

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة مولود معمري - تيزي وزو-
كلية الحقوق والعلوم السياسية

الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) " دراسة مقارنة "

أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم
تخصص: القانون

إشراف الأستاذ:
د/ محمد الشريف كتو

إعداد الطالبة:
معزوز دليلا

أعضاء لجنة المناقشة:

- د/ جعفر محمد السعيد، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسا
- د/ محمد الشريف كتو ، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... مقرر
- د/ سمار نصر الدين، أستاذ، جامعة جيجل..... ممتحنا
- د/ بن رقية بن يوسف، أستاذ محاضر "أ" ، جامعة البليدة..... ممتحنا
- د/ درياد مليكة، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة الجزائر..... ممتحنة
- د/ أمازوز لطيفة، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2014 /11 /08

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

احمد الله وأشكر فضله العظيم على عونه في انجاز هذه الأطروحة.
يقتضي واجب الاعتراف بالجميل أن أتقدم بجزيل شكري وتقديري لأستاذي
الدكتور **كتو محمد شريف** على ما أحاطني به من توجيه ، واهتمام
ومساعدة عند كتابة هذه الأطروحة.

كما يقتضي واجب العرفان، أن أتوجه بالشكر والامتنان لأعضاء لجنة
المناقشة الموقرة.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد على انجاز
هذا العمل.

الطالبة

معزوز دليلا

قائمة بأهم المختصرات باللغة الفرنسية

Art.....	article.
Bull.civ.....	Bulletin des arrêts de la cour de cassation.
cass.civ.....	Cassation civile.
Cass.crim.....	Cassation criminelle
cass.com.....	Cassation commerciale.
Ch.....	Chambre.
Chron	Chronique.
C. App.....	Cour d'appel.
C.C.....	Code de consommation.
D.....	Dalloz.
D.H.....	Dalloz Hebdomadaire.
D.P.....	Dalloz Périodique
Ed.....	Edition.
Fasc.....	Fascicule.
Ex	Exemple
Gaz.Pal.....	"GP". Gazette du Palais.
Grid.....	Centre de recherches informatiques et droit.
Ibid.....	Au même endroit.
IR.....	Information rapide.
j.c.civ.....	juris classeur civil.
j.c.p.....	juris classeur périodique.
j.c.l.p.....	juris classeur (civil, commercial, distribution).
j.o.....	Journal officiel.
J.O.C.E.....	Journal officiel des communautés européennes.
L.....	Loi.
L.C.E.N.....	Loi pour la confiance dans l'économie numérique.

L.G.D.J.....Librairie générale de droit et de jurisprudence.
Obs.....observation.
op.cit.....ouvrage précité.
Ord.Ref.....Ordonnance référence.
pp.....de page à la page.
P.U.F.....Presse universitaire de France.
R.A.S.J.E.P.....Revue algérienne des sciences juridiques ,économiques
et politiques
R.C.C.....Revue concurrence. Consommation.
Rec.....Recueil.
R.J.D.A.....Revue de jurisprudence de droit des affaires.
R.T.D.Civ.....Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.Com.....Revue trimestrielle de droit commercial.
Somm.....Sommaire.
S..... Suivant (e) (s).
Suppl.....supplément.
T.....Tome.
Th.....Thèse.
Trib.com.....tribunal de commerce.
Trib.G.ins./T.G.I.....tribunal de grande instance.
V..... Voir.
Vol.....Volume.

حقنة حقنة

يعتبر عقد البيع أكثر العقود شيوعاً عن العقود الأخرى. فقبل سنوات مارس الشخص البيع الكلاسيكي أو التقليدي وما زال يمارسه، وحيث نظم المشرع أحكامه ضمن مختلف القوانين المدنية الأوروبية والعربية.

غير أن التطور العلمي والتكنولوجي أدى إلى تطور عالم البيع والتجارة، وابتكار وسائل اتصال حديثة للتعاقد، كالهاتف والتلغراف والفاكس والانترنت واستعمالها في مجالات الحياة اليومية المختلفة، حيث أصبح البائع والمشتري يمارسان البيع بالوسيط الإلكتروني في عالم التسويق عبر الحدود، ويسمى هذا البيع بالبيع عبر الانترنت أو البيع الإلكتروني، فأصبح المشتري أو المستهلك الإلكتروني يتجول عبر هذا العالم الافتراضي يبحث عن السلع ذات الجودة والنوعية العالية، ويحاول اقتناءها من الأسواق الداخلية أو الدولية وذلك عبر الانترنت من خلال مواقع الكترونية متخصصة لمختلف السلع المادية، مثل الملابس والأدوية والأجهزة الكهربائية المتنوعة أو بيع السيارات والآلات الصناعية، وكذلك برامج التكنولوجية مثل برامج الحاسب ومختلف الخدمات في شتى الميادين.

لقد تزامن هذا التوسع والتطور العلمي في مجال التسوق مع ظهور التجارة الإلكترونية، والبيع عبر الانترنت واتساع مستخدميه في مقابل قصور النظرية التقليدية للالتزامات في حماية المشتري، أو المستهلك الإلكتروني، فمن هنا كانت الحاجة ماسة لحماية هذا المشتري، فبدأ التفكير في أساليب ضمان جديدة لحمايته من الغش والعيوب الخفية والتعرض للمشتري في ملكيته للسلع التي اشتراها، وكذلك حمايته من أنواع التعرض والاحتيال الممارسة على الدفع والتوقيع الإلكتروني.

لذا، وأمام هذه المشكلة القانونية، ظهرت بعض القوانين الجديدة لتتماشى مع هذا النمط التعاقدى الجديد ولتقدم الضمان اللازم للمشتري، نذكر منها على المستوى الأوروبي صدور قانون التوجيه الأوروبي⁽¹⁾، وقانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993⁽²⁾ وكذا قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 575 لسنة 2004⁽³⁾. وفي الولايات المتحدة الأمريكية صدر القانون الفيدرالي بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية بتاريخ 2000/07/30⁽⁴⁾.

أما على الصعيد العربي، فلقد بادرت تونس بإصدار قانون المبادلات والتجارة الالكترونية⁽⁵⁾ ثم ظهر قانون المعاملات الالكترونية الأردني⁽⁶⁾ وبعده قانون التجارة الالكترونية لإمارة دبي⁽⁷⁾.

أما في الجزائر، فمازالت منظومتها القانونية غير مسايرة للتعامل في البيع الالكتروني الذي فرض واقعه على المشتري أو المستهلك الجزائري على مستوى التجارة المحلية، وكذا الدولية، فيجد نفسه أمام عراقيل وتحديات ضخمة، لا يمكنه مواجهتها، هذا بالرغم من وقوع بعض التعديلات في التقنين المدني، وقانون حماية المستهلك لاستدراك

(1) قانون التوجيه الأوروبي لحماية المستهلك عن بعد رقم CE 7/97 المؤرخ في 20 ماي 1997، المنشور على الموقع الالكتروني :

JUN2000WWW.JURISCOM.NET.15

WWW.EUROPA.EU.IN/FINANCES/CONSUMER

كذلك : قانون التوقيع الالكتروني رقم 93/99 المؤرخ في 13 ديسمبر 1999 المنشور على الموقع الالكتروني:

WWW.LEGIFRANCE.GOUV.FR

وأيضاً: قانون التجارة الالكترونية رقم 31/2000 و المؤرخ في 08 جوان 2000 المنشور على الموقع الالكتروني:

WWW.JURISCOM.NET15JUN2000

(2) قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 المنشور على الموقع الالكتروني الخاص بوزارة العدل الفرنسية

WWW.JUSTIC.GOUV.FR

(3) قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 575 لسنة 2004 المنشور على الموقع الالكتروني

WWW.JUSTIC.GOUV.FR

(4) القانون الفيدرالي بشأن المبادلات و التجارة الالكترونية بتاريخ 2000/07/30 والمنشور على الموقع الالكتروني:

WWW.Egastate.et.us

كذلك قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الذي اعتمده الأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1996.

(5) قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي رقم 02 - 83 المؤرخ في 9 أوت 2000 المنشور بالرائد

الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 64 الصادر بتاريخ 11 أوت 2000.

(6) قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85، سنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 4524 الصادر

بتاريخ 2000/12/31.

(7) قانون إمارة دبي الخاص بالتجارة الالكترونية رقم 02 لسنة 2002 الصادر بتاريخ 2002/02/12.

وردت هذه القوانين على سبيل المثال وليس الحصر.

بعض النفاص القانونية في قانون حماية المستهلك السابق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش الحالي⁽¹⁾، وإجازة استخدام بعض وسائل الدفع الإلكتروني⁽²⁾، وتنظيم الجرائم الإلكترونية الناتجة من المعاملات الإلكترونية⁽³⁾.

وعليه، فمهما كانت طريقة البيع تقليدية أو الإلكترونية، فإن المشتري في حاجة إلى الضمان، غير أن الطريقة التي يبرم وينفذ بها العقد الإلكتروني تظهر أهم وجه لخصوصيته فيلتزم البائع بضمان تعرضه الشخصي للمشتري أو استحقاقه من الغير عبر الشبكة حتى ينتفع انتفاعاً هادئاً وكاملاً بالمبيع، ويلتزم كذلك بضمان العيوب الخفية في المبيع حتى لو كان لا يعلم بها لأن لا مجال هنا للتفرقة بين البائع المحترف أو البائع سيء النية حتى نعتبره مسؤولاً مسؤولية البائع العالم بالعيوب عن جميع الأضرار الجسدية والمادية التي يحدثها المبيع بسبب العيب الموجود فيه.

يشكل ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية أكبر مقاصد المشتري الإلكتروني بالنسبة للمشتري العادي، وذلك لعدم الإفصاح الحقيقي والفعلي على صفة المبيع والبائع.

إن رؤية المبيع عبر الانترنت، قد تخضع لممارسات التضليل والخداع، وذلك باستخدام التقنيات في الألوان والورقية حتى يجذب المتعاقد لإبرام عقد الشراء. ولتفادي هذه التصرفات غير القانونية التي قد تصدر من البائع الإلكتروني، أو من الغير، ألزمت القوانين البائع بإعلام المستهلك بصفة عامة، والمستهلك الإلكتروني بصفة خاصة وأصبح هذا الالتزام من إحدى الآليات القانونية الضرورية عند إبرام التعاقد بالبيع الإلكتروني، نظراً لجهل المستهلك الكثير من الأمور التي لا يجهلها المستهلك في البيع العادي، كالمعلومات المتعلقة بالمبيع والتاجر، وكذا الوسيلة التي تعيقه عن رؤية حقيقة هذا المبيع.

(1) قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 الصادر في 25 فيفري 2009، الجريدة الرسمية، العدد 15 الصادر في 08 مارس 2009.

(2) القانون 03 - 15 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض الصادر في 26/08/2003 المادة 69.

(3) قانون رقم 04-15 المؤرخ في 10/11/2004، من المادة 394 إلى المادة 394 مكرر 7 كما صدر قانون رقم 09-40 بتاريخ 05/08/2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجية الإعلام والاتصال ومكافحتها، د/ بن شعبان حنيفة، القرصنة المعلوماتية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية الجزء 37، رقم 1999.01.

أيضا من خصوصيات هذا العقد الحق في العدول عن العقد، نظرا لتأثر المشتري أو المستهلك بوسائل الدعاية الكاذبة التي تغير من الطابع الفني للسلع والخدمات، فيأتي تعاقد متسرعاً، غير أن هذا الحق لا يتحقق له في البيع العادي الذي يخضع للقواعد العامة.

إن أهم ما يثير التعاقد بالبيع الإلكتروني، هو ضمان السلامة، حيث رتب التعامل بهذا البيع، خاصة في بيع السلع الحديثة التي أصبحت تتسم بطابعها الفني المعقد أو تصنيعها أو طريقة استعمالها، ترتب أخطارا كبيرة مست المستهلك في جسمه أو أمواله بعد اقتناءها، وبالتالي كيف يتم ضمان سلامة المشتري من هذه المبيعات، وخاصة منها الخطرة، وتعويضه عنها، سيما أن قواعد المسؤولية المدنية قد نظمت قبل بروز هذا العلم والتكنولوجيات المعاصرة؟

تجدر الإشارة إلى عدم نسيان مطابقة المبيع عند التسليم للأوصاف التي تمت معاينتها من المستهلك عند إبرام العقد أو مطابقا الاستعمال المخصص له، غير أنه نظرا لكون المستهلك يقتني المبيع استنادا لما تم عرضه من قبل البائع عبر الانترنت، فلا يمكنه من الكشف الحسي للمبيع، فقد يكون غير مطابق لصفة ومقاييس المبيع، أو قد يكون مغايرا له. لذا كيف تم تنظيم التزام المطابقة في البيع الإلكتروني لتحقيق حماية للمشتري، أو المستهلك في ذلك؟ وللوقوف على حقيقة وفعالية هذا الضمان في عقد البيع عامة والإلكتروني خاصة، نرى حتمية تحديد مصطلح عقد البيع العادي، ومصطلح عقد البيع الإلكتروني لاستنباط أهميته في الضمان، وكذا الآليات المتبعة لتقريره.

لذا لقد عرف الفقه الإسلامي البيع بعدة تعريفات، تفيد في مجموعها معنيان: المعنى العام، وهو تملك مال بمال آخر، ويشمل عقد المقايضة أو بيع الصرف، وهو تملك النقود بمنثلها من غير جنسها، أو ما يسمى "بمبادلة الأثمان" ويشمل كذلك عقد السلم، فهو تملك عين موصوفة في الذمة. أما المعنى الخاص، فهو تملك عين بثمن موصوف في الذمة⁽¹⁾.

(1) المادة 105 من مجلة الأحكام العدلية مشار إليها في د/ محمود الديب، عقد البيع بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، سنة 2010، ص 14 و 15. وفي نفس المعنى أورد الجانب الفقهي عدة تعريفات لعقد البيع، فعرفه البعض أنه "عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما و هو البائع أن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل إلتزام الطرف الآخر بدفع ثمن نقدي." د/خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، دون ذكر دار النشر و بلد النشر، سنة 1984، ص 13 و 14. وهناك من عرفه بأنه "عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما، وهو البائع أن ينقل إلى=

أما البيع في الفقه القانوني، فهو يشمل البيع بثمن معلوم، ولقد عرفتته مختلف التشريعات القانونية العربية واللاتينية. عرف المشرع الفرنسي البيع في المادة 1582⁽¹⁾ بأنه: " اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بتسليم شيء في مقابل التزام الطرف الآخر بدفع ما ألتزم به من ثمن. "

أما المشرع الجزائري، فقد عرفه في المادة 351 مدني: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أوحقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". وهو نفس النص الذي نصت عليه المادة 418 مدني مصري. أما عن تحديد مفهوم عقد البيع الالكتروني، فبعد الاطلاع على مختلف المراجع في هذا الموضوع، لم نجد تعريفا موحدا له، وترجع العلة في ذلك إلى التطور المستمر لهذا العقد، وكذا تنوع وسائل ممارسته، مما أدى إلى وجود تباين كبير بين التعريفات التي تناولته من قبل الفقه والقوانين المنظمة له، فعرفه الفقه⁽²⁾: "بالعقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية، سواء كانت تلك الوسيلة كهربائية، أو مغناطيسية، أو أي وسيلة أخرى مماثلة".

=المشتري ملكية شيء إلى شخص آخر مقابل ثمن نقدي" غير أن التعريف الأول لم يحدد المنقول إليه، وهو المدين أي المشتري و من ثم قد يتضمن البيع اشتراطا لمصلحة الغير، وبالتالي يلتزم البائع بنقل الملكية أو الحق المالي للمشتري أو لغيره أي لشخص آخر يعينه المشتري. د/منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني والعقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف، الإسكندرية، سنة 1956/1957، كذلك د/ السنهوري المرجع السابق، ص 21. ود/إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة القاهرة، سنة 1958، ص 16. أما التعريف الثاني، فيحدد اتجاه إرادة المتعاقدين فيه، وأن نقل الملكية تكون للمشتري دون غيره وهذا لاستبعاد ما يسمى بالاشتراط لمصلحة الغير، وبهذا نجد أن هذا التعريف يشير كثيرا إلى عناصر أو أركان عقد البيع وليس لأثاره. أنظر كذلك: د/توفيق فرج المرجع السابق، ص 34. وبعض الفقه الفرنسي عرفه: "بأنه عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل الملكية ويلتزم الآخر بدفع ثمن نقدي".

« La vente peut être définie, comme le contrat par lequel un vendeur s'oblige à transférer à un acheteur un droit patrimonial, tandis que l'autre s'oblige à lui en payer la valeur convenue en argent », Jacques Ghestin et Benard Desché, la vente, L-G-D-J Paris, 1990, p11, N°15. voir aussi : vocabulaire juridique de l'associatio, Henri, Capitant sous la direction de Cornu (G), PUF 7^{ed}, V° vente, Paris, 2005 .

⁽¹⁾ «La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer . Elle peut être faite par acte authentique, ou sous seing privé »

<http://www.legis-France.fr>.

⁽²⁾ د/ إيمان مأمون أحمد، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق المنصورة، سنة 2005-2006، ص 54 و 55. ورأي آخر قال: "إنه اتفاق يبرم و ينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد (communication à distance) بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين بإيجاب وقبول ويمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد". د/صلاح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005، ص 14. وهناك من يعتبره التوافق التام بين إرادتين صحيحتين بارتباط إيجاب بقبول على تملك شيء أوحقه مقابل ثمن يلتزم به البائع بتسليم الشيء المبيع أو تمكين المشتري من حيازته داخل الشبكة أو خارجها ويلتزم به المشتري =

أما القوانين المستحدثة المنظمة للتجارة الإلكترونية، اعتبرت البيع الإلكتروني نوع من التجارة الإلكترونية، وعرفته من خلالها، كما أنها أولت اهتماما خاصا له، وذلك بوضع مجموعة من نصوص قانونية متناسبة مع أهمية هذا العقد في الزمان والمكان.

فبدأت هذه المبادرات القانونية تظهر في المادة 02 الفقرة الأولى من التوجيه الأوروبي⁽¹⁾ فعرفته بأنه: "عقد متعلق بالسلع والخدمات، يتم بين مورد ومستهلك عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم استخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد".

كما أدخل المشرع الفرنسي تعديلا على قانون حماية المستهلك الفرنسي بموجب المرسوم رقم 741-2001، ثم ظهر تعريفا لعقد البيع الإلكتروني، واعتبره ضمن العقود المبرمة عن بعد في نص المادة L.121-16 من قانون الاستهلاك الفرنسي حيث نصت: "كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال

= بدفع الثمن المتفق عليه من خلال وسيلة الاتصال المسموعة والمرئية (الانترنت). د/عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر، عمان الأردن، سنة 2007، ص 66. أما فيربيست (Verbiest) عرفه بعقد بيع عن بعد للأشياء أو الخدمات بدون حضور مادي للمتعاقدين، و يتم البيع بين مستهلك ومهني باستعمال الطرق المستحدثة للاتصال.

«C'est un contrat conclu à distance » qui vise « toute vente d'une bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un Consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce droit, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance ».

Cette définition est au sens de la directive 97/7/CE transposée par les articles 5 à 15 de l'ordonnance. Thibault Verbiest, le nouveau droit du commerce électronique, Larcier-Bruxelles, 2005 p119.

غير أن ألان بن سوسان (Alain.Bensoussan) يرى انه عقد يبرم بأي وسيلة اتصال تمكن من تحديد أطراف العقد وأن أهم إشكال فيه يكمن في الثقة والأمان عن:

Alain.Bensoussan, Le commerce électronique, aspects juridiques, éd Hermes, Paris, p34. وهناك من عرف البيع الإلكتروني من خلال التجارة الإلكترونية بأنه: "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أوبين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات عن:

BEAURE D'AUGERES(G), Bresse (P) et THUILER (S), Paiement numérique sur Internet, état de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson publishing, 1997, p76.

⁽¹⁾ قانون التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 مايو 1997 والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد. حول هذا الموضوع الرجوع للموقع الإلكتروني:

www.europa.eu.int/consumer/directives/97

عن بعد" (1).

أما القانون النموذجي للأمم المتحدة بخصوص التجارة الإلكترونية⁽²⁾ عرفته في المادة 02 بتسمية "تبادل البيانات الإلكترونية بنقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات" فالملاحظ من خلال هذا التعريف القانوني، أنه ليكون التعاقد الإلكتروني، ممكن استعمال كل الوسائل عن بعد، كجهاز الفاكس والتيلكس، والانترنت كما أن هذا القانون لم يقدم تعريفا دقيقا لعقد البيع الإلكتروني.

وبالرجوع إلى قوانين البلاد العربية، مثل الأردن، ومملكة البحرين، والإمارات ثم تونس ومصر وغيرها التي نظمت عقود الإلكترونية، ومنها البيع الإلكتروني، فقد عرفته المادة 2 فقرة 07 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني⁽³⁾ بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً".

كما تضمن قانون التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية لمملكة البحرين الصادر في 2002/09/14 تعريفاً عاماً وغير مباشر للعقد الإلكتروني في مضمون المادة 10 منه: "في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كلياً أو جزئياً عن الإيجاب والقبول، وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد، والعمل بموجبه بما في ذلك، أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

لقد ورد كذلك، قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي⁽⁴⁾ مشابهاً لقانون التجارة الإلكترونية الأردني ومتضمناً تعريفاً للمعاملات الإلكترونية بأنها: "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية".

(1) د/ محمد حسن قاسم، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2004، ص 18.

(2) Unicitral أو CNUDCI و هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي . أنظر موقعها على الانترنت :

www.unicitral.org

(3) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85/2000 المؤرخ في 2001/12/11 ولمراجعة نصوص هذا القانون يمكن الرجوع على الموقع الإلكتروني:

www.parliament.gov.jo

(4) قانون الإمارات العربية المتحدة رقم 02 لسنة 2002، منشور على الموقع الإلكتروني:

www.emirates.net.ae

أما القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، فقد نظم هذه العقود، لكنه عرف البيع الإلكتروني من خلال تعريف التجارة الإلكترونية في الفصل الأول من هذا القانون بأنها⁽¹⁾: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية".

وأخيرا قانون التجارة الإلكتروني المصري، الذي عرف هذا العقد بأنه: "كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني"⁽²⁾.

أما في القانون الجزائري، فقد لاحظنا غياب تنظيم المشرع للعقد الإلكتروني، وأن القواعد المعمول بها في البيع العادي، لم تتكيف مع الآليات المستحدثة والسارية المفعول في البيع الإلكتروني، مما يستحيل العثور عن تعريف له، فينبغي الاعتماد على إحدى تعريفات القانون المقارن في هذا المجال، لحين تقنين نصوص جديدة تضبط هذا الموضوع.

يبدو الأمر أن من خلال التعريفات الفقهية، والتشريعية لعقد البيع الإلكتروني، أنها احتوت على قاسم مشترك في تعريفه، يتمثل في وسيلة التواصل الإلكتروني، المتمثلة في جهاز الكمبيوتر بهدف الوصول إلى شبكة الانترنت.

وعليه، يمكننا تعريف عقد البيع الإلكتروني بأنه: "اتفاق بين طرفين غائبين في المكان وحاضرين في الزمان بهدف توريد سلعة أو تقديم خدمة معينة، بحيث يتم إبرام وتنفيذ هذا العقد بوسائل الاتصال الحديثة والمختلفة، كالانترنت مثلا".

ويتبين من خلال التعريفات السابقة، أن عقود البيع العادية وعقود البيع الإلكترونية يتشابهة، فهي عقود رضائية و ملزمة للجانبين، لأنها عقود تبادلية في الالتزامات⁽³⁾، كما أنها تنشئ التزام بنقل الملكية، فهذه الخاصية من أهم الخصائص المميزة لهذه العقود، وهي محل إجماع في الوقت الحاضر فقها وتشريعا⁽⁴⁾.

(1) قانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، سنة 2000 المنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 11 أوت 2000. لمراجعة هذا القانون، الرجوع على الموقع

التالي: www.tunisie.com/Bussiness-info

(2) قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001.

(3) د/محمود الديب، المرجع السابق، ص 21.

(4) د/عبد القادر العراوي، المرجع السابق، ص 13.

كما أن عقد البيع العادي أو الإلكتروني، قد يكون ذو صفة مدنية أو تجارية، وتحدد طبيعة هذا العقد بالأطراف المكونين له، فإن كان طرفا عقد البيع العادي أو الإلكتروني تاجرين، كنا أمام عقد تجاري، أما إذا كان أحد طرفي العقد مدنيا و الآخر تاجرا، فنكون أمام عقد مختلط.

كثيرا ما تظهر الصفة التجارية في عقود التجارة الإلكترونية، فنجد تعامل الشركات فيما بينها، ويسمى بـ B₂B، أو تعامل هذه الشركات مع المستهلكين، ويسمى بـ B₂C. أما إذا كان أطراف العقد في التعامل B₂B تجارا، نكون أمام عقد تجاري إلكتروني. لذا ففي العقد B₂C، فإن كان أحد الأطراف تاجرا، يكون العقد بالنسبة له تجاريا، أما اذا كان الطرف الآخر (المستهلك) مدنيا، فيكون العقد بالنسبة له مدنيا، و يعتبر العقد بينهما عقدا مختلطا⁽¹⁾.

يختلف عقد البيع الإلكتروني عن عقد البيع العادي في كونه يبرم بوسائل الاتصال الحديثة، كشرط للانعقاد، غير أن عقد البيع العادي، لا يحتاج إليها، فينعقد مجرد تلاقي الإيجاب والقبول للمتعاقدين. كما أن عقد البيع الإلكتروني يغلب عليه الطابع الدولي،⁽²⁾ وقد يكون خاضع للقانون الوطني متى كان طرفا التعاقد من جنسية الدولة الواحدة، غير أن عقد البيع التقليدي ذو طابع وطني أو ذو طابع دولي.

كما يتميز عقد البيع الإلكتروني عن عقد البيع العادي في ركن المحل، فعقد البيع العادي يرد على المنقولات والعقارات والحقوق المالية، بينما المحل في البيع الإلكتروني بالإضافة لما تم ذكره في البيع العادي، يرد كذلك على المبيعات الرقمية.

يختلف العقدين كذلك، في طريقة تسليم المبيع والوفاء في البيع، فالتسليم يتم في البيع العادي بطرق التسليم العادية، بينما في البيع الإلكتروني يتم أحيانا عبر الشبكة، كتحميل البرامج أو الخدمات في الموقع الإلكتروني الخاص بالمشتري - المستهلك - مما سهل تجاوز الحدود الجغرافي والقيود الجمركية وكذا الضريبة في اقتناء السلع والخدمات. أما الوفاء في البيع العادي، فيكون بدفع الثمن نقدا، غير أن في البيع الإلكتروني، فهو دفع الكتروني عبر الشبكة.

(1) د/ طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2007، ص 64.
(2) د/ سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2005، ص 20.

كما يعد عقد البيع الإلكتروني نوع من التجارة الإلكترونية المباشرة وغير المباشرة⁽¹⁾، حيث يتم فيها التراضي بين البائع والمشتري بطريقة إلكترونية، وذلك بإرسال الإيجاب والقبول، ولكن تنفيذ العقد يكون عبر شحن البضاعة، ويتسلمها المشتري أو المستهلك بطريقة مادية.

يعد عقد البيع نوع من التجارة المباشرة حيث يتم فيها طلب الخدمات، ودفع قيمتها وتسلمها بطريقة إلكترونية⁽²⁾، بينما عقد البيع العادي تجارة مباشرة، وتتجسد من حيث مباشرة وسهولة تبادل التعبير عن الإرادتين، أوفي مباشرة رؤية المبيع وتسلمه.

على ضوء ما تم تقديمه من تباين بين العقدين، ارتأينا كذلك إلى التطرق للتأصيل القانوني للضمان في هذين البيعين، ورغم أن المشرع قد نظم ضمانه كبيع عادي إلا أن التجربة والواقع قد أثبتا قصور هذا الضمان على حماية المشتري، وتتأكد هذه الملاحظة أكثر في البيع الإلكتروني، أين لم يتدخل المشرع الجزائري لإيجاد الضمانات اللازمة لحماية المشتري. لذا فما يعيننا في هذا الضمان، هو البحث في: مدى شمولية وفعالية الضمانات التقليدية المنصوص عليها في القواعد العامة لحماية المشتري من وطرق ووسائل التعرض المستحدثة للمبيعات والخدمات، ومدى ضمانها للمبيعات المعيبة أو المعقدة والخطرة سواء في البيع العادي أو الإلكتروني أم الأمر يستدعي تكريس ضمانات أكثر ملائمة لتحقيق هذه الغاية؟

هذه الإشكالية دفعتنا إلى دراسة تفصيلية للموضوع، وذلك بإتباع المنهج الوصفي والتحليلي للنصوص القانونية المتضمنة له، وكذلك باستعمال المنهج المقارن الذي نظم الموضوع في البيع العادي، مثل القانون المدني الفرنسي والمصري والتقنين الجزائري واللبناني والمغربي، وغيرها من القوانين، ثم محاولة مقارنتها بقوانين الضمان في البيع الإلكتروني لبعض الدول التي نظمت، ومارست التجارة الإلكترونية.

لقد تطلب منا تحليل موضوع البحث، التمهيد له بدراسة التأصيل القانوني لمفهوم الضمان في مختلف الأنظمة القانونية (الفصل التمهيدي)، ولما كان المشتري أو المستهلك قد يواجه نوعين من التهديد يمسان بحقه المشروع على المبيع، سواء في البيع

(1) Van Daele (Quentin), la fiscalité indirect des transactions électroniques (commerce électronique le temps des certitudes), Bruylant, Bruxelles, 2000, p151.

(2) د/ظاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص 14.

العادي أو الالكتروني، أولهما حرمانه من الانتفاع بالمبيع انتفاعا هادئا، وثانيهما تسليمه مبيعا به عيوب خفية، شأنها إنقاص قيمة المبيع والانتفاع به، كان لا بد من إلزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق (الباب الأول)، وضمان العيوب الخفية (الباب الثاني).
وآخر ما نذيل به خاتمة هذه الأطروحة، هو مجموعة من نتائج واقتراحات توصلنا إليها، ونأمل اتخاذها من قبل المشرع الجزائري.

الفصل التمهيدي

التأصيل القانوني للضمان

دراسة التأصيل القانوني للضمان في عقد البيع، يعني الوقوف والكشف على أصوله القانونية التي بدأت في التشريعات القديمة، وذلك بدءا من القانون الروماني المتميز بمراحله الثلاثة المتمثلة في: القانون المدني الروماني، ومنشورات المحنسين، ثم قانون جوستينيان، ثم في الشريعة الإسلامية، وأخيرا في التقنيات الحديثة.

كما تطرقنا ضمن هذا الفصل إلى مصدر الالتزام بالضمان، كالعقد والقانون، ثم معرفة الرأي الراجح المتخذ كأساس قانوني للضمان، وذلك بعد التطرق إلى مختلف الأسس القانونية الأخرى التي جاءت بها مختلف النظريات، كالسبب أو نقل الملكية أو التسليم أو كذلك المسؤولية العقدية، وكذلك حتى نعلم أن حاجة المشتري أو المستهلك للضمان كانت ماسة وضرورية، وإن الحق في الضمان ليس وليد التقنيات الحديثة، بل كان موجودا منذ الأزمنة القديمة ومستمر في الوجود، وأصبح متضمنا معاني ومجالات عديدة سوف نتطرق إليها لاحقا.

لقد عرف وقتنا الحاضر تأثيرا كبيرا بتطور العلم والتكنولوجيا، التي ساهمت في بروز وسائل وطرق جديدة مستعملة في التعرض للمبيع الإلكتروني، وكذا ظهور سلع أو مبيعات حديثة، فقد تكون معيبة أو خطيرة على المشتري، مما أدى إلى التفكير في مجال ضمان البيع والمبيع في التعاقد الإلكتروني، كالبيع عبر الانترنت. فلقد ظهرت بعض التقنيات لضبط هذه المعاملات الجديدة، وذلك من مرحلة إبرام العقد إلى غاية تنفيذه. وعليه، لقد تم تقسيم هذا الفصل التمهيدي على النحو التالي:

المبحث الأول : مراحل تطور الالتزام بالضمان عبر الأنظمة القانونية

المطلب الأول: الضمان في القانون الروماني

المطلب الثاني: الضمان في الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: الضمان في التقنيات الحديثة

المبحث الثاني : مصدر الالتزام بالضمان وأساسه القانوني

المطلب الأول: مصدر الالتزام بالضمان

المطلب الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالضمان

المبحث الأول

مراحل تطور الالتزام بالضمان عبر الأنظمة القانونية

لقد عرفت التشريعات القديمة الالتزام بالضمان قبل القانون الروماني، ومنها قانون حمو رابي فيما يخص عقد البيع، الذي كان ينشئ على عاتق البائع التزاما بضمان الاستحقاق لحماية مشتري ملك الغير، حسن النية في دعوى الاسترداد، وكذا ضمان التعرض الصادر من الغير الذي كان بارزا في المادة 279 من هذه الشريعة الرومانية. كما عرفت هذه المرحلة، ضمان العيب الخفي في المبيع، وتحديدًا في مجال تجارة العبيد على أنه "إذا أراد رجل شراء عبدا أو أمة، وصار العبد أو الأمة محلا للدعوى، فبائعهما كان مسئولًا عن مواجهة الدعوى التي يرفعها المشتري عليه لاسترجاع ثمن البيع" (1).

غير أنه بالرجوع إلى المادة 279 من قانون حمو رابي، يرى بعض الفقهاء أن المقصود منها هو العيوب الخفية في الشيء المبيع، أي ضمان العيب الخفي الذي كان موجودا في العبد أو الأمة أثناء تأدية وظائف سيدهما - أي البائع - وأدى ذلك العيب إلى إصابة العبد أو الأمة بنقص في قيمته الجسمية - أي القوة - المقصودة بالشراء، فيتحمل البائع مسؤولية ذلك.

لكن رأي من الفقه يرى مضمون هذه المادة يكمن في ضمان التعرض الصادر من الغير كما سبقت الإشارة إلى ذلك، ويتمثل ذلك في حال تعرض الغير للمشتري بإدعائه على تملكه للعبد أو الأمة، وهذا ما يجعل البائع ملتزما بدفع هذا الإدعاء (2). لقد نصت كذلك المادة 278 من قانون حمو رابي على أنه "إذا أراد رجل شراء عبدا أو أمة، وبعد البيع أصابه داء الصرع سوف يعيده لبائعه ويأخذ المشتري الفضة التي كان قد دفعها للبائع" (3). وكذلك من حق المشتري عند ثبوت العيب مطالبة البائع بالفسخ خلال مدة شهر اعتبارا من تاريخ اكتشاف العيب.

(1) د/ أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية (دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية و الأوروبية)، دار اقرأ للنشر، لبنان، سنة 1981، ص 10.

(2) د/جلال الدين محمد حسن صبره، الالتزام بضمان التعرض الصادر في مواجهة الغير في العقود في القانون المدني المصري و الفرنسي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة أسيوط، مصر، سنة 1990، ص 21.

(3) نفس المرجع أعلاه، ص 22.

فمن خلال هذه النصوص، يمكن القول أن شريعة حمورابي قد عرفت موضوع الضمان وطبقته في مجالات عدة، أهمها في تجارة العبيد. وعليه، لقد تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الضمان في القانون الروماني

المطلب الثاني: الضمان في الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: الضمان في التقنيات الحديثة

المطلب الأول

الضمان في القانون الروماني

الإلتزام بالضمان في القانون الروماني القديم، يقتصر على ضمان العيب في عقد خاص مستقل عن عقد البيع⁽¹⁾. كما أن فكرة الإلتزام بالضمان لم تكن قاعدة عامة، بل ظهرت كفكرة ضيقة تطبق على بعض العقود⁽²⁾، كذلك لم يكن الإلتزام بضمان الاستحقاق من بين التزامات البائع، غير أنه قد حدث تطور تشريعي مفاده إعطاء للمشتري الحق في الرجوع على البائع بالضمان لو بقي الشيء المبيع في حيازة البائع، على سبيل أنه أوصى له به، أو ورثه من مستحقه. كما أصبح للمشتري حق الرجوع بالضمان عند استحقاق ملحقات المبيع، عملاً بالقاعدة أن الفرع يتبع الأصل. فكان البائع الروماني مسئولاً عن فعله الشخصي، فضلاً عن تقرير مسؤولية ورثته⁽³⁾.

لذا لقد تطورت فكرة الضمان مع تطور القانون الروماني، وأصبحت قاعدة عامة يتم الرجوع إليها في كل العقود مهما كانت طبيعتها القانونية. لقد قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى المراحل الثلاثة المذكورة أعلاه، وذلك من خلال الفروع التالية:

(1) Girard, P F, Manuel élémentaire de droit romain, 7ème éd. librairie Arthur Rousseau Paris, 1983, p592 et 593 .

(2) Monier. R, La garantie contre les vices cachés dans la vente Romaine, tome 2, Paris 1930, n°1, p191 .

(3) فوزية عبد العزيز طه، التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة- دراسة مقارنة مع التقنين المدني المصري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الحقوق، القاهرة، سنة 1992، ص 25 .

الفرع الأول: الضمان في القانون الروماني القديم

الفرع الثاني: الضمان في منشورات المحترسين

الفرع الثالث: الضمان في قانون جوستينيان

الفرع الأول

الضمان في القانون الروماني القديم

إن الالتزام بضمان الاستحقاق لم يكن ضمن الالتزامات الواردة عن عقد البيع إلا مؤخرًا، وكان يقع الاستحقاق عند نزع المبيع من المشتري بموجب حكم قضائي، وكان للمشتري حق الرجوع على البائع بالضمان. كما أجاز الرومان للمشتري بضمان البائع لمبيعات المبيع، عدا حق الارتفاق، وعرفت هذه المرحلة الإلتزام بالضمان في بيع العقار، وكان يمارس بطريقة الإشهاد، الذي ينطوي على شروط تجعل البائع ملتزم بضمان الاستحقاق⁽¹⁾. كما ظهر ضمان العيب الخفي في بعض العقود، كبيع العبيد والحيوانات، أين كان البائع ملزمًا بالإعلان عن العيب الخفي الموجود في المبيع، وذلك امتثالًا للشرط الذي يوضع في العقد، وهو تعهد البائع بضمان العيب وسلامة المبيع. وفي حالة ظهور واكتشاف العيب، يعرض المشتري على أساس المسؤولية العقدية⁽²⁾.

هذا ما يستدعي القول، أن البائع أصبح مسئولًا عن الضمان إذا اكتشف المشتري بعد إبرام البيع، تخلف الصفات التي رآها في المبيع قبل البيع. كذلك إذا ما حاول أن يدلس المشتري بتأكيدده على خلو المبيع من العيوب، لذا سوف يلتزم البائع بتعويض المشتري تعويضًا كاملاً عن الأضرار التي لحقت به من جراء استعمال المبيع الذي كان يتميز في هذه المرحلة بالبساطة، وعدم التعقيد في تكوينه أو تصنيعه.

(1) A.E- Giffard.R.Villers, Droit Romain , obligations, 1958, précis Dalloz, 1ère éd ; n° 97 p 66.

(2) Monier.R, op.cit , p195.

الفرع الثاني

الضمان في منشورات المحتسبين

لقد تميز القانون الروماني بظاهرة بيع العبيد والحيوانات من طرف الرومانيين للأجانب. فعملية البيع كانت تجرى في أماكن عمومية، أين كان المحتسبون يراقبون وينظمون البيع بهدف محاربة الغش، وإلزام البائع على الإعلان عن العيب الخفي في العبد، أو الحيوان أثناء عرضه للمبيع في الأسواق الشعبية. فإذا كان المبيع عبداً، فقد ألزم المحتسبون البائع بتسليمه للمشتري خالياً من العيوب، وإن تم استحقاقه، يلزم البائع برد ضعف الثمن للمشتري. وفي حالة تخلف هذا الشرط يستطيع المشتري رفع دعوى الاشتراط في خلال ستة أشهر للمطالبة بالتعويض، أما إذا كان المبيع حيواناً، فليس أمامه إلا رفع دعوى الرد في خلال ستة أشهر تبدأ من يوم إبرام العقد أو رفع دعوى إنقاص الثمن في خلال سنة من يوم البيع⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الضمان في قانون جوستينيان

الإلتزام بالضمان في مدونة - جستينيان - قد عرف تطوراً كبيراً، الأمر الذي أجاز للمشتري الحق في رفع دعوى الشراء المترتبة عن عقد البيع، وذلك في حالة امتناع البائع عن إعطاء تعهد⁽²⁾ لضمان المبيع، أو ما كان يعرف في ذلك الوقت باشتراط الضمان وهو التعهد بضعف المبلغ، وكان هذا هو العرف السائد آنذاك. لقد أصبح الضمان من طبيعة عقد البيع، والتزام من التزاماته، فلا بد أن يضمن البائع المبيع دون أن تنص عليه المدونة، لكونه عرفاً لدى الجميع. كما كان البائع ملزماً بضمان الاستحقاق، وللمشتري حق الرجوع على البائع بمقتضى دعوى الشراء⁽³⁾. وفي مقابل هذه الدعوى، نجد التزام البائع قبل المشتري بدفع مبلغ التعويض مناسباً للضرر الذي لحقه، وذلك بسبب الاستحقاق، ويبدأ سريان هذا التعويض من تاريخ صدور الحكم.

(1) خواص جويده، الضمان القانوني وتخلف الصفة في عقد البيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود الخاصة جامعة الجزائر، سنة 1986، ص 11 و 12.

(2) د/ جلال الدين محمد صبره، المرجع السابق، ص 32، فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص 29.

(3) د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 16، فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص 29.

علاوة على قواعد ضمان التعرض، لقد تألق قانون جستييان بأحكام ضمان العيوب الخفية، حيث منح للمشتري ثلاثة وسائل للمطالبة بالضمان، متمثلة في دعوى الفسخ، ودعوى إنقاص الثمن ضد البائع حسن النية، ودعوى الاشتراط ضد البائع سيء النية للحصول على تعويض مناسب لضرر العيب⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الضمان في الشريعة الإسلامية

الأصول الشرعية لضمان المبيع، تكمن في الشريعة الإسلامية، وقد اقتدت بها اغلب القوانين العربية والأوروبية، فنجد مثلا أن حفظ الأموال، هي من الأمانات والضرورة الكبرى التي حثتنا عليها الشريعة الغراء، والوسيلة الناجعة الواجبة الإتباع كأساس للضمان في العقود، فهذا ما يتضح في العديد من الأدلة القرآنية، وفي المبادئ الأصولية التي أعتمدت عليها التشريعات القانونية فيما بعد. هذا ما سوف نحاول معالجته وتوضيحه في الفروع التالية:

الفرع الأول: الضمان في الأدلة القرآنية

الفرع الثاني: الضمان في المبادئ الأصولية

الفرع الأول

الضمان في الأدلة القرآنية

إن القرآن الكريم زاخر بالأدلة الهادفة للالتزام بالضمان، ويتجلى ذلك في الآيات القرآنية التي تضمنت هذا الالتزام، وللاستدلال، نذكر على سبيل المثال قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"⁽²⁾. لقد ورد في تفسير هذه الآية الكريمة أن المقصود من كلمة «أوفوا» اعتماد الكمال والتمام والوفاء بما ألتزم به⁽³⁾، ويتمثل الدليل الآخر في

(1) عبيد مجول العجمي، تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية بشأن منتجات التقنيات الحديثة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة القاهرة، سنة 2007، ص55.

(2) سورة المائدة، الآية رقم 01 من القرآن الكريم برواية حفص بن عامر، تم طبعه برخصة من مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف، دار بن الهيثم، القاهرة، سنة 2008.

(3) الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، المجلد الرابع، الجزء السادس والسابع، دار سحنون للنشر، تونس، سنة 1997، ص74.

قوله تعالى: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"⁽¹⁾ ، لقد جاءت الآية الكريمة لوجوب الرد بالعيب في البيوع⁽²⁾ .

فمن خلال هذه الآيات ومثيلتها، إن الله يحثنا على الالتزام بالضمان مع الغير، وعدم الإخلال بالالتزامات في العقود، والامتنال بالثقة، وعدم الغش، وكذا بالضمان المتبادل في كل التصرفات القانونية التي نمارسها يوميا.

الفرع الثاني

الضمان في المبادئ الأصولية

أما عن أدلة ضمان المبيع في السنة، فهي كثيرة، خاصة تلك التي تمنح المشتري حق الرجوع به على البائع بالضمان عند وقوع الاستحقاق على المبيع. حيث روى أحمد وأبو داوود وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهم أن الرسول - ص - قال: "لا ضرر ولا ضرار".

إضافة لذلك هناك قواعد متعددة هادفة للامتثال بالضمان، نذكر منها قاعدة مفادها "الغنم بالغرم" أي إذا ما حصل استحقاق للمبيع، فإن الضامن عليه يلزم برد المقابل الذي أخذه من المشتري، ويستتبع ذلك غرامته إذا ما استحق المبيع⁽³⁾ .

لقد روى عن صفوان بن أمية أن الرسول (ص) استعار منه أدرعا يوم حنين فقال: "أغصبا يا محمد؟" قال: "بل عارية مضمونة". قال: "فضاع بعضها". فعرض عليه الرسول (ص) أن يضمنها له، فقال: "أنا اليوم في الإسلام أرغب".

وروى عن الحسن بن سمره عن الرسول (ص) قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه". رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي. فزاد أبو داود والترمذي،

فقال: "قتادة" ثم نسي الحسن، فقال: "هو أمينك لا ضمان عليه"⁽⁴⁾ . ومفاد ذلك، أنه يجب على الإنسان رد ما أخذه من مال غيره على سبيل الإعارة، أو الإجارة لكون الوديع والمستعير ضامنان.

(1) سورة النساء، الآية 29.

(2) بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2002، ص 574.

(3) فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص 49.

(4) د/ أيمن أبو العيال، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة جامعة دمشق، كلية الحقوق، العدد

الثاني، المجلد 19، سنة 2003، ص 79-111.

المطلب الثالث

الضمان في التقنيات الحديثة

لقد نصت التشريعات الوضعية الأوروبية والعربية، وكذا الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بالبيع والتجارة على الالتزام بالضمان، فلقد قامت بتقنين نصوص خاصة به من أجل حماية المشتري - أي المستهلك - وذلك لاعتباره الطرف الضعيف في التعاقد سواء في البيع التقليدي أو الإلكتروني. كما تناولت العديد من الاتفاقيات، والمعاهدات الدولية بشأن التجارة الدولية عامة والبيع الإلكتروني خاصة، هذا الموضوع بدراسات عديدة مكّلته بنود تمت المصادقة عليها. لذا سوف نتعرض لهذه القوانين والاتفاقيات والمعاهدات بنوع من التفصيل في الفروع التالية تبعا:

الفرع الأول: القوانين الوضعية الخاصة بالضمان في البيع الكلاسيكي

الفرع الثاني: القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالضمان في البيع الإلكتروني

الفرع الأول

القوانين الوضعية الخاصة بالضمان في البيع الكلاسيكي

تضمن البيع الكلاسيكي أو العادي، التقنيات الأوروبية والعربية التي نصت على مختلف قواعد الضمان حارسة على تأكيد راحة وسلامة المشتري، أي المستهلك عند اقتناء المبيع المعروض في السوق، أوفي كل أماكن البيع المختلفة.

فمن بين تلك التقنيات المدنية التي نظمت الضمان، نذكر التقنين المدني الفرنسي والمصري والجزائري، حيث تناوله التقنين المدني الفرنسي في المواد من المادة 1625 إلى غاية المادة 1649، وكذلك القانون المدني المصري الذي احتوت مواده على نصوص تلزم البائع بالضمان وذلك من المادة 447 إلى غاية المادة 455. أما المشرع الجزائري، فقد حصر الموضوع في المواد من المادة 371 إلى المادة 386 من التقنين المدني، وهي متعلقة بضمان التعرض والعيوب الخفية في المبيع.

الفرع الثاني

القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالضمان في البيع الإلكتروني

توازيا للبيع الكلاسيكي، ظهر البيع الإلكتروني، وأزداد حجم التعاملات فيه، وأصبح من الضروري التدخل بوضع الأطر القانونية الجديدة للضمان التي ستطبق على هذا النوع من التعامل الجديد، الذي فرض وجوده على المنظومة التشريعية في مجال العقود التي تبرم وطنيا أو دوليا.

وبالتالي فقد اضطرت معظم الدول مساندة هذا التطور السريع للبيع، واجتهدت بوضع بعض القوانين الجديدة الخاصة بالضمان المتعلقة بالتعرض للمبيع، خاصة التعرض للمبيعات المعنوية، مثل بيع برامج المعلومات والخدمات، وكذا ضمان العيوب الخفية في المبيع في مرحلة تنفيذ العقد.

وبالتدرج اتسع نطاق الضمان ليشمل مجالات أخرى تستوجب الضمان، كضمان الالتزام الإعلام والالتزام بالمطابقة من أجل الوصول وتحقيق الالتزام بضمان السلامة، حفاظا على صحة، وأمن، وأموال المشتري أو المستهلك.

فمن بين القوانين التي نظمت البيع الإلكتروني، نذكر على سبيل المثال، قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي⁽¹⁾ الذي نظم ضمن نصوصه الضمانات الخاصة بالمشتري (المستهلك) الهادفة إلى حمايته عند إبرام وتنفيذ هذا العقد، وكذلك القانون الأردني الخاص بالعقود الإلكترونية الذي نص على الالتزام بالضمان والتزامات أخرى كالالتزام بالدفع والتوقيع الإلكتروني. كما نظم قانون حماية التجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة الالتزام بالضمان⁽²⁾.

ولقد أولى الإتحاد الأوروبي اهتماما كبيرا للمشتري أي المستهلك وذلك بتوفير حماية قانونية له في مجال التجارة أو البيع الإلكتروني، مما أدى إلى ظهور عدة توجيهات أوروبية في هذا البيع الجديد، نذكر منها التوجيه الأوروبي رقم 13-93 المؤرخ في

(1) قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، رقم 83 لسنة 2000 .

(2) قانون حماية التجارة الإلكترونية الإماراتي، رقم 02، لسنة 2002.

1993-04-05 بشأن حماية المستهلك من شروط المزود الإلكتروني التعسفية، كشرط عدم ضمان العيوب الخفية من طرف البائع الإلكتروني⁽¹⁾.

صدرت على التوالي عدة توجيهات أوروبية أخرى، كالتوجيه الأوروبي رقم 99-144 المؤرخ في 25 مايو 1999 المتعلق بضمان المستهلك وحمايته في عمليات البيع وضمانات الأموال الاستهلاكية، ثم ظهر قانون التوجيه الأوروبي رقم 97/7 في 20 مايو 1997 الخاص بالمعاملات الإلكترونية عن بعد، حيث ينص فيه على الحماية الدولية للمستهلك.

أما في القانون الأمريكي، لقد أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 39-248 المؤرخ في 09-04-1985 مبادئ عامة لضمان حقوق المشتري، أي المستهلك⁽²⁾.

لقد صدرت هذه القوانين وغيرها لضمان، وحماية المستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية عامة وبصفة خاصة تلك التي تتم عبر الانترنت، وبالإضافة إلى هذه القوانين، عملت بعض الاتفاقيات الدولية على وضع قوانين أبنود مع إلزامية احترامها، منها بنود أوقوانين الاتفاقية الخاصة بالتعاون الدولي لمكافحة جرائم الانترنت، وكذلك اتفاقية الإتحاد الأوروبي لعام 2001 لمكافحة جرائم الانترنت المتطورة⁽³⁾.

(1) د/ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، دون ذكر الطبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، سنة 1998 ص 40.

(2) د/ حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك في مصر بالمقارنة مع أوضاع الحماية عن دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر، مصر، سنة 1996، ص 17 و 18. هذه المبادئ متمثلة في: الحق في الصحة، والإعلام عن المنتج ومطابقته والحق في التعويض.

(3) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2005، ص 18.

المبحث الثاني

مصدر الالتزام بالضمان وأساسه القانوني

إن مصدر الالتزام بالضمان قد يكون متمثلاً في القانون الذي ينص صراحة على الالتزام به، أو قد يكون مصدره قائماً نتيجة نشوء العقد بين طرفين، وهو الأكثر شيوعاً في العقود العادية والالكترونية، مثل عقد البيع والإيجار وغيرهما.

أما عن الأساس القانوني للضمان، فلقد اختلفت الآراء الفقهية في تحديده. فهناك من يرى أساسه يكمن في السبب، البعض الآخر يرجعه إلى وقوع الالتزام بالتسليم، غير أن الرأي الآخر يعتبر الالتزام بنقل الملكية أساساً، بينما الرأي الأخير يجعل المسؤولية العقدية أساساً له.

سوف نعرض لمصدر الضمان ولمختلف الاتجاهات التي تناولت أساسه بنوع من التفصيل في المطالب التالية:

المطلب الأول: مصدر الالتزام بالضمان

المطلب الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالضمان

المطلب الأول

مصدر الالتزام بالضمان

يعتبر القانون والاتفاق مصدرين معروفين ومؤكدين لنشوء الالتزام بالضمان بحيث ينشأ هذا الالتزام بالضمان في مرحلة تنفيذ العقد العادي، مثل عقد البيع، فيعد اتفاق الطرفين وتعاقدتهما على إبرام العقد مصدراً لنشوء، كما أخصه المشرع بأحكام خاصة، وبالرجوع إلى عقد البيع الالكتروني، فهل يحتوي على نفس مصادر الضمان المعتمد عليها في البيع الكلاسيكي؟ ذلك ما سوف نحاول الإجابة عليه ضمن هذه الفروع.

الفرع الأول: العقد كمصدر للضمان

الفرع الثاني: القانون كمصدر للضمان

الفرع الأول

العقد كمصدر للضمان

يعتبر العقد مصدرا إراديا مباشرا لنشوء الضمان، فهو ذلك التصرف القانوني الذي يصدر من الجانبين أو من جانب واحد، أي بالإرادة المنفردة، وبالتالي فإن كان العقد بيعا، فبمجرد انعقاده، يبادر البائع بضمان المبيع للمشتري ضمانا كافيا، فيضمن له المبيع من أي نوع من التعرض، وكذلك من العيوب الخفية، وبتنفيذ التزاماته في الوقت المحدد لها.

كما أن مبدأ سلطان الإرادة في العقد يفسح مجال الحرية للمتعاقدين للتعبير عن إرادتهما، وضمنه توجد قواعد مكملة لإرادة المتعاقدين، يجوز مخالفتها إلا في حالات إستثنائية⁽¹⁾. فيمكن تعديل أحكام الضمان في عقد البيع، كلما دعت الضرورة إلى ذلك لكن شريطة أن لا يكون هذا التعديل متعسفا في حق المتعاقدين. وما عدا ذلك، فلهم الحرية الواسعة للقيام بالتعديل، سواء كان اقتراح التعديل صادر من قبل البائع أو المشتري. أما عن مصدر الضمان في العقود الإلكترونية، فهو مستمد من المصادر المعمول بها في العقود العادية، بحيث يمكن اعتبار القانون والتشريع الخاص بالتعامل التجاري الإلكتروني، كمصدر لها بحيث نصوصه تحتوي على أحكام العقد الإلكتروني، وكذلك تعتبر كل الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، والاجتهادات القضائية مصدرا هاما لها يمكن الرجوع إليها عند الحاجة.

الفرع الثاني

القانون كمصدر للضمان

يعد القانون، مصدرا آخر للضمان، فهو الذي ينظم أحكام العقد والضمان معا، بحيث ان نصوصه حريصة على جعل التوازن بين التزامات المتعاقدين لهدف تقرير الضمان وأحكامه، وترك للمتعاقدين حرية واسعة في تعديل أحكام الضمان، كما هو الأمر في حق المطالبة بفسخ العقد عند وقوع الاستحقاق الجزئي للمبيع .

(1) د/ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، دون ذكر الطبعة و دار النشر، سنة 1985، ص 272 .

Beudant -Ch, Cours de droit civil français, la vente, le louage de choses, tome 11, Paris 1938, P 01.

كذلك : د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 9.

لقد أصدرت الدول المنظمة للعقود الالكترونية قوانين عديدة تم ذكرها في مقدمة هذا الموضوع، لتنظم هذه المعاملات الجديدة، بالإضافة إلى تلك الاتفاقيات والمعاهدات المبرمة بشأن التجارة الالكترونية، فهي تعد كذلك مصدرا من مصادر الضمان، فيجب احترامها من قبل المتعاقدين.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للالتزام بالضمان

لقد عرفت الساحة الفقهية اتجاهات مختلفة حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالضمان، حيث ذهب الرأي الأول إلى القول أن أساس الضمان هو السبب. (1) أما الرأي الثاني يرجع أساس الضمان إلى الالتزام بنقل الملكية في المبيع، إلا أن الرأي الثالث يعتبر الأساس في الضمان يرجع إلى تسليم المبيع. (2) أما الرأي الرابع والأخير أعتبر أساسه راجع إلى المسؤولية العقدية. (3) وبعد ذكر هذه الاتجاهات، نحاول التفصيل فيها بذكر مختلف الحجج والنقد الموجه لها ضمن هذه الفروع تبعا.

الفرع الأول: أساس الالتزام بالضمان يكمن في السبب

الفرع الثاني: أساس الالتزام بالضمان يكمن في نقل الملكية

الفرع الثالث: أساس الالتزام بالضمان يكمن في التسليم

الفرع الرابع: أساس الالتزام بالضمان يكمن في المسؤولية العقدية

(1) Capitant.(Henri) , La cause des obligations, thèse, Paris 1927, p 331.

(2) Ph- Malaurie et Laurent Aynes , Cours de droit civil, les contrats spéciaux, Paris 1986 p176.

(3) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين ، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت سنة 1987، ص193 .

الفرع الأول

أساس الالتزام بالضمان يكمن في السبب

لقد ذهب أحد شراح الفقه الفرنسي⁽¹⁾ إلى اعتبار أن السبب القصدي أو الموضوعي هو الدافع إلى التعاقد ودونه لا يمكن للعقد أن يقوم. وإذا اختفى، جاز فسخ العقد، وبالتالي تخلف السبب هو عامل من عوامل قيام الضمان، والمطالبة به، فمثلا إن سبب التزام المشتري في عقد البيع، هو الحصول على المبيع من قبل البائع، وإن لم يلتزم هذا الأخير، فهذا يعد بمثابة تخلف السبب، فعلى المشتري مطالبة البائع بالضمان.

وجه نقدا لهذا الرأي باعتبار أن القانون يسمح للمتعاقدين أن يتفقا على إسقاط الضمان أو استبعاده، وبالتالي فإن استبعاد السبب عندهم يعني لا وجود للعقد. كما يرون أن الالتزام بالضمان يكون فقط في عقود المعاوضة دون عقود التبرع .

يضيف أحد مؤيدي هذا الرأي، أنه يمكن فسخ العقد عند تخلي أحد المتعاقدين على التنفيذ، طبقا للمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، وبإمكان المشتري المطالبة بفسخه في حالة عدم قيام البائع بتنفيذ الضمان⁽²⁾.

نقد النظرية: تعرضت هذه النظرية إلى النقد في جوانب عدّة، نذكر منها: يرى البعض⁽³⁾ في عدم صلاحية السبب للالتزام بالضمان في العقود الملزمة للجانبين، كعقود المعاوضة والعقود الملزمة لجانب واحد (كالتبرع) لأن عقود التبرع ليس فيها تبادل للالتزامات، كما أن أحكام الضمان لا يمكن أن تقوم على أساس فكرة الضمان، وأن القانون لم يترك للقاضي حرية تقدير التعويض في دعوى الضمان، بل هو قد حدد له عناصر هذا التعويض إلى جانب الفسخ.

(1) Capitant. (H), op.cit , N°153 , p331.

(2) Beudant- Ch , op cit , p138 .

(3) Planiol .J et Ripert, Traité pratique de droit civil français, Paris 1956,tx, n° 95,p 144.

الفرع الثاني

أساس الالتزام بالضمان يكمن في نقل الملكية

يرى أحد شراح هذا الرأي⁽¹⁾، أن أساس الالتزام بالضمان يكون في نقل الملكية نقلاً كاملاً وهدائاً وإلاّ يسمح للمشتري رفع دعوى المطالبة بضمان التعرض والاستحقاق.

نقد النظرية: تعرضت النظرية لنقد من قبل بعض الفقهاء الذين حاولوا التفرقة بين الالتزام بالضمان والالتزام بنقل الملكية. فالالتزام بنقل الملكية إجراء ينشأ مع إبرام العقد، فإن لم يتم نقل الملكية يفسخ العقد، أما الالتزام بالضمان ينشأ بعد نقل الملكية سواء وقع التعرض أولم يقع، فالبائع ملزم بضمان التعرض، فهو إذن التزم أبدي .

كما أن البائع في القانون الروماني ملزم بنقل الحيازة وليس نقل الملكية، وبالتالي فكان يضمن عدم التعرض للمشتري في حيازته، وهذا ما يؤكد الاختلاف الموجود بين المفهومين الالتزام بالنقل والالتزام بالضمان⁽²⁾.

الفرع الثالث

أساس الالتزام بالضمان يكمن في الالتزام بالتسليم

يرى أحد أصحاب هذا الرأي أن الالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم هما التزام واحد ولا يمكن التفرقة بينهما، فإن سلم البائع المبيع للمشتري دون ضمانه، فكأنه لم يسلمه إياه والالتزام بالضمان هو أمر حتمي وتابع للأمر الأول، وهو التسليم⁽³⁾.

نقد النظرية: لقد تعرضت هذه النظرية إلى نقد متمثل في أن الالتزام بالضمان غير مرتبط بالالتزام بالتسليم، وهذا بعكس ما ذهب إليه القانون الفرنسي، لكون أن الالتزامين ليس لهما نفس الهدف وهذا الأخير متمثل في الانتفاع الهادئ بالشيء المبيع، لكون أن مضمون التسليم هو وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري، أي وقوع حيازة مادية، أما الالتزام بالضمان يكون بعد التسليم، فقد لا يضمنه البائع للمشتري، كما أن هناك من

⁽¹⁾Mazeud(H etL)et Tunc,Traité théorique et pratique de la responsabilité civile et délictuelle et contractuelle,5ème éd ,Paris 1965 ,tome 01,n°96

⁽²⁾ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 407.

⁽³⁾ د/جاسم علي ناصر ، المرجع السابق، ص 25

يرى أن رجوع المشتري على البائع بسبب العجز في مقدار المبيع يسقط بمضي سنة من تاريخ التسليم، فليس هو الأمر بالنسبة لتقادم الالتزام بالضمان⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك فلا تحتوي كل العقود على الالتزام بالضمان، فمثلا في عقد الهبة فالواهب عليه بتسليم الشيء للموهوب له، والواهب غير ملزم بضمانه⁽²⁾.

الفرع الرابع

أساس الالتزام بالضمان يكمن في المسؤولية العقدية

لقد تعددت آراء الفقه حول هذا الأساس إلا أننا سوف نذكر بعضا منها: يرى أحد أنصار هذا الفقه⁽³⁾ أن يكون أساس الالتزام بالضمان هو المسؤولية العقدية (أي قيام أركان المسؤولية) هذا يستدعي القول أنه إذا ما أخطأ البائع في تنفيذ العقد، يستوجب عليه الضمان ويتم إثبات ذلك من طرف المشتري - أي لا تكون مسؤولية بلا خطأ - . لقد أقام جانب آخر من الفقه⁽⁴⁾

أساس الضمان على مبدأ القوة الملزمة للعقد. وبالتالي ضمان العيوب الخفية والاستحقاق قائمين على الرابطة القانونية التي أنشأها المتعاقدان. أما الجانب الأخير من الفقه⁽⁵⁾، فقد ميز بين أحكام الالتزام بتحقيق نتيجة وأحكام الالتزام ببذل عناية. ففي الالتزام الأول، فعدم التنفيذ يترتب عنه المسؤولية العقدية لكن في الالتزام الثاني فإنه يستلزم التعويض. غير أن هذه الاتجاهات الثلاثة، وجه لها نقدا من اتجاه آخر الذي يرى أن المشرع خلق الالتزام بالضمان لهدف استقرار المتعاقد ليقدم على إبرام العقود بالثقة الكاملة، وهذا واضح في الأحكام المترتبة على البائع عند الإخلال بأحد التزامات، وبذلك يوفر الحماية للمشتري من الاستحقاق مهما كان نوعه.

(1) د/ عبد المنعم البدر اوي ، المرجع السابق ، رقم 358 ، ص351.

(2) Demolombe. (C), Traité donations entre les vifs et les testaments, tome 11, Paris 1868 n°543, p140.

(3) Mazeaud (H et L) et Tunc, op cit ,tome 01,n°103.

(4) B.STRACK,Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de la peine privée ,thèse 1947,p275 .

مشار إليها لدى د/جاسم علي سالم ناصر،ضمان التعرض والاستحقاق في العقود،دراسة مقارنة،المرجع السابق،ص31.

(5) MOREL,Cours de licence , 2éme année, 1938_1939, p412 .

مشار إليها لدى د/جاسم علي سالم ناصر،ضمان التعرض والاستحقاق في العقود،دراسة مقارنة،المرجع السابق،ص31.

بعد التطرق الوجيز للنظريات التي بحثت في أسس الضمان المدعومة، بالحجج المختلفة، يمكننا القول أن المشرع الفرنسي والمصري وكذلك الجزائري، قد ساندوا النظرية الأخيرة، وأسسوا الالتزام بالضمان على المسؤولية العقدية، وأن دعوى الضمان مستقلة عن دعوى الإبطال ودعوى الفسخ⁽¹⁾ ويظهر ذلك في تنظيم وضبط أحكام خاصة بضمان التعرض والاستحقاق في نصوص عقد البيع.

نفس الموقف نميل إليه، لكون أن المسؤولية العقدية، ترتب التزامات وأثارا بعد تنفيذ العقد أو عند إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام المترتبة عن العقد، فمن بين تلك الالتزامات، مثلا التزام البائع بالضمان والتزام المشتري بدفع الثمن، ومن بين الآثار، نذكر مثلا رجوع المشتري على البائع، ومطالبته بفسخ العقد وبثمن المبيع، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت قيمته قد زادت بعد البيع، أو نقصت بالإضافة إلى مطالبته بالتعويض عما لحقته من خسائر وما فاتته من كسب.

إضافة لكل ذلك، فإن تأسيس الضمان على هذه المسؤولية وسيلة ناجعة ومؤكدة لضمان حقوق المتعاقدين، كما أن القوة الملزمة للعقد تؤدي إلى واستقرار المعاملات التي مارسها المتعاقدين في عقد البيع.

القول بإمكانية تأسيس عقود البيع المبرمة عبر الانترنت على هذا الأساس، فنقوم المسؤولية الخاصة للبائع الإلكتروني بمجرد وقوع العقد، كما قد تقوم المسؤولية العامة لهذا البائع المهني أو المنتج خارج نطاق العقد عند عرضه لمنتج فيه عيب أو خطورة يتسبب في سلامة المستهلك عامة.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 619. وأيضا فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص 47.

الباب الأول

ضمان التعرض والإستحقاق
في البيع العادي والإلكتروني

لا يقتصر مضمون عقد البيع على مجرد الالتزام بنقل المبيع للمشتري، بل يتجاوز ذلك إلى ضرورة ضمان تحقيق الجدوى الاقتصادية التي أراد المشتري توخيها من التعاقد في البيع⁽¹⁾، وتكمن هذه الجدوى في مقاصد عدة، أهمها الحصول على المبيع وضمانه، أي تمكين المشتري من التمتع بكل الحقوق أو السلطات المخولة له عليه، كانتفاع هادئ، دون تعرض من قبل البائع أو استحقاق من قبل الغير.

فقد يقع التعرض الشخصي من قبل البائع، فتعرضه قد يكون ماديا أو قانوني، وهذا على عكس ضمان تعرض الغير، الذي يكون قانونيا فقط.

ان ضمان التعرض للمبيع لم ينحصر في البيوع العادية، بل وجدناه كذلك في بيوع أخرى، بحيث تضمنته البيوع المبرمة عبر الانترنت، وبالخصوص البيع الإلكتروني، سواء كان محل البيع من الماديات أو الكيانات المعنوية أو متمثل في تقديم البرامج أو الخدمات من قبل البائع الإلكتروني أو البائع المنتج الإلكتروني.

لذا وجدنا أن القواعد العامة قد نضمت هذا الالتزام بضمن التعرض والاستحقاق وأحكامه بشكل جيد في كل التقنيات المدنية، ونخص بالذكر في هذه الدراسة، التقنين المدني الفرنسي والمصري والجزائري.

لعل السؤال الذي يطرح نفسه هو إلى أي مدى يمكن تطبيق والاعتماد على هذه الأحكام العامة التقليدية الخاصة بالضمان لضبط ومنع التعرض للمبيع في عقد البيع الإلكتروني، خاصة وأن المشرع سواء في التقنيات الأوروبية أو العربية المنظمة للتجارة الإلكترونية، ومنها البيع الإلكتروني، لم يتدخل حتى الآن بتنظيم نصوص جديدة تتماشى وطبيعة هذا العقد المبرم عبر الانترنت، وكذا وسائل وطرق التعرض والاستحقاق الجديدة على مبيعات مستحدثة تتميز بتقنية علمية كبيرة، لا سيما المنتجات المعنوية؟

وبناء على ما تقدم، قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين، يحمل كل منهما العناوين التالية:

الفصل الأول: الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع في البيع العادي والإلكتروني.

الفصل الثاني: الالتزام بضمان تعرض الغير وأحكام تعديل الضمان في البيع العادي

والإلكتروني.

(1) Pothier, R.J, Traité du contrat de vente, ouvrages complètes de Pothier, tome 3, nouvelle éd librairies Thormine et Fortic, sans date, n°203, p161 et 162.

الفصل الأول

الإلتزام بضممان التعرض
الصادر من البائع في البيع العادي
والإلكتروني

لما كان هدف المشتري في عقد البيع هو الحصول على المبيع، والتمتع بكل سلطات المالك، وانتفاعه به انتفاعاً هادئاً ومستمرًا، فلتحقيق هذه الغاية، لا يكفي نقل الملكية إليه وتسليمه إياها، بل لا بد أن يقترن هذا التسليم للمبيع، بالضمان، فهو امتداد للالتزام بالتسليم. فبمقتضى العقد المبرم بين البائع والمشتري، تنشأ التزامات عدة على عاتق البائع منها الالتزام بالضمان.

يعد التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري، التزاماً بالضمان الذي ينشأ مجرد إبرام العقد، كما يضمن البائع المبيع من أي استحقاق يقوم عليه عند وقوع التعرض للمشتري من قبل المالك الحقيقي في صورة الضمان الكلي، أو من قبل صاحب الحق في العين المباعة في صورة الضمان الجزئي (1).

من أجل توفير الضمان الكامل للمشتري، لا بد أن يكون البائع مالكا للمبيع، أي صاحبه، فإن كان غير ذلك، يصبح عاجزا عن تحقيقه، فيضطر المشتري للمطالبة بأبطال أو فسخ عقد البيع.

إن أول صورة للضمان تكمن في التزام البائع بالامتناع عن كل تصرف سلبي (2) من شأنه حرمان المشتري من كل أوبعض حقوقه ذات صلة بالمبيع، كالحقوق العينية التبعية. فيجب إذن أن يكون ضامنا لتعرضه الشخصي سواء كان هذا التعرض ماديا أو قانونيا.

أما الصورة الثانية، فهي التزامه بدفع تعرض الغير عن المشتري في استحقاق المبيع. وهو نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري من قبل الغير بعد صدور حكم قضائي بشأن ذلك.

وعليه، فقد يقوم البائع بتعرضه الشخصي بأعمال مادية بحتة تعرقل انتفاع المشتري بالمبيع، كفتح متجر مجاور للمتجر الذي تم بيعه، ويزاول فيه البائع نفس نشاط المتجر الذي تم بيعه للمشتري، وذلك بقصد جذب العملاء إلى المتجر الجديد، (3)

(1) نقض 1932/03/03، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، الجزء الأول، ص 356، فقرة 72 وأيضاً نقض 1940/12/05، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، الجزء 1، ص 359، فقرة 71. د/ سمير عبد السيد تناعو، عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2009، ص 236.

(2) د/ عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، دون ذكر الطبعة، دار الكتاب العربي، القاهرة، سنة 1958 رقم 285، ص 435.

(3) نقض 1956/03/08 مجموعة المكتب الفني، س7، ص 291 أين قضت محكمة النقض بأنه " متى كان للبائع =

أقيام البائع بتغيير مجرى الماء المولد للكهرباء التي كان يعتمد عليها المصنع المبيع في ممارسة نشاطه الصناعي، أو قد يكون التعرض كذلك بالانتقاص من قيمة المبيع⁽¹⁾ .

كما قد يقوم البائع بتصرفات قانونية على المبيع إلى شخص آخر، الذي يدعي حقا سابقا على المبيع، أو كأن يكون للبائع وقت البيع حق ارتفاق على العقار المبيع لصالح عقار آخر يملكه، أو قيام البائع ببيع عين ليست مملوكة له.

التعرض للمشتري بأفعال مادية أو قانونية يعد إخلالا من طرف البائع، وللمشتري في جميع هذه الحالات الموصوفة بالتعرض، حق المطالبة بتطبيق أحكام الضمان، وهي متمثلة في التنفيذ العيني أو حبس الثمن أو المطالبة بأكثر من ذلك، أي بفسخ العقد مع التعويض.

وبناء على هذه المقدمات، اقتضى الأمر تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول : مفهوم ضمان التعرض الشخصي للبائع

المبحث الثاني: أحكام ضمان التعرض الشخصي للبائع

وتتخلل هذه الدراسة مجالات المقارنة بما هو معمولا به في البيع الإلكتروني.

= محل تجاري بما فيه من بضائع قد تعهد في العقد بالألا يتجر في البضائع التي يتجر فيها المشتري في ذات الطريق الذي يقع في المحل المبيع، ولكنه مع ذلك قد خالف هذا الشرط، وأخل بواجب الضمان مما يعد تعرضا للمشتري في بعض المبيع من شأنه أن ينقص من قيمته التي كانت محل اعتبار عند التعاقد. " د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص238.

⁽¹⁾ د/ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، دون ذكر دار النشر، القاهرة، سنة 1985، رقم 160، ص270.

المبحث الأول

مفهوم ضمان التعرض الشخصي للبائع

يلتزم البائع بضمان انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعا هادئاً، فعليه بالامتناع عن، أي عمل من شأنه أن يعرقل مادياً أو قانونياً هذا الانتفاع، أي القيام بأفعال سلبية بهدف حرمانه من حيازة المبيع حيازة هادئة⁽¹⁾.

التعرض الشخصي للبائع يتصف بعدة خصائص متمثلة في كون هذا الالتزام ابدى، كما انه غير قابل للتجزئة، وغير قابل للانتقال إلى الورثة، كما أن لقيام هذا الضمان لا بد من توافر شروط هي: أن يقع التعرض فعلاً، أي يكون حال، حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع، عدم استناد البائع في تعرضه إلى القانون أو العقد.

لقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي حتى يتم شرح ما تم تقديمه بنوع من التفصيل:

المطلب الأول: تعريف التعرض الشخصي للبائع ونطاق تطبيقه

المطلب الثاني: خصائص وشروط التعرض الشخصي للبائع

ولقد تمت دراسة عناوين المطلبين بمقارنتها بمثيلاتها في عقد البيع الإلكتروني.

المطلب الأول

تعريف التعرض الشخصي للبائع و نطاق تطبيقه

إن التعرض الصادر من البائع قد تضمن عدة تعريفات، منها التعريف اللغوي الذي أشتق منه التعريف الفقهي ثم التعريف القانوني، فكل هذه التعريفات وجدت لتقديم القدر الممكن من الوصف والتكييف لمختلف التصرفات غير القانونية التي يمارسها البائع على المبيع، وكذا للتمييز بينها وبين التعرض الشخصي للبائع.

⁽¹⁾ « la garantie contre l'éviction consiste à assurer à l'acheteur la possession paisible de la chose vendue, il doit pouvoir en jouir tranquillement sans risquer d'en être évincé.

Il garantit son contractant de son fait personnel et des faits des tiers, en ce sens la bonne foi du vendeur est ici inopérante ». Philippe le Tourneau, Responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz référence, 3ème éd, Mars 2009 , p228.

التعرض الشخصي للبائع قد عرف نطاقا واسعا في التطبيق سواء وقع على مبيع مادي أو معنوي، وذلك تماشيا ونوع هذا التعرض المتمثل في التعرض القانوني أو المادي. فالأول يقع عند ادعاء البائع حقا على المبيع، وهذا الحق يكون متعارضا مع حق المشتري في ملكية المبيع، فيقوم بمنازعة فيه، غير أن الثاني يستند إلى أفعال مادية من شأنها حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع بشكل كلي أو جزئي.

لذا سوف نحاول التطرق بنوع من التفصيل والشرح للتعريفات المختلفة لهذا التعرض مع التطرق لنطاقه ضمن الفروع التالية مع فتح مجال لمقارنة هذه العناوين بما هو معمولا به في البيع الإلكتروني.

الفرع الأول: تعريف التعرض الشخصي للبائع

الفرع الثاني: نطاق تطبيق التعرض الشخصي الصادر من البائع

الفرع الأول

تعريف التعرض الشخصي للبائع

بعد اطلاعنا على مختلف المراجع المتعلقة بالموضوع، وجدنا أن الالتزام بضمان التعرض قد تنوعت تعريفاته، نذكر منها: التعريف اللغوي والفقهني ثم القانوني. غير أنه يجب علينا الوقوف على المعنى الاصطلاحي أو القانوني في سبيل فهم النصوص القانونية التي ساقها المشرع لتنظيم هذا الضمان و أحكامه.

كما حاولنا التطرق إلى تعريف التعرض الشخصي للبائع في البيع عبر الانترنت ومنه البيع الإلكتروني، فهل يحمل نفس المعنى لهذا التعرض أو يتميز بتعريف خاص؟ ذلك ما سوف يتم الكشف عنه لاحقا من خلال هذا الفرع.

الملاحظ أنه رغم انحصار هذا التعريف في ثلاثية التعريفات السابقة ذكرها إلا أن تغير طريقة إبرام العقد والتعامل بحسب حالة وطبيعة المبيعات الجديدة والغير متناهية كالبرامج والخدمات، تجعلنا نكتشف معاني أخرى للتعرض التي قد يمارسها البائع على المبيع، وبالتالي اعتبارها تعرضا خاصا في نظر القانون.

أولاً: التعريف اللغوي

لقد جاء مفهوم التعرض في اللغة بما يفيد التعبير على معاني كثيرة ومختلفة وبالتالي فقد يقصد به التعوُّج، أو الاعوجاج، أي لم يسر على الطريق المستقيم، وقد يقصد به كذلك الأذى أو إلحاق الأضرار بالغير. كما يمكن تعريفه بالتصدي، فيقال مثلاً تعرض لفلان، أي تصدّى له (1).

وقد يقصد به التحول عن الأمر أو الحيلولة دون الشيء أو المانع من الشيء. من خلال هذه التعريفات، يمكن القول أن التعرض هو بمثابة التعسف في حق مكتسب للمشتري، وذلك بهدف العرقلة والتصدي لمصالح هذا الأخير على المبيع حتى يلحق به خسائر وأضراراً عدة، تدفعه لفسخ العقد.

ثانياً: التعريف الفقهي

إضافة إلى التعريف اللغوي للتعرض، لقد وردت جملة من التعريفات الفقهية للالتزام بضمان التعرض الشخصي الصادر من البائع، فهناك من عرفه بأنه: " كل عمل أو إيداع يصدر من البائع من شأنه حرمان المشتري من كل أربعض السلطات والحقوق التي يخولها القانون إياه على المبيع بحسب حالة و غرض المبيع وقت البيع، وهذا بطبيعة الحال وفقاً لما آلت إليه إرادة المتعاقدين"(2).

كما عرفه البعض بامتناع البائع عن كل ما من شأنه تعكير صفو حياة المشتري للشيء المبيع، والمساس بالمزايا التي يخولها المبيع للمشتري، وإذا كان البائع يلتزم بضمان التعرض الصادر من الغير، فإنه يلتزم من باب أولى بأن لا يكون هو مصدر التعرض(3).

(1) مجد الدين محمد يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، بيروت، سنة 1998 ص 647.

(2) د/ حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، الطبعة الأولى، دار السلاسل للطباعة، سنة 1989، ص 516.

(3) د/ محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين، الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2001 ص 304 وكذلك في مصدر آخر له، الموجز في عقد البيع، دون ذكر الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 1996، ص 268.

ورأي عرفه بأنه التزام بالامتناع عن العمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع المشتري بملكية المبيع⁽¹⁾.

هذا ما ذهب إليه كذلك الدكتور جميل الشرقاوي، فلقد عرفه بامتناع البائع عن أي عمل يشوب استقرار حيازة المشتري للمبيع، حتى يمكنه من الاطمئنان إلى أي صورة من صور استغلاله، وعدم منازعته في حيازة المبيع أو الانتفاع به⁽²⁾.

ويقول الفقيه الفرنسي بيير إف قوتيني (Pierre .yves.GAUTIER) معرفاً التعرض: "يجب على البائع الامتناع عن كل تصرف يعرقل من انتفاع المشتري بالشيء المسلم له⁽³⁾، فهذا تماشياً طبعاً والمبدأ القائل: "من يلزم بالضمان يمتنع عنه التعرض"⁽⁴⁾. كما ذهبت أيضاً كاترين هوشار (C. HOCHART) إلى تعريف التعرض الشخصي من خلال تعريف ضمان التعرض بما يلي: "البائع يشكل شغب تعرض لكونه يؤدي بالمشتري إلى حرمانه الكلي أو الجزئي للانتفاع أو التصرف في الحق المنسوب إليه".

ثالثاً: التعريف القانوني

إن المقصود من التعرض القانوني للبائع هو كل ادعاء بحق يترتب عليه حرمان المشتري المكتسب من كل أو بعض منافع المبيع، أو الحق ذاته، أي كأن يدعي أن له حقاً على المبيع أو استحقاقه دون أن يكون ذلك بناء على حق يخوله له القانون، أو يستند من عقد البيع.

والمعنى القانوني للالتزام بالضمان قد ورد في كل من التقنين المدني الفرنسي والمصري، والتقنين المدني الجزائري، وغيرها من التقنينات المدنية.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998، بند 332، ص 633.

(2) د/ جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1991، ص 263.

(3) (Le vendeur doit s'abstenir de tout comportement de nature à troubler son acheteur dans la jouissance de la chose qu'il lui a transmise) - Pierre Yves. Gautier, RTD civ N° 2 Avril/ Juin 2006, Contrats Spéciaux. Vente, pp 339-341.

(4) « Le vendeur constitue un trouble d'éviction puis qu'il entraine pour l'acheteur la privation totale ou partielle de l'exercice ou de la jouissance du droit cédé».

Hochart Catherine , la garantie d'éviction dans la vente , L.G.D.J, 1993, n48, p33.

فلقد تضمنت المادة 1626⁽¹⁾ من التقنين المدني الفرنسي التزام البائع بضمان التعرض، فاحتوت هذه المادة على تعريف عام وشامل للضمان، دون التطرق لتعريف هذا التعرض، وكذا دون التمييز بين التعرض الشخصي للبائع وتعرض الغير، بحيث من يقرأها سوف يفهم أن المشرع قصد منها ضمان البائع لتعرضه الشخصي وكذا تعرض الغير.

غير أن المادة 1625 من نفس التقنين، جاءت شاملة للضمان الذي يلتزم به البائع تجاه المشتري والمتكون من ضمان الحيابة الهادئة للشيء المبيع، وكذا ضمان العيوب الخفية. فالمقصود من ذلك: أن من يضمن الحيابة الهادئة للمبيع، عليه بعدم التعرض للحائز سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا⁽²⁾.

أما التقنين المدني المصري، فلقد نص على ذات الموضوع في نص المادة 439 حيث جاء فيها: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزما بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه"⁽³⁾.

كما نصت المادة 371 من التقنين المدني الجزائري على: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

(1) «Quoique lors de vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente».

(2) ART 1625 : « La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur, a deux objets: Le premier est la possession paisible de la Chose vendue; Le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhitoires ».

(3) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004، ص 105.
محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1998، ص 159.

من المقرر قانوناً أن البائع ملزم بضمان التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء وقع التعرض منه أو من غيره، فعليه التدخل في الخصومة عند رفع الغير لدعوى الاستحقاق لحماية المشتري، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون⁽¹⁾.

مما سبق قوله، فإن التعرض يتمثل في كل منازعة للمشتري في تملك المبيع كلياً أو جزئياً، سواء كان مصدر المنازعة من قبل البائع شخصياً، وقد يكون التصدي مادياً أو قانونياً، أو قد يصدر التصدي من قبل الغير. فكل النوعين من التصرف هو تجسيد على إخلال البائع للالتزام بالضمان، وبالتالي يكون مديناً بالتعويض لصاحبه. هذا اذن عن التعريف القانوني للتعرض الشخصي للبائع على المبيع، فما هو تعريف هذا التعرض في البيع الإلكتروني؟

رابعاً: تعريف التعرض الشخصي للبائع في البيع الإلكتروني

بعد البحث في هذا الموضوع، لم نعثر سوى على عدة تعريفات كلاسيكية له، فلم يكن هناك تعريفاً خاصاً بالتعرض الشخصي للبائع في البيع الإلكتروني، وهذا ما يدفعنا للقول أن الضمان يثبت للمشتري بصرف النظر عن طبيعة البيع وكذا صفة البائع. لذا فمضمون التعرض الصادر من البائع الإلكتروني، هو نفس المضمون الذي نظمته القواعد العامة في البيع العادي، ما دامت أن غاية البائع في هذا التصرف واحدة وهادفة، وهي تكمن في منع المشتري من الانتفاع الكلي أو الجزئي بالمبيع، وذلك نتيجة تحقق سبب من الأسباب الذي ينجم بعد البيع، أو قبله فيحرم المشتري الانتفاع بالمبيع. فقد ورد تعريف الفقيه بشار محمود دودين: "هو أن يلتزم فيه البائع المعلن بعدم التعرض للمشتري سواء بفعله الشخصي أو بفعل الغير حتى لو كان له وقت العقد حق على محل العقد وأن هذا الحق يثبت له بعد العقد، أي آل محل العقد إلى المشتري"⁽²⁾.

⁽¹⁾ قرار الاستئناف رقم 36889 الصادر بتاريخ 1986/06/25، القانون المدني الجزائري رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 الجريدة الرسمية رقم 44 الصادر بتاريخ 26 جوان 2005، ص 100 المعدل والمتمم بقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

⁽²⁾ د/ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، سنة 2006، ص 195.

غير أنه في البيع الإلكتروني، هناك من لا يؤمن بوقوع هذا النوع من التصرف السلبي على المبيع الإلكتروني، فيعتقد أنه يصعب تصور التعرض الشخصي للبائع الإلكتروني، لكون أن الأمانة والثقة صفتان تلازمان هذا البائع في معاملته التجارية في هذا النوع من البيوع وأن البائع يظل حريصا على سمعته وحريصا كذلك على ثقة العملاء فيه، حتى تزدهر تجارته⁽¹⁾.

كما هناك من لم يتطرق للتعرض الشخصي للبائع بنوع من الوضوح، فبالرجوع إلى البيع الدولي، نجد أن اتفاقية فينا لسنة 1980، قد استبعدت التعرض الصادر من البائع، فلم تنص عليه، وبالتالي لم تعرفه، بل خصت بالذكر التعرض الصادر من الغير فقط، فتضمنت ذلك المادة 41 من الاتفاقية، و من نصها: "...على البائع أن يسلم بضائع خالصة من أي حق أو أي ادعاء للغير إلا إذا وافق المشتري على أخذ البضائع مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء...".

ف نظرا لأهمية هذا الضمان، يقول توريس⁽²⁾: "يستوجب على البائع عبر الانترنت ازدواجية الضمان، فمن جهة عليه ضمان تعرضه الشخصي للمشتري، ومن جهة أخرى، عليه بضمان حماية المشتري من أخطار تعرض الغير".

لذا يمكننا الاستنتاج أنه لم يرد إلى حد الآن تعريفا خاصا، أو مميذا للتعرض الشخصي للبائع الإلكتروني، بل تم الاعتماد في ذلك على مفهوم التعرض في البيع العادي واستعماله في البيع الإلكتروني، ويرجع السبب في ذلك في كون الغاية من التعرض واحدة في كلا البيعين، وهي تحقيق الضمان والتصدي لحرمان المشتري في الانتفاع أو حيازة المبيع سواء من قبل البائع أو الغير الذي يزعم هذا الحق على المبيع.

(1) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004، ص105. كذلك: محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1998، ص159.

(2) Cette garantie consiste donc pour le vendeur sur l'internet une double obligation d'une part, le vendeur doit s'abstenir de porter personnellement atteinte au droit transmis à son acquéreur.

D'autre part, il doit assurer la protection de l'acheteur contre les risques d'éviction résultant de l'action de l'action des tiers à l'encontre de l'acheteur " TORRES, Ch L'internet et la vente aux Consommateurs, Université de paris-X- Nanterre n°354-p129.

الفرع الثاني

تمييز ضمان التعرض عن غيرها من الأنظمة المشابهة له

تطبق في عقد البيع وغيره من العقود بعض المفاهيم والأنظمة التي يسودها تشابه وتقارب في المعنى، والآثار مما يخلق اللبس بينها لدى مستعملها، إلا أن في الحقيقة، فهي تختلف من حيث السبب والأساس وكذلك المحل.

سبب الضمان يكمن في ضمان عقد أو تعرض أو إتلاف، غير أن أساس الضمان يرجع إلى الرابطة العقدية بين المتعاقدين، أما ضمان المحل يختلف باختلاف هذا المحل الذي يكون شيئاً مادياً أو معنوياً.

كما أن بخصوص فهم هذا التمييز، حاولنا مقارنة ضمان التعرض والإستحقاق بمفهوم ضمان العقد و كذلك تمييزه عن دعوى الإبطال والفسخ ودعوى ضمان العيب الخفي.

أولاً: التمييز بين ضمان التعرض و الإستحقاق و ضمان العقد

هناك من يعرف ضمان التعرض والإستحقاق هو نفسه ضمان العقد، غير أن الأول هو أن يضمن البائع حرمان المشتري من بعض أو كل حقوقه على المبيع نتيجة نجاح الغير في منازعة المشتري وكسب المبيع، غير أن ضمان العقد، يكون في المسائل الجوهرية، من مبيع وثمن وتسليم. و ضمان التعرض والإستحقاق جزء من هذه المسائل التي يتضمنها العقد، فالحماية في ضمان العقد أشمل وأوسع من ضمان التعرض والإستحقاق.

ثانياً : التمييز بين دعوى ضمان التعرض والإستحقاق ودعوى الإبطال

يتعين على المشتري عند رفع دعوى التعرض والإستحقاق أو رفع دعوى الإبطال على البائع، أن يستند في كل منهما لسبب قانوني لرفعها الذي يختلف باختلاف الدعوى. دعوى التعرض والإستحقاق تكون نتيجة وقوع تعرض من قبل البائع أو الغير، فترفع الدعوى بعد وقوع التعرض، بينما دعوى الإبطال ترفع نتيجة العيب الذي لحق شرط من شروط الصحة في العقد، كالأهلية أو الإرادة، حيث ترفع الدعوى قبل حدوث، أي تعرض في مواجهة المشتري للمطالبة بالإعلان عن إبطال العقد القابل للإبطال.

بالإضافة إلى ذلك، فإن سريان التقادم في دعوى ضمان التعرض والإستحقاق يبدأ من يوم وقوع هذا التعرض، أما في دعوى الإبطال فيبدأ من يوم إكتشاف العيب أو إكتمال الأهلية.

ثالثا: التمييز بين دعوى ضمان التعرض و دعوى الفسخ

تنشأ دعوى ضمان التعرض والإستحقاق عن عقد بيع صحيح، غير أن محل هذا البيع معرض للتعرض كليا أو جزئيا من قبل البائع أو الغير الذي يدعي وجود حق له عليه. فعلى البائع التصدي لهذا النوع من الإدعاء بالتنفيذ العيني⁽¹⁾، أو يقوم المشتري بمطالبته بمختلف التعويضات المنصوص عليها في التقنيات المدنية⁽²⁾ عند قيام دعوى الضمان.

غير أن دعوى الفسخ كما نعلم تنشأ عند إخلال أحد المتعاقدين بالقيام بالتزامه التعاقدية في عقد البيع، مثال ذلك وقوع تعرض من قبل البائع أو وقوع إستحقاق جزئي أو كلي للمبيع من قبل الغير، حيث ينتج عن ذلك عدم إنتفاع المشتري بالمبيع إنتقاعا هادئا وكاملا، مما يؤدي به إلى فسخ عقد البيع أو الإبقاء على المبيع إذا كان التعرض جزئي مع المطالبة بإنقاص الثمن بقدر ما إستحق من المبيع.

فيما يخص تقادم الدعيين، فتخضع كل منهما للتقادم الطويل، فيبدأ سريان هذه المدّة في دعوى الفسخ من يوم إبرام العقد غير أن في دعوى ضمان التعرض والإستحقاق، فيبدأ من يوم وقوع التعرض.

رابعا: التمييز بين دعوى ضمان التعرض والإستحقاق الجزئي ودعوى ضمان العيب الخفي

لقد حددت التقنيات المدنية أحكام دعوى التعويض عند رجوع المشتري على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي أو دعوى ضمان التعرض الجزئي، ورغم ذلك ما زالت مسألة الإختلاف واقعة بين الدعيين في عدّة نقاط.

يتميز الأساس القانوني برجوع المشتري بدعوى ضمان التعرض، والإستحقاق بالشمولية، فهو معمول به في كل البيوع حتى في البيوع القضائية والإدارية التي تتم

(1) المادة 372 و 373 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 440 و 441 من القانون المدني المصري.

(2) المادة 375 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 443 مدني مصري.

بالمزاد العلني، غير أن هذا التعميم في الضمان، لا يمكن تطبيقه في هذا النوع من البيوع إن كان بها عيب خفي⁽¹⁾، فهذا أمر غير جائز.

كما أنه يشترط لرجوع المشتري على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي عدم علمه بالعيب الموجود في المبيع. غير أنه لا يشترط فيه شرط العلم عند رجوعه على البائع بدعوى ضمان التعرض والإستحقاق الجزئي.

فيما يخص التقادم، فدعوى ضمان الإستحقاق تتقادم بمرور خمس عشرة سنة من يوم وقوع التعرض والإستحقاق، بينما تتقادم دعوى ضمان العيب الخفي بمرور سنة واحدة، وذلك ابتداء من يوم تسليم المبيع.

الفرع الثالث

نطاق تطبيق التعرض الشخصي الصادر من البائع

إذا كان البائع هو الضامن الأول للمشتري في الشيء المبيع، فهذا المركز القانوني يمنعه من القيام بكل الأفعال والتصرفات المادية أو القانونية التي من شأنها أن تلحق أضررا بمصلحة المشتري في المبيع، كالانتفاع به انتفاعا هادئا أو حق التصرف فيه ففيما تتمثل هذه التصرفات الغير القانونية التي تعرقل غاية المشتري بعد البيع؟

ذلك ما سوف يتم توضيحه من خلال ذكر وشرح أنواع التعرض الصادرة من

البائع فيما يلي:

أولاً: التعرض المادي للبائع

يقصد به كل فعل مادي يقوم به البائع، ويعكر حيازة المشتري في المبيع دون سند أو حق يدعيه أو يحميه⁽²⁾. ويتمثل هذا التعرض المادي في مختلف الأفعال المادية التي يقوم بها البائع، وذلك كاستمرارية البقاء كلياً أو جزئياً في العقار المبيع سواء كان أرضاً أو مسكناً. ويدخل ضمن حالات التعرض المادي أيضاً، كل مظاهر المنافسة الغير المشروعة وهذه أمثلة عليها:

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 768.

(2) د/ الزغبى محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، دون ذكر دار

النشر، الأردن، سنة 1993، ص 335

1. استعمال اسم أو علاقة تجارية تماثل تقريبا ما هو ثابت قانونا لمؤسسة أو مصنع معروف من قبل، أو لبلد يتمتع بشهرة عامة بكيفية من شأنها أن تجر الجمهور إلى الغلط في شخصية الصانع أو بمصدر المنتج .
 2. استعمال علامة أو لوحة أو كتابة أو لافتة وأي رمز آخر، يماثل أو يشابه ما سبق استعماله على وجه قانوني سليم من تاجر أو صانع أو مؤسسة قائمة في نفس المكان يتجر في السلع المشابهة بكيفية من شأنها أن تؤدي إلى تحويل الزبائن من شخص لصالح شخص آخر.
 - 3 . أن تضاف إلى اسم إحدى السلع ألفاظا أو عبارات تهدف إلى إيقاع الجمهور في الغلط، إما في طبيعة السلعة أوفي أصلها.
 - 4 . حمل الناس على الاعتقاد أن شخصا قد حل محل مؤسسة معروفة من قبل⁽¹⁾ التي يقوم بها البائع بعد تفويت المبيع على المشتري، كمن يقوم بفتح محل تجاري مماثل لنفس المحل التجاري الذي تم التعاقد بالمبيع فيه للمشتري الأول.
- وعليه، فإن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر، هو الالتزام بعدم التعرض للمشتري في انتفاعه بالمحل التجاري، وأيضا الامتناع عن كل عمل من شأنه الانتقاص من قيمة وغرض هذا الانتفاع، لأن البائع إن لم يلتزم بعدم منافسة المشتري، فذلك سينجم عنه بالضرورة بروز شتى أنواع أو صور التعرض وتأكيدا، منها حذر التعامل مع العملاء الذي لا يكون باطلا إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع، لأنه يكون في هذه الحالة مخالفا لمبدأ حرية التجارة لا وحرية العمل، وهما من النظام العام، وكذلك إلحاق الخسارة بالمشتري. أما إذا كان الشرط محددا من حيث الموضوع، ومن حيث الزمان والمكان، وكان التحديد معقولا، فهو يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فيكون صحيحا⁽²⁾.

(1) د/ عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة ، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثانية، مكتبة دار الأمان، المغرب، سنة 2010، ص168، هامش 373.

(2) د/ توفيق حسن فرج، عقد البيع و المقايضة، دون ذكر دار النشر، القاهرة، سنة 1969، فقرة 166، ص 277 ود/ عبد الرزاق، المرجع السابق، فقرة 330، ص 227. كذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في جلسة 1962/06/07، السنة 13، ص 765. د/ أنور العمروسي، دعاوي الضمان في القانون المدني، دعوى ضمان التعرض، دعوى ضمان الاستحقاق، دعوى ضمان العيوب الخفية، مشاة المعارف، مصر، سنة 2003 ص 278. د/ نجيدة علي، الوجيز في عقد البيع، دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2003 ص189.

غير أن عدم المنافسة قد اتخذت زاوية أخرى من التفكير لدى البعض بالقول: "فإن مارس أجنبي نفس الغرض بنفس الطريق المتواجد فيه المحل الذي تم بيعه وكانت المنافسة في حدود المؤلف بين التجار، فلا يُعد التصرف تعترضا، حيث أن الأجنبي غير ملزم اتجاه المشتري بعدم التعرض" (1).

هناك أمثلة أخرى عن التعرض المادي للبائع للمبيع، نذكر بيع المؤلف طبعة من كتاب للناشر المتعاقد معه، ثم يقوم هذا الأخير في نفس الوقت بطبع الكتاب مرة أخرى قبل النفاذ من بيع الطبعة السابقة، بحيث لا يجوز له القيام بهذا التصرف ما لم يوجد اتفاق مسبق بينهما على ذلك، ويعتبر ذلك تعرضا من قبل الناشر (2).

كما يكون التعرض المادي عند بيع براءة الاختراع أو التنازل عنها وذلك باستمرارية البائع باستغلال هذه البراءة بنفسه بطريق مباشر أو غير مباشر، سواء كان على كل الاختراع أو جزء منه (3). كما يقول البعض (4) ويكون التعرض مبنيا على سبب مادي أيضا إذا انطوى على تصرف قانوني صادر من البائع للغير، فالتصرف القانوني عمل قانوني بين أطرافه فقط .

أما بالنسبة للمشتري فهو أجنبي عن هذا التصرف، فانه يعتبرها واقعة مادية بالنسبة له، ولا يكفي أن يصدر التصرف القانوني من البائع للغير حتى يقع التعرض، بل لا بد أن يقوم الغير استنادا إلى التصرف بأعمال من شأنها أن تؤدي إلى حرمان المشتري من الانتفاع بالعين، وفي هذه الحالة يعتبر التعرض قد وقع من البائع ويعتبر قد وقع من الغير في نفس الوقت وبنفس الفعل .

(1) د/ جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، القاهرة، سنة 1990، ص66 و كذلك:

MAZEAUD (HLF) et Chabas (François), Leçons de droit civil, Tome 3, Paris 1987 N°956, p278.

(2) AUBRY-C et RAU-C, Cours de droit civil français, 5 éd , imprimerie et librairie générale de jurisprudence, tome 04 , Paris 1952, N°355, p 63.

(3) Burst .Jean , Jacques, Brevet et licencié leurs rapport juridiques dans le contrat de licence, Paris, 1970 ,tome 11,p97

د/ جاسم علي سالم، المرجع السابق، ص72، هامش02.

(4) د/سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، المرجع السابق، ص239 و240

كذا من صور التعرض المادي الأخرى الواردة ضمن الأحكام القضائية، نذكر ما صدر عن محكمة استئناف باريس في حكم لها، أن الصانع المنتج لأجهزة كهربائية منزلية الذي يقوم ببيعها لزيائنه الموزعين يعد مخلا بالتزام عدم التعرض المادي، إذا قام بمنافسة الموزعين بتخفيض سعر الأجهزة بمقدار 15% من السعر الذي حدده الموزعين الآخرون وهذا ما يؤدي إلى خسارتهم.

لقد قضت المحكمة للمدعين بحقهم بالتعرض برد المخزون لديهم مع الحكم بالتعويض تطبيقاً لنص المادة 1628⁽¹⁾ مدني فرنسي، وهذا بناء على التزام البائع بالضمان عن فعله الشخصي، وأشارت أن هذا الضمان يعتبر من النظام العام⁽²⁾. غير أن هذا الحكم أنتقد من طرف الأستاذ قيونط (Guyenot.Jean) الذي صرح بعدم توفيق المحكمة في حكمها، لكونها أسسته على المبدأ القائل: "من يلتزم بالضمان يتمتع عنه التعرض".

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، لقد رأى أن المحكمة ذهبت إلى تحقيق العدالة وهذه الأخيرة يصعب تطبيقها على ظروف مجردة بعيدة عن الحياة الاقتصادية وتطورها المستمر وبعيدة كذلك عن العلاقة الرابطة بين المنتج والموزعين⁽³⁾. هناك أمثلة أخرى عن التعرض المادي للبائع التي وردت ضمن القضاء الفرنسي، تعرض البائع بتغيير منبع المياه الذي تتولد منه الكهرباء للمصنع الذي تم بيعه، بحيث أحدث هذا التغيير حرمان هذا المصنع من الكهرباء⁽⁴⁾.

مهما كان الأساس القانوني الذي اعتمدت عليه محكمة استئناف باريس، يمكننا القول أن بيع نفس السلع بأسعار منخفضة والإخلال بضمان عدم المنافسة يعتبران من الأدلة الظاهرة والثابتة على وقوع التعرض، وللتحقق من وجود المنافسة أو عدمها، الأمر

(1) ART 1628: « quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie ,il demeure cependant tenu de celle qui résulte d' un fait qui lui est personnel: toute convention contraire est nulle»

(2) حكم محكمة استئناف باريس في 05 يوليو 1967، دالوز، سيري 1967، ص730.

(3) د/ جاسم على سالم ناصر، المرجع السابق، ص68 و69.

(4) نقض مدني بتاريخ 13 مارس 1986 في الطعن رقم 2152 لسنة 52 ق مجلة القضاة، عدد يناير - يونيو 1988 ص90. د/ سليمان مرقس، عقد البيع المرجع السابق، ص522.

يرجع في ذلك إلى قاضي الموضوع الذي سيكشف عن زمان ومكان الواقعة، وكذا التغيرات المستمرة بخصوص أغراض المحل التجاري.

ثانياً: التعرض القانوني للبائع

إن كان التعرض المادي يقوم بناء على الأفعال المادية التي تصدر من البائع حتى يزعم المشتري في الانتفاع بالمبيع بعد الشراء، فإن التعرض القانوني أساسه هو حق سابق كان ثابتاً للبائع على المبيع، كحق الارتفاق أو الانتفاع أو الرهن أو غيرها من الحقوق الأخرى سواء كانت ذات طابع عيني أو شخصي.

المفروض أن مجرد تنازل البائع عن ملكية الشيء المبيع بالبائع، يسقط حقه من الاستفادة من كل الحقوق الموجودة على الملكية، وهذا طبعاً إن لم يحصل اتفاق بينه وبين المشتري على خلاف ذلك.

التعرض القانوني يختلف عن التعرض المادي، فهذا الأخير يصدر من البائع بعد انعقاد البيع، وتنفيذه، ويتمثل هذا التعرض المادي في أعمال مادية هادفة إلى نزع الملكية من المشتري أو إنقاص المنفعة بها. غير أن التعرض القانوني يستند إلى حق قانوني يدعيه البائع على المبيع قبل البيع أو بعده⁽¹⁾.

الحق المدعى من طرف البائع على المبيع، إما أن يكون حقا عينياً، كحق الارتفاق، كما قد يكون حقا شخصياً، كأن يدعي انه مستأجر العقار الذي باعه للمشتري علماً انه باع العقار إلى المشتري مجرداً من حق الغير.

قد ينشأ التعرض القانوني كذلك لثبوت السبب القانوني الموجود قبل البيع، ويتمثل في بيع عقار أو تسليمه للمشتري دون شهره، ثم رفع البائع دعوى استحقاق عليه استناداً إلى أنه مازال مالكا إياه، سوف يقوم المشتري بمواجهة هذه الدعوى بدعوى ضمان عدم تعرض البائع استناداً للمبدأ "من يضمن يمتنع عليه التعرض"⁽²⁾.

(1) د/ محمد سالم الغضبان، ضمان التعرض و الاستحقاق في عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام، المغرب سنة، 2004، ص53.

(2) د/ السنهوري، المرجع السابق، فقرة 330 ص 628، 629، د/ توفيق حسن فرج، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، مجلة الحقوق، السنة 15، العدد الأول، جامعة الإسكندرية، سنة 1970. كذلك: د/ سرحان عدنان، شرح العقود المسماة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الإمارات العربية، سنة 2005، ص251.

نذكر كذلك من أمثلة هذا التعرض تصرف الشركاء على الشيوع في المال الشائع، فلا يجوز لأحدهم بعد ذلك التعرض للمشتري، إذا تبين أن أحد البائعين لم يكن مالكا للمبيع وقت البيع⁽¹⁾، كما لا يجب على المتقاسم الذي باع عقارا داخلا في نصيبه الذي آل إليه بالقسمة أن يطلب بطلان القسمة إذا كان من شأن أوهدف تقرير البطلان هو نزع العقار المبيع للمشتري⁽²⁾.

قد يكمن التعرض القانوني كذلك في حق ارتفاع غير ظاهر على العقار ويكون في مصلحة عقار مملوك للبائع، ولم يقم البائع بإخبار المشتري عنه وقت البيع، فهذا النوع من التعرض قائم على أساس ناشئ قبل البيع⁽³⁾.

كما يمكن أن يظهر التعرض القانوني من خلال حق يديه البائع على المبيع لاحقا أو بعد البيع، ويكون ذلك في بيع ملك الغير الذي يتطلب التفصيل فيه لاحقا.

فان تجرأ البائع ببيع شيئا لا يملكه، فمسير العقد في هذه الحالة موقوفا يتوقف على إجازة صاحبه، أي المالك الحقيقي. غير أنه إذا انتقلت ملكية هذا الشيء إلى البائع، فلا يجوز استحقاق المبيع من المشتري لكون العقد صحيحا⁽⁴⁾.

أما عن السبب القانوني الذي وجد بعد البيع، ويطالب به البائع المشتري، هو قيام البائع ببيع عينا ليست مملوكة له، ثم يصبح مالكا بسبب من أسباب كسب الملكية كالميراث والوصية أو الهبة أو غيرها من أسباب كسب الملكية، فعندئذ يتعرض للمشتري بحجة هذه الملكية أو الحق الذي ظهر بعد البيع، وغرضه في ذلك هو نزع المبيع من يد المشتري. ففي هذه الحالة، فما على هذا الأخير إلا التصدي والاعتراض استنادا لدعوى

(1) د/أنور سلطان عقد البيع، المرجع السابق، ص20.

(2) د/فتحي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص163.

(3) د/ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع وشركة، الإسكندرية للطبع والنشر، دون ذكر سنة النشر، ص 257، هامش رقم 01 و د/محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص53.

- نقض جلسة 1966/02/01 مجموعة المكتب الفني، السنة 17، ص 205، "تراخي المشتري في تسجيل شراء العقار على ما جرى به قضاء النقض لا يسقط عن البائع التزامه بالضمان، ولو كان هذا التراخي قد ترتب عنه ملكية المبيع من تحت يد المشتري"، د/أنور العمروسي، دعاوي الضمان في القانون المدني، دعاوي ضمان التعرض. دعاوي ضمان الاستحقاق دعاوي ضمان العيوب الخفية، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2003، ص 17، هامش رقم 01.

(4) تمييز حقوق رقم 80/390 لسنة 1980 - مجلة نقابة المحامين - السنة الثامنة والعشرون، ص853. ربحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، سنة 2007، ص28، هامش رقم 02.

الضمان. كما ينبغي رد دعوى البائع لالتزامه بالضمان استنادا إلى أن: الاسترداد والضمان لا يجتمعان" (1).

غير أنه إذا كان البائع قد استند إلى حق ناشئ عن عقد البيع نفسه، فلا يُعد تعرضا، كقيامه مثلا بالتنفيذ الجبري على المبيع من أجل استيفاء ثمنه من دين سابق على عاتق المشتري أو كذلك طلب البائع لفسخ العقد لعدم دفع المشتري لثمن المبيع (2).

لا يعتبر تعرضا من طرف البائع عند استناده لحق الشفعة، ومثال ذلك، بيع المشتري العقار المبيع، فيطلب البائع الأصلي الشفعة في البيع الجديد مستندا إلى سبب من أسباب الشفعة، ككونه شريكا في الشيوخ عند بيع جزء من هذا العقار إلى شخص أجنبي. فحق الشفعة لا يتضمن أي إنكار لحقوق المشتري الأصلي على المبيع (3).

التعرض المتجسد في الأفعال المادية والقانونية، نجده في كل البيوع الصحيحة مهما كان محل التعاقد فيها منقولاً أو عقاراً.

يمكن وجود التعرض الشخصي للبائع في البيع المسجل وغير المسجل. فلقد صدر عن محكمة النقض المصرية في هذا الشأن " أن من أحكام البيع المقررة في المادة 439 مدني مصري، التزام البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة سواء كان عقد البيع مسجلا أو غير مسجل بحيث لا يترتب على عدم تسجيل عقد شرائه سقوط حقه في الضمان، لأن التزام البائع به من الالتزامات الشخصية التي تنشأ من عقد البيع بمجرد انعقاده" (4).

(1) د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 629 و كذلك د/ جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، الإيجار المقاول، مكتبة الثقافة للنشر، عمان، سنة 1997، ص 109. ولقد قضت محكمة النقض بأنه: " ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية بسببه أن يدعي لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه." نقض 1936/06/04، مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض، الجزء 1 ص 365، فقرة 123.

كما قضت في حكم آخر بأن "للبيع بعقد لم يشهر الحق في طلب تثبيت ملكيته إلى العقار المبيع ضد من ينازعه فيه عدا المشتري الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بمقتضى الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مشهرا. " نقض في 18/12/1958 مجموعة المكتب الفني، س 9، ص 776. ممكن مراجعة هذه الأحكام لدى د/ سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق، ص 240.

(2) د/ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005، ص 129.

(3) د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 129.

(4) نقض مدني مصري في 24/04/1975، مجموع أحكام النقض، السنة 26، العدد الأول، ق 165، ص 844.

إن نطاق الضمان لا يقتصر فقط على البيوع المدنية، بل يتعداها إلى البيوع التجارية وذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس ومحكمة مصر التجارية الكلية الأهلية " (1).

كما نجد هذا الالتزام بالضمان أيضا في البيع بالمساومة والبيع بالمزايدة سواء كانت اختيارية أو إدارية وقضائية.

لقد استبعد المشرع المصري تطبيق التزام بضمان التعرض في البيوع القضائية التي تحتوي على عيب أو غبن، وقد خصها بنص صريح مما لا يدع مجالا للشك، فما عدا ذلك يكون له حكم الأصل، وهو الخضوع لعدم التعرض والاستحقاق ولا يعتبر كذلك من قبيل التعرض ما يصدر من السلطة العامة من إجراءات عند مخالفة السلعة أو البضاعة للشروط الخاصة التي تتطلبها التشريعات الوطنية لحماية الصحة مثلا (2).

لا يمكن اعتبار من قبيل التعرض، قيام الجهة الحكومية بالنزع أو الاستيلاء على العقارات التي تم بيعها للخوادم، واستعمالها من أجل تحقيق المنفعة العامة، كبناء المستشفيات أو المدارس أو المساجد وغيرها من المرافق العامة (3). فهذا التصرف قانوني لكون الغرض منه ايجابيا، كما أنه سوف يتم التعويض عنه.

ثالثا: نطاق التعرض الشخصي للبائع في البيع الإلكتروني

يترتب عن التعرض الشخصي للبائع في عقود البيع الإلكتروني بروز أشكال عدة لهذا التعرض، فقد نكون أمام تعرض مادي أو قانوني أو معنوي. أو تعرض من نوع خاص.

التعرض الصادر من البائع الإلكتروني قد يكمن مثلا في التعهد بتوريد سلعة معينة خلال مدة متفق عليها، وقبل انتهاء مدة التوريد، يقوم البائع بالتعهد لمشتريه بارساله

(1) حكم بتاريخ 05 يوليو 1967، دالوز سيرري، سنة 1967، ص 730. نقلا عن د/ جاسم علي ناصر، المرجع السابق فقرة 41، ص 67 و كذلك محكمة مصر التجارية الكلية الأهلية، جلسة بتاريخ 14/04/1940، مجلة المحاماة ق 508، ص 1213.

(2) د/ محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 105، ود/ مدحت عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم المعلومات دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001، ص 153. د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 123.

(3) طعن رقم 90 لسنة 36 ق. جلسة 1970/04/30، السنة 21، ص 772، د/ أمير فرج يوسف، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والشركة، المكتب العربي الحديث، طبعة 2007، ص 179.

نفس المبيع وبسعر منخفض⁽¹⁾. فهذا التصرف يعد تعرضاً ويلحق أضراراً بالمشتري الأول متمثلة في جسارة الخسارة المالية من جراء الشراء بأعلى الأثمان، وكذا تكسب سلعته إن كان المشتري الثاني يقطن بنفس شارع أو بلدة المشتري الأول، وينافس المشتري في نفس التجارة، مما ينبغي ويستوجب ضمانه من قبل هذا البائع.

وقد يقوم كذلك ببيع أجهزة كهربائية منزلية أو غيرها بثمن منخفض لسبب تكسبها في متجره وذلك بعد ما باع كمية كبيرة منها لأحد التجار بسعر مرتفع، وهذا ما يسبب أضراراً للتاجر لأول⁽²⁾.

حبس المبيع حق مخول للبائع حسن النية في حالة وقوع إخلال المشتري بدفع الثمن في العقود، فهو إجراء لاحق لإخلال سابق صدر من المشتري وهو عدم دفع الثمن أو التأخير في دفعه، فكان على المشتري الالتزام بالعقد، فالعقد شريعة المتعاقدين، إلا إذا تم الاتفاق على غير ذلك.

إلا أن هذا الحق قد يتحول إلى تعرض مادي إذا ما استطاع المشتري، إثبات سوء نية البائع الإلكتروني أو إثبات وقوع اتفاق بينهما على عدم حبس المبيع أو عدم توريده أو إرساله للمشتري لسبب تأخر هذا الأخير في دفع الثمن أو في دفع الجزء المتبقي منه خاصة إن كان ضئيلاً .

حبس المبيع ينتج عنه تفويت فرص الربح على المشتري وذلك بعدم عرض المبيع في السوق بحسب طلب المستهلكين له، وكذا تفويت فرص الكسب على البائع الإلكتروني في بيع المنتج لاحقاً. وبالرغم من كل ذلك نعتبر حبس المبيع، تعرضاً مادياً من قبل البائع وذلك ربما لوقوع الاتفاق المسبق بينهما، أو لوجود المشتري في مركز إذعان . وهناك أمثلة أخرى للتعرض المادي في هذا المجال، فيمكن ذكر مظهر من مظاهر المنافسة غير المشروعة التي يقوم بها البائع المنتج للمبيع إزاء المشتري، فمثلاً يقوم البائع المنتج في نفس الوقت بإبرام عقد بيع مع المشتري الإلكتروني، الذي يعتبر

(1) د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2009، ص 245 .
د/ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 195. و د/ محمد حسين رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2007، ص 125.

(2) د/ مدحت محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن طريق عقود تقديم برامج المعلومات، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2001، ص 63.

بدوره بائع في بلده بتوريد كميات هائلة من منتج معين وذو اسم تجاري معين، ثم يقوم البائع المنتج في نفس الوقت ببيع نفس السلعة وبنفس الاسم التجاري للمشتري. فحسب رأينا، رغم بعد المسافة بين البائعين، فالتعرض المادي قائما ومتمثلا في منافسة البائع المورد في بيع نفس المنتج.

فكانت هذه بعض صور التعرض المادي في المنقول الذي تم بيعه إلكترونيا، ويبدو أن البضائع غير المادية هي أسهل السلع التي يمكن التعرض إليها عبر الإنترنت، فمن أمثلة وأنواع هذه السلع، نذكر برامج المعلوماتية، وكذلك بيع الكتب الإلكترونية التي يمكن شراءها بواسطة تنزيلها عبر الإنترنت للعملاء (1).

كما يمكن ممارسة التعرض عند بيع برامج المعلوماتية الخاصة بخرق وتدمير لهذه البرامج (2). أو كذلك التعرض لأنواع الخدمات التي يتم بيعها عبر الإنترنت.

بالإضافة إلى الأمثلة السابقة، استطعنا الكشف على أمثلة تطبيقية للتعرض المادي الصادر من البائع في المنقول المعنوي، وذلك باستخدام الفيروسات في برامج الحاسب الآلي لشركة معينة واستغلاله، وذلك في تفعيل هذه الفيروسات تفعيلا سلبيا - والقصد به التعرض بالتشويش أو التعطيل للبرامج بعد البيع واستلام المشتري للمبيع غير ملبيا غايته من الشراء. فتعتبر قضية ريفلون ضد شركة لوجيستكون خير مثال تطبيقي على ذلك وهذه وقائعها (3):

تعتبر شركة ريفلون من أكبر شركات أمريكا لإنتاج وبيع مستحضرات التجميل حيث أبرمت عقد بيع مع شركة كبيرة لصناعة وتوزيع برامج الحاسب، وتدعى بشركة لوجيستكون، حيث قامت هذه الأخيرة بإنتاج برنامج حاسب يتحكم في توزيع الإنتاج والمبيعات لحساب شركة مستحضرات التجميل ريفلون.

(1) د/ عماد الحداد، التجارة الإلكترونية، سلسلة العلوم والتكنولوجيا، دون ذكر دار و بلد النشر، سنة 2005 ص 78 و 79 و 80 .

(2) Gautal .S, la protection pénale des logiciels, Le droit pénal face aux technologies nouvelles de La Communication, Economica, 1986, p245.

(3) د/ عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، سنة 1994، ص 53 و 54. وفي نفس المعنى: د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008، ص 188.

ففي 16 أكتوبر 1990، قد فوجئت شركة ريفلون بشلل وتعطيل نظام حاسبها الآلي لمدة ثلاثة أيام، مما أدى إلى إلحاق أضرار جسيمة بها، متمثلة في حرمانها من الانتفاع بالمبيع وأدت إلى تعطيل مئات من العمال عن الإنتاج وتأخير الشركة عن الوفاء لعملائها في الوقت المحدد، مما ألحق بها خسارة مالية قيمتها عشرون مليون دولارًا. فبعد التحقيق من طرف الخبراء لحاسوب الشركة ريفلون، توصلوا إلى أن سبب الشلل الذي أصاب الحاسب، هو قيام شركة لوجيستكون بزرع فيروس عند صنعها للبرنامج التي تم التعاقد بشأنها. فلما تأخرت شركة ريفلون عن دفع الجزء الأول من الثمن، قامت الشركة البائعة لوجيستكون بتنشيط مفعول الفيروس الذي زرعه في البرنامج، مستخدمة كلمة السر ودون علم من شركة ريفلون.

ومهمة الفيروس كانت هادفة للقضاء على ذاكرة الحاسوب وما احتوت من برامج التي تم بيعها، فنتج عن ذلك شلل ثم تدمير محتوى الحاسوب (1).

مما يلاحظ أن التعرض لحاسوب شركة ريفلون يمكن اعتباره تعرضا ماديا للمشتري، أي الشركة، لكون التعرض أدى إلى حرمان الشركة من الانتفاع بالمبيع (الحاسوب) أي العجز من تحقيق الانتفاع منه، وإلحاق الأضرار بها.

غير أن هناك من يرى أن التعرض بالفيروس ليس بالفعل المادي، بل هو تعرض معنوي (2). ففي هذا المثال أعلاه، نعتبر التعرض القائم معنوي، وذلك لاعتبار البرامج من قبيل الأشياء المعنوية، فأى إجراء ايجابي أو سلبي يلحق بها يعد من طبيعة معنوية.

