرار المطعون فيه، المادة 81 و82".

وأنه لم يكن ليتعاقد لو علم بذلك، نظرا لأنه تعود على نوع خاص من الخدمات مثلا ولا يملك شخص آخر أن يوفر ويحقق له رغباته فهنا يجوز له أن يطالب بإبطال العقد لوقوعه في غلط.

البند الثالث:عيب الإكراه

يعتبر الإكراه مستبعد في التعاقد الإلكتروني و ذلك لأنه غير متصور، لأن العقد الإلكتروني يتم بين طرفين يفصل بينهما مكان و يجمعهما مجلس عقد حكمي و ليس حقيقي، لكن البعض من يعتبره ممكن الحدوث وذلك بسبب التبعية الاقتصادية عندما يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط الاحتياج الاقتصادي .

و الإكراه هو ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد.[1]

ويراعي في الإكراه جنس وصفة وحالة من وقع عليه الإكراه وبالتالي فإن الإكراه وحده لا يؤدي إلى إبطال العقد وإنما الخوف والرهبة التي تدفع المتعاقد إلى التعاقد هو ما يؤدي إلى إبطال العقد، وبالتالي لإبطال العقد بسبب الإكراه لابد أن يتم التعاقد تحت سلطة الرهبة والخوف وأن تكون هذه الرهبة هي الدافعة للتعاقد وأن يكون للطرف المتعاقد صلة بهذه الرهبة [2].أو حتى إذا لم تكن له صلة يمكن طلب الإبطال إذا كان الطرف الآخر عالما بها أو كان من المفروض أن يعلم بها [3] والإكراه في العقود الإلكترونية نادر الوقوع لأن التعاقد يتم عن بعد أين يكاد ينعدم الإكراه.

[1] انظر، رمضان أبو السعود مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية،د.م.ن، 2003 .ص.126.

[2] تنص المادة 88 من ق.م.ج على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق. وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال." ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه".

[3] تنص المادة 89 من ق.م.ج على أنه:إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه.

وفي الأخير ينبغي التميز بين حق العدول وحق إبطال العقد لعيوب الإرادة فالعدول تقرر لمصلحة المستهلك ليتخذ رأيه في تروي وتأني بينما إبطال العقد لعيوب الإرادة جاء لتصحيح عيب لحق بإرادة المستهلك وهذه الإرادة تكون سليمة فيما يخص العدول.[1]

البند الرابع: عيب الغبن و الاستغلال

إن الغبن لا يؤثر في العقد الإلكتروني إلا في حالات استثنائية و ذلك لأن الغبن عيب استثنائي في العقود، إذ نص القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية في المدة 50منه عقوبة جزائية على من يستغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال وذلك بغرامة محددة قانونا، إذا ثبت أن الشخص المتعاقد غير قادر على تمييز ولكشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنه كان تحت الضغط.

فهنا تقررت الحماية للمستهلك في العقد الإلكتروني على أساس أن دفع المستهلك للتعاقد واستغلال عدم قدرته على التمييز كان بواسطة طرق احتيالية و خدع غير مشروعة استعمالها المنتج للتعاقد معه. يقع المتعاقد ضحية الغبن ويجوز له طلب إبطال العقد إذا لم يكن هناك تعادل في الالتزامات المتقابلة لطرفي العقد، وكان ذلك ناتجا عن استغلال من الطرف الآخر، وهنا يجوز للقاضي أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون[2].

والغبن حسب المواد التي تضمنته لا يكفي لوحده لطلب إبطال العقد، إذ لا بد أن يكون ناتجا عن استغلال الطرف الآخر وهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح.[3]

---

[1] يوسف بوعيس، المرجع السابق، ص.155.

[2] تنص المادة 90 من ق.م.ج على أنه:"إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد. يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعارضة أن يتوقى الطرف دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

[3] يوسف بوعيس، المرجع السابق، ص.153.

ولذلك فإن تطبيق هذه الحالة في العقود الإلكترونية تكون نادرة وأغلب ما يمكن فعله هو طالب الإبطال لأسباب أخرى كالغلط مثلا،إلا أن بعض التشريعات العربية لم تهمل ذلك، كالمشرع التونسي مثلا لما تحدث عن استغلال ضعف أو جهل شخص في عمليات البيع الإلكتروني ورتب على ذلك عدة عقوبات[1].

الفرع الثاني

حماية رضا المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

البند الأول: مفهوم الشرط التعسفي

أولا– تعريف الشرط التعسفي

[1] ينص القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية في مادته 50 على أنه: "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو أجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين 1000 و2000 دينار وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية."

تعني كلمة تعسف لغة "الاستخدام السيئ"، وفي الاصطلاح القانوني "الاستخدام الفاحش لميزة قانونية".[1]

يرى الفقه بأنه يعتبر تعسفيا "الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر"، ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، وكذا الشروط الجزائية أو انه في العقد المبرم بين المستهلك ومهني [2]، والمحرر مسبقا من طرف هذا الأخير، ويعتبر الشرط تعسفيا عندما يؤدي إلى عدم التوازن في حقوق والتزامات الأطراف، بالنظر للميزة المقتصرة على المهني.[3]

أما المشرع الجزائري، فإنه وفي إطار القواعد العامة، قد أضفى حماية على الطرف الضعيف في عقود الإذعان، ومنح القاضي سلطة التدخل لتعديل الشروط التعسفية، أو إعفاء الطرف المذعن منها، وذلك في نص المادة 110 من القانون المدني، إلا أنه لم يأت على تعريف الشرط التعسفي

بينما إذا رجعنا إلى القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، نجد أنه قد ذكر فقط شرط عدم الضمان، الذي اعتبره شرطا لاغيا في المادة 13 منه حيث نصت على حق المستهلك في

[1] انظر، اسماعيل قطاف،العقود الالكترونية وحماية المستهلك، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر،2006،2005،ص.85.

[2] اسماعيل قطاف، المرجع السابق، ص.85-86.

[3] انظر، أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ،دار النهضة،مصر، 1994،ص.212.

الضمان ورتبت البطلان على الشرط المخالف لذلك [1] ، و بمقتضى المادة الثالثة من قانون الممارسات التجارية، فإنه قد جاء بهذا التعريف في الفقرة الخامسة منها بنصها على أنه:

"كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى، من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

ثانيا: معيار التعسف

بالرجوع إلى التعريف القانوني الذي تضمنته المادة الثالثة سالفة الذكر، نلاحظ أن المشرع قد اعتمد على معيار واحد للتعسف، وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الطرفين، وهنا يستشف أنه أخذ بالمعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 132 من قانون الاستهلاك الحالي،بعد أن كان يعتمد في القانون الصادر في 1978/01/01 على معيار النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة، وهذا ما تضمنته المادة 35 منه ، إلا أنها قد اعتبرت معايير ذات طابع عام، لذلك قد تمت عملية إصلاح، قادت إلى إجراء تعديل على هذا التعريف والمتضمن في المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وأصبحت الشروط التعسفية هي تلك التي تهدف إلى خلق عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الطرفين في العقد.[2]

وعليه يمكن القول أنه لمعرفة التعسف، نرجع إلى البحث عن عدم وجود توازن في العقد المبرم بين المهني والمستهلك، والناتج عن ضعف هذا الأخير أمام المهني القوي، الذي يفرض عليه شروط بما

[1] انظر، نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة الجزائر-بن يوسف بن خدة-،2010،2011،ص.59.

[2] Jérôme Huet , Eléments de réflexion sur le droit de la consommation, petites affiches du 08/11/2001 N° 223 p. 11.

يملكه من نفوذ وتفوق في القدرة التقنية، وباستغلاله لحاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة وإزاء كل ذلك، فلا يكون أمامه إلا القبول أو الرفض الكامل للتعاقد، دون إمكانية المناقشة، فينعدم اختياره وينتج عن هذا الخضوع عدم تعادل في ميزان حقوق والتزامات الطرفين.[1]

ثالثا: مجال تطبيقه

إن تحديد مفهوم الشرط التعسفي يقتضي أيضا تحديد مجال تطبيقه، فهل أن منع الشروط التعسفية يسري فقط على عقود الإذعان، أم تمتد إلى باقي العقود الأخرى؟ من ناحية طبيعة العقد فإن المادة 29 من القانون 04-02 نصت على انه " **تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع**"[2]، وعليه يمكن القول أن المشرع قد قصد عقود البيع المبرمة بين المستهلك والبائع يعني أنه استبعد العقود المبرمة بين المهنيين، وفي هذا حماية واضحة للمستهلك، وهو نفس الموقف الذي اتجه إليه المشرع الفرنسي، الذي يشترط لاعتبار الشرط تعسفيا أن يظهر في عقد مبرم نهائيا بين مهني ومستهلك، وبهذا الصدد، فقد صدر حكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1996/10/07، والذي لفت نظر القضاء، حيث أن مؤسس ة « **Chrompost** » لم تقم بتقديم الطرد للمرسل عن طريقها في الوقت المناسب، وقد أدرجت هذه الأخيرة في عقودها النموذجية

[1] نوال كيموش، المرجع السابق، ص.60.

[2] نوال كيموش، المرجع السابق، ص.61.

شرطا محددا للمسؤولية، وبما أن الزبون كان مؤسسة لم يكن لها نفس الاختصاص، فإن محكمة النقض لم تعتبر هذا الشرط تعسفيا، وإنما اعتبرته شرطا محددا للمسؤولية.[1]

لكن ومن جهة أخرى، فإن المشرع الجزائري قد حصر تطبيق المادة 29 على عقود البيع فقط دون العقود الأخرى، على خلاف المشرع الفرنسي الذي عمم تطبيق نص المادة 132 من قانون الاستهلاك على كل العقود، سواء كانت بيعا، إيجارا، تأمينا، قرضا...الخ، وأيا كان محلها عقارا أو منقولا، بل وأكثر من ذلك، فإنه لم يشترط شكلا معينا للعقد، حيث يمكن أن تكون طلبات بضاعة، فواتير، تذاكر.[2]

وعليه فهذا التحديد من طرف المشرع الجزائر، يق صر على حماية المستهلك، باعتبار أن هذا الأخير قد يبرم مع المهني عقودا بكل أشكالها، وليس عقود بيع فقط، كما أن هذا التحديد يعني استبعاده لعقود تقديم الخدمات [3]، في حين أن المستهلك قد يتعرض لتعسف المهني في هذا المجال فالنزيل في فندق مثلا قد يواجه شروطا معلقة في قاعات الاستقبال تتعلق بعدم المسؤولية، وعليه كان من الأحسن مواكبة المشرع الفرنسي الذي يكفل حماية أكبر للمستهلك في هذا المجال.

[1] Brigitte Hess Fallon et Anne Marie Simon, Clauses abusives, Juris classeur concurrence, consommation ,Année 1995. P. 328.

[2] انظر، محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، دار الجامعة العربية،ط2004،01،ص.227.

[3] نوال كيموش ، المرجع السابق، ص.62.

البند الثاني: خضوع المستهلك الالكتروني للشروط التعسفية

لقد نصت المادة 29 على بعض الصور التي قد يمارسها المهني، والتي ينتج عنها اختلال في التوازن العقدي، ويظهر من خلالها المستهلك كطرف ضعيف ليس بيده إلا الخضوع أو الرفض الكامل للتعاقد، ويمكن إجمال هذه الصور فيما يلي:

أولا– وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة:

يتجسد هذا الاختلال من خلال ما نصت عليه الفقرة الأولى، حيث يأخذ البائع حقوقا أو امتيازات لا تقابلها حقوقا أو التزامات مماثلة للمستهلك، حيث أن هذا الأخير يبدو طرفا ضعيفا في مواجهة البائع الذي يستقل وحده بصياغة بنود العقد، ويضمنها ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته، ويقدمها جاهزة للمستهلك الذي لا يملك إلا أن يوافق عليها وأن يقبل ما بها من شروط مجحفة[1]، وهو ما يدل عليه مضمون الفقرة الثانية من المادة، ويفرض على المستهلك تنفيذ هذه الالتزامات دون أن يلتزم بها هو، وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة، الأمر الذي يجعل البائع يحصل بذلك على امتيازات وحقوق يحرم منها المستهلك.[2]

ثانيا–الانفراد بتعديل العقد:

تتجسد هذه الممارسات في الفقرات الثالثة، الرابعة والسابعة، فإضافة إلى فرض التزامات على المستهلك، ووضع الشروط المتوافقة مع مصلح ته، فقد يعقد المهني أيضا إلى استخدام سلطته ونفوذه

[1] انظر،جابر محجوب علي ، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد 20، 04 ديسمبر1996. ص .264.

[2] نوال كيموش،المرجع السابق، ص.63.

عن طريق التفرد بتعديل عناصر العقد، كتعديل الثمن مثلا أو تعديل محل العقد، سواء كان عقد بيع أو تقديم خدمة، دون أن يوافق المستهلك على ذلك، وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة، كما قد يقدم على التفرد بتعديل شروط العقد، ومثال ذلك جعل العقد يتضمن شرط عدم المسؤولية أو جعل عبئ مصاريف النقل على عاتق المشتري، وقد يصل هذا التعديل ليمس أجل تسليم المنتوج أو تنفيذ الخدمة، وهذا ما يؤثر بشكل واضح على المستهلك، مما يظهر الطابع التسلطي والتحكمى الذي يمارسه المهني في هذه الحالة.[1]

ثالثا–رفض حق المستهلك في فسخ العقد:

إن حق فسخ العقد هو حق مشروع، ممنوح لكل متعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزاماته طبقا للقواعد العامة، حيث نصت المادة 1/119 من القانون المدني على " **في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك** " باعتبار أن كل من عقد بيع السلع أو تقديم الخدمات هي عقود ملزمة للجانبين، لكن وبما أن معظم العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تكون عقود إذعان، فإن البائع أو مقدم الخدمة قد يرفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته، وهو ما نصت عليه الفقرة

[1] نوال كيموش، المرجع السابق، ص.63.

السادسة من المادة 29، وهنا ينبغي للقاضي التدخل لمنع الشرط التعسفي، والمتمثل في إلغاء حق مقرر قانونا.

رابعا–تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية:

إن التهديد بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض الخضوع لشروط غير متكافئة يعد من قبيل الإكراه الذي يؤدي إلى بطلان العقد وهذا ما نصت عليه المادة 1/88 من القانون المدني " **يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت إبطان رهبة بينه بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق**"، وهذا ما جعل المشرع في المادة 8/29 يعتبر هذا الشرط تعسفيا، يعاقب عليه المهني في حالة ممارسته على المستهلك، إذ أن قطع العلاقة التعاقدية قد يجلب أضرارا مادية لهذا الأخير، مما يجبره على القبول بالشروط غير المتكافئة المعروضة عليه، وفي هذا إهدار واضح للتوازن العقدي ومبدأ حرية التعاقد، مما استدعى التدخل لحماية المستهلك الذي يعد طرفا ضعيفا، وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى القانون الفرنسي رقم 95-96 الصادر في 1995/02/01 والمتعلق بالشروط التعسفية الذي تضمن ملحقا نص على 17 حالة من بينها حالة إنهاء أو إقصاء أو تحديد مسؤولية المهني في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار مادية، أو في حالة عدم التنفيذ الكامل أو الجزئي أو التنفيذ

المعيب من طرف المهني لإحدى التزاماته العقدية، وذلك بسبب وجود دين له في ذمته [1]، إضافة إلى حالات أخرى نصت عليها المادة 29 من قانون الممارسات التجارية منها:

- الحالة السادسة التي تقابلها الحالة السادسة في المادة 29.
- الحالة العاشرة التي تقابلها الحالة الثالثة في المادة 29.
- الحالة الحادية عشرة التي تقابلها الحالة السابعة في المادة 29.
- الحالة الثالثة عشرة التي تقابلها الحالة الرابعة في المادة 29.

من خلال استعراضنا لبعض الحالات التي اعتبرها المشرع شروط تعسفية، نلاحظ أنه قد أحاط المستهلك بحماية كبيرة للحول دون تعسف المهنيين عليه، نتيجة لاستخدام نفوذهم الاقتصادي وقوتهم التقنية، بل أبعد من ذلك، فقد مكن القاضي من تقدير الشرط التعسفي خارج الحالات الواردة في المادة 29.[2]

البند الثالث: وسائل الحماية من الشروط التعسفية

أولا– منح القاضي سلطة تقدير الشرط التعسفي

بالرجوع إلى نص المادة 29، تجد أنها ذكرت الحالات السالفة الذكر على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، بدليل استخدام عبارة "لاسيما البنود"، وعليه يمكن القول بأن المشرع قد ترك مجالا

[1] Guy Raymond, clauses abusives, loi du 1/2/1995, Juris classeur concurrence consommation, édition 2004, volume 3, fascicule 819 p.1.

[2] نوال كيموش، المرجع السابق، ص.64.

واسعا للقاضي في تقدير الشرط التعسفي، مثل ما هو الحال في نص المادة 110 من القانون المدني التي نصت على جواز تدخل القاضي لتعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضيه العدالة، وبالتالي فإن نص المادة 29 في عمومه وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية.

وفي هذا الصدد قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر بتاريخ 1994/01/16 بأن القاضي يمكنه تقرير أن الشرط تعسفي دون الاعتماد على مضمون المادة 132 من قانون الاستهلاك، ودون الحاجة إلى الرجوع للمراسيم، وعليه فقد اعتبرت بأنه يعد شرطا تعسفيا الشرط الذي ينص على انه منذ تسليم المركبة، فإن المشتري تقع على عاتقه الأخطار التي يمكن أن تلحق لاسيما الضياع، السرقة، الخلل الميكانيكي...[1]

ثانيا– تسخير وسائل أخرى

إضافة إلى الحماية المقررة بموجب المادة 29، فإن المشرع قد جاء بوسائل أخرى تكفل حماية للمستهلك من تعسف المهني، وذلك في المادة 30، حيث نصت 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** "، وبهذا فقد صدر المرسوم التنفيذي

[1] Guy Raymond, op.cit, p .1.

رقم 06-306[1] المؤرخ في 2006/09/10 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، وقد نصت المادة الأولى منه على أن هذا المرسوم جاء تطبيقا للمادة 30 من القانون رقم 04-02، وأعطت للعقد نفس المفهوم الذي جاءت به المادة الثالثة من هذا الأخير.

و قد تضمن الفصل الأول من المرسوم التنفيذي 06-306 العناصر الأساسية للعقود والواجب توافرها في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، وتتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية، وأمن ومطابقة السلع أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع بينما تضمنت المادة الثالثة هذه العناصر.

أما الفصل الثاني، فقد تضمن البنود التي تعتبر تعسفية، وما يلاحظ أنه على خلاف ما جاء في المادة 29 التي حصرت الشروط التعسفية في العقود بين البائع والمستهلك، فإن المادة الخامسة من المرسوم 06-306 قد أجملت كل الممارسات التي يقوم بها المهني، يعني عقود البيع وعقودا أداء الخدمة، وقد ذكرت المادة مجموعة من البنود، تتمثل في 12 حالة هي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3.

- الاحتفاظ ب عد تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك.

[1] المرسوم التنفيذي رقم 306.06 مؤرخ في 2006/09/10 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 صادرة في 2006/09/11.

– عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.

– 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 الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.

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

– الإحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى المهني هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

– تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه المهني الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

– فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك

– الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد، دون أن يمنحه نفس الحق.

– يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطه .

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

و ما نلاحظه من خلال هذه المادة أن الشروط الواردة فيها جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، لأنه بعد التمعن في دراستها نجد أنها تتعلق بشروط خاصة بفترة تنفيذ العقد فقط هذا من جهة.

ومن جهة أخرى نجد أن المادة 06 من نفس المرسوم قد أعطت للحكومة ممثلة في شخصها الوزير المكلف بالتجارة صلاحية إنشاء لجنة البنود التعسفية.[1]

إن تحديد الحالات التي تعتبر فيها البنود تعسفية يعد أداة حماية قوية للمستهلك، وخاصة أنها تضمنت إمكانية حصوله على تعويض، كما تعتبر وسيلة تسهيل على القاضي عند وجود مثل هذه النزاعات، و تعزز رقابته القضائية على العقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين.[2]

أما عن الحماية عن طريق منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية فمنها شرط عدم الضمان المنصوص عليه في المادة 13 من القانون09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[1] تنص المادة01/06 من المرسوم رقم 06-306 على ما يلي: " تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة"، لتفاصيل أكثر عن الموضوع راجع محمد كحلوله و الغوثي مكامشة، حماية المستهلك في القانون الجزائري، ج.02، مجلة الإدارة، رقم 01، 1996، ص.62، قادة شهيدة، حماية المستهلك في الجزائر بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها، دراسات قانونية، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع. 10، 2013، ص.28.

[2] انظر، محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، د.م.ن،2007، ص.83.

وبالإضافة إلى الرقابة القضائية، فقد سخر المشرع وسيلة أخرى تتمثل في الرقابة الإدارية عن طريق إنشاء جهاز إداري للرقابة على الشروط التعسفية، وهو لجنة البنود التعسفية، وذلك بموجب الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 06-03، وهي لجنة ذات طابع استشاري، يرأسها ممثل الوزير المكلف بالتجارة، تتكون من 7 أعضاء، وتكلف طبقا للمادة 7 من المرسوم بمهام البحث في كل العقود المطبقة من طرف المهنيين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، إضافة إلى قيامها بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين.[1]

وهناك مثال آخر يمكن إدراجه ضمن هذه الوسائل، والتي تم تبنيها بفرنسا في مجال العقود المبرمة عن بعد، بفضل التطورات التكنولوجية في ميدان الإعلام الآلي، ففي إطار التنظيم الصادر سنة 1997، والمتعلق بهذا النوع من العقود، والتي تم النص عليها في الأمر الصادر في 2001/08/23، فرض هذا الأخير إعداد وثيقة مكتوبة يقدمها المهني للمستهلك، تتضمن معلومات يكون بالإمكان عن طريقها الاتصال بين الطرفين والتي تمس بالخصوص الهوية، العنوان، المميزات الأساسية للسلعة أو الخدمة، الثمن التكاليف، أساليب التسليم، تنفيذ العقد...وقد أكد هذا النص على ضرورة أن تكون هذه الوثيقة مكتوبة، ويمكن الاستعاضة بأية وسيلة يمكن أن تحتفظ بالمعلومات لمدة طويلة مثل الأقراص المضغوطة وهذا تماشيا مع تطور الإعلام الآلي.

[1] محمد بودالي، المرجع السابق، ص.84.

الفرع الثالث

حماية رضا المستهلك في عقود الإذعان

البند الأول : مفهوم عقد الإذعان

للوقوف على سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان سنتعرض بداية إلى تعريف عقد الإذعان (أولا) ، ثم إلى خصائصه (ثانيا).

