



جامعة البويرة

جامعة آكلي محند أولحاج- البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

# حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)

محاضرات لطلبة السنة الأولى ماستر

تخصص عقود ومسؤولية

الأستاذة: د/بركات كريمة

السنة الجامعية: 2016-2017

## قائمة أهم المختصرات

### أولاً: باللغة العربية

- ج ر: الجريدة الرسمية  
د ب ن: دون ذكر بلد النشر  
د س ن: دون ذكر سنة النشر  
ق ت ج: القانون التجاري الجزائري  
ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري  
ق م ج: القانون المدني الجزائري  
ق م ف: القانون المدني الفرنسي

### ثانياً: باللغة الفرنسية

- Cass .civ :.....Cassation civil  
Cass .com :.....Cassation commercial  
D. P :.....Daloz Périodique  
Gaz. pal :.....Gazette du Palais  
J. C. P :.....Juris-Classeur Périodique  
J. O: .....Journal Officiel  
L. G.D.J :.....Librairie Général de Droit et de Jurisprudence  
L C E N :..... Loi sur la Confiance dans l'Economie Numérique  
O.C.D.E : .....Organisation de Commerce et de Développement Economique

مقدمة

لقد حدثت في العالم خلال السنوات الأخيرة العديد من التطورات الهامة في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، والتي خدمت مجالات حياة الانسان<sup>1</sup>؛ وأدت خاصة الى تغيير طبيعة ونمط الحياة الاقتصادية لكافة المستهلكين على مستوى العالم. كما قدمت مفهوما حديثا لمجال التجارة بما لها من ميزة السرعة واختصار المسافات، فقد جعلت العالم قرية صغيرة لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول؛ فيتمكن التاجر في أي مكان من عرض المنتجات والخدمات ليستفيد منها المستهلكين في كل أنحاء العالم. كما أصبح بإمكان المستهلك أن يتسوق ويتم كافة تعاملاته التجارية والمصرفية من المنزل، ويدفع إلكترونيا بدون جهد<sup>2</sup>.

تسمى هذه التجارة بالتجارة الإلكترونية التي تتم معاملاتها عبر شبكة الأنترنت، التي تستعمل لتفعيل وتسهيل المعاملات والمبادلات الدولية للسلع والخدمات، حيث يبرم عن طريقها يوميا الآلاف من الصفقات التجارية، والمعاملات المالية والمصرفية<sup>3</sup>. والمثير للجدل أن هذه التعاملات التجارية الإلكترونية تتم عن طريق عقود تبرم في وسط الكتروني، واصطلح عليها بالعقود الإلكترونية. تتميز هذه الأخيرة بالعالمية لتغطيتها العالم ولا تقتصر على دول دون غيرها، لكونها تتم عن طريق الأنترنت؛ كما تتميز

<sup>1</sup> - قدمت منظمة اليونسكو تعريفا موسعا وأكثر حداثة لتكنولوجيا أو تقنية المعلومات، أو ما اصطلح على تسميته بالمعلوماتية. ويندرج في مفهومها الفروع العلمية والتقنية والهندسية وأساليب الادارة الفنية المستخدمة في تداول ومعالجة المعلومات وفي تطبيقاتها، والمتعلقة كذلك بالحاسبات وتفاعلها مع الانسان، والآلات وما يرتبط بذلك من أمور اجتماعية واقتصادية وثقافية. وعند الكثيرين تعني تقنية المعلومات "التزاوج والالتحام بين تقنيات الحاسبات والاتصالات والاستعمال المتزايد للإلكترونيات في العمليات الصناعية والتجارية ابتداء بالإنسان الآلي المبرمج بالحاسب، حتى بطاقة الائتمان التي يحتفظ بها المستهلك في جيبه". محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007، ص ص 32 و 33.

<sup>2</sup> - انتشر التسوق على الأنترنت بشكل كبير، فعلى الويب يمكن للمستهلك تصفح فهرسا للبضائع في متجر ما واختيار ما يريد شراؤه، وما عليه إلا أن يملأ خانة بطاقة الائتمان برقم بطاقته الائتمانية فيصله ما اشتراه على العنوان الذي يحدده في بضعة أيام. يورك برس، علم نفسك الأنترنت، مكتبة لبنان والدار المصرية للطباعة، 2000، ص 30.

<sup>3</sup> - أحمد سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط1، دار النهضة العربية، مصر، (د س ن)، ص ص 15 و 18.

بالانفتاحية إذ يتاح الدخول فيها لكل من يرغب الاشتراك، ولها صفة الالكترونية لتمامها بواسطة أجهزة وبرامج اتصال إلكترونية تنقل ارادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي، ودون تدخل منهم سوى اصدار تعليماتهم آليا بالضغط على أزرار الموافقة<sup>1</sup>.

ولا شك أن العقد الالكتروني هو ذلك العقد المتعلق بسلع وخدمات، يتم بين مورد ومستهلك من خلال الاطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام التعاقد. فالعقد الالكتروني يتم عن بعد بين عاقدين لا يجمع بينهما مجلس عقد واحد على الأقل من حيث المكان، ولا شك أن لهذه الخصائص التي ذكرناها والتي يتميز بها العقد الالكتروني، تأثيراتها في نظامها القانوني، وتجعل له بعض القواعد الخاصة تخرج به عن القواعد العامة في نظرية العقد التي وضعت أساسا لتنظيم التعاقد العادي في صورته التقليدية<sup>2</sup>.

يعتبر عقد البيع الالكتروني من أهم المعاملات الالكترونية التي توجه لها المستهلكين بكثرة، إذ اصبح الأشخاص يتسوقوا ويقتنوا المنتجات والخدمات ويدفعوا عن طريق الأنترنت بدون جهد. والمستهلك في نطاق التجارة الالكترونية هو ذاته المستهلك في عملية التعاقد التقليدية، لكن فقط يتعامل من خلال وسائط الكترونية، وهذا يعني أن له كل الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في مجال التجارة التقليدية؛ بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن عقده يتم بوسيلة الكترونية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الالكترونية، ط1، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003، ص 71 و 77.

<sup>2</sup> - نفس المرجع السابق، ص 71 و 77.

<sup>3</sup> - قدرى محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 112 و 113. خالد ممدوح ابراهيم، العقد المبرم عبر الوسائل الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 333.

تعتبر حماية المستهلك في مجال التعاقد الالكتروني من أهم المسائل التي اهتمت بها التشريعات المعاصرة التي نظمت التجارة الالكترونية، كما اهتمت لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالتجارة الالكترونية، لذلك فقد أصدرت **قانون اليونسترال النموذجي** المتعلق بالتجارة الالكترونية<sup>1</sup>؛ واهتم الاتحاد الاوروبي كذلك بوضع اطار عام للدول الاوروبية من أجل توفير حماية للمستهلك في مجال التجارة الالكترونية، ولذلك فقد أصدر **التوجيه الاوروبي رقم 07/97** المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد<sup>2</sup>، وكذلك **التوجيه رقم 489/97** الصادر في 20 يوليو 1997 المتعلق بوسائل الدفع الالكتروني **والتوجيه رقم 31/2000** المتعلق بالتجارة الالكترونية<sup>3</sup>.

كما اهتم المشرع الفرنسي أيضا بحماية المستهلك الالكتروني فأصدر عدة نصوص قانونية تركز ذلك، أهمها **القانون رقم 574/2004** المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي<sup>4</sup>. وتبعه في ذلك المشرع الجزائري الذي أصدر بدوره العديد من النصوص القانونية لحماية المستهلك بدءا من **القانون المدني**<sup>5</sup> الذي يحمي بمقتضاه المشرع المتعاقد بوجه عام من

<sup>1</sup> - صادر عن غرفة التجارة الدولية التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة رقم 85 المنعقدة في 16 ديسمبر 1996، راجع الموقع: <http://www.unictr.org>

<sup>2</sup> - Directive 97/7/CE du 20 mai 1997, concernant la protection des consommations en matière de contrat à distance, JO, N°L144 du 04/06/1997, p0019-0027, <http://www.europa.eu.int>.

<sup>3</sup> - Directive 2000/31/CE du 08 juin 2000 relative a 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),JO, N°L178 du 17/07/2000, p001-0016, <http://www.europa.eu.int>.

<sup>4</sup> - Loi N°2004/574 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'Economie Numérique, <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>5</sup> - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ج ر العدد 78، الصادر في 19 ديسمبر 1975.

خلال تكريس مبدأ " حسن النية في تنفيذ العقد"، ومبدأ " العقد شريعة المتعاقدين"، ونظرية الضمان ( العيوب الخفية، التعرض والاستحقاق)...الخ، بالإضافة إلى جميع النصوص الاستهلاكية وصولاً إلى القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>1</sup>.  
 إلا أن مشكلة هذه الدراسة تتمثل في بيان مدى كفاية القواعد القانونية العامة الواردة في التشريع الجزائري لحماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني، ذلك أن المشرع الجزائري لم يسن لغاية اليوم قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية، ومن هنا تثار مشكلة تتعلق بمدى كفاية القواعد القانونية الحالية الموجودة في التشريع الجزائري لتوفير حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني.

كما تكمن مشكلة الدراسة في بيان المشكلات القانونية التي تواجه المستهلك في عقد البيع الإلكتروني، سواء في مرحلة ما قبل إبرام العقد، أو أثناء إبرامه، وكذلك بعد إبرامه أي في مرحلة تنفيذ عقد البيع الإلكتروني. فعلى الرغم من فوائد التعاقد الإلكتروني كاختصار الوقت والنفقات في مختلف المعاملات المدنية والتجارية<sup>2</sup>، إلا أن هذا التعاقد أثار العديد من المشكلات القانونية منها: كيفية إجراء هذا النوع من التعاقد، ومدى ملائمة القواعد القانونية له، وكيفية مواجهة طرق الاحتيال والاستغلال التي يمارسها أحد أطراف العلاقة التعاقدية اتجاه الآخر عند إبرام العقد، وبشكل خاص إذا كان أحدهما مستهلكا.

وكان من أهم أسباب هذا الاستغلال ضعف المستهلك وجهله بتقنيات التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية المتطورة والمعقدة، وتطور أساليب الدعاية والاعلان عن المنتجات والخدمات؛ يضاف إلى ذلك عدم التواجد المادي للمتعاقدين في مجلس عقد واحد، وعدم تمكن المستهلك من معاينة السلع التي يتعاقد من أجلها والتأكد من سلامتها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - صادر بتاريخ 25 فيفري 2009، ج ر العدد 15، الصادر بتاريخ 8 مارس 2009.

<sup>2</sup> - خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ط1، دار الجامعة للنشر، مصر، 2007، ص 3.

<sup>3</sup> - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 11.

ونسعى من خلال هذه الدراسة إلى بيان مدى حاجة المستهلك للحماية في إطار عقد البيع الإلكتروني، وخاصة قبل إبرام العقد وبيان حقوق المستهلك في مرحلة إبرام عقد البيع الإلكتروني، وكذلك حقوقه في مرحلة تنفيذ العقد؛ وبيان مدى كفاية القواعد القانونية في التشريع الجزائري في توفير حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني؛ وبيان أوجه القصور في التشريع بخصوص توفير هذه الحماية.

وتظهر أهمية هذه الدراسة في كون أن التعامل الإلكتروني يتصف بتطور مستمر وسريع، مما يتطلب أيضا أن تتطور القواعد والقوانين التي تحكمه بنفس سرعة التطور الحاصل فيه. ترتيبا لما تم التوصل إليه، فإن الإشكالية تدور حول:

**ما مدى كفاية القواعد القانونية الموجودة في التشريع الجزائري في تقرير الحقوق والضمانات لحماية المستهلك عند قيامه بإبرام عقد البيع الإلكتروني منذ لحظة عرض السلع والخدمات على الأنترنت إلى غاية تنفيذ العقد؟**

للإجابة عن هذه الإشكالية سنقوم ببيان أوجه حماية المستهلك في كافة مراحل عقد البيع الإلكتروني بداية بالمرحلة السابقة للتعاقد وكذا عند إبرام العقد وأخيرا في مرحلة تنفيذ العقد، لذلك فضلنا تقسيم البحث إلى ثلاثة فصول رئيسية: يتناول الفصل الأول منها حماية المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام عقد البيع الإلكتروني، وفيه مبحثين: يتناول المبحث الأول حماية المستهلك في مرحلة تكوين العقد، ويتناول المبحث الثاني حق المستهلك في الاعلام السابق لإبرام العقد. ويتناول الفصل الثاني حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد وذلك من خلال مبحثين: يتناول المبحث الأول حقوق المستهلك في هذه المرحلة المتمثلة في الحق في الاعلام التعاقدية والحق في حماية الخصوصية، ويتناول المبحث الثاني حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية. أما الفصل الثالث فيتناول حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد وذلك من خلال مبحثين، يتناول الأول حق المستهلك في الضمان (العيوب الخفية، التعرض والاستحقاق، والسلامة)، والمبحث الثاني يتناول حماية المستهلك أثناء تنفيذ التزاماته المتمثلة في الالتزام بالدفع الإلكتروني والالتزام بتسلم السلعة، وخاتمة تتضمن خلاصة مع أهم التوصيات.