هناك أمثلة أخرى للتعرض القانوني الصادر من البائع عن بعد، بحيث يكون فيها بائعا ومهنيا، أي صاحب خبرة في المبيع والبيع. فلو قام هذا البائع بإعداد برنامجا خاصا لعميل معين (المشتري) لخدمة أغراض منشأة خاصة، مقابل دفع الثمن بأقساط متفق عليها وبعد تسليم المبيع (البرنامج) إلى المستخدم، تراخى هذا الأخير بدفع القسط الأول من الثمن بهدف تجربة البرنامج، والتأكد من احتوائه على ما تم الاتفاق عليه، وما تم

(1) أنظر أمثلة أخرى للتعرض الإلكتروني للمبيع على الموقع :

secrets/credit/credit3TxT.www hackers www.dark-secrets.com

(2) د/خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، الدار الجامعية للنشر ، مصر 2008 ، ص148. د/بشار طلال وأحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، مذكرة دكتوراه، جامعة المنصورة، سنة 2003، ص162. كذلك الموقع الإلكتروني: <http://almsaa.akbarmontada.com> عن رد المسؤولية المدنية عن فيروس الحاسوب.

أعداده وكذا التأكد من صلاحية البرنامج للاستخدام، إلا أن البائع تسرع، وقام ببيع نسخة طبق الأصل لما تم بيعه، أوقام ببيع النسخة الاحتياطية إلى عميل آخر مخلا بذلك شروط التعاقد، فقام هذا العميل الجديد بعد ذلك بمنازعة العميل الأول في أحقية وأسبقية تملك البرنامج .

لذا يعد هذا الإجراء تعرضاً قانونياً صادراً من البائع المهني، لأن العميل أو المستخدم الثاني لم يستمد حقه إلا من البائع الرئيسي للبرنامج، فهو إذن تعرضاً قانونياً مصدره البائع المهني نفسه.

غير أن هذا التعرض من طرف البائع المهني نادراً ما يقع، لكون أن هذا النوع من التعرض فيه مساس بأخلاقية مهنته،⁽¹⁾ إلا أن يمكننا القول بكثرة وقوعه عند وجود الأسباب وكذا الظروف الملائمة للبائع المهني أو المنتج.

كما أن المشتري أي المستهلك يمضي قدماً لشراء المنتج الذي يعجبه أو قد يشتري المبيع بأسلوب اللامبالاة، مما قد يرتب نتائج سلبية فيكون الوحيد في تحملها ودون ضمان.

يمكن ذكر مثال آخر للتعرض القانوني في البيع الإلكتروني، كأن يقوم البائع المهني المصمم بتصميم برنامج للعميل (المشتري) ويطلب منه عدم استعمال بعض السلطات أو الحقوق على البرنامج، كتأجيله مثلاً، وذلك باعتبار البائع المهني المؤلف له وأن المشتري لا يحق له استئجار هذا البرنامج للغير حتى يستفيد منه⁽²⁾، أي أن تأجيل البرنامج من طرف العميل يعد إثراء بلا سبب، إلا أن بعد البيع تتجسد أهداف كسب الملكية بالتملك والانتفاع بها وكذا بالاستعمال والتصرف، فأى حرمان من هذه السلطات يعد تعرضاً ظاهراً.

يمكن القول أن البيع الإلكتروني يحتوي على الصور المختلفة للتعرض الشخصي الصادر من البائع، فبعدما كانت نسبة التعرض ضئيلة في هذا الميدان، أصبحت

⁽¹⁾ د/ عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 57 هامش، د/ محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 105. يحي محمد حسين راشد الشعبي، استحقاق المبيع للغير، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق جامعة عدن، سنة 2006، ص 134.

⁽²⁾ د/ مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات (المقولة – البيع – الإيجار) دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2001، ص 64.

ضخمة ومتعددة، نظرا لتغير نمط المعاملات التجارية، وذلك من نمط تقليدي بسيط إلى إلكتروني معقد الذي يعتمد على التكنولوجيا وظهور المبيعات الحديثة، منها البرامج والخدمات التي يتم الإعلان عنها عبر الانترنت وكذا اكتساب البائع المهني لثقافة تقنية لها ، وكذلك لنقص تبصير المستهلك الإلكتروني عن حقيقة المبيع وعن هوية البائع الإلكتروني.

علاوة على ذلك، نجد أن نوع التعرض السائد في البيع الإلكتروني هو تعرض معنوي ينتج عنه أثر مادي بالتبعية، ففي عقود بيع المعلوماتية يعد البرنامج والفيروس كيان معنوي صاغه خبير البرمجة ليؤدي وظائف معنوية ايجابية أو سلبية، فهذه الأخيرة تكمن في تدمير معلومات البرنامج أو خلق تشويش فيها حتى يعطل مقاصد المشتري عند استعمال هذه البرامج، ويلحق الخسارة به وبشركته، كتعطيل الإنتاج والقيام بتسريح العمال تسريحا تعسفيا والى غيرها من نتائج سلبية.

وهذا كله راجع طبعا لتطور العلم والمعلوماتية التي تستطيع الغزو والتحكم ببرامج كل الأجهزة أو الآلات التي تحتاج عند تشغيلها إلى برنامج معلوماتي خاص بها. غير أن ما تم ملاحظته أن الدول⁽¹⁾ التي مارست البيع الإلكتروني حين نصت على موضوع الضمان في قوانينها الخاصة بهذا البيع، قد خصت بالذكر ضمان تعرض الغير وضمان العيوب الخفية واستبعدت ضمان تعرض البائع المهني الإلكتروني.

إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي، فبعد اطلاعنا اليومي على مختلف المعاملات أو التصرفات في ميدان البيع والتجارة الإلكترونية، استطعنا الكشف على صور عديدة لهذا التعرض الشخصي للبائع في بيع المنقول المادي وكذا المعنوي. فخير دليل على تأكيد وجوده وغيره من التصرفات التي تستوجب الضمان هو بروز نصوص قانونية لحماية المشتري أو المستهلك الإلكتروني وتمكينه من الرجوع على البائع ورفع دعوى المسؤولية العقدية الناشئة عن فيروس الحاسب وغيره، إن كانت أجهزة أوبرامج الحاسب محلا للتعاقد بين المستخدم أو العميل من ناحية والمنتج أو الموزع أو البائع من ناحية أخرى.

(1) من بين قوانين هذه الدول، نذكر على سبيل المثال : قانون المبادلات الإلكترونية التونسي لسنة 2000 و كذلك قانون المعاملات والتجارة الإلكتروني لإمارة دبي 2002 و قانون التجارة الإلكترونية لمملكة البحرين 2002 وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني 2001 و قانون يونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، سنة 1996 و كذلك قانون التجارة الدولية (اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع)، المادة 41 وما بعدها.

هذا التعاقد يرتب على عاتق هؤلاء التزاما بالضمان، والامتثال بحسن النية في التنفيذ، وان كان مهنيا، فيقع عليه فضلا عن ذلك، الالتزام بضمانات أخرى، كالالتزام بضمان العيوب الخفية في المبيع وكذا بضمان تنفيذ الأساليب أو الآليات المستحدثة في هذا المجال التي سوف نتطرق لها في الباب الثاني لموضوع البحث.

المطلب الثاني

خصائص و شروط التعرض الشخصي للبائع

حتى يكون التزام البائع بضمان التعرض من الالتزامات الواجبة التعويض من قبل البائع، فلا بد أن تتوفر في هذا الالتزام الخصائص والشروط التي إتفق عليها الفقه .
 فيتميز ضمان التعرض الشخصي للبائع بكونه التزام غير قابل للتجزئة كما أنه التزام أبدي. وكذلك سوف نبحث عن مدى انتقال هذا الالتزام لخلفاء البائع؟
 علاوة عن هذه الخصائص، لا بد أن يحتوي ضمان التعرض الصادر من البائع على عدة شروط، كشرط وقت نشوء الضمان للتأكد من وقوع التعرض فعلا ثم شرط تحقق حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كليا أو جزئيا وأخيرا شرط عدم استناد البائع في تعرضه إلى القانون أو العقد. فقد حاولنا تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: خصائص التعرض الشخصي للبائع

الفرع الثاني: شروط التعرض الشخصي للبائع

سيتم تناول كل خاصية وكل شرط بالشرح مع مقارنتها بخصائص وشروط التعرض الشخصي للبائع في البيع الإلكتروني.

الفرع الأول

خصائص التعرض الشخصي للبائع

يتميز التزام التعرض الشخصي للبائع بعدة خصائص جوهرية ويتعين علينا تحديدها حتى يتم تمييزها عن خصائص الالتزامات الأخرى. فهي إذن متمثلة في كون هذا الالتزام غير قابل للتجزئة، وأنه التزام مؤبد، وكونه التزام بالامتناع، وأخيرا يجدر بنا النظر في مدى قابلية انتقال هذا الالتزام إلى ورثة البائع؟

سوف نقوم بالشرح والتفصيل لكل خاصية، وفي نفس الوقت نفتح مجال مقارنتها بخصائص عقد البيع الإلكتروني، مع التساؤل على مدى وجود تشابه بينهما أم أنه يتميز بخصائص بديلة؟

أولاً: التزام غير قابل للتجزئة

لقد ميز جانب من الفقه⁽¹⁾ بين التعرض المادي والتعرض القانوني، فالتعرض المادي بطبيعته غير قابل للتجزئة، غير أن ضمان التعرض القانوني قابل لهذه التجزئة، لكن هناك بعض الفقه الآخر⁽²⁾ انتقد هذا الرأي بأنه لا يعقل أن يكون الضمان قابلاً للتجزئة في حالة وغير قابل لها في حالة أخرى.

لكن سرعان ما استقر كل من الفقه والقضاء على رأي واحد، وهو أن الالتزام بالضمان الشخصي سواء كان مادياً أو قانونياً، فهو غير قابل للتجزئة، ويترتب على عدم قابلية ضمان التعرض للانقسام أو التجزئة أنه لو تعلق الإلزام بذمة أكثر من شخص واحد لا ينقسم الالتزام على المدينين، بل يكون كل منهم مدينا بالالتزام كله، كما لا ينقسم الضمان عند انتقاله إلى الورثة⁽³⁾.

فإذا تعدد البائعون، فكل واحد منهم يقع عليه الالتزام بعدم التعرض للمشتري في كل المبيع وليس فقط في الحصة أو الجزء الذي ينسب إليه⁽⁴⁾.

فمثلاً إذا باع شركاء على الشيوع عقاراً مملوكاً لهم ثم قام أحدهم بالتعرض للمشتري تعرضاً مادياً، كأن يمنعه من حرث الأرض أو زرعها أو قطف ثمارها، أو أن يتعرض إليه تعرضاً قانونياً كأن يدعي حقاً عينياً تبعياً للعقار، فإن مسؤوليته تقوم مع

(1) Ripert-G et Boulanger- J: Traité de la responsabilité civile, tome3 ,Paris, 1956, n 1976.

كذلك : د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق ص94، هامش رقم01.

(2) Marcel et Planiol et Georges Ripert et Joseph Hamel, Droit civil Français, contrats civils Paris, 1956, N°91, p96.

(3) د/ السنهوري، المرجع السابق، المجلد الرابع، فقرة 232، ص633. د/ عبد الله ميروك النجار، مبادئ عقدي البيع والتأمين، الطبعة الثالثة، دون ذكر دار النشر، 2001، 2002، ص207 و 208. وفي نفس المضمون. د/ خليفة الخروبي، العقود المسماة، الوكالة- البيع والمعاوضة- الكراء- الهيئة، الطبعة الأولى، دار مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، سنة 2010، ص205.

(4) عباس حسن الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني العراقي، دون ذكر دار النشر، الكويت، 1975، فقرة 732، ص544، ود/ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، عقد البيع، فقرة 169 و د/ خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1984 فقرة 120، ص200.

مسؤولية الشركاء الآخرين وذلك لكونهم جميعا غير منفذين لالتزامهم بضمان تعرضهم الشخصي تجاه المشتري. ويجب عليهم إيقاف المتعرض عن فعله لكونه واحد منهم ومسؤوليتهم في هذه الحالة تضامنية. وللمشتري حق الخيار في الرجوع عند وقوع التعرض بكل التعويض على أحدهم أو كلهم مجتمعين⁽¹⁾.

كذلك الشأن في حالة بيع عدة أشخاص عين مملوكة للغير، ثم اشتراها أحدهم من مالكاها أو قد أوصى له بها قبل وفاته، وكانت قيمتها أقل من ثلث التركة، ولم يكن في نفس الوقت واحد من الورثة. فإن الشخص الذي انتقلت إليه هذه الملكية، لا يستطيع الاستناد إلى هذه الملكية المكتسبة بعد البيع لمطالبة المشتري بكل المبيع أو البعض منه لكونه ضامنا للمشتري في نوع من التعرض، فالضمان إذن لا يتجزأ⁽²⁾.

إذا سلمنا بأن التزام البائع بضمان عدم التعرض غير قابل للانقسام أو التجزئة بالنسبة للشيء المبيع، إلا أنه إن كان المقصود بالضمان رجوع المشتري على الباعين بالثمن في حالة استحقاق المبيع، فالأمر يختلف، فإن رجوعه به على هؤلاء يكون قابلا للانقسام⁽³⁾. غير أن الالتزام بالضمان لا يتجزأ، وكذلك لا يجوز الدفع به، أي الدعوى التي يرفعها المشتري أو الدفع الذي يثيره أثناء الدعوى يخص كل من تعرض لحقوقه، فلا يحق لواحد منهم دفع دعوى المشتري وذلك بأن التزامه يقتصر على حصته في المبيع فقط. بالرجوع إلى عقد البيع الإلكتروني، نجد أن ضمان التعرض لا يتصور فيه التجزئة، مثله مثل التعرض في البيع التقليدي، فإذا تعدد الباعون كما هو الحال في المنشآت الكبيرة التي يشارك فيها عدد هائل من صناع البرنامج أو غيرها من المبيعات كالسيارات أو الآلات الصناعية التي يشارك في صنعها وانجازها عدد كبير من الأشخاص، فلا يصح لأي منهم التعرض للمشتري فيها، أوفي أي جزء منها، فلو حدث ذلك، فلا بد أن تقوم مسؤولية هؤلاء جميعا، لكونهم شركاء في التصنيع والضمان.

(1) د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، عقد البيع، ص 264.

(2) د/ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة 1980، فقرة 205 ص 277.

(3) نقض مدني فرنسي في 1962/01/06، دالوز 1962، ص 102 و كذلك:

Louis-Josserand, Cours de droit civil positif Français- 1933, Tome 2, Sirey, 2 éd, N°1096 p574.

فمثلا عند بيع البرامج التي اشترك في انجازها مجموعة من أشخاص أو شركات، فبعض منها أو منهم يكونوا معدون للبرامج، والبعض الآخر منتجون وأخرون موردون وأخيرا موزعون، فلا يصح لهؤلاء جميعا التعرض للمشتري أو لمستخدم البرامج بحجة حقه أونصيبه المخصص في إعداد البرامج أوفي الجزء الذي باعه. فهذه الأحكام يمكن تطبيقها في المنقول المادي أيضا، كالسلع مهما كان نوعها وغيرها من محل البيع. ويمكن الاستنتاج أن وحدة الالتزام لا تترك مجالا لتجزئته في البيع الإلكتروني كذلك.

ثانيا: التزام أبدي

اختلفت الآراء الفقهية والقضائية بصدد هذه الخاصية في فرنسا ومصر حيث اعتبر الفقه والقضاء الفرنسي أن الالتزام بالضمان أبدي، ولا يحق للناقل أوورثته التعرض للمكتسب في المبيع، مهما طال الزمن.

غير أن الفقه والقضاء المصري وصفا الالتزام بعدم التعرض ساقط بالتقادم وممكن للبائع تملكه بالتقادم المكسب، وهذا راجع لسكوت المشتري عن وضع يد البائع على المبيع لمدة طويلة. نعتبرذلك تقصيرا منه للمطالبة بضمان حقه، لذا فعليه بتبرير موقفه، و إثبات سبب هذا السكوت بكل قرائن الإثبات حتى لا يضيع حقه عند رفع دعوى الضمان.

قد أجازت محكمة النقض المصرية اكتساب ملكية المبيع بالتقادم، حيث قضت في حكم لها بما يلي: " متى كان الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب، مشروع للتملك لدى واضع اليد عليه لمدة طويلة بعد بيعه، انتقال على ملكيته إلى المشتري يعتبر من جانبه لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانونا، كان هذا القول مخالفا للقانون. ولما كان الحكم قد أقام قضائه على مجرد أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع من اكتساب ملكيته بوضع اليد بعد بيعه مهما طال مدتة، و لم يبحث في هل وضع يد البائع على المبيع .

ففي هذه الحالة استوفى الشروط القانونية التي تجعله سببا مشروعا للتملك، أولم يستوفها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتعين نقضه. " (1) والظاهر من هذا

(1) نقض مدني مصري بتاريخ 1949/12/08، مجموعة المكتب الفني ق 97، ص 455. د/ سليمان مرقس، المرجع =

الحكم أنه إذا حصل تعرض من لبائع للمشتري في أي وقت ولو بعد البيع بأكثر من خمس عشرة سنة وجب على البائع الضمان وحق للمشتري الدفع بهذا الالتزام، وهذا هو معنى التزام البائع بضمان التعرض الشخصي التزام ابدى. ولكن إذا سكت المشتري عن هذا التعرض بعد وقوعه ومضى على وضع يد البائع على المبيع مدة طويلة انقلب سببا مشروعاً للتملك لا يحول دونه ضمان البائع. وقضت كذلك في حكم آخر جاء فيه:

" أن وضع اليد المكسب للملكية هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وللمحكمة أن تعتمد في ثبوت الحيابة بعنصرها على القرائن التي تستتبطها من وقائع الدعوى، مادام استخلاصها صائغاً" (1).

كما قضت بذلك في أحكام أخرى، ففي الحكم الأول الصادر بتاريخ 1954/03/04⁽²⁾ والحكم الثاني الصادر بتاريخ 1982/04/14⁽³⁾ أكدت المحكمة على موقفها الذي سارت عليه في حكمها الأول بتاريخ 1949/12/08. فلقد وجد مساندة من قبل بعض الفقه (4) ورفض من قبل آخر. أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري ذهب إلى القول: " إذا انقضت خمس عشرة سنة على العمل دون أن يقطع المشتري التقادم، تم أمرين هما :

أولاً: سقطت دعوى المشتري في ضمان التعرض بالتقادم المسقط.

ثانياً: تملك البائع العين المبيعة بالتقادم المكسب، ولا يستطيع المشتري أن يحتج عليه بالالتزام بالضمان بعد أن سقط بالتقادم."

ونفهم من ذلك أن البائع يستطيع أن يملك المبيع على المشتري بالتقادم إذا بدأ سريان هذا التقادم بعد البيع، ولا يحول دون التزامه بضمان التعرض. ذلك أن التقادم سبب

= السابق، ص 363، هامش رقم 01 و د/ جاسم على سالم ناصر، المرجع السابق، ص 112.
⁽¹⁾ طعن محكمة النقض المصرية رقم 940 - 942 لسنة 67، في جلسة 2005/05/08، السنة 43، الجزء الأول ص 337. د/ الدسوقي عزت مصطفى، الموسوعة الحديثة في أحكام النقض، دار محمود للنشر، دون ذكر الطبعة مصر، سنة 2000، ص 776.

⁽²⁾ د/ نقض مدني مصري بتاريخ 1949/12/08، د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 363، هامش رقم 01 و د/ جاسم على سالم ناصر، المرجع السابق، ص 112.

⁽³⁾ د/ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، طبعة 1988، فقرة 162، ص 125 الذي أشار أن محكمة التمييز اللبنانية قد اتجهت في بنفس الاتجاه في أحكامها.

⁽⁴⁾ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 331، ص 630، 630، و كذلك سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق، فقرة 65، ص 259.

قانوني للملك لا اعتبارات ترجع إلى وجوب استقرار التعامل. يستطيع غير المالك أن يتمسك بهذا السبب حتى لو كان بائعاً للشيء الذي يمتلكه بالتقادم.

أما البعض الآخر من الفقه⁽¹⁾ رفض تأييد ذلك الاتجاه وهذا استناداً إلى أن نظام التقادم لا يتضمن قرينة قانونية قاطعة وثابتة، كما أن الحيازة لا بد أن تستند إلى عدم المعارضة مع سند الحائز، ولا بالالتزام الشخصي المترتب عنه، وهو ضمان المبيع.

أما القضاء الفرنسي⁽²⁾ فقد أقر في أحكامه بخاصية أبدية التعرض، ولا يقع تملك المبيع من خلال وضع اليد عليه بالتقادم المكسب ولو مضت عليه المدة الزمنية التي حددها القانون لاكتساب الحقوق، وسواء كان البيع مسجلاً أو غير مسجل، ذلك لأن البائع مجبر بالضمان، ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض، وبالتالي فلا يمكنه تملك المبيع من خلال هذا التقادم المكسب مهما طال مدة وضع اليد على المبيع.

في نفس الموضوع، لقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرار تابع للغرفة المدنية بتاريخ 1981/10/20 حيث جاء فيه: "إن البائع الملزم بالضمان في مواجهة المشتري يظل مسئولاً عن أي فعل شخصي يصدر منه، ونتيجة لذلك لا يجوز له أن يتعرض بنفسه للمشتري وأن يحتج في حقه بالتقادم المكسب، كي ينأى له الإدعاء بأنه مالك الشيء المبيع الذي بقي في حيازته.

وعليه، فإن المشتري في هذه الحالة، يحق له دوماً أن يتمسك في مواجهة البائع بالدفع في الضمان الذي يتميز بأنه أبدي"⁽³⁾.

ونفس الاتجاه ذهب إليه الفقه⁽⁴⁾ بفرنسا مسانداً القضاء الفرنسي في أبدية الالتزام بعدم التعرض.

وفي تعليق للأستاذ - ديبيشو - DUPICHOT - على حكم محكمة النقض يقول: "من الثابت أن للمشتري أن يدفع تعرض البائع بناءً على التزامه بالضمان، و من خاصية هذا

(1) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 381، و د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، فقرة 147، ص 208، 209.

(2) محكمة النقض الفرنسية حكم 13 ماي 1912، دالوز 1913، الجزء الأول، ص 143، مجموعة سيراى 1914 الجزء الأول، ص 200 و كذلك قرار محكمة استئناف بواتيه في 24 ماي 1945، جريدة القصر، 1945، الجزء الثاني، ص 53. د/ محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص 60، هامش 01.

(3) د/ محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص 61.

(4) بلانيول وبيير وهامل، المرجع السابق، رقم 89، ص 92، و برنار غروس، مفهوم الالتزام بالضمان في قانون العقود المكتبة العامة للقانون و القضاء، باريس، سنة 1964، فقرة 54، ص 56.

الالتزام الأبديّة ولذلك فلا يستطيع البائع أن يدعي بأنه قد اكتسب ملكية الشيء المبيع بناء على قواعد التقادم المكسب.

يبقى البائع دائما محل شك في أن تتوافر له الشروط التي يتطلبها الكسب عن طريق التقادم وبصرف النظر عن ما جاء في المادة 1628 مدني فرنسي، وذلك لأن تنفيذ العقد يوجب عليه التزاما بنقل الملكية إلى المشتري. فإذا كان الذي يقوم بحفظ الشيء لحساب أو لصالح الغير ليس له أن يثير ضد هذا الغير تقديما لصالحه على الشيء.

إنّ ذلك ينطبق على البائع، فالأصل أن المبيع في يده يكون محفوظا لصالح المشتري. فلا يمكن له أن يدعي بوجود السبب الصحيح للتقادم المكسب على المبيع⁽¹⁾.

نحن نساند الرأي الأخير والموافق لرأي الفقه والقضاء الفرنسي، كما أننا نعتبر حياة البائع للشيء المبيع ما هي إلا حياة عرضية، والتزام البائع هو التزام مانع من التمسك بالتقادم المكسب، كما لا يمكن اعتبار البائع من الغير بعد تنفيذ تسليم الشيء المبيع للمشتري، بل يظل مسؤولا تجاهه بضمان وقوع التعرض والاستحقاق على المبيع.

وبما أن الالتزام بضمان عدم التعرض يوصف بأنه التزام أبدي في عقد البيع التقليدي فهو كذلك في البيع الإلكتروني، سواء كان محل البيع منقولا ماديا أو معنويا أو كان عقارا، وبما أنه كذلك فحسب رأينا يمكن تطبيق عليه أحكام التقادم المعروفة في النظرية العامة.

غير أنه إن كان محل البيع برنامجا أو تقديم خدمة، فالأمر غير ذلك، بحيث أن الأجل الافتراضي للبرنامج حسب أغلبية الفقه الحديث مقدرا بخمسة سنوات⁽²⁾.

يرجع السبب في تقليص أجل البرنامج للتطور السريع في إنتاج هذه البرامج وغيرها وتطوير تقنياته، فهذا ما يجعل المستهلك المستخدم لهذه البرامج يسعى لشراء

(1) تعليق J-Dupichot على نقض مدني فرنسي في 20-10-1981، جازيت دي باليه 1982، ص 96، د/جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 111 و 112 وكذلك:

Mazeaud et Chabas , Leçons de droit civil, Tome3 Vol 2et.6 éd .par Michel de Juglart éditions Montchrestien , Paris 1987.

كذلك: د/ أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، عقد البيع الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص 147 وكذلك قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 25-06-1986، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1992، ص 11.

(2) د/ عزة خليل، المرجع السابق، ص 83.

برامج أخرى مسابرة لهذا التقدم. وبالتالي نستنتج أن هناك سبب منطقي في تقليص مدة ضمان التعرض في هذا النوع من المبيعات، ومن الممكن تطبيق نفس المدة أو أدناها في بيع برامج الخدمات في البيع الإلكتروني لكون الخدمة منتج معنوي مثلها مثل البرامج الأخرى المتعددة الوظائف، كبرامج تشغيل أو تسيير أو مراقبة لأجهزة الكترونية تم بيعها للمشتري.

ثالثاً: مدى قابلية انتقال التزام البائع بضمان التعرض إلى الورثة

يعتبر البائع هو الضامن للتعرض الذي يصدر منه أو من الغير إزاء المشتري ويبقى ضامناً له حتى ينتفع المشتري بالحيازة الهادئة للمبيع. ولكن هل يمكن انتقال التزامه بالضمان إلى من سيتلقى هذا الحق بعده، أي من طرف الخلف العام أو الخاص أو الدائنين؟

هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه تبعا فيما يلي:

1 . الخلف العام

لقد وقع خلاف حول مدى انتقال الالتزامات التي يتحملها الشخص أثناء حياته إلى ورثته. فبالرجوع إلى المادة 1122 من النقتين المدني الفرنسي، نجده يحمل الورثة التزامات السلف (المورث)، ومنها انتقال حق المطالبة بالضمان، إلا إذا احتفظ الوارث لنفسه بشرط الجرد، وهذا مانصت عليه المادة 302 من القانون رقم 1975. 75/617، التي نصت على "أن الانفصال الجسماني يؤدي حتما إلى انفصال الأموال" فإذا قبل الوارث التركة دون جرد أو تحفظ، يصبح مسئولاً عن التزامات المورث، ومن ضمن تلك الالتزامات التزام ضمان عدم التعرض للمشتري وضمان أي استحقاق على المبيع.

نفس الأمر يطبق على الزوجة التي تقبل بالنظام المالي المشترك مع زوجها، فإن تصرف زوجها في بعض عقاراتها، يمنعها هذا النظام بمطالبة المتصرف إليه بالاستحقاق بعد وفاة زوجها لانتقال التزام ضمان التعرض إليها.

يقع كذلك على الوارث الذي تصرف مورثه حال حياته بأحد عقارات الوارث فلا يستطيع هذا الآخر المطالبة باستحقاق ما تصرف فيه المورث لكونه ضامن لالتزامات المورث⁽¹⁾.

(1) د/ جاسم على سالم ناصر ، المرجع السابق ، ص98.

الأمر يختلف إذا ما قبل الوارث التركة بتحفظ عندئذ لا ينتقل الالتزام بالضمان إليه وعلى المتصرف إليه من قبل المورث سوى الرجوع على تركة المورث، أما الوارث يقوم باسترجاع العقارات التي تصرف فيها المورث قبل وفاته (1).

غير أن هذا الموقف مختلف تماما في البلاد العربية عامة، ففي مصر والجزائر مثلا فإن التزام دفع ديون المورث لا تنتقل إلى الورثة، ومن بينها دين ضمان عدم التعرض والاستحقاق، بل تبقى في التركة، عملا بفقهاء الشريعة الإسلامية الذي يقوم على استقلال ذمة الوارث على مورثه، ولا يقبل إلا بانتقال الجانب الإيجابي من ذمة المورث إليه، وذلك طبعاً بعد سداد ما عليه من ديون من التركة.

فأحكام التركات تقوم على أساس الخلافة على المال وورثته وليس على أساس الشخص وورثته (2).

يرى كذلك الفقه المصري أن الالتزام بالضمان يعد دينا في الذمة المالية للبائع فبعد وفاته، فلا ينتقل الدين إلى ورثته، بل يخصم من أموال التركة، فلا تركة إلا بعد سداد الديون للمشتري، فالأمر يستلزم إتباع تركة البائع و المطالبة بالتعويض قبل الورثة (3).

أما فيما يخص انتقال الضمان إلى ورثة البائع الإلكتروني يمكن القول أنه ينتقل إلى ورثته وذلك في حدود التركة دون الأموال الخاصة للوارث (4)، وإن كان التعامل في البيع بين تجار عرب مسلمين مع عملاء غير مسلمين، فإن ورثتهم غير ملزمين بالضمان، كما سبق شرح ذلك، إلا إذا اتفقوا على غير ذلك، ويمكن اعتبار هذا الاتفاق كشرط تشديد للضمان.

أما إذا كان كل العملاء البائعين مسلمين، فيتحمل ورثتهم التزام ضمان أصولهم في البيع وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام التركة والميراث.

(1) نقض مدني فرنسي 06 يناير 1962، دالوز 1962، ص 102 عن: د/ جاسم على سالم، المرجع السابق، ص 98.

(2) د/ عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، مطابع النسر الذهبي، القاهرة، سنة 1983، ص 295، 296.

(3) د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 132. و د/ محمد حسن قاسم، القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية

لبنان، سنة 2001، ص 313. د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 633.

(4) د/ عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 82.

2. الخلف الخاص

لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص كما هو الوضع عند الخلف العام فيمتنع الأمر من مواجهة المشتري بالضمان. فلو قام البائع ببيع ملكية عائدة له وانتقلت الملكية إلى المشتري، وتصرف البائع ببيع نفس الملكية إلى مشتري آخر، وطلب المشتري الأول استحقاق المبيع من المشتري الثاني يكون البائع هو المسئول عن الضمان تجاه المشتري الثاني.

أما المشتري الأول والذي يعتبر الخلف الخاص للبائع، لا يعد مسئولاً عن الضمان. كذلك الأمر في حالة وجود الموصى له بالضمان، حيث يقول الدكتور السنهوري: "لو باع شخص عقاراً ثم أوصى به لشخص آخر وبعد موته بادر الموصى له بتسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار أليستبقيه إذا أسترده الموصى له، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له، بل يبقى في التركة، وللمشتري استحقاق التعويض من التركة، ويتقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له.

لا يأخذ الموصى له العقار إلا إذا كان الباقي من أموال التركة يفي بالتعويض ويبقى من هذا الباقي ما لا يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية على ثلث التركة بعد استنزال الديون" (1).

كذلك لو كان البائع كفيلاً وقام هذا الأخير بشراء المبيع مرة أخرى ، فيلتزم بضمان التعرض لكونه كفل البائع في التزاماته وبالتالي التزامه تابع للالتزام المكفول، فلا يجوز له التعرض للمشتري من بئعه لكونه ملتزماً قبله (2).

بالرجوع إلى البيع الإلكتروني في هذا الموضوع، نجد أنه في حالة إعادة بيع الشيء الذي تم بيعه كسلع أوخدمات معينة من طرف البائع الإلكتروني لمشتري آخر، يكون هذا البائع مسئولاً عن هذا التعرض، فهو مدين للمشتري الثاني بالضمان في حالة منازعة المشتري الأول له.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 232، ص 633 و د/ الصراف عباس حسن، المرجع السابق، فقرة 735 ، ص 548.

(2) د/ عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، بند 292 ، ص 446.

كثيرا ما يقع هذا التعرض في الوعد بالبيع الإلكتروني، بحيث يعد البائع المشتري الأول بالمبيع الذي قبل دفع ثمنه المعلن عنه عبر الانترنت، ثم يقوم بببيع نفس المبيع لمشتري آخر الذي يقبل دفع ثمن أعلى في مقابل الحصول عليه، ويتم البيع للمشتري الثاني.

بهذا فبإمكان المشتري الأول منازعته في المبيع، إن تم الإعلان عن اسمه عبر الانترنت، ويكون البائع مسئولا عن هذا التعرض في الوعد بالبيع الإلكتروني، لكون الموعد له بالبيع خلفا لهذا البائع الإلكتروني.

3. الدائنون

لا ينتقل دائن البائع إليه الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، فيستحيل على المشتري مواجهته بالضمان حتى لو قام الدائن بالتنفيذ على أموال البائع، وكانت ملكية المشتري التي لم يتم نقلها إليه ضمن تلك الأموال التي تم التنفيذ بالحجز عليها.

فلو كان المبيع عقارا ولم يقيم المشتري بإجراءات التسجيل، فالعقار يظل في ملكية البائع ويتولى دائنو هذا الأخير التنفيذ على العقار وبيعه، فلا يستطيع المشتري مطالبة دائني البائع بضمان التعرض والاستحقاق لكون التسجيل لم يتم من طرفه. وهذا الإخلال أدى إلى بقاء العقار ضمن الذمة المالية للبائع⁽¹⁾.

رغم أن الأصل الذي يسري على دائن البائع، هو عدم الضمان، إلا أن الاستثناء يحدث عند تنازل أو توقف دائن البائع عن متابعة إجراءات التنفيذ الجبري المرخص له بحكم قضائي، وفي هذا الأمر، قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بما يلي⁽²⁾:

" إذا باع الراهن العقار المرهون بعقد لم يسجل، واتفق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يتنازل عن رهنه في العقار المبيع، وعن السير في إجراءات الرهن والتعهد بشطبه فان هذا الاتفاق إن لم يسجل هو الآخر ملزم للمرتهن، فلا يجوز له أن ينقضه. فان كان سار في إجراءات نزع ملكية العقار حتى رسا مزاده عليه، فلا يصح له أن يتمسك بملكيته

(1) د/ محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص 82.

(2) د/ جاسم علي سالم، المرجع السابق، فقرة 61، ص 104.

- نقض مدني مصري بتاريخ 11 أبريل 1946، ق 61، قضية رقم 56، س 15 مجموعة عمر، الجزء الخامس ص 49، 150، د/ جاسم علي سالم، المرجع السابق، ص 104.

إياه في مواجهة المشتري إذا رفع عليه دعوى الملكية، وقضى برفضها، فهذا الحكم غير مخالف للقانون".

رغم غياب النصوص القانونية في التقنين المدني الجزائري فيما يخص هذا الموضوع، فيتعيّن الأمر إذن العمل بالقواعد العامة، وبذلك فلا ينتقل هذا الالتزام إلى دائن البائع وأن الملزم بالضمان هو البائع لا غير.

هذا إذن عن مدى انتقال التزام البائع بالضمان إلى الخلف العام والخاص ودائن البائع، فمدى انتقال التزام المطالبة بالضمان من المشتري إلى ورثته؟

بعد وفاة المشتري ينتقل حقه بالمطالبة بالضمان إلى الورثة، ويلتزم البائع تجاههم به، وإن صدر من هذا الأخير تعرض أو تجاوز، يحق لوارث المشتري رفع دعوى ضمان التعرض ضده، ونفس الحق يمنح للخلف الخاص للمشتري. فلو قام المشتري ببيع العقار لمشتري ثانٍ ينتقل حق المشتري الأول في الضمان إلى المشتري الثاني، ويلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري الثاني، فإذا واجه هذا الأخير تعرض من البائع جاز له، إما رفع دعوى غير مباشرة على البائع ضد من باع للسلف الذي انتقل منه الحق إلى الخلف الخاص، أو رفع دعوى مباشرة ناشئة عن الحق في الضمان الذي انتقل إليه من المشتري الأول⁽¹⁾، وفي حالة تعدد الباعين، له الحق في الرجوع بالتسلسل على هؤلاء الباعة حتى يصل إلى البائع الذي يمكنه من الحصول على حقه.

غير أن اللجوء إلى الدعوة غير المباشرة ليست في مصلحة المشتري والورثة، لأن ما يتم الحصول عليه من حقوق، تتم المشاركة فيها من طرف دائني الضامن.

من أجل ذلك، نجد أن الخلف الخاص وكذلك المشتري يفضلان الدعوة المباشرة الناشئة عن الحق في الضمان الذي انتقل إليهما من المشتري الأول، الذي نقل كل حقوقه إلى من اشترى منه، بما فيها حق التزام البائع بعدم التعرض.

بناءً على ذلك، لقد صدر حكم عن القضاء بمصر متضمناً ما يلي⁽²⁾: "على المشتري الأخير حق الرجوع بدعوى الضمان على البائع الأصلي مباشرة دون أن يحتج

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 635، هامش رقم 01.

(2) استئناف محكمة مصر بتاريخ 1927/11/22، مجلة المحاماة، العدد الثالث، رقم 237، ص 317. راجع: د/ جاسم علي ناصر، المرجع السابق، فقرة 62، ص 105.

عليه هذا الأخير بعدم قيام علاقة قانونية بينهما، لكون البائع الثاني قد تنازل للمشتري بمجرد البيع عن كل حقوقه . ومنها دعوى الضمان - التي له قبل البائع الأصلي للمشتري عند البيع " .

كما أعلن القضاء المذكور أعلاه على: "حق رجوع المشتري على البائع الأول بالثمن لم ينص عليه القانون بصريح العبارة، لكن الفقهاء وقضاة المحاكم قد ساروا على هذا المبدأ، ويرجع تعليل ذلك أنه ما دام البائع سيلتزم في آخر الأمر بعد الدعاوي المتعددة التي ترفع من كل مشتر من البائع له، وهكذا حتى يصل الدور إلى البائع الأول، فلا حرج من رفع الدعوى إذا من المشتري الأخير ضد البائع الأول، لان عليه الضمان على أي حال. فلا فرق عنده أن يدفع إلى المشتري منه أو إلى المشتري الأخير، وكذلك الحال بالنسبة لكل بائع متوسط ، فانه لا فرق عنده في أن يطالب بالضمان من المشتري منه مباشرة أو ممن اشترى من المشتري منه، وعدا ذلك فان هناك فائدة لرفع الدعوى، لأنه بذلك يتسنى له أن يختار من يكون مليئا من البائعين المتعاقدين، وأن يتخطى البائعين السابقين إلى الأسبقين.

إن الدعائم القانونية التي تقوم عليها دعوى الضمان ضد البائع الأسبق دون البائعين السابقين ترجع إلى أمور ثلاثة:

أولها: أن المشتري إنما هو دائن للبائع في المطالبة له بثمن المبيع الذي استحق للغير، ثم أن البائع ينقلب بدوره على دائن ضد من باع إليه ،وهذا عملا بنص المادة 141 من القانون المصري، يجوز للدائنين أن يقيموا بأسماء مدينهم الدعاوي التي تنشأ عن المشاركات أو التعهدات التي لمدينهم.

ثانيا: ارتكازا على مبدأ الحلول الضمني لان المشتري يحل محل البائع في المطالبة بحق الضمان ضد البائع له.

ثالثا: ارتكازا على مبدأ التنازل أو التحويل، لأن كل بائع بتنازله عن المبيع إلى المشتري قد تنازل له عن كل الحقوق المتصلة به وبما فيها من الرجوع على البائع إليه وهكذا إلى أن يصل هذا التنازل المتتابع إلى المشتري الأخير ضد البائع الأول" (1).

(1) محكمة مصر الأهلية الكلية، بتاريخ 19/02/1934، مجلة المحاماة، العدد الثاني، سنة 1935، رقم 80، ص174. أيضا: د/ محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص 85 و86.

وعليه، فإن الأفضل للمشتري أو ورثته الرجوع على البائع لبائعه، أو يرجع مباشرة على البائع الأول بدعوى التعرض والاستحقاق باعتبارها دعوى انتقلت إليه من الذي اشترى منه، وفي نفس الوقت أثرا من عقد البيع.

أما عن دائن المشتري، فإنه يتأثر بحالة المشتري المالية، يطمئن عند ما تتزايد الذمة المالية ويرتبط عند نقصها، فهو يستفيد من ضمان التعرض الذي يدين به المشتري في مواجهة البائع له، فعند انتقال المبيع إلى المشتري يعد مكسبا له، لأنه يزيد من الضمان العام للمشتري فعند العجز عند حلول الوفاء، بإمكان الدائن التنفيذ على أموال مدينه واستيفاء حقه منها، ولا يملك الاعتراض على تصرف الدائن في هذا الشأن الذي لا يهمه بعد إن انتقلت الملكية للمشتري (1).

أما فيما يخص انتقال المطالبة بالضمان إلى ورثة المشتري الإلكتروني، فيمكن تطبيق ما جاءت به القواعد العامة في ذلك، ومطالبتهم بالضمان قد تقوم بناء على علمهم بالبيع الذي تم بين سلفهم والبائع الإلكتروني.

الفرع الثاني

شروط التعرض الشخصي للبائع

حتى يلتزم البائع بالضمان لا بد أن يكون هذا الأخير قد تعرض فعلا للمشتري بحرمانه من الانتفاع بالمبيع ماديا وقانونيا، كليا أو جزئيا، وبالتالي علينا النظر في الوقت الذي ينشأ فيه الضمان ومدى حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع، أي محل العقد وكذلك عدم استناد البائع في تعرضه إلى القانون أو العقد.

سوف نتناول كل شرط من هذه الشروط بالدراسة والتفصيل فيما يلي تبعا:

أولا: وقت نشوء الضمان

وقت نشوء الحق في الضمان (2) لم يحدد في نصوص القانون، وتركت مهمة تحديده للفقهاء، فقد يكون من وقت انعقاد العقد، أو من الوقت الذي حصل فيه التعرض الفعلي للمشتري. ففي الحقيقة وحسب ما نرى أن الحق في الضمان ينشأ من وقت انعقاد العقد أو حتى من بدء المفاوضات العقدية تماشيا ومبدأ حسن النية في العقود.

(1) د/ محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص 87.

(2) د/ جاسم علي جاسم سالم ناصر، المرجع السابق، ص 55.

ينبغي على البائع الالتزام به إزاء المشتري الذي سوف يرفع الدعوى على البائع في حالة انعدام هذا الضمان، فيتدخل البائع بالضمان عند وقوع التعرض الفعلي، أي الحقيقي ولا يؤخذ بمجرد التهديد بالتعرض، لكونه لا يعد كافياً للالتزام بالضمان من قبل البائع. لذلك فلا بد إذن من التأكد من أن الالتزام بالامتناع عن عمل قد وقع، و يتعين على المشتري تقديم أدلة على واقعة التعرض الفعلي التي تؤدي إلى حرمان المشتري من حق الانتفاع بالمبيع أو الحقوق المترتبة عليه، وفي شأن ذلك تحسب مدة التقادم من يوم وقوع هذا التعرض الفعلي حسب الفقه والقضاء (1).

فقيام البائع ببيع العقار مرة أخرى لمشتري آخر، لم يسجل عقده لا يعد تعرضاً، بما أنه لم يسجل عقده وباستطاعة المشتري الأول تسجيل عقده أو رفع دعوى صحة نفاذ البيع، وهذا قبل أن يسجل المشتري الآخر عقده، وتنتقل الملكية إليه في مواجهة البائع و الغير (2). غير أن هناك من يرى أنه إذا قام المشتري الآخر بتسجيل عقده فقط دون اللجوء إلى التعرض للمشتري الأول، فليس لهذا الأخير أن يحتج على البائع بضمان تعرضه على بيع العقار مرة ثانية (3).

نؤيد الدكتور جاسم علي سالم ناصر الذي يرى أن قيام المشتري الآخر بتسجيل عقده يجعل التعرض قد وقع، وذلك لكون أن المشتري الأول عند تسجيل عقده، يجد تسجيل المشتري الآخر سابقاً له، فهذا يعد تعرض فعلي للبائع، ولا يستطيع المشتري الأول ممارسة سلطاته أو حقوقه المخولة له على العقار. بذلك يستحيل عليه إزالة تسجيل المشتري الآخر حتى لو تم ذلك عن تدليس أو تواطؤ مع البائع في التسجيل، لكون أن المشتري الآخر قد تعاقد مع المالك الحقيقي، ولا يشوب سند ملكيته عيب من العيوب (4).

(1) جاسم علي جاسم علي ناصر، المرجع السابق، ص59، د/ خميس خضر، المرجع السابق، فقرة 118، ص200. د/ السنهوري، المرجع السابق، فقرة 330، ص626.

(2) د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص57، د/ عبد الناصر توفيق العطار، البداية في شرح أحكام البيع سنة 1984، ص220.

(3) د/ السنهوري، المرجع السابق، فقرة 330، ص626، د/ خميس خضر، المرجع السابق، ص200.

(4) مجموعة القواعد المقررة من محكمة النقض، المكتب الفني، سنة 37 جلسة 1970/04/07، رقم 59. العدد الثاني، ص581، د/ جاسم علي سالم، المرجع السابق، ص58، هامش رقم 01.

كما نرى بإعطاء الحق للمشتري بدفع دعوى الضمان في حالة وجود ارتفاق خفي كان يجهله، خاصة إذا قام المشتري الثاني بمبادرة تسجيل عقده. وزيادة على هذا، فإن القانون المدني المصري قد خول للمشتري الحق في حبس الثمن كله أو بعضه حتى لو لم يقع التعرض فعلا (مجرد وجود أسباب قد تفقده المبيع) لكن شريطة أن تكون هذه الأسباب جدية ذلك ما تضمنته كل من المادة 2/457 مدني مصري⁽¹⁾ والمادة 2/388 من التقنين المدني الجزائري⁽²⁾ التي نصت على: " 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، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع".

هذا هو الأمر بالنسبة للأحكام العامة في التقنين المدني المصري وغيره من التقنينات العربية، كما أن قانون العقوبات يعاقب بعقوبة النصب كل مالك يتقاضى بأية صورة من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها، ويبطل كل تصرف بالبيع لاحقا لهذا التاريخ ولو كان مسجلا⁽³⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري.

وهناك مسألة أخرى تثير الجدل وهي تمسك البائع بتملك العقار المبيع بالتقادم، فهل يعتبر هذا التصرف تعرضا؟ للإجابة على هذا السؤال، لا بد من وضع أو توقع فرضين هما:

(1) في مصر بعد صدور القوانين الخاصة ببيع الأماكن قد أبطلت عقد بيع الأماكن الذي جاء على خلاف مقتضى عقد سابق بالبيع ولو كان العقد الثاني سابقا للأول في التسجيل، فلقد نص في المادة 1/23 من القانون 1981/136 « يعاقب بعقوبة جريمة النصب عليها في قانون العقوبات المالك الذي يتقاضى بأية صورة من الصور بذاته أو بالوساطة أكثر من مقدم عن ذات الوحدة أو يؤجرها لأكثر من مستأجر أو يبيعها لغير من تعاقد معه على شرائها. ويبطل كل تصرف بالبيع لاحق لهذا التاريخ ولو كان مسجلا». كما نص القانون رقم 136 سنة 1981 في المادة 23 على معاقبة جريمة النصب المنصوص عليها في قانون العقوبات في المادة 372 وما بعدها.

(2) القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، النص الكامل للقانون و تعديله إلى غاية 13 مايو 2007 مدعم بالاجتهاد القضائي، منشورات بيرتي، سنة 2007، 2008.

(3) قانون رقم 1981/136، المادة 1/23 من قانون العقوبات المصري.

. **الفرض الأول:** افتراض أن البائع باع شيئاً لا يملكه، ولكنه كان حائزاً له، وأصبح بالتقادم مالكا له.

- **الفرض الثاني:** أن البائع باع شيئاً يملكه، ولكن لم يقم بالالتزام بالتسليم حتى أصبح حائزاً له وتملكه بالتقادم.

بالنسبة **للفرض الأول**، نكون أمام بيع ملك الغير، وهذا ما أكده الدكتور خميس خضر⁽¹⁾ لكون أن المالك هنا ليس هو المالك الحقيقي للعين وقت البيع، ولكنه كان حائزاً لها فقط. كما أن المادة 2/467 من التقنين المدني المصري قد نصت على هذه الحالة ويعتبر البيع فيها صحيحاً، ويتم فيها انتقال الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد تملك البائع للمبيع بالتقادم الطويل أو القصير إذا كان حسن النية، ويتحدد التملك بالتقادم الطويل إذا حاز البائع المبيع لمدة خمسة عشرة سنة، أما التقادم القصير بخمسة سنوات. أما فيما يخص **الفرض الثاني**، يعتبر الفقه والقضاء المصري أن البائع مجبر على ضمان التعرض وأن امتناعه عن تسليم المبيع لدليل قاطع على سوء نية امتلاك الشيء بالتقادم وهنا نكون أمام نتيجتين:

الأولى هي سقوط حق المشتري في ضمان التعرض بالتقادم المسقط، والثانية هي تملك البائع للمبيع بالتقادم المكسب. ولا يستطيع المشتري إلزام البائع بالضمان بعد سقوطه بالتقادم. فالبايع يستطيع أن يملك المبيع بالتقادم ويحتج به ضد المشتري إذا لم يقم هذا الأخير أثناء سريان مدة التقادم بالمعارضة و ضمان التعرض⁽²⁾. وعليه، حتى يملك البائع الشيء المبيع بالتقادم المكسب لا بد أن تكون لديه الحيابة الكاملة.

أيد الفقه والقضاء في مصر الفرضية الثانية، وتجلى ذلك في حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1949/12/08 حيث نقضت به حكماً لمحكمة استئناف مصر ومنعت فيه البائع و حتى ورثته تملك العقار المبيع بالتقادم، وهذا ملخص حكمها:

(1) د/ خميس خضر، شروط تحقيق التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي و تعرض الغير، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد الأول و الثاني، مارس، يونيو، سنة 1975، ص10، 11، 12، 13.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 331، ص630، 631، و د/ جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية الجزء الأول، البيع والمقايضة والإيجار، القاهرة، سنة 1956، ص230، 231، 232.

من حيث أنه - أي الطعن - بني على أن للمطعون فيه إذ أقام قضاءه على أن ضمان البائع استحقاق المبيع مانع له من اكتساب ملكيته بوضع اليد عليه بعد البيع مهما طالت مدته، فقد أخطأ في القانون، وذلك أنه قاسى هذه الحالة على حالة البائع الذي يكون وقت صدور البيع غير مالك للمبيع، ثم يتملكه بسبب طارئ بعد البيع، في حين أن هذا قياس مع الفارق، لأن واقع الدعوى أن البائع كان مالكا وقت نزع ملكيته وانتقلت ملكيته إلى المشتري بمقتضى حكم رسو المزاد بمجرد تسجيله.

لكن البائع المنزوعة ملكيته اكتسب بعد ذلك ملكية المبيع بالتقادم الطويل، فلا يحول ضمانه استحقاق المبيع دون احتجابه بملكته في مواجهة الكافة ومنهم المشتري، ولا يمنع من ذلك كون ضمان الاستحقاق أبدي، لا يسقط الحق فيه مهما طال عليه الزمن لأن إذا حصل التعرض من البائع للمشتري في أي وقت ولو بعد حصول البيع بأكثر من خمس عشرة سنة، وجب على البائع الضمان، فإذا سكت المشتري عن هذا التعرض بعد وقوعه انقلب سببا مشروعاً للتملك لا يحول دوامه ضمان البائع.

قد أقرت محكمة النقض أساس الحكم وقالت: "من حيث أن هذا الرأي الذي جاء به الحكم مردود بأنه متى كان الأساس التشريعي للتملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قاطعة على توافر سبب مشروع للتملك لدى واضع اليد، كان القول بان تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري، يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق و واجب الضمان المفروض عليه قانوناً، كان هذا القول مخالفاً للقانون" (1).

خلاصة الحكم أن التزام البائع بعدم التعرض التزاماً أبدياً، وفي حالة ما إذا وقع التعرض من البائع وسكت المشتري عن هذا الوضع لمدة خمسة عشرة سنة، ينقلب الوضع ويصبح سبباً مشروعاً للتملك ولا يضمن البائع المشتري.

سلمت محكمة النقض بجواز التمسك بالتقادم المكسب في حكم آخر، وذلك دون التقادم المسقط. قررت أن من أحكام عقد البيع أن يلتزم البائع بضمان التعرض و ينتقل هذا الحق بعد البائع إلى ورثته الذين تتوفر فيهم شروط وضع اليد، ولمدة أطول والمكتسبة للملكية وفق قضاء هذه المحكمة.

(1) د/ خميس خضر، المرجع السابق، ص 12.

إذا انقضت مدة خمسة عشرة سنة وذلك ابتداءً من تاريخ وقوع التعرض الفعلي من البائع، يجوز له التمسك بالتقادم المسقط، ولا يستطيع المشتري رفع دعوى الضمان بعد انقضاء هذه المدة، لكون أن البائع يعارضه بالتقادم المسقط.

أما القضاء الفرنسي - ومنه محكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾ - وبسانده جانب من الفقه الفرنسي، أن البائع الذي يحتفظ بالحيازة في المبيع لا يتعرض للمشتري بهدف التقادم المكسب، لكون أن الالتزام بالضمان حق مؤبد وهذا المبدأ يتناقض مع الحيازة بالتقادم المكسب، لأن الالتزام بالضمان التزام أبدي، فيكون الاستناد إلى التقادم المكسب من قبيل التعرض⁽²⁾.

بالرجوع إلى العقد الإلكتروني فيما يخص وقت نشوء الحق في الضمان، يمكن القول بوقوعه وقت انعقاد العقد، أوفي وقت لاحق، لأن احتمال سوء النية في التعرض قد تكون موجودة لدى البائع رغم إلزامية الضمان، أو وقت وقوع التعرض الحقيقي أي الفعلي خاصة في محل البيع إن كان منقولاً معنوياً.

فان كان المبيع برامج، يبدأ التعرض من وقت تنشيط أداة التعرض المتمثلة في الفيروس المحطم للبرنامج أو الخدمة التي تم إرسالها للمشتري الإلكتروني عند عدم الوفاء، أو كذلك قد ينشأ التعرض لحظة امتناع المشتري عن دفع الثمن أو التأخير في دفعه.

نعتبر فعل البائع هنا مقترن بسوء النية السابقة، ويعد بالتأكيد تعرضاً أوقد يستنتج منه ضمان حقه تحفظاً من امتناع أو تأخر المشتري عن الوفاء.

لابد على البائع الإلكتروني الالتزام بالضمان مهما كان موضوع أو محل العقد سواء كان المبيع منقولاً مادياً أو معنوياً، لأن القاعدة المعمول بها - من يضمن يمتنع عليه التعرض - وتستعمل في كل الأفعال المادية والمعنوية الصادرة من البائع الكلاسيكي أو الإلكتروني والمرتبة للأثر الممنوع المتمثل في حرمان المشتري من الانتفاع الكلي أو الجزئي بالعين المبيعة.

(1) محكمة النقض الفرنسية (نقض 13 مايو 1922)، دالوز 1، 1913، 1، 143 سيرى 1، 1914، 200، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني، مارس، يونيو، سنة 1975، ص43، هامش 01.

(2) د/ خميس خضر، المرجع السابق، ص13.

أما عن رأينا في وقت نشوء الضمان لعدم التعرض في البيع الإلكتروني، نعتبره من وقت انعقاد عقد البيع، بغض النظر عن حسن أو سوء نية البائع الإلكتروني. أما عن فكرة تملك المبيع بالتقادم الطويل أو القصير غير مطروحة في البيع الإلكتروني لأن في مثل هذه البيوع، فبعد البيع، يقوم المشتري بتسلم المبيع مباشرة أو يتسلمه بعد وقت قصير دون انتظار وذلك بغرض تعجيل البائع لتنفيذ التسليم الفعلي والتحقق من المبيع إن كان مطابقا لما تم رؤيته عبر الانترنت والاتفاق عليه. ورغم كل ذلك، نقترح تطبيق القواعد العامة في هذا المجال مع ترك نوع من الخصوصية للمبيعات غير المادية.

ثانيا: حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع

ينبغي أن يكون من شأن هذا التعرض الواقع فعلا حرمان البائع المشتري الانتفاع كليا أو جزئيا للمبيع وبذلك يكون البائع مخلا بالتزامه في العقد ويستوجب منه الضمان. أما عن أمثلة ذلك البقاء في المحل أو المنزل الذي باعه واستعماله مستندا في ذلك إلى عقد إيجار معه قبل تملكه المبيع. فهذا يعد تعرضا لكون عقد الإيجار الذي استند إليه البائع قد انتهى بانتقال المبيع، فالاستمرارية فيه يعد تصرفا غير مشروع - أي تعرضا .

أوكذلك يستطيع أن يتعمد إنشاء متجر مجاور يبيع نفس نوع السلعة للمتجر الذي باعه للمشتري لأنّ هذا الإجراء يعتبر تعرضا، فهو بمثابة المنافسة غير المشروعة، بحيث يجذب إليه كل الزبائن الأوفياء وغير الأوفياء للمشتري مما يمنعه عن بيع سلعته، التي سيلحقها أضرارا من كثرة تكديسها لديه.

قد يقع كذلك حرمان المشتري من المبيع بسبب التعرض الشخصي للبائع وذلك عند قيامه بمد أسلاك كهربائية خطرة بجوار أو فوق المنزل المبيع، أو كأن يقوم البائع بعد بيع هذا المنزل ببناء حائط ضخم يفصل بينه وبين المنزل المبيع، فيحجب المنظر والشمس والهواء عن صاحبه.

فقد يكون الضرر الناتج من التعرض الشخصي للبائع تافها، وبالتالي لا يمكن تقديره، كأن يغرّس البائع في منزله المجاور للمنزل المبيع أشجارا متميزة بكثافة الأوراق مما يؤدي إلى تساقط البعض منها في البيت المبيع، فهذا مما يمكن تحمله، ولا يعد

تعرضا يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع، مادام يتم ذلك عل النحو المألوف دون خلل⁽¹⁾.

أما فيما يخص هذا الموضوع في البيع الإلكتروني فنجد المشتري يواجه نفس النتائج المترتبة عن تعرض في البيع العادي، ولقد وردت بعض الصور لحرمان المشتري من المبيع من جراء تعرض البائع في مختلف أنواع المبيعات، ونذكر منها صور التعرض على البرامج التي تم بيعها للمستخدم، وهي متمثلة فيما يلي:

تنشيط فيروسات للقضاء على البرامج المبيعة أو مسح الملفات المخزنة بالقرص أو قد يتمثل هذا التعرض في تأخير تشغيل الحاسب أو أيضا في نسخ بيانات من مستخدم إلى مستخدم آخر لا يريد نقلها إليه⁽²⁾.

إن غاية التعرض عامة، هي حرمان البائع المشتري من الانتفاع بالمبيع كليا أو جزئيا،⁽³⁾ سواء كان ذلك عن قصد أو بدونه. فإذا تصدى المشتري لهذه النتيجة بالرفض ورفع الدعوى، وألزام البائع بالتوقف عن التعدي أو التعرض، فينتفع المشتري بالمبيع، أما إذا أهمل ذلك لأي سبب من الأسباب، فالتعرض واقع ويظل قائما إلى غاية حرمان المشتري من الانتفاع الكلي للمبيع سواء كان ذلك في البيع العادي أو الإلكتروني.

ثالثا: عدم استناد البائع في تعرضه إلى القانون أو العقد

إذا استند البائع إلى حق يستمده من العقد أو من القانون، فلا يمكن اعتباره متعرضا عند استعماله لذلك الحق. فمثلا لا يمكن اعتبار التنفيذ الجبري على المبيع من قبل البائع تعرضا إذا لم يقيم المشتري بدفع الثمن بعد قيام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري. وكذلك لا يعد تعرضا عند مطالبة البائع بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد إن لم يقيم المشتري بدفع الثمن⁽⁴⁾.

(1) د/ جاسم على سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1990، ص 60.

(2) د/عزة محمود خليل، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها.

(3) يحي محمد حسين راشد الشعبي، استحقاق المبيع للغير، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عدن، سنة 2006، ص 135.

(4) د/ إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، دون ذكر دار و بلد النشر، سنة 1963، فقرة 145، ص 204. رقم 154 ص 360. د/ جاسم على سالم ناصر، المرجع السابق، ص 61، هامش رقم 02.

كما لا يعد تعرضا مطالبة البائع ببطان العقد بطلانا مطلقا لتخلف أحد شروط انعقاده أو الحكم بإبطاله لسبب عيب في شروط الصحة، كنقص الأهلية مثلا (1). غير أن لا يمكن اشتراط البائع في عقد البيع أن يحتفظ لنفسه مدة معينة بحق الانتفاع بالعقار أو بالمنقول وقيامه بتنفيذ هذا الشرط، وحيث أنه يستمد هذا الحق من عقد البيع، أي الاتفاق على ذلك (2). والأمثلة كثيرة فيما يخص استناد البائع بتعرضه إلى القانون أو العقد كما قد سبق ذكرها سابقا.

نحن أكتفينا بهذا القدر من الأمثلة للتفرقة بينهما، كما أن التصرفات المفيدة بنفس معنى التعرض، هي تلك التي لا تستند إلى حق أونص قانوني يدعمها. ورجوعا بهذا الشرط ومدى تطبيقه في تعرض البائع الإلكتروني، فلا شك أنه قائما ويستند كذلك إلى عدم وجود حق أونص قانوني يستند إليه البائع الإلكتروني حين صدور التعرض منه.

لذا سواء كان البائع متعرضا في البيع الكلاسيكي أو الإلكتروني، يشترط أن لا يستند فعله إلى حق أونص قانوني يبرر أحقيته في التعرض، وبالتالي يعتبر متعسفا في حق المشتري.

إذا أمتنع البائع الإلكتروني مثلا عن تسليم المبيع المتمثل في آلات أو أجهزة كهرو منزلية أو في بعض البرامج المعينة، وكان المشتري قد تعاقد معه بشأنها، أو يصدد شراء برامج المعلوماتية أو ملحقاتها ولم يقوم المشتري بتنفيذ الالتزام بالوفاء المتفق عليه، في المكان والزمان وعن طريقة ممارسة هذا الدفع، فلا يمكن اعتبار امتناع البائع عن التسليم تعرضا، بل جزاء لعدم امتثال المشتري لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

(1) نقض مدني مصري بتاريخ 31 مارس 1987 في الطعن رقم 1405، سنة 53، مجلة القضاة، عدد يناير- يوليو 1988 ص 90. حيث قررت المحكمة أن مناط التزام البائع بضمان التعرض ألا يكون عقد البيع باطلا. د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 60، هامش رقم 02.

(2) نقض مدني مصري 22 يونيو 1938، مجلة المحاماة، السنة 19، عدد 02، رقم 154، ص 360، د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 61، هامش رقم 02.

غير أنه إذا طبقنا هذا الشرط على قضية شركة ريفلون ضد شركة لوجيستكون نجد أن شركة ريفلون ما قامت به يعد تعرضاً ويستلزم الضمان، لأن ما على المضرور إلا المطالبة بالحق بطريقة قانونية وليس أخذ الحق دون الاستناد إلى قانون⁽¹⁾. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى كان بإمكان شركة ريفلون منح أجل قصير لشركة لوجيستكون للوفاء.

(1) يحي محمد حسين راشد الشعبي ، المرجع السابق، ص136.

المبحث الثاني

أحكام ضمان التعرض الشخصي للبائع

قدمنا سابقا أن البائع عليه الالتزام بعدم التعرض للمشتري، ولكن إذا تحققت الشروط المناسبة لقيام هذا الضمان، فهي دليل قاطع على وجود تعرضه للمشتري في ملكية الشيء المبيع، وإزاء ذلك يستوجب فرض جزاء قانوني على البائع المتعرض وذلك بعد إتباع المشتري الاجراءات التي حددها القانون لحمايته، وذلك بواسطة تحريك دعوى الضمان واللجوء إلى القضاء لمنع البائع من استمرارية التعرض، والحكم له بالتعويض المناسب.

هذا الجزاء أو الأحكام يأخذ صور عديدة ومختلفة وذلك باختلاف الحالة التي يتجسد فيها التعرض. فإذا كان التعرض قانونيا، كأن يدعي البائع حقا على المبيع، كما لو باع الشخص شيئا مملوكا للغير وقت البيع ثم أصبح بعد ذلك مملوكا له، لأي سبب من أسباب التملك، فالإجراء القانوني هنا متمثل في رد الدعوى، لكون البائع ضامنا، ولأن الاسترداد والضمان لا يجتمعان.

أما إذا كان التعرض ماديا ومازال قائما، فهنا يستوجب وقف التعرض، وتعويض المشتري عن الأضرار إن كان لها محل⁽¹⁾.

البائع يخضع لقيود قانونية، من شأنها إجباره على العدول عن تعرضه أو إيقافه ويتحقق ذلك بحبس المشتري الثمن عن البائع أو بفسخ عقد البيع أو المطالبة بالتنفيذ العيني إن كان ممكنا، وزيادة على كل ذلك التعويض للمشتري في كلتا الحالتين.

وعليه، لقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: حبس الثمن أو التنفيذ العيني

المطلب الثاني: فسخ العقد أو التعويض

(1) د/ خميس خضر، المرجع السابق، ص 354.

المطلب الأول

حبس الثمن أو التنفيذ العيني

يترتب عند الإخلال بضمان التعرض الشخصي للبائع في عقد البيع، عدّة آثار قانونية، وللمشتري حق الاختيار بممارسة إحداها حتى يوقف تعرض البائع إزاءه. هذه الآثار تخول للمشتري حق حبس الثمن عن البائع المتعرض أو مطالبته بالتنفيذ العيني، أي وقف التعرض أو كذلك يستطيع المطالبة بفسخ عقد البيع والتعويض عن الخسائر والأضرار التي لحقت به.

ولذا سوف نتطرق لهذه الأحكام بنوع من التفصيل في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: حبس الثمن

الفرع الثاني: التنفيذ العيني

الفرع الأول

حبس الثمن

إذا أقام الغير دعوى استحقاق المبيع على المشتري مستندا في ذلك إلى حق سابق على المبيع أو قد يكون لاحقا له بفعل من البائع، وكان ذلك الحق مستندا من البائع. ففي هذه الحالة، يحق للمشتري حبس الثمن، أو ما تبقى منه، وذلك لمواجهة التعرض الصادر من البائع أو من الغير حتى يتوقف البائع عن تعرضه أو يزيل عنه التهديد الجاد والمستمر الذي يواجهه.

كما يستطيع البائع تقديم كفيلا يضمن للمشتري الثمن المدفوع له عند ثبوت الاستحقاق للمبيع. فتطبيقا للأحكام المعروفة في عقد البيع، لقد أعلنت الغرفة المدنية⁽¹⁾ بمحكمة النقض الفرنسية ما يلي: "إن مقتضيات المادة 1653⁽²⁾ التي تبنى على أساس

⁽¹⁾ حكم صدر بتاريخ 5 مايو 1919 ، دالوز الدوري 1923 ، الجزء 01 ، ص230.

وكذلك قرار القسم الثالث من الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 07/11/1978، دالوز 1978 ص88. د/سالم الغضبان ، المرجع السابق ، ص90، هامش رقم 01 .

⁽²⁾ Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action soit hypothécaire soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que Nonobstant le trouble, l'acheteur payera". Art 1653, code civil français.

الالتزام بالضمان الذي يتحمل به البائع قد تقررت لتكون قابلة للتطبيق، ليس فقط في البيع الذي يؤدي فيه الثمن دفعة واحدة ولكن عند أداء الثمن على دفعات متتالية، وعليه، فإنّ التهديد بالاستحقاق، يجيز حبس الثمن سواء في الحالة الأولى أو الثانية".

إذا كان المشتري تحت التعرض أو التهديد بالاستحقاق في رهن عقاري أو استحقاق يمكن له حبس الثمن إلى غاية تدخل البائع، ومنع التعرض، وذلك بدفع كفالة إلا إذا وقع اتفاق بينهما، أنه بالرغم من وقوع التعرض المشتري سيدفع الثمن.

تطبيقا لهذه المادة أعلاه، أعلنت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية⁽¹⁾ على مايلي: " أن مقتضيات المادة 1653 المدنية على أساس الالتزام بالضمان الذي يتحمله البائع أن تطبق بالنسبة للبيع الذي يؤدي فيه الثمن دفعة واحدة، وكذلك عندما يتعين دفعه على شكل أقساط متتابعة، وبالتالي فبمجرد التعرض للمشتري يجيز له القانون حبس الثمن في كلا الحالتين " .

لقد نص المشرع المصري في المادة 2/457 مدني على نفس هذا الاتجاه حيث صرحت محكمة النقض المصرية بما يلي: " أجاز المشرع للمشتري في المادة 457 مدني مصري الحق في حبس المشتري للثمن، إذا تبين له وجود سبب جدي يخشى معه نزع المبيع من تحت يده، فمجرد قيام هذا السبب لدى المشتري، يخول له الحق في أن يحبس ما لم يكون قد أداه من الثمن، ولو كان مستحق الأداء، حتى يزول الخطر الذي يهدده، وعلم المشتري وقت الشراء بالسبب الذي يخشى معه من نزع المبيع من تحت يده لا يكفي بذاته للدلالة على نزوله عن هذا الحق، لأنه قد يكون محاطا بالخطر الذي يهدده، ويكون في ذات الوقت معتمدا على البائع لدفع هذا الخطر قبل استحقاق الباقي في ذمته من الثمن"⁽²⁾.

كما قضت نفس المحكمة في نفس الموضوع بما يلي: " أجاز المشرع للمشتري في نص المادة 457 من القانون المدني المصري الحق في حبس المشتري للثمن، إذا تبين له وجود سبب جدي، يخشى معه نزع المبيع من يده. فمجرد قيام هذا السبب، ولو لم يكن

(1) حكم بتاريخ 1919/05/05، دالوز الدوري، سنة 1923، الجزء الأول، ص230.

(2) د/ عبد العزيز توفيق، التعليق على قانون الالتزامات و العقود المغربي بأحكام القضاء المغربي والقضاء العربي الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، سنة 1999، ص76.

للبيع يد فيه، يخول للمشتري الحق في حبس ما لم يكن قد أداه من الثمن، ولو كان مستحق الأداء حتى يزول الخطر الذي يهدده، وتقدير جدية السبب المولد للخشية في نفس المشتري من نزع المبيع منه، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع، ولا رقابة عليه من محكمة النقض متى أقام قضاءه على أسباب سائغة"⁽¹⁾.

تناولت كذلك المادة 2/388 من التقنين المدني الجزائري هذا الموضوع حيث نصت: "إذا تعرض أحد للمشتري مستندا إلى حق سابق أو آل من البائع أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري جاز له أن لم يمنعه شرط في العقد أن يمسك الثمن إلى أن ينقطع التعرض أو يزول الخطر ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن إذا ظهر للمشتري عيب في الشيء المبيع".

بناء على ما تقدم، يحق للمشتري مواجهة التعرض الصادر من البائع بالامتناع عن دفع الثمن أو ما تبقى منه إلى غاية توقف البائع عن التعرض، أو يزيل عنه التهديد الفعلي الذي يواجهه سواء كان في صورة دعوى قضائية أوفي شكل مطالبة جدية لاستحقاق المبيع أو كذلك إذا قام البائع بتقديم كفيل للمشتري، يضمن له ثمن المبيع والتعويضات التي يمكن أن يرجع بها المشتري على البائع عند ثبوت الاستحقاق.

إذن فالحق في حبس الثمن مقرر أساسا لمصلحة المشتري، غير أنه إذا كان المبيع عقارا فلا يحق له استعمال حق الحبس إلا إذا علم بالتكاليف المترتبة على العقار المبيع عند إبرام العقد، وذلك إما أنه آنس في نفسه القدرة على مواجهة كل تعرض يؤول إليه أو لانخفاض الثمن المتفق عليه على الثمن الذي يستحقه المبيع لو لم تكن عليه أية تكاليف.

كما لا يجوز للمشتري حبس الثمن إذا علم أن العقار المبيع كان مؤجرا للغير أو أن المستأجر يطالب بتجديد عقد الإيجار لأن هذه المطالبة بالتجديد لا تؤثر على مصالح المشتري"⁽²⁾.

(1) حكم بتاريخ 18/11/1982، مجموعة أحكام محكمة النقض، السنة الثالثة والثلاثون، العدد الثاني ق 169

ص 934. د/ سالم الغضبان، المرجع السابق، ص 91، هامش رقم 01.

(2) د/ محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص 92.

يلاحظ فيما يخص البيع الإلكتروني، أنه في جميع المعاملات التجارية الإلكترونية، أن الالتزام بالوفاء يتم دفعة واحدة إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك. فبعد الوفاء الكامل من قبل المشتري، يقوم البائع الإلكتروني بإرسال المبيع منتوجا ماديا كان أو معنويا كالخدمة أو البرامج للمشتري الذي يقوم بمعاينته والتحقق من المواصفات التي أستهورها البائع عليه عبر شاشة الانترنت عند إبرام العقد. هذا ما يؤكد أن حق المشتري في حبس الثمن في البيع الإلكتروني يصعب تحقيقه رغم أنه من أهم أوجه الحماية التي يستطيع المشتري أو المستهلك الإلكتروني التمسك به تجاه البائع، فتجده ملزما بالوفاء الكامل مقابل ودون تأخير عند تسلم المبيع. ورغم ذلك، لقد ظهر اختلاف في الفقه بين مؤيدي هذا القول ومعارضيه، فهناك من يرى أن في هذا النوع من البيع، لا يجوز تجزئة الدين إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، والأصل في الدفع الفوري⁽¹⁾، ما لم تحدد مدة لدفع الثمن أجزء منه باتفاق الطرفين. غير أن هناك من يرى أن في مجال عقود بيع الخدمات الإلكترونية، إذا لم يتمكن المشتري من الانتفاع بالخدمة لسبب راجع لمقدمها، يجوز له حبس المقابل النقدي المتفق عليه في العقد⁽²⁾.

نوافق هذا الرأي بصدد بيع هذا النوع من المبيعات، لأن إرسال المشتري الدفعة الأولى من الثمن ثم يتم بالتوالي إرسال الدفعات الأخرى قد تمكنه من حبس الثمن أو حبس الأقساط المتبقية في حالة تعرض البائع له، ولذلك فالدفع بالتقسيط تعتبر الوسيلة الأنجع والأصلح للمشتري لكونه غير واثق من تصرفات هذا البائع المهني البعيد على المبيع وكذلك لتمكينه من تجربة المبيع بعد الوصول إليه والتحقق من مدى تحقيقه للغرض المطلوب فيه وكذا صلاحيته للعمل، فنأمل تعميم هذه الفكرة على كل السلع.

فان الدول التي نظمت التجارة الإلكترونية مثل الأردن، تونس، الإمارات فرنسا وغيرها قد أولت الأهمية للدفع الإلكتروني ونظمته بقوانين صريحة وخاصة، ولم تنظم حالة حبس الثمن من طرف المشتري، عند وقوع التعرض أو الاستحقاق، أو أي حالة من

(1) نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، الاردن، سنة 2009 ص 115.

(2) د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 78.

الحالات التي يسمح فيها أن يحدث هذا التصرف من قبل المشتري الإلكتروني، الذي يستطيع إثبات ذلك بوسائل الإثبات الإلكترونية (1).

يمكن تطبيق القواعد العامة في الدفع وذلك إلى غاية تنظيم نصوص قانونية جديدة تتلاءم وتتفاعل مع هذه الخاصية المذكورة في البيع الإلكتروني.

الفرع الثاني

التنفيذ العيني

إذا وقع التعرض المادي من طرف البائع، جاز للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان الأمر ممكنا، وذلك بإزالة ما وقع مخالفا له أو أن يطلب من القضاء رخصة للقيام بهذه الإزالة على نفقة المدين بناءً على ذلك، فإذا تحقق التعرض مثلا في حفر بئر بجانب البئر المبيعة من حق المشتري مطالبة البائع بالتوقف عن الحفر، لأن هذا البئر الجديد سوف ينقص من القيمة المادية (أي الماء) للبئر التي أبرم عقد البيع في شأنها أو يقوم هو بإزالتها بعد الحصول على الإذن من القضاء، الذي سوف يحدد مقدار الضمان الذي يلتزم به البائع تجاه المشتري، ويكون مقدرا بحسب الضرر الذي يشكو منه المشتري.

قد يقع التنفيذ العيني كذلك بإزالة الأبنية التي أقامها البائع في الأرض التي تم بيعها. أو قد يكون التنفيذ العيني متمثلا في الحكم للمشتري بالتعويض إذا كان هناك سببا لذلك (2).

كذلك الحال لو فتح البائع محل تجاري في نفس الشارع، المتواجد فيه المتجر المبيع فيحق للمشتري المطالبة بغلق هذا المتجر الجديد والتعويض عنه، فهو تعرض عن طريق المنافسة غير المشروعة كما سبق شرح ذلك.

(1) د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، سنة 2007، ص 209 إلى 241. وكذلك مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للنشر، عين مليلة، الجزائر 2008، ص 179، 188. و أيضا: نور الدين الناصري المحررات الإلكترونية وحجبتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، مجلة الفقه والقانون www.majalah.new.ma، وكذلك نص المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني الجزائري.

(2) د/ منصور محمد حسين، شرح العقود المسماة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص 132.

قد يكون هذا الإخلال بالالتزام التعاقدي المعبر عنه هنا بالتعرض في صورة وضع البائع يده على المبيع بعد تسليمه للمشتري، كأن يظل ساكنا في المنزل، ومانعا المشتري الانتفاع به ولو لمدة قصيرة، ففي هذه الحالة يجب على المشتري مطالبة البائع بمغادرة المسكن، وتعويضه عن ازعاجه.

قد يتمثل التعرض المادي في صورة أخرى، وهي استمرارية بيع مؤلف من البائع الناشر دون إذن صاحب المؤلف الذي يطالب بوقف تعرض البائع، وسحب النسخ من التداول مع التعويض (1).

كما يمكن أن يقع نوع آخر من التعرض، وهو التعرض القانوني، كادعاء البائع أن له حقا على المبيع، فان للمشتري الحق في دفع التعرض من خلال الدفع بالضمان في مواجهة أية دعوى يقيمها البائع أو ورثته عليه للمطالبة بذلك الحق.

إذا قام المشتري بالدفع بالضمان، فان الدعوى التي أقامها البائع وورثته سوف ترد، لأن الضمان والاسترداد لا يجتمعان، ويستطيع المشتري الدفع بالضمان في مواجهة البائع في أي وقت يحدث فيه التعرض ولو انقضى على تاريخ البيع خمس عشرة سنة، لأن التعرض للمشتري في المبيع يعد إخلالا لهذا الالتزام في عقد البيع ويستوجب الضمان (2).

أمثلة التعرض القانوني متنوعة وكثيرة، منها: كأن يبيع الشخص شيئا غير مملوك له ثم يصبح مالكا له، كما لو كان الأمر يتعلق فيه بأخوين شقيقين "أ" و "ب" فقام "ب" ببيع الشيء المملوك لأخيه المتوفى من بعد. فلا يجوز للبائع هنا إقامة دعوى استرداد العين المباعة، غير أن باستطاعة المشتري المواجهة عن طريق الدفع بضمان التعرض.

أما إذا كان المبيع معنوي، كالتعرض الذي يقع على بيع حقوق الملكية الفكرية كحق الابتكار والتأليف وكذلك التعرض للبرامج بواسطة زرع الفيروسات في النظام أو الأجهزة الإلكترونية المباعة، فيطالب المشتري البائع بنفس الوسيلة، وهي التنفيذ العيني

(1) الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر عنها يوم 19 جوان 1990، النشرة المدنية، الجزء الأول، رقم 177، د/ محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص98، هامش01.

(2) د/ أبو السعود رمضان، شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة القاهرة، ص303، و كذلك ربحي محمد أحمد هزيم، المرجع السابق، ص46.

أي بوقف التعرض المتجسد في القيام بشل نشاط الفيروس الذي ينقص من قيمة الانتفاع بالشيء المبوع أو تدمير المبيع أصلاً.

عند عدم الاستجابة للتنفيذ العيني، يستطيع المشتري المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض أو اللجوء إلى التهديد المالي مع أحقيته في طلب استرداد ما قام بدفعه من ثمن للبائع الإلكتروني، وله أن يثبت وقوع التعرض، وأن البائع تعسف في حقه المتمثل في التمتع بضمان ملكية المبيع والانتفاع به وذلك بكل طرق الإثبات المطبقة في القواعد العامة، أو الاستعانة بالطرق المستحدثة للإثبات إن كان المبيع مستحدثاً أو من نوع خاص كالبرامج والخدمات، أو برامج الكيانات المنطقية.

المطلب الثاني

فسخ العقد أو التعويض

بعد أن تعرضنا في المطلب الأول لحبس الثمن وكذلك للتنفيذ العيني وإمكانية تطبيق أحدهما من قبل المشتري كجزء لامتثال البائع بالتعرض له، فبالإضافة إلى ذلك هناك نوع آخر من الأحكام الممكن تطبيقها على البائع المتعرض، تتمثل في فسخ العقد وإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها من قبل إن كان ذلك ممكناً، وكذا تعويض المشتري عن كل النفقات التي تكبدها من جراء وقوع هذا التعرض.

وعليه، لقد تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية بنوع من التفصيل والشرح.

الفرع الأول: فسخ العقد

الفرع الثاني: التعويض

الفرع الأول

فسخ العقد

لقد خول المشرع للمشتري حق المطالبة بفسخ عقد البيع إذا تحققت الحالات المستوجبة للفسخ، وبه يتم إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد واسترداد الثمن المدفوع واعتبار العقد كأن لم يكن، وهذا ما نصت عليه المادة 157 من القانون المدني المصري وكذلك المادة 122 من التقنين المدني الجزائري. ومتى وقع فسخ عقد البيع، سواء لعدم التزام البائع بعدم التعرض للمشتري أو بسبب آخر له علاقة

بالضمان كضمان العيب الخفي فيه، يحق للمشتري المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به وكذلك بتقدير ما سوف يفوته من كسب وما لحقته من خسارة، لأن البائع كان متسببا فيه (1).

كما له حق الخيار بين فسخ العقد أو الإبقاء عليه مع حقه في المطالبة بالتعويض في كلا الحالتين ، وهذا ما نصت عليه المادة 1610 من القانون المدني الفرنسي. أما إذا رجعنا بهذا الموضوع إلى التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية ومنها البيع، فهي الأخرى تضمنت حق فسخ العقد وفقا لما قررته القواعد العامة، فعلى سبيل المثال فقانون المبادلات الإلكترونية التونسي قد نص عليه في الفصل 25 وأوجب البائع على ذكر شروط الفسخ بطريقة واضحة ومفهومة، كما أجازه المشرع المصري في الفصل السابع بتسمية حق العدول في مشروع قانون التجارة الإلكترونية لسنة 2001 (2) وحدده بخمسة عشرة يوما، وكذا قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006، فحدده بأربعة عشرة يوما.

متى أخل المتعاقد بتنفيذ التزامه، يقوم الطرف الآخر بطلب فسخ، لكن كثيرا ما نجد البائع يحرس على تضمين العقد شرطا يخول له إنهاء العقد بالإرادة المنفردة إن لم يمثل المشتري للشروط المنفق عليها في العقد.

يمكن ممارسة حق الفسخ عند ما يقوم البائع بإمداد المشتري ببرامج حاسب آلي لا تتفق وطلباته، وكذا الحال عند تزويد المشتري بخدمة غير مرغوب فيها، فكثيرا ما يتضح سوء هذه الخدمة في عقود الاشتراك في شبكة الانترنت والفضائيات أو كذلك الهواتف المحمولة.

كما قد يقع الفسخ عند وقوع التعرض المعنوي الذي يرد على المصنفات الأدبية والاختراعات العلمية ذات القيمة الاقتصادية التي يبرم البيع فيها بشكل متميز عن الأموال المادية، كالبرامج الكثيرة التداول عبر الانترنت والمصنفة، كالمؤلفات الأدبية (3).

(1) د/ خميس خضر، المرجع السابق، ص199. و د/ كمال ثروت الونداني، عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة

التشريعات العربية والأجنبية، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام ، بغداد، سنة 1973، ص176.

(2) مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001.

(3) المادة 35 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي حيث نصت: "يفسخ العقد إذا أخل البائع بالتزاماته و يسترجع=

هناك من يرى أنه أيا كان سبب فسخ العقد كجزء إخلال البائع لالتزامه، فإن قواعد الأثر الرجعي للفسخ يتعذر تطبيقها إن كان التزام البائع متتابع، أي ينفذ عبر مراحل ثم وقع التصيير الموجب للفسخ في إحدى مراحل التنفيذ، فيبقى الحديث عن الأثر المترتب على الفسخ إلا بالنسبة للمستقبل (1).

نوافق هذا الرأي، لكون أن مصاريف الفسخ وإعادة إرسال المبيع للبائع بالغة التكلفة من جهة، ومن جهة أخرى قد يتعرض المبيع للهلاك عند إعادة إرساله بسبب القوة القاهرة مثلا، فقد يتحمل المشتري وحده تبعه الهلاك، وكذلك إن كان محل التعاقد متمثلا في تقديم خدمة أو برنامج معينة، فيستحيل الفسخ فيها، لأن المستفيد منها يكون قد انتفع جزئيا أو كلياً بها.

الفرع الثاني

التعويض

يعد التعويض وسيلة أخرى يلجأ إليها المشتري للمطالبة به عند وقوع التعرض على الانتفاع بالمبيع، ولقد نصت كل القوانين المدنية الأوربية والعربية وحتى الإلكترونية عليه. سوف نتطرق في هذه الدراسة، ذكر ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والمصري والجزائري في هذا الموضوع مع مقارنة ما جاءت به القوانين الإلكترونية في ذلك. فالمادة 1630 من التقنين المدني الفرنسي جاء فيها (2) أنه عند غياب ضمان البائع في التعرض، يخول القانون الفرنسي للمشتري المطالبة برد ثمن المبيع، وقيمة ثماره، النفقات

=المستهلك المبلغ المدفوع بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به ". و كذلك المادة 30 من نفس القانون، أنظر نص المادة 02 من قانون حماية المؤلف الأردني رقم 22- 1999 المعدل سنة 2001 / و كذلك القانون الفرنسي حماية الملكية الفكرية، المادة 131- الفقرة الأولى لسنة 1992.

(1) د/خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، مصر، سنة 2007، ص75. كذلك د/ أحمد محمود سعد، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، المعالجة الأولية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص 486.

(2) " Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé il a le droit de demander contre le vendeur :

- 1- la restitution du prix ;
- 2- Celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évincé ;
- 3- Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le Demandeur originaire ;
- 4- Enfin les dommages et intérêts ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat "

التي تكبدها المشتري في دعوى الضمان، وكذلك نفقات المدعي الأصلي، التعويضات والفوائد ثم المصاريف الناجمة عن عقد البيع.

في نفس السياق تقريبا جاء محتوى المادة 433 مدني مصري، المقابلة للمادة 375 من التقنين المدني الجزائري التي نصت على نفس التعويض المنصوص عليه في المادة 1630 مدني فرنسي، حيث جاء في المادة 375 مدني جزائري مايلي:

"في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري 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 يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك

المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية،

- جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري

يستطيع أن يتقيه منها لو اعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373،

- وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع،

- كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله".

من خلال هذه المواد لاحظنا أن الفقرة الأولى من النص الفرنسي جاء فيها رد

الثلث، أما في نص المادتين المذكورتين مصري وجزائري، فلقد نص المشرعين على قيمة

المبيع وقت نزع اليد مع الفوائد القانونية، وقيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن

استحق المبيع وكذا المصروفات النافعة والكمالية إذا كان البائع سيء النية، وبجميع

مصاريف دعوى الضمان والاستحقاق مع تعويضه ما فاتته من كسب وما لحقته من

خسارة.

البائع ملزم بهذه التعويضات إذا كان الاستحقاق صادرا منه وكذلك إذا صدر أو

وقع منه تدليسا - كما في حالة علمه بملك الغير والمبادرة ببيعه، أو كما لو علم بسبب

الاستحقاق وكتمه على المشتري .

وبالرجوع إلى البيع الإلكتروني، فإنّ الحكم بالتعويض، يكون موضوع الطلب عند تعرض البائع الإلكتروني للمبيع، بحيث يتم رجوع المشتري عليه بالثمن وجميع المصاريف التي تم إنفاقها من جراء هذا التعرض، وذلك وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

(1) د/خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص147. و د/بشار طلال أحمد مومني، المرجع السابق، ص209. و د/عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 333 و 334.

الفصل الثاني

الإلتزام بضمان
التعرض الصادر من
الغير وأحكام تعديل الضمان
في البيع العادي والالكتروني

يلتزم البائع في عقد البيع بضمان تعرضه الشخصي، وكذلك بضمان تعرض الغير الذي يثير إزعاجا وحرمانا للمشتري في ملكية المبيع والانتفاع به، لأن محل التزام البائع هنا هو التزام بعمل بغرض تحقيق نتيجة، وليس ببذل العناية.

لا يستطيع البائع التخلص من هذا الالتزام بالادعاء بعدم علمه بالاستحقاق، لأنه يعد حريصا على تحقيق مصلحة المشتري في المبيع، وهي إبعاد الاستحقاق عنه وتحقيق الانتفاع له في المبيع، والبائع هنا يضمن التعرض القانوني دون التعرض المادي.

إذا استطاع البائع التصدي لتعرض الغير يكون قد نفذ التزامه تنفيذًا عينيا وإذا فشل في ذلك، فيستحق المبيع من طرف الغير كليًا أو جزئيًا. وهنا فما على البائع إلا ضمان للمشتري ما لحقه من أضرار من جراء هذا الاستحقاق وذلك بعد التدخل في دعوى الاستحقاق التي أقامها الغير على المشتري.

ولضمان تعرض الغير في عقد البيع أحكام، فهي ليست من النظام العام، فيمكن للمتعاقدين تعديلها، وذلك إما بالتخفيف أو التشديد أو الإسقاط لأن أساس هذه الأحكام هي المسؤولية العقدية، وبالتالي تكون لإرادة الأطراف دورا كبيرا في تحديدها. فلقد قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: التعرض الصادر من الغير وضمانه

المبحث الثاني: آثار التعرض الصادر من الغير

المبحث الثالث: أحكام تعديل الضمان

المبحث الأول

التعرض الصادر من الغير وضمانه

فضلا على التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي، فهو ملزم كذلك بضمان تعرض الغير على المشتري، ففي هذا النوع من التعرض، يضمن البائع التعرض القانوني دون المادي، وذلك بدفع ادعاءات الغير على المبيع أو مواجهة الدعوى التي يرفعها ضد المشتري. لذا لقد فرعنا هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي وذلك تبعا:

المطلب الأول: التعريفات المختلفة للتعرض الصادر من الغير وشروطه

المطلب الثاني: نطاق التعرض الصادر من الغير

و ستكون دراستنا ضمن هذا المبحث دراسة مقارنة بين البيع العادي والإلكتروني

المطلب الأول

التعريفات المختلفة للتعرض الصادر من الغير و شروطه

لقد تناولت الآراء الفقهية الالتزام بضمان عرض الغير بالدراسة وحاولت صياغة تعريفات مختلفة متضمنة شروط هذا التعرض، كما اهتمت النصوص القانونية بتنظيم وتعريف هذا الالتزام الهام والخطير في نفس الوقت وتمييزه عن ضمان تعرض البائع الشخصي. وعلى ذلك، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: التعريف الفقهي والقانوني للتعرض الصادر من الغير

الفرع الثاني: شروط ضمان تعرض الغير.

الفرع الأول

التعريف الفقهي والقانوني للتعرض الصادر من الغير

لقد تناول الفقه مهمة تعريف الالتزام بضمان التعرض الغير ودراسة أحكامه، حيث عرف رأي⁽¹⁾ من الفقه تعرض الغير بأنه: " كل فعل يؤدي إلى حرمان المشتري من كل أو بعض السلطات التي يخولها الحق على المبيع بحسب الحالة التي كان عليها وقت البيع، وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.

(1) د/ خميس خضر، المرجع السابق، الفقرة 128، ص 224.

أما التعريف القانوني أو الاصطلاحي لهذا الالتزام ، فقد ورد تعريفه في كل من المادة 1626 من التقنين المدني الفرنسي، وكذا المادة 439 مدني مصري المقابلة لنص المادة 371 مدني جزائري، فيلتزم البائع كما أشرنا سابقا بعدم التعرض الشخصي للمشتري سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا. وهذا هو الالتزام السلبي، ويلتزم كذلك بدفع تعرض الغير، وهذا هو الالتزام الإيجابي المطلوب بالدراسة في هذا الفرع، فهو التزام بعمل لحمايته من كل تعرض أجنبي، فهو كذلك التزم بتحقيق نتيجة.

البائع في تعرض الغير، لا يضمن للمشتري إلا التعرض القانوني الصادر من الغير بالتصدي للدعوة التي يرفعها الغير تجاه المشتري، حتى يقع تنفيذ البائع تنفيذًا عينيا، فإن لم يستطع ذلك، واستحق المبيع للغير منه بشكل كلي أو جزئي، فوجب عليه الضمان تجاه المشتري.

يقصد بالتعرض القانوني كل ادعاء بحق يترتب عليه لو أجيب المدعى لطلبه حرمان المكتسب من كل أوبعض منافع الحق عليه المعقود عليه، أو الحق ذاته، أي بأن يدعي أن له حق على الشيء المعقود عليه أو استحقاقه هو لهذا الشيء، دون أن يكون ذلك بناء على حق يخوله القانون له، أو يستمده من العقد المبرم، فمن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض⁽¹⁾

كما يعرف الالتزام بضمان تعرض الغير من خلال خصائصه، بأنه التزام غير قابل للتجزئة، أي إذا تعدد البائعون في المبيع، ووقع ادعاء الغير بحقه على هذا المبيع وجب على هؤلاء الباعة جميعا دفع هذا التعرض على المبيع كله، وليس في جزء منه فقط لأن استحقاق جزء من المبيع، يترك المشتري دائما طالبا الباعة الآخرين بالضمان⁽²⁾.

فقد نصت المادة 439 من القانون المدني المصري عليه بما يلي: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري فيكون

(1) د/ عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص440، نقلا عن د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص76.
(2) د/ الحلالشة عبد الرحمن أحمد جمعة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، عقد البيع، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، سنة 2005، ص404.

البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه."

هذا النص يقابل نص المادة 371 من التقنين المدني الجزائري والذي نص: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه."

من خلال نص المادة 439 مدني مصري والمادة 371 مدني جزائري يمكن القول أن ضمان التعرض الصادر من الغير هو تعرض صدر من ذي حق ثابت له وقت البيع أو آل إليه بعد البيع من البائع ذاته.

إذا رجعنا إلى القانون المدني الفرنسي، فإنه نص على ضمان التعرض لكن دون تحديد نوعه إن كان تعرضاً صادراً من البائع أو تعرضاً من الغير، فيمكن الاعتبار أن المادة 1626 وردت عامة متضمنة المعنيين، أي تعرض البائع وتعرض الغير⁽¹⁾. أما عن تعريف التعرض الصادر من الغير في البيع الإلكتروني، فلم يسبق لنا العثور على تعريف خاص به إلا من خلال ذكر بعض الأمثلة المتضمنة له، ويمكننا القول أن هذا التعرض يشبه إلى حد كبير التعرض الذي يواجه المشتري في البيع العادي. فمثلاً هناك من يقوم بتأجير برامج معلومات، فيعترض مؤلف هذه البرامج مستنداً إلى أن المؤجر ليس له سوى حق الاستعمال الشخصي، فما على المشتري إلا الرجوع على البائع الإلكتروني بالضمان لدفع هذا التعرض، وهي الإحالة للقواعد العامة في القانون⁽²⁾.

⁽¹⁾ Hochart (cath), op,cit, N° 84 , p59 .

⁽²⁾ د/عمر زريقات، المرجع السابق، ص334.

يذهب البعض إلى تأكيد هذا الضمان ووجوده وكذا وذكر أهميته مقررًا أنه يلزم على البائع حماية المشتري من كل شغب أو تعرض يمنعه من حيازة المبيع، حيازة هادئة⁽¹⁾.

يضيف كذلك⁽²⁾: فهذه الأهمية تستوجب على البائع الإلكتروني مضاعفة ضمان هذا الالتزام، بأن لا يتعرض شخصياً للمشتري من جهة، وأن يضمن تعرض استحقاق الغير من جهة أخرى.

لقد نصت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 على ضمان تعرض الغير في المواد من 41 إلى 44 واستبعدت التعرض الشخصي الصادر من البائع، لكون هذا الأخير حريص على سمعته من جهة، ولاعتبار الأمانة والثقة هما صفتان لا يمكن للبائع الاستغناء عنهما في البيع التقليدي أو الإلكتروني⁽³⁾، ولكنها أكدت وجود تعرض الغير، وهذا ما تضمنته المادة 41 من الاتفاقية حيث نصت "... على البائع أن يسلم بضائع خالصة من أي حق أو ادعاء للغير إلا إذا وافق المشتري على أخذ البضائع مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء..."

⁽¹⁾ "cette garantie consiste pour le commerçant à protéger son client contre les troubles qui peuvent être apportés à la possession de la chose vendue concédée ou fournie." Torres (ch), L'internet et la vente aux consommateurs, thèse, université de Paris, Nanterre 1999. د/ أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، ملخص بحث (القسم الأول)، المرجع السابق ص 222.

⁽²⁾ «cette garantie consiste donc pour le vendeur sur l'internet une double obligation d'une part le vendeur doit s'abstenir de porter personnellement atteinte au droit transmis à son acquéreur. D'autre part, il doit assurer la protection de l'acheteur contre les risques d'éviction résultant de l'action des tiers à l'encontre de l'acheteur- Torres (ch), op-cit N°354, P 129.

- أنظر: مجلة الشريعة والقانون الإماراتية، ملخص بحث، للدكتور/أسامة أحمد بدر، ص 222، هامش رقم 74.
⁽³⁾ د/محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 105.

يكن ذلك الحق الذي نصت عليه المادة 41 من الاتفاقية في حق عيني أصلي أوتبعي ولا يهم أن يكون الإدعاء على هذا الحق مؤسسا أوغير مؤسس مادام أنه يعكس ويعترض ملكية المشتري في الانتفاع بالمبيع⁽¹⁾.

الفرع الثاني

شروط ضمان تعرض الغير

حتى يكون البائع ملزما بضمان تعرض الغير في المبيع واستحقاقه، يتعين توافر شروط معينة لتحقيق مسؤولية البائع، بحيث لا يمكن اعتبار كل تعرض صادر من الغير تعرضا يلزم البائع بضمانه. فتكمن هذه الشروط في كون التعرض قانونيا، وأن يقع التعرض فعلا، وكذلك أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على المبيع ألاحقا له. لذا سنقوم بشرح وتوضيح هذه الشروط بنوع من التفصيل.

أولا: أن يكون التعرض قانونيا

التعرض القانوني قد يكون أساسه إخلال البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري محملا بحقوق الغير.⁽²⁾ ويستند إلى إدعاء حق ينفي حق المشتري في المبيع، ولا يشترط أن يكون ذلك الحق الذي أدعاه الغير ثابتا، بل يكفي اعتباره مجرد إدعاء ظاهر البطلان⁽³⁾، كما أن ادعاء الغير فقد يكون صحيحا، وبالتالي فإن القضاء لمدعيه به يترتب عليه أخلال الناقل بالتزامه بنقل الحق إلى المكتسب والتمتع به، أو يكون هذا الادعاء لا أساس له، فما على الناقل في هذه الحالة إلا إظهار عدم صحته بناء على مستندات تكون بحوزته.

التعرض الصادر من الغير لا بد أن يؤسس على سبب قانوني، فيسوغ له إدعاء حق على المبيع سواء كان هذا الحق حقا عينيا أو شخصيا، وقد يكون حقا من الحقوق

⁽¹⁾ (C) Hochart ,op, cit , , p298.

- أنظر: جديد ريادة، التزامات البائع في عقد البيع الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص كلية

الحقوق مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2003 ، ص59

⁽²⁾ د/أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، مصر 2002 ص 150 و 151.

⁽³⁾ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 644 . وكذلك د/ حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1989، ص482. د/ خميس خضر، المرجع السابق، فقرة 129، ص224.

العينية، كأن يدعي الغير أنه المالك الحقيقي للمبيع أوله حق انتفاع عليه، أوله حق شخصي على الشيء المبيع مثل حق الإيجار، وأنه دفع بدل إيجار مقدم لمدة سنة مثلا.⁽¹⁾

قد يكون الادعاء كذلك ان كان له على البيع حق معنوي، كالمطالبة بحقوق الملكية الفكرية من طرف مخرج فيلم⁽²⁾، أو كما لو قام شخص ببيع محل تجاري وأدعى الغير ملكيته للاسم التجاري⁽³⁾ أو كإدعاء حقه ببيع طبعة ثانية من كتاب قبل نفاذ الطبعة الأولى⁽⁴⁾. لذا فالغير قد يرفع دعوى الاستحقاق الجزئي.

قد يكون هذا الحق العيني حق امتياز أم انتفاع أو ارتفاق على المبيع. غير أنه يلاحظ فيما يخص حق الارتفاق أن المشرع المصري قد وضع حكما خاصا في المادة 2/445 مدني حيث نص على: "ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان، إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه المشتري." ومقصود ذلك عدم مسؤولية البائع في ضمان تعرض حق الارتفاق الظاهر، كحق المرور أو السقي أو المطل.

كما أنه ليس شرطا لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، أن يكون وقت البيع غير عالم بالحق الذي يدعيه هذا الغير، أو علم البائع بهذا الحق⁽⁵⁾، وبالتالي حتى ولو كان المشتري عالما بهذا الحق الذي يدعيه الغير، وفي نفس الوقت حتى لو كان البائع لا يعلم به، فإنّ البائع مسئولا على الضمان. لكن إذا اشترط عدم مسؤوليته باتفاق خاص، فلا يمكن اعتباره ضامنا، وهذا ما تضمنته المادة 445 مدني مصري.

أما القانون المدني الفرنسي، لقد اعتبر عدم علم المشتري بحق الارتفاق وعدم ظهوره يرتب مسؤولية على البائع في الضمان.

(1) د/ علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005، ص196.

(2) Tourneau Philippe et Cadiet Loic, Droit de la responsabilité des contrats, Dalloz. 2000 p994.

(3) د/ عبد الرحمن احمد جمعة الحلالشة، المرجع السابق، ص400.

(4) د/محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، سنة 2006، ص346.

(5) د/ نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، سنة 2004، ص264.

فقد يكون المشتري وقت البيع لا يعلم بالتكاليف المتمثلة في حق الارتفاق أوحق المستأجر⁽¹⁾. كما أن الغير إذا وضع يده على المبيع، وبقي على هذه الوضعية إلى غاية انقضاء مدة التقادم، فلا يلتزم البائع بالضمان تجاه المشتري لأنه لا يعقل أن يظل هذا الأخير غير عالم طوال كل تلك المدة.

وبرجعنا إلى المشرع الجزائري، فقد نظم حق الارتفاق وخاصة الارتفاق الظاهر بصورة ضمنية في نص المادة 869 من التقنين المدني، وهذا نصها: "يجوز أيضا في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي، ويكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن المالك لعقارين منفصلين قد أقام بينهما علامة ظاهرة، فانشأ بذلك علاقة تبعية بينهما من شأنها أن تدل على وجود ارتفاق لو أن العقارين كان مملوكين لمالكين مختلفين. ففي هذه الحالة إذا انتقل العقاران إلى ملاك مختلفين دون تغيير في حالتها، عد الارتفاق مرتبا بين العقارين لهما وعليهما ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك".

فظهر حق الارتفاق على العقار المبيع دليل واضح على سقوط الضمان عن البائع ذلك أن المشتري قد علم بحق الارتفاق الظاهر وقت معاينته للشيء المبيع (العقار) عند إبرام عقد البيع ثم سكت، فسكوته إثبات على رضائه، وهذا يؤدي إلى سقوط الضمان⁽²⁾.

حالة كون حق الارتفاق غير ظاهر للمشتري، وأن البائع لم يعلمه به، ورغم ذلك استطاع المشتري العلم به فيما بعد، فهل هذه الحالة ستسقط حقه في الضمان؟ لقد اختلف الفقه في هذه المسألة، فمنهم من يرى أن علم المشتري بالارتفاق الخفي الموجود في المبيع عن طريق غير البائع، يعتد به، مما يجعل سقوط ضمان البائع للارتفاق الخفي⁽³⁾. فإقدام المشتري على الشراء في هذه الحالة، يمكن اعتبار ذلك تنازلا

(1) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 342، ص 652 وكذلك القانون المدني الفرنسي، بلانيول و ربيير وهامل، الجزء العاشر، بند 98 و 99 و 102.

(2) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، بند 358، ص 704 و د/ منصور مصطفى منصور المرجعين السابقين، ص 185.

(3) د/أنور سلطان، عقد البيع، دون ذكر دار النشر، القاهرة، سنة 1983، رقم 206، ص 226. د/ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، دون ذكر دار النشر، القاهرة، سنة 1985، ص 211.

عن حقه في المطالبة به. كما أن البائع إذا تأكد أن المشتري كان يعلم بذلك الارتفاق غير الظاهر فلا يكون مجبرا على إخباره به، وعلى البائع إثبات ذلك بكل طرق الإثبات. غير أنه ذهب رأي آخر إلى الاعتماد على شرط علم المشتري بهذا الارتفاق الغير الظاهر لإسقاط الضمان على البائع مع كون هذا الأخير هو الذي أبان المشتري عن حق الارتفاق الغير الظاهر، وذلك ما يؤدي إلى الافتراض أن هذا الإعلام هو بمثابة اتفاق ضمني على عدم الضمان⁽¹⁾.

وعن كون حق الارتفاق غير ظاهر، فلا بد على البائع إعلام المشتري به، وإن سكت هذا الأخير، فهو بمثابة رضاء ضمني من طرفه على عدم ضمان البائع لهذا الحق غير الظاهر للارتفاق.

لكن ما يمكننا قوله، هو ضرورة إعلام البائع للمشتري عن هذا الحق سواء كان ظاهرا أو غير ظاهر، لكون حق الارتفاق بصفة عامة قد لا يسبب مشاكل عند إبرام البيع، بل تتراخى آثاره مستقبلا على المشتري، ومن يشاركه في هذا الارتفاق، من خلف عام وخاص خاصة إذا كانت حقوق الارتفاق ذات أهمية كبيرة وفعالة إلى حد تجعل المشتري لو علم بها لما قام بالشراء، وله المطالبة بفسخ العقد والتعويض. وبالإضافة إلى كل ما سبق قوله، فالبائع لا يضمن حقوق الارتفاق المترتبة على العقار بحكم القانون أو بطبيعة الأشياء، كحقوق الارتفاق المقررة قانونيا مثل بناء الجسور أو الطرقات أو تلك المقررة على العقارات المجاورة للمطارات، فبالتالي من غير المعقول أن يتجاهلها⁽²⁾ المشتري حتى ولو كان في عقد البيع شرط خلو المبيع من حق الارتفاق .

كما لا يضمن تعرض الغير القانوني إن كان تعرضه ناتج عن دعوى شفعة يطالب بها الشفيع تملك المبيع. فإذا قررت المحكمة فسخ البيع، وأصدرت حكما في مصلحة الشفيع فلا يمكن للمشتري مطالبة البائع بالضمان، فهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث ورد في حكمها: "أن الحكم للشفيع بأحقية في أخذ العقار المبيع بالشفعة من المشتري الذي كان يستأجره قبل شرائه أثره زوال اتحاد الذمة، واعتبار عقد الإيجار

(1) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 893 وما بعدها. د/خسيس خضر ، المرجع السابق، ص 227.
(2) محمد عبد الله المطلق أبو هزيم ، التزام البائع بضمان المبيع وفق أحكام التشريع المغربي مقارنة بالتشريع الأردني رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، دار البيضاء، المغرب، سنة 1984 ، ص 70.

كأنه لم ينتهي أصلا على ذلك، حلول الشفيع بموجب حكم الشفاعة محل المشتري في عقد البيع، قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى الطرد القائمة من طرف الشفيع، قبل المشتري تأسيسا على قيام عقد الإيجار المذكور صحيح.⁽¹⁾

برجعنا إلى البيع الإلكتروني، فالتعرض يكون قانوني، فيتبع تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن. فلو قام الغير بالتعرض عن طريق الادعاء للمشتري بأحقية ملكية المبيع سواء كان هذا الأخير سلعة مادية كالأجهزة و المواد أو معنوية كالبرامج والخدمات، فما عليه إلا اللجوء إلى البائع المهني الذي يقوم بالتصدي لهذا التعرض وحمايته من هذا الادعاء حتى ينتفع انتفاعا هادئا بالمبيع.

ثانياً: أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجوداً قبل البيع ألاحقا له وناشئا عن

فعل البائع

هذا الأساس يشترط التزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر من الغير أن يكون سبب التعرض سابقا على البيع⁽²⁾، أي أن يكون حق المتعرض موجوداً قبل البيع سواء كان الحق عينيا أو شخصيا، جزئيا أو كليا. كبيع البائع المبيع لشخص آخر تملكه قبل المشتري أورهنه أو أجره قبل بيعه، وأن الغير قد اكتسب ملكية المبيع بالتقادم قبل البيع. أما إذا استند في تعرضه لسبب لاحق لعقد البيع، فالأصل أن البائع لا يضمنه، لأن السبب في ادعاء الغير سبب أجنبي، إلا إذا كان هذا السبب ناشئا عن فعله.

مثال ذلك، كما لو باع منقولا لشخص دون تسليمه إياه، وقام ببيعه ثانية لشخص آخر حسن النية، وتسلمه منه، وبهذا يكون المشتري الثاني قد اكتسب الملكية بموجب الحيازة في المنقول سند الملكية⁽³⁾. وأيضا حالة اكتساب الغير الشيء بالتقادم، ويقوم بعدئذ بادعاء ملكية المبيع في مواجهة المشتري، فلا ضمان من البائع لأن اكتساب

⁽¹⁾ طعن مصري رقم 669 لسنة 63 ق جلسة 02 ماي 2000. د/ الدسوقي عزت، المرجع السابق، ص348 و 349.

⁽²⁾ Antonmattei. PH et Raynard .J , Droit civil , contrats spéciaux, 2éme éd, LITEC, PARIS 2000, pp 166 et ss.

وكذلك : طعن محكمة النقض المصرية رقم 2154 ، سنة 54 ، جلسة 85/04/28 ، ص36 ، ص681.
⁽³⁾ نصت المادة 835 من القانون المدني الجزائري: « من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سند لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته».

الشيء بالتقادم المكسب من قبل الغير نشأ بعد البيع وأن سبب اكتمال هذا التقادم راجع لتهاون وتقصير المشتري في قطع مدة التقادم المكسب (1).

قد يرد التعرض اللاحق كذلك في العقار، وهنا لا يلتزم البائع بالضمان إلا إذا كان هو الذي أعطى المتعرض هذا الحق، مثال ذلك، قيام البائع ببيع العقار إلى المشتري (ب1) ثم قام ببيعه لمشتري ثاني (ب2)، الذي سبق المشتري (ب1) بتسجيل العقد، وكذلك تقرير البائع حق ارتفاق على العقار الذي باعه، فيتم تسجيله قبل تسجيل البيع، وينتقل عندئذ العقار إلى المشتري محملاً بحق ارتفاق.

هناك حالات أخرى متمثلة في قيام دائنين بالتنفيذ أو الاستيلاء على العقار المبيع قبل تسجيله، أو كذلك بيع العقار بالمزاد العلني. ونفس الشيء إذا رهن المالك العقار ثم قام ببيعه فقام الدائن المرتهن بقيد الرهن قبل أن يقوم مشتري العقار بتسجيله (2).

علاوة على ما ذكرناه حول تعرض الغير، إن البائع لا يضمن كذلك التعرض إذا كان سببه متعلقاً بالمصلحة العامة، كنزع أو الاستيلاء على الأرض بهدف المنفعة العامة أو يمنع الانتفاع بها سبب القوة القاهرة، فعلى المشتري تحمل بمفرده نتيجة هذا الأجراء الذي سيتم تعويضه من قبل الجهة المستفيدة منه.

غير انه إذا صدر قرار الاستيلاء قبل البيع وفي نفس الوقت كان يعلم به البائع وأخفى ذلك على المشتري، فهنا يقع الضمان في الاستحقاق على عاتق البائع (3). وبالرجوع بالشروط الثاني المتعلق بكون سبب التعرض سابقاً على العقد في البيع الإلكتروني، كأن يتعاقد الطرفين على بيع سلعة عبر شبكة الانترنت، ثم يتم إرسالها لمشتري آخر الذي يدعي بأحقية المبيع، فيلزم البائع بضمان الاستحقاق الواقع للمشتري الأول على السلعة التي تعاقد عليها معه قبل المشتري الثاني (4).

(1) د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 650.

(2) د/ خميس خضر، شروط تحقيق التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير، مجلة القانون والاقتصاد العدد الأول والثاني مارس/ يونيو، سنة 1975، ص 361 وما بعدها.

(3) د/ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، البيع والمقايضة، ص 296.

(4) د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 280 وبعدها.

ثالثاً: أن يقع التعرض فعلاً

وحتى يكون للمشتري حق الرجوع على البائع بالضمان لابد أن يتخذ الغير المتعرض خطوات عملية وحقيقية، وليس مجرد إدعاء حق على المبيع، وبالتالي فلا يكفي وقوع التهديد الصادر من الغير أو مجرد الخشية أو الخوف، فيتسرع المشتري إلى مطالبة البائع بحق الحماية المتمثل في ضمان التعرض الصادر من الغير⁽¹⁾، فمجرد التهديدات أو التلويح بالمطالبة بالمبيع لا يؤدي إلى قيام الضمان ولزومه.

فلا يعتبر كذلك التعرض حالاً مثلاً لمجرد وجود رهن على العقار المبيع، فقد لا يلجأ المرتهن إلى حقه بالاستفادة أو بالتنفيذ على المبيع⁽²⁾ كما أنه لا يمكن اعتبار أن التعرض حالاً إذا تأكد المشتري أن المبيع مملوك للغير، ولم يقع له تعرض فعلي من هذا الغير ولكن يحق له في هذه الحالة الامتناع عن دفع الثمن⁽³⁾ أو بفسخ العقد⁽⁴⁾.

يعد التعرض قد وقع فعلاً إذا قام الغير برفع دعوى استحقاق المبيع أمام المحاكم وصدور الحكم ضد المشتري، أو قد يرفع دعوى يدعي فيها حقا عينيا تبعيا عن حق الملكية، كحق الانتفاع أو الارتفاق أو حق الرهن أو إيجاراً. وعليه، فالتعرض قد يقع بطريق الدفع، حين ترفع الدعوى من طرف المشتري ضد هذا الغير إذا كان الشيء المبيع في يد الغير الذي يقوم بطريق دفع آخر، مفاده أنه ذو حق إيجار أو رهن أو ارتفاق على المبيع⁽⁵⁾.

كما قد يقع التعرض من قبل الغير ليس عن طريق رفع الدعوى، بل متى كان الادعاء القانوني الذي يدعيه الغير واضحاً، بحيث لا يحتمل الجدل فيه أو الشك بأن المدعي وهو المشتري على حق في ادعائه⁽⁶⁾. مثال ذلك ظهور عبء أو تكليف على

(1) د/ زهير حرج ود/ علي الجاسم، العقود المسماة، منشورات جامعة دمشق، دون ذكر الطبعة، جامعة دمشق، سنة 2006، 2007، ص 373، كذلك: د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 264.

(2) د/ محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، دون ذكر الطبعة، منشورات الحلبي، لبنان، سنة 2001 ص 322.

(3) د/ علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، سنة 2006، ص 114.

(4) د/ محمد حسن قاسم، القانون المدني، المرجع السابق، ص 322.

(5) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 242.

(6) د/ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، بند 175، د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص 285 هامش رقم 03.

المبيع مما يؤدي إلى نقص الانتفاع منه، أوقد يكون المبيع مرهونا بدين ما، وبالتالي فما عليه في هذه الحالة إلا الرجوع بالضمان على البائع بدون رفع دعوى من الغير. والبائع يتحلل من الضمان إذا كان المشتري عالما بسبب الاستحقاق أو عالما بشراء المبيع متحملا مخاطره، وهذا ما ذهب إليه القانون الفرنسي في المادة 1629 مدني⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري، فلم ينص على هذه الحالة، ولكنه نص في المادة 373 من القانون المدني برجوع المشتري على البائع بالضمان ولو اعترف المشتري عن حسن نية بحق الغير أوتصلح معه.

أما في حالة الاتفاق على الإعفاء من الضمان، يلتزم البائع في حالة الاستحقاق برد الثمن إلا إذا كان المشتري عالما أثناء البيع بخطر الاستحقاق، أو أقدم على الشراء على الرغم من وجود المخاطر والمجازفات.

وعليه، علاوة على ما تقدم، نرى أن المشتري يستطيع عند وقوع التعرض فعلا أن يحبس الثمن على البائع إن لم يدفعه أو كذلك إذا كان المبيع بيع ملك الغير، فبإمكانه رفع دعوى بطلان هذا البيع أوفسخه.

هذا إذن عن اعتبار وقوع تعرض الغير فعلا في البيع التقليدي، وبالنسبة لهذا الشرط في عقد البيع الإلكتروني، نجد أن هذا الشرط معمول به، وليس للمشتري الإلكتروني أن يلجأ إلى المطالبة بالضمان ما دام الغير لم يتعرض له. فلا بد أن تكون هناك منازعة الغير له، مؤكدا حقه على المبيع مهما كانت طبيعته، وذلك من وقت رفع الدعوى من طرف الغير.

حالة علم المشتري بأن المبيع يرتب حقوقا للغير كحق الانتفاع أو الملكية ولم يقم هذا الغير بالمطالبة بها أو باتخاذ الإجراءات القانونية لمنازعة المشتري، فلا يجوز لهذا الأخير الرجوع على البائع الإلكتروني بالضمان وفقا لقواعد الاستحقاق المعمول بها في النظرية العامة .

⁽¹⁾ « Dans le même cas de stipulation de non- garantie, le vendeur en cas d'éviction est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques » .

يمكن القول في كل ذلك أن في كلا العقدين الكلاسيكي أو الإلكتروني، فإنّ التزام البائع بدفع التعرض الصادر من الغير معلق على شرط رفع الدعوى من قبل الغير، وقيام المشتري بإخطار البائع عن بعد بهذه الدعوى في أقرب الآجال حتى يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل محل هذا الأخير إذا طلب إخراجه منها، أي الرجوع إلى القواعد العامة وتطبيقها.

المطلب الثاني

نطاق التعرض الصادر من الغير

ينشأ عقد البيع التزاما على عاتق البائع بعدم التعرض الشخصي للمشتري وكذلك بضمان تعرض الغير، فحتى يتحدد نطاق التزام البائع بضمان تعرض الغير في عقد البيع. فينبغي علينا معرفة وتحديد أنواع البيوع التي يلزم البائع فيها بهذا الضمان. فتكمن هذه البيوع في البيوع الجبرية، والبيوع المتتالية و البيوع غير المسجلة، كذلك في بيع ملك الغير، وكما نحاول معرفة نطاق ضمان تعرض الغير في البيع الإلكتروني من خلال هذه البيوع المذكورة أعلاه.

تم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: ضمان التعرض في البيوع الجبرية

الفرع الثاني: ضمان التعرض في البيوع المتتالية

الفرع الثالث: ضمان التعرض في البيوع غير المسجلة

الفرع الرابع: ضمان التعرض في ملك الغير

الفرع الأول

ضمان التعرض في البيوع الجبرية

يثبت للمشتري الحق في الضمان سواء كان البيع رضائيا أو جبراً في مواجهة البائع بتنفيذ الدين عليه، ويتم ذلك بواسطة السلطة القضائية. غير أن ما يدعو للتأكد منه هو أن ضمان التعرض والاستحقاق التزم ثابت على عاتق البائع على عكس الحال في ضمان العيوب الخفية إذ نصت المادة 1649 من التقنين المدني الفرنسي المقابلة للمادة

454 مدني مصري والمادة 385 مدني جزائري على أن لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد.

ففي البيع عن طريق المزاد، إذا وقع التعرض للمشتري في المبيع وتم استحقاقه منه من قبل الغير، فلا بد أن يتحقق التزام البائع بالضمان، إلا أن في هذه الحالة، وضعية البائع مختلفة، لكون أن البيع الجبري لا يتم بإرادة البائع، بل يتم جبرا عنه ويتولى الدائنون القيام بذلك. فهذا الأمر يستدعي تحديد من هو المدين بالضمان، هل هو البائع أم الدائنون؟

يمكن القول أن هذه المسألة قد جادلتها عدة آراء وتضاربت حولها، إلا أننا نقوم بذكر البعض منها: لقد ذهب رأي⁽¹⁾ إلى القول أن الملتزم بالضمان في هذا النوع من البيوع هم الدائنون الذين باعوا ونفذوا على أموال مدينهم وذلك باعتبارهم في مركز البائع فيما يخص قبض الثمن، كما أن لا فائدة بالرجوع على المدين المفلس.

اتجه رأي⁽²⁾ آخر إلى القول أن الضامن هو البائع ويقع على عاتقه ضمان من رسا عليه المزاد، فاعتبر أصحاب هذا الرأي الدائنون الذين نفذوا على أموال مدينهم كنائبين عن المدين وأن تصرفاتهم تنصرف إلى الأصيل.

فثمن المبيع لا ينتفع منه الدائنون فقط ، وإنما يستفيد منه كذلك المدين لأنه يبرأ ذمته بمقدار الثمن، وإذا استحق المبيع للغير وهو بيد المشتري، فعلى هذا الأخير الرجوع بالضمان على البائع المدين أو على الدائنين الذين نفذوا على أموال مدينهم⁽³⁾. وإذا استطاع البائع أن يثبت خطأ الدائنين بأنهم كانوا يعلموا أن المبيع في المزاد غير مملوك لمدينهم، فيرجع عليهم وفقا للقاعد العامة بناء على المسؤولية التقصيرية.

(1) د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، فقرة 160، ص301. د/ أبو السعود رمضان ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2003 ، ص319.

(2) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 345، ص658. د/عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، فقرة 306، ص469 وما بعدها.

(3) د/ جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، مصر 1968، ص 280-283.