أولا – تعريف عقد الإذعان

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الإذعان [1] في القانون المدني ، لذلك سنعرض بعض التعريفات التي خص بها الفقه هذا النوع من العقود.

حيث عرفه الأستاذ خليل أحمد حسن قدادة على أنه : "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة سلفا يضعها الطرف الآخر و لا يسمح بمناقشتها ، على أن يكون موضوع العقد محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه"[2].

و عرفه الأستاذ علي فيلالي على أنه : "عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله ، و يتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه و لا يقبل مناقشتها ، و ترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي"[3]. كما عرفه الأستاذ محفوظ لعشب بن حامد على أنه

[1] يعرف الإذعان لغة على أنه : يذعن ، إذعاناً ، الإذعان: الانقياد ، الرجل طاع و انقاد ، علي بن هادية وبلحسن البليش، القاموس الجديد،ط07، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991،ص.26.

[2] أنظر ، خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، ج. 1 ، ط. 02 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2005 ، ص. 27.

[3] – انظر،علي فيلالي ، الالتزامات،النظرية العامة للعقد، ط.2 ، موفم للنشر، الجزائر، 2005،ص.60.

"عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ، و يوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ، و يعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة "[1].

و من أمثلة عقود الإذعان التعاقد مع شركات التأمين ، شركات النقل ، شركة الكهرباء و الغاز شركة المياه ... إلخ ؛ ففي هذه العقود يعرض الموجب إيجابه بصورة حاسمة لا يقبل فيها النقاش ، و لا مناص للطرف الآخر من القبول لأنه يتعاقد مع محتكر للسلعة أو مرفق من ضروريات الحياة .

و تجدر الإشارة إلى أن أغلب التشريعات العربية تعرضت إلى عقد الإذعان دون وضع تعريف له كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري كما سبق الذكر إلا أن هذا الأخير قد نص في المادة 70 ق.م على كيفية حصول القبول في هذا العقد بقوله أنه : "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها".

فالمشرع الجزائري استعمل عبارة "مجرد التسليم" لإبراز ضعف الطرف المذعن ، فالتسليم يفيد الرضا النسبي للطرف المذعن لكونه قبل بالعقد و ليس أمامه حل آخر سوى عدم التعاقد ، كما استعمل المشرع عبارة "شروط مقررة" لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه ، بحيث لا يجوز للموجب له أن يقترح أي تعديل كان ، فله إما أن يقبل أو يرفض الإيجاب جملة واحدة.

و يطلق على عقود الإذعان في الفقه الفرنسي تسمية عقود الانضمام (Contrat d'adhésion) ، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة و هذه التسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة في العمل القانوني ، في حين أن الفقه العربي و على رأسهم الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري فيطلق على هذا النوع من العقود عقود الإذعان لأن الإذعان

[1] – انظر، محفوظ لعشب بن حامد ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري،ط.3، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر ،1999، ص.27.

يدل على الاضطرار في القبول ، و يعتبر الانضمام أوسع من الإذعان ، إذ يشمل عقد الإذعان و كافة العقود الأخرى التي ينضم إليها القابل دون مناقشة [1].

يتبين من خلال تعريف عقد الإذعان أنه يتميز بمجموعة من الخصائص سنتناولها فيما يلي:

ثانيا – خصائص عقد الإذعان:

يتميز عقد الإذعان بعدة خصائص تميزه عن بقية العقود ، و هي :

1/ أن يتعلق العقد بسلع أو خدمة تعد من الضروريات الأساسية ليس بالنسبة للفرد فقط و لكن بالنسبة للجمهور ، فالاحتكار لا يكون إلا بشأن سلعة أو خدمة لا يمكن لهؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم دون أن يلحقهم أذى و مشقة[2].

و تحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا ؟ يخضع لسلطة القاضي التقديرية باعتبارها مسألة واقع[3] .

2/ يجب أن يكون أحد طرفي العقد في موقع اقتصادي خوله احتكارا قانونيا أو فعليا[4] يعطيه القوة الاقتصادية بصورة واضحة مقارنة مع المتعاقد الآخر ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة بينه و بين غيره في تقديم السلعة أو الخدمة محدودة النطاق بسبب تفوقه الاقتصادي.

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 245 .

[2] أنظر ، عزت صلاح عبد العزيز محمد ، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، د.ط ، 2013 ، ص. 104 ؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 245.

[3] انظر، عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة،موسوعة القانون المدني المصري، ط.1،د. د. ن، القاهرة،1984، ص.207 .

[4] الاحتكار هو القدرة على فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عند التعاقد ، نظرا لأنه لم يجد بديلا عن المتعاقد المحتكر ولن يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة عما يفرضه عليه ، و الاحتكار نوعين : احتكار قانوني يكون بصدور قانون يخول شخص طبيعي أو معنوي حق احتكار السلعة أو الخدمة و احتكار فعلي يكون لرجحان القوة الاقتصادية لمقدم السلعة أو الخدمة ؛ حسن عبد الباسط جميعي أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، مصر ، د. ط ، 1990 ، ص. 104 – 108.

فالطرف القوي أي الموجب يضع وحده شروط العقد سلفا و لا يقبل مناقشة فيها فإما أن يقبلها المتعاقد الآخر برمتها أو يرفضها ككل ، و هو غالبا ما يضع شروطا تخدم مصلحته[1].

و غالبا ما ينذر وجود هذا العقد في ظل المنافسة الحرة لأنه يكون أمام المستهلك الحصول على السلعة أو الخدمة بشروط أفضل لدى أحد من المنافسين الذين تكون لديهم الرغبة في جلب أكبر عدد من الزبائن.

3/ عمومية الإيجاب ، أي أن الإيجاب في عقد الإذعان يكون موجه إلى الجمهور عامة أو فريق منه تتوفر فيه صفات معينة و ليس عرضا موجها إلى شخص معين بذاته ، و أن ينشر هذا الإيجاب بحيث يكون في وسع الجمهور الإطلاع عليه و بشروط مماثلة على الدوام[2].

و الملاحظ أن الإيجاب العام ليس قاصرا على عقود الإذعان ، فالبيع بأسعار محددة في المحلات الكبرى و البيع بالمزاد بقائمة شروط معينة هما من البيوع التي يصدر فيها الإيجاب عاما و لا تعتبر من عقود الإذعان.

و تعتبر العقود النموذجية[3] الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان نظرا لسهولة إفراغ الإيجاب الموجه للعامة في شكل مكتوب و معد لانضمام الطرف المذعن فقط.

و يكون القاضي أمام عقد إذعان إذا توافرت في العقد محل النزاع جميع الخصائص السابقة فإن لم تتوافر مجتمعة لا يعتبر هذا العقد عقد إذعان.

البند الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

[1] انظر،محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية ،دراسة مقارنة، ط.01، دار الفجر للنشر والتوزيع،القاهرة،2007، ص. 74.

[2] انظر،عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية، ج.01، دار النهظة العربية،1990، ص. 111 .

[3] العقود النموذجية : هي عبارة عن صيغ مطبوعة معدة مسبقا لبنود تتعلق بعقود ستبرم مستقبلا ، في ظروف موحدة توفيرا للوقت و الجهد و النفقات في عمليات التعاقد نظرا للتطورات الحديثة حيث تتميز المعاملات في وقتنا الراهن بالسرعة و الوفرة ، و ليست كل العقود النموذجية عقود إذعان ، فالبائع أو مقدم الخدمة لا يكون دائما محتكرا لها ، كما لا يمكن اعتبار كل السلع أو الخدمات من الضروريات اللازمة التي يمكن الاستغناء عنها.

تتفق اغلب الدراسات الفقهية إلى أن العقد الالكتروني يتميز بخصائص مثلها مثل عقد الإذعان، خاصة وأن المستهلك يدخل في عملية تعاقدية عبر شبكة الانترنت، حيث يجد بمجرد ولوجه للموقع الالكتروني معلومات وشروط محددة مسبقا تبين له جميع مواصفات الشيء المبيع والسعر،مما يجعل دخوله في العملية التعاقدية تسليم وخضوع للطرف الأخر (المحترف)، وعليه فان هذه الدراسة تنصب حول الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني من جانب تشابهه نوعا ما بهذا النوع من العقود.

لقد أثار موضوع الطبيعة القانونية لعقد الإذعان جدلا فقهيا كبيرا ، فهل يعتبر مركز قانوني منظم تنشئه إرادة الموجب و بالتالي يخضع للقواعد الخاصة بالمراكز القانونية أم أنه عقد كباقي العقود ؟.

هناك من الفقه[1] من يرى أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم تنشئه إرادة الموجب و بالتالي لا يخضع لما تخضع له العقود من قواعد ، ذلك لأن العقد يقوم على توافق إرادتين متساويتين و عن حرية و اختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان و رضوخ لإرادة الطرف القوي في العلاقة فالحالة القانونية قد نشأت من قبل بإرادة واحدة هي إرادة المذعن له أما الطرف الآخر (الضعيف) فليس أمامه إلا الخضوع لشروطه دون نقاش .

و لقد أرادوا بتكييفهم للعقد على النحو السابق أن يصلوا إلى عدم إخضاع عقود الإذعان في تفسيرها و تنفيذها لما تخضع له العقود من قواعد ، و لكن تخضع لقواعد خاصة بتفسير القانون و تطبيقه ، فلا يفسر عقد الإذعان بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، و إنما يجب أن يقتصر التفسير على إرادة من وضع شروط العقد ذلك الذي أذعن له الطرف الآخر ، و يجب من ناحية أخرى تطبيقه وفقا لمقتضيات العدالة[2].

[1] و هم من فقهاء القانون العام و على رأسهم الأستاذ سالي ، لتفاصيل أكثر راجع ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.247 ، عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص. 139 ؛ محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري،ط.03،ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون الجزائر،2006، ص. 31 و ما بعدها.

[2] انظر، محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2011-2012 ، ص. 153.

و عليه يرى هؤلاء الفقهاء بأن عقد الإذعان ليس عقدا بالمعنى الفني الدقيق و ينكرون عليه الصبغة التعاقدية لذلك يرتئون إخضاعه لقواعد خاصة بتفسير القانون و تطبيقه [1].

و لكن ما يؤخذ على هذا الرأي أن عقد الإذعان يعتبر عقد كسائر العقود ينعقد بتوافق إرادتين لا بإرادة واحدة ، و أن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد و لو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية.

و هناك جانب آخر من الفقه [2] من يرى بأنه عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين و يخضع لسائر القواعد التي تخضع لها العقود ، و يبررون موقفهم على أساس أن إرادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج أثرها إلا بعد تقابلها إرادة القابل لها و بذلك تساهم الإرادتين في إنشاء العقد ، و أن المساواة القانونية هي المطلوبة في العقد و ليست المساواة الاقتصادية ، فهذا التباين في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي ، فاتفاق إرادتين في العقد لا يعني بالضرورة أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل للآخر.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد كان موقفه حاسما فيما يتعلق بطبيعة عقد الإذعان إذ أضفى عليه الصفة العقدية بنصه في المادة 70 ق.م على أنه : "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها".

و نحن نرى في هذا الصدد أن عقد الإذعان هو عقد مثل باقي العقود يقوم على الإيجاب و القبول ، إلا أن ما يميزه عن غيره هو الحاجة إلى التعاقد للحصول على سلعة أو خدمة ضرورية ليس بالمقدور الاستغناء عنها ، لذلك يجد الطرف المذعن نفسه مضطرا لقبول الإيجاب ، فرضا وهو في الحقيقة موجود و لكنه مفروض عليه.

إذا لإعمال سلطة القاضي المنصوص عليها في المادة 110 ق.م لابد أن يبحث في عناصر العقد محل النزاع المطروح عليه ، فإذا كان متعلقا بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأساسية التي يصعب

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 247.

[2] و أغلبهم من فقهاء القانون المدني ، لتفاصيل أكثر ،أنظر ،عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص.283 ؛ عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص. 209 ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص. 139.

على المتعاقد الاستغناء عنها ، و كان أحد المتعاقدين محتكرا لما يدخل في موضوع العقد سواء كانت سلعة أو خدمة ، و سواء كان هذا الاحتكار قانونيا أو فعليا ، و كان هذا الأخير قد عرض هذه السلعة أو الخدمة على الجمهور وفقا لشروط مقررة سلفا ، و لا يقبل نقاشا فيها ، فإذا تأكد القاضي من توافر جميع هذه العناصر في العقد اعتبره عقد إذعان و انتقل إلى مرحلة البحث في جوهر الدعوى المتمثل في مدى تعسفية الشروط التي يتضمنها هذا العقد من أجل التدخل لإعمال سلطته التقديرية بتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها.

البند الثالث: حماية الطرف المذعن في عقد الاستهلاك الإلكتروني

يثور النقاش حول إن كان عقد الإذعان له نفس المفهوم للشرط التعسفي ،هذا الأمر كان قبل سنة 2009، كون أن قانون الاستهلاك القديم 89-02 لم يناقش هذه الفكرة، وقد كانت الأحكام العامة المنصوص عليها في المادة 110 تسري، لكن بظهور قانون الاستهلاك فقد ميز المشرع بنص خاص ومرسوم يحدد أنواع الشروط التعسفية وعليه فقد أصبح هناك كما نرى تمييزا واضحا بين النص العام والنص الخاص.

و مسألة الإذعان و التعسف بحقوق المستهلك الإلكتروني يمكن علاجها تشريعيا و بضمانات أخر ى تحمى المستهلك غي مواجهة المتعاقد القوي .

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

و يوفر هذا النص الحماية الكاملة و القوية للمستهلك بصفة عامة ضد الشروط التعسفية التي قد تفرض عليه من شركات الاحتكار ، إذ يملك القاضي دون غيره تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أو لا ، و تمتد سلطة القاضي إلى أن يلغي الشرط و يعفي الطرف المذعن منه وفقا لما تقتضيه اعتبارات العدالة ، و لذلك لا يجوز الاتفاق بين طرفي العقد على ما يخالف مضمون هذا النص بوصفه من القواعد الآمرة المتصلة بالنظام العام و يقع باطلا كل اتفاق لمخالفته النظام العام .[1]

إضافة إلى هذا ، فإن الفقرة 1 من المادة 112 مدني جزائري ، تنص أيضا على تفسير الشك لمصلحة المدين ، فيتدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف ، كما سؤول الشك لمصلحة المذعن سواء كان دائنا أو مدينا ، فالمفروض أن العاقد الآخر هو أقوى العاقدين و يتوفر على و سائل تمكنه عند التعاقد من فرض شروط واضحة بينه و بين المذعن ، فإذا لم يفعل ذلك بخطئه أو تقصيره تحمل تبعته كما أضافت المادة 112 مدني جزائري إجراء آخر لحماية المستهلك ، فلا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقد الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ، و في هذا الصدد نميز بين ثلاث حالات : إذا كانت عبارات العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طرق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ، أما إذا كانت غامضة ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء بطبيعة التعامل وفقا للعرف الجاري في المعاملات ، و في حالة الشك في اتجاه الإرادتين يتدخل القاضي لتعديل العقد بمنح أجل للمدين ، دون المساس بجوهر الالتزام .

فهنا يمكن للقاضي إعادة التوازن بين التزامات الطرفين في العقد حسب مقتضيات العدالة نتيجة الغبن و الاستغلال ، حيث يتدخل إذا كان هناك غبن معاصر لتكوين العقد بمعالجته فيعدل الشروط التعسفية .[2]

[1] عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق، ص.250.

[2] انظر، محفوظ لعشب، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990،ص. 149-152.

ثانيا– الحماية في القواعد الخاصة : لا يعترف القانون المدني الفرنسي بفكرة عقود الإذعان فالأصل في هذا القانون هو عدم الاهتمام بافتقاد التوازن العقدي بين المهني و المستهلك ، حيث يسود الرأي القائل أن " الشروط عادلة " ، فطالما تراضى الطرفان فهما يلتزمان مهما كان عدم التوازن الذي يتضمنه العقد .[1]

و لهذا فإن الحماية القانونية للمستهلك في فرنسا ، لم تتحقق من خلال القواعد العامة كما فعل المشرع الجزائري ، و إنما من خلال القواعد الخاصة في تقنين الاستهلاك الفرنسي الذي أقر إجراءات عامة في تفسير الشك لصالح المستهلكين من شأنها الحد من الشروط غير العادلة ، التي يدرجها المهني في العقد لصالحه ضد المستهلك ، و يكاد ما هـ منصوص في القانون الفرنسي تطابق مع نص المادتين 110 – 112 مدني جزائري ، بشأن عقود الإذعان .

ما نجد أن المجلس الفرنسي للاستهلاك ، قد أخذ في حسبانه المركز التعاقدي للمستهلك عند إبرامه عقد توريد خدمة الدخول إلى شبكة الانترنت ، فقرر أن " المبادئ العامة في تقنين الاستهلاك تنطبق على الأنشطة التي يقوم بها موردو خدمات الدخول إلى الشبكات " .[2]

و زيادة على هذا ، فإن المادة 132 – 1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي ، اعتبرت من قبيل التعسف الشروط التي تنشئ ، من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها ، اختلال عقديا مبنيا على عدم توازن الحقوق و الالتزامات ، ضد مصلحة المستهلك و بما يحقق مصلحة المهني ، و قد أوضحت ذات المادة أن هذا النص يعد محلا للتطبيق بصرف النظر عن شكل العقد أو الوسيط التي يتم من خلاله ، مما يعني انطباقه على العقد الإلكتروني .[3]

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

[1] عبدالفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.38.

[2] بدر أسامة احمد ، المرجع السابق، ص.119.

[3] بدر أسامة احمد ، المرجع السابق، ص .192.

تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون ، و يعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار 50.000 دج إلى خمسة ملايين دينار 5.000.000 دج "

الفصل الثاني

حماية المستهلك في مرحلة

تنفيذ العقد الإلكتروني

حتى تكون حماية المستهلك تامة على أكمل وجه وذلك في مختلف المجالات التي يتعامل فيها ،فانه يجب ضمان تحقيق رغبات المستهلك حسب ما يبرمه في مختلف تعاقداته، ولا يتأتى ذلك إلا إذا التزم الطرف الأخر بتنفيذ ما عليه من التزامات.

ولذلك فان جوهر حماية المستهلك يتم في حالة احترام ما يسمى بالالتزامات المتبادلة لطرفي العقد كالتزام المستهلك بالوفاء وتسلم المبيع والتزامات الطرف الأخر بنقل الملكية وتسليم المبيع كما يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق.[1]

كما يجب ضمان المبيع من العيوب الخفية واحترام حق المستهلك في العدول كما سنراه لاحقا.

أما في آخر البحث فإننا سوف نتطرق إلى السبل المتوفرة للمستهلك في حالة ما لم يكن راضيا ومقتنعا بتعاقداته ، سواء كانت ودية أو غير ودية.

حيث تطرقنا إلى التحكيم الالكتروني كسبيل ودي لحل ما يمكن أن يقع فيه من مشاكل لنتعرض بعده للقاضي الالكتروني الذي قد يكون وسيلة لاسترداد حقوق المستهلك بنفس الطريقة التي تعامل بها.

وفي الأخير سوف نوضح بعض التجارب الخاصة بحماية المستهلك سواءا دوليا أو عربيا، وكذا في التشريع الجزائري.

ولهذا سوف نقوم بدراسة الالتزامات المتبادلة لطرفي عقد الاستهلاك الإلكتروني (المبحث الأول) وطرق تسوية المنازعات الإلكترونية(المبحث الثاني):

[1] هناك رأي جانب من الفقه أن أحكام قانون الاستهلاك جزء من القانون المدني ،وجود ارتباط متبادل بين القانون المدني من جهة وقانون حماية المستهلك من جهة أخرى.

انظر،خالد ممدوح إبراهيم- حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص.166.

المبحث الأول

الالتزامات المتبادلة لطرفي عقد الاستهلاك الالكتروني.

في الحقيقة أنه من مصادر الإلتزام المتعارف عليها سواء فقهي أو قانوني العقد، [1]

هذا الأخير يرتب التزامات وحقوق على كلا طرفي العقد [2] وتعتبر التزامات الطرف الأول هي حقوق للطرف الثاني والعكس صحيح.

و لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى التزامات المستهلك من جهة (المطلب الأول) ثم ننتقل مباشرة إلى التزامات المهني من جهة أخرى (المطلب الثاني) وهي التي سوف نعطيها بالغ الأهمية لأن احترامها هي السبيل الأمثل لحماية المستهلك.

المطلب الأول

التزامات المستهلك

[1] الفصل الثاني من الباب الأول من القانون المدني الجزائري المعنون تحت مصادر الالتزام أشار إلى أهمية العقد كمصدر من مصادر الالتزام.

[2] تنص المادة 55 من ق.م.ج تنص على أنه: "يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا "
كما تنص المادة 57 من ق.م.ج على أنه ."يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له" .

رغم أن المستهلك هو الطرف الضعيف في التعاقدات و هو ما عرفناه سابقا مقارنة بالمهنيين والحرفيين الذين يتعامل معهم، إلا أن هذا لا ينفي عنه وجود الالتزامات واردة عليه والتي تعتبر حقا مشروعا للمتعامل معهم ، ومن هذه الالتزامات المفروضة على المستهلك الالتزام بالوفاء (الفرع الأول)والالتزام بتسلم المبيع (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الالتزام بالوفاء

إن التزام المستهلك بالوفاء ما هو إلا التزاما مقابلا لالتزام البائع بتسليم المبيع أو بتقديم خدمة،و يجوز للمهني إن يمتنع عن تقديم الخدمة أو السلعة ما دام الدائن لم يعرض الوفاء أو لم يقدم ضمانات كافية عن ذلك، وهو ما يعرف في القانون المدني بالحبس [1] والالتزام بدفع الثمن هو الالتزام الجوهري الذي يقع على المشتري .

و تجدر الإشارة إلى أنه يمكن إرجاء تحديد المتعاقدين للثمن إلى ما بعد ذلك.[2]

كما يمكن أن يقتصر تقدير ثمن البيع على تحديد الأسس التي يمكن بواسطتها تحديد الثمن فيما بعد

و إذا تم الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق فانه يتم الرجوع إلى سعر السوق الذي يتم تسليم المبيع فيه للمشتري في الزمان والمكان ، و في حالة عدم استحالة ذلك يتم الرجوع إلى سعر السوق

[1] تنص المادة 357 من ق.م.ج على أنه :"إذ لم يحدد المتعاقدين ثمن البيع، فلا يترتب عن ذلك بطلان البيع متى تبين من أن المتعاقدين قد نويا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة،أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما".

[2] تنص المادة 356 من ق.م.ج. على أنه : "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد.
وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان فإذا لم يكن مكان التسليم سوقا وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية".

وذلك في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي المتعارف عليها.