# الفصل الأول

حماية المستهلك قبل إبرام عقد

البيع الإلكتروني

انطلاقاً من الارتباط الوثيق للقانون بالتطور الحاصل في مجال التكنولوجيا، لأن القانون دور في توجيه سير هذا التطور، ونظراً لتأثير ذلك في الأنشطة الاقتصادية وخصوصاً فيما يتعلق بالعمليات الاستهلاكية التي تتم عن بعد، فقد اهتمت القوانين المعاصرة بحماية المستهلك المتعاقد عن بعد، بعد أن كانت حماية المستهلك المتعاقد تتم بالطرق التقليدية باعتباره الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك اقتصادياً ومعرفياً، والآن فقد امتدت الحماية إلى المستهلك المتعاقد عن بعد باعتباره الأكثر ضعفاً حتى من المستهلك المتعاقد بالوسائل التقليدية.

ولما كان إبرام عقد الاستهلاك عن بعد في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة يثير الكثير من الإشكالات القانونية، تعجز القواعد العامة عن إيجاد الحلول لجميع تلك المشكلات، أصبح يقتضي الأمر إيجاد حلولاً غير تقليدية لمواجهة تلك المشكلات<sup>1</sup>.

حيث أصبح من الضرورة حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، قبل التعاقد، بل ويجب إحاطة العملية الاستهلاكية التي تتم عن بعد بضمانات يحمي من خلالها المستهلك، من جهة حمايته في مرحلة تكوين عقد البيع الإلكتروني فيما يتعلق بحماية رضائه ومن جهة أخرى حمايته في مواجهة وسيلة إلكترونية قد يخطئ في استخدامها أثناء التعبير عن إرادته بما يراعي خصوصية عقد البيع الذي يتم عن بعد "إلكترونياً" (المبحث الأول).

بالإضافة إلى أن القانون منح للمستهلك المتعاقد عن بعد الحق في تنوير إرادته تجاه ما يريد أن يتعاقد عليه من سلع وخدمات قد يكون قد تم الاعلان عنها على الموقع الإلكتروني الخاص بالمهني، حيث يتطلب القانون أن تكون المعلومات حول السلع والخدمات -التي قد يتضمنها الموقع- صحيحة وحقيقية. فبسبب البعد المكاني بين المستهلك والمهني، وعدم الوجود المادي الواقعي للسلع والخدمات أمام عين المستهلك، الأمر الذي

<sup>1</sup> - محمد قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005، ص5 وما يليها.

يؤثر في قدرته على الحكم بدقة على المبيع وأوصافه خاصة في ظل تطور الاعلانات والتي قد تكون خادعة ومضللة في أحيان كثيرة، من هنا أوجب القانون على المهني إعلام المستهلك بكافة البيانات الضرورية التي تجعله يقدم على التعاقد وهو على بينة ونور، وعلى امتداد هذا الالتزام لمرحلة ما قبل التعاقد عن بعد - وكذا مرحلة التعاقد-(المبحث الثاني).

### المبحث الأول: حماية المستهلك في مرحلة تكوين عقد البيع الإلكتروني

عندما تتطابق إرادتا المتعاقدين، وتكون أركان العقد الأخرى: المحل والسبب متوفرة ينعقد العقد، لكن نفاذه ولزومه للمتعاقدين يتوقف على صدور الإرادة من شخص يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة لقبول صدور التصرف القانوني منه، مع سلامة هذه الإرادة من العيوب التي قد تشوبها كالغلط والاكراه والتدليس.

وفي التعاقد عند بعد عموماً، وعبر شبكة الانترنت على وجه الخصوص، تثور جملة من التساؤلات تتعلق بصحة التراضي، وذلك لاحتمال أن يكون أحد المتعاقدين غير كامل الأهلية (المطلب الأول).

بالإضافة إلى ذلك، مشكلة التعبير الإلكتروني عن الإرادة (المطلب الثاني)، حيث أنه يتم التعبير عن هذه الإرادة باستخدام وسيلة تدل على وجودها، وتجعلها تحدث أثراً قانونياً معيناً، وذلك يكون عن طريق: الإيجاب والقبول الإلكترونيين؛ وانطلاقاً من ذلك سوف نقوم بدراسة القواعد العامة والأساسية للتعبير عن الإرادة عبر الأجهزة الإلكترونية، والتي تصلح للتطبيق على عقود الانترنت بصفة عامة، وعقد البيع الإلكتروني على الخصوص. دون أن ننسى في الأخير دراسة مدى امكانية التمسك بعيوب الإرادة في مجال التعاقد الإلكتروني (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: الأهلية في عقد البيع الإلكتروني

لا يتطلب إبرام العقود الإلكترونية أهلية معينة تختلف عما هي عليه في القواعد العامة، فكل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون. فمناط الأهلية هو التمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية<sup>1</sup>.

لذلك تعرف الأهلية أنها: « صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه»، وهذه هي أهلية الأداء، التي مناطها كمال التمييز والارادة وصلاحية الشخص وقدرته على أداء التصرفات القانونية<sup>2</sup>.

ويجب أن يكون طرفي عقد البيع الإلكتروني (المستهلك، المتدخل) يتمتعان بسن الرشد، أي يبلغان سن تسعة عشر (19) سنة كاملة ومتمتعان بقواهما العقلية ولم يحجر عليهما<sup>3</sup>، وبذلك يكونا كاملا الأهلية لإبرام عقد بيع صحيح.

إلا أن الأهلية في عقود البيع الإلكترونية تتميز بخصوصية (الفرع الأول)، كما أن فقدان الأهلية يعتبر من أهم المشكلات العملية التي تعرقل إبرام عقد البيع الإلكتروني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: خصوصية الأهلية في عقد البيع الإلكتروني

في العقد التقليدي من السهل التأكد من توفر الأهلية، ومن التحقق من شخصية المتعاقدين، والتثبت من الهوية الحقيقية لهما، وذلك باعتبار العقد التقليدي تعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس حقيقي واحد، يتمكن كل طرف متعاقد من التأكد من أهلية الطرف

<sup>1</sup> - عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الانترنت (دراسة تحليلية)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007، ص176.

<sup>2</sup> - محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996، ص47.

<sup>3</sup> - تنص المادة 40 ق م ج على ما يلي: « كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة».

الآخر سواء بواسطة وثائق شخصية بالنسبة للشخص الطبيعي أو بواسطة السجل التجاري بالنسبة للشخص المعنوي<sup>1</sup>.

أما في التعاقد عبر الانترنت، فيصعب التحقق من أهلية المتعاقدين وذلك بسبب التباعد المكاني وعدم وجود المتعاقدين في مجلس واحد<sup>2</sup>. ونظرا لهذه الخصوصية التي تميز العقد الإلكتروني، ونظرا لكون مجال الانترنت أصبح المجال الخصب للتعامل بالنسبة لأغلبية المراهقين وصغار السن، ومن هذا المنطلق يكون من مصلحة كلا الطرفين التأكد من كافة البيانات التي تتعلق بالطرف الآخر قبل إتمام التعاقد، إذ قد يفاجأ المتعاقد مثلا ببطلان العقد لكونه قد تعاقد مع طفل لم يتجاوز سن التمييز، كما يمكن أن نتصور إمكانية تغيير الحقيقة، كأن يدعي الطرف المتعاقد أنه كامل الأهلية في حين أنه فاقدها، التي تؤثر على صحة العقد بعد انعقاده<sup>3</sup>.

ولما كان التعاقد مع فاقد الأهلية أو ناقصها قد يعرض العقد للبطلان<sup>4</sup>، فإن الأصل أن يكون التعاقد على شبكة الانترنت قائما على مبدأ حسن النية من طرفيه: فالبايع يلتزم بالإفصاح عن بياناته كاملة، والتي إن ثبت فيما بعد عدم صحتها كان تصرفه خاضعا لأحكام المسؤولية العقدية، وعليه التثبت من هوية وأهلية المتعاقد الآخر، وذلك بأن يطلب من العملاء الإفصاح عن هويتهم، وهو ما نراه عملا يجري على شبكة الانترنت، حيث أن الغالب في العقود المبرمة عبر الانترنت أنها تتضمن صفحة خاصة لبيانات المتعاقد يلتزم بملئها وتتضمن بنودا أهمها سن المتعاقد أو تاريخ ميلاده، غير أن هذا قد لا يمنع من

<sup>1</sup> - خالد ممنوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص133.

<sup>2</sup> - عقد الاستهلاك الذي يتم عن بعد لا يكون فيه النقاء الحقيقي بين أطرافه، محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص96.

<sup>3</sup> - قدرى محمد محمود، المرجع السابق، ص ص 54 و 55.

<sup>4</sup> - أعطى المشرع الجزائري لناقص الأهلية الحق في ابطال العقد، يبدأ سريان مدته من اليوم الذي يزول فيه سبب نقص الأهلية، وذلك طبقا لنص المادة 101 ق م ج.

احتمالات التحايل من قبل القاصرين الذين يعمدون إلى اخفاء نقص أهليتهم ثم يتذرعون بذلك لإبطال العقد<sup>1</sup>.

إلا أن العلماء والتقنيين في مجال التعاقد الإلكتروني توصلوا إلى ايجاد وسائل احتياطية وتقنية، ويمكن استخدامها للتقليل من الوقوع في فخ التعاقد مع ناقصي وعديمي الأهلية، وهي البطاقات الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني، والاستعانة بجهات التصديق الإلكتروني<sup>2</sup>.

وبالنظر لما يتعرض له مجال الانترنت من قرصنة الكترونية واختراقات من الأجانب إضافة إلى أن كمال الأهلية يختلف من دولة إلى أخرى، فإن هذا يؤدي إلى خلق مشاكل عديدة في مجال التعاقد الإلكتروني، ولتأمين التعاملات عبر شبكة الانترنت من هذه المشاكل فقد ناد الفقه بالأخذ بنظرية "الوضع الظاهر" "théorie de l'apparence" وذلك لترجيح مصلحة المهني الحسن النية<sup>3</sup>.

وتطبيق نظرية الوضع الظاهر في مجال التعاقد الإلكتروني يكون في حالة اخفاء القاصر لحقيقة أهليته واستعمال وسائل احتيالية، كأن يستعمل البطاقة الائتمانية لوالده لإبرام عقد الكتروني، ففي هذه الحالة يجوز للمهني حسن النية التمسك بالوضع الظاهر أي التعاقد مع صاحب البطاقة فيكون الوالد ملزماً بالعقد كما لو كان هو من أبرمه وكأنه إلزام الآباء على مراقبة أبنائهم والحفاظ على بطاقاتهم الائتمانية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص ص 177 و 178.

<sup>2</sup> - نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 76.

<sup>3</sup> - Olivier D'AUZON , Le droit du commerce électronique, Du Puits Fleuri, Paris, 2007, p34.

<sup>4</sup> - محمد السيد عبد المعطي خيال، الانترنت وبعض الجوانب القانونية، مكتبة دار النهضة، مصر، 1998، ص ص 116 و 117.

## المخرج الثاني: مشكلة فقدان الأهلية في عقد البيع الإلكتروني

إذا فقد أحد أطراف التعاقد سواء المهني أو المستهلك الأهلية أو توفي، يؤثر ذلك على عقد البيع الإلكتروني، لذلك سوف نميز بين ما إذا كان فقدان الأهلية أو الوفاة أصاب الموجب (أولاً) أو أصاب الموجه إليه الإيجاب (ثانياً).

## أولاً: في حالة وفاة الموجب أو فقدانه الأهلية

يخضع العقد الإلكتروني في معظم أحكامه للقواعد العامة للعقود عموماً، حيث نطبق في هذه الحالة نص المادة 62 ق م ج الذي جاء فيه ما يلي: « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير يعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل».

نستنتج من هذا النص أنه لا يسقط التعبير عن الإرادة بوفاة الموجب أو بفقدانه الأهلية، لأنه بمجرد صدور الإيجاب يفصل عن صاحبه ويصبح مستقلاً عنه. فإذا وصل إلى علم من وجه له، واتصل بقبوله، يترتب أثره وينعقد العقد<sup>1</sup>.

أما إذا لم يصل الإيجاب إلى علم الموجب له، ولم يتصل بقبوله قبل أو بعد وقوع حادثة الوفاة أو فقدان الأهلية، فنكون بصدده إيجاب لم يقترن به قبول، فيظل إيجاباً عديم الأثر.

## ثانياً: في حالة وفاة الموجب له وفقدانه الأهلية قبل علمه بالإيجاب

لم ينظم المشرع الجزائري هذه الحالة في القواعد العامة، إلا أننا نرجع إلى رأي الفقه فيها، حيث فرق بين حالتين هما:

<sup>1</sup> - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 66.

- وفاة الموجب له وفقدانه الأهلية قبل علمه بالإيجاب: يسقط الإيجاب في هذه الحالة ولا يرتب أثره، وذلك لعدم توافر شروط وجوده القانوني، لأن علم الموجب عنصر أساسي في التعبير عن الإرادة، فلا ينشأ حق في القبول ولا ينتقل إلى الورثة ولا ينعقد العقد<sup>1</sup>.
- وفاة الموجب له أو فقدانه لأهليته بعد علمه بالإيجاب: يكون الإيجاب في هذه الحالة قد استكمل وجوده القانوني وينتقل حق القبول إلى الورثة فيتم التعاقد باتصال قبول الورثة بعلم الموجب<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: صيغة التعبير عن الإرادة في عقد البيع الإلكتروني

العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ويقصد إنشاء التزامات تعاقدية، أي أن العقد الإلكتروني هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة الكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة الاتصالات والمعلومات، بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها<sup>3</sup>.