وان لم يستطيع إثبات ذلك، فبإمكانه اعتبار البيع الصادر له في المزاد بيعا لملك الغير وبالتالي سوف يطالب بإبطال العقد ويرجع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم بدعوى الإثراء بلا سبب (1).

بدورنا نؤيد الاتجاه الثاني أي أن البائع هو الضامن وهذا راجع لطبيعة العلاقة الرابطة بينهما وهي علاقة عقدية التي ترتب التزامات على البائع منها الالتزام بالضمان، وان المشتري بعيد كل البعد على هؤلاء الدائنين بالرغم من أن ملكيته قد تم بيعها بالمزاد من طرفهم وبالتالي، فينبغي للمشتري الرجوع على البائع بالضمان وهذا الأخير بدوره يرجع على الدائنين لاستحقاق حق المشتري منهم.

وهكذا حاولنا تحديد من هو المسئول بالضمان، وبالإضافة يمكن القول أن عند بيع أموال المدين بالمزاد، فقد تكون طبيعة هذه الأموال منقولة أو عقارية، فإذا كانت من المنقولات، فلا يمكن وقوع التعرض عليها، لكون المشتري قد تملكها بالحيازة إذا كان حسن النية، فيمكن استرجاع قيمتها المالية من مستحقها، إذا ما ضاعت من مالكها الحقيقي (2).

أما إذا كان المبيع بالمزاد عقاراً، فبالضرورة المشتري القادم - المقبل - على الشراء بالمزاد يكون قد تلقى معلومات عليه، ككون العقار غير مسجل، وهو مملوك لغير المدين الذي يطالب باستحقاقه (3).

أما ضمان التعرض الصادر من الغير في البيع الإلكتروني عن طريق المزاد فقبل التطرق لهذا الموضوع، سوف نتطرق إلى تعريف البيع بالمزاد الإلكتروني، فهو أحد أنواع التسعير الديناميكي أو التسعير المتغير، الذي ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية 1995 مع انطلاق موقع www.ebay.com الشهير (4).

(1) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، بند 345، ص 659. د/توفيق حسن فرج، المرجع السابق، بند 183 ص 320.

(2) د/عبد المنعم البدرابي، عقد البيع من القانون المدني، دون ذكر الطبعة، مطبعة دار الكتب، القاهرة، سنة 1961 ص 317.

(3) محمد عبد الله المطلق أبو هزيم، المرجع السابق، ص 80.

(4) Thibault Verbiest, Le nouveau droit du commerce électronique, op.cit. p163.

يعرف المزاد الإلكتروني أيضا بأنه "قيام شخص بوصفه وكيلًا عن المالك بعرض المال في مزاد عام عن بعد بالطريق الإلكتروني بقصد إرسائه على أفضل عرض مقدم من المزايدين، ولا يعد نشاط السماسرة أو الوسطاء القائمين على إعداد المزاد ومباشرته إلا إذا تعلق الأمر بالأموال ذات القيمة الأدبية لارتباطها بتراث الأمة (1).

يمكن أن يكون البيع بالمزاد الإلكتروني على أموال ذات شهرة عالمية أو على أموال المدين المفلس. ويجرى البيع على الموقع ويستطيع التجار عرض السلع بالمزايدات ويستطيع العميل البيع والمشتري شراء ما يريده .

لكن كثيرا ما يخدع المشتري بهذه المزايدات بسبب انتشار مواقع المزايدات على الانترنت و قيام أشخاص بممارسة وظائف المزايدة دون ترخيص وذلك ما يعتبر تعدياً أوتعرضا على حقوق القائمين على ممارسة هذا النشاط (2) وكذا على المبيع ذاته. فيجب على كل من يتعامل في البيع بالمزاد الإلكتروني أن يختار صاحب موقع يبين بوضوح دائرة نشاطه وطبيعة الخدمة التي يقدمها للمتعاملين عبر الانترنت.

البيع لا بد أن يتم تحت اسم شركة مرخص لها القيام بذلك وتكون وكيلة عن المالك وعليها تقديم ضمانات كافية لتنظيم هذا البيع بواسطة شخص مؤهل لذلك (3). كما يجب أن يسبق المزاد الإلكتروني إعلام المستهلك K أي المشتري عن الحد الأدنى للثمن الذي ستم المزايدة عليه (4).

(1) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة العربية للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2003، ص154. و د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 78.

(2) د/ خالد ممدوح إبراهيم محمد، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة 2005، ص 366.

(3) د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص78. و د/سيد حسن عبد الله، المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني، بحث لدى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، ص 1254 و 1255 د/عبد الفتاح حجازي، المرجع السابق، ص78.

(4) د/سيد حسن الله، المرجع السابق، ص 1255 و د/خالد المهيري، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، أبريل 2003، المجلد الثاني ص494 وما بعدها، كذلك: د/عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق ص78.

لقد تدخل المشرع الفرنسي، فأصدر تشريعا ينظم البيع بالمزاد عبر الانترنت ويسمى بقانون المزاد الإلكتروني⁽¹⁾. وذلك بغرض حماية المتزايدين من بعض التصرفات غير القانونية كالتعرض بخلق الفوضى أثناء المزايمة، كالتعرض لمحل المزايمة. فعلى البائع الإلكتروني ضمان الموقع الرابط بينه وبين المشتري وضمان تنفيذ التزامات العقد، منها تعرض الغير الذي قد يحدث بتواطؤ مع البائع، فيقوم باستظهار للمشتري مزايدات غير حقيقية على المبيع⁽²⁾، أو قد يحتوي المبيع على حق الغير. يمكن اعتبار تصرف هذا الغير تعرضا قانونيا في حق المشتري، وكذلك في حق البائع، فعلى هذا الأخير الذي يعتبر الضامن المباشر للمشتري أن يوقف هذا التعرض حتى ينتفع المشتري بالمبيع بعد البيع بالمزاد، خاصة إذا كانت القيمة التي توقف عندها المزاد كبيرة ثم رست على إحدى المشتري وترتب عن ذلك، أي بعد الشراء التعرض للمبيع بالاستحقاق مما يؤدي إلى إفلاسه وفقدان مركزه التجاري بين بقية التجار.

الفرع الثاني

ضمان التعرض في البيوع المتتالية

غالبا ما يتم انتقال المبيع من المشتري الأول إلى مشتر ثان، عن طريق عقود البيوع المتتالية، فان كان البائع غير مالك للمبيع، وتم بيعه لمشتري أول الذي تصرف بالمبيع بدوره إلى مشتر ثان، ومثال ذلك أن يبيع محمد شيئا لأحمد، ثم يقوم هذا الأخير ببيع المبيع لزيد.

هنا يختلف أثر عقد البيع بالنسبة لزيد، أي المشتري بحسب طبيعة المبيع، إن كان منقولاً أو عقاراً تمت تسويته أولم تتم بعد. فإن كان المبيع منقولاً وتم التعرض له، فلقد منح القانون المدني المصري للمشتري الثاني عدة حلول إذا تعرض له المالك الحقيقي في المبيع وهي:

⁽¹⁾Loi N°2000 /642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux public. Cette loi modifie la loi du 25/06/1841-relative aux enchères publiques. Voir Verbiest, TH, op cit, p165.

⁽²⁾Les risques des enchères en ligne tel que l'intervention d'un tiers. Complice du vendeur qui fait monter les enchères. Catherine Viot , Le E-marketing, Mémentos , L.M.D, éd Gualino. E.J.A, Paris, 2006, p 168.

1- يستطيع المشتري الثاني الرجوع على المشتري الأول بالضمان والاستحقاق إذا ما استحق المبيع من المالك الأصلي⁽¹⁾ باعتبار أن في البيوع المتتالية، المطالبة الأولى للضمان توجه دائماً للمشتري الأول.

2- ويمكن له الرجوع بالضمان على البائع بواسطة الدعوى غير المباشرة، نيابة عن المشتري الأول. غير أنه قد يتعرض المشتري الثاني لمزاحمة دائني المشتري الأول وذلك باعتبار أنه أقام دعوى غير مباشرة على البائع باسم مدينه المشتري الأول. وعليه، ففي حالة تعدد البائعين، يمكن للمشتري الأخير أن يرجع على الباعة واحداً بعد الآخر بدعوى غير مباشرة التي يقوم برفعها باسم مدينه أي البائع الأخير⁽²⁾.

3- كما يستطيع المشتري الثاني الرجوع على البائع بواسطة الدعوى المباشرة، لكون أن الحق في إقامة هذه الدعوى قد انتقل من المشتري الأول إلى الثاني، باعتبار هذا الحق من ملحقات المبيع، فبإمكان المشتري الثاني مطالبة البائع بضمان الاستحقاق، كما لا يتعرض لمزاحمة المشتري الأول⁽³⁾.

هذا عن كون المبيع منقولاً، أما إذا كان عقاراً، فالبائع يستطيع حيازته لمدة خمس عشرة سنة، وبواسطتها سوف يكتسب المبيع بالتقادم وفقاً للقواعد العامة في التقادم المكسب إذا توفرت شروط الحيازة المادية والمعنوية ويسقط التزامه في الضمان تجاه المشتري⁽⁴⁾.

أما عن الطبيعة القانونية لدعوى الرجوع بالضمان، بعض الفقه يرى أنها دعوى مباشرة⁽⁵⁾ والبعض الآخر يراها عكس ذلك⁽⁶⁾.

- أما الفقه الذي يرى أنها دعوى مباشرة حيث يرفعها الدائن على مدينه، إذ يشترط أن يكون رافعها دائناً لدائن المدعي عليه، ويترتب على كون دعوى الضمان من ملحقات

(1) د/ سعد نبيل إبراهيم، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2004، ص 267.

(2) د/ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع و المقايضة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2005، ص 294.

(3) د/ جميل الشراقي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية للنشر، مصر، سنة 1992، ص 282.

(4) د/ رسلان نبيلة، العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الأول، دون ذكر دار النشر، مصر، سنة 1995، ص 192.

(5) د/ سليمان مرقس بالمشاركة مع د/ محمد علي إمام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، طبعة النهضة الجديدة دون ذكر دار النشر، القاهرة، سنة 1955، ص 251.

(6) د/ عبد المنعم البدر، عقد البيع في القانون المدني، مطبعة دار الكتب العربية، القاهرة، سنة 1961، ص 318.

وكذلك د/ محمد حسين، المرجع السابق، ص 138.

الشيء المبيع، وأنه ليس للمشتري الأول بعد البيع أن يرجع بدعوى الضمان على البائع إذا أن هذه الدعوى قد خرجت من يده وتم انتقالها إلى خلفه وذلك بانتقال المبيع إليهم.

- غير أن الفقه الذي يرى أن الرجوع بالضمان ليس بمثابة دعوى مباشرة لكون أن هذه الأخيرة تستند إلى نص قانوني يعبر عنها، فهي تشبه حق الامتياز، ولأنها قائمة ولو انقضت بالوفاء علاقة الالتزام بين البائع الأصلي والمشتري الأول.

نرجح الرأي الذي يعتبر رجوع المشتري الأخير على البائع الأول فهو المسئول عن الضمان واعتبار الدعوى في هذه الحالة مباشرة لكون أن هذه الأخيرة تعتبر من ملحقات الشيء المبيع التي تنتقل بانتقال المبيع من مشتري إلى آخر، وهكذا فللمشتري الأخير الحق في الرجوع على البائع الأصلي (الأول) لكونه نقل إليه ملكية المبيع بالإضافة إلى رفع دعوى الضمان.

الفرع الثالث

ضمان التعرض في البيوع غير المسجلة

قد يشتري الشخص مبيعاً ممثلاً في عقار وتفوته فرصة تسجيله لأسباب كثيرة، قد يبررها المشتري أو خلفه العام بكل وسائل الإثبات. فإذا كان عقد البيع غير مسجل وتم التعرض على المبيع، فالبايع يلتزم بتمكين المشتري بحيازة المبيع والانتفاع به انتفاعاً كلياً.

المشرع المصري نص على الالتزام بالضمان، ولا يشترط أن يكون عقد البيع مسجلاً، وبظل هذا الالتزام قائماً حتى لو كان عدم تسجيل العقد سببه راجع إلى تقصير المشتري الذي يسمح لدائن البائع نزع ملكيته⁽¹⁾.

لكن نرى أن هذا التصرف يعد إهمالاً ولا يمكن اعتباره مبرراً لسقوط حق المشتري في الضمان، وكذا لمنعه من الرجوع على البائع به، فإن لم يقم البائع بالالتزام بالضمان وتم استحقاق المبيع للغير، فما على البائع إلا إرجاع قيمة المبيع للمشتري مع المطالبة بالتعويض إذا استطاع المشتري أن يثبت للبائع عجزه القانوني لعدم التسجيل. ولقد اعترفت محكمة النقض المصرية للمشتري بحق الرجوع على البائع بالضمان في حالة

⁽¹⁾د/ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1973، ص 297.

استحقاق المبيع منه من طرف دائن البائع الشخصي⁽¹⁾ لكون أن التزام البائع بالضمان هو التزام شخصي ينشأ عن عقد البيع فور انعقاده، كما أن لورثة البائع عبء تحمل هذه المسؤولية بعد وفاته.

أخيراً يمكننا القول أنه لا يمكن للبائع التخلص من مسؤولية الضمان في البيوع السالفة الذكر لكون أن أساس هذه المسؤولية هو التزام شخصي، فبمجرد قيام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري ينتقل معه الالتزام بالضمان ولا يمكن إسقاطه عنه.

الفرع الرابع

ضمان التعرض في ملك الغير

يعتبر بيع ملك الغير موضوعا متفرعا عن عقد البيع، فهو ذو أهمية كبيرة في موضوع الضمان ذلك ما أدى بنا إلى تخصيص شرح خاص ومفصل عنه نظرا لترتيبه أثارا قانونية هامة يتحملها كل أطراف البيع بما فيهم الغير.

عندما يبيع الشخص حقا، يجب أن يكون هو صاحب الحق في المبيع، إذ لا يمكن لفاقد الشيء أن يعطيه أو يبيعه، بل يجب الحصول على موافقة المالك الحقيقي وإلا اعتبرنا التصرف بيع ملك الغير.

قد يكون الغير ذلك الشريك في الشيوخ الذي باع كل العين الشائعة، وهولا يملك إلا حصة فيها، أو يكون الأب الذي تصرف في مال ابنه بالبيع ليس باعتباره نائبا عنه بل أصيلا عن نفسه، أو قد يكون الزوج الذي باع مال زوجته بالأصالة، كما قد يكون الوارث الذي باع عينا في التركة أوليست في التركة، ولكنها لن تقع في حصته، أو وقعت في حصته لكنها مستغرقة بالديون، و يعد بيع ملك الغير عند بيع أموال الغائب أو أموال الدولة الخاصة⁽²⁾.

نظرا لأهمية هذا الجزء من الموضوع وخطورته حاولت تقديم التعريفات المختلفة لبيع ملك الغير وذكر شروطه، وكذا الجزاء المترتب عن هذا البيع في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية. والتطرق في الأخير إلى ذكر أحكامه.

⁽¹⁾ د/إبراهيم محمد عطا الله، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1983، ص 111.

⁽²⁾ د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، سنة 2005، ص 64.

كما حاولنا من خلال هذه الدراسة الكشف عن مدى تصور بيع ملك الغير في البيع الإلكتروني، وهل هذا البيع يخضع لأحكام القواعد العامة، أو هناك أحكاماً حديثة خاصة به؟ هذا ما سوف تتم الإجابة عنه لاحقاً.

أولاً- تعريف بيع ملك الغير

عرفه بعض الفقه أنه " البيع الذي يكون المبيع فيه معيناً بالذات، ولا يكون مملوكاً لأحد من الطرفين"⁽¹⁾. وهناك من عرفه بأنه: " البيع الذي يبيع الشخص شيئاً معيناً بالذات مملوكاً للغير دون وجه حق أي دون أن يكون البائع وكيلاً عن المالك أو ولياً عليه"⁽²⁾.

أما البعض الآخر⁽³⁾ عرفه بنوع من البيوع، يتم بين غير المالك وشخص آخر دون أن يكون وكيلاً عن المالك ولا متعهداً عنه. فهذه التعريفات الفقهية كانت مصدر ظهور النصوص القانونية المنظمة لبيع ملك الغير في مختلف القوانين اللاتينية والعربية للدول.

فالتقنين المدني الفرنسي⁽⁴⁾ عرفه ب: "بيع ملك الغير باطل، ويمكن أن يعطي للمشتري الرجوع بالتعويضات إذا كان يجهل أن الشيء المبيع غير مملوك للبائع".

أما المشرع المصري، فقد عرفه في المادة 466 مدني على أنه: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد فيه أولم يسجل. وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق مالك العين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد".

قد عرفته المادة 397 من التقنين المدني الجزائري ب: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد، ويكون الأمر ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد فيه أولم يسجل. وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق مالك

(1) عبد العزيز عامر، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 1967، ص 343. د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 271 و 272. د/عبد السودود يحي، دروس في العقود المسماة - البيع والإيجار والتأمين - دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1976، 1977، ص 173.

(2) د/عباس الصراف، عقد البيع في القانون الكويتي، دار البحوث العلمية، الكويت، سنة 1956، ص 261 و 262.

(3) د/أحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، الطبعة الأولى، المكتبة المصرية، مصر، سنة 2010، ص 267.

(4) المادة 1599 تقنين مدني فرنسي، كذلك: د/إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2005، ص 64.

Art 1599 « La vente de la chose d'autrui est nulle; elle peut donner lieu à des dommages - intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ».

العين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد". كما نظمت أحكام هذا البيع⁽¹⁾ في القسم الثاني للباب السابع المتعلق بعقود الملكية في التقنين المدني الجزائري. من خلال هذه التعريفات نعتبر البيع في هذه الحالات هو بيع ملك الغير لكون الشخص باع ما لا يملك دون حق أو دون وجود وكالة أو تعهد من المالك الأصلي في هذا الشأن.

ثانيا: شروط تحقق بيع ملك الغير

بيع ملك الغير تصرف يقتضي لتحقيقه توافر ثلاثة شروط تكمن في ضرورة كون العقد بيعا، ويجب أن يكون المبيع معيناً بالذات، وأن لا يكون البائع مالكا للمبيع وقت التعاقد. سوف نتولى شرح هذه الشروط بنوع من التفصيل تبعا.

1. أن يكون العقد بيعا

نقصد بالبيع هنا، بكونه عقد تملك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء دفع الثمن. أما إذا كان العقد مجرد وعد بالبيع أو تعهد أحد طرفي العقد للطرف الآخر بالحصول على ملكية الشيء محل العقد، ثم يقوم بعد ذلك بنقل الملكية للطرف الآخر أو تعهد أحد الطرفين بالحصول على موافقة المالك الحقيقي لشيء على بيعه للمتعاقد الآخر، فهذه التصرفات لا تعد بيعا، ولا تتصرف إليها أحكام بيع ملك الغير⁽²⁾.

2. أن يكون المبيع معيناً بالذات

هذا الشرط هام وضروري، فهو الأصل في بيع ملك الغير، وبالرغم من ذلك إن المشرع الفرنسي لم يفصح عنه في المادة 1599 مدني، غير أن المشرع الجزائري في المادة 399 مدني التي تقابل المادة 466 مدني المصري، قد نصا عليه صراحة. وعليه، فإن هذه الأهمية تكمن في كون انتقال الملكية فور انعقاد العقد، لا تتم إلا بعد تحديد وتعيين يقيني للمبيع. ولذا الشيء المبيع المعين بالذات لا يجعل غيره من الأشياء أن يقوم مقامه عند الوفاء به، كالعقارات بوجه عام⁽³⁾ أو المخطوطات الأصلية

(1) المواد من 397 إلى 399 مدني جزائري.

(2) د/ محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء و الفقه، طبعة نادي القضاة، الجزء الثاني، دون ذكر مكان النشر، سنة 1985، ص 415. د/أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 268. د/ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص 51، 52.

(3) د/ سليمان مرقس، عقد البيع، طبعة نادي القضاة، دون ذكر مكان النشر، سنة 1980، ص 149.

أوبيع السيارات أو أجهزة ذات صفات معينة. كما أن الشيء المعين بالذات يسمح لنا بالتحقق عن مدى ملكية البائع أو عدم ملكيته للشيء المقصود بالبيع عند القيام بالالتزام بنقل الملكية .

أما الشيء المعين بالنوع، فهو الاستثناء الوارد عن الأصل، فلا تنطبق أحكام بيع ملك عليه، لأن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد، بل بعد الفرز، كما لا يعتبر بيعا لملك الغير المبوع المستقبلي إلا إذا محقق الوجود، وكان البائع عندئذ غير مالك لذاك الشيء.

3. ألا يكون البائع مالكا للمبيع وقت التعاقد

يتفق الفقه⁽¹⁾ والتشريعات عامة على اعتبار هذا الشرط من أوليات الشروط في بيع ملك الغير، لأن المبيع إذا كان مملوكا للبائع، فالعقد يقع صحيحا، فلا يتصور فيه إطلاقا بيعا لملك الغير. وفي هذه الوضعية، ليس للبائع حقا ما على المبيع، يجيز له التصرف فيه ولم يكتسب، أي سلطة تسمح له بهذا التصرف⁽²⁾ ويمكننا القول أن هذا يرتب استحالة مطلقة في نقل الملكية، استنادا للقول "فاقد الشيء لا يعطيه".

فإذا توفرت الشروط الثلاثة السابقة، كان البيع بيعا لملك الغير، ويستوي في ذلك علم البائع بعدم ملكيته للشيء أو عدم علمه بذلك.

ثالثا: الجزاء المترتب عن بيع ملك الغير

لقد اختلفت وتضاربت الآراء الفقهية، والأحكام القضائية حول الجزاء المترتب عن بيع ملك الغير، فهناك من اعتبر جزاءه البطلان، وذهب الرأي الآخر إلى اعتباره فسخا، أما البعض الآخر اعتبره عقدا موقوفا. أما آخرون، فاعتبروه دعوى الضمان، وهناك من اعتبره إبطال للعقد بموجب نص خاص في القانون.

قبل التطرق لهذه الآراء الفقهية، ورأي كل من القضاء الفرنسي والمصري، ثم موقف المشرع الجزائري وكذا رأينا الخاص في حكم بيع ملك الغير، يجدر بنا تبيان حكم هذا التصرف في الشريعة الإسلامية لكونها مصدر التشريعات العربية واللاتينية.

⁽¹⁾ Planiol et Ripert (par Hamel), Traité pratique de droit civil Français, 2^{éd}, T.X. 1^{ère} partie 1956, N°46, p49.

⁽²⁾ د/ عبد الوود يحي، المرجع السابق، ص 274.

1 . جزء بيع ملك الغير في الشريعة الإسلامية

بيع ملك الغير يعرف في الشريعة الإسلامية ببيع الفضولي⁽¹⁾، الذي لاعلاقة له بأحد تطبيقات الإثراء بلا سبب، وهي الفضالة⁽²⁾، إلا أن المفهومين، يتفقان في كون الفضولي، يعمل لحساب الغير ودون إذن صاحب الشأن. وبالتالي إذا قام الفضولي ببيع ملك الغير، فما حكم هذا البيع، هل هو باطلا أم صحيحا؟

- رأي أصحاب بطلان العقد

يرى بعض الشافعية⁽³⁾، أن البيع باطل من أساسه غير منتج لأثاره بين المتعاقدين وكذلك بالنسبة للغير، وتصحيحه من قبل المالك يعد مستحيلا، وأدلتهم في ذلك من القرآن حيث قال الله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}⁽⁴⁾، وقوله تعالى: {ولا تكسب كل نفس إلا ما عليها}⁽⁵⁾.

لقد تم تفسيرهم للآية الأولى، أن البيع الذي قام به الفضولي، يعتبر أكلا لأموال الناس بالباطل لعدم اقتران البيع برضا المالك الحقيقي، والإجازة اللاحقة لا يمكن أن تصح عقدا باطلا. أما الآية الثانية، فمدلولها عندهم أن الفضولي لا يستطيع أن يملك المشتري الشيء المبيع ولا أن يملك المالك الثمن. فاستدلوا كذلك بما جاء في السنة، حيث قال رسول الله (ص) " لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك."⁽⁶⁾، وقوله (ص) لحكيم بن حزام عندما سأله: لا يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيع منه؟ قال: "لا تبع ما ليس عندك."⁽⁷⁾ فاستدلوا في الحديث الأول والثاني للرسول (ص)، أن النهي الصادر من الرسول لدليل أن بيع الإنسان لما لا يملك، لا ينعقد ولا أثر له.

(1) الفضولي: هو من يتصرف في حق الغير بغير إذن شرعي.

(2) الفضالة: لقد نظمتها كل القنينات المدنية، منها التقنين المدني الجزائري في المادة 150 التي تعرفها: "الفضالة هي

أن يتولي شخص عن قصد القيام بالشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك."

(3) أبو زكريا محي الدين بن شرف بن مري بن حسين النووي، المجموع في فقه الشافعية، "باب البيع"، الجزء التاسع

مطبعة المنيرية، القاهرة، دون ذكر السنة، ص 285.

(4) سورة النساء، الآية 29.

(5) سورة الأنعام، الآية 163.

(6) راجع النووي، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 286

(7) النووي، المرجع نفسه، ص 286 و كذلك رواه ابن ماجة و الترمذي.

غير أن أصحاب الإجازة ردوا عليهم أن النهي الذي جاء في قضية حكيم بن حزام لا يعد برهاناً لإبطال بيع الفضولي، وأن الحديث جاء في بيع المرء لنفسه ما ليس عنده وهذا يعد تغريراً.

- رأي أصحاب صحة العقد

لقد أعتبر رأي أبو حنيفة⁽¹⁾ والإمام مالك⁽²⁾، أن بيع الفضولي بيعاً صحيحاً ولكنه موقوف على جازة المالك، فإن وقعت، نفذ البيع ورتب آثاره، وإن لم يجزئه، فيعتبر باطلاً. ولقد استأنسوا في رأيهم هذا بما جاء في القرآن من آيات كريمة، نذكر منها: حيث قال الله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى."⁽³⁾ فوجه الاستدلال في هذه الآية، أن من يبيع ملك الغير (كالفضولي) يكون فعله براً وتعاوناً وبالتالي فهو مشروع، خاصة إذا كان يراعي فيه مصلحة المالك الحقيقي كما أن هذا الفعل الإيجابي لا يلحق ضرراً بالمالك لأن بيعه سيكون غير نافذ في حق المالك إلا إذا أجازته⁽⁴⁾.

أما دليلهم في السنة، فذكروا حديث عروة البارقي حيث قال: "دفع إلي رسول الله (ص) فذكر له ما كان أمره، فقال: بارك الله لك في صفقة يمينك". ففي هذا الدليل أن عروة قام ببيع الشاة التي اشتراها للرسول (ص) دون إذن منه، ورغم ذلك أقر (ص) فعله، وبالتالي يعتبر تصرف عروة صحيحاً.

قد تعرض هذا الرأي بدوره للانتقاد، في كون الآيات الكريمة جاءت عامة ولم تحتوي بذلك عقد الفضولي قبل الإجازة. فعروى البارقي كان وكيل الرسول (ص) بوكالة عامة في البيع والشراء، فلا يعتبر فضولي بل وكيلاً، واشترط أصحاب هذا النقد لصحة بيع الفضولي أن يكون العقد من العقود التي يملك صاحب المصلحة أو الشأن مباشرتها بذاته وأن لا يكون الفضولي قد باع شيئاً قام بغصبه لصاحبه.

رغم هذه الانتقادات، نجد بعض القنينات المدنية العربية⁽⁵⁾ قد تأثرت بموقف الشريعة الإسلامية بفكرة العقد الموقوف كجزء لمن تملك حق الغير. ونرى الأفضل لو

(1) علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، ص 148.

(2) ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص 141، 142.

(3) سورة المائدة، الآية رقم 02.

(4) النووي، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 262.

(5) المادة 171 و 172 من التقنين المدني الأردني، و المادة 135 مدني عراقي، و المادة 247 مدني إيراني.

اتبعت كل التشريعات العربية وحتى الغربية أحكام العقد الموقوف الذي يعتمد على إجازة المالك الحقيقي لأنه أكثر ملائمة وصوابا للتطبيق، وبه يستبعد التفكير في التعرض إلى الغير.

2. جزاء بيع ملك الغير لدى الفقه وفي التقنيات المدنية

تأثرت التقنيات المدنية بتعدد النظريات الفقهية حول مدى تأصيل بطلان بيع ملك الغير، منها نظرية الفسخ، ونظرية البطلان المطلق، ثم نظرية العقد الموقوف على الإجازة وكذا نظرية الضمان، إلا أننا لا يمكننا التطرق إلى كل هذه النظريات بالشرح والتفصيل، بل نكتفي بتبيان ما ذهب إليه نظرية الضمان التي لها علاقة مباشرة بموضوع الدراسة.

لقد اعتبر الفقه الفرنسي الحديث أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ما هي إلا دعوى ضمان الاستحقاق، بحيث يرفعها المشتري على البائع قبل أن ترفع عليه من قبل المالك الحقيقي. فهي إذن دعوى البطلان المنصوص عليها في المادة 1599 مدني فرنسي المتمثلة في دعوى الضمان المعجل، أي أن المشتري لا يستطيع مباشرة هذه الدعوى إلا إذا ثبت انتزاع يده من المبيع أو أنه تعرض لنزع يده على المبيع. فإن كان بغير استطاعة المشتري رفع دعوى ضمان التعرض العادية المنصوص عليها في المادة 1626 مدني فرنسي إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي، فإنه يستطيع رفع دعوى الضمان المعجل ضد البائع قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي.

يمكن تطبيق دعوى بطلان بيع ملك الغير المنصوص عليها في المادة 1599 في شأن كل قواعد الضمان، ولا يمكن للبائع الاحتجاج بها (المادة 1599) ولو كان حسن النية، ويترتب على ذلك أن مدة تقادم هذه الدعوى هي ثلاثون سنة من وقت اكتشاف عدم ملكية البائع للمبيع⁽¹⁾، لكن عيبت هذه النظرية لخلطها بين معنى الضمان ومعنى البطلان⁽²⁾.

(1) دالوز رقم 05، لفظ البيع، - vente - فقرة 389 من خلال د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 155، ص 278، 279.

(2) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 279. و د/إسماعيل عبد النبي، المرجع السابق، ص 69.

رابعاً: أحكام بيع ملك الغير

بيع ملك الغير ينشئ أثارا قانونية ناتجة عن علاقة ثلاثية الأطراف متكونة من البائع والمشتري من جهة، ومن جهة أخرى المالك الحقيقي كطرف ثالث. وقد تتعدى العلاقة الثلاثية أكثر من ذلك، وهي حالة بيع المشتري للمبيع لشخص آخر.

1- أثر بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدین

الأصل أن بيع ملك الغير يعد بيعاً صحيحاً بين المتعاقدين ومرتباً لأثاره، فلقد نصت المادة 1/466 مدني مصري المقابلة لنص المادة 1/397 مدني جزائري على ذلك حيث جاء في هذه الأخيرة: "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أولم يعلن ببيعه."

فبمقتضى هذا النص، فالبيع صحيح، فعلى كلا المتعاقدين احترام التزاميهما لا سيما التزام البائع بنقل الملكية، بحيث إذا تعذر ذلك، يطلب المشتري بإبطال العقد. كذلك إذا تعرض المالك الحقيقي للمشتري بالاستحقاق، عليه الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق على أساس العقد الرابط بينهما.

وبالرجوع إلى نص المادة 1/466 مدني مصري و المادة 1/397 مدني جزائري تنص صراحة على أن حق المطالبة بإبطال العقد يعود أصلاً للمشتري⁽¹⁾ كما يحق للبائع حق المطالبة به استناداً لقواعد الغلط⁽²⁾، أما المالك الحقيقي ليس له هذا الحق لكونه غير طرف في العقد، وأن البطلان لم يتقرر لحمايته، بل لحماية المشتري وذلك ما نصت عليه المادة 2/466 مدني مصري المقابلة للمادة 2/397 مدني جزائري. غير أن المشرع الفرنسي في المادة 1599 مدني لم يحدد من له الحق في طلب إبطال العقد.

فللمشتري حق إبطال العقد، سواء كان حسن النية أو سوء النية، كما يثبت له هذا الحق ولو كان البائع لم يعلم وقت العقد أنه غير مالك، فيستفيد بالتعويض (المادة 468 مدني مصري وتقابلها المادة 399 مدني جزائري). و يمكن إرجاع هذا الحكم بقابلية

(1) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 288. د/عبد الودود يحي، المرجع السابق، ص 176. د/عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 417.

(2) د/جميل الشرفاوي، مصادر الالتزام، دون ذكر دار النشر و بلد النشر، سنة 1974، ص 111 - 128.

البطلان لصالح المشتري إلى الضرر المؤكد الذي أصابه نتيجة عدم انتقال الملكية إليه مقابل عدم تحمل البائع أي ضرر مما جعل أنه يحرم من طلب إبطال البيع سواء كان حسن النية أو سيء النية، وفي كلتا الحالتين، يكون البائع مخطئ، بحيث إذا كان حسن النية، فخطؤه نتج عن التقصير والإهمال للقيام بالتحري على المبيع، وإذا كان سيء النية، فخطأه كان عن قصد⁽¹⁾.

إذا رفع المشتري دعوى إبطال العقد، سوف يثبت حقه في ذلك، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع وأصبح البائع مالكا للمبيع قبل صدور الحكم. ويمارس المشتري هذا الحق عن طريق الدعوى القضائية، وفي صورة دفع، يدفع به دعوى البائع حين يطالبه بدفع الثمن.

ولما كان حق إبطال عقد بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري، فإن القانون أجاز له حق استعماله أو عدم استعماله، فيجوز له أن يتنازل عنه صراحة ويكون بالإجازة⁽²⁾ ويجعله غير قابل للإبطال، أو ضمنا ويتم بإرادة المقر الصريحة أو الضمنية، كما يجوز له أن يترك استعماله حتى يسقط بالتقادم⁽³⁾ طبقا للقواعد العامة.

2. أثر بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي

يعتبر الغير في هذا البيع، المالك الحقيقي للمبيع، فلا يعد خلفا عاما أو خاصا أو دائنا، بل هو صاحب محل البيع، فبكونه كذلك، تتوقف الآثار المترتبة على بيع ملك الغير بالنسبة لهذا المالك الأصلي في حالتين هما: حالة إقراره للبيع، وكذلك حالة عدم إقراره له.

لقد نص المشرع على هذه الآثار في المادة 1/397 والمادة 398 مدني جزائري والمادة 1/466 مدني مصري. حيث نص المشرع الجزائري في المادة 1/397: "وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك المبيع ولو أجاز المشتري".

(1) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 530.

(2) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 17/02/1988، ملف رقم 51734، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني ص 11. حيث جاء فيه ' من المقرر قانونا أن بيع ملك الغير لا يكون ناجزا في حق الشيء المبيع وأجاز المشتري ومن هنا فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ' فالإجازة تعتبر سبب من أسباب سقوط حق المشتري في الإبطال.

(3) المادة 398 مدني جزائري. وكذلك د/ عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع، المرجع السابق، ص 417. د/ توفيق حسن فرج، عقد البيع، دون ذكر دار النشر و بلد النشر، سنة 1979، ص 129.

كما نصت المادة 398 مدني على "إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري..."، فسواء أجاز المشتري العقد أولم يجزه، فإنه لا يسري على المالك الحقيقي⁽¹⁾، وتبقى ملكية المبيع له، إذا لم يقر البيع، ولا تنتقل الملكية منه إلى المشتري حتى ولو أجاز المشتري البيع وأصبح صحيحا بين عاقيه.

في جميع الأحوال تبقى الملكية للمالك ما لم يفقدها نتيجة اكتساب المشتري لها بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" أوبالتقادم⁽²⁾ الخمسي أو الطويل.

وفي حالة ما إذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المشتري من البائع بحسن النية، أصبح مالكا له أما إذا كان سيء النية، سوف يمتلك المبيع بالتقادم الطويل وإن كان المبيع عقارا وتسلمه المشتري بحسن النية، سوف يكتسب ملكيته بالتقادم القصير.

إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري، فللمالك حق الرجوع على المشتري بدعوى الاستحقاق والرجوع على البائع بدعوى التعويض⁽³⁾ وطرد المشتري من العقار⁽⁴⁾ إن لم يتم تسجيله. أما إذا تم تسجيله، فلا أثر لهذا التسجيل في حق المالك، وله حق التمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا سجل العقد، والعلة في ذلك أنه لا بد أن يستند التسجيل إلى عقد صحيح حتى تنتقل الملكية للمشتري.

- حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع

نعتبر أن إقرار المالك الحقيقي للعقد، يجعله ساريا في حقه، كما يبطل حق المشتري في طلب الإبطال، ويستطيع المشتري أن يحتج بهذا الإقرار على المالك، وذلك من وقت وقوع الإقرار. فهذا الإقرار قد يكون صراحا أو ضمنيا، وفي بعض الأحيان، يفسر سكوته على أنه إقرار صريح، كما أن هذا الإقرار يعد تصرفا قانونيا إذا توافرت فيه الشروط

⁽¹⁾ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 296. د/ عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 420.

د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 705.

- نقض مدني مصري في 1982/11/07، طعن رقم 802 لسنة 49 ق و جاء فيه: "مؤدى ما نصت عليه المادة 466 و 467 من القانون المدني في شأن بيع ملك الغير، أن البيع لا يسري في حق مالك العين ولا يترتب عليه نقل الملكية للمشتري، ولو وقع على عقار سجل العقد أو لم يسجل، ولو أجاز المشتري العقد إلا إذا أقر المالك البيع أو آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد".

⁽²⁾ المادة 101 فقرة 1 و 2 مدني جزائري.

⁽³⁾ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 296. د/ عبد الناصر العطار، البداية في شرح أحكام البيع، سنة

1984، ص 107.

⁽⁴⁾ د/ عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص 107.

الواجب توافرها عند التعاقد، كتوافر الأهلية وسلامة رضا المالك، وأن يكون الشيء محققا يصلح لأن يكون محلا للتعاقد، وكذا مشروعية السبب. و بهذه الكيفية سوف ينتج الإقرار آثاره.

فبعد وقوع الإقرار، لا يحق للمالك أن يمتنع عن تسليم المبيع للمشتري، إن لم يتسلمه وأن لا يتعرض له فيه، وأن يطلب استرداده منه. كما يصبح العقد صحيحا وتنتقل الملكية للمشتري من تاريخ هذا الإقرار أو من تاريخ تسجيل العقد إذا كان عقارا. والملكية تنتقل إلى المشتري محملة بكل الحقوق التي رتبها مالكاها عليه قبل أن تنتقل ملكيته منه إلى البائع أو قبل إقراره البيع. كما يترتب كذلك على الإقرار حلول المالك الحقيقي محل البائع وذلك من وقت صدور الإقرار في جميع حقوقه والتزاماته وفقا للمادة 2/467 مدني مصري والمادة 398 مدني جزائري، وبالتالي تقوم بينهما علاقة مباشرة، فيقوم المالك بمطالبة المشتري بالثمن بعد تسليمه المبيع، كما يطالبه المشتري بعدم التعرض أو استحقاق المبيع منه وضمان عيوبه الخفية، وتبرأ ذمة البائع من كل هذه الالتزامات.

- حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع

تختلف آثار إقرار المالك الحقيقي عن آثار عدم إقراره له، ففي الحالة يرجع المالك على المشتري بدعوى الاستحقاق، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض إذا تم تسليم المبيع للمشتري. فيسترد المالك المبيع من تحت يد المشتري قبل أن تنقضي مدة التقادم وقد يعترض سبيل المالك في استرجاع المبيع في حالات عدّة منها:

1- إذا قام المشتري بالتصرف أو تحويل المنقول، فهنا المالك سوف يعرض بناء على تقدير المحكمة للتعويض، وله حق استرداد الشيء المحول إذا دفع للمشتري قيمة التحويل⁽¹⁾.

2- إذا هلك المبيع، فلا بد أن يضمن البائع للمالك قيمته، وقد يضمنها مع المشتري إن كان يعلم بحق الغير على المبيع.

3- إذا رجع المالك الحقيقي على المشتري بدعوى استحقاق المبيع، وكان البائع سيء النية عليه بدفع للمشتري كل المصروفات التي أنفقها على المبيع.

⁽¹⁾ د/ عبد الرحمن جمعة، المرجع السابق، ص 279، 280.

هذا عن موضوع دراستنا لبيع ملك الغير في البيع العادي، غير أننا قمنا بالبحث التحري حول هذا الموضوع في البيع الإلكتروني، فتوصلنا إلى اكتشاف ندرة وقوعه ومع ذلك هناك من يرى صعوبة تصور البائع أوالتاجر ببيع ملك الغير في البيع الإلكتروني، لأن هذا الإجراء يعد تعرضاً من قبل البائع، وكذلك بالنظر لحرصه على سمعته في التعامل وكذا لكون الأمانة والثقة هما رأسمال التاجر في معاملته التجارية⁽¹⁾.

لكن هذا الاعتقاد غير صحيح، نظراً لوقوع بيع ملك الغير ولو بصورة نادرة، وقد يزداد التعامل فيه نظراً لكثرة التجار الذين يبيعون عبر الانترنت وليسوا جميعاً متمتعون بدرجة واحدة من الحرص على سمعتهم التجارية، وبالتالي فيمكن التعاقد على بيع ملك الغير من قبل البائع الإلكتروني لملكية مادية سواء كانت منقولاً أو عقاراً وكذلك لملكية معنوية، كالملكية الفكرية، فهي أكثر شيوعاً لوقوع هذا النوع من البيع عليها.

قد يقوم البائع الناشر بإعادة بيع حقوق ملكية فكرية، التي قد انقضت حق التنازل عنها للبائع من قبل المؤلف حيث يقوم المشتري باستغلالها عن طريق استنساخ نسخا منها وبيعها. كما يعتبر التعامل في تقديم الخدمات والبرمجيات الإلكترونية، من قبيل المنتج المعنوي الذي يمكن أن يخضع لهذا النوع من البيع لكون أن معظمها مرتبطة بالانترنت الذي يتسم بالعالمية فيصعب السيطرة عليها وحمايتها.

لذا لا بد من التفكير في أحدث أنظمة الأمن التكنولوجي واستعمالها في هذا المجال وكذا في تطوير قوانين الملكية الفكرية المختلفة لمنع هذه التصرفات غير القانونية وحفظ حقوق أصحابها.

⁽¹⁾ د/ محمد سعيد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004

المبحث الثاني

أثار التعرض الصادر من الغير

إذا تحققت شروط التعرض الصادر من الغير تقوم مسؤولية البائع، ولضمان هذا التعرض يجب ممارسته وتطبيقه بإتباع الطرق القانونية المخولة لذلك، سواء بالتدخل مع المشتري في الدعوة المرفوعة ضد الغير أو بإمكانية رفع المشتري دعوى الضمان دون تدخل البائع ضد المتعرض أو كذلك برفع البائع بمفرده دعوى مباشرة على المتعرض وتسمى بالتنفيذ العيني للالتزام بالضمان بغية استرجاع ما تم استحقاقه من قبل الغير. إن لم ينجح في ذلك، واستحق المبيع منه استحقاقا كلياً أو جزئياً، يجب عليه تعويض المشتري عن الأضرار التي لحقت به نتيجة الاستحقاق ويسمى ذلك التنفيذ بطريق التعويض الذي يعتبر هنا التزاماً احتياطياً، لكون أن البائع يسعى بالدرجة الأولى إلى تحقيق التنفيذ العيني وعند عدم التمكن من تحقيقه، يتحول هذا السعي إلى الالتزام بطريق التعويض.

سنتعرض إلى تقسيم هذا المبحث الي مطلبين على النحو التالي مع إجراء مقارنة في ذلك بما هو معمول به في البيع الإلكتروني.

المطلب الأول: التنفيذ العيني

المطلب الثاني: التنفيذ بطريق التعويض

المطلب الأول

التنفيذ العيني

إنّ ضمان التعرض التزام يتحمله البائع، فهذا هو الأصل في المسؤولية العقدية عند تعرض الغير للمشتري، برفع دعوى الاستحقاق ومطالبته باسترداد المبيع ، فعلى البائع التصدي له وفق ما نص عليه القانون ويكون بذلك قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً.

لذا نجد المادة 1626 من القانون المدني الفرنسي نصت على⁽¹⁾: "فعلى البائع ضمان المبيع عند الاستحقاق الكلي أو الجزئي من الغير، وضمان كل النفقات المدفوعة في ذلك التي لم يتم الكشف عنها قبل البيع."

كما نظم القانون المدني المصري في المادة 440 وكذلك المادة 441 هذه الحالة. فالمادة 440 نصت في فقرتها الأولى على: "إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع كان على البائع بحسب الأحوال ووفقا لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله."

أما فقرتها الثانية فنصت على: "فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه."

والفقرة الثالثة نصت: "وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق"⁽²⁾.

المادة 441 نصت كذلك على: "يثبت حق المشتري في الضمان ولو أعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحل فيها محله فلم يفعل، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه."⁽³⁾

تقابل هاتين المادتين من التقنين المدني المصري، المادتين 372 و 373 من التقنين المدني الجزائري، بحيث جاء في نص المادة 372 ما يلي: "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

⁽¹⁾"quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune Stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de l'objet vendu ou des charges prétendues sur cet objet et non déclarées lors de la vente."

⁽²⁾ د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 660 و 661. و د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص 140.

⁽³⁾ د/عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع والصفحة. و د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص 141.

المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب، وصدر ضده حكم حاز قوة الشيء المقضي به، فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق.⁽¹⁾

أما المادة 373 قد نصت على " إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية لحق الغير أو تصالح معه دون أن 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."⁽²⁾

وبالتالي فإن للمشتري الحق في رفع دعوى الاستحقاق على البائع الذي يوجب عليه الأمر الدفاع عنه، وتمكينه من الانتفاع بالمبيع.

وعليه لقد تم تقسيم هذا المطلب غالى أربعة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: تدخل البائع في الخصومة بناء على إخطار المشتري له

الفرع الثاني: عدم تدخل البائع رغم إخطار المشتري له

الفرع الثالث: عدم إخطار المشتري للبائع بالدعوى

الفرع الرابع: توقي المشتري استحقاق المبيع بأداء شيء من عنده

الفرع الأول

تدخل البائع في الدعوى بناء على إخطار المشتري له

إذا رفع الغير دعوى الاستحقاق على المشتري على أساس أنه مالك المبيع، فهنا وجب على المشتري إبلاغ البائع في الوقت المحدد والملائم حتى يتدخل بالضمان، وليس للإخطار شكل خاص، فقد يكون شفويا، ولكن هذا قد يسبب عبء للمشتري عند

(1) القانون المدني الجزائري حسب التعديل الأخير (قانون رقم 05/ 07) المؤرخ في 13 مايو 2007 ، طبعة 2008 دار بلقيس للنشر ، الجزائر، ص59.

(2) القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بقانون رقم 05/ 07 المؤرخ في 13 مايو 2007، ص59.

الإثبات⁽¹⁾. والأفضل أن يتم الإخطار على شكل رسالة مع الإشعار بالاستلام بواسطة عقد غير قضائي أو تبليغ بواسطة المحضر القضائي⁽²⁾ أو عبر بريد إلكتروني⁽³⁾. لقد قضت محكمة النقض المصرية أن الإخطار لا يكون إلا حين ترفع على المشتري دعوى من الغير باستحقاق المبيع، ولا محل للتمسك بعدم حصول هذا الإخطار إلا حيث يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق على أساس قيام عقد البيع⁽⁴⁾. يتعين الأمر إخطار الملتزم بالضمان بمجرد حدوث التعرض، وفي ذلك نجد قرارا للمحكمة العليا متضمنا ما يلي: "من المقرر قانونا أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سوء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير، ومن المقرر أيضا أنه إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع، للبائع أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد مخالفا للقانون.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الإستئناف برفضهم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة بحجة أن البائع لقطعة الأرض محل النزاع، يفقد شرط المصلحة، يكون قد خالفوا أحكام المادتين 371 و372 من القانون المدني، اللتان تلزمان ضمان كل تعرض وقع على المشتري مع وجوب التدخل في الخصومة إلى جانب هذا الأخير. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه." إدخال البائع في الدعوى أمر أكيد وضروري نظرا لحيازته على مستندات خاصة بالمبيع وكذلك من أجل ربح الوقت، وذلك بتفادي اللجوء إلى القيام ببعض الإجراءات غير اللازمة وكذا توفير النفقات وكل ذلك سوف يقي المشتري من رفع الدعوى التي لا يعرف عنها شيئا⁽⁵⁾.

(1) د/ منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق، ص 164 و د/ جميل الشوقاوي ، المرجع السابق ، ص246.
(2) لحسن بن شيخ أث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة ، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر ، الجزائر، سنة 2006 ، ص403.
(3) د/عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص664.
(4) مجموعة أحكام النقض، السنة 19، جلسة 1968/02/22، عن : د/ أمير فرج يوسف، عقد البيع والشركة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007، ص177.
(5) فضل العيش، قانون الإجراءات المدنية والقانون المدني، وفقا للتعديلات الأخيرة، رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، طبعة جديدة ، مطبعة الطالب ، الجزائر ، المادة 81 ، ص19.

قد يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق المرفوعة ضد المشتري وذلك دون إخطار المشتري لسبب أن الحكم الذي صدر في دعوى الاستحقاق يخص البائع وبالتالي سوف يلحق ضررا بمصلحته نظرا لزمانه للمبيع.

لقد نصت المادة 126 من قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 على التدخل في الدعوى بما يلي: "يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى من ضمان لأحد الخصوم أو طالبا الحكم لنفسه لطلب مرتبط بالدعوى، ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو يطلب يقدم شفاهة في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة."

نصت كذلك المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري⁽¹⁾ على: "يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختياريا أو وجوبيا. لا يقبل التدخل إلا ممن توفرت فيه الصفة والمصلحة. يتم التدخل تبعا للإجراءات المقررة لرفع الدعوى. لا يقبل التدخل أمام جهة الإحالة بعد النقض، ما لم يتضمن قرار الإحالة خلاف ذلك."

إخطار المشتري للبائع بالدعوى وتكليفه بالحضور يعود بالفائدة المزدوجة لكليهما. ففائدة البائع تكمن في إمكانية رد التهمة الموجهة إليه، وكذلك توقي خطر قيام مسؤوليته والزامية الضمان، وللمشتري فائدة من حضور البائع، كوقوف البائع معه مرفوقا بأدلة لرد قمع دعوى الغير، وإذا نجح فيها يعتبر قد نفذ التزامه بالضمان تنفيذًا عينيا، فلا يحق للمشتري مطالبته بضمان الاستحقاق أو بأي تعويض آخر، أما في حالة فشل البائع في رد تعرض الغير، يحق للمشتري مطالبة البائع بالضمان عن طريق دعوى الضمان الفرعية أو عن طريق دعوى الضمان الأصلية⁽²⁾ ويتحمل البائع في جميع الحالات مصاريف دعوى الضمان⁽³⁾.

⁽¹⁾ قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، الجريدة الرسمية، العدد 21 الصادر بتاريخ 23 أفريل 2008.

⁽²⁾ د/ زهير حرح ود/ علي الجاسم، العقود المسماة، منشورات جامعة دمشق، سنة 2006، 2007، ص 381 وكذلك د/ فايز أحمد عبد الرحمان، عقد البيع في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، سنة 2007، ص 256.

⁽³⁾ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 664. و د/ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق ص 164. وكذلك د/ عبد الرحمن محمد شريف عبد الرحمن أحمد، مطول القانون المدني في عقد البيع، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003، ص 663 و 664.

الفرع الثاني

عدم تدخل البائع في الدعوى رغم إخطار المشتري له

إن ثبت أنه رغم إخطار المشتري للبائع بالدعوى، فلم يقم بالتدخل، فيمكن اعتبار البائع هنا خارج عن الدعوى القضائية، وبالتالي سوف يقوم المشتري في هذه الحالة مركز البائع مما يجعلنا في هذه الحالة الوقوف أمام ثلاثة فرضيات سوف يتم معرفتها والتعبير عنها تباعاً:

أولاً : الفرضية الأولى: أن يتولى المشتري بمفرده دفع دعوى الغير المتعرض

إذا تولى المشتري تقاضي الغير ثم تقرر نجاحه، فيقضي برفض كل طلبات المتعرض ويصدر حكم نهائي بهذا الشأن، ونجاحه في معارضة الغير سوف ينتهي التعرض⁽¹⁾. كما ينتهي معه التزام البائع بالضمان، أي أن البائع سوف يستفيد من التدخل الفردي للمشتري مما يحق لهذا الأخير الرجوع على البائع بالنفقات وكل المصاريف التي أنفقها في الدعوى ضد الغير المتعرض⁽²⁾ إلا إذا أثبت البائع أن الحكم الصادر في العقد كان نتيجة تدليس من المشتري أو خطأ جسيم⁽³⁾ منه وهذا ما نصت عليه المادة 372 من التقنين المدني الجزائري حيث نص "... إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري".

نفس المعنى ذكر في نص المادة 2/440 من التقنين المدني المصري بقولها " فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم، ولم يتدخل البائع في الدعوى، وجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه".

يكمن تدليس المشتري في استعمال طرق احتيالية حتى ينجح الغير في رفع دعواه وذلك بإخفاء وثائق هامة للإثبات في النزاع، أو أن يرتكب خطأ جسيم بتهاونه في

(1) عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة ، المرجع السابق ، ص423.

(2) د/ فايز أحمد عبد الرحمان المرجع السابق ، ص257 و د/السنهوري ، المرجع السابق ، ص668.

(3) د/ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص328.

استئناف الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية على مستوى المجلس، فيصبح الحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه (1).

أما إذا لم ينجح في دفع دعوى الاستحقاق، فهنا لا بد أن يلجأ بمطالبة البائع المقصر بدفع استحقاق الغير عنه. والبائع لا يمكنه التخلص من التزامه بالضمان إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر ضد المشتري كان نتيجة تدليس المشتري وخطئه الجسيم (2). كما أن في حالة إخطار المشتري للبائع الذي لم يقم بالتدخل، فيمكن للمشتري اللجوء الى حبس ثمن المبيع إن لم يدفعه للبائع وكذلك استعماله كوسيلة لإدخاله في دعوى الاستحقاق.

في الاتجاه المعاكس يمكن للبائع تقديم كفيلا للمشتري يضمن له إرجاع الثمن إن كان قد دفعه عند ثبوت الاستحقاق من الغير أو أن يطلب من المحكمة تكليف المشتري بإيداع ثمن المبيع لديها.

ثانيا: الفرضية الثانية: أن يصرح المشتري للغير المتعرض بالحق الذي يدعيه أو

يتصالح معه على هذا الحق

بعد إخبار المشتري البائع بالخصومة في الوقت المناسب ورغم ذلك مازال موقف البائع سلبي، أي عدم تدخله في الخصومة، ففي هذه الحالة فإن المشتري حسن النية، بإمكانه الاعتراف للغير في ادعائه للمبيع أو تصالحه مع الغير في هذا الحق، حتى يتوقف عن التعرض له.

وفي نفس الوقت يستطيع البائع كذلك التخلص من التزامه بالضمان في حالة وفاء المشتري قيمة ما أداه من مصروفات وفوائد قانونية، وفي حالة عدم دفع البائع هذه المصروفات بسبب أن الغير المتعرض لم يكن محقا في تعرضه، فعلى المشتري الرجوع على البائع بكل ما أنفقه في دعوى التعرض، ولا يستطيع البائع رد هذه الدعوى إلا عن طريق إثبات أن المتعرض كان متعسفا في دعواه، وأن المشتري قد اندفع وتسرع في إقراره أو تصالح معه.

(1) لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص406.

(2) د/ قاسم محمد حسن، الموجز في عقد البيع، المرجع السابق، ص288.

لقد نصت المادة 441 مدني مصري وكذلك المادة 375 مدني جزائري على هذه الحالة ، حيث نصت المادة 441 على: " يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى كان إخطار البائع في الدعوى في الوقت الملائم ، ودعاه أن يحل محله فيها، فلم يفعل كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه."

والمادة 375 نصت على نفس المعنى "إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو اعترف عن حسن نية بحق الغير، أو تصالح معه دون أن 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."

لكن البائع يستطيع أن يدفع برجوع المشتري عليه بالتعويضات بأدلة قاطعة، وأن الغير المتعرض لم يكن على حق في رفع الدعوى ضد المشتري، الذي تسرع للإقرار والمصالحة ، وأن يثبت كذلك أن المشتري لم يكن يملك النية الحسنة في الإقرار والمصالحة.⁽¹⁾ وعليه يصبح المشتري هو الدائن بالتعويض وليس البائع في هذه الحالة.

يلاحظ كذلك أن المشتري بإمكانه أن يتولى استحقاق المبيع، وذلك بإقامة عقد صلح مع المتعرض سواء قبل رفع الدعوى أو بعدها، ويشترط أن يكون الصلح قد تم قبل صدور الحكم النهائي للمدعي على المبيع، وإذا تم الصلح بعد صدور هذا الحكم، يكون بمثابة عقد جديد بين المشتري والمالك الأصلي (الحقيقي) ، وعندئذ يلتزم البائع بضمان الاستحقاق⁽²⁾.

ثالثا: الفرضية الثالثة: عدم إقرار المشتري وعدم مصالحته للغير

إذا لم يقر المشتري بإخبار الغير بما لديه من معلومات على المبيع، وكذلك لم يقر بمصالحته أو أن الغير رفض التصالح مع المشتري، فهذا يثبت أنه قد فشل في دفع دعوى الغير، فهذا يؤدي بالضرورة إلى استحقاق الغير للمبيع كليا أو جزئيا، فعلى المشتري في هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويضات المقررة في أحكام الضمان وذلك بموجب

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 669.

(2) د/ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1975، ص 192.

ضمان الاستحقاق، لكون أن المشتري لم يرتكب خطأ تقصيرياً، فلا مسؤولية عليه ولا يتحمل كذلك دعوى المتعرض، بل على البائع حمايته منها. كما يستطيع البائع التخلص من الضمان إذا استطاع أن يثبت أن الغير المتعرض لم يكن محقاً في دعواه.

الفرع الثالث

عدم إخطار المشتري البائع بالدعوى

كل التقنيات المدنية تلزم المشتري بإخطار البائع في دعوى الاستحقاق، لكن قد لا يتدخل البائع في الدعوى وهذا راجع إلى عدم إخطار المشتري له. والأصل كما أشرنا هو وجوب إخطار البائع بالدعوى المرفوعة ضد المشتري في الوقت المناسب. في هذه الحالة عدم تدخل البائع كان سببه المشتري، فإذا صدر حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه ضد المشتري، يقوم هذا الأخير بمطالبة البائع بالتعويض.

كما أن البائع يستطيع رفض هذا الطلب وذلك بإثبات أن تدخله في الدعوى من شأنه دفع دعوى الاستحقاق، وصدور الحكم لصالح المشتري دون الغير. وهذا ما نصت عليه المادة 2/374 من التقنين المدني الجزائري، وكذلك القانون المدني المصري في المادة 3/440 .

لكن المشتري قد يفقد حقه في الضمان، إذا أثبت البائع أن تدخله في دعوى الغير كان في وقت متأخر أو كان مستنداً إلى أدلة أخرى مقنعة في الدعوى. فلقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري في المادة 586 قد جعل عبء الإثبات على عاتق المشتري وأن البائع لا يستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل في الدعوى، ولكن سرعان ما عدلت هذه المادة من طرف لجنة مجلس الشيوخ، وجعلت عبء الإثبات على عاتق البائع، لأنه أصبح بعد صدور الحكم مدعياً ببراءة ذمته في الالتزام بالضمان⁽¹⁾.

هذه إذن أهم الإجراءات الواجب اتخاذها في دعوى الاستحقاق في البيع العادي أو الكلاسيكي، وبالرجوع إلى البيع الإلكتروني، نجد أن هذه الإجراءات تبدأ كما أسلفنا

⁽¹⁾ د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، فقرة 350، ص 671، 672 و كذلك د/سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الخامسة، مطبعة السلام القاهرة، سنة 1990، ص 526. وأيضاً د/محمد الزحيلي، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي العقود المسماة البيع، المقيضة الإيجار، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سنة 1994، ص 300.

برفع الغير للدعوى ضد المشتري الذي ينبغي بدوره إخطار البائع بوجوب التدخل في هذه الدعوى بإحدى الطريقتين: دعوى الضمان الفرعية أو دعوى الضمان الأصلية.

يكون تدخل البائع في الدعوى في البيع الإلكتروني، بعد إخطار المشتري له حتى يضمن حق الرجوع عليه في حالة الحكم بالاستحقاق⁽¹⁾.

فيما يتعلق بالإخطار، فإنه قد يقع بوسائل ولغات مختلفة. ففي هذا البيع قد نجد أطرافو العلاقة التعاقدية من جنسيات مختلفة، وبالتالي لابد أن يتم باللغة التي يستطيع البائع الإلكتروني فهمها، وهي عادة نفس اللغة التي تم بها التعاقد بالبيع، أما عن وسيلة الإخطار، فينبغي أن تكون بنفس الوسيلة التي أبرم العقد بها أو وسيلة أخرى تم الاتفاق عليها بين المتعاقدين.

يرسل المشتري الإخطار إلى العنوان الشخصي للبائع المتعاقد معه عبر وسائل الإرسال المختلفة ومنها الانترنت. فإذا تعاقد المشتري مع شركة منتجة وبائعة للمبيع، سيتم إرسال الإخطار إلى المكان أو المدينة المتواجد فيها مركز نشاطها، غير أنه في حالة عدم وجوده، يرسل الإخطار عبر البريد الإلكتروني E-mail- أو عبر شبكة مواقع الويب web وهذا ما أخذ به الفقه فيما يخص التعاقد بين غائبين من خلال الوسائل الإلكترونية الحديثة.

هناك من يعتبر أن الدعوى الجنائية التي تقام ضد البائع في عقود المعلوماتية هي بمثابة إخطاره له وذلك نتيجة لكثرة صور التعرض في أنواع العقود المبرمة عبر الانترنت ومنها صور التعرض التي تجرى على الحاسب الآلي والتي تم تعزيزها بجزاءات جنائية مشددة⁽²⁾. وتدخل البائع في الدعوى يكون بنفس الإجراءات المتبعة في البيع الكلاسيكي وذلك لاعتبارها قواعد عامة واجبة التطبيق لعدم بروز تنظيم قانوني جديد في الموضوع.

إذا ما أهمل المشتري إخطار البائع بالدعوى في الوقت المناسب ويكون البائع قد علم بالاستحقاق، فعليه بالتدخل، والانضمام إلى المشتري ضد المتعرض، ويسمى هذا

(1) د/مدحت محمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 122 و 123.

(2) يحي محمد حسين راشد الشعبي، المرجع السابق، ص 138.

التدخل لدى البعض بالتدخل الإنضمامي⁽¹⁾. والمشتري في هذه الحالة يرحب بهذا التدخل، ويعتبر البائع الإلكتروني مسئول أصلي في الدعوى، وينسحب المشتري تاركا الخصومة له تجاه الغير المدعي بالاستحقاق، أو قد يبقى مع البائع في مواجهة القضاية. وبالرجوع إلى اتفاقية فينا، فإنها توجب على المشتري إخطار البائع بإدعاء الغير في الميعاد المعقول - أي من لحظة علم المشتري به، وتحديد طبيعة هذا الإدعاء - وذلك ما نصت عليه المادة 1/43 من الاتفاقية حتى يتسنى للبائع دفع الاعتداء⁽²⁾.

الفرع الرابع

توقي المشتري استحقاق المبيع بأداء شيئاً من عنده

إذا تبين أن الغير كان محقا في دعواه وأن المشتري أراد تقادي صدور الحكم بالاستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع، وفضل أن يتصالح مع الغير المتعرض بإعطائه مبلغا من النقود أو شيئاً قيما آخر، فما على البائع في هذه الحالة إلا التخلص من ضمان الاستحقاق وذلك بتعويض للمشتري عما دفع للمستحق.

إن استرجع المشتري قيمة المال المدفوع للمستحق مع المصروفات إن وجدت من قبل البائع، يكون قد استبقى على المبيع واسترجع ما تم دفعه للمتعرض⁽³⁾ وبذلك نصت المادة 440 من التقنين المدني المصري المقابلة للمادة 374 مدني جزائري التي نصت على: "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 مع مصاريف الخصام."

غير أن إعطاء المشتري حق المتعرض دون رفع الدعوى قد يترتب عن ذلك رفض البائع تعويض المشتري عما دفع للمستحق المتعرض بعد أن يثبت البائع أن المتعرض كان غير محق في دعواه.

(1) يحي محمد حسين راشد الشعبي، المرجع السابق، ص 148.

(2) جديد ريباد، المرجع السابق، ص 62.

(3) د/ رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، سنة

2000، ص 315.

المطلب الثاني

التنفيذ بطريق التعويض

لقد وضحنا في الموضوع السابق المتعلق بالتنفيذ العيني، كيف يمكن تحقيق الضمان للمشتري عن طريق التدخل وذكر مختلف الفروض التي يستطيع أن يلجأ إليها المشتري لإيقاف التعرض الصادر من الغير، لكن في حالة ما لم يتمكن البائع من رد دعوى الغير في استحقاق المبيع، وجب عليه تعويض المشتري عن الضرر الذي لحق به نتيجة تعرض الغير له في المبيع وذلك وفقا لأحكام ضمان الاستحقاق .

لذا لقد تم تقسيم هذا المطلب المتضمن للتنفيذ بطريق التعويض إلى فرعين على النحو التالي: الفرع الأول: ضمان الاستحقاق

الفرع الثاني: آثار الاستحقاق

الفرع الأول

ضمان الاستحقاق

عندما يفشل البائع في رد التعرض ينشأ عندئذ التزام آخر وهو ضمان الاستحقاق أي ضمان انتزاع المبيع من المشتري.⁽¹⁾ فالمشتري قد يكون حسن النية يجهل سبب الاستحقاق، حينئذ له حق الرجوع بالضمان على البائع، لكن إن كان سيء النية، فيرى البعض⁽²⁾ بأن العلم كفيل بإسقاط الضمان عن البائع، لكونه أبرم عقدا احتماليا، أحتمل فيه الربح أو الخسارة. أما البعض الآخر⁽³⁾ اشترط زيادة على وجود سوء النية، وشرط قبول المشتري لعدم ضمان البائع في هاذين العاملين، كونه ملزما برد الثمن.

البائع يبقى مسئولا على الضمان إلا إذا أثبت علم المشتري بسبب الاستحقاق كذلك عدم قبوله لضمان البائع، وهذا هو موقف القانون المدني الفرنسي في المادة 1629

(1) د/ محمد سالم الغضان، المرجع السابق، ص 176.

(2) د/ جلال الدين محمد حسن صيره، المرجع السابق، ص 136.

(3) « Le cumul de la clause de non garantie et de l'acceptation du risque d'éviction par l'acquéreur conditionne donc l'exonération du vendeur mais existant indépendamment l'un de l'autre ces deux éléments le maintiennent alors dans l'obligation de rembourser le prix », Hochart. Cath, op-cit, p 135.

والجزائري في المادة 378 من التقنين المدني ، وكذلك المصري في المادة 446 من التقنين المدني.

لو رجعنا بهذا الموضوع للبيع الإلكتروني، نجد الأمر غير مختلف، ويمكن تطبيق ما جاءت به القواعد العامة في ذلك. فان علم المشتري الإلكتروني بسبب الاستحقاق ورغم ذلك وافق وتعمد إبرام العقد، فلا يمكن له الرجوع على البائع بالضمان.

بعد التطرق لحسن أو سوء نية المشتري في سبب الاستحقاق، نحاول من خلال هذا الفرع، التطرق لضمان الاستحقاق بنوع من التفصيل، من خلال تقديم تعريفات له وكذا التعرض لحالات الاستحقاق الموجبة للضمان، كحالة نجاح الغير في الدعوى المرفوعة ضد البائع، أوحالة مصالحة الغير بمبلغ مالي معين أو شيء آخر.

أولاً: تعريف ضمان الاستحقاق

لقد تعرضت كلمة الاستحقاق لتعريفات عدّة، ومعاني متقاربة، ففي الفقه الإسلامي يطلق عليه ، (ضمان العهدة) أو (ضمان الدرك) أي ضمان ما يدرك المبيع أو يلحقه من حقوق الغير، فيشمل ضمان الدرك ضمان الاستحقاق ومعناه ثبوت ملكية المبيع للغير، ويشمل كذلك على ضمان التعرض أي ثبوت ما دون الملكية من حقوق على الشيء المبيع (الاستحقاق الجزئي)⁽¹⁾. فكلمة ضمان الدرك أو ضمان الاستحقاق أو ضمان التعرض، كلها هادفة إلى مسؤولية البائع المالية (رد الثمن أو التعويض)، أما ضمان عدم التعرض فالقصد منه هو التكفل والتعهد⁽²⁾.

لقد عرفه البعض بأنه: "حرمان المشتري من كل أوبعض حقوقه على المبيع نتيجة نجاح الغير في منازعته للمشتري أو كسبه على المبيع أي حق من الحقوق التي يعتبر ادعاؤها تعرضاً⁽³⁾".

(1) د/ مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية، سنة 1957، ص 158، 159.

(2) مصطفى احمد الزرقاء نفس المرجع السابق ونفس الصفحة .

(3) د/ الحلالشة، المرجع السابق، ص 412.

هناك من يرى (1) "الاستحقاق بحسب الأصل هو نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من يد المشتري بحكم قضائي، كما تدل كذلك على جميع الحالات التي يحرم فيها المشتري من المبيع، لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، أو ليس في مقدوره دفعه فيشمل الآتي:

- احتفاظ المشتري بالمبيع لسبب آخر، غير عقد البيع كما لو ورثه عن المالك الحقيقي.

- وجود البيع في حيازة أجنبي يتعرض للمشتري في محاولة وضع يد عليه ويفلح في إثبات ملكية المبيع، ولو أنه في هذه الحالة لا يعتبر البائع قد وفى بالتزامه بتسليم المبيع.

- احتفاظ المشتري بالمبيع بعد تخلصه بدفع الدين من تعرض الدائن المرتهن الذي قاضاه طالبا تخلية العقار.

- اعتراف المشتري وهو حسن النية للأجنبي أو تصالحه معه على هذا الحق دون انتظار صدور حكم في الاستحقاق".

هناك من يقول أن الاستحقاق هو أن يظهر بعد البيع، أن لغير البائع حقا في المبيع مهما كان نوع هذا الحق سواء كان ملكية، كما لو ظهر أن المبيع ليس ملك للبائع، بل هو لغيره أو كان حقا عينيا آخر كما لو ظهر أن لغير البائع حق ارتفاق على العقار المبيع أو كان حقا غير عيني، كما لو ظهر المبيع مأجورا قبل البيع (2).

(1) د/ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع و المقايضة، الطبعة الثانية، دار نشر الثقافة، دون ذكر مكان النشر سنة 1952، ص299.

(2) د/ مصطفى أحمد الزرقاء، القانون المدني (العقود المسماة)، (عقد البيع)، الطبعة الجديدة، دمشق، سنة 1983 و1984.

(2) « L'éviction proprement dite est au sens le plus strict la perte d'un droit par un jugement mais selon la jurisprudence le débat judiciaire n'est pas indispensable dès que l'acquéreur ne reçoit pas l'intégralité du droit acquis et que ce droit est reconnu appartenir à un tiers en tout ou partie ».Hochart Cath, op.cit- p74.

البعض يرى⁽¹⁾ في الاستحقاق أنه فقدان المشتري لحقه بحكم قضائي، لكن حسب الاجتهاد القضائي أن المناقشة القضائية غير ضرورية بما أن المشتري لم يتحصل على حقه المكتسب لكون هذا الحق يعود للغير كلياً أجزئياً. "

لكننا نعتبر أن الاستحقاق يكمن في تلك المسؤولية التي يتحملها البائع والمتمثلة في كفالاته للمشتري ضد الغير، الذي ينازعه في المبيع، والتي قد تترتب عنها التزامات ايجابية كدفع استحقاق الغير أو تترتب عنها آثار سلبية كتحقق الاستحقاق وثبوت حق الغير على المبيع، مما يستوجب رد الثمن، وتعويض المشتري تعويضاً كاملاً.

أما عن التعريف القانوني للاستحقاق، نذكر تعريف الدكتور هشام طه محمود سليم للاستحقاق حيث قال⁽²⁾: "هو التزام في نمة البائع، تفرضه قواعد المسؤولية العقدية مضمونه تعويض ضرر المشتري الذي نجم عن إخلال البائع بالتزامه العقدي، إذا امتنع عن تنفيذ بنود عقد البيع أو نفذها تنفيذاً جزئياً، بامتناعه أو فشله في دفع تعرض الغير للمشتري تعرضاً قانونياً مما ترتب عليه، استحقاق المبيع كلياً أجزئياً من تحت يد المشتري واستحالة نقل الملكية عيناً. بناء عليه، ولما كان نقل الملكية وعدم التعرض هو الالتزام الأصل، الذي تعرفه طبيعة عقد البيع وقد أصبح مستحيلاً، فيحال إلى التزام آخر بدلي متمثل في التنفيذ بطريق التعويض."

فيما يخص تعريف ضمان الاستحقاق في البيع الإلكتروني، فلم نعثر على تعريف له، لكن بعد دراسة هذا الموضوع وجدنا عدة صور معبرة عن الاستحقاق المماثل للاستحقاق في البيع التقليدي، لذلك يمكن تعريف ضمان الاستحقاق في البيع الإلكتروني من خلال تعريفه في البيع العادي، وما يمكن ملاحظته أن البيع الإلكتروني يسخر بالاستحقاق المعلوماتي، فمثلاً تعاقد مشتري مع شركة بائعة ومنتجة بإنتاج سلعة معينة، فقامت الشركة بإنتاج سلعة مقلدة عن شركة منتجة أخرى وأرسلتها للمشتري، فبمجرد علم الشركة الأصلية المنتجة للسلعة بذلك التقليد، تقوم بالتبليغ وبالداعية عبر الانترنت على عدم صلاحية أو عدم مطابقة السلعة المقلدة للأصلية وتعرض للمشتري بالاستحقاق الكلي للمبيع.

(1) د/هشام طه محمود سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس مصر، سنة 2008، ص40.

هذا مثال آخر للاستحقاق، في بيع برامج المعلومات محملة في ذاكرة الحاسب المبيع، بينما يكون قد تنازل عنها للغير بعقد سابق على عقد البيع⁽¹⁾. كما يمكن أن يقع الاستحقاق من طرف شركة ميكروسوفت التي تقوم بإنتاج برنامج لمستخدم (عميل الشركة) ويخص هذا البرنامج بنظام معين في العمل، وعند استعماله اتضح أن الشركة المنتجة للبرنامج سبق وأن قامت بإنتاج نفس البرنامج لمستخدم سابق ينتج عنه حرمان المستخدم الثاني نهائياً من استعمال البرنامج لوجود حق الغير السابق عليه وذلك نظراً لقيام الشركة بمنح حق استخدامه لأكثر من مستخدم . والاستحقاق هنا وقع فعلاً، حتى وإن كانت الدعوى قد رفعت من طرف المستخدم على الشركة المنتجة كدعوى إبطال أو فسخ العقد وليس على المستخدم الثاني. وأثر هذه الدعوى، سقوط حق المستخدم الأول بالإبطال أو فسخ سند الملكية⁽²⁾.

كما أن في البيع الإلكتروني، قد يكون الاستحقاق جزئي جسيم أويسير. أما عن الحالة الأولى فتجعل المشتري في خسارة كبيرة لو علم بذلك وقت العقد لما أقدم عليه، ومن أمثلة هذا الاستحقاق الجزئي الجسيم، قيام شركة منتجة برفع دعوى استحقاق عليها بأحقيتها في تصميم محرك الآلات الكهربائية، وأثبتت الشركة ذلك بتقنيات اعتمدت عليها في تصميم ذلك المحرك وهذا ما أدى إلى إلحاق الخسارة بالشركة التي اشترت هذا العدد الهائل من الآلات ،وتكمن تلك الخسارة في سحب تلك الآلات من السوق وبالضرورة سوف تعود هذه الشركة بمطالبة الشركة التي تم التعاقد معها بالتعويض عن كل خسارة لحقت بها وعن كل ما فاتها من كسب.

هذه صورة أخرى للاستحقاق الجزئي الجسيم متمثلة في قيام شركة منتجة لبرامج معينة، فقامت هذه الشركة بإنتاج برنامج خاص بإدارة شبكة معلومات ترفيهية وثقافية لمستخدم ما، وهذه المعلومات يتم حفظها في بطاقات بلاستيكية تعتمد عليها الشركة لأداء عملها. بعد العقد اتضح أن تلك البطاقات، هي ملك شركة أخرى، لها حق براءة الاختراع

(1) د/ مدحت عبد العال ، المرجع السابق، ص122 ، هامش رقم 61.

(2) يحي محمد حسين راشد الشعبي، المرجع السابق، ص144.

عليها وتستخدمها خصيصا في إنتاجها لبرامج خاصة، فادعت استحقاقها لها وأثبتت ذلك مما يترتب على هذا الاستحقاق ضررا جسيما يصيب المستخدم (1).

أما عن الحالة الثانية المتمثلة في الاستحقاق اليسير أو البسيط، لو علم المشتري به لأستمر في التعاقد، ومثال ذلك كأن تقوم شركة (أ) بإنتاج برنامج خاص ينظم اتصالات الشركة " سنترال تليفوني " بصورة أحدث، وتم التعاقد بينهما على هذا الأساس إلا أن شركة أخرى (ب) أنتجت نفس البرنامج وادعت بأحقية وأصالة الملكية للبرنامج، إلا أن الشركة (أ) قامت بالتقليد لنفس الإنتاج (2).

كذلك إنتاج برنامج مدعم ببرامج محمية من الإصابة بالفيروسات، بحيث كان أحد البرامج الذي يحمي البرامج من الإصابة بالفيروسات ملك شركة أخرى تمنح استخدامه بناء على ترخيص خاص صادر عنها بعد تقديم طلب لها. فاستحقاق البرنامج الخاص بالحماية من الفيروسات من الشركة المتخصصة في إنتاج ومنح الترخيص في استخدامه هو استحقاقا يسيرا، بحيث يستطيع المستخدم بتقديم طلب الى الشركة المنتجة له للحصول عليه لتدعيم البرنامج به (3).

قد يظهر كذلك الاستحقاق اليسير في حبس البائع الإلكتروني لجزء بسيط للبضاعة لعدم دفع المشتري الثمن المتبقي للمبيع. وعليه فإن كان الاستحقاق الجزئي جسيما يؤدي إلى فسخ العقد، أما إذا كان يسيرا، فيمكن في هذه الحالة استحقاق الجزء الناقص والمطالبة بالتعويض في كلا الحالتين.

ثانيا :حالات الاستحقاق الموجبة للضمان

حتى يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق، لابد أن يكون في إحدى الحالات التالية وهي حالة نجاح الغير في الدعوى المرفوعة ضد البائع لاستحقاق المبيع، أو كذلك حالة مصالحة الغير بمبلغ مالي معين أو شيء آخر.

(1) نفس المرجع السابق، ص 145.

(2) يحي محمد حسين راشد الشعبي، المرجع السابق، ص 145 و 146.

(3) المرجع نفسه، ص 146.

1. حالة نجاح الغير في الدعوى المرفوعة ضد البائع

إذا صدر حكم لمصلحة المتعرض، يحق للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ولا يستطيع أن يحتج في مواجهة المشتري، ورفض مطالبته بضمان الاستحقاق إلا إذا أثبت أن الحكم النهائي الصادر في دعوى الغير كان نتيجة تدليس من المشتري أو خطأ جسيم كوجود ملفات أو مستندات لديه تثبت ملكية البائع للمبيع قد أخفاها (1).

يثبت كذلك حق المشتري بالضمان من طرف البائع، إذا أقر المشتري عن حسن النية للغير بأن هذا الأخير هو صاحب الحق أو تصالح معه دون انتظار صدور الحكم وهذا طبعاً إذا تم بإخطار البائع في الوقت الملائم، وهذا الأخير لم يحرك ساكناً وذلك ما أشارت إليه المادة 441 مدني مصري وجاء فيها: "يثبت حق المشتري في الضمان ولو أترف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق أودون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي متى أخبر البائع بالدعوى من الوقت المناسب ودعاه ليحل محله فيها دون جدوى، وكل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه."

المادة 373 مدني جزائري قد نصت على نفس المضمون بما يلي: "إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو أترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكماً قضائياً متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه ليحل محله فيها دون جدوى، فكل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه." (2)

أما المشرع الفرنسي لم يذكر هذه الحالة، وللبائع أن يثبت بكل طرق الإثبات أن حق الغير غير موجود، ولا يكون موجوداً، وإعطاء الضمان الكافي للمشتري في المبيع حتى ينتفع به (3).

2. حالة مصالحة الغير بمبلغ مالي معين أو شيء آخر

هذه الحالة يقوم فيها المشتري بدفع مبلغ مالي للغير حتى يشتري سكوته في الاستحقاق وفي حالة وقوع هذا التصرف يستطيع المشتري الرجوع على البائع ومطالبته

(1) د/ زهير حرح و د/ علي الجاسم، المرجع السابق، ص 384.

(2) نفس المرجع أعلاه، ص 382.

(3) د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 141.

باسترجاع ما دفعه للغير من مبلغ ومصاريف، وهذا حتى لا يكون إثراء بلا سبب على حساب البائع، ولقد نصت على هذه الحالة الثانية المادة 442 مدني مصري حيث جاء فيها: " إذا تولى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو أداء شيء آخر كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه من الفوائد القانونية وجميع المصروفات."

كما نص المشرع الجزائري في المادة 374 من التقنين المدني على هذه الحالة بما يلي: "عندما يتجنب المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو أداء 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."

يتضح من النصين أن المشتري بإمكانه توقي استحقاق المبيع كله أو بعضه وذلك باتفاقه مع المتعرض بالتراجع عن الادعاء في الاستحقاق مقابل دفع مبلغا ماليا أو شيء آخر سوف ينتج عن هذا الاتفاق مصلحة لكل من البائع والمشتري. فمصلحة المشتري تكمن في استبقاء المبيع، أما مصلحة البائع فهي التخلص من التعويضات التي تترتب من دعوى الاستحقاق، فلا يعوز المشتري إلا ما أنفقه في سبيل الصلح من نقود أو أشياء.

لا فرق كذلك في هذه الحالة الثانية إن أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق أو لم يخطره سواء تدخل البائع أو لم يتدخل، وهذه رخصة خولها القانون للبائع ومستعملة في حالة توقي المشتري الحكم بالاستحقاق باتفاقه مع المتعرض. وإذا صدر الحكم لصالح الغير وهو المتعرض، فما على المشتري بعد الحكم إلا الرجوع على البائع بالضمان حتى لو كان قد توصل المشتري بعد الحكم إلى الاتفاق مع المتعرض على أن يترك الشيء المبيع في مقابل الثمن المعين، وعلى البائع أن يرد للمشتري هذا المبلغ الذي دفعه أو أشياء كما سبقت الإشارة إلى ذلك⁽¹⁾.

(1) د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 142.

الفرع الثاني

أثار الاستحقاق

عند تحول التعرض إلى الاستحقاق، فيفوز الغير في تعرضه على المشتري، ويصبح هو المالك الحقيقي للمبيع، وبالتالي قد يجيز البيع أو يرفضه. فهذه الحالة ترتب أثار مختلفة وهي أثار تنتج بين البائع والمستحق وأخرى بين المشتري والمستحق وأخيراً أثار الاستحقاق الكلي والجزئي بين البائع والمشتري.

أولاً: أثر الاستحقاق بين البائع والمستحق

إذا أجازا المستحق العقد، ينقلب عقد البيع من عقد موقوف على الإجازة إلى عقد نافذ ولأزم، فعلى المشتري في هذه الحالة إلا الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق لتعويضه عن الأضرار التي لحقت به وفقاً لما قرره القانون في أحكام ضمان الاستحقاق ورجوعه على البائع يكون إما عن طريق الدعوى الفرعية أثناء نظر دعوى الاستحقاق، أو عن طريق الدعوى الأصلية، وذلك مباشرة بعد ثبوت وتحقق الاستحقاق.

حالة ما إذا لم يجيز المستحق البيع، يفسخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة السابقة قبل التعاقد، فإن استحال ذلك، يلتزم المشتري بالتعويض للمستحق، ثم يرجع على البائع بدعوى الاستحقاق⁽¹⁾. كما يلتزم المشتري بإعادة المبيع إلى المستحق باعتباره مالكا له، فإن استحال ذلك بسبب هلاك الشيء المبيع التزم بدفع التعويض له.

ثانياً: أثر الاستحقاق بين المشتري والمستحق

كون المشتري هو حائز لملك المستحق، فبمجرد وقوع الاستحقاق، لا بد أن يلتزم المشتري برده له سواء كان الشيء المبيع شيء مادي أو معنوي، كما يلتزم برد المنافع الناتجة عنه. وعليه، فإذا كان المبيع بستان برتقال، وجب على المشتري رد الثمار التي جناها منه ويستثنى منها النفقات الضرورية التي تم إنفاقها على البستان.

فيما يخص النفقات النافعة والكمالية، فلا يمكن أن يخصمها من النفقات التي جناها لكونها نفقات تم صرفها على المبيع مما زاد في إنتاجه، كما أن النفقات الكمالية كثيراً ما تعود بالنفع للمشتري أكثر من المستحق، فلا يسمح للمشتري بمطالبة المستحق بها.

(1) د/الحلاشة، المرجع السابق، ص 430 و431 و432.

حالة ما إذا هلك المبيع، فنعتبر أن الاستحالة التنفيذية العينية قائمة، يلتزم المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد أي الاستحقاق، كما يمكن له الرجوع على البائع بدعوى الاستحقاق. ويمكن للمستحق الرجوع على البائع بما لحق به من خسارة وما فاته من كسب وذلك من جراء الخطأ الذي وقع فيه البائع وهو بيع ملك الغير⁽¹⁾.

ثالثاً: أثر الاستحقاق الكلي والجزئي بين البائع والمشتري

إذا تم استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً، يحق للمشتري الرجوع على البائع بضمان هذا الاستحقاق ومطالبته بالتعويض. غير أن هذا الأخير يختلف باختلاف نوع الاستحقاق وكذا عناصر التعويض فيه. هذا ما جعلنا نشرح بالتفصيل عناصر التعويض في كل من الاستحقاق الكلي والجزئي.

1-أثار الاستحقاق الكلي

يتحقق الاستحقاق الكلي في حالة بيع ملك الغير كما ذكرنا، وكذلك في حالة البيع لمشتري ثاني الذي أكتسب الملكية بالتسجيل في العقار، أوبقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، أو أن يكون العقار مثقلاً برهن ونفذ الدائن المرتهن بحقه، وأنتهى هذا التنفيذ بالبيع في المزاد⁽²⁾.

لقد نص كل من القانون المدني الفرنسي والمصري والجزائري على نوعية التعويض في هذه الحالة. فالمادة 443 من القانون المدني المصري حيث نصت: "إذا أستحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع:

- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.
- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن أستحق المبيع.
- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية.
- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ما عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة 440 مدني مصري.
- وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب لسبب

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص296.

(2) د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 143.

استحقاق المبيع." (1)

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله". وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 375: "في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع، فللمشتري 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 يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيئ 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 خسائر وما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

كل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله". أما القانون المدني الفرنسي فلم ينص في المادة 1630 منه على قيمة المبيع، بل نص على ثمن المبيع، وقيمة الثمار اللازمة على البائع بردها للمستحق، المصروفات النافعة، وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق، وأخيرا تعويض المشتري عن ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب وهذا بسبب الاستحقاق (2).

(1) د/أنور طلبة، دعوى التعويض، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث للنشر، مصر، سنة 2005، ص 301 و302.

(2) Art 1630: " Lorsque la garantie a été promise, ou qu'il na rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur:

1. la restitution du prix.
2. Celles des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qu'il l'évince.
3. Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur et ceux faits par le demandeur originaire.
4. Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat. "

أ . استرداد قيمة المبيع وقت نزع اليد بالفوائد القانونية

تعتبر قيمة المبيع العنصر الرئيسي في التعويض، وتقدر هذه القيمة وقت الاستحقاق لا وقت البيع⁽¹⁾، وتقدير هذه القيمة يتم بقيمة السوق وليس بقيمتها لدى المشتري، وكثيرا ما تزيد هذه القيمة عن الثمن المدفوع من عند المشتري⁽²⁾، لذلك نجد المشتري يرجع على البائع بقيمة المبيع وليس بالثمن، لكوننا ضمن دعوى ضمان الاستحقاق، وليس بصدد دعوى فسخ أو إبطال العقد⁽³⁾.

باعتبار أن رد القيمة الحقيقية للمبيع عند ثبوت الاستحقاق، يقدر أكثر عدلا للمشتري وهذا حتى لا يتضرر إذا ما نقصت أو ارتفعت قيمة المبيع بين تاريخ إبرام عقد البيع وتاريخ حصول الاستحقاق.

غير أن المشرع الفرنسي في المادة 1630، ألزم البائع برد الثمن إلى المشتري وذلك لكون أن المبلغ الذي دفعه المشتري يشكل الحد الأدنى. فالمبلغ ممكن استرداده حتى لو نقصت قيمته، إلا إذا استفاد المشتري منه حال بيع المواد المستخرجة منه، أي تم استعماله⁽⁴⁾.

ولا يهم هنا إن كان هذا النقص في القيمة راجع إلى القوة القاهرة أو إلى إهمال المشتري. كما أنه لا يستطيع أن يتحصل على أكثر مما دفع فعلا⁽⁵⁾.

غير أن التقنين المدني المصري والجزائري يلزم البائع برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق تطبيقا لقواعد التنفيذ بمقابل، ولا يجوز للمشتري المطالبة بضمان الاستحقاق

(1) فوزية عبد العزيز طه، المرجع السابق، ص 198.

(2) "وتقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق هو مما يستقل به قاضي الموضوع، إلا أنه إذا قدم دليل مقبول وهو هبوط قيمة المبيع عادة باستعماله فترة من الزمن، فإن عليه إذا رأى طرح هذا الدليل و تقدير القيمة على خلافه أن يبين سبب عدم الأخذ به." د/ محمد عبد الظاهر حسين ، المرجع السابق ، ص 61

(3) المشرع المصري في المادة 443 مدني والمادة 411 مدني سوري و المادة 375 مدني جزائري و نقض مدني مصري رقم 225 المؤرخ في 1978/04/27، مجموعة أحكام النقض، س 29، ص 1145. د/ محمد عبد الظاهر حسين، دعاوى عقد البيع، شروطها آثارها مواعيد سقوطها، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1995، ص 60.

(4) لحسن بن شيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص 416.

(5) Planiol Marcel et Ripert Georges, Traité pratique de droit civil, L.G.D.J, 2eme éd-Paris 1956, p120 et121.

إلا من وقت صدور الحكم النهائي بالاستحقاق لكون هذا الأخير يستند أثره إلى وقت رفع الدعوى .

غير أننا نجد المشتري حر، فهو غير مقيد بقواعد التنفيذ بمقابل التي نظمتها المادة 375 مدني جزائري وكذا المادة 443 مدني مصري، وبالتالي يستطيع المطالبة بالفسخ وبالثمن الذي دفعه أو يكتفي بالحصول على قيمة الشيء وقت الاستحقاق.

ب . قيمة الثمار

الأصل أن المشتري ملزم برد ثمار المبيع⁽¹⁾ وردها يكون من يوم العلم بسبب الاستحقاق، وعليه بالرجوع على البائع لمطالبته بقيمة هذه الثمار. أما ما قبضه المشتري من ثمار قبل العلم بسبب الاستحقاق، فلا يطالب بردها إلى المستحق وذلك لحسن نيته، وهذا ما أكدته المادة 2/458 مدني مصري والمادة 837 مدني جزائري التي نصت "يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار ما دام حسن النية" كما هو الحال في المثال المستعمل في بيع ملك الغير، فعلى المشتري امتلاك كل الثمار التي قبضها قبل العلم .

غير أن المادة 1/426 القانون المدني السوري تشترط حق المشتري بالرجوع على البائع بقيمة الثمار، أن يكون المشتري دفع كل الثمن، فإن لم يدفعه كله، يجب أن يخصم من قيمة هذه الثمار الفوائد المستحقة للبائع عن هذا الثمن أو عن الباقي منه طوال المدة التي أنتفع فيها بالمبيع، فلا يجوز له أن يجمع بين الثمار أوقيمتها وبين فوائد الثمن.

لكن بعد وقوع التعرض وعلمه بسبب التعرض، يلزم برد الثمار التي قبضها منذ تاريخ العلم. وقد يدعي المستحق أن المشتري كان عالما بهذه الحالة منذ إبرام العقد، فهو سيء النية وبالتالي يلزم برد الثمار التي قبضها من يوم انعقاد العقد، ولا يمكن أن يرجع بقيمة هذه الثمار على البائع. ويقول الأستاذ "ألان بينا بنت"⁽²⁾ (في ذلك أن رفع الدعوى قرينة على سوء نيته). غير أننا لا نشاطره الرأي لأن في أغلب الأحيان كثيرا ما يكون المشتري ضحية البائع بسبب حسن نيته لا غير.

⁽¹⁾ المادة 2/443 مدني مصري والمادة 2/375 مدني جزائري ، والمادة 30 16 2/ مدني فرنسي.

⁽²⁾ Alain Benabent , Droit civil, les contrats spéciaux civils et Commerciaux, 5^{éd} Montchrestien, 2001, p 146.

ج المصروفات

من حق المشتري في حالة الاستحقاق الكلي المطالبة باسترجاع كل المصاريف التي صرفها على المبيع، سواء كانت هذه المصاريف من المصاريف النافعة أو مصاريف دعوى الضمان والاستحقاق. ولولا هذه المصروفات النافعة لتعرض المبيع إلى الهلاك أو التلف، فهي إذن تزيد في قيمة المبيع.

لكن هناك من يرى⁽¹⁾ أن المطالبة بالمصاريف التي تم إنفاقها في عقد البيع ماثلة في رسوم التسجيل والتوثيق وما إلى ذلك من الأعباء المالية المرتبطة بمرحلة إبرام العقد. . المصروفات النافعة والكمالية

يجب أن تكون المبالغ التي يحق للمشتري أن يطالب بها البائع بعد استرداد الشيء المبيع منه المصروفات النافعة، التي تزيد من قيمة المبيع، ولا توجد في نظرنا ضرورة إن صح التعبير لإنفاقها، فمثلا كأن يقوم المشتري ببناء طابق جديد على الطابق الأرضي للبيت المبيعة أوقيامه بالاستصلاح الأرض الزراعية أوغرس أشجار فيها وكذلك محاولة دفع مصروفات لإضفاء تحسينات أو تغييرات متطورة على آلات أو أجهزة تم شراؤها من الأسواق، أو كإضافة محرك تلطيف الجو أو زيادة الإنارة في السيارة أو غير ذلك.

إذا استحق المبيع من المشتري بعد بذل هذه المصروفات، يتم الرجوع على البائع الذي يلتزم بمقتضى أحكام الضمان أو يتم الرجوع على المستحق. والأولية تكون بالرجوع على هذا الأخير بكل هذه المصروفات لكونه سيصبح المستفيد الجديد بعد الاستحقاق، غير أنه إن لم يستطع الحصول عليها منه، حينئذ يمكن الرجوع على البائع بها أو بالجزء المتبقي منها، إن تم دفع جزء من المستحق.

لقد نصت على هذه المصروفات النافعة المادة 3/443 مدني مصري والمادة 3/375 مدني جزائري وهذا نصها: "... المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية".

كما نصت كل من هذه المواد 784 و 785 مدني جزائري، على نفس هذه المصروفات. حيث نصت المادة 784 على: "إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها، فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل

(1) هوشار كاترين "Hochart - Cath"، المرجع السابق، فقرة 203، ص 160.

سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت، إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الأمر ذلك، وأن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم أودفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها.⁽¹⁾ وتقابل هذه المواد 2/980 و924 و925 مدني مصري.

أما المشرع الفرنسي، فلقد تناول هذه المصروفات في المادة 1634 حيث نصت⁽²⁾:
"البائع ملزم بتعويض المشتري في حالة تعرض الغير، عن كل الترميمات والتحسينات التي أجراها على المبيع."

بخصوص أحقية الرجوع بهذه المصروفات، يتوقف الأمر على مدى علم أعدم علم المشتري بالاستحقاق عند إنفاقها. فإذا كان المشتري حسن النية، أي لا يعلم سبب الاستحقاق في الوقت الذي قام بإنفاق كل هذه المصروفات النافعة، فله أن يستردها من المالك بقدر ما عاد على المبيع من زيادة في القيمة، كما يستطيع الرجوع على البائع بالفرق بين زيادة القيمة ومقدار ما أنفق من المصروفات النافعة.

لكن إذا كان المشتري سيء النية في الوقت الذي أخرج النفقات النافعة، كأن يكون عالما بسبب الاستحقاق أو كان من السهل عليه العلم بذلك أو يكون قد تعهد بصرف هذه النفقات رغم عمله بسبب الاستحقاق، فإن المالك في هذه الحالة يطالبه في أجل سنة لتحطيم أو إزالة ما تم بناءه أو غرسه، مع التعويض عند الاقتضاء، وقد يطلب منه عكس ذلك أي استبقاء التغيرات، مقابل دفع قيمتها المستحقة أودفع مبلغ يساوي الزيادة في المبيع. كما يرجع المشتري على البائع بما تبقى مما أنفق بعد خصم ما تحصل عليه من المالك⁽³⁾.

أما عن المصروفات الكمالية، فهي غير ضرورية لحفظ المبيع وصيانته وتتمثل في مصروفات الزينة والزخرفة والطلاء إن كان المبيع منزلا مثلا، وبالتالي لا يحق للمشتري

⁽¹⁾ قرار رقم 207261 الصادر بتاريخ 2001/02/28، القانون المدني الجزائري المعدل بقانون رقم 05-07 والمؤرخ في 2007/05/13، ص 197.

⁽²⁾ " Le vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser l'acquéreur par celui qui l'évince toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds " .

⁽³⁾ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة 309، ص 388 و كذلك لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق ص 419.

أن يطالب بها المالك ولا البائع إذا كان حسن النية، فهما ملزمان بتعويض الضرر المتوقع فقط. فتبذير هذه المصروفات الكمالية والتي لا يعوض عليها بسبب الاستحقاق لأنها ليست من الأضرار المتوقعة، وتكون فرصة التعويض عليها ان كان المدين يعلم بالاستحقاق وهو حق الأجنبي، فأخفاه، فهذا غش وسوء النية في التعامل⁽¹⁾.

يمكن أن يرجع عليه بها طبقا لما نصت عليه 3/443 مدني مصري والمادة 375 مدني جزائري. كما لا يستطيع الرجوع بهذه المصروفات الكمالية على المستحق، ولا على البائع حسن النية، ففي هذه الحالة عليه إلا إرجاع المبيع إلى حالته السابقة أن كان أمكن. قد يختار المستحق أن يبقي على هذه الكماليات في المبيع ومقابل ذلك يدفع للمشتري قيمتها المستحقة طبقا للمادة 3/980 مدني مصري والمقابلة للمادة 3/839 مدني جزائري والتي تنص: "إذا كانت المصروفات كمالية، فليس للحائز أن يطالب شيء منها غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت بشرط أن يرد الشيء بحالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقياها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم".

. مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان

المشتري يستطيع الرجوع على البائع بمصاريف دعوى التعرض والاستحقاق، تنفيذًا للمادة 4/443 مدني مصري المقابلة للمادة 4/375 في فقرتها الرابعة والخامسة من القانون المدني الجزائري والتي نصت على: "....جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 375".

كما نصت المادة 3/1630 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، أن البائع ملزم بتعويض المشتري عن كل المصروفات التي أنفقها في هذه الدعوى، كالرسوم وأجرة المحامي أو الخبير القضائي وكل المصاريف الأخرى كمصاريف الطعون بالاستئناف أو النقض.

غير أن البائع يستطيع أن يعفي نفسه من بعض هذه المصاريف، إذا أثبت أن بعض المصاريف كان من الممكن تجنبها على المشتري، وذلك بإخطار المشتري إياه

⁽¹⁾ د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 389 و د/ السنهوري، المرجع السابق، و كذلك مج الأعمال التحضيرية

4، ص 96، د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 682، هامش رقم 1.

⁽²⁾ " Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire".

بدعوى الاستحقاق، الذي يقوم باستظهار وثائق وبيانات هامة، وإقامة الدليل بواسطتها وبذلك يبعد الاستحقاق عنه (1) ولكن عدم الإخطار أدى بالمشتري إلى دفع النفقات بغية الحصول مثلا على نفس الوثائق من الوكالة العقارية أو غيرها. وبالتالي فما زاد المشتري من نفقات كالمصروفات، لا يمكن الرجوع بها على البائع، لكونه هو المتسبب في الخطأ(2) وليس على البائع إثبات عكس ما يدعيه المشتري.

. ما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب

علاوة على العناصر التي نكرها كل من المشرع المصري والجزائري، وكذلك المشرع الفرنسي في تقدير التعويض للمشتري في حالة استحقاق المبيع، هناك تعويضا آخر متمثل في: "... تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع " المادة 5/443 من القانون المدني المصري والمادة 5/375 من التقنين المدني الجزائري.

أما المادة 4/1630 (3) من التقنين المدني الفرنسي، فقد نصت على التعويض عن الخسارة وما فات المشتري من كسب، فهو تعويض عبرت عنه القواعد العامة المطبقة بشأن المسؤولية العقدية. فتعويض الخسارة، قد يشمل على مصاريف السفر ومصاريف معاينة المبيع أو الضرائب العقارية المدفوعة(4) أو مصاريف تحرير العقد ورسوم التسجيل(5). وهناك كذلك مصاريف تسليم المبيع(6).

فما يمكن قوله أن هذه الأمثلة المذكورة المعبرة والموضحة لخسارة الدائن جاءت هنا على سبيل المثال ولا الحصر نظرا لتنوعها في عقود البيع.

أما عن التعويض عما فاته من كسب، فالمقصود منه ضياع الربح وحرمان المشتري منه بسبب ما زاد في قيمة المبيع، فيرجع على البائع بتعويضه عن الربح الذي فاته كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق.

(1) د/ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، فقرة 86، ص 175.

(2) د/ السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، فقرة 4، ص 682.

(3) «Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat».

(4) د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 683 و نقض مدني فرنسي، الغرفة 03، بتاريخ 1991/01/16، لحسن آث ملويا، المرجع السابق، ص 422، هامش رقم 01.

(5) Malaurie et Aynes ,op, cit, p198.

(6) د/ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 175، 176.

. طلب فسخ العقد أو إبطاله

قد لا يؤسس المشتري دعواه على أساس وأحكام ضمان الاستحقاق، فتجده يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة في عقد البيع وغيره من العقود، و ذلك بمطالبة فسخ عقد البيع أو إبطاله، وهذا ما جاء به نص المادة 443 مدني مصري والمادة 375 مدني جزائري. غير أن القانون الفرنسي، فلم ينص على هذه الحالة في المادة 1630، بل تناولها في نص المادة 1636 المتضمنة للاستحقاق الجزئي وحق المطالبة بالفسخ من جراء ذلك. فإذا أسس دعواه على طلب الفسخ، وصدر الحكم بذلك، يقع الاسترداد بينهما إن كان غير مستحيلا، ويمكن للمشتري استرجاع الثمن المدفوع في المبيع ومبالغ التعويض نتيجة للأضرار التي لحقت به (1).

غير أنه يستطيع إقامة دعواه على إبطال البيع، لكون أن المبيع هو ملك الغير ولا اعتبار المشتري حسن النية كذلك، ومن حقه في هذه الحالة المطالبة بثمن المبيع والتعويض عن الخسائر التي لحقت به، حتى لو كان البائع حسن النية. أما إذا كان المشتري سيء النية فيرجع على البائع سوى بالثمن الذي دفعه.

أخيرا يمكن القول أن ما استقر عليه الفقه المصري (2) والفرنسي أن مبدأ حسن النية لا يؤثر في التزام البائع بالتعويض، بحيث البائع حسن النية يكون ملزما بتعويض الضرر المتوقع فقط، أما البائع سيء النية، فيعوض المشتري عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة لكون أن سوء النية، يعتبر ظرف تشديد للجزاء المدني والمتمثل في التعويض.

أما عن موضوع التعويض فيما يخص الاستحقاق الكلي في البيع الإلكتروني هناك من يرى أنه إذا نجح الغير وتم استحقاق المبيع يستفيد المشتري أو المستهلك بتطبيق القواعد العامة، ولا داع لخصوصية البحث عن أحكام التعرض والاستحقاق، وبالتالي يمكن الرجوع على البائع الإلكتروني بثمن المبيع، وكذلك ما أنفق المشتري من مصروفات

(1) د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 390.

(2) د/منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 340 ود/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 684. و د/شفيق الجراح، المرجع السابق، ص 167. وكذلك:

بمختلف أنواعها، والتي سبق ذكرها في البيع التقليدي، وتطبيق أحكامها لاعتبارها مازالت هي المصدر الأساسي والعام رغم تغير البيع من الكلاسيكي إلى الإلكتروني. وكما يستطيع المشتري المطالبة عند استحقاق المبيع بمقدار الخسارة التي لحقت به من جراء هذا الاستحقاق، وكذلك عن ما فاتته من كسب⁽¹⁾.

حبذا لو أن التشريعات التي نظمت التجارة أوالبيع الإلكتروني، نصت على التزام البائع الإلكتروني بإرجاع المبالغ المدفوعة في حالة ما إذا لم يتم تسليم المبيع أوالتأخير في تسليمه لأسباب مختلفة، وكذلك على إرجاع هذه المبالغ والمصروفات المدفوعة من قبل المشتري في حالة تسلمه أوعدم تسلمه للمبيع نتيجة وقوع التعرض والاستحقاق للمبيع. ولذا فلا بد من تطبيق القواعد العامة على التعرض للمبيع الإلكتروني، لأن كل الدول التي نظمت البيع أوالتجارة الإلكترونية لم تحتوي قوانينها على نصوص تتعلق بالتعرض في البيع الإلكتروني وذلك اعتقادا باستحالة وقوع التعرض في البيع الإلكتروني، وهذا الاعتقاد خاطئ نظرا لكثرة أمثلة التعرض خاصة في عقود بيع برامج المعلوماتية وغيرها غير أنه فيما يخص التعويض، وعند وقوع الاستحقاق الكلي للمبيع مثلا في برامج المعلوماتية، كمحل التعاقد التي تم بيعها للغير، أوجيرها من سلع مادية أخرى، فعلى المشتري أن يطالب البائع بالثمن الذي دفعه نتيجة الاستحقاق الكلي وكذا ما فاتته من أرباح وكسب بعد حرمانه من المبيع، وما لحقته من خسارة وكذا جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق⁽²⁾. وفي حالة إخلال البائع لالتزامه بضمان التعرض، يجبره المشتري بالالتزام بالتنفيذ العيني، مثلا قيامه بتوقيف نشاط الفيروس المدمر للبرنامج المبيع، أو بالالتزام عن طريق التعويض، وكذا بتحمل النفقات والمصروفات التي خلفها الاستحقاق و تعويض ما فات المشتري من كسب وما تحمل من خسارة.

2- أثارا لاستحقاق الجزئي

يقصد بالاستحقاق الجزئي للمبيع هو ثبوت ملكية الغير لجزء من المبيع ويتحقق ذلك بطرق مختلفة، فقد يستحق جزء مفرز أوحصة شائعة في العين كلها⁽³⁾، أويكون من

(1) د/ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1962، ص115 و د/حسن عبد الباسط جمعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1998، ص 251، 252.

(2) د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 251 و252. د/ حسن جمعي، المرجع السابق، ص 251 و252.

(3) د/ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 146 و د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 687.

شأنه أن يتقله بتكاليف، أويحرم المشتري من حق تكليف على عقار آخر⁽¹⁾ مثل حق انتفاع أورهن أو حكر أو ارتفاق غير ظاهر⁽²⁾ أو الاستعمال إلى آخره، "فالاستحقاق الجزئي هو الاستحقاق الذي يؤدي إلى انتقاص في مقدار المبيع، بحيث لا يشمل هذا النقص جميعه أويكون من شأنه أن يتقله بتكاليف أويحرم المشتري من حق أو تكليف آخر."⁽³⁾

يترتب عن الاستحقاق الجزئي حرمان المشتري من بعض الفوائد المترتبة عن عقد البيع، كثبوت ملكية جزء من المبيع للغير المتعرض أوبعض ملحقاته كحق الارتفاق أو الإيجار أورهن على المبيع، وأثبتت حق آخر غير حق الملكية.

لقد تناولت المادة 1636 مدني فرنسي والمادة 444 مدني مصري، والمقابلة لنص المادة 376 مدني جزائري، حالة الاستحقاق الجزئي ولقد جاء بنص المادة 376 ما يلي: "في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع أوفي حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه عنه.

إذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ المقدار المشار إليه في الفقرة السابقة، لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع."⁽⁴⁾

يتبين من خلال المادة 375 مدني جزائري والمادة 444 مدني مصري، اختلاف حكم الاستحقاق الجزئي بحسب ما إذا كانت الخسارة المترتبة عنه جسيمة أو غير جسيمة ويمكن اعتبارها جسيمة بحيث لو علم بها المشتري من قبل لما أبرم عقد البيع. ومعيار الجسامة معيار شخصي، يتوقف على اختلاف الأحوال واختلاف الغرض الذي قصده المشتري من الشراء⁽⁵⁾.

(1) د/ سليمان مرقس ، المرجع السابق، فقرة 211 ، ص 391.

(2) لقد نصت المادة 1638 على الارتفاق غير الظاهر ذو الأهمية الكبيرة على المبيع ، بحيث لو علم به المشتري لما قدم على شرائه وبإستطاعته المطالبة بفسخ العقد.

(3) د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، فقرة 247 ، ص 465.

(4) د/ حسام الأهواني ، المرجع السابق ، ص 605 و د/ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 687 .

ود/ محمد حسن قاسم ، المرجع السابق، ص 341.

(5) أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 208 و د/ زهير حرح و د/ علي الجاسم ، المرجع السابق، ص 393.

وهذا ما أدى بالمشرع في الاستحقاق الجزئي إلى التفرقة بين حالتين هما: حالة الاستحقاق الجزئي الجسيم وحالة الاستحقاق الجزئي اليسير.

أ. حالة الاستحقاق الجزئي الجسيم وأثاره

يصل الاستحقاق الجزئي في هذه الحالة، مستوى أودرجة من الجسامة حتى يعاب الشيء المبيع، فتلحق بالمشتري خسارة، فلو كان يعلم بها لما أقدم على الشراء، وتقدير هذه الجسامة تعود إلى سلطة القاضي موضوع النزاع.

لو اشترى شخص قطعة أرض لبناء فندق أو مصنع ثم يقع استحقاق على جزء هام من هذه الأرض، وبقي جزء غير كاف لبناء الفندق أوالمصنع. ففي هذه الحالة، يحق للمشتري مطالبة البائع بالمبالغ المنصوص عليها في المادة 444 مدني والمقابلة للمادة 375 مدني جزائري والمتعلقة بالاستحقاق الكلي. والملاحظ أن مضمون المادتين احتوى على أحكام تتشابه وحالة الاستحقاق الكلي أوحالة العيب الخفي أوتخلف الصفة في المبيع⁽¹⁾.

نجد المشتري مطالبا البائع بجميع عناصر التعويض، مقابل رد المبيع مع فوائده وباستطاعته كذلك المطالبة بإبطال العقد أوفسخه.

أما إذا فضل المشتري استبقاء الشيء والاحتفاظ به، رغم وجود هذا الاستحقاق فعليه الرجوع على البائع عما لحق به من خسائر وتفويت فرص الكسب⁽²⁾.

الاستحقاق الجزئي في القانون المدني الفرنسي ينص على أن للمشتري الخيار بين استبقاء المبيع وبطلب التعويض على الجزء المستحق منه مع اعتبار النقص أوالزيادة في قيمته منذ وقوع البيع، وهذا ما أكدته م 1637 مدني فرنسي⁽³⁾:

(1) د/محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص63.

(2) د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة 211 ، ص392. ود/ أنور طلبية، نفاذ وانحلال البيع، دون ذكر الطبعة، دار الكتب القانونية للنشر ، مصر، سنة 2003، ص272 و273.
و د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، فقرة 247 ، ص468.

(3) Si dans le cas de l'éviction d'une partie du fonds vendu, la vente n'est pas résiliée, la valeur de la "partie dont l'acquéreur se trouve évincé, lui est remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction, et non proportionnellement au prix total de la vente, soit que la chose vendue ait augmenté ou diminué de valeur " .

"في حالة استحقاق جزء من المال المبيع ولم يقع إنهاء البيع، فإنّ المشتري يحصل على تعويض عن قيمة الجزء من المبيع المنزوعة يده منه تبعا لقيمته وقت نزع اليد، وليس تناسيبا مع الثمن الإجمالي للمبيع سواء زادت قيمة الشيء المبيع أم لم تزيد."⁽¹⁾

ب . حالة الاستحقاق الجزئي اليسير وأثاره

هذا النوع من الاستحقاق عادة لا يتسبب في خسائر المشتري، فما على هذا الأخير إلا استبقاء المبيع والمطالبة بالتعويض⁽²⁾ عما لحقه من ضرر بسبب هذا الاستحقاق الجزئي والتعويض هنا يقدر طبقا للقواعد العامة. وإن تحديد ما إذا كان الاستحقاق الجزئي جسيما أو يسيرا يرجع فيه إلى قصد المشتري⁽³⁾ والمعيار ذاتي كما أن تحديد نوعية جسامته الاستحقاق الجزئي تخضع لتقدير قاضي الموضوع، وذلك وفقا لظروف كل حالة وبدون رقابة من محكمة النقض⁽⁴⁾. فحسب التقنين الفرنسي إن وقع استحقاق جزئي، وأختار المشتري استبقاء المبيع فعليه مطالبة البائع بتعويضه عن الجزء الذي تم الاستحقاق فيه وذلك تبعا لقيمته وقت نزع اليد وليس تناسيبا مع الثمن الاجمالي للمبيع سواء زادت قيمة الشيء المبيع أو بقيت على حالها وذلك طبقا لنص المادة 1637 من القانون المدني.

أما فيما يخص التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي في عقد البيع الإلكتروني، فقد يكون المبيع فيه منقولاً معنوياً أو مادياً، فإذا كان المبيع شيئاً معنوياً كبرامج الحاسب أو أعداد تصاميم، فإنه إذا استحق جزء من البرنامج أو من الحاسبات المبيعة⁽⁵⁾ أو أنها كانت مثقلة بتكاليف مما ألحق الخسارة بصاحبها، فهنا ما على هذا الأخير إلا الرجوع على البائع المهني وفقاً للأحكام المتعلقة بالعيب الخفي، والمطالبة بالتعويض عليها إن كان الاستحقاق فيها جسيماً، وإن كان عكس ذلك، فما على المشتري إلا استبقاء المبيع والمطالبة باستكمال ما استحق للغير كالمطالبة بإعادة تصميم الجزء الذي استحق والتعويض عن الأضرار الناجمة عن تعرض الغير⁽⁶⁾.

(1) ترجمة النص مأخوذة من لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 428.

(2) د/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 296 ويشمل التعويض ما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب.

(3) د/ جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 209.

(4) د/ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 180 و د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 342.

(5) د/ مدحت محمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 124.

(6) يحي محمد حسين راشد الشعبي، المرجع السابق، ص 151.

نفس هذه الأحكام أعلاه ممكن أن تنظم الاستحقاق الجزئي الذي يقع على المنقول المادي في البيع الإلكتروني، فمثال ذلك كأن يتم بيع بضاعة أو أجهزة لم ينشأ استحقاق جزئي عليها للغير، كاستحواد أو حبس البائع لجزء من البضاعة لعدم قيام المشتري بدفع الثمن المتبقي في المبيع أو كأن يقوم أحد الأشخاص باستحقاق جزئي للمبيع على أساس أنه يملك المبيع ملكية شيوع مع البائع، ويكون هذا الأخير قد تصرف في المبيع بمفرده دون علم ومواقفه المالك على الشيوع.

لكن يمكن القول أن الاستحقاق الجزئي في البيع الإلكتروني كثير الوقوع في المنقول المعنوي، وذلك لكثرة التعامل بالمبيع في هذا النوع من المبيع، ولكونه لا يرتب أعباء في تسليم المبيع الذي يتم إرساله بطريقة إلكترونية أي عبر الانترنت، غير أن تسليم المنقول المادي كالبضائع أو الأجهزة يتم إرساله عبر وسائل النقل المختلفة المعروفة.

المبحث الثالث

أحكام تعديل الضمان

أحكام ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع ليست من النظام العام، فإنه يمكن لأطراف العقد الاتفاق على تعديل أحكامه بإرادتيهما. ويكون التعديل إما بتخفيف الضمان أو تشديده أو إسقاطه أحياناً. فبتاريخ 07 يوليو 1964، قد أعلنت محكمة النقض المصرية على تعديل أحكام الضمان حيث جاء في قرارها: "إن التزام البائع القانوني بالضمان يقبل التعديل باتفاق الطرفين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض." (1) فأحكام الضمان في الحقيقة أساسها قائم على المسؤولية العقدية التي تتطلب تنفيذ التزامات الطرفين في العقد، غير أن قد ينفق المتعاقدين على تغييرها. ولذا تقتضي الدراسة تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الاتفاق على إنقاص الضمان

المطلب الثاني: الاتفاق على تشديد الضمان

المطلب الثالث: الاتفاق على إسقاط

المطلب الأول

الاتفاق على إنقاص الضمان

يستطيع المتعاقدين في عقد البيع وفي غيره من العقود الاتفاق على الإنقاص من الضمان كالإنقاص من حقوق أو التزامات بعضهما. حتى ينجز هذا الاتفاق لابد من توافر شروط وهي أن لا يكون الاستحقاق ناشئ عن فعل البائع وكذلك عدم تعمد البائع إخفاء حق الغير على المبيع. وبالتالي قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول : مفهوم الاتفاق على الإنقاص من الضمان وشروطه

الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من الاتفاق بإنقاص الضمان.

(1) محكمة النقض المصرية، قرار بتاريخ 03 مايو 1962، سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في التعويض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر، ص51.

الفرع الأول

مفهوم الاتفاق على إنقاص الضمان وشروطه

يقصد بهذا الاتفاق تخفيف الضمان، فهو أكثر الضمانات شيوعا خاصة من الناحية التطبيقية فهو إذن تخفيف لعبء الضمان وهو: "أكثر تداولاً بين المتبايعين لما يملكه البائع عادة من إمكانيات لأجل فرضها، أي الشروط المخففة، خصوصا في مجال العقود الاستهلاكية وعقود الإذعان."⁽¹⁾

فيمكن للبائع والمشتري الاتفاق على إنقاص حقوق هذا الأخير عند استحقاق المبيع للغير فيصبح البائع مسئولا.

مثال هذا الاتفاق، كالتزام البائع برد ثمن المبيع للمشتري عند وقوع الاستحقاق دون الالتزام برد التعويضات الأخرى⁽²⁾. ويرجع السبب في الاتفاق على تخفيف أو إنقاص الضمان بكثرة من طرف المشتري وإلى إنفراد البائع بالتحكم في شروط العقد الهادفة لتحقيق مصلحته على حساب المشتري. وعند تفسير العقد المبرم بين البائع والمشتري الذي يحتوي على الاتفاق على إنقاص الضمان، عند وجود الشك، يفسر شرط إنقاص الضمان ضد البائع، ويلزم أن تكون عبارات إنقاص الضمان واضحة للدلالة على إرادة المتعاقدين في الإنقاص⁽³⁾.

أما عن الشروط الواجب توافرها للاتفاق على تخفيف أحكام الضمان، فهي كثيرة واخترنا من بينها ما يلي:

. الشرط الأول: أن لا يكون الاستحقاق ناشئا من فعل البائع

يقصد من هذا الشرط إذا كان الاستحقاق سببه البائع، فإن الاتفاق في هذه الحالة يعتبر باطلا لكونه قد تسبب في استحقاق المبيع للغير، ومثل هذا الشرط لا يعمل به ويكون البائع على ذلك، ومثال هذه الحالة، قيام البائع ببيع عين إلى مشتر أول الذي لم

(1) د/عبد القادر العرعري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول: عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الأمان المغرب، سنة 2010، ص187 و د/خمس خضر، المرجع السابق، فقرة 131، ص 221.

(2) د/الجمال مصطفى، عقد البيع، المكتب المصري الحديث للنشر، مصر، دون ذكر سنة النشر، ص150 و151. ربحي محمد أحمد هزيم، المرجع السابق، ص102.

(3) Malaurie et Aynes, Droit civil, tome 08, les contrats Spéciaux 1999, 13 éd. P 197.

يقم بتسجيل عقد البيع فقام البائع ببيع نفس العين لمشتري ثان الذي سجل العقد، فنتج عن ذلك استحقاق المبيع من المشتري الأول، فان كان البائع قد اشترط عليه تخفيف التزامه بالضمان، فهذا الإجراء غير قانوني، فالبائع مسئول عليه.

. الشرط الثاني: عدم تعمد البائع في إخفاء حق المستحق

إذا كان البائع يعلم بحق الغير على المبيع وتعمد إخفاء الحقيقة على المشتري، فان اشترط تخفيفه للضمان في عقد البيع لا يجوز، وهذا نتيجة غشه بعدم إخبار المشتري بوجود حق الغير على المبيع، فلا يستفيد البائع من غشه، فيمنع عليه الاتفاق على تخفيف أحكام الضمان لكونه قد أدخل بواجب الأمانة والإخلاص في التعاقد⁽¹⁾.

الاتفاق على إنقاص أو تخفيض الضمان يقع إما على عمل من أعمال الموجبة للضمان كعدم ضمان البائع ما يظهر على المبيع من حقوق اتفاق خفية، لا يعلم بها المشتري عند البيع أو كعدم ضمان الاستحقاق الذي يرجع سببه إلى بطلان سند ملكية البائع لوجود عيب معين فيه، أو على فسخه لتحقيق الشرط الفاسخ.