كما قد يتم اللجوء إلى معايير أخرى تدرج من الأول في العقد كاتفاق طرفي العقد على أن يتم تحديد الثمن من طرف شخص آخر أجنبي عن العقد.[1] أو الالتجاء إلى القضاء كسلطة عامة لتحديد السعر ومن أمثلتها التسعير الجبري، كما أن سعر البورصة يعتبر شكل خاص من أشكال اللجوء إلى سعر السوق أو تعيين الثمن في ضوء العرض الأفضل كما يمكن الاستعانة بمعايير شخصية لتحديد الثمن باللجوء إلى الإرادة المنفردة لأحد الأطراف...الخ.

وانه يجب الإشارة إلى أن الوفاء في العقود الالكترونية لا يتم الكترونيا فقط، وإنما في العديد من العقود الالكترونية مازال الوفاء عليها يتم مثلما تجري عليه العادة في العقود التقليدية مثلا كالنقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات.[2]

ومما سبق فقد يتم تكوين العقد الكترونيا والاتفاق على أهم ما يرد فيه الكترونيا إلا أن الوفاء يكون تقليديا، ويمكن أن يكون العكس، إذ ينعقد العقد تقليديا مثلا إلا أن الوفاء يكون الكترونيا نظرا للسهولة التي يتم به في الكثير من الأحيان .

وقد يحمل العقد الالكتروني الصبغة الالكترونية من بدايته وحتى نهايته وهو تنفيذه.

في حالة التنفيذ الالكتروني فإن ذلك لا يخرج في الغالب عن إحدى الوسائل التالية:

البند الأول: النقود البلاستيكية وبطاقات الدفع

أولا:النقود البلاستيكية –(بطاقات الائتمان المصرفية):

[1] حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ،ص .97.

[2] انظر،مناني فراح،العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري،دار الهدى،الجزائر،2009، ص.120.

وهناك عدة تسميات لهذه البطاقات، فقد نجدها تحت تسمية بطاقات الدفع الالكترونية ، وهي التسمية الشائعة، أو نجدها تحت مسمى بطاقات الائتمان أو بطاقات الاعتماد، وهي بطاقة تصدرها البنوك أو شركات خاصة كي تخفف عن عملائها عبئ التعرض إلى فقدان النقود الورقية أو تعرضهم للسرقة كما تسهل الدفع عن بعد عن طريق تقديم الأرقام السرية مباشرة، كما أنها تسمح في العديد من الأحيان باستخراج النقود الورقية عبر أجهزة مخصصة لذلك.[1]

ومن احدث صور البطاقات الالكترونية البطاقات الذكية SMART-CARTE ، وهي بطاقة لا تحتوي على النقد فقط، بل تحتوي أيضا على المعلومات الشخصية الخاصة بالمستخدم، كبيانات التأمين الاجتماعي، وبيانات رخصة القيادة، ومعلومات الرصيد في البنك، ومن أحدث صورها الموندكس MONDEX، وقد ظهرت في الأسواق عام 1990و أنتجتها مؤسسة ماستير كارد العالمية[2].

كذلك هناك بطاقات دفع الالكترونية أخرى متعامل بها ومن أهمها بطاقة الفيزا visa card وبطاقة الماستر master card.

وكما نعلم أنه من بين الصفات التي تكتسيها العقود الالكترونية، أنها عقود تتم عن بعد فان كانت تحتاج لالتقاء الطرفين لإتمام إجراءات الدفع الالكتروني عن طريق بطاقات الائتمان إلا انه في غالب الأحيان هي لا تحتاج لالتقاء الطرفين حتى لإتمام إجراءات الدفع إذ بفضل بطاقات الإئتمان يكفي ذكر بعض الأرقام السرية للمحترف والذي بوسائل خاصة يقوم بسحب النقود التي تقابل ذلك.

[1] Patrick frzer.plastic and electronic mony.wwood head.faulkmer-cambridge.usa.1985p.12 .

[2] خالد ممدوح ابراهيم،حماية المستهلك في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص.198.

ثانيا– بطاقات الدفع:

تعتبر بطاقات الدفع تلك البطاقات التي تعتمد على وجود أرصدة فعلية للعميل لدى البنك في صورة حسابات جارية كمقابلة المسحوبات المتوقعة للعميل حامل البطاقة ، وتتميز هذه البطاقات بأنها توفر الوقت والجهد للعملاء[1].

وهي نوعان، البطاقات العادية والبطاقات الذهبية، ويتم استخدام هذه البطاقات عن طريق نظام يطلق عليه خدمة الصارف الآلي، وهو نظام يتيح للعملاء حملة البطاقات التعاون مع حساباتهم في البنك وذلك في أي وقت وفي أي مكان.

البند الثاني: النقود الإلكترونية والشيكات الإلكترونية:

أولا–النقود الإلكترونية (monnaie électronique)

ويطلق عليها أيضا اسم النقود الرقمية، وهي تمثل صورة متطورة عن النقود و تعد الشركة الهولندية Digicash [2] مخترعة فكرة النقود الإلكترونية، وتتلخص فكرة هذه النقود أساسا على قيام الزبون بشراء عملات إلكترونية من البنك الذي يقوم بإصدارها و بالتالي تحل هذه العملات

[1] منابي فراح، المرجع السابق،ص.213.

[2] تأسست من قبل باحثين أمريكيين منهم Chaum David وتعرف digi cash حسب موقع الموسوعة العالمية الحرة على الانترنيت في الموقع الرسمي للموسوعة التالي, http :// en.wikipedia.org/wiki/digicas على أنه :

محل العملات العادية، و تسمى TOKENS و عند شرائه سلعة معينة من بائع يتعامل بالعملات الإلكترونية يقوم بإصدار أمر عن طريق الكمبيوتر بدفع الثمن، و يتم نقل العملات الإلكترونية المسجلة على حسابه الخاص بالبائع [1]. وعند وصول الأمر عبر الانترنت إلى البنك مصدر النقود الرقمية يقوم بخصم المبلغ من حساب الزبون وتحويله للبائع سدادا لثمن المشتريات.

و تستعمل هذه الطريقة خاصة عندما ترغب المؤسسات أو الأشخاص في ضمان أكبر قدر من السرية و الائتمان [2] .

ثانيا– الشيكات الإلكترونية:

تستخدم تقنيات الشيكات وهي متداولة في سويسرا واليابان خاصة، والتي أضحت تنافس الشيكات التقليدية، وهذا ما سمح بتوفير أرباح إضافية للبنوك، زيادة على الحفاظ على البيئة ويبقى الفرق بينهما هو احتواء هذا الأخير على نفس بيانات الشيك الورقي إلا انه محرر على دعامة الكترونية وهي تقوم في الأساس على وجود وسيط يقوم بعملية المخالصة.

و يتمثل الاعتماد على إجراء استعمال الشيكات الالكترونية كما سبق القول على وجود جهة تخليص يشترك لديها العميل (و في الغالب تكون هذه الجهة بنكا)، حيث يتم فتح حساب جاري بالرصيد الخاص بالمشتري ، و يتم تحديد توقيع إلكتروني و تسجيله في قاعدة بيانات . [1]

Digicash inc. Was an electronic currency corporation founded by david chaum in 1990. Digicash transaction s were unique [according to whom ?] in that they were anonymous due to a member of cryptographic protocols developed by its founder. Digicash declared bankruptcy in 1998 ; and subsequently sol dits assets to ecash, another digital currency company, wich was acquired by infospace on feb.19.2002

[1] انظر،سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة العارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص. 25.

[2] حيث أن الأطراف المتعاقدة لا تعرف بعضها بعضا، حتى بعد التسليم و الدفع، و لا حتى البنك الذي لا يمكنه معرفة نوع المعاملة أو موضوعها، و هذا ما دفع ببعض الخبراء إلى تسميتها بمعاملة الإمضاء الأعمى، La signature aveugle و إن كان للبنك بعض المعلومات يتم حفظها و تقديم إثبات لها في حالة الحاجة إلى ذلك.

و مع التطورات الحاصلة في شبكة الانترنت أصبح للشيك الإلكتروني مكانة لا يستهان بها، و هذا ما تناولته جريدة الرياض السعودية.[2] والوفاء بهذه الطريقة أصبح يقلل الخصومات وبعض الجرائم المعروفة في تحرير الشيك التقليدي.

و بعد أن تطرقنا إلى طرق الوفاء التي تتم إلكترونيا، فانه تجدر بنا الإشارة إلى أن القواعد العامة تبقى سارية المفعول في العقود العادية، و لذلك فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة في حالة وجود أي إشكال في الالتزام بالوفاء، طبقا للقواعد العامة فان التزامات المستهلك بالوفاء يخضع للقواعد الآتية:

1- الالتزام بدفع الثمن يكون في مكان تسليم المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف ينص على غير ذلك.

و إن لم يكن الثمن مستحقا بعد، فإن الوفاء يكون في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن.[3]

2- ينشأ الالتزام بالوفاء في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف ينص على غير ذلك، إلا أن المشتري بإمكانه أن يؤجل دفع الثمن و أن يحبس مقابل المبيع إذا ظهر ما يوحي أنه قد يفقد المبيع أو شك بوجود تعرض وشيك الحصول، و لكن هذا متوقف على عدم وجود شرط في العقد يمنع ذلك. [1]

---

[1] سمير عبد السميع الأردن، المرجع السابق، ص.25.

[2] المقال أدناه هو مقال منشور في النسخة الإلكترونية لجريدة الرياض السعودية الصادرة من مؤسسة اليمامة الصحفية الجمعة 11 رمضان 1426هـ / 14 أكتوبر 2005 م – العدد 13626، للأستاذ عائض البقمي، أستاذ القانون التجاري، بمعهد الإدارة العامة .

[3] تنص المادة 387 من ق.م.ج على أنه: " يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

3- للمشتري الحق في الانتفاع بالشيء المبيع و الانتفاع بكل إيراداته من يوم انعقاد البيع إن لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بعكس ذلك.[2]

4- يمكن للبائع أن يمسك الشيء المبيع عنده و أن يمتنع عن تسليمه إلى أن يقبض الثمن إلا إذا منح البائع له أجلا بعد البيع، كما يمكن للبائع أن يمسك الشيء المبيع حتى و لو لم يحل أجل الدفع المتفق عليه إذا خاف عسر المشتري مثلا أو إفلاسه. [3] وهي قواعد عامة منصوص عليها ضمن أحكام القانون المدني ولا مانع من تطبيقها كون لا يوجد ما يعارض هذا التطبيق وهذه الحالات.

5 – و تجدر الإشارة إلى أنه إذا تلف المبيع في يد البائع و هو ماسك به بعد وفاء المشتري بالثمن فإن التلف يتحمله المشتري الذي كان حري به دفع الثمن إلا إذا كان التلف من فعل البائع .[4]

6- و في حالة إذا تم تعيين أجل لدفع ثمن المبيع و تسلم الشيء، فإن البيع يفسخ لصالح البائع و دون إنذار إذا لم يدفع الثمن في الأجل المتفق عليه إلا إن وجد اتفاق يقضي بغير ذلك. [5]

7- نفقات التسجيل، و الطابع و رسوم الإعلان العقاري، و التوثيق و غير ذلك يتحملها المشتري ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك.[1]

---

[1] تنص المادة 388 ق.م.ج على أنه:" يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك.فإذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق أو آل من البائع، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له إن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر، و مع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع".

[2] تنص المادة 389 من ق.م.ج على أنه:" يستحق المشتري انتفاع و إيراد الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع، هذا ما يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك.

[3] تنص المادة 390 من ق.م.ج على انه:" إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق و لو قدم له المشتري رهنا أو كفالة هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع. يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع و لو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا لمقتضيات المادة 212"

[4] تنص المادة 399 من ق.م.ج على أنه :" إذا تلف المبلغ في يد البائع و هو ماسك له كان تلفه على المشتري ما لم يكن التلف قد وقع من فعل البائع".

[5] تنص المادة 392 من ق.م.ج على أنه:" في بيع العروض و غيرها من المنقولات إذا عين أجل لدفع الثمن و تسلم المبيع مفسوخا وجوبا في صالح البائع و دون سابق إنذار إذا لم يدفع الثمن عند حلول الأجل، و هذا ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك".

وهي قواعد عامة منصوص عليها ضمن أحكام القانون المدني، ولا مانع من تطبيقها في هذا المجال كون لا يوجد ما يعارض هذا التطبيق ولو بنص خاص أو اجتهاد قضائي.

الفرع الثاني

الالتزام بتسلم المبيع.

من المبادئ العامة المتعارف عليها في التشريع المدني أن عملية التسليم هي وضع البائع المبيع تحت تصرف المشتري و سنرى لاحقا أن البائع ملزم بتسليم المبيع، و ما يقابل هذا الالتزام هو واجب تسلم المشتري للمبيع، و التسليم قد يكون تسليما حقيقيا أي يتم بصورة فعلية و قد يكون حكميا أو افتراضيا. والتسليم قد يكون في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، إلا أنه يمكن لطرفي العقد الاتفاق على غير ذلك أو الاحتكام إلى العرف،[2] و هذا ما ذهبت إليه المادة 394 من القانون المدني الجزائري[3].

كما تجدر الإشارة إلى أن نفقات تسلم المبيع تكون على عاتق المشتري إذا لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك أو ما يعرف عرف ينص على عكس ذلك.[4]

و تسلم المبيع يتم بعدة طرق حسب الشيء المبيع، فمثلا تسليم منزل يكون بإخلائه من كل محتوياته و تسليم مفاتيح المنزل إلى المشتري.

---

[1] تنص المادة 393 من ق.م.ج على أنه:" إن نفقات التسجيل و الطابع و رسوم الإعلان العقاري، و التوثيق و غيرها تكون على المشتري ما تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

[2] مثلا العرف السائد في ميدان بيع السيارات المستعملة يشير إلى أن التسليم غالبا ما يتم في الولاية التي تحمل السيارة ترقيمها، و ذلك من أجل تسهيل التحقق من سلامة الوثائق.

[3] تنص المادة 394 من ق.م.ج على أنه :" إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري ان يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع و أن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلب عملية التسليم".

[4] تنص المادة 395 من ق.م.ج على أنه:" إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

و فيما يخص المنقولات فيكون تسليمها للمشتري هو الأساس لاعتبار أن المشتري تسلم الشيء المبيع.

و كل هذه القواعد هي في الأساس القواعد العامة للبيع و العقود و يمكن تطبيقها على العقود الإلكترونية مادام لا يوجد نص يقض بغير ذلك.

وعموما فانه إلى جانب التسليم الفعلي والحكمي في العقود الالكترونية يوجد التسليم المعنوي أو التسليم الالكتروني الذي يتم في الفضاء الالكتروني cyberspace أي تسليم المنتجات عبر شبكة الانترنت عن طريق تنزيلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالمشتري ويقصد بمصطلح التنزيل عن بعد téléchargement نقل أو استقبال أو تنزيل احد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الانترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل كتصميم هندسي أو موسيقي وهو ما يسمى في العقود الالكترونية بالتسليم المعنوي. بحيث يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط دون حاجة إلى العالم الخارجي[1].

المطلب الثاني

التزامات المهني

إن المستهلك في عقد الاستهلاك الالكتروني يحمى بواسطة الالتزامات المفروضة على المهني.

و لا يمكن الحديث عن حماية المستهلك سواءا في العقود التقليدية أو الإلكترونية دون الحديث عن التزامات المهني لأن احترام هذه الالتزامات يكرس الحماية المرجوة للمستهلك، لذلك سنتطرق بإسهاب إلى التزامات المهني تجاه المستهلك باعتبارها عصب و ضمان حقوق المستهلك من التزام بنقل الملكية وتسليم المبيع (الفرع الأول) و ضمان التعرض والاستحقاق (الفرع الثاني) وأخيرا الالتزام

[1] انظر، مدحت عبدالعال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، ص .124.

بالإعلام والسلامة (الفرع الثالث) وبالتالي فان التزامات المستهلك في عقد الاستهلاك الالكتروني يقابلها مجموعة من الالتزامات يتحملها البائع .

الفرع الأول

التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع:

من التزامات البائع المتعارف عليها فقها وقانونا أن ينقل ملكية المبيع للمشتري، و أن يمتنع عن أي عمل يمنع أو حتى يعيق أو يصعب من نقل تلك الملكية. [1]

و يمكن للبائع أن يشترط عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري حتى يتسلم الثمن كله من المشتري ، كالبيع بالتقسيط مثلا فإن المشتري يتسلم المبيع في غالب الأحيان إلا أن الملكية تبقى معلقة ثم دفع آخر قسط من الثمن، و في هذه الحالة يعتبر المشتري مالكا للمبيع من وقت البيع و ليس من وقت دفع آخر قسط.[2]

و انتقال الملكية يختلف حسب المبيع، فهناك ما يتطلب إجراءات شكلية معينة كالعقار مثلا، أين لا تنتقل الملكية إلا بالكتابة والشهر العقاري.

أما فيما يخص المنقول فإنه يجب التفرقة بين ما إذا كانت هذه المنقولات معينة بالذات أم معينة بالنوع، فالأولى يكفي لانتقالها مجرد العقد، بينما الثانية لا تنتقل إلا بعد عملية الفرز.

[1] تنص المادة 361 من ق.م.ج على أنه:" يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شانه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا".

[2] تنص المادة 363 من ق.م.ج على أنه:" إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله و لو تم تسليم الشيء المبيع. فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط، و مع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224. و إذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع. تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى ولو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار".

و باختصار فانه يجب لتحقق الالتزام من توافر ثلاثة شروط وهي:

1- أن يكون المبيع مملوكا للبائع.

2- أن يكون المبيع معينا بالذات، وإلا فإن الملكية لا تنتقل إلا بالفرز (إذا كان معينا بالنوع).

3- أن لا يكون البيع معلقا على فعل أو عمل ما.

و التزام البائع بنقل الملكية هو التزام بتحقيق غاية، بينما التزامه بالمحافظة على المبيع إلى أن يتم التسليم هو التزام ببذل عناية [1]، دون الحاجة للتأكيد طبعا أن هلاك أو تلف المبيع لدى البائع قد لا يتحمل مسؤوليته إذا كان هذا الإتلاف ناتجا عن حبس المبيع لدى البائع نتيجة عدم دفع ثمنه من قبل المشتري، و هذا ما ذكرناه سابقا.

و كل ما ذكر فيما يخص تسليم المبيع ما هو في الحقيقة إلا قواعد عامة أوردها القانون المدني تصلح للتطبيق على العقود الإلكترونية في مجملها، لأنه و كما أشرنا سابقا فإن التسليم و نقل الملكية يكون عادة فعل مادي يتم بنفس الطرق التي يتم فيها نقل الملكية في العقود التقليدية باستثناء الحالات التي قد يتم نقل الملكية فيها بطرق مختلفة، كأن يسلم الشيء المبيع مباشرة على الإنترنت كالملفات و برامج الكمبيوتر مثلا. و ما يعاب على العقود الإلكترونية هو عدم وجود أدلة أو آثار يتم الرجوع إليها في حالة الحاجة إلى ذلك، عكس ما هو موجود في العقود التقليدية مثلا، أين تكون مجمل العقود التي تبرم بين الأفراد محفوظة لدى الموثق مثلا و الذي يكون شاهدا عليها و بإمكان استخراج نسخ من العقود إن اقتضت الحاجة إلى ذلك.[2]

و من أجل التخفيف من حدة هذا الإشكال ظهر حديثا ما يعرف بالموثق الإلكتروني ، و هو عمل شبيه بالموثق التقليدي أين يتركز عمل هذا الموثق الإلكتروني على توثيق العقود الإلكترونية و حفظها

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 135.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الالكتروني، المرجع السابق، ص .140.

و العمل على إثبات مضمون المستندات و يكون شاهدا على ما يرد في هذه العقود، إلا أن هذا النوع من التوثيق يختلف عن التوثيق التقليدي لكون القائم به لا يعد موظفا عاما، بل هو مجرد طرف خاص و قد لا تعترف القوانين بعمله و سلطته في التوثيق.

تحدثنا فيما سبق عن التزام البائع بنقل الملكية، و لكي يقع هذا الالتزام على الوجه الأكمل لا بد من التسليم.

وقد عرف المشرع الجزائري التسليم في القانون المدني بأنه تمكين المشتري من حيازة المبيع و الانتفاع به و إن لم يتم التسليم ماديا.

و أحيانا أخرى يتم البيع دون التسليم كون المبيع موجود في حيازة المشتري، أو يتم البيع دون التسليم لعدم دفع الثمن مثلا. [1]

و يكتسي التسليم أهمية بالغة فهو التزام يرد على البائع ينتج عن العقد، و التسليم يسمح بمعرفة مالك و حائز المبيع و كذا من ترد عليه تبعة الهلاك، فإذا هلك المبيع لدى البائع يتحمل تبعة هلاكه دون الإخلال حول ما إذا حبس البائع المبيع لعدم وفاء المشتري بالثمن، ففي هذه الحالة يتحمل المشتري تبعة الهلاك كما أشرنا إليه سابقا. وهي قواعد ترد على التزام البائع بنقل الملكية في عقد البيع التقليدي أما بالنسبة لعقد البيع الالكتروني فانه من الممكن تطبيق نظام الموثق الالكتروني و اعتماد نظام السجل الالكتروني ليحل محل السجل العقاري التقليدي فقد ظهرت مهمة جديدة في مجال المعاملات الالكترونية و هي مهنة الموثق الالكتروني notaire électronique وهو عبارة

[1] تنص المادة 367 من ق.م.ج على انه:" يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه ماديا، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

و قد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

عن وسيط محايد و مستقل و موثوق فيه و قد يكون هذا الوسيط شخصا طبيعيا أو اعتباريا و تتركز الوظائف الأساسية للموثق الالكتروني في إثبات مضمون المستندات و العقود الالكترونية و توثيقها[1]

و التسليم إما أن يكون تسليما حكميا أم فعليا، أما التسليم الفعلي فهو يكون بوضع الشيء تحت سلطة و تصرف المشتري، و التسليم الفعلي ينقسم بدوره إلى نوعين، التسليم المادي و التسليم الرمزي، و الأول يكون تسليما ماديا حقيقيا أي يتسلم المشتري حقا المبيع و يتصرف فيه و ينتفع به.

أما التسليم الرمزي فلا يتسلم فيه المشتري المبيع ماديا و إنما يتسلمه بطريقة غير مباشرة كأن يتسلم أوراق المركب، أو أن يتسلم مفاتيح مخزن يحتوي على المبيع،....[2]

و التسليم الحكمي يعرف بأنه:" اتفاق على تغيير صفة الحائز للشيء المبيع، دون تغيير في الحيازة الفعلية للشيء محل التسليم".[3]

وفي العموم فإنه في التسليم الحكمي تنتقل الملكية دون تغيير في الحيازة، و هذا لا يخرج عن ثلاث فرضيات:

1 - يكون المبيع في حيازة البائع قبل البيع و بعد البيع تنتقل الملكية و لكن البائع يظل محتفظا بالشيء المبيع بصفة أخرى كمؤجر مثلا، كأن يبيع مثلا منزلا ما و يستأجره من قبل المشتري.