إذن ينعقد عقد البيع الإلكتروني بتلاقي إرادتي الإيجاب والقبول، ويتم التعبير عن إرادة التعاقد -إيجاباً وقبولاً- عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ويعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في المرحلة التعاقدية لإبرام العقد (الفرع الأول)، ولا ينعقد العقد إلا بعد صدور قبول - الخطوة الثانية- مطابق للإيجاب (الفرع الثاني).

<sup>1</sup>- طبقاً لنص المادة 61 ق م ج « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر

وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك».

<sup>2</sup>- محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص104.

<sup>3</sup>- قدرى محمد محمود، المرجع السابق، ص51.

## المخرج الأول: الإيجاب في عقد البيع الإلكتروني

يثير الإيجاب الإلكتروني مسائل قانونية مهمة هي: تعريف الإيجاب الإلكتروني وأنواعه (أولاً)، ولغته (ثانياً) ونطاقه الزمني والمكاني (ثالثاً)، وهي جميعها انعكاس لكون الإيجاب الإلكتروني يصدر عن بعد من خلال شبكة عالمية للاتصال توجه إلى جمهور عريض من المتعاملين موجود في أماكن بعيدة يتكلم لغات عديدة.

## أولاً: تعريف الإيجاب الإلكتروني وأنواعه

اختلف كل من الفقه والتشريع في تحديد تعريف الإيجاب الإلكتروني وكذا أنواعه.

## أ/ تعريف الإيجاب الإلكتروني:

يعرف جانب من الفقه الإيجاب في العقد الإلكتروني أنه تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة<sup>1</sup>.

لم يعرف المشرع الجزائري على غرار أغلب التشريعات المقارنة الإيجاب الإلكتروني لكن يمكن استنتاج تعريفه من خلال نص المادة 60 ق م ج على اعتبار أن معظم أحكام القواعد العامة المنظمة للعقود يمكن تطبيقها في مجال التعاقد الإلكتروني أيضاً، حيث يستنتج من نص المادة 60 ق م ج<sup>2</sup> أن الإيجاب هو تعبير بات عن إرادة المتعاقد، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2003، ص 67.

<sup>2</sup> - تنص المادة 60 ق م ج على ما يلي: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه... »

عرف التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المؤرخ في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد، الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنه: « كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق الإعلان».

وقد يكون الإيجاب الإلكتروني موجها لشخص أو أشخاص معينين بذواتهم، وقد يكون موجها إلى فئة معينة، وقد يكون عاما موجها للجمهور<sup>1</sup>.

وقد يكون المهني أو المحترف عارضا لخدماته وسلعه في موقعه الإلكتروني بما يحقق مفهوم الإيجاب الموجه للجمهور أو عدد غير محدد من العملاء، ويتقدم المستهلك ويطلب التزود بالسلعة أو الخدمة فيعد قابلا فينعد عقد الاستهلاك عن بعد " الكترونيا"، أو بالعكس فقد يقوم المستهلك بعد المفاوضات التي تسبق عملية التعاقد بإعلان إرادته في إبرام العقد بإرسال البيانات المطلوبة عن طريق البريد الإلكتروني، وبذلك يكون ما صدر عنه هو إيجاب بالتعاقد، ويقوم المهني بإرسال قبوله وبه ينعد عقد البيع عن بعد<sup>2</sup>.

يعتبر إخبار المستهلك العنصر الرئيسي في الإيجاب الإلكتروني، وهو التزام قبل تعاقد بتوفير معلومات ومعطيات محددة، وهذا ما قصده تعريف التوجيه الأوروبي رقم 7/97 للإيجاب عن بعد، من ذكره مصطلح « العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة...».

حيث يتعين على المهني عن بعد أن يقدم للمستهلك قبل إبرام عقد البيع المعلومات التي يحددها القانون وهي: هوية البائع المهني، عنوانه الجغرافي، الخصائص الرئيسية للسلعة أو للخدمة، ثمن السلعة أو الخدمة وطرق الأداء، طرق ومصاريف التسليم، طرق تنفيذ العقد، إمكانية خيار الرجوع في العقد، طرق الإرجاع والاسترجاع ومصاريفهما، تكلفة

<sup>1</sup> - قدي محمد محمود، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> - فانتن حسين حوى، المواقع الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 64.

استعمال تقنية التواصل عن بعد، مدة صلاحية العرض والتمن، المدة الدنيا للعقد في حالة العقد الوارد على التوريد الدائم أو الدوري لسلعة أو لخدمة<sup>1</sup>.

كما يجب أن يكون الايجاب الموجه عن بعد موضوع لتأكيد مكتوب يرسل إلى المستهلك، ويترتب على إرسال سلعة دون تأكيد مكتوب من المستهلك عقوبات زجرية تجاه المهني في القانون الفرنسي. ويتلقى المستهلك المعلومات المتعلقة بالعملية أو العقد بطريقة مكتوبة أو بأية وسيلة دائمة « Support durable »<sup>2</sup>.

يترتب على ما سبق ذكره نتيجتين أساسيتين هما:

1- وجوب تلقي أو توصل المستهلك للمعلومات، أي مجرد إشهارها في الموقع الإلكتروني مثلا لا يفي بهذا الغرض، لأن صفحة الموقع الإلكتروني لا تعتبر «وسيلة دائمة» بمفهوم القانون، ولأنه يجب أن يكون بإمكان المستهلك الرجوع في كل وقت للوسيلة أو الحامل المعتبر « دائما»، كالقرص المرن أو المدمج<sup>3</sup> أو البريد الإلكتروني.

2- لكي يعتبر الحامل دائما يجب أن يتوفر على خاصيتين:

- أن يتم بموجب تصرف إرادي وضعه المهني رهن إشارة المستهلك.
- يمكن الولوج إليه في كل وقت<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- المادة 4 من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المؤرخ في 20 ماي 1997 يتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد.

<sup>2</sup>- L.122.1 du Code de Consommation : « le consommateur, doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès, la confirmation des informations mentionnées à l'article précédent » [http : www.legifrance.gov.fr](http://www.legifrance.gov.fr).

<sup>3</sup> -Disquette ou Cd-room

<sup>4</sup>- عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك، البيع في الموطن، التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني، (الدليل القانوني للمستهلك 1)، مركز قانون الالتزامات والعقود، كلية الحقوق، فاس، المغرب، 2006، ص ص 38 إلى 40.

## ب/ أنواع الإيجاب الإلكتروني

يمكن أن يظهر الإيجاب على شبكة الانترنت، بوضوح عبر البريد الإلكتروني كما يمكن أن يظهر عبر شبكة المواقع (web)، وكذلك يظهر عن طريق المحادثة والمشاهدة معا، وفي جميع الحالات يعتبر الإيجاب صحيحا من الناحية القانونية، متى توفرت شروطه.

## 1- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني (Email):

يحقق هذا النوع من الإيجاب ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين، عندما يرغب التاجر أن يخص بمنتجاته بعض الأشخاص الذين يهتمون بمنتجاته دون غيرهم، والمرسل إليهم يعلمون بالعرض عندما يفتحون صندوق بريدهم الإلكتروني، حيث تبدأ فعالية الإيجاب ويكون للمرسل إليه الحرية في قبول العرض برسالة الكترونية. وبذلك تسمح تقنية البريد الإلكتروني بالعلم بالعروض التعاقدية، وبالشروط الموضوعية ضمن الإيجاب، لكي يراعي خصوصية الإيجاب في العقد الإلكتروني، أهمها أن التعبير عن الإيجاب يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد، وبوسيلة مسموعة مرئية تمكن من إصدار عنه الإيجاب أن يستخدم وسائل الإيضاح البياني أكثر ملائمة لأنواع معينة من البيوع<sup>1</sup>.

## 2- الإيجاب عبر شبكة المواقع (web):

يعتبر هذا النوع إيجابا قانونيا منتجا إذا كان العرض الإلكتروني عبر شبكة الانترنت ومن خلال صفحات المواقع المختلفة يمكن أن يأتي متضمنا بيان الثمن بالإضافة للعناصر الأساسية للتعاقد، وإذا كان يصح أن يوجه الإيجاب إلى شخص أو أشخاص محددين أو غير محددين أو جمهور الناس عامة، وكان الإيجاب الإلكتروني عبر مواقع الانترنت يوجه

<sup>1</sup> - رضا متولي وهدان، " النظام القانوني للعقد الإلكتروني"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد 42، أكتوبر 2007، (ص من 27 إلى 165)، ص ص 77 و78.

كذلك إلى عموم الناس دون تحديد فنقول عندئذ أننا بصدد ايجاب عام<sup>1</sup>.

### 3- الايجاب عبر المحادثة والمشاهدة المباشرة:

يمكن أن يوجه المهني عرضه إلى المستهلك عن طريق المحادثة والمشاهدة معا عبر الانترنت، إذ يتحول الحاسوب الآلي إلى شبكة هاتف مرئي، ويمكن أن يكون الموجب شخصا يعبر عن رأي مجموعة من الأشخاص موجودين في المكان نفسه، فيكون الايجاب صادرا مباشرة بالكلام أو الكتابة أو المشاهدة أو بهذه الطرق جميعها في وقت واحد، وتطبق على هذا النوع من الايجاب القواعد العامة المتعلقة بالتعاقد بين حاضرين زمانا ومكانا، إضافة إلى امكانية تطبيق أحكام التعاقد عن طريق الهاتف على الحالة التي يستعمل فيها الكلام دون المشاهدة<sup>2</sup>.

### ثانيا: لغة الايجاب الالكتروني

على اعتبار أن البيع الالكتروني هو بيع دولي يتم عبر شبكة عالمية للاتصال هي شبكة الانترنت، وبالتالي فإن اللغة التي يعرض بها المهني ايجابه على الجمهور لها أهمية بالغة، ويجب ألا تكون عائقا أمام إبرام عقد البيع الالكتروني.

وقد أكد التوجيه الأوروبي الصادر في 21 ماي 1992 المتعلق بالبيع عن طريق التلفزيون، على أن اللغة يجب ألا تكون عائقا أمام العقد العابر للحدود، وهو ما ينطبق على عقد البيع الالكتروني، باعتباره تعاقد عن بعد، فالإيجاب فيه عابر للحدود أيضا<sup>3</sup>.

وبالتالي إذا كانت اللغة الوطنية ليست قيда على التعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت فمن الممكن إذن لتاجر فرنسي أن يوجه ايجابا باللغة الفرنسية على أن تصاحبها

<sup>1</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص121.

<sup>2</sup> - لما عبد الله صادق سهلب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص92.

<sup>3</sup> - قدري محمد محمود، المرجع السابق، ص59.

ترجمة بلغة أو لغات أجنبية أخرى<sup>1</sup>، ونفس الحكم ينطبق على تاجر جزائري يوجه ايجابا باللغة العربية.

وتحاول معظم المواقع العالمية أو المواقع الكثيرة الانتشار والمعروفة أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة، وتوفر ترجمة فورية وكاملة لكل محتويات الموقع، وبالتالي فهي تسهل لزائر الموقع الدخول له وتجذبه وتتعاطى معه بلغته المحلية. ومن جهة أخرى إذا صدر الايجاب بلغة لا يفهمها الزائر فإنه لن يستطيع أصلا الدخول للموقع للتفاوض أو القبول فيها<sup>2</sup>.

### ثالثا: النطاق الزماني والمكان للإيجاب الإلكتروني

تبرز أهمية تحديد النطاق الزماني والمكاني للإيجاب في ضرورة تحديدها وتحديد بدء وانتهاء الالتزامات المترتبة عليها، لاسيما وأنه لا يعقل بأن يبقى العرض ساريا إلى الأبد، ولا يعقل أن يكون صالحا في كل مكان، فليس العرض الإلكتروني صالحا لكل مكان وزمان وليس الايجاب المضمون به مطلقا عابرا حدود الزمان والمكان دائما.

### أ/ نطاق الايجاب الإلكتروني من حيث الزمان

الأصل في الايجاب أن لا يبقى مطلقا أو مؤبدا وإنما لفترة محددة لقبوله أو رفضه وتفيد القواعد العامة في القانون المدني<sup>3</sup> بأنه إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على ايجابه إلى انقضاء هذا الأجل.

<sup>1</sup> - منشور رئيس الوزراء الفرنسي بتاريخ 19 ماي 1996، الذي يوجب استخدام اللغة الفرنسية في الاعلانات عند كتابة البيانات على الشاشات كما يجيز ترجمة ما هو مكتوب باللغة الفرنسية بلغة أجنبية أخرى، محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 76 و77، عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 133.

<sup>2</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص ص 133 و134.

<sup>3</sup> - المادة 1/63 ق م ج.

أما فيما يخص الإيجاب عبر الإنترنت ففي حالة الإيجاب الموثق عبر صفحات الويب على الشبكة، إذا ما عين الموجب فترة صلاحية لهذا الإيجاب صراحة كالقول بأن العرض سار حتى تاريخ كذا أو لمدة أسبوع أو شهر من تاريخه أو خلال هذا العام، فإن الإيجاب يبقى سارياً ويبقى الموجب ملتزماً بإيجابه طوال هذه الفترة. وفي هذه الحالة يتميز العرض الحاصل للإيجاب عبر شبكة الإنترنت بخصوصية تتمثل في أن الميعاد الذي يلتزم فيه الموجب بالبقاء على إيجابه يجب أن يكون صريحاً<sup>1</sup>، ولا يمكن أن نستخلصه من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل؛ وهذا عكس ما تنص عليه القواعد العامة في القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، وذلك بسبب أن العرض الإلكتروني الحامل للإيجاب والموثق على صفحات الويب على الشبكة تبدأ فعاليته منذ لحظة ظهوره على الشاشة، وأنه يعتبر آنذاك قرينة على وصوله لعلم الموجب له<sup>3</sup>.