يقع كذلك هذا الاتفاق على إنقاص الضمان على مقدار التعويض المستحق للمشتري عند حدوث الاستحقاق الكلي أو الجزئي للمبيع، ولو زادت قيمته وقت الاستحقاق أو كذلك أن لا يرجع عليه بالمصروفات حتى ولو كانت نافعة⁽²⁾.

كذلك من بين الشروط الهادفة لتخفيف الضمان، اشتراط البائع على المشتري ضرورة إخطاره بسبب التعرض أو الاستحقاق خلال زمن معين وإلا سقط حقه في الرجوع على البائع.

الفرع الثاني

موقف القانون المقارن من الاتفاق على إنقاص الضمان

لقد أجاز التقنين المدني الفرنسي والمصري والجزائري حق تعديل أحكام الضمان بالانقاص أو التشديد أو الإسقاط وذلك حفاظاً لحق المكتسب. فنجد أن المواد المذكورة في شأن التشديد والإسقاط قد نصت كذلك على إمكانية إنقاص الضمان بالاتفاق.

(1) د/ قاسم محمد حسن، الموجز في عقد البيع، المرجع السابق، ص303.

(2) د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص283.

وفقا لتلك المواد فشرط التخفيف يعتبر صحيحا، لكن يمكن أن يبطل في حالة علم البائع بالاستحقاق أو تعمد في عدم إعلام المشتري بحق الغير- الفقرة الثالثة من المادة 445 مدني مصري والفقرة الثالثة من المادة 377 مدني جزائري، أما المادة 1627 من التقنين المدني الفرنسي لم تنص على هذه الحالة.

فيما يخص الاتفاق على تعديل أحكام الضمان في البيع الإلكتروني، يمكن أن نقول أن قواعد الضمان ليست قواعد أمر، وبالتالي يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها سواء في عقد البيع التقليدي أو الإلكتروني، وتكون هذه المخالفة إما بالتشديد أو الإنقاص أو الإعفاء.

الاتفاق بالتشديد في الضمان في البيع الإلكتروني متمثل في صور عديدة، نذكر منها: كأن يطلب المشتري من البائع ضمانه من كل الإدعاءات التي تطرأ على المبيع حتى ولو كانت غير صحيحة، وكذلك أن يضمن الاستحقاق للمبيع الكلي حتى ولو كان الاستحقاق جزئي لحق المشتري في المبيع.

فعلى البائع الإلكتروني أن يضمن حماية كاملة للمشتري كضمان الشيء المبيع بأكثر من مدة صلاحيته للاستعمال أو ضمان عدم التعرض بالفيروس عند بيع برامج الكمبيوتر أو غيرها وذلك بتسليم البائع للمشتري برامج أخرى مضادة لمحاربة الفيروسات التي قد تلحق ضررا بهذه البرامج مستقبلا⁽¹⁾.

من أهم الأمور التي تثير قلق المشتري الإلكتروني وتجعله يشك في وجود تعرض أو استحقاق للمبيع سواء من طرف البائع أو الغير يكمن في أغلب الأحيان في عدم معرفة شخصية البائع الإلكتروني بالقدر الكافي. بحيث إن تحددت شخصيته، يتحقق عنصر الأمان وتقل الشكوك والتخوف من وقوع التعرض لدى المشتري، هذا من جهة ومن جهة أخرى يستطيع القيام بالتحري عنه وعن المبيع المقصود بالشراء.

(1) يحي محمد حسين راشد الشعبي ، المرجع السابق، ص102.

وبالتالي لا بد من التشديد في الضمان وذلك بالإدلاء له بأقصى المعلومات عن البائع الإلكتروني تتعدى المعلومات التي نص عليها المشرع في البيع الإلكتروني الفرنسي⁽¹⁾ واللبناني⁽²⁾ والتونسي⁽³⁾.

بعد ذكر بعض أمثلة الاتفاق على الزيادة أو التشديد في الضمان، نقوم الآن بتقديم أمثلة أخرى عن التخفيف أو إنقاص الضمان. يمكن القول أن البائع هنا أكثر ما يتفق عليه مع المشتري هي الزيادة في الضمان، وليس إنقاصها وهذا لهدف ترويج تجارته وترك المشتريين والمستهلكين الإسراع على الإقدام على إبرام العقد معه.

غير أننا لا نستبعد حدوث الاتفاق على إنقاص الضمان بينهما، كأن يشترط البائع بعدم ضمان تعرض الإدعاءات التي لا أساس لها من الصحة أو كذلك بعدم ضمان إلا جزء بسيط من التعويضات، إذا وقع استحقاق جزئي للمبيع، أو قد يتفق كذلك مع المشتري على عدم التعرض لبعض الأجهزة المبيعة بفيروسات في برامجها كأجهزة الكمبيوتر وغيرها⁽⁴⁾.

إن أحكام تعديل الضمان المنصوص عليها في القواعد العامة، يمكن تطبيقها في عقد البيع الإلكتروني، إلا أنه في سبيل حماية المستهلك لا يجوز إنقاص الضمان أو الاتفاق على إسقاطه، بل لا بد من زيادته⁽⁵⁾.

ومن الضرورة أن تدرج، جميع القوانين الحديثة، وخاصة قوانين حماية المستهلك الإلكتروني وقوانين التجارة الإلكترونية نصوص خاصة وصريحة حول أحكام الزيادة في الضمان، لأنها تورث الثقة لدى المستهلكين عبر الانترنت وتجعلهم أوفياء لعملائهم مما يجعل حجم المعاملة بالعقود الإلكترونية في تزايد مستمر.

(1) القانون الفرنسي للاستهلاك والتوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997.

(2) قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 13068 لسنة 2004 المنشور بتاريخ 2004/08/05، الفصل العاشر (المعاملات الإلكترونية)، المادة 52 منه.

(3) قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، المادة 25 منه.

(4) د/عزة محمد أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، عين شمس، مصر، سنة 1994، ص72.

(5) د/ عمر زريقات، المرجع السابق، ص334، وكذلك صاحب الفتاوي، العقود المسماة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر، الأردن، سنة 1996، ص 115 و 116.

المطلب الثاني

الاتفاق على تشديد الضمان

الاتفاق على تشديد أو الزيادة في الضمان أمر نادر الوقوع لكون هذا النوع من الاتفاق يزيد من التزامات البائع ثقلا ويضعف مسؤوليته، وفي نفس الوقت يزيد من ضمان المشتري، فكل العقود التي يبرمها الأشخاص، ومنها عقد البيع تحتوي على ضمان الاستحقاق والحرص على تنفيذه، فرغم ذلك، نجد أن رغبة المشتري الكبيرة في الحرص أكثر على ملكيته، يدفع بالبائع لالتزام أكثر بالضمان ويتفق معه على تلك الزيادة.

لذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الاتفاق على تشديد الضمان و صوره

الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من الاتفاق على تشديد الضمان.

الفرع الأول

تعريف الاتفاق على تشديد الضمان وصوره

قد يتفق المتعاقدين في عقد البيع وغيره من العقود الأخرى، على التشديد أو الزيادة في الضمان. والمقصود من ذلك هو ضمان الأعمال التي لا تدخل ضمن الأحكام العامة للضمان والتي تزيد ارتياحا وضمانا للمشتري وتضيف ثقلا ومسؤولية للبائع.

عند الاتفاق على الزيادة في الضمان، لا بد أن تكون عبارات الاتفاق واضحة ومعبرة عن إرادة المتعاقدين، فلا يمكن الاعتماد على العبارات العامة المتداولة في المعاملات المدنية أو التجارية، كاشتراط المشتري ضمان كل أنواع التعرض والاستحقاق أو الرهون لكون أن هذه العبارات لا تضيف جديدا للأحكام السابقة⁽¹⁾ ولا تؤدي إلى الزيادة في الضمان فبالتالي لا بد أن يحتوي اتفاقهما على بيان قائمة الأعمال أو التصرفات المضمونة من طرف البائع، بالإضافة إلى ما تلزمه به القواعد العامة في الضمان، والرهون إن وجدت بالمبيع.

هناك من يرى الأحسن في هذه الحالة، امتثال المتعاقدين لأحكام الضمان القانوني المجردة من الزيادة أو النقصان أو الإعفاء⁽²⁾. أي عدم تحميل البائع ما لا يطبق

(1) د/سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، الفقرة 73 ، ص 391

(2) د/عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 697 وتوفيق فرج ، المرجع السابق، ص 683.

حملة، وعلاوة على ذلك، فإنّ الاتفاق على الزيادة أو تشديد الضمان، يفسر فيه العقد عند الشك لمصلحة المدين (البائع) طبقاً لقواعد العامة.

من أمثلة الزيادة في الضمان، نذكر مطالبة المشتري البائع بالضمان، بمجرد إيداع حق الغير على المبيع قبل أن يقع التعرض فعلاً، وكذلك مطالبة البائع بضمان القوة القاهرة أو حق ارتفاق ظاهر، أو ضمان استحقاق كلي لاستحقاق جزئي الذي وقع فيه المشتري⁽¹⁾. كذلك رجوع المشتري على البائع بقيمة التحسينات الكمالية التي أحدثها في المبيع، حتى لو كان البائع حسن النية.

الأمثلة المعروفة والمشهورة في هذا الموضوع، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾ بتاريخ 21 جوان 1967 صدر حكم في عقد بيع متعلق بقطعة أرض ورد فيه شرطاً يلزم البائع بعدم القيام بأي فعل في أرضه المجاورة للأرض المباعة من شأنه حجب نظر المشتري وعدم تمتعه بمنظر نهر لسين -La saine- بفرنسا - فالبايع هنا مقيد، فلا يستطيع البناء عليها، ولا غرس أشجار لا اعتبارها حاجزاً لمبتغى المشتري.

كما تجدر الإشارة إلى أن الزيادة في الضمان مثلها مثل الإعفاء منه كليهما يرتب آثار قانونية لا تكون في صالح المتعاقدين وبالتالي الأفضل للمتعاقدين الالتزام بما جاءت به النصوص القانونية دون تجاوزها والاتفاق على تعديلها.

الفرع الثاني

موقف القانون المقارن من الاتفاق على تشديد الضمان

موضوع التشديد في الضمان قد نظمته وأقرته التقنيات المدنية المختلفة منها التقنين المدني الفرنسي وذلك في المادة 1627، وكذا التقنين المدني المصري في المادة 2/445 والتقنين المدني الجزائري في المادة 2/377.

غير أنه يمكننا القول بأن هذا النوع من الاتفاق نادر التطبيق والسبب راجع إلى المركز القانوني الضعيف لأحد المتعاقدين في بعض العقود مثل عقود الإذعان، فلا يسمح للطرف المدعى المناقشة والاتفاق على زيادة الضمان فيه.

(1) د/محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص311.

(4) جوريس كلاسور الدوري (jcl.p)، 1967، رقم 04، ص170. د/محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص122.

قد يرجع كذلك إلى اعتقاد المشتري بأن أقصى مراتب الضمان يحددها القانون وان لا دخل لإرادة المتعاقدين فيها مما يجعله يكتفي بهذا التحديد. يتعين أن يكون الاتفاق على الزيادة في الضمان صريحا وان تكون العبارات الدالة عليه في العقد واضحة لكون أن الغرض من ذلك هو تأمين المشتري من الخطر الذي يهدده كالتعرض والاستحقاق وعدم تحقق الزيادة في التعويض.

المطلب الثالث

الاتفاق على إسقاط الضمان

يعد الاتفاق على الإعفاء من الضمان من إحدى التعديلات الاتفاقية التي يمكن التعامل بها في عقد البيع إلا أن اتفاق الإعفاء نادرا ما يلجأ إليه المتعاقدين نظرا لصعوبة تحمل ثقل المسؤولية فيه سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري. وعليه، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مفهوم إسقاط الضمان وحالات سقوطه

الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من إسقاط الضمان.

الفرع الأول

مفهوم إسقاط الضمان وحالات سقوطه

يقصد بالإعفاء من الضمان، إسقاطه، أي أن البائع في هذه الحالة لا يكون مسئولا عن التعويض وكذلك في مواجهة التعرض الذي يصادفه المشتري من قبل الغير، سواء كان هذا التعرض كلي أو جزئي. والاتفاق على الإعفاء يستلزم حسن النية في البائع. إذن قد يتفق المتعاقدين في عقد البيع أحيانا على إعفاء البائع أو إسقاط التزامه بالضمان ويكون ذلك إما من خلال الاتفاق في العقد أو باتفاق لاحق، كما أن هذا الاتفاق لا بد أن لا يكون فيه لبس أو غموض، لأن في حالة وجود اللبس، فيفسر لصالح المكتسب المضمون له (1).

غير أن الاتفاق على إعفاء البائع من الضمان باطل لكون الضمان جوهر وأساس التعاقد عامة وبالأخص في عقد البيع (2). إلا أن هناك حالات تسقط حق المشتري في مطالبة

(1) د/ جاسم علي سالم ناصر، المرجع السابق، ص554.

(2) د/ توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص296.

البائع بالضمان، ويكون ذلك الاتفاق صحيحا إذا كان البائع حسن النية، أي لا يعلم بحقوق الغير على المبيع عند إبرام عقد البيع وإلا كان شرط الإعفاء باطلا⁽¹⁾. كما أن حالة الإعفاء من الضمان تتحقق إذا اشترى المشتري ساقط الخيار وكان عقد البيع يحتوي شرط إعفاء البائع من الضمان⁽²⁾.

لا يمكن للمشتري الرجوع على البائع به وذلك ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها حيث جاء فيه: "إن إقدام المشتري على الشراء مع علمه بحق الغير على المبيع، والعيب اللاصق، يسند البائع وتحت مسؤوليته أو التزامه ألا يعود على البائع بشيء في حالة استحقاق المبيع كله أو بعضه له أثره في سقوط حقه في الضمان."⁽³⁾

غير أن هناك بعض التشريعات، كالقانون المدني الأردني في المادة 507، التي لا تجيز للبائع اشتراط عدم ضمانه للثمن عند وقوع استحقاق للمبيع. فلا يجوز إعفاء البائع من ضمان الثمن إذن في حالة استحقاق المبيع للغير وأن وجود هذا النوع من الشرط بين المتعاقدين يؤدي بالضرورة إلى فساد العقد⁽⁴⁾.

فيما يخص حقوق الارتفاق، سواء كانت ظاهرة أو خفية، فإذا أعلم البائع المشتري بوجوده أو سكت هذا الأخير عنها، فيمكن اعتبار سكوته قبولا على إعفاء البائع من الضمان⁽⁵⁾.

بالإضافة لهذه الحالات المذكورة أعلاه في سقوط حق المشتري في الضمان، هناك حالات أخرى، تكمن في تصالح المشتري مع مدعي الاستحقاق أو الإقرار بحقه على المبيع وكذلك حالة حق الارتفاق. فإذا تصالح المشتري مع الغير بدفع مبلغ معين بدلا من المبيع أو بتقديم حق عيني آخر، فهذا الإجراء يمنعه من الرجوع على البائع بالضمان عند إثبات هذا الأخير أو الغير أن المشتري لم يكن محقا في دعواه.

(1) د/ أبو قرين أحمد عبد العال، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص355.

(2) د/ أنور طلبية، نفاذ وانحلال البيع، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2003، ص276 و 277 وكذلك د/ قاسم محمد حسن، عقد البيع، المرجع السابق، ص305 و306.

(3) قرار محكمة النقض المصرية رقم 901 لسنة 68 ق جلسة 30-05-1999، د/ الدسوقي عزت مصطفى، الموسوعة الحديثة في أحكام النقض لعام 1999، دار محمود للنشر، مصر، سنة 2000، ص214.

(4) د/ سوار محمد وحيد، الاتجاهات العامة في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، سنة 2001، ص 328 و329.

(5) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص703 و704 و705.

إذا تم تصالحه مع الغير قبل صدور الحكم القضائي بدعوى الاستحقاق، فيستطيع الرجوع على البائع بالضمان، غير أنه إذا أثبت البائع أن الغير ليس محقا في ادعائه، عندئذ يتخلص البائع من عبء الضمان. وفيما يخص إقرار المشتري بحق الغير على المبيع، فلا يملك المشتري حق الرجوع على البائع بالضمان، لكون المشتري السبب في استحقاق المبيع للغير⁽¹⁾. كما يعتبر وجود حق الارتفاق الظاهر على المبيع حالة من حالات سقوط حق المشتري في الضمان، لكون أن الارتفاق الظاهر، لا يتطلب عناء المشتري للكشف عنه عند الاطلاع عليه وذلك تأكيد على علم المشتري به.

الفرع الثاني

موقف القانون المقارن من إسقاط الضمان

لقد نظمت التقنيات المدنية الاتفاق على إسقاط الضمان ، نذكر منها ، القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري ثم القانون المدني الجزائري. فجدد المشرع الفرنسي في المادة 1627 من التقنين المدني قد نص على ذلك بما يلي⁽²⁾: الجواز للمتعاقدين الاتفاق على الزيادة في الضمان القانوني أو التخفيف من أثره أو أن يتفقا أن البائع غير مسئول عن أي ضمان.

غير أن تطبيق الفقرة الأخيرة لهذه المادة، تتطلب شروط لا بد من توافرها حتى يمكن الاتفاق على الإعفاء من الضمان، وتكمن هذه الشروط في وجود اتفاق صريح على الإعفاء من الضمان، وكذلك وجود حسن النية لدى البائع عند وقوع الاتفاق حتى لا يقع المشتري في غش وتدليس البائع. ويعتبر الاتفاق صريحا في الضمان، كأن يتم مثلا على الاتفاق صراحة على الإعفاء من الضمان على عقود سابقة، كانت بينه وبين البائع، وذلك بذكر تلك العقود وتواريخها. فلا يسري هذا الاتفاق الجديد على عقود لاحقة، واعتبار هذا الشرط ساري المفعول عليها، فكلما تعاقد البائع والمشتري في عقد جديد، لا

⁽¹⁾ د/ منصور محمد حسين ، شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص139.

⁽²⁾ " Les parties peuvent, par des conventions particulières, ajouter à cette obligation de droit ou en diminuer l'effet; elles peuvent même convenir que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie".

بد من توضيح صراحة شرط الاتفاق على الإعفاء من الضمان حتى لا ترفع الدعوة بمطالبته.

أما شرط وجود حسن النية في البائع عند الاتفاق بالإعفاء من الضمان، أي ينبغي أن يكون غير عالم بسبب الاستحقاق، فإذا كان عالما به، فهذا يعني تعمده في إخفائه، وهذا يعتبر تدليسا، ولا بد من تحميل البائع مسؤولية ذلك. وبالرجوع إلى المادة 2/445 مدني مصري وكذلك المادة 2/377 تقنين مدني جزائري نجدتها قد نصت على مقتضيات المادة 1627، غير أن المشرع المصري والجزائري أضافا فقرة هي افتراض أن البائع في حق الارتفاق قد أشرط عدم الضمان إن كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري⁽¹⁾.

كما أن المشرع الفرنسي، في المادة 1628 من القانون المدني⁽²⁾ التي نصت على مسؤولية البائع عن أفعاله الشخصية بالرغم من الإتفاق على عدم تحمله أي ضمان - أي الإعفاء منه كما ورد في المادة 1627، غير أن المادة 1628 منه جاءت مؤكدة لمسؤولية البائع على تعرضه الشخصي الذي لا ينبغي الاتفاق على إعفائه منه، لأن ذلك يقع باطلا.

نجد المشرع الجزائري قد نص على محتوى ما جاء به المشرع الفرنسي في نص المادة 1628 حيث جاءت المادة 378 معبرة على ذلك: "يبقى البائع مسئولا عن نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا اتفاق يقضي بغير ذلك. إذا 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 نزع اليد، وأنه اشترى تحت مسؤوليته". أما المادة 1629 من القانون المدني الفرنسي جاءت متضمنة ما يلي⁽³⁾: في نفس حالة شرط عدم الضمان، وعند ثبوت حالتين هما:

(1) التقنين المدني المصري، والمادة 2/445 و كذلك التقنين المدني الجزائري، المادة 2/377.

(2) " Quoi qu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure ce pendant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel: toute convention contraire est nulle."

(3) Dans le même cas de stipulation de non-garantie ;le vendeur en cas d' éviction est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction; ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques".

أ- حالة استمرارية الموافقة على الشراء بعد علم المشتري بكل المشاكل التي سوف تترتب عن هذا البيع كاستحقاق المبيع منه أو غيرها⁽¹⁾.

لقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية بيع شاحنة، حيث أن بائعها قد أعلم المشتري عن التعرض الذي قد يلحق به من طرف مشتر سابق لهذه الشاحنة، بحيث جاء قرارها الصادر في 17 يوليو 1962 بما يلي: "طبقا للمادة 1628 من التقنين المدني أنه لا يجوز للمشتري ممارسة أي رجوع في حق البائع إذا تم إعلام المشتري القابل بالظرف الخاص السابق على انعقاد البيع والذي قد ينتج عنه استحقاق المبيع منه."⁽²⁾

ب- حالة علم المشتري أثناء البيع بخطورة الاستحقاق وتعهد الاتفاق مع البائع على إعفائه من الضمان وعدم تحمل أي مسؤولية تتجم من الاستحقاق⁽³⁾.
هناك من يرى⁽⁴⁾ عدم تحمل البائع الخسائر والتعويضات وكذا استرجاع ثمن المبيع في حالات هي:

- إذا تم الاتفاق على إعادة الثمن.

- حالة علم المشتري بخطر الاستحقاق وموافقته على ذلك.

⁽¹⁾ Louis Josserand, Cours de droit civil positif français, tome II, 2^{ème} éd, Recueil Sirey, Paris, 1933, n°1117, p586.

⁽²⁾ جريدة القصر، الجزء الثاني، ص260، وكذلك دالوز، 1962، ص534.

⁽³⁾ « Il suffit donc que l'acheteur ait connu d'une manière quelconque, lors de la vente, le danger de l'éviction, pour que son recours soit borné à la restitution du prix. »
Emmanuel Souberbielle, Garantie d'éviction dans la vente et de ses conséquences, thèse de doctorat, université de Paris faculté de droit, 15/12/1910, p19.

⁽⁴⁾ "Le vendeur est dispensé, non seulement des dommages intérêts, mais même de la restitution du prix dans les cas suivants :

- 1- S'il ya eu de la convention expresse que le prix ne pourra pas être répété ;
- 2- Quand l'acheteur, connaissant le danger de l'éviction, a néanmoins laissé insérer la clause de non-garantie ;
- 3- Quand la vente est faite aux risques et périls de l'acheteur ;
- 4- Quand l'éviction est imputable à l'acheteur, comme procédant de son fait ou de sa faute ;
- 5- Quand l'acheteur évincé était lui-même garant de l'éviction ;
- 6- Enfin la garantie cesse encore par la perte de l'objet vendu ;=

= l'éviction étant désormais impossible, le vendeur est complètement libéré de son obligation, et l'acheteur supporte seul les conséquences de la perte éprouvée : c'est là cas de fortuit qui doit demeurer à sa charge". Emmanuel Souberbielle, op.cit, p21.

- إذا تم البيع مع تحمل المشتري المخاطر والأضرار.
 - إذا كان التعرض منسوب للمشتري وناتج عن فعله أو خطئه.
 - إذا كان المشتري ضامنا للتعرض.
 - إذا ضاع الشيء المبيع.
- ففي هذه الحالة، أيضا يكون الاتفاق على الإعفاء من الضمان صحيحا ومنتجا لأثاره. وعليه، فإن هذه الحالات ترتب أثارا سلبية يتحملها المشتري بمفرده نتيجة قبوله لتلك المبادرة.

غير أننا نؤكد على إلزامية البائع بضمان المبيع مهما كان اتفاق الإعفاء وكذلك ضرورة التحلي بحسن النية قبل وأثناء التعاقد حتى لا يكون المشتري ضحية الإعفاء من الضمان . وزيادة على ما تم ذكره من شروط الاتفاق على الإعفاء أو إسقاط الضمان في القانون المدني الفرنسي والمصري والجزائري ،وجدنا حالات أخرى قد نص عليها المشرع المغربي في المادة 546 من قانون الالتزامات والعقود والمأخوذة من المادة 644 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، حيث جاء في نص المادة 546 من قانون الالتزامات والعقود المغربية على ما يلي: "لا يلتزم البائع بأي ضمان أصلا:
أ- إذا وقع انتزاع المبيع بالإكراه أو نتيجة القوة القاهرة.
ب- إذا حصل الانتزاع بفعل السلطة، ما لم يكن فعلها مبنيا على حق سابق، ثابت لها يخولها العمل على احترامه، أو على فعل يرجع للبائع.
ج- إذا حصل للمشتري عرقلة في التصرف نتيجة تعد من الغير بدون أن يدعي أي حق على العين المبيعة."⁽¹⁾

فيما يخص القوة القاهرة، فإنها ترتب آثار قانونية، والمتعاقدين هنا لا يمكن لهما الاتفاق على تعديل هذه الآثار بالنسبة للبائع بالضمان لكون أن الحكم المنصوص عليه في المادة 546 متعلق بالنظام العام.

إذا هلك المبيع عند المشتري بعد تسليمه إياه، بمفعول القوة القاهرة، كأن يكون المبيع منزلا دمره زلزال، أو سيارة قضت عليها النيران، أو أشجار جرفتها الفيضانات، فلا

(1) المادة 546 من قانون الالتزامات المغربي، د / محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص 126.

يحتمل البائع آثار القوة القاهرة ولا ضمان له للمشتري⁽¹⁾، ويمكن إلحاق حالة نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة من بين الأفعال التي لا يمكن دفعها، فإن قدمت السلطة العامة بنزع ملكية أرض اشتراها شخص بهدف الزرع وتحويلها إلى طريق رئيسي أو بناء مستشفى، فلا يستطيع المشتري هنا الرجوع على البائع بالتعويض، عليه التوجه إلى الهيئات القضائية المختصة للمطالبة بالتعويض إذا كان فعل السلطة العامة قرار إداري يهدف إلى تحقيق هذه المنفعة أو المطالبة بوقف التعرض والتعويض في نفس الوقت.

هذا عن القوة القاهرة ومدى سقوط ضمان البائع بمفعولها، كما أن المشتري لا يستطيع الرجوع على البائع بالضمان، إذا ساهم في استحقاق المبيع بخطئه أو بغشه وذلك ما نصت عليه المادة 547 ما قانون الالتزامات والعقود المغربي حيث نص: "البائع ولو أدخل في الدعوى، في وقت مفيد لا يتحمل بأي ضمان، إذا حصل الاستحقاق بغش المشتري أو بخطئه وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذي قضى بالاستحقاق وعلى وجه الخصوص:

أ. إذا ترك المشتري التقادم البادئ قبل البيع، والساري ضده يتم، أو إذا أهمل إتمام تقادم بدأه البائع.

ب. إذا بني الاستحقاق على فعل أوسبب شخصي للمشتري."

فكما هو واضح في نص هذه المادة، يشترط لسقوط التزام البائع في الضمان، صدور خطأ من المشتري، كترك المشتري العين المبيعة مدة طويلة حتى وضع الغير اليد عليها واكتسبها بالتقادم، أو بأن يكون الشيء المبيع الذي اقتناه المشتري، وهو على علم بأن أحد من الغير يدعي حقا عينيا عليه وأخبره البائع بذلك الحق العيني، فهنا يتحلل البائع من التزامه بالضمان⁽²⁾.

ختاما لموضوع أحكام تعديل الضمان إما بالإنقاص والزيادة أو الإسقاط من الضمان بين المتعاقدين فبقدر ما هي نافعة لهما فهي في نفس الوقت ضارة لهما. وعند إدراج

(1) د/محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص129.

(2) د/ محمد سالم الغضبان، المرجع السابق، ص134.

الفصل الثاني: ضمان التعرض الصادر من الغير وأحكام تعديل الضمان في البيع العادي الإلكتروني

شروطا بهدف تعديل الضمان، لا بد أن تكون هذه الشروط غير مخالفة للنظام العام والأدب وان عاكست ذلك، فالشرط يبطل ويبقى البائع ملزماً بالضمان كاملاً ودائماً⁽¹⁾.

⁽¹⁾ أبو دلو محسن عواد، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني، مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان، الأردن، سنة 2000، ص 195.

الباب الثاني
ضمنان العيب
الخفي في البيع الكلاسيكي
والإلكتروني

يعتبر التزام البائع بضمان العيوب الخفية من أهم التزامات عقد البيع منذ ظهوره إلى يومنا هذا، نظراً لكون البيع وليد عالم المال والأعمال⁽¹⁾. فما زالت هذه الأهمية تتزايد نتيجة اختلاف وتغيير طريقة البيع وطريقة صنع المبيع، وكذا لظهور سلع حديثة متنوعة في الأسواق، منها السلع الغذائية المصنعة والميكانيكية والكهربائية. بالإضافة إلى بيع الخدمات وبرامج المعلوماتية⁽²⁾ عبر الشبكة، التي قد يعترضها عيب خفي كالفيروس الذي يعد عيب خفي في المنتج⁽³⁾.

السبب في هذا التغيير يرجع إلى التطور التكنولوجي، والصناعي بفعل تطوير الإنسان للسلع والخدمات، وأصبحنا نتعامل مع سلع ذات عيوب متنوعة، منها عيوب التصميم وعيوب الإنتاج والتصنيع وكذا عيوب التقدم العلمي وخطورته، كإقتناء بعض المنتجات الاستهلاكية الغذائية المحتوية على المواد الحافظة أو بعض الأدوية التي تسبب أضراراً عند تناولها. فوجود العيب الخفي يهدد أمن وسلامة المشتري في كلا البيعين.

باعتبار عقد البيع همزة وصل بين البائع أو المنتج من جهة وبين المستهلك والبائع من جهة أخرى، اهتمت مختلف التشريعات الأوروبية والعربية بحماية المستهلك - المشتري - بتقنين نصوص تضبط أحكام ضمان العيوب الخفية وتنظيم نصوص جديدة هادفة لتطبيق الآليات المستحدثة في الضمان في البيع الكلاسيكي والإلكتروني.

الملاحظ أن العيب الخفي في البيع الإلكتروني، يتسم بضمان خاص لكون أن رؤية المبيع في هذه البيوع تتم عبر الانترنت، وينتج عن ذلك عدم استطاعة الكشف عنها كشفاً دقيقاً لافتقار المشتري للخبرة العلمية والتقنية المطلوبة في بعض السلع المعروضة للبيع من جهة وكذلك لعدم تزويده بالخدمات الإلكترونية المتطورة الكاشفة لحقيقة المبيع من جهة أخرى.

(1) د/أسعد دياب، ضمان عيوب البيع الخفية، الطبعة الثالثة، دار اقرأ للنشر، سنة 1983، ص 6 و كذلك د/ محمود عبد الحكم رمضان الخن، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، جامعة المنصورة، سنة 1994، ص 01.

(2) د/بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 163.

(3) د/ عزة محمد أحمد خليل، المرجع السابق، ص 89 و 90.

هذا الموضوع يدعونا إلى التعرض للنظرية العامة للعيب الخفي ونسعى لمعرفة الآليات الحديثة لضمان هذا العيب في البيع العادي والإلكتروني، كضمان الالتزام بالإعلام لتبصير المشتري عن المبيع الذي أصبح يتسم بتقنية معقدة في التصنيع وكذا بخطورة بعض المبيعات كالدوائية ومواد التجميل وغيرها كما يجب تزويده بمعلومات عن البائع أو البائع المنتج حتى يفيد أكثر عن المبيع، كما يلزم تسليمه مبيعاً مطابقاً لما تم رؤيته عن قرب أو عن بعد، وخاصة عبر الإنترنت. بالإضافة لهذه الآليات، على البائع تحقيق ضمان السلامة الذي أصبح التزاماً مستقلاً عن ضمان العيوب الخفية. فهي أحسن وسيلة فعالة لحماية المشتري، أي المستهلك في ميدان التسويق.

لذا نتاولي لهذا الباب سيكون من خلال فصلين، على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية العيب الخفي في عقد البيع

الفصل الثاني: الآليات الحديثة للضمان عن العيوب الخفية

الفصل الأول

ماهية العيب الخفي

في عقد البيع

يعد عقد البيع وسيلة لتمكين المشتري من الحياة المادية للمبيع، وذلك في البيع العادي أو الإلكتروني، لذلك يجب أن تكون هذه الحياة هادئة ومليئة لغرض استعمال المشتري، فلا يجب أن يكون الشيء المبيع سلعة كان أو الخدمة مشوبا بعيب يؤثر في قيمة الانتفاع به، لذا لقد خص المشرع أحكاما إلزامية فعالة يتضمنها التزام هام من التزامات عقد البيع، وهو الالتزام بضمان العيوب الخفية في العقود، حيث يحمي المشتري من المبيع المعيب، غير أنه استثنى العقود القضائية والإدارية التي جرت بالمزاد، من هذا الضمان.

حتى يثبت الحق في هذا الضمان للمتعاقد، لا بد أن تتوفر في هذا العيب شروطا معينة، وهي التأثير والقدم والخفاء وأيضا عدم علم المشتري بالعيب. فأبي تضيق أوتسائل في هذه الشروط، تفترض سوء نية البائع أو المنتج والفاعل، وهذه الوضعية يترتب عنها إخلال بالتوازن العقدي الذي يؤدي بدوره إلى عدم استقرار المعاملات.

فقد تطور مفهوم العيب الخفي بحيث تحول من مفهوم الآفة الطارئة أو النقصنة التي تصيب المبيع إلى مفهوم أوسع وأخطر، فأصبح يشمل عدم تلبية المبيع للغاية المشروعة في المبيع سواء في إنتاجه أو صنعه، ويرجع السبب في ذلك إلى تطور التكنولوجيا وما صاحبها من تطور في الإنتاج والتصنيع، وبروز المنافسة في بيع الأجهزة والآلات الحديثة والخطرة على مستوى الأسواق المحلية والدولية وحتى على مستوى البيوع الإلكترونية.

إذا توفرت شروط العيب الخفي في المبيع، لا بد من إخطار البائع أو المنتج بها ومطالبته بناء على دعوى الضمان التي تتخذ صورتين: دعوى الفسخ ورد المبيع أو دعوى انقاص الثمن، بالإضافة إلى حق المطالبة بالتعويض عن ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

بناء على ما تقدم، قسمنا دراستنا في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان

المبحث الثاني: دعوى ضمان العيب الخفي وإجراءاتها

المبحث الثالث: أحكام دعوى الضمان

تمت هذه دراسة بإتباع أسلوب المقارنة وكان ذلك من خلال عرض المبادئ العامة في التقنيات المدنية المتعلقة بعقد البيع، وكذا القوانين الحديثة ، كقوانين حماية المستهلك من جهة مع محاولة تطبيقها على البيع الإلكتروني من خلال التجارة والمعاملات الإلكترونية من جهة أخرى.

المبحث الأول

مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان

لقد وردت عدة تعريفات للالتزام بضمان العيب الخفي في البيع، منها في الشريعة والفقهاء والقانون وكذلك لدى القضاء وهذا بقصد إيجاد الحماية القانونية للمشتريين وأموالهم من جراء عيوب ومخاطر السلعة المبيعة⁽¹⁾، لذا فإن كل التعريفات التي ذكرت لتعريف العيب الخفي قد تضمنت عدة شروط، كشرط التأثير والقدم والخفاء وعدم علم المشتري به. غير أن الحماية القانونية للمشتري في المبيع، لا تشمل كل البيوع حتى لو توافرت فيها هذه الشروط، وتتمثل هذه البيوع في البيوع القضائية والإدارية التي تمت بالمزاد، وذلك لعدة أسباب سوف يتم ذكرها وشرحها لاحقاً.

فمن خلال هذا العنوان تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف العيب الخفي

المطلب الثاني: شروط العيب الخفي الموجب للضمان

المطلب الثالث: البيوع المستثناة من ضمان العيب الخفي

المطلب الأول

تعريف العيب الخفي

يعتبر العيب الخفي في المبيع سبباً لتدخل البائع بالضمان للمشتري، فمن حق هذا الأخير تملك شيء سليم وخالي من العيوب حتى يحقق غايته منه. فحتى يضمن هذا الحق لابد من تحديد مفهوم هذا العيب ظل كل التعريفات التي تناولته بالدراسة محاولة تبيان شروطه وأوصافه على النحو التالي :

الفرع الأول : تعريف العيب الخفي في اللغة والفقهاء.

الفرع الثاني: تعريف العيب الخفي في القانون والقضاء.

الفرع الثالث: تعريف العيب الخفي في الاتفاقيات الدولية.

الفرع الرابع: تعريف العيب الخفي في البيع الإلكتروني.

(1) د/ محمود التلي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون جامعة عين شمس، مصر، سنة 1988، ص58.

الفرع الأول

تعريف العيب الخفي في اللغة والفقہ

العيب لغة هو الوصمة⁽¹⁾ وجمع عيب عيوب، فهو مصدر الفعل عاب، أي صار ذا عيب، فهو معيب. كما ورد أنه النقيصة، وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة⁽²⁾. فلفظ العيب ورد ذكره كذلك في القرآن الكريم مرّة واحدة في قوله تعالى عن الخضر: « وأما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر فأردت أن أعيبها وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصب »⁽³⁾.

لم يذكر القرطبي ولا ابن كثير في تفسيرهما شيئاً على تعريف العيب عند تفسير هذه الآية⁽⁴⁾. أما في الحديث، فقد ورد قول الرسول (ص): " من غشنا فليس منا " وقوله أيضاً: " لا لمسلم أن يبيع سلعة من السلع و هو يعلم عيباً فيها قل أو كثر"⁽⁵⁾. قد عرف الفقہ الحنفي العيب الخفي بأنه كل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصاناً فاحشاً أو يسيراً. وعرفه ابن عابدين بأنه ما يخلو أصل الفطرة السليمة من الآفات العارضة لها⁽⁶⁾.

أما عند الشافعية، فهو "ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس البيع عدمه"⁽⁷⁾. ومقصود ذلك كسواء شخص لأضحية العيد فيجدها مقطوعة الأذن مثلاً⁽⁸⁾.

(1) لسان العرب عن ابن منظور. د/أسعد دياب، المرجع السابق، ص 28 .

(2) د/محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 28 و د/أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر سنة 2006، ص 235.

(3) سورة الكهف، الآية رقم 79.

(4) تفسير القرطبي، الجزء الحادي عشرة، ص 34، وتفسير ابن كثير، الجزء 03، ص 98. راجع: خواص جويده الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في عقد البيع، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، سنة 1986، ص 32.

(5) د/ صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب الخفية و تخلف المواصفات في عقود البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر، عمان، الأردن، سنة 1997، ص 38 و 39.

(6) ابن عابدين، حاشية رد المختار، الجزء الرابع، سنة 1966، ص 78، خواص جويده، المرجع السابق، ص 32

(7) محمد الشريبي الخطيب، معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج للعلامة، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، سنة 1953، ص 51.

(8) د/ محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 28.

ولدى المذهب المالكي العيب هو: "ما جرت العادة السلامة منه مما ينقص الثمن أو البيع أو تخاف عاقبته"⁽¹⁾ أو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة وما يفوت به غرض صحيح للمشتري"⁽²⁾.

العيب الخفي عند بعض الفقهاء يكمن في: نقص القيمة والمنفعة وكذلك تخلف الصفة⁽³⁾. فيرى الدكتور توفيق حسن فرج بأنه: "ما تخلو منه الفطرة السليمة أو هو ما يخلو يخلو منها الشيء عادة لا تظهر عند البيع بفحص المبيع أو يكون من شأنها أن تنقص من قيمته نقصا محسوسا أو تؤثر على الانتفاع به"⁽⁴⁾.

أما الدكتور صاحب عبيد الفتلاوي يرى أن: "العيب هو كل ما يعرض للمبيع فيجعله غير ملائم أو مؤثر على إمكانية تصريفه أو يعوق استعماله العادي ويجب أن يعتد بكل ذلك قانونا"⁽⁵⁾. فالبعض الآخر عرفه بعدم توافر الصفة التي كفل البائع وجودها في المبيع أو هو ما ينقص من قيمة المبيع أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادها مما ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده⁽⁶⁾.

(1) محمد عليش ، شرح منح الخليل على مختصر خليج للشيخ محمد عليش، الجزء الثاني، مكتبة النجاح، ليبيا، دون ذكر السنة ، ص 632 .

(2) د/أبو الخير عبد الونيس الخويلدي ، المرجع السابق ، ص 245 .

(3) د/صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب الخفية و تخلف الصفة في عقود البيع، المرجع السابق، ص 59.

(4) د/توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 455 و كذلك في مرجع آخر و بنفس العنوان

سنة 1970 ، ص 407. د/ فتحي عبد الرحيم، الوجيز في العقود المدنية المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثانية، مكتبة الجلاء الجديدة، دون ذكر السنة ، فقرة 132، ص212. وأيضا د/عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني ، المرجع السابق، فقرة 335 ، ص 501 .

(5) د/صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 33.

(6) د/سمير كامل، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة ،سنة 1991 ، ص17 وكذلك د/سمير تناغو، عقد البيع ، المرجع السابق، ص 311. ود/ع ثمان احمد يد ، بد، المفيد في شرح أحكام البيع والتأمين، الجزء الأول، طبعة النسر الذهبي، سنة 1419 ص312.

أما الفقيه مازو عرفه بـ "النقائص الخفية الموجودة في المبيع ولا يمكن رؤيتها عند الفحص كما أنها تمنع المشتري من استعماله وفقا للغاية المعدة له" (1).
عرفه البعض الآخر بأنه: "الشائبة التي لا تظهر بالفحص المعتاد وتجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال المخصص له" (2).

ونحن نوافق الفقيه مازو في اعتبار العيب ناقصة خفية في المبيع لا يمكن الكشف عنها بالفحص العادي والتي تمنع استعمال الشيء المبيع بحسب غرض الشراء.

الفرع الثاني

تعريف للعيب الخفي في القانون والقضاء

لقد وردت التعريفات القانونية للعيب الخفي، متفقة على تعريفه من خلال ذكر شروطه. فلقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1641 من التقنين المدني وذكره المشرع المصري في المادة 447 مدني المقابلة لنص المادة 379 من التقنين المدني الجزائري.
المادة 1641⁽³⁾ من التقنين المدني الفرنسي قد نصت أن العيب يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي وجد من أجله أو تنقص من منفعته، فلو علم به المشتري لما دفع ثمنه. أما المادة 1/379 من التقنين المدني الجزائري، فلقد نصت: "يكون البائع ملزما بالضمان، إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

حسب هذه التعريفات القانونية، فإن العيب الخفي هو الحالة الطارئة التي لا توجد في المبيع عادة، فإن وجدت فقد يؤدي ذلك إلى نقص المبيع في قيمته أو الانتفاع به.

(1) Mazeaud.H, Leçons de droit civil, tome3 ,5^{ed}, Principe contrats ,vente et change,1968,p247. Et aussi: Mazeaud Henri ,Léon et Jean ,leçons de droit civil, tome 3,1974,N°978, p247.

وفي نفس المعنى لدى: د/ عبد الناصر العطار، البداية في شرح أحكام البيع، المرجع السابق، ص246.

(2) Vermelle George , Droit civil, les contrats spéciaux ,2^{ed}, 1968, p 41.

(3) « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage au quel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connu ».

والحالة الطارئة فيه لا يقصد بها الرداءة لكون أن هذه الأخيرة ليست عيبا، بل حالة طبيعية في المبيع تمثل نقص الجودة فيه، كملوحة حليب النوق ليس بعيب، بل هذا راجع إلى حالته الأصلية والطبيعية.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد فرق بين عدم تطابق صفات المبيع المتفق عليها والعيب الذي ينقص من قيمة المبيع، وما زال يعتبر عدم المطابقة في المواصفات عيبا خفيا، كما واعتبرت المحكمة العليا عدم مطابقة السلع للنوعية والجودة عيبا خفيا (1).

أما القضاء فقد اتخذ كذلك مسؤولية تعريف العيب الخفي من خلال صدور أحكام عديدة متعلقة بالعيب الخفي وكان متأثرا بذلك بالفقه الإسلامي، فعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع" (2) وذلك في حكم أصدرته يوم 08/04/1948 حيث جاء فيه، أن العيب الذي يستلزم رفع دعوى ضمان العيوب الخفية، وفقا للمادة 313 من القانون المدني المصري القديم هو "آفة طارئة خالية من الفطرة السليمة للمبيع" (3).

فإذا كان ما يشكو منه المشتري هو أن المبيع وجد مصنوعا من مادة غير المادة المتفق عليها، فذلك لا يعتبر عيبا خفيا موجبا لضمائه (4).

تعريف العيب الخفي الوارد في المادة 313 مستمد من الفقه الإسلامي، فيما جاء به ابن عابدين من تعريف للعيب، إلا أنها انتقدت بعدم ارتقاء تعريفها لتعريف ابن عابدين لكون أن العيب ليس آفة طارئة فحسب، بل هو آفة في الخلقة وهذه الأخيرة هي

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 19/02/1989، ملف رقم 55935، المجلة القضائية، العدد الثالث، سنة 1990، ص124، قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/01/2، ملف رقم 75204، المجلة القضائية سنة 1992، العدد الثالث ص98، ثم قرار آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1994/06/08، ملف رقم 112116 غير منشور، متمثل في منتج لا يحتوي على الصفة المتفق عليها في العقد، وأخيرا قرارا لمحكمة العليا بتاريخ 1993/11/24، ملف رقم 103404، غير منشور، متمثل في عطل في صلاحية محرك سفينة.

(2) نقض مدني مصري بتاريخ 08 أبريل 1948، مجموعة القواعد القانونية، الجزء الخامس، رقم 296، ص 587. د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص35 وكذلك سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في العقود، المرجع السابق، ص29.

(3) د/ عبد الناصر توفيق العطار، إستقراء لماهية العيب و شروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية، السنة 13، ص 318 وما بعدها.

(4) الحكم مشار إليه لدى د/أسعد دياب، المرجع السابق، ص 31 وكذلك في د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص35.

المقصودة أو العارضة لتكوين الشيء، أما الآفة الطارئة، فهي التي تطرأ على الشيء بعد تكوينه.

كما أوردت محكمة ليون الفرنسية تعريفا للعيب⁽¹⁾ بأنه "لا يمكن اعتبار عيب في الشيء المبيع إلا العيوب التي تصيب الشيء بشكل عارض ولا توجد حتما في كل الأشياء المماثلة لعدم تماثل الشيء المبيع".

لقد اقتصر لدى البعض تعريف المحكمتين السابقة الذكر على تعريف العيب وليس على ضمانه، غير أن التعريف العلمي للعيب لا بد أن يكون جامعا لكل العناصر المعروفة له ومانعا من دخول غيره فيه. فليس التعريفان السابقان بجامعين، وذلك لعدم شمولهما على كافة الشروط المتعلقة بالعيب الموجب للضمان. كما أنهما ليس بمانعين لإمكانية إدخال عليهما كثير من العيوب التي لم يجعلها القانون محلا للضمان، كالعيب اليسير والعيوب المتسامح فيها عرفا، فتعريف المحكمتين، المحكمة المصرية ومحكمة ليون شبيه بتعريف الفقه الإسلامي⁽²⁾.

نوافق هذا الرأي في كون التعريفين ليس بمانعين، لأنه لا يمكن تطبيق هذين التعريفين في كل زمان ومكان، خاصة مع التغير السريع لمكونات المبيع، وكذا للأنماط الاقتصادية في التصنيع والإنتاج، وكذلك لظهور التقنيات أو الطرق الجديدة في التسويق والبيع، كما هو الحال في البيع عبر الانترنت.

لذاف ما يمكن ملاحظته كذلك أن قواعد ضبط صفات العيب قد وضعت في زمن لم تأخذ فيه التكنولوجيا مداها الكامل، كما هو عليه اليوم، والتي نتج عنها مزايا وعيوب جديدة، فأصبحنا نتعامل بالمعاني المختلفة للعيب التي قد لا نجد ما يضبطها من أحكام في قوانين البيع العادية وحتى الالكترونية.

(1) محكمة ليون 1952/02/18، مجلة القصر، الجدول الخامس، 1951 - 1955، تحت كلمة "بيع" قاعدة رقم 322 د/ صاحب الفتاوي، المرجع السابق، ص32.

« On ne peut pas considérer comme vice d'une chose vendue que les défauts qui l'affectent accidentellement et ne se rencontrent pas nécessairement dans toutes les choses de même nature.»

(2) د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص37.

الفرع الثالث

تعريف العيب الخفي في الاتفاقيات الدولية

لقد واجهت الاتفاقيات والمعاهدات الدولية صعوبات كبيرة لتحديد المعنى القانوني والدقيق للعيب الخفي في المبيع أو المنتج، مثل ما واجهها الفقه والقضاء في تعريفه سابقاً، فرغم ذلك، ظهرت بعض التعريفات للعيب الخفي، نذكرها تبعا:

أولاً: مفهوم العيب الخفي في اتفاقية ستراسبورغ

حددت هذه الاتفاقية العيب الخفي الموجب للضمان في المنتجات بموجب الفقرة (ج) من المادة الثانية للاتفاقية⁽¹⁾ وأشارت على كون المنتج معيباً إن كان مجرد من وسائل الأمان والسلامة، وهما غاية المشتري في الشراء. فهذه الاتفاقية اعتبرت مسؤولية المنتج قائمة عند بروز العيوب التي تدعى بعيوب التقدم التكنولوجي أو مخاطر التطور العلمي والتقني⁽²⁾، كمخاطر الصناعة الحديثة ومكونات بعض الأدوية التي تسبب الأضرار للإنسان مجرد تناولها.

ثانياً: مفهوم العيب الخفي في اتفاقية لاهاي

عرفت هذه الاتفاقية العيب الخفي من خلال عدة صور له في المادة الأولى⁽³⁾. وتكمن هذه الصور أو الصفات في الضرر المتسبب بواسطة المنتج والضرر الناشئ عن الوصف الغير الملائم للمنتج وكذلك عدم إعطاء التحذير الكافي لخصائص المنتج وطريقة استعماله.

(1) Art :C «a product has a defect when it does not provide the safety which a person is intitled to expect having regard to all the circumstances including the presentation of the product »

د/سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، الأردن، سنة 2008 ، ص 76.

(2) سالم محمد رديعان العزاوي، المرجع السابق، ص 76، هامش ج ، دواء Thalidomide ، تليدوميد، الذي سبب تشوهات للأجنة عند النساء الحوامل في ألمانيا واليابان و الولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأوروبية.

(3) Art1 « ... for damage caused by a product including damage in cluding damage in consequence of aims description of the product of a failure to give adequate notice of its qualities or its characteristics method of use »

المرجع أعلاه ص 75، هامش رقم 2.

ثالثاً: مفهوم العيب في اتفاقية دول السوق الأوروبية المشتركة

لقد عرفت هذه الاتفاقية العيب الخفي في المادة الرابعة منها⁽¹⁾ بأنه الأضرار التي تقع على أموال المستهلك زيادة على تلك التي تقع على سلامة شخصه، أي أن العيب ذو صلة كبيرة مع الإخلال بالسلامة.

غير أنه يمكننا القول بأن كل هذه الاتفاقيات الدولية قد جمعت كل المعايير التي تم الاعتماد عليها من قبل لتعريف العيب الخفي، وبالتالي فإنها لم تأتي بجديد في هذا الموضوع.

الفرع الرابع

تعريف العيب الخفي في البيع الإلكتروني

أهم التزامات البائع الإلكتروني، هو ضمان العيوب الخفية في المبيع لسبب ظهور بعض السلع الحديثة غير الأمانة أو عرض خدمات لا ترقى إلى المستوى المطلوب. فمن أجل عدم وقوع ذلك، لا بد من تسليم مبيعا خاليا من أي عيب ظاهرا أو خفيا ليتمكن البائع العميل - المشتري - من تحقيق غايته عند استخدامه⁽²⁾.

كثيرا ما يعرف العيب الخفي في البيع الإلكتروني، أنه مبيع مجرد من الأمان والسلامة أو مبيع يسبب خطورة وأضرارا للمشتري. فهذا العيب يكمن في السلع المادية أو المعنوية المختلفة، كالأجهزة الكهربائية أو الميكانيكية المستعملة في مختلف الميادين أو قد يكمن في الألبسة والأدوية والمنتجات الغذائية وكذلك في السلع المعنوية، كبرامج الحاسب الآلي والخدمات التي يرى البعض صعوبة كبرى في تحديد العيب الخفي فيها، لكون أن برامج الحاسوب الآلي تعد مصنفاً أدبية وفنية (أموال معنوية) فلا يمكن تحسس العيب فيها⁽³⁾، أما البعض الآخر يرى⁽⁴⁾ أن العيب الخفي يكمن في رداءة وظائف هذا البرنامج،

⁽¹⁾ Art 4: A project is defective when it does not provide for person of property the safety which person is entitled to expect ».

المرجع السابق، ص 77 هامش رقم : 2 .
⁽²⁾ د/ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر عمان الأردن، سنة 2006، ص111.

⁽³⁾ J.M.Mousseron- L'obligation de garantie dans les contrats exploitation de brevets d'invention mélangés, Desbois, Dalloz, Paris- 1974, p 157.

⁽⁴⁾ د/ نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة موازنة، الطبعة الأولى الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2001، ص 171.

غير أن هذا الأثر مادي، فلا علاقة له بالحق المعنوي للبرنامج، وأن قانون الحماية الفكرية ألحق هذه البرامج بالمصنفات الأدبية لحقوق المؤلف المعنوية والمادية بشرط كونه أصيلا. غير أنه يمكننا القول أن وجود العيب الخفي في نظام المعلوماتية أمر منطقي وواقعي، ويمكن اعتباره عيب من نوع خاص، فقد يكون معنوي أو مادي.

لقد صدر في هذا الشأن، القانون الفرنسي رقم 389 لسنة 1998⁽¹⁾ الذي ألحق فصلا رابعا مكرر للفصل الثالث بعنوان المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة⁽²⁾، فعرف العيب ضمن المادة 5/1386⁽³⁾، بأنه المنتج الذي لا يحقق الحماية القانونية المنشودة، وعرف كذلك هذا العيب في البيع الإلكتروني بنقص السلامة طبقا للمادة 5/1386 من نفس القانون.

خلاصة القول، فإن كل التعريفات المذكورة أعلاه قد احتوت على مدلولين أساسيين للعيب الخفي: مدلولا خاصا والآخر عاما. فالمدلول الخاص يكمن في تخلف الصفة، وفي نقص القيمة أو المنفعة⁽⁴⁾ المقصودة في المبيع بعد استعماله من طرف المشتري، مما يستدعي الرجوع إلى أصحاب الخبرة للكشف عن هذا المدلول، أما المدلول العام يكمن في عدم تحقق السلامة من المنتج المعيب.

نوافق هذا الرأي ونضيف أن العيب الخفي في البيع الإلكتروني يكمن كذلك في الخلل الموجود في وظائف المبيعات، وحتى في صنعها أو في تركيبها الخاطئ، فينتج عنه الإخلال بالسلامة العامة للمشتري أو المستهلك.

المطلب الثاني

شروط العيب الخفي الموجب للضمان

لقد اتفقت جل التشريعات أنه لقيام هذا الضمان لا بد أن يكون العيب الخفي محتويا على عدة شروط هامة: كشرط التأثير والقدم وكذلك الخفاء وعدم علم المشتري به

(1) Loi n°98/389 du 20 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, J.O.R.F n°117 du 21 mai 1998, J.O du 21 mai 1998 .

(2) د/ بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 165.

(3) « Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ».

(4) د/ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 33.

وذلك بهدف تقرير حماية قانونية المشتري واستقرار المعاملات بين الناس عامة، وبين البائع والمشتري خاصة. كما أن البائع لا يضمن إلا إياها، وحتى يتحقق الضمان، فلا يستطيع المشتري رد المبيع للبائع إلا بعد فحصه والتأكد من وجود العيب الخفي مستوفيا لهذه الشروط، وإلا اعتبر الرد إضرارا بالبائع (1).

وعلى إثر ذلك سوف نقوم بشرح كل شرط بنوع من التفصيل في الفروع التالية :

الفرع الأول: أن يكون العيب مؤثرا

الفرع الثاني: أن يكون قديما

الفرع الثالث: أن يكون العيب خفيا وعدم علم المشتري به

الفرع الأول

أن يكون العيب مؤثرا

العيب المؤثر هو العيب الذي ينقص من القيمة أو المنفعة المادية للمبيع، ولقد وضع القانون معايير لإرشاد القاضي للحكم بوجود العيب الخفي في المبيع، ومدى درجة تأثيره، وحتى تكون دعوى الضمان مقبولة من الناحية الموضوعية، يجب أن يكون العيب الخفي مؤثرا، أي ينقص من قيمة أو منفعة المبيع بحسب الغاية المقصودة منه، وتتحقق أو تظهر هذه الأخيرة حسب ما هو ظاهر من طبيعة المبيع (2).

أولا: نقص القيمة المادية للمبيع

النقص المعبر عنه هنا هو النقص القيمي الذي يخلفه العيب الذي لحق بالمبيع، وليس النقص في مقداره، حتى لا نتصور أن البائع لم يقدّم بتسليم المقدار المطلوب من المشتري في المبيع، مما يسمح له المطالبة بفسخ العقد، غير أن نقص القيمة في المبيع، هي وجود عيب فيه أنقص من قيمته، فعليه الرجوع على البائع بدعوى الضمان وليس الفسخ. كما أن العيب الذي يستحق الضمان يختلف فيما إذا كان نقص ضمان المنفعة أو نقص ضمان القيمة، فلدى البعض (3) العيب قد ينقص من قيمة الشيء، ولا ينقص من

(1) د/ إبراهيم الصالحي، حقيقة المبيع الموجب للضمان و شروطه في عقد البيع، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي الطبعة الأولى، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، سنة 1988، ص 92.

(2) د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 371 و د/ تناغو سمير، المرجع السابق، ص 312.

(3) د/ إبراهيم الصالحي، المرجع السابق، ص 95 و د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 296.

المنفعة المنشودة منه، كسواء سيارة صالحة للاستعمال لكل الأغراض، وإنما ناقصة في قيمتها، كعدم احتوائها على مقاعد مريحة أو قد يكون محركها مستهلكا للبنزين.

العكس قد يحدث، فقد ينقص العيب من منفعة الشيء، ولا يمس من قيمته المادية كسواء آلة معروفة بسمعتها، ولكن بها عيب يؤثر في أدائها لبعض الأغراض، دون أن يؤثر في قيمتها⁽¹⁾.

علاوة على ذلك، هناك من⁽²⁾ يرى أن نقص القيمة تكمن في نقص الثمن، غير أن الأمر عكس ذلك، لكون الثمن يتبع الرغبات، أما القيمة تتبع الذوات. فالإنسان قد يرغب في شراء شيء باهض الثمن دون أن يكون هذا الأخير ذا نوعية جيدة أو قد يشتري نفس الشيء بأقل قيمته، إن كان البائع راغبا في التخلص منه، أو قد يكون قليل الطلب في السوق.

للتعرف على درجة تأثير العيب، حاولنا الرجوع إلى كل من المشرع المصري في المادة 447 مدني، والجزائري في المادة 1/379 مدني، فلم يحدد درجة النقص في قيمة المبيع حتى يمكن اعتبار العيب مؤثرا فيه، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم خلق تعارض بين أحكام الرجوع بالضمان في كل من المادة 444 مدني مصري التي تقابل المادة 376 مدني جزائري - وبين حالتي الجسامة وعدم الجسامة في حالة الرجوع بالضمان⁽³⁾، غير أن المشرع اللبناني⁽⁴⁾ خالفهما، فيرى أن يكون العيب محسوسا حتى يستوجب الضمان.

ثانيا: نقص المنفعة في المبيع

قد يكون التأثير ليس في القيمة ولكن في المنفعة المرغوبة في المبيع، ولهذه المنفعة أو الغاية ضوابط محددة مذكورة في المادة 1164 مدني فرنسي وكذلك في المادة

(1) د/ السنهوري، المرجع السابق، فقرة 365، ص 718 و د/ إبراهيم إبراهيم الصالحين، المرجع السابق، ص 59.

و د/ أسعد دياب المرجع السابق ص 55 و د/ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 08.

(2) غازي عبد الرحمان، التزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون العراقي و ضمانه في القانون المصري دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة عين شمس، العدد 2، ص ص 324-335 و د/ عبد الناصر توفيق العطار، استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الثاني، جامعة عين شمس، سنة 1971، ص 324 و ما بعدها.

(3) مراد قرفي، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، سنة 2005-2006، ص 34.

(4) المادة 442 مدني لبناني.

1/379 مدني جزائري، وكذا المادة 447 مدني مصري. وتكمن تلك الضوابط بحسب ما هو مبين في العقد، أي في ما أعد له الشيء بحسب طبيعته أوفي تحديد الغاية المقصودة من الشراء.

بالإضافة لهذه الضوابط، هناك من يضيف⁽¹⁾ ضوابط أخرى للتعبير عن التأثير مثل كون الشيء المبيع غير صالح للاستعمال بحسب طبيعته أو كعدم صلاحية المبيع للاستعمال بمقتضى العقد.

الضابط الأول: نقص قيمة المبيع بحسب ما هو واضح في العقد

لاشك أن البائع من خلال هذا الضابط، يعلم بالغاية العادية للمبيع بحسب طبيعته فمثلا من يشتري ثلاجة منزلية ذات محرك كهربائي متوسط الطاقة فلا يمكنه الإدعاء بضمان العيب إذا لم تنجز الثلاجة قدرة عالية من الجليد مثل القدرة المطلوبة في الثلاجات ذات الاستعمال الصناعي⁽²⁾، لذا عليه إخبار البائع بما يمكن فعله بهذا البراد وكذلك من يشتري ساعة عادية ثم يغطس بها في الماء، فيعطل محركها، فلا يجب الاعتقاد بوجود عيب فيها. فلا ضمان للبائع على هذه الإدعاءات المؤسسة على سوء استعمال المبيع ودون إعلام البائع بها.

الضابط الثاني: نقص منفعة المبيع دون إنقاص من قيمته

هذا الضابط ممكن تحقيقه في المبيع، وذلك في حالة افتراض أن البائع والمشتري لم يذكر شيئا صراحة أو ضمنا عن المنافع المقصودة من المبيع، لذا لا بد من الرجوع إلى طبيعة الشيء لتحديد منفعته وتحديد العيب الذي يلحق به، فقد يكون المبيع دكانا، فبعد انتهاء رخصته أو بطلان عقد إيجاره، ينقص من منافع المشتري في المتجر فيما بعد، وبالتالي يكون عيبا مؤثرا، فعليه الرجوع على البائع بالضمان⁽³⁾.

(1) المشرع الفرنسي، المادة 1641 مدني.

(2) د/أسعد دياب، المرجع السابق، ص 62، و د/جاك الحكيم، العقود الشائعة أو المسماة - عقد البيع - العدد الثاني مطبعة الكتبي، دمشق، سنة 1973، ص 332.

(3) د/ نبيل سعد، المرجع السابق، ص 297، و كذلك: نقض مدني جزائري بتاريخ 1999/07/21 و منشور في المجلة القضائية العدد الثاني، سنة 2000، ص 88، وأيضا في القانون المدني الجزائري المعدل بقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن لهذا النقض تحت رقم 202940، ص 102 ونقض آخر برقم 103934 و بتاريخ 1993/10/06 ص 103.

الضابط الثالث: نقص منفعة الشيء المبيع حسب ما سيظهر عند استعماله⁽¹⁾

المقصود من الاستعمال هنا هو الاستعمال العادي والعام للشيء من طرف المشتري، وليس الاستعمال الخاص، فهذا الضابط الأخير ينبغي أن يفصح عنه للبائع عند إبرام العقد ويعلم به. ولما كان الاستعمال غير العادي للشيء يتطلب المواصفات الغير الموجودة في الاستعمال العادي له، فليس بالضرورة رجوع المشتري على البائع بالضمان، لذا عليه اشتراط الاستعمال غير العادي للشيء المبيع لحظة إبرام العقد، ولذا فإن كان المبيع فرسا وتم تحديد طبيعة الغرض من شرائه، كالسباق مثلا، ثم تبين بعد الاستعمال غير ذلك، كان ذلك عيبا خفيا لا بد من ضمانه حتى لو كان الفرس صالح لجميع الأغراض الأخرى⁽²⁾.

فيما يخص درجة جسامة العيب في المبيع حتى يمكن اعتباره مؤثر أو غير مؤثر، فإن كلا المادتين: 1/447 و 448 من التقنين المدني المصري قد نصت على أن العيب اليسير مضمون مثله مثل العيب الجسيم، إلا في حالة واحدة، وهي حالة ما إذا جرى العرف على التسامح فيه. كما أن المادتين ميزت بين أحكام الضمان في العيب الجسيم وغير الجسيم.

أما المادة 1/379 من التقنين المدني الجزائري، لم تشترط درجة معينة في العيب لضمانه، فالبائع ملزم بالضمان في العيب الجسيم واليسير ما دام أن المشرع أحالنا في مجال المطالبة بضمان العيب إلى أحكام الاستحقاق الجزئي. وهذا على عكس ما نصت عليه المادة 448 مدني مصري التي أوردت حالة يسقط فيها الضمان، وهي حالة العيوب جرى المتسامح فيها عرفا، وعادة تكمن في العيب التافه. غير أن المشرع الجزائري تراجع عن رأيه واعتبر البائع غير ضامن للعيب الذي جرى العرف على التسامح فيه.

(1) خواص جويده، المرجع السابق، ص 58.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 721.

رجوعاً إلى نص المادة 1641⁽¹⁾ من التقنين المدني الفرنسي في تأثير العيب نصت أن يكون غير صالح للاستعمال فيما أعد له أو تنقص هذا الاستعمال إلى حد ما كان ليشتريه أو ما كان يدفع فيه إلا ثمناً أقل لو علم بها، وهذا ما قرره الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية⁽²⁾، « أن العيب يكون مؤثراً وموجباً للضمان، إذا كان المبيع غير صالح للاستعمال إطلاقاً وكان النقص فيه إلى حد لو علم به المشتري لما أبرم العقد أو دفع فيه أقل ثمن » .

يتضح من خلال المادة 1641 أن العيب مؤثر وموجب للضمان إذا كان المبيع غير صالح للاستعمال، وكان النقص فيه كبيراً لو علم به المشتري لما أبرم العقد أولئك قد دفع فيه أقل ثمن مما يبين مدى ربط المشرع الفرنسي فكرة العيب الخفي بمدى صلاحية المبيع للاستعمال فما هو الاستعمال المقصود؟ الاستعمال العام (العادي أو الموضوعي) أو الاستعمال الخاص للمشتري⁽³⁾ ؟

أستقر الفقه⁽⁴⁾ والقضاء الفرنسي أن البائع يضمن العيب الذي يفقد المبيع صلاحية الاستعمال العادي أو ينقص منها، لأن الشيء المبيع قد يؤخذ بحسب ماهيته أو بطبيعته للقيام بهدف معين، فإذا أثر العيب على الغرض يستوجب الضمان بحسب الشيء المبيع. مثال ذلك، كون الشيء المبيع آلة ميكانيكية وبها عيب شل تحريكها⁽⁵⁾ أو كون المبيع مواد البناء بها عيباً جعلها غير صالحة لغرض البناء بحسب المؤلف. ونقول ينبغي أن

(1) « Le vendeur est tenue de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise on n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus » .

(2) « La garantie des vices cachés constituent l'unique fondement de l'action exercée pour défaut de la chose vendue la rendant impropre à sa destination normale une cour d'appel n'a pas à rechercher si l'acheteur peut prétendre à des dommages et intérêts sur le fondement de l'erreur » .

- Cass ,civ- 1^{er}, 14 mai 1996, Bull civ, 1, N°213.

د/ أسامة أحمد بدر- ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، ملخص البحث، مجلة الشريعة والقانون الإماراتية العدد واحد وأربعون - يناير 2010 ، ص 223 ، هامش رقم 75 .
(3) د/ محمود عبد الحكم رمضان الخن ، المرجع السابق ، ص 69 .

(4) M. Planiol et G. Ripert , Traité pratique de droit civil Français T-VI 2^{ed}1952 – p 129 et aussi : Aubry et Rau , Cours de droit civil français T. 05 et 06. éd 1947 , p 388.

(5) Cass – 22/ 10 / 1968 , Bulletin civil 4 n° 286 , p 252.

ينتاسب استعمال المشتري للشيء مع الاستعمال العادي، أي بحسب طبيعته وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 379 من التقنين المدني. وعند حدوث نزاع حول الاستعمال المقصود، فيكون الاعتماد على معايير موضوعية لتحديد الاستعمال الفعلي، ولا ينبغي الوقوف عند الاستعمال الخاص للمشتري، فعادة ما يكون هذا الاستعمال لغرض واحد معين، ففي هذه الحالة، لا بد من إعلام المشتري للبائع به وإلا كان البائع غير ضامنا له⁽¹⁾ فهذا ما أستقر عليه الفقه⁽²⁾ والقضاء⁽³⁾ بفرنسا.

إن الحكمة من فكرة استعمال المبيع من جهة وتحديد علم البائع بها هما مسألتان واقعيتان يخضع تقديرهما لقضاة الموضوع دون فرض رقابة عليهم⁽⁴⁾. ويكون استنتاجهم لذلك التقدير من خلال بند صريح في العقد أو من الظروف الموضوعية التي عايشت نشوء العقد، فمن هذه الظروف ما يتعلق بشخصية التاجر، مثلا لو كان المشتري جزارا (تاجر لحوم) يعرفه البائع، فقصدته من شراء البقرة هو بيع لحمها. ولذلك قد قضى بأن العيب يكون موجودا في حالة ما إذا كان لحمها غير قابل للاستهلاك، ككون البقرة كبيرة في السن وأصبح لحمها غير جيد⁽⁵⁾ أوبطيء الطهي.

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي المؤرخ 90/09/15، والمتعلق بضمان المنتجات والخدمات⁽⁶⁾: "كل عيب يجعل المنتج غير صالح للاستعمال المخصص له" فالقد اتخذ المشرع نفس المعيار المنصوص عليه في المادة 1641 من التقني المدني الفرنسي. كما أن المادة 379 من التقنين المدني الجزائري قد حددت وجهة الاستعمال، إما على أساس طبيعة الشيء المحددة للمنافع

(1) د/ محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 70.

(2) Baudry et Saignant, Traité théorique et pratique de droit civil, Tome 19, de la vente et de l'échange, 3^{ed}, 1908 par I. Saignant, p 143.

(3) Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle tome2, 6^{eme}éd, 1970, p 296.

(4) Cottin.J, La définition du vice caché dans la vente, thèse, Paris 1939, p 58 et 73.

و كذلك د/أسعد دياب، المرجع السابق، ص65. و د/ محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 71.
(5) د/ أسعد دياب، المرجع السابق، هامش رقم 03 و 65، كذلك تمييز 1965/08/16 الأسبوع القانوني 1965 الجزء الرابع، رقم 122، والمجلة المدنية، رقم 5، بند 475، ص 355 والمجلة المدنية الجزء الأول، رقم 65 ص 46.

(6) مرسوم تنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 90/09/15 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات.

المقصودة أو لعيوبها. مثلا شراء الحصان لجر العربية، فلا يمكن استعماله للسباق⁽¹⁾ أو تحديد وجهة الاستعمال على أساس مضمون العقد أو الغرض المقصود من الشراء وذلك بتوضيح المشتري للبائع الاستعمال العادي أو غير العادي للشيء المراد شراءه.

المشرع الجزائري قد نص في المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي السالف ذكره على المفهوم الوظيفي القائم على أساس عدم صلاحية الشيء للاستعمال المعد له⁽²⁾. غير أن هناك من يرى⁽³⁾ أن العيب الموجب للضمان يكون بالنظر إلى نقص السلامة، وليس إلى عدم الصلاحية للاستعمال أو عدم المطابقة، حيث يعد المنتج معيبا إن لم تتوفر فيه السلامة التي يمكن توقعها منه بطريقة مشروعة.

نشاطه الرأي، و بالإضافة لذلك نقول أن أصل العيب في المبيع يبدأ في تكوينه أو تصنيعه، فلو أعتد الصانع أو المنتج في صناعة المبيع على الأشكال والمواصفات العلمية والقانونية التي لا تشكل خطورة للمستهلك لما تصدى له هذا الأخير بضمان العيب أو المطابقة.

أما عن تأثير العيب الخفي على المبيع في البيع الإلكتروني، فالبائع الإلكتروني لا يضمن العيب إلا إذا كان على قدر من الجسامة والأهمية، أو إن لم يتضمن المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل وجودها فيه للمشتري⁽⁴⁾. فعروض البضائع المعلن عنها عبر الانترنت المتضمنة أغذية وأدوية و سلع حديثة، فهي أكثرها مغرية ومؤثرة على نفسية المستهلك، الذي يتسرع لشرائها، فهذه السلع المادية تستوجب الضمان إن كان العيب مؤثرا ويحمل المعنى الذي ورد في نص المادة 379 مدني جزائري المقابلة لنص 447 مدني مصري.

غير أن المبيع أو المنتج إن كان شيئا معنويا، كبرامج المعلومات أو الخدمات التي تعرض وتباع عبر الانترنت، فقد ترسل للمستهلك محملة بعيب مؤثر متمثل في

(1) د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 718.

(2) د/ بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر، مصر، سنة 2005، ص 87.

(3) د/ علي الفتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008، ص 431.

(4) د/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 53.

الفيروسات الخفية التي تشل المبيع إن كان جهازاً أو حاسباً، وأوقد تجعله استعماله رديئاً. فلو قام شخص من خلال تلك العروض عبر الإنترنت بشراء جهاز الكمبيوتر، فبعد استعماله في فترة الضمان، ظهر به عيب مؤثر كفقْدان الذاكرة، يحق للمشتري الرجوع على البائع بالضمان⁽¹⁾ بعد إخطاره عنه.

في نفس السياق، نذكر كذلك مثال الناشر الذي باع عبر الخط، دورية أو مجلة وبعد بثها إلكترونياً إلى الحاسب الشخصي للمستهلك (المشتري)، واستعمالها يكتشف فيروساً فيها الذي أثار بانقاص من قيمتها أو منفعتها، مما يؤدي إلى مساءلة البائع الناشر على أساس ضمانه للمبيع من العيب المؤثر. ففي هذه الحالة على المشتري استرداد الثمن ورد الشيء المبيع بمقتضى دعوى فسخ الشراء لكونه لا يملك حق العدول عن العقد بصدد الخدمات الإلكترونية إلا مسبقاً أي بعد تمام العقد ولمدة سبعة أيام قبل تنفيذه⁽²⁾ ففي هذه الحالة يستوجب الاحتكام بأحكام ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في المادة 1644 مدني فرنسي أو يحتفظ بالشيء المبيع مع مطالبة البائع بالتخلص من الفيروس مع استرداد جزء من الثمن⁽³⁾.

الفرع الثاني

أن يكون قديماً

يشترط في العيب أن يكون كذلك قديماً.⁽⁴⁾ ومفاد القدم أن يكون العيب موجوداً في المبيع قبل البيع، أي سابقاً على نقل الملكية للمشتري. فالعيب يكون موجوداً قبل التسليم، كوجود جرثومة أو فيروس في الحيوان المبيع قبل تسليمه للمشتري، وبعد التسليم ينتشر المرض في الحيوان ويظهر عليه. لذا فتطور انتشار المرض في الحيوان أو انتشار السوس في الخشب بعد التسليم بالضرورة يكون نتيجة لظرف عادي، وقد يكون عكس

(1) د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص 325.

(2) د/ أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، العدد 41، يناير 2010، ص 224.

(3) د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 224، هامش رقم 77. وكذلك:

v.com.25 nov1997, Droit de l'informatique et des télécoms, 1998, l.

د/ أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 110 و 111.

(4) Pierre.Tercier, La partie spéciale du code des obligations, Schulthess, polygraphischer Verlag, Zurich, 1988, n°278, P38.

ذلك إذا تطور العيب نتيجة تقصير المشتري في عدم المحافظة على المبيع بعدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة بشأن ذلك، فهذه الحالة قد يخفف القاضي من عبء البائع في الضمان⁽¹⁾.

غير أننا نستبعد ضمان البائع كلية إن أثبت تقصير المشتري في ذلك. وعليه لقد أشارت كل القوانين إلى ضرورة وجود شرط قدم العيب في المبيع، إلا أنها اختلفت حول وقت تحقق العيب، هل هو وقت انعقاد العقد أم وقت تسليم المبيع؟

المشروع الفرنسي لم ينص صراحة على قدم العيب، ولكن الفقه⁽²⁾ والقضاء⁽³⁾ الفرنسي أجمعا على أن يكون العيب في المبيع قديما وهذا ما نص عليه المشروع الجزائري والمصري حيث استمد كل منهما هذه الخاصية من الفقه الإسلامي، مثال ذلك ما جاء في النص رقم 421 من مرشد الحيران على أنه "يشترط أن يكون العيب الموجود لرد المبيع قديما"⁽⁴⁾ و"أن رد المبيع لا يكون إلا في العيوب القديمة."⁽⁵⁾ فالمادة 1/447 مدني مصري تضمنت شرط القدم في العيب وحددته بوقت التسليم، فورد في شأنه رأيان: الرأي الأول⁽⁶⁾ الأول⁽⁶⁾ ويرجع شرط القدم إلى تاريخ إبرام عقد البيع إذا كان المبيع معين بالذات فلا ضمان للعيب الذي يظهر بعد البيع وقبل التسليم. غير أن إذا كان المبيع من المثليات فيكون العيب موجودا وقت الفرز.

(1) د/عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 328.

(2) Mazeaud (CH-L- et J), Leçons de droit civil, Tome III, 1974, N°984, p 836.

(3) Juris classeur périodique, T.V.59. cass 12-01-1977.

(4) قدرى باشا، مرشد الحيران (تقنين مرشد الحيران)، الطبعة الأولى، مطبعة دار النشر والتأليف الجارية، دون ذكر السنة النشر، ص119.

(5) ابن رشد الحفيد، "بداية الجتهد و نهاية المقتصد" للإمام أبي الوليد محمد، أحمد بن محمد بن رشد، الجزء الثاني الطبعة الثانية، مكتبة مصطفى الباجي الحلبي، سنة 1960، ص 199.

(6) د/سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، العقود المسماة، المجلد 1، عقد البيع، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية شتات، القاهرة، مصر، سنة 1990، ص 561. د/ منصور مصطفى منصور، تحديد

فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية، السنة الأولى، العدد الثاني، ص 575 إلى 579.

أما الرأي الثاني⁽¹⁾ يضمن البائع العيب في الشيء المبيع وقت تسليمه ودون اشتراط وجود العيب وقت إبرام العقد، ورأيهم يستند إلى المادة 1/447 مدني مصري، مفادها أن البائع يضمن المبيع إذا لم يتضمن هذا الأخير الصفات التي كفلها للمشتري وقت التسليم، أو كان به عيب أنقص من منفعة أو قيمته. ونؤيد هذا الاتجاه الأخير، إذ يرجعنا إلى المادة 1/379 من التقنين المدني الجزائري، فشرط القدم يكون من وقت التسليم، والمعنى واضح فيستوي في ذلك أن يكون العيب لتخلف الصفة في المبيع أو بمعنى الآفة الطارئة. هناك من يرى في الفقه الفرنسي أن العيب يعد قديما من لحظة تسليم المبيع للمشتري⁽²⁾ بحجة أن وقت التسليم هو الوقت الذي يبدأ فيه المشتري بالانتفاع بالمبيع. لكن هناك من يرى أن قدم العيب يكون موجودا قبل تسليم المبيع، بحجة أن تبعة الهلاك ترتبط بانتقال الملكية، وأن وجود العيب في المبيع لا يعدو أن يكون هلاكا جزئيا له فيخضع ضمانه للقاعدة المعمول بها في تبعة الهلاك⁽³⁾. فهذا الرأي يمكن اعتباره منطقي وراجح، غير أن الخلاف حول وقت انتقال تبعية الهلاك مايزال مطروحا، فعند المشرع المصري والجزائري تنتقل تبعية الهلاك من وقت التسليم (المادة 437 مدني مصر والمادة 369 مدني جزائري)، لكن المشرع الفرنسي قد نص على انتقال تبعة الهلاك من وقت البيع (المادة 1138 مدني فرنسي)⁽⁴⁾.

(1) د/عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 499. و د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003 = ص 167 و 168.

د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 722 و د/ سمير تناغو، المرجع السابق، ص 315. د/ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع و المقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1983، ص 254.

(2) د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص 87.

- Mazeaud, op.cit.p 289.

- Planiol et Ripert, op.cit, N° 131, p 147.

(3) د/محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 87.

(4) Article 1138, source legis France actualisé 17/ Déc. / 2010 .

Art 1138 « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée... »

أما عن إثبات قدم العيب، فالأصل في المبيع سلامته من العيب، ومن يدعي وجوده عليه إثبات صدق دعواه⁽¹⁾. كما تستطيع محكمة النزاع الاستعانة بالخبراء للكشف عن قدم العيب بناء على ما يقدمه الخصوم من تقارير وأدلة.

أما عن شرط قدم العيب في المبيع الإلكتروني، فنجد أن البائع الإلكتروني لا يضمن العيب في المبيع إلا إذا كان قديماً، (أي العيب موجود وقت العقد أو وقت التسليم على الأكثر)، فهو عكس العيب الطارئ، فيقع بعد التسليم، فلا يضمنه المتعهد بائعاً كان أو مقاولاً⁽²⁾.

فلا بد أن يوجد العيب في المبيع قبل نقل المخاطر للمشتري، فهو يرتبط بوقت انتقال الملكية أوبوقت التسليم، فبغير هذا الوقت، فإنها لا تدخل في نطاق العيب الخفي⁽³⁾. فلو طبقنا ذلك على عيوب برامج المعلومات المسماة "بفيروسات الحاسب"، فإن وجدت في البرنامج في مرحلة الإنتاج، فإن المنتج يعد مسؤولاً عنها، لأن هذه المرحلة سابقة للبيع والتسليم. لكن الأمر يكون صعباً في كيفية تحديد وجود العيب وقدمه في برامج الحاسوب المعروضة للبيع، فمن الصعب على المشتري أو المستهلك تحديد مدى قدم العيب الذي يتواجد فيها وذلك لجهله لعلم البرمجة وتشغيل الحاسب. غير أنه يرى أحد الفقهاء أن ظهور الصعوبات في تشغيل البرنامج أو عدم المعرفة في التشغيل بالضرورة قد لا يعني وجود عيب فيها⁽⁴⁾.

لذا يكفي على المستخدم أن يثبت مصدر وجود العيب قبل نقل تبعة المخاطر إليه، حتى يمكن الأخذ بالعيب كعيب خفي رغم ظهوره في وقت لاحق وتفاقم وجوده، بعد أن تسلم المشتري البرنامج وقام باستعماله⁽⁵⁾.

نستنتج مما سبق، أن ظهور عيوب البرامج في وقت متأخر، تعد من أهم الصعوبات العملية التحقيق، لأن العيب لا يظهر إلا بعد استعمال البرنامج، مما يصعب

(1) د/سمير كامل، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، المرجع السابق، ص 41.

(2) د/نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، المرجع السابق، ص 169.

(3) د/مدحت محمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص 118.

(4) د/علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر عمان، سنة 2008، ص 228.

(5) د/حسن جميعي، المرجع السابق، ص 256 و 257.

تحديد ما إذا كانت العيوب قديمة أم أنها ظهرت بعد التسليم، بل إن الخبراء في بعض الأحيان يقرّون بصعوبة القيام بذلك، أو اعتبار العيب ناشئ عن سوء الاستعمال للمبيع، علاوة عن ذلك، التحقق في مصدر العيوب الخاصة بالتشغيل، وتاريخ ظهورها يتطلب وقتاً طويلاً وجهداً كبيراً بالإضافة إلى التكلفة العالية التي قد لا تتناسب مع قيمة الدعوى محل التحقيق⁽¹⁾.

بالنسبة للمنتجات الخطرة، فإن قدم العيب يتسم بنوع من الخصوصية، لأن العيب في هذه الحالة لا يمكن تحديده بالتسليم، بل يتعداه إلى التصنيع والإنتاج والإعداد⁽²⁾. هذا الرأي يمكن تطبيقه حتى في البيع الإلكتروني لهذه المنتجات المادية، فقد يكون العيب موجوداً أثناء تصنيع أو تركيب المنتج ثم يظهر بعد تسليمه للمشتري الذي قام باستعماله.

الفرع الثالث

أن يكون العيب خفياً وعدم علم المشتري به

يعتبر خفاء العيب سبباً يستوجب ضمانه، فالمشتري حسن النية دائم الظن بسلامة المبيع من العيوب، غير أن هذا الظن الإيجابي قد يزول حين يكتشف نقائص في ذات المبيع. فلو كان المشتري يعرف عيب المبيع، حتى لو كان غير ظاهر، فلا يمكن ضمانه⁽³⁾، لذا فخفاء العيب لا يعد كافياً للضمان، بل لا بد أن يكون غير معلوم لدى المشتري⁽⁴⁾. فشرط الخفاء في العيب فيه عنصرين هما: خفاء العيب وجهل المشتري به.

أولاً : خفاء العيب

تعرضت خاصية الخفاء في العيب إلى عدة تعريفات، فهناك من عرف خفاء العيب في الشيء هو ما لا يمكن الإطلاع عليه بالفحص المعتاد من قبل المشتري ولا من قبل

(1) د/ حسن جميعي، المرجع السابق، ص 258 و 259.

(2) د/ قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2007، ص 207.

(3) Ghestin (J), Conformité et garanties dans la vente , (L.G.D.J) 1983 , N° 14, P 21.

"Si l'acheteur connaît le vice, celui-ci n'est pas caché à ses yeux, même s'il n'est pas apparent, la garantie ne peut alors se jouer".

(4) عبد القدوس عبد الرزاق محمد الصديق، الالتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقاً لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة بالقانون المصري، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الخامسة، العدد الثاني، يوليو 1997، ص 412-420.

أهل الخبرة العادية⁽¹⁾. ففي الفقه الإسلامي يذهب رأي إلى القول أن خفاء العيب مجرد فكرة قانونية حددها المشرع، وقائمة على العلم الفعلي أو الحكمي، بل ينبغي أن يكون العيب لفظا مطلقا وعماما، واعتبار البائع ملزما بضمان هذا العيب المطلق لجهالة المشتري به⁽²⁾.

فهذا الرأي أكثر صوابا للتطبيق من قبل المشرعين، لأن البائع صاحب الشيء يعلم بما لا يعلم به المشتري. وهذه الخاصية مذكورة في المادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي، وفي المادة 447 من التقنين المدني المصري، وكذا في المادة 2/379 من التقنين المدني جزائري حيث نصت: "غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو كان في استطاعته أن يطلع عليها وأنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي".

وهذا ما طبقت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1993، فأعلنت فيه: "أن قضاة الموضوع لم يقصروا في تعليل قضائهم، كما أنهم طبقوا المواد 379 و 380 من التقنين المدني تطبيقا قانونيا، وذلك بعد النظر في وقائع القضية وأدلة الإثبات أن البائع كان عالما بوجود العيب الخفي في المركبة المتمثل في رقم طراز المركبة (numéro de châssis) الذي لا يمكن للمشتري العادي الكشف عنه، بل يتطلب ذوي الاختصاص، وبالتالي يجب رفض الطعن"⁽³⁾. فخفاء العيب، يتطلب تعيين معايير لتقديره في المبيع حتى يتقرر الضمان لصاحبه. لذا فيما تتمثل هذه المعايير؟

1. معايير تقدير خفاء العيب

لقد اختلفت التقنيات المدنية حول معايير تقدير خفاء العيب، فهناك من طبقت المعيار الموضوعي للمحافظة على استقرار المعاملات بين الأفراد، والبعض الآخر فضل المعيار الشخصي الهادف إلى احترام الحقوق المكتسبة للمتعاقدين.

- تقييم الخفاء في العيب وفقا للمعيار الموضوعي

(1) إبراهيم الصالحي، المرجع السابق، ص 158.

(2) د/ حسام الأهواني، المرجع السابق، ص 641.

(3) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/11/24 - ملف رقم 103404، غير منشور.

العيب هنا سواء كان ظاهرا أو خفيا يعود إلى مدى إمكانية الرجل المعتاد لاكتشافه، فإذا توصل إلى ذلك دون مشقة، يعد العيب عيبا ظاهرا. فنجد المادة 2/447 مدني مصري والمادة 2/379 مدني جزائري وجدنا سنديهما في هذا المعيار، حيث نصت المادتين:

"...لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي" والفحص الذي يقوم به المشتري هو الفحص العادي والخبرة العادية، إذا كان المبيع بسيطا، فهنا يقبل منه الإدعاء بخفاء العيب أما إذا كان اكتشاف العيب يتطلب خبرة خاصة، فالعيب يعتبر خفيا وله الحق في الرجوع بالضمان على البائع⁽¹⁾. كما أن المشرع الفرنسي في نص المادة 1641 من التقنين المدني، تبنى نفس المعيار إلا أن الفقه الفرنسي⁽²⁾ فرق بين المشتري المحترف الذي يملك العلم الوغير المحترف.

- تقييم الخفاء في العيب وفقا للمعيار الشخصي

الناس ليسوا على درجة واحدة من العلم أو ال تكوين، فهناك ذوي الخبرة والاختصاص، كالمختصين أو المحترفين، وهناك العاديين. فإن كان المتعاقد بائعا محترفا أو مهنيا ومباشرا لنشاط تجاري يستطيع معرفة المبيع جيدا وإبراز عيوبه، كما يمكن تطبيق هذا المعيار على المشتري المحترف الذي يشتري من أجل البيع أو التصنيع⁽³⁾. فهو يعلم كذلك بخفاء العيب، غير أن هناك من لا يملك صفة الاحتراف، ولا يتعامل في نطاقه، كالمشتري العادي أو البسيط الذي يشتري المبيع لتحقيق أغراضا شخصية أو عائلية⁽⁴⁾. إذن فمسألة الكشف أو عدم الكشف عن العيب مسألة نسبية، كما أنها مسألة خاضعة لتقدير قاضي موضوع النزاع الذي يكشف عن مدى تمتع المتعاقد بهذه الخبرة أم أنه شخص عادي.

⁽¹⁾ خواص جويده، المرجع السابق، ص 79، و كذلك د / أنور العمروسي، دعاوى الضمان في القانون المدني المرجع السابق، ص 281.

⁽²⁾ Bénabent. Alain, op. cit, p160 et s. Collart. Dutilleul. François et Delebecque. Philippe op. cit, p 240 et s.

⁽³⁾ د/ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 200.

⁽⁴⁾ AREF (A) : La garantie des vices cachés consentie par un professionnel, th, Paris 1979. د/ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 200، هامش رقم 448.

2. تحديد وقت خفاء العيب

اختلفت الآراء الفقهية حول وقت تحديد خفاء العيب في المبيع، فالرأي الأول⁽¹⁾ استند إلى وقت التعاقد، وبالتالي فعدم كشف المشتري للعيب الظاهر في المبيع دليل قاطع عن إهماله في فحص المبيع. لذا فخفاء العيب في المبيع المعين بالذات، فهو موجود فيه من وقت إبرام العقد، بينما المبيع المعين بالنوع، فيعد وقت وجود العيب فيه، هو وقت الفرز، أين لا يستطيع المشتري فيه فحص المبيع، أو قد يمنع من فحصه. أما الرأي الثاني⁽²⁾ يرى أن هناك إلزامية المشتري بفحص المبيع عند التعاقد أو التسليم. غير أننا نقول فرغم عدم فحصه الإلزامي للمبيع عند التعاقد، قد لا يعد إهمالا منه، أو قد لا تتاح له فرصة فحصه، أو ربما كان البائع يحاول التحايل على المشتري بلفت انتباهه بأمر آخر غير المبيع، وبالتالي سوف يتم فحصه للمبيع بعد تسلمه منه. فمن خلال الرأيين أعلاه، نرجح الرأي الثاني الذي يعطي للمشتري الحق في فحص المبيع بعد التسليم، غير أنه إذا كان العيب واضحا وقت التسليم وسكت عنه، يتحمل بالضرورة تبعة ضمانه، إلا إذا احتوى المبيع على تقنية معينة يستحيل على المشتري رؤية العيب فيه.

وحسب المادة 1/379 مدني جزائري والمادة 1/447 مدني مصري، فإن وقت خفاء العيب يتحدد من وقت التسليم كأصل، كما تضمنت المادة 2/379 مدني جزائري و المادة 2/447 مدني مصري حالتين تعتبر استثناء للفقرة الأولى هما:

أ- حالة تعمد تأكيد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب.

ب - حالة تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه.

(1) د/ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 154، و د/ منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 584، و د/ شفيق الجراح، القانون المدني (العقود المسماة - عقد البيع)، جامعة دمشق، الطبعة الجديدة، سوريا، سنة 1983، ص 183.

(2) د/ عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 333، و د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2009، ص 237.

أ- ففي حالة تعدد تأكيد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب، نصت المادة 2/379:
"غير إن البائع لا يكون ضامنا للعيوب إلا إذا أكد البائع له خلو المبيع من تلك
العيوب أو أنه أخفاها عنه غشا منه." فبتأكيد البائع، يطمئن المشتري فلا يفحص
المبيع عند تسلمه، فلا نعتبر المشتري مذنبا خاصة إن كانت له أسبقية التعامل
مع هذا البائع.

ب- حالة تعدد البائع إخفاء العيب غشا منه "...أوانه أخفاها غشا منه".

في هذه الحالة البائع يعد مسئولا على ضمان العيب حتى بعد وقت إبرام العقد و
لمدة أطول، ولا تسقط دعوى الضمان إلا بمضي 15 سنة وذلك عملا
بالمادة 2/383 مدني جزائري المقابلة للمادة 452 مدني مصري⁽¹⁾.

أما عن شرط خفاء العيب في البيع الإلكتروني، فهو يحمل نفس المعنى المقصود في البيع
العادي، في كونه عيب غير ظاهر، ولا يعلم به المشتري، وليس بإمكانه الكشف عنه،
فيقع على عاتق البائع الإلكتروني التزام قانوني بضمانه، لأن غاية المشرع هي تمكين
المشتري من الحصول على المنفعة الكاملة من المبيع مهما كانت طريقة ووسيلة البيع.
ففي هذا البيع، قد يكمن خفاء العيب في بيع تصميم برامج الحاسب الآلي أو
عند توريد سلع أو منتجات أو خدمة⁽²⁾.

فيمكننا تطبيق القواعد العامة على هذه الخاصية في المبيعات المادية مع
الاعتراف بنوع من الخصوصية للمبيعات المعنوية التي تستوجب لفهما والكشف عن
العيب الخفي فيها لمختصين ومهنيين .

لذا يشترط في البيع الإلكتروني تحلي المشتري بالاختصاص⁽³⁾ والخبرة، أو الاستعانة
بذويها ليتمكن من اكتشاف خفاء العيب، وكذلك معرفة مصدره، ومتى بدأ وكذا إثبات
الخلل أو العيب الذي شب التركيب الداخلي للمبيع. فمثلا لو ادعى المشتري عادي وجود

(1) د/خسيس خضر، المرجع السابق، ص 264. د/ مروان كركبي، العقود المسماة، البيع، المقايضة، الإيجار، الوكالة
دراسة مقارنة في القانون اللبناني و الفرنسي والمصري، الطبعة الرابعة، دار المنشورات الحقوقية، دون ذكر
بلد النشر، سنة 2004، ص 312.

(2) د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 238.

(3) Cass civ, 18 avril 1989, juris data, N°87 . 19360.

د/بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 172، هامش رقم 02.

K عيب خفي في جهاز معين، أوفي قطعة غيار خاصة أوفي برنامج حاسب آلي، وفي نفس الوقت يدعي البائع بعدم علمه بالعيب، وأنه سلم المبيع سليماً، ففي هذه الحالة يحتاج المشتري إلى خبراء فنيين للكشف عن وجود العيب وخفائه حتى يطالب البائع بالضمان.

فلم يتضح مع ذلك الموقف الجازم للقضاء الفرنسي في كيفية إثبات وجود خفاء العيب في المبيع الإلكتروني، فدلّيل ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف باريس بتاريخ 19/01/1978 برفض استئناف المشتري، لعدم تقديمه الدليل الكافي لوجود العيب وخفائه أدعى أن نظام الحاسب الذي اشتراه من المستأنف ضدها (البائعة) بعدم كفاءته لتنفيذ الأعمال التي يتم التعاقد عليها بسبب العيوب الخفية في البرنامج، وأن المستأنف عليها تخلت عن توريد البرنامج كلياً لعدم صلاحيته، فحكمت المحكمة برفض الاستئناف بقولها "حيث لم يقدم المستأنف (المشتري) الدليل على إدعائه، وتبين من تقرير الخبراء تعطل النظام عدة مرات بعد انقضاء المدة الزمنية المعتادة لضبطه والتالية على تسليمه أن ذلك التعطل لم يمس بخصائص ومواصفات النظام ورغم التيقن من ضبط برنامج الحاسب الآلي، والوصول به إلى درجة الكفاءة المطلوبة، قد تعذر وأدى إلى ظهور مشكلة تتعلق بالتطبيقات التي تم استخدامها من أجل تنفيذها. هذه المشكلة لا ترجع إلى عيوب خفية في البرنامج، بل هذا الأخير استنفذ إمكانيات الأجهزة المستخدمة التي لم تتجاوز مع إمكانياته المتاحة (1).

مع كل ذلك، لا نستطيع أن ننكر أن هناك صعوبة في إثبات خفاء العيب في هذا النوع من المبيعات، وغيرها من المنتجات الأخرى المادية أو المعنوية، فرغم ذلك معظم التشريعات الإلكترونية (2) نصت على إلزامية ضمانه، وهذا ما حدث مع شركة بيع سيارات تويوتا (Toyota) التي تعاقدت مع أصحابها عبر الانترنت في موقع خاص لبيع سياراتها، فبعد تسليمها لأصحابها، أكتشف أحدهم عيب فني في صنع السيارة، متجسداً

(1) د/ حسن عبد الباسط جمعي، عقود برامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص 258.

(2) قانون رقم 2000/83، قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي الصادر في 2 أوت 2000 الجديدة الرسمية التونسية، 11 أوت 2000.

- قانون يونيسترال النموذجي UNICITRAL بشأن التجارة الإلكترونية عام 1996.

- قانون المعاملات الإلكترونية للبحرين، الصادر في 2002/09/14.

في دواسات البنزين، مما جعل سرعة السيارة تتزايد دون مبرر، وعدم استطاعته التحكم فيها، مما أدى إلى وفاته نتيجة العيب الخفي في صنعها، فهذا ما ترك الشركة المنتجة سواء في اليابان أو أمريكا تسحب 9.1 ملايين سيارة في التداول، وتعوض أصحابها. فهذا ما أثر على سمعتها التجارية، وتراجع مبيعاتها وجعلها وتواجه تحقيقات جنائية كبيرة (1).

ثانياً: عدم علم المشتري بالعيب واستثناءاته

الأصل في مطالبة المشتري بضمان العيب هو عدم علمه بوجود العيب في المبيع غير أنه قد يتوقع علمه به اعتباراً لأحد المعيارين هما: الثمن وشخصية المشتري.

1- عدم علم المشتري بالعيب

يتوقف تنفيذ البائع للالتزام بالضمان على عدم علم المشتري بالعيب في المبيع لكون العلم من مسقطات حقه في الخيار، والعيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر (2) وذلك وفقاً للمادة 2/379 مدني جزائري المقابلة للمادة 2/447 مدني مصري "... غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع..." فعلم المشتري بالعيب يسقط حقه في الضمان، غير أنه إذا علم بالعيب عند تسلمه المبيع وسكت، فسكوته قد يعد تنازلاً عن حق المطالبة بالضمان (3).

كأن يكون مثلاً عرضاً نادراً للمبيع في السوق، وتعتمد شرائه بغرض إعادة بيعه حتى يحقق ربحاً منه، أو أنه اشتراه بثمن أقل مقابل ساقط الخيار في الضمان. فلو رجعنا لأحكام القضاء الجزائري في نفس الموضوع، فقد قامت المحكمة العليا بإصدار قراراتين جاء فيهما:

- القرار الأول ومفاده أنه من المقرر قانوناً أنه يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، وإذا كان المبيع

(1) رياض الصانع، دراسة قانونية حول مشكلة شركة تويوتا و عيوب السيارات، جريدة الوطن الإلكترونية الكويتية.

<http://news.alwatan.com.km-article-Details>.

http://www.alwatan.article_d%C3%A9tails.aspx?Id=37391

(2) د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 359 و خواص جويده، المرجع السابق، ص 85. و د/ فتحي عبد

الرحيم عبد الله، المرجع السابق، ص 3/2 و 3/3 و د/ توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 190، 191.

(3) إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، مكتبة عبد الله و هبة، مصر، سنة 1958، ص 195.

عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولولم يكن عالما بوجودها. ولما كان من - الثابت في قضية الحال - أن المستأنف الطاعن لم يذكر التشويه أو التزوير الموجود بالشاحنة المباعة، وذلك في اختلاف رقمها التسلسلي الأصلي مع الرقم الحالي، وأن قضاة الموضوع عند تأسيسهم لقرارهم على أن البائع ملزم بضمان العيوب الخفية التي لا يمكن للمشتري التعرف عليها، ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي فإنهم عللوا قرارهم بقدر من الكفاية، فتعين رفض الطعن⁽¹⁾.

- أما القرار الثاني، لقد جاء فيه: "... إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض طلب المدعي الرامي إلى إبطال البيع، وإرجاع الثمن للعيب الخفي الموجود بالمبيع بحجة أن البائع في مجال السيارات القديمة غير معلوم بالضمان، جاء بتعليل خاطئ، لأن البائع ملزم بضمان العيوب الخفية عند تعذر المشتري اكتشاف العيب الخفي بنفسه، أو عندما يكون المبيع مشوبا بعيوب تنقص من قيمته، فكان يتعين التحقق عما إذا كان العيب المثار من طرف المشتري عيبا خفيا ينقص من قيمة المبيع، أم لا ومتى كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه⁽²⁾.

ولقد نصت المادة 1642⁽³⁾ مدني فرنسي على أن البائع لا يضمن العيوب الظاهرة التي يعرفها المشتري. فالعلم الذي يؤخذ به لإسقاط ضمان البائع هو العلم الحقيقي لشخص المبيع وليس العلم الافتراضي⁽⁴⁾، وفي شأن ذلك، لقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى اشتراط أن يكون العلم حقيقيا وليس افتراضيا في أحكامها⁽⁵⁾ وقضت محكمة استئناف مصر أن مجرد الظن لا يعتبر علما موجبا لسقوط الضمان⁽⁶⁾.

(1) قرار المحكمة العليا رقم 103934 الصادر بتاريخ 06 أكتوبر 1993.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 202940 الصادر بتاريخ 1999/07/21.

(3) "Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même "

(4) د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 360 ود/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 563.

(5) نقض مدني مصري بتاريخ 14 يونيو 1962، مج س 13، ص 808.

(6) استئناف بتاريخ 1932/02/23، مجلة المحاماة، السنة 7، رقم 27، ص 94.

غير أن الفقه والقضاء الفرنسي استقر على عدم إلزامية علم المشتري معرفة العيب، ويسأل عن خطئه لعدم العلم إذا كان باستطاعته أن يعلم⁽¹⁾، فقررت محكمة النقض الفرنسية على إلزام البائع بضمان العيب الخفي الموجود في سيارته، ثم استعملها لمدة أربعة سنوات أو أكثر، ثم بيعها للمشتري الذي أنفق عليها أموالاً تساوي قيمة شرائها أو أقل⁽²⁾، كما أعتبر الاجتهاد الفرنسي أن الشخص الذي تعود تجارة معينة من المفروض أنه يعرف العيوب المتعارف وجودها فيها⁽³⁾.

2- استثناءات علم المشتري بالعيب

اشتراط عدم العلم بالعيب في المبيع عنصر يستوجب الضمان، إلا أنه قد يتوقع العلم بالعيب لدى المشتري، بسبب توافر أحد المعيارين هما: معيار مقدار الثمن أو معيار شخصية المشتري.

أ- مقدار الثمن

لا يمكن أن يتحصل المشتري على بضاعة ممتازة ونادرة، خالية من العيوب بثمن أقل من قيمتها، غير أنه إن كانت البضاعة متوسطة أوردية، فثمنها يكون معقولاً يعبر عليها.

فالمشتري إن اقتنى بضاعة جيدة بالضرورة يعرف ثمنها، وهو الأمر المفترض تصوره عرفاً. كما يمكن أن يتحصل على سلعة أقل جودة أو عالمياً بوجود عيب فيها، فيدفع ثمنها المناسب، ولا يمكنه متابعة البائع بالضمان طالما لم يختار الجودة، بل فضل أقل الأثمان. ففي هذه الحالة، المشتري متوقع فيه العلم بالعيب، وقبوله المبيع بسبب دفعه ثمناً لا يعبر عن حقيقة المبيع المعروض للبيع، حيث نقول عرفاً: "من اشترى رخص الشيء فقد اشترى نصفه".

ب- شخصية المشتري

(1) محمد عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 124.

(2) Cass du 2-10-1985, juris classeur civil / art 1649, N°60, P12.

(3) د/ إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية التجارية، الجزء الثالث، عقد بيع، دراسة مقارنة، بيروت، لبنان سنة 1995، ص 557، 558، 559.

إذا كان المشتري بصفة عامة هو أي شخص يقتني سلع مختلفة من منتجات وخدمات لإشباع أغراضه المختلفة، إلا أن شخصية ووضع هذا المشتري يختلف بحسب نوعية الغرض المقصود من الشراء، وكذا بمدى اكتسابه للعلم الكافي في المبيع الشرط الذي يجعلنا نميز بين المشتري العادي والمحترف، فالأول يشتري السلع لإشباع حاجاته اليومية، فهو يتصرف بعيداً عن أعمال مهنته، ولا يعرف شيئاً عن السلعة أو الخدمة (1).

غير أن الثاني متوقع علمه بالبضاعة التي أعتاد المهنيون من أمثاله شرائها، نظراً لاكتسابه الخبرة والعمق الكافي لخصائص وعيوب المبيع، وخاصة المستحدث منه، كما لا يتصور اقتناؤه لمبيع يجني منه خسارة فيما بعد، فهذا المشتري يقتني هذه المبيعات من أجل ممارسة نشاطه، أي بقصد بيعها. فمن أجل ذلك يمكننا القول باختلاف الشخصيتين من حيث التكوين (القدرة الفنية) والغرض.

أما عن خاصية علم المشتري بالعيب في البيع الإلكتروني، فيلتزم البائع بضمان هذه الخاصية في كل المبيعات التي يقتنيها المشتري منه، لأنه غير عالم بالعيب الذي كان يسودها، فلو علم بذلك لما تعاقد معه. وأحكام العلم بالعيب الخفي في البيع العادي، ممكن تطبيقها في البيع الإلكتروني.

غير أن مشكلة إثبات العلم بعيب المبيع من أهم المشكلات المثارة في هذا المجال ورغم ذلك يمكن للبائع الإلكتروني إثبات علم المشتري بعيب المبيع باستعمال كل طرق الإثبات المستعملة في البيع الإلكتروني، كالاكتفاء على الرسائل الإلكترونية المتبادلة بينهما المبينة، ولتوقيعه وقبوله للمبيع. وفي هذا الشأن، لقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 19 جانفي 1978 برفض الاستئناف المقدم من المشتري أي العميل لعدم إقامته الدليل الكافي على وجود العيب الخفي في المبيع (2).

العلم بالعيب الخفي يختلف بحسب طبيعة المحل، فإذا كان المبيع مادياً ملموساً فالمشتري يمكن أن يعلم به مجرد استلامه، خاصة إذا كان العيب ظاهراً فيه، كانهدام

(1) PIZZIO .Jean. Pierre, L'introduction de la notion du consommateur en droit français ,Daloz 1982,p91 et s .

(2) د/عبد الباسط جمعي، عقود برامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص 253 إلى 255.

صفة معينة أو إن برزت عدم المطابقة للمواصفات التي تم إبرام العقد بشأنها، وكذلك إن كان المشتري حرفياً يعلم مبدئياً بوجود العيب أو عدمه في المبيع، كما أشرنا لذلك. لكن إذا كان محل البيع غير ملموس، كبرنامج حاسوب آلي، أو تقديم خدمة، فمن غير الممكن ثبوت علم المشتري بالعيب الموجود فيه مباشرة، سواء كان مهنيًا أو غير مهني، بل سوف يعلم به لاحقاً عند استعمال ذلك البرنامج. وتجدر الإشارة إلى القول أن البائع المهني سواء في البيع الكلاسيكي أو الإلكتروني يضمن المبيع سواء كان عالماً بالعيب أو لم يعلم به، مادامت توافرت في حقه الشروط الواجبة للضمان، كشرط العلم بالمبيع الذي يعد وفقاً لتفسير القضاء الفرنسي لنص المادة 1645، قرينة قانونية قاطعة⁽¹⁾، ويجعله مسئولاً عن الأضرار المباشرة وغير المتوقعة التي يسببها فعل الشيء⁽²⁾.

المطلب الثالث

البيوع المستثناة من ضمان العيب الخفي

لقد وردت أحكام ضمان العيوب الخفية في كل عقود المعاوضات، مهما تنوع محلها، سواء كانت منقولات أو عقارات أو كونها مبيعات معنوية، كبيع البرامج أو الخدمات. فإذا كان الأصل في البيع هو ضمان المبيع، إلا أن هناك بيوعاً استبعدت من نطاق هذا الضمان، فهي محصورة في تلك البيوع القضائية والإدارية إذا تمت بالمزاد، وترجع الحكمة في ذلك إلى استقرار المعاملات، وتقادي الإجراءات الطويلة في التقاضي، علاوة على أن أعطيت فرصة فحصها للمشتري قبل عرضها للمزايدة.

(1) « Application de l'art 1645, au vendeur professionnel, comme au fabricant, tenu de connaître les vices affectant la chose vendue » .

د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، مجلة الشريعة والقانون، ص 233، هامش رقم 101.

(2) Loi n° 389 du 19 Mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux J.O.R.F n°117, Du 21 Mai 1998.

وكذلك : د/أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، الطبعة الثانية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005 ص 219 وما بعدها.

كما أن استبعاد هذه البيوع من الضمان، يكون من باب ضمان العيوب الخفية فقط لكن يظل التزاما قائما عليها في حالة وقوع التعرض أو الاستحقاق ولو تم البيع بواسطة القضاء أو الإدارة بالمزاد⁽¹⁾.

وباعتبارنا نبحت أيضا في خصوصيات البيع الإلكتروني، فهل تستثنى فيه هذه البيوع من الضمان؟ ذلك ما سوف نحاول الإجابة عليه من خلال فروع هذا المطلب :

الفرع الأول: البيوع المستثناة من الضمان في البيع العادي

الفرع الثاني: البيوع المستثناة من الضمان في البيع الإلكتروني

الفرع الأول

البيوع المستثناة من الضمان في البيع العادي

جرى العرف في البيوع بضمان محلها، غير أن هناك بيوعا قد استبعدت صراحة منه، وهي البيوع القضائية والإدارية إذا كانت بالمزاد. فلقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1649⁽²⁾ عليها بما يلي: فلا جدوى لرفع دعوى الضمان إذا تم البيع بالسلطة القضائية. كما تضمنت المادة 385 من التقنين المدني الجزائري، المقابلة للمادة 454 من التقنين المدني المصري ذلك: " لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد"، غير أن المشرع اللبناني قد نص واستبعد عن الضمان البيوع القضائية دون الإدارية، ذلك ما تضمنته المادة 464 من قانون الموجبات والعقود.

البيع بالسلطة القضائية يستوجب إجراءه عن طريق القضاء، وذلك عند بيع أموال القاصر أو المحجور عليه لوفاء حقوق دائنيه. فقد يكون تدخل القضاء بالبيع عارضا، مثلما هو الحال عند بيع العقار الشائع الذي تعذرت قسمته عينا أمام محكمة القسمة، فلا يلجأ إلى البيع تحت إشراف المحكمة إلا إذا تعذرت قسمة العقار عينا بين الشركاء على الشيوع، الذين لم يتفقوا على بيعه، أما إذا اتفقوا دون القضاء، فلهم ذلك⁽³⁾.

(1) د/ علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، دون ذكر بلد النشر، سنة 2003، ص 252.

(2) «Elle n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice».

(3) د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 230 و 231.

كما يتم البيع بواسطة سلطة إدارية في الدولة بالمزاد علنا أو غيره، وجبرا على مدينيها لاستنفاء مستحقاتها قبلهم، كإجراء بيع من مصلحة الضرائب بالمزاد جبرا عن مموليها لاستنفاء قيمة الاشتراكات المستحقة في ذمتهم.

إذن سواء تم المزاد بطريقة علانية أو سرية، يمتنع على الإدارة ضمان العيوب الخفية طبقا للمادة 2/454 مدني مصري، وإذا لجأت الإدارة للبيع بالمزاد الاختياري، فلا يعتبر في هذه الحالة بيعا إداريا، ويبقى الالتزام بضمان العيب الخفي قائما⁽¹⁾.

فيما عدا هذه البيوع المستثناة، يقوم ضمان العيب في بيع آخر، سواء كان مسجلا أم غير مسجل، ينصب على عقار أو منقول، أو كان المبيع ماديا أو معنويا. فالمشرع المصري طبق المادة 447 مدني على كافة البيوع سواء كان محلها منقولا أو عقارا، أما المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي الذي أخص العقار بأحكام خاصة بالمهندس المعماري، ومقاوول البناء طبقا للمادة 1792 والمادة 2270 مدني فرنسي.

كما اتفق الفقه الفرنسي⁽²⁾ والمصري⁽³⁾ على اعتبار دعوى الضمان العشري ضد المهندس المعماري والمقاوول للعيب الخفي المتسبب في تهدم البناء من ملحقات المبيع في العقار. وينتقل هذا الحق إلى الخلف حتى لو كان سبب نقل الملكية لا يلزمه بذلك أصلا⁽⁴⁾ وذلك قصد تقليل حوادث انهيار المباني وتحمل المسؤولية.

أما المشرع الجزائري تناول الموضوع في المادة 554 من التقنين المدني بحيث نص على أن يضمن المهندس والمقاوول ما يحدث خلال عشرة سنوات من تهدم البناء الكلي أو الجزئي فيما شيداه من مبان، وتبدأ هذه المدة من وقت تسلم العمل نهائيا.

الفرع الثاني

البيوع المستثناة من الضمان في البيع الإلكتروني

(1) د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 377.

(2) Planiol. Marcel et Ripert (G), Traité pratique de droit civil français- contrats civils, Tome 10, éd L.G.D.J. 1956, p 80.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 582 و د/ مجدي صبحي خليل، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر تاريخ النشر، ص 165.

(4) محمد ناجي ياقوت، العقود المسماة، البيع و الإيجار و المقاول، دار وهدان للطباعة والنشر، دون ذكر بلد النشر سنة 1982، ص 449.

لقد تضمنت مختلف الأبحاث والدراسات تطبيقات متعددة للمعاملات الالكترونية منها، بيع المزايمة الالكترونية التي لم تتضح فيها نوعية هذه البيوع إن كانت إدارية أو قضائية، فورد لفظ "بيوع المزايمة الالكترونية" أي عرض محل البيع في مزاد عام وبطريقة الكترونية بقصد إرساله على أكبر عرض يقدمه أحد المزايدين، بحيث يتولى المزاد الوسيط الالكتروني، فهو متواجد في مجلس افتراضي حكمي لتقدير المبيع وتثمين السلعة المعروضة للمزاد، وتبليغ الأطراف على رسوم المزاد وتسليم المبيع لصاحبه⁽¹⁾.

كل ذلك دون ضمان المبيع من الهلاك أو التلف أو ضمان العيوب الخفية، لأن عمله منوط فقط بإدارة عملية المزاد فقط⁽²⁾ وإعلام البائع عند إقفال المزاد. تقوم مساءلة الوسيط فقط في حالات العمد أو الإهمال في أداء عمله⁽³⁾. فهي مسؤولية تخضع لسلطة ورقابة القضاء⁽⁴⁾.

نجد أن البيوع بالمزاد الالكتروني غير خاضعة للضمان ومستبعدة عنه، رغم وجود قوانين ضابطة لعمليات للمزاييدات والمناقصات في عقود البيع والشراء عبر الإنترنت، منها القانون المصري رقم 1998/89⁽⁵⁾، وكذلك القانون الفرنسي 642 . 2000 الصادر في 10 جويلية 2000.

إذن إن تم البيع بالمزايمة الإلكترونية عبر مواقع افتراضية غير حقيقية عبر الإنترنت، فيستبعد فيه الضمان، لكن تستوجب فيه الحماية نتيجة لممارسة عمليات

(1) د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 305.

(2) <http://www.droit.technologie.org/search/advanced.asp>

Les ventes aux enchères électroniques. Frédérique olivier , la prise en compte des enchères électroniques , loi N° 2000, 642 ,10/07/2000 , la semaine juridique – édition générale,15/11/2000, P 2051.

Il doit effectuer les diligences normales pour que la vente puisse avoir lieu tant sur le plan technique (hébergement de l'annonce de vente) et sur le plan information (aviser le vendeur à la fin du délai).

كذلك : د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة 2006، ص 78.

(3) Revoir le même site dessus.

(4) Frederique Olivier, p2052.

(5) الجريدة الرسمية المصرية، العدد التاسع عشر مكرر، بتاريخ 8 مايو 1998.

الاحتيايل أوعدم تزويد المزايدين عن حقيقة المبيع، كإخفاء العيب أوالسعر الحقيقي للمبيع، أولعدم الإفصاح عن جنسية المبيع، فقد يكون المبيع محلي ويعرض أنه أسترالي أو فرنسي التصنيع. لذا لا بد من ضبط ومراقبة مواقع المزاد⁽¹⁾ وضرورة إعلام المزايدين بها، وتكمن هذه المواقع في:

. مواقع البيع بالمزاد (Sites de vente aux enchères au sens strict)،

. المؤسسات المستعملة للويب (مثلا موقع المزادات للحدود الجديدة)

(Les sociétés utilisant le web (ex. Le site d'enchères de nouvelles frontières)

. المواقع الرابطة بين البائع و المشتري (المستهلك)

Sites qui mettent en relation le vendeur et l'acheteur (ex. : www.ibazar.be)

فمن يدخل في عمليات شراء السلع أوالخدمات عن طريق المزايذة الإلكترونية، لا

بد أن يكون مهنيا ملما بالمبيع، وبتقنيات إجراء هذه المزايذة حتى لا يكون ضحية الباعة أوالتجار المحترفين.

⁽¹⁾ [http:// www.droit.technologie.org/search/advanced.asp](http://www.droit.technologie.org/search/advanced.asp).

المبحث الثاني

دعوى ضمان العيب الخفي وإجراءاتها

إذا وجد العيب في المبيع أو خلى من الصفة التي تعهد البائع بوجودها فيه للمشتري يقوم هذا الأخير بمطالبة البائع بالضمان بواسطة رفع الدعوى وبضرورة إتباع إجراءات قانونية سابقة على رفع الدعوى للعيب الخفي، وإلا لا تقبل دعواه، ويسقط حقه في الضمان، ويعد قابلاً له. فهذا نصت المادة 1/380 من لتقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 449 من القانون المدني المصري، وجا فيها: "إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك، حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع. غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي، وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب، أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيب". غير أنه بالعودة إلى التقنين المدني الفرنسي، فلم نجد نصاً مقابلاً لهذه النصوص أعلاه.

رفع دعوى ضمان المبيع في البيع العادي تلزم المشتري باتباع الإجراءات الشكلية والموضوعية للدعوى، فالأولى متمثلة في فحصه للمبيع، وعند ثبوت العيب، عليه بإخبار البائع به، وكذا علمه بكيفية تقديم عريضة الدعوى.

أما الثانية تتعلق بالشروط الواجب توافرها في كلا المتعاقدين. هذه اذن إجراءات رفع دعوى الضمان في البيع العادي، فهل القوانين المنظمة للبيع الإلكتروني، قد نصت على كيفية رفع دعوى الضمان وإجراءاتها أو أنها اعتمدت على القواعد العامة في هذا الموضوع؟ ذلك ماسوف نحاول الإجابة عليه ضمن هذا المبحث الذي تم تقسيمه إلى مطلبين:

المطلب الأول: الشروط الشكلية لممارسة دعوى الضمان

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لممارسة دعوى الضمان.

المطلب الأول

الشروط الشكلية لممارسة دعوى الضمان

يتطلب الأمر عند رفع دعوى الضمان توافر شروط شكلية التي تنحصر في فحص المبيع من طرف المشتري، وإخطار البائع بالعيب إن وجد. فان لم يستجب البائع للإخطار في وقت معقول، يرفع المشتري ضده دعوى الضمان محترماً وقتها لاستيفاء حقه القانوني. وعليه، سوف نتطرق إلى هذه الشروط الشكلية بنوع من التفصيل في الفروع التالية تبعا :

الفرع الأول: فحص المبيع

الفرع الثاني: إخطار البائع بالعيب

الفرع الثالث: عريضة رفع دعوى الضمان

الفرع الأول

فحص المبيع

إذا تسلم⁽¹⁾ المشتري المبيع وجب عليه فحصه، فان لم يفعل واحتفظ بالمبيع مدة معينة، يعد راضيا به، ويفقد حقه في الضمان وفقا للمادة 1/380 مدني جزائري المقابلة

⁽¹⁾ ومعنى التسليم هنا هو التسليم الفعلي وليس الحكمي، لأن التسليم الفعلي يمكن المشتري بفحص المبيع، والعناية التي

للمادة 449 مدني مصري، لكن المادتين لم تحددا المدّة وتركنا ذلك لتقدير قاضي الموضوع الذي سيستعين بظروف الحال، أي الواقعة. وعليه، فإن فحص المبيع هو إجراء تمهيدي يقوم به المشتري بعد تسلّم المبيع، غير أنه قد يتمكن المشتري من فحص المبيع قبل تسلّمه أو فحصه مرتين، في الأولى عند إبرام العقد أما في الثانية عند التسليم⁽¹⁾.

عند الفحص قد توجد عيوب خفية أو معينة فقد يتعذر عليه معرفة تلك العيوب، وهذا لا يعني قبوله بها⁽²⁾.