2 - في الحالة الثانية يكون المشتري حائزا للمبيع قبل البيع بصفة ما، كمستأجر مثلا، و بعد البيع يظل حائزا للمبيع و لكن تتغير الصفة هنا فيصبح مالكا.

3 - و في الحالة الأخيرة فإن المبيع يكون بحيازة شخص ثالث ليس بالبائع و لا بالمشتري و بعد البيع يظل دائما حائزا للمبيع و لكن بتغير مالك المبيع، فمثلا كان مستأجرا لعقار

[1] خالد ممدوح إبراهيم ،أمن المستهلك الإلكتروني،المرجع السابق ،ص. 171.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند. 306.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص.139.

من قبل البائع و بعد البيع يظل مستأجرا و لكن المؤجر يصبح المشتري بعد أن كان البائع هو المؤجر. [1]

و لو رجعنا إلى العقود الإلكترونية فإن التسليم قد يتم بالطرق التقليدية المذكورة آنفا و قد يكون التسليم إلكترونيا، أي يتم التسليم عن طريق التنزيل عن بعد downloadـ، أو ما يعرف بالفرنسية بـ téléchargement

و تجدر الإشارة إلى أن التسليم لا يعد قد تم إذا وجب تصديره للمشتري إلا بعد تمام ذلك، ما لم اتفاق على خلاف ذلك.[2]

كما أنه في حالة ما إذا هلك المبيع دون دخل للبائع في ذلك فإن البيع يسقط و يسترد المشتري الثمن، و إن سبق الهلاك إعذار من قبل البائع للمشتري بتسلم المبيع فإن الهلاك يتحمله المشتري.[3]

و في حالة ما إذا اتضح للمشتري قبل تسلم المبيع أن المبيع قد أصابه نوع من العيب أو التلف فهو مخير بين أمرين، فإما أن يطلب فسخ البيع إذا كان التلف جسيما و ما كان ليتعاقد لو حصل قبل البيع و إبرام العقد، كما يمكنه عدم فسخ عقد البيع شريطة إنقاص الثمن.[4]

و أحيانا كثيرة و خاصة في العقود الإلكترونية و التي هي موضوع الدراسة قد يقع لبس عندما يتسلم المستهلك سلعا دون أن يطلبها و قد يكون ذلك لما يكون المستهلك ينوي مجرد

[1] انظر، محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دار النهضة العربية،د.م.ن، 1991، ص. 31.

[2] تنص المادة 368 ق.م.ج على أنه:" إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

[3] تنص المادة 369 ق.م.ج على أنه:"إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع و استرد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع".

[4] تنص المادة 370 ق.م.ج على أنه:" إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، و إما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن".

الاستعلام عن سلع ما أو معرفة خصائصها فيفاجئ بعد عدة أيام بوصول السلع إلى مقر سكناه تعلمه بإمكانية الاحتفاظ بها مع دفع الثمن أو إرجاعها.

و تجدر الإشارة إلى أن إرسال بضاعة دون طلبها يعرض المرسل و المهني إلى عقوبة مدنية و جنائية، فمدنيا يمكن للمستهلك الاحتفاظ بالسلعة دون دفع ثمنها، و جنائيا قد يتعرض لعقوبة جنائية في هذا الخصوص.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية قامت بعض الولايات بتعديل قوانين حماية المستهلك بما يتلاءم حمايته في عقود الاستهلاك الالكتروني وعلى سبيل المثال فان تشريع ولاية كاليفورنيا بشان الأعمال والمهن نص على أن البائع ملزم بان يسلم المستهلك السلعة خلال 30يوما من خلال قيامه بالدفع وفي حالة التأخير عن تلك المدة يقوم البائع بإرجاع قيمة المبلغ المدفوع خلال أسبوع أو إرسال بضائع بديلة تعادل كفاءة البضاعة المطلوبة أو أفضل منها[1].

وقد جاءت المادة 14 من توجيهات المجلس الأوربي واضحة في هذا المجال إذ نصت على أنه: " على الدول الأعضاء في المجلس الأوربي أن تتخذ الإجراءات اللازمة لمنع هذه الطرق الخاصة بعرض البضائع و الخدمات على المستهلك دون سبق موافقته أو طلبها، و اعتبار أن عدم رد المستهلك لا يعني الموافقة على قبوله هذه المنتجات".

و لذلك فإن إرسال السلع إلى العملاء دون طلبها لا يعتبر إيجابا، و سكوت العميل لا يعتبر قبولا، و لكي يعتبر إرسال هذه السلع إيجابا لا بد أن تكون الظروف التي أحيطت بعملية الإرسال تدل على ذلك بشكل قاطع، كأن ترفق بالسلعة المقصودة قسيمة تدل على عملية البيع و ثمن السلعة و كيفية سداد الثمن و ما إلى ذلك من إجراءات مما لا يدع الشك للمشتري بأنه أمام عملية بيع و أن هذا ما هو إلا إيجاب يسبق القبول الذي يكون من قبله.

[1] Oliver Hanse*Susan Dionne(the new virtual money-law and practice, kluwer law international press 1999 p 116

الفرع الثاني

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.

يرتب العقد الالكتروني عموما وعقد البيع خصوصا إلزام البائع بضمان ملكية المبيع والاستفادة منه بطريقة هادئة وكاملة وهذا الالتزام يشمل كل العقود الناقلة للحق بعوض.

ويتفق معظم الفقه على فحوى الالتزام بضمان التعرض و هو "ضمان البائع كل فعل صادر منه نفسه أو من غيره، ويكون من شأنه المساس بحق المشتري في التمتع بملكية المبيع كله أو بضعه[1].

ومن هذا التعريف يتضح لنا أن ضمان التعرض لا يكون فقط عن الأفعال الصادرة منه فقط، بل يمتد إلى ضمان التعرض ضد الأفعال الصادرة حتى من الغير. والتعرض قد ينشا من البائع نفسه أو من الغير لذلك يجب التميز بين ضمان التعرض الشخصي (البند الأول) وضمان التعرض الصادر من الغير (البند الثاني).

البند الأول: ضمان التعرض الشخصي.

يشمل ضمان التعرض هنا بعدم التعرض للمستهلك بكل عمل مباشر مادي أو قانوني من شأنه حرمانه من الانتفاع و يقع على البائع التزام تجاه المشتري بأن يمتنع عن أي عمل يؤدي إلى الإنقاص من الانتفاع بالمبيع أو يؤثر في بعض الحقوق الواردة على المبيع[2].

ولذلك فإن التعرض الشخصي الذي يصدر من قبل البائع قد يكون كليا أو جزئيا، كما أنه قد يكون عملا ماديا أو تصرفا قانونيا. والتعرض المادي يكون عندما يقوم البائع بنفسه أي بصورة

[1] انظر، فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة، منشأة المعارف، القاهرة، د.س.ن،ص.167.

[2] تنص المادة 371 ق.م على أنه:"يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواءا 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 آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

مباشرة أو غير مباشرة بأي عمل يؤدي إلى نقص الانتفاع بالمبيع، وهنا يمكن للمشتري اللجوء إلى رفع دعوى على أساس إخلال البائع بالتزام عقدي وهو الالتزام بضمان التعرض الشخصي[1].

أما التعرض القانوني فيكون لما يطالب البائع المشتري بحق ما على الشيء المبيع بمختلف الطرق الممكنة في هذا المجال.

ويتوجب ضمان التعرض من قبل البائع تجاه المشتري في حالة توافر الشرطين الآتين:

1- وقوع التعرض فعلا، فاحتمال وقوعه لا يلزم البائع بضمان التعرض.

2- أن يؤدي التعرض إلى منع الانتفاع الكلي أو الجزئي بالمبيع[2]. ويستوي في ذلك أن يكون التعرض مبنيا على سبب مادي أو قانوني.

البند الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير.

البائع ليس ملزما بضمان التعرض الذي يصدر من قبله فقط، بل يلتزم بضمان التعرض الصادر حتى من الغير، كما أشرنا إليه آنفا. ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه.

وقد جاء نص المادة 371 من القانون المدني مؤكدا هذا القول حيث نصت المادة على أنه:

"يضمن البائع عدم التعرض للمشتري...سواءا كان التعرض من فعله أو من فعل الغير".

كما أن البائع يضمن عدم التعرض حتى لو أن حق الغير ظهر بعد البيع وهذا ما نصت عليه نفس المادة حينما أوردت: "ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع

[1] انظر،فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية،د.م.ن، 2001، ص. 174.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 146.

وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".والفرق الموجود بين التعرض الصادر من قبل شخص البائع وذلك الصادر من قبل الغير يكمن في أنه في الأول فإن البائع يضمن التعرض المادي والقانوني، بينما في الثاني لا يضمن سوى التعرض القانوني.

والبائع يضمن التعرض السابق أو اللاحق للبيع، بشرط أن يكون ذلك بتدخل البائع.

والبائع بإمكانه التحلل من الضمان إذا ثبت أنه قد أعلم المشتري به قبل البيع.

وبالتالي يمكن تلخيص الشروط التي بتوافرها اليوم يلزم البائع بضمان التعرض من قبل الغير فيما يلي:

1- أن يكون التعرض قانونيا، لأن التعرض المادي من قبل الغير لا يضمنه البائع، عكس ما إذا كان التعرض صادرا من قبله.

2- يستوي التعرض السابق واللاحق لعملية البيع، فالبائع يضمن كليهما إذا تسبب بذلك فيما يخص التعرض اللاحق بشرط أن يكون لسبب راجع إلى البائع نفسه.

3- توافر حسن النية، فالبائع لا يضمن التعرض إذا كان قد أخطر به المشتري وأظهره له[1].

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 147.

وإذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق فإن البائع ملزم بالتدخل ومساعدة المشتري بالحلول مكانه وإلا فإنه ملزم بتنفيذ التزامه عن طريق التعويض في حالة ما إذا أدى تعرض الغير إلى فقدان المبيع[1].

ويمكن للبائع في هذه الحالة أن يتحلل من التزامه بضمان التعرض والاستحقاق في حالتين:

1- إذا أثبت أن الحكم الصادر كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري[2].

2- إذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب، ففي هذه الحالة حتى إذا فقد المشتري المبيع واستحقه الغير فلا يمكنه الرجوع بالضمان على البائع إلا أن البائع لا يمكنه التحجج بعدم علمه بوجود الدعوى للتخلي عن الضمان إلا إذا أثبت أن تدخله كان سيؤدي حتما إلى رفض دعوى الاستحقاق.

والبائع ملزم بالضمان حتى ولو أن المشتري اعترف بحق الغير عن حسن نية حتى قبل صدور حكم قضائي إذا كان قد طلب من البائع الحلول محله، إلا إذا ثبت البائع أن الغير لم يكن محقا في دعواه[3].

وفي حالة ما إذا تعرض المشتري لدعوى واستطاع التخلص منها فإنه يتوجب على البائع أن يدفع للمشتري كل المصاريف التي بذلها في سبيل ذلك[1].

---

[1] تنص المادة 372 ق.م.ج على أنه:"إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله. إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان إلا إذا ثبت 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 الشيء المقضي فيه، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا ثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق"

[2] هذا ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 372 ق.م.ج والسابق ذكرها.

[3] تنص المادة 373 ق.م.ج على انه:"إن الرجوع بالضمان حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون ان ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه يحل بمحله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه".

في كل الأحوال فإنه في حالة نزع المبيع من البائع لأي سبب يحق للمشتري أن يطلب من البائع التعويض الكلي مع كل ما يلحق بذلك من مصاريف...[2].

هذه من القواعد العامة في ضمان التعرض والاستحقاق، و تنطبق على عقد البيع الالكتروني وعليه فان تعرض قد يكون مادي مثلا كقيام البائع المهني بزيارة فيروس داخل برنامج الكمبيوتر المبيع أو بتوجيه الفيروس عن بعد من خلال جهاز المودم الموجود داخل جهاز كمبيوتر المشتري(المستهلك) للانترنت مما قد يسبب تدمير كلي أو جزئي للنظام المعلوماتي لجهاز الكمبيوتر الخاص بالمشتري عند تشغيله هذا العمل يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المتعاقد بملكية للبرنامج وهو تعرض سابق على المبيع ولا يوجد في العقد أو في القانون ما يبرر ذلك التعرض مع ملاحظة أن التعرض في التعاقد الالكتروني ليس تعرض مادي ملموس بل هو تعرض معنوي غير ملموس[3].

وحتى في حالة النزع الجزئي للبيع، أو في حالة وجود تكاليف كبيرة، يستطيع المشتري الحصول على كل المبالغ المنصوص عليها في المادة 375 مقابل رده للمبيع والموال التي انتفع بها[4].

---

[1] تنص المادة 374 ق.م.ج على أنه:"عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر، فعلى البائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري ما دفعه من النقود أو قيمة ما أداه من شيء آخر من مصاريف الخصام".

[2] تنص المادة 375 من ق.م.ج على أنه:" في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فالمشتري أن يطلب من البائع:

- قيمة المبيع وقت نزع اليد
- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى المالك الذي نزع يد المشتري عن المبيع.
- المصاريف النافعة التي يمكن أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف القضائية الكمالية إذا كان البائع سيء النية.
- جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.
- وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

كل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله.

[3] انظر،عزة محمود احمد خليل ،مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، رسالة دكتوراه ،حقوق القاهرة، 1994، ص. 58.

[4] تنص المادة 376 من ق.م.ج على أنه:"في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتام العقد كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع".

يجوز للمتعاقدين الزيادة في الضمان أو إنقاصه أو إسقاطه تماما، طبعا فإن ذلك يقع باطلا لو تعمد البائع إخفاء حق الغير[1].

والاتفاق على عدم الضمان لا ينفي مسؤولية البائع إذا كان التعرض صادرا منه [2].

كما ذكر أعلاه فيما يخص التعرض هو يخص العقود العادية، ولكن يمكن القياس على ذلك وإسقاطه على العقود الإلكترونية.

فمثلا التعرض الشخصي من قبل البائع في العقود الإلكترونية فقد يتم بيع برنامج إلكتروني لشخص ما ويزرع في هذا البرنامج فيروسا مثلا، أو يحمي هذا البرنامج برقم سري لم يعطيه للمشتري، مما يعوق انتفاع المشتري بالمبيع.

وهذا التعرض رغم أنه معنوي إلا أنه يقاس في العقود العادية بالتعرض المادي الصادر من شخص البائع[3].

والتعرض من قبل الغير يتم لما يشتري شخص ما سلعة على الانترنت وقبل أن يستقبلها يفاجأ بمصادرتها من قبل الجمارك بحكم أنها ممنوعة في ذلك البلد، شأنه بعض الأدوية التي تكون مسموحة في بلد ما وممنوعة في بلد آخر ، ومثال ذلك خطر بيع الأسلحة النارية والأفلام المخلة

[1] تنص المادة 377 من ق.م.ج على أنه:"يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو أن ينقصا منه، أو أن يسقطاه. ويفترض في حق ارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري. ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير".

[2] تنص المادة 378 ق.م.ج على انه:"يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد يشنأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كلا اتفاق يقضي بغير ذلك. وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نوع اليد، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته".

[3] عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، المرجع السابق، ص. 58.

بالآداب أو المخدرات حيث أن العديد من المواقع على الشبكة تعرض للبيع هذه السلع الممنوعة [1] وهنا يمكن اللجوء إلى القواعد العامة فيما يخص ضمان التعرض والاستحقاق.

الفرع الثالث

الالتزام بالإعلام والسلامة

إن الاهتمام الآن لم يعد ينصب فقط على حماية الطرف الضعيف في التعاقد من عيوب الرضا بل يمتد إلى ضرورة اكتساب المستهلك فكرة واضحة ومفصلة حول ما سوف يتعاقد بشأنه حيث تلزم المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المحترف بإعلام المستهلك بكل المعلومات الخاصة بالمنتوج،[2] وذلك عن طريق وضع الوسم أو العلامات على المنتوجات أو أي طريقة أخرى، وبطريقة أخرى يمكن ذكر أوراق التعليمات والإرشادات التي ترفق عادة بالسلع.

والمنتج في هذه الحالة ملزم بإرفاق المنتوجات بالمعلومات التالية:

- الكم: ويشمل العدد والكيل والحجم.
- الكيف: ويشمل عناصر المواد وخصائصها وطريقة إنتاجها.
- النوع: ويشمل الاسم والشكل الذي تعرف به البضائع.
- اسم وعنوان الشخص المسؤول عن الإنتاج.
- تاريخ الاستهلاك.
- كيفية الاستعمال.

[1] ما نلاحظه أن بعض مواقع الويب الفرنسة المنتشرة على الانترنت والتي تقتصر العرض فقط على الدول الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية ، نفس الاتجاه تعمل به أمريكا من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا ، إيران.

[2] تنص المادة 17 من القانون 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق لـ 25 فبراير 2009، والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم".

- الإعلام بالأسعار.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع ألزم أن يكون الإعلام الذي يرفق السلع موضحا باللغة العربية أساسا، إضافة إلى لغات أخرى على سبيل الإضافة، كما يجب أن تكون هذه المعلومات مقروءة بوضوح ويستحيل محوها [1]. ويستند الالتزام بالإعلام إلى أن الحماية التقليدية للإرادة العقدية من خلال نظرية عيوب الإدارة لم تعد كافية نظرا لان هناك كثير من العقود يحتاج فيها المستهلك إلى حماية خاصة وفعالة بسبب طبيعة هذه العقود وذلك إما لأن احد أطراف التعاقد الالكتروني مهني محترف وإما لان المتعاقد الأخر ليس على دراية تامة أو قلة خبرة[2].

وفيما يخص سلامة وحماية المستهلك فإن المشرع قد أفرد بابا كاملا لحماية المستهلك، فقد جاء الباب الثاني من القانون 09-03 واضحا في هذا المجال حين نص في مواده من 04 إلى 08 على كيفية ضمان أمن وسلامة المستهلك فيما يخص المواد الغذائية.

بينما في الفصل الثاني فيشير إلى إلزامية أمن المنتوجات، حيث أن المادة 09 تشير إلى ضرورة توفر المنتوجات الموضوعة للاستهلاك على الأمن وأن لا تلحق أي ضرر بصحة المستهلك[3].

[1] تنص المادة 18 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذرة محوها".

[2] انظر، جمال عبد الرحمان محمد، المسؤولية المدنية للمتفاوض نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت ، دار النهضة العربية د.م.ن،2004، ص. 46.

[3] تنص المادة 09 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أنه:"يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتخلين".

كما يجب أن تكون المنتوجات سليمة وغير خطيرة عند استعمالها مع منتوجات أخرى أو من قبل فئات معينة، كخطر بعض المنتوجات على الأطفال مثلا[1].

إضافة إلى السلامة التي يجب أن تتوفر في المنتوجات، فإن المحترفين ملزمون بأن تكون منتجاتهم مطابقة وتستجيب للرغبات المرجوة من طرف المستهلكين[2].

وأكبر مشكل يعترض المستهلك في العقود الإلكترونية هي جهله للجهة التي يتعامل معها إذا وجب على المحترفين تقديم كل المعلومات التي تمكن المستهلك من معرفة الطرف الذي يتعامل معه، كما يجب على التشريعات البت في هذه المسألة الحساسة من أجل إضفاء نوع من الثقة في التعامل وهو ما ذهبت إليه بعض القوانين لما اهتمت بما يغرف لدى أهل الاختصاص بالتوقيع الإلكتروني كسبيل لحماية طرفي العقد.

ولقد عرفته لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة بأنه " مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة".

كما أوردت التعليمية الأوربية المؤرخة في 13 ديسمبر 1999 في المادة 2 منه تعريفا للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن :" معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط أو تتصل منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها".

---

[1] تنص المادة 10 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أنه:"يتعين على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتوج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص:

- مميزاته وتركيبيته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته.
- تأثير المنتوج على المنتوجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتوجات.
- عرض المنتوج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله وإتلافه، وكذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج
- فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتوج خاصة الأطفال.

تحدد القواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات عن طريق التنظيم".

[2] هذا ما نصت عليه المادتين 11 و12 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

ويقضي قانون الاستهلاك الفرنسي أنه على التاجر الإلكتروني الذي يعرض منتجاته عبر الانترنت أن يحدد الخصائص العامة الضرورية للمنتج أو الخدمة وعلى وجه الخصوص الخصائص الكيفية والكمية والمدة التي ستعرض فيها قطع الغيار في السوق والسعر بالعملة الفرنسية ورسوم التسليم وميعاده.[1]

ومن التعاريف التي اقترحها الفقهاء التعريف القا ئل بأن التوقيع الإلكتروني هو: " إتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونيا".

للتوقيع الإلكتروني صورتان شائعتان إحداهما التوقيع الرقمي (البند الأول) وآخر بيومتري (البند الثاني).

البند الأول: التوقيع الرقمي.la signature numérique

يطلق عليه أيضا اسم التوقيع الكودي Key based signature، تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفر يمكنه تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، ومعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع.

ثم يسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق autorités de certification.

البند الثاني: التوقيع البيوميتري signature biométriques:

[1] خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الالكتروني ،المرجع السابق ،ص. 191.

يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له أخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع.(مثلا كالتوقيع عند طلب جواز سفر بيومتري).

ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع، عن طريق قيام نفس البرنامج، الذي تم التوقيع بواسطته، بفك رموز الشفرة البيومترية، ومقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إن كان التوقيع صحيحا أم لا[1].

استعمل المشرع في تعريف الكتابة عبارة" أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها" والصحيح هو " أيا كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص... : quels que soient leur support .

واستعمل المشرع أيضا مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية، كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها[2].

ولتحقيق الحماية المثلى للمستهلك في العقود الإلكترونية وجب توفير دعامات موثوقة وقابلة للعودة إليها في أي وقت وهذا ما لا توفرها بعد الدعامات الإلكترونية مثلا كمواقع الإنترنت فلذلك فقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع

[1] كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان.

[2] في هذا الشأن يقول الأستاذ: Eric caprioli في موقعه غبر شبكة الانترنت www. Caprioli-avocats. com. :

Nous préférons également l'expression écrit

Sous forme électronique à celle d'écrit électronique car ce ne sont que les formes

De l'écrit qui changent et non sa nature, s'il peut exister plusieurs formes de Preuve littérale.