أما إذا لم يعين الموجب ميعادا لإيجابه، فلا يبقى على إيجابه إلا مادام العرض قائماً على الشاشة، فإذا اختفى العرض عن الصفحة التي كان معروضا عليها، فإن ذلك يعد قرينة على انتهاء الإيجاب، وإذا ما قام أحد من الجمهور بطلب السلعة أو الخدمة بعد ذلك فإن طلبه هنا يعتبر إيجاباً يحتاج إلى قبول المنتج أو المورد أو المعلن من جديد<sup>4</sup>.

أما في حالة الإيجاب الخاص والموجه عبر البريد الإلكتروني إلى عميل خاص فإذا ما حملت الرسالة الإلكترونية الإيجاب وكان قد عين فيها أجل فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى انقضاء هذا الأجل، أما إذا لم يكن عين هذا الأجل، عندئذ يمكن تطبيق نص المادة 2/63 ق م ج والذي يحيلنا إلى امكانية استخلاص الميعاد أو الأجل من

<sup>1</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 135.

<sup>2</sup> - المادة 2/63 ق م ج.

<sup>3</sup> - حيث نصت المادة 61 ق م ج على ما يلي: « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك».

<sup>4</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 136.

ظروف الحال أو من طبيعة التعامل.

### ب/ نطاق الايجاب الالكتروني من حيث المكان:

من حق المهني (التاجر) أن يقيد الايجاب بنطاق مكاني لا يسري خارجه والذي يسمى بمنطقة التغطية lieu de couverture وعلى ذلك يحق للمهني أن يحدد ويذكر صراحة بأن العرض أو الايجاب لا يسري إلا في الإقليم الذي يحدده هو (مثلا: في الإقليم الفرنسي فقط<sup>1</sup>، أو في الاقليم الجزائري...وهكذا)، وفي هذه الحالة لا يكون الإيجاب ساريا إلا في المكان أو الإقليم المحدد، ولا يلتزم المهني بإيجابه إلا في حدود المكان المحدد من قبله وإذا ما صادف قبولا صادر خارج المكان أو الإقليم المحدد صراحة، فإن هذا القبول يعتبر عديما فلا ينعقد العقد<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: القبول في عقد البيع الإلكتروني

القبول هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الايجاب في إبرام العقد على أساس هذا الايجاب. يجب أن يتطابق القبول تماما مع الايجاب، حتى ينتج أثره في انعقاد العقد، فإذا اختلف القبول عن الايجاب اعتبر ايجابا جديدا وليس قبولا<sup>3</sup>.

سنقوم بتحديد تعريف القبول الالكتروني (أولا)، والطرق الخاصة به (ثانيا)، ونحاول معرفة كيف يتحدد زمان القبول و انعقاد البيع (ثالثا).

<sup>1</sup> - مثاله ما ورد بشروط عقد المركز التجاري الفرنسي INFONIE بأنه يجوز للمتجر أن يقيد الايجاب الصادر عنه

بالإقليم الفرنسي فقط، قدرى محمد محمود، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> - محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 75 و 76.

<sup>3</sup> - المادة 66 ق م ج: « لا يعتبر القبول الذي يغير الايجاب إلا ايجابا جديدا».

## أولاً: تعريف القبول الإلكتروني

يتم القبول الإلكتروني عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ويخضع للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي، إلا أنه نظراً لكونه يتم عبر وسائط ودعائم الكترونية فهو يتميز ببعض القواعد الخاصة.

نصت المادة 11 من قانون اليونسטרال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية "CNUDCI"<sup>1</sup> على أنه: « يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول، وأن العقد لا يفقد صحته، أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسائل بيانات لهذا الغرض».

كما نصت المادة 1/13 من نفس القانون النموذجي على أنه تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه. ويعتبر القبول الإلكتروني قد تم إذا تسلم مرسل الإيجاب قبول غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد<sup>2</sup>.

وتبعاً لذلك يأتي القبول الإلكتروني ضمن رسائل البيانات كحوامل للتعبير عن الإرادات، والتي غالباً ما ترد عبر البريد الإلكتروني، ويشترط في رسالة البيانات الحاملة للقبول أن تأتي بتوافق تام لرسالة الإيجاب دون زيادة أو نقصان، إذ أن أي زيادة أو نقصان قد يحولها إلى رسالة إيجاب جديد تحتاج إلى قبول<sup>3</sup>.

## ثانياً: الطرق الخاصة بالقبول الإلكتروني

إن تبادل الإرادات عبر الانترنت لا يأتي دائماً عبر تبادل رسائل البريد الإلكتروني فقد يتم مباشرة عبر الشبكة On line وذلك مثلاً بمجرد الضغط على أيقونة خاصة بالقبول

<sup>1</sup> - راجع الموقع، <http://unicitral.org/pdf/arabic>

<sup>2</sup> - سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 122.

<sup>3</sup> - طبقاً لنص المادة 66 ق م ج.

سواء بملء الفراغ المخصص بإحدى العبارات التي تفيد القبول مثل ذلك: أوافق، أقبل  
 I. accept، I. agréé،... أو بمجرد اللمس أو الضغط على الأيقونة المعدة سلفاً للقبول. لكن  
 يثور التساؤل حول امكانية أن تعد هذه اللمسة تصرفاً قانونياً منتجاً أم مجرد واقعة بغير أثر؟  
 من حيث المبدأ لا يوجد ما يمنع من قبول هذه الوسيلة "اللمسة" للتعبير عن القبول  
 طالما أنه لا يشترط إفراغه في شكل معين، إلا أنه بالنسبة لمحتوى هذا القبول وحيث يجب  
 أن يأتي متطابقاً مع الإيجاب حول العناصر الرئيسية المحملة فيه، وحين يتم القبول من  
 خلال النقر أو اللمس لأيقونة القبول وعلى اعتبار أن من يلامس الأيقونة المخصصة لذلك  
 يكون قد سائر مجموعة من العمليات واطلع على كافة البيانات التي انتهت بظهور  
 هذه الأيقونة<sup>1</sup>، كما أنه حينما تكون بصدد تعاقد مباشر على الشبكة يطلب إلى العميل إبراز  
 هويته وإدخال بياناته وتنتهي بعابرة « أنا متفهم لشروط هذا التعاقد وأقبل به»، ثم يظهر له  
 ما يشير إلى الطلب منه بالتأكيد على ذلك أو بأن يقوم بالنقر أكثر من مرة وتسمى  
 "double clic" أو أن يحرر موافقته بوثيقة تسمى « وثيقة الأمر بالشراء la  
 confirmation»؛ وفي كل الحالات فإن فعل الضغط أو اللمس على الأيقونة يفيد بأن  
 القابل قد تطابقت إرادته مع الإيجاب على كافة العناصر المحملة فيه<sup>2</sup>.

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن الأصل أن يكون سكوت من وجه إليه الإيجاب  
 لا يعد قبولا، ولذلك فإن من يستلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة تتضمن إيجاباً، وحدد فيه  
 الموجب مدة معينة إذا لم يرد خلالها على هذا العرض اعتبر ذلك قبولا<sup>3</sup>، يستطيع أن لا

<sup>1</sup> - عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص ص 185 و 186 و 187.

<sup>2</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، 145 و 146 و 147، محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 60.

<sup>3</sup> - وهو ما نصت عليه المادة 1/68 ق م ج: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب".

لا يهتم بهذه الرسالة.

إلا أنه استثناء قد نصت المادة 2/68 ق م ج على أن: «ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه».

وهاتين الحالتين الاستثنائيتين تنطبقان تماماً بخصوص القبول الإلكتروني، أما حالة العرف التجاري (المادة 1/68 ق م ج) فيمكن القول أنها لا تلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر شبكة الانترنت وذلك نظراً لحدوث هذا الشكل من أشكال التعاقد<sup>1</sup>.

ونستنتج نفس الموقف من نص المادة 9 من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد<sup>2</sup>، الذي قد اعتبر السكوت ليس قبولاً<sup>3</sup>.

ومما سبق يمكن القول أنه سواء جاءت صور القبول عبر البريد الإلكتروني أو كانت بشكل مباشر على الشبكة ومن خلال الضغط أو اللمس، فكلاهما رد إيجابي على الإيجاب مارسه القابل بتصرف ظاهر وجازم.

وقد اعترف قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية في الفصل الثاني منه في المادة 5 تحت عنوان: الاعتراف القانوني برسائل البيانات، بنصها: «لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات». كما اشتملت المادة 2 من نفس القانون النموذجي المتعلق على تعريف رسائل البيانات بأنها: «تشمل على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية... أو البريد الإلكتروني...»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 78.

<sup>2</sup> - المعتمد من طرف البرلمان والمجلس الأوروبي بتاريخ 20 ماي 1997.

<sup>3</sup> - محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 59، محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 89.

<sup>4</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 149 و 150.

## ثالثاً: تحديد وقت القبول الإلكتروني وانعقاد البيع

على اعتبار أن التعاقد عبر الانترنت هو تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة ، وذلك لانعدام الفارق الزمني الملموس بين صدور الإيجاب وبين تلقي القبول لما تحققه شبكة الانترنت من اتصال مباشر، فوري متعاصر بين الطرفين على الرغم من أنهما غير مجتمعين في مجلس عقد واحد<sup>1</sup>. ولما كان العقد ينعقد طبقاً للقواعد العامة في اللحظة التي تتقابل فيها إرادتا الطرفين<sup>2</sup>، أي أن وقت القبول هو نفس الوقت الذي ينعقد فيه عقد البيع فكيف يمكن تحديد اللحظة التي تتقابل فيها إرادتا المتعاقدين عبر وسيلة الانترنت؟ وبالتالي اللحظة التي ينعقد فيها العقد المبرم عبر شبكة الانترنت لعدم اجتماع طرفي التعاقد بشكل مادي في مكان واحد؟<sup>3</sup>

تحكم تحديد وقت انعقاد العقد المبرم بين غائبين وذلك بتحديد وقت القبول، أربع نظريات فقهية يمكن الرجوع إليها في حكم التعاقد عبر شبكة الانترنت.

## أ/ نظرية اعلان القبول:

ينعقد العقد طبقاً لهذه النظرية في اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول، أو يقوم بالضغط على الأيقونة المخصصة للقبول.

إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذه النظرية في مجال التعاقد عبر الأنترنت، طالما أن القبول لا يكون له وجود إلا على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل، وبالتالي لا يستطيع الموجب، في

1- إن التصرفات الإلكترونية هي تصرفات عن بعد ولكنها فورية ومعاصرة

Xavier LINANT de Belle Fonds, La problématique, Colloque du 13 mai 1998 : commerce électronique et avenir des circuits de distribution, Gaz-Pal, du 18 au 20 mai 1998, p17

<sup>2</sup> طبقاً للمادتين 59 ق م ج و 61 ق م ج.

<sup>3</sup> عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 191، محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 81 و 82.

حالة النزاع إثبات أن القابل قد حرر الرسالة التي تتضمن القبول ولم يتم إرسالها<sup>1</sup>.

### ب/ نظرية تصدير القبول:

لا تكتفي هذه النظرية بالإعلان عن القبول بل تتطلب تصدير القبول، فينعقد العقد طبقاً لهذه النظرية في اللحظة التي يضغط فيها القابل على الأيقونة المخصصة للقبول من أجل إرسال قبوله الموجب<sup>2</sup>.

يرى بعض الفقه عدم تطبيق هذه النظرية في مجال التعاقد عبر الإنترنت، لأنها قد تثير بعض اللبس في حالة الإرسال وذلك بقولهم أنه لا يتصور تصدير القبول دون تسلمه عبر الإنترنت، فالفارق الزمني بين التصدير والتسلم لا يكاد يكون محسوساً، فالمشكلة ليست بوجود فارق زمني بين الإرسال والتسليم، وإنما باحتمال عدم تسلم الرسالة الإلكترونية، والذي قد يحدث لخلل فني في جهاز المرسل أو لدى مقدم خدمة الاتصال أو انقطاع البث عبر الشبكة مثلاً<sup>3</sup>.

### ج/ نظرية تسلم القبول

يرى أصحاب هذه النظرية أن العقد ينعقد في اللحظة التي يصل فيها القبول لموجب بغض النظر عن علمه به، وعليه فإذا ما تم تصدير القبول عبر الشبكة -برسالة إلكترونية- فإنه يصل في نفس اللحظة إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب وينعقد العقد ولو لم يعلم الموجب بوصول القبول.

تعرضت هذه النظرية للكثير من النقد، كون وصول القبول مثل تصديره ما هو إلا واقعة مادية ليس لها أية دلالة قانونية، وهو ليس بقاطع المسألة علم الموجب بالقبول

<sup>1</sup> - محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 64، محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 83.

<sup>2</sup> - عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 192.

<sup>3</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 158 و 159، محمد رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 83 و 84.

وبالتالي لا يضيف إلى مسألة إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية<sup>1</sup>.