لأن هناك مبيعات تمكن المشتري من اكتشاف العيب فيها دون اللجوء إلى المختصين في الموضوع، إن كان هو محترفاً أو نظراً لتعامله الدائم بنوعية نفس المبيع، أولاً المبيع لا يحتاج إلى مشقة للكشف عنه.

غير أن هناك بضائع مستوردة، فلا يتم فحصها إلا بعد وصولها لمخازن المشتري، ويبدأ تاريخ الفحص من يوم وصولها إليه، فهنا قد يستعين المشتري بالخبراء في الميدان أو قد لا يفعل، وذلك بحسب طبيعة المبيع.

غير أن عند فحص المبيع في البيع الإلكتروني، يتم في أغلب المعاملات بعد وصول المبيع إلى المشتري سواء عن طريق التسليم خارج الشبكة أو عبر الشبكة. فالتسليم خارج الشبكة يتم فيه فحص ومعاينة المبيع فور وصوله إلى المشتري عبر البريد أو في الميناء أو المطارات أو غيرها، أما فحص المبيع المسلم عبر الخط، والمتمثل في المبيع المعنوي⁽³⁾ فهو نوطابع غيرمادي ملموس، كالمعلومات والكيانات المنطقية أو البرامج والخدمات، فيتم

يجب أن يبذلها هي عناية الرجل العادي عند فحص المبيع وقت التسليم . د/ أحمد قدارة ، الوجيز في شرح القانون

المدني الجزائري ، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000، ص 179.

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 736.

(2) د/ كمال ثروت الوندواوي، شرح أحكام عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة التشريعات العربية والأجنبية مطبوعة، السلام، بغداد، سنة 1973، ص 234.

(3) د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 197.

إرسالها المباشر عن طريق النقل الرقمي للبيانات في شكل الأصفار والآحاد من شبكة المعلوماتية إلى الحاسب الآلي للمشتري، وهذا ما يسمى بالإرسال⁽¹⁾.
فبمجرد وصول هذه المعلومات أو البرامج إلى المستهلك، يلتزم المشتري بفحصها فور وصولها إلى حاسبه الآلي، فبعد الفحص إن ثبت بالمبيع عيبا معيناً، يخطر البائع المهني الإلكتروني فوراً حتى يضمنها أو يضمن له شيئاً مطابقاً لما تم مشاهدته عبر الإنترنت⁽²⁾.
فقانون الاستهلاك الفرنسي قد نص في المادة L.121/16 على ضمان ومنح للمشتري حق إعادة المبيع، أو استبداله خلال سبعة أيام من يوم تسلمه⁽³⁾ إن ثبت العيب أو عدم المطابقة فيه وذلك بعد إخطاره به .

كمانص البند التاسع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على نفس المدة في العدول على العقد المبرم عن بعد، فتحسب من يوم تسلم المبيع.
أما الخدمات فتحسب المدة فيها من يوم انعقاد العقد، إذا كان المشتري أو المستهلك قد تسلم تأكيد من البائع بما تضمنه من معلومات في بريده الإلكتروني.
إن لم يستجيب البائع للإخطار، يحق للمشتري رفع دعوى الضمان حسب ما نصت عليه القواعد العامة، إن كان التعامل بالبيع الإلكتروني بين متعاقدين من نفس الدولة، وإن كان البيع إلكتروني بين أشخاص أو شركات ذات جنسية مختلفة، لا بد أن تتفق على تحديد كيفية وطريقة رفع هذه الدعوى على البائع .

لكن في الواقع قد يتم حل المشكلة بينهما بطريقة ودية، أي غير قضائية، وعدا هذا الحل ، يستلزم الأمر رفعها عن طريق القضاء وتطبيق قانون الإدارة، أي القانون الذي أختاره المتعاقدين، غير أن الفقه ومعظم التشريعات ترى أن: "اختيار الأطراف

⁽¹⁾ نفس المرجع ، ص 203.

⁽²⁾ Torres (ch) ,op.cit , N°318, p 117.

« Il s'agit également pour le cyber commençant de mettre à la disposition du client un bien semblable à celui commandé » .

⁽³⁾ القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية حددها بعشرة أيام (الفصل 30 منه)، وهي نفس المدة التي أقرها مشروع قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية الفلسطيني (المادة 55)، وكذا القانون اللبناني رقم 659 لسنة 2005 الصادر بشأن التجارة الإلكترونية.

للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يستتبع بحرمان المشتري، أي المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الأمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية" (1) .
ذلك بسبب اعتباره الطرف الضعيف أمام البائع المهني الالكتروني، وكذا وقوع رضاه تحت إغراء الإعلانات الالكترونية الكاذبة أو الخادعة للمبيعات.

الفرع الثاني

إخطار البائع بالعيب

يعتبر الإخطار تصرف قانوني يصدر من المشتري لإعلام البائع بالعيب في المبيع. والإخطار قد يكون ايجابياً، فهو متمثل في إعلام المشتري البائع باستلامه المبيع وقبوله به، وقد يكون سلبياً إذا ما أعلم المشتري البائع بمشكلة في المبيع، كالكشف العيب الخفي فيه أو عدم مطابقته للمطلوب.

غير أن الدكتور أسعد دياب يصف الإخطار بمقدمة لدعوى قضائية (2).

فلا نوافقه الرأي، لأن الإخطار كما سبق وأن شرحنا، قد يكون نافعا للبائع، وقد يكون ضاراً، كإعلام البائع بعدم التنفيذ على الوجه المتفق عليه.

ولقد نص المشرع الجزائري على الإخطار في المادة 380 من التقنين المدني المقابلة للمادة 449 مدني مصري بما يلي: "إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع.

غير أنه إذا كان العيب لا يظهر بطريق الاستعمال العادي، وجب على المشتري بمجرد ظهوره أن يخبر البائع به، وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب".

كما نص في المادة 381 على: "إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقاً للمادة 376".

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص، بحث مقدم في مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت جامعة الإمارات، سنة 2000، ص 41 وما بعدها.

(2) د/أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، المرجع السابق، ص 115.

يتضح من خلال المادة 380 مدني جزائري والمادة 449 مدني مصري أن بعد اكتشاف العيب الخفي، يقوم المشتري بإخطار البائع عنه في ميعاد معقول، غير أن المشرع المصري والجزائري لم يحدد كيفية الإخطار، فيمكن أن يقع بأي وسيلة. فكثيرا ما يشترط البائع أن يحتوي الإخطار على وصف دقيق للعيب مع تحديد لمكانه في البضاعة حتى يسهل إجراء فحص مضاد عليها⁽¹⁾.

كما أن الإخطار ينتج آثاره إلا بعد علم البائع به أو من يمثله قانونا⁽²⁾ غير أنه قد لا يخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت المحدد، فرغم ذلك لا يسقط حقه في الضمان إن كان البائع يسيء النية بإخفاء العيب عنهن ويؤكد خلو المبيع منه، فما على المشتري في هذه الحالة إلا إثبات غش البائع بكل طرق الإثبات.

لدى المشرع المصري فإذا كان العيب ممكن كشفه بالفحص العادي، فعلى المشتري إخطار البائع به خلال مدة معقولة، تبدأ من تاريخ كشفه⁽³⁾ وإذا كان العيب يحتاج للكشف عنه الاستعانة بخبراء في الميدان، فعلى المشتري إخطار البائع بمجرد إنهاء الفحص والمعاينة الدقيقة للمبيع، وإلا عدّ قابلا للمبيع بما فيه⁽⁴⁾.

فهو مسئول عن تحمل وجود العيب وإثباته بكل الطرق ومعاينته، غير أن هذه المعاينة لا تعفيه من مسؤولية المحافظة والاعتناء بالأشياء المباعة، إعمالا بالقواعد العامة، فإذا كانت هذه الأشياء قابلة للهلاك أن يطلب ترخيص ببيعها لحساب البائع من طرف المحكمة المختصة، ويراعى إذا اقتضى الأمر إرجاع البضاعة، واسترجاع المصروفات⁽⁵⁾.

إعمالا بمقتضى أحكام القواعد العامة، فالمادة 327 مدني مصري، فقد نصت: "يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها التلف أو التي تكلف نفقات باهظة في إيداعها، أو حراستها وأن يودع الثمن في خزنة المحكمة

(1) د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 576.

(2) أحمد شوقي عبد الرحمان، ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، سنة 1983 فقرة 60، ص 64.

(3) د/ محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 175.

(4) حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 466.

(5) د/ توفيق فرج، المرجع السابق، ف 343، ص 462 و د/ محمود رمضان الخن، المرجع السابق، ص 173 و 174.

فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق، وكان التعامل فيه متداولاً في البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد العلني إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف، غير أن المشرع الجزائري، لم ينص على هذه الحالة، لكن في الواقع إن كل مشتر كاشف للعيب الخفي في المبيع بإمكانه اتخاذ هذه الإجراءات المنصوص عليها أعلاه، وذلك لاعتبار الأمر استعجالي، فعليه بالتصرف في المبيع بأسرع وقت ممكن.

فيما يخص الإخطار عن العيب الخفي في البيع الإلكتروني، فمعمول به طبقاً للقواعد العامة، أو إعمالاً لما تم الاتفاق عليه - قانون الإدارة إن كان البيع الإلكتروني دولياً.

فبمجرد فحص المبيع وظهور العيب، يقوم المشتري الإلكتروني بإخطار البائع بواسطة الوسائل المستحدثة للإخطار، كالانترنت أو الفاكس أو الهاتف أو بآلية وسيلة إخبار تم الاتفاق عليها حتى لا يتعدى الإخطار مهلته القانونية.

فإذا كان العيب يتطلب للكشف عنه ضرورة استعمال المبيع في الغرض المعد له، فلا بد من إخطاره في فترة استعمال المبيع، وهذه الفترة كثيراً ما تعطى للمشتري للتأكد من صلاحية المبيع للعمل.

كثيراً ما يتم الكشف عن العيب في المبيعات المادية بالفحص العادي أو التقني غير أنه إذا كنا بصدد بيع نظام معلوماتي أو برنامج معين مثلاً، فإن عرف التعامل في هذا النوع من البيوع يختلف باختلاف طبيعة النظام المعلوماتي، إذ من النظم المعلوماتية ما يسهل فحصها عند الاستلام الفعلي، ومنها ما لا يتييسر التحقق من حالتها إلا بعد استلامها لأنها تحتاج إلى خبرة فنية خاصة⁽¹⁾، فالإخطار في هذا النوع من المبيع، يكون دائماً خلال المدة المعقولة⁽²⁾.

فمهما كانت نوعية المبيع، لا بد من الإسراع بإخطار البائع فور اكتشاف العيب الخفي حتى لا يضيع فرص المطالبة بالضمان.

(1) د/ طارق كاظم عجيل، مدى ضمان العيب الخفي في عقود المعلوماتية، ملخص بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون العراقية، العدد 39، سبتمبر 2008، صص 253-311.

(2) د/ منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني، العقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف، الإسكندرية، سنة 1956-1957، صص 205.

الفرع الثالث

عريضة رفع دعوى الضمان

يرفع المشتري الدعوى نتيجة الموقف السلبي للبائع المتمثل في عدم الرد على الإخطار أو عدم الموافقة على ضمان المبيع. ولقد نصت المادة 1648⁽¹⁾ من القانون المدني الفرنسي على وجوب رفع دعوى الضمان خلال مدة قصيرة وفقا لطبيعة، وعرف الجهة التي أبرم فيها البيع. نفهم أن المشرع الفرنسي لم يحدد المدة، فيمكن اعتبار ذلك من مسائل الواقع التي تخضع لسلطة قاضي الموضوع⁽²⁾.

وبذلك عملت محكمة النقض الفرنسية على أن مدة الضمان تخضع لسلطة قاضي الموضوع، الذي سوف يكشف عن حسن أو سوء نية البائع. غير أن لدى الأستاذ غاستان وديشي، فإن هذه المدة تكمن في عدة أشهر⁽³⁾، إلا أن وفيما يخص هذه المدة، لقد دفعت محكمة النقض الفرنسية إلى التخلص من المادة 1648 حتى ترفع دعوى أخرى بدلها، وهي دعوى إخلال البائع بتنفيذ التزامه بتسليم مبيع مطابق حتى ولو كانت عدم المطابقة قد نشأت بسبب عيب خفي في المبيع⁽⁴⁾، وبذلك تم تعديل نص المادة 1648 مدني فرنسي وفقا لما جاء بنص المادة الثالثة من الأمر المؤرخ في 17/02/2005⁽⁵⁾ التي تسمح برفع دعوى الضمان للعيب الخفي قائما لمدة سنتين، يبدأ احتسابها من تاريخ كشف العيب.

هذا عن القانون المدني الفرنسي، أما القانون المدني المصري، فقد نص في المادة 1/452 المقابلة للمادة 383 مدني جزائري على: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا أنقضت سنة من وقت تسليم المبيع، ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل أن

(1) Art 1648: « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite »

(2) George Vermelle, Droit civil, les contrats spéciaux, 2^{ème} Ed, Paris, 1998, p42.

(3) لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص474.

(4) د/أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 226.

(5) Ordonnance N°136/2005, 17 fév. 2005, art3, « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice ».

د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق ص114 هامش رقم 02.

يلتزم بالضمان لمدة أطول. ولا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم، إذا ثبت تعدد إخفاء العيب غشا منه".

فمعنى النص يجوز الاتفاق على مدة تكون أطول لضمان العيب الخفي، كاستثناء للأصل الذي نص على: "لا يجوز الاتفاق أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي نص عليها القانون".

فمدة دعوى الضمان سارية المفعول من يوم وقوع التسلم الفعلي للمبيع، ولا يجوز للبائع التمسك بالسنة لانتهاء التقادم إذا ثبت غشه في تعدد إخفاء العيب، فالتقادم هنا يكون بخمسة عشرة سنة من يوم البيع، تطبيقاً للقواعد العامة.

وترفع دعوى الضمان بمضي سنة واحدة، وتبدأ من يوم التسليم الفعلي للمبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل.

غير أنه لا يجوز للبائع التمسك بسنة التقادم متى ثبت أنه أخفى العيب غشا منه. فهنا تخضع مدة الضمان للتقادم الطويل. لذا فالمدة القانونية لرفع الدعوى مقدرة بسنة⁽¹⁾ ما لم يكن هناك اتفاق على تمديد الضمان⁽²⁾.

طبقاً لنص المادة 1/383 من التقنين المدني الجزائري، يبدأ سريان الدعوى من تاريخ تسليم المبيع، فهذا غير منطقي، حيث لا بد أن يبدأ سريانها من يوم الإخطار فالمشتري وبدون وقوع أي إهمال منه، قد لا يستطيع الكشف عن العيب إلا بعد مرور مدة طويلة، فينبغي إذن أن تبدأ المدة من يوم الإخطار وليس من يوم الكشف عن العيب الخفي.

كما يمكن القول أن دعوى المطالبة بالضمان قد تميزت بقصرها وذلك لعدة اعتبارات منها، استقرار المعاملات وأولاً انقضاء وقت معين، ولم يتخلله إدعاء المشتري، مما يعني أن المبيع جيد وسليم، أو لاعتبار إن كانت المدة قصيرة، يسهل فيها الإثبات

(1) بخلاف القانون الجزائري و المصري، فالقانون الأردني و الإماراتي حددا المدة بسنة أشهر تبدأ من تسليم المبيع . المادة (521) من القانون المدني الأردني والمادة (555) من القانون المدني الإماراتي. أما قانون الموجبات اللبناني حددها بسبعة -07- أيام وذلك من تاريخ تسلم المبيع، المادة (446) .

(2) قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/10/11، حيث قضى بنقض القرار المطعون فيه، و كان يهدف القرار إلى إلزام الطاعة و هي البائعة برد مبلغ السيارة مقابل استلامها و ذلك بالرغم من مرور عن المدة أكثر من سنة. المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1991، ص 140.

على البائع والمشتري الكشف عن العيب إن كان نتيجة لسوء استعماله أو أن العيب كان مرافقا للمبيع منذ البداية.

هذا عن رفع الدعوى في البيع العادي، وفي عقد البيع الإلكتروني يمكن رفع الدعوى طبقا لإجراءات القواعد العامة، أو كما سبق لنا القول بتطبيق قانون الإدارة مع ترك مجال الخصوصية للمحل المعنوي. فعقود بيع المعلوماتية، تحتاج إلى وقت ومهارة كبيرين للكشف عن العيب فيها، وذلك بسبب تعقيد هذا النظام مما يستوجب تعديل المدّة وتمديدتها حتى يستفيد المشتري من مدة أطول للمطالبة بالضمان.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية لممارسة دعوى الضمان

دعوى ضمان العيوب الخفية دعوى قضائية يمثلها طرفان، المدين بالضمان وهو البائع الذي وقع منه التزام سلبي، والدائن بالضمان أي المشتري الذي يدعى بإنشاء حق إيجابي لمصلحته، متمثلا في ضمان المبيع. لذا سوف ينبني على ما تقدم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الدائن في دعوى الضمان

الفرع الثاني: المدين في هذه الدعوى

الفرع الأول

الدائن في دعوى الضمان

يعد المشتري في عقد البيع العادي هو الدائن بالضمان، وصاحب الحق الأول والأصلي في الرجوع على المدين به.

فهذا الدائن قد يكون شخصا طبيعيا عاديا أو محترفا أو قد يكون شخصا معنويا. فيشتري من أجل الاستعمال الشخصي أو العائلي أو المهني وبذلك يصبح مستهلكا. فهناك⁽¹⁾ من يرى أن المشتري العادي، هو من يقوم بشراء الشيء للاستفادة منه، وفي نفس الوقت يجهل تقنية المنتج، غير أنه يصبح محترفا إذا ما تم تشبيهه على خصائص أو تقنيات

(1) د/أسعد دياب، المرجع السابق، ص 305.

الشيء من طرف البائع. غير أن المشتري المحترف كل من يتولى شراء المبيع من أجل الاتجار به، ويتخذ الشراء مهنة أو حرفة له.

وبذلك يكتسب الاحترافية بالممارسة الدائمة في هذا ميدان، وتمكنه من معرفة تقنيات الشيء، مزاياه وعيوبه.

فإذا استطاع العثور على العيب في المبيع، يستطيع ممارسة حق العدول عن العقد، أما إذا كشف عنه بعد شرائه، يحق له المطالبة بالضمان، أو بفسخ العقد، وينتقل حقه في المطالبة بالضمان إلى خلفه العام (أي الورثة)، وذلك ما نصت عليه المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي، كما أجاز القضاء الفرنسي بذلك⁽¹⁾، وكذلك المادة 145 من القانون المدني المصري، غير أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة.

كما ينتقل أيضا حق المشتري إلى خلفه الخاص، فإذا باع المشتري المبيع المتضمن لدعوى ضمان العيب إلى مشتر ثان، تنتقل معه دعوى الضمان، لكونها من ملحقات المبيع كما يجب توافر شرط عدم علم المشتري الثاني بالعيب الخفي، إذا أكتشفه قبل أن يسلم له المبيع، فلا ضمان له قبل البائع، ولا قبل المشتري الأول.

وفي حالة عدم توافر شرط العلم بالنسبة للمشتري الثاني، فما عليه سوى الرجوع على البائع بإحدى الدعاوى الثلاثة، وهي الدعوى غير المباشرة⁽²⁾ أو الدعوى الشخصية ضد البائع أو الدعوى المباشرة⁽³⁾.

مقارنة بالبيع الإلكتروني، يمكن القول أن المشتري العادي وكذلك المحترف يحملان نفس مضمون المشتري في البيع الكلاسيكي، غير أن نقطة الاختلاف تكمن في مكان وكيفية الشراء، وكذا في طبيعة المبيع المراد شراؤه.

(1) قضت محكمة استئناف ليون -Lyon- بالتعويض لصالح أرملة المشتري المتوفي بسبب الحادث الناجم عن العيب الذي اكتشف في المبيع، وأيدت محكمة النقض الفرنسية هذا القرار مؤسسة حكمها على أن أرملة المشتري وارثة لصاحب الحق في الضمان. نقض مدني فرنسي في 1954/11/24 الأسبوع القانوني 1955-2-58565. كما قضت محكمة استئناف نيم -Nimes- الفرنسية بتعويض أرملة مشتري وأطفاله القصر على الضرر الذي أصابهم من جراء وفاة عائلهم بسبب العيب الخفي في المبيع. محكمة استئناف نيم في 1960/04/25 دالوز 1960, 725

(2) د/علي نجيدة، المرجع السابق، ص 260، هامش رقم 01، و د/ زهية سي يوسف، عقد البيع، الطبعة الثالثة، دار الأمل للنشر، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2000، ص 182.

(3) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 741.

فالمشتري أو العميل هو الدائن بالضمان، وينتقل الضمان بانتقال الملكية سواء كان خلفا عاما أو خاصا، أي المشتري اللاحق يستطيع الرجوع على من باع له، ويمكنه الرجوع بدعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول ضد البائع أو البائع المنتج، ويمكن لإطراف العقد قصر الاستفادة على المتعاقدين دون الخلف (1).

أما فيما يخص الدعاوى التي يستطيع المشتري أوورثته رفعها على البائع الإلكتروني عند اكتشاف العيب الخفي في المبيع، نرى أنها مماثلة للدعاوى التي ترفع على البائع في البيع التقليدي، وإذا كان لهذا الأخير شركاء، فترفع الدعوى عليهم بالإجماع إلا إذا ثبت أن العيب الخفي قد تسبب أحدهم فيه، فبعد تعويضهم للمشتري، يتم رجوعهم على المتسبب بالتعويض.

إضافة لدعاوى العيب الخفي في البيع الإلكتروني، هناك دعاوى أخرى، منها دعاوى التعرض للإرادة في البيع، ودعاوى متعلقة بإثبات التعاقد، وكذلك دعاوى انتهاك الحقوق الشخصية والملكية الفكرية، وكذا دعاوى في مجال جرائم المعلوماتية والوفاء الإلكتروني (2).

الفرع الثاني

المدين في دعوى الضمان

المدين بالضمان في عقد البيع هو البائع، فهو شخص طبيعي أو معنوي، وتختلف صفته باختلاف النشاط الذي يقوم به. فالبائع العرضي لا يشتري لهدف البيع، فيعد تصرفه من التصرفات المدنية لا التجارية، لأنه لا يملك معلومات عن محل الشراء، ويتحلى بحسن النية إلى غاية إثبات العكس. إذن فلا يمكن متابعتة بضمان العيب الخفي إن ظهر بالمبيع (3).

(1) د/ محمد فواز مطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، الأردن، سنة 2006 ص 115.

(2) أيضا: د/بشار طلال أحمد مومني، المرجع السابق، ص 16 و 17.

V. aussi: La protection des droits d'auteur: Alain Bensoussan, Internet aspects juridiques 2 éd, revue et augmentée, éd. Hermes, Paris, 1998, p 63 et s.

(3) Philippe-Malaurie, Cours de droit civil, les contrats spéciaux, édition Cujas, 1986 p 198.

هناك كذلك البائع المحترف، الذي يعلم بعيوب المبيع، ويستطيع إخفاؤها على المشتري أو كذلك يقوم بتقديم مبيعا للمشتري بغير المواصفات التي تم رؤيتها قبل التعاقد أو أثنائه.

لذا فإن وجدت إحدى هذه المعايير الوصفية في البائع المحترف، فهو سيء النية وتطبق عليه أحكام المادة 1645 مدني فرنسي⁽¹⁾.

غير أن سوء نية البائع لدى الفقه المصري⁽²⁾ والمشرع الجزائري⁽³⁾ لا تنحصر في علم البائع بالعيب في المبيع فقط، بل كذلك في محاولة إخفاء العيب عن المشتري باستعمال طرق احتيالية، كالغش والتدليس مثلا. ويعد في منزلة البائع المحترف كل من تدخل في إطار مهنته، كمنتج أوحرفي أو صانع أو موزع أو مستورد أو تاجر⁽⁴⁾.

وقد استقر القضاء الفرنسي الأخذ بهذا التشبيه واعتبر البائع المحترف منتجا أو تاجرا مسؤولا عن عيوب المنتجات التي يقوم ببيعها، ولو كان لا يعلم بهذه العيوب⁽⁵⁾ وتجلى ذلك في بعض الأحكام القضائية، حيث ذهبت محكمة استئناف - روان - Rouen - إلى ضرورة إخضاع البائع المحترف صانعا كان أو تاجرا لنص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي لكونه ضامن لجودة منتجاته، ولا يمكنه بالتالي أن يدعي بالشيء الذي يصنعه أو يبيعه. كما قررت في حكم آخر بمسؤولية صاحب المحل الذي باع سيارة فيها تصدع في عجلة القيادة عن الحادثة التي نجمت عن هذا العيب⁽⁶⁾.

(1) «Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur».

(2) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 742، هامش رقم 03.

(3) المواد 2/379 و 2/383 مدني جزائري.

(4) المادة 1386 من التقنين المدني الفرنسي وكذا المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15/09/1990

المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات، المادة الثانية / الجريدة الرسمية العدد أربعون، سنة 1990.

(5) د/جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة، مقال

منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، بتاريخ 20 مارس 1996، ص ص 189-302.

(6) C.A.Rouen, 27 nov. 1930 (D.H. 1931, p39).

د/علي فتاك، المرجع السابق، ص 97، هامش رقم 01.

Civ.1^{er}, 19 jan. 1965 et Civ.1^{er}, 28 nov. 1966, p99 et Civ.1^{er}, 8 nov. 1972 (D. 1973, somm p52). Com. 17 fév. 1962 (D. 1965, p353), Com. 4 juin 1969 (D. 1970, p51).

كما ذهب أحكام أخرى إلى أنه يجب أن يشبه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع بحكم مهنته ولا يستطيع أن يجهلها (1).

يمكن القول أن مسؤولية البائع العادي أو المحترف أو الصانع أو المنتج أو الموزع قائمة ومتطورة نتيجة تغير المبيعات بسبب تقدم الصناعات الكبرى والمشاكل المحتمل توقعها من جراء هذا التطور.

فإعمالاً بذلك استمرت محكمة النقض الفرنسية على اعتبار البائع المهني أو المحترف مسؤولاً حتى ولو تجاهل العيب في المبيع الذي تم صنعه أو الذي تم بيعه (2). أما عن مدى انتقال حق ضمان البائع للغير، يمكن القول أنه لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى ديناً يتم الحصول عليه من تركته، فلا تركة إلا بعد سداد الديون، ومن هذه الديون الدين الخاص بضمان العيوب الخفية (3) الذي يطالب به الدائن الأول المباشر أي المشتري الأول في مواجهة ورثة البائع.

الملاحظ أن قواعد وأحكام انتقال الميراث في البلاد العربية مختلفة على الدول الأوروبية، كفرنسا مثلاً، حيث لا ينتقل الميراث إلى الخلف العام مباشرة، بل عليه الخيار بين رفض التركة ويعتبر هنا من الغير، وبالتالي فهو غير ملزم بالضمان، وأن يقبل التركة دون تحفظ الجرد، فإن حقوق المورث والتزاماته تنتقل إليه بما فيها الحق في الضمان، أو قبوله للتركة بشرط الجرد، فتنتقل إليه جميع حقوق والتزامات مورثه، لكن في حدود التركة، فلا يرجع الدائنين على أموال الوارث الخاصة (4).

أما فيما يخص الملتزم بالضمان في البيع الإلكتروني، فهو البائع مهما كانت صفته بائعاً عادياً أو محترفاً أو منتجاً أو موزعاً للمبيع، ثم الخلف العام والخاص لهؤلاء.

(1) د/ علي الفتاك، المرجع السابق، ص 99، هامش رقم 3.

(2) د/ صاحب الفتلاوي، المرجع السابق، ص 120.

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 729 و محمد أبو هزيم، المرجع السابق، ص 185.

(4) د/ عبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية، دراسة مقارنة بين القانونين المصري و الكويتي دار حراء للنشر، سنة 1974، فقرة 219، ص 368.

وبصدد عقود المعلوماتية مثلا، فإن بائعها هو الضامن وبعده خلفه، وإذا تعدد البائعون للنظام المعلوماتي كان كل منهم ملتزما بالضمان في حدود العمل الذي قام به أو الجزء الذي قدمه⁽¹⁾.

لقد ذهب أغلب الفقه الفرنسي إلى الإجماع على انتقال دعوى ضمان العيب من السلف إلى الخلف⁽²⁾.

واستقر كذلك القضاء الفرنسي على هذا المبدأ، وأن يرفع الخلف الدعوى ذات الطبيعة العقدية⁽³⁾.

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية على انتقال الضمان من السلف إلى الخلف في نطاق عقود المعلوماتية، فمن حق المستفيد، أو من في حكمه الرجوع بالضمان بدعوى مباشرة على الغير الذي تعاقد معه المتعهد، لغرض بيع أو تجهيز نظام المعلوماتية شريطة أن يكون العيب موجودا في المبيع الذي حازه الغير قبل تسلمه أو سلم جزء منه إلى المتعهد.

غير أنه إذا ظهر العيب بعد ذلك، فلا يحق للمستفيد الرجوع على الغير بدعوى مباشرة، بل يجب الرجوع على المتعهد⁽⁴⁾.

لا مانع من تطبيق نفس المبدأ في المبيع الإلكتروني، إن كان خدمة أو منقولا ماديا سيما أن هذا النوع من المبيع هو الأكثر شيوعا.

(1) د/طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 285.

(2) Ghestin(J), Jamin Christophe et Billian Marc, Traité et droit civil, les effets du contrat 2^{ed}, L.G.D. J, Paris , p 894.

د/كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 285، هامش رقم 51.

(3) نقض مدني فرنسي، 1979 /10/09 ، قضى بأن الدعوى المباشرة للضمان التي يحوزها مكتسب الملكية الثانية في عقود البيع المتعاقبة لها بالضرورة طبيعة عقدية، د/ طارق كاظم عجيل، المرجع السابق ، ص 286.

(4) د/ طارق كاظم عجيل، المرجع السابق ، ص 286.

المبحث الثالث

أحكام دعوى الضمان

إذا تحققت شروط ضمان العيب، قام المشتري مباشرة بالإجراءات القانونية للمطالبة بالضمان، وذلك إما باختيار رد المبيع واسترداد الثمن إن كان المبيع معيبا وغير صالح للغرض الذي أعد له، أو قد يختار استبقاء المبيع والاكتفاء بتخفيض الثمن أو أن يختار المطالبة بالتنفيذ العيني، إن كان ذلك ممكنا، وذلك إما بإصلاح المبيع المعيب على نفقة البائع أو استبداله بمنتج جديد.

بناء على ما تم تقديمه، لقد قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: آثار دعوى الضمان

المطلب الثاني: سقوط دعوى ضمان العيب الخفي وأحكام تعديل مدة التقادم

المطلب الأول

آثار دعوى الضمان

بعد ممارسة المشتري لدعوى ضمان العيوب الخفية في المبيع ضد البائع تترتب آثارا قانونية متمثلة في رد المبيع أوتخفيض الثمن واستبقاء المبيع مع التطرق إلى استثناءات هذا الاختيار، كحالة استعمال المشتري للمبيع دون علمه بالعيب، وحالة هلاك المبيع وأيضا تصرف المشتري في المبيع دون العلم بعيبه.

كما يمكن للمشتري دفع البائع للتنفيذ العيني المتمثل في إصلاح المبيع أو استبداله بمبيع جديد وأنه يستطيع المطالبة بالفسخ مع التعويض، وهذا ما سيتم شرحه خلال هذه الفروع تبعا.

الفرع الأول: رد المبيع

الفرع الثاني: استبقاء المبيع وانقاص الثمن

الفرع الثالث: التنفيذ العيني

الفرع الرابع: التعويض

الفرع الأول

رد المبيع

عند عدم استجابة البائع لإخطار المشتري، يرفع هذا الأخير الدعوى ويتمسك برد المبيع، أي رفع دعوى فسخ الشراء مع استرداد الثمن أو أن يحتفظ بالمبيع مع استرداد جزء من الثمن يقدره الخبراء.

فهذه الحرية في الاختيار قد نصت عليها المادة 1644⁽¹⁾ من التقنين المدني الفرنسي بما يلي " في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 1641، 1643 يكون المشتري مخييرا بين رد المبيع واسترداد الثمن وبين إبقائه واسترجاع جزء من الثمن يقدره أهل الخبرة".

(1) «En vertu de l'article 1644 du code civil, l'acquéreur aura alors le choix entre rendre la chose ou se faire restituer le prix (Action réhibitoire) telle qu'elle sera arbitrée par experts».

الرجوع بدعوى الضمان في القانون المدني المصري، يكون طبقاً للمادة 450: "إذا أخطر المشتري البائع في الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة 444".

حيث وضحت التعويضات المستحقة في حالة ضمان الاستحقاق الجزئي، وذلك بالتمييز بين العيب الجسيم واليسير.

فإن كان العيب جسيماً، يكون للمشتري حق الخيار بين الضمانين: إما رد المبيع وحصوله على التعويض طبقاً لأحكام ضمان الاستحقاق الكلي (المادة 443) أو استبقاء المبيع مع التعويض عما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب.

وإن كان العيب يسيراً، ليس للمشتري سوى حق المطالبة بالتعويض الذي يتغير مقداره بحسب حسن نية البائع أو سوء نيته (المادة 444) الخاصة بالتعويض في حالة الاستحقاق الجزئي. ونصت المادة 381 من التقنين المدني الجزائري: "إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقاً للمادة 376 مدني جزائري".

من خلال هذه المواد السالفة الذكر، يمكن للمشتري رد المبيع للبائع، متى توفرت شروط طلب الرد فعلى المحكمة الاستجابة له، فهي لا تملك حق التقدير⁽¹⁾.

نرى أن طلب الرد حق منوط بالمشتري، فهو تصرف بالإرادة المنفردة متوقف على موافقة البائع، فقد تكون الموافقة ودية أو يتم الحصول عليها بعد رفع الدعوى وصدور الحكم القضائي الذي يتقرر فيه الرد لصالح المشتري وذلك دون الإضرار بمصالح البائع وإلا تحول هذا الحق إلى تعسف في حقه.

فيما يخص رد المبيع في البيع الإلكتروني، فيتم إذا ما وقع الفسخ بين المتعاقدين والعدول عن تنفيذ العقد.

وكثيراً ما يتم استبعاد كليهما لأسباب عدّة منها، ما يرجع إلى طبيعة المحل كتزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو منتجات لا يمكن إعادة إرسالها

(1) د/أسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة - البيع - الإيجار - الوكالة - الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية بيروت، لبنان، سنة 2007، ص 261.

لكونها قابلة للتلف أو الاستهلاك أو لانتهاؤ مدّة صلاحيتها أو قد تكون عبارة عن برامج وخدمات، أو راجعة لتكاليف إعادة إرسال المبيع الباهضة التي قد يتحملها المشتري دون البائع.

عند هذه الحالات، فما على المتعاقدين إلا اختيار استبعاد رد المبيع والمطالبة بالتعويض الذي يتناسب ونوع الجسامة التي لحقت بالمبيع. فإذا أصر المشتري على رد المبيع، فعليه بإخطار البائع بواسطة وسائل الاتصال التي تم الاتفاق عليها في العقد، ولذلك فإن احترام الأجل القانوني لهذا الرد الذي تتغير مدته من قانون لآخر، يبدأ من تاريخ تسلم المبيع. ويتحمل البائع التزام إرجاع المبلغ المدفوع إلى المشتري في أجل المحدد، فتبدأ هذه المدة بالنسبة للمنتجات المادية من تاريخ تسلمها، أما بالنسبة للخدمات، فمن تاريخ إبرام العقد ويتحمل البائع إرجاع ثمن المبيع للمستهلك، كما يحمله المصاريف الناجمة عن رد البضاعة⁽¹⁾.

نصت المادة L.121.16⁽²⁾ من تقنين الاستهلاك الفرنسي على أن للمشتري الإلكتروني حق إرجاع المبيع خلال سبعة أيام كاملة وذلك من تاريخ تسلمه المبيع، سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه دون نفقات، ما عدا تكاليف الرد ودون تكليف إبداء الأسباب.

(1) نص المادة 30 من قانون المعاملات الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 و كذلك مقال الأستاذ شوقي الطيب- عقود التجارة الإلكترونية في القانون التونسي منشور في :

File : //C : /documents and settings/pc01/mes documents/

وأيضاً: قانون حماية المستهلك المصري رقم 2006/67 المنشور في جريدة الوقائع المصرية، العدد 241 الصادر في 2006/10/22 ، المادة الثامنة، التي حددت المدة في رد المبيع بأربعة عشرة يوماً. "... للمستهلك خلال أربعة عشرة يوماً من يوم تسلم السلعة"، د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، سنة 2007، ص 276. وفي نفس المضمون لدى :

Salem. Yammahi, La protection du consommateur dans les contrats électroniques de consommation, thèse pour le doctorat en droit privé ,université de Rouen,2009, p257.

(2) «Pour toute opération de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement sans pénalités à l'exception de frais de retour» .

- د/خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق، ص 279.

غير أن رد البرامج، كحق إرجاع برامج الحاسوب خلال ثلاثين يوماً وذلك من تاريخ الاستلام⁽¹⁾، يعد أمراً مستحيلاً وصعباً بعد أدائها، لأنها قد ترد محملة بالفيروسات، أو يتم نسخها، فلا جدوى من ردها.

وكذلك رد الخدمات، كتقديم خدمات تذاكر الطيران وخدمات السياحة، والفنادق وتذاكر الملاهي والمسرح⁽²⁾، فكانت النظرة فيها محل جدل بين رد هذه الخدمة أو استبقائها. فرأي من الفقه⁽³⁾ يوازي بين عقود بيع المنتجات وعقود تقديم الخدمات استناداً إلى ذكر المشرع الفرنسي اصطلاح "المنتج" المعبر عنها في المادة L.121/16 من قانون⁽⁴⁾ الاستهلاك الفرنسي وإعطائها معنى أوسع حتى تكون المساواة بين الخدمة والمنتجات وتمتد قواعد حماية المستهلك في بيع المنتجات إلى الخدمات، لكون هذه الأخيرة عرضة للإدعاء الكاذب والمضلل عبر الانترنت حتى تجعل المستهلك في حيرة من أمره، وذلك بإغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة أو الخدمة المعلن عنها⁽⁵⁾.

غير أن الاتجاه المعاكس، هناك من ذهب إلى عدم قبول رد المبيع المتمثل في الخدمة إلى البائع أو لمقدم الخدمة لصعوبات عملية تكمن في كيفية إعمال هذه الرخصة واسترداد الثمن⁽⁶⁾. ونحن بدورنا نستبعد الرد في الخدمات، فالخدمة إن تم عرضها على المستهلك أو المستخدم، يضطر مقدم الخدمة لتقديم معلومات عليها لإثرائه بها. فلا فائدة من استرجاع هذه المعلومات التي عادت على المستهلك بالنفع والريح، والتي قد استعملها قبل ردها في مجالات أخرى، كما أنه في حالة ما إذا تم التنفيذ في الخدمة المرسله إليه لا يمكن وقوع الرد فيها حتى ولو كانت رديئة. فما على المستهلك إلا بمطالبة المزود، أي البائع بالتعويض.

(1) Case in Hill v. Gate way. 2000 Inc, 105f 3d 1147 (7th cir 1997).

د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 293، هامش رقم 03.
(2) د/عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري، في عقود البيع التي تتم عن بعد، دون ذكر دار النشر، مصر، سنة 2005، ص 83.

(3) د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 95.

(4) د/ عمر خالد زريقات، عقد التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 361.

(5) د/ خالد ممدوح إبراهيم محمد، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 342 و كذلك المادة الثالثة من التوجيه الأوروبي بتاريخ 1984/09/10.

(6) د/ خالد زريقات، المرجع السابق، ص 361.

رغم هذه الخطورة والصعوبة في رد المبيع الالكتروني المعنوي، إلا أن المشتري مازال يمارسه، ونفضل عدم رد المبيع الالكتروني والمطالبة بالتعويض الذي يتناسب ونوعية وجسامة العيب الموجود فيه سواء كان هذا المبيع شيئاً مادياً أو معنوياً، وكذلك لكون تكاليف الرد قد تتعدى ثمن شراء المبيع، كما أن المشتري قد يتحمل المخاطر التي قد تصيب المبيع وتتقص من قيمته، كالقوة القاهرة وغيرها.

أولاً: الطبيعة القانونية لرد المبيع

لقد نشأ خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية لرد المبيع لعدم تحديد المشرع الفرنسي لطبيعته. فيرى البعض⁽¹⁾، أن دعوى الرد هي كدعوى البطلان، كما هناك من يرى أن الرد ليس إلغاء لكونه لا يؤدي إلى إنهاء العقد بأثر رجعي، بل يحدث أثراً في المستقبل، ويرتب التزامات على عاتق كل من البائع والمشتري دون المساس بحقوق الغير الموجودة على المبيع، وبالتالي إن طلب المشتري فسخ البيع، يجب عليه تطهير المبيع من الحقوق المترتبة عليه ثم رد المبيع حتى يسترد الثمن⁽²⁾.

أما الرأي الأخير⁽³⁾ فيعتبر هذه الدعوى دعوى من نوع خاص، فهي مختلفة ومستقلة عن دعوى البطلان ودعوى الفسخ فتختلف عن الدعوى الأولى في السبب ومواعيدها، ولا تعد دعوى الفسخ، لكونها ذات أثر رجعي.

رغم اختلاف الآراء فإن الطبيعة القانونية لرد المبيع مازال أساسها القانوني غامض لأن القانون المصري يرى فيها دعوى ضمان العيب، وليس دعوى الفسخ حسب المادة 3/443 مدني مصري، والمشتري يطالب بها على أساس المسؤولية العقدية ويعوض على أساس رد المبيع للبائع، وليس على أساس زوال العقد⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Mazeaud (Henri, Léon et Jean), Leçons de droit civil, T. III , 3^{ed}, Paris 1968, p226 et aussi Philippe Malaurie, Cours de droit civil, les contrats spéciaux, éd Cujas, Paris 1986 p198.

⁽²⁾ د/ صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق ، ص 179.

⁽³⁾ د/ أسعد دياب، المرجع السابق ، ص 186 ، خواص جويدة، المرجع السابق ، ص 108.

⁽⁴⁾ د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، فقرة 352، ص 676 / وكذلك:

Cross - B, La notion d'obligation de garantie dans le droit de contrats, thèse, Paris, 1964 p 316.

نوافق ماذهب إليه المشرع المصري لان نية المشتري في رد المبيع لا يقصد به فسخ العقد ولكن استبداله بناء على التزام البائع بالضمان. أما نص المادة 1/376 من التقنين المدني الجزائري قد نهج نفس منهاج المشرع المصري في هذا الاعتبار.

ثانيا : ما يلتزم المشتري برده للبائع

عند اكتشاف العيب في المبيع، يقوم المشتري ببعض التصرفات القانونية متمثلة في رد المبيع، وكذا رد الثمار ومصاريف الرد للبائع. غير أن ما يلتزم المشتري برده في حالة العيب الكلي يختلف عن حالة العيب الجزئي، لذا ينبغي التمييز بين هاتين الحالتين.

1- حالة العيب الكلي

المشتري مجبر في هذه الحالة برد المبيع وهذا راجع لجسامة العيب لأنه أصبح غير مؤد لغرضه بسبب نقص قيمته أو منفعته، ورد الثمار ومصاريف الرد، فهذا ما نصت عليه المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي نصت على ذلك، وكذا المادة 144 من التقنين المدني المصري المقابلة للمادة 376 مدني جزائري التي نصت: "...كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه".

أ- رد ذات المبيع

يقوم المشتري برد المبيع لجسامة عيبه حيث أصبح المبيع غير مؤد لغرضه لنقص قيمته أو منفعته. كما يقوم برد ملحقاته، وما انفصل عنه، أي أجزائه التي كانت معه عند إبرام البيع، وأيضا رد الثمار أو الزيادات التي حصل عليها بعد البيع إلى حين الرد⁽¹⁾ وذلك بغض النظر عن سوء أو حسن نية المشتري⁽²⁾.

غير أنه لو كان المبيع عقارا، كالدكان أو الأرض، وقرر للغير حقوقا على هذا المبيع بعد العلم بالعيب، يعني ذلك تنازله الضمني للمطالبة بالرد⁽³⁾.

(1) د/ أسعد دياب، المرجع السابق ، ص 190.

(2) د/ علي نجيدة، المرجع السابق ، ص 268 / د/ رمضان الخن، المرجع السابق ، ص 252 / د/ السنهوري، المرجع السابق ، ص 729.

(3) د/ توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة 247، ص 467. ود/ رمضان الخن، المرجع السابق ، ص 252.

ولكن إن لم يكن المشتري عالماً بالعيب، وتقررت هذه الحقوق على المبيع، فهناك من يرى⁽¹⁾ أن ما على أصحاب تلك الحقوق إلا الرجوع على المشتري بالضمان طبقاً للقواعد العامة.

غير أن البعض الآخر يرى⁽²⁾ بتحرير العقار من هذه الحقوق المثقلة له قبل مطالبة البائع برد العقار، أو المطالبة بفسخ العقد⁽³⁾.

غير أنه إن لم يستطع القيام بهذه الإزالة، فما عليه إلا المطالبة بفسخ العقد وبالتعويض عن ما لحق المبيع من نقص أو منفعة.

أما إذا كان المبيع منقولاً، فيمكن رده ومطالبة البائع بإصلاحه أو استبداله.

إذا رجعنا إلى البيع الإلكتروني، فرخصة رد المبيع لا تنحصر بالعقود المبرمة عبر الانترنت التي قامت على أساس النظرية الاستهلاكية منذ السبعينات⁽⁴⁾ غير أن التجربة الفرنسية النموذجية في البيع عن بعد، قد سمحت بذلك من خلال ما نصت عليه المادة L.121/16 من قانون الاستهلاك الفرنسي وجاء فيها "كل عمليات البيع عن بعد لمشتري المنتجات الحق في إعادة المبيع إلى البائع، واسترداد الثمن أو استبدال الشيء المبيع خلال سبعة أيام من تاريخ التسليم".

كما نص قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على رد المبيع، ونظم ممارسة هذا الحق ضمن الفصول 30 و 32 و 33 الخاصة بضمان حق العدول ورد المبيع و قيد ممارسة الرد بأجل قدره عشرة أيام، ويبدأ من تاريخ تسلم المستهلك للمبيع إن كان بضاعة، وإن كانت خدمة، فالمهلة عشرة أيام، وتبدأ من يوم إبرام العقد.

(1) Baudry et Saignat , op cit n° 435.

د/رمضان الخن، المرجع السابق، فقرة 1402، ص 252.

(2) Planiol.M et Ripert .G,op cit,n°134.

د/رمضان الخن ، المرجع السابق، فقرة 1402، ص 252.

(3) تمييز فرنسي 1953/03/22، د/أسعد دياب، المرجع السابق ، ص 97 ، هامش رقم 01.

-La protection due soit proportionnelle à la qualité de l'objet et aux prévisions des contractants.

(4) د/ طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية و الاتفاقيات

الدولية، دون ذكر دار النشر، بيروت، سنة 2000، ص 295.

تبعاً لذلك، لقد خول الفصل 31 من نفس القانون للمستهلك التمتع بأجل أطول لإرجاع الخدمة المقدمة، فيمنح المشتري أو المستهلك حق إرجاع البضاعة بداية من تاريخ التسليم عوضاً عن ممارسة حق الفسخ، وذلك من تاريخ إبرام العقد، لكون أن الأجل بين إبرام العقد والتسليم قد يستغرق وقتاً طويلاً. كما أنه وضع حدوداً لممارسة حق رد المبيع، منها حالة تزويد المستهلك بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها، كبيع الخدمات أو تكون قابلة للتلف والفساد بسبب انتهاء مدة صلاحيتها.

فمن خلال هذه النصوص التشريعية، نستطيع القول أن الرد يكون في المبيع المادي المتنوع، ويكون أيضاً في السلع غير القابلة للهلاك، وهذا ما يراه كذلك البعض: "بأن بيع المنتجات الغذائية القابلة للهلاك أو التلف، لا تفتح المجال أمام المشتري ليمارس حقه في إرجاع المبيع إلى البائع..."⁽¹⁾، لذا نحبذ أن يقع الاتفاق مسبقاً على عدم رد المبيعات، بل الاتفاق على التعويض عنها، لكون أن ردها قد يتسبب في هلاكها الكلي وتصبح منعدمة، مما يلحق خسارة كبيرة بالمتعاقدين.

ب . رد الثمار

إضافة إلى رد المبيع يلتزم المشتري برد ما أفاده من ثمار المبيع المعيب من تاريخ رد المبيع. فالثمار المعنية بالرد هي السابقة عن فسخ العقد واللاحقة له⁽²⁾، وإلا يكون المشتري قد أثرى على حساب البائع⁽³⁾.

قد تكون الثمار طبيعية أي ليس لإرادة الإنسان دخل في وجودها، كالصوف إن كان المبيع حيواناً أو كلاء إن كان المبيع عقاراً أو قد تكون صناعية، كالفواكه ومزروعات الأرض، أو قد تكون الثمار مدنية، فهي تتمثل فيما يغله المبيع عن طريق الاستغلال، كالإيجار العقاري أو التنازل عن الملكية مقابل ريع شهري أو سنوي⁽⁴⁾.

(1) د/ محمود السيد عبد المعطى خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة النشر ص 92.

(2) عن القضاء الفرنسي أن فسخ بيع شاحنة يرتب على عاتق المشتري وجوب رد الأرباح التي جناها من جراء تشغيلها أكثر من مرة.

Cass.01.01.1974- Gaz . pal 1924-2-378.

د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص 261، جريدة خواص، المرجع السابق، ص 115، هامش رقم 03.

(3) د/ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 191 / رمضان الخن، المرجع السابق، ص 261.

(4) د/ عبد القادر العرعاري، المرجع السابق، ص 224.

فإذا كان المشرع الفرنسي والمصري قد ألزما المشتري برد ثمار المبيع من تاريخ الحكم عليه بالرد، فالمشرع الجزائري لم ينص صراحة على رد الثمار. غير أن المشرع اللبناني في المادة 2/454 يلزم المشتري برد ثمار المبيع من وقت البيع، لأنها تعتبر من قبيل فوائد الثمن الذي يلتزم البائع برده للمشتري، أما الثمار التي تكون بعد الانعقاد، فهي من حق المشتري سواء نضجت أو لم تتضج بعد⁽¹⁾. أما عن مسألة رد الثمار في البيع الإلكتروني، مرتبطة بمعيار طبيعة السلعة المراد ردها، وكذلك معيار درجة العيب فيها. فبالنسبة للمعيار الأول، إن كانت السلعة ليست من الأشياء الاستهلاكية أو خدمة معينة، فينبغي رد ما استتبعها من ثمار سابقة ولاحقة. أما بالنسبة للمعيار الثاني، يتمثل في جسامة العيب في المبيع، فإن كان العيب جسيماً، قد يطالب البائع المشتري برد الثمار إن وجدت قبل الهلاك، واعتبارها جزء من التعويض. وإذا كان العيب غير جسيم وأنه لم يمس غرض الشراء، ففي هذه الحالة ينبغي استبقاء المبيع، وعدم رد الثمار. ويتم تعويضه عن الضرر غير الجسيم، وذلك ما ذهبت إليه تشريعات الدول العربية والأوربية، منها القانون الفرنسي في المادة 382 من التقنين المدني.

ففي حالة الهلاك الكلي للمبيع بفعل المشتري أو بفعل الغير أو بفعل القوة القاهرة يمكن رد المبيع إن وجد، ورد الثمار التي تحصل عليها قبل الهلاك، أما إذا كان الهلاك جزئياً، فهنا يستلزم الأمر الإبقاء على المبيع مع رد الثمار المحصلة منه أو يمكن الاحتفاظ بها تعويضاً للعيب الجزئي الذي لحق بالمبيع.

رغم ذلك، لا تؤيد فكرة الرد بالنسبة للسلعة الاستهلاكية، وكذلك المبيعات الخدماتية أو البرامج، نظراً لصعوبة إعادة الإرسال وتكاليفه، وكذلك لتعرض السلع للهلاك والتلف بسبب طبيعتها. زد على ذلك نشوء التوتر والقلق في نفسية المتعاقدين حول مدى الوصول الجيد أو الرديء لهذه السلعة، لذا الأفضل ترك المبيع لدى المشتري ومطالبة البائع بالتعويض.

ج- مصاريف رد المبيع

(1) د/ عبد الرسول عبد الرضا، المرجع السابق، ص 266.

تتمثل مصاريف الرد في مصاريف الإرسال والشحن لإعادة المبيع المعيب إلى البائع حيثما وجد، فقد يكون موجودا بنفس موطن المشتري أو خارجه. إن وجد بنفس المكان، كثيرا ما تكون تلك المصاريف غير باهظة، خاصة في البيوع العادية، غير أن الأمر يختلف إن كنا بصدد البيع الدولي أو كذلك البيع عن طريق الانترنت، بحيث تكون هذه المصاريف مكلفة، لذا يحبز رفع دعوى إنقاص الثمن أو دعوى التعويض، واستبعاد دعوى الرد.

2- حالة العيب الجزئي

حسب القواعد العامة، إذا لحق العيب جزء معين في المبيع، فما على المشتري إلا رد الجزء المعيب في المبيع القابل للتجزئة للبائع، دون أن يلحق العيب الجزء المتبقي ودون أن يكون هناك مساس بالغرض الذي وجد المبيع من أجله. وبالتالي فإن كان المبيع لا يقبل التجزئة، وحدث العيب في إحدى أجزائه، فهنا لا يمكن الرد الجزئي، لاستحالة عزل هذا الجزء المعيب عن الأجزاء الأخرى، فنلجأ هنا إلى الرد الكلي للمبيع. لا يختلف الأمر عن ذلك في البيع الإلكتروني، عن القواعد العامة، ففي حالة إصابة المبيع بالعيب الجسيم الأفضل رده واختيار التعويض. لكن إذا كان العيب جزئيا وغير مؤثر في جوهره، فهنا يطالب المستهلك البائع الإلكتروني بالتعويض عن قيمة ما أصاب المبيع من عيب أو مطالبته بإصلاح أو استبدال الجزء المعيب إن كان المبيع قابلا لذلك، كأن يكون المبيع سيارة، ومس العيب جزءا معيناً، وهو غير هام في محركها، فهنا يتم إصلاح أو استبدال ذلك الجزء فقط، بعد إعادة إرسال المبيع المعيب إليه، ويكون ذلك على نفقة البائع. هذا إذن فيما يخص المبيع المادي، غير أن إذا كان المبيع معنويا، كبيع البرامج، التي يمكن إصابته بالعيب الجزئي أو الفيروس، فيتحول هذا العيب مباشرة من العيب الجزئي إلى العيب الكلي، لكون البرنامج نظام، فهو كل لا يتجزأ، فيقضي عليه، فما على صاحبه سوى المطالبة بالتعويض.

ثالثا: ما يلتزم البائع برده للمشتري

يلتزم البائع برد ما للمشتري من حقوق مالية مختلفة، كرد قيمة المبيع ومصرفات دعوى الضمان والتعويضات عن ما لحق المشتري من خسارة، وما فاته من كسب.

1. قيمة المبيع

البائع ملزم برد ثمن المبيع الذي قبضه، بصرف النظر إذا كانت قيمة المبيع قد زادت أو نقصت.

فهذه القيمة إن لم يكن البائع قد تم قبضه، فباستطاعة المشتري حبسها بعد رد المبيع للبائع⁽¹⁾. غير أن الفقه قد اختلف حول وقت رد قيمة هذا المبيع، فهناك من يرى برد قيمة المبيع من وقت اكتشاف العيب⁽²⁾، أما البعض الآخر، فيرى بردها من وقت إبرام العقد⁽³⁾. لكن بالرجوع الى القانون، فإن التقنين المدني الفرنسي، في المادة 1645 ألزم البائع برد الثمن مع الفوائد من يوم قبضه لها إلى حين رد المبيع.

غير أن المشرع المصري، يلزم البائع برد قيمة المبيع، ودفع الفوائد القانونية من وقت الكشف عن العيب (المادة 1/443) وهو وقت الاستحقاق⁽⁴⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص على حالة ما إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 أي رد المبيع مع الفوائد التي حصل عليها من وقت اخبار البائع بالعيب.

و نؤيد ما ذهب إليه المشرع المصري في رد البائع لقيمة المبيع، والفوائد من يوم اكتشاف العيب، تضامنا مع البائع إن كان حسن النية، أما إذا كان سيء النية، فرد قيمة المبيع تكون من يوم إبرام العقد.

وفي البيع الالكتروني، فالبائع ملزم برد هذه القيمة بغض النظر عن حسن وسوء نيته، كما أنه ملزم برد قيمة المبيع التي دفعها المشتري، سواء زادت أو نقصت، وهذا نظرا لافتراض علمه السابق والجيد بالمبيع، كما أن هذه القيمة ترد بذات العملة المسددة له.

2. المصروفات أو النفقات

المصروفات المترتبة عن عقد البيع عديدة ومتنوعة، فهي متمثلة في المصروفات الضرورية، والمصروفات النافعة، وكذا الكمالية. فالمصروفات الضرورية قد أنفقاها المشتري

(1) د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص 263. د/ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 194.

(2) د/ أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 190.

(3) د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 742.

(4) د/ إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 246. د/ عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 526.

للمحافظة على المبيع من الهلاك، كإعادة بناء حائط آل إلى الانهيار أو تغليف سلعة لصيانتها وحفظها بوسائل الصيانة أو التبريد .

فهذه المصروفات نص عليها المشرع المصري في المادة 1/980 من التقنين المدني، وجاء فيها: " على المالك الذي يرد إليه ملكه، أن يرد إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية".

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 3/375 على المصاريف النافعة والكمالية مع إغفال النص على المصروفات الضرورية، غير أنه استدرك الأمر وذكرها في المادة 839 مدني جزائري، وسماها بالمصروفات اللازمة: " على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة".

أما فيما يخص المصروفات النافعة، فقد نص عليها المشرع المصري في المادة 3/446 من التقنين المدني، وكذلك المشرع الجزائري في المادة 3/375 من التقنين المدني حيث جاء فيها " المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع، وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية،" لأن هذه المصروفات في الواقع تعود بالمنفعة للبائع وإن لم يقر بردها يكون قد أثرى بها على حساب المشتري⁽¹⁾.

أما المصروفات الكمالية، فهي متمثلة في نفقات التجميل والزينة للمبيع، فلا يرجع المشتري بها على البائع إلا إذا كان هذا الأخير سيء النية.

ولقد جاء بالملذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري بالحكم الآتي: "أما المصروفات الكمالية، فلا يرجع بها المشتري على المستحق، ولا على البائع إذا كان حسن النية لكون المدين في المسؤولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير المتوقع الحصول، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقعا، فإذا كان البائع سيء النية، أي يعلم بحق الأجنبي، فيسأل في هذه الحالة عن الضرر غير المتوقع، ويحق للمشتري أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية"⁽²⁾.

(1) د/ جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 298.

د/ توفيق حسن فرج، عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق ص 437 .

كذلك د/ محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 265 .

(2) عبد الكريم سالم علي العلوان، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني و المصري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود الخاصة، جامعة الدول العربية، القاهرة، سنة 2002، ص 140.

فبصدد العلم بالعيب لقد ميز القضاء الفرنسي في أحكامه بين البائع الصانع والبائع المهني في إمكانية العلم به، فيرى إن مجرد كون البائع تاجرا لا يجعله سيء النية، بحيث لا يفترض به العلم بالعيب، إن لم يكن هو صانع الشيء⁽¹⁾.
لكن يمكننا القول أنه بالرغم من كون البائع تاجرا أو صانعا سيحاول دوما الإدعاء بعدم العلم بالعيب حتى يتهرب من التعويض.

أما فيما يخص هذه المصروفات في البيع الإلكتروني، فهي نفس المصروفات المقررة بصدد العقود العادية والتي وردت أحكامها ضمن النظرية العامة للعقد.

3. المصروفات الخاصة بدعوى الضمان

هي تلك المصروفات التي تنجر بعد رفع دعوى الضمان على البائع الذي لم يقبل بعد إخطاره بالتدخل للالتزام بالضمان، وهذه المصروفات يكون قد تحملها المشتري وبطالب البائع بها بعد اكتسابه للدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 3/443 من القانون المدني المصري و تقابلها المادة 4/375 مدني جزائري.

تتمثل في نفقات حفظ المبيع وصيانته منقولا كان أو عقارا، والمصروفات النافعة التي زادت في قيمته. ويلتزم البائع برد جميع مصروفات دعوى الضمان إذا كان قد اضطر إلى رفعها، كالرسوم القضائية وأتعاب المحاماة ومصاريف تعيين الخبراء ونفقات التنقل إلى المحكمة المختصة⁽²⁾.

كما نصت على هذه المصروفات المادة 1646 من القانون المدني الفرنسي: "إذا كان البائع لا يعلم بعيوب المبيع فلا يلزمه غير رد الثمن للمشتري مع المصاريف التي ترتبت على البيع".

ولقد عمل القضاء الفرنسي على توسيع مفهوم المصروفات إلى مدلولات أخرى كالتعويضات التي قضى بها لمشتري السلع المعيبة عن الأضرار التي أصابت سمعته التجارية نتيجة بيعها بدوره إلى عملائه⁽³⁾.

(1) عبد محكمة أمينس – Amine - 1963/10/16، دالوز، 27-02-1963، د/الرسول الرضا محمد، المرجع السابق، ص 277.

(2) د/ محمود عبد الحكم رمضان الخن، المرجع السابق، ص 269 ود/السنهوري، المرجع السابق، فقرة 374، ص 742. د/خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 167. د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص 266 هامش رقم 1488.

4 . التعويضات

يقصد بها ما لحق المشتري من خسارة، وما فاته من كسب نتيجة وجود عيب في المبيع. ولقد نصت على هذه التعويضات، المادة 4/1630 من القانون المدني الفرنسي وكذلك المادة 5/443 مدني مصري المقابلة للمادة 5/375 بمايلي: "وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع. كل ذلك ما لم يقيم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله".

وفي إطار المسؤولية العقدية، إذا أثبت المشتري أن البائع كان سيء النية فيلتزم في هذه الحالة بتعويض المشتري عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة (1).

فلقد ألزم المشرع الفرنسي البائع بها مع التفرقة بين البائع حسن النية و سيء النية.

الأول ملزم برد ثمن المبيع والمصروفات النافعة بسبب العقد طبقا لنص المادة 1646 مدني فرنسي، أما البائع الثاني (سيء النية) فهو ملزم برد ثمن المبيع وتعويض الأضرار، أي المصاريف التي لحقت بالمشتري سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة طبقا للمادة 1645 مدني فرنسي.

غير أن الفقه والقضاء الفرنسي لم يحددا عناصر هذا التعويض، ورغم ذلك وأعتبر الفقه الفرنسي مصاريف العقد والسمسرة والتسجيل، ونفقات النقل والمحافظة على المبيع من طرف المشتري، هي عناصر التعويض (2).

هذه إذن جل الالتزامات التي يفي بها البائع حسن النية في مواجهة المشتري ويلتزم البائع سيء النية بنفس التزامات البائع حسن النية، غير أن هذا الأخير يلتزم بالإضافة بتعويض المشتري عن الأضرار غير المتوقعة.

أما عنصر التعويضات بالنسبة للبيع الإلكتروني، فإنها لا تختلف عن ما قرره القواعد العامة في ذلك، كما أن التعويض قد يزيد أو ينقص تبعا لما إذا كان البائع حسن

(3) Douai, 31.1.1867, D.1867-5-227

د/محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق 1978، ص 416 ، هامش 82

(1) Mazeaud(J) , leçons de droit civil , op.cit, p 227.

و كذلك : د/علي نجيدة، المرجع السابق ، ص 272.

(2) Josserand. Louis , Code de droit civil, Tome 2 N°1121.Paris 1933.

النية أو سوء النية، فيلزم بتعويض المشتري عن الضرر المتوقع وغير المتوقع إن كان سوء النية، غير أنه يعوضه عن الضرر المتوقع إن كان حسن النية.

الفرع الثاني

استبقاء المبيع وإنقاص الثمن

يثبت المشتري حق الاختيار بين أمرين بعد اكتشاف العيب في المبيع، الأمر الأول، رد المبيع واسترجاع ثمنه، أما الأمر الثاني يتمثل في استبقاء المبيع مع إنقاص الثمن. وهذا ما سوف نتعرض إليه بالتفصيل في النقاط التالية:

أولاً: استبقاء المبيع واستثناءاته

قد يلجأ المشتري إلى استبقاء المبيع عند اكتشاف العيب الخفي والمطالبة بإنقاص الثمن، وهذا نصت عليه المادة 1644 من القانون المدني الفرنسي: "والأحوال المنصوص عليها في المادتين 1641 و 1643 يكون المشتري مخيراً بين رد المبيع واسترداد الثمن أو بين إبقائه، والرجوع بجزء من الثمن الذي يقدره أصحاب الخبرة"، فهذا ما عبر عنه كذلك الفقه (1) والقضاء (2) الفرنسي.

نفس الاختيار نص عليه المشرع المصري في المادة 444 من التقنين المدني وكذلك المشرع الجزائري في المادة 2/376 من التقنين المدني وهذا نصها: "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".

غاية كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري من أحكام هذه المواد، هي تفضيل المحافظة على المعاملات التعاقدية للطرفين.

غير أن هذا الاختيار لاستبقاء المبيع ليس محققاً في كل الحالات، بل هناك حالات لا يمكن فيها للمشتري استبقاء المبيع، بل يلزم برده والمطالبة بالتعويض.

(1) د/ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 172.

(2) د/ المرجع أعلاه، ص 172، هامش رقم 02.

لذا سوف نتطرق لشرح هذه الحالات تبعا:

1 - حالة استعمال المشتري المبيع دون العلم بالعيب

إذا استعمل المشتري المبيع دون علمه بالعيب، قد يمتنع عنه رده للبائع، وفي هذه الحالة فما عليه إلا مطالبة البائع بالتعويض⁽¹⁾، لأن هذا الاستعمال يكون قد أنقص نقصا كبيرا أو يسيرا من المبيع.

فإن كان النقص جسيما، فلا مجال للرد، أما إذا كان يسيرا فيجوز الرد، فلقد نصت على هذه الحالة المادة 2/457 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمتضمنة تطبيق القواعد العامة، وهذا ما نص عليه التقنين المدني الجزائري والمصري.

2- حالة هلاك المبيع والرجوع بالضمان

قد يحدث هلاك المبيع بيد المشتري، مما يمتنع رده للبائع، فعلى المشتري إخطار البائع به للمطالبة بالتعويض. ولهذا الهلاك أسباب مختلفة، فقد يكون الهلاك بسبب العيب المتواجد في المبيع، أو يكون بخطأ المشتري وقد يكون بمفعول السبب الأجنبي. فإذا كان الهلاك بسبب العيب في المبيع، فقد نصت عليه المادة 1647⁽²⁾ من التقنين المدني الفرنسي ومفادها أنه إذا هلك المبيع بسبب رداءته كان هلاكه على البائع، فوجب عليه رد الثمن للمشتري والتعويضات المبينة في المادتين السابقتين، المادة 1645 والمادة 1646 مدني فرنسي، وتبقى دعوى الضمان مستمرة.

نفس المضمون موجود في المادة 382 من التقنين المدني الجزائري، حيث جاء فيها: "تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المبيع وبأي سبب كان." تقابل هذه المادة المادة 451 من التقنين المدني المصري⁽³⁾.

(1) د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 749.

(2) Art 1647 : "Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix, et autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents. Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur. Voir aussi: BENABENT(Alain),op.cit,p166 et s.

(3) د/ محمد أيبب شنب ود/مجدي صبحي خليل، المرجع السابق، ص 279، د/ سليمان مرقس، المرجع السابق ص 329.

كما اعتبره الفقه⁽¹⁾ بأنه حق قائمًا مهما كان سبب الهلاك، فإذا كان الهلاك راجعًا للعيب الخفي الذي تسبب فيه البائع، كأن يؤدي عيب أوخلل في الأعمدة الأساسية لمسكن ما إلى تدمره كليًا بعد وقوع فيضان أو زلزال، فيتحمل البائع نتيجة هذا الهلاك، وجاز للمشتري المطالبة بالتعويض طبقًا للمادة 375 مدني جزائري.

فإذا هلك المبيع بسبب لا يعود للبائع كالقوة القاهرة، أوالحدث المفاجيء أويفعل الغير، فهنا على المشتري المطالبة فقط بالتعويض، ويرجع على البائع بفرق القيمة للمبيع وهو سليم وقيمه وهو معيب.

وتفترض تطبيق نفس هذه الأحكام في المادة 451 مدني مصري والمادة 1647 مدني فرنسي.

أما عن اثر هلاك المبيع، ومدى الرجوع على البائع الالكتروني بالتعويض، فان التشريعات المنظمة للبيع الالكتروني، لم تتناول هذه الحالة ضمن نصوصها، وهذا يعني بالضرورة الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة.

3- حالة وقوع العيب بفعل المشتري

إذا كان سبب الهلاك راجع إلى خطأ المشتري أوتابعه، فعلى المشتري الرجوع على البائع بالقيمة التي أنقصها العيب من مقدار ما دفعه للبائع. غير أن المشرع الفرنسي قد جرد المشتري من حقه في المطالبة بالضمان في الحالة التي لا يستطيع فيها رد المبيع الذي هلك بالقوة القاهرة أوبخطئه أوبخطأ أشخاص هو مسئول عنهم⁽²⁾.

هذا ما ذهب إليه قانون الموجبات اللبناني في المادة 455 ، وكذلك المغربي في الفصل 562 من القانون المدني. وقد نصت المادة 451 من القانون المدني المصري: "تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان"، يقابل هذه المادة نص المادة 382 من القانون المدني الجزائري شكلا وموضوعا.

(1) د/ أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص352. و أيضا د/ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص177.

(2) د/ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 244 و245.

وبالتالي فلو ظهر عيب في المبيع وطلب المشتري ضمانه فلا يسقط حقه في المطالبة به ويتم تعويضه طبقا للمادة 444 مدني مصري⁽¹⁾، فهذه المادة مقابلة للمادة 376 مدني جزائري.

أما عن حالة وقوع العيب بفعل المشتري في البيع الإلكتروني، فقد رأى البعض⁽²⁾ أن المشتري يكون متحملا لتبعية الهلاك من الوقت الذي يقتضيه الإرسال إلى غاية وصوله إليه، لكون المشرع الفرنسي يربط بين تبعية الهلاك وانتقال الملكية، فهلاك الشيء على مالكه طبقا لنص المادة 1138⁽³⁾ من التقنين المدني الفرنسي، وهي القاعدة المطبقة في البيع العادي والتي خالفت المبدأ العام في تحمل التبعية⁽⁴⁾.

الشيء المبيع خلال الإرسال يكون للمشتري أي المستهلك، فيتحمل مخاطره⁽⁵⁾. وذلك بوصفه المالك الجديد للشيء ولو لم يتم التسليم بعد، أي أن الشيء خلال الرحلة يكون مملوكا للمشتري، مما يعني أن المبيع قد سلم بمخاطره. غير أن لا نوافق هذا الرأي في تحمل المشتري بمفرده تبعية هلاك المبيع المادي في البيع الإلكتروني، فنفترح أن يتدخل البائع الإلكتروني بتحمل جزء من منه، لكون المشتري لم ينتفع به بعد، كما أنه لم يوضع تحت تصرفه. والوضع يختلف إن كان المبيع عبارة عن تقديم خدمة أو برنامج، فإن تم إرساله إلى المشتري، فهذا الأخير يتحمل تبعية هلاكه إلا إذا أثبت أن هناك خطأ في الإرسال أو ما يشبه ذلك.

(1) د/ السنهوري، المرجع السابق، فقرة 375، ص 744. د/ محمد علي عمران، عقد البيع في القانون المدني المصري دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1972، فقرة 146، ص 294.

(2) Torres (Ch), op.cit, N°318, p117.

(3) Art 1138, code civil Français «L'obligation de livrer la chose est parfait par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de livrer, auquel cas, la chose reste aux risques de ce dernier ».

(4) د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 155 و د/أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2011، ص 77.

(5) Beudant (A), Droit civil, les obligations, 5^{ed}, Paris 1995, p 186. et Torrès(CH), thèse précitée, n°318, p116. Voir aussi : Beudant.(A), Cours de droit civil français, tome XI, Paris, 1938, n°260 p209.

د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص 250.

4- حالة تصرف المشتري في المبيع دون علمه بالعيب

إذا تصرف المشتري في المبيع بالهبة أو البيع قبل علمه بالعيب الموجود فيه، فهذا لا يعني أنه إذا اكتشف العيب فيما بعد يسقط حقه في الضمان، لعدم علمه به، ولا يمكن التنازل عن هذا الحق قبل ثبوته⁽¹⁾، فدعوى رد المبيع قد تتحقق لكن قد يتعذر على المشتري رد المبيع، إذا قام ببيعه إلى مشتر جديد أو وهبه دون علمه بالعيب، وإن فعل ذلك يعد متعرضاً، فما عليه إلا المطالبة بالتعويض عن العيب⁽²⁾.

حالة ما إذا أقام المشتري الثاني دعوى رد المبيع على المشتري الذي باع له المبيع، فبإمكان المشتري الأول استرجاع المبيع ورده إلى البائع قبل سقوط حقه في الضمان المحدد بسنة من يوم تسلم المبيع⁽³⁾.

لو حدث أن تصرف المشتري الإلكتروني في المبيع لمشتري آخر دون علمه بوجود العيب فيه، فعلى المشتري الأخير حق رد المبيع إن اكتشف به عيب وذلك بغض النظر إن كان البائع حسن النية وله حق المطالبة بالتعويض.

ورغم وجود هذا الحق في رد المبيع، إلا أننا نحذو عدم الرد والاستبقاء على بعض المبيعات لأسباب ذكرناها، ونقترح في هذه الحالة أن يكتفي المشتري بالمطالبة بالتعويض فقط.

ثانياً - إنقاص الثمن

إذا استبقى المشتري المبيع بهدف المحافظة على العقد واستقرار العلاقة العقدية أو بهدف تقادي تكاليف الرد الباهظة، فيلجأ إلى المطالبة بإنقاص الثمن طبقاً للمادة 1644 من التقنين المدني الفرنسي المقابلة للمادة 2/444 من التقنين المدني المصري، حيث نصت "إذا أختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق"، وهذا ما ورد في المادة 2/376 مدني جزائري. وعن تطبيقات حرية

(1) د/ علي حسن نجيدة، المرجع السابق، ص 130.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 376، ص 749. وكذلك:

Planiol.(M). et Ripert.(G),op.cit ,N°143, p. 154 .

Juris classeur, Art 1641- 1649, fasc n°10 . P. 146.

(3) د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص 220.

اختيار استبقاء المبيع، نذكر الأحكام⁽¹⁾ الصادرة عن القضاء الفرنسي والمصري. فلقد صدر حكم عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1967/01/26⁽²⁾ مؤكداً ذلك ومتضمناً ما يلي: "...وفقاً لحكم المادة 444 إذا أختار المشتري استبقاء المبيع، فلا يكون له إلا أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمه معيباً وبمصرفات دعوى الضمان إذا أخطاره البائع إليها وبوجه عام ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب".

بعد الاتفاق على إنقاص الثمن، لا بد من تعيين أو تقدير مقدار النقص فيه، إلا أن المشرع الفرنسي لم يوضح هذا المقدار توضيحاً دقيقاً، واكتفى بالنص في المادة 1644 على أن يسترد المشتري جزء من الثمن المدفوع للبائع، بحيث يكون متناسباً مع النقص الذي أدى إلى وجود العيب في قيمة أو منفعة المبيع.

أما في التقنين المدني الجزائري والمصري، فقد أعطى المشرعين للمشتري في هذه الحالة حق الرجوع على البائع بالتعويض عن ما أصابه من خسارة، وما فاتته من كسب سواء كان متوقفاً أو غير متوقع.

فإذا كان البائع سيء النية، فيطالبه المشتري بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمه معيباً، وبمصرفات دعوى الضمان، إذا كان البائع هو المتسبب في دفعه إلى رفع هذه الدعوى⁽³⁾.

فيما يخص استبقاء المبيع والمطالبة بإنقاص الثمن متصور وقوعه وذلك طبق القواعد العامة في البيع الإلكتروني، لعدة أسباب، منها لعدم مطابقة المبيع للطالبية أو لوجود العيب أولفوات الصفة في المبيع. في مثل هذه الحالات يستطيع المشتري تنفيذ حق العدول أو المطالبة بفسخ العقد، إلا أنه يستطيع تفضيل الإبقاء على المبيع وإنقاص الثمن.

(1) Cass-civ, 3^{eme} 17/02/1988- Bull civ 111, N°38 et Cass-civ- 1^{ere} 05/05/82- Bull-civ- 1 N°1963.

د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 227، هامش رقم 88.
(2) نقض في 26 جانفي 1967، مجموعة المكتب الفني، س 18، ص 264، د/رمضان الخن، المرجع السابق، هامش رقم 1523، ص 270.

(3) د/رمضان الخن، المرجع السابق، ص 272 و د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 373، ص 742.

غير أن على سبيل المثال، نجد قانون المبادلات والتجارة التونسي، لم ينص على تخفيض الثمن عند عدم مطابقة المنتج للمبيع⁽¹⁾، واعتمد في هذا المجال على تطبيق نص الفصل 655 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية حيث جاء فيها: "... لا حق للمشتري في تنقيص الثمن إذا أختار عدم رد المبيع ...". فكان قصد المشرع التونسي في ذلك تفضيل عدم إنقاص الثمن حتى لا يفسح المجال للمشتري لرد المبيع سواء في البيع العادي أو الإلكتروني⁽²⁾.

الفرع الثالث

التنفيذ العيني

فضلا على الأحكام السابقة الخاصة بالضمان، يستطيع المشتري أو المستهلك اللجوء إلى التنفيذ العيني، وذلك بمطالبة البائع بإصلاح المبيع أو استبداله متى كان ذلك ممكنا. وكثيرا ما يلجأ البائع في اتفاق سابق إلى إصلاح المنتج بدلا من استبداله لكون هذا الأخير قد يكلف البائع خسارة كبيرة.

لقد صرح جانب من الفقه الفرنسي⁽³⁾ أن ما جاء بالمادة 1644 من التقنين المدني الفرنسي يمنح للمشتري حق المطالبة بالتنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا، فإن كان العيب قابلا للإصلاح، يقوم بمطالبة البائع به، وإن كان المبيع من المثليات، يستطيع مطالبة البائع باستبداله.

أما التقنين المدني المصري لم ينص على التنفيذ العيني، ولكن الفقه⁽⁴⁾ فعل، فتدخل باقتراح ممارسة التنفيذ العيني من قبل المشتري.

(1) الفصل 31 من قانون رقم 83 سنة 2000، خاص بالمبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، وجاء فيه : " إذا كان المبيع غير مطابق إرجاعه وهنا يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع و المصاريف الناتجة عن ذلك في اجل 10 أيام من تاريخ الإرجاع".

(2) <http://www.chawkitabib.info/spip.php?article 526>.

(3) Planiol.(M) et Ripert.(G), op.cit, n°135, p155.

(4) د/عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، ص 527. د/ منصور مصطفى منصور، عقد البيع، ص 205. د/ توفيق فرج، المرجع السابق، ص 487.

أما أحكام ضمان العيب المنظمة في عقد البيع في نصوص القانون المدني الجزائري، فلم تمنح الحق للمشتري طلب التنفيذ العيني، بل ظهر ذلك في القرار الصادر بتاريخ 10 مايو 1994 متضمنا كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15/09/1990 والمتعلق بضمان المنتجات والخدمات⁽¹⁾.

وأما في مجال عقود البيع الإلكتروني، فالقانون الخاص بالبيع للمستهلكين⁽²⁾ واحد من إحدى القوانين التي نصت على التنفيذ العيني، كقانون الإرشاد الأوروبي رقم 97/7 وقانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، وقانون حماية المستهلك المصري لسنة 2006 وكذا قانون المبادلات والتجارة الالكترونية الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 و غيرها من القوانين الممارسة للبيع الإلكتروني.

كما نصت المادة 46 في الفقرة الثانية والثالثة من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 على التنفيذ العيني، ومنحت للمشتري عند وجود عيب في المطابقة، إما استبدال البضاعة أو إصلاح العيب مع الملاحظة أن للمشتري الحق في استبدال المبيع بشرط أن يكون العيب جوهريا وإخطار البائع به في وقت معقول. غير أن في مثل هذه الحالة، ينبغي فسخ العقد عوض استبدال المبيع. ولكن لتفادي آثار الفسخ وحفاظا على استقرار المعاملات فضلت الاتفاقية تطبيق استبدال للمبيع.

أولا: إصلاح المبيع

يعد إصلاح المبيع صورة من صور التنفيذ العيني، فهو تصرف واقى لتجنب فسخ عقد البيع، كما أنه خدمة ما بعد البيع.

فإذا أختار المشتري استبقاء المبيع مع إصلاحه، لا يجوز أن تفوق نفقات الإصلاح ثمن المبيع، خاصة إذا قام المشتري بهذا الإصلاح، كما يجب أن يكون

(1) الجريدة الرسمية، العدد 40 الصادر في 19 سبتمبر 1990، و الجريدة الرسمية، العدد خمسة و ثلاثون الصادر بتاريخ 05 يونيو 1994.

(2) Disposition relative aux ventes à des consommateurs. Documents and settings / Loi- wet- fichiers-loi-al. L.01/09/2004, art 3 alinéa 2. «Le consommateur a le droit dans un premier temps, d'exiger au vendeur la réparation du bien ou son remplacement dans les deux cas, sans frais- à moins que cela ne soit impossible ou disproportionnel... »

الإصلاح في خدمة المبيع، أي أن لا يغير الإصلاح من طبيعة المنتج حتى يؤدي نفس الغرض المرجو منه، وأن يتم في وقت معقول حتى لا يحرم المشتري من الانتفاع بالمبيع⁽¹⁾.

غير أنه إذا استوجب إصلاح المبيع الاستعجال، كوجود سفينة معطلة في البحر أو توقف شاحنة خدمة الطرقات في الطريق السريع، فعلى صاحبها الحصول على ترخيص استعجالي للقيام بذلك وهذا ما أكدته المادة 209 مدني مصري.

لقد نصت المادة 6/1649 من قانون البيع للمستهلكين الفرنسي المؤرخ في 2004/09/01 على هذا الحق، كما تضمنته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 ثم قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة 13، الفقرة 2 حيث جاء فيها: "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور العيب، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته.

فمن خلال المادة 13 يجب على المتدخل احترام ترتيب تنفيذ هذه الالتزامات كما ورد في المواد 07 و 08 و 09 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266، وكذا في قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾.

أما عن إصلاح المبيع في البيع الإلكتروني، فهو معمول به لحماية و ضمان سلامة وأمن المستهلك الإلكتروني من العيوب الخفية في المبيع، وخاصة منه المبيع المستحدث.

غير أن هذا الاعتراف بإصلاح المبيع لا يشمل كل المبيعات، بل يستثنى منها المبيعات الاستهلاكية.

كما لا يمكن توقع الإصلاح للمبيع إذا كنا بصدد بيع عقود المعلوماتية، لعدم إمكانية إلزام البائع المتعهد بإصلاح العيب بواسطة الغير، وعلى نفقته لأن الحق الأدبي

⁽¹⁾ د/ السنهوري، المرجع السابق، فقرة 374، هامش 01، ص 738. كذلك د/ عبد الرسول عبد الرضا محمد المرجع السابق، ص 233. كذلك:

Cottin J, op.cit , 1939, p 160 et 161.
⁽²⁾ Loi n° 93- 949 du 26 / 07/ 93 relative au code de la consommation ,Jean Calais, Auloy Une nouvelle garantie pour l' acheteur :La garantie de la conformité , R.T.D. civ DALLOZ , 2005, p707 et s .

للمتعهد يحول دون إمكانية إجباره على تنفيذ التزامه عينا، أو بإصلاح العيب بواسطة الغير دون موافقته الصريحة على ذلك، فما على المستهلك أو المستخدم في هذا النوع من العقود إلا مطالبة استبدال النظام المعلوماتي إن كان ممكنا أو فسخ العقد مع التعويض⁽¹⁾.

فيما عدا هذا النوع من المبيع، يمكن إصلاح المبيع في المبيعات الأخرى.

قد يتفق البائع والمستخدم، أي المستهلك على إصلاح المبيع في المكان المتواجد فيه المبيع أو يكلف البائع بإرسال أخصائيين من دولة البائع إلى مكان تواجد المبيع للقيام بالإصلاح، وهذا ما نصت عليه المادة 3/46 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع والتي يمكن تطبيقها كذلك في مجال البيع عبر الانترنت. فبعد مراجعتنا لقوانين التجارة الالكترونية في موضوع إصلاح المبيع، توصلنا إلى أن أغلبيةها قد نصت على إصلاح المبيع أو استبداله عند تحقق عيب عدم المطابقة، فقانون الاستهلاك الفرنسي مثلا قد نص عليه في المادة L.211-7، أما القوانين الأخرى المنظمة للبيع الالكتروني لم تنص على هذا الإصلاح، بل نصت على إمكانية استبدال المنتج، كقانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي لسنة 2000 وقانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 وغيرهما.

نستبعد بدورنا هذه الصورة من التنفيذ العيني أي - إصلاح المبيع - سواء في البيع العادي أو الالكتروني، لأنها قد تكون مكلفة للبائع من جهة، ومن جهة أخرى قد يتعرض المبيع بعد تصليحه لعطب جديد بعد إعادة إرساله للمشتري، مما ينتج عن ذلك خسارة للمشتري، فالأفضل استبداله لابعاد الشك من وقوع مثل هذه النتائج السلبية.

وإن تم الاتفاق على إصلاح المبيع، فلا بد أن يتم في المدة المنققة عليها، وإن كانت غير كافية يمكن إضافة مهلة أخرى، وتكون بطبيعة الحال أقل من المدة الأولى حتى لا يتعسف البائع في حق المشتري بالانتفاع بالمبيع.

ثانيا: استبدال المنتج

إذا كان العيب أو الخلل جسيما على نحو يؤثر في صلاحية المبيع، ويصعب معه إصلاحه، فالضرورة تستوجب استبداله بمبيع سليم ومماثل له.

(1) د/ طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 292 و 293.

ولقد جرى العرف التجاري على قبول الاستبدال، ولكن شريطة أن يتم في ظروف محددة وسريعة، لكون المشتري لا يمكنه إرجاع مبيعاً ظل عنده فترة طويلة تتعدى السنة مثلاً.

لقد شاع استبدال الشيء المبيع في المثليات، وكل السلع التجارية المنقولة، لكن القضاء الفرنسي قد استقر على عدم جواز الاستبدال إلا في المبيع المعين بنوعه فقط⁽¹⁾. ففي بعض المعاملات يستطيع البائع رفض استبدال الشيء إن كان بإمكانه إصلاحه، وكذلك إذا كان المشتري عالماً بالعيب وقبل المبيع، فلا يتحمل البائع مسؤولية اختيار المشتري له، كما قد يتم الاتفاق على منع اللجوء إلى استبدال المبيع، وتستعمل العبارة التالية: "البضاعة المباعة لا ترد" أو على عبارة "تحميل المشتري مصاريف النقل عند رد البضاعة المعيبة لاستبدالها"⁽²⁾.

كما نص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 266/90 الصادر في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، في المادة السابعة، إذا بلغ العيب درجة خطيرة وكان جسيماً يجعله غير قابل للاستعمال كلياً أو جزئياً على الرغم من إصلاحه فعلى المحترف استبدال المنتج المعيب بمنتج جديد سليم إذا فشلت محاولة إصلاح المنتج.

تضمن قانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في الفصل الرابع إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع على إمكانية استبدال المنتج حيث جاء في المادة 2/13 من هذا الفصل على: "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب في المنتج، استبداله، إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته".

كما نص القانون اللبناني لحماية المستهلك رقم 2004/13068 والإماراتي في قانون حماية المستهلك رقم 2006/24 على هذا التنفيذ العيني بنوعيه، الإصلاح أو الاستبدال.

⁽¹⁾ Cass.com.20 jan,1976,Bull civ. IV.N°26,R.T.D com,1976,p 785.obs: HEMARD. J

⁽²⁾ د/رمضان الخن، المرجع السابق، ص 275 ، كذلك د/ محمد محمود يوسف، حقوق المستهلك، مقال منشور في جريدة الأهرام المصرية بتاريخ 2004/02/27.

رجوعاً إلى البيع الإلكتروني، فقد تضمن حق مطالبة المشتري بالتنفيذ العيني عن طريق استبدال المبيع، فوجد المادة L.121/26 من قانون الاستهلاك الفرنسي قد نصت على ذلك بما يلي: "وفي كل عمليات البيع عن بعد لمشتري المنتجات الحق في إعادة المبيع إلى البائع واسترداد ما دفع أو استبدال المبيع خلال سبعة أيام"⁽¹⁾.
وتحسب من تاريخ تسلم المبيع⁽²⁾.

يجب أن يعلم البائع به ويتم ذلك بتوجيه خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول خلال ستون (60) يوماً.
وتبدأ هذه المدة من تاريخ التسليم المثبت في عقد البيع أو عقد تقديم خدمة إن كان محل التعاقد خدمة⁽³⁾.

هذه المدة يسري تطبيقها على المبيعات المادية دون المعنوية المتمثلة في عقود بيع الخدمات الإلكترونية أو برامج الكيانات المنطقية، لكون أن تنفيذها يتم فوراً وذلك من خلال شبكة الانترنت، بالبحث الرقمي إلى الحاسب الإلكتروني الخاص بالمشتري. وفي الوقت ذاته تكون الأختام الخاصة باستعمال ذلك المنتج قد قضت، وهذا يعني استحالة تقديم المنتج مرة أخرى.

قد كانت قوانين الدول الأوروبية تأخذ بنفس الأحكام المشابهة لأحكام استبدال المبيع في قانون الاستهلاك الفرنسي، نذكر على سبيل المثال إنجلترا في قانون حماية المستهلك لسنة 1987، فجعلت مدة استبدال المبيع أربعة عشر يوماً⁽⁴⁾ وكذلك قانون حماية المستهلكين الفيدرالي الأمريكي في المادة 2/601 والمادة 2/719⁽⁵⁾ حيث أشارت إلى مدة ثلاثين يوماً من تاريخ الشراء.

(1) د/نبيل محمد أحمد صبيح، المرجع السابق، ص 255 و د/عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 360، وكذلك د/ أحمد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، السنة 19، العدد الثالث، سبتمبر 1995، ص ص 179-241.

(2) المادة 1. 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 208.
Thibault Verbiest, Le nouveau droit du commerce électronique, éd. Larcier, Bruxelles 2005, p142.

(3) د/ أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون الإماراتية، العدد واحد و أربعون، يناير 2010، ص ص 260-421.

(4) عن: د/عمر خالد زريقات، المرجع نفسه، ص 359.

(5) <http://consumer.lawpage.com/resource/statues>.

أما في الدول العربية، فنجد القانون عدد 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي قد نص في الباب الخامس الخاص بالمعاملات التجارية الإلكترونية في الفصل 9/25 على إلزامية البائع بتوضيح للمشتري طرق إرجاع المنتج أو الإبدال أو إرجاع المبلغ⁽¹⁾.

كما نص مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 على إمكانية استبدال السلعة، وكذلك قانون حماية المستهلك المصري الجديد رقم 67 لسنة 2006⁽²⁾ في المادة الثامنة، أن للمستهلك خلال أربعة عشر يوما من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات يلتزم المورد في هذه الأحوال بناء على طلب المستهلك باستبدال السلعة...⁽³⁾.

من خلال هذه القوانين، يمكن الاستنتاج أن استبدال المبيع هو الأثر المباشر عن عدم مطابقة المبيع أولظهور عيب خفي فيه، فجعله لا يستجيب لغرض الشراء، فيفسح المجال أمام المستهلك باستبداله عند استعمال حق العدول، ونادرا ما كان يذكر العيب الخفي كسبب لاستبدال المبيع في قوانين البيع الإلكتروني، فينبغي ذكر ذلك صراحة مستقبلا حتى لا يصنف الرد تعسفا من قبل الباعة عند استعماله من قبل المشتري .

فيما يخص مدة استبدال المبيع المحصورة بين سبعة أيام كأدنى حد وثلاثون يوما كأقصى حد، نقترح أن تكون المدة سبعة أيام حتى يتم استبدال المبيع في أسرع وقت ممكن، حتى لا يتضرر كلا من البائع والمشتري من عواقب انتظار هذا الاستبدال إن كانت مدته ثلاثون يوما.

الفرع الرابع

التعويض

(1) د/عبد الرحيم بن بوعيدة و د/ضياء علي أحمد نعمان، موسوعة التشريعات الإلكترونية المدنية و الجنائية، الجزء الثاني الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية للنشر، مراكش، المغرب، سنة 2010، ص 130 - 131.

(2) قانون حماية المستهلك المصري الجديد رقم 67 لسنة 2006، مرجع سابق .

(3) د/نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة الثانية و الثلاثون، يونيو 2008، ص 173- 230 .

تترتب حتما عن العيب الموجود في المبيع أضرارا تكون بسيطة أو كبيرة تصيب المشتري في جسمه أو ماله أوقد تلحق هذه الأضرار بالغير، أي الخلف العام للمستهلك. فالضرر المستحق التعويض ينجم من جراء عيب موجود في منتج بسيط أوتقني وليد التقدم الصناعي والتكنولوجي، فالأضرار التي يحدثها هذا الصنف الجديد من المبيعات التي يفتتها المستهلك من البيع العادي أوالإلكتروني، يستوجب على كل متدخل التعويض عنها. لذا فما نوعية الأضرار الواجب التعويض عنها وما هي عناصر استحقاق التعويض الموجبة في كلا البيعين؟

أولا : نوعية الأضرار المستحقة للتعويض

لقد ميز الفقه الفرنسي⁽¹⁾ بين نوعين من الأضرار المستوجبة للتعويض، يتمثل النوع الأول في الأضرار الناجمة عن تسليم مبيع غير صالح للغرض المقصود منه، مما يؤدي إلى إلحاق أضرار جسيمة بالمستهلك. أما النوع الثاني، فهي ناجمة عن المبيع ذاته وسماها البعض بالأضرار التجارية⁽²⁾، فهي أضرار جسيمة تمس المستهلك في جسمه كتناول بعض الأدوية المعينة الخطرة أوحوادث السيارات نظرا لوجود عيوب خفية فيها⁽³⁾ أوبعض المواد الغذائية التي لم تحترم فيها مقاييس الصنع أو التبريد. هذه الأضرار لم تكن معروفة في تقنين نابليون، مما أدى إلى عدم تقنين نصوص تضبط أحكام التعويض فيها تتماشى وحدائتها، غير أن القضاء الفرنسي استنادا لعمومية المادة 1645 حاول إخضاع تعويض المشتري لنفس القاعدة التي تحكم الأضرار التجارية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Malinvaud, La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose, j.c.p 1968-1-2153.

د/رمضان الخن، المرجع السابق، 276 ، هامش رقم 1558.

⁽²⁾ الأضرار التجارية كعدم قدرة الحبوب عن الإنبات أو عدم فعالية السماد لإخصاب الأرض، د/أسعد دياب، المرجع السابق، ص 215.

⁽³⁾ تمييز فرنسي 1847/06/29، 187 - 1848-01-Dalloz .

⁽⁴⁾ د/رمضان الخن، المرجع السابق، ص 277.

عودة إلى التقنين المدني المصري، هناك من يرى أن لما وضعت القواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية في المبيع قد أغفل المشرع الأضرار الناشئة عنها و تلحق أضراراً بالمشتري (المستهلك) أوبماله.

كنفقات العلاج وأجرة الأطباء، ومصروفات الإقامة بالمستشفى ومدى عجزه عن العمل، نهيك عن الآلام النفسية التي تلازمه دوماً، وأضرار أخرى مادية أو مالية متمثلة في ثمن المبيع الذي هلك وما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب⁽¹⁾.

لقد اعتبر جانب من الفقه أن هذه الأضرار يمكن اعتبارها من الأضرار الغير المتوقعة، فالبائع ملزم بتعويضها إن كان سيء النية بعد إقامة المشتري الدليل على ذلك⁽²⁾.

ونفس الوضعية قائمة في التقنين المدني الجزائري، فلم ينص على نوعية هذه الأضرار، غير أن قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 قد نص عليها، في الفصل الثاني من هذا القانون في المادة 9 و 10، وهي الأضرار الجسمانية أو المالية.

أما عن نوعية الأضرار المستحقة التعويض في التعامل بالبيع الإلكتروني، فهي نفس الأضرار المادية والمعنوية المعروفة في البيع العادي، وذلك من جراء استعمال منتجات ذات تقنية معقدة، خاصة عندما يتم استعمالها من طرف المستهلك غير المهني.

ما نلاحظه اليوم، أن الأضرار الصحية، هي الأكثر شيوعاً، ويعود ذلك نتيجة بيع بعض السلع الخطرة، كالأجهزة الكهربائية التي تنفجر بسبب العيب الموجود فيها، فتؤدي إلى إلحاق أضرار جسيمة بالمستهلك، كالحروق والتشوهات وربما الوفاة⁽³⁾ وكذلك عند اقتناء المنتجات الصيدلانية الخطرة التي لا تحتوي على الجودة والنوعية المشروعة.

(1) د/ محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج و الموزع، رسالة الدكتوراه في القانون، جامعة القاهرة، 1982، ص 150 وما بعدها.

(2) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التزام المنتج و البائع بتعويض الأضرار التي تحدثها المنتجات المعيبة، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية، السنة الرابعة، العدد 8 و 9 و 10، سنة 1980، فقرة 12، ص 12 و 13.

(3) في هذا المعنى نشير إلى مرجع: د/ محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك – بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، المجلد الأول الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 27 و 28 أبريل 2003، ص 147 و 148.

تطبيقاً لذلك، قضت محكمة باريس الابتدائية⁽¹⁾ بتطبيق القواعد الخاصة بقانون الواجبات الأدبية المتعلقة بالصيدلة والواردة بقانون الصحة العامة (قانون 1995/03/14) على بيع العدسات المصححة للبصر، والتي ينبغي احترام نوعيتها وجودتها عند إعدادها وكانت هذه المنتجات تباع عبر الانترنت.

فقضت بوقف البيع الذي لا يلتزم بالقوانين القانونية المكتوبة⁽²⁾.

لذا فالمستهلك أصبح في حاجة ماسة للحماية من وقوع هذه الأضرار التي يتعرض لها يوماً باعتبار أن تكنولوجيا أمس ليست بتكنولوجية اليوم أو الغد وكذلك فكرة أن كل مستهلك أدري باحتياجاته في البيع العادي أو الإلكتروني خاطئة، فينبغي إعلامه وتحذيره من المبيعات الخطرة من قبل الباعة أو المنتجين وغيرهم من المتدخلين .

ثانياً : عناصر التعويض

حدد المشرع الفرنسي عناصر التعويض، وذلك بالتمييز بين البائع حسن النية والبائع سيء النية. فيلزم البائع الأول برد الثمن والمصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع طبقاً لإحكام المواد 1645 و1646.

أما الثاني يلتزم برد الثمن والتعويض عن كل الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة التي تلحق بالمشتري⁽³⁾.

فوجد المادة 1645⁽⁴⁾ من التقنين المدني الفرنسي تقضي بأن البائع سيء النية يلتزم تجاه المشتري برد الثمن وبتعويض جميع الأضرار التي أصابته من جراء هذا العيب.

كما اعتبر القضاء الفرنسي البائع المهني عالماً بالعيب سواء كان منتجاً أو تاجراً وعملت محكمة التمييز الفرنسية على هذه الفكرة وقررت ما يلي: "يستنتج من المادة 1645 أن البائع الذي كان يعلم بالعيب، ويعد في حكم البائع الذي لا يتصور جهله

(1) T.G.I , Paris, ord Ref, Novembre 1998,n°631 97 198 ,BF.

د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 262. هامش رقم 02.
(2) نفس المرجع والصفحة أعلاه.

(3) Benabent. (Alain), Droit civil, les contrats spéciaux ,7ème éd ,DELTA, Montchrestien 2008, p168 et s, et aussi : Collart Duttillleul. François et Delebecque. Phillipe , op.cit, p 256 et s s.

(4) « Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ».

بالعيب بحكم مهنته، يلتزم فضلا عن رد الثمن الذي قبضه بتعويض المشتري عن جميع الأضرار التي لحقتة"⁽¹⁾.

كما استقر نفس القضاء على اعتبار البائع المحترف المنتج أوالموزع في نفس درجة البائع سيء النية، فيلتزم بتعويض الأضرار المباشرة التي لحقت بالمشتري حتى لو كانت غير متوقعة عند إبرام العقد⁽²⁾.

لم يحدد التقنين المدني المصري هو الآخر عناصر التعويض في المادة 443 وأحال ضمان العيب إلى قواعد ضمان الاستحقاق التي لم تقيم وزنا لنية البائع، وعلى المشتري المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة الاستحقاق وما فاته من كسب إذا أختار استبقاء المبيع⁽³⁾.

فجاءت الفقرة الأخيرة من المادة 375 التقنين المدني الجزائري، محددة لعناصر التعويض في عنصرين، الأول يكمن في مصروفات أونفقات العقد⁽⁴⁾ والثاني متمثل في التعويضات الناتجة عن عيوب المبيع.

غير أن المشرع لم يفرق بين البائع حسن النية وسيء النية، وبهذا يكون قد خالف المشرع الفرنسي في المادة 1646، إلا أن ما يمكن قوله أن القواعد العامة تستوجب هذه التفرقة، فإن كان البائع حسن النية، فيعوض المشتري على الضرر المتوقع، أما إذا كان سيء النية، فيتم تعويضه على الضرر غير المتوقع كذلك. فإن كان البائع حسن النية فيعوض المشتري على الضرر المتوقع، أما إذا كان سيء النية فيتوسع ضمانه بالتعويض إلى الضرر غير المتوقع.

⁽¹⁾ Cass civ, 14 jan 1965, D 389, R.T.D , Civ, 1965, p 665.

د/عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2007، ص492، هامش رقم 01.

و كذلك د/جابر محجوب علي، ضمان، المرجع السابق، ص 258.

⁽²⁾ د/جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 260.

⁽³⁾ د/رمضان الخن، المرجع السابق، ص 276.

⁽⁴⁾ مثل مصاريف التوثيق والتسجيل والإشهار وإزالة الرهن ومصاريف التأمين و الرسوم الجمركية.

الرجوع لتفاصيل هذا الموضوع إلى : د/عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص743. و د/سمير كامل، المرجع السابق، ص88 وما بعدها. د/سليمان مرقس، المرجع السابق، ص244.

كما تناولت المادة 376 من التقنين المدني موضوع التعويض، فإذا كانت الخسارة التي لحقت المشتري غير جسيمة أي لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة 376، فله سوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع. لكن ما يمكن قوله إن تطبيق هذا النص على ضمان العيوب الخفية، يكون بموجب نص المادة 381 مدني جزائري الذي نص على: "إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376".

أما عن التعويض في عقد البيع الإلكتروني، فيمكن القول أن المتدخل ملزم بتعويض المشتري عن الأضرار مهما كانت أسبابها، وكذلك سواء كانت هذه الأضرار مادية أو معنوية، فالتعويض المقرر يكون كاملا، ودون تحميل المشتري مسؤولية إثبات علم البائع بوجود العيب أو عدمه.

كما يفترض في البائع المهني العلم بالعيب في المنتج الذي باعه وملزما بتعويض كل الأضرار الناتجة عنه.

فقد ورد في الفصل 35 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي، يحق للمستهلك إذا أصابه ضرر المطالبة بالتعويض حسب القواعد العامة، أما المشرع الفرنسي لقد نص في المادة 121-20-3 L من قانون الاستهلاك أنه إذا تجاوز المحترف 30 يوما من رد الثمن، وجب عليه رد الثمن وبالإضافة دفع الفوائد المترتبة عن التأخير. لذا فعناصر التعويض تكمن في رد الثمن والمصاريف التي تم إنفاقها في البيع، وكذا تعويض الأضرار الناجمة عن العيب الذي ضمنه البائع للمشتري الإلكتروني⁽¹⁾.

التعويض في هذا البيع مماثل للتعويض المنصوص عليه في البيع الكلاسيكي غير أننا نتوقع أن مقدار تعويض الأضرار الناجمة من البيع الإلكتروني أكبر ويتناسب وجسامه العيب في المنتجات الحديثة التي تتسم معظمها بالخطورة.

(1) V. par ex :cass.civ, 2ème,30/03/2000 ;D.2000,IR, p132.

كذلك : د/أسامة احمد بدر، المرجع السابق، ص 119، هامش رقم 02.

المطلب الثاني

سقوط دعوى ضمان العيب الخفي وأحكام تعديل مدة التقادم

يلتزم البائع بضمان المبيع للمشتري سواء ظهر العيب أولم يظهر. فعند ظهوره وبعد إخبار البائع به الذي يرفض الضمان، يقوم برفع دعوى ضمان للعيب في وقت مناسب يحدده القانون. غير أن إذا كان موقف المشتري سلبيا طول المدة المحددة قانونا فإن حقه سوف يسقط بالتقادم.

وعلى أساس ما تم تقديمه قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: النصوص القانونية المتعلقة بتقادم دعوى الضمان للعيب الخفي

الفرع الثاني: التقادم القصير ومبرراته

الفرع الثالث: أحكام تعديل مدة التقادم

الفرع الأول

النصوص القانونية المتعلقة بتقادم دعوى الضمان للعيب الخفي

لم يعد للمشتري حق المطالبة بالضمان بعد فوات ميعاده الذي يبدأ من وقت تسليم المبيع، ولقد تناول التقنين المدني الفرنسي هذا الموضوع في نص المادة 1648⁽¹⁾ مدني فرنسي، غير أنها لم تحدد ميعاد لرفع دعوى الضمان للعيب الخفي.

والرأي الغالب في القضاء الفرنسي هو احتساب الميعاد من تاريخ كشف العيب⁽²⁾.

لقد جاء في مشروع القانون الخاص بمهمة تعديل المادة 1648 من التقنين المدني الفرنسي الذي أعده - كستين - : "يتقادم الحق في التمسك بالعيب، إذا لم يقم المشتري بإخطار البائع بالعيب خلال سنة، تبدأ من اللحظة التي اكتشف فيها المشتري العيب أو من اللحظة التي كان يتعين عليه خلالها اكتشاف العيب، وأن هذه المدة يمكن تعديلها في البيوع التي تتم بين البائعين المحترفين باتفاق أو بحسب العرف القائم"⁽³⁾.

(1) Art 1648: «L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite».

(2) A-Benabent, A., op.cit, 1995, N°83, p 148.

(3) Ghestin et Desché, La vente, L.G.D.J, 1990, p 837.

فرغم النص على هذه المدة، ووضوح وقت رفع الدعوى إلا أن المشرع الفرنسي عدل هذه المدة، فجعلها تتقادم بمرور سنتين⁽¹⁾ رغبة في تحقيق عدالة أكبر ومسايرة للقضاء الذي وجه نقدا للمدة القصيرة.

ونصت كذلك المادة 383 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 452 من التقنين المدني المصري على: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولولم يكتشف 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".

من خلال هذه النصوص القانونية، فاحتساب سقوط دعوى التقادم تبدأ إما من يوم اكتشاف العيب أو من يوم تسليم المبيع، إلا أننا لا نوافق المشرع الجزائري الرأي، ونقترح احتساب سقوطها من يوم اكتشاف العيب حتى يتمتع المشتري بمدة أطول لرفع الدعوى.

الفرع الثاني

التقادم القصير ومبرراته

لقد نص كل من المشرع المصري والجزائري على المدّة القصوى لتقادم دعوى ضمان العيب الخفي المنحصرة في سنة واحدة، وتبدأ من يوم تسليم المبيع سواء تم اكتشاف العيب قبل ذلك أو بعد⁽²⁾.

غير أن لدى المشرع الفرنسي، تبدأ نفس المدة من يوم اكتشاف العيب من أجل استقرار التعامل، وكذلك حتى لا يكون للبائع بهذا الضمان أمدا طويلا يتعذر بعده التعرف على مصدر نشوء العيب، وزيادة على ذلك فبمجرد انقضاء السنة دون رفع دعوى

(1) Benabent .A ,op.cit ,p 163.

(2) نقض مدني مصري رقم 159 بتاريخ 1966/05/17، مجلة المحامون، 1966، ص 553.
نقض مدني مصري رقم 592 بتاريخ 1982/03/31، مجلة المحامون، 1982، ص 1354.
نقض مدني سوري رقم 382 بتاريخ 1959/09/01، مجلة القانون، 1959، ص 512.
د/زهير حرح وكذلك د/علي جاسم، العقود المسماة، منشورات جامعة دمشق، سوريا 2006/2007 ص 426 .
و كذلك قرار المحكمة العليا بالجزائر ، رقم 165792 بتاريخ 1998/05/20، ن - ق ، 1999 ، العدد 56، من ص 98 إلى ص 101. و القرار رقم 20921 المؤرخ في 1983/03/02 و القرار رقم 165792 المؤرخ في 1990/05/20، القانون المدني الجزائري المعدل في 13 مايو 2007، سنة 2008/2007، منشورات بيرتي Bertti ص 104.

الضمان ، يكون البائع قد أمن تبعه ضمان العيب الخفي وأطمئن إلى استقرار عقد البيع بينه وبين المشتري. فلدى المشرع الفرنسي وجوب إقامة الدعوى في ميعاد قصير⁽¹⁾، إلا أن محكمة النقض الفرنسية دفعت للتخلص منها، حتى تيسر السبل لدعوى أخرى يملكها المشتري غير دعوى ضمان العيب الخفي، وهي دعوى إخلال البائع بتنفيذ التزامه بتسليم مبيعا مطابقا حتى ولو كانت عدم المطابقة قد نشأت بسبب عيب خفي⁽²⁾، وكذلك رغبة القضاء في حماية حقه في إقامة دعوى ضمان العيب الخفي دون أن يفاجأ بسقوط الحق في رفعها.

غير أن هذا لا يعني مطلقا التشابه بين عدم المطابقة والعيب الخفي، فحسم القضاء التمييز بينهما وأثبتته⁽³⁾، فلهذا السبب تم تعديل نص المادة 1648 مدني فرنسي وفقا لما قرره المادة الثالثة من الأمر 2005/02/17 الذي جعل الحق في رفع دعوى ضمان العيب الخفي قائما لمدة سنتين ويبدأ من تاريخ اكتشاف العيب⁽⁴⁾.

رجوعا إلى نص المادة 2/452 من القانون المدني المصري والمادة 385 من القانون المدني الجزائري، فدعوى الضمان تسقط فيهما بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 02 مارس 1983 لما قضت بما يلي: "إذا كانت دعوى الضمان تتقادم بانقضاء سنة من يوم تسليم المبيع طبقا

(1) النص القديم للمادة 1648 الذي أعده كستين "Ghestin".

(2) د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 113.

(3) قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية الذي قرر:

« La non-conformité de la chose aux spécifications convenus par les parties est une inexécution de l'obligation de délivrance ... les défauts qui rendent la chose impropre à sa destination normale constituent des vices définis par l'article 1641, qui est donc l'unique fondement possible de l'action formée contre le fabricant d'un "chauffe-eau" qui a présenté à l'intérieur, une fuite provenant d'un défaut de montage ».

Cass-civ, 3^{ème} 14-02-1996 : Bull.civ.111,n°47.

د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 114، هامش 01.

(4) تعديل المادة 1648

« L'action résultante des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur ord, N° 2005- 136 du 17 fév- 2005 art 03) dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice »

راجع: د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 114، هامش رقم 02.

للمادة 383 من القانون المدني الجزائري بشرط ألا يكون البائع قد أخفى على المشتري غشا⁽¹⁾.

لقد استقر الفقه على اعتبار التسليم الفعلي للمبيع هو الأرجح لأنه يمكن المشتري القيام بفحص المبيع واكتشاف ما فيه من عيوب⁽²⁾، فإن وقع الاستلام الحكمي كما هو الحال في بيع البضائع الموجودة في مخازن الإيداع، والتي يتم بيعها بنقل الإسناد المشعر بملكيتها إلى المشتري، دون أن يطلع عليها أو معاينتها، فهذا لا يكفي، لأن الأهم هو تمكين المشتري من استطاعة فحص المبيع⁽³⁾.

غير أنه قد يتوقف سريان مدة التقادم إثر المطالبة القضائية (رفع الدعوى) أو إذا وقع بإقرار البائع لمسؤوليته، أو بشروط أخرى نص عليها القانون⁽⁴⁾ لكن لا تتوقف مدة التقادم في حق المشتري ناقص الأهلية، أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة جنائية، ولو لم يكن له نائب يمثله قانونيا، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات⁽⁵⁾.

الفرع الثالث

أحكام تعديل مدة التقادم

لقد حدد المشرعان من خلال نص المادة 383 جزائري والمادة 452 مدني مصري مدة تقادم رفع دعوى الضمان للعيب الخفي بسنة، وذلك من يوم التسليم الفعلي للمبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل، أما المشرع الفرنسي فقد

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 02 مارس 1983، ملف رقم 20921، نشرة القضاة، العدد الأول، 1987، ص 67. عن: عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى للنشر، عين مليلة الجزائر، سنة 2004، ص 245.

(2) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752 و د/ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 411.

د/محمد الزغبي، المرجع السابق، ص 438 و د/ علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 172.

(3) د/أسعد حومد، العيب الخفي، بحث منشور في مجلة المحامون السورية، العدد الرابع، أبريل 1984، ص 406 وما بعدها.

(4) د/أسعد حومد، المرجع السابق، ص 406، د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 752، د/ عبد الرشيد مأمون، الوجيز

في العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع و المقايضة، القاهرة، دار النهضة، العربية، سنة 1998، ص 297.

(5) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752.

كذلك المادة 1/382 مدني مصري و المادة 2/316 مدني جزائري.

حددها بسنتين، من يوم اكتشاف العيب، فبالتالي هل يمكن للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالف أحكام هذه المدّة بالزيادة والإنقاص فيها؟ هذا ما سوف نبينه على النحو التالي.

أولاً: الاتفاق على إنقاص مدّة التقادم

لقد ثار خلاف حول إمكانية الاتفاق على تخفيف أو إنقاص مدّة دعوى الضمان في كل من القانون الفرنسي والمصري.

فالقانون المصري ذهب إلى جواز ذلك لكون أحكام الضمان ليست من النظام العام، لذا يجوز الزيادة أو الإنقاص فيها، فأجاز ذلك في المادة 453 مدني، فلدى البعض ليس هناك مانع من إنقاص مدّة دعوى الضمان كونها حجة يتخذها البائع للتخفيف من التزامه في الضمان⁽¹⁾.

غير أن الدكتور السنهوري⁽²⁾ وغيره من الفقه يرى عدم جواز الاتفاق على إنقاص مدّة دعوى الضمان، فالأصل يقضي بعدم جواز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدّة تختلف عن المدّة التي نص عليها القانون إعمالاً بنص المادة 1/388 مدني مصري التي نصت: "... لا يجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدّة تختلف عن المدّة التي عينها القانون".

قضت محكمة النقض المصرية بأن: "المقرر بنص المادة 452 من القانون المدني المصري، أن دعوى الضمان للعيب الخفي تتقادم بسنة من وقت تسليم المبيع، ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل أن يلتزم بالضمان لمدة أطول، وأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدّة التي عينها القانون، إذ لا يجوز أن يترك تحديد مدّة التقادم لحرية للأفراد ويخطر كل تعديل اتفاق في مدّة التقادم المقررة بالقانون⁽³⁾".

(1) د/منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 210. كذلك مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الرابع ص 127.

(2) د/السنهوري، المرجع السابق، فقرة 377، ص 752.

(3) نقض مدني فرنسي في 5 يونيو 1988 (غير منشور)، د/رمضان الخن، المرجع السابق، ص 302، هامش رقم 1717.

أما المشرع الفرنسي، فلم يشر إلى تعديل مدّة الضمان بالزيادة أو الإنقاص غير أن بعض الفقه⁽¹⁾ صرح بعدم جواز الاتفاق على تعديل مدة دعوى الضمان استنادا لنص المادة 1648 من التقنين المدني الفرنسي، فهي من النظام العام لا تقبل المخالفة. لكن البعض الآخر يرى⁽²⁾ بجواز تعديل هذه المدّة بالزيادة والإنقاص وحتى بالإسقاط.

إلا أن أمام هذا التناقض الفقهي، برزت محكمة النقض الفرنسية واتخذت موقفا واضحا هو استبعاد شرط البائع المهني في عقد البيع الذي يلزم المشتري برفع دعوى الضمان خلال ثمانية أيام من تاريخ تسليم المبيع .

أما المشرع الجزائري لقد تناول دعوى الضمان وحدد مدة سقوطها بمرور سنة في نص المادة 383 من التقنين المدني، وهذا نصها: "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".

ثانيا: الاتفاق على تطويل مدّة التقادم

لقد ذهب اتجاه آخر⁽³⁾ إلى عدم جواز الاتفاق على تقصير هذه المدّة، فذلك يتعارض مع القواعد العامة في التقادم.

ويعتبر البعض أن مدّة سنة للضمان غير كافية، بل لا بد من الزيادة فيها وذلك باقتراح خمسة سنوات مع الأخذ بعين الاعتبار عمر الأشياء وتأمينها⁽⁴⁾.

هذا وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة 452 مدني مصري إطالة هذه المدّة فنصت: "ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدّة أطول" ونفس العبارة ذكرها المشرع

(1) منهم : بلانيول، ريبيرد و مازرو

Planiol (M) et Ripert.(G), op, cit,N°139 – Mazeaud, op, cit, N° 989

(2) Cass, 11/12/1973, Bull civ, 4 N°367, p 327.

د/رمضان الخن، ص 303، هامش رقم 1720.

(3) د/جاسم الشامسي، عقد البيع في ضوء قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، سنة 1998، ص 573. وكذلك: د/علي هادي العبيدي، العقود المسماة في البيع والإجارة، أريد، الطبعة الأولى، المركز القومي، سنة 1999، ص 175. ود/يوسف الزغبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، سنة 1993 ص 438.

(4) Ghestin (J), Conformités et garanties dans la vente, op.cit, p 327.

الجزائري في نص المادة 1/383. ويتبين من ذلك أن مدة التقادم في ضمان العيب الخفي قد تكون أطول من سنة عند تحقق هذه الحالات هي⁽¹⁾: حالة وقوع اتفاق بين المتعاقدين على إطالة مدة السنة، حالة اتفاق المتعاقدين بعد انتهاء السنة، أن يتنازل البائع ولو بطريقة ضمنية عن التقادم، وإذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه، فإن مدة التقادم تصبح حسب الأصل خمسة عشرة سنة، وليس سنة وذلك من وقت البيع لا من وقت التسليم⁽²⁾.

غير أن هناك من يرى⁽³⁾ أن تحسب هذه المدة من وقت اكتشاف العيب. إلا أن الاتجاه الراجح⁽⁴⁾ ذهب إلى أن المدة في هذه الحالة تحسب من وقت البيع، كما أسلفنا القول وبهذا أخذت محكمة النقض المصرية في أحكامها. كما نتفق مع الرأي الذي لا يجيز تقصير مدة التقادم، ونفضل تطويقها لأنها تكون في صالح المشتري خاصة إذا كان البائع سيء النية، فتمديد المدة يظهر نيته عاجلا أم أجلا.

فيما يخص تقادم دعوى العيب في البيع الإلكتروني، فلم يتم تنظيمها ضمن التشريعات الخاصة بالبيع الإلكتروني، غير أنه لا بد من إعطاء هذه الدعوى أهمية وفعالية من أجل وضع البائع المحترف أو البائع منتج السلع موضوع المسؤولية من جراء ما يترتب من المبيع أو المنتج من أضرار تمس سلامة المشتري أو المستهلك، لذا لا يجب أن تنقيد الدعاوى الناشئة عن الضمان القانوني تجاه البائع المهني المحترف بالمدة القصيرة في رفع دعوى الضمان، لأن كثيرا ما لا تظهر أضرار المبيع في البيع الإلكتروني مباشرة أو بعد الاستعمال لفترة قصيرة، بل بعد مرور السنة أو أكثر. لذلك فلا مانع من

(1) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 753.

(2) د/سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 329 /د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 753 .
وأيضا: د/محمد الزغبي، المرجع السابق، ص 439 و د/عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 297. نقض مدني = مصري 1975/10/28، مج س 26، ص 1346 ، د/ محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 393، هامش رقم 02.

(3) د/ محمد لبيب، المرجع السابق، ص 24 و د/جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 244.

(4) طعن رقم 608 لسنة 40 ق، جلسة 1975/10/28 ، مج س 26 ، ص 1345، المستشار معوض عبد التواب مستخرج من المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة ، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، دون ذكر تاريخ النشر، ص 593-594.
و نفس الحكم في الطعن رقم 81 لسنة 26، جلسة 1970/04/23 ، معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 593.

إطالتها على أساس علم البائع المحترف بالعيب في المبيع، وأيضا للخطورة الكامنة في المبيعات المستحدثة.

المبحث الثالث

الاتفاق على تعديل أحكام الضمان

يلتزم البائع في عقد البيع الكلاسيكي بضمان العيوب الخفية في المبيع، ويعد ذلك ضمنا قانونيا، غير أن النصوص القانونية المنظمة لأحكام ضمان العيب الخفي في المبيع لا تعد من النظام العام، فيجوز مخالفتها⁽¹⁾، إما بالاتفاق على تشديد الضمان أو إنقاصه أو إسقاطه.

فهذه الأحكام المعدلة للضمان نتجت من الجدل الفقهي القائم بين مؤيدي ومعارض⁽²⁾ تعديل الضمان. فمؤيدي⁽³⁾ تعديل الضمان يرون أن التدخل في شروط الإعفاء أو التخفيف يلحق أضرارا بالصالح العام، غير أن موقف هذا الرأي لا أساس له من الصحة، لأنه أسس موقفه على حرية التعاقد، فلا يقبل أن يؤدي هذا التدخل في التعاقدات الشخصية إلى ترجيح مصلحة على أخرى.

(1) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 379، ص 755 و 756. كذلك: د/سمير تناغو، المرجع السابق فقرة 77، ص 33. محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، فقرة 128، ص 124. د/أسعد دياب، المرجع السابق ص 282. وتمييز لبناني رقم 72/56 مجموعة باز 1972 ص 245. د/أسعد دياب، المرجع السابق، ص 282 هامش 02.