الانترنيت من الدعامات القابلة للاستمرار كونها دعامة تفتقر إلى هذه الخاصية فيما عدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التي لها قابلية للاستمرار وهو التعريف الذي جاءت به المادة 02 من هذا التوجيه بقولها "كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصيا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلا خلال فترة زمنية تتلاءم مع الأغراض التي من أجلها تم توجيه هذه المعلومات، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها[1].

وأكد القانون النموذجي للتجارة الالكترونية CNUDCI في مادته 03 إمكانية اللجوء إلى شخص ثالث كوسيلة لإضفاء الجدية على الوثيقة الالكترونية، إلا أنه أشار إلى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الإلكترونية وهي:

- تسيير الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الرجوع إليها لاحقا.

- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استملت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استملت.

- الاحتفاظ بالمعلومات، أن وجدت، التي تمكن من استبانة رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها[2].

[1] انظر،عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006، ص. 149.

[2] سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني، معاناة قاض، الجديد في أعمال المصاريف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية،ج01، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،ط. 2004، ص. 343.

المطلب الثالث

واقع حماية المستهلك في العقود الإلكترونية

لم تقتصر الحماية في العقود الالكترونية على طريقة إبرام العقد بل امتدت لتكريس هذه الحماية عمليا بما يتلاءم والتشريعات و لقد اهتمت معظم التشريعات بحماية المستهلك لذلك فقد أفرضت قوانينا ونصوصا تنظيمية تحميه من العيوب التي قد لا تظهر له أثناء التعاقد إلا بعد استلامه للمبيع وهو ما يعرف بضمان العيوب الخفية، وبعد التطرق إلى ضمان العيوب الخفية بوجه عام (الفرع الأول) سوف نتطرق إلى الضمان الوارد في القوانين التي تعنى بحماية المستهلك في التشريع الجزائري المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات (الفرع الثاني):

الفرع الأول

ضمان العيوب الخفية

إن المستهلك لما يتعاقد قد لا يكتشف أو يستبين ما يوجد بالمبيع من عيوب إلا بعد فترة، نظرا لعدم خبرته من جهة أو لكون العيب خفي وغير ظاهر، وهذا سواءا في العقود العادية أم العقود الإلكترونية، لذلك نجد أن المشرع قد أورد أحكاما خاصة كفيلة بضمان العيوب الخفية.

ولقد كان القانون المدني الجزائري واضحا في هذه المسألة عندما نص على أن البائع ملزم بالضمان إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به حسب ما هو مرجو من السلعة المشترية، إلا إذا كان المشتري عالما بذلك العيب أو كان بإمكانه علم ذلك لو بذل عناية الرجل

العادي ما لم يتعمد البائع إخفاء ذلك [1]، و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يعرف العيب الخفي كما عرفه قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة 4/544 حيث نص على أن العيب الخفي [2]هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر للمبيع ولا يتبينه الشخص العادي ولا يكشفه غير خبير ولا يظهر إلا بالاستعمال أو التجربة.

والعيوب التي قد تلحق بالمنتج يمكن ملاحظتها ومعاينتها بمختلف الزوايا التي يتم تبيان العيب منها.

فمن الناحية المادية، يعرف العيب الخفي بأنه ذلك: "العيب الذي يتلف الشيء أو يلحق به الهلاك ويؤدي إلى الانتقاص من قيمته أو منفعته".

وإذا ما عرفنا العيوب الخفية من الناحية الوظيفية فإنه يعرف بأنه: "العيب الذي يصيب الشيء في أوصافه أو في خصائصه بحيث يجعله غير صالح للغرض المعد من أجله".

ومن الناحية العقدية يعرف العيب الخفي بأنه: "تخلف صفة في المبيع إذا التزم البائع للمشتري وجودها فيه"[3].

وتجدر الإشارة إلى انه لرفع دعوى ضمان العيوب الخفية لا بد من توافر شروط لذلك منها أن يكون العيب مؤثرا، وأن يكون خفيا، وأن لا يكون المشتري عالما بالعيب، دون إغفال الميعاد الذي

[1] تنص المادة 379 من ق.م.ج على أنه: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى ش‌المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها. غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه".

[2] قد قضت محكمة النقض المصرية بان العيب الخفي هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع- طعن نقض رقم 102 لسنة 15 ق حكمته في 1974/12/04 مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في المواد المدنية ص. 341.

[3] V.Ghestinnj), conformités et garanties dans la vente, L.G.D.J.1983, p. 764.

يجب أن ترفع الدعوى خلاله. هذه الشروط تكفل قدرا اكبر من الحماية للمستهلك وتحافظ في نفس الوقت على استقرار المعاملات

البند الأول–شروط رفع دعوى الضمان:

أولا: أن يكون العيب مؤثرا:

يكون العيب مؤثرا إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقض من قيمته لدرجة أن المشتري ما كان ليتعاقد مع البائع لو علم بهذه العيوب[1].

وقد نص القانون المدني الفرنسي على ذلك أيضا عندما نص في مادته 1641 على أن "العيب يكون مؤثرا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث لو علمه المشتري وقت التعاقد لامتنع عن الشراء أو اشتراه بثمن يقل عن ثمنه".

ثانيا: أن يكون العيب خفيا:

فالبائع لا يضمن العيب إن كان ظاهرا، فالضمان يقتصر على العيوب الخفية فقط، كما أن العيب لا يكون خفيا إذا كان بإمكان المشتري لو بذل عناية الرجل العادي أن يتبين العيب الموجود[2].

ومن دراسة المادة 379 من القانون المدني الجزائري يتضح أن المشتري يستطيع التحجيج بالعيب الخفي إذا:

1- تعمد البائع إخفاء العيب.

[1] أنظر، في هذا الأمر المادة 379 من ق.م.ج.

[2] ارجع، في هذا الموضوع المادة 379 ق.م.ج.

2- إذا أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب.

ومتى ظهر العيب الخفي وجب على البائع ضمان ذلك دون التحجج بأنه لا يضمن ذلك العيب لأن طبيعة السلعة لا تقتضي ذلك، فالعبرة بكون العيب خفيا أم لا، وبمعرفة المشتري ذلك أم لا، وبإخبار البائع المشتري بذلك العيب أم تعمد إخفاؤه [1]. وفي القانون المدني الفرنسي فان نص المادة 1642 يفرق بين العيب الظاهر والعيب الخفي ولا يضمن البائع إلا العيب الأخير فقط ، ولعل السبب في تفسير ذلك أن استلام المستهلك للمبيع وعدم اعتراضه يعتبر قرينة على قبوله المبيع بالحالة التي عليها.

ثالثا: أن يكون المشتري عالما بالعيب.

فكما سبقت الإشارة فإن البائع لا يضمن العيوب حتى وإن كانت تلك العيوب خفية إذا كان المشتري عالما بذلك.حيث أن الفقرة الثانية من المادة 379 تنص على أنه: "غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت المبيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه".

[1] قرار المحكمة العليا في القضية رقم 202 – 940 الصادر في 1999/7/21 نص على أنه: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته. إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض طلب المدعي الرامي إلى إبطال البيع وإرجاع الثمن لعيب خفي بحجة أن البائع في مجال السيارات القديمة غير ملزم بالضمان جاء بتعليل خاطئ، لأن 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 إذا كان العيب المشار من طرف المشتري عيبا خفيا ينقص من قيمة المبيع أو لا".

لذلك فإن المشتري يتوجب عليه التحقق من خلو المبيع من العيوب لدى تسلمه المبيع وإخبار البائع بأي عيب يراه وإن اكتشف وجود عيوبا خفية وسكت عن ذلك فإن هذا يعتبر رضا عن تلك العيوب ولا يستطيع مطالبة البائع فيما بعد بالضمان، لأن جهله ينتفي في هذه الحالة[1].

و إذا وجد العيب الخفي وتحققت كامل الشروط المذكورة آنفا فإن البائع يعد ملزما بضمان العيب[2].

وبالتالي فإن المشتري مخير بين أمرين:

1- إما المطالبة بإبطال البيع إذا بلغ العيب حدا من الجسامة ما كان المشتري ليتعاقد بوجوده.

2- إما استبقاء المبيع وعدم إبطال البيع مع المطالبة بإنقاص الثمن، كما أن المشتري بإمكانه التمسك بدعوى الضمان حتى ولو هلك المبيع بأي سبب كان[3].

البند الثاني–ميعاد دعوى الضمان:

يجب على المستهلك بمجرد تسلمه للمبيع أن يفحصه وان يخطر البائع بما فيه من عيوب وعليه أن يخطره خلال مدة معقولة والتشريع أكد أن دعوى الضمان مقيدة بميعاد سنة من يوم التسليم، والعبرة ليس من تاريخ اكتشاف العيب بل من التسليم، فإذا اكتشف المشتري العيب بعد

[1] تنص المادة 380 من ق.م.ج على أنه:"إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقيق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالبيع.
غير أنه إذا كان العيب لم يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضيا بالمبيع، بما فيه من عيب".

[2] تنص المادة 381 من ق.م.ج على انه: "إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376".

[3] تنص المادة 382 من ق.م.ج على أنه: " تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب كان".

انقضاء مدة سنة فلا يجوز له رفع دعوى الضمان، إلا إذا أثبت أن البائع أخفى العيب غشا منه أو في حالة التزام البائع بالضمان لمدة أطول[1].

ويجوز للمتعاقدين الزيادة في مدة الضمان أو الإنقاص منها أو إسقاطها غير أن الاتفاق على إسقاط الضمان يكون باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب[2].

وتجدر الإشارة فيما يخص مدة الضمان وبميعاده إلى انه يجب على المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من ظهور العيب وأن يرفع الدعوى في أجل ستة أشهر من يوم الإعلام، إلا إذا كان هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك[3].

ويجب التنويه إلى أن الضمان لا يرد على إطلاقه، فهناك بعض البيوع مستثناة من الضمان قد أوردها المشرع، وهي البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا تمت بالمزاد العلني [4]، وتجدر الإشارة انه وفقا للقانون الفرنسي (المادة 1/1386) فان المنتج مسؤولا عن سلامة المستهلك الأمان الذي يمكن انتظاره من المبيع ولا يؤثر في ذلك حصول المنتج على التصريحات الإدارية من الجهة المختصة اللازمة لطرح المنتج للتداول أو إتباعه المعايير الفنية التقنية اللازمة وفقا لذلك فان الضمان العيب الخفي أشمل بكثير وفيه حماية متوسعة خاصة للمستهلك.

[1] تنص المادة 383 من ق.م.ج على أنه: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول. غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه".

[2] تنص المادة 384 من ق.م.ج على أنه: "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه.

[3] تنص المادة 386 من ق.م.ج على أنه:"إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره، وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه".

[4] تنص المادة 385 من ق.م.ج على أنه:"لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد".

الفرع الثاني

ضمان السلع والخدمات في قانون حماية المستهلك:

الضمان الذي تحدثنا عنه أعلاه وارد بالقوانين والقواعد العامة يمكن تطبيقه على العقود الإلكترونية، وهو ضمان العيوب الخفية.

إلا أن المشرع قد خص المستهلك بالضمان بموجب نصوص خاصة أين يلتزم البائع باستبدال السلعة أو تصليحها، وهذا الضمان أورده القانون الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش [1]. كما أن المادة 13 من نفس القانون قد نصت على إلزامية الضمان[2]. واعتبرت باطلا كل شرط يخالف ذلك.

كما أنه يمكن للأطراف الاتفاق في زيادة فترة الضمان دون إلغاء أحكام المادة 13[3].

ونظرا لكون القانون الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش حديث نسبيا فإن النصوص التطبيقية الخاصة به لم تصدر بعد، ولذلك فلا بأس بالعودة إلى النصوص التطبيقية الخاصة بالقانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وهذا ما أشارت إليه المادة 94 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في أحكامه الختامية[1].

---

[1] عرفت المادة الثالثة من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الضمان بأنه:"الضمان: التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب بالمنتوج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته".

[2] تنص المادة 13 من القانون المذكور أعلاه على أنه:" يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواءا كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون. ويمتد هذا الضمان إلى الخدمات. يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته. يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون | أعباء إضافية. يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم".

[3] تنص المادة 14 من نفس القانون على أنه:"كل ضمان آخر مقدم م المتدخل بمقابل أو مجانا، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه. يجب أن يتبين بنود وشروط تنفيذ هذه الضمانات في وثيقة مرافقة للمنتوج".

وقد نصت المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق لـ 15 سبتمبر سنة 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، على البيانات التي يجب أن تحملها شهادة الضمان المرفقة بالمنتوج وهي:

1- اسم الضامن وعنوانه

2- رقم الفاتورة أو تذكرة الصندوق وتاريخها

3- نوع المنتوج المضمون، لاسيما نمطه وصنفه ورقمه التسلسلي

4- سعر المنتوج المضمون

5- مدة الضمان

6- المتنازل له بالضمان عند الاقتضاء

7- العبارة الآتية: "يطبق الضمان القانوني في جميع الأحوال".

كما نصت المادة 16 من نفس المرسوم التنفيذي على مدة الضمان التي لا يجب أن تقل في أي حال من الأحوال عن 06 أشهر[2].

و هناك بعض المؤسسات والشركات تعرض مدة ضمان أكبر بكثير من 06 أشهر المفروضة قانونا في إطار حملاتها الإشهارية والعمليات الترويجية، ونذكر على سبيل المثال صانع السيارات الكوري الجنوبي KIA أين يعرض سيارات ذات ضمان يقدر ب 07 سنوات كاملة.

[1] تنص المادة 94 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "تلغى أحكام القانون رقم 89-02 المؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق لـ 07 فبراير سنة 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وتبقى نصوصه التطبيقية سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التطبيقية لهذا القانون التي تحل محلها".

[2] تنص المادة 16 م المرسوم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات على أنه: " لا يمكن أن تقل مدة الضمان عن ستة أشهر، ابتداءا من يوم تسليم المنتوج، ما لم يكن ثمة تنظيم يخالف ذلك، وتحدد في قرارات إن دعت الحاجة، مدة الضمان بكل منتوج أو جنس من المنتوجات".

ولقد نص المشرع على المد ة الدنيا التي يجب أن يتم فيها الضمان عن كل السلع، حسب الطبيعة التي تقتضيها كل سلعة.

للعلم فإن أحكام المرسوم التنفيذي 90-266 في طور الإلغاء، ولم يتبقى لذات المرسوم سوى مفعول سنة، قبل أن يتم تعويضه بأحكام المرسوم التنفيذي 13-327

المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق ل 26 سبتمبر 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ[1].

ولم يأت المرسوم التنفيذي 13-327[2]. باختلاف جوهري فيما يخص شروط وكيفيات ضمان السلع والخدمات، فقد عرف في مادته الثالثة الضمان كما تطرق إلى الضمان الإضافي الذي سمكن أن تنص عليه بعض التعاقدات حيث تعطي فترة أطول للضمان من تلك التي يستوجبها القانون دون أي زيادة أو إضافة لأي التزام مقابل[3].

وقد نص المشرع إلى أن تاريخ سريان مفعول الضمان يكون ابتداء من تاريخ تسليم السلعة أو تقديم الخدمة حسب نص المادة الخامسة من ذات المرسوم.

---

[1] تنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي 13-327 على أنه: "تلغى كل الأحكام المخالفة لهذا المرسوم، ولاسيما منها أحكام المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق 15 سبتمبر سنة 1990 والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات".

كما تنص المادة 26 من المرسوم التنفيذي 13-327 على أنه: :تدخل أحكام هذا المرسوم حيز التنفيذ بعد سنة واحدة (1) من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

[2] مرسوم تنفيذي 13-327 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26 سبتمبر سنة 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية 49، ص 16.

[3] تنص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 13-327 على أنه: "يقصد في مفهوم هذا المرسوم بما يأتي: **"الضمان"**: الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع (كل بند تعاقدي أو فاتورة أو قسيمة شراء أو قسيمة تسليم أو تذكرة صندوق أو كشف تكاليف أو كل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما) وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة.

"الضمان الإضافي": كل التزام تعاقدي محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك دون زيادة التكلفة.

بالإضافة إلى ذلك فقد أوردت المادة السادسة من المرسوم التنفيذي 13-327 البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة الضمان وهي:

- اسم أو اسم شركة الضامن وعنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء.
- اسم ولقب المعني .
- رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء و/ أو كل وثيقة أخرى مماثلة.
- طبيعة السلعة المضمونة، ولاسيما نوعها وعلامتها ورقمها التسلسلي.
- سعر السلعة المضمونة
- مدة الضمان
- اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان عند الاقتضاء.

والفرق الملاحظ بين المرسومين 90-266 و13-327 فيما يخص البيانات التي يجب أن تحملها شهادة الضمان، هو أن عبارة: "يطبق الضمان القانوني في جميع الأحوال". المذكورة في المرسوم الأول لم يعد منصوصا عليها في المرسوم الحالي، وقد يرجع هذا نظرا لنص العديد من المواد سواء في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أو المرسوم التنفيذي 13-327 على استفادة كل مستهلك من الضمان بقوة القانون وعدم إمكانية مخالفة هذا النص[1].

وينبغي التذكير أن المستهلك يستفيد من الضمان حتى في حالة فقدانه لشهادة الضمان أو لم يتسلم أصلا شهادة الضمان وهذا ما ذهبت إليه المادة التاسعة من المرسوم التنفيذي 13-327.

[1] تنص المادة 13 من القانون 09-03 على أنه: "يستفيد كل مقتن لأي منتوج...من الضمان بقوة القانون"
كما تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 13-327 على أنه: "ويتجسد هذا الضمان عن طريق تسليم شهادة الضمان للمستهلك بقوة القانون".

وفيما يخص مدة الضمان فإن المادة السادسة عشر من ذات المرسوم تنص على أنها لا يمكن أن تقل عن 06 أشهر وفيما يخص المواد المستعملة فإن مدة الضمان لا يمكن أن تقل عن 03 أشهر.

وفي حالة حصول ما يستوجب التعويض فإن المستهلك حسب المادة الثانية عشر من المرسوم 13-327 يستفيد دون أية مصاريف إضافية إما:

- بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة.
- باستبدالها
- برد ثمنها

وفي حالة العطب المتكرر، يجب أن يستبدل المنتوج موضوع الضمان أو يرد ثمنه.

ولا يستفيد المستهلك من الضمان حسب المادة 21 إلا بعد تقديم شكوى كتابية أو عن طريق أي وسيلة اتصال أخرى مناسبة، لدى المتدخل، الذي بإمكانه حسب ذات المادة من المرسوم طلب مهلة 10 أيام ابتداءا من تاريخ استلام الشكوى للقيام بمعاينة مضادة، وعلى حسابه.

وعندما لا ينفذ وجوب الضمان في أجل 30 يوما من تاريخ استلام الشكوى فيجب على المستهلك إعذار المتدخل عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام أو بأي وسيلة مطابقة

للتشريع المعمول به، وفي هذه الحالة فإنه على المتدخل القيام بتنفيذ الضمان في أجل 30 يوما ابتداءا من تاريخ التوقيع على الإشعار بالاستلام[1].

الفرع الثالث

حق المستهلك في ممارسة العدول

تعترف غالبية التشريعات التي نظمت التعاقد عن بعد ودول الاتحاد الأوربي على وجه الخصوص للمشتري عن بعد بالحق في العدول أو حق التراجع عن إتمام العقد وهي في حد ذاتها حماية للمستهلك و أن أهم ما يميز العقود الإلكترونية هو إمكانية العدول بدون أن يكون المستهلك ملزم بإعطاء أسباب أو دفع مصاريف إضافية سوى مصاريف إرجاع السلعة، وتكتسب العقود الإلكترونية هذه الميزة لكونها عقود تبرم عن بعد، وهذا ما اعترفت به نص المادة 12 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[2].

[1] أنظر في هذا الأمر المواد من 20 إلى 22 من المرسوم التنفيذي 13-327 المتعلق شروط وكيفيات ضمان السلع والخدمات. أنظر في هذا الموضوع الصفحة 29 وما بعدها.

[2] وتنص المادة 20 -121 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بـ القانون رقم 2005- 841 المؤرخ في 20 جويلية 2005 على أنه:
"Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétra justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour peut déroger à ce délai au cas où il ne pourrait se déplacer et où simultanément il aurait une prestation immédiate et nécessaire à ses conditions d'existence. Dans ce cas, il coni son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités.

Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou l'offre pour les prestations de services.

وقد وردت عدة تعار يف لحق العدول، فبعض الفقه عرفه بأنه: "سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر".

كما أن البعض عرفه بأنه: "أمر عارض محقق الوقوع يرد على العقود اللازمة فيفقدها اللزوم أثناء مدة الخيار، و به يستطيع أحد المتعاقدين أو كلاهما فسخ العقد أو إجازته بإرادته المنفردة".

ويعرفه الفقه الفرنسي على أنه: "بمثابة الإعلان عن إرادة مضادة يعتزم من خلاله المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها، واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل" [1]، كما قرر القانون الانجليزي حق المستهلك في العدول بموجب القانون الصادر عام the consumer crédit Act 1974 وهو نفس ما ذهب إليه التشريع المصري للقانون رقم 354 سنة 1954 وكذا القانون رقم 67 سنة 2006.

ويمكن أن نجمل خصائص الحق في العدول في 06 خصائص هي كفيلة بإعطاء نظرة ولو بإيجاز على الحق في العدول:

أولا–مجال الحق في العدول:

الحق في العدول يرد فقط على العقود الملزمة كالبيع والإيجار دون العقود الأخرى تعقد الوكالة مثلا، كما أن هذا العقد يرد فقط على العقود الصحيحة لأن العقد الباطل لا يرتب أي أثر.

Lorsque les informations prévues à l'article L. 12 1-19 n'ont pas été fournies, le délai d'ex rétractation est porté à trois mois. Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations mt mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le mentionné au premier alinéa.

Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, jusqu'au premier jour ouvrable suivant"

[1] أنظر، عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، منشأة المعارف، د.م.ن، 2004، ص. 76.

وإذا كانت عقود الاستهلاك الالكترونية هي وسيلة للمستهلك في الحصول على المنتجات والخدمات التي يرغب فيها، فلا شك أن نطاق العدول سوف ينصب على تلك العقود.

ثانيا–مصادر الحق في العدول:

يترتب هذا الحق إما عن طريق الاتفاق أو بنص قانوني.

ثالثا–وسائل ممارسته:

يكون ممارسة هذا الحق لصالح م ن قرر له هذه السلطة وبإرادته المنفردة دون الحاجة لموافقة الطرف الآخر ودون اللجوء إلى القضاء.

رابعا–سلطات ممارس الحق في العدول:

يمكن أن يمارس حق العدول حتى وإن لم يرتكب الطرف الآخر أي خطأ أو خداع ويمارس دون مقابل، ودون تبرير، لأن هذا الحق قد وضع لمعالجة تسرع المستهلك في التعاقد.