#### د/ نظرية العلم بالقبول:

لا يتم التعاقد وفقاً لهذه النظرية إلا بعلم الموجب فعلاً بالقبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، فقيام المشتري بتصدير القبول عبر الشبكة ووصول ذلك القبول في نفس اللحظة إلى صندوق الخطابات الإلكتروني للبائع (الموجب) لا يؤدي إلى انعقاد العقد، فالعقد لا يتم صحيحاً إلا في الوقت الذي يفتح فيه الموجب صندوق خطاباته ويقرأ الرسالة التي تتضمن القبول<sup>2</sup>.

لقد أخذ القضاء الفرنسي بنظرية تصدير القبول فيما يتعلق بتحديد مكان انعقاد العقد أما بالنسبة لوقت العقد فقد أخذ القضاء الفرنسي بنظريتي التصدير أو الاستلام حسب الأحوال<sup>3</sup>.

كما أخذ القانون المدني الجزائري بنظرية العلم بالقبول، والذي جاء بنص المادة 61 ق م ج أنه: « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك».

أما في مجال التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، وعلى اعتبار أن هذه الأخيرة تباشر على نطاق دولي عبر الحدود، بما سيؤدي بالضرورة إلى احتمال التداخل بين العديد من القوانين المتباينة في حل المشكلات الناشئة عنها، فنجد أن اتفاقية فيينا الخاصة بالبيع

<sup>1</sup> - عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص ص 194 و 195.

<sup>2</sup> - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص 95، محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 85.

<sup>3</sup> - cass.com, 7 janvier 1981, 4, Bull, civil n 14, Jérôme HUET, Aspects juridiques du commerce électronique, approche internationale, les Petites Affiches, 26 septembre 1997, p 14 ets.

الدولي للبضائع<sup>1</sup>، قد فرقت بين القابل والموجب، فأخذت بنظرية استلام القبول بالنسبة للقابل الذي يستطيع الرجوع في قبوله متى لم يتم تسلمه من جانب الموجب، وعلى العكس بالنسبة للموجب فهو ملتزم بمجرد تصدير ايجابه.

وتعتبر نظرية استلام القبول، هي النظرية الشائعة في التجارة الدولية، كما أنها النظرية المعمول بها في قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: خصوصية عيوب الإرادة في البيع الإلكتروني

لكي ينعقد العقد صحيحا يجب أن تكون الإرادة موجودة صادرة من كامل الأهلية وأن يتطابق الايجاب والقبول، بالإضافة إلى وجوب أن تكون الإرادة سليمة وغير معيبة بأي عيب كالإكراه أو الغلط، أو التدليس، فالإرادة المعيبة هي بحسب الأصل صادرة ممن توافرت لديه أهلية الأداء، ومع ذلك لحق بإرادته عيب يضعف من أثرها ويجعل العقد باطلا بطلانا نسبيا.

وكون عقد البيع عبر الانترنت قد يشوبه أي عيب من عيوب الإرادة والتي يترتب لمن يتمسك بها حقوق: الحق في ارجاع السلعة، الحق في التعويض في حالة التدليس،...إلا أن البيئة التي يتم فيها عقد البيع الإلكتروني قد تضي على عيوب الإرادة بعض من الخصوصية، سواء تعلق الأمر بعيب الغلط (الفرع الأول) أو بعيب التدليس (الفرع الثاني) أو بعيب الاكراه (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: خصوصية عيب الغلط في عقد البيع الإلكتروني

لا يختلف عيب الغلط في العقد التقليدي كعيب من عيوب الإرادة عن عيب الغلط الذي يوجد في التعاقد الإلكتروني، فهذا العيب أمر متصور الحدوث في كلتا الحالتين سواء

<sup>1</sup> - اتفاقية فيينا المبرمة بتاريخ 11 أبريل 1980.

<sup>2</sup> - المادة 15 من قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية.

كان التعاقد تقليدياً أم كان الكترونياً.

وفي الغالب نجد أن المتعاقد عبر شبكة الانترنت يقع في غلط وذلك بسبب البعد المكاني بين الأطراف ولأن هذه العقود تبرم عن بعد ولا يمكن حصر أنماط العقود أو صور الوقوع في غلط وذلك فإن الأمر يختلف عما يمكن أن يحدث في إطار العقود التقليدية. غير أن مجال التعامل الإلكتروني يظهر إمكانية حدوث خطأ في التواصل مع الشبكة حيث يرتكب المستخدم خطأ بشأن الخانة التي يضغط عليها حيث يبدأ في الخطوات التي تؤدي به إلى أن يجد نفسه متعاقداً رغم عدم اتجاه إرادته لذلك.

وبسبب غياب الأطراف المتعاقدة كل منهما عن الآخر يفتح المجال لكل منهما المطالبة بإبطال العقد بسبب الوقوع في غلط بشأن ذات المتعاقد أو صفة من صفاته ومثال على ذلك اسم الموقع المراد التعامل معه، والذي قد يختلط في ذهن المتعاقد مع موقع أو مواقع أخرى<sup>1</sup>.

### الفرض الثاني: خصوصية يجب التدليس في عقد البيع الإلكتروني

التدليس هو أمر متصور أكثر في العقود الإلكترونية نتيجة الكذب في الاعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات وأن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المباع كما في التعاقد التقليدي وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الحساب الآلي، ولذلك يرى البعض أنه في حالة عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش.

ولذلك نرى أن الكذب في الاعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات يدخل في نطاق التدليس طالما تجاوز الحد المألوف وكان مؤثراً في إرادة المدلس ويعطي له

<sup>1</sup> – ISABALLE RIHAM, L'erreur dans la déclaration de volonté, Presses Universitaires d'Aix Marseille, Marseille, 2006, p p 48-49.

- خاد حمدي عبد الرحمان، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 138.

دفاعا لإبطال العقد لعيب إرادته.

وطرق الغش والتدليس في العقد الإلكتروني كثيرة ومتنوعة مثل استعمال علامة تجارية لشخص آخر، أو تعمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع أو خدمات بقصد تزويجها، أو إنشاء موقع وهمي على الانترنت لا وجود له في الواقع على الإطلاق.

ومثال على ذلك البنوك الالكترونية التي ليس لها وجود إلا من خلال شبكة الانترنت والتي تضع عروض مغرية في موقعها الوهمي لكي تدفع العملاء بإيداع أموالهم في هذا المصرف الوهمي، ومن ثم يتم الاستيلاء على هذه الأموال دون ردها لأصحابها. وفي التعاقد الإلكتروني يعتبر السكوت تدليسا كقاعدة عامة ولا يقتصر الأمر على حالات العقود بين المهنيين والمستهلكين بل أيضا حتى في علاقات المهنيين<sup>1</sup>.

#### الفرع الثالث: خصوصية تجنب الاكراه في عقد البيع الإلكتروني

من الصعب تصور حدوث الاكراه في مجال العقد الإلكتروني، نظرا لأن التعاقد لا يتم بين حاضرين كما في العقد التقليدي وإنما يكون التعاقد بين غائبين وبواسطة وسائل إلكترونية، فيكون من الصعب تحقق شروط الاكراه.

إلا أنه من المقصود وإن كان بحالة نادرة في وقوع الاكراه في مجال العقد الإلكتروني بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت الضغط والرهبة وبالتالي يمكن تصوره بصدد توريد المنتج أو احتكاره، في حالة رغبة أحد المتعاقدين نتيجة الرهبة التي تبعث في نفسه بسبب تهديد مصالحه، وبالتالي لن يكون بديلا سوى قبول التعاقد<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص142.

<sup>2</sup> - محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، مصر، 2006، ص 75.

**المبحث الثاني: حق المستهلك في الإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني**

على اعتبار أن عقد البيع الإلكتروني، هو بيع بين غائبين بالنظر إلى البعد المكاني بين البائع والمشتري، تثار مشكلة العلم بحقيقة المبيع، إذ الحضور الجسدي لأطراف العقد عند إبرامه، يتيح لكل طرف التحقق والوقوف على حقيقة السلع والخدمات المعروضة عليه.

ولما كانت معظم السلع والمنتجات الصناعية تتسم بالتعقيد الفني، يكون من الصعب أو من المحال على المستهلك الإلمام بخصائصها وتركيباتها الفنية وكيفية استعمالها وتجنب أضرارها، ومن هنا جاءت ضرورة إعلام المستهلك قبل التعاقد بخصائص ومكونات السلع والمنتجات المقدم على شرائها.

حيث أصبح لا غنى عن التزام البائع بالإعلام قبل التعاقد لصالح المشتري (المستهلك)، بكل البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة، اللازمة لتكوين رضائه السليم عند إبرام عقد البيع، وذلك خاصة مع تطور وسائل بيع السلع ووسائل الاتصال والتعاقد بشأنها وصيرورة البيع يتم عن بعد وعبر المسافات، بحيث لم يعد المستهلك يتمكن من الاتصال المادي بالمبيع قبل إبرام عقد البيع وأصبحت وسيلة علمه به هي المعلومات والبيانات التي يقدمها البائع له.

سنقوم بدراسة حق المستهلك في الإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني من خلال التعرف على ماهيته (المطلب الأول)، وعلى نظامه القانوني الذي يتحدد بمضمونه وكيفية الإدلاء بالإعلام السابق لصالح المستهلك (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: ماهية الالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني**

في إطار التعاقد الإلكتروني، أصبحت الحاجة ماسة إلى فرض التزام على البائع بإعلام المستهلك قبل التعاقد بكافة البيانات والمعلومات التي تمكن هذا الأخير من حسن الانتفاع بالمبيع وتجنب أضراره.

وكان القضاء الفرنسي أول من قام -مستندا على نصوص القانون العام- بإلزام البائع بإعلام المشتري، مقررًا في العديد من أحكامه بطلان العقد في بعض الحالات عند الإخلال بهذا الالتزام استنادًا إلى التدايس بطريق الكتمان، متى اصطحب الكتمان بنية تضليل شخص ما لدفعه إلى التعاقد (الفرع الأول).

كما يثور اختلاف فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام، فيما إذا كان التزامًا بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية (الفرع الثاني). إلا أنه مهما كانت طبيعة هذا الالتزام يشترط الفقه شروطًا محددة يجب توافرها فيه، سواء تلك المتعلقة بالمتعاقدين أو بطبيعة المعلومات الواجب الإدلاء بها للمستهلك، وكذا تلك المتعلقة باللغة المستعملة في تنفيذ الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني

استخدم القضاء الفرنسي في كافة درجاته ألفاظًا متعددة تعبر عن الالتزام بالإعلام، من هذه الألفاظ: النصيحة، التحذير، التنبيه، الإخبار، التبصير، الإفضاء وكل هذه الألفاظ تعبر على نفس المضمون وهو الإدلاء ببيانات معينة تبصر المشتري حول أفضل استخدام للمبيع للحصول على منفعته وتجنب أضراره<sup>1</sup>.

وقد قام القضاء الفرنسي بترتيب الالتزام بالإعلام قبل إبرام عقد البيع، وبعد ذلك قام بتعميمه على كل العقود<sup>2</sup>.

واليوم قد زادت الحاجة إلى فرض الالتزام بالإعلام قبل التعاقد لصالح المستهلك مع تطور وسائل بيع المنتجات ووسائل الاتصال والتعاقد بشأنها وأصبح البيع يتم عن بعد عبر

<sup>1</sup> - حتى أن محكمة النقض الفرنسية قالت في أحد أحكامها: « أنه يرجع إلى البائع المهني لمادة مشترة بواسطة مشتري جاهل بحقيقتها، أن ينصحه ويعلمه، وبصفة خاصة بأن يلفت انتباهه إلى العقبات المرتبطة بجودة المادة التي اختارها المشتري، وكذلك إلى الاحتياطات التي يجب أخذها في التنفيذ» Cass 1<sup>er</sup> civ, 27 fév, 1985, Bull civ, 1, N° 82, p75.

<sup>2</sup> - Cass civ, 15 mai, 2002, Bull, civ I, N° 132, p101, Cass.com, 14 janvier 2003.

المسافات، بحيث لم يعد المستهلك يتمكن من الاتصال المادي بالمبيع قبل إبرام العقد واصبحت وسيلة علمه به هي المعلومات والبيانات التي يقدمها له البائع.

ولم يتردد القانون الفرنسي رقم 23/78 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية واعلام المستهلك، والمعدل بالقانون رقم 92-60 الصادر في 18 جانفي 1992 بالنص في المادة 1/5 منه على ما يلي: « في جميع أحوال عرض سلعة أو خدمة للبيع عن بعد على أحد المستهلكين، فإن المهني يلتزم بأن يوضح اسم مشروع وأرقام هواتفه، وكذلك عنوان مركز إدارته، وفي حالة اختلاف هذا الأخير فإنه يلتزم بالإعلان عن المنشأة المسؤولة عن العرض».

يهدف هذا النص إلى تعريف المستهلك بالمؤسسة التي أرسلت العرض عبر المسافات بصفة خاصة عند نشوء نزاع بخصوص هذا العرض.

كما يفرض قانون الاستهلاك رقم 93-949 الصادر في 26 جوان 1993 في المادة L.111-1 منه، الالتزام بالإعلام على عاتق البائع كما يلي: « كل محترف بائعا لمال أو مقدم لخدمة يتعين عليه قبل إبرام العقد أن يضع المستهلك في إطار المعرفة الكاملة بالخصائص الأساسية لذلك المال أو تلك الخدمة».