(2) د/أسعد دياب، المرجع السابق، ص 261، أيضا د/حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دون ذكر دار النشر، مصر 1993، ص 20 وما بعدها.

(3) منهم: د/أسعد دياب، المرجع السابق، ص 387 وما بعدها، د/حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 29.

كما ذهب بعض المؤيدين إلى الاستدلال بالنصوص القانونية التي نصت على جواز التعديل في أحكام المسؤولية، منها المواد 1627 و 1643 و 1652 من القانون المدني الفرنسي والمواد 2/217 و 223 مدني مصري وكذا المواد 183 و 184 و 2/178 و 384 من التقنين المدني الجزائري.

غير أنه ذهب بعض الفقه المعارض⁽¹⁾ إلى رفض الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية، لاعتبار ذلك مخالف للنظام العام بحجة أن المشتري عند تعاقد مع البائع مع وجود شرط الإعفاء أو التخفيف، فهذا يعني قبوله لهذا الشرط راجع لعدم إمكانية معارضته لشروط العقد، وكأنه في عقد إذعان⁽²⁾.

لكن قد توصلنا إلى أن الاتفاق على تعديل أحكام الضمان، هو الرأي الراجح فقها وقانونا، وإذا كانت القوانين المذكورة أعلاه أجازت تعديل أحكام الضمان في البيع العادي بشرط عدم تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه، فلعل هذا الشرط يقضي بمنع قبول هذا الاتفاق في البيع الإلكتروني لافتراض علم البائع المحترف بالعيب، والذي يعد قرينة على سوء نيته، فرغم ذلك ما مدى تكريس هذا الحق في هذا البيع؟ ذلك ما سوف تتم الإجابة عليه خلال هذا المبحث الذي تم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الضمان الاتفاقي وخصائصه

المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء من الضمان الاتفاقي

المطلب الثالث : صور تعديل الضمان.

المطلب الأول

تعريف الضمان الاتفاقي وخصائصه

زيادة على الضمان القانوني الذي يقره المشرع للمشتري لحمايته من العيب الخفي في عقد البيع، هناك الضمان الإتفاقي على الزيادة أو التخفيف أو كذلك إسقاط الضمان. فقد يتضمن العقد الأصلي هذا الاتفاق أو يرد الاتفاق منفصلا عنه.

⁽¹⁾ Planiol (M) et Ripert (G), op.cit ,p158 et s.

⁽²⁾ Cassavin.Elie, Les clauses de non responsabilité leur applications et leur valeurs, thèse = = de doctorat, Paris, librairie de jurisprudence ancienne et moderne , Paris 1929, p245.

كما يمثل هذا الاتفاق مزايا للمشتري، لذا سوف نتعرف عليها ضمن خصائصه لاحقاً.

ولتوضيح هذا الموضوع لقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف الضمان الإتفاقي

الفرع الثاني: خصائص الضمان الاتفاقي

الفرع الأول

تعريف الضمان الإتفاقي

الضمان الإتفاقي هو ذلك الضمان الذي ينشأ بناء على اتفاق مسبق بين البائع والمشتري حول المبيع.

ففي وقت مضى لقد أعتبر الفقه أن الضمانات الاتفاقية ليست إلا نوعاً من التعديل والتوسع في الضمان القانوني للعيوب الخفية، غير أن استقلالية هذه الأنواع من الضمانات أصبح اليوم أمراً مسلماً به⁽¹⁾.

يعتقد رأي من الفقه⁽²⁾ بأنها توفر حماية أوسع من الضمان القانوني، ولكنها لا تسقطه، بل لكل منهما نطاقه المستقل⁽³⁾. فلا نوافق هذا الرأي لأن الضمان القانوني يضمن أكثر حماية للمتعاقدين لأنه التزام نظمه المشرع وأكد تطبيقه من قبل البائع لتأمين حقوق المشتري في عقد البيع.

الفرع الثاني

خصائص الضمان الاتفاقي

نلاحظ من خلال التعريف السابق أن الضمان الاتفاقي، يتميز بخصائص وتكمن في إعفاء المشتري من الضمان، كإعفائه من إثبات قدم العيب وخفائه⁽⁴⁾، أو الاتفاق على تشديد الضمان، كمضاعفة قيمة التعويضات المنصوص عليها في حالة العيب

(1) د/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 302 وكذلك د/عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 473.

(2) Cass, 11/12/1973, Bull civ, 4 N°367, p 327.

د/ رمضان الخن، ص 303، هامش رقم 1720.

(3) د/ محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 202.

(4) (J).Ghestin, op.cit , p 142.

الجسيم، كما أنه إجراء وقائي يتخذ لتفادي اللجوء إلى المحاكم، أي كثيرا ما يتفق المشتري مع البائع على حلول ودية تفيده، كالاتفاق على إصلاح المبيع دون مقابل أو استبداله. بخلاف هذه الخصائص الإيجابية، قد يشكل الضمان الإتفاقي أحيانا إشهارا كاذبا لجذب الزبائن، أي أن بعد إبرام عقد البيع، قد لا يمثل البائع لما تم الاتفاق عليه مع المشتري، وهذا ما جعل البعض يقول أن هذه الخاصية قد تنتزع من الضمان جميع مزاياه⁽¹⁾.

المطلب الثاني

موقف التشريع والقضاء الفرنسي والتشريعات الأخرى من الضمان الاتفاقي

الضمان الإتفاقي قد نصت عليه كل التقنيات المدنية التي نضمت العقود، ومنها عقود البيع، فتناوله المشرع الفرنسي في المادة 1643 من التقنين المدني وما يليها، ووجدناه أيضا في القضاء الفرنسي الذي ميز بين البائع المحترف والمشتري العادي. كما نص عليه المشرع المصري في المادة 453 من التقنين المدني وكذا المشرع الجزائري في نص المادة 384 من التقنين المدني، ثم في المرسوم التنفيذي رقم 266/90 ومؤخرا في قانون 03/93 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة 14 منه حيث جاء فيها: " فكل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13".

فالقصد من الضمان الآخر المذكور في هذه المادة، هو الضمان الاتفاقي. ولذا، فمن خلال هذا المطلب، نحاول التطرق لهذه المواقف الثلاثة المذكورة في الفروع التالية بنوع من التفصيل.

الفرع الأول: الضمان الاتفاقي في التشريع والقضاء الفرنسي

الفرع الثاني: الضمان الاتفاقي في التقنين المدني الجزائري والمصري

(1) د/عبد المنعم موسى إبراهيم، نفس المرجع أعلاه و نفس الصفحة.

الفرع الأول

الضمان الإتفاقي في التشريع و القضاء الفرنسي

رغم المزايا الموجودة في الضمان الإتفاقي، إلا أن أغلبية المستهلكين لا يستطيعون التمييز بينه وبين الضمان القانوني لاعتقادهم أن الضمان القانوني هو الضمان الشامل للعيب الخفي في المبيع.

لذا لقد تصدى المشرع الفرنسي لنظرة المستهلك الخاطئة محاولا حمايته من الشروط الاتفاقية، التي هي في الواقع شروط أُنصِصت لمنظمة للضمان القانوني⁽¹⁾. كما أن المستهلك كثيرا ما نجده حريصا على تأكيد تطبيق البائع للضمان الاتفاقي. ولقد نصت المادة الرابعة من المرسوم الفرنسي المؤرخ في 24/03/1978 على إلزام المحترف الذي يمنح الضمان الاتفاقي للمشتري أن يشير ويوضح له تطبيق الضمان القانوني وإلا تعرض لعقوبة جزائية⁽²⁾.

لو رجعنا إلى نص المادة 1643 مدني فرنسي وما يليها، فلم يوضح المشرع فيها هل تطبق على المشتري العادي والبائع المحترف أو أنها تطبق على المحترفين من كلا الطرفين، أي البائع والمشتري؟ فهذا ما جعل القضاء الفرنسي يفكر و يميز بين الضمان الإتفاقي الموجود بين البائع المحترف والمستهلك العادي والضمان الإتفاقي الموجود بين البائع والمشتري المحترف.

فبالتالي إذا كان البائع محترفا، يمنع عنه الحد من الضمان القانوني تجاه المستهلك العادي الذي لم يعلم بعيوب الشيء، وتبطل الشروط التي تحد من مدة الضمان بستة أشهر⁽³⁾، وكذا الشرط المنقصر لأجل سنة لرفع دعوى الضمان، كذلك إن كان هناك ضمان إتفاقي بين البائع والمستهلك، فلا يجوز إسقاط حق هذا الأخير بالتمسك بالضمان القانوني في الشيء المبيع، سواء كان المبيع مستعملا أو غير مستعمل وأن الفرق الموجود بين الضمان الإتفاقي والقانوني يكمن في قدم العيب، ومدى درجة جسامته⁽⁴⁾.

(1) د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 379.

(2) لكن في الواقع، المحترف نجده مطبقا فقط للمواد من: 1641 و ما بعدها من القانون المدني الفرنسي.

(3) D.Com, 7 Dec 1976 : Gaz Pal, 1977. 2, p 433.note Plancqueel.(A)

د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص380، هامش رقم 285.

(4) Ghestin (J), Conformité et garanties dans la vente, op.cit, p 310.

ففي حالة كون البائع والمشتري محترفين، فيمكن تطبيق الشروط المسقطة أوالمخففة للضمان، لكونهما يعرفا عواقب وخطورة الخسارة المالية المتوقعة، وإلى أي حد يمكنهما تحملها⁽¹⁾.

ونرى أن ذلك هو الصواب، ففي شأن ذلك اشترطت محكمة النقض الفرنسية في حكم أصدرته، أنه لتطبيق القاعدة السابقة، يجب أن يكون المتعاقدين ذوي اختصاص واحد، وتعلق هذا الحكم ببيع سيارة مستعملة بين صاحبي مرآبين لبيع السيارات، أين تم شراء السيارة من طرف المشتري بإسقاط الخيار، وثبت لدى المحكمة أن البيع تم بين محترفين في ذات الاختصاص، وأن المشتري أبرم العقد وهو عالم بالمخاطر المستقبلية⁽²⁾.

الفرع الثاني

الضمان الإتفاقي في التقنين المدني المصري والجزائري

تناول كل من المشرع المصري والجزائري موضوع الضمان الإتفاقي في عقد البيع من خلال المادة 453 من القانون المصري المقابلة لنص المادة 384 من التقنين المدني الجزائري، حيث أجاز المشرعان المصري والجزائري تعديل أحكام الضمان القانوني بالزيادة أو الإنقاص والإسقاط للضمان.

كما أنهما قيذا الضمان الإتفاقي المسقط أو المنقوص للضمان القانوني بشرط عدم تعدد البائع إخفاء العيب في البيع غشا منه، أي حالة كون البائع سيء النية.

فالمرسوم التنفيذي رقم 266/90 الصادر في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات نص على بطلان شرط عدم الضمان الإتفاقي أوالإسقاط الذي يقع بين المحترف والمستهلك، غير أن نص المادة 12 منه، قد أجاز فيها الزيادة في الضمان شريطة أن تكون هذه الزيادة مجانية، وأن تقدم منفعة للمستهلك أكثر من المنفعة التي

(1) Bihl (L), Le droit de la vente (vente mobilière), Dalloz, 1986, p 266.

(2) Com,8/10/1973 , JCP1975.02.17927, note GHESTIN(J)

JCP.1979.02.19178,obs .Ghestin.(J) .

د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص382، هامش رقم 293 و294.

يقدمها الضمان القانوني، كتطويل أجل دعوى تنفيذ الضمان لأكثر من سنة والزيادة في مدة الضمان لأكثر من ستة أشهر.

الخدمة ما بعد البيع على سبيل المثال تعتبر جزءا هاما في الضمان القانوني والاتفاقي، لكونها تحافظ على الشيء المبيع وصيانتته لمدة أطول.

فقد تتم المطالبة بهذه الخدمة عند الحاجة، أو يتم الالتزام بها بموجب عقد سابق متزامن لعقد البيع، وللخدمة ما بعد البيع أهمية القصوى، ألزم المشرع الجزائري المحترف في المادة السابعة من القرار المؤرخ في 10/05/1994⁽¹⁾ المتعلق بتنفيذ المرسوم التنفيذي 90 - 266 بإقامة وتنظيم خدمة ما بعد البيع وذلك بتوفير الوسائل المادية والبشرية عند اقتناء المشتري للمبيع.

كما نص قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري رقم 03/93 عليها في الفصل الرابع منه المتضمن للمواد من المادة 13 إلى غاية المادة 16.

حيث نصت المادة 16 على: "في إطار خدمة ما بعد البيع، وبعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني بضمان صيانة وتصليح المنتج المعروض في السوق".

المطلب الثالث

صور تعديل الضمان

أحكام العيب الخفي ليست من النظام العام، فهي مثل أحكام ضمان التعرض والاستحقاق، إذ يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تعديلها سواء بالتشديد، أي الزيادة في الضمان أو بالحد منه، أي إنقاصه أو كذلك بإسقاطه.

سوف نتناول هذه الصور الثلاثة المعدلة للضمان بالشرح المفصل والمتضمن لأمثلة مختلفة وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: الاتفاق على تشديد الضمان وصوره

الفرع الثاني: الاتفاق على انقاص الضمان وصوره

الفرع الثالث: الاتفاق على إسقاط الضمان وصوره

(1) المرجع نفسه، ص 387.

الفرع الأول

الاتفاق على تشديد الضمان وصوره

يعتبر الضمان القانوني من أكبر الضمانات التي قدمها المشرع للمشتري في عقد البيع، فهي أكثر نفعاً ومصلحة له على غرار البائع الذي يعتبرها حملاً ثقيلاً عليه، بحيث ينشئ التزامات جديدة على عاتقه لم يكن ليلتزم بها لو لم ينص عليها المشرع.

فهناك صور عدة للزيادة في الضمان ظهرت مع التطور الاقتصادي الكبير، كضمان عيوب الماشية ومعالجة ضمانها بنصوص خاصة⁽¹⁾، أو ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معينة أو أيضاً الإتفاق على ضمان صفات معينة في المبيع.

فقد نصت المادة 453 من التقنين المدني المصري على تشديد الضمان "يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه"، نفس المعنى ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 384 من التقنين المدني.

فيتضح من خلال هذه النصوص جواز الاتفاق على الزيادة في الضمان مع توافر عامل حسن النية. غير أن هذا الاتفاق كما قلنا قد يزيد عبئاً على البائع، وبالتالي فلا بد من تحديد هذه الزيادة صراحة حتى لا يقع المتعاقدین في إشكال حول مضمون الاتفاق.

أما عن الاتفاق على تعديل أحكام الضمان في البيع الإلكتروني، لم يتم تنظيمها بنصوص خاصة، فالأمر يستدعي تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالزيادة في الضمان حتى ولو أنها غير شائعة في البيع الإلكتروني، لأنها تضيف مسؤوليات على البائع، وأيضاً لا اعتبار طابع الإذعان الذي تتسم به هذه العقود، فلا تسمح بالمفاوضة بالزيادة في الضمان عند إبرام العقد.

التشديد في الضمان يتخذ صوراً مختلفة في البيع العادي والإلكتروني، فقد يتفق البائع مع المشتري أن يضمن كل عيوب المبيع وخاصة تلك التي لم يتوصل إلى رؤيتها وقت التسليم أو التي جرى العرف على التسامح فيها، وأن يضمن العيب الذي لم يعلمه

(1) د/صاحب الفتلاوي، المرجع السابق، ص 220.

المشتري وقت العقد حتى لو كان بإمكانه أن يعلمه إن فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد⁽¹⁾.

كذلك قد يحدث اتفاقا بين البائع والمشتري على الزيادة في مقدار التعويض، فبتفقا مثلا على إلزام البائع برد المصروفات الكمالية، حتى لو كان البائع حسن النية عند ظهور العيب في المبيع.

كما يجوز الاتفاق على مدى التعويض المستحق للمشتري، وذلك عما لحقه من ضرر ناتج عن العيب المتوقع أو غير المتوقع⁽²⁾.

إضافة لهذه الصور، نذكر صورة شائعة وهي ضمان الصلاحية لمدة معينة التي نتطرق إليها بنوع من التفصيل لأنها من أبرز مظاهر الزيادة في الضمان، وتطبيقا معاصرا لدور الإرادة في التعاقد.

ولتحقيق ضمان الصلاحية يجب أن يحدث الخلل أو العيب في فترة الضمان، الفترة اللازمة لتجريب المبيع والتأكد من صلاحيته للعمل ويعد قرينة كافية لمطالبة البائع بالضمان وإصلاح المبيع⁽³⁾.

وكثيرا ما يحدث ذلك في بيوع السيارات وبطارياتها⁽⁴⁾، والآلات الكهربائية المنزلية، أوفي عقود المعلوماتية.

ويستطيع البائع أو المنتج إعفاؤه من الضمان إذا استطاع أن يثبت أن الخلل ناتج من سوء استعمال المبيع أو المنتج من قبل المستهلك أو لوقوع خطأ الغير.

ينبغي أن يخطر المشتري المتدخل بالعيب أو الخلل قبل تفاقمه، وهذا ما جاء به المرسوم التنفيذي المتعلق بضمان المنتجات والخدمات في المادة 18 منه حيث يقوم المتدخل بتنفيذ التزامه في الأجل المحدد بينهما.

(1) د/أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص 357 وكذلك د/ السنهوري، المرجع السابق، ص 756.

(2) د/أحمد شوقي عبد الرحمان، ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، المرجع السابق، فقرة 90، ص 98.

(3) د/محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون ذكر تاريخ، النشر، ص 70.

(4) د/ محمد حسن قاسم، عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون المصري و اللبناني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للنشر بيروت، 1999، ص 353. و د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 760.

غير أن في حالة إهمال المتدخل القيام بذلك ينذر المشتري ويعطيه سبعة أيام أخرى ابتداء من تاريخ الإنذار، فإذا لم يقم المتدخل بتنفيذ التزامه، أولم يكن المبيع قابلاً لإصلاح المبيع، فيقوم المشتري برفع دعوى الضمان لطلب التعويض عما أصابه من ضرر وهذا إن كان الخلل غير جسيم.

أما إذا كان جسيماً، فيطلب الفسخ مع التعويض⁽¹⁾.

ضمان صلاحية المبيع للعمل خلال مدة معلومة نظمه المشرع الجزائري في المادة 386 من التقنين المدني في البيوع الخاصة وأعتبره صورة من صور الزيادة في الضمان، وهو يخضع لاتفاق المتعاقدين⁽²⁾، غير أن القوانين المتعلقة بحماية المستهلك اعتبرت ضمان صلاحية المبيع للعمل أمراً إلزامياً على المتدخل.

حالة قيام مسؤولية البائع بضمان صلاحية المبيع، يجب أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً، وهذا ما أشار إليه المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15/09/1990 في المادة 03 منه، كما أشارت المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009 على هذا الضمان، حيث نصت على: "يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازاً أو أداة أو عتاداً أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون. يمتد هذا الضمان أيضاً إلى الخدمات. يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتج واستبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تقديم الخدمة على نفقته".

لقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 90-266 مدة صلاحية العمل في المادة 16 منه بستة أشهر وثمانية عشر شهراً⁽³⁾.

(1) د/جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 228 وأيضاً د/أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع و المقايضة دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، 1973، ص 279. وأيضاً: المادة 08 من قرار وزاري مؤرخ في 10/05/1994 المتعلق بتطبيق المرسوم التنفيذي الخاص بضمان المنتجات والخدمات.
(2) خليل أحمد قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 2001، الجزائر، ص 184.

(3) قرار وزاري مؤرخ في 10 ماي 1994، يتضمن كليات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات، الجريدة الرسمية، العدد خمسة وثلاثون الصادر بتاريخ 05 يونيو 1994. وكذلك المادة 11 من نفس المرسوم التي نصت على إمكانية منح ضمان اتفاقي مجاني للمستهلك ويكون أفضل له من الضمان الخاضع للأحكام القانونية التي جرى التعامل بها.

غير أن المادة 15 من قانون حماية المستهلك رقم 09-03 لم تحدد هذه المدة، ولكن نقترح تحديدها تناسبا ونوعية المنتج وكذا تحديد المدة اللازمة لتجريبه. فبيدأ الضمان من يوم تسليم المنتج.

بالرجوع إلى البيع الإلكتروني، وما يعرفه من تطور صناعي وتكنولوجي للمنتج يستدعي إعطاء أهمية أوسع لضمان الصلاحية، نظرا لتعذر العميل إثبات طبيعة الخلل وأسبابه في المنتجات والخدمات الحديثة، وكذا وقوعه تحت تأثير الدعاية المغرية والإعلانات التي تقدمها الشركات الكبرى للإنتاج، والتوزيع مع الضمان المذكور كميزة على سبيل الدعاية لجذب المستهلك للتعاقد حيث يتعهد البائع الإلكتروني بإصلاح واستبدال المبيع⁽¹⁾.

نوافق ما ذهب إليه هذا الرأي بإعطاء أهمية أوسع في ضمان صلاحية المبيع الإلكتروني لأن المستهلك عاجز عن فهم مكونات وفعاليات الأجهزة والآلات الحديثة التي اقتناها من هذا البيع، وفي نفس الوقت قلق عن مدى صلاحيتها للعمل ومدى ضمانها من قبل المتدخل. وضمان صلاحية المبيع في هذا البيع يتغير بحسب نوعية وطبيعة المنتج وبحسب الشركة التي تنتجه أو تبيعه.

أما عن مدة الصلاحية للضمان تتراوح عادة بين ستة أشهر إلى عامين أو أكثر ويمكن لمقتني المبيع الاستفادة من فترة ضمان أطول، ولا يعفى البائع أو المنتج من الضمان إلا بإثبات خطأ المشتري، لأن ضمان الصلاحية مبدأ مكرس عند وقوع خطأ في المنتج عند صناعة المبيع، وهذا ما جعل التشريع والقضاء الفرنسي التشديد في مسؤوليته تجاه المشتري المستهلك مع تضييق الشروط المحددة أو المسقطة للضمان.

ما يمكن استخلاصه في موضوع ضمان صلاحية المبيع في هذا البيع، فهو لا يخرج عن القواعد العامة في التطبيق، إلا أنه قدم ميزة إضافية للمشتري تتعلق بعبء الإثبات، فبمجرد حدوث الخلل في فترة الضمان، يعد سببا كافيا لإصلاح المبيع ولا يمكن للبائع أو المنتج التخلص منه بذكر السبب الأجنبي.

(1) Boneli, Commentary of the international sales law, 2000, p 604

د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، الدار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2009، ص 244، هامش 02.

الفرع الثاني

الاتفاق على إنقاص الضمان وصوره

قد يحدث الاتفاق بين البائع والمشتري على الإنقاص من ضمان المبيع، فهذا النوع من الاتفاق أكثر شيوعاً في التعامل، فهذا الاتفاق السلبي، إن صح التعبير، قد يجعل البائع مخلاً نوعاً ما بالتزاماته إزاء المشتري أو قد لا ينفذ شروط الاتفاق تنفيذاً صحيحاً، فإن عمت هذه الظاهرة بين التجار في المبيعات لاسيما الخطرة منها، كالأدوية أو المواد الكيماوية أو كذلك الإلكترونية التي لا علم لنا بمكوناتها أو استعمالها المسبق، سوف نجد أنفسنا معرضين لأضرار تمس أجسامنا وأموالنا.

وبسبب خطورة هذا الاتفاق، اشترطت كل التقنيات المدنية، وقوانين حماية المستهلك (المشتري) إلزامية وجود حسن النية لدى البائع أو المنتج في الشروط التي تم الاتفاق على إنقاصها لأنها ترتب آثار قانونية صحيحة. فالمشرع المصري قد نص على هذا الاتفاق في المادة 453 من التقنين المدني، كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 377 من القانون المدني وجاء فيها " كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه"، وهذا ما نصت عليه المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي، يجيز للبائع الذي يجهل العيب بإنقاص أو إسقاط الضمان، أما إذا كان يعلم بوجود العيب وقت البيع، فلا يمكن أن يعمل بهذه الشروط فتكون باطلة، نظراً لأن العلم بالعيب مفترض في البائع المحترف، فلا يجوز له التمسك بتحديد الضمان أو الإعفاء منه، بناء على شرط في العقد، لكون الشرط باطلاً.

كذلك من صور إنقاص الضمان، كأن يتفق المشتري على إعفاء البائع من الضمان القانوني لبعض عيوب المبيع، كإعفاء البائع من ضمان العيوب الجسيمة في

المبيع أو أن لا يضمن العيوب التي تحتاج إلى الفحص بواسطة الخبير⁽¹⁾ أو أن لا يضمن له العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص الفني المتخصص⁽²⁾.

هناك صور أخرى معبرة على الاتفاق المنقوص للضمان، نذكر اتفاق المتعاقدان في عقد البيع عند ظهور العيب في المبيع بإصلاح البائع للمبيع دون تقديم، أي تعويض للمشتري مهما كان سببه، فالمشتري بطبيعة الحال سوف يكون راضيا بذلك، وهذا ما يجعله لا يطلب من البائع تعويضا أو مصاريف الإصلاح، بما فيها مصاريف الأجزاء التي تم تغييرها من طرف البائع.

قد يتفق المتعاقدين على تحديد قيمة التعويض الناتج عن العيب بمبلغ أدنى من قيمة الضرر الحقيقي الذي حدث للمشتري، كأن لا يرد البائع للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليما أو الثمن، وأن لا يرد إلا قيمة المبيع سليما دون أن يدفع أي تعويض آخر،⁽³⁾ فليس للمشتري الحق في أن يأخذ فوائد هذه القيمة، وكذلك المصروفات التي تم إنفاقها على المبيع، وكذا مصروفات دعوى الضمان وما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة.

ختاما للموضوع، نجد أن القواعد العامة المنظمة للضمان تسمح بالاتفاق على إنقاص الضمان طالما البائع لم يرتكب غشا ولم يتعمد إخفاء العيب في المبيع⁽⁴⁾.
غير أن في البيع الإلكتروني يجب تجنب تطبيقها لافتراض علم المنتج أو البائع بالمنتج وكذا بخطورته، وأي اتفاق في شأن ذلك يقع باطلا.

الفرع الثالث

الاتفاق على إسقاط الضمان وصوره

قد يتفق المتعاقدين على الإعفاء من الضمان في المبيع حين ظهور العيب الخفي فيه، أو قد يكون سبب إسقاط الضمان، سعر المبيع المنخفض أو هو أقل من الثمن

(1) د/عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 756.

(2) كاشتراط البائع عدم ضمان لون المبيع وصبغته (موسوعة دالوز vice red Encyclopédie Dalloz).

د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 756، هامش رقم 2.

(3) د/السنهوري، المرجع السابق، الجزء 4، فقرة 379، ص 756.

(4) نقض مدني فرنسي بتاريخ 17 مايو 1965، د/سعيد جبر، الضمان الإتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، هامش رقم 01، ص 73.

الحقيقي له (1)، ففي هذه الحالة يكون المشتري بمثابة من اشترى ساقط الخيار (2)، فإنه لا يستطيع الرجوع على البائع بالضمان، لاعتبار البيع في هذه الحالة احتمالي وأقدم عليه مع تحمل المخاطر أو الشراء بساقط الخيار، وهذا ما أكدت محكمة النقض المصرية في قرارها حيث جاء فيه: "لا يسقط حق الضمان عن البائع إلا إذا اشترط عدم الضمان، وكان المشتري عالما وقت الشراء بسبب الاستحقاق، أو اعترف أنه اشترط ساقط الخيار" (3).

لقد اتفقت التقنيات المدنية على جواز الاتفاق على إسقاط الضمان، فنجد المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي والمادة 452 من القانون المدني المصري وكذلك المادة 384 من القانون المدني الجزائري نصت على هذه الإجازة. يتخذ الاتفاق على الإعفاء من الضمان صور عدّة متطورة بتطور المبيع وما يلحق به من عيوب في التركيب أو التصنيع أو غيرهما.

قد يتفق كل من البائع والمشتري على إسقاط الضمان صراحة، وهذا النوع من الاتفاق شائع في بيوع الأشياء المستعملة *choses d'occasion* فالبائع المحترف في السيارات المستعملة كثيرا ما يشترط إعفاءه من ضمان العيوب الخفية أو الظاهرة بالسيارة، كما يمكن توقع هذا الاتفاق الصريح في بيوع أخرى، كبيع أجهزة الكمبيوتر أو برامجه، فهي تشمل عادة على شرط الإعفاء من ضمان العيوب الخفية (4).

لا نوافق هذا الرأي، لأن حداثة هذه المبيعات وخطورة استعمالها من طرف المستهلك العادي أو المحترف، تلزم بائعها أو منتجها بضمان عيوبها، فإذا رجعنا للقانون المدني الفرنسي والمصري والجزائري، فلا نجد نصا يبرئ البائع من ضمان هذه العيوب، فهو مسئول عنها حين ظهورها سواء عند إبرام العقد أو بعد التسليم.

(1) د/منصور محمد حسن منصور، أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر، سنة 2006 ص 310.

(2) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 379، ص 758 د/ليب شنب، المرجع السابق، ص 327 و كذلك د/رمضان الخن، المرجع السابق، ص 306 و د/طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 299.

(3) نقض مدني مصري 25 رقم /359 بتاريخ 10/02/1936، د/طلبة أنور، دعوى التعويض، المرجع السابق ص 321.

(4) د/حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 45 و 46.

فإسقاط الضمان أو عدم المسؤولية يمكن استخلاصه من تفسير نية المتعاقدين، فإذا قصدا التعميم فإن البائع يكون بريئاً من كل العيوب.

أما إذا قصدا التخصيص، فإن براءته منحصرة فقط في العيوب الموجودة وقت العقد دون سواها، حتى لو كان هناك شرط ببراءته من كل عيب⁽¹⁾، فالمشرع الفرنسي قد أجاز الاتفاق على إسقاط الضمان بشرط عدم علم البائع بالعيوب وقت العقد، فلو كان عالماً به، فإنه يكون متعمداً في إخفائه عن المشتري غشاً منه⁽²⁾.

فهو في هذه الحالة سيء النية فيبطل شرط الإعفاء من الضمان ولا أثر له في مواجهة المشتري، فالشرط الذي يعفي بائع طائراً من ضمان عيوبها الخفية لا يسري في مواجهة المشتري، إذا تبين أن بالطائرة عيب يعلم به البائع⁽³⁾.

لذلك افترض الفقه والقضاء الفرنسي العلم بالعيوب عند بعض الباعة خاصة المهنيون منهم، فيلزمهم بإبطال الشرط الذي يسقط ضمانهم للعيوب في مواجهة المستهلك العادي، لأنه الطرف الضعيف في العقد.

أما في حالة كون المشتري مهنيًا، فشروط الإنقاص من الضمان تعتبر صحيحة، لأن المشتري بحكم كونه مهنيًا متخصصًا فهو عالماً بمخاطر العيب مستقبلاً⁽⁴⁾.

إضافة لكل هذه الصورة المسقطة للضمان نذكر صورة أخرى وهي بيع الأشياء المستعملة كالألبسة والسيارات وغيرها.

فيتضمن عقد بيعها شرطاً يقرر فيه أن "الشيء يبيع بالحالة التي هو عليها". فهذا الشرط أدى للتساؤل حول ما إذا كان يتضمن إسقاط ضمان البائع للعيوب الخفية في هذا البيع؟

(1) د/سعيد جبر، المرجع السابق، ص 83.

(2) Planiol.(M) et Ripert .(G), op.cit, N°139

د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص 309، هامش رقم 1764.

(3) Seine, 23-2-1936,D.01977-205 .

د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص 309، هامش رقم 1766 .

(4) للمزيد في الموضوع نذكر: د/ رمضان الخن، المرجع السابق، ص 311.

رأي من القضاء الفرنسي قرر صحة هذا الشرط كأصل، غير أنه رفض إعماله إذا توافرت في المشتري الاحترازية، لافتراض علم البائع المحترف بالعيب الخفي. وهذا يعني افتراض سوء نيته عند فرض مثل هذا الشرط في العقد⁽¹⁾.

أما أغلبية هذا القضاء اعتبروا هذا الشرط غير متضمن لإعفاء البائع من الضمان فقضت محكمة النقض الفرنسية في قضية بيع سيارة نقل محتوية على هذا الشرط، حيث ألزمت البائع بضمان العيوب الخفية التي جعلتها لا تلبى الغرض دون أن يكون للشرط في إعفاء البائع من ضمان تلك العيوب أي أثر⁽²⁾.

ولقد كان الفقه المصري مؤيدا لما ذهب إليه الفقه الفرنسي⁽³⁾ في البيان الذي يقضي بأن الشيء المستعمل قد يبيع بالحالة التي هو عليها لا يضيف جديدا إلى اتفاق المتعاقدين، لأنه يقرر ببساطة أن الشيء المستعمل لم يعد بحالته الأولى، وهذا أمر بديهي لأنه طالما أن الشيء المبيع قد استعمل مرة قبل بيعه، فإن ظهرت عيوباً معينة من جراء هذا الاستعمال، فلا يضمها البائع⁽⁴⁾، والمعمول به أن يراعي عند تقدير جسامته العيب، حالة المبيع، إن كان جديداً أو مستعملاً، لأن ما يعتبر عيباً مؤثراً في الشيء الجديد قد لا يعتبر كذلك في الشيء المستعمل⁽⁵⁾.

هذا الشرط مجرد تطبيق للمادة 1614⁽⁶⁾ من القانون المدني الفرنسي ونصت عليه كذلك المادة 364 من التقنين المدني الجزائري: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت العقد".

كما ورد أيضاً في المادة 431 من القانون المدني المصري.

أما عن الصورة الأخيرة لإسقاط الضمان، فهي تكمن في وقوع البيع مع تحمل المشتري مسؤولية المبيع، وهذا عكس ما يقع في التعامل، لكن إذا عمد البائع إلى تضمين

(1) نقض فرنسي 25، يونيو 1968، عبد الكريم سالم العلوان، المرجع السابق، ص 202، هامش رقم 02.

(2) نقض تجاري فرنسي 8 أكتوبر 1975. و دالوز 1976 Dalloz، ص 88، د/ سعيد جبر، المرجع السابق ص 79، هامش رقم 01.

(3) للمزيد في الموضوع نذكر: عبد الكريم سالم علي العلوان، المرجع السابق، ص 202.

(4) د/ أحمد شوقي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 96 و كذلك: د/ سعيد جبر، المرجع السابق، ص 80.

(5) د/ سعيد جبر، المرجع السابق، ص 81.

(6) Art 1614: «La chose doit être délivrée en l'état ou elle se trouve au moment de la vente; depuis ce jour, tous les fruits appartiennent à l'acquéreur».

البيع شرطا صريحا بإسقاط ضمان العيوب الخفية، هذا ما يؤكد سوء نيته وعدم الثقة في التعامل معه، فينتج عن ذلك خسارة كبيرة تلحق به وتوقف نشاطه⁽¹⁾.

غير أن فكرة عدم تحمل البائع ضمان العيب الخفي نادرة الوقوع، وفي حالة وقوعها يتحمل المشتري بدلا عنه مسؤولية المبيع، لأنه قد اشترى الشيء تحت مسؤوليته، وأن البائع قد اشترط عليه في العقد عدم ضمانه لأي عيب قد يظهر في المبيع وهنا لا يكون البائع قد تعمد إخفاء العيب، كما أنه لم يرتكب غشا في التعاقد حتى ولو كان البائع عالما بالعيب⁽²⁾.

فرغم صحة هذا الشرط في القانون المدني المصري، إلا أن بعض الفقه المصري الحديث⁽³⁾ اعتبر أن وقوع شرط البيع تحت مسؤولية المشتري لا يكون القصد منه دائما اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إسقاط الضمان القانوني للبائع، فلا بد من تفسير هذا الشرط من قبل محكمة الموضوع.

غير أن الفقه الفرنسي، أخذ كذلك بهذا الشرط ووجد سندا له في نص المادة 1649 حيث أجازته في ضمان الاستحقاق، وبالتالي يقيس جوازه في ضمان العيب الخفي على جوازه في ضمان الاستحقاق⁽⁴⁾، لكن رغم هذا الاتجاه الذي ذهب إليه البعض في الفقه الفرنسي، فالبعض الآخر يعتبر هذا الشرط شرطا تعسفيا، فلا بد من إبطاله حين يقع التعاقد بين المحترف وغير المحترف نظرا لكون البائع يكون قد ارتكب تدليسا بإخفائه العيب الخفي، مما ينفي عن الشرط أحد شروط الصحة المطلوبة من المشرع الفرنسي⁽⁵⁾ والجزائري والمصري. وبدورنا نؤيد هذا الرأي وذلك لاختلال التوازن العلمي والتقني بين المتعاقدين.

أما عن أحكام تعديل الضمان في البيع الإلكتروني، فلم يتم تنظيم نصوصا جديدة تتلاءم مع هذا البيع، كما أنه ولا يمكن تصور ذلك وهو السبب الذي دفع البعض إلى

(1) د/ رمزي فريد مبروك، أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي في عقد البيع، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 13، سنة 1993، ص 152 وما بعدها.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 757 و 758.

(3) د/ رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص 153.

(4) عبد الكريم سالم العلوان، المرجع السابق، ص 205.

(5) د/ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 53.

القول بعدم جواز إنقاص أو إسقاط الضمان حتى ولو لم يخفي البائع هذا الحق بل ولو كان المشتري عالماً أيضاً به⁽¹⁾.

وفي سبيل حماية المشتري - المستهلك - الإلكتروني، فلا ينبغي الاتفاق على الإعفاء من الضمان، بل الزيادة فيه، وذلك لافتراض علم البائع المحترف بالمبيع علماً كافياً.

(1) د/ خالد عمر زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص334.

الفصل الثاني

الآليات الحديثة للضمان

عن العيوب

الخفية

أدى التطور العلمي والتكنولوجي إلى بروز طرق حديثة ومختلفة في مجال التعاقد منها عقد البيع الإلكتروني، وكذلك سببا في ظهور السلع والخدمات الحديثة والمتنوعة التي ساهمت في تحقيق الرفاهية للمشتري في حياته اليومية، غير أن هذا التطور أدخل الكثير من التغيرات على المبيع حتى أصبح مصدرا لأنواع جديدة من الحوادث التي يتناسب اتساعها مع الصفة الجيدة للتكنولوجيا⁽¹⁾، وكذا الصفة غير الجيدة حتى أصبحت هذه المنتجات غير آمنة بسبب التدخل السلبي للصناعة فيها، مثل استعمال المركبات الكيماوية والمواد الفعالة المساهمة في صناعة الأدوية، أو في صناعة أو إنتاج بعض الأجهزة الكهربائية التي لا يمكن الكشف عن العيب فيها إلا بعد طرحها في السوق واستعمالها من قبل المشتري.

إضافة إلى كل ذلك، فالدعاية المغرية للمنتجات تستعين بالتكنولوجية المعلوماتية لاستظهار أحسن الصور والألوان الخاصة بهذه المبيعات حتى تبهر عقل كل من يراها. فهذه التطور العلمي، وكذا عصرنه وسائل التصنيع والإنتاج، أدت إلى ظهور مبيعات حديثة مسايرة ومتطلبات المشتري من جهة، وبالتوازي ظهور منتجات خطيرة غير آمنة من جانب آخر، مما يتطلب إيجاد ترسانة قانونية جديدة تسعى لحماية المشتري أو المستهلك العادي والإلكتروني منها، وذلك من خلال التقنيات الحديثة للمنتجات، وكذا التفكير في تنظيم بدائل أوليات مستحدثة في الضمان تكون مكملة للقواعد العامة المطبقة في ضمان عقد البيع الكلاسيكي، فمن أجل هذه الأسباب، تم استحداث وتقرير آليات فعالة تضاف إلى التزامات البائع في البيع العادي أو الإلكتروني حتى تنفع المشتري وتؤمن حماية وضمانا له بصفته متاعدا أو كذلك حماية غير المتعاقد.

وتكمن هذه القواعد أو الآليات في ضمان الالتزام بالإعلام، وفي ضمان التزام السلامة وكذلك الالتزام بضمان المطابقة في المبيع.

(1) د/ خيال محمود السيد عبد المعطي، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم، مكتبة دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، سنة 1998، ص03.

هذه الضمانات الواجب توفيرها للمشتري، أو المستهلك قد نصت عليها كل قوانين الاستهلاك، سواء في البيع العادي أو الإلكتروني، وكذا قوانين البيع الإلكتروني حتى تلزم البائع أوكل متدخل بتوفيرها للمشتري، وذلك بسبب عدم مساواة هؤلاء الباعة المحترفين مع المستهلك العادي الضعيف الذي لا يعرف تقنياتهم في المبيع أوالمنتوج، ولا يمكنه الكشف عن أساليبهم في الغش والخداع والدعاية الكاذبة المستعملة لاستدراجه للتعاقد. فعلى مستوى القوانين الأوروبية، أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها (284-39) الصادر في 1985/04/09⁽¹⁾ مبادئ إرشادية، لتكون بمثابة مبادئ عامة عالمية لحماية المستهلك عامة و حماية المشتري عبر الانترنت خاصة. ومن بين تلك المبادئ نذكر:

- 1- الحق في الصحة و السلامة عند الاستعمال العادي للمنتجات.
- 2- الحق في توفير البائع المهني معلومات صحيحة عن المنتجات.
- 3- الحق في اختيار منتجات فيها الجودة والمطابقة للمواصفات.
- 4- الحق في التعويض.

كما أصدر المشرع الفرنسي قانون الاستهلاك الجديد رقم 93-949 الصادر في 62 يوليو 1993⁽²⁾، فيه نصوصا متعلقة بتبصير المستهلك عن المبيع لحمايته من أضراره ونصوصا تتعلق بضرورة تطابق المنتجات و الخدمات لما تم الاتفاق عليه. لقد خطط قبل هذا القانون لتشريعات خاصة بحماية المستهلك، مثل القانون الصادر في 63/07/02 الخاص بالدعاية والإعلانات الخادعة، كما جاء القانون الصادر في 1973/12/27 والمسمى بقانون "Royer" متضمنا وسائل الدعاية والإعلان المشروعة وأيضا القانون الصادر في 83/07/21 بشأن سلامة المستهلك.

على مستوى القوانين البلاد العربية، نذكر على سبيل المثال، قانون حماية المستهلك التونسي في المبادلات الإلكترونية لسنة 2000 في الفصل 20 منه حيث نص

(1) د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ص 43 .

(2) loi : n°93-949 du 26/07/1993 modifiant et complétant le code de la consommation, j.o n°171 du 27/07/1993

نفس المرجع أعلاه، ص 51.

على وجوب توفير المعلومات الكترونياً، وكذا في الفصل 25 منه قد نص على إعلام المستهلك عن هوية البائع وبيان نوع السلعة ووصفها.

كما نصت المادة 54 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 على أنه: "يجب على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب، خلال الفترة التالية على إبرام العقد، رسالة مكتوبة أو رسالة بيانات تتضمن كافة المعلومات المتعلقة بعملية البيع"، وهذه المعلومات قد نصت عليها المادة 50 من نفس القانون⁽¹⁾.

أما في الدول التي لم تفرد تشريعاً خاصاً لحماية المستهلك، كالأردن ومصر⁽²⁾ فهذا لا يمنع من تحميل المهني مسؤولية الإدلاء بالمعلومات الضرورية للمستهلك، وذلك إعمالاً لمبدأ حسن النية المنصوص عليه في المادة 148 مدني مصري والمادة 202 مدني أردني الذي نصت على: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

أما بالنسبة للجزائر، لقد نص المشرع على هذا الالتزام بالإعلام في المادة 107 والمادة 352 / 1 من التقنين المدني، وكذا في قانون حماية المستهلك 02/89 الملغى، وفي قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 السابق ذكره.

كما ألزم البائع بضمان الالتزام بالسلامة للمستهلك من خلال نصوص قانونية كثيرة، منها المادة 9 و 10 من قانون الاستهلاك الأخير، وكذا بضمان مطابقة المبيع في مواد عدة، منها المادة 3 و 11 و 12.

لكن يرجع تأصيل هذا الحق في الضمان إلى الفقه والقضاء الفرنسي الذي جعل منه مبدأً مستقلاً في حد ذاته، واعتبره أحسن وسيلة لحماية المشتري من المنتجات

⁽¹⁾ المادة 50 من مشروع قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية الفلسطيني لعام 2003، فيما يخص الإعلام تناولت ثلاثة التزامات: الالتزام الأول يكون قبل التعاقد وفيه معلومات خاصة بالمزود، أما الالتزام الثاني في تبصير المتعاقد في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، أما الالتزام الثالث في النفقات والتأمين و الدفع و غيرها.

⁽²⁾ في المملكة المتحدة، مثلاً، تأتي حماية المستهلك المتعاقد عبر الانترنت من خلال العديد من التشريعات الداخلية فيها كقانون تحويل الطلبات البريدية لسنة 1976، و قانون حماية المستهلك في مواجهة الأسعار لسنة 1988 قانون العقود، وقانون ماركات المنتج لسنة 1987، و قانون العقوبات للمنتجات غير الآمنة لسنة 1987، وقانون حماية الإنتاج، لسنة 1994، و قانون سجل المستهلك لسنة 1974، و قانون حماية المعلومات لسنة 1984، ونظام معاملات الزبائن، لسنة 1976 و نظام الدعايات التجارية لسنة 1977.

د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 343، هامش رقم 01.

والخدمات المعيبة التي تسبب له أضراراً تمس صحته وأمواله. وهذا الالتزام يتطلب توفيراً للشروط الآتية:

1- ضرورة وجود خطر يهدد سلامة المتعاقد.

2- أن يكون أحد طرفي العقد مهنياً.

3- تواجد الطرف الآخر تحت الهيمنة الاقتصادية لهذا البائع.

فضلاً عن كل ذلك، فإن بروز الالتزام بضمان المطابقة لعنصري المواصفات والمقاييس في المبيع، قد أحرز على أهمية واحترام هام، وذلك باعتبارها عنواناً لتجسيد الحماية المنشودة للمستهلك، وكذلك للمحافظة على متانة التعامل في البيع التقليدي والالكتروني. فهذا الالتزام الهام قد نظّمته التقنيات المدنية الأوروبية والعربية، فقد نصت عليه المادة 1614 من القانون المدني الفرنسي، وفي كذا المادة 431 من التقنين المدني المصري المقابلة للمادة 364 مدني جزائري. كما نظّمته قوانين حماية المستهلك، وذلك ضمن التعامل في البيع الكلاسيكي والالكتروني، والسؤال المطروح هنا، هو كيف تم تنظيم هذه الآليات الحديثة لضمان المبيع من جهة والمشتري "المستهلك" من جهة أخرى في ظل البيع العادي والالكتروني؟ هذا ما سيتم الإجابة عليه من خلال هذه المباحث، منتهجين أسلوب المقارنة بين مختلف النصوص القانونية المنظمة لهذه الآليات سواء في البيع العادي أوالالكتروني، وذلك بغرض العثور على تعديلات متعلقة بهذا الموضوع، أو بقوانين مستحدثة منظمة لهذه الآليات وخصوصياتها، خاصة في البيع الالكتروني.

وعليه، لقد ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، بحيث يتضمن:

المبحث الأول: الالتزام بضمان الإعلام

المبحث الثاني: الالتزام بضمان السلامة

المبحث الثالث: الالتزام بضمان المطابقة

المبحث الأول

الالتزام بضمان الإعلام

يلتزم البائع أو المتدخل عند تسليم المبيع أو المنتج للمشتري بإعلامه عن المبيع أو تزويده بالمعلومات الخاصة به، بحيث يصف له المبيع أو المنتج، ويخبره عن طريقة استعماله وكذا إخباره عن الاحتياطات الواجب اتخاذها عند استعماله أو تشغيله. كما يلتزم هذا المتدخل بتوفير للمشتري جميع المعلومات الخاصة به، كالاسم ورقم الهاتف والعنوان حتى يمكن المشتري من الاتصال به في حالة ظهور العيب أو الخطورة في المبيع فالالتزام بالإعلام عرفته معظم التشريعات القانونية القديمة، وذلك منذ العهد الأثيني ثم الروماني، وكانت له أهمية رغم بساطة التعامل وبساطة الشيء المبيع، فكان البائع يلتزم به تجاه المشتري⁽¹⁾.

لقد اتسعت أهمية ضمان الالتزام بالإعلام في السنوات الأخيرة، نظرا إلى التطور الكبير والسريع في التكنولوجيات المختلفة التي أدت إلى اختراع أضخم وأعقد التقنيات في تصنيع الأجهزة والمنتجات الحديثة والالكترونية التي تلعب دور المحرك الرئيسي للاقتصاد الوطني والعالمي، وكذا باستعمال مواد مبتكرة وأخرى ذات خطورة في إنتاج أو تصنيع هذه المبيعات التي توجه للتسويق العادي أو الالكتروني، فهذا ما يستدعي ويلزم المتدخل بإعلام وتبصير المشتري عن هذه المنتجات الحديثة، التي قد تكون فيها خطورة على المشتري. فمن أجل هذه الأسباب وغيرها، يستوجب على البائع المهني تأكيد هذا الالتزام، وتقديم للمشتري كل البيانات والمعلومات المتعلقة به وبالمبيع أو المنتج حتى يتمكن من استعماله ايجابيا، وتقادي مخاطره إن وجدت، ويتحمل المتدخل عند الإخلال بهذا الالتزام مسؤولية ذلك .

لذا حرصت مختلف القوانين في هذا الشأن، على تنظيم وتطبيق هذا الضمان في كل أنواع المبيعات، فنجد القانون المدني الفرنسي الذي وفر أكبر قدر من الحماية للمشتري - المستهلك - متمثلة في حق العلم بالمبيع، بحيث استوحى هذا الحق من القانون

(1) للمزيد عن التطور التاريخي لهذا الالتزام، نذكر: د/ مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص 186 .

الروماني الذي تصدى لظاهرة الغش وتدليس البائع في المبيع، بإخفاء عيوبه، فألزمه بإظهارها للمشتري العادي الذي لا يملك خبرة فيها⁽¹⁾. فأول تطبيق عرفته فرنسا في مجال الالتزام بالإعلام، كان في حكم قد صدر عن محكمة بوج "Bourges" الفرنسية التي قضت بمسؤولية البائع المهني، الذي لم يعلم المشتري عن طريقة استعمال مقود الدراجة، محل البيع، فوق له حادثا مخرقا أضرارا كبيرة⁽²⁾.

انتسج بعد ذلك مفهوم هذا الإعلام ليشمل الالتزام بالتحذير من مخاطر المبيع وخطورة السلعة ذاتها، لكونها جديدة ومعقدة التركيب، وكذا لخطورة استعمالها من طرف المستهلك المتعاقد المحترف وغير المحترف، أو كذلك من قبل غير المتعاقد .

بناء على أهمية هذا الالتزام، لقد نص المشرع الفرنسي عليه في المادة 1602 من التقنين المدني، وفي عدة قوانين أخرى، منها قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر بتاريخ 18/01/1992، وذلك في المادة L.111/1 والمادة L.121 .

كما نظم القانون المدني المصري الجديد هذا الالتزام بالإعلام الذي اقتبس من الشريعة الإسلامية من خلال أحكام خيار الرؤية، ونظمه في الفقرة الأولى من المادة 419 كما يلي: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانا يمكن من تعرفه."

أما بالنسبة للقانون الجزائري، لقد نظم المشرع هذا الالتزام بداية في التقنين المدني في المادة 107 وأيضا المادة 1/352 التي نصت على: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع، وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه."

إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري كان عالما بالمبيع، سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به، إلا إذا أثبت غش البائع."

فلقد نصت المادة 352 / 2 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمادة 419 مدني مصري على شرط علم المشتري بالمبيع علما كافيا، ويحق له رفع دعوى إبطال

(1) Ph. Malaurie et Laurent. Aynes, op.cit.p 211et 212

(2) Voir :Cour d'appel Bourges , arrêt du 27/06/1983, Dalloz périodique 94.2, p573.

العقد عند العلم الغير الكافي به. كما نص عليه قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03-09 المؤرخ في 2009/02/25 في فصله الخامس بعنوان إلزامية إعلام المستهلك وذلك في المادة 17 و 18⁽¹⁾، حيث نصت المادة 17 على: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أوبأية وسيلة أخرى مناسبة."

تلك الأهمية التي عرفها الالتزام بالإعلام قد اتسعت واكتسبت دورا كبيرا في تنوير المتعاقد، وتبصيره بالمعلومات الجوهرية الخاصة بالمبيع والبائع نظرا لتغير طريقة البيع ونوع المبيع. كما أصبح للتطور الصناعي والتقدم التكنولوجي دخل في صنع سلع جديدة تجعل المستهلك في حرج على اختيار المنتج الجيد، أو ما هو الأصح له في هذا الاستعراض الهائل للسلع في الأسواق الداخلية أو عبر الانترنت.

علاوة على ذلك الالتزام بالإعلام قد اكتسب أهمية كبيرة في مجال التعاقد بالبيع الإلكتروني، لكون المشتري أوالمستهلك لا يقوم بمعايينة المبيع معايينة حقيقية⁽²⁾ أي رؤيته عن كئيب، بل تقع رؤية المشتري للمبيع عبر الانترنت أو عبر وسائل مرئية أخرى. لذا فمن خلال الالتزام بالتبصير، يمكن إعلام المشتري ونصحه وتحذيره عن المبيع وكيفية استعماله⁽³⁾، هذا ما تفرضه العلاقة العقدية بين المهني والمستهلك من حيث الحقوق والواجبات المنصوص عليها في القواعد العامة للالتزامات، والتي يمكن تطبيقها في التعاقد عن بعد⁽⁴⁾.

(1) قانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 2009/02/25، الجريدة الرسمية، العدد خمسة عشرة الصادر في 08 مارس 2009.

(2) د/سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 267.

(3) د/سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1990، ص 6. و د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 267.

- Le Tourneau. Ph, La responsabilité civile, Dalloz, 3ème éd ,Paris, 1982, N° 178, p69.

- د/أنور أحمد الفزيع، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات إلكترونية، مجلة الحقوق مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 18، العدد الثاني، يونيو 1994، ص 119 وما بعدها. د/جمال فاخر النكاس العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد مجلة الحقوق السنة 20، العدد الأول، مارس 1996، ص 133 وما بعدها.

(4) Didier Ferrier, La protection des consommateurs , éd Dalloz, 1996, p 49.

V.aussi : Jean.Passa, , Commerce électronique et protection du consommateur , Dalloz cahiers droit des affaires, 07/02/2002, p 555.

وعليه، الحق في الإعلام في نطاق عقود الانترنت، ومنها البيع الإلكتروني، حق ضروري ورئيسي للمشتري، وذلك بقصد الاطلاع على المنتجات المعروضة أو الخدمات المقدمة، ومعرفتها، فهو شرط يدرج ضمن كل عقود التجارة الإلكترونية، ويعتبر وسيلة ناجعة لتمكين المشتري "المستهلك" في اختيار المنتجات والخدمات المرغوب فيها⁽¹⁾. يلتزم البائع الإلكتروني حين يعلن عن سلعة أو خدمة ثم يعرضها على المستهلك، بذكر البيانات الجوهرية للمبيع، وإبداء النصح على نحو يحقق علما كافيا وشاملا للمستهلك⁽²⁾.

هذا البيع الإلكتروني جعل التشريعات الحديثة الأوروبية تفرض حق الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني في بعض الدول التي نظمت ومارست هذا البيع، منها فرنسا في القانون الصادر في 10 جانفي 1978 بشأن حماية وإعلام المستهلك المعدل بقانون رقم 60/92 الصادر في 18 جانفي 1992، وكذلك القانون رقم 88-21 المؤرخ في 06 جانفي 1992 بشأن بيع المسافات المكمل بقانون رقم 92-60 وكذلك القانون رقم 949 لسنة 1993 الخاص بحماية المستهلك.

كما نظمت بعض الدول العربية الممارسة لعقد البيع الإلكتروني حق الالتزام بالإعلام، مثل تونس في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000 وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 وغيرها من القوانين المستحدثة التي نصت على هذا الالتزام وضرورة تناسبه وطبيعة الوسائل الحديثة المستعملة في هذا البيع عن بعد⁽³⁾.

(1) د/محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة، مصر 2005، ص34.

(2) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في الحقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2005، ص 25، 26، 27. و نفس المعنى لدى: د/ فتحي عبد الرحيم، نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري و المقارن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، حقوق المنصورة، العدد خمسة وعشرون السنة 1999، ص ص 20-23.

(3) Barcelo (RJ), Montero (E) et (A). Salaun: La proposition de la directive Européenne sur la commerce électronique : questions choisies, un commerce électronique: Le temps des certitudes cahier du Grid n°17, 2000, Bruxelles, Brulant, p22, note 27, p6.

فبناء على ما تم تقديمه قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الالتزام بالإعلام وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام في كل من البيع العادي والبيع الإلكتروني.

المطلب الأول

تعريف الالتزام بالإعلام وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له

يلتزم البائع بتزويد المشتري بكل المعلومات الخاصة بالمبيع، حيث يصف له المنتج ويخبره على كيفية استعماله، ويزوده بكل الاحتياطات الواجب اتخاذها عند استعماله.

حاليا اتسع الاهتمام بهذا الالتزام نظرا للتكنولوجية المتطورة المستعملة في شتى الميادين المختلفة، وخاصة الصناعية حتى أصبحنا أمام منتجات تقنية من جهة، وخطرة من جهة أخرى، فتتطلب الإعلام المسبق عنها للمشتري. هذه الأهمية المنسوبة لهذا الالتزام، أدت إلى بروز عدة تعريفات فقهية وقانونية متشابهة في شأنه، لذا ولعدم الوقوع في الخلط بينها، يجب تمييزه عن بعض الأنظمة المشابهة له، مثل الإشهار والإعلان، تقديم النصيحة والتحذير.

لذا لقد قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول : تعريف الالتزام بالإعلام

الفرع الثاني : تمييز الالتزام بالإعلام عن الأنظمة المشابهة له

الفرع الأول

تعريف الالتزام بالإعلام

يعد الالتزام بالإعلام من أكبر الآليات القانونية التي ينبغي تكريسها في شتى المجالات، وخاصة في مجال العقود، ومنها عقد البيع من أجل تحقيق حماية للمشتري في البيع العادي والإلكتروني. فهذا الالتزام يفرض على البائع الذي يعلم بالمبيع بإعلام المشتري الجاهل به، كما يجب أن تكون غايته في ذلك، ليس جذبه للتعاقد، بل تنوير

رضاه لذلك⁽¹⁾. فان تجسد وتحقق هذا الالتزام، سيؤدي بالضرورة إلى تحقيق توازن بين البائع والمشتري، أي المتعاقدين حول معرفة حقيقة المبيع، وهذا ما ذهب إليه رأي من الفقه بقوله: " هو التزام مستقل مخصص لضمان التوازن في العقد"⁽²⁾، أي التوازن المعرفي حول المبيع والبائع.

بعد أن يعلم المشتري بمكونات وأوصاف المبيع، وكيفية استعماله، وكذا التحذيرات الواجب اتخاذها بشأنه، يستطيع الإقبال على المبيع وشرائه. فبذلك اكتسب الإعلام أهمية قصوى بين المتعاقدين، وكذا حافظا للباحثين للبحث عن مفهومه من خلال استظهار البيانات القانونية الواجب توافرها فيه، وأيضا الكشف عن مقاصد المستهلك المختلفة ورضاه بالمبيع بعد الإعلام.

بناء على هذه المقدمات والأسباب المتعلقة بالالتزام بالإعلام، ظهرت عدة تعريفات بخصوصه، فهناك من عرفه بالالتزام القانوني السابق على إبرام العقد، حيث يقوم المدين " البائع المهني" بإعلام الدائن " المشتري أوالمستهلك" بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بمحل العقد والتي يعجز عن معرفتها بوسائله الخاصة من أجل استظهار رضاه التعاقدية⁽³⁾.

عرفه بعض الفقه بأنه الالتزام السابق على التعاقد، بحيث يلتزم التاجر بتقديم البيانات الخاصة بالشيء المبيع، سواء كانت هذه البيانات تعليمات أو توصيات أو نصائح من أجل الوصول إلى رضا المستهلك السليم والكامل⁽⁴⁾.

كما يعني الالتزام بالإعلام لدى الفقيه الفرنسي ريبير -Ripert-⁽⁵⁾: "إدخال القواعد الأخلاقية في نطاق الالتزامات القانونية"، وكان يقصد بالقواعد الأخلاقية، أي

⁽¹⁾ Mestre. J, Jurisprudence française en matière de droit, obligations et contrats spéciaux R.T.D.civ.1986, pp 340-345.

⁽²⁾Revel. Janine, La responsabilité civile, thèse pour le doctorat, université de Paris 2 1975, p197.

⁽³⁾ د/خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996، ص 82.

⁽⁴⁾ د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 163.

⁽⁵⁾ Ripert (G) , La règle morale dans les obligations civiles en droit français ,4^{ème} éd, Paris 1949,n°40, p 40.

يعد الفقيه ريبير أول من طلب بإدماج القاعدة الأخلاقية في الالتزامات القانونية ثم دعا إلى ضرورة فرض الالتزام بالإعلام على المتعاقد.

التحلي بالصدق والأمانة وعدم ارتكاب الغش، والخداع والتضليل إزاء المتعاقد الآخر عند الإعلام، وهذا هو الأمر المطلوب.

لذا الغاية من الالتزام بالإعلام، هي جعل المشتري، أي المستهلك في أمان من مخاطر المبيع سواء كانت سلعة أو خدمة، هذا ما يفرض على المورد، أي إحاطة المستهلك بمحل العقد⁽¹⁾.

كما يقول البعض أن الالتزام بالإعلام لا ينصب فقط على الشيء المبيع، بل كذلك على أمانة تحديد الشخصية الحقيقية للبائع المهني أو المنتج أو الصانع سواء في البيع العادي أو الإلكتروني، حتى يكون المستهلك على بينة من أمره، أي مع من يتعاقد، لذا فلا بد من تحديد مركز البائع القانوني، ومكان تواجده، وكذلك توضيح التزاماته ومدى إمكانية تنفيذها⁽²⁾، لأن البائع يعتبر عنصر أمان للمشتري المتعاقد، وخاصة في مجال التعاقد الإلكتروني.

وعليه، لقد أكدت المادة 1602⁽³⁾ من القانون المدني الفرنسي للبائع إلزامية القيام بذلك، فنصت: "على البائع توضيح ما ألزم به"، كما يجب على المستهلك إثبات نقص الإعلام في وصف جوهر الشيء المبيع، وهذا طبقاً لنص المادة 1110 من التقنين المدني الفرنسي.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فلم يغفل بذكر هذا المبدأ، حيث ورد في المادة 2/125 من القانون المدني، وأعتبر السكوت العمدي عن الواقعة تدليسا. وهذا ما يؤكد إقراره لفكرة الالتزام بالإعلام سواء في مرحلة تكوين العقد أو في مرحلة تنفيذه⁽⁴⁾.

كذلك نجد أن التقنين المدني الجزائري، قد نصت على هذا الالتزام المادة 1/352 بما يلي: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

(1) د/محمد عمران، المرجع السابق، ص8.

د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، ص219.
(2) د/محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1998، ص 108 وما بعدها.

(3) « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ».

(4) د/ مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة

غير أنه من خلال هذه المادة، يتضح أن تعريف المشرع الجزائري للالتزام بالإعلام ورد ناقصا، بحيث كان التعريف مقصورا على المبيع وذكر أوصافه فقط، غير أن الالتزام بالإعلام يتطلب معلومات إضافية أكثر، كالمعلومات المتعلقة بالبائع، وكذا معلومات عن الأسعار بهدف إيصال للمشتري بأكبر عدد من المعلومات ليتسنى له اختيار ما يريد اقتناه.

إن الفقه والقضاء الفرنسي قد اعترفا بهذا الالتزام، كأصل عام⁽¹⁾ غير أن الفقه والتشريع بالجزائر أكدا وجود هذا الالتزام في التطبيقات المختلفة، منها، ميدان المسؤولية المدنية، وأحكام ضمان العيوب الخفية، فأصبح هذا الالتزام مبدأ عاما مرتبطا بنظرية العقد بوجه عام وب عقود الاستهلاك على وجه خاص. يتطلب الالتزام بالإعلام قيام المدين بالإدلاء بالمعلومات التي تهم الدائن فيما يخص الشيء المبيع، محل التعاقد سلعة أو خدمة حتى يستطيع التعرف عليه، ويسهل تنفيذ العقد دون التدخل في شؤونه أو إرغامه على الإقدام على أمر معين أو العدول عنه⁽²⁾.

هناك من سمي الالتزام بالتبصير هو الالتزام بالإعلام، اعتبره من المواضيع الهامة في سياسة حماية المستهلك، لكونه يوفر له حرية الاختيار في الاستهلاك سواء بالنسبة للخدمات أو المنتجات⁽³⁾.

على ضوء ما تقدم من تعريفات في الالتزام بالإعلام، يمكن بدورنا تعريف هذا الالتزام بالإعلام بكونه "الالتزام بالإدلاء وتقديم بيانات بشأن المبيع سلعة كان أو الخدمة مع الإدلاء بطرق استعماله، وتقديم التحذير عنه عند الضرورة، وكذا تقديم معلومات متعلقة بالبائع لدفع المشتري لإبرام العقد بصحة وسلامة رضاه".

(1) Calais.J. Auloy, Steinmetz. F, Droit de la consommation, 4^{eme} éd. Dalloz, Paris, 1996 P 44 - 47.

(2) Savatier (R), Les contrats de conseil professionnel en droit privé , Dalloz, 1972, Chron n°10, p140, où il a écrit: « ...mais l'objectivité de renseignement se suffit à elle-même elle n'importe en soi, aucune impulsion à agir ou à ne pas agir ». Et aussi Viney (G), Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité, conditions , L.G.D.J. Paris 1982, p147.

(3) Calais. Auloy, Droit de la consommation, 2ème éd, Dalloz, Paris, 1980, p89.

تقرير إلزامية الإعلام راجع إلى انعدام التكافؤ بين المتدخل، أي البائع المنتج أوالصانع البائع ذو الحقائق العلمية التي تتصف بالتعقيد والتقنية العالية من جهة، والمستهلك العادي من جهة أخرى الذي لا يعلم بالمبيع، ومعرفة بياناته العامة والخاصة

الفرع الثاني

تمييز الالتزام بالإعلام عن الأنظمة المشابهة له

يتعين عدم الخلط بين الالتزام بالإعلام والأنظمة المشابهة له، كالإعلان والإشهار وتقديم النصيحة والتحذير، لذا يتطلب الأمر التمييز بين هذه المفاهيم للوصول إلى المعنى الصحيح للالتزام بالإعلام، وذلك نظرا لتعدد التعريفات الفقهية المختلفة للالتزام بالإعلام، فهناك من سماه بالالتزام بالإفضاء، وكذلك الالتزام بالإدلاء، وأيضا بالتبصير أوبتقديم النصح⁽¹⁾.

من خلال هذا الفرع، سنحاول تمييز وتوضيح هذا الالتزام بالإعلام عن الأنظمة المشابهة، وهي متمثلة في الالتزام قبل التعاقد بالإعلام والالتزام التعاقدية بالإعلام،الالتزام بالإعلام والإشهار والإعلان، ثم الالتزام بالإعلام وتقديم النصيحة والتحذير، وذلك فيما يلي:

أولا: الالتزام قبل التعاقدية بالإعلام و الالتزام م التعاقدية بالإعلام

قد يقع اللبس والخلط بين هاذين الالتزامين، ووقوع الخطأ في اعتبارهما التزام واحد فهذا الأمر يتطلب منا البحث عن أوجه التشابه والاختلاف بينهما. لقد اجتهد بعض الفقه⁽²⁾ في شأن ذلك لوضع بعض الأسس للفرقة بين الالتزامين، وهي منحصرة في

(1) ولقد ميزت المراجع التالية بين هذه التسميات:

د/ سهير منتصر، المرجع السابق،ص41. د/ حمدي احمد سعد، الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع رسالة دكتوراه في الحقوق، القاهرة، سنة 1999، ص58 و59. د/ نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدية بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1982، ص234. أيضا:

(Ph).le Tourneau, La responsabilité civile , op.cit ;n°178 , p 69.

(2) FERRIER.Didier ,Protection des consommateurs,op .cit,p35 .

غير أن الفقيه GHESTIN .Jacques يرى صعوبة في بعض الأحيان التمييز بينهما وباستحالة وضع الحدود بين الالتزامات قبل التعاقدية والالتزامات بعد التعاقدية، حيث قال:

« Il est parfois difficile sinon impossible de tracer la limite entre les obligations précontractuelles et contractuelles de renseignements . »GHESTIN .Jacques ,Traité de droit civil, La formation du contrat ,L .G.D.J-DELTA, »3^{ème} éd,1996,n°596,p579.

الأساس والمصدر والجزاء. فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد يقع أساسه في جعل رضا الطرف الآخر سليم، حتى يساعده على التعبير الصحيح عند إبرام العقد، غير أن الالتزام التعاقدى بالإعلام، أساسه موجود في تنفيذ التزام عقدي⁽¹⁾، كما تهدف المعلومات محل الالتزام قبل التعاقد تمكين الدائن من معرفة الأداء القانوني الخاص بالطرف الآخر وتمكنه من تقدير مضمون تحمل الالتزامات، كالتزامات المؤمن له بإعلام المؤمن بأن يقدم له تلقائياً عدداً من المعلومات متعلقة بشخصه أو بالشيء المؤمن عليه⁽²⁾.

أما عن مصدر الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام، فقد يجد مصدره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية قبل التعاقد الواجب توافره أثناء المفاوضات⁽³⁾، أو قد يجد مصدره في نصوص القوانين الخاصة التي تنظمها كل دولة،

غير أن الالتزام التعاقدى، يرجع مصدره إلى العقد الذي يلزم البائع بالإدلاء بالمعلومات في حدود ما يقتضيه ذلك العقد⁽⁴⁾. أما فيما يخص مصدر الالتزام التعاقدى، فلا شك أنه يكمن في العقد، وبالتالي فلإدلاء بالبيانات تكون موجبة بالعقد، وفي حدود ما يقتضيه ذلك العقد من اعتبارات حسن النية⁽⁵⁾.

أما عن الأساس الثالث، فيكمن في اختلاف الجزاء بينهما، فعند وقوع الإخلال في الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام تترتب عنه المسؤولية التقصيرية، وهذا كنتيجة لتعيب الرضا، فلا

(1) د/خالد جمال احمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط سنة 1996، ص104.

(2) د/ بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد المستهلك، الطبعة الأولى، المطبعة والورقة الوطنية، مراكش، المغرب، سنة 2008، ص253.

(3) أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994، ص105.

(4) د/ حسن عبد الباسط جميعي، إعلام المستهلك، توجيه إرادة المستهلك نحو الاختيار الواعي، بحث منشور في مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1996، ص7 وما بعدها.

(5) المرجع نفسه، ص07

يتصور قيام المسؤولية العقدية عن خطأ غير ناشئ عن العقد⁽¹⁾، غير أن جزاء الإخلال بالالتزام التعاقدى بالإعلام متمثل في المسؤولية العقدية، أين يحق للدائن المطالبة بالدفع بعدم التنفيذ أو بالتنفيذ العيني إن أمكن ذلك، أو اللجوء إلى الفسخ.

ثانيا : الالتزام بالإعلام والإشهار والإعلان

الإشهار هو مجموع الدعايات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات المعدة لترويج سلعة أو خدمة معينة. فبواسطة الإشهار يمكن جلب المستهلك للمبيع دون تقديم تنبيه بمعلومات عنه، لكن الإعلام يعد وسيلة التصدي لمخاطر الإشهار الكاذب، وذلك بتقديم حقائق على المبيع أو الخدمة. فالإشهار الكاذب أو الغامض والإشهار المقارن⁽²⁾ قد يتسبب في مشاكل عدة للمشتري، لأنه لا يعبر عن حقيقة المبيع وبالتالي، فهو يختلف عن الإشهار القانوني القائم على أسس قانونية ومنطقية.

كما أن الالتزام بالإعلام هو تحصيل حقيقة المبيع أوجزء منها حتى يستطيع المستهلك أن يبادر في الشراء، غير أن الإعلان يعد ترويجا للمنتجات والخدمات بقصد تحقيق الكسب المادي، فهو إذن وسيلة لترويج وتمويل الإعلام لاغير.

كثيرا ما يكون الإعلان رسالة إعلامية مبالغ فيها في وصف المبيع لتشجيع الإقبال عليه. غير أن الإعلام أمر موضوعي حامل للبيانات الحقيقية للمبيع والبائع.

ثالثا:الالتزام بالإعلام وتقديم النصيحة والتحذير

توصل القضاء الفرنسي إلى التصريح بأن الإعلام هو مجرد تقديم معلومة دون أن تتضمن في ذاتها دفعا تجاه قضية معينة⁽³⁾. هذا يعني أن تقديم النصيحة، هو توجيه من يقع على عاتقه اتخاذ القرار، أي التزام بتحقيق نتيجة. أما الالتزام بالتحذير فهو تنبيه

(1) هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم أعلنت فيه صراحة على استبعاد قيام المسؤولية العقدية عن أخطاء صدرت بعد التعاقد: حيث قضت " لا تقوم المسؤولية العقدية في المدة السابقة على قيام العقد أو في المدة اللاحقة لإنهاء العقد، فالمسؤولية عن قطع المفاوضات في وقت غير مناسب أو التعسف في رفض التعاقد هي مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية." نقض مدني مصري بتاريخ 9 فيراير1967، مجموعة أحكام النقض، سنة 18 ق1 ص224. عن: د/ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2008، ص225، هامش445.

(2) د/ جبالي وأعر، حماية رضا المستهلك عن طريق الإعلام، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق العدد الثاني، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة 2006، ص5 إلى 58 .

(3) Xavière. Perron, L'obligation du conseil, thèse, n°564, Rennes, 1992, p58.

من مخاطر الشيء، محل التعاقد، فأى مخالفة من البائع أو المنتج لهذا الالتزام يعرضه للمسؤولية العقدية.

لقد عرفت ميريال فابر - Muriel Fabre - الالتزام بالتحذير بأنه: "هو لفت انتباه المتعاقد على حالة، أو شيء سلبي في المبيع يشكل له خطورة، لذا يلزم تحذيره منه"⁽¹⁾.
غير أن الفقه المصري⁽²⁾، قد انتقد هذا التعريف، ويرى ضرورة تحذير المستعمل المضرور حتى لو لم تكن علاقة بينه وبين المنتج.

وهذا هو معنى التحذير، فلا بد أن يكون موجودا بالعقد، فعلى البائع أو المنتج أوالصانع تحذير المستهلك حول مخاطر المبيع عند التعاقد، وقد يتم التحذير كذلك ضمن وصفة الاستعمال المرفقة بالمنتج.

غير أن لا نشجع هذه الطريقة في التحذير، لأن المستهلك قد لا يهتم بقراءة التحذيرات الخاصة باستعمال المنتج، وبالتالي فان وجدت، فنعتبرها ضمن الطرق الثانوية، أوغير المباشرة للتحذير، غير أن المنتجات الخطرة لا بد أن يكون التحذير عنها صريحا ومباشرا.

ختاما لهذه المقارنة، نستنتج وجود فوارق جد هامة بينها، غير أن لا يمكن الاستغناء على الالتزام بالاعلام، وكذا الانظمة المشابهة له، فهي كلها ضرورية ونافعة للمستهلك، ويستوجب على المتدخل الالتزام بضرورة توفيرها للمستهلك مع التحلي في نفس الوقت بمبدأ حسن النية عند القيام بذلك.

المطلب الثاني

مضمون الالتزام بالإعلام في البيع العادي و الإلكتروني

تلزم نظرية العقد البائع أوالبائع المنتج والصانع في البيع العادي أو الإلكتروني إعلام المستهلك (المشتري) عن كل المعلومات الخاصة بالمبيع أوالخدمة، وعن أسعارهما

(1) La mise en garde consiste à attirer l'attention du contractant sur un aspect négatif du ou de la chose Object du contrat, c'est principalement contre un danger, un risque que l'on est tenu de mettre en garde quelqu'un » Muriel Fabre, Margnan, Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats, thèse, n°467, Paris 1, 1991, p 372.

(2) د/ محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص15.

وكذا الإعلام عن أهم المعلومات الخاصة بتحديد شخصية البائع. فهذا المبدأ عام ومطبق في كل العقود، منها عقود البيع العادي أو الإلكتروني خاصة، لأن في هذا النوع الأخير من البيع، يستحيل على المشتري معاينة المبيع معاينة حقيقية تفيد الغرض من التعاقد. لذا فأي إخلال بهذا بالالتزام، تتجم عنه أضراراً جسيمة تمس صحة وأمن والمستهلك وأمواله. بناء على ما تقدم، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام في البيع العادي

الفرع الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام في البيع الإلكتروني

الفرع الأول

مضمون الالتزام بالإعلام في البيع العادي

يتحدد مضمون التزام البائع المهني بالإعلام في أمرين بالغين الأهمية، فالأمر الأول يتعلق بالإدلاء بكل المعلومات الخاصة بالمبيع، وكيفية استعماله، أما الأمر الثاني يخص التحذير الكامل والواضح الخاص بالمنتج، وكذا لفت انتباه المستهلك إلى مخاطر الشيء عند استعماله.

لقد ألزمت كل التقنيات المدنية اللاتينية والعربية البائع المهني بالالتزام بالإدلاء بمعلومات عن المبيع، وكذا قوانين حماية المستهلك وكذلك صدور مراسيم تنفيذية وقرارات تؤكد للبائعين المنتجين المهنيين أهمية مضمون وتطبيق الالتزام بالإعلام بالنسبة للمستهلك المتعاقد وغير المتعاقد.

أولاً: الالتزام بالإعلام ضمن قوانين حماية المستهلك بفرنسا

لقد اهتمت القوانين الفرنسية بالالتزام بالإعلام سواء في القانون المدني وذلك من خلال المادة 1110، أو قوانين حماية المستهلك، حيث ألزمت المادة L.111/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 18/01/1992⁽¹⁾ المعدل والمتمم بمقتضى قانون الاستهلاك الصادر في 26/07/1993 كل بائع منتج أو مقدم خدمة قبل إبرام العقد، أن

(1) « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ». L. N° 92-60 du 18/01/1992, art 2 al 1^{er}.

يعلم المشتري عن خصائص الشيء أو الخدمة محل التعاقد وذلك بواسطة الوسم، وإعلامه بالأسعار، لأنها شرط ضروري لشفافية السوق، ولحرية المنافسة وكذا حرية المستهلك لاختيار ما يرغب في شرائه.

قبل ظهور هذا القانون، لقد صدر قرار بتاريخ 1971/12/12 الذي فرض وضع إعلان بالأسعار، وكذلك صدور منشور عن الوزارة العامة للتجارة بتاريخ 1972/01/14 الذي ألزم المنتج بوضع بطاقة للمنتج، تتضمن بياناته، كالمكونات والعلامة التجارية ومدة الصلاحية وسعر المنتج. كما تضمن الأمر الصادر في 1986/12/01 إعلام المستهلكين بواسطة الوسم.

أما المرسوم رقم 86-1243 الصادر في 1986/12/01 المتعلق بحرية هذه الأسعار والمنافسة، تتضمن في المادة 28 منه على ضرورة إعلام المستهلك على الأسعار، واستتبع ذلك ظهور مراسيم تنفيذية أخرى⁽¹⁾ تؤكد الإعلام بالمعلومات لبعض المواد الاستهلاكية. بذلك أصبح هذا الالتزام بالإعلام مؤكدا في القرار الصادر في 1987/12/03 حيث طبق في كل المنتجات والخدمات التي لم تكن محل قرار خاص، وكذا في المادتين L.213/2 ; L.111 /1 من تقنين الاستهلاك الصادر في 01 / 07 / 1996⁽²⁾. على مستوى المحاكم، لقد كان قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 14 ديسمبر 1982، يؤكد فيه إلزامية المنتج على إفشاء بيانات السلع، وتحذير المستهلك من نتائج السلع، فقررت قيام مسؤولية منتج مبيد الطفيليات النباتية الذي لم يحذر مستعمله من خطورة هذا المنتج على العيون⁽³⁾.

⁽¹⁾ وردت هذه المراسيم على سبيل المثال :

- Le décret n°84-1147 du 07/12/1984 pour les jus de fruits et légumes.
 - Le décret n°86-583 du 14/03/1986 explicité par une circulaire du 02/10/1989 pour les objets d'ameublement.
 - Le décret n°87-1055 du 24/12/1987 pour les détergents.
 - Le décret n°88-1204 du 30/12/1988 pour les beurres et certaines spécialités laitières.
 - Le décret n°91-193 du 19/02/1991 pour les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.
- ⁽²⁾ أيضا:

Bernard. Cross , Le droit de la vente, 2ème éd, Presses universitaires de France, Paris 1987, p 94 et 95.

⁽³⁾ د/نزیه المهدي، المرجع السابق، ص 139. أنظر كذلك :

Cass.crim, 12/12/1952, p166 et aussi : Cour d'appel. Paris, 13/12/1954, RTD. CIV. 1954 , p 305 obs.(H).MAZEAUD.=

قضت نفس محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر بمسؤولية المنتج المتضامن مع البائع في مواجهة المشتري، بالنظر إلى ما تسببت فيه طاولة الطعام المتحركة على قرص دوار، أو توماتيكي عن إصابة أحد أطفاله، لأنه كان ينبغي على المنتج أن يعلم المشتري بنظام التشغيل ومحاذير الاستعمال للطاولة⁽¹⁾.

ثانياً: الالتزام بالإعلام ضمن قوانين حماية المستهلك بالجزائر

يقع على كل متدخل، أي البائع المنتج والبائع الصانع واجب منع الخطر الكامن في المنتج من الوصول إلى المشتري، فهذا ما سار عليه المشرع الجزائري حيث أصدر قانون رقم 03-09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المتضمن لهذا الالتزام في المادة 10 منه، كما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، وذلك ووفقاً للفقرة الأخيرة من نص المادة 68 لقانون 03-09.

لقد تضمن الفصل الخامس من نفس القانون، على إلزامية إعلام المستهلك قبل التعاقد عن طريق الوسم في المادة 17 منه وجاء فيه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يصنعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع علامات، أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"، حيث كان هدفه في ذلك هو إيصال أكبر عدد ممكن من المعلومات عن المبيع للمستهلك، ليتمكن من الاختيار الصحيح للمنتج كما يشمل الوسم حسب ما نصت عليه المادة 03 الفقرة الرابعة من نفس القانون على: "كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها".

= د/عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة 2010 ص157.

(1) د/عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص158.

إضافة إلى ذلك يتضمن الوسم نوعية المنتج وسعره، وشروط استخدامه، وكذا تاريخ استهلاكه، وطريقة الاستعمال الأمنية الواجب اتخاذها للمنتج. ونفس الأحكام ممكن استنتاجها من المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

كما نصت المادة 08 من القانون رقم 04-02 المنظم للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على: "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع، بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات النزيهة، والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة، وشروط البيع الممارس، وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

صفوة القول، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد نهج نظاما عاما وشاملا في الالتزام بالإعلام فيما يخص صفات ومميزات المبيع سلعة كان أو خدمة، فيسمى نظام الوسم والتغليف، وقد منح المشرع الجزائري حرية كبيرة للبائع المهني للتعبير عن المبيع بواسطة الوسم، كما أنه مقيد بوضع أو اتباع وسم بعض المنتجات على غلافها نظرا لخطورتها على المستهلك (1).

كما أن المشرع في المادة 17 لما ذكر عبارة " وبأي وسيلة أخرى مناسبة" يكون قد قصد بذلك "نظام القضان" - Le code à barres - فهي تقنية جديدة للوسم دخلت السوق بحيث تمنح لكل منتج مجموعة من القضان السوداء ذات مساحات بعد متباينة، حيث يشفر القضان الكترونيا لمعرفة المواد الأساسية المكونة للمنتج. كما منعت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 استعمال أي إشارة أو علامة أو تسمية أو وسم غامض للمنتج، والخاص بطبيعته وتركيبه أو نوعه وطريقة صناعته وتناوله.

إلى جانب الالتزام بالإعلام عن طريق الوسم، فلقد نص المشرع الجزائري أيضا على الالتزام بالإعلام عن طرق التغليف القانونية والصحيحة للمنتج، وكذا عن إعلام

(1) Kahoula.M et Mekamecha .G ,La protection du consommateur en droit algérien collection pédagogique, serie études et recherches, revue IDARA ,vol 05, n°02 ,1995 pp 21-25.

المستهلك بواسطة وضع بطاقات معبرة على مواصفات المنتجات على أغلفتها وذلك بحسب ما بينته المادة 03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03. بالإضافة إلى هذه القوانين، صدرت عدة مراسيم تنفيذية وقرارات⁽¹⁾ تؤكد هذا الالتزام في المنتجات والخدمات. كما استوجب الالتزام بالإعلام ضرورة الإفضاء عن الأسعار حتى يتمكن المستهلك معرفة أثمان السلع، ويفسح عن رضاه للتعاقد. لقد صدر في هذا الشأن قانون رقم 86-12 المتعلق بالأسعار، ثم صدر الامر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، ونظم القانون 04-02 المعدل والمتمم للالتزام بالإعلام حول الأسعار في المادة الخامسة منه. علاوة عن الالتزام بالإفضاء عن المعلومات الخاصة بالمبيع والأسعار، يلتزم البائع المهني كذلك بالإعلام عن كيفية استعمال المنتجات الخطرة والتحذير منها كالألات والأسلحة والمواد الملتهبة، و مواد التنظيف السامة أوالمبيدات الحشرية، والأدوية، وكل الأشياء الخطرة التي تتسم بالحدائة، لم يسبق للمستهلك رؤيتها أواستعمالها. فمورد هذه السلع أكان منتجا أوبائعا أوصانعا ،عليه بالإفضاء على طريقة استعمالها، وكذا الاحتياطات اللازمة اتخاذها لتجنب ما ينطوي عنها من مخاطر⁽²⁾. ففي شأن ذلك تضمنت المادة 09 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش إلزامية إعلام

⁽¹⁾ هذه المراسيم والقرارات ذكرت على سبيل المثال لا الحصر:

المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المؤرخ في 10/02/1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية و عرضها الجريدة الرسمية العدد خمسون الصادر في 21/11/1990، المرسوم التنفيذي رقم 90-366 مؤرخ في 10/11/1990 خاص بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية، الجريدة الرسمية العدد خمسون الصادر في 21/11/1990، المرسوم التنفيذي 97-37 المؤرخ في 14/01/1997 المحدد لشروط إنتاج مواد التجميل والتنظيف البديني، الجريدة الرسمية، العدد الرابع الصادر في 15/01/1997. المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المؤرخ في 12 فبراير 1992 المتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أوالمستوردة، الجريدة الرسمية العدد الثالث عشرة الصادر في 19/02/1992. كذلك المرسوم التنفيذي رقم 2000-306 المؤرخ في 12/10/2000 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 96-354 المؤرخ في 19/12/1996 المتعلق بكيفيات مراقبة مطابقة المنتجات المستوردة ونوعيتها الجريدة الرسمية العدد ستون الصادر في 15/10/2000. قرار وزاري مشترك مؤرخ في 19/09/1999 محدد لقواعد تحضير اللحوم المفرومة، قرار وزاري مشترك بتاريخ 08/01/1994 متعلق بنوعية الفواكه والخضر الطازجة الموجبة للاستهلاك، خاصة المادة 19 منه قرار وزاري بتاريخ 16/04/1997 متعلق بشروط استيراد وتسويق المواد النسيجية المصنعة والمستعملة وكيفيتها.

⁽²⁾ د/ نزيه المهدي، المرجع السابق، ص 138.

المستهلك على طريقة أمن واستعمال المنتجات، فنصت على: "يجب أن تكون المنتجات الموضوعية للاستهلاك مضمونة، وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

هذا عن الالتزام بالإعلام، أما عن لغة الإعلام، فلقد نصت عليها المادة 18 من نفس القانون، فأكدت على ضرورة إعلام المستهلك باللغة العربية أساساً وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أجنبية أخرى سهلة الفهم، فأحسن ما فعل المشرع ونسأله الرأي لأن أغلبية المستهلكين يحسنون اللغة العربية ويشكون من عدم فهم اللغات الأجنبية الأخرى، خاصة اللغة الصينية التي غزت منتجاتها أسواقنا وأسواق العالم.

ثالثاً: الالتزام بالإعلام ضمن قوانين حماية المستهلك بمصر

يعد نص المادة 419 من التقنين المدني المصري، أساساً للالتزام البائع بإعلام المشتري بخصائص وأوصاف المبيع الأساسية وبكافة البيانات التي من شأنها تمكين المشتري أو المستهلك من التعرف على حقيقة المبيع . متأثراً بهذا الأساس لقد أصدر المشرع المصري قانون رقم 67 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك، حيث نص في المواد 06،05،04،03 على إلزامية المنتج والمورد والمعلن بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن المنتج وخصائصه، وكذا البيانات المحددة لشخصيته وعلامته التجارية، إن وجدت. فيلتزم المورد بتقديم للمستهلك فاتورة وتعتبر كدليل إثبات للتعامل معه، فيجب أن تكون مؤرخة بتاريخ التعامل وسعر المنتج ومواصفاته وطبيعته ونوعيته وكميته.

عند العثور على عيب ما في السلعة، فعلى المورد الالتزام بما ورد في نص المادة 07 و08 من نفس القانون المتضمن طلب المستهلك المتمثل في استبدال السلعة أو إصلاح العيب فيها أو إرجاعها مع رد قيمتها دون تكاليف أخرى وذلك خلال 14 يوماً من تسلمها. كما يقع باطلاً كل شرط من شأنه إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من التزاماته المترتبة عن العقد أو الوثيقة أو المستند الذي تم التعاقد به.

هذا عن مضمون الالتزام بإعلام المستهلك في بعض القوانين المنظمة للبيع العادي ، فما هو مضمون إعلام المستهلك في البيع الإلكتروني؟ ذلك ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني أسفله.

الفرع الثاني

مضمون الالتزام بالإعلام في البيع الإلكتروني

إن تقرير الالتزام بالإعلام في عقد البيع الإلكتروني من أولويات الالتزامات الواجب الاعتماد عليها لتوفير المستهلك عن شخصية البائع وعن المبيع⁽¹⁾، كما يعد التزاما هاما وضروريا لسلامة العقود في ظل عدم المساواة بين المتعاقدين، وذلك في مستوى معرفة كافة الظروف والتفاصيل المتعلقة بالعقد⁽²⁾ وبشأن محل التعاقد والشروط المتعلقة به، فهي بنفس المرتبة التي يحتلها عدم توازن العقد بسبب اختلاف المراكز القانونية، لأن الطرف الضعيف في العلاقة يتعرض لاستغلال الطرف الأقوى صاحب الخبرة⁽³⁾.

علاوة عن تقديم المعلومات السالفة الذكر، فالإعلام في هذا النوع من البيع، يقوم بتقديم الإرشادات عن كيفية استعمال المبيع والتحذير عند استعماله، مما قد ينجم عند استعمال بعض المبيعات ذات المخاطر أضرارا تمس صحة المستهلك وأمواله، ومن أمثلة هذه المنتجات الأدوية وبعض مكوناتها الخطرة، المبيعات الكهربائية والإلكترونية وبرامج المعلوماتية وغيرها.

لدى البعض⁽⁴⁾ فالبائع المهني في البيع الإلكتروني فضلا عن التزامه بالالتزام بالإعلام، عليه ببذل أكبر عناية، متضمنا المشورة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه، أي باتخاذ إجراء معين لبدء تشغيل المنتج أو التحذير من المخاطر الجسيمة التي قد تترتب عن اتخاذ

(1) (J). M. Bruguière, Commerce électronique et protection du consommateur, j-cl commercial fasc 860(2002),n°04,p12.

(2) د/ أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994 ص106.

(3) Ghestin (J), La théorie des obligations, Paris,1980, N°487, p 397.

(4) Le Tourneau (PH), Les professionnels ont-ils du cœur ? D.1990, chronique. P.21et 22. د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 27، هامش رقم 02.

إجراء آخر، وذلك بهدف تحقيق الأمان الكامل، والسلامة للمستهلك عند اقتنائه المبيع أوقفت وصول الخدمة إليه.

يذهب رأي آخر إلى القول أن هذا الالتزام بالإعلام يهدف إلى مساعدة المستهلك في كيفية استخدام المنتجات التكنولوجية المعقدة⁽¹⁾، كما أنه التزام عام تفرضه ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتمشى ومبدأ حسن النية⁽²⁾.

كما أشرنا سابقاً، الغاية من ضرورة الإعلام قبل التعاقد ترجع إلى قصور نظرية عيوب الرضا في تحقيق الحماية القانونية الكافية والفعالة للمتعاقد في فترة قبل التعاقد حيث يصعب على المستهلك الإلكتروني إثبات وقوعه في الغلط، فيما يخص الصفة الجوهرية للمبيع، في حين يكفي للمستهلك حتى يستفيد من الحماية التي يكفلها له الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، إثبات أن هناك معلومات جوهرية متصلة بالمبيع يعلم بها التاجر أو البائع الإلكتروني وكتمها عنه، بالرغم من علمه بأهمية وحاجة المشتري لهذه المعلومات⁽³⁾.

أولاً: البيانات الواجب الإدلاء بها قبل التعاقد في قانون الاستهلاك الفرنسي

لعل أهم المعلومات الأساسية المتعلقة بضمان الالتزام بالإعلام والتي تشترك القوانين الإلكترونية على وجوب تقديمها للمستهلك في التعامل الإلكتروني قبل التعاقد، هي البيانات المتعلقة بالأوصاف الأساسية والجوهرية للمبيع مهما كان نوعه، وتكمن

⁽¹⁾ Huet (J) : « Les modifications du droit sous l'influence de l'informatique », j. c. p 1988, 1,3095.

د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 27، هامش رقم 02.

⁽²⁾ د/ فتحي عبد الرحيم، نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري والمقارن مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المنصورة، مصر، سنة 1999، ص 22 و 23.

⁽³⁾ د/ خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق، ص 113 و د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 96. و د/ نادي أحمد الطيب، سقوط الحق في ضمان العيوب الخفية في عقود المعاوضات المالية رسالة دكتوراه حقوق، الزقازيق، مصر، 2003، ص 10 و 11. د/أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني و الفقه الإسلامي، منشأة المعارف للنشر الإسكندرية، سنة 2009، ص 117. كذلك :

Mazen. HOTAIT ,Protection du consommateur dans les contrats conclus sur internet, thèse de doctorat, droit privé, Paris2,2008 ,p 35 et s.

الأسباب في تقديم كل هذه المعلومات في نقص أوقصور العرض الالكتروني في تقديم ذلك بشأن المبيع الذي يصعب معاينته تعيينا دقيقا من طرف المستهلك.

كما أن تقديم المعلومات عن بعد يتسم بالاختصار في حجمها، وأنها ذات طابع وقتي، أي أنها تظهر في مدة قصيرة، لذا فمن واجب البائع تزويد المشتري بمعلومات دائمة ضرورية ولازمة لاستعمال المبيع وهادفة لمقاصد المنتج، خاصة إذا كان المبيع قد تم عرضه لأول مرة في السوق أو أن فيه الخطورة عند الاستعمال⁽¹⁾.

يلتزم البائع تقديم بيانات قبل التعاقد على السلع أوالخدمات التي يعرضها عبر الانترنت طبقا لما نص عليه قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993، وذلك في المادة L.121.18، ولقد تم تأكيد⁽²⁾ تلك البيانات بمقتضى المرسوم رقم 741 لسنة 2001 المتعلق بإعلام المستهلك بالمعلومات الضرورية قبل التعاقد الالكتروني. كما أشارت المادة L.121.18 إلى المواد L.111.1 و L.113.3 والمادة L.214.1.

هذه المواد ألزمت المهني بضمان المعلومات السابقة بالإضافة إلى المعلومات التي نصت عليها المادة L.121/18⁽³⁾. تكمن تلك المعلومات في مقدار وكمية ونوعية السلعة أوالخدمة وسعرها وكذا العملة التي يتم بها الوفاء، وكذا عن مدى صلاحية العرض⁽⁴⁾، بالإضافة إلى تقديم وصف عن المبيعات عبر الانترنت، فيرى البعض أن

⁽¹⁾ د/ برهم نضال إسماعيل، أحكام التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2005، ص 134.

⁽²⁾ فان وقع إخلال للالتزام بالتأكد للمعلومات، فمدة الرجوع تمتد لتصبح ثلاثة أشهر من يوم تسلم المبيع أو من يوم انعقاد العقد إن كانت خدمات: قانون التوجيه الأوروبي رقم 97/7 و قانون الاستهلاك الفرنسي رقم: 93/949 وكذلك: د/ عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، سنة 2010، ص 227.

⁽³⁾ Art L. 121-18 du code de la consommation prévoit que « Sans préjudice des information prévues par les articles L. 111-1 et L. 113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1, l'offre de contrat doit comporter le nom du vendeur ,du produit ou du prestataire de service, son numéro de téléphone, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de 'offre »

⁽⁴⁾ Bensoussan. Alain, Internet, Aspects juridiques, op. cit, p78. Gaffuri .G , Cooperation commerciale, condition générale de vente et tarification dans un contexte international ,j.c. p éd entreprise, supplément n°5,1996, p24. =

يكون الوصف مصحوبا بصور حقيقية وتكون ثلاثية الأبعاد⁽¹⁾. نوافق هذا الرأي في بث الصورة حتى يتمكن المشتري أو المستهلك رؤية المبيع عن كثب ويتقاضي الإعلانات المضللة لحقيقة المبيع أو الخدمة.

علاوة عن الإعلام عن هذه المعلومات العامة، هناك معلومات خاصة، متعلقة بالاحتياط والتحذير وتقديم النصائح بشأن المبيع سواء كان سلعة أو خدمة التي يجب الكشف عنها للمشتري قبل إبرام العقد. أما عن وقت الإدلاء بهذه المعلومات، فقد نظمتها المادة L.121/19 من قانون الاستهلاك الفرنسي تفيد بأنه يجب أن يتلقاها المستهلك الإلكتروني في الوقت المناسب وعلى أقصى تقدير في لحظة تسلم المبيع، بخلاف المشرع التونسي فقد ألزم البائع الإلكتروني بالإدلاء بهذه المعلومات قبل إبرام العقد⁽²⁾. لذا لقد صدر حكم عن مجلس قضاء باريس⁽³⁾ مؤكدا لهذه المعلومات عن المبيع قبل إبرام العقد.

غير أن المادة L.121.20.4 من قانون الاستهلاك الفرنسي نصت على بعض عقود البيع المستثناة من الالتزام بالإعلام، وهي عقود توريد السلع الخاصة للاستهلاك العادي للشخص، كالطعام أو الشراب من قبل صاحب المتجر الذي تعاقد معه المستهلك، وبالتالي فصاحب المتجر غير ملزم بتقديم معلومات عن هذه المبيعات، وذلك لتكرار استعمالها من قبل الزبون ذو المعرفة السابقة لهذه المواد⁽⁴⁾. نفس المبدأ نجده في عقود تقديم أوتوريد خدمات الفنادق والمطاعم والنقل، فهي واجبة الأداء في تاريخ معين، وفي

= Voir aussi : Gaffuri.G, Coopération commerciale, condition générale de vente et tarification dans un contexte internationale, j.c.p, éd entreprise ; suppl. n° 05, 1996 pp 24-30.

⁽¹⁾ سامح عبد الوهاب التهامي، المرجع السابق، ص272.

⁽²⁾ En temps utile et au plus tard au moment de livraison, voir art L-121/19 code de consommation fr.

⁽³⁾ TGI paris, 1^{re} ch.soc ,04/02/2003 Association. Familles de France c /SA Père Noel.fr ; Juris -Data ,n°2003-204208.
- Voir :Mazen .Hotait,op. cit,p37.

⁽⁴⁾ Trochu (M) : Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : Directive N°97-7-C E du 20 Mai 1997, Recueil Dalloz , 1999, 17^e cahier chronique, p180.

خلال فترات دورية محددة⁽¹⁾. الجدير بالذكر أن نفس هذه البيانات التي نص عليها قانون الاستهلاك الفرنسي قد نص عليها قانون التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997⁽²⁾.

إضافة إلى كل هذه القوانين، فقانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي⁽³⁾ قد نص كذلك في المادة 19 الفقرة الأولى والثانية المقتبسة من المادة الخامسة من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية على معلومات جديدة متعلقة بالمهن والسعر بحيث تضاف هذه المعلومات إلى المعلومات التي نص عليها قانون الاستهلاك الفرنسي⁽⁴⁾.

ثانياً: البيانات الواجب الإدلاء بها بعد التعاقد في قانون الاستهلاك الفرنسي

البيانات الواجب الإعلام عنها لاحقاً، أي بعد إبرام العقد، وفقاً لنص المادة (L.121.18) من قانون حماية المستهلك الفرنسي⁽⁵⁾، هي معلومات متعلقة بتحديد شخصية البائع المهني الإلكتروني. فيعد ذلك سبيلاً للتعاقد وهدفاً لغرس عنصر الأمان

(1) Art 121-20-4 (2. La prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration de loisir qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée) د/سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2008، ص 281، هامش رقم 03.

(2) Olivier Iteanu, Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique, éd. 2000, Paris, p 57.

(3) Loi N°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (L.C.E.N), Publiée au journal officiel le 22 juin 2004.

(4) Verbiest (T) : Le nouveau droit du commerce électronique, éd Larcier, Bruxelles, 2005 p12.

(5) Art 121-19-1 (1° confirmation des informations mentionnées aux 1 à 4 de l'article L. 121-18 et celles qui figurent en outre aux articles L.111-1 et L.113-3 ainsi que de celles prévenus pour l'application de l'article L.214-1 à moins que le professionnel n'ait satisfait à cette obligation avant la conclusion au contrat)

كما أن هذا الالتزام بتأكيد المعلومات ورد في نص المادة الخامسة، فقرة واحد من قانون التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك عن بعد.

Voir aussi: Alain. Bensoussan, Internet aspects juridiques, 2ème éd, Hermes, Paris 1998, p132. « Il est notamment prévu que tout fournisseur de services dans le cadre de services à distance doit indiquer le nom de son entreprise ,ses coordonnées téléphoniques ainsi que son siège social et si elle est différente, celle de l'établissement responsable de l'offre. » Voir aussi : Commerce électronique :Le temps des certitudes, cahiers , CRID n°17, Bruyant, Bruxelles, 2000, p103 et s.

لدى المستهلكين. حيث تكمن تلك البيانات في الاسم ورقم الهاتف والعنوان البائع، إن كان شخصا طبيعيا، أما إذا كان شخصا معنويا، فيحدد اسم الشركة وطبيعتها القانونية وعنوان مركز إدارتها الرئيسي.

لذا قانون الاستهلاك الفرنسي وقانون التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 قد نصا على تحديد شخصية البائع الإلكتروني بتقديم تلك المعلومات من خلال مواقع الكترونية. فلقد خصص قانون الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾ والتوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 ثلاثة مواقع عبر شبكة الانترنت، للإدلاء بالإعلام للمستهلك الإلكتروني وهي: أ- وجود موقع الويب في فرنسا الذي يتضمن العرض الخاص بالمنتجات والخدمات واسم المنشأة وأرقام الهواتف الخاصة وعنوان الشركة وإلى غيرها⁽²⁾.

ب- مواقع الويب خاصة بالدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي حتى تزود المستهلك ببيانات خاصة عن المزود الإلكتروني طبيعيا كان أو شخصا معنويا .

ج - مواقع خاصة بشأن المنشأة في الدول الأجنبية الأخرى⁽³⁾.

كما نصت نفس المادة L.121-18 على مصاريف التسليم وطريقة الدفع، وحق العدول ومدته المحددة بسبعة أيام، تبدأ من يوم تسليم البضاعة، وإن كان المبيع خدمة فمن يوم تقديم العرض récéption de l'offre.

أما المادة L.121.17 من هذا القانون، وكذا المادة 19 من قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي قد نصت على نفقات التسليم والإرسال. غير أن هذه النفقات لا يمكن مطالبة المشتري بها إلا إذا تمت الإشارة إليها، ويتم إدراجها ضمن سعر المبيع⁽⁴⁾، وذلك ما يحدث كثيرا في الواقع، غير أن أغلبية الباعة لا يلتزموا بتأكيد هذه المعلومات بعد إبرام

(1) المادة 121 الفقرة الثامنة بعد التعديل بموجب المرسوم 741 لسنة 2001 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993، للمزيد نذكر: د/تهامي سامح عبد الواحد، المرجع السابق، ص 274 و 275 وكذلك:

Cahen (Isabelle), la formation des contrats du commerce électronique, septembre 1999.

www.juriscom.net

(2) كذلك: د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 103-105.

(3) للمزيد من المعلومات، تتم الإشارة إلى: د/ منصور محمد حسين، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 148 و 149 وكذلك د/خالد ممدوح، المرجع السابق، ص 104 و 105.

(4) Bout R., Bruschi. M et alii, Lamy, droit économique- Concurrence, Distribution et consommation, Paris, éditions Lamy, 2006, n°5686, p55.

العقد عبر الانترنت بعد بثها للمستهلك، خاصة إن تم تأكيدها له قبل قبول المستهلك للتعاقد، لكن في عقد البيع الذي يتم من خلال البريد الإلكتروني، يقوم البائع بإرسال هذه المعلومات عبر الرسالة الإلكترونية للمشتري، ويستطيع إعادة التأكيد عليها.

فيما يخص لغة تبصير المستهلك الإلكتروني في المبادلات الإلكترونية، فهناك من يرى استعمال اللغة الفرنسية⁽¹⁾، والبعض الآخر⁽²⁾ لم ينص على لغة الإعلام، ففي هذه الحالة فقد تكون بكل اللغات.

غير أن المنطق يستوجب إعلام المستهلك باللغة التي يحسنها ليتسنى له فهم مضمون العقد المزمع إبرامه⁽³⁾، وفي الواقع هناك صعوبات لدى البعض في استخدام اللغة الفرنسية عند إبرام العقد الإلكتروني لكون أن غالبية المنتجات والخدمات، يتم الإعلان عنها في التسويق الإلكتروني باللغة الإنجليزية، لذلك يرى بعض الفقه الفرنسي أن استخدام اللغة الفرنسية في إطار البيع للمستهلك يجب أن يوضع في المادة 30 من اتفاقية روما التي تبنت فيها بدائل متعددة لاستخدام اللغات في المعاملات والاتصالات التجارية⁽⁴⁾.

في اعتقادنا إن إعلام المستهلك ينبغي أن يتم باللغة التي يستطيع المتعاقد فهمها حتى يتجنب الإعلام المخادع المجرد من الموصفات الحقيقية للمبيع أو الخدمة، وهذا ما يدنس رضا المستهلك في التعاقد.

كما نعلم أن أغلبية التجار في البيع الإلكتروني، يعملون في جو المنافسة بهدف تحقيق أكبر ربح، فلا ينبغي أن تكون لغة التعامل عائقاً بالنسبة للمحترف الإلكتروني

(1) لقد تناول المشرع الفرنسي اللغة في مرحلة ما قبل التعاقد، حيث فرض صياغة الإيجاب باللغة الفرنسية و قد جاء القانون الصادر في 1975/12/13 باستخدام اللغة الفرنسية في مجال ترويج السلع والخدمات وفي هذا المجال ظهر: قانون توبون "Toubon" الفرنسي رقم 665/94 المؤرخ في 1994/08/04، وكذلك قانون رقم 95-240 المؤرخ في 1995/03/03. إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي مصر، سنة 2006، ص 170.

(2) قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000.

(3) منصور محمد حسين، المرجع السابق، ص 151. وكذلك د/ أبو الهيجاء محمد إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2005، ص 47. كذلك :

Alain Bensoussan, op.cit, p31

(4) Conseil d'état, section du rapport et des études, internet et les réseaux numériques études adoptées par l'assemblée générale du conseil d'état le 02/ juillet/1998, p65.

د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 130، هامش رقم 01.

وبالتالي لا يمكنه الاعتماد فقط على اللغة الفرنسية أو الانجليزية عند التعاقد أ وحتى في كتابة الوصفة أو النشرة المرفقة بالمنتج، بل لا بد من إضافة ترجمات أخرى وذلك بغية الوصول إلى تمكين المستهلك من فهم مضمون الإعلام. كما أن لغة هذا الإعلام حول المبيع أو الخدمة لا بد من الاتفاق عليها عند التفاوض حول توريد السلع بين الدول المختلفة المعنية بالتوريد.

أما فيما يخص وسيلة حفظ هذه المعلومات التي يتم تبليغها للمتعاقد عن بعد واستعمالها في الإثبات،

فيرى البعض ينبغي تأكيدها بالكتابة وبدعامة ثابتة (1).

ثالثا: بيانات الالتزام بالإعلام في قوانين الدول العربية المنظمة للبيع الإلكتروني

لقد اهتمت القوانين العربية لبعض الدول المنظمة للبيع الإلكتروني بضمان الالتزام بالإعلام، وذلك بتأكيد الإعلام حول البيانات الواجب الإدلاء عنها، فنجد مثلا المادة 25⁽²⁾ من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 في شأن المبادلات والتجارة الإلكترونية قد تضمنت هذا الالتزام بالإعلام عن المبيع سواء كان سلعة أو خدمة، ويتم ذلك في ظرف أربعة وعشرون ساعة قبل تاريخ التسليم المتفق عليه في العقد، وأن يتم التبليغ بهذه

(1) الدعامة الثابتة: هي كل أداة تسمح للمستهلك الاحتفاظ وتخزين معلومات منقولة إليه شخصيا مثل الإسطوانات الصلبة (disque dur، والأسطوانات المدمجة CD.rom، أو الرسائل الإلكترونية، وفي نفس المعنى للدعامة الثابتة التي نجدها في قانون التوجيه الأوروبي الصادر في 23 يوليو 1999، وكذلك القانون البلجيكي الجديد الصادر في 25 مايو 1999 .

Verbiest (T) : « Nouvelle loi Belge sur le commerce électronique » com.net.

وكذلك:

Demoulin (M): La notion du « support » durable dans les contrats à distance : Une contrefaçon de l'écrit , Revue Européenne de droit de la consommation 4/2000, pp363-365. Voir aussi: Geoffray Brunaux, Le contrat à distance au XXI^e siècle 1998 , p321.

وأبضا: المادة 8 من تعليمات الإتحاد الأوروبي الخاصة بحماية المستهلكين في البيوع عن بعد لعام 2000. (2) المادة 25 من القانون التونسي للمبادلات التجارية الإلكترونية، ألزمت البائع على توفير للمستهلك وبطريقة واضحة ومعلومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات، وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة وطبيعة وخصائص وسعر المنتج و مبلغ تأمينه، و الأدوات المستوجبة والفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بالأسعار المحددة، و شروط القروض المقترحة، و طرق و آجال التسليم و تنفيذ العقد، و نتائج عدم تنفيذ الالتزامات، و إمكانية العدول عن الشراء و أجله، وكيفية إقرار الطلبية وطرق إرجاع المنتج واستبداله وشروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تفوت السنة كما يجب تقديم هذه المعلومات للمستهلك بطريقة إلكترونية و وضعها تحت تصرفه حتى يطلع عليها في جميع مراحل التعاقد.

المعلومات عبر الانترنت في كافة مراحل التعاقد، غير أن هذا القانون لم ينص على لغة الإدلاء بهذه المعلومات، وبالتالي يمكن أن تكون بكل اللغات.

لقد ألزمت المادتان 04 و 07 من القانون اللبناني الخاص بحماية المستهلك، البائع المحترف بتزويد المستهلك بمعلومات على المبيع الخاصة بطبيعته ونوعه ومكوناته وكذلك وزنه ثم ذكر بلد صنعه ومدة صلاحيته، وكذا تحذيرات استعمال المبيع. كما نظم المشرع اللبناني الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني حول شخصية المحترف في المادة 52 من الفصل العاشر المخصص للمعاملات الإلكترونية. ويكمن الإعلام عنده بالإدلاء بنفس المعلومات التي نص عليها قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة L.121.18⁽¹⁾، ويتم الالتزام بالإعلام باللغة العربية، ذلك ما نصت عليه المادة 09 في فقرتها الأولى، أما الفقرة الثانية منها، قد منحت الإجازة لوزارة الاقتصاد والتجارة باستعمال اللغة الفرنسية والانجليزية في حالات معينة.

المادة السادسة من قانون حماية المستهلك المصري رقم 76-2006، ألزمت المورد على تقديم للمستهلك الإعلام الكامل والصحيح على المنتج وذلك بذكر خصائصه وطبيعته وثمانه ومقداره. كما نص هذا القانون على طريقة الإعلام عن هذه البيانات الخاصة بالمنتج أو الخدمة، بأن يكون باللغة العربية، هذا ما نصت عليه المادة 03 من نفس القانون.

أما بالنسبة للجزائر، فمازالت قوانين إعلام المستهلك عن المبيع وعن شخصية البائع التي أشرنا إليها سابقاً سارية المفعول. أما عن لغة الإعلام عن هذه المعلومات، فهي باللغة العربية، كما انه لم يستبعد إضافة لغة أجنبية أخرى، لم يحددها في الوسم. غير أن هذه القوانين تخدم المستهلك العادي، مع نسيان المستهلك الإلكتروني، فلا يمكن تطبيقها على هذا المستهلك الجديد لعدم شموليتها من جهة، ولاختلاف نوعية البيع والسلع من جهة أخرى، وحتى يطبق هذا الالتزام بالإعلام في البيع الإلكتروني، ينبغي الإشارة إلى تطبيقه في العقد الإلكتروني في قانون الاستهلاك.

(1) د/خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. و كذلك:

الجدير بالذكر أن التعامل عبر الوسائل الالكترونية في الجزائر أصبح شائعا وفرض وجوده على مستخدمي الانترنت، وذلك بواسطة شركات تجارية وطنية خاصة أو عبر شركات دولية أخرى، التي تقدم عروض السلع والخدمات في المواقع التجارية المعلن عنها عبر الشبكة.

بفضل ذلك، تحول المشتري أو المستهلك الجزائري من النمط التسويقي الكلاسيكي إلى النمط التسويقي الالكتروني، فجعله كبقية المستهلكين في العالم، يبحث عن حاجياته للسلع والخدمات في مختلف أرجاء الوطن وخارجه عبر الشبكة، أين ينبغي أن تكون الثقة والأمان بالإعلام في السوق الإلكترونية من أبرز ما يحتاج إليه المستهلك الجزائري لتتوير احتياجاته الشخصية في المبيع.

عموما يمكننا تطبيق قوانين الالتزام بالإعلام عن طريق الوسم والتغليف الخاصة بالمنتج في ميدان البيع عبر الانترنت بالجزائر، وفي نفس الوقت ينبغي على المشرع الإسراع في تقنين مواد تساير وتتلاءم أكثر مع البيع الجديد، أو تعديل بعض نصوص الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03، لأن المستهلك ضمن هذه البيوع في مستوى ضعيف، فيحتاج إلى تتوير كبير حول المبيع والبائع عن بعد حتى يبرم العقد ويطمئن لمحتواه.

رابعا: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام

يترتب على عدم تنفيذ هذا الالتزام في التقنيات المدنية، تحمل البائع مسؤولية الأضرار التي تلحق بالمشتري أو المستهلك الذي يدفع بمطالبة إبطال العقد وبالتعويض وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية، إن كان الالتزام بالإعلام قبل التعاقد. كما يجوز له المطالبة ببطلان العقد والتعويض معا، إذا ترتب ضرر له بعد الحكم بالبطلان⁽¹⁾، فهذه نتيجة وأثر الالتزام بالتعاقد بالإعلام.

(1) د/ سهير منتصر، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها كذلك د/ عمر محمد عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق عين شمس، سنة 2004، ص 367 وما بعدها. د/ نزيه الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 257 وما بعدها، وكذلك د/ أحمد محمد الرفاعي المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.

قد حرص المشرع الجزائري على أن تكون بيانات المنتج صحيحة، فإن شابها الخطأ، يلتزم المنتج مدنيا بالتعويض، وجنائيا بالحبس والغرامة، وهذا ما نصت عليه المادة 430 من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 متضمنا قانون العقوبات. وفي حالة وفاة الشخص، يصبح الأمر متعلق بتطبيق أحكام المادة 288 والمادة 289 من قانون العقوبات.

إذا قمنا بمراجعة المراسيم والقرارات التي تناولت الوسم في المنتجات، فهي تحيلنا إلى نصوص قانون 89-02 (الملغى) المتعلقة بالجزاء المترتبة على انعدام الوسم أو كون الوسم غير قانوني، وذلك طبقا لما نصت عليه المادتين 21 و 29، وتكمن هذه العقوبة في حجز هذه المنتجات. كما نص على عقوبة خاصة، وهي عشرة أيام حبس وغرامة مالية أو بأحديهما [المادة 28 من قانون 89-02 الملغى].

صدر كذلك المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 10/11/1997 المتعلق بوسم وعرض المواد المنزلية غير الغذائية، فالمادة 08 منه تمنع كل وسم كاذب أي أن المنتج الذي يقوم بذلك يعرض للعقوبة. كما نصت المادة 61 من الأمر رقم 95-06 على الجزاء المترتب على عدم الإعلان عن الأسعار، فهو متمثل في غرامة مالية مقدرة بخمسة ألف دينار (5000 دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج).

غير أن القانون الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش رقم 09-03، قد نص في المادة 78 منه على: "يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار جزائري (100.000) إلى مليون دينار (1000.000) كل من يخالف أولم يلتزم بذكر بيانات وسم المنتج المنصوص عليها في المادتين 16 و 17 و 18 من هذا القانون". ونص نفس القانون على عقوبة تكميلية في المادة 82 مضمونها يكمن في مصادرة المنتجات والأدوات وكل وسيلة أخرى استعملت لارتكاب المخالفات المنصوص عليها سابقا.

أما في حالة الإهمال والتقصير بهذا الالتزام أوتضليل إعلامه باستعمال الغش والخداع، وينتج عن ذلك مرضا أوعجزا عن العمل، يعاقب صاحبه حسب المادة 83 من هذا القانون التي أحالت إلى نص المادة 432 من قانون العقوبات المتضمنة للحبس من خمسة إلى عشرة سنوات وغرامة مالية من خمسمائة ألف دينار جزائري 500.000 إلى

مليون دينار جزائري 1.000.000، وتشدد العقوبة في ذلك طبقاً للفقرة الثانية من نفس المادة. وفي حالة الوفاة، فتصل العقوبة إلى عقوبة الجناية.

أما عن جزاء الإخلال بإعلام المستهلك في البيع الإلكتروني، فهو مماثل لما نصت عليه القواعد العامة، فقد يكمن في الجزاء المترتب عن المسؤولية التقصيرية أو العقدية، وذلك بحسب وقوع الالتزام بالإعلام قبل أو بعد التعاقد. فنجد قانون الاستهلاك الفرنسي مثلاً لم ينص على الجزاء المدني الواجب تطبيقه على المهني عند مخالفة الالتزام بالإعلام⁽¹⁾ في مرحلة ما قبل التعاقد، فعدم ذكره لجزاء مدني خاص ضمن نصوص الالتزام بالإعلام لا يعد تقصيراً منه، بل قصده في ذلك هو تكريس القواعد العامة السابق ذكرها⁽²⁾. وهذا ما نعتقد أيضاً، وبالتالي يمكن للمستهلك المطالبة بفسخ عقد البيع الإلكتروني، والرجوع على البائع بدعوى المسؤولية العقدية وأحكامها.

الأمر الجدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي قد نص على جزاء متمثل في غرامة مفروضة على البائع المهني الإلكتروني، تتراوح بين 1500 يورو إلى 3000 يورو وذلك وفقاً لما نصت عليه المواد L.121.1 و L.121.2 التي تم إضافتهما في قانون الاستهلاك الفرنسي بمقتضى المرسوم رقم 2003/137⁽³⁾، والذي نص كذلك على عقوبة البائع المهني إن كان شخصاً معنوياً⁽⁴⁾.

(1) د/نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 257 و د/ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، العراق، سنة 2001، ص 133 و د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 296.

(2) د/عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والفنون، جامعة الإمارات، مايو 2003، ص 1288 وما بعدها وكذلك:

Passa (J), Commerce électronique et protection du consommateur, recueil, Dalloz, cahier droit des affaires, 7/février/2002, N°06, p555.

د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 297.

(3) د/سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 299.

(4) المرسوم على الموقع الإلكتروني : www.legisfrance.gov.com

وكذلك الجريدة الرسمية الفرنسية رقم 43 المؤرخة في 20/02/2003، ص 3106.

أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، قد نص على جزاء الإخلال بهذا الالتزام بالإعلام بإخضاع البائع المهني الإلكتروني إلى متبعات جزائية، وذلك في الفصل 49 من القانون المؤرخ في 2000/08/09، كما نص في الفصل 50 من نفس القانون بغرامة مالية قدرها يتراوح بين 1000 و 20.000 دينار تونسي.

المبحث الثاني

الالتزام بضمان السلامة

لقد أصبحت المنتجات الصناعية وتقديم الخدمات تحثل الجزء الأكبر من المعاملات اليومية للإنسان، وهذا نظرا للطفرة التكنولوجية الكبيرة التي فرضت وجودها في القرن العشرين، فدفعت بالمنتجين للإبداع في الإنتاج والتصنيع، وممارسة تقنيات مختلفة لإنتاج وصناعة منتجات ومبيعات مستحدثة تتماشى ومتطلبات المستهلكين، مما أدى إلى اكتظاظ الأسواق المحلية والوطنية والدولية، وكذا الأسواق الالكترونية بالمنتجات والمبيعات الجديدة والحديثة. وأصبح المشتري، أي المستهلك منبها بها لأنها حديثة وحقق له الرفاهية في مجالات مختلفة.