خامسا–توقيت الحق في الرجوع:

هو محدد إما باستعماله أو بفترة محددة أو بالتنازل

سادسا–إمكانية التنازل عن الحق في الرجوع:

يجب التفرقة حول السلطة التي أقرته، فلو تقرر حق العدول باتفاق الطرفين فيمكن التنازل عنه، بينما الإشكال يطرح إذا تقرر هذا الحق بقوة القانون، فهنا يتجه أغلب الفقه إلى عدم جواز التنازل عنه، وأنه يقع باطلا كل شرط يقضي بحرمان المتعاقد من حقه في ممارسة حقه في التنازل أو العدول[1].

[1] عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك ، المرجع السابق، ص. 770.

الفرع الرابع

أساس المسؤولية المدنية في قانون حماية المستهلك

تتلخص المسؤولية المدنية في طلب التعويض عن الضرر نتيجة مسؤولية المتعاقد والذي قد تكون مسؤوليته إما عقدية أم تقصيرية.

البند الأول:المسؤولية العقدية:

وتقوم على أساس الإخلال بالعقد المبرم بين طرفي العقد، وبالتالي يتم إجبار الطرف المتخلي على الالتزام بالعقد، و في القانون المدني الجزائري تم تنظيمها في المواد 174 وما يليها ، وتقوم هذه المسؤولية على أساس فسخ العقد، أو إبطاله أو إنهائه أو عدم تنفيذه ولا مانع من تطبيق القواعد العامة على العقد الالكتروني لعدم وجود ما لا يتعارض مع هذه القواعد.

البند الثاني: المسؤولية التقصيرية

تقوم على أساس الإخلال بالتزام قانوني وهو عدم الإضرار، وعصب هذه المسؤولية في القانون الجزائري هي المادة 124 من القانون المدني والتي تنص على أنه: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" ، وقد تم تنظيمها في القانون المدني الجزائري في عدة صور : المسؤولية عن الخطأ الشخصي ، المسؤولية المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق، المسؤولية المتعلقة بأعمال الغير.

وتقوم مسؤولية المحترف إذا اخل بواجباته تجاه المستهلك، خاصة التي سبق ذكرها من التزام بالإعلام والسلامة وما إلى ذلك، بالإضافة إلى التزامه بالضمان سواءا الضمان القانوني أو الضمان الاتفاقي[1].

وقد نص القانون الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش على العديد من الالتزامات التي تكون على عاتق المحترف تجاه المستهلك من التزام بالسلامة والأمن، إضافة إلى الالتزام بخدمة ما بعد البيع وكذلك بالضمان والإعلام[2].

لقد جاء القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بعدة تدابير لحماية المستهلك.

فقد خصص الفصل الأول من الباب الثاني للحديث عن إلزامية النظافة الصحية للمواد الغذائية[3].

كما تحدث في الفصل الثاني عن إلزامية أمن المنتوجات [4] ليتطرق إلى الحديث عن إلزامية مطابقة المنتوجات في الفصل الثالث[5] كما أفرد الفصل الرابع للحديث عن إلزامية الضمان وخدمة ما بعد البيع[6] كما نص على ضرورة إعلام المستهلك في الفصل الخامس[7].

[1] الضمان القانوني: هو الضمان الذي يكون بقوة القانون وفرضه المشرع في قانون حماية المستهلك وقمع الغش. بينما الضمان الاتفاقي هو ذلك الضمان الذي قد يتفق عليه المستهلك مع المحترف بزيادة فترة الضمان مثلا، دون الإخلال بالمدة المحددة قانونا، وغالبا يتم الزيادة في مدة الضمان القانونية في الضمان الاتفاقي لجلب ود المستهلكين واكتساب ثقتهم.

[2] انظر في الموضوع القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[3] انظر المواد من 04 إلى 08 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[4] انظر المواد من 09 إلى 10 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[5] انظر المواد من 11 إلى 12 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[6] انظر المواد من 13 إلى 16 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[7] انظر المواد من 17 إلى 18 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

ولم يهمل المشرع في نفس القانون الحديث عن المصالح المادية والمعنوية للمستهلكين، وجمعيات حماية المستهلكين في الفصلين السادس والسابع من نفس الباب[1].

ولم يخلوا ذات القانون عن الحديث عن إجراءات الرقابة وقمع الغش ومراقبة الجودة والاستعانة بالخبراء في سبيل ذلك، بالإضافة إلى الإجراءات التحفظية والأخذ بمبدأ الاحتياط للحفاظ على سلامة المستهلكين.

المبحث الثاني

طرق تسوية المنازعات الالكترونية المتعلقة بالمستهلك.

ذكرنا فيما سبق كل ما يرد على الحماية المتعلقة بالمستهلك خصوصا قبل وقوع ما يشوب هذه العقود من عيوب تلحق سواءا بإرادة المتعاقدين أو عيوب خفية وكيفية تفاديها ولكن في حالة وقوع المتعاقد في هكذا حالات فإنه قد يلجأ في بعض الأحيان إلى حلول ودية لدرء هذه النزاعات أو حلول قانونية.

ولذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى التحكيم الإلكتروني كحل ودي (المطلب الأول)، ثم التفاوض الإلكتروني (المطلب الثاني) لنخلص في الأخير إلى ذكر بعض الهيئات والجمعيات التي تعنى بحماية المستهلك.

[1] انظر المواد من 19 إلى 24 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

المطلب الأول

التحكيم الإلكتروني

أهم ما يحكم العقود هو مبدأ سلطان الإرادة ، فلذلك فإنه يمكن للأطراف المتعاقدة أن تضمن في العقد إمكانية أو لزومية اللجوء إلى التحكيم وتحدد في هذا العقد الجهات التي يتم اللجوء إليها أو المعايير التي تسمح بتحديد تلك الجهة[1].

الفرع الأول

تعريف التحكيم الالكتروني

ويعرف التحكيم بأنه ذلك الاتفاق الذي يكون بمقتضاه يتعهد الأطراف بان يتم الفصل فيه في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها.

ويكون اتفاق التحكيم دوليا إذا كانت المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية[2].

ولم يهمل بعض المشرعين العرب إعطاء تعريف واضح ومحدد للتحكيم حيث أن المشرع المصري يعرف التحكيم بأنه:

[1] تنص المادة 21 من القانون المدني الجزائري على أنه:

" لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر"

ومن هنا يتضح أنه يمكن الاتفاق على خلاف قواعد الاختصاص المذكورة في القانون الجزائري، خصوصا في حالة وجود معاهدات تنص على التحكم الدولي مثلا.

[2] انظر، حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي،د.م.ن، 1998، ص.14.

"اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية[1].

وقد نص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية اللجوء إلى التحكيم باستثناء طبعا المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

وتجدر الإشارة إلى أنه لم يكن يسمح للأشخاص الاعتبارية العامة أن تطلب التحكيم سابقا إلا أنه وبعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية تم السماح للأشخاص المعنوية العامة طلب التحكيم في علاقاتها الاقتصادية الدولية وكذا فيما يخص الصفقات العمومية[2].

ويفسر رفض أصحاب القرار في الدولة الجزائرية رفض اللجوء إلى التحكيم الدولي في الكثير من الأحيان إلى سببين رئيسيين:

***سبب سياسي**: رفض الدولة التخلي عن اختصاصها وهو إقامة عدالتها بنفسها، حيث أن جل دول العالم الثالث آنذاك ترى في التحكيم تدخلا في الشؤون الداخلية للدول.

***سبب قانوني** :يتمثل أساسا في انعدام السند القانوني الذي يعتمد عليه للجوء إلى التحكيم الدولي[3].

حيث أن أحكام النص القديم للإجراءات المدنية وفي مادته 442 من الأمر 154-66 تنص صراحة على منع الدولة والأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى هذا الإجراء[4].

---

[1] هذا ما نصت عليه المادة 10 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، قانون التحكيم المصري.

[2] تنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:

" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

[3] منتدى الجزائرية للحقوق والقانون www. Law-dz.com.

[4] نصت المادة 442 من الأمر 154-66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية القديم على أنه:

ويكون التحكيم دوليا إذا كان يخص نزاعات تتعلق بمصالح دولتين على الأقل[1].

وبعد كل هذه التوضيحات حول التحكيم يمكن القول أن التحكيم الإلكتروني غير مختلف عن ذلك إلا أن الطريقة التي يتم بها تكون مختلفة نوعا ما إذ أنه يتم عبر وسائط إلكترونية وشبكة اتصالات مثل الانترنت فهو لا يحتاج إلى التواجد المادي للأطراف.

ولقد ظهرت مراكز متخصصة في التحكيم الإلكتروني ونذكر من بين هذه المراكز:

***جمعية المحكمين الأمريكيين**:التي اعتنت بنظام القاضي الافتراضيVirtual magistrate

***محكمة التحكيم الإلكترونية**: وهي محكمة تابعة للمنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية wipo.

***المحكمة الافتراضية لكلية الحقوق بجامعة مونتريال**: حيث وضعت الجامعة الكندية هذه المحكمة الافتراضية من أجل الاعتناء بالتجارة الإلكترونية وتسوية النزاعات التي قد تنشأ عنها[2].

ومن أجل التسريع من وتيرة الإجراءات قامت بعض المراكز بإنشاء أسلوب التحكيم المعجل expdited arbitration .

وظهر هذا النظام في عام 1998 ويبدأ هذا النظام بمجرد نقرة لنموذج معد سلفا أين لا تتجاوز القضية مدة شهر من تاريخ بدء الإجراءات[3].

" لا يجوز للدولة أو الأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

[1] تنص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:

" يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 321 .

[3] انظر،محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت دار الثقافة الأردن،د.م.ن، 2002، ص. 58.

الفرع الثاني

المشاكل التي يثيرها التحكيم الإلكتروني.

في حقيقة الأمر فإن اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني وإن كان لا يختلف كثيرا عن التحكيم في العقود الأخرى، إلا أن ذلك لا يخلوا من بعض المشاكل التقنية الخاصة أساسا بالطبيعة الخاصة للعقود الإلكترونية التي تتم عن بعد وإشكالية الكتابة وما إلى ذلك.

ولذلك سنحاول أن نذكر بإيجاز أهم ما تكتسبه العقود الإلكترونية من إشكالات فيما يخص التحكيم.

البند الأول: اشتراط الكتابة في التحكيم

إن أغلب التشريعات تتطلب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا.

ويشترط المشرع الجزائري وجوبا أن يثبت شرط التحكيم سواءا في الاتفاقية الأصلية أو في وثيقة تسند إليها بالكتابة وإلا كان باطلا[1].

والإشكال المطروح في هذه الحالة هو، هل المقصود بالكتابة على الدعائم الورقية التقليدية فقط، وإن كان كذلك فما مصير العقود الإلكترونية التي تتم على دعائم إلكترونية.

يرى أغلب الفقه أنه لا ضرر أن يكون شرط التحكيم مكتوب على دعائم إلكترونية فيما يخص العقود الإلكترونية، ما دامت هذه الكتابة تحقق نفس الهدف المرجو من الكتابة التقليدية، بحيث تكون مرجعا يتم العودة إليه في أي وقت.

[1] تنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه:
"يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تسند إليها.
يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم".

وقد اتفق مع الرأي القائل بإمكانية أن يكون شرط التحكيم مكتوب على دعائم إلكترونية، قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 حيث ينص على أنه:

شرط الكتابة يتحقق في أي وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية ما دامت توفر تدوينا أو تسجيلا للاتفاق (مثل الأسطوانات والشرائط الممغنطة).

ومن ذلك يمكن القول أن نص المادة التي ألزمت كون شرط التحكيم يجب أن يكون مكتوبا يمكن تفسيرها الواسع واعتبار الكتابة يمكن أن تتم على دعائم إلكترونية، وإن كان البعض يرفض هذا رفضا قاطعا، واعتبر شرط الكتابة المقصود هو الكتابة الورقية فقط، ولذا وجب وضع تعديل يسمح و ينص بوضوح على الكتابة الإلكترونية لشرط التحكيم تفاديا للتأويلات وتسهيلا للإجراءات.

البند الثاني: الحضور الافتراضي لأطراف النزاع

النزاعات التقليدية تستوجب الحضور المادي للأطراف، إلا أنه فيما يخص التحكيم الإلكتروني فحضور الأطراف هو افتراضي مما يجعل البعض رافضا لهذه الفكرة بحجة أن الحضور الافتراضي لا يدل على حضور الأطراف بأمر قطعي وبالتالي لو تم التسليم بهذا الحضور فإن الكثير من المتقاضين قد يفقدون حقوقهم باعتبارهم حاضرين دون أن يعلموا بذلك.

ويرى الدكتور محمود محمد لطفي أن:

"مسألة الحضور الافتراضي في التحكيم الإلكتروني وخاصة الواردة على نزاعات التعاقدات الخاصة بالمصنفات الرقمية المختلفة وغيرها من العقود، يجب أن يكون لها حل على أرض الواقع و إقترح بأن يكون من الطبيعي أن لكل شخص بجانب شخصيته الطبيعية شخصية افتراضية لها

سمات وتعريفات إلكترونية، يتم تأمينها بطرق كتأمين التوقيعات الإلكترونية بمقتضى التشريعات الصادرة[1].

البند الثالث: الحجة التنفيذية لقرارات التحكيم الإلكترونية

كما ذكرنا سالفا فإن التحكيم لم يكن ذا عبرة أو قوة واعتبار لدى جل التشريعات خاصة العربية منها، كونها تحمل حساسيات سياسية وقانونية، إذ تعتبر أن التحكيم يمكن أن يمس سيادة الدولة، وهذا فيما يخص التحكيم العادي فما بالك بالتحكيم الإلكتروني الذي يكون دوليا في أغلب الأحيان.

ولذلك فإنه يستعصي على الأقل في الوقت الحالي تنفيذ هذه الأحكام الإلكترونية وإعطائها صبغة تنفيذية، ولكن مع تطور القوانين والتشريعات والاتفاقيات الدولية يمكن تصور تغير ذلك في المنظور القريب.

وفي الوقت الراهن يمكن الاستناد إلى الأحكام الواردة فيما يخص التحكيم بالوجه العادي في هذه المسائل[2].

[1] موضوع تحت عنوان إمكانية التحكيم الإلكتروني في نزاعات عقود المصنفات الرقمية منشور في منتدى د.شيماء عطا الله على الموقع الإلكتروني التالي: WWW.SHAIMAAATALL.COM

[2] تنص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

المطلب الثاني

التقاضي الإلكتروني

قبل التطرق إلى الخصومة الإلكترونية فإنه يمكن تعريف الخصومة القضائية بوجه عام على أنها: "أن يكلف شخص خصمه بالحضور أمام القضاء ليقتضي منه حقا ثابتا أو مزعوما، وليحصل لنفسه على حكم باحترام هذا الحق أو رده[1].

ومن هذا التعريف العام فإن الخصومة القضائية الإلكترونية غير بعيدة عن هذا المفهوم، فهي حق كل شخص أن يرفع للقضاء كل خصومة، ولكن بتقنيات إلكترونية، كالبريد أو وسائل دفع أخرى مشابهة.

وبوجه التحديد فإنه يمكن تعريف التقاضي الإلكتروني على أنه: "تكليف شخص بالمثول أمام القاضي ليقتضي من خصمه حقا ثابتا أو مزعوما باستخدام وسائل إلكترونية وعبر شبكة اتصالات"[2].

الفرع الأول

رفع الدعوى الإلكترونية أمام القضاء

الدعوى هي الوسيلة التي يلجأ إليها المتقاضي والتي بواسطتها يستطيع من تعرض إلى تعدي يحميه القانون أن يسترجعه.

البند الأول: تعريف الدعوى الإلكترونية

[1] أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط.06،د.م.ن،د.س.ن، ص. 28.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني (الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 18.

ويمكن تعريف الدعوى القضائية على أنها: " سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق موضوعي أو حمايته"[1].

وبعد أن عرفنا الدعوى القضائية فإنه يمكن القول أن الدعوى الإلكترونية لا تختلف كثيرا عن الدعوى القضائية إلا عبر الوسائط التي يتم بواسطتها رفع الدعوى الإلكترونية، وهي بذلك تعرف على أنها:"سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق موضوعي أو حمايته ولكن تتم عبر وسائط إلكترونية ومن خلال شبكة الانترنت"[2].

وتحاول معظم الدول المتقدمة جعل إمكانية رفع الدعوى إلكترونيا واقعا لما في ذلك من فوائد تقنية وقانونية على المتقاضين من جهة، وعلى أجهزة العدالة من جهة أخرى.

والدعوى الإلكترونية يمكنها أن تسهل اللجوء إلى العدالة وتحفظ حقوق المتقاضين كما أنها تسمح بتخفيف الضغط عن المحاكم.

والحديث عن الدعوى الإلكترونية يدفعنا إلى الحديث طبعا عن الأجهزة التي يؤول إليها الاختصاص في هكذا نوع الدعاوى، ولذا سنورد تعريفا مقتضبا للمحاكم الإلكترونية التي هي الجهاز الأساسي والضروري الواجب توافرها للاعتراف بالدعوى الإلكترونية، وإعطائها دورها القانوني.

البند الثاني: المحاكم الإلكترونية:

العمل بالدعوى الإلكترونية يدفعنا حتما إلى الحديث عن المحاكم الإلكترونية، ويعتبر مفهوم المحاكم الإلكترونية مفهوم حديث نسبيا، وعملها يتم عن طريق:

[1] أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف،د.م.ن،1961، ص .98.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني ،المرجع السابق، ص. 21.

"مباشرة مجموعة من القضاة نظر الدعاوى والفصل بها بموجب تشريعات تخولهم مباشرة الإجراءات القضائية بتلك الوسائل مع اعتماد آليات تقنية فائقة في الحداثة لملفات الدعاوى والتي سيتم تدوين الإجراءات القضائية من خلالها (برمجة الدعوى الإلكترونية أو حوسبة الدعوى)"[1].

الفرع الثاني

إجراءات رفع الدعوى الإلكترونية

يمكن تصور أن إجراءات الدعوى الإلكترونية ورفعها هي تماما مثلها مثل الدعاوى الأخرى من حيث إجراءات رفعها وما إلى ذلك باستثناء الوسائل المستعملة طبعا.

ولذلك فإنه يمكن تلخيص إجراءات رفع الدعوى الإلكترونية كالآتي:

البند الأول: بيانات عريضة افتتاح الدعوى

يجب على المدعي الذي يرفع دعواه أن يضمن دعواه المعلومات الآتية وجوبا:

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

2- اسم ولقب المدعي وموطنه.

3- اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.

4-الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.

[1] تعريف منقول عن كتاب التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية كنظام قضائي معلوماتي عالي التقنية للقاضي حازم الشرعة وارد على موقع ويكيبديا. www.wikipedia.org

5- عرض موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى[1].

البند الثاني: طريقة تسجيل الدعوى الإلكترونية:

لا يتصور الاستمرار في رفع الدعوى القضائية ما لم يتم تقييدها، بعد أ ن تكون شاملة لجميع المعلومات اللازمة، حيث يجب أن تقيد في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها[2].

بالإضافة إلى التسجيل يجب رفع دفع الرسوم المحددة قانونا [3].

وفي حالة تسجيل الدعوى الإلكترونية فإنه تسجل على سجل إلكتروني مخصص لقيد الدعاوى، مع دفع الرسوم القضائية إلكترونيا، إذ أن هذا الإجراء لا يطرح إشكالا مع توفر وسائل الدفع الإلكتروني من بطاقة ائتمانية ودفع عن بعد، وما إلى ذلك.

[1] نصت المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه:"يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى، تحت طائلة عدم قبوله شكلا، البيانات الآتية: 1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى
2- اسم ولقب المدعي وموطنه
3- اسم ولقب وموطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له
4- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي، ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
5- عرض موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى
6- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى

[2] تنص المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:"تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة.يسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية، ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم.يجب احترام أجل (20) عشرين يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. يمدد هذا الأجل أمام جميع الجهات القضائية إلى (03) أشهر، إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما في الخارج".

[3] تنص المادة 17 من ق.إ.م.إ على أنه: "لا تقيد العريضة إلا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

الفرع الثالث

واقع التقاضي الإلكتروني إقليميا و دوليا

تسعى العديد من الدول إلى تفعيل التقاضي الإلكتروني مع ما يتضمن ذلك م ن ضرورة توفير عدة وسائل سواء كانت هذه الوسائل مادية أو بشرية، إذ أن ذلك لا يمكن أن يؤدي إلا إلى تسهيل إجراءات التقاضي وتحقيق العدالة وجعل الوسائل الإلكترونية في خدمة الشعب الذي سيستفيد لا محالة من ذلك، فيصبح كلا من القانون والإلكترون[1] في خدمته.

البند الأول: التقاضي الإلكتروني إقليميا

تعد الأردن البلد الرائد في هذا المجال عربيا، حيث تقدم أحد الباحثين القانونيين وهو القاضي حازم الشرع بمشروع للتقاضي الإلكتروني الشامل والمحاكم الإلكترونية الفعلية إلى وزارة العدل الأردنية منذ قرابة التسع سنوات وبالتحديد في الأعوام 2005-2006.

وملخص المشروع هو إنشاء نظام للتقاضي الإلكتروني أطلق عليه دائرة المعلوماتية القضائية.

ويتضمن هذا النظام محاكم إلكترونية ضمن ثلاثة أقاليم، تشكل بمجموعها الرقعة الجغرافية للمملكة الأردنية الهاشمية، ويشتمل هذا النظام على محاكم للطعن بالقرارات والأحكام ودائرة للتنفيذ المدني للأحكام بوسائل العرض والمتابعة فائقة التقنية.

[1] الإلكترون نسبة إلى كل الوسائل الإلكترونية الحديثة من التقاضي الإلكتروني والدفع الإلكتروني والتحكيم الإلكتروني والعقود الإلكترونية.

ومن أبرز مميزات هذا النظام أنه يعرض لواقع قضائي إلكتروني شامل لجميع الإجراءات وكامل لجميع المحاكم والدوائر والأقسام، بحيث لو طبق في الأردن فإنه سينقل إجراءات التقاضي نقلة نوعية على مستوى العالم، وتصبح بمقتضاه الأردن من الدول الأوائل التي تعتمد منهجا قضائيا كاملا[1].

وفي مقال منشور على جريدة الأهرام المصرية، أوردت دراسة بها باحث إلى الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، وتقوم هذه الدراسة على التوضيح حول صعوبة التقاضي بالوسائل التقليدية والأخطار التي ترد على ذلك من فقدان للوثائق وتسريب للمعلومات الشخصية والأهم من كل ذلك طول الإجراءات وتعقيداتها المتناهية.