كما نصت المادة L.113-3 من نفس القانون على ما يلي: « كل بائع لمنتج أو مقدم خدمة يتعين عليه سواء عن طريق الطبع أو لصق البطاقات أو الفيشات أو بأية طريقة مناسبة أن يحيط المستهلك بسعر البيع وبالشروط الاحتمالية المحددة للمسؤولية العقدية وبالشروط الخاصة بالبيع حسب النماذج المحددة في المراسيم الصادرة من وزير الاقتصاد بعد أخذ رأي المجلس القومي للاستهلاك».

وآخر النصوص القانونية التي تفرض التزاما بالإعلام على عاتق البائع لصالح المشتري القانون رقم 88-21 الصادر في 2 أكتوبر 1988 المتعلق ببيع المسافات والبيع

بالتليفون على وجه التحديد، والقانون المكمل له رقم 92-60 الصادر في 18 جانفي 1992 والذي أضاف ثماني مواد إلى القانون السابق، حيث نصت المادة 2 من هذا القانون: « يلتزم كل بائع مهني للسلع أو الخدمات بإعلام المستهلك قبل التعاقد بالميزات الأساسية والصفات المميزة للسلعة أو الخدمة دون الاخلال بالنصوص التي تفرض التزاما أكبر لإعلام المستهلك»<sup>1</sup>.

ونص المشرع الجزائري على الالتزام بالإعلام في القانون المدني وذلك في المادة 2/86 ق م ج التي نصت على أن السكوت العمدي يعتبر تدليسا، أي يجب على البائع أن يبدي بكل المعلومات المتعلقة بالعقد وشروط انعقاده حتى لا ينخدع المشتري عند التعاقد. كما نصت المادة 352 ق م ج على أنه: « يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه».

كما تم تنظيم الالتزام بالإعلام -كوسيلة لحماية المستهلك- بأحكام خاصة من خلال القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في الفصل الخامس منه المعنون ب: « إلزامية إعلام المستهلك»، الذي تضمن مادتين 17 و18.

لكن نلاحظ أنه مع تطور الأجهزة في مجال الاعلام الآلي وفي المجال الإلكتروني، أصبح الالتزام بالإعلام الخاص بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية يكتسب أهمية بالغة خاصة وأن تلك الأحكام المنظمة لهذا الالتزام سواء في القانون المدني أو في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، يقتصر على العقود التقليدية دون الإلكترونية.

<sup>1</sup> - عبد العزيز المرسي حمود، « الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة (دراسة مقارنة)»، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، العدد 18، السنة التاسعة، أكتوبر 2000، (ص من 95 إلى 430)، ص ص 102-107.

**المرج الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني**

اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام فهناك من يرى بأنه التزم بتحقيق نتيجة<sup>1</sup>، أي أنه لا يتحقق إلا بالكلام أو الكتابة ولا يتحقق بالسكوت أو الكتمان، وقد اعتبر أنصار هذا الرأي أن مجرد عرض المعلومات على الطرف الآخر تمثل النتيجة التي حققها هذا الالتزام، إلا أن هذا الاتجاه أهمل مسألة تحقيق رضا المستهلك بل ركز على تقديم المعلومات من عدمه كنتيجة وهذا لا يعتبر تكييفاً صحيحاً لهذا الالتزام .

فظهر رأي آخر نتيجة لانتقاد الموجه للرأي الأول والقائل أن الالتزام بالإعلام هو التزم ببذل عناية في تقديم المعلومات التي تمكن المستهلك من التعاقد عن وعي والتي تتمثل أساساً في المعلومات المتعلقة بكيفية استعمال المنتج استعمالاً صحيحاً للانتفاع به وتقادي مخاطره، أي أن هذا الرأي اهتم بمسألة تحقيق رضا المستهلك<sup>2</sup>.

**المرج الثالث: شروط الالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني**

يتطلب الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق لإبرام عقد البيع، توافر عدة شروط ومن أهمها تلك التي أوجدها الفقه ونصت عليها تنظيمات قانونية مختلفة نذكر منها:

**أولاً: الشرط المتعلق بالمتعاقدين وبطبيعة المعلومات**

لا يكفي أن يكون المشتري المستهلك جاهلاً للمعلومات والبيانات المتعلقة بالمبيع وأن يكون جهله هذا مشروعاً لتقرير التزم بالإعلام لصالحه على عاتق البائع، بل يتعين كذلك أن يكون البائع مهنيًا متخصصاً على نحو يسمح له بالعلم بالبيانات والمعلومات اللازمة، وبمدى تأثيرها على رضا المشتري في الإقدام على التعاقد أو الامتناع عنه.

<sup>1</sup> - خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 237.

<sup>2</sup> - نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 59.

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة توافر شرط العلم والمعرفة لدى البائع كشرط لازم وضروري لوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على عاتقه، حيث أعلنت في حكم لها أن : "الالتزام بالإعلام الواجب على مختبرات أو عامل الأدوية فيما يتعلق بموانع الاستعمال والآثار الجانبية الخاصة بالأدوية لا يمكن أن يوجد الا فيما يتعلق بما هو معروف فعلا لديها من هذه المعلومات لحظة دخول هذه الأدوية بالأسواق.

منذ هذا التاريخ تكون مختبرات ومعامل الأدوية مسؤولة عن الاخلال الواقع فيها بخصوص أدائها لدورها الاعلامي عن هذه المعلومات<sup>1</sup>.

وليس ثمة شك في أن توافر صفة المهني أو الاحتراف في شخص البائع تكون سببا ودافعا في تشديد المسؤولية عليه. حيث يفترض في مثل هذا البائع العلم بجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالمبيع افتراضا قاطعا، بحيث أصبحت تلك الصفة في جانب البائع قرينة قاطعة للدلالة على علمه بجميع المعلومات المتعلقة بالمبيع ولا يمكن للبائع أن يدعي جهله بها .

وقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها بأنه يستفاد من نص المادة 1645 ق م ف<sup>2</sup> أن البائع الذي يعرف العيوب الموجودة بالشئ محل العقد يجب عليه أن يستوعب مدى أثرها على رضا العاقد الآخر وبالتالي فإنه يلتزم وقد اغفل الاعلام عن هذه العيوب بأن يدفع للمشتري جميع التعويضات بالإضافة الى رد الثمن الذي أخذه اذ أنه لا يمكن أبدا بحكم مهنته أن يدعي أو يزعم الجهل بهذه العيوب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد العزيز مرسي حمود، المرجع السابق، ص ص 345 و 346. cass .civ.1<sup>er</sup> - 8 avril 1986 -

<sup>2</sup> - تنص المادة 1645 ق م ف على ما يلي : " اذا كان البائع عالما بالعيوب الموجودة بالشئ المباع فإنه يكون ملتزما بالتعويض فضلا عن رد الثمن الذي أخذه". عبد العزيز المرسي حمود ، المرجع السابق ، ص 348 .

<sup>3</sup> - عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 348 . cass .com.27 novembre 1972 -

لكن تشدد القضاء مع البائع المهني بافتراض علمه بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالمبيع علما قاطعا لا يقبل اثبات العكس لا يعني أن القضاء يعني البائع غير المهني من ضرورة العلم بهذه المعلومات والبيانات، بل يتساهل القضاء مع البائع غير المهني فيقبل تذرعه بعدم العلم بالبيانات والمعلومات الدقيقة والعقود التي يصعب عليه - ان لم يستحل - الاحاطة بها.

أما فيما يتعلق بالمعلومات الجوهرية المتصلة بالمبيع فالبائع المهني وغير المهني كلاهما على حد سواء يلتزما بمعرفتها واعلام المشتري بها قبل التعاقد؛ ولا يقبل من أحدهما الادعاء بجهلها لكي يتحلل من التزامه بالإعلام في مواجهة المشتري. وقد نادا الفقه والقضاء بأن البائع يتحمل بالتزام تبعي للالتزام بالإعلام بالبيانات، وهو التزام بالاستعلام والتحري عن هذه البيانات الجوهرية من أجل الافضاء بها للمشتري وهو ما يسمى بالاستعلام من أجل الاعلام<sup>1</sup>.

### ثانيا: تأكيد اعلام المستهلك

نظرا لاتساع نطاق شبكة الانترنت فان الكثير من الباعين والصناع يقوم بوضع بيانات ومعلومات عن منتجاتهم على هذه الشبكة، ويستطيع العميل - من أي مكان - أن يعاين السلعة التي يرغب في شرائها عن طريق الكمبيوتر المتصل بشبكة الانترنت. وهكذا تلعب شبكة الانترنت دورا فعلا في اعلام المستهلكين بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالسلع والمنتجات التي يرغبون في شرائها من خلال هذه الشبكة<sup>2</sup>.

لكن بأية وسيلة يمكن للبائع المهني أن يعلم من خلالها المستهلك ؟

<sup>1</sup> - نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، (د.د.ن)، مصر، 1982، ص246.

<sup>2</sup> - محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص373.

بالرجوع الى نص المادة 5 من التوجيه الأوربي رقم 97 / 7 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد<sup>1</sup>، نجد أن المهني يقوم بتأكيد الالتزام بالإعلام كتابة أو بأي دعامة أخرى ثابتة، ووضعها تحت تصرف المستهلك في الوقت المناسب وحدد الحد الأقصى خلال تسليم السلعة.

وتعتبر الدعامة الثابتة كل أداة تسمح للمستهلك بالاحتفاظ بالمعلومات المنقولة اليه شخصيا وبصفة خاصة والتي تضم على سبيل المثال أسطوانات تخزين المعلومات الأسطوانات المدمجة CD ROOM فضلا عن الأسطوانات الصلبة Disque dur لجهاز الحاسب الآلي والرسائل الالكترونية .

كما ان الدعامة الثابتة هي كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات الموجهة اليه شخصيا بحيث يمكن الرجوع اليه لاحقا؛ ونستنتج من هذين التعريفين المواصفات الأساسية للدعامة وهي الثبات امكانية قراءتها، سهولتها وعدم امكانية تحريفها<sup>2</sup>.

ويرى الفقه أن فكرة الدعامة الثابتة تعتبر كمبدأ ثبوت بالكتابة الذي يعتمد عليه المستهلك عند نشوب نزاع بينه وبين الطرف الآخر، إذ من شأنها أن تجعل ما ورد في هذه الدعامة ويدعيه المستهلك قريب الاحتمال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, J,O , n° L 144 du 04/06/1997 , p 0019-0027, hp://www. Europa.eu.int.

<sup>2</sup> - نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد 2، جامعة الكويت، يونيو 2008، (ص 163 إلى 313)، ص ص 213 و 214.

<sup>3</sup> - محمد شكري سرور، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الكويتي، دراسة مقارنة، (د.د.ن)، الكويت، 1999، ص 162.

وأصبح تعريف الكتابة طبقاً لنص المادة 323 مكرر 1 ق م ج، يشمل الكتابة على الورق وكذا الكتابة في شكل الكتروني، أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية<sup>1</sup>.

ثالثاً: الشرط المتعلق باللغة المستعملة في الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق لإبرام

### عقد البيع الإلكتروني

تنص المادة 2 من القانون الفرنسي الصادر في 4 أوت 1994 المسمى بقانون Tou bon المتعلق بحماية المشتري في البيع عبر الأنترنت من الاعلانات الخادعة، على وجوب استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل ترجمة لها، في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع المعاملات وعلى وجه الخصوص في " وصف الشئ أو المنتج أو الخدمة وتعيين نطاقه وماله من ضمان وكذلك في طريقة التشغيل أو الاستعمال وفي الفواتير والإيصالات"<sup>2</sup>.

وحتى لا يكون مثل هذا النص عائقاً أمام التعاقد عن بعد، فقد أكد التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، على أنه لا ينبغي أن تكون اللغة عائقاً أمام العقد العابر للحدود، وذلك بنصه على ما يلي : «إذا استجاب مستهلك فرنسي لإعلان صحيفة صادرة بالإنجليزية أو برنامج للبيع في التلفزيون باللغة الألمانية، فلا يجوز له أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية، فإذا كانت وسيلة الدعاية توزع خارج منطقتها اللغوية وقرر المستهلك أن يتعاقد، فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقاً أمام العقد العابر للحدود»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 323 مكرر 1 ق م ج على ما يلي " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها". تقابلها المادة 1316 ق م ف.

<sup>2</sup> - عبد العزيز المرسي حمود، الرجوع السابق، ص 139.

<sup>3</sup> - Directive 97/7/ CE du 20 mai 1997, op cit, p14.

ولقد نص القانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، في المادة 18 منه على لزوم اعلام المستهلك بالبيانات المتعلقة بالمنتج وبطريقة الاستعمال وبشروط ضمان المنتج باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الاضافة يمكن أن يكون الاعلام بلغة أو بعدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مركبة ومقروءة ويتعذر محوها<sup>1</sup>.

#### المطلب الثاني: النظام القانوني للالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني

يكون مضمون الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد المقرر لمصلحة للمستهلك في مجال التعاقد عن بعد، عبارة عن عروض مقدمة على شاشة الانترنت محددة بدقة وواضحة ومفهومة، كما أنه لا بد من التأكد من ظهور كل البيانات الالزامية الخاصة بالتعاقد، وهذا ما يسمى مضمون الالتزام بالإعلام ( الفرع الأول)، وكذلك نبين كيفية الادلاء بهذا المضمون (الفرع الثاني) وكذا جزاء الاخلال بهذا الالتزام (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني

يجب على المهني اعلام المستهلك بالمعلومات الأساسية للمنتج والذي يضعه للاستهلاك بالشروط العامة للبيع الإلكتروني، كما يجب أن يكون المستهلك على معرفة بالطرف المتعاقد معه.