غير أن هذه القفزة العلمية في التصنيع والتقدم رافقتها مخاطر كثيرة وكبيرة برزت بعد استعمال بعض هذه المنتجات، فأدت إلى إصابة المستهلك المتعاقد وغير المتعاقد بالأضرار في جسمه وماله، وهذا ما أثبتته مختلف وسائل الإعلام عن الإحصائيات الهائلة للأضرار الناجمة بعد اقتناء بعض هذه المنتجات، كحالات التسمم من شراء بعض الأغذية أحوالات الخطورة القصوى عند استعمال بعض الأدوية المحتوية على مكونات خطيرة، وكذلك ذكر العدد الهائل للحرائق من جراء اختيار بعض الأجهزة الكهربائية المنزلية الرديئة أو غيرها، أو اقتناء بعض السيارات ذات محركات أو فرامل غير أصلية. يمكن القول أن المتسببون في المخاطر والأضرارهم بعض الباعة والمنتجين الطبيعيين أو المعنويين الذين لم يحترموا الالتزامات القانونية الصارمة في مجال البيع أو التصنيع والإنتاج، في البيع العادي أو الإلكتروني، فاختراروا خرق قوانين ضمان السلامة، وذلك باعطاء الأولوية لمصالحهم الذاتية المادية على حساب المستهلكين الضحايا الذين يشكون من المبيع المجرد من المواصفات العلمية والتقنية، وكذا الصحية. ما يؤسفنا هو ما يحدث في الواقع، فرغم كل هذه المخاطر والأضرار المخيفة التي تكمن في بعض المبيعات، مازال المستهلك مقبلا عليها، خاصة تلك المعروضة عبر

الانترنت نتيجة الإشهار المزيف المستعمل من قبل بعض الباعة أو عبر شركات تجارية دولية.

قبل ظهور التطور الصناعي والتكنولوجي، لقد سعى الفقه والقضاء الفرنسي إلى حماية المستهلك عن طريق تطويع نصوص القواعد العامة في المسؤولية المدنية حيث كانت المسؤولية المطبقة على البائع والمنتج، مسؤولية عقدية، وتعويض المشتري على ما يلحقه من أضرار في نفسه أو أمواله من المنتجات المعروضة آنذاك، والتي كان أثر العيب فيها منحصرا في إنقاص قيمتها أو منفعتها⁽¹⁾.

حتى تتحقق هذه المسؤولية ويتحصل المشتري المضرور على التعويض، لا بد أن يثبت وقوع العيب، كما أن هذه الحماية كانت تطبق على المتعاقد دون غيره، كأفراد عائلته أو الغير الذين يتضررون من المبيع، وهذا ما سمح للفقه والقضاء منح المتعاقد الأخير حق الرجوع بالضمان على البائع الأول، ولو لم يوجد عقد بينهما، فهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها⁽²⁾، حيث جاء فيه: "الدعوى المباشرة بالضمان المقررة لصالح المشتري الأخير ضد المنتج، أو أي من البائعين الوسطاء، هي بالضرورة ذات طبيعة عقدية". فبفضل هذا الحكم اتسعت دائرة المتضررون المطالبين بالتعويض، وفي هذا الصدد، وبعد دراسة حالة البائع حسن النية و سيء النية، صدر حكم عن محكمة استئناف بواتييه "Poitiers"⁽³⁾ يقضي بمسؤولية شركة المشروبات الغازية على تعويض ابن شقيق على أساس الحراسة، وفقا للمادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي.

لكن بالنهاية وبعد عدة دراسات، عمل الفقه والقضاء على إنشاء التزام بضمان السلامة - أي عدم المساس بصحة وأموال المستهلك⁽⁴⁾ - في العقود مستقلا عن غيره

(1) د/ علي السيد حسن، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1990، ص38.

(2) Cassation 1^{ère} chambre civile 9/10/1979, Gazette du palais 1980,1 ;249.

(3) Cour d'appel POITIERS, 23 /12/69, Gazette du palais 1970-213.

(4) Geneviève. Viney et Patrice .Jourdain, Les conditions de la responsabilité, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1998, p 287. =

من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، لأن تطور المخاطر والأضرار التي تلحق بالمستهلك أدت إلى التوسيع في فكرة العيب الخفي وأركانه⁽¹⁾، وكيفية تقادي الخطورة الكامنة في المنتجات، أي ضرورة عرض منتوجا آمنا، سليما، محققا لرغبة مشروعة، وهذا ما عمل به التوجيه الأوروبي، وبعده المشرع الفرنسي في المادة 1/1386 من القانون المدني، واستمد منها المشرع الجزائري، ليستحدث المادة 140 مكرر⁽²⁾ من التقنين المدني التي جعلت المنتج والبائع المنتج مسؤولا عن المنتجات دون تفسير سبب العيب إن كان راجعا لخطورته أولخاطأ في التركيب والتصنيع، وفي نفس الوقت وفرت ضمانا للمضرور المتعاقد أو غير المتعاقد، كما نصت المادة 140 مكرر 1 على ضمان الدولة في تعويض المضرور عن الضرر الجسماني عند انعدام المسؤول عن الضرر.

لكن بعد صدور قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03-09 لقد اعتبر أن نقص السلامة يكمن في الخطورة المتواجدة في بعض المنتجات.

لكن هل يعتبر استقلالية ضمان السلامة عن ضمان العيوب الخفية، وكذا صدور نصوص جديدة لتنظيم المسؤولية المدنية وحتى الجنائية المترتبة عن فعل المنتجات وخاصة منها الخطرة والمعيبة حلا ناجعا لضمان أمن المستهلك المتعاقد أو غير المتعاقد في عقد البيع العادي؟ وهل يمكن تطبيق هذه القواعد على المستهلك الإلكتروني إذا لحقت به أضرارا عند اقتناء واستعمال هذه المنتجات أو الخدمات؟ وكيف يتم التعويض عنها علما أن قواعد المسؤولية المدنية قد نظمت في غير زمن التكنولوجيا الحديثة، وما نتج عنها من إيجابيات وسلبيات؟

= كما أجاز القضاء الفرنسي لأقارب المشتري المضرور الرجوع على البائع على أساس المسؤولية العقدية في قضية متعلقة بوفاة رب أسرة عند تناوله خبز دقيقه مصنوع بمادة سامة، فقررت المحكمة مسؤولية البائع على هذا الأساس وأن الأب عندما تعاقد كان لحسابه ولحساب عائلته، فلهم حق الادعاء المباشر. درع حماد عبد، الاتجاهات الحديثة في دعوى العيب الخفي، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الثاني، يوليو 2005 البحرين صص 391-419.

(1) د/ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 295.
(2) المادة 140 مكرر 1 في القانون المدني رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44 الصادر في 26 جوان 2005. ورغم استحداث المواد 140 و140 مكرر 1، فلم تأتيا بتطور فعال في مقابل المشرع الفرنسي الذي ساير الأنماط الحديثة للاستهلاك.

انطلاقاً من هذه الأسئلة، وبناء على ما تقدم، لقد حاولنا الإجابة عليها ضمن هذا المبحث وذلك بالتطرق لتعريف الالتزام بضمان السلامة في المنتجات والخدمات، وذكر الأسباب التي أدت إلى منح الاستقلالية لهذا الالتزام، وكذا مضمون هذا الالتزام في البيع العادي والإلكتروني، فهذا ما جعلنا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الالتزام بضمان السلامة وأسباب نشأته

المطلب الثاني: ضمان سلامة المستهلك في البيع العادي والإلكتروني

المطلب الأول

تعريف الالتزام بضمان السلامة وأسباب نشأته

لقد حاول الفقه والقضاء الفرنسي التفكير والبحث على أنجع وسيلة لحماية المشتري (المستهلك) خارج قواعد ضمان العيوب الخفية، وأحكام المسؤولية المنظمة في التقنين المدني، والتي لم تعد كافية لتحقيق الحماية اللازمة لضحايا المنتجات والخدمات فتوصلا إلى فكرة الالتزام بضمان السلامة عملاً على تنظيمها في عدة أحكام⁽¹⁾. كما لجأ إلى رعاية مصالح المشتري بالحصول على تعويض، وحماية البائع حسن النية⁽²⁾.

كانت في البداية تطبيق هذه الفكرة التي أصبحت التزاماً عاماً في عقد نقل الأشخاص في سنة 1911، حيث فرض على الناقل التزاماً بضمان سلامة المسافر بعد نقله إلى مكان الوصول، وبعد ذلك تمادى تطبيق هذا الالتزام إلى عقود مختلفة، كالالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، ثم في مجال البيع والتداول بالمنتجات والخدمات،

⁽¹⁾ Cass. 1er civ, 16 mai 1984, D.1985, JP- 485, 2^e, espèce, note (J).Huet, R.T.D. civ 1985 p 403, note. (J).Huet.

د/ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 550، هامش رقم 02.

V.aussi :Cass.1^{er} civ.20 mars 1989.p381 et s s, note.(Ph).Malaurie ,R.T.D.civ.1989 p756 note.(P). Jourdain.

Cass.1^{ère}.civ, 22 jan 1991, Bull, civ I,N°30.R.T.D.civ.

د/ جابر محجوب، المرجع السابق، ص 250 و 252 و 253.

⁽²⁾ كما لجأ القضاء إلى تغيير تسمية البائع حسن النية والبائع سيء النية، فسمى الأول بالبائع المحترف

Le vendeur professionnel الذي يعلم العلم الكافي بالمبيع، أما الثاني Le vendeur occasionnel

الذي يبيع شيئاً للتخلص منه، عبد الكريم جواهره، المرجع السابق، ص 15.

منها الالتزام بضمان السلامة في عقود البيع التي تربط المستهلك بالبائع المهني أو المنتج والصانع لتحقيق له نتيجة ايجابية، وهي الضمان والحماية من المبيع. وعليه، لقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، على النحو التالي تبعا:

الفرع الأول: تعريف الالتزام بضمان السلامة

الفرع الثاني: أسباب نشأة الالتزام بضمان السلامة

الفرع الثالث: شروط الالتزام بضمان السلامة

الفرع الأول

تعريف الالتزام بضمان السلامة

يعرف الالتزام بالسلامة بأنه ذلك الالتزام الذي يحرص فيه المدين، أي المتدخل سواء كان بائعا أو صانعا أو بائعا منتجا على تنفيذ العقد دون أن يلحق المبيع أضرارا بالدائن، أي المستهلك⁽¹⁾. وقد أعتبر البعض الالتزام بالسلامة متمثلا في سيطرة المدين على الأشياء التي تثير الضرر الجسدي للمستهلك. فهذا الضمان يتطلب تنفيذه بطريقة كاملة، وبخطوة مزدوجة: فالأولى تكمن في توقع الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الدائن. أما الثانية، فتكمن في التصرف حيال هذه الأخطار، إما بمنع وقوعها أو التقليل من أثارها⁽²⁾.

ولدى البعض الآخر⁽³⁾ الالتزام بضمان السلامة هو: "الالتزام الذي يتطلب توافر في كل منتج ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك، وأمنه أو تضرر بمصالحه المالية". غير أن هناك من يرى أنها تكمن في تعويض المشتري

(1) د/عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر، عمان، الأردن سنة 2007، ص343.

(2) د/عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 218. وكذلك:

A(Weill et F.Terré), droit civil, les obligatoires, Dalloz, 4^{ed} 1986, n°400, p 406.

(3) د/علي فتاك، المرجع السابق، ص 215 وما بعدها وكذلك: د/ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك الالكتروني، المرجع السابق، مصر، سنة 2008، ص193. كذلك:

DEFERRARD.(F), Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère, D.1999.chronique n°15, pp367-369.

"ويرى البعض يترتب على عقد البيع التزام بضمان امن مستقل على عاتق البائع في فائدة المشتري وهو تسليم شيئا ذو مستوى كاف من الأمن." =

(المستهلك) عن الأضرار التي تهدد، وتصيب سلامة جسده وأمواله من جراء عيوب المبيع أو خطورته⁽¹⁾.

نقول أن الالتزام بالسلامة أو ضمان الالتزام بالسلامة، معنى واحد يكمن في قيام البائع أو البائع المنتج بزرع الثقة لدى المستهلك حول صلاحية المبيع، واستبعاد وقوع الأضرار عند استعماله، وضمن التعويض عند وقوعها.

بالرجوع إلى البيع الإلكتروني، الالتزام بالسلامة يحمل نفس المعنى الذي نصت عليه قوانين حماية المستهلك، فهو يهدف إلى توفير الأمان للمستهلك في السلعة أو الخدمة التي قد تنطوي على خطورة وتكون مصدر ضرر له، وللمحيطين به⁽²⁾، بحيث يجب أن يتحقق من ضمان السلامة و الأمان الذي يتوقعه المستهلك أو الجمهور وفق معيار موضوعي، وبطريقة معتادة، تتفق مع التقدم العلمي والتكنولوجي القائم، وكذا ظروف استعمال المنتجات أو استخدام الخدمات.

كما يمثل هذا الالتزام لدى البعض التزام بتحقيق نتيجة مطلقة⁽³⁾ وهذا نتيجة التعامل في سلع خطرة بطبيعتها أو بوجود عيب فيها. فإذا أخل المدين بالثقة المفترضة فيه، سوف يتحمل نتيجة ذلك⁽⁴⁾، وهي تتمثل في كل أنواع الأضرار الجسدية والمادية التي تلحق بالمشتري. ولكن نقول أن نفس النتيجة المرجوة من ضمان السلامة في البيع الإلكتروني، فهي متوقعة في البيع العادي، الذي يزرخ بدوره بالمنتجات المعقدة والخطرة وتسبب للمشتري البسيط (غير المحترف) وعائلته، وكذا لغير المتعاقد أضراراً جسدية ومادية، لا يمكن تحملها.

= BORGHETTI JEAN_SEBASTIEN, la responsabilité du fait des produits, étude de droit comparé, L.G . D.J ,Paris 2004 ,pp118 _ 119 .

⁽¹⁾ بدر حامد المأ، الالتزام بسلامة المضرور الجسدية من الأضرار التي تسببها المنتجات، أطروحة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الكويت، سنة 2004، ص 01.

⁽²⁾ د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 2225.

⁽³⁾ د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 68 و 69 و أيضاً د/ عدنان سرحان و نوري خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن سنة 2003، ص 315.

⁽⁴⁾ Goldschmidt .(S), Théorie de l'obligation de sécurité, thèse, Lyon 1947, p 140 et 141.

الفرع الثاني

أسباب نشأة الالتزام بضمان السلامة

لقد ورد اعتراف الفقه والقضاء الفرنسي بضمان السلامة في العقود بعد أن أدركا عجز ونقص أحكام ضمان العيب الخفي في تحقيق الأمان والحماية للمستهلك، وذلك نتيجة التطور الكبير الذي عرفته أحكام المسؤولية التقصيرية تماشياً مع تغير وحادثة المنتجات حتى أصبحت معقدة، والبعض منها يشكل خطورة لمستعملها.

أولاً: نقص أحكام ضمان العيب الخفي لضمان المستهلك

نظراً لعدم تغطية أحكام العيب الخفي للأضرار الناجمة عن عيوب المنتجات ولغياب النصوص التشريعية الخاصة بمسؤولية المنتجين والبائعين، اضطر القضاء الفرنسي إلى تطوير نصوص أحكام البيع الخاصة بالضمان لهدف حماية المستهلك إثر إصابته بضرر جسدي أو مالي، نظراً للصفة الخطرة التي تحتويها أغلبية هذه المنتجات. كانت النتيجة في ذلك، إنشاء نصوص قانونية خاصة بالمنتجين والموزعين يتم تطبيقها عند تحقق مسئولتهم عن منتجاتهم المعيبة والخطيرة التي ألحقت الأضراراً بالمستهلكين، لأن تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي لم تعد تقدم الحماية الكافية للمستهلك وذلك لعدة أسباب، كعدم تناسب الشروط الواجب توافرها في العيب الخفي مع المنتجات الخطيرة والحديثة، وعدم كفاءتها في الإثبات، لأن مشكلة الإثبات اليوم تفرض وجود قرينة على الصفة الخطرة في المبيع والتي لا يمكن نفيها بالسبب الأجنبي.

كما أن مدة رفع دعوى للمطالبة بالضمان قد لا تتناسب مع المستهلك، فيطمح في مدة أطول عن المنصوص عليها في القواعد العامة، خاصة إذا كانت المبيعات برامج أو تقديم خدمات، فلا يتم اكتشافها إلا في وقت لاحق على وقت تسليمها.

فيما يخص شرط خفاء العيب وتقديره، فلم يتمكن المعيار الموضوعي من تحقيق الحماية للمستهلك من الأضرار الناجمة من عيوب المبيع، فلا بد من الاعتداد فيه بالمعيار الشخصي حتى يحقق هذه الحماية للمشتري (المستهلك)، التي تظهر عدم استطاعته في إثبات تعمد أو غش البائع في خفاء العيب خاصة في ظل التقدم التكنولوجي الذي يصاحب

إنتاج السلع وتقديم الخدمات⁽¹⁾، وكذا مدى حرص الباعة الحرفيين والمنتجين على إخفاء عيوب منتجاتهم .

أما شرط القدم، بدوره يشكل صعوبة للمستهلك في إثباته إذا ما تعاقد مع بائع محترف في عقد من عقود الاستهلاك، كالمنتجات الغذائية الفاسدة أو منتجات الصيدلة، كالأدوية أو الكيماويات الطبية، أو قد تتمثل كذلك في المنتجات الكهربائية أو الالكترونية، كبرامج المعلوماتية، وغيرها حيث يستحيل عليه معرفة مدى وجود العيب فيها قبل التسليم. أما خاصية تأثير العيب، فتظهر عند وجود نقص قيمة المبيع النفعية بحسب الغاية المنشودة منه، والتي تم الاتفاق عليها في العقد أو كانت طبيعة المنتجات تستطيع الكشف عنها.

نلاحظ أن المنتجات التي تتطلب حماية المستهلك تكمن في المنتجات الخطرة التي تتجم عنها أضرار كبيرة، تلحق الهلاك بالمستهلك وبأمواله، فأحكام العيب الخفي عاجزة إذن عن حماية المستهلك منها، فالأحسن تطبيق نصوصا صارمة متعلقة بالمطابقة نظرا أن المنتج الذي يجذب خطرا لصحة المستهلك، يعد منتوجا غير مطابق للدرجة المشروعة للمستهلك.

أما عن مدة رفع دعوى الضمان للعيب الخفي، فترفع خلال سنة من تاريخ تسليم المبيع حسب المادة 383 من التقنين المدني الجزائري والمقابلة للمادة 1/452 مدني مصري، غير أنها كانت ترفع خلال مدة قصيرة، تقدر بستة أشهر حسب المادة 1648 مدني فرنسي، لكن سرعان ما تم تعديلها، وجعلها سنتين⁽²⁾.

لكن يمكننا القول أن هذه المدة المفروضة من قبل المشرعين قد لا تكفي للمستهلك للمطالبة بحقه في الضمان، خاصة إذا ضاع الجزء الأكبر منها في التفاوض مع الحرفي أو المنتج والصانع بغية الوصول إلى الحل الودي، فيضع وقتا طويلا. فينتج عن ذلك

(1) د/عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقودية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2004، ص 538 و539.

(2) Bénabent.(A),op.cit,p163 et s.

سقوط حقه في الضمان بالتقادم⁽¹⁾، وكذلك قد يكشف عن العيب في وقت متأخر رغم استعمال كل الإمكانيات، أي الاستعانة بالمختصين، واستعمال أحدث الأجهزة للكشف في شأن ذلك.

لكن القضاء الفرنسي حرر المستهلك من قيود دعوى الضمان، وأنشأ للمستهلك التزاما جديدا متمثلا في التزام بضمان تسليم مبيعا مطابقا للمواصفات، وذلك إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكذا لتقليص الأضرار التي قد تنجم عن المنتجات التي أوجدها العلم والتكنولوجيا في مختلف الميادين⁽²⁾. كما اعتبر هذا الالتزام الجديد بديلا عن ضمان العيوب الخفية، وفي نفس الوقت مكملا له⁽³⁾.

إذن الاعتراف بوجود الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع من طرف الفقه والقضاء لدليل قاطع على نقص أحكام ضمان العيب الخفي في التطبيق أمام المبيعات المستحدثة العالية في تقنية الإنتاج والتصنيع.

ثانيا :تطور أحكام المسؤولية التقصيرية

حتى يضمن المضرور حقه في التعويض، لا بد أن يثبت الخطأ الذي ارتكبه البائع المنتج أو المنتج أوتابعه أو يثبت الخطأ الواقع بفعل الشيء الموجود تحت الحراسة. غير أن هذا الأمر يستحيل عليه أمام المنتجات الحديثة الفنية والمعقدة، مما دفع الفقه والقضاء إلى إقامة الخطأ المفترض في المنتج أوالبائع المنتج بمجرد وقوعه، وهذا ما نصت عليه المادة 1382 مدني فرنسي المقابلة للمادة 124 من التقنين المدني الجزائري. غير أنه لتيسير تعويض ضحايا المنتجات الخطرة، وتخفيف إثبات خطأ المنتج سمح القضاء الفرنسي لهؤلاء المضرورين التمسك بأحكام المسؤولية المدنية الواردة عن فعل الأشياء، 1/1384 وتبنى نظرية التفرقة أوالتجزئة للحراسة التي نادى بها "جولدمان"-GOLDMAN- إلى مرحلتين وهما: مرحلة حراسة صنع الشيء، ومرحلة حراسة تشغيله بعد

(1) د/ أحمد عبد العال أبو قرين، ضمان العيوب الخفية وجدواه في مجال المنتجات الصناعية، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1996، ص74.

(2) د/ جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك، المرجع السابق، ص 121 و 122.

(3) HUET .Jérôme ,Traité du droit civil, les principaux contrats spéciaux, éd L. G.D.J.

Paris1996, p203 et s. Civ1ère 24 mai1985, R.T.D.civ 1986, p366 obs : HUET Jérôme.

صنعه⁽¹⁾. فالصانع أو المالك يبقى حارساً لتكوين الشيء حتى يتم انتقال الحراسة فيه منه إلى غيره، غير أن هذه الفكرة كانت محل خلاف طويل بين الفقهاء إلى أن أعلن القضاء الفرنسي موقفه الصريح في قضية الأكسجين السائل⁽²⁾.

رجوعاً إلى المشرع الجزائري الذي رفض كل تمييز بين حراسة التكوين وحراسة الفعل، وربط مسؤولية الحارس بسلطة الرقابة والاستعمال والتسيير طبقاً للمادة 138 من التقنين المدني. كما أن الغير لا يمكنه رفع دعوى المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية إلا ضد مالك المنتج، لكن يمكن إثارة مسؤولية المنتج أو الصانع عن فعله الشخصي وذلك بإثبات خطأ الصانع أو المنتج.

يترتب عن ذلك إعفاء المتضرر من إثبات خطورة المنتجات، وكذلك تيسير مهمة تحديد المسئول عن الضرر المباشر و الفعال⁽³⁾.

لذا فإن بإجراء التمييز بين المرحلتين المذكورتين أعلاه، يمكن الكشف عن مرتكب الخطأ الذي سبب الضرر للمتعاقد، مما يستدعي إعفاء المضرور من إثبات العيب وخطورة الشيء في مرحلة صنعه، وكذلك إعفاء هـ من إثبات خطأ المنتج.

الفرع الثالث

شروط الالتزام بضمان السلامة

تختلف الالتزامات عن بعضها البعض باختلاف شروط تحققها، وكذا أثارها، فحتى يتحقق الالتزام بضمان السلامة، لا بد من توافر عدّة شروط⁽⁴⁾، وتكمن هذه الأخيرة في

(1) Goldman .B ,La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées thèse , Lyon 1946,N° 116-117 et 131et s

كذلك لدى د/ حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص 88.

(2) Cassation civile, 2^{ème} chambre, 05/01/1956 , J.C.P 1956.11.9095 , Dalloz 1957 , p261.

(3) محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1983، ص138. وكذلك د/قادة شهيدة، المرجع السابق، 2007، ص123. وأيضاً:

VINEY. Genevière, Traité de droit civil (introduction à la responsabilité)2^{ème} éd, L.G.D.J Paris, 1995,p280 .

(4) لمزيد من التفاصيل نذكر: د/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 143. د/محمد التلتي، المرجع السابق ص 203 و ما بعدها . د/ علي سيد حسن المرجع السابق، ص 66 و ما بعدها.

ضرورة وجود الخطر الذي يهدد أحد المتعاقدين في المستقبل، والذي ينبغي تفاديه من طرف المدين⁽¹⁾. وكذلك ضرورة كون أحد المتعاقدين مهنيًا⁽²⁾، وأيضًا كون المتعاقد الآخر تحت الهيمنة الاقتصادية للمدين⁽³⁾.

أولاً: وجود الخطر الذي يهدد سلامة المتعاقد

بعد اقتناء المبيع المتمثل في السلعة أو الخدمة واستعماله، قد يتعرض الدائن بالسلامة لخطورته⁽⁴⁾، ويسبب له أضراراً جسدية أو مادية التي تدفعه للمطالبة بالتعويض المادي والمعنوي. فمن بين المخاطر المهددة للسلامة الصحية للمتعاقد خاصة، والمستهلك عامة، تلك التي تنتج عن عقود تقديم الخدمات، كعقد النقل أو العلاج الطبي أو تقديم الخدمات السياحية أو المرفقية، كتوزيع الكهرباء والغاز من طرف شركات التوزيع⁽⁵⁾. كما قد تنتج عن بيع وتسليم المنتجات المعيبة أو الخطرة نتيجة الغش أو الخلل في تصنيعها أو تركيبها أو الأضرار التي تنجم عن سوء تخزينها بسبب عدم احترام مقاييس المحافظة والصيانة المعلن عنهما قانونياً.

أما المخاطر المهددة لسلامة أموال المتعاقد، فهي تتمثل في خسارة وضياع أمواله التي أنفقها لإصلاح المبيع أو المنتج لتوقي خطره، كأن يكون المنتج آلات كبيرة، أو قد تكمن في أشياء قيمة أخرى، أو كذلك في ضياع حيواناته هلكاً، بعد باستعمال جهاز تدفئة للدواجن به عيب أو خلل، قد يتسبب في حريق يقضي عليها، مما يرتب إفلاسه، فهذه الحالة قد تؤثر على سلامة صحته، فيصاب بمرض مزمن، كالسكري أو الإنهيار العصبي.

(1) (F).DEFFERRARD, op.cit , n°11, p 366.

(2) د/ محمد سليمان فلاح الرشيد، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة) دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة عين شمس، كلية الإسكندرية، سنة 1998، ص 105.

(3) د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 345.

(4) المنتج الخطير هو المنتج الذي يشكل خطراً عند استعماله العادي على سلامة وصحة الأشخاص، فهو عكس المنتج السليم القابل للتسويق، حيث عرفه المشرع الجزائري في المادة م3/11 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 بما يلي: " كل منتج خالي من أي نقص و/أو عيب خفي يضمن عدم الأضرار بالغير وسلامة المستهلك و/أو مصالحه المادية والمعنوية".

(5) شركة كهرباء فرنسا ملزمة بضمان سلامة الأسلاك الكهربائية التي تقوم بتركيبها للمتعاقد أو بتغييرها وكذلك بإزالتها. د/ عبد القادر أقصاوي، المرجع السابق، ص 231.

تستطيع هذه المخاطر (الحريق أو غيره) أن تلحق ممتلكات المستهلك العقارية كالمنزل والمصنع وكل ما يجاورها من مباني، وذلك من جراء استعمال المنتج المعيب أو الخطير.

غير أننا في الأخير لا نشاطر الرأي القائل بعدم تصور الالتزام بضمان السلامة في أموال المتعاقدين، وذلك لكون المنطق الفكري غالباً ما يعبر عن السلامة الجسمانية ودون التفكير في غير ذلك. وهذا ما عبر عنه بعض الفقه⁽¹⁾ وذلك راجع للارتباط المنطقي الموجود بين المدلولين السلامة، وحياة الشخص، ولا غير ذلك.

ثانياً : كون أحد المتعاقدين مهنيًا

تكمن العلة في فرض هذا الشرط للمطالبة بضمان السلامة، لسبب كون أحد المتعاقدين مهنيًا، فهو أكثر علماً بالمبيع عيباً أو صنعا وتركيباً، كما أنه حائزاً للخبرة العلمية المتعلقة بمهنته إن كان صانعاً أو منتجاً، أو موزعاً للمبيع أو المتعلقة بالأشياء أو الخدمات التي يقدمها للمستهلك عبر العقود المختلفة، إن كان بائعاً، فهذا ما يجعلنا نؤكد انعدام التوازن العلمي والتقني بينهما، مما يخلق الفرصة لدى البائع المهني باستغلال رضا المستهلك المطمئن لثقة البائع أو المنتج في المبيع.

هكذا استقر الفقه والقضاء الفرنسي على أن علم البائع المهني بالمبيع قرينة قانونية قاطعة لا يجوز نقضها⁽²⁾. غير أن بعض الفقه قد ميز بين الصانع والمنتج والموزع فالصانع يعتبر مخطئاً حكماً بعرضه في السوق مبيعاً معيباً صنعه، في حين أن الموزع أوالتاجر غير مسؤول لكون أن الصانع مسؤول والتاجر ضامناً⁽³⁾.

(1) د/ عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 230 . كذلك:

Remy. (Ph) , La responsabilité contractuelle :histoire d'un faux concept, R.T.D. civ.1997 pp323-327.

(2) تمييز تجاري فرنسي في 27 04 1971، دالوز 1971، د/ أسعد دياب، المرجع السابق، ص 223.

Note :Boitard et Robert sur cassation du 27 /03/1971 , j -c-p 1972-11-1728. « A cet égard le vendeur professionnel est le vendeur qui se comporte habituellement comme un promoteur ».

د/رمضان الخن، المرجع السابق، ص 283 هامش 1613.

(3) Mazeaud .H, Responsabilité du vendeur fabricant, revue trimestrielle de droit civil (R.T.C), 1955, N°15, p 420-425 .

يمكننا الاستغناء عن هذا الشرط، في حالة كون كلا المتعاقدين، مهنيين، أي أنهما يتمتعان بنفس الخبرة العلمية، إلا إذا أثبت المتعاقد الدائن - المشتري أو المستهلك - بالسلامة، أنه لا يملك نفس الكفاءة العلمية للبائع عند اقتناء المبيع أو الخدمة، وأن رغم علمه استطاع المهني تغليظه في المبيع ودفعه للتعاقد عليه.

ثالثا: كون المتعاقد الآخر تحت الهيمنة الاقتصادية للبائع

يقصد بهذا الشرط حتمية المتعاقد الآخر - المستهلك - للخضوع للبائع المهني وشروطه التي تكون في أغلب الأحيان تعسفية أو مذعنة، فهذا راجع إلى ضرورة ابتغاء بعض مقاصده، واحتياجاته الاستهلاكية أو الاقتصادية، التي لا يستطيع تحقيقها بنفسه، بل يحتاج اقتنائها من طرف الباعة والمنتجين أو الصناع.

يضطر للذعان لهذه الوضعية في سبيل الحاجة دون تفاوض، أو مناقشة للشروط التي يفرضها البائع أو المنتج أو حتى تغيير البعض منها⁽¹⁾.

أما فيما يخص الشروط الواجب تحققها لقيام الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع الإلكتروني، فضلنا التعرض إليها ضمن الفرع الثاني من هذا المطلب تحت عنوان مضمون الالتزام بضمان السلامة في البيع الإلكتروني.

المطلب الثاني

ضمان سلامة المستهلك في البيع العادي والإلكتروني

إن ضمان سلامة المستهلك في عقود البيع سواء كانت مبرمة بطريقة عادية أو إلكترونية، أصبح التزاما جوهريا على عاتق المتدخل أو المزود عند تقديم الخدمة أو السلعة التي تأثرت عند إنتاجها، أو صنعها بالتطور التكنولوجي، مما أدى إلى ظهور نماذج مستحدثة من المنتجات والخدمات ذات المكونات الخطرة التي عرضت صحة وسلامة الإنسان إلى الخطر ثم الهلاك.

إزاء هذا التحولات في الإنتاج، ووفرة السلع والمنتجات في الأسواق المحلية أو الدولية التي يتم الحصول عليها بواسطة البيع العادي و الإلكتروني، أدى إلى تدخل بعض الدول لتقنين وتنظيم سياسة تشريعية جديدة، أو تعديل بعض نصوص قوانينها حتى

(1) د/ علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 67.

تساير هذا التغيير، وتكون ناجعة لحماية المستهلك، وإقرار مسؤولية المتدخلين من منتجين وبيعة عن مختلف الأخطار والأضرار التي يسببها المنتج المتداول في الأسواق والإلكترونية. فحرصا على ذلك، لقد شغلت فكرة الالتزام بضمان السلامة العديد من اجتهادات لرجال الفقه والقضاء، وكذا المشرعين الأوروبيين والعرب في البحث عن القواعد والأحكام التي تضبط هذا الالتزام في العقود، منها عقد البيع العادي والإلكتروني. وكنتيجة لذلك شرعت نصوص قانونية وفرضت حماية للمستهلكين في أشخاصهم وأموالهم من عيوب وخطورة هذه السلع والخدمات.

وعليه، فقد قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مضمون الالتزام العام بضمان السلامة في عقد البيع العادي

الفرع الثاني: مضمون الالتزام بضمان سلامة المستهلك في البيع الإلكتروني

الفرع الأول

مضمون الالتزام العام بضمان السلامة في البيع العادي

كان أساس مسؤولية البائع المحترف في التشريع الفرنسي قائما إما على أساس المسؤولية العقدية أوالتقصيرية. فالمسؤولية الأولى مرتبطة بالقواعد العامة الواجبة التطبيق، إذا نتج عن استعمال المبيع أوالمنتج ضرر لحق بالمشتري، وكثيرا ما تطبق أحكام العيوب الخفية المنصوص عليها في المادة 1641 وما يليها.

أما المسؤولية الثانية تتحقق إذا ما لحق الضرر بالشخص غير المتعاقد مع البائع المحترف أوالمنتج، كأن يصاب بضرر من جراء انفجار جهاز التلفاز أوغيره من المنتجات الخطرة، فكانت تطبق المادة 1382 من التقنين المدني.

غير أن هذا الضمان أثبت عجزه على مستوى المبيعات أوالمنتجات المستحدثة ذات التقنيات المعقدة في التركيب والتصنيع، فأتجه تفكير القضاء الفرنسي إلى ضمان مستوى أعلى من السلامة للمستهلك، وذلك بتحميل المحترف عبء التزام جديد، وهو الالتزام بضمان السلامة مستقلا عن غيره من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، متأثرا في ذلك بالتوصية الأوروبية رقم 374 المتعلقة بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة وذلك بتاريخ 24 جويلية 1985، والتي تبناها المشرع الفرنسي في قانون رقم 389 المؤرخ في

1998/05/19 المتعلق بالمسؤولية عن المبيعات المعيبة لتمثل حاليا المواد من 1386 مكررا 1 إلى المادة 1386 مكرر 18 من القانون المدني⁽¹⁾، حيث لم يعد العيب يعرف بعدم المطابقة، بل أصبح له مدلول آخر متمثلا في عدم استجابة المنتج للرغبة المشروعة والمطلوبة في ضمان السلامة، فكان عقد النقل كما أشرنا إليه سابقا أول تطبيق للالتزام بضمان بالسلامة وذلك اثرى القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية⁽²⁾ ثم بسط القضاء تطبيقه الوقائي على عقود أخرى منها عقد البيع⁽³⁾ في نهاية القرن العشرين وبعده.

لقد تم تأسيس هذا الالتزام بناء على نص المادة 1135 و1147 مدني فرنسي المقابلة للمادة 106 و 2/107 مدني جزائري المتضمنة تحديد نطاق العقد، ومستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام⁽⁴⁾.

لكن نظرا لافتقار التطبيقات القضائية إلى توحيد معنى هذا الالتزام، وكذا لتغير مضمونه من عقد لآخر⁽⁵⁾، تدخل المشرع الفرنسي في سنة 1978 بقانون آخر ذو تطبيق عام متعلق بصحة وسلامة المستهلكين، وحل محله قانون 21 جويلية 1983 متضمنا نصوصا يتضمنها نص المادة 1-221. L وغيرها من قانون حماية المستهلك الفرنسي، وهي حول المنتجات والخدمات، وأخرى على الالتزام بالسلامة المشروعة، حيث نصت المادة الأولى منه على غاية هذا الاهتمام حين جاء فيها: " جميع المنتجات والخدمات يجب أن تتضمن حال استعمالها في ظروف عادية، أوفي ظروف أخرى يمكن للمهني أن

(1) المادة 1386 مكررا 1 إلى 1386 مكرر 18، القانون المدني الفرنسي، المرجع السابق . كذلك :د/ موفق حماد عبد المرجع السابق، ص 361.

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية :

Cass.civ, 21/11/1911 : D.1913.1.P 249 .

كذلك قرار :

Cass.civ, 21/ 11/1912, d. 1913, 1, 2, p 249, note : Sarrut

د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 92.

(3) Civ,1^{ère} 11/06/1991 : j c p1992.1.3572, note Viney. (G)

د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 402، هامش رقم 04. كذلك :

(P) Jourdain Cass.civ.1^{ère}, 11 juin 1991, RTD civ.1992, 114, obs :

د/أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 93، هامش رقم 02.

(4) Yves. Picod et Hélène. Davo, op.cit.p192.

(5) Calais – Auloy (J) et Steinmetz (F), op.cit, N°250, p 275.

وكذلك: د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 402.

يتوقع فيها، احتياطات السلامة التي يمكن ترقبها شرعا، ولا يترتب عليها المساس بصحة الأشخاص".

كما يعتبر نص المادة L.221/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽¹⁾ الأساس القانوني لتدخل السلطات العامة، وكانت متضمنة التزاما عاما لضمان السلامة من أجل حماية كل المستهلكين سواء كانوا متعاقدين أو غير متعاقدين، نظرا لعدم احتواء هذه المادة على ما يشير إلى صياغة العقد أو التعاقد، وبالتالي على كل محترف يعرض منتجاته في السوق احترام ضمان السلامة لمستهلكيه⁽²⁾.

لقد كان الفقه والقضاء الفرنسي معتمدا على قانونيين أساسيين للالتزام بضمان السلامة هما: مبدأ حسن النية، ومبدأ مستلزمات العقد، بحيث يعتبر الأساس الأول لدى البعض⁽³⁾ أكثر امتثالا واتفاقا مع طبيعة الالتزام بضمان السلامة، لكون أن أساسه كامن في المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي والتي تقابل المادة 107 من التقنين المدني الجزائري، فعلى المحترف الامتثال لهذا الأساس حتى يتجنب وقوع المستهلك في مخاطر ثم مطالبته بالتعويض.

أما الأساس الثاني فهو متمثل في مستلزمات العقد التي استمدها القضاء الفرنسي⁽⁴⁾ من نص المادة 1135 حيث جاء فيها: " لا يقتصر على التزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا، ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة".

(1) « Les produits et les services doivent, dans les conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

د/ أسامة بدر، المرجع السابق، ص 94، هامش رقم 01.

L.N°83 – 660 du 21/07/1983 art 01.

(2) على سبيل المثال نذكر :

Lambert- Faivre (y), Fondement et régime de l'obligation de sécurité , Dalloz.1994, chron pp 81-83. BIHL (L), Le droit du consommateur à la sécurité, Gazette du palais 1979.1. Doctrine, p733. voir aussi :Ferrier .Didier ,La protection des consommateurs, Dalloz Paris, 1996, p30 et 31.

(3) د/علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 105.

(4) استئناف دوي - Doui - 04 جوان 1954 و كذلك نقض مدني فرنسي 14 ديسمبر 1986.:

د/ علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 105.

هذا إذن عن الأهمية القصوى التي اخصها الاتحاد الأوروبي للالتزام بضمان السلامة في العقود، منها عقد البيع، فما مدى أهمية هذا الالتزام في القانون الجزائري؟ لقد اهتمت الجزائر بحماية المتعاقد طبقا للنظرية العامة المؤسسة على نظرية العيب الخفي، وعيوب الإرادة، ويسأل المتدخل مسؤولية عقدية مجرد الإخلال بالالتزامه في الضمان إزاء المتعاقد معه.

كما يمكن مسألته ضمن المسؤولية التقصيرية إن كان من أصابه الضرر من الغير وفق المادة 124 مدني جزائري. غير أن مع دخول الجزائر المنافسة الحرة، وتحسين معيشة المستهلكين⁽¹⁾ وتشجيعها للاقتصاد الحر، أدى إلى ظهور منتجات مختلفة مع شك المستهلك في كونها أصلية أو مقلدة، خطرة أو آمنة.

كل هذه العوامل والأسباب دفعت بالسياسة التشريعية إلى إصدار قانون رقم 02-89⁽²⁾ (ملغى) المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الذي أعتمد على نفس مبدأ قانون 1983 الفرنسي، الذي تم تكريسه ضمن قانون 02-89، حيث نصت المادة 02 منه على: "كل منتج سواء كان شيئا ماديا أو خدمة مهما كانت طبيعته يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك أو أمنه، أو تضر بمصالحه المادية"، وكذا المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 15/09/90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات فقد نصت المادة 03 منه على: " يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المتخصص له و/أو من أي خطر ينطوي عليه ويسري هذا الضمان لدى تسليم المنتج". كما وردت تطبيقات لقانون 02-89 الملغى عبر المراسيم التنفيذية لحماية المستهلك وتجنب وقوع المستهلكين في الغش من جراء بضاعة معيبة مهما كان نوعها سواء كانت غذائية⁽³⁾، أو أدوية⁽¹⁾ أو مواد التجميل والتنظيف الخاصة بالجسم⁽²⁾.

(1) د/ محمد شريف كتو، الممارسات المناهضة للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005 ص26.

(2) قانون رقم 02-89 (الملغى) المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الصادر بتاريخ 08/02/1989، الجريدة الرسمية، عدد 06 الصادر بتاريخ 08/02/1989.

(3) فهي عديدة، ونذكر على سبيل المثال: المرسوم التنفيذي رقم 90-366 مؤرخ في 10 نوفمبر 1990 متعلق=

كما نصت المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المتضمن تعديل الدستور الجزائري على أن: "الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات، وتتكفل بحماية كل مواطن في الخارج".

ويعد المرسوم التنفيذي رقم 97-494 المؤرخ في 21/12/97 المتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب أكثر توضيحا ومعبرا لمفهوم السلامة والأضرار التي تلحق بالمستهلك، حيث عرفت المادة الثانية منه السلامة: "...السلامة: هي البحث عن التوازن الأمثل بين جميع العناصر المعينة، والتي تستهدف إلى التقليل من أخطار الجروح في حيز ما هو معمول به" (3).

لما صدر القانون الأخير رقم 09-03 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش (4) كرس نفس المبدأ الذي جاء به قانون رقم 89-02 (الملغى) المتعلق بحماية المستهلك مع محاولة سد بعض الثغرات الموجودة فيه، كعدم وملائمته مع متطلبات هذا الوقت في مجال ضمان سلامة المستهلك، لذا فتناول قانون رقم 09/03 الالتزام بضمان السلامة ونص عليه في الفصل الثاني في المادة 09 و 10، حيث تضمنت المادة التاسعة منه ما

=يوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها، الجريدة الرسمية، العدد 50 الصادر في 21 نوفمبر 1990، المرسوم التنفيذي رقم 91-04 مؤرخ في 19 جانفي 1991 متعلق بالمواد المعدة لكي تلامس الأغذية وبمستحضرات تنظيف هذه المواد، الجريدة الرسمية، العدد 04 مؤرخ في 23 جانفي 1991، المرسوم التنفيذي رقم 91-53 مؤرخ في 23 فيفري 1991 متعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك، الجريدة الرسمية العدد 09 مؤرخ في 27 فيفري 1991، المرسوم التنفيذي رقم 92-30 مؤرخ في 20/01/1992 متعلق بخصائص وأنواع البن وعرضها . كذلك: قرار وزاري مشترك مؤرخ في 19/09/1999 بكيفية تحضير اللحوم المفرومة عند الطلب ووضعها للاستهلاك، أما الأغذية المستوردة، فلقد نص المشرع الجزائري على أن يحتوي غلافها على مقاييس الدليل الغذائي الصادر عن المنظمة العالمية للتغذية والمنظمة العالمية للصحة وذلك في قرار مؤرخ في 1995/11/07

متعلق بالموصفات التقنية التي تطبق على المواد الغذائية المستوردة.

(1) قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المؤرخ في 16 فبراير 1989، الجريدة الرسمية العدد 01 الصادر في 16 فبراير 1989 بحيث تتضمن نصوصا صارمة عند مخالفة مبدأ حماية الصحة وجزاءاتها العقابية عن: د/بودالي محمد، المرجع السابق، ص 427.

(2) صدور المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 14/01/1997، محدد لكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني. وتوضيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، الجريدة الرسمية، عدد 04 الصادر في 15 جانفي 1997 معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 10-114 مؤرخ في 18 أفريل 2010، الجريدة الرسمية، العدد 26 الصادر في 21 أفريل 2010.

(3) د/علي الفتاك، المرجع السابق، ص 431.

(4) قانون رقم 09-03 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2009 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادر بتاريخ 08 مارس 2008.

يلي: " يجب أن تكون المنتجات 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، والشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

أما المادة 10 منه، فقد كان نصها موجها لكل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك أن يحترم إلزامية أمن المنتج فيما يخص مميزاته تركيبه تغليفه، وشروط تجميعه وصيانتته. كما يجب أن يتنبه لمدى تأثير المنتج بالمنتجات الأخرى عند استعمالهما مع بعضها. ويجب كذلك عرض المنتج بوسمه وتحذيرات استعماله أو إتلافه حتى لا يعرض المستهلك للهلاك.

كما تم تقرير مبدأ السلامة في قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾، و نص قانون حماية المستهلك وقمع الغش على عقوبات تطبق على المتدخل المخل لكل أو بعض الالتزامات المنصوص عليها ضمن هذا القانون، كالتزام بالإعلام والسلامة والمطابقة، وفرض تدابير وقائية لحسن ضمان هذه السلامة للمستهلك، وذلك في المادة 65 منه. حيث نص المشرع كذلك ضمن هذا القانون الجديد على عقوبات جديدة لم يتضمنها قانون حماية المستهلك السابق والملغى، و الأهم في ذلك أنه لم يميز بين الجرائم العمدية وغير العمدية في هذا المجال، فبينها من خلال إحالتها إلى قانون العقوبات.

كذلك فباعتبار أن جرائم الغش أو الخداع في المبيعات وخاصة منها، المواد الغذائية، فهي تصنف من قبل جرائم الخطر وليس الضرر، أي أن الجريمة موجودة حتى لو لم ترتب نتيجة، أي تحقق الضرر الذي يلحق بالمستهلك، فنجد المادة 68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، قد أحالت الوضع إلى تطبيق ما نص عليه قانون العقوبات في المادة 429، وهي الغرامة من 2000 دج، ألفين دينار جزائري إلى 20.000 دج عشرين ألف دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(1) أمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم .

تشدد العقوبة في المادة 69 من قانون قمع الغش لتصل إلى 05 خمس سنوات سجن وغرامة 500.000 إذا خدع المتدخل أو حاول أن يخدع بواسطة الوزن أو الكيل أدوات مزورة أو إرشادات أو ادعاءات مدلسة أو منشورات أو تعليمات أخرى. تضاف هذه العقوبات إلى تلك المنصوص عليها في المادة 82 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش. كما أحالت المادة 70 من نفس القانون التي نصت على المنتجات الموجهة للاستهلاك إلى المادة 431 من قانون العقوبات التي نصت على عقوبة الحبس من 02 سنتين إلى 05 خمس سنوات وغرامة 10.000 دج، عشرة آلاف دينار جزائري. بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 82 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

لقد نص في المادة 71 على مخالفة إلزامية سلامة المواد الغذائية بعقوبة متمثلة في غرامة من 200.000 مائتي ألف دينار جزائري إلى 500.000 خمسمائة ألف دينار جزائري.

نص كذلك في المادة 13 على مخالفة إلزامية ضمان المنتج، ويعاقب عليها طبقا للمادة 75 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش التي نصت على غرامة 100.000 مائة ألف دينار إلى 500.000 خمسمائة دينار جزائري.

إذا ألحق المنتج المغشوش مرضا أو عجزا عن العمل⁽¹⁾ من جراء مخالفة المتدخل إلزامية أمنه، فلقد نصت المادة 83 من قانون المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 على المتدخل طبقا للمادة 1/432 من قانون العقوبات بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500.000 خمسمائة ألف دينار إلى 1.000.000 مليون دينار جزائري.

تشدد العقوبة إلى السجن المؤقت من 10 عشرة سنوات إلى 20 عشرون سنة وغرامة من 1.000.000 مليون دينار إلى 2.000.000 مليون دينار إذا تسبب المنتج في مرض غير قابل للشفاء أو إلى فقدان عضو، أو إصابة بعاهة، فيتعرض المتدخل لعقوبة السجن المؤبد إن تسبب المرض في وفاة الشخص أو عدة أشخاص، وهذا ما نصت

(1) عدم تحديد المشرع في هذا القانون لنوع المرض ولا حتى لنسبة العجز، فيمكن تقدير ذلك بواسطة الخبرة الطبية. د/ محمد بودالي، شرح جرائم الغش وبيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، دار الفجر، القاهرة، سنة 2005 ص53.

عليه المادة 83 في فقراتها الثانية والثالثة من قانون حماية المستهلك وقمع الغش. فعقوبة الإعدام قد انفرد بالنص عليها المشرع الجزائري، غير أن المشرع الفرنسي لم ينص عليها، بل نص على التشديد في مبلغ الغرامة (1).

هكذا رتب المشرع الجزائري مسؤولية جزائية على المتدخل المخل لالتزام قانوني، وتنتج عنه مضرة عامة، حيث تقوم النيابة العامة بتحريك الدعوى العمومية (2) أو مضرة خاصة تلحق بالمستهلك الذي يرفع الشكوى في ذلك.

علاوة على هذه المسؤولية الجزائية، فقد أقر المشرع مسؤولية مدنية على المتدخل متمثلة في تعويض المتضررين عن إصابتهم في مصالحهم المالية أو المعنوية من المنتجات، أو الخدمات المجردة من قواعد السلامة الخاصة أو العامة التي ينبغي توافرها في المنتجات، ونصت عليها المادة 19 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وكذلك المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 التي تلزم المتدخل بجبر الأضرار التي تصيب الأشخاص في كل الحالات.

الدائن بالضمان، أي المتعاقد المضرور، يستطيع إثبات مسؤولية المتدخل بكافة طرق الإثبات، كعدم إعلامه بخطورة المبيع أو المنتج أو عدم تقديم معلومات كافية لاستعماله وكذلك عدم تقديم تحذيرات خاصة بمخاطر استعماله. أما إذا كان المضرور من الغير، فعليه إثبات خطأ المنتج أو البائع وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

كما يستطيع المدين بدوره نفي مسؤوليته، إما بالقوة القاهرة أو بخطأ المضرور كاستعماله الخاطئ للمنتج (3) أو قام باستعماله في غير الغرض المخصص له وكذلك باستعماله للمنتج بعد انتهاء مدة الصلاحية (4). غير أن هناك من يرى الاستدلال في الإثبات بخطأ الغير وكذلك مخاطر النمو (5) أو بانتفاء الغرض الاقتصادي (6).

(1) د/محمد بودالي، المرجع السابق، ص 435.

(2) المادة 29 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

(3) د/ محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 91.

(4) قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 294 و 291.

(5) نصت عليه المادة 11/1386 الفقرة الرابعة من القانون المدني الفرنسي "المنتج يكون مسئولاً بقوة القانون إلا إذا أثبت أن حالة المعارف العلمية والتقنية وقت عرض المنتج للتداول لم تكن تسمح باكتشاف وجود العيب".

د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 473.

(6) للمزيد من المعلومات نذكر: د/ زاهية حورية كجار (سي يوسف)، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة=

ان المسؤولية الواقعة على عاتق البائع والمنتج المهني تترتب على تعويض الأضرار التي أصابت المستهلك من جراء المنتجات والخدمات المعيبة، وفي نفس الوقت يلجأ البائع والمنتج إلى الاستعانة بالتأمين⁽¹⁾ لتغطية المسؤولية المدنية المترتبة عليهما. وعليه، يمكن القول أن موضوع الالتزام بضمان السلامة من أهم موضوعات المسؤولية المدنية، فالعدالة توجب التزام البائع بالتكفل بكل الأضرار الناجمة عن أوفعل الشيء المبيع ولو لم يستطيع البائع الكشف عن هذه العيوب، لأنه أصلاً يفترض حسن النية في المتدخل. غير أنه يمكن إعفاؤه من هذه المسؤولية في حالة وجود مخاطر التقدم التي يعرفها عصر العولمة من جهة والمنافسة من جهة أخرى.

إضافة إلى المسؤوليتين السابقتين، لابد من اتخاذ أكثر تدابير وقائية ضد مخاطر السلع التي يعرضها المتدخل في السوق سواء كان بائعاً محترفاً أو منتجاً، ومن بين هذه التدابير، مراقبة دخول المحترف في السوق⁽²⁾ ومراقبة دخول المنتجات والخدمات إلى السوق من قبل الدولة.

باعتبار الالتزام بالسلامة مستقلاً عن القواعد العامة، فما هو مضمون هذا الالتزام في البيع الإلكتروني؟ ذلك ما سوف نتعرض إليه بالدراسة في هذا الفرع الثاني.

الفرع الثاني

مضمون الالتزام بضمان سلامة المستهلك في البيع الإلكتروني

لا شك أن التعاملات عبر الانترنت، ومنها التعاقد بالبيع والشراء في السلع والخدمات تتسم بطابعها الفني المعقد في تصنيعها، وكذا في طريقة استعمالها، مما أدى إلى زيادة المخاطر على المستهلك في سلامة جسده وأمواله من جراء اقتناء هذه السلع واستعمالها في مختلف المجالات.

= أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تيزي وزو، سنة 2006، ص 306 و 331.
⁽¹⁾ المادة 168 من الأمر رقم 95-07 متعلق بالتأمينات، مؤرخ في 25 يناير 1995، معدل ومتمم بقانون 06-04 مؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية عدد 13 الصادر في 08 مارس 1995
 وكذلك: د/ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، دون ذكر دار النشر، القاهرة، سنة 1978 ص 440.

⁽²⁾ د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 405 و ص 412، 413 من نفس المرجع.

رجوعاً إلى نص المادة (L.221/1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي، هناك من يرى⁽¹⁾ أن الالتزام بالسلامة هنا ليست هي السلامة المطلقة، بل هي السلامة التي تتوافق مع الحالة التقنية، وشروط استعمال المنتجات أو استخدام الخدمات.

غير أن الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء والتشريع، ذهب إلى أن البائع يضمن المستهلك في إطار الالتزام بتحقيق نتيجة، فلا يهمله إثبات بذله للعناية الواجبة للتأكد من خلو المبيع من العيوب⁽²⁾. لذا فلا شك أن ضمان السلامة في البيع الإلكتروني، هو ذلك الالتزام الذي يتطلب وجود ضمانات في الشيء المبيع أو المنتج تحمي المستهلك من المخاطر التي تمس صحته وأمواله، وبالإضافة إلى مخاطر التقدم العلمي⁽³⁾. حتى يرفع المستهلك دعواه على أساس ضمان السلامة، الذي يعتبر مبدأ مستقل في حد ذاته⁽⁴⁾ ومعمول به في التعاقد الإلكتروني، ينبغي توافر عدة شروط هي⁽⁵⁾:

1. وجود الخطر الذي يهدد المتعاقد الإلكتروني في سلامة جسده وأمواله، فلا بد أن يفوق الخطر المحتمل وجوده على المستهلك في البيع الكلاسيكي، بحيث أن المستهلك الإلكتروني يشتري المنتج عبر الانترنت، فلم يتمكن من رؤيته عن كثب لفحصه، ويتلقى معلومات ناقصة جداً عنه، ومنحصرة في نموذج الاستعمال المرفق بالسلعة. فعند

(1) Calais – Auloy (J) et Steinmetz (F), op.cit, n° 258 , p 282.

« La sécurité qu'exige la loi n'est pas la sécurité absolue : c'est une sécurité compatible avec l'état de la technique et avec les conditions d'utilisation du produit ou du service ».

وكذلك : د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 99.

(2) د/ عدنان سرحان و نوري خاطر، المرجع السابق، ص 315 و د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ص 69. وكذلك: د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 99.

(3) وهي تلك المخاطر التي لا يستطيع المنتج أو الصانع التنبؤ بحدوثها في التصنيع أو التسويق لعدة أسباب أو معطيات منها المعطيات العلمية الغير المعروفة وقت تصنيع المنتج. خيال محمود السيد عبد المعطي، التعاقد عن طريق التلفزيون دون ذكر دار النشر ولا بلد النشر، ص 79.

ولقد خضع مفهوم التقدم أو التطور العلمي لعدة تعريفات إلا أن محكمة العدل الأوروبية حددت مفهومه في حسم نزاع بتاريخ 1997/05/29 بقولها: "إن مخاطر التقدم العلمي يقصد بها المعرفة العلمية والتكنولوجية على مستوى العالم وليس على مستوى دولة معينة أو بصدد قطاع صناعي أو إنتاجي معين." د/بودالي محمد، المرجع السابق، ص 47.

(4) Calais – Auloy (J) et Steinmetz (F), op.cit, N°257, p 281, 282.

(5) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 67 و د/عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 345 و د/ جابر محمود علي، المرجع السابق، ص 223 و د/ محمود التلتي المرجع السابق، ص 204.

الاستعمال قد ينفجر عليه، أو على أفراد عائلته فيسبب له خسارة مالية لا يتوقعها، أي أن هذا الالتزام يمتد إلى حماية ممتلكات المشتري، لأن البائع المهني، أو المنتج يفترض فيه العلم بالمبيع وخطورته، فمسئوليته في ضمان السلامة تكون نتيجة لنقص إعلام المستهلك بالمبيع أو لامتناله بسوء النية.

2. كون المدين بالالتزام بالسلامة، أي المتدخل مهنياً أو محترفاً: أي عالماً بالمبيع أو صنعه وتركيبه، أو كونه ذو خبرة في الشيء المبوع. فبعد غرس الأمان في نفسية المستهلك، ومنحه الثقة للقدوم على الشراء دون حذر، فبعد اقتناء المبيع، فبحكم جهل المستهلك لتكوين أو تركيب السلع أو المنتجات التقني أو الكيميائي (الأدوية)، ينطوي على استعمالها خطر محقق له وللآخرين⁽¹⁾. فمن ثم افتراضاً واعتماداً لما لديه من معلومات بحكم مهنته، نرى لزوماً احترامه للخبرات العلمية التي اكتسبها وممارستها عند التعاقد بالمبيع أو الإنتاج أو التصنيع.

3. كون أمر الحفاظ على أحد المتعاقدين موكلاً للمتعاقد الآخر: لا يقصد من هذا الشرط خضوع المستهلك للمتدخل المحترف خضوعاً مطلقاً، كما هو الحال بالنسبة للمريض الذي لا يستطيع مناقشة الطبيب على سلامة علاجه بسبب الفرق العلمي الموجود بينهما⁽²⁾، بل يراد منه، أي نوع من أنواع الخضوع، سواء كان ذلك من الناحية الحركية أو النفسية أم الاقتصادية. فمثال النوع الأول يكمن في عقود التعليم الرياضي أو الرقص أو قيادة السيارات، ومثال النوع الثاني نجدها في عقود النقل التي تخضع بمقتضاها الراكب لتعليمات الناقل دون أن يكون بإمكانه مراجعة مقتضيات الأمن⁽³⁾.

أما النوع الثالث، فيتعلق بعقود الإذعان أين يحتكر فيها أحد المتعاقدين سلعة أو خدمة مما يسمح له إملاء شروط عليه، تؤخذ أو تترك⁽⁴⁾. فإذا تعرض المستهلك الإلكتروني

(1) د/جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 2223 و د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 67.

(2) زينب حميد هادي الربيعي، الالتزام بضمان السلامة في عقد العلاج الطبي، مذكرة ماجستير، جامعة النهدين، كلية الحقوق، سنة 2003، ص 94. و د/ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 143.

(3) د/محمود التلي، المرجع السابق، ص 205.

(4) د/عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، سنة 1946

للضرر بعد اقتناء هذه السلع أو الخدمات، كيف يتم تعويضه عن الضرر الذي تسببت فيه هذه المبيعات؟

تقضي القواعد العامة بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما احتوى عليه، وأن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وأن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. فلم يكتف المشرع الفرنسي والإتحاد الأوروبي⁽¹⁾ بتلك القواعد العامة، بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك، فأقاموا نوعا من المسؤولية الموضوعية⁽²⁾ على عاتق المنتج، وهي ضمان الحصول على معلومات متعلقة بالمنتج والمنتج وكذا ضمان تعويض الضرر المادي والمعنوي الذي يلحق بالمستهلك من جراء المنتجات المعيبة ومخاطرها، كما يضمن له الحق في صحته وأمان مصالحه الاقتصادية⁽³⁾.

كما نظم المشرع التونسي في قانون المعاملات الالكترونية هذه الحالة، حيث نص في الفصل 34 منه على: " في حالة البيع بالتجربة، فإن البائع يتحمل المخاطر التي تنتج من المنتج، وذلك حتى انتهاء مدة التجربة، ويعد لاغيا كل شرط يتضمن إعفاء البائع من المسؤولية عن هذه المخاطر خلال الفترة المحددة للتجربة"⁽⁴⁾. ولقد احتوى هذا الفصل كذلك جانب ايجابي يفيد المشتري، وهو تحمل البائع مخاطر المبيع في فترة التجربة، إلا أننا لاحظنا جانب سلبي فيه، وهو ربطه ضمان السلامة بفترة التجربة دون سواها، غير أن الشيء المبيع قد لا تظهر مخاطره في فترة التجربة، بل قد تظهر بعد انتهاء هذه الفترة.

إذا تحققت حالة الإخلال بضمان السلامة، يعود المستهلك على التاجر المزود (أي البائع) على أساس المسؤولية العقدية، غير أنه نادرا ما يتعامل المستهلك مع المنتج أوالصانع، لكن إن تم التعامل بينهما، يمكن له الرجوع على المنتج أوالرجوع على الصانع للمادة الأولية للمنتج، أوالرجوع على منتج الجزء الذي كان فيه العيب الذي سبب له

(1) القانون رقم 98-389 الصادر في 19/05/1998، و التوجيه الأوروبي الصادر في 25/07/1985.

(2) د/أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 94. حيث يقول: "يجب أن يتحقق الأمان الذي يتوقعه الجمهور وفق معيار موضوعي، وبطريقة معتادة تتفق مع التقدم التقني، في ضوء المعطيات العلمية القائمة بالفعل وقتها، ومع ظروف استعمال المنتج أو استخدام الخدمة".

(3) المرجع نفسه، ص 91.

(4) د/ خالد ممدوح إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص 353.

أضراراً، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية لإخلاله بالالتزام بضمان السلامة⁽¹⁾، فهذه المسؤولية لا تقبل إثبات العكس. كما يمكنه أيضاً أن يرفع دعواه على كل هؤلاء المتدخلين بالتضامن فيما بينهم. والمستهلك لا يكون ملزماً بإثبات الخطأ من جانبهم.

حتى ينفي الصانع مسؤوليته، فلا يكفي أن يثبت عدم إخلاله بالسلامة، بل علاوة على ذلك، عليه بإثبات أن الضرر الذي لحق بالمستهلك راجع لسبب أجنبي⁽²⁾، كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور عند استعمال الشيء المبيع أو عدم تحقق المضرور من صلاحية المبيع للاستعمال للامبالاة والتهاون الصادر منه⁽³⁾.

أما المنتج فوفقاً للمادة 10/1386 من القانون المدني الفرنسي الخاص بحماية المستهلك يستطيع دفع مسؤوليته إذا أثبت أن المعرفة العلمية، والفنية السائدة وقت الإنتاج إلى غاية وضع المنتج في التداول لم تكن تستطيع التوصل لاكتشاف العيب الموجود فيه⁽⁴⁾. غير أننا نعتبر الصانع أو المهني مسئولاً عن مخاطر التقدم، وما ينتج من عيوب وسلبات تؤثر على ضمان سلامة المستهلك. فالمنتج أو الصانع لا بد أن يحتسباً لمخاطر الشيء قبل إقبالهما على تصنيعه، كما أن البائع المهني، لا بد أن يتحلى بحسن النية عند تقديم المنتج للمستهلك حتى يتجنب وقوع المشتري ضحية الغش الممارس ضده من قبله أو ممن يتعاملون معه بسوء النية.

يلاحظ مما سبق في هذا الموضوع أن الالتزام بضمان السلامة يتعلق بالمنتجات والخدمات عموماً، سواء كانت عامة خاصة، محلية أو مستوردة، وأن محل التعاقد هنا في الحقيقة هو تفعيل أو توفير ضمان السلامة حتى لا يتعرض المستهلك للخطر، كما أن

(1) د/خالد ممدوح إبراهيم محمد، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، 2005، ص 352. أنظر كذلك: القيسي عامر أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، الطبعة الأولى، دار العلمية ودار الثقافة، عمان، الأردن، سنة 2002 ص 189-190.

(2) د/خالد ممدوح إبراهيم محمد، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 352 و عبد الله بن سليمان بن صالح الميمني، التنظيم القانوني للمسؤولية عن أضرار المنتجات، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، طنطا سنة 2000، ص 157.

(3) د/محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 69 وكذلك د/حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، المرجع السابق، ص 117.

(4) د/محمود حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص 247 و د/خالد ممدوح إبراهيم محمد، المرجع السابق ص 353.

توسيع مسؤولية المتدخل المزود للمنتجات والخدمات المعيبة، تقتضي أن مجرد وقوع الفعل الضار حتى لو كان بحسن النية، فهذا يجيز للمستهلك المطالبة بالتعويض سواء وقع الضرر أولم يقع، لأن غاية المستهلك من اقتناء المبيع، هو الانتفاع به، فيلتزم البائع بتحقيق هذه النتيجة.

المبحث الثالث

الالتزام بالمطابقة طبق النظرية العامة للعقد وفي عقد البيع

الإلكتروني

بعد أن واكب التطور والتقدم أساليب الإنتاج والتوزيع، أصبح من الضروري أخذ الحذر من زيادة المخاطر التي قد يتعرض لها المستهلك في التعامل مع المنتجات والخدمات، خاصة الحديثة منها.

لذا برز الالتزام بضمان المطابقة للمواصفات والمقاييس، وأحتل دورا بالغ الأهمية لحماية المستهلك في البيع العادي أو الإلكتروني، فأصبح هذا الالتزام مفروضا، ويستخدم كوسيلة أو أداة لتتوير المشتريين، أي المستهلكين المتعاقدين أو غير المتعاقدين، حول ملائمة أو غير ملائمة السلعة أو الخدمة محل البيع.

لذا فإن وقع البيع بين المتعاقدين، وتمت رؤية المشتري - المستهلك - للمبيع، فينبغي أن يكون عند تسليمه مطابقا لما تمت رؤيته عند ابرام العقد ولما تم الاتفاق عليه من قبل، فأى تغيير في أوصافه بسبب وجود عيب فيه أوفى صنعه أوفى تركيبه، لا يعد ذلك تنفيذا للمتدخل بضمان الالتزام بالمطابقة، بل مخرجه.

المبدأ في ضمان التزام المطابقة لدى الفقه الفرنسي، بصدد البيوع أو تقديم الخدمات المعروضة في السوق، يجب أن تكون هذه المعروضات مطابقة للتوقع المعقول من جانب المستهلكين⁽¹⁾، بهدف حمايتهم، أي أن المطابقة مفروضة في المبيع قبل التسليم (أي أثناء عرض المنتج) وبعد التسليم، إلا أن هناك من يرى أنها مطلوبة ومقصورة بوقت تسليم المبيع⁽²⁾. فالتقنيات المدنية وقوانين حماية المستهلك، وكذا اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 وغيرها من الاتفاقيات، تضمن الحماية للمشتري من خلال

(1) د/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 83 و د/ حمد الله محمد حمد الله، مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي، ترجمة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص 8 وما بعدها.

(2) د/ عمر زريقات، المرجع السابق، ص 351 و د/ أحمد أسامة بدر، المرجع السابق، ص 84. وقانون الاستهلاك الفرنسي. L. 211.4. غير أن اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 في المادة 36، الفقرة 1 و 2، يفهم منهما أن البائع ملزم بضمان عيب المطابقة قبل التسليم، كما يسأل عنه بعد التسليم إذا كان العيب في المطابقة سببه إخلاله بالالتزام بالضمان.

ضمان المطابقة، لأن ضمان العيوب الخفية أصبح عاجزا لتغطية المخاطر الكبيرة التي تتجم عن استعمال المبيع المستحدث والخطير الذي ساهمت في صنعه التكنولوجيات المختلفة لشركات متعددة، وعرضه في الأسواق المحلية الوطنية أو عبر الانترنت، فهذا الوضع أدى إلى تأكيد الالتزام بضمان المطابقة في السلع والخدمات لتقادي مخاطرها. من أجل ذلك، لقد نظم المشرع الفرنسي والجزائري والمصري نصوصا متفرقة تخص هذا الالتزام، فأولت هذه القوانين للمواصفات والمقاييس مكانة واهتماما بارزا، فأكدت على ضرورة احترامها، لأنها عنوان ودليل إثبات لتجسيد المطابقة، وكذلك رغبة للمحافظة على سمعة ومثانة التعامل الاقتصادي، وتوفير الحماية للمستهلكين سواء في البيع العادي أو البيع الإلكتروني.

فمن خلال عنوان المبحث، تطرقنا إلى تقسيم الموضوع إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الالتزام بالمطابقة ومضمونه في البيع العادي والإلكتروني

المطلب الثاني: التدابير المتخذة لضمان المطابقة والجزاء المترتب عند الإخلال

بضمان المطابقة.

المطلب الأول

تعريف الالتزام بالمطابقة ومضمونها في البيع العادي والإلكتروني

ما يعرف على المطابقة هو تسلم الشيء المبيع بالحالة التي كان عليها وقت إبرام العقد، أي عند تسليم المبيع، لا بد على البائع أو المنتج تقديمه بنفس المواصفات التي تمت رأيتها من قبل المشتري، وكذا لا بد من تحقيق كل الاشتراطات المتفق عليها.

لقد تعرض كل من المشرع الفرنسي والمصري والجزائري لتنظيم هذا الالتزام في مختلف نصوص التقنينات المدنية، وكذا قوانين حماية المستهلك التي حرصت على تقرير هذا الحق للمستهلك في البيع العادي والإلكتروني، وذلك بغية حصوله على مبيع أو منتج مطابق للمواصفات والغرض المقصود.

فتماشيا مع منهج الدراسة، قسمنا هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الالتزام بالمطابقة فقها وقانونا

الفرع الثاني: مضمون الالتزام بالمطابقة في البيع العادي والإلكتروني

الفرع الأول

تعريف الالتزام بالمطابقة فقها وقانونا

لقد عرف الفقه الفرنسي المطابقة بأنها مطابقة الشيء المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد للاشتراطات الصريحة أو الضمنية فيه (1). ونفس الأسلوب في تعريف المطابقة نهجه بعض الفقهاء، لذا فعدم المطابقة عندهم، هي أن يستلم المشتري شيئاً غير الذي اشتراه (2)، كما يرى البعض الآخر أنه يختلف في جوهره، أوفي أحد عناصره الأساسية عن الشيء الذي تم الاتفاق عليه في العقد (3).

غير أن هناك من عرفها بأنها مطابقة المنتج أو الخدمة للقواعد الآمرة الخاصة بالمواصفات الواردة في القوانين، واللوائح وللمقاييس، والعادات المهنية (4). ولدى الرأي الآخر لا بد أن تتجسد هذه المطابقة في مطابقة الرغبات المشروعة للمستهلكين للمنتجات والخدمات (5).

رجوعاً إلى التقنيات المدنية، وقوانين حماية المستهلك المنظمة للمطابقة، نجد المشرع الفرنسي قد نص فقط على المطابقة الوصفية من خلال المادة 1128 و1587 من التقنين المدني، وكذا ضمان عدم المطابقة نتيجة العيوب الموجودة في المبيع عند التسليم. أما قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949 الصادر في 26/07/1993 المعدل بقانون 17/02/2005 المتعلق بضمان مطابقة المبيع للعقد المفروض على عائق البائع لمصلحة المستهلك، فيعتبر هذا الالتزام حسب المادة 4 . 211 . L من قانون الاستهلاك الفرنسي وكذا المادة 1 . 212 . L (6) من ضمن التزامات البائع، وغيره من المتدخلين، فنصت على:

(1) د/ ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2008، ص 7 و 8.

(2) د/ عبد المنعم علي، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2007، ص 527.

(3) د/ جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 195.

(4) د/ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 283.

(5) Calais – Auloy (J) et Steinmetz (F), Op.cit, p 219.

(6) Ordonnance n°2005 – 136 du 17 février 2005 : Code de consommation, art L .212.1.

Aussi : L .211 – 4 :

« Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond aux défauts de conformité existant lors de la délivrance » =

"المنتجات والخدمات يجب أن تستجيب للنظم السارية المتعلقة، بأمن وبصفة الأشخاص بنزاهة العمليات التجارية وبحماية المستهلكين، وأن تكون مطابقة للانتظار المشروع للمستهلكين".

لذا فالمبيع أو المنتج حسب هذه المادة يجب أن يحتوي على مميزاته، ويحقق للمستهلك الأمن الذي يبعد عنه خطر استعماله في الظروف العادية أو غير العادية، غير أن المادة L.212.1 من قانون حماية الاستهلاك الفرنسي، لم تنطرق إلى تعريف المطابقة، بل نصت على وجوب المطابقة المسبقة بين الشيء المبيع والمواصفات التي يتعين إنتاجها به⁽¹⁾. وهذا ما لا لحظناه كذلك، وأن المطابقة المبتغاة من خلال هذه المادة هي اشمل عن التي اشترطها المتعاقدين وذلك بغرض حماية المستهلكين في كل العقود.

كما نظم المشرع المصري هذا الالتزام بالمطابقة في القانون المدني، لكن دون ذكر تعريفا لها، حيث نصت المادة 2/447 مدني مصري على: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه...". وفي نصوص أخرى، يذكر المشرع المصري صورها في المواد 420 و 431 من التقنين المدني، وكذا في قانون 06/67 المتعلق بحماية المستهلك متضمنا الصفات الواجب توافرها في المنتجات، كالجودة والمطابقة للمواصفات.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على تعريف الالتزام بالمطابقة سواء في التقنين المدني أو قوانين حماية المستهلك، مثله مثل المشرع المصري، فذكر صورها في كل من المواد 94 و 353 و 364 من التقنين المدني، حيث تناول في المادة 94 شروط محل العقد، منها تحديده أو تعيينه عند إبرام العقد، حتى يتم تسليمه مطابقا لذاك التحديد.

= Et aussi :

- Philippe le Tourneau, op.cit, p 275 .

- Magdalena Zygier. Jalladeau, La protection du consommateur dans le contrat de vente en Line, Master 2 « recherche de droit, université de Panthéon, Assas, 2009-2010, p 58.

⁽¹⁾ Yves Picod, Hélène Davo, Droit de la consommation, éd Armand Colin, Dalloz 2005 p 217.

ود/ محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 147. كذلك د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص 65.

كما تضمنت المواد 03 و05 و10 من قانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى) الالتزام بالمطابقة، حيث نص في المادة 03 منه على: "يجب أن تتوفر في المنتج أو الخدمة التي تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمة و تميزه".

كما تقرر الالتزام بضمان المطابقة في القانون الجديد لحماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03⁽¹⁾ وذلك في الفصل الثاني، المادة الثالثة، الفقرة الثامنة عشر بما يلي "استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية وللمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاص به". ونص كذلك على إلزامية كل المتدخلين بإثبات مطابقة المنتجات في الفصل الثالث المادة 11 و12 من نفس القانون. غير أننا نعتبر أن المشرع الجزائري قد عرف المطابقة في قانون حماية المستهلك الأخير رقم 09-03، حين نص على "تلبية المنتج للرغبة المشروعة للمستهلك". وهذه الرغبة محددة طبقا لمعايير مؤسسة على مبادئ هامة، مثل قواعد ومقاييس المنتج أو الخدمة، طبيعة وغرض المنتج والخدمة، وكذا إعلام المنتج المهني أو البائع المستهلك بكافة المعلومات الخاصة بالمنتج أو الخدمة.

الملاحظ من خلال كل هذه المفاهيم المذكورة سلفا، أنها لم تتضمن معنى الالتزام بالمطابقة، بل اقتصر بعضها على تعريف المطابقة، بكونها محل التزام البائع بما تتضمنه من مواصفات للمبيع متفق عليها عند التعاقد.

لذا يمكن القول أن ضمان المطابقة هو احتواء المبيع عند التسليم لنفس المواصفات التي تم الاتفاق عليها وأرويتها من قبل المشتري عند إبرام العقد. أما فيما يخص تعريف المطابقة في البيع الإلكتروني، فبعد تطلعنا على هذا موضوع، توصلنا إلى عدم وجود تعريفات مميزة تجعل من هذا الالتزام يكتسب خصوصية في التعريف أو التطبيق على ما هو معمول به في العقد العادي. فالمطابقة المطلوبة في البيع الإلكتروني، هي أن يكون ما تم تسليمه للمستهلك مطابقا لما تم الاتفاق عليه، أي

(1) قانون رقم 03/09 مؤرخ في 25/02/2009 متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش الصادر في الجريدة الرسمية العدد خمسة عشرة بتاريخ 8 مارس 2009.

ضرورة وجود الصفات التي كفلها البائع للمشتري في المبيع، وفق قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93/949 المعدل في 2005 المتعلق بضمان مطابقة الشيء للعقد الذي نص على ضمان البائع عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم⁽¹⁾.

كما أن قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000 لم يعرف المطابقة، بل نص على إمكانية إرجاع المنتج على حالته، إذا كان غير مطابقاً للطلبية وذلك في جل عشرة أيام ابتداء من تاريخ التسليم⁽²⁾.

حتى اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع⁽³⁾ لسنة 1980، قد أكدت وجود هذا الحق مستقلاً وهذا ما تضمنته المادة 1/35 منها، لكن دون التطرق إلى تعريف المطابقة، بل ذكرت أنواعها المتمثلة في المطابقة المادية والمطابقة القانونية، مع ذكر عناصر لكل منها حيث ألزمت البائع بتسليم بضاعة تكون كميتها ونوعها وأوصافها وفقاً لما يتطلبه العقد وأن تكون تعبئتها أو تغليفها بالطريقة التي اشترطها العقد. فما يشترط أثناء العقد سوف يظهر في العرض، وعند التسليم، وينبغي أن يكون مطابقاً له، وإلا يكون البائع قد أخل بضمان المطابقة⁽⁴⁾، فأوردت نصوصاً تعالج بها هذه المسألة⁽⁵⁾.

كما أضافت الاتفاقية في المادة 2/35 ما يلي: "وما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك لا تكون البضائع مطابقة لشروط العقد إلا إذا كانت:

(1) لقد نظم القانون الأوروبي هذا الضمان بتاريخ 25 مايو 1999، الذي تم تطبيقه بفرنسا بالأمر الصادر في 17 فيفري 2005 المتعلق بقانون الاستهلاك. فالمادة 4 – 211 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي تلزم البائع بتسليم مبيعاً مطابقاً لما تم الاتفاق عليه، والاستجابة لضمان عيوب المطابقة إن وجدت عند تسليم المبيع. وكذلك:

LEVENEUR (Laurent), Droit des contrats, 10 ans de jurisprudence commentée éd Litec Paris 2000, p564.

Directive 1999/44/ CE du parlement européen et du conseil du 25 mai 1999, « Sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », j.o.c.e. 7 juillet 1999

L.171/12.Magda Zygier. Jalladeau , op. cit , p58

(2) الفصل 31 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، المرجع السابق.

(3) د/ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، سنة 2005، ص 380 و 381.

(4) د/ محمود الشرفاوي، عقود التجارة الدولية (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002، ص137.

(5) PH. Kahn, La convention de Vienne du 11/04/1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, revue internationale de droit comparé, n°4 ; Paris France, 1981, pp 973-976.

وتكمن تلك النصوص في المواد من المادة 35 إلى المادة 40 من الاتفاقية.

- أ- صالحة للاستعمال في الأغراض التي تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع.
- ب- صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع علما صراحة أو ضمنا وقت انعقاد العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد على خبرة البائع أو تقديره أو كان من غير المعقول للمشتري أن يعتمد على ذلك.
- ج- أن تشمل البضاعة على الصفات التي سبق للبائع عرضها على المشتري، كعينة أو نموذج.
- د- أن تكون معبأة أو مغلقة بالطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف البضائع من نوعها وفي حالة عدم وجود مثل هذه الطريقة، فتكون التعبئة والتغليف بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها"⁽¹⁾.

من خلال ما تم تقديمه، نخلص إلى القول أن كل هذه الاجتهادات الفقهية والقانونية لم تصل إلى تحديد أو تعريف الالتزام بالمطابقة، لكن نأمل تدخل المشرع الفرنسي والمصري وكذا الجزائري وغيرهم ضمن التقنيات المدنية وقوانين حماية المستهلك بنص صريح معرفا هذا الالتزام حتى يلتزم به كل من لديه علاقة بهذا الالتزام مثل بائعي ومنتجي الأجهزة الخطرة والمعقدة، وذلك بهدف حماية المستهلكين داخل الوطن ودوليا وعبر العالم الافتراضي حتى يسود الائتمان في التعاملات التجارية خاصة، منها التعاملات عن بعد، التي نشهد كثرة ممارستها وتداولها في وقتنا الحالي.

كما أن المستهلك الإلكتروني في أمس الحاجة إلى الحماية من خلال هذا الالتزام لكون أكثرية المستهلكين المتعاملين إلكترونيا في عقود البيع ليسوا بالمستوى التقني والعلمي للمنتجين والباعة الحرفيين الذين تربطهم علاقات البيع بالمستهلك عن بعد.

الفرع الثاني

مضمون الالتزام بضمان المطابقة في البيع العادي والإلكتروني

بعد انعقاد البيع، لا بد أن يلتزم البائع في البيع العادي والإلكتروني بتسليم مبيعا مطابقا للصفات التي تم الاتفاق عليها، أي ضمان منتج مطابق للمواصفات والمقاييس

(1) د/ طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 380 و 381 .

التي تم تحديدها من قبلها والتي ينبغي أن تكون ضمن قواعد المطابقة المشروعة في البيع، وكذا قواعد العرف التجاري من أجل تحقيق غاية المستهلك من المبيع.

مضمون المطابقة متجسد في ذكر صورها العديدة، فهي تكمن في المطابقة الوصفية والمطابقة الكمية، ولقد وردت هذه الصور في اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع بتسمية المطابقة المادية والمطابقة القانونية⁽¹⁾.

كما أنه حتى تتجسد المطابقة على أرض الواقع، ينبغي على الباعة والمنتجين أخذ الاحتياط في تنفيذ هذا الالتزام، وضرورة فرض الرقابة المستمرة عليهم واتخاذ التدبير التحفظية اللازمة عند إخلالهم بهذا الالتزام الذي يدفع المستهلك إلى رفض تسلم المبيع والمطالبة بالتعويض.

أولاً: مضمون الالتزام بضمان المطابقة في البيع العادي

تقليدياً، يتم تسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة 1614 من التقنين المدني الفرنسي⁽²⁾ وكذلك المادة 431 مدني مصري المقابلة للمادة 364 مدني جزائري التي نصت: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كانت عليها وقت البيع".

يتضح لنا من خلال هذه المواد، قصد المشرع في إلزامية ضمان المطابقة للمبيع وتأكيدها لتوفير قدر من الحماية للمشتري، أي المستهلك في مواجهة المنتج أو البائع الذي يسعى باستمرار إقناع المستهلك بعدم أهمية الصفة التي اشترطها في المبيع، لأنها سوف لا تؤثر على المنفعة المنشودة فيه. ولذا لا بد من تسليم المبيع بنفس الحالة التي

(1) المادة 1/35 والمادة 41 من اتفاقية فينا 1980 للبيع الدولي للبضائع.

(2) Art 1614 : « La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente » ; « Le vendeur est tenu de livrer une chose dont les caractéristiques correspondent à la commande et que l'acheteur ne peut être tenu d'accepter une chose différente. »

واتضح تطبيق المطابقة في بعض الأحكام القضائية:

1- Cass.com.1^{er}.déc 1992, J.C. P.1993.IV ,p 47.

2- Cass.civ.14 fév. 1989,J.C.P .IV .p143.

د/ أمازوز لطيفة، إلتزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون ، كلية الحقوق ، تيزي وزو، الجزائر سنة 2011، ص151.

كان عليها وقت إبرام العقد وذلك دون تغيير في حالته، وهذه الحالة كثيرا ما يتفق عليها المتعاقدان، وتسمى بالمطابقة الوصفية.

إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات، فيسلم وفق أوصافه وحالته عند إبرام العقد، وفي هذه الحالة لا يمكننا تصور أو وقوع عدم المطابقة، وإن كان معيناً بالنوع، ولم يتم فرزها، غير أن بعد الفرز، يلتزم البائع بتسليم شيء من نفس درجة الشيء المتفق عليه.

فإذا كان المبيع عقاراً - أرضاً مثلاً - فيجب تسليمها وفقاً لما ذكر في العقد، كحدود الأرض، مساحتها وما لها من حقوق وما عليها من تكاليف، وأيضاً ملحقات العين المبيعة⁽¹⁾.

كما قد يقع اتفاق خاص بينهما بأن يضمن البائع صفة معينة في السلعة، وذلك بموجب هذا الاتفاق الخاص بينهما⁽²⁾، أو على أن يكون المبيع عند التسليم مطابقاً لعينة ما⁽³⁾ التي يكون البائع قد أظهرها للمشتري عند التعاقد، كأن يقدم له قطعة قماش أو قطعة غيار خاصة بسيارته أو جهاز إنتاج أو تصنيع.

تعد العينة في هذه الحالة، إن احتفظ بها المشتري من قبيل وسائل التمييز والإثبات للكشف عن مدى مطابقة السلعة المقدمة له عند التسليم لما تم الاتفاق أو رؤيته عند إبرام العقد. كما أن العينة أو النموذج يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار كعنصر من عناصر تقدير أو تصنيف البضائع المبيعة. وبالتالي فإن كانت العينة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه في العقد، فيعد البائع مخلاً بضمان الالتزام بالمطابقة، ويكون للمشتري الحق في رفض البضاعة كلها أو رفض الجزء غير المطابق لها، لأن أي اختلاف ولو كان يسيراً يعتبر تقصيراً من البائع في تنفيذ الالتزام بالمطابقة حتى لو اثبت البائع أن البضائع من صنف أعلى أو أجود من العينة ذاتها⁽⁴⁾.

(1) د/ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 127.

(2) PUIG. (Pascal), Contrats spéciaux, 2ème éd, Dalloz, Paris, 2007, p244.

(3) Planiol (M) et Ripert (G), op. cit, p 379.

(4) د/ خالد أحمد عبد الحميد، فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا 1980، الطبعة الثانية، دون ذكر دار وبلد النشر، سنة 2001، ص 101. د/ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 712

فالبيع بالعينة قد نصت عليه المادة 1587 من التقنين المدني الفرنسي، وكذا المادة 353 مدني جزائري المقابلة للمادة 420 مدني مصري، حيث، وجاء فيها: "أذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها..." ففي هذا النوع من البيع، تلعب العينة دورا هاما في إبراز مدى وجود المطابقة وتجسيدها في المبيع.

إن المشتري غير مجبر على أخذ المبيع بغير حالته الأولى التي عين أثناءها أوصاف الشيء مباشرة عند التعاقد، أو يكون قد رآها بطريقة غير مباشرة، كما يحدث في عقود البيع عبر الانترنت أو يكون قد رآها أو سمع عنها.

بالإضافة إلى الأوصاف الواجب توافرها في المبيع عند تسليمه للمشتري، فيجب على البائع أن يلتزم بتسليم مقدار أو كمية المبيع المتفق عليها قبل أو عند إبرام العقد ويسمى هذا النوع من المطابقة بالمطابقة الكمية. تتجسد هذه المطابقة كلما قام البائع بتسليم سلعة بالقدر والكم مع تسليم كل العناصر المشاركة في تركيب هذه السلعة، وذلك بالاتفاق مع ما تم اشتراطه عند التعاقد، أو نص عليه المشرع⁽¹⁾، فلو كان المبيع موزا أوقمحا، وتم الاتفاق على تسليم البائع للمشتري مئة قنطار منه، فما على البائع إلا تسليم ذات الكمية المتفق عليها وإلا اعتبر مقصرا في تنفيذ التزامه كما أو بضمان قدر المبيع غير أنه إذا لم تبلغ هذه الكمية المسلمة للمشتري درجة كبيرة من النقص، فلا داع لهذا الأخير المطالبة بفسخ العقد، إلا إذا كان هذا النقص مؤثرا. كما أنه لو كانت الكمية زائدة على المطلوب، فلا يعد ذلك مطابقة، بل على البائع تسليم مقدار المبيع بالكم المشروط المتفق عليه في العقد. غير أنه يستطيع المشتري قبولها إن كانت تنفعه مع دفع ثمنها.

بناء على ذلك، لقد نص المشرع الفرنسي على المطابقة الكمية الواجبة التطبيق من طرف البائع في المواد من 1616 إلى 1618 من التقنين المدني، حيث نصت المادة 1616 على أن البائع ملزم بتسليم الكمية المتفق عليها في العقد⁽²⁾. كما نص على هذه

(1) د/عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 694.

(2) Art 1616 : « Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, ... »

الكمية المشرع المصري في المادة 433 والمادة 434 مدني⁽¹⁾، وكذا المشرع الجزائري في المادة 365 حيث جاء فيها: "إذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم العقد.

إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، وكان الثمن مقدراً بحسب الوحدة، وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم، أن يدفع ثمنًا زائدًا إذا كانت الزيادة فاحشة. ففي هذه الحالة، يجوز له أن يطلب فسخ العقد. كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه". وهذا ما نصت عليه كذلك المادة 1618 مدني فرنسي.

كما أعطى قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مفهومًا واسعًا للمطابقة حيث نص على إلزامية مطابقة المنتج للطلبات المشروعة للمشتري، أي المستهلك ضمن المادة 11 حيث نصت الفقرة الأولى منها على: "يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة مقاومته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله".

هكذا فحسب المشرع الجزائري، يمكن تحقيق هذه الرغبة عند تطابق المنتجات والمقاييس القانونية الواجبة التطبيق على المنتج ليحقق هذا الأخير نتائج إيجابية ومجزة من الخطورة عند الاستعمال، ويكون بذلك قد أعطاه مفهومًا واسعًا، كما أعطاه مفهومًا ضيقًا حين نص على إلزامية موافقة المنتجات لمقاييس الصنع والإنتاج المنصوص عليها في اللوائح الفنية من أجل التحكم والتغلب على أساليب المنافسة السائدة في الأسواق

(1) كذلك: د/ جمال الدين عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص34. د/ محمود سمير الشرفاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع - دراسة مقارنة - مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول والثاني، السنة السادسة والأربعون، مارس يونيو 1976، ص358 وما بعدها. طعن رقم 1547 لسنة 58 جلسة 1990/05/20. أيضًا: طعن رقم 728 لسنة 46، جلسة 1981/05/06 مجموعة س 32، ص369. أمير فرج يوسف، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص 137 و138 وما بعدها.

كعرض سلع مشكوك في مكوناتها ونوعيتها. فمن أجل ذلك بادرت السلطات الجزائرية بإيجاد وتفعيل إجراءات معينة عن طريق التقييس⁽¹⁾، ذلك باستعمال أجهزة للكشف عن المنتجات والخدمات، حتى يتم تمييزها عن غيرها.

كما اعتمد المشرع الجزائري في تقسيم هذه المقاييس إلى مقاييس جزائرية ومقاييس المؤسسة⁽²⁾، ونظم آليات صارمة لرقابة ضمان المطابقة على مستوى السلع والخدمات الوطنية والمستوردة من قبل هيئات تقييم المطابقة، منها المخابر وهيئات التفتيش، وكذا هيئات الإشهاد على المطابقة وهذا ما نصت عليه المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 465-05 متعلق بتقييم المطابقة⁽³⁾.

في مقابل المطابقة التي نظمتها التقنيات المدنية وقوانين حماية المستهلك في عقد البيع العادي، يبرز التساؤل حول مضمون ضمان الالتزام بالمطابقة في العقد الإلكتروني وما هي الآليات المستعملة لحماية المستهلك خاصة أن معظم عروض السلع والخدمات تتم رؤيتها عبر الشبكة الإلكترونية؟ ذلك ما سوف نحاول الإجابة عليه ضمن النقطة التالية.

ثانيا: مضمون الالتزام بضمان المطابقة في البيع الإلكتروني

المتفق عليه في التجارة الإلكترونية، ومنها البيع الإلكتروني، يجب أن يسلم مبيعا مطابقا لما تم الاتفاق عليه، وما تم رؤيته من طرف المشتري عبر الانترنت. فعرض أوصاف المبيع عبر الانترنت وقبول المشتري بشرائها استنادا لهذا العرض قد يكون

(1) التقييس هو إجراء أوتشباط متعلق بوضع أحكام ذات استعمال موحد ويكمن غرضها في تحقيق الدرجة المثلى من التنظيم في إطار معين. راجع المادة 1/2 من قانون رقم 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس الجريدة الرسمية، العدد 41 الصادر في 27 يونيو 2004.

(2) للمزيد من المعلومات نذكر:

Zennati. Dalila, Les aspects controverses du droit de la consommation par rapport au droit civil R.S.J.A ,faculté de droit Djallali. Liabes ,Sidi Bel Abbes ,numéro spécial,2005,pp 5-26 ,(p7) .

(3) مرسوم تنفيذي رقم 465-05 مؤرخ في 2005/12/05 متعلق بتقييم المطابقة، الجريدة الرسمية، العدد 80 الصادر في 2005/12/11.

حقيقيا أو مزيفا - أي لا يتناول ذات المبيع - بل قد يكون كذلك نموذجا آخر مصورا، أوقد تكون أوصاف المبيع فيها تطابق شكلي فقط لما تم عرضه عبر الشبكة (1). غير أنه في الحقيقة، فالمطابقة المطلوبة في الأوصاف، يستوجب أن تكون فيها المطابقة الشكلية (مظهرا) والموضوعية (صلاحية الاستعمال) لهدف الوصول إلى غرض المشتري (2) من التعاقد سواء في البيع العادي أو الإلكتروني لحماية من أضرار المبيع (3). نستطيع القول أن هذه الرؤية غير المباشرة للمبيع يصعب فيها التحقق من معرفة مدى تطابق المبيع المنفق على أوصافه أو كميته عند البيع وبعد التسليم حتى لو كان المبيع من القيميات، وكذلك نظرا لكون البائع الإلكتروني أو المنتج مهنيا، فهو أكثر علما بالمبيع ومكوناته، فغشا منه، يستطيع تسليم للمشتري أو المستهلك شيئا مشابها للشيء المتعاقد عليه.

من أجل ذلك هناك من يرى (4) أن مجرد المبالغة في إثراء السلعة، والحث على شرائها من خلال أعمال الدعاية والإعلان لا يدخل ضمن المواصفات التي يضمن البائع وجودها.

الملاحظ أن صعوبة التمييز بين ما عرض عبر الانترنت، وما تم تسليمه واقعة مؤكدة، وهذا ما ذهب إليه رأي (5) من الفقه إلى القول أن هناك صعوبة لتحقيق ذلك، فلا جدوى إذن من تأسيس عقد البيع عبر الانترنت على خيار الرؤية، نظرا لاستعمال معظم الباعة المحترفين لإعلانات إلكترونية احتيالية أو غير حقيقية لتأثير التعاقد وغير التعاقد على الشراء، وبعد إبرام العقد ووقوع التسليم نادرا ما تتحقق هذه المطابقة المشروعة في المبيع.

(1) د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 349.

(2) Article L.211 .du code de la consommation. Article 35 al 2 – convention de Vienne 1980.

(3) د/ ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص 10 و 11.

(4) د/أياد أحمد البطانية، النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة بغداد، سنة 2004، ص 204. وكذلك: د/عبد الباسط حاسم محمد، إبرام العقد المبرم عبر الانترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، لبنان، سنة 2010، ص 221.

(5) أحمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر و الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2004 ص 95.

كما أن قصر الحق على المبيعات المعينة بذاتها والتسليم بكفاية الوصف للمبيعات المعينة بالنوع، واعتبارها مسقطا للخيار، لا يعد أساسا يمكن المشتري من المطالبة بتسليم شيء مطابق سيما أنها الأكثر تداولاً عبر الشبكة. البيع بالنموذج أو بالعينة في البيع الإلكتروني، ما هو إلا تصوير ووصف للمبيع عبر الشاشة، فالمطابقة هنا أكثرها شكلية عن كونها موضوعية أو وظيفية. أما عن مواصفات المبيع وقدرته على تحقيق غاية المشتري، فغير ممكن أن يحققها النموذج أو العينة عبر الشاشة (1).

لذا نؤيد هذا الفقه الرأي، لأن النموذج أو العينة تعبر على المطابقة الشكلية دون الجوهرية وكثيرا ما تخلق هذه المطابقة الشكلية لدى المشتري الحافز القوي والدافع لإبرام العقد، غير أن هذه الأوصاف والمظاهر الخارجية للعينة قد لا تتجسد عند التسلم الفعلي للعينة، وبالتالي فغاية المشتري تصبح مستحيلة لعدم إمكانيته تحقيق غرض الاستعمال من المبيع بسبب عدم تزويده بالعلم الكافي حول المبيع (2).

رغم كل هذه المبررات التي تؤكد عدم تطابق ما تمت رؤيته عبر الانترنت عن المبيع لما سيتم تسليمه للمشتري، فنجد القضاء الفرنسي مبرزاً رأيه في هذا الموضوع، أن إرادة المستهلك كانت حرة ومنتورة لان البائع المهني ينبغي أن يكون قد نفذ التزامه بالتبصير وبالنصيحة طبقاً لما تضمنته المادة L.121-23 من تقنين الاستهلاك الفرنسي (3).

غير أننا نساند الرأي القائل أن الواقع العملي كثيراً ما يعكس العكس، وهذا ما يستوجب ضمان وحماية فعالة للمشتري عند تنفيذ العقد (4). فبناء على كثرة الادعاءات اليومية حول عدم مطابقة المبيع عند التسليم لما تمت رؤيته عبر الانترنت المنشورة في مختلف وسائل الإعلام، ومنها شبكة الانترنت، فحول تقنين الاستهلاك الفرنسي في المادة

(1) د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 350 و 351.

(2) « L'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui correspond en tout point au but recherché ». Aussi : cass .civ.20/03/1989.

د/ محمود عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفزيون، دار النسر الذهبي للطباعة، مصر، سنة 2000، ص 119.
(3) د/ أسامة احمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية سنة 2011، ص 85-86.

(4) المرجع نفسه، ص 86.

L.121.16 حق العدول عن البيع، وممارسته لعدم المطابقة بسبعة أيام ابتداء من تاريخ تسليم المبيع وفسخ العقد، أو اللجوء إلى استبداله. غير في عقود تقديم الخدمات جعل هذا الحق بصدها بسبعة أيام سابقا على عملية التنفيذ.

إذن اعتبار سبب اكتساب المشتري لحق العدول عن العقد مظهر من مظاهر عدم المطابقة في المبيع، لأنه في هذه العقود لا يمكنه الحكم الدقيق على السلعة أو الخدمة مهما بلغ وصف البائع أو المنتج لها.

باعتبار التجارة عبر الانترنت، البيع فيها غالبا ما يكون دوليا، مما يستوجب علينا التطرق إلى اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع في هذا المجال لمعرفة مدى استجابة نصوصها المتعلقة بضمان المطابقة للتطبيق في البيع الإلكتروني؟

لقد نصت المادة 35 بفقرتيها الأولى والثانية التي سبق لنا التعرض إليها على الشروط الواجب توافرها في المطابقة والاتفاق على تطبيقها من حيث الكمية والنوعية والوصف للمبيع، حتى لا تنشأ المخالفة الجوهرية للالتزام بالمطابقة، وبالإضافة ذكرت صور أخرى للمطابقة، كصلاحيات استعمال المبيع في الأغراض المختلفة، ومن خلال هذه المادة، يتضح أن هذه الاتفاقية تطرقت إلى ضمان الالتزام بالمطابقة الواجبة التطبيق من طرف الدول التي مارست البيع الدولي للبضائع، غير أن هذا البيع لم يتم الكترونيا بل كلاسيكيا، ورغم ذلك هناك من يرى⁽¹⁾ إمكانية الاعتماد عليها وتطبيقها في ميدان البيع الإلكتروني مع الاحتفاظ بنوع من الخصوصية عند التعامل في عقود توريد البرامج والخدمات المعروضة عبر الانترنت، فهي تحتاج إلى شروط وتوضيحات أكثر دقة للتعامل فيها، نظرا لحدثة هذه المنتجات وتعقيدها.

قد عملت المحاكم على تطبيق هذه المواصفات المذكورة والمشروطة في الالتزام بالمطابقة، فقضت إحدى المحاكم الألمانية بمنطقة بادربون (Paderborn) في 25 جوان 1996 بعدم المطابقة في قضية تتعلق بتسليم شحنة من البلاستيك الخام التي احتوت على نسبة مئوية من مادة معينة تقل عن النسبة المئوية المحددة في العقد وهذا أدى إلى صنع ستائر النوافذ لم تحجب ضوء الشمس بالشكل الفعال والمطلوب، وهذا ما

(1) نذكر أيضا: د/ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 360 و 361.

ذهبت إليه المحكمة العليا في اعتبار شحنة من البضائع التي احتوت على كمية أقل مما هو محدد في العقد، فلم تكن مطابقة لمقتضى المادة 1/35 من اتفاقية فينا، وأن عدم المطابقة تجسد في عدم نوعية البضاعة وكميتها و نتيجة لذلك، فإن البائع يكون قد أخل بالتزاماته⁽¹⁾.

فيما يخص تغليف البضاعة وتعبئتها لدى الاتفاقية، فإن هذا الأمر يختلف باختلاف البضاعة، فإن كان المبيع سلعا أو منتجات مادية، فإن الأصل عند عدم الاتفاق على كيفية تغليف السلعة وتعبئتها، يستلزم تغليفها بأحدث طرق ومقاييس التغليف المستعملة دوليا وذلك لتجنب فساد أو هلاك المبيع، أي بالكيفية المناسبة لحفظها وحمايتها أثناء النقل عبر الحدود.

كما يستلزم الأمر أن يوضع على غلافها بعض العلامات المنبهة لمدى خطورة البضاعة أو قابليتها للكسر والتلف حتى يتجنب حاملها إتلافها، ويجب على البائع وضع العلامات التجارية على العبوة وأن يضع مكونات البضائع على الغلاف، وأن يتوافق هذا الإجراء مع تشريعات دولة المشتري، والتي يعلم بها البائع، خاصة فيما يتعلق بإجراءات الحماية الصحية، وهذا العلم يتطلب التقيد بقواعد التسويق المفروضة في فرنسا وفقا للمادة 1/8 من اتفاقية فينا حيث جاء فيها: "في حكم هذه الاتفاقية تفسر البيانات والتصرفات الصادرة عن أحد الطرفين وفقا لما قصده هذا الطرف متى كان الطرف الآخر يعلم بهذا القصد أولا يمكن أن يجهله"⁽²⁾.

تطبيقا لذلك، فبتاريخ 13/09/1995 قضت محكمة استئناف جرينوبل (Grenoble) الفرنسية بعدم مطابقة البضاعة المتمثلة في الأجبان بين مشتري فرنسي وبائع ايطالي وأن إغفال تحديد مكونات هذه البضاعة على الغلاف جعلها غير مطابقة لأحكام العقد المنصوص عليها في المادة 35 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع⁽³⁾.

(1) حكم المحكمة العليا بمنطقة كوبلانز (Koblenz) بألمانيا بتاريخ 31 جانفي 1997، منشور على الموقع الالكتروني : <http://cisgw3ci.law.pace.edu/cases/970131gi.htm>

(2) د/ خالد أحمد عبد الحميد، المرجع السابق، ص 99.

(3) المرجع نفسه، ص 20 و للمزيد من المعلومات نذكر الموقع الالكتروني:

http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950913fi.Htmi.Cour_d'appel_de_Grenoble.

هذه الطريقة في التغليف مطلوبة في الاستعمال العادي لحماية المستهلك المتعاقد وغير المتعاقد، لكن إن تم الاتفاق على ذلك، ينبغي على البائع محاورة المشتري الإلكتروني عليها حتى يعلم بها وينفذها حسب الاتفاق.

فإن كان المبيع عبارة عن برامج تشغيل أو صيانة لأجهزة تقنية أو إلكترونية أو كانت عبارة عن تقديم خدمات، فإن اتفاقية فينا لم تنص عليها. لذا فهذا النوع من البضائع لا تحتاج إلى التغليف والتعبئة بقدر ما تحتاج إليه من وسائل الحماية، ونظام الكتلوني صعب الاختراق والتدمير عند إرسالها إلى المشتري الإلكتروني.

غير أننا نوافق الرأي القائل بعدم إمكانية تطبيق اتفاقية فينا في موضوع المطابقة بمجال عقود البيع المبرمة عبر الانترنت، نظرا لاستحالة المشتري تقييم المبيع عن بعد تقييما حقيقيا⁽¹⁾ وذلك نظرا لنقص معرفة المشتري للأوصاف الحقيقية للمبيع.

يتضح من كل ما تم تقديمه، إن الالتزام بالمطابقة في البيع الإلكتروني واجب التنفيذ من البائع أو المنتج المهني، غير أن الواقع العملي يظهر غير ذلك في الكثير من المعاملات التجارية، والسبب في ذلك يرجع إلى عدم رؤية المبيع أو الخدمة عن كثب والتي ينبغي تدعيمها بتوضيحات وشروط فعالة تساعد المشتري لاقتناء المبيع، وكذلك إلى عدم تحلي الباعة والتجار بحسن النية في التعامل، وذلك طمعا في تحقيق الربح غير المتناهي، فيلجأ هؤلاء إلى استعمال كل الطرق الاحتيالية التي تؤدي إلى تقديم مبيعا غير مطابق للمستهلك الذي يقوم بالكشف عن عدم المطابقة فيه، فيطالب بضمانها، غير أنه إن لم يتمكن من الكشف عنها سوف يؤدي ذلك إلى إضراره وتحمله نفقات ضخمة تلحق به وبأمواله.

(1) د/ محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 98 و 99.

المطلب الثاني

التدابير المتخذة لضمان المطابقة والجزاء المترتب عند الإخلال بضمان

المطابقة

إن الالتزام بالتسليم يقضي بأن يكون المبيع مطابقا لما تم الإتفاق عليه، وأن يكون المبيع صالحا للاستعمال⁽¹⁾، كما أن سلامة المستهلك رهينة بضمان المطابقة في المبيع. فإن تم تسليم مبيعا بغير الحالة التي كان عليها وقت العقد أو وقع فيه تغيير للمواصفات التي تم الاتفاق عليها، وكذلك احتوى على عيب خفي جعله يتغير بعد استعماله، فيعتبر البائع أو المنتج قد سلم مبيعا غير مطابقا، ويترتب عن ذلك إخلاله بالالتزام بضمان المطابقة.

حتى لا يحدث ذلك، لقد عزز المشرعين مبدأ المطابقة في المنتجات والخدمات من خلال قواعد جد صارمة تكمن في قواعد ذات طبيعة وقائية، غرضها ضمان المطابقة، وقواعد طبيعتها ردعية هدفها توقيع العقوبات المدنية والجزائية.

هكذا و بناء على ما تقدم قسمنا دراستنا في هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: التدابير المتخذة لضمان المطابقة

الفرع الثاني: الجزاء المترتب عند الإخلال بضمان المطابقة

الفرع الأول

التدابير المتخذة لضمان المطابقة

بداية نشير إلى أن التقنيات المدنية وقوانين حماية المستهلك⁽²⁾ ذهبت إلى تقرير حماية المشتري (المستهلك) لحصوله على منتج أو مبيع مطابق للمواصفات مبتغى

⁽¹⁾ Cass civ du I 5/11/1985, R.T.D.Civ , 1986, p370.

أيضا: قرار محكمة النقض الفرنسية، د/إبراهيم ممدوح خالد، المرجع السابق، ص 227. وكذلك : د/عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر، عمان، سنة 2002، ص 78 . د/حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 53.

⁽²⁾ القانون المدني الفرنسي (المادة 1614) وكذلك المادة 4. L.211 من قانون الاستهلاك الفرنسي المشار إليه سابقا. - القانون المدني المصري (المادة 431) وكذلك قانون 06/67 المتعلق بحماية المستهلك المصري. - القانون المدني الجزائري (المواد 364 و365 و379) وكذلك المادة 12 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والمادة 03 و02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-64 المؤرخ في 12/02/1992 متعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا والمستوردة، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-47 مؤرخ في 1993/02/06.

تعاقده. فمن أجل الحرص على هذا الحق، وتأكيد صحة المستهلك ومصالحه، نظمت هذه التشريعات نصوصا لتجسيده، وذلك باتخاذ تدابير تحفظية من قبل كل المتدخلين في المنتجات أو الخدمات، كالباعة والمنتجين وجميع المصالح المكلفة برقابة هذه المنتجات مهما كان نوعها.

كانت تلك التدابير تتم عبر الاحتياط بواسطة التحري والرقابة الذاتية⁽¹⁾ التي يقوم بها البائع أو المنتج أو الوسيط أو الموزع أو الغير وحتى المستورد، فكل هؤلاء ملزمون بفحص المبيع ويستعينوا عند الضرورة بمراكز مختصة في ذلك قبل عرض المنتج في السوق. الاحتياط إجراء تمهيدي وجوهري يفرض وجوده في كل مراحل الإنتاج بهدف التأكد من سلامة المبيع أو المنتج قبل عرضه في السوق، والتأكد من أن الإنتاج الذي تم تحقيقه يتفق ويتطابق مع تلك المواصفات التي وضعت سلفا⁽²⁾. هذه المواصفات قد يتطلبها إنتاج أو تصنيع المنتج أو يرتكز على مواصفات تم الاتفاق عليها وكانت تمثل رغبة المشتري.

فضلا على ذلك، المشتري أو المستهلك يشترط من البائع أو المنتج منحه قسيمة أو شهادة المطابقة والجودة التي يحررها بالاعتماد على رسائله وإمكانياته الخاصة مع اللجوء إلى هيئة خاصة أو معتمدة التي تثبت هذه الشهادة بعد تحليل الجودة في المنتج⁽³⁾

(1) المادة 5 من قانون 02-89 الملغى، كذلك المادة 02، الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 92-65 مؤرخ في 1992/02/12 متعلق بمراقبة ومطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة، الجريدة الرسمية العدد 13 الصادر بتاريخ 1992/02/19، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-47 المؤرخ في 1993/02/06. أيضا المادة 12 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09، كما تتم الرقابة بواسطة أعوان مختصة، محددة بنص المادة 25 من نفس القانون. أيضا المرسوم التنفيذي رقم 96-354 مؤرخ في 1996/10/19 متعلق بكيفيات مراقبة مطابقة المنتجات المستوردة ونوعيتها، الجريدة الرسمية العدد 62 صادر بتاريخ 1996/10/20. ونذكر كذلك في موضوع الرقابة: فريد عبد الفتاح زين الدين، تخطيط ومراقبة الإنتاج مدخل إدارة الجودة، دار الكتاب، مصر، سنة 2000، ص 490.

(2) Sid. Lakhdar Mohamed, Le dispositif législatif et réglementaire en matière de protection des produits, R.A.D.S.J.E.P, n°2, 2002, pp24-30.

(3) لمياء لعجال، الحماية الفردية والجماعية للمستهلك، رسالة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001-2002، ص 74.

ومراقبة مدى مطابقة البضاعة للمقاييس المعتمدة والمواصفات التنظيمية التي تخصها من قبل كل المتدخلين في مرحلة إنتاج المواد الغذائية أوالمنتجات الصناعية التي يقومون بالمتاجرة فيها.

هذا ما دعا إليه الدكتور محمد حسين منصور وغيره⁽¹⁾، حيث يرى أن تحديد المواصفات والمطابقة يتم من خلال تقديم شهادة الجودة، حيث يشترط حد أدنى من الصفات العالمية الواجب توافرها في المبيع المعد للتصدير، فنجد مثلا منظمات عالمية تتولى تقديم شهادات الجودة لطالبيها، فما على البائع في عقود البيع الدولية، وكذلك عقود البيع الدولية الإلكترونية إلا الحصول على هذه الشهادات لإثبات مطابقة المنتجات للمواصفات، وتعتبر هذه المنظمات مسئولة تعاقديا في مواجهة المتعاقد معها⁽²⁾، في حالة بروز شكاوى متعلقة بالإخلال في التزام بضمان المطابقة. وقد تمارس رقابة المطابقة بواسطة السلطات شبه القضائية المسماة في الجزائر ضباط الشرطة القضائية وأعاون قمع الغش المنصوص عليهما في الباب الثالث، الفصل الأول المادة 25 من قانون 03-09⁽³⁾ وذلك خلال عملية العرض للاستهلاك في جميع مراحلها.

أما في حالة ثبوت عدم مطابقة المنتج أوالخدمة، تقوم هذه الهيئات بالسحب المؤقت أوالنهائي للمنتج المشكوك في مطابقته، وان كان المنتج نشطا أوخدمة يتم التوقيف المؤقت أوالنهائي له لتجنب وقوع الإضرار بالصحة العامة⁽⁴⁾.

بعد عملية السحب، يمكن المبادرة بإتلاف⁽⁵⁾ المنتجات والسلع المحجوزة وغير المطابقة لعدم ملاءمتها أو قد يتخذ إجراء آخر متمثل في تغيير مقصدها⁽⁶⁾ وذلك بإرسالها

(1) Legrand.(H)-Martin.(H),Management des opérations de commerce international- Dunod Paris, France, 1993, P.140.

(2) د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 241.

(3) قانون 03/09 لحماية المستهلك و قمع الغش، الباب الثالث، الفصل الأول ، المواد من 28 إلى 31.

(4) Le court (R), « Les contrôles de conformité: pourquoi? Pour qui ? jusqu'ou ?... » R.C.C,1994 ,P 68.

كذلك : د/محمد بودالي، المرجع السابق، ص 294، هامش رقم 46.

(5) المادة 65 من قانون 03-09.

(6) المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 315-01 مؤرخ في 16 أكتوبر 2001، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 39-90 المؤرخ في 30/01/1990 متعلق بمراقبة الجودة و قمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 61 الصادر في 2001/10/21.

إلى هيئات حتى تستعملها في أغراض مشروعة بحالتها أوبعد تحويلها، أو كذلك برد هذه المنتجات لأصحابها وعلى نفقة المحترف المخالف⁽¹⁾.

أما عن ضمان المحترف في البيع الإلكتروني، فيشترط على البائع المحترف بتسليم مبيعا مطابقا لما تم الاتفاق عليه⁽²⁾. فهذا الالتزام معمول به لضمان سلامة المستهلك الذي كان يعتمد على أساس الالتزام بالتبصير والإعلام عن المنتج⁽³⁾. أي أن المستهلك عن بعد سوف يتسلم منتوجا مطابقا لما تم رؤيته عبر شبكة الانترنت، وذلك بعد تنزيله على جهاز الحاسوب الخاص بالمشتري⁽⁴⁾، فهذا إن كان المنتج يبيع لبرامج أوخدمات، وإذا كان ماديا فيسلم بصورة فعلية لصاحبه.

رغم ذلك، كثيرا ما يشكو المشتري من عدم المطابقة للمبيع بعد التسليم، وذلك راجع لأسباب تم ذكرها من قبل. والملاحظ أن معظم التشريعات الحديثة المنظمة للبيع الإلكتروني، قد نصت على ضمان التزام المطابقة دون الانفراد بخصوصية معينة في هذا المجال، كما وسعت في الجزاءات الممكن تطبيقها عند ثبوت الإخلال بها.

أما عن التدابير الواجب اتخاذها في البيع الإلكتروني لتجسيد المطابقة، فيمكن تطبيق نوعية التدابير المنصوص عليها في قوانين حماية المستهلك العادي والتوسيع في إنشاء هيئات أخرى مضافة للهيئات الموجودة والمعتمدة في الدول الأوروبية والعربية المكلفة بالحرص على مدى تطبيق قوانين المطابقة وغيرها من قبل البائع المهني، ونشر

(1) المادة 26 من المرسوم التنفيذي 90-39 مؤرخ في 30 جانفي 1990 متعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية، عدد الخامس الصادر في 31 جانفي 1990. وكذلك: محمد بودالي، المرجع السابق، ص295.

(2) « Il s'agit également pour le 'cyber commerçant' de mettre à la disposition du client un bien semblable à celui commandé » V. Torres. Ch, op.cit ; n°320, p118.

-Aussi : article L.22- 4 du code consommation stipule que le vendeur « est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond aux défauts de conformité existant lors de la délivrance ».

أيضا : في الفصل 31 من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي لسنة 2000.

(3) قانون الإرشاد الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد.

www.europa-eu-int/finances/consumer

- قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، الفصل 25.

د/محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص15.

(4) د/إبراهيم خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 222 و ما بعدها .

الوعي الاستهلاكي حول السلع والخدمات، وتعريف المستهلكين بحقوقهم وكيفية المطالبة بها.

إضافة إلى هذه الهيئات، يمكن بث عبر الانترنت مواقع عربية أو أوروبية ذات المهام الاحترافية والوقائية التي تثير وتحمي المستهلك من الوقوع في الاحتيال والغش وعدم مطابقة المبيع⁽¹⁾، لما تم الاتفاق عليه أو رؤيته، والعمل على ضرورة الإعلام والتحري عن هوية البائع عن بعد وجدите في التعامل، لكونه مصدر فعال في تحقيق المطابقة الشكلية التي تستوجب أن تكون موازية للمطابقة الموضوعية في المبيع .

علاوة عن ما تقدم، فالطابع الذي تتميز به القواعد العامة المنظمة لضمان مطابقة المبيع في القوانين، وخاصة قوانين الاستهلاك هو الاحتياط واستبعاد كل الشروط المنقصة أو المسقطة لالتزام الضمان، ومنها ضمان المطابقة بين المتعاقدين، سواء تم ذلك بالطريقة المباشرة أو غير المباشرة، وهذا ما نصت عليه المادة L.211.17 من قانون الاستهلاك الفرنسي المدرجة بالقانون الفرنسي الصادر بتاريخ 2005/02/17، وهذا ما تم نهجه كذلك في قانون الاستهلاك المصري رقم 67 لسنة 2006 وذلك في نص المادة 10⁽²⁾.

غير أن قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 لم ينظم هذه النقطة، فقد يكون ذلك إهمالا منه أو يكون قصده في ذلك الإحالة إلى القواعد العامة.

الفرع الثاني

الجزاء المترتب عند الإخلال بضمان المطابقة

عند تسلم المبيع، يتعين على المشتري فحصه في مدة معقولة⁽³⁾ وذلك للكشف عنه والتأكد من مطابقته للمواصفات قبل التوقيع على وثيقة التسليم. فإذا ثبت تسليمه مبيعا غير مطابقا للصفات أو الكميات المتفق عليها، أو كان في المبيع عيبا من العيوب، جعله غير محقق لغرضه بعد الاستعمال، يحق لصاحبه إخبار البائع به في وقت معقول والمطالبة بالضمان، غير أنه إن سكت المشتري، وقبل المبيع بالزيادة أو النقصان فيه،

(1) د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 273.

(2) قانون الاستهلاك المصري رقم 67 لسنة 2006، كذلك : د/ ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص 115.

(3) المادة 449 مدني مصري المقابلة للمادة 380 مدني جزائري التي نصت على أن يكون في زمان ومكان التسليم،

والفقه الفرنسي حدده بزمان التسليم فقط. كذلك : Benabent.(Alain), op.cit,p125.

اعتبر سكوته قبولاً للمبيع. ففي هذه الحالة عليه التزم بان يؤدي إلى البائع مقابلاً لهذه الكمية وفقاً للسعر المحدد في العقد⁽¹⁾.

مجرد ثبوت عدم المطابقة للمبيع أو المنتج، يلزم مرتكبه ضمانها وذلك بالطرق أو الوسائل القانونية المختلفة للضمان ، وفي هذا الشأن لقد صدر قرار بالضمان عن المحكمة العليا⁽²⁾. بشأن عدم مطابقة المبيع بعد التسليم لما تم الاتفاق عليه في العقد، بحيث تم تسليم كمية من البطاطا المخصصة لاستهلاك، بدلاً من بذور البطاطا المعدة للزراعة. كما قضت كذلك في قرار⁽³⁾ آخر بتاريخ 13 أبريل 1983 حيث جاء فيه: "بأن البائع ملزم بالضمان إن لم يشمل المبيع بعد التسليم الصفات المفروضة فيه وقت العقد، والتي تم الاتفاق عليها أو وجد بالمبيع عيب أنقص من قيمته، فان عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف البائع وعدم مطابقة السلع للنوعية والجودة المتفق عليها، فتكون محل ضمان على البائع".

نفس الاتجاه ثبت كذلك في حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1975/10/28⁽⁴⁾، وقد ترجع عدم المطابقة كذلك لسبب إحداث تغيير ايجابي أوسلبي في المبيع⁽⁵⁾.

غير أن في حالة التغيير الايجابي، ككون المبيع عقاراً وتحسينه ببناء منشآت عليه أو كونه سيارة وتحسينها بأغطية مقاعد ثمينة، فالمشتري الخيار بين تجريد المبيع منها ويكون على نفقة البائع أو تركها فيه مع دفع ثمنها. وقد يكون التغيير أو التحسين من

(1) د/محسن شفيق، اتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1986، ص 97.

(2) قرار رقم 213691 بتاريخ 16 فيفري 2000، المجلة القضائية، العدد الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية للطبع 2001، ص من 122 إلى 126 و 328.

- كذلك في جريدة "ليبرتي" Liberté بتاريخ 23 و 24 و 25 جانفي 1996 حول قضية الحليب المجفف المستورد من طرف متعاملين جزائريين عن المعهد الإسلامي ليروكسال، حيث تبين بعد فحص الحليب على مستوى الميناء عدم مطابقته للمواصفات القانونية المتفق عليها في العقد وبالخصوص في مادة مكونة للحليب التي كانت مغشوشة في مكوناتها الدسمة وذلك بمزجها بمواد دسمة نباتية. ونفس الموضوع تكرر في حليب الأطفال الرضع. جريدة لا تريبون، La tribune بتاريخ 16 جوان 1997.