واقترح القائم بهذه الدراسة اللجوء إلى التقاضي الإلكتروني، حيث أنه حسب الدراسة يقوم المدعي بعرض دعواه على موقع المحامي على الانترنت، والذي يرد على المدعي بقبوله دعواه، ليقوم المحامي بالدخول إلى موقع المحكمة ويدخل رقمه السري الذي يكون قد تحصل عليه من نقابة المحامين (هنا يظهر دور التوقيع الإلكتروني وفوائده)، وبعد تأكد المحكمة من هوية المحامي تسجل دعواه.

وبعد إجراءات التقاضي و الدفوع تقوم المحكمة بالتداول إلكترونيا ويبلغ به الأطراف فورا دون انتظار فترة طويلة، أين تكون هذه الفترة عادة هي مصدر التلاعبات.

ووفقا للسيناريو المذكور آنفا فإنه لو تحقق ذلك فسيكون له الأثر الإيجابي على التقاضي فلا سبيل في ذلك لفقدان الوثائق أو التلاعب بها ،كما يمكن إرسال القضية بكل سهولة إلى الجهات

[1] مقال وارد على موقع الموسوعة الحرة على الانترنت (ويكيبديا)، تعريف مقتبس من مؤلفه قبل نشره وعنوان المؤلف هو التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية للمؤلف حازم محمد الشرعه.

الإستئنافية أو إرسال وثائق إلى خبراء لتقديم شهادتهم دون عناء التنقل سواءا لهم أو للأطراف، ولكن كل هذا يستدعي توفير وسائل حديثة تتلاءم والطبيعة الخاصة لأجهزة العدالة[1].

وفي البحرين أعلنت وزارة العدل المساعد لشؤون المحاكم والتوثيق خالد عجاجي أن هذه الخدمة ستوفر جهدا كبيرا على المتقاضين الذين بإمكانهم أن يباشروا جمع الإجراءات إلكترونيا ويتحصل على موعد في المرحلة الأخيرة يتطلب حضوره شخصيا للتوقيع على الدعوى.

بالإضافة إلى هذا الإجراء فإن موقع وزارة العدل يقدم العديد من الخدمات حسب نفس المسؤول دائما، كالاستعلام عن القضايا وإصدار الفرائض الشرعية ودفع المخلفات عن طريق الدفع البعدي دون الحاجة إلى انتقال المواطنين[2].وفي السعودية نشر موقع مفكرة الإسلام مقالا بتاريخ الاثنين 03 أكتوبر 2011 نقلا عن مصادر عن وزارة العدل ينص على أن وزارة العدل قامت بتركيب 138منصة تقاضي إلكترونية في 10 من محاكم الاستئناف والمحاكم العامة والجزائية تعزيزا لإجراءات الشفافية في إجراءات التقاضي.

و حسب نفس المقال فإن وزارة العدل و على لسان صحيفة المدينة أتمت تركيب منصات التقاضي الإلكترونية في عدة محاكم و تم ربطها بمركز معلومات الشبكة الإلكترونية و الحاسب الآلي الرئيسي بالرياض[3].

أما في الجزائر فإنها لم تعرف بعد إنشاء نظام للتقاضي الإلكتروني، إلا أن وزارة العدل قد خصصت بريدا إلكترونيا لتلقي استفسارات المواطنين والرد عليها خلال ساعات قليلة إن كان الاستفسار بسيطا أما إن كان الاستفسار يحتاج لاستشارة أهل الاختصاص فإن الأمر يطول.

---

[1] دراسة منشورة على موقع الأهرام، يوم 2002/05/12 تحت عنوان :دورة تقاضي إلكترونية تبدأ برفع الدعوى وتنتهي بصدور الحكم، تقدم بها باحث إلى الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري للحصول على شهادة ماجستير في لوجيستيات التقاضي وإنهاء المنازعات دراسة أشرف عليها الدكتور عادل السن مستشار المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

[2] مقال منشور على جريدة الوسط البحرينية، العدد 2826 تحت عنوان "العدل" رفع الدعاوى القضائية إلكترونيا" مقال منشور بتاريخ الأربعاء 02 يونيو 2010 الموافق ل 19 جمادى الخيرة 1413هـ.

[3] مقال منشور على الموقع الإلكتروني مفكرة الإسلام..www. islammemo.cc

والموقع عبارة عن خلية يشرف عليها قضاة وإطارات من وزارة العدل ويتولون الإجابة على استفساراتهم على العنوان البريدي التالي: .contact a mjustice.dz

وتجدر الإشارة أنه سابقا إذا أراد أحد المواطنين طلب الاستشارة فإنه يتقدم إلى أقرب محكمة ويودع طلبا خطيليتلقى الإجابة بعد عدة أيام عبر البريد العادي.

ومن شأن هذا الإجراء الذي دخل حيز التنفيذ في مارس 2009 أن يسهل كثيرا من معاناة المواطنين.

إضافة إلى ذلك فإن موقع وزارة العدل يتيح أيضا متابعة القضايا الجارية من بدايتها إلى غاية صدور حكم نهائي حيث أن المتقاضي يتحصل على رقم يدخله عبر بوابة الموقع ليتابع قضيته.

كما أن إجراءات رد الاعتبار المتعلقة بتبييض صحيفة السوابق العدلية، أصبحت تطلق آليا بعد انقضاء المدة القانونية المطلوبة لذلك، حيث يعلم وكلاء الجمهورية بقائمة المعنيين بهذا الإجراء بهدف تسهيل العملية على المواطن بدل الإجراءات التقليدية[1].

البند الثاني: التقاضي الإلكتروني دوليا

يتم رفع الدعاوى عن طريق الوسائل الإلكترونية في أمريكا عبر موقع إلكتروني هو www.e.filing.com وهذا الموقع هو ملك لشركة خاصة بدأ بالعمل في ولاية كاليفورنيا منذ سنة 1999.

[1] مقال منشور على جريدة الفجر الجزائرية للصحفية نسيمة عجاج يوم 2009/03/03 تحت عنوان وزارة العدل تطرح للمواطن مجال الاستفسار لديها عبر البريد الإلكتروني، إجراءات رد الاعتبار تطلق آليا بعد انقضاء المدة القانونية المطلوبة، والمقال جاء بناءا على ندوة صحفية للسيد عبد الرزاق هني بصفته مديرا عاما لجهاز عصرنة العدالة سابقا.

ويتميز هذا الموقع بالعديد من الامتيازات حيث أنه يسمح بإيداع الدعاوى بطرق سلسة للغاية مع ما يقدمه من تسهيلات في الإجراءات وتوصيل المعلومات للأطراف المتعاقدة، كما أنه يسمح بتبادل وتسليم المستندات على مدار الساعة وفي كامل أيام الأسبوع دون انقطاع[1].

والهدف الأساسي من الموقع هو أنه يقوم بتقديم الدعاوى التي ترد إلى المحاكم المختصة وتوفير الجهد والمال للزبائن في ذلك.

وفي كندا فإن ولاية كولومبيا البريطانية تعد الرائدة في مجال التقاضي الإلكتروني، حيث أنها وضعت لهذا الغرض برنامج يدعى JUSTIN يسمح بإيداع الدعاوى إلكترونيا ، وفي بداية الأمر كان البرنامج مخصص لتسيير الملفات الجنائية وبعد أن أثبت نجاعتهونجاحه تم توسعته ليشمل الإجراءات المدنية.

ونظرا للسمعة الطبية التي حظي بها هذا البرنامج فإنه تخطى حدود الولاية، حيث قامت ولاية Québec بشراء البرنامج سنة 2007 وفي جوان 2013 سيدخل حير التنفيذ.

و في كندا فإن إيداع الدعاوى إلكترونيا أمر متعامل به منذ سنوات كثيرة على مستوى المحاكم الفدرالية والمحكمة العليا، إلا أن هذا الإجراء يتطلب مصاحبة هذه الدعوى بإيداع نفس الدعوى على الورق، وهذا ما يفقد الإجراء قيمته.

بالإضافة إلى كل هذه الوسائل فإن المحاكمات تتم عن طريق استعمال وسائل حديثة جدا حيث أن القاضي يستطيع العودة بمجرد الكبس على شاشة الكمبيوتر عن طريق اللمس لرؤية أي ملف خاص بالمتهمين وسماع أقوالهم المسجلة بالفيديو والصوت، وهذا ما يسهل العمل حسب ما صرح به رئيس القضاة المساعد للمحكمة العليا في الكيبك[2].

[1] حسب التعريف الوارد في الموقع الخاص برفع الدعاوى إلكترونيا.

[2] معلومات مستقاة من موقع إلكتروني حكومي يهتم بالمحاماة والإجراءات القانونية www.cba.org

ويعد المحامي Domenic Jaar أول من حاول إدخال التكنولوجيات الحديثة إلى قاعات المحاكم، منذ سنة 2001 حيث أدخل إلى قاعة المحكمة في إحدى الجلسات جهاز كمبيوتر وثلاث شاشات كمبيوتر وجهاز بث للصور (datacheau) وأجهزة فيديو، كل هذا مربوط بشبكة داخلية، حيث استحوذ على اهتمام الجميع، وبعد أن تدرج عدة مسؤوليات ليصل إلى أعلى مراكز القرار على مستوى جهاز العدالة استطاع أن يقدم خبرته في هذا المجال[1].

المطلب الثالث

مدى مسايرة التشريعات المقارنة للعقود الإلكترونية

تباينت الحماية التي توفرها مختلف القوانين والتشريعات للمستهلك في العقود الإلكترونية خصوصا، إلا أنها ورغم ذلك التباين فإنها تتفق على إفراد حماية خاصة للمستهلك تجاه المحرفتين والمهنيين باعتبار أن المستهلك هو الحلقة الأضعف في مختلف التعاملات التي يجريها.

وسنحاول في هذا المطلب تبيان تلك الحماية التي توفرها مختلف هذه التشريعات كالمنظمات والهيئات الدولية (الفرع الأول)، وعلى المستوى العربي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حماية المستهلك حسب المنظمات والهيئات الدولية:

في هذا الفرع سنورد أهم ما جاءت به التشريعات الدولية فيما يخص حماية المستهلك الإلكتروني.

[1] معلومات واردة على مستوى موقع إلكتروني حكومي يهتم بالمحاماة والإجراءات القانونية www.cba.org

البند الأول: منظمة الأمم المتحدة

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة ثمانية مبادئ عامة عالمية لحماية المستهلك وهذه المبادئ تكون بمثابة توصيات أين يجب على كل الدول الأخرى الراغبة في سن تشريعاتها الداخلية أن تلتزم بها، وسنوجز هذه المبادئ فيما يلي:

1-الحق في الصحة والسلامة عند الاستعمال العادي للمنتجات.

2-الحق في توفير المعلومات والبيانات الصحيحة الكافية عن المنتجات.

3-الحق في الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات.

4-الحق في صون الكرامة الشخصية واحترام العادات والتقاليد.

5-الحق في الحصول على المعرفة المتعلقة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة.

6-الحق في المشاركة في اللجان والمؤسسات والجمعيات ذات الصلة بحماية المستهلك.

7-الحق في رفع الدعاوى القضائية في حالة الإخلال بحقوق المستهلك.

8-الحق في الحصول على تعويض عادل عن الأضرار التي لحقت به[1].

البند الثاني: المنظمة الدولية للمستهلك

قبل تأسيس المنظمة الدولية للمستهلك بالمفهوم المتعارف عليه حاليا سبق ذلك وجود جمعيات تعنى بالمستهلك في العديد من الدول الغربية، خصوصا أمريكا في الثلاثينات والتحقت بها بعض الدول الأوربية في الستينيات كإنجلترا وهولندا والدانمارك وبلجيكا لتنتشر لبقية العالم.

[1] القرار رقم 39/248 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والمؤرخ في 09 أفريل 1985.
يعرف الموقع الإلكتروني للمنظمة www.consumersinternational.or المنظمة الدولية للمستهلك على أنها صوت المستهلك حيث يقول في افتتاحية بالموقع.

وفي عام 1960 تم عقد المؤتمر التأسيسي للاتحاد الدولي لجمعيات حماية المستهلك (IOCU)، وقد أصبح الإتحاد يعرف بالمنظمة الدولية للمستهلك (CI) ، لتعمل المنظمة على تشجيع ودعم الجمعيات الخاصة بحماية المستهلك، والاعتناء بكل ما يحقق المستهلك من تقديم لتقارير ومعلومات وما إلى ذلك من آراء وتعاون دولي.[1]

البند الثالث: توجيهات المجلس الأوربي

أصدر المجلس الأوروبي عدة توجيهات تهدف في مجملها إلى حماية المستهلك، ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، التوجيه الخاص بالمعاملات الإلكترونية والذي صدر في 20 ماي 1997، ينص على أنه:

"من أجل الحماية الدولية للمستهلك يجب عقد المؤتمرات الدولية بهدف وضع قواعد موحدة للمعاملات التجارية الإلكترونية، وخاصة فيما يتعلق بالمعاملات التي تتم خارج أوربا بغرض حماية المستهلكين في الدول الأعضاء في المجلس".

وهناك العديد من التوجيهات الأخرى الصادرة في المجال الخاص بحماية المستهلك، والتي كان لها الأثر الفعال على الأقل في حث الدول الأوربية على تكييف تشريعاتها الداخلية على النحو الذي يضمن توفير الحماية المثلى للمستهلك.

البند الرابع: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية

حاولت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية جاهدة وضع معايير موحدة تخص حماية المستهلك الإلكتروني.

[1] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 48.

ويمكن أن نذكر توجيهات نصت عليها المنظمة (OECD)[1] ، في هذا السبيل:

1- ضرورة توفير حماية معينة للمستهلك الذي يتعامل عن بعد أو التجارة الإلكترونية.

2- ضرورة كون المعلومات التي تحملها السلعة واضحة وغير غامضة تحمل اسم الجهة المصنعة أو المنتجة ونوع الخدمات والسلع.

3- ضرورة تحديد الثمن وطرق الدفع وتوضيح نوع العرض بوضوح

4- ضرورة موافقة صريحة من المستهلك

5- إعطاء مهلة كافية للمستهلك من أجل التعاقد والإقرار بحق العدول

6- تحديد القانون الواجب التطبيق والمحاكم المختصة

7- إنشاء وسائل لتحقيق التوثيق الخاص بالمعاملات الإلكترونية التي تتم بين التاجر والمستهلك.

8- تطوير التعاون الدولي بين الدول والمنظمات الدولية المعنية لحماية المستهلك[2].

[1] تتلخص مهمة المنظمة حسب موقعها على الانترنت، www.oecd.org فيما يلي:
La mission de l'organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) est de promouvoir des politiques qui amélioreront le bien-être économique et social de personnes dans le monde.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص. 50.

الفرع الثاني

حماية المستهلك على المستوى العربي:

للأسف فإن الملاحظ هو أن هناك قلة قليلة من الدول العربية التي اهتمت بحماية المستهلك خصوصا فيما يتعلق بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية.

البند الأول: حماية المستهلك في القانون التونسي

لقد اهتم قانون التجارة الإلكترونية التونسي بحماية المستهلك ولذلك فقد أجبر ذات القانون في مادته 25 البائع في العقد الإلكتروني أن يوفر للمستهلك بكل وضوح كل المعلومات بوصف السلعة وخصائصها كالتالي:

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مقدم الخدمات.
- طبيعة وخصائص وسعر المنتج أو الخدمة.
- كيفية تسليم السلعة أو الخدمة.
- الفترة التي تكون فيها السلعة معروضة بالسعر المحدد.
- شروط الضمان في عقد البيع الإلكتروني.
- طرق الدفع وإجراءاتها وتنفيذ العقد.
- إمكانية العدول عن الشراء وأجله.
- كيفية إقرار الطلبية، أي إرسال الموافقة على صفقة البيع.
- كيفية استعمال تقنيات الاتصال.
- شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تزيد عن السنة.
- المدة الدنيا، وذلك فيما يخص العقود الخاصة بتزويد المستهلك بسلعة أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية.

ويجب توفير كل المعلومات المذكورة أعلاه بالطرق الإلكترونية للمستهلك[1].

كما نص ذات القانون على إجراءات خاصة لحماية المستهلك كحق المستهلك في الإطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية، وكذا منع المحترفين من إرسال سلع دون طلبها من المستهلك وإجباره على دفع ثمنها[2].

البند الثاني: حماية المستهلك في التشريع الجزائري

يطرح التعامل بالشكل الإلكتروني العديد من التساؤلات حول مدى حجية وقانونية تلك التعاملات ومكانتها بين مختلف التعاملات التقليدية خصوصا في مجال الإثبات.

أولا–مدى مسايرة المشرع الجزائري للتعاقد الإلكتروني:

أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري، من خلال نص المادتين 323 مكرر 1 و327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري، حيث استعمل المشرع الجزائري في تعريف الكتابة عبارة "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها" والصحيح هو "أيا كانت الدعامة التي تتضمنها"، حسب الترجمة الفرنسية للنص حيث أن النص باللغة الفرنسية على أنه: "...Quels que soient leur support".

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الانترنت.

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شركة الانترنت، المرجع السابق، ص. 32.

[2] المادة 26 نصت على منع إرسال سلعة إلى المستهلك مع ضرورة سداد ثمنها بما أنه لم يطلبها.
المادة 28 تحدثت على حق المستهلك في الاطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية وذلك حتى يتمكن المستهلك من التحقق أن تعاقد مع نفس المحترف وليس شخص آخر.

والملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني: يعتبر أو نص عرف من خلاله المشرع الجزائري الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها " التقليدي" كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

إن مفهوم الكتابة الذي جاءت به المادة 323 مكرر قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على انه: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها".

يفهم منه أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرز عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل.

اشترط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومة وأن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة، والمقصود بذلك أنه لو كان هذا التتابع للعلامات أو الرموز، وبمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني مشفرا بحيث لا يمكن إدراك معاينته من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع.

ثانيا– حجية العقد الإلكتروني في الإثبات

المشرع الجزائري لم يأخذ بالعقد الإلكتروني مطلقا بل قيده بشرطين هما:

1– إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة.

2- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها.

ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني، ويسمى الوسيط أيضا، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في أسطواناته الصلبة Disques Durs أو على الموقع في شبكة الانترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، وقد تتمثل في قرص مدمج CD-ROM أو قرص مرن Disquette Informatique، أو قرص فيديو رقمي (DVD).

خاتمة

لقد تناولت دراستنا الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية، ذلك العقد الذي شاع استعماله، ليس فقط في التجارة الدولية، وإنما أيضا في شتى العقود الاستهلاكية، التي تبرم بين تجار سواء كانوا مهنيين أو مستهلكين للسلع والخدمات المختلفة.

وما لاحظناه أن العقود الالكترونية تشهد في الواقع تطورا كبيرا، هذا التطور لم تسايره معظم التشريعات العالمية مثلها مثل المشرع الجزائري، حيث أن ابسط الأمور و هي تعريف هذه العقود شهد قصورا كبيرا، فلم يعطى تعريف دقيق لهذا النوع من العقود، ناهيك عن حماية المستهلك.

فالحماية المدنية المقررة للمستهلك في العقود الالكترونية ما زالت تراوح مكانها لعدم ظهور معالمها، وذلك بصفة واضحة خاصة من جانب التشريع، الذي شهد كما سبق ذكره فراغا كبيرا.

وقد رأينا في هذه الدراسة كيف أن حماية المستهلك تشمل عدة مراحل، منها ما يكون عند التفاوض(المرحلة السابقة للتعاقد)، ومنها ما يكون عند إبرام العقد الالكتروني.

هذه المراحل وما تشهده من تعاملات في البيئة الالكترونية كونت أسس الحماية التي يستطيع المستهلك كطرف ضعيف بوسائله المتاحة وفقا للتشريع المعمول به حماية نفسه وذلك في ظل الشركات التجارية المحترفة التي تتعامل وفق أسس حديثة للمعلوماتية، وذلك بشيء يحقق نوعا من التوازن بين مصلحة المحترف(المنتج، المهني،...الخ)وحماية المستهلك.

ولقد رأينا أهمية هذه الحماية وفقا للتشريعات التي نظمتها ، مبرزين مزاياها ومحاسنها إلى جانب سكوت بعض التشريعات كالمشرع الجزائري الذي بقي موقفه غامضا رغم إدخال تعديلاته على القانون المدني سنة 2005، إذ نلمح فيه بعض مظاهر التجارة الالكترونية، وذلك من خلال اعترافه بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني كأدلة إثبات قانونية، إلا انه ولحد الآن لم يتدارك ذلك.

لكن بغض النظر عن عدم وجود قانون ينظم معاملات التجارة الالكترونية في التشريع الجزائري، فان هذا لا يمنع إعمال القواعد العامة التي يتضمنها حماية المستهلك، لان هذه الأخيرة قد تضمنت حقوقا عامة تنطبق على العقد الالكتروني.

هذا وعملا بما قررته التشريعات المقارنة في ش ـأن حماية المستهلك، فاني قد تطرقت في هذه الدراسة إلى موضوع حماية المستهلك من خلال الإعلان التجاري، حيث توصلت إلى أن الإعلان التجاري عبر الانترنت والموجه إلى المستهلك قد يعتبر إيجابا ، وقد يكون دعوى للتفاوض، وان الالتزام بالإعلام الذي يتم من خلال تحديد شخصية المهني، يعتبر جوهرا لان خصائص السلعة أو الخدمة تكون الباعث الرئيسي لدى المستهلك للتعاقد، وفي صلبها يقع المستهلك ضحية الغش والاحتيال.

كما أن العقد الالكتروني، هو عقد إذعان إذا لم يكن هناك تفاوض، حيث قررت اغلب التشريعات، ومنها التشريع الجزائري حماية الطرف المذعن، وتظهر هذه الحماية في مظهرين، أولهما من خلال تحويل القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان، وثانيها تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن.

كل هذه الأمور، تعطي حقوقا مستحدثة وكبيرة للمستهلك كحقه في العدول، وحقه في الاستعانة بهيئات وطنية ودولية لحمايته.

وإذا كانت عقود التجارة الالكترونية، تعد تجربة عملية بدأت تأخذ طريقها نحو المستهلك الجزائري، من خلال التسوق عبر الشاشة التي دشنته الشركة الأمريكية "THAN" بالجزائر عام 2003، فان الواجب يستدعي وضع قواعد خاصة بحماية المستهلك في العقود التي تبرم الكترونيا والتي تختلف أحكامها عن تلك العقود التي تبرم بين حاضرين، وهو ما فعله المشرع الفرنسي في التعديلات المتتالية على قانون الاستهلاك، لكن المشرع الجزائري غفل عن هذه القواعد في قانون حماية المستهلك الصادر عام 2009، والذي يتضمن بنودا خاصة بهذه التعاملات الجديدة والمسماة بالعقود الالكترونية رغم خطورتها على المستهلك الجزائري.