#### أولا: اعلام المستهلك بالميزات الأساسية للمنتج وبالشروط العامة للبيع الإلكتروني

يقوم المهني بتبصير المستهلك بالمعلومات المتصلة بعقد البيع وذلك طبقا لمبدأ (حسن النية) الذي يقتضي أن يكون المستهلك عالما بالعناصر الأساسية لمحل البيع علما

<sup>1</sup> - تنص المادة 18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك قمع الغش على مايلي: " يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، على سبيل الاضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".

كافيا نافيا للجهالة<sup>1</sup>.

ونص المشرع الفرنسي في المادة 11 L. من قانون الاستهلاك على التزام المهني بتمكين المستهلك من العلم بكل الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة أي الخصائص المتعلقة بالكمية والكيفية، وكذلك المعلومات المتعلقة بثمن السلعة شاملة كافة الضرائب والشروط الخاصة بتحديد المسؤولية العقدية، وما قد يتضمنه البيع من شروط خاصة. وأضافت المادة L.12118 من قانون الاستهلاك، معلومات إضافية يجب أن يعلم بها المستهلك، تتمثل في مصاريف التسليم، طرق الوفاء بالمعلومات الخاصة بحق المستهلك في العدول الا اذا كان هذا الحق مستبعد بقوانين خاصة، وكذلك مدة صلاحية العرض والتمن<sup>2</sup>.

كما أضاف القانون الفرنسي الصادر سنة 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي (LCEN)<sup>3</sup> بصدده تعريفه للتجارة الإلكترونية، أن من بين المعلومات التي يجب على المهني تزويد المستهلك بها، معلومات الخط Information en ligne والاتصالات التجارية.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>4</sup>، على وجوب اعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج وذلك بهدف حمايته ليس بوصفه متعاقدا، وانما بوصفه مستعملا لمنتج معين يجهله. وعلى اعتبار أن الحالة المادية للمنتج هي التي تحث المستهلك على التعاقد ( الشراء)، لأن هذا الأخير يقدم على التعاقد استجابة لما تطابق مع رغبته من أوصاف مادية للمنتج، كان على

<sup>1</sup> - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 186.

<sup>2</sup> - قاسم محمد حسن، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانوني الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص ص 33-34.

<sup>3</sup> - Loi n° 2004/574 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Economie Numérique.

[http:// www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

<sup>4</sup> - تنص المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على ما يلي: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك...".

البائع الإدلاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بعناصر وخصائص المنتج، ومنها ما يتعلق بمميزاته وتركيبه وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته، والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله واتلافه وكذا كل الارشادات والمعلومات الصادرة عن المنتج<sup>1</sup>.

### ثانياً: اعلام المستهلك بشخصية المتدخل (المهني) الالكتروني

بيان شخصية المتدخل (المنتج أو البائع المهني ...) للمستهلك يعني أن يكون هذا الأخير على دراية ومعرفة بالطرف الآخر الذي سيتعاقد معه، وبذلك يتوفر عنصر الأمان في التعاقد الالكتروني، بالإضافة الى أهمية ذلك في تحديد المركز القانوني للمستهلك ووضوح التزاماته ومدى امكانية تنفيذها<sup>2</sup>.

تتاول قانون الاستهلاك الفرنسي والتوجيه الأوربي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، شخصية المهني من خلال التمييز بين ثلاث حالات لمكان وجود المواقع الالكترونية :

أ- المواقع الموجودة في فرنسا: تشترط المادة L.121 من قانون الاستهلاك أن يتضمن العرض الالكتروني اسم المشروع، رقم الهاتف عنوان المحل أو المؤسسة وغيرها من البيانات اللازمة<sup>3</sup>.

ب- المواقع الموجودة في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي: يجب تزويد المستهلك باسم المهني وعنوانه خاصة إذا كان العقد يقتضي الدفع المسبق، وكذا

<sup>1</sup> وهذا ما تؤكدته المادة 10 من القانون رقم 03-09 بنصها على ما يلي: " يتعين على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص: - مميزاته وتركيبته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته...- التعليمات الخاصة باستعماله واتلافه وكذا كل الارشادات والمعلومات الصادرة عن المنتج".

<sup>2</sup> محمد حسن منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 148.

<sup>3</sup> وهذا ما تؤكدته المدة 10 من القانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، نزيه المهدي محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، المرجع السابق ص 32.

بيان العنوان الجغرافي للمؤسسة التي يمكن للمستهلك أن يستعلم منها عن طلباته<sup>1</sup>.

ج- المواقع المتواجدة في الدول الأجنبية: يجب الرجوع الى القانون الوطني لتلك

الدولة لاحتمال تطبيقه في مثل هذه الفروض، وما قد يترتب من مشاكل تنازع القوانين<sup>2</sup>.

ويهدف تسهيل العلاقة بين المهني والمستهلك، وبث الثقة بين الطرفين المتعاقدين عن

بعد، قامت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OCED) بتكريس تطبيق موضوعين

أساسيين في غاية الأهمية من الناحية القانونية، لأنهما يلعبان دورا كبيرا في مكافحة بعض

التطبيقات التجارية التي يشوبها الشك:

- الموضوع الأول : تسهيل دخول المستهلكين على المواقع التجارية الموجودة في الأنترنت.

- الموضوع الثاني: عرض المعلومات الخاصة بتسجيل الشركات على شبكة الأنترنت حيث

يستطيع المستهلك الرجوع الى تلك السجلات قبل إبرام عقد البيع الإلكتروني، وذلك للتأكد من

شخصية المهني<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: كيفية الادلاء بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني

يقتضي بيان الكيفية التي يتم بها الادلاء بالمعلومات للمستهلك، معرفة الوقت الذي يتم

فيه هذا الادلاء، وكذا الطريقة التي يتم بها الادلاء.

أولا: الوقت الذي يتم فيه الادلاء بالمعلومات

أوجب التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة

عن بعد التزام البائع في البيوع عن بعد بإعلام المشتري قبل التعاقد بكل المعلومات اللازمة

<sup>1</sup> - خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 439.

<sup>2</sup> - عبد الرحمن خلفي، "حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، دراسة مقارنة"، مجلة جامعة النجاح، كلية

الحقوق، جامعة بجاية، مجلد 38(1)، 2013، (ص من 1 إلى 24)، ص ص 10 و 11.

<sup>3</sup> - LOLIBIER Mark, Vente a distance et publicité comparative : vers une harmonisation des législations européennes, Gaz-pal, 1998, 17 au 19 mai 1998, p 2.

(المادة 4 منه)، إلا أنه جاء خالياً من تحديد الوقت المناسب قبل إبرام العقد الإلكتروني الذي يتم فيه الإداء بالمعلومات بطريقة محددة وواضحة ودقيقة<sup>1</sup>.

كان قانون الاستهلاك الفرنسي أكثر وضوحاً وتحديداً من التوجيه الأوروبي لسنة 1997 حيث أنه ألزم إمكانية الاستعلام قبل إبرام العقد من قبل المستهلكين، أي قبل الضغط على أيقونة القبول (j'accepte) ليكون هذا القبول واضحاً مبني على وعي كامل بالعقد، أما التوجيه الأوروبي لسنة 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي فقد سكت عن تحديد الوقت اللازم للإداء بالمعلومات اللازمة للمستهلك قبل إبرام العقد<sup>2</sup>.

### ثانياً: طريقة الإداء بالمعلومات

نص قانون الاستهلاك الفرنسي على التزام البائع بإعلام المشتري قبل التعاقد بالمعلومات اللازمة بطريقة سهلة ومباشرة ودائمة سواء عن طريق الـ web أو أي طريقة إلكترونية أخرى. كما ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية<sup>(2)</sup> في المادتين 5 و 10 منه المهنيين بتقديم المعلومات السابقة على التعاقد بطريقة مباشرة ودائمة وغير غامضة، ومنه فإن النصوص السابقة كانت غامضة في تحديد طريقة الإداء بالمعلومات إذ اكتفت بالشروط عامة دون تفصيل ذلك.

كما اشترط قانون الاستهلاك الفرنسي اللغة الفرنسية في الإعلام وأن يصل إلى المستهلك بطرق محددة مثل: الفيديو كتالوج، المينيبتيل<sup>3</sup>، حيث يقوم المستهلك بالاتصال

<sup>1</sup> – MORIBA Alain Kone, La protection du consommateur dans le commerce international passé par internet : une analyse comparée des systèmes juridiques européens : français, canadien, québécois, thèse pour le doctorat en droit des affaires, université Montréal, Paris, 2008, p 44

<sup>2</sup> – MORIBA Alain Kone, op cit, pp 46-47.

<sup>3</sup> – المينيبتيل هو جهاز يشبه الحاسوب المنزلي، يتكون من شاشة صغيرة وأرقام مثل لوحة المفاتيح الخاصة بالحاسوب إلا أن حجمه أقل، و هو وسيلة اتصال بالكتابة ويكفي للاتصال به إيصاله بخط هاتفي.

بالمينيتيل للحصول على معلومات من المهني بالإضافة الى ايضاحات تتعلق بالضمان العقدي ومدته وخدمة ما بعد البيع وشروط رد و اعادة السلعة ومدة وتاريخ تسليمها.

ويعتبر الحاسوب أو الكمبيوتر أحد أهم طرق اعلام المستهلكين من زاوية أنه يرد ويجب عليهم عندما يتصلون بالتليفون أو المينيتيل لطلب معلومات حول السلعة التي عرضت من خلال التلفزيون أو مواقع الكترونية. حيث يسمح المهنيون للمستهلك بإجراء طلب الشراء مباشرة على الحاسوب، وباستخدام الحاسوب أو جهاز التليفون المتصل بأداة عرض الصور وارسالها الى مسافة عن طريق خط اتصالات Vidéotex، يستطيع المستهلك الاتصال بالحاسوب المركزي للمهني ( مؤسسة البيع ) عن بعد لفتح شريطه التصويري وعرض السلع واختيارها وطلبها من بعد بنفس الطريقة، وهكذا يستطيع المستهلك أن يرى نموذجا أو صورة للسلعة على شاشة الحاسوب ويعرف مواصفاتها وخصائصها وكافة المعلومات التي يستعلم عنها<sup>1</sup>.

دون أن تتسى أن الكثير من البائعين والصناع يقوموا بوضع بيانات ومعلومات عن منتجاتهم على شبكة الانترنت، ويستطيع المستهلك من أي مكان أن يعاين السلعة التي يرغب في شرائها عن طريق الكمبيوتر والحاسوب المتصل بشبكة الأنترنت. وهكذا تلعب شبكة الأنترنت دورا فعالا في اعلام المستهلكين بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالسلع والمنتجات التي يرغبون في شرائها من خلال هذه الشبكة<sup>2</sup>.

نص القانون المدني الجزائري على وسائل تقليدية لإعلام المشتري والمتمثلة في فحص عينة من المبيع او تذوقه أو تجربته<sup>3</sup>، إلا أنه وجدت وسائل مستحدثة لإعلام راغبي الشراء أملتها عوامل التقدم الاقتصادي والتكنولوجي المعاصر في صناعة المنتجات والترويج لها؛

<sup>1</sup> - عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ص 370 و 371

<sup>2</sup> - محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص ص 373 و 374.

<sup>3</sup> - طبقا لنصوص المواد 352 و 353 و 354 و 355 ق م ج.

تتمثل هذه الوسائل في: الوسم<sup>1</sup>، الاشهار التجاري<sup>2</sup>، وهي تتعلق بالإعلام عن المنتجات، أما الاعلام عن الأسعار فيكون بوضع علامات أو وسم او معلقات أو أية وسيلة أخرى مناسبة لإعلام المستهلك<sup>3</sup>.

كما تنص المادة 1/5 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، على أن اعلام المستهلك بالبيانات الاجبارية حول المنتجات المعروضة للبيع عن طريق تقنيات الاتصال عن بعد - باستثناء المعلومة المتعلقة بمدة الصلاحية - قبل اتمام الشراء وتظهر على دعامة البيع عن بعد، حيث ترسل بأي طريقة أخرى مناسبة ومحددة بوضوح من طرف المتدخل (المهني)، الا أن هذا الحكم لا يطبق على المواد الغذائية المقترحة للبيع عن طريق الموزعين الآليين أو في محلات تجارية ألية ( المادة 2/5 من نفس المرسوم ).

#### المرجع الثالث: جزاء الاخلال بالالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني.

إذا أخل المهني بالتزامه بإعلام المستهلك السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني، مما يترتب عليه إبرام العقد دون أن يتحقق علم المستهلك الكافي بحقيقة السلعة، فإن الجزاء الذي يترتب على ذلك هو قابلية عقد البيع للأبطال لصالح المستهلك .

وإذا تترتب على عدم العلم الكافي بالسلعة ضرر أصاب المستهلك، كان لهذا الأخير أن يطالب المهني بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية المدنية .

<sup>1</sup> - المادتين 17 و18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والمادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 2013/11/9 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر، العدد 58 الصادر في 2013/11/18.

<sup>2</sup> - المادة 3/3 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/6/23 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية معدل ومتمم، ج ر العدد 41 الصادر في 2004/6/27.