(3) قرار رقم 31-315 بتاريخ 13/04/1983، المجلة القضائية السالفة الذكر، العدد الأول، سنة 1990، ص 19.

(4) نقض مدني مصري بتاريخ 1975/10/28، مج، س، 26، ص 1345.

(5) المادة 1136 من التقنين المدني الفرنسي و المادة 206 مدني مصري وكذا المادة 167 مدني جزائري.

الكماليات، كما هو في المثال السابق الخاص بأغطية المقاعد، فلا يدفع المشتري ثمنها ويمكن للبائع نزعها⁽¹⁾.

أما في حالة كون التغيير سلبي، وكان ذلك بفعل البائع أو بفعل الغير أو بسبب أجنبي فيعد البائع ملزماً بإعادة المبيع إلى الحالة التي كان عليها عند التعاقد إن كان ذلك ممكناً أو تعويض المشتري عنها، كما يحق للمشتري اختيار المطالبة بالفسخ مع التعويض⁽²⁾.

قد يحدث انعقاد البيع بالعينة، فلا بد أن تكون هذه الأخيرة مطابقة للمبيع وهذا ما نصت عليه المادة 1587 مدني فرنسي، وكذا المادة 420 مدني مصري المقابلة للمادة 353 مدني جزائري.

لكن في حالة عدم تجسيد هذه المطابقة، يحق للمشتري رفض المبيع والمطالبة بفسخ العقد مع التعويض⁽³⁾، حتى لو سلم له مبيعاً أفضل من العينة التي رآها، وتم الاتفاق عليها أو يطالبه بالتنفيذ العيني أو كذلك أن يحصل من السوق على سلعة أو منتج مطابق للعينة ويكون على نفقة البائع.

كما يستطيع المشتري قبول السلعة الغير المطابقة للعينة مع مناقشة البائع في إنقاص الثمن إذا كانت قيمة الشيء الذي قبله أقل من قيمة العينة⁽⁴⁾. وإثبات عدم المطابقة سوف يقع على عاتق المشتري، وما على البائع إلا نفي هذا الادعاء بكل طرق الإثبات.

(1) د/عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، الجزء الرابع، ص564. د/محمد حسين منصور، الوجيز في البيع المرجع السابق، ص109.

(2) د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص109.

(3) د/عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص238. د/عبد المنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، المرجع السابق، ص387.

(4) د/سي يوسف زاهية، عقد البيع، المرجع السابق، ص47. د/محمد حسن قاسم الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون ذكر بلد النشر، سنة 1996، ص146.

غير أن القضاء الفرنسي في هذا الموضوع ذهب إلى افتراض سوء النية لدى البائع المحترف والمنتج عند ثبوت عدم قيامه بالتحريات والفحوص اللازمة للمطابقة⁽¹⁾ وذلك قبل تسليم المبيع للمشتري، أي المستهلك أو عند عرضه للتداول في السوق. لذا الإخلال بالالتزام بالمطابقة عاقب عليه المشرع الجزائري، واعتبره من قبيل جرائم الخداع والغش والحياسة، فإذا ترتب عن الإخلال بالمطابقة أضراراً للمشتري، فيعد ذلك إهمالاً⁽²⁾، يستوجب تعويض المضرور منه. إذا ترتب عن عدم المطابقة حالة الوفاة أو العجز المادي، فتسري على الجاني (المتدخل) العقوبات المشددة التي نصت عليها المادة 432 من قانون العقوبات⁽³⁾ وكذا المادة 2/83، المادة 19/3 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09. عند وقوع عدم المطابقة في المبيع في عقد البيع الإلكتروني، يمكن للمشتري أو المستهلك رفض التسليم، ويدرج ملاحظته في وثيقة التسليم⁽⁴⁾، أو يطلب استبداله أو ترك المنتج مع تخفيض الثمن أو كذلك فسخ العقد إن كانت عدم المطابقة جسيمة، وهذا ما نصت عليه اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع في المادة 37. وبإمكانه كذلك إتباع طرق الضمان الموجودة في عقد البيع الكلاسيكي، كالضمان الإتفاقي أو ضمان الخدمة ما بعد

⁽¹⁾ Cour de cassation (chambre criminelle) 05/nov/1985 et 06/mai/1986 :Dalloz,1986.ir. p 402. observations, Roujou et Boubée (G).

د/بودالي محمد، المرجع السابق، ص 298، هامش رقم 50.

⁽²⁾ المادة 288 و 289 من قانون العقوبات الجزائري.

⁽³⁾ لقد استمر الوضع في الجزائر على إتباع القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 01 أوت 1905 إلى غاية صدور الأمر رقم 75-74 بتاريخ 06/17 /1975، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري الذي يعاقب على الغش من المواد 429 إلى 435، كذلك :

KHETARI .Said, Le contrôle de la qualité, journée d'études, D.G.R.F, BOUIRA 02 /02/1997, pp (1-3), p2.

⁽⁴⁾ د/عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك: البيع في الوطن- التعاقد عن بعد- العقد الإلكتروني، دراسة في ضوء مشاريع القوانين المغربية المتعلقة بحماية المستهلك وبالتبادل الإلكتروني للمعطيات والقوانين الدولية المقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة أميمية، المغرب، سنة 2006، ص 83 و84. PIC –Consomar

البيع وهذا ما نص عليه قانون الاستهلاك الفرنسي في المواد L.211.9 ; L.211.10 ; L.211.11⁽¹⁾.

أما قانون رقم 67 لسنة 2006 الخاص بحماية المستهلك المصري قد نص في المادة 8 و 9 على الجزاء المترتب عند تحقق عدم المطابقة للمبيع، حيث جاء في نص المادة 1/8 أنه إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله يلتزم المورد في هذه الأحوال بناء على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استعادها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية، كما نص في المادة 24 منه على معاقبة كل مخالفة أحكام هذا القانون المنصوص عليها في المواد 3،4،5،6،7،8،9،11،18 وكذا الفقرة الأخيرة من المادة 23 بغرامة لا تقل عن 5000 خمسة آلاف جنيه ولا تتجاوز 100000، مائة ألف جنيه، وفي حالة العود تضعف الغرامة بحديها.

أما الفصل 31 من قانون حماية المستهلك في المبادلات الالكترونية التونسي، فقد نص على إرجاع المنتج إذا كان غير مطابق للطلبية أو إذا لم يحترم البائع أجل تسليمه، غير أن الفصل 18 من قانون حماية المستهلك التونسي، رقم 92/117 المؤرخ في 1992/12/7 لقد منح للمستهلك الخيار بين استبدال المنتج أو إصلاحه في حالة عدم المطابقة وهذا ما تم تطبيقه في الفصل 31 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي .

⁽¹⁾ Le Tourneau (PH), Responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz référence, op.cit, p 277 et 278.

-Réparation ou remplacement (art L.211.9 et L.211- 10) C .C.

-Résolution de la vente ou la réduction du prix (art L.211.10, al^{1er})

-Dommages et intérêts (art.L.211.11, al.2)

-Voir Aussi , Art 37, convention de vienne 1980.

- Et aussi : Zigier . Jalladeau, op.cit, p 57 et 58 et 59.

« Lorsque le produit livré et non conforme aux qualités et caractéristiques promises par le vendeur ou qu'il est touché, par des vices cachés, le consommateur dispose du choix livré ou la demande de remboursement. Il peut aussi y avoir des mesures issues du contrat de vente lorsqu'il prévoit une garantie contractuelle ou bien un service après vente ».

خاتمة

لقد أنصب اهتمامنا في هذه الدراسة، البحث عن الالتزام بالضمان المتعلق بالتعرض للمبيع، وكذا العيوب الخفية في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية. فهذا الالتزام بالضمان يعد من الالتزامات الجوهرية الواجبة التنفيذ، فيقع على عاتق البائع أو المنتج أو الصانع أو كما يسمى بالمتدخل. يقع الالتزام بالضمان حتى ولو لم يتفقا عليه في العقد، لأن الأصل في التعاقد، هو الامتثال بحسن النية، ومنطقيا لا يمكن تصور الانتفاع بالمبيع دون ضمانه .

لذا فالالتزام بالضمان كان موجودا منذ العهد الروماني، وما زال مستمرا في القوانين المعاصرة، منها قوانين حماية المستهلك وقوانين البيع الإلكتروني المتأثرة بالتكنولوجيا وتطورها، مما غير وطور من مضمونه، وأصبحنا اليوم نطالب الباعة والمنتجين بالآليات الحديثة للضمان البديلة عن العيوب الخفية، كالالتزام بضمان الإعلام والالتزام بضمان السلامة وكذا الالتزام بضمان المطابقة سواء في البيع العادي والإلكتروني.

هذا وإن كان التعامل الإلكتروني ما زال لم يأخذ طريقه إلى واقعنا الجزائري، رغم التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03، وهذا راجع طبعاً لغياب أي إطار تشريعي في التجارة الإلكترونية، وتأخر الإصلاحات المصرفية، وكذا لمشاكل الشحن وأمور أخرى⁽¹⁾ كالتخوف من المخاطر الأمنية للاختراقات الإلكترونية وعدم سرية المعلومات التي تداولها الشركات عبر الانترنت.

فمن خلال هذه الدراسة، تبينا لنا التفاوت الهائل بين القدرات العلمية والتقنية، وكذا الاقتصادية للمحترف عن المشتري، أي المستهلك، الأمر الذي قد يجعل من هذا الأخير ضحية هذا البائع المحترف أو المنتج، فيشكو من التعرض للمبيع أو استحقاقه، وكذلك من الأضرار التي لحقت به من جراء ظهور عيوب خفية أو غير مألوفة في المبيع. فالحاجة ماسة إذن لإحاطة هذا المشتري بحماية قانونية في شتى مراحل التعاقد وذلك من المرحلة السابقة للتعاقد (أي قبل وأثناء التعاقد) وفي المرحلة اللاحقة (أي عند

⁽¹⁾ [http://www.lebarmy.gov.ib\(article.asp?in=ar&id=1082\)](http://www.lebarmy.gov.ib(article.asp?in=ar&id=1082))

تنفيذ العقد)، إلا أننا ركزنا هذه الدراسة حول هذه المرحلة الأخيرة، وحاولنا مناقشة أهم الالتزامات الخاصة بموضوع الضمان .

بعد الدراسة والتحليل توصلنا إلى عدة نتائج واقتراحات التي تم إدراجها في هذه الدراسة إلا أننا سوف نذكر أهمها في هذه الخاتمة وذلك تقاديا لوقوع تكرارها بالذكر .
لقد اتضح أن الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع قد تم تنظيمه في كل من التقنين المدني الفرنسي في المواد من 1625 إلى 1649، وكذا التقنين المدني الجزائري في المواد من 371 إلى 379 و كذا التقنين المصري من المادة 447 إلى المادة 455، والقصد من ذلك هو الوصول إلى صياغة قواعد قانونية كاملة لتحقيق أهدافا متعددة للمتعاقدين، وأيضا لتحقيق الموازنة بين حقوق والتزامات بعضهما، ولإستقرار المعاملات في المجتمع.

أما عن ضمان تعرض الغير، فالمشعر الجزائري قد نص عليه صراحة في المادة 371 مدني المقابلة للمادة 439 مدني مصري، غير أن المشعر الفرنسي نص على التعرض في المادة 1626 دون تحديد نوعه، فنفهم من ذلك أن المادة جاءت شاملة للنوعين ، أي التعرض الشخصي للبائع، و تعرض الغير.

عدم تحديد المشعر لعناصر التعويض في المادة 375 وزيادة على ذلك، لم يفرق بين البائع حسن النية وسيئ النية، إلا أنه إن كان البائع حسن النية، فإنه يعوض المشتري على الضرر المتوقع، أما إذا كان سيئ النية، فيتسع ضمانه إلى تعويضه عن الضرر غير المتوقع.

كما أن المشعر قد وحد أحكام الضمان المتضمنة العيب الخفي وأحكام ضمان الاستحقاق وفقا لأحكام المادة 381، وبهذا فإن رفع المشتري دعوى ضمان العيوب الخفية، فبالضرورة تطبق أحكام المادة 375 والمادة 376 مدني جزائري، غير أنه إذا اختار الرجوع على البائع وفق المادة 375 بفقرتها الأخيرة، فعليه استبعاد الأحكام المنصوص عليها في هذه المادة، و يمكن له تأسيس دعواه على المطالبة بالفسخ أو إبطال العقد.

وبخصوص تعريف العيب الخفي، فالمشرع الجزائري في المادة 379 وكذا المصري في المادة 1/447 لم يقدم تعريفًا له، بل قاما بتعريفه من خلال شروطه، غير أننا نرى أن العيب الخفي هو ما يعرض للمبيع، فيجعله غير ملائم ومؤثر ويعوق استعماله العادي، فيصبح لا يلبي غرض الشراء. كما أخطأ المشرع الجزائري بين مفهوم العيب الخفي والخلل الموجود في المبيع، إلا أننا نعتبر أن الخلل هو أوسع وأشمل من العيب، فهو سبب ظهوراً لعيب، لأن كل خلل يتحول بالضرورة إلى عيب.

حتى يكون البائع مسئولاً عن ضمان المشتري لتخلف الصفة في المبيع، يشترط وقوع اتفاق مسبق بينهما بوجودها عند التسليم، بالتالي إن أساس الضمان هنا، هو الاتفاق وليس القانون، لذا يجدر تطبيق المادة 384 التي نصت على إجازة تعديل أحكام الضمان القانوني وذلك باتفاق خاص.

عدم تحديد المشرع الجزائري درجة النقص في قيمة المبيع حتى يمكن اعتبار العيب مؤثراً فيه، والسبب في ذلك راجع إلى عدم خلق تضارب بين أحكام الرجوع بالضمان، وكذا بين حالتي الجسامة وعدم الجسامة عند الرجوع بالضمان، حبذا لو نهج منهج المشرع اللبناني الذي حدد درجة النقص في قيمة المبيع وذلك بكون العيب محسوساً يستوجب الضمان.

أما عن مسألة الكشف عن العيب الخفي، فالمشرع الجزائري في المادة 2/379 قد تبنى المعيار الموضوعي، دون التفرقة بين المشتري المحترف وغير المحترف، لكن المشرع الفرنسي في المادة 1641 قد تبنى نفس المعيار مع التمييز بين البائع المحترف وغير المحترف. ونعتقد أن المسألة هنا قد تخضع أكثر لتقدير قاضي الموضوع للكشف عن ذلك كما أنها من زاوية أخرى، يمكن اعتبارها مسألة نسبية.

كما تبين لنا أن المشرع الجزائري قد جمع بين معيارين للضمان هما معيار العيوب الخفية بالمعنى الصحيح، أي الآفة الطارئة وبين معيار تخلف الصفة، وربما كانت غايته هي توحيد معايير أو ضوابط المطابقة طبقاً لأحكام الاستحقاق حتى تكون خاضعة لأحكام المادة 375 و المادة 376 مدني جزائري.

الملاحظ كذلك، لقد أخضع المشرع الجزائري أحكام ضمان العيب الخفي للتقادم القصير طبقا لأحكام المادة 383 مدني غير أنه فيما يخص ضمان الصفة، فلم نجد نصا خاصا بها، وبالتالي فهي تخضع لأحكام المادة 1/315 مدني جزائري والتي تنص: "لا يبدأ سريان التقادم فيما لا يرد فيه نص قانوني إلا من اليوم الذي يصبح الدين مستحق الأداء" أي إخضاعها للتقادم الطويل في القواعد العامة.

فيما يخص سريان مدة التقادم في القانون المدني الجزائري وحسب ما نصت عليه المادة 383 مدني تبدأ من يوم التسليم دون مراعاة هل يستطيع المشتري العادي الكشف عن العيب، وهذا ما ينقص من حقه في الضمان، غير أن المشرع الفرنسي جعل هذه المدة تبدأ من تاريخ الكشف عن العيب وحقه يكون محميا ومكفولا طالما لم يكشف عن العيب.

لذا ندعو المشرع إلى الأخذ بعين الاعتبار المادة 383 وذلك بإعادة صياغتها واحتساب سريان مدة التقادم من تاريخ الكشف عن العيب و ليس من تاريخ تسليم المبيع، فالمنطق يستوجب أن تتم عملية الفحص للمبيع بعد التسليم الفعلي للمبيع لكون أن فحص المبيع إجراء مادي تطبيقي يستلزم استلام المبيع، غير أن رفع دعوى الضمان يراعى في بدء مدتها وهي سنة التسليم الفعلي، فتحسب مدة سقوطها من تاريخ هذا التسليم وعند تأخير المشتري (المستهلك) في رفع دعوى الضمان بعد تسلّم المبيع، يعد مخلا لالتزامه، فلا تعويض له في ذلك.

أما عن أحكام ضمان العيب الخفي في عقد البيع المنظمة في نصوص القانون المدني لم تمنح الحق للمشتري طلب التنفيذ العيني عن طريق إصلاح العيب أو استبدال المبيع، بل ظهر ذلك الحق في القرار الصادر في 10 مايو 1994 متضمنا كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، وكذلك في المادة 2/13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09.

فيما يخص تأسيس الالتزام بالإعلام كوسيلة مستحدثة وبديلة لضمان العيوب الخفية في المبيع، فلقد أهتم المشرع الجزائري بتقديم معلومات عن البائع عبر الوسوم (فيما يخص مكان الصنع وأرقام الهواتف للاتصال وكذلك مواقع إلكترونية المدرجة حديثا فلقد

أستعمل الطريقة غير المباشرة للقيام بذلك، أي أنه أهتم أكثر بالمنتج، ومن خلاله تظهر معلومات خاصة بالبائع أو المنتج، حبذا لو نظم مواد قانونية أخرى ينص فيها على معلومات خاصة بالبائع أو المنتج وتكون مستقلة عن المنتج).

البيانات التي تناولها المشرع الجزائري في الالتزام بالإعلام غير كافية لتتوبر رضا المستهلك العادي عامة والإلكتروني، خاصة بعد تغير المنتجات وطريقة اقتنائها فينبغي التفكير في تقديم بيانات أخرى متعلقة بالعقد حتى تكون كاشفة لصحة رضا المستهلك الإلكتروني، مثل قاعدة الإفصاح عن الهوية الحقيقية للمزود والتي من خلالها يمكن التحقق والتأكد من أهليته ومدة التسليم وعن أحكام التعويض عند عدم وقوع التنفيذ الصحيح لهذا الالتزام الخطير. كما يصعب على المستهلك الإلكتروني إثبات وقوعه في الغلط فيما يخص صفة المبيع، لذا فهو مكلف بإثبات علم البائع أم المنتج بالمعلومات عن المبيع وكتمها عنه.

تجدر الإشارة فيما يخص ضمان السلامة في قانون رقم 09-03 الخاص بحماية المستهلك وقمع الغش، أن المشرع الجزائري اكتفى بوضع نصوص موجزة جدا منحصرة في المواد من المادة 03 إلى المادة 10، كما نظم بنفس الطريقة المطابقة في المواد 11 و12 من نفس القانون. أعتبر في نفس الوقت الالتزام بالأمن هو التزام تابع للالتزام بالمطابقة في المنتجات والخدمات، غير أنه كان بإمكانه تنظيمه في التزام مستقل بحد ذاته على أساس قواعد القانون العام (التقنين المدني)، وفي نفس النقطة، لم يتطرق لموضوع الأمن في التقنين المدني، بل أشار في المادة 140 مكرر من التقنين المدني إلى مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة الذي يلتزم بالتعويض حتى لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، وكذا تحمل الدولة عبء التعويض في حالة عدم وجود مسؤول عن الأضرار الجسمانية التي تلحق بالمضرور، فعلى المشرع تعديل وتنظيم أكثر هذه المادة وذلك بتحديد شروط وأحكام تطبيقها.

كذلك عند ذكر المشرع في المادة 09 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش عبارة "... و الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين" فهذه العبارة

تتطلب أكثر توضيحا لهذه الشروط، كاحترام عرض المنتج مثلا وذلك بهدف فهمها من قبل المتدخل.

كما أن المشرع الجزائري لم يقيم بتقدير قيمة الالتزام بالسلامة باعتباره هدفا في حد ذاته وبالتالي لقد اعتبر رفع دعوى المطالبة بإصلاح أو تعويض الأضرار المترتبة عن المنتجات المعيبة مستندة لقواعد القانون العام.

المشرع الجزائري أولى اهتماما كبيرا للتدابير الوقائية بقصد تجنب وتفادي وقوع الأضرار للمستهلك، فكرس الرقابة كأداة وقائية على كل المنتجات قبل وأثناء العرض للاستهلاك، غير أنه أغفل عن وضع نظام لمسؤولية المحترف عن فعل منتجاته المعيبة فبهذا السبب لا يعد قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الأساس الوحيد الذي يعتمد عليه المستهلك المتضرر للحصول على تعويض عن أضرار سلامته، بل تبقى المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) قاعدة قائمة للمطالبة بالتعويضات.

كما وقع المشرع في الغلط وذلك بتطبيق النص الوارد في المخالفات في قانون العقوبات على المخالفات الواقعة في ضمان السلامة، فالثانية أخطر من الأولى، وبالتالي ينبغي إدراج عقوبات أكثر صرامة.

أما عن التزام المطابقة، فإن المشرع الجزائري، لم ينص صراحة على تعريف هذا الالتزام، بل ذكر صورا له وذلك ما اتضح في المواد: 94 و 353 و 364 وكذا في الفصل الثالث، المادة 11 و 12 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش رقم 03-09.

ركز قانون حماية المستهلك وقمع الغش على المسؤولية الجزائية للمتدخل فقط أما عن المسؤولية المدنية، فلقد نص على دعوى الضمان عن طريق النصوص التنظيمية ولم ينص عن الأحكام الأخرى.

لما كان عقد البيع الإلكتروني قوامه التجارة الإلكترونية، فهو عقد يختلف بخصوصيته عن عقد البيع العادي، وذلك في بعض المسائل القانونية، غير أن قواعد ضمان التعرض المعروفة والمطبقة دوما في عقود البيع العادية أصبحت اليوم مفروضة ومطبقة حتى في مجال البيع عبر الانترنت، نظرا لعدم وجود نصوص جديدة جديرة التطبيق في هذا الموضوع من طرف الدول المنظمة لهذا البيع، بل أولت الأهمية في

تنظيم الوفاء والإثبات والتوقيع الإلكتروني بنصوص قانونية جديدة وكاملة وأحالت ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية للقواعد العامة، غير أننا في نفس الوقت نصرح بعدم كفاية أحكام هذا الضمان نظرا لبروز البيع الإلكتروني وكثرة التعامل فيه وكذا نظرا لبروز حداثة في المبيع بسبب عامل التكنولوجيا التي نوعته وغيرته من منتج بسيط إلى منتج تقني معقد وذو خطورة، بالإضافة إلى صعوبة استعماله مما شكل عبء على المستهلك في إثبات العيب فيه، وكذا قصور مدة تقادم دعوى الضمان وتقريرها لمعرفة واكتشاف العيب فيها من يوم التسليم وذلك ما يتنافى والمنتجات الحديثة المعقدة في الاستعمال والتي تتطلب لوقت أكثر ويبدأ من يوم اكتشاف العيب.

فيما يخص الالتزام بضمان التعرض الشخصي للبائع، فإن اتفاقية فينا لسنة 1980 للبيع الدولي للبضائع قد نصت في البند 41 من الاتفاقية على استحالة وقوع التعرض من قبل البائع الذي يتحسب لسمعته ويظل محافظا لهذه السمعة التجارية، غير أن الواقع يبرهن عكس هذا الاعتراف، لأننا عثرنا على تعرض البائع في أكثر من حالة خاصة في بيع المنقول المعنوي (برامج أو خدمات) وسماه البعض بالتعرض من النوع الخاص.

كما أن التزام البائع في البيع الإلكتروني بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية يندر فيه إثارة الضمان القانوني للبائع وذلك لكون المبيع في أغلب الأحيان هو منقولا والحيازة في المنقول سند الملكية.

يلاحظ أيضا فيما يخص تنفيذ العقد، فقد تبين لنا من خلال هذه الدراسة أنه يخضع في الكثير من جوانبه للقواعد العامة عند كون المبيع شيئا ماديا، غير أنه إن كان معنويا، يتم تنفيذه عبر الشبكة. علما أن الالتزام بضمان التعرض يوصف بأنه أبدي في عقد البيع التقليدي فهو كذلك في البيع الإلكتروني وذلك إن كان محل البيع منقولا ماديا أو عقارا غير أنه إن كان منقولا معنويا (بيع برنامج أو خدمة معينة) فإن الأجل الافتراضي للضمان مقلص إلى خمس سنوات حسب أغلبية الفقه، وهذا نظرا للتطور السريع في إنتاج وتطوير تقنيات هذه البرامج مما يجعل المستهلك مجبرا على شراء غيرها.

أما عن حبس الثمن كجزاء للإخلال بالالتزام بضمان تعرض البائع للمبيع، فهذا الحق ممكن تصوره في البيع العادي، غير أنه قد يصعب تطبيقه في البيع الإلكتروني لكون أن في أغلب المعاملات الإلكترونية، المشتري مجبر بدفع كل الثمن مقابل امتثال البائع بتسليم المبيع. كما أن في هذا النوع من البيع، الأصل في الدفع فوري ما لم تحدد مدة لدفع الثمن أو جزء منه، أو كذلك قد تحدد كيفية ومقدار الدفع بشرط تجربة المبيع (برامج أو خدمة معينة).

أما عن موضوع الفسخ كأثر سلبي لإخلال البائع في الضمان، فهو معروف ومطبق حسب ما ورد في القواعد العامة سواء كان محل البيع منقولاً أو عقاراً، غير أن في البيع الإلكتروني يستحيل المطالبة بالفسخ في بيع البرامج أو الخدمات خاصة بعد أن يتم بثها للمشتري فوراً من خلال شبكة الانترنت إلى حاسبه الإلكتروني، كما أنه في نفس الوقت تكون الأختام الخاصة باستعمال ذلك المنتج قد فتحت. ولذلك فإمكانية الفسخ في هذا المجال تكون قبل تنفيذ العقد.

وبالنسبة لتعرض الغير في البيع الإلكتروني، فهو كثير الوقوع، وتطبق عليه القواعد العامة.

أما في مسألة رد المبيع الإلكتروني، نقترح عدم الرد والمطالبة بتعويض يتناسب مع نوعية وجسامة هذا العيب، فمثلاً رد الخدمات أو البرامج التي تم إرسالها يعد أمراً مستحيلاً وصعباً بعد أدائها، لأن إن تم إعادة إرسالها قد تحمل فيروسات تحطمها أو تعطل نشاطها أو كذلك قد تؤثر على المعطيات الموجودة في جهاز المشتري أو المستهلك. نفس الاقتراح يمكن تطبيقه على المواد القابلة للاستهلاك لأنها سريعة الهلاك.

أما عن إصلاح المبيع واستبداله، حق معمول به كذلك لحماية المستهلك الإلكتروني من العيوب الخفية لهدف ضمان سلامته من المنتج المستحدث خاصة. غير أن هذا الحق محصور في السلع المادية غير الاستهلاكية وكذلك غير متوقع وجود إصلاح المبيع في عقود بيع المعلوماتية وذلك نظراً لعدم إمكانية التزام البائع المتعهد بإصلاح المبيع بواسطة الغير وعلى نفقته.

لقد تم ربط تبعة هلاك المبيع بالتسليم القانوني في كل من التقنين المدني الجزائري والمصري، غير أننا لاحظنا أن المشرع الفرنسي لم ينص على أية خصوصية بهذه المسألة في قانون الاستهلاك الفرنسي، وهذا ما يستدعي اللجوء إلى القواعد القانونية في التقنين المدني التي سوف تؤدي إلى تحميل المشتري الإلكتروني (المستهلك) تبعة هلاك المبيع خلال المدة الزمنية الفاصلة بين تمام العقد وحدث التسليم الفعلي، لكون المبيع يكون خلال مدة تسليمه مملوكا للمشتري.

فيما يخص تقادم دعوى الضمان في البيع الإلكتروني، لم يتم تنظيمها بعد، فقد تطبق أحكام مدة الضمان المقررة في القواعد العامة أوبتعيين مدة أقل من سنة. إذا كانت التفinitionات المدنية قد أعطت للمتعاقدين الحق في الاتفاق على إسقاط أوإنقاص ضمان العيوب الخفية، إلا أن الواقع يقضي بعدم إجازة هذا الاتفاق في البيع المبرم عبر الانترنت وذلك لافتراض علم البائع (المحترف) بالعيوب، وهذا يعد قرينة على سوء نيته. ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان، إن كان البائع تعمد إخفاء العيب غشا منه لكن يجوز الاتفاق على زيادة الضمان، وذلك في سبيل حماية المستهلك الإلكتروني. وفي ظل التعاقد بالبيع الإلكتروني، نقترح أن يتسم الإعلام بصفة تحذيرية ووقائية متجها للمستهلك حتى ينير إرادته للتعاقد وضمان سلامته من المنتجات المعيبة وكذا تنظيم وتوسيع مجال الالتزام بالإعلام والاعتراف بالذاتية المستقلة له قبل التعاقد من أجل الإفصاء الواسع عن المعلومات الخاصة بالمحترف والمبيع وأحكام البيع.

نوافق الرأي الفقهي على أن وجود النص الصريح على ضرورة الإعلام، يجعل المهني ملتزما بهذا الضمان التزاما قانونيا، كما أن في حالة انعدام وجود النص، فالمتعاقد يكون ملتزما دوما بالضمان المؤسس على مبدأ حسن النية في كل مراحل العقد⁽¹⁾.

رجوعا إلى قانون الاستهلاك وقمع الغش الجزائري رقم 09-03، فإن البيانات التي نص عليها غير كافية لتتوبر رضا المستهلك الإلكتروني، نأمل إدراج بيانات أخرى تشمل الظروف الخاصة بالعقد، كالإفصاح على الهوية الحقيقية للمحترف حتى يتمكن المستهلك

(1) Pierre. Hugues Vallée, et Jean Mackaay, La confiance sa nature et son rôle dans le commerce électronique ;lex Electronica,v°11,n°2,Automne ,2006.Disponible sur site : <http://www.lex-electronica.org/articles/v°11>.

عبر الانترنت التأكد من أهليته، وكذلك مدة التسليم وما يترتب عن الإخلال بعدم التنفيذ لهذا الالتزام.

كما ندعو الجهات التشريعية بضرورة التطرق للالتزام بالإعلام عن مورد السلعة أو الخدمة بنوع من التفصيل ويكون ذلك بالاسترشاد بإيجابيات القوانين والتوجيهات الأوروبية والعربية التي نظمت هذا الموضوع، وتقادي سلبياتها حتى لا يقع المستهلك الإلكتروني الجزائري فريسة التجار نتيجة إعلاناتهم الخادعة المضللة لحقيقة المبيع.

نظرا للحرية التجارية التي يشهدها العالم الأوروبي والعربي، فلا بد من تشديد الرقابة على الواردات من الدول المختلفة مع الامتناع من استيراد مواد أو سلع من دول مشكوك في نوعية أو جودة سلعها.

ضرورة تنظيم مسؤولية المحترف عن عيوب ومخاطر المنتجات في البيع العادي أو الإلكتروني وذلك بتشديد مسؤوليته لضمان سلامة المستهلك، وذلك بالاستعانة بنصوص التوجيه الأوروبي عند صياغة أحكام هذه المسؤولية ذات المصدر الفقهي والقضائي.

ضرورة توسيع مسؤولية المزود أو المورد عن المنتجات و الخدمات المعيبة حتى تكون في صالح المستهلك الضعيف، حتى لو وقع خطأ من طرف المزود دون قصد يجيز للمستهلك المطالبة بالتعويض حتى لو لم يلحق به ضرر، لأن التزام المزود هو التزام بتحقيق نتيجة إيجابية وهي ضمان سلامة المستهلك.

أمام قصور النظرية التقليدية للالتزامات لتحقيق حماية فعالة للمستهلك عن بعد من التطورات العلمية والإنتاجية المعاصرة وما قد تحدثه من أضرار في صحته وأمواله وحماية إغراء المستهلك المفتقر للقدرة الفنية بالسلع ذات خطورة كبيرة على سلامته خاصة من التنافس الحاد بين الشركات والمنتجين، نأمل أن يقوم المشرع بالإسراع في إقرار وتنظيم قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية كما حدث في فرنسا وذلك استجابة وتنفيذا للتوجيه الأوروبي رقم CE/7/97 بشأن حماية المستهلك في التعاقد المبرم عبر الانترنت الصادر في 1997/05/20. ونفس القفزة التشريعية عرفتتها كل من تونس والأردن وغيرها في قوانينها الجديدة لحماية المستهلك عبر الانترنت، وتكون ممارسة هذا النوع من التجارة

الإلكترونية في الجزائر إما في ظل قوانين جديدة تحمي سلوك المستهلك في التسويق الإلكتروني مع ضبط تعريف عقد البيع الإلكتروني وأحكامه أضمن قانون خاص مستقل، متعلق بالتعامل عن بعد أو بتعديل القانون المدني أو التجاري بإضافة أبواب أو ملاحق تكون خاصة بالتجارة الإلكترونية، ومنها البيع الإلكتروني.

هناك نقص أو بعض الثغرات في تنظيم أحكام البيع عبر الإنترنت على المستوى الدولي عامة وعلى المستوى العربي خاصة، فهذا راجع للاقتحام السريع لهذا التعامل بالبيع عبر الإنترنت وكذا التطورات الكبيرة التي يشهدها العالم يوميا في مجال العقود. إلا أن الدول المنظمة للبيع الإلكتروني مازالت تسعى جاهدة للنظر في المشكلات الناتجة عن التعامل بالبيع عبر الإنترنت والسهر على إيجاد حلولاً قانونية مرنة تتلاءم والواقع العملي عبر هذا العالم الافتراضي بهدف تطبيقها على مرحلة إبرام عقد البيع وكذلك مرحلة تنفيذه.

أخيرا يمكننا القول أن رغم كل هذه الترسانة القانونية التي تسعى لحماية المشتري أو المستهلك في عقد البيع العادي أو الإلكتروني، يبقى على هذا المستهلك الحرص على حماية نفسه بنفسه، وذلك بتنمية الوعي الاستهلاكي عنده حتى يتفادى لا مبالاة الباعة والمنتجين بحقوقه.

أمل وأسأل الله القدير أن أكون من خلال هذا الجهد قد وفقت في إعطاء هذا الموضوع حقه من البحث والدراسة.

تم بحمد الله

قائمة المصادر والمراجع

أولاً - باللّغة العربية:

المصادر:

القرآن الكريم.

المراجع:

1 - المؤلفات

أ - الكتب العامة:

- 1- د/إبراهيم محمد عطا الله، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1983.
- 2- د/إبراهيم الصالحي، حقيقة المبيع الموجب للضمان وشروطه في عقد البيع دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الطباعة المحمدية القاهرة، سنة 1988.
- 3- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء 02، دون ذكر السنة.
- 4- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الثانية، مكتبة مصطفى الباجي الحلبي، سنة 1960.
- 5- د/أبو السعود رمضان، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، سنة 2000.
- 6-، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، سنة 2000.
- 7- أبو زكريا محي الدين بن شرف بن مري بن حسين النووي، المجموع في فقه الشافعية "باب البيع"، الجزء التاسع، مطبعة المنيرية، القاهرة دونذكر سنة النشر.
- 8- د/أبو قرين أحمد عبد العال، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006.
- 9- د/أحمد عبد العال أبو قرين، ضمان العيوب الخفية وجدواه في مجال المنتجات الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1996.

- 10- د/أحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، الطبعة الأولى، المكتبة المصرية للنشر، القاهرة سنة 2010.
- 11- د/أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع الجزء الرابع، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.
- 12-، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000.
- 13- د/أحمد شوقي عبد الرحمان، ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات المطبوعة العربية الحديثة، القاهرة، سنة 1983.
- 14- د/أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994.
- 15- د/أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوربية، دار إقرأ للنشر لبنان، سنة 1981.
- 16-، ضمان عيوب البيع الخفية، الطبعة الثالثة، دار إقرأ للنشر، لبنان، سنة 1983.
- 17-، القانون المدني، العقود المسماة- البيع، الإيجار، الوكالة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2007.
- 18- د/إسماعيل عبد النبي شاهين، أحكام بيع ملك الغير في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، سنة 2005.
- 19- د/إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبة القاهرة، سنة 1958.
- 20-، الوجيز في عقد البيع، دون دار النشر، المغرب، سنة 1963.

- 21-،التعليق على قانون الالتزامات والعقود المغربي بأحكام القضاء العربي، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الرباط، المغرب، سنة 1999.
- 22- الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير والتنوير، المجلد الرابع الجزء السادس والسابع، دار سحنون للنشر، تونس، سنة 1997.
- 23- د/إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية التجارية، الجزء الثالث، عقد البيع دراسة مقارنة، بيروت، لبنان، سنة 1955.
- 24- د/أمير فرج يوسف، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والشركة، المكتب العربي الحديث، القاهرة، سنة 2007.
- 25-، عقد البيع والشركة، المكتب العربي الحديث، القاهرة، سنة 2007.
- 26- د/أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2002.
- 27-، دعاوى الضمان في القانون المدني، دعوى ضمان التعرض دعوى ضمان الاستحقاق، دعوى ضمان العيوب الخفية، منشأة المعارفمصر، سنة 2003.
- 28- د/أنور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، الطبعة الثانية، دار نشر الثقافة، دون ذكر مكان النشر، سنة 1952.
- 29-، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية، لبنان، سنة 1973.
- 30-، عقد البيع، دون ذكر دار النشر، القاهرة، 1983.
- 31- د/أنور طلبة، نفاذ وانحلال البيع، دون ذكر الطبعة، دار الكتب القانونية للنشر مصر، سنة 2003.
- 32-، دعوى التعويض، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث للنشر مصر، سنة 2005.

- 33- **بن رشد**، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 2002.
- 34-، شرح جرائم الغش وبيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية دار الفجر، القاهرة، سنة 2005.
- 35- **د/بو عبيد عباسي**، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد المستهلك، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش المغرب، سنة 2008.
- 36- **د/ توفيق حسن فرج**، عقد البيع والمقايضة، دون ذكر دار النشر، القاهرة، سنة 1985.
- 37- **د/جاسم الشامسي**، عقد البيع في ضوء قانون المعاملات لدولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الإمارات العربية، سنة 1988.
- 38- **د/ جاسم على سالم ناص**، ضمان التعرض والاستحقاق في البيوع، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، سنة 1990.
- 39- **د/جاك الحكيم**، العقود الشائعة أو المسماة، عقد البيع، الطبعة الثانية، مطبعة الكتبي دمشق، سنة 1973.
- 40- **د/جعفر الفضلي**، الوجيز في العقود المدنية، البيع والإيجار، المقالة، مكتبة الثقافة للنشر، عمان، الأردن، سنة 1997.
- 41- **د/جمال الدين عوض**، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، دارالنهضة العربية، القاهرة، سنة 1982.
- 42- **د/جمال مصطفى**، عقد البيع، المكتب المصري الحديث للنشر، مصر، دون ذكر السنة.
- 43- **د/جميل الشرقاوي**، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة والإيجار، الجزء الأول دون ذكر دار النشر، القاهرة، سنة 1956.

- 44-، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دون ذكر الطبعة، دارالنهضة العربية، مصر، القاهرة، سنة 1968.
- 45-، مصادر الالتزام، دون ذكر دار و بلد النشر، سنة 1974.
- 46-، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1991.
- 47- د/حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت سنة 1989.
- 48-، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، الطبعة الأولى، دار السلاسل للطباعة، دون ذكر بلد النشر، سنة 1989.
- 49- د/حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دون ذكر دار النشر، سنة 1993.
- 50- د/حمد الله محمد حمد الله، مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي، ترجمة دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000.
- 51- د/خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1996.
- 52- د/خليفة الخروبي، العقود المسماة، الوكالة - البيع والمعارضة - الكراء - الهبة الطبعة الأولى، دار مجمع الأطرش للكتاب المختص الطبعة، الأولى، تونس 2010.
- 53- د/خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، البيع والتأمين والإيجار، الجزء الأول الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1984.
- 54- د/رسلان نبيلة، العقود المسماة، عقد البيع، الجزء الأول، دون ذكر دار النشر، مصر، سنة 1995.
- 55- د/رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، القاهرة، سنة 2000.

- 56- د/زهير حرج ود/علي الجاسم، العقود المسماة، دون ذكر الطبعة، منشورات جامعة دمشق، سنة 2007.
- 57- د/زهية سي يوسف، عقد البيع، الطبعة الثالثة، دار الأمل للنشر، تيزي وزو الجزائر، سنة 2000.
- 58- د/سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية و الإتفاقيات الدولية، دون ذكر الطبعة، دار الثقافة للنشر، دون طبعة، الأردن، سنة 2008.
- 59- د/ سامر منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1990.
- 60- د/سرحان عدنان، شرح في العقود المسماة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الإمارات العربية، سنة 2005.
- 61- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص المدني في التعويض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر.
- 62- د/سعيد جبر، الضمان الإتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1985.
- 63- د/سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب القاهرة، سنة 1980.
- 64- عقد البيع، طبعة نادي القضاة، دون ذكر مكان النشر، سنة 1980.
- 65-،الوافي في شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الخامسة، مطبعة السلام، القاهرة، سنة 1990.
- 66-، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونية شتات، مصر، سنة 1990.
- 67-،بالمشاركة مع/د/علي سالم إمام، عقد البيع في التقنين المدني الجديد، طبعة النهضة الجديدة، القاهرة ،سنة 1955.
- 68- د/سمير السيد تناغو، عقد البيع والشركة، الإسكندرية للطبع و النشر، دون ذكر سنة النشر.

- 69-، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1973.
- 70-، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، القاهرة، سنة 2009.
- 71- د/سمير كامل، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1991.
- 72- د/سوار محمد وحيد، الاتجاهات العامة في القانون، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة 2001.
- 73- د/شفيق الجراح، القانون المدني (العقود المسماة) عقد البيع، جامعة دمشق الطبعة الجديدة، سوريا، سنة 1983.
- 74- د/صاحب الفتلاوي، العقود المسماة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر، الأردن سنة 1996.
- 75-، ضمان العيوب الخفية وتختلف المواصفات في عقود البيع، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر، عمان، الأردن، سنة 1997.
- 76- د/طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان، سنة 2005.
- 77- د/عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الطبعة الأولى، دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2000.
- 78- عباس حسن الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني العراقي، دون ذكر دار النشر، الكويت، سنة 1975.
- 79- د/عبد الحميد عثمان، المفيد في شرح أحكام البيع والتأمين، الجزء الأول طبعة النسرة الذهبي، القاهرة، سنة 1419.
- 80- د/ عبد الرحمن أحمد جمعة الحلالشة، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني عقد البيع، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، سنة 2005.

- 81- د/عبد الرحمن محمد شريف عبد الرحمن أحمد، مطول القانون المدني في عقد البيع، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2003.
- 82- د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2001.
- 83- د/عبد الرسول عبد الرضا محمد، الالتزام بضمان العيوب الخفية دراسة مقارنة بين القانونين المصري والكويتي، دار حراء للنشر، سنة 1974.
- 84- عبد الرشيد مأمون، الوجيز في العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع والمقايضة، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1998.
- 85- عبد العزيز عامر، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1967.
- 86- د/عبد القادر أقصاوي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة سنة 2010.
- 87- د/عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الأمان، المغرب، سنة 2010.
- 88- د/عبد الله مبروك النجار، مبادئ عقدي البيع والتأمين، دون ذكر دار النشر، سنة 2002 و 2003.
- 89- د/عبد المنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، دار الكتاب العربي القاهرة، سنة 1958.
- 90-، الوجيز في عقد البيع، مطابع النسر الذهبي، القاهرة، سنة 1983.
- 91- د/عبد المنعم علي، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2007.
- 92- د/عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في التشريع المصري، دون ذكر دار النشر، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، سنة 1946.

- 93- د/عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2007.
- 94- د/عبد الناصر توفيق العطار، البداية في شرح أحكام البيع، دون ذكر دار النشر وبلد النشر، سنة 1984.
- 95- عبد الودود، دروس في العقود المسماة، البيع والإيجار والتأمين، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1976 و 1977.
- 96- د/عدنان سرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، مكتبة، دار الثقافة، عمان الأردن، سنة 2003.
- 97- عزت مصطفى الدسوقي، الموسوعة الحديثة في أحكام النقص، دار محمود للنشر، دون ذكر الطبعة، القاهرة، سنة 2000.
- 98- علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء الأول، دون ذكر السنة.
- 99- عقد البيع في القانون الكويتي، دار البحوث العلمية، الكويت، سنة 1956.
- 100- د/علي الفتاك، تأثير المنافسة على الإلتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، سنة 2008.
- 101- د/علي نجيدة، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2003.
- 102- الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005.
- 103- د/علي الهادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان الأردن، سنة 2006.
- 104- العقود المسماة في البيع والإيجار، الطبعة الأولى، أربد المركز القومي للنشر، الأردن، سنة 1999.

- 105- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى الجزائر، سنة 2004.
- 106- د/عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2004.
- 107-، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2008.
- 108- فضل العيش، قانون الإجراءات المدنية والقانون المدني وفقا للتعديلات الأخيرة رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007، طبعة جديدة، مطبعة الطالب الجزائر، سنة 2007.
- 109- د/فايز أحمد عبد الرحمن، عقد البيع في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، سنة 2007.
- 110- د/فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة، الكتاب الأول عقد البيع، مكتبة الجلاء الجديدة، الطبعة الثانية، دون ذكر بلد وسنة النشر.
- 111- فريد عبد الفتاح زين الدين، تخطيط ومراقبة الإنتاج مدخل إدارة الجودة، دار الكتاب، مصر، سنة 2000.
- 112- د/قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة مصر، سنة 2007.
- 113- قدري باشا، مرشد الحيران، الطبعة الأولى، مطبعة دار النشر والتأليف الجارية، دون ذكر السنة.
- 114- د/كمال ثروت الوندأوي، شرح أحكام عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة التشريعات العربية والأجنبية، مطبعة السلام، بغداد، سنة 1973.
- 115-، عقد البيع، دراسة مقارنة مع مجموعة التشريعات الأجنبية، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام، بغداد، سنة 1973.
- 116- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2006.

- 117- **مجد الدين محمد يعقوب الفيروز أبادي**، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة الطبعة السادسة، بيروت، لبنان، سنة 1998.
- 118- **د/مجدي صبحي خليل**، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة دون ذكر تاريخ النشر.
- 119- **د/محمد يوسف الزغبى**، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني الطبعة الأولى، دون ذكر دار النشر، الأردن، سنة 1993.
- 120- **د/ محمد، بودالي** مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والجزائري، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر الطبعة الأولى، مصر، سنة 2005.
- 121- **محسن شقيق**، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1998.
- 122-، اتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنتجات المادية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1986.
- 123- **د/محمد الزحيلي**، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي والعقود المسماة البيع والمقايضة، الإيجار، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سنة 1994.
- 124- **محمد الشريبي الخطيب**، معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج للعلامة مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، القاهرة سنة 1953.
- 125- **د/محمد بودالي**، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث للنشر، الجزائر، سنة 2006.
- 126-، شرح جرائم الغش وبيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، دار الفجر، القاهرة، سنة 2005.
- 127- **د/محمد حسن قاسم**، الموجز في عقد البيع، دون ذكر الطبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 1996.
- 128-، عقد البيع، دراسة مقارنة في القانون المصري و اللبناني الطبعة الأولى، دار الجامعة للنشر، بيروت، سنة 1999.

- 129-، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين، الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2001.
- 130-، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي، دون ذكر الطبعة لبنان، سنة 2001.
- 131- د/محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.
- 132- د/محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، سنة 2009.
- 133- د/محمد سالم الغضبان، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، سنة 2004.
- 134- د/محمد عبد الظاهر حسين، دعاوى عقد البيع، شروطها، آثارها، مواعيد سقوطها، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995.
- 135- محمد عبد القادر الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1983.
- 136- محمد علي عمران، عقد البيع في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1972.
- 137- محمد عليش، شرح منح الخليل على مختصر خليج للشيخ محمد عليش، الجزء الثاني، مكتبة النجاح، ليبيا، دون ذكر السنة.
- 138- د/محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، طبعة نادي القضاة، الجزء الثاني، دون ذكر مكان النشر، سنة 1985.
- 139- د/محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1975.
- 140- د/محمد ناجي ياقوت، العقود المسماة، البيع والإيجار والمقاولة، دار وهدان للطباعة و النشر، دون ذكر بلد النشر، سنة 1982.

- 141- د/محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح في عقد البيع في القانون المدني الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، سنة 2006.
- 142- د/محمود الشرقاوي، عقود التجارة الدولية (دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع)، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.
- 143- د/محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، دون ذكر دار النشر القاهرة، سنة 1978.
- 144- د/محمود الديب، عقد البيع بين الشريعة والقانون، دون ذكر الطبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2010.
- 145- د/مدحت عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم المعلومات، دار النهضة، العربية، القاهرة، سنة 2001.
- 146- د/مروان كركبي، العقود المسماة، البيع والمقايضة، الإيجار، الوكالة، دراسة مقارنة في القانون اللبناني والفرنسي والمصري، الطبعة الرابعة، دار المنشورات الحقوقية، دون ذكر بلد النشر، سنة 2004.
- 147- د/مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000.
- 148- د/مصطفى أحمد الزرقاء، القانون المدني (العقود المسماة) عقد البيع، الطبعة الجديدة، دمشق سنة 1983، 1984.
- 149-، شرح القانون المدني السوري -عقد البيع، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية سنة 1957.
- 150- معوض عبد التواب، التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الثاني الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون ذكر تاريخ النشر.
- 151- د/مدوح محمد علي مبروك، ضمن مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008.
- 152- د/منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون المدني والعقود المسماة، البيع والمقايضة والإيجار، دار المعارف، الإسكندرية، القاهرة، سنة 1956 و 1957.

- 153- د/نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، سنة 2004.
- 154- د/نجيدة علي، الوجيز في عقد البيع، دون ذكر الطبعة، القاهرة، سنة 2003.
- 155- د/نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دون ذكر دار النشر، القاهرة، سنة 1982.
- 156- د/يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون الأردني، الطبعة الأولى، سنة 1993.
- ب - الكتب الخاصة:**
- 1- د/أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الإتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، القاهرة، سنة 2006.
- 2- د/أبو الهيجاء محمد إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2005.
- 3- د/أحمد محمود سعد، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية المعالجة الأولية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 1995.
- 4- د/أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبيعية، الطبعة الثانية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005.
- 5-، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، القاهرة، سنة 2011.
- 6- د/أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقہ الإسلامي، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، القاهرة، سنة 2009.
- 7- د/بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر الانترنت، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر، عمان، سنة 2006.

- 8- د/برهم نضال إسماعيل، أحكام التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2005.
- 9- د/حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك في مصر بالمقارنة مع أوضاع الحماية دول السوق الأوروبية والشرق الأوسط، الطبعة الأولى دار الفكر للنشر، مصر، سنة 1996.
- 10-، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1998.
- 11-، إبرام العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010.
- 12- د/خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية للنشر الإسكندرية، القاهرة سنة 1998.
- 13-، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية للنشر، القاهرة، سنة 2007.
- 14-، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي، القاهرة سنة 2008.
- 15- خيال محمود السيد عبد المعطي، التعاقد عن طريق التلفزيون، دون ذكر دار النشر و لا بلد النشر و السنة.
- 16- د/سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة سنة 2008.
- 17-، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2008.
- 18- د/سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، القاهرة سنة 2005.
- 19- د/صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005.

- 20- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر عمان،الأردن، سنة 2005 .
- 21- د/ظاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 2007.
- 22- د/طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، دون ذكر دار النشر بيروت، سنة 2000.
- 23- د/عبد الباسط حاسم محمد، إبرام العقد المبرم عبر الانترنت، الطبعة الأولى منشورات الحلبي، لبنان، سنة 2010.
- 24- عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك: البيع في الموطن - التعاقد عن بعد- العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة في ضوء مشاريع القوانين المغربية المتعلقة بحماية المستهلك وبالتبادل الإلكتروني للمعطيات والقوانين الدولية المقارنة، الطبعة الأولى، مطبعة أميمية، فاس، المغرب سنة 2006. Pic - consomar
- 25- د/عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دون ذكر دار النشر، مصر، سنة 2005.
- 26- د/عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي القاهرة، سنة 2005.
- 27-، مقدمة في الحقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، سنة 2005.
- 28-، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، سنة 2006.

- 29- د/عبد الرحيم بن بوعيدة ود/ضياء علي أحمد نعمان، موسوعة التشريعات الإلكترونية المدنية والجنائية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية للنشر، مراكش، المغرب، سنة 2010.
- 30- د/علي السيد حسن، الإلتزام بضمان السلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1990.
- 31- د/علي محمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، الأردن، سنة 2008.
- 32- د/عماد حداد، التجارة الإلكترونية، سلسلة العلوم والتكنولوجيا، دون ذكر دار النشر و بلد النشر، سنة 2005.
- 33- د/عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار حامد للنشر، عمان، الأردن، سنة 2007.
- 34-، عقد البيع عبر الأنترنت، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى دار حامد للنشر، عمان، الأردن، سنة 2007.
- 35- محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر والأنترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، سنة 2004.
- 36- د/محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1988.
- 37- د/محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، سنة 2005 .
- 38-، التعاقد الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2004.
- 39- د/محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة العربية للنشر الإسكندرية، القاهرة، سنة 2003.
- 40-، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، سنة 2009.

- 41-، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة،
دار الجامعة الجديدة، القاهرة، دون ذكر تاريخ النشر.
- 42- د/محمد حسين رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة
الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، سنة 2007.
- 43- د/محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية
القاهرة، سنة 2004.
- 44- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة
الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، سنة 2006.
- 45- د/محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، دار
النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر سنة النشر.
- 46-، التعاقد عن طريق التلفزيون،
دار النشر الذهبية للطباعة، القاهرة، سنة 2000.
- 47- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للنشر، الجزائر
سنة 2008.
- 48- د/منصور محمد حسن منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية
وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي للنشر، القاهرة، سنة 2006.
- 49- د/موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية
دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، العراق سنة 2001.
- 50- نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار
الثقافة للنشر، عمان، الأردن، سنة 2009.
- 51- د/نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون
المدني، دراسة موازنة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة،
عمان، الأردن، سنة 2001.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- الرسائل:

- 1- د/أياد أحمد البطانية، النظام القانوني لعقود برامج الحاسوب، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة بغداد، العراق، سنة 2004.
- 2- إيمان مأمون أحمد، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، كلية الحقوق القاهرة سنة 2005 - 2006.
- 3- د/بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، كلية الحقوق القاهرة، سنة 2003.
- 4- د/جلال الدين محمد حسن صبره، الالتزام بضمان التعرض الصادر في مواجهة الغير في العقود، في القانون المدني المصري والفرنسي، رسالة لنيل درجة دكتوراه، جامعة أسيوط القاهرة، سنة 1990.
- 5- د/حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، القاهرة، سنة 1999.
- 6- د/خالد جمال احمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه كلية الحقوق ، جامعة أسيوط، القاهرة سنة 1996 .
- 7- د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة لنيل درجة دكتوراه جامعة الإسكندرية، القاهرة ، سنة 2005.
- 8- د/زهية حورية كجار. "سي يوسف"، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2006.
- 9- د/عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، عين شمس القاهرة، سنة 1994.

- 10- **علي سالم ناصر**، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود، دراسة مقارنة رسالة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1990.
- 11- **د/ لطيفة أمازوز**، إلتزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق تيزي وزو، الجزائر، سنة 2011.
- 12- **د/مجد عبد القادر الحاج**، مسؤولية المنتج والموزع، رسالة دكتوراه في القانون جامعة القاهرة، سنة 1982.
- 13- **د/محمد سليمان فلاح الرشيدي**، نظرية الإلتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 1988.
- 14- **د/محمد شريف كتو**، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر 2005.
- 15- **د/محمود التلي**، النظرية العامة للإلتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 1988.
- 16- **د/محمود عبد الحكم رمضان الخن**، إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة القاهرة سنة 1994.
- 17- **د/نادي أحمد الطيب**، سقوط الحق في ضمان العيوب الخفية في عقود المفاوضات المالية، رسالة لنيل درجة دكتوراه، حقوق، الزقازيق، القاهر، سنة 2003.
- 18- **د/هشام طه محمود سليم**، ضمان الاستحقاق في البيوع، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة، سنة 2008.

ب- المذكرات:

- 1- أبو دلو محسن عواد، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع في القانون المدني الأردني، مذكرة لنيل درجة الماجستير، غير منشورة، جامعة عمان الأردن، سنة 2000.
- 2- بدر حامد الملاء، الالتزام بسلامة المضرور الجسدية من الأضرار التي تسببها المنتجات، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الكويت، سنة 2004.
- 3- جديد رباد، إلتزامات البائع في عقد البيع الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، مولود معمري تيزي وزو، الجزائر سنة 2003.
- 4- جويذة خواص، الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في عقد البيع، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1986.
- 5- ربحي محمد أحمد هزيم، ضمان التعرض و الاستحقاق في عقد البيع، دراسة مقارنة رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، سنة 2007.
- 6- زينب حميد هادي الربيعي، الالتزام بضمان السلامة في عقد العلاج الطبي مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة النهريين كلية الحقوق، بغداد سنة 2003.
- 7- عبد الكريم جواهره، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق الجزائر، سنة 2002.
- 8- عبد الكريم سالم علي العلوان، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والمصري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العقود الخاصة، جامعة الدول العربية، القاهرة، سنة 2002.
- 9- عبد الله بن سليمان بن صالح الميمني، التنظيم القانوني للمسؤولية عن أضرار المنتجات، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، طنطا، لقاهرة سنة 2000.

- 10- **عبيد مجول العجمي**، تطوير الالتزام بضمان العيوب الخفية بشأن منتجات التقنيات الحديثة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، رسالة الماجستير في القانون الخاص، جامعة القاهرة، سنة 2007.
- 11- **فوزية عبد العزيز طه**، التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق في قانون المعاملات المدنية لدول الإمارات العربية المتحدة، دراسة مقارنة مع التقنين المدني المصري، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الحقوق القاهرة، سنة 1992.
- 12- **لمياء لعجال**، الحماية الفردية والجماعية للمستهلك، رسالة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001-2002.
- 13- **محمد عبد الله المطلق أبو هزيم**، التزام البائع بضمان المبيع وفق أحكام التشريع المغربي مقارنة بالتشريع الأردني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الثاني دار البيضاء، المغرب، سنة 1984.
- 14- **مراد قرفي**، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2005-2006.
- 15- **يحي محمد حسين راشد الشعبي**، استحقاق المبيع للغير، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة عدن فلسطين، سنة 2006.

3- المقالات والبحوث:

أ- المقالات:

- 1- **د/أيمن أبو العيال**، فكرة ضمان العقد في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة جامعة دمشق، الصادرة عن كلية الحقوق، دمشق، العدد 02 المجلة 19، سنة 2003، ص ص 79-111.
- 2- **د/توفيق حسن فرج**، أثر حسن النية على رجوع المشتري بالضمان، بحث منشور

- في مجلة الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة 15، العدد 01، سنة 1970، ص ص 183 - 280.
- 3- د/جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة، مقال منشور في مجلة الحقوق الكويتية الصادرة عن كلية الحقوق الكويتية، العدد الأول، 20 مارس، سنة 1996، ص ص 189-302.
- 4- د/جبالي وأعر، حماية رضا المستهلك عن طريق الإعلام، "الوسم والإشهار" المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، الصادرة عن كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، العدد 02، سنة 2006، ص ص 05 - 58.
- 5- د/جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، السنة 20 العدد 01، مارس، سنة 1996، ص 133 وما بعدها.
- 6- د/ حنيفة بن شعبان، القرصنة المعلوماتية، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم 01. 1999.
- 7- د/خالد المهيري، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 27 و 28 أبريل، سنة 2003، المجلد الثاني، ص ص 494 وما بعدها.
- 8- د/خميس خضر، شروط تحقيق التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية الصادرة عن جامعة القاهرة، العدد الأول والثاني، مارس / يونيو سنة 1975 ص ص 332-362.

- 9- ،نفس المقال صادر عن جامعة القاهرة، ص ص 10 - 13.
- 10- درع حماد عبد، الاتجاهات الحديثة في دعوى العيب الخفي، مجلة الحقوق كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الثاني، يونيو 2005 البحرين، ص ص 391-419.
- 11- د/ رياض الصائع، دراسة قانونية حول مشكلة شركة تويوتا وعيوب السيارات مقال منشور في جريدة الوطن الإلكترونية، الكويتية
[http :news.alwatan.com](http://news.alwatan.com)
km.article.Details
- 12- عبد الرحمان غازي ، إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون العراقي وضمانه في القانون المصري، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة عين شمس، العدد 2، ص ص 324 - 335.
- 13- عبد القدوس عبد الرزاق محمد الصديق، الإلتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع وفقا لقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة بالقانون المصري، مقال منشور في مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الخامسة، العدد 02 جوان 1997، ص ص 412-420.
- 14- د/عبد الناصر توفيق العطار، استقراء لماهية العيب وشروط ضمانه في القانون المصري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، الصادرة عن جامعة عين شمس، العدد الثاني، سنة 1971 ، ص 324 وما بعدها.
- 15- ، استقراء لماهية العيب وشروطه وضمانه في القانون المصري، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية، السنة 13، ص 318 وما بعدها.
- 16- د/محمد محمود يوسف، حقوق المستهلك، مقال منشور في جريدة الأهرام المصرية بتاريخ 2004/02/27.

- 17- د/محمود سميرالشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دراسة مقارنة مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول والثاني، السنة السادسة والأربعون، مارس يونيو، سنة 1976، ص 358 وما بعدها.
- 18- د/ منصور مصطفى منصوص، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والايجار، مقال صادر عن مجلة العلوم القانونية والاقتصادية المصرية، السنة الأولى، العدد الثاني، ص 575- 579.
- 19- د/نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة الحقوق الكويتية، الصادرة عن كلية الحقوق الكويتية، العدد 02، السنة الثالثة والثلاثون، يونيو سنة 2008، ص ص 173 - 230.
- 20- نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجبتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، مجلة الفقه والقانون، www.majalah.new.ma، 2013/04/20.

ب - البحوث:

- 1- د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مسؤولية المنتج والبائع بتعويض الأضرار التي تحدثه المنتجات المعيبة، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية الصادرة عن جامعة الكويت السنة الرابعة، العدد 8 و 9، سنة 1980 ص ص 12 - 13.
- 2- د/أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19 العدد الثالث، سبتمبر 1995، ص ص 179-241.
- 3- أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص بحث مقدم في مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات، سنة 2000، ص 41 وما بعدها.

- 4-د/أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، ملخص بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون الإماراتية، الصادرة عن جامعة الإمارات، القسم الأول، العدد 41، يناير 2010، ص ص 260-421.
- 5-د/أسعد حومد، العيب الخفي، بحث منشور في مجلة المحامون السورية، العدد الرابع أبريل 1984، ص 406.
- 6-د/أنور أحمد الفزيع، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات إلكترونية بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، السنة 18، العدد 02، يونيو، سنة 1994، ص 119 وما بعدها.
- 7-د/حسن عبد الباسط جميعي، إعلام المستهلك، توجيه إرادة المستهلك نحو الاختيار الواعي، بحث منشور في مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1996 ص 7 وما بعدها.
- 8-د/رمزي فريد مبروك، أسباب سقوط الحق في ضمان العيب الخفي في عقد البيع بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، الصادرة عن جامعة المنصورة، العدد 13، سنة 1993، ص 152 وما بعدها.
- 9-د/سيد حسن عبد الله، المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة الصادر عنكلية الشريعة والقانون، ص 1254 و1255 مشار إليه لدى: د/عبد الفتاح حجازي، المرجع السابق، ص 78.
- 10-د/طارق كاظم عجيل، مدى ضمان العيب الخفي في عقود المعلوماتية، ملخص بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن جامعة الحقوق الكويتية، العدد 39، سبتمبر 2008، ص ص 253-311.

- 11-د/عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الصادر عن كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات، مايو، سنة 2003، ص1288 وما بعدها.
- 12-د/فتحي عبد الرحيم، نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري والمقارن، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،الصادرة عن كلية حقوق، المنصورة عدد 25، سنة 1999، ص ص 20 - 23 .
- 13-د/محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 27 و 28 أبريل، سنة 2003، المجلد الأول، ص ص 147 - 148.
- 14-د/منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار،بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس،القااهرة، السنة الأولى العدد 01، سنة 1959،ص ص 553 - 620.

النصوص القانونية:

أ - النصوص التشريعية:

- 1- قانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 ،متعلق بحماية الصحة وترقيتها الجريدة الرسمية العدد 01 الصادر في 16 فبراير 1985.
- 2- قانون رقم 89-02 المؤرخ في 8 فبراير 1989،متعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية العدد 06 الصادر في 8 فبراير 1989.
- 3- قانون رقم 04-04 المؤرخ في 23 جوان 2004 ، متعلق بالتقييس،الجريدة الرسمية العدد 41 الصادر في 27 جوان 2004.

- 4- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ،متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادر في 23 أبريل 2008.
- 5- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15 الصادر في 8 مارس 2009.
- 6- قانون رقم 09-01 المؤرخ في 26/06/2009 يعدل ويتمم لقانون العقوبات الجريدة الرسمية العدد 24 الصادر في 28/06/2009.
- 7- أمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966، متضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
- 8- أمر 66 - 156 المؤرخ في 08 جويلية 1966 المعدل والمتمم متضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادر بتاريخ 11/06/1966.
- 9- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن التقنين المدني معدل ومتمم بقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية 44 الصادر في 26 جوان 2005.
- 10- أمر مؤرخ في 10/05/1994،متضمن كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 90-266 ، الجريدة الرسمية العدد 35، الصادر في 15/05/1994.
- 11- أمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي سنة 1995 ،متعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية العدد 13 الصادر في 8 مارس 1995.

ب- النصوص التنظيمية:

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 ،متعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية، عدد 05، الصادر في 31 جانفي 1990.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 90-367 المؤرخ في 10/02/1990 ، متعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 50 الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1990.

3- مرسوم تنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، متعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية العدد 04 الصادر في 19 سبتمبر 1990.

4- مرسوم تنفيذي رقم 90-366 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990 ، متعلق بوسم السلع المنزلية غير الغذائية وعرضها، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 50 الصادر في 21 نوفمبر 1990.

5- مرسوم تنفيذي رقم 92-30 المؤرخ في 20 جانفي 1992 ،متعلق بخصائص أنواع البن وعرضها، الجريدة الرسمية، العدد 34 الصادر في 1992/01/21.

6- مرسوم تنفيذي رقم 92-41 المؤرخ في 04 فبراير 1992 ،محدد لشروط إنتاج مواد التجميل والتنظيف البدني وتكييفها وتسويقها في السوق الوطنية وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية، العدد 09، الصادر في 05 فبراير 1992.

7- مرسوم تنفيذي رقم 92-65 المؤرخ في 1992/02/12 ،متعلق برقابة مطابقة المنتجات محليا والمستوردة، الجريدة الرسمية، العدد 13 الصادر بتاريخ 1992/02/19 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-49 المؤرخ في 1992/02/06.

8- مرسوم تنفيذي رقم 93-47 المؤرخ في 1993/02/06،متعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 92-65 المؤرخ في 1992/02/12، الجريدة الرسمية العدد 09 الصادر في 1993//02/10.

9- مرسوم تنفيذي رقم 94-90 مؤرخ في 1994/04/10 ،متعلق بمراقبة النوعية ومطابقة المنتجات الموجهة للتصدير، الجريدة الرسمية العدد 61، الصادر في 1994/04/11.

10- مرسوم تنفيذي رقم 96-354 المؤرخ في 19 أكتوبر 1996 ،متعلق بكيفيات مراقبة المنتوجات المستوردة ونوعيتها، الجريدة الرسمية، العدد 62، الصادر في 19 أكتوبر 1996.

- 11- مرسوم تنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 14 جانفي 1997 ،متعلق بشروط و
كيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوظيفها وتسويقها في السوق
الوطنية الجريدة الرسمية، العدد 04، الصادر في 14 جانفي 1997 معدل
ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 10-114 المؤرخ في 18أفريل 2010، الجريدة
الرسمية العدد 26 الصادر في 21 أفريل 2010.
- 12- مرسوم تنفيذي رقم 97-494 المؤرخ في 21 ديسمبر 1997 ، متعلق بالوقاية
من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب، الجريدة الرسمية، العدد 85 الصادر
في 24 سبتمبر 1997.
- 13- مرسوم تنفيذي رقم 2000-306 المؤرخ في 12 أكتوبر 2000 يعدل ويتمم
المرسوم التنفيذي 96-354 المذكور سابقا، الجريدة الرسمية، العدد 60،
الصادر في 15 أكتوبر 2000.
- 14- مرسوم تنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001 يعدل ويتمم
المرسوم التنفيذي 90-39 ، متعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية
العدد 61 الصادر في 16 أكتوبر 2001.
- 15- مرسوم تنفيذي رقم 05-465 المؤرخ في 06/12/2005 ، متعلق بتقييم
المطابقة- الجريدة الرسمية العدد 08 الصادر في 11/12/2005.
- 16- مرسوم تنفيذي رقم 05-484 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005 المعدل والمتمم
للمرسوم التنفيذي رقم 90-367 المؤرخ في 16 نوفمبر 1990 ،متعلق بوسم
السلع الغذائية، الجريدة الرسمية، العدد 83، الصادر في 10 ديسمبر 2005.

ج- القرارات الوزارية:

- 1- قرار وزاري مؤرخ في 18/08/1993، متعلق بمواصفات بعض أنواع الحليب المعد
للإستهلاك وعرضه، الجريدة الرسمية العدد 28 الصادر في 19/08/1993.
- 2- قرار وزاري مشترك مؤرخ بتاريخ 08/01/1994 ،متعلق بنوعية الفواكه
والخضر الطازجة الموجبة للإستهلاك، الجريدة الرسمية العدد 03 الصادر في
09/01/1994.

- 3- قرار وزاري مؤرخ في 10 ماي 1994 ،متضمن كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15/09/1990 ، متعلق بضمان المنتوجات والخدمات.
- 4- قرار وزاري مؤرخ في 07/11/1995 ، متعلق بالمواصفات التقنية التي تطبق على المواد الغذائية المستوردة، الجريدة الرسمية العدد 76، الصادر في 10/12/1995.
- 5- قرار وزاري مؤرخ في 23/07/1996 ، محدد لشروط منح علامات المطابقة للمواصفات الجزائرية وسحبها وإجراءات ذلك.
- 6- قرار وزاري مؤرخ في 16/04/1997 ،متعلق بشروط استرداد وتسويق المواد النسيجية المصنعة والمستعملة وكيفيتها.
- 7- قرار وزاري المشترك مؤرخ في 19/01/1999 ،محدد لقواعد تحضير اللحوم المفرومة عند الطلب ووضعها للاستهلاك، الجريدة الرسمية العدد 20 الصادر في 20/01/1999.

5 - الاجتهاد القضائي الجزائري:

- 1- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24/11/1933، ملف 103404، غير منشور.
- 2- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 02/03/1983، ملف رقم 20921، نشرة القضاة، العدد الأول، 1987، ص 67.
- 3- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13/04/1983، ملف رقم 31/315، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1990، ص 19.
- 4- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 25/06/1986، ملف رقم 36889، المجلة القضائية، سنة 1992، عدد 03، ص 11.
- 5- قرار صادر عن المحكمة العليا المؤرخ 17/02/1988، رقم 51734، المجلة القضائية، لسنة 1991، العدد 02، ص 11.

- 6- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/02/19، ملف رقم 55935،
المجلة
القضائية، العدد 03، سنة 1990، ص 124.
- 7- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/10/11، المجلة القضائية، العدد
الأول، سنة 1991، ص 14.
- 8- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/10/06، ملف رقم 103934، غير
منشور.
- 9- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/06/08، ملف رقم 112116، غير
منشور.
- 10- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/05/20، ملف رقم 165792
النشرة القضائية 1999، العدد 56، ص ص 98 - 101.
- 11- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/07/21، ملف رقم 202940
المجلة القضائية، العدد 02، سنة 2000، ص 88.
- 12- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16 فبراير 2000، ملف رقم 213691
المجلة القضائية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية، طبع الديوان الوطني للأشغال
التربوية للطبع، العدد الأول، لسنة 2001، ص ص 122 - 126.
- 13- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2001/02/28، ملف رقم 207261
الصادرفي، المؤرخ في 2007/05/13، ص 197.

6 - الاجتهاد القضائي المصري:

أولا : محكمة التمييز

- 1- تمييز 1965/08/16، الأسبوع القانوني 1965، الأسبوع القانوني 1965، الجزء
الرابع، رقم 122، المجلة المدنية، رقم 5، بند 475، ص 355 والمجلة المدنية
الجزء الأول، رقم 65، ص 46.
- 2- تمييز لبناني رقم 72/56، مجموعة باز 1972، ص 245.

3- تمييز حقوق رقم 80/390 لسنة 1980، مجلة نقابة المحامين، السنة الثامنة والعشرون، ص 853.

ثانيا: محكمة الإستئناف

1 - إستئناف محكمة مصر بتاريخ 1927/11/22، مجلة المحاماة، عدد 03، سنة 1935، رقم 237، ص 317.

2 - إستئناف بتاريخ 1932/02/23، مجلة المحاماة، السنة السابعة، رقم 27، ص 94.

3 - إستئناف لبناني 1948/03/23، النشرة القضائية، سنة 1949، ص 39.

4 - طعن رقم 90 لسنة 36 ق. جلسة 1970/04/30، السنة 21، ص 772.

ثالثا: محكمة النقض

1- نقض مدني مصري، محكمة بتاريخ 1934/02/19، مجلة المحاماة العدد 02، سنة 1935، رقم 80، ص 174.

2- نقض مدني مصري في 22 يونيو 1938، مجلة المحاماة، السنة 19، عدد 02، رقم 154، ص 360.

3- نقض مدني مصري بتاريخ 1940/04/14، مجلة المحاماة ق 508، ص 1213.

4- نقض مدني مصري بتاريخ 1946/04/11، ق 61، قضية رقم 56، س 15 مجموعة عمر، الجزء الخامس، ص ص 49 - 150.

5- نقض مدني مصري بتاريخ 8 أبريل 1948، مجموعة القواعد القانونية، الجزء 5 رقم 296، ص 587.

6- نقض مدني مصري بتاريخ 1949/12/08، مجموعة المكتب الفني ق 97 ص 455.

7- نقض مدني مصري بتاريخ 1962/06/07، السنة 13، ص 765.

- 8- نقض مدني مصري بتاريخ 14 جوان 1962، مج س 13، ص 808.
- 9- نقض مدني مصري بتاريخ 1966/02/01، مجموعة الكتب الفني، سنة 17 ص 205.
- 10- نقض مدني مصري بتاريخ 1970/04/30، السنة 21، ص 772.
- 11- نقض مدني مصري بتاريخ 1970/04/07، رقم 59، عدد 02، ص 581.
- 12- نقض مدني مصري في 1975/04/24، مجموع أحكام النقض، السنة 26، العدد الأول، ق 165، ص 844.
- 13- نقض مدني مصري بتاريخ 1975/10/28، مج س 26، ص 1345.
- 14- نقض مدني مصري، 1975/10/28، مج س 26، ص 1346.
- 15- نقض مدني مصري رقم 225 المؤرخ في 1978/04/27، مجموعة أحكام النقض، س 29، ص 1145.
- 16- نقض مدني مصري بتاريخ 1981/05/06، السنة 32، ص 369.
- 17- نقض مدني مصري بتاريخ 1982/11/18، السنة الثالثة والثلاثون، العدد 02 ق 169، ص 934.
- 18- نقض مدني مصري بتاريخ 31 مارس 1987 في الطعن رقم 1405، سنة 53 مجلة القضاة، عدد يناير، يوليو 1988، ص 90.
- 19- طعن مدني مصري، رقم 2154، سنة 1954، جلسة 85/04/28، س 36 ص 681.
- 20- طعن مدني مصري رقم 669 لسنة 63 ق جلسة 02 ماي 2000، ص 74.
- 21- طعن مدني مصري رقم 940 - 942 لسنة 1967، في جلسة 2005/05/08 السنة 43، الجزء الأول، ص 337.

7- القانون المقارن:

- 1- قانون مدني مغربي الصادر بمقتضى ظهير شريف بتاريخ 13 أوت 1913 متعلق بقانون الالتزامات و العقود.

2- قانون مدني مصري الصادر بتاريخ 29 جويلية 1948 المنشور في جريدة الوقائع المصرية، العدد 108 الصادر بتاريخ 1948/07/29 وساري المفعول ابتداء من 15 أكتوبر 1949 معدل ومتمم، منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.lawyersgate.com/vb/threads/579><http://dvd4arab.Maktoub.com/showthread,ph9p?t:23376>

3- قانون مدني فرنسي

<http://www.legis-france.fr>

4- قانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، منشور في الصفحة 02 من العدد 2645، الجريدة الرسمية بتاريخ 1976/08/01.

5- قانون فرنسي لحماية الملكية الفردية لسنة 1992.

6- قانون حماية المؤلف الأردني رقم 22 لسنة 1999.

7- قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 13068 لسنة 2004 المنشور بتاريخ 2004/08/05.

8- قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993، منشور على الموقع الإلكتروني الخاص بوزارة العدل الفرنسية WWW.JUSTIC.GOUV.FR

9- قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 575 لسنة 2004، منشور على الموقع الإلكتروني WWW.JUSTIC.GOUV.FR.

10- قانون اليونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996.

11- قانون فيدرالي بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية بتاريخ 2000/07/30 ومنشور على الموقع الإلكتروني: WWW.Egastate.et.us

12- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83-02 المؤرخ في 9 أوت 2000، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، العدد 64 الصادر بتاريخ 11 أوت 2000.

13- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 ، سنة 2001 ، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 4524 الصادر بتاريخ 2000 /12/31.

- 14- قانون إمارة دبي الخاص بالتجارة الإلكترونية رقم 02 لسنة 2002 الصادر بتاريخ 2002/02/12.
- 15- قانون التجارة الإلكترونية لمملكة البحرين الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 2002.
- 16- قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 لسنة 2005 الصادر بتاريخ 2005/02/04 ، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 06 الصادر بتاريخ 2005/02/10.
- 17- مشروع قانون المبادلات التجارية الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2005 ، منشور على الموقع الإلكتروني: www.f.law.net
- 18- مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001.
- 19- قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006، منشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد 241 الصادر في 2006/10/22 .
- 20- قانون حماية المستهلك المصري رقم 76-2006، منشورات الجريدة الرسمية العدد 30 مكرر الصادر بتاريخ 2006/05/30.

ثانيا - باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages :

A- Ouvrages généraux :

- 1- A. E. Giffard. R. Villers, Droit Romain, obligations, précis Dalloz, 1^{ère} éd. Paris, 1958 .
- 2- Antonmattei .PH et Raynard .J, Droit civil ,contrats spéciaux 2^{ème} éd Litec, Paris ,2000.
- 3- AUBRY et RAU, Cours de droit civil Français, tome 5^{ème} et 6^{ème}, éd, Paris 1947.
- 4-, Cours de droit civil, François, 5^{ème} éd, imprimerie librairie générale de jurisprudence, tome 04, Paris 1952.
- 5- BAUDRY et SAIGNAT, Traité théorique et pratique de droit civil, tome19, de la vente et de l'échange, 3^{ème} éd Paris, 1908.
- 6- BENABENT. Alain, Droit civil, les contrats spéciaux, 7^{ème} éd Delta Montchrestien, Paris, 2008.
- 7-, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5^{ème} éd, Montchrestien, 2001.
- 8- BERNARD.Cross, Le droit de la vente, 2^{ème} éd, Presses universitaires de France, Paris, 1987.

- 9- BERNARD.Garros, Théorie de l'obligation de garantie dans Les contrats, bibliothèque nationale de droit et jurisprudence, Paris, 1964.
- 10- BEUDANT.Ch, Cours de droit civil, la vente, le louage de choses, tome11, Paris, 1938.
- 11- BIHL .(L), Le droit de la vente (vente immobilière), Dalloz Paris, 1986.
- 12- BORGHETTI .Jean-Sébastien, La responsabilité du faitdes produits, étude de droit comparé, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 2004.
- 13- BOUT.R, BRUSCHI. M et Alii Lamy, Droit Economique-concurrence, distribution et consommation, Paris, éd Lamy, 2000.
- 14- BURST. Jean. Jacques, Breveté et licencié leurs rapports juridiques dans le contrat de licence, tome 11, Paris 1970.
- 15- CALAIS. Jean, Auloy, Droit de la consommation, 2^{ème} éd Dalloz, Paris, 1980.
- 16-, Steinmetz. F, Droit de la consommation 4^{ème}éd, Paris, 1996.
- 17- CAPITANT. Henri sous la direction de CORNU .G Vocabulaire juridique, PUF, 7^{ème} éd, v° vente, Paris 2005.
- 18- COLLART DUTILLEUL. F et Ph DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, 5^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2001.

- 19- DEMOLOMBE .C, Traité de donations entre les vifs et les testaments, tome11, Paris, 1868.
- 20- FERRIER . Didier, La protection des consommateurs éd Dalloz Paris, 1996.
- 21- Geneviève. VINEY et Patrice. JOURDAIN, Les conditions De La responsabilité, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris ,1998.
- 22- GHESTIN. (J), La théorie des obligations, Paris 1980.
- 23- ,Traité de droit civil, La formation du contrat L. G.D.J-DELTA , 3ème éd,1996 .
- 24- , Conformité et garantie dans la vente, L.G.D.J Paris, 1983.
- 25- Ghestin. Jacques et Bernard DESCHÉ ,La vente L.G.D.J Paris,1990.
- 26- GIRARD, P.F. Manuel élémentaire de droit Romain, 7^{ème} éd Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1983.
- 27- HOCHART. Catherine, La garantie d'éviction dans la vente L.G.D.J, Paris, 1993.
- 28- JOSSERAND .Louis, Cours de droit civil positif Français tome II, 2^{ème} éd, recueil Sirey, Paris, 1933.
- 29- LE TOURNEAU. Ph, La responsabilité civile, Dalloz, 3^{ème} éd Paris,1982.
- 30- LEVENEUR. (Laurent), Droit de contrats, 10 ans de Jurisprudence commentée, éd Litec, Paris, 2000.

- 31- MALAURIE ,PH et Aynes. LAURENT, Droit civil, tome 08
les contrats spéciaux, 7^{ème} éd ,CUJAS,Paris 1999.
- 32- , Cours de droit civil
Les contrats spéciaux, 5^{ème} éd, Paris,1986.
- 33- MAZEAUD. (H.L.J), Leçons de droit civil, tome III, 3^{ème} éd
Paris,1968.
- 34- , Leçons de droit civil, tome 03, 5^{ème} éd
Principes contrats, vente et change, Paris,1968.
- 35- , Traité théorique et pratique de la
responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome
02, 6^{ème} éd, Paris, 1970.
- 36- Mazeaud(H.L) et Tunc,Traité théorique et pratique de la
résponsabilité civile et délictuelle et contractuelle, 5^{ème} éd,
Paris 1965.
- 37- et Chabas, Leçons de droit civil,
tome 03, Vol
2 et 6éd, Bar Michel de Juglart, éd Montchrestien,
Paris, 1987.
- 38- MAZEAUD. (HLF) et CHABAS (François), Leçon de droit
civil, tome 3, Paris ,1987.
- 39- MAZEAUD. H, Léon et Jean, Leçons de droit civil, tome
03,5^{ème} éd,Paris, 1974.
- 40- MONIER. R, La garantie contre les vices cachés dans la
vente
Romaine, Paris, 1930.

- 41- Philippe. LE TOURNEAU, Responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz référence, 3^{ème} éd, Paris, mars 2009.
- 42- Phillipe. MALAURIE, Cours de droit civil, les contrats spéciaux, éd Cujas, Paris, 1986.
- 43-, LAURENT. Aynes, Cours de droit civil Les obligations, 6^{ème} éd, Paris 1995.
- 44- PLANIOL .Marcel., et Georges RIPERT et Joseph HAMEL Droit civil Français, contrats civils, 3^{ème} éd , Paris 1956.
- 45- PLANIOL. M et RIRPERT (par HAMEL), Traité pratique de Droit civil, Français, 2 éd, TX, 1^{ère} partie, Paris, 1956.
- 46- et RIPERT. G, Traité pratique de droit civil L.G.D.J, 2^{ème} éd, Paris, 1956.
- 47-, Traité pratique de droit civil Français tome VI, 2^{ème} éd, Paris, 1952.
- 48- POTHIER, R.J, Traité du contrat de vente, ouvrage complète de Pothier, tome 3, nouvelle éd, librairies thormine et Fortic, Paris, sans date.
- 49- PUIG. (Pascal), Contrats spéciaux, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, 2007.
- 50- RIPERT. (G), La règle morale dans les obligations civiles en Droit Français, 4^{ème} éd, Paris, 1949.

- 51- et BOULANGER .J, Traité de la responsabilité civile, tome 03, Paris,1956.
- 52- SAVATIER. R, Les contrats de conseil professionnel en droit privé, Dalloz, Paris, 1972.
- 53- TERCIER. Pierre, La partie spéciale du code des obligations schulthess, polygraphyier, verlag, Zurich, 1998.
- 54- TORRES. Ch, L'internet et la vente aux consommateurs Université de Paris-x-Nanterre,1999.
- 55- VERMELLE. George, Droit civil, les contrats spéciaux, 2^{ème} éd, Paris, 1968.
- 56- VINEY. Genevière, Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité, conditions, 2^{ème}éd , L.G.D.J Paris,1982.
- 57-, Traité de droit civil introduction à la responsabilité, 2^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 1995.
- 58- Yves. PICOD, DAVO.Hélène, Droit de la consommation, éd Armand Colin, Belgique, 2005.

B- Ouvrages spéciaux :

- 1- Alain, BENSOUSSAN, Internet aspects juridiques, 2^{ème} éd Hermes, Paris1998.
- 2-,Le commerce électronique, aspects juridiques, éd Hermes, Paris, 2000.

- 3- BEAURED.Augeres.G ,BRESSE.P et THUILER. S, Paiement numérique sur Internet, état de L'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson publishing,1997.
- 4- CAHEN. Isabelle, La formation des contrats du commerce électronique septembre 1999. www.juriscom.net
- 5- Catherine.VIOT, Le E. Marketing, Mémentos, L.M.D éd Gualino, E.J.A, Paris, 2000.
- 6- GAUTAL. S, La protection pénale des logiciels, le droit pénal face aux technologies nouvelles de la communication, Economica, 1986.
- 7- GEOFFRAY. Brunaux, Le contrat à distance du XXI^e siècle L.G.D.J, Paris, 1998.
- 8- LE GRAND. H- MARTIN. H, Management des opérations de Commerce international, DUNOD, Paris, France 1993.
- 9- Olivier. ITEANU, Internet et le droit, aspects juridiques du Commerce Electronique, éd eyrolles, 2000, Paris.
- 10- Thibault .VERBIEST, Le nouveau droit du commerce électronique, éd Larcier, Bruxelles, 2005.
- 11-, Nouvelle loi Belge sur le commerce électronique.com.net.Disponible aussi sur le site : www.juriscom.net/pro/2/20000404htm.
- 12- Van Daele .QUENTIN, La fiscalité indirecte des transactions électroniques (commerce électroniques le temps des certitudes) Bruyant, Bruxelles,2000.

2- Thèses :

- 1- CAPITANT. H, La cause des obligations, thèse pour le doctorat Paris,1927.
- 2- CASSAVIN. Elie, Les clauses de non responsabilité leur applications et leur valeurs, thèse pour le doctorat Paris, librairie de jurisprudence ancienne et moderne, Paris, 1929.
- 3- COTTIN. J, La définition du vice caché dans la vente, thèse pour le doctorat, Paris, 1939.
- 4- CROSS. B, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats, thèse pour le doctorat, Nancy, 1964.
- 5- Emmanuel. SOUBERIELLE, Garantie d'éviction dans la vente et de ses conséquences, thèse de doctorat, université de Paris, faculté de droit, 15/12/1910.
- 6- GOLDSCHMIDT. (S), Théorie de l'obligation de sécurité thèse, Lyon,1947.
- 7- GOLDMAN.B ,La détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées, thèse, Lyon, 1946.
- 8- Magdalena. ZYGIER, JALLADEAU, La protection du Consommateur dans le contrat de vente en line, master 2, recherche de droit, université de Panthéon Assas, 2009, 2010.
- 9- Mazen.HOTAIT, Protection du consommateur dans les contrats Conclus sur internet, thèse de doctorat, droit privé, Paris 2, 2008.

- 10- Muriel. Fabre, MAGNAN, Essai d'une théorie d'obligation d'information dans les contrats, thèse pour le doctorat, N°467, Paris 1, 1991.
- 11- REVEL. Janine, La responsabilité civile, thèse pour le doctorat, université de Paris 2, 1975.
- 12- Salem. YAMMAHI, La protection du consommateur dans les Contrats électroniques de consommation, thèse pour le doctorat en droit privé, université de Rouen, 2009.
- 13- XAVIÈRE. Peron, L'obligation du conseil, thèse pour le doctorat, N°564, Rennes, 1992.

3- Articles :

- 1- BARCELO. (RJ), MONTRO. (E) et (A). SALAUN, La Proposition de La directive Européenne sur le commerce électronique: Questions choisies, un commerce électronique: le temps des certitudes cahier de Grid n°17, Bruxelles, Bruyant, p 22 note 27 p 6 et s.
- 2- BIHL. (L), Le droit du consommateur à la sécurité, Gazette du palais, 1979. 1. Doctrine, pp 733-735.
- 3- BONELI, Commentary of the international Sales Law, 2000 p 604.
- 4- BRUGUIÈRE. (J). M, Commerce électronique et protection du consommateur, juris classeur commercial, fax 860, (2002), N°04, p12.

- 5- ,Commerce électronique : Le temps des certitudes, cahier GRID, N°17 , Bruyant, Bruxelles, 2000, pp 103 et s.
- 6- DEFFERRARD. (F), Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère, Dalloz, 1999 Chronique N°15, pp 367-369.
- 7- DEMOULIN. (M), La notion du «support » durable dans les Contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit ? Revue Européenne de droit de consommation 4/2000, pp 363-365.
- 8- Frédérique. OLIVIER, La prise en compte des enchères électroniques, loi N°2000, 642, 10/07/2000, la semaine juridique, éd générale 15/11/2000.
- 9- GAFFURI. G, Coopération commerciale, condition général de vente et tarification dans un contexte international j.c.p, éd entreprise, supplément, N°05, 1996 pp24-30 .
- 10- Jean.CALAIS-AULOY, Une nouvelle garantie pour l'acheteur: La garantie de la conformité, R.T.D.civ n°4 , Dalloz, 2005 ,p707 et s .
- 11- Jean. PASSA, Commerce électronique et protection du consommateur, Dalloz, cahier droit des affaires 07/02/2002, p 555.

- 12- KAHOUA.M et MEKAMECHA.G, La protection du Consommateur en droit Algérien, collection pédagogique, série études et recherches, revue IDARA , vol 5, n°2,1995, pp21-25.
- 13- LAMBERT. FAIVRE (Y), Fondement et régime de l'obligation de sécurité, Dalloz 1994, Chron, pp 81-83.
- 14- LE COURT. R, Les contrôles de conformité : pourquoi ? pour qui ? jusqu'à ou ?..., Revue concurrence consommation, 1994, pp 67-68.
- 15- LE TOURNEAU. (PH) ,Les professionnels ont du cœur ?D.1990 , chronique , p 21 et 22.
- 16- MAZEAUD. (H), Responsabilité du vendeur fabricant, revue trimestrielle de droit civil, R.T.D.Civ, 1955, n°15pp 420-425.
- 17- MESTRE. J, Juris prudence Français en matière de droit Obligations et contrats spéciaux, R.T.D, civ, 1986 pp340-345.
- 18- PASSA. (J), Commerce électronique et protection du consommateur, recueil Dalloz, cahier droit des affaires, 7 Fév. 2002, N°6, p555.
- 19- PH. KAHN, La convention de vienne du 11/04/1980 sur le contrat de vente internationale de marchandise Revue internationale de droit comparé, N°4, Paris France, 1981, pp 973-976.

- 20- Pierre. HUGUES VALLÉE, et jean MACKAAY, La confiance sa nature et son rôle dans le commerce électronique, Lex Electronica, vol 11,n°2 ,Automne 2006. Disponible sur le site : [http : /www.Lex –electronica.org/articles /v° 11.](http://www.Lex-electronica.org/articles/v°11)
- 21- Pierre. Yves, GAUTIER, R.T.D civ, N°2, avril/ juin 2006 Contrats spéciaux. Vente, pp 339-341.
- 22- PIZZIO . Jean. Pierre , L'introduction de la notion du consommateur en droit français ,Dalloz 1982,p91 et s.
- 23- REMY.(PH), La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, R.T.D. civ. 1997, pp 323-327.
- 24- SID. Lakhdar Mohamed, Le dispositif législatif et Réglementaire en matière de protection des produits R.A.D.S.J.E.P ,R 01 , n°2,2002, pp 24-30.
- 25- SAVATIER .(R),Les de conseil professionnel en droit privé ,Dalloz 1972 ,chronique no 10 , p104.
- 26- TROCHU. M, Protection des consommateurs en matière de contrats à distance: directive n°97.7.C.E du 20 Mai1997, recueil Dalloz, 1999, 17ème éd, cahier Chronique, p180.
- 27- ZENNATI. Dalila, Les aspects controverses du droit de la consommation par rapport au droit civil R.S.J.A faculté de droit Djallali. Liabes, Sidi Bel Abbes numéro spécial, 2005, pp 5-26.

4- ETUDES :

- 1- Conseil d'état, section du rapport et des études internet et les réseaux numériques, études adoptées par l'assemblée générale du conseil d'état, le 02 juillet 1998, p 65.
- 2- KHETARI Said, Le contrôle de la qualité, journée d'études, D.G.R.F, Bouira le 02/02/1997, pp: 1-3.

5- Lois et decrets :

• LOIS :

- 1-Loi n°78-23 du 10/01/1978 relative à la protection et l'information des consommateurs.
- 2-Loi n°83-660 du 21/07/1983 relative à la sécurité des consommateurs.
- 3-Loi n°92-60 du 18/01/1992 relative au code de la consommation.
- 4-Loi n°93-949 du 26/07/1993 modifiant et complétant le code de la consommation, j.o n°171 du 27/07/1993.
- 5-Loi n°94-665 du 04/08/1994 relative à l'étiquetage des produits.
- 6-Loi n°:98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JORF n°:117 du 21 mai 1998 ,j.o du 21 mai 1998.
- 7-Loi N°2000/642, 10 Juillet 2000 cette loi modifie la loi du 25/06/1841 relative aux ventes aux enchères publiques.

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

● **DECRETS :**

- 1- Décret n°84-1147 du 07/12/1984 pour les jus de fruits et légumes.
- 2- Décret n°86-583 du 14/03/1986 explicité par une circulaire du 02/10/1989 pour les objets d'ameublement.
- 3- Décret n°87-1055 du 24/12/1987 pour les détergents.
- 4- Décret n°88-1204 du 30/12/1988 pour les beurres et certaines spécialités laitières.
- 5- Décret n°91-193 du 19/02/1991 pour les produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

● **DIRECTIVES:**

- 1- Directive du 24/03/1978 relative à l'application de la loi 78-23.
- 2- Directive 97/07/CE Parlement européen et du conseil du 20 mai concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, journal officiel N°: L.144 du 04 / 06 / 1997.

En ligne :

[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sgadoc?smartapi!lexapi!prod!
CELEX numdoc & Lg= FR & num doc= 31997L0007 & model=
guichett.](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sgadoc?smartapi!lexapi!prod!CELEX numdoc & Lg= FR & num doc= 31997L0007 & model= guichett)

3- Directive 1999/ 93 /CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur le cadre communautaire pour les signatures électroniques, journal officiel N°: L.103 du 19/01/2000, p 0012-0020.

En ligne :

http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1999/fr_399L0093.html

www.legisframe.gouv.fr

4- Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur (Directive sur le commerce électronique), journal officiel N°: L.178 du 17/07/2000p 0001-0016.

http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/2000/fr_300L0031.html

www.juriscom.net, 15 juin 2000

6- ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION:

1- Cass.civ, 21/11/1911, Dalloz 1913.1.p249.

2- cass .civ.13 mai 1912, Dalloz 1913, 1^{ère} Cassation civile du 20/10/1981, Gazette du palais,1982, p96.

3- Cass.civ, 21/11/1912, D 1913, 1 et 2, p249.

4- Arrêt du 05 mai 1919, Dalloz périodique 1923, 1^{ère} partie, p230.

5- Juris classeur, art 1641-1949, fax n°10, p146.

6- Cass .civ, 04/07/1949, D tome 1, p330.

7- Cour Douai 04/06/1954, Dalloz 1954, p708.

- 8- Cass. civ 2^{ème} chambre 05/01/1956 j.c.p, 1956.11.9095
Dalloz 1956, p 261.
- 9- Cass. civ. 06/01/1962, Dalloz 1962, p102.
- 10- Cass. du 06 février 1962, Dalloz 1962, p102.
- 11- Cass.civ 1^{er}, 19 jan 1965 et civ 1^{er} 28 nov 1966, p99 et
cass.civ
1^{er}, 8 nov 1972, Dalloz 1973, Somm, p52.
- 12- Cass .civ, 24/01/1965, D 389, R.T.D. civ 1965, p665.
- 13- Cour de cassation Paris le 5/06/1967 Dalloz, Sirey, p730.
- 14- Cass .civ 22/10/1968, Bulletin civil 4, N°286, p252.
- 15- Cour d'appel Poitiers le 23/12/1969, Gazette du palais
1970 , p213.
- 16- Cass.com- 08/10/1975, Dalloz 1976, p88.
- 17- Cass.com. 20 jan 1976, Bull civ. IV, N°26, R.T.D com, 1976
vp785,obsHemard.J.
- 18- cass du 12/01/1977, Juris classeur périodique, tome V.59 .
- 19- Cour d'appel Bourges, arrêt du 27/06/1983, Dalloz
Périodique 94.2, p573.
- 20- Cass. civ 1^{ère}, 16 mai 1984, D.1985, j.p, 2^e espèce, R.T.D
civ 1985, p403.
- 21- Cass. civ 1^{ère}, 24 avril 1985, R.T.D civ 1986, p366 obs
Huet Jérôme.
- 22- Cass du 2/10/1985, juris classeur civil / art 1649, N°60, p12.
- 23- Cass.civ du 15/11/1985, R.T.D, 1986, p370.
- 24-

- 25- Cass .crim (chambre criminelle) 05/11/1985 et 06/05/1986,
Dalloz 1986. lr, p402.
- 26- Cass.civ du 5 juin 1988, non publiée.
- 27- Cass.civ, 1^{er}, 14 Fév. 1989, J.C.P. 1993, IV, p 143.47.
- 28- Cass. civ1^{ère}, 20 mars 1989, R.T.D civ, pp381 et s.
- 29- Cass.com 1^{er}, Dec 1992, J.C.P. 1993, IV, p 47.
- 30- Cass.civ du 11/12/1993, Bull civ 4, n°367, p 327.
- 31- Cass.civ 1^{ère} du 07/01/1995 . Dalloz 1996, p395.

7- Sites internet:

Secrets/credit/credit 3TXT.www hackers/www.Dark-secret.com

<http://almsaa.akbarmontada.com>

[http://www.lebarmy.gov.ib\(article.asp?in=ar&id=1082\)](http://www.lebarmy.gov.ib(article.asp?in=ar&id=1082))

<http://news.alwatan.articlesdetail.aspx?id=37391>.

<http://www.droit.technologie.org/search/advanced.asp>.

Les ventes aux enchères électroniques

<http://www.chawkitabib.info/spip.php?article 526>

Documents and settings / loi-wet-fichiers-loi-al

L. 2004 /09/01/38 art 3 al 2.

<http://consumer lawpage.com/resource/statues>.

www.legisFrance.gov.com

www.europa-eu.int/Finances/consumer.[http.cis.gw3.law.pace.edu](http://cis.gw3.law.pace.edu)

/cases/950913 fi Htmi. Courd'appel deGrenoble

[http://www.lebarmy.gov.ib\(article.asp?in=ar&id=1082\)](http://www.lebarmy.gov.ib(article.asp?in=ar&id=1082))

<http://cisgw3ci.Law.Pace.edu/cases/970131gi.html>

www.parliment.gov.jo

www.emirates.net.ae

www.europa.eu.in/consumer/directives 97.

www.justic.gov.fr

www.juriscom.net.

www.unicitral.org

www.tunisie.com/Bussiness-info

www.Egastate.et.us.

الفهرس

1.....مقدمة

الفصل التمهيدي: التأصيل القانوني للضمان

- 15.....المبحث الأول: مراحل تطور الالتزام بالضمان عبر الأنظمة القانونية
- 16.....المطلب الأول: الضمان في القانون الروماني
- 17.....الفرع الأول: الضمان في القانون الروماني القديم
- 18.....الفرع الثاني: الضمان في منشورات المحتسبين
- 18.....الفرع الثالث: الضمان في قانون جوستينيان
- 19.....المطلب الثاني: الضمان في الشريعة الإسلامية
- 19.....الفرع الأول: الضمان في الأدلة القرآنية
- 20.....الفرع الثاني: الضمان في المبادئ الأصولية
- 21.....المطلب الثالث: الضمان في التقنيات الحديثة
- 21.....الفرع الأول: القوانين الوضعية الخاصة بالضمان في البيع الكلاسيكي
- 22.....الفرع الثاني: القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالضمان في البيع الإلكتروني
- 24.....المبحث الثاني: مصدر الالتزام بالضمان وأساسه القانوني
- 24.....المطلب الأول: مصدر الالتزام بالضمان
- 25.....الفرع الأول: العقد كمصدر للضمان
- 25.....الفرع الثاني: القانون كمصدر للضمان
- 26.....المطلب الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالضمان
- 27.....الفرع الأول: أساس الالتزام بالضمان يكمن في السبب
- 28.....الفرع الثاني: أساس الالتزام بالضمان يكمن في نقل الملكية
- 28.....الفرع الثالث: أساس الالتزام بالضمان يكمن في الإلتزام بالتسليم
- 29.....الفرع الرابع: أساس للالتزام بالضمان يكمن في المسؤولية العقدية

الباب الأول: ضمان التعرض والاستحقاق في البيع العادي والإلكتروني

الفصل الأول: الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع في البيع العادي والإلكتروني

- المبحث الأول: مفهوم ضمان التعرض الشخصي للبائع.....36
- المطلب الأول: تعريف التعرض الشخصي للبائع و نطاق تطبيقه.....36
- الفرع الأول: تعريف التعرض الشخصي للبائع.....37
- أولاً: التعريف اللغوي.....38
- ثانياً: التعريف الفقهي.....38
- ثالثاً: التعريف القانوني.....39
- رابعاً: تعريف التعرض الشخصي للبائع في البيع الإلكتروني.....41
- الفرع الثاني: تمييز ضمان التعرض عن غيرها من الأنظمة المشابهة له.....43
- أولاً التمييز بين ضمان التعرض والإستحقاق و ضمان العقد.....43
- ثانياً: التمييز بين دعوى ضمان التعرض والإستحقاق ودعوى الإبطال.....43
- ثالثاً: التمييز بين دعوى ضمان التعرض ودعوى الفسخ.....44
- رابعاً: التمييز بين دعوى التعرض والإستحقاق الجزئي ودعوى العيب الخفي.....44
- الفرع الثالث: نطاق تطبيق التعرض الشخصي الصادر من البائع.....45
- أولاً: التعرض المادي للبائع.....45
- ثانياً: التعرض القانوني للبائع.....49
- ثالثاً: نطاق التعرض الشخصي للبائع في البيع الإلكتروني.....52
- المطلب الثاني: خصائص وشروط التعرض الشخصي للبائع.....58
- الفرع الأول: خصائص التعرض الشخصي للبائع.....58
- أولاً: التزام غير قابل للتجزئة.....59
- ثانياً: التزام أبدي.....61
- ثالثاً: مدى قابلية انتقال التزام البائع بضمان التعرض إلى الورثة.....65
- 1 - الخلف العام.....65
- 2 - الخلف الخاص.....67
- 3 - الدائون.....68
- الفرع الثاني: شروط التعرض الشخصي للبائع.....71

- 71.....أولاً: وقت نشوء الضمان.....
- 77.....ثانياً: حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع.....
- 78.....ثالثاً: عدم استناد البائع في تعرضه إلى القانون أو العقد.....
- 81.....المبحث الثاني: أحكام ضمان التعرض الشخصي للبائع.....**
- 82.....المطلب الأول: حبس الثمن أو التنفيذ العيني.....
- 82.....الفرع الأول: حبس الثمن.....
- 86.....الفرع الثاني: التنفيذ العيني.....
- 88.....المطلب الثاني: فسخ العقد أو التعويض.....
- 88.....الفرع الأول: فسخ العقد.....
- 90.....الفرع الثاني: التعويض.....

الفصل الثاني: الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير وأحكام تعديل

الضمان في البيع العادي والإلكتروني

- 95.....المبحث الأول: التعرض الصادر من الغير وضمانه.....**
- 95.....المطلب الأول: التعريفات المختلفة للتعرض الصادر من الغير وشروطه.....
- 95.....الفرع الأول: التعريف الفقهي والقانوني للتعرض الصادر من الغير.....
- 99.....الفرع الثاني: شروط ضمان تعرض الغير.....
- 99.....أولاً: أن يكون التعرض قانونياً.....
- 103.....ثانياً: أن يكون الحق الذي يدعيه الغير موجوداً قبل البيع أو لاحقاً له وناشئاً عن فعل البائع.....
- 105.....ثالثاً: أن يقع التعرض فعلاً.....
- 107.....المطلب الثاني: نطاق التعرض الصادر من الغير.....
- 107.....الفرع الأول: ضمان التعرض في البيوع الجبرية.....
- 111.....الفرع الثاني: ضمان التعرض في البيوع المتتالية.....
- 113.....الفرع الثالث: ضمان التعرض في البيوع غير المسجلة.....
- 114.....الفرع الرابع: ضمان التعرض في ملك الغير.....
- 115.....أولاً: تعريف بيع ملك الغير.....
- 116.....ثانياً: شروط تحقق بيع ملك الغير.....
- 116.....1- أن يكون العقد بيعاً.....
- 116.....2- أن يكون المبيع معيناً بالذات.....

- 3- ألا يكون البائع مالكا للمبيع وقت التعاقد.....117
- ثالثا:الجزء المترتب عن بيع ملك الغير.....117
- 1 - جزء بيع ملك الغير في الشريعة الإسلامية.....118
- 2 - جزء بيع ملك الغير لدى الفقه وفي التقنينات المدنية.....120
- رابعاً: أحكام بيع ملك الغير.....121
- 1- أثر بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين.....121
- 2 - أثر بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي.....122
- حالة إقرار المالك الحقيقي للبيع.....123
- حالة عدم إقرار المالك الحقيقي للبيع.....124
- المبحث الثاني: آثار التعرض الصادر من الغير.....126**
- المطلب الأول: التنفيذ العيني126
- الفرع الأول: تدخل البائع في الدعوى بناء على إخطار المشتري له.....128
- الفرع الثاني: عدم تدخل البائع في الدعوى رغم إخطار المشتري له.....131
- أولاً: الفرضية الأولى: أن يتولى المشتري بمفرده دفع دعوى الغير المتعرض.....131
- ثانياً: الفرضية الثانية: أن يصرح المشتري للغير المتعرض بالحق الذي يدعيه أو يتصلح معه على هذا الحق.....132
- ثالثاً: الفرضية الثالثة: عدم إقرار المشتري وعدم مصالحته للغير.....133
- الفرع الثالث: عدم إخطار المشتري البائع بالدعوى.....134
- الفرع الرابع: توقي المشتري إستحقاق المبيع بأداء شيئاً من عنده.....136
- المطلب الثاني: التنفيذ بطريق التعويض.....137
- الفرع الأول: ضمان الاستحقاق.....137
- أولاً: تعريف ضمان الاستحقاق.....138
- ثانياً: حالات الاستحقاق الموجبة للضمان.....142
- 1- حالة نجاح الغير في الدعوى المرفوعة ضد البائع.....143
- 2- حالة مصالحة الغير بمبلغ مالي معين أو شيء آخر.....143
- الفرع الثاني: آثار الاستحقاق145
- أولاً: أثر الاستحقاق بين البائع والمستحق.....145
- ثانياً: أثر الاستحقاق بين المشتري والمستحق.....145
- ثالثاً: أثر الاستحقاق الكلي والجزئي بين البائع والمشتري.....146

- 1- آثار الإستحقاق الكلي.....146
- أ- إسترداد قيمة المبيع وقت نزع اليد بالفوائد القانونية.....148
- ب - قيمة الثمار.....149
- ج - المصروفات.....150
- المصروفات النافعة والكمالية.....150
- مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان.....152
- ما لحق المشتري من خسارة و ما فاتته من كسب.....153
- طلب فسخ العقد أو إبطاله.....154
- 2- آثار الإستحقاق الجزئي.....155
- أ- حالة الاستحقاق الجزئي الجسيم وأثاره.....157
- ب- حالة الاستحقاق الجزئي اليسير وأثاره.....158
- المبحث الثالث: أحكام تعديل الضمان.....160**
- المطلب الأول: الاتفاق على إنقاص الضمان.....160
- الفرع الأول: مفهوم الاتفاق على إنقاص الضمان وشروطه.....161
- الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من الاتفاق على إنقاص الضمان.....162
- المطلب الثاني: الاتفاق على تشديد الضمان.....165
- الفرع الأول: تعريف الاتفاق على تشديد الضمان وصوره.....165
- الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من الإتفاق على تشديد الضمان.....166
- المطلب الثالث: الاتفاق على إسقاط الضمان.....167
- الفرع الأول: مفهوم إسقاط الضمان و حالات سقوطه.....167
- الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من إسقاط الضمان.....169

الباب الثاني: ضمان العيب الخفي في البيع الكلاسيكي والإلكتروني

الفصل الأول: ماهية العيب الخفي في عقد البيع

- المبحث الأول: مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان.....181
- المطلب الأول: تعريف العيب الخفي.....181
- الفرع الأول: تعريف العيب في اللغة والفقهاء.....182
- الفرع الثاني: تعريف العيب الخفي في القانون والقضاء.....184
- الفرع الثالث: تعريف العيب الخفي في الاتفاقيات الدولية.....187
- أولاً: مفهوم العيب الخفي في إتفاقيات ستراسبورغ.....187
- ثانياً: مفهوم العيب الخفي في إتفاقية لاهاي.....187
- ثالثاً: مفهوم العيب الخفي في إتفاقية دول السوق الأوروبية المشتركة.....188
- الفرع الرابع: تعريف العيب الخفي في البيع الإلكتروني.....188
- المطلب الثاني: شروط العيب الخفي الموجب للضمان.....189
- الفرع الأول: أن يكون العيب مؤثراً.....190
- أولاً : نقص القيمة المادية للمبيع.....190
- ثانياً :نقص المنفعة في المبيع.....191
- الفرع الثاني: أن يكون قديماً.....197
- الفرع الثالث: أن يكون العيب خفياً وعدم علم المشتري به.....201
- أولاً: خفاء العيب.....201
1. معايير تقدير خفاء العيب.....202
2. تحديد وقت خفاء العيب.....204
- ثانياً: عدم علم المشتري بالعيب وإستثناءاته.....207
- 1- عدم علم المشتري بالعيب.....207
- 2- إستثناءات علم المشتري بالعيب.....209
- أ- مقدار الثمن.....209
- ب- شخصية المشتري.....209
- المطلب الثالث: البيوع المستثناة من ضمان العيب الخفي.....211

211.....	الفرع الأول: البيوع المستثناة من الضمان في البيع العادي.
213.....	الفرع الثاني: البيوع المستثناة من الضمان في البيع الإلكتروني.
216.....	المبحث الثاني: دعوى ضمان العيب الخفي واجراءتها.
217.....	المطلب الأول: الشروط الشكلية لممارسة دعوى الضمان.
217.....	الفرع الأول: فحص المبيع.
219.....	الفرع الثاني: إخطار البائع بالعيب.
222.....	الفرع الثالث: عريضة رفع دعوى الضمان.
225.....	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لممارسة دعوى الضمان.
225.....	الفرع الأول: الدائن في دعوى الضمان.
227.....	الفرع الثاني: المدين في دعوى الضمان.
231.....	المبحث الثالث: أحكام دعوى الضمان.
231.....	المطلب الأول: آثار دعوى الضمان.
232.....	الفرع الأول: رد المبيع.
235.....	أولا: الطبيعة القانونية لرد المبيع.
236.....	ثانيا : ما يلتزم المشتري برده للبائع.
236.....	1- حالة العيب الكلي.
237.....	أ- رد ذات المبيع.
239.....	ب - رد الثمار.
240.....	ج- مصاريف رد المبيع.
240.....	2- حالة العيب الجزئي.
241.....	ثالثا : ما يلتزم البائع برده للمشتري.
241.....	1- قيمة المبيع.
242.....	2- المصروفات أو النفقات.
244.....	3- المصروفات الخاصة بدعوى الضمان.
244.....	4- التعويضات.
245.....	الفرع الثاني: استبقاء المبيع وانقاص الثمن.
246.....	أولا: استبقاء المبيع واستثناءته.
246.....	1- حالة استعمال المشتري المبيع دون العلم بالعيب.
247.....	2- حالة هلاك المبيع والرجوع بالضمان.

- 2483- حالة وقوع العيب بفعل المشتري.....
- 249.....4- حالة تصرف المشتري في المبيع دون علمه بالعيب.....
- 250.....ثانيا: إنقاص الثمن.....
- 252.....الفرع الثالث: التنفيذ العيني.....
- 253.....أولا :إصلاح المبيع.....
- 255.....ثانيا :استبدال المنتج.....
- 258الفرع الرابع: التعويض.....
- 259.....أولا : نوعية الأضرار المستحقة للتعويض.....
- 261.....ثانيا : عناصر التعويض.....
- 263.....المطلب الثاني: سقوط دعوى ضمان العيب الخفي وأحكام تعديل مدة التقادم.....
- 264.....الفرع الأول: النصوص القانونية المتعلقة بتقادم دعوى الضمان للعيب الخفي.....
- 265.....الفرع الثاني: التقادم القصير ومبرراته.....
- 267.....الفرع الثالث: أحكام تعديل مدة التقادم.....
- 267.....أولا:الاتفاق على إنقاص مدة التقادم.....
- 269.....ثانيا: الاتفاق على تطويل مدة التقادم.....
- 271.....المبحث الثالث: الاتفاق على تعديل أحكام الضمان.....**
- 272.....المطلب الأول: تعريف الضمان الاتفاقي وخصائصه.....
- 272.....الفرع الأول: تعريف الضمان الاتفاقي.....
- 273.....الفرع الثاني: خصائص الضمان الاتفاقي.....
- 274.....المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء الفرنسي والتشريعات الأخرى من الضمان الإتفاقي.....
- 274.....الفرع الأول: الضمان الاتفاقي في التشريع والقضاء الفرنسي.....
- 276.....الفرع الثاني: الضمان الاتفاقي في التقنين المدني المصري والجزائري.....
- 277.....المطلب الثالث: صور تعديل الضمان.....
- 277.....الفرع الأول: الاتفاق على تشديد الضمان وصوره.....
- 282.....الفرع الثاني: الاتفاق على إنقاص الضمان وصوره.....
- 283.....الفرع الثالث: الاتفاق على إسقاط الضمان وصوره.....

الفصل الثاني: الآليات الحديثة للضمان عن العيوب الخفية

- المبحث الأول: الالتزام بضمان الإعلام**.....293
- المطلب الأول: تعريف الالتزام بالإعلام وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له..... 297
- الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام.....297
- الفرع الثاني: تمييز الالتزام بالإعلام عن الأنظمة المشابهة له.....301
- أولا: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام.....301
- ثانيا :الالتزام بالإعلام والإشهار الإعلان.....303
- ثالثا : الالتزام بالإعلام وتقديم النصيحة والتحذير.....303
- المطلب الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام في البيع العادي والإلكتروني.....304
- الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام في البيع العادي.....305
- أولا :الالتزام بالإعلام ضمن قوانين حماية المستهلك بفرنسا.....305
- ثانيا : الالتزام بالإعلام ضمن قوانين حماية المستهلك بالجزائر.....307
- ثالثا: الالتزام بالإعلام ضمن قوانين حماية المستهلك بمصر.....310
- الفرع الثاني: مضمون الالتزام بالإعلام في البيع الإلكتروني.....311
- أولا :لبيانات الواجب الإدلاء بها قبل التعاقد في قانون الإستهلاك الفرنسي.....312
- ثانيا :البيانات الواجب الإدلاء بها بعد التعاقد في قانون الإستهلاك الفرنسي.....315
- ثالثا : بيانات الالتزام بالإعلام في قوانين الدول العربية المنظمة للبيع الإلكتروني.....318
- رابعا: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام.....320
- المبحث الثاني: الالتزام بضمان السلامة**.....324
- المطلب الأول: تعريف الالتزام بضمان السلامة وأسباب نشأته.....327
- الفرع الأول: تعريف الالتزام بضمان السلامة.....328
- الفرع الثاني: أسباب نشأة الالتزام بضمان السلامة.....330
- أولا : نقص أحكام ضمان العيب الخفي لضمان المستهلك.....330
- ثانيا : تطور أحكام المسؤولية التقصيرية.....332
- الفرع الثالث: شروط الالتزام بضمان السلامة.....333
- أولا : وجود الخطر الذي يهدد سلامة المتعاقد.....334
- ثانيا :كون أحد المتعاقدين مهنيا.....335
- ثالثا : كون المتعاقد الآخر تحت الهيمنة الاقتصادية للبائع.....336

المطلب الثاني: ضمان سلامة المستهلك في البيع العادي والالكتروني.....	336
الفرع الأول: مضمون الالتزام العام بضمان السلامة في البيع العادي.....	337
الفرع الثاني: مضمون الالتزام بضمان سلامة المستهلك في البيع الإلكتروني.....	345
1- وجود الخطر الذي يهدد سلامة المتعاقد الالكتروني في سلامة جسمه وأمواله.....	346
2- كون المدين بالالتزام بالسلامة مهنيا أو محترفا.....	347
3- كون أمر الحفاظ على أحد المتعاقدين موكلا للمتعاقد الآخر.....	347
المبحث الثالث: الإلتزام بالمطابقة طبق النظرية العامة للعقد وفي عقد البيع الالكتروني.....	351
المطلب الأول: تعريف الإلتزام بالمطابقة ومضمونها في البيع العادي والالكتروني.....	352
الفرع الأول: تعريف الإلتزام بالمطابقة فقها وقانونا.....	353
الفرع الثاني: مضمون الإلتزام بضمان المطابقة في البيع العادي والالكتروني.....	357
أولا: مضمون الإلتزام بضمان المطابقة في البيع العادي.....	358
ثانيا: مضمون الإلتزام بضمان المطابقة في البيع الالكتروني.....	362
المطلب الثاني: التدابير المتخذة لضمان المطابقة والجزاء المترتب عند الإخلال بضمان المطابقة.....	368
الفرع الأول: التدابير المتخذة لضمان المطابقة.....	368
الفرع الثاني: الجزاء المترتب عند الإخلال بضمان المطابقة.....	372
خاتمة.....	378
قائمة المراجع	390
الفهرس.....	445

ملخص

كانت للقواعد العامة في البيع العادي دورا هاما في تحقيق الضمان للمشتري من التعرض أو الاستحقاق والعيوب الخفية فيه. غير أن تطور التكنولوجيا أدت إلى تنوع وتعقيد المنتجات والخدمات وكذا بروز البيع الإلكتروني كوسيلة سريعة لتعميم تسويقها عبر العالم. فكل هذه العوامل البارزة كشفت عن قصور النظرية العامة للضمان واستحالة تطبيقها على هذه المنتجات الحديثة التي تخلف مخاطر وأضرار تمس أموال وصحة المتعاقد وغير المتعاقد في كلا البيعين. فضلا عن ذلك ولج عن التكنولوجيا اختراع التعرض بالفيروسات المدمرة للبرامج والخدمات، المطلوبة بكثرة من طرف المستهلكين. فلتحقيق الضمان أصبحت الحاجة ماسة لتطوير نظرية الضمان بالآليات المستحدثة التي تتناسب وحدثة المنتجات كالالتزام بضمان الإعلام والسلامة والمطابقة التي تم تكريسها في كل التقنيات المدنية وقوانين حماية المستهلك وكذا قوانين التجارة الإلكترونية، مع ذلك تبقى ناقصة في مجال تنظيم التجارة الإلكترونية وخاصة في الجزائر.

Résumé

Les règles générales de la vente classique ont joué un rôle important afin d'assurer la garantie pour l'acheteur contre l'éviction et vices cachés sur l'objet vendu. Cependant, le développement de la technologie a engendré la diversité et la complexité des produits et services, outre l'apparition de la vente électronique fût un moyen rapide pour leur commercialisation universelle.

Tout ces facteurs accentués ont révélé la déficience de la théorie générale en garantie et l'impossibilité de son application sur ces produits récents causant des risques et dégâts aux fonds et à la santé du contractant et des tiers dans les deux ventes. Par ailleurs, la technologie a procréé une nouvelle éviction sur l'objet vendu par des virus destructeurs aux programmes et services fortement demandés par les consommateurs. Mais pour réaliser la garantie, il est indispensable de développer cette théorie de garantie par des nouveaux mécanismes correspondants à la modernité des produits, entre-outre, garantie d'information, sécurité et conformité déjà concrétisées dans les codes civils et lois protégeant le consommateur ainsi les lois du commerce électronique.

Nonobstant, cela demeure insuffisant en matière d'organisation du commerce électronique et notamment en Algérie.