ونأمل ان يكون للوقوف على الأبعاد المختلفة لموضوع هذه الدراسة ومن خلال هذه التجربة قدر من الفائدة لسد هذا الفراغ، وتنظيم هذه المعاملات كونها أصبحت واقعا محتوما حتى ولو لم يتطرق إليها القضاء لغياب أي قرار صادر عن المحكمة العليا يكرس هذه الحماية.

وآخر ما اختم به بحثي هي توصية، نود من خلالها أن يتدخل المشرع الجزائري لتعديل أحكام قانون الاستهلاك الحالي وإدراج مواد تنظم تلك المعاملات وذلك من اجل تحقيق الحماية المرجوة للمستهلك، خاصة كيفية إبرام العقد الالكتروني وتنفيذه وحل المنازعات الناشئة في هذا النوع من العقود، مع تخفيف عبئ الإثبات، واللجوء إلى القضاء بالنسبة للمستهلك الذي يمثل الطرف الضعيف، مع تعزيز دور الجمعيات المختصة في هذا الشأن من اجل زرع ثقافة الفهم القانوني للنصوص الحالية، خاصة ما يتعلق من التزامات وواجبات، وحقوق فرضها قانون الاستهلاك الحالي حتى إذا بلغت درجة الاستيعاب لهذه النصوص عند المواطن البسيط أمكننا زرع ثقافة أخرى تتعلق بواقع العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت لان الواقع الملموس ونقولها بصراحة ما زال في جزائر 2015 فهم ولو بسيط لما أتى به القانون من حماية وضمانات بشأن العقود التقليدية، وان كان الأمر يتطلب كما يرى الفقه استحداث قانون جديد ينظم العقود والمعاملات الالكترونية بأسرع وقت كي يتواكب التشريع الجزائري على الأقل بالتشريعات العربية المجاورة(مثلا: التشريع التونسي) ، لأن المسألة تتعلق برهانات وتحديات العولمة ويستوقفنا في هذا المقام ما صرح به رئيس منظمة التجارة الدولية في 2011 حينما قال إن دخول الجزائر إلى هذه المنظمة مسألة ثقافة وتشريع، ويفهم أن ظروف المجتمع وغياب دور الجمعيات والمثقفين من اجل فهم هذه الأحكام غير متلائم لسبب وحيد وهو انعدام التشريع المساير لهذا النوع من العقود.

والخلاصة المتوصل إليها ، هي أنه من خلال هذه الدراسة وعبر كل الاستنتاجات السابقة فإننا نوصي بان تكون هناك تعديلات سواء في القانون المدني أو التجاري أو قانون الاستهلاك بوجه عام، والاستفادة من التشريعات والدراسات الفقهية التي ساهمت في شرح هذه الحماية.

قـائـمـة الـمـراجـع

أولا– المـراجـع العـامـة.

ثانيا– المـراجـع الخـاصـة.

ثالثا– أطـروحـات الدكتـوراه و المـذكـرات.

رابعا– الـمقـالات و التعـاليـــق.

خامسا– النـصـوص القـــانـونيـة و القرارات العربية.

أولا: المـراجـع العــامة:

* باللغة العربية:

1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، القاهرة، دار الكتاب المصري، مطبعة المعارف،د.م.ن د.س.ن.

2- أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط.06،د.م.ن،د.س.ن.

3- أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف،د.م.ن،1961.

4- أ حمد السعيد الزقرد، اثر الظروف اللاحقة على تحديد مضمون الالتزام العقدي، دار النشر،د.م.ن،1997.

5- حسن عبد الباسط جميعي ، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ، مصر ، د. ط ، 1990.

6- حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي،د.م.ن، 1998

7- خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، ج. 1 ط. 02 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2005 .

8 - رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية،د.م.ن، 2003 ص126

8- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2009، ص. 189

9- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج . 1 ، ط. 1 ، مكتبة الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 .

10- عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والإرادة المنفردة،موسوعة القانون المدني المصري، ط.1،د. د. ن، القاهرة،1984.

11- عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في القوانين العربية، ج.01، دار النهظة العربية،1990.

12- عزت صلاح عبد العزيز محمد ، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، د.ط ، 2013 .

13- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط02، دار إحياء التراث العربي، د.م.ن.

14- علي بن هادية و بلحسن البليش ، القاموس الجديد ، ط. 07 ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1991.

15- علي فيلالي ، الالتزامات،النظرية العامة للعقد، ط.2 ، موفم للنشر، الجزائر، 2005.

16- فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة، منشأة المعارف، القاهرة د.س.ن.

17- فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية،د.م.ن، 2001.

18- محفوظ لعشب بن حامد ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري،ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر ،1999.

19- محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري،ط. 03،ديوان المطبوعات الجامعية،بن عكنون الجزائر،2006.

20- محمد علي الجواد، العقود الدولية، مفاوضاتها إبرامها تنفيذها، دار الثقافة للنشر و التوزيع،د.د.ن،د.م.ن، د.س.ن .

21- نبيل ابراهيم سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، د.س.ن.

22- يرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين والاتفاقيات الدولية ط01، منشورات دار دجلة، الأردن،د.س.ط.

* باللغة الفرنسية:

1- BQILLOD, Les letters d'intention, R.T.D.com, 1992.

2- (G.P)VERTEL , Les lettres d'intention, Rev.banque, 1986 .

3- (G) PENICHIN , La lettres d'intention, D.P.C.I , 1979 .

ثانيا: المراجع الخاصة

* باللغة العربية:

1- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ،دار النهضة،مصر 1994.

2- أسامة أبو الحسين مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع والطباعة، القاهرة، 2000.

3- العربي بلحاج ، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر، د.م.ن ، 2010 ، ص

4- الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط 01،منشورات الحلبي الحقوقية،2009.

5- بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 2006 .

6- بشار محمد دودين ومحمد يحي المحاسنة،الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2010.

7-جمال عبد الرحمان محمد، المسؤولية المدنية للمتفاوض نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ،د.م.ن،2004.

8- حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضى المستهلك في عقود الاستهلاك ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1996 .

9- خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2008 .

10- خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني (الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

11- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط. 01، دار النهضة العربية، مصر،2006.

12- سمير دنون، العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية، ط. 01، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، 2012 .

13- سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة العارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

14- صالح ناتل عبد الرحمان ، حماية المستهلك في التشريع الأردني، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1991.

15- طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة الأنترنت، دراسة مقارنة ، د.د.ن ، بيروت 2001.

16- عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، د.س.ن.

17- عبد الباسط حامد محمد، إبرام العقد عبر الانترنت،ط01، منشورات الحلبي الحقوقية،2010.

18- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت،دار الفكر الجامعي الإسكندرية،2006.

19- علاء محمود النواعير ، العقود الالكترونية ، التراضي و التعبير عن الإرادة ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 2014.

20- عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 .

21- محفوظ لعشب، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.

22- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت دار الثقافة الأردن،د.م.ن، 2002.

23- محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2006.

24- محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية ،دراسة مقارنة، ط. 01، دار الفجر للنشر والتوزيع،القاهرة،2007.

25- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، د.م.ن،2007.

26- محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، دار الجامعة العربية،2004.

27- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة،للنشر، الإسكندرية 2003.

28- محمد سيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1986.

29- محمد فواز ، الوجير في عقود التجارة الالكترونية(أركان ،إثباتها)، دراسة مقارنة، ط 03، دار الثقافة للنشر التوزيع،د.م.ن،2011.

30- ممدوح محمد خيري هاشم، الحماية المدنية من الإعلانات التجارية الخادعة، دار النهضة العربية،د.م.ن، د.س.ن.

31- محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دار النهضة العربية،د.م.ن 1991.

32- مصطفى موسى العجارفة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.

33- مناني فراح ، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري،دار الهدى،الجزائر،2009.

34- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية د.س.ن.

35- نادر احمد أبو شيخة، أصول التفاوض،دار المسيرة للنشر والتوزيع و الطباعة، عمان، 2010

* باللغة الفرنسية:

1- B. Hess Fallon et A.M Simon, Clauses abusives, Juris classeur concurrence, consommation ,Année 1995.

2- G. RAYMOND, Clauses abusives, Loi du 1/2/1995, Juris classeur concurrence consommation, édition 2004.

3- V.GHESTINN(j), conformités et garanties dans la vente, L.G.D.J.1983.

ثالثا: أطروحات الدكتوراه و المذكرات الماجستير

* أطروحات الدكتوراه:

1- عزة محمود احمد خليل ،مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 1994.

2- محمد بوكماش ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2011-2012 .

* مذكرات الماجستير:

1- اسماعيل قطاف،العقود الالكترونية وحماية المستهلك، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر،2006،2005.

2- محمد خليد قارة سليمان، تكوين عقد البيع الالكتروني ، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران ، 2010-2011.

3 -نسيمة درار ، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكتروني ، دراسة مقارن ،مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنين، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011-2012.

4- نصيرة خلوي، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في المسؤولية المهنية كلية الحقوق والعلوم السياية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

5- نوال كيموش، حماية المستهلك في اطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة الجزائر-بن يوسف بن خدة-،2011،2010.

6- يوسف بوعيس ، حماية المستهلك في العقود الالكترونية ، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال المقارن ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بلقايد ، وهران ،2013 _2014 .

رابعا: المقالات و التعاليق

* باللغة العربية:

1- جابر محجوب علي ، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت العدد 20، 04 ديسمبر1996.

2- سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني ، معاناة قاض، الجديد في أعمال المصاريف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية،ج01، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،ط. 2004.

3- قادة شهيدة، حماية المستهلك في الجزائر بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها دراسات قانونية، مجلة مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع. 10 .2013

4- محاسن نسرين ، انعقاد العقد الالكتروني ، دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الالكترونية الأردني مجلة الدراسات العلوم الشريعة و القانون ، الأردن ، 2004.

5- محمد كحلوله و الغوثي مكامشة، حماية المستهلك في القانون الجزائري، ج. 02، مجلة الإدارة رقم 01، 1996.

* باللغة الفرنسية:

1- J. HUET , Eléments de réflexion sur le droit de la consommation, petites affiches du 08/11/2001 N° 223.

مقالات من مواقع الأنترنت:

1- موقع للتفاوض: E-bay and square trade .

2- موقع الموسوعة العالمية الحرة على الانترنيت في الموقع الرسمي للموسوعة التالي ://
en.wikipedia.org/wiki/digicas

3- منتدى الجزائرية للحقوق والقانون www. Law-dz.com

4- موقع ويكيبديا. www.wikipedia.org

5- موقع الأهرام، يوم 2002/05/12 تحت عنوان :دورة تقاضي إلكترونية تبدأ برفع الدعوى وتنتهي بصدور الحكم، تقدم بها باحث إلى الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري للحصول على شهادة ماجستير في لوجيستيات التقاضي وإنهاء المنازعات دراسة أشرف عليها الدكتور عادل السن مستشار المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

6- جريدة الوسط البحرينية، العدد 2826 تحت عنوان "العدل" رفع الدعاوى القضائية إلكترونيا" مقال منشور بتاريخ الأربعاء 02 يونيو 2010 الموافق ل 19 جمادى الخيرة 1413هـ.

7 - الموقع الإلكتروني مفكرة الإسلام..www. islammemo.cc

8- جريدة الفجر الجزائرية للصحفية نسيمة عجاج يوم 2009/03/03 تحت عنوان وزارة العدل تطرح للمواطن مجال الاستفسار لديها عبر البريد الإلكتروني، إجراءات رد الاعتبار تطلق آليا بعد انقضاء المدة القانونية المطلوبة، والمقال جاء بناءا على ندوة صحفية للسيد عبد الرزاق هني بصفته مديرا عاما لجهاز عصرنة العدالة سابقا.www.cba.org

9- الموقع الإلكتروني : www.consumersinternational.or المنظمة الدولية للمستهلك.

خامسا : النصوص القانونية

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني ،ج.ر ، ع. 78 ، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج.ر ، ع.44 ، الصادرة في 2005/06/26.

2- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق لـ 25 فبراير 2009 ، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج.ر 15 ، 2009

3- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر، ع 41، الصادرة في 05 رمضان 1431 الموافق لـ 15 أوت 2010، ج.ر. ع .46 الصادرة في 18 أوت 2010.

4- المرسوم التنفيذي رقم 90- 39 المؤرخ في 03 رجب 1410 الموافق لـ 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، ج.ر .عدد 5 الصادرة سنة 1990 معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001 ج.ر . عدد 61 صادرة في 21 أكتوبر 2001.

5- المرسوم التنفيذي رقم 06- .306 مؤرخ في 2006/09/10 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56 صادرة في 2006/09/11.

6- مرسوم تنفيذي 13-327 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26 سبتمبر سنة 2013، يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية 49.

فهرس المحتويـــــات

مقدمة.....1

الفصل الأول

حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الالكتروني.....11

المبحث الأول :حماية المستهلك أثناء مرحلة المفاوضات.....13

المطلب الأول :مفهوم التفاوض الإلكتروني.....13

الفرع الأول:تعريف التفاوض الإلكتروني وبيان أهميته.....14

البند الأول: تعريف التفاوض الالكتروني:.....14

البند الثاني: أهمية التفاوض الالكتروني 16

الفرع الثاني خصائص التفاوض الإلكتروني و أشكاله.....17

البند الأول: خصائص التفاوض الالكتروني.....17

أولا-عقد حقيقي.....17

ثانيا-عقد تمهيدي.....18

ثالثا-عقد مؤقت.....18

البند الثاني: أشكال التفاوض الالكتروني.....19

أولا-التفاوض ما بين غائبين:.....19

ثانيا-التفاوض مابين حاضرين:.....19

1-التفاوض وجها لوجه:.....19

2-التفاوض عبر وسائل الاتصال الحديثة.....20

3- التفاوض عبر شبكة الانترنت 21

المطلب الثاني:سبل حماية المستهلك في مرحلة المفاوضات الإلكترونية.....22

الفرع الأول:حماية المستهلك بالتزام المهني بالدخول في التفاوض بحسن نية.....22

البند الأول : حماية المستهلك الإلكتروني بالتعاون معه (الالتزام بالتعاون) 23

البند الثاني : الالتزام بالنصح والتحذير 24

البند الثالث: الالتزام بالاعتدال و الجدية.....24

البند الرابع: حماية المستهلك بحظر إجراء مفاوضات موازية.....25

الفرع الثاني:حماية المستهلك بالالتزام بالإعلان.....25

البند الأول: تعريف الإعلان التجاري 25

البند الثاني: قواعد حماية المستهلك من الإعلانات الإلكترونية الخادعة 27

أولا- اشتراط وضوح الإعلان الإلكتروني:.....28

ثانيا-حماية المستهلك من الإعلان الإلكتروني المضلل: 29

الفرع الثالث:حماية المستهلك بالمحافظة على أسراره وعدم قطع المفاوضات.....30

البند الأول: حماية المستهلك بالمحافظة على أسراره.....30

البند الثاني : حماية المستهلك بعدم قطع المفاوضات.....31

المبحث الثاني: حماية المستهلك أثناء إبرام العقد الإلكتروني.....32

المطلب الأول: الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني.....33

الفرع الأول: تحديد شخصية المهني.....33
الفرع الثاني:تحديد مواصفات المنتوج أو الخدمة.....34
الفرع الثالث: الالتزام بالنصح و الإرشاد.....35
المطلب الثاني: حماية رضا المستهلك الإلكتروني.....36
الفرع الأول: حماية رضا المستهلك من عيوب الإرادة.....37
البند الأول: عيب التدليس 37
البند الثاني:عيب الغلط.....39
البند الثالث:عيب الإكراه.....40
البند الرابع: عيب الغبن و الاستغلال.....41
الفرع الثاني: حماية رضا المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية.....43
البند الأول: مفهوم الشرط التعسفي.....43
أولا- تعريف الشرط التعسفي.....43
ثانيا- معيار التعسف.....44
ثالثا- مجال تطبيقه.....45
البند الثاني: خضوع المستهلك الالكتروني للشروط التعسفية 47
أولا- وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة:.....47
ثانيا- الانفراد بتعديل العقد:.....47
ثالثا-رفض حق المستهلك في فسخ العقد:.....48

رابعا-تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية:.....49

البند الثالث: وسائل الحماية من الشروط التعسفية.....50

أولا- منح القاضي سلطة تقدير الشرط التعسفي.....50

ثانيا- تسخير وسائل أخرى.....51

الفرع الثالث: حماية رضا المستهلك في عقود الإذعان.....55

البند الأول: مفهوم عقد الإذعان 55

أولا- تعريف عقد الإذعان 56

ثانيا- خصائص عقد الإذعان.....57

البند الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان 59

البند الثالث: حماية الطرف المذعن في عقد الاستهلاك الإلكتروني 62

أولا – الحماية في القواعد العامة 62

ثانيا- الحماية في القواعد الخاصة 63

الفصل الثاني

حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني.....65

المبحث الأول:الالتزامات المتبادلة لطرفي عقد الاستهلاك الالكتروني.....67

المطلب الأول: التزامات المستهلك.....67

الفرع الأول: الالتزام بالوفاء.....68

البند الأول: النقود البلاستيكية وبطاقات الدفع:.....69

أولا-النقود البلاستيكية –(بطاقات الائتمان المصرفية): 69

ثانيا- بطاقات الدفع:..... 70

البند الثاني: النقود الالكترونية والشيكات الالكترونية:.....70

أولا-النقود الإلكترونية (monnaie électronique).....70

ثانيا- الشيكات الإلكترونية:.....71

الفرع الثاني: الالتزام بتسلم المبيع.....74

المطلب الثاني : التزامات المهني.....75

الفرع الأول: التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع:.....76

الفرع الثاني: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.....81

البند الأول: ضمان التعرض الشخصي.....82

البند الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير.....83

الفرع الثالث: الالتزام بالإعلام والسلامة.....87

البند الأول: التوقيع الرقمي.la signature numérique.....90

البند الثالث: التوقيع البيوميتري signature biométriques 90

المطلب الثالث: واقع حماية المستهلك في العقود الإلكترونية.....92

الفرع الأول:ضمان العيوب الخفية.....93

البند الأول-شروط رفع دعوى الضمان:.....94

أولا- أن يكون العيب مؤثرا:.....94

ثانيا- أن يكون العيب خفيا.....95

ثالثا- أن يكون المشتري عالما بالعيب.....95

البند الثاني-ميعاد دعوى الضمان:.....96

الفرع الثاني: ضمان السلع والخدمات في قانون حماية المستهلك:.....97

الفرع الثالث:حق المستهلك في ممارسة العدول.....104

أولا-مجال الحق في العدول:.....104

ثانيا-مصادر الحق في العدول:.....104

ثالثا-وسائل ممارسته:..... 104

رابعا-سلطات ممارس الحق في العدول:..... 104

خامسا-توقيت الحق في الرجوع:..... 104

سادسا-إمكانية التنازل عن الحق في الرجوع:..... 104

الفرع الرابع: أساس المسؤولية المدنية في قانون حماية المستهلك.....105

البند الأول:المسؤولية العقدية: 105

البند الثاني: المسؤولية التقصيرية:.....105

المبحث الثاني:طرق تسوية المنازعات الالكترونية المتعلقة بالمستهلك.....107

المطلب الأول:التحكيم الإلكتروني.....107

الفرع الأول: تعريف التحكيم الالكتروني.....108

الفرع الثاني: المشاكل التي يثيرها التحكيم الإلكتروني.....110

البند الأول: اشتراط الكتابة في التحكيم.....110

البند الثاني: الحضور الافتراضي لأطراف النزاع.....111

البند الثالث: الحجة التنفيذية لقرارات التحكيم الإلكترونية.....112

المطلب الثاني: التقاضي الإلكتروني.....112

الفرع الأول: رفع الدعوى الإلكترونية أمام القضاء.....113

البند الأول: تعريف الدعوى الإلكترونية..... ...113

البند الثاني: المحاكم الإلكترونية:.....114

الفرع الثاني: إجراءات رفع الدعوى الإلكترونية.....114

البند الأول: بيانات عريضة افتتاح الدعوى.....115

البند الثاني: طريقة تسجيل الدعوى الإلكترونية:.....115

الفرع الثالث: واقع التقاضي الإلكتروني إقليميا و دوليا.....116

البند الأول: التقاضي الإلكتروني إقليميا.....116

البند الثاني: التقاضي الإلكتروني دوليا..... 119

المطلب الثالث: مدى مسايرة التشريعات المقارنة للعقود الإلكترونية.....121

الفرع الأول: حماية المستهلك حسب المنظمات والهيئات الدولية :.....121

البند الأول: منظمة الأمم المتحدة..... 121

البند الثاني: المنظمة الدولية للمستهلك.....122

البند الثالث: توجيهات المجلس الأوربي.....122

البند الرابع: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية.....123

الفرع الثاني: حماية المستهلك على المستوى العربي:.....124

البند الأول: حماية المستهلك في القانون التونسي..... 124

البند الثاني: حماية المستهلك في التشريع الجزائري..... 125

أولا- مدى مسايرة المشرع الجزائري للتعاقد الإلكتروني.....125

ثانيا- حجية العقد الإلكتروني في الإثبات.....126

خـاتمة.....128

قائمة المراجع.....132

الفهرس.....144

ملخص

في عصر التكنولوجيا، ومع شيوع استعمال الانترنت في شتى المجالات التجارية، اصبح للعقد الالكتروني مكانة في التجارة الالكترونية، وفي خضم عصر المعلوماتية ، وظهور ما يعرف بالاجهزة الالكترونية من حواسيب وبرامج، كان لا بد أن تكرس حماية قانونية لفئة ضعيفة وهي فئة المستهلكين تبدأ منذ نشوء العقد إلى غاية تنفيذه.

الكلمات المفتاحية : الكمبيوتر، العقد الالكتروني، الحماية، المستهلك، الدعوى الالكترونية التحكيم، التقاضي الالكتروني، قانون الاستهلاك.

Resumé :

A l'époque de la technologie et de la prévalence de l'utilisation de l'internet dans divers domaines commerciaux, l'acte électronique acquérait une position dans le commerce électronique, et dans la domination de l'époque de l'informatique, et l'apparition des appareils disposifs électroniques qui consistent de programmes et d'applications, il était nécessaire de consacrer une protection juridique pour la faible catégorie qui est une classe des consommateurs qui commencent par la création du contrat jusqu'à son éxécution.

Mots clés : ordinateur, contrat électronique, la protection, la consommation, laffaire électronique, arbitrage, contention électronique, code de consommation.

Summary :

In the era of technology and the prevalenceof the internet use in various commercial dealings, the electronic contact acquired a position in electronic trade, and with domination of the information technologie , and the appearance of electronic devicesconsisting software and applications, it was necessary to devotelegal protection for the week category, wich is the consumers class that start with the creation of the contrat until its execution.

Keywords :computer, electronic contracts, protection, consumer, electronics case , electronic contention, consumer code.