<sup>3</sup> - المادة 1/5 من القانون رقم 04-02، المرجع السابق.

## أولاً: قابلية العقد للإبطال

إذا أبرم عقد البيع الإلكتروني دون أن يعلم المستهلك بالبيانات الأساسية المتعلقة بحقيقة السلعة، كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة المستهلك المشتري، حيث نصت المادة **L.121** من قانون الاستهلاك الفرنسي، على اعتبار النصوص الجديدة المنظمة للتعاقد عن بعد من النظام العام، ومنه يعتبر التعاقد عن بعد باطلاً إذا لم يحمي المهني أو المتدخل بتنفيذ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد على نحو صحيح، وذلك لأن عدم تبصير المستهلك وعدم إعلامه بالمعلومات اللازمة المتعلقة بالمنتج أو الخدمة المعروضين للبيع على شبكة الأنترنت، يؤدي إلى إيقاع المستهلك في عيب من عيوب الإرادة سواء التدليس، أو أن يقع في غلط في صفة جوهرية من صفات المنتج أو الخدمة<sup>1</sup>.

ويثبت حق المشتري (المستهلك) في طلب إبطال عقد البيع طبقاً لنص المادة **352** ق م ج، وبمعنى آخر يسقط حق هذا الأخير في طلب الإبطال لعدم العلم الكافي بالمبيع إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع<sup>2</sup>.

## ثانياً: التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية

قد يلجأ المستهلك إلى دعوى البطلان، إلا أن هذه الأخيرة قد لا تحقق إرضاء المستهلك الذي يتمسك بها، إذ أن هذا البطلان يخلص فقط المستهلك من عقد البيع الذي أبرمه دون علم كاف بالمبيع ولكنه لا يعوضه عن الخسائر والمضار التي نجمت عن إقدامه على هذا المشروع التعاقدى الفاشل، كنفقات تحرير العقد أو فوات صفقة أخرى أمامه... الخ.

<sup>1</sup> - محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، المرجع السابق، ص 41 و 42.

<sup>2</sup> - تنص المادة 352 ق م ج على مايلي: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً و يعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع، سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت غش البائع".

ومن ناحية أخرى، فقد يجد المستهلك أن مصلحته تقتضي عدم ابطال العقد، بل الإبقاء عليه وفي نفس الوقت الحصول على تعويض من البائع يغطي ما تحمله من نقص في المنفعة الاقتصادية التي كان يأملها من إبرام مثل هذا العقد لو كان على علم بهذه البيانات والمعلومات التي امتنع البائع عن تزويده بها .

وبالرجوع الى نص المادة 352 ق م ج السابقة الذكر نستنتج أن الالتزام البائع بالإعلام هو التزام قانوني ينتج عن مخالفته قيام المسؤولية التقصيرية للبائع<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي في نص المادة 1382 ق م ف التي تنص على ما يلي: " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض". عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 398.

# الفصل الثاني

حماية المستهلك في مرحلة إبرام

معقد البيع الإلكتروني

يغلب على طابع العلاقات العقدية عبر الانترنت، سريانها بين أطراف غير متعادلة فمن جهة هناك البائعين والمنتجين والموزعين الموصوفين بالمحترفين وفي الجهة الأخرى المشترين أو المستهلكين الذين يوصفون بالضعفاء، الأمر الذي يعيدنا إلى عقود الاستهلاك القائمة على أساس حماية هذه الفئة (المستهلكين) من مخاطر السوق الحديثة.

من هذا المنطلق ينشأ التزام على عاتق البائع المهني أساسه الثقة وحسن النية في التعامل، يقتضي إعلام المستهلك أثناء إبرام عقد البيع الإلكتروني بالمعلومات والبيانات المتعلقة بوضع السلعة أو الخدمة محل العرض للتعاقد، وكل ما يلزم من معلومات لاستخدامات السلعة أو الانتفاع بها.

كما أن المستهلك أثناء قيامه بإبرام عقد البيع عن طريق الانترنت، يقوم بالإفشاء بكثير من المعلومات والبيانات الاسمية للمتعاقد معه (البائع المهني)، وذلك بصورة مباشرة وغير مباشرة، مما قد يؤدي إلى المساس بخصوصية المستهلك وحقه في السرية؛ وذلك بالاعتداء على حياته الخاصة عن طريق الحاسوب والتي تتم باستعمال بيانات شخصية غير حقيقية أو حقيقية ومعالجتها دون ترخيص، أو القيام بإنشاء بيانات بصورة غير قانونية<sup>1</sup>. فقد يتعرض المستهلك المتعاقد عبر الانترنت الى سرقة واختراق مجموعة البيانات والمعلومات الشخصية التي تخصه، ولفقادي ذلك يجب الالتزام بعدم نشر أو بث أي بيانات تتعلق بالمستهلك أو بحياته الخاصة.

بالإضافة إلى أن المستهلك اليوم أصبح يواجه مؤسسات انتاج ضخمة وشبكات عملاقة محترفة في توزيع السلع والخدمات، ولا سيما وأنه بصدد صور وأشكال التعاقد عبر

<sup>1</sup> - يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطني، فلسطين،

الأنترنت، حيث تغطي صور العقود النموذجية المعدة سلفا والتي يغيب فيها عنصر المناقشة والتعديل غالبا، فقد بات من الضروري حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية المتضمنة في عقود الاذعان.

لذلك نتناول بالدراسة حقوق المستهلك خلال مرحلة إبرام عقد البيع الإلكتروني والمتمثلة في الحق في الاعلام التعاقدية والحق في الخصوصية (المبحث الأول)، وكذلك حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: حقوق المستهلك في مرحلة إبرام عقد البيع الإلكتروني

تقرض طبيعة عقد البيع المبرم عبر شبكة الانترنت كونه من العقود التي تبرم عن بعد، عدة صعوبات تنتج عن عدم الحضور المادي لأطراف العقد. ومن أهم هذه الصعوبات عدم تمكن المستهلك من الحكم الدقيق على السلعة أو الخدمة محل التعاقد، فهو عندما يقبل على شراء سلعة عبر الانترنت يرى صورة لها بالإضافة الى بيانات وأوصاف زوده بها البائع؛ الأمر الذي يجعله قد يتشكك من جودتها ومدى مطابقتها للمقاييس والمواصفات القانونية. هنا يستلزم الأمر التزام البائع بإمداد المستهلك الإلكتروني بالمعلومات الضرورية والمفيدة لاستعمال السلعة، فمن حق هذا الأخير الاعلام أثناء إبرام عقد البيع الإلكتروني (المطلب الأول).

من ناحية أخرى حينما يدخل المستهلك الى شبكة الانترنت فيرغب في التعاقد على شراء سلعة أو خدمة، يطلب إليه التعريف بنفسه ضمن سلسلة من البيانات الشخصية المطلوبة. ولما كانت هذه البيانات تشكل جزء من الحياة الخاصة للمتعاقد، فلا يجوز الافشاء بها للغير ولا تداولها أو الاحتفاظ بها دون ترخيص، فمن حق المتعاقد حماية خصوصيته (المطلب الثاني).

**المطلب الأول: حق المستهلك في الإعلام التعاقدية**

أصبح الالتزام بالإعلام من أهم مبادئ الحماية المقررة لصالح المستهلك، بدءاً من المرحلة السابقة للتعاقد إلى مرحلة إبرام العقد.

وقد فرض هذا الالتزام على المنتج أو البائع حرصاً على سلامة العقود في ظل عدم المساواة بين المنتج -المتفوق فنياً واقتصادياً- والمستهلك والناشئ عن عدم توافر الخبرة والعلم اللازمين لدى هذا الأخير، بالإضافة إلى رسائل البيع الجبرية ووسائل التحايل والدعاية الأمر الذي يستدرج المستهلك إلى ما يسمى التعاقد اللاوعي. كما فرض الالتزام بالإعلام حرصاً على أن يؤدي استعمال تقنيات تقديم المعلومات عن بعد إلى تقليص حجم المعلومات المقدمة للمستهلك، كما أن المعلومات المقدمة بالوسائل التكنولوجية لها طابع وقتي<sup>1</sup>.

ولما كان الهدف من الالتزام بالإعلام هو تنوير رضا المستهلك، فهو ينشأ قبل التعاقد وأثنائه فيكون التزاماً سابقاً عن التعاقد ويكون التزاماً تعاقدياً، وقد سبق أن تطرقنا لدراسة الالتزام الأول، ويبقى أن نتطرق لمفهوم الالتزام التعاقدية بالإعلام (الفرع الأول)، ولنظامه القانوني (الفرع الثاني) ولجزء الإخلال به (الفرع الثالث).

**الفرع الأول: مفهوم الالتزام التعاقدية بالإعلام**

يرى جانب من الفقه أن الالتزام بالإعلام يعتبر التزاماً عقدياً، استناداً إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد<sup>2</sup>، التي تعتبر أن الخطأ الذي يقع بمناسبة إبرام العقد خطأً عقدياً حيث يفترض " الفقيه الألماني أهرينج " وجود عقد سابق على العقد الأصلي عبارة عن عقد ضمان مفترض لكل متعاقد يكون مصدراً لهذا الالتزام، ويتمثل الخطأ في أن المتعاقد الذي

<sup>1</sup> - نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص ص 182 و 183.

<sup>2</sup> - وضع نظرية الخطأ في تكوين العقد الفقيه الألماني أهرينج، ومفادها أن العقد الباطل يُنشئ أثر بصفته عقداً، وليس كواقعة مادية، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 554.

يتسبب في البطلان كان يعلم أو كان واجبا عليه أن يعلم، ومن العدل أن يتحملة ولو كان حسن النية<sup>1</sup>.

وعلى ضوء ما قدمه جانب من الفقه سوف ندرس تعريف الالتزام التعاقدي بالإعلام (أولا) ونحدد طبيعته القانونية (ثانيا).

### أولا: تعريف الالتزام التعاقدي بالإعلام

يقع الالتزام التعاقدي بالإعلام على عاتق الطرف الأكثر علما وخبرة تجاه الطرف الأقل دراية وعلما بموضوع العقد حتى ولو كان مهنيا بدوره في مجالات أخرى، لأن عدم كفاءته في مجال التعاقد، وضعف معلوماته في هذا الميدان قد يفوت عليه فرصة الاختيار الواعي بمحل العقد، فيفرض الالتزام التعاقدي بالإعلام من أجل تسهيل تنفيذ العقد.

وقد فرض قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>2</sup> في مادتيه 1-111 L و 1-214 L على البائع المهني إعطاء المشتري المعلومات الضرورية والمفيدة لاستعمال المبيع وعليه إعطائه المعلومات التي تهدف إلى أن يُتاح للمستعمل أن يكون استعمال المبيع متوافقا مع مقصده وضمن الشروط التي تستبعد أي فشل، ويقع هذا الالتزام على عاتق البائع على وجه الخصوص عندما يكون المبيع جديدا أو معقدا، كالمنتجات المعلوماتية ولاسيما إن كان المبيع خطرا<sup>3</sup>.

ويلتزم البائع المهني بإعلام المستهلك عن خصائص السلعة، بحيث يمكن المستهلك من الاطلاع على خصائص السلعة أو الخدمة ويجب أن تعكس الصورة المعروضة للسلعة المواصفات الحقيقية وأن تخلو من أي غموض (المادة 1-111 L). كما يلتزم البائع

<sup>1</sup> - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 205.

<sup>2</sup> - القانون رقم 949/93 الصادر في 26 يونيو 1993.

<sup>3</sup> - نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 183.

بتحديد وبيان شروط البيع، بحيث يجب أن يتضمن عرض البيع الشروط الخاصة والضمانات وطرق الدفع وتسليم السلعة والمسؤولية التعاقدية.

كذلك ألزم التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، البائع المهني أن يقوم بإعلام المستهلك خطيا أي يقوم بتقديم تأكيدات خطية للمستهلك يثبت فيها البيانات الإعلامية المصرح بها، وهذه التأكيدات يجب أن يتوجه بها البائع إلى المستهلك وقت تنفيذ العقد أو عند التسليم وتشمل هوية المورد والتمن وتكلفة التسليم والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة وطرق الدفع والتسليم والتنفيذ<sup>1</sup>.

كما نص التشريع الجزائري على حق المستهلك في الإعلام أثناء إبرام عقد البيع الإلكتروني، وذلك طبقا للقواعد العامة، فكما هو معلوم أن محل العقد يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعين طبقا لنصوص القانون المدني المواد من 92 إلى 98 ق م ج. كما تؤكد على حق المستهلك في الإعلام أيضا طبقا لنص المادة 352 ق م ج و نص المادة 15/3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك<sup>2</sup> الذي جاء تطبيقا لأحكام المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، التي تنص على إلزامية إعلام المستهلك<sup>3</sup>.

### ثانيا: الطبيعة القانونية للالتزام التعاقدي بالإعلام

تحدد طبيعة الالتزام التعاقدي بالإعلام فيما إذا كان التزاما يبذل عناية أو أنه التزاما بتحقيق نتيجة أو أنه التزاما يتضمن التزامين.

<sup>1</sup> - نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 185.

<sup>2</sup> - تنص المادة 15/3 من المرسوم التنفيذي، رقم 13-378 على ما يلي: « الإعلام حول المنتجات هو كل معلومة متعلقة بالمنتج موجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي».

<sup>3</sup> - تنص المادة 17 على ما يلي: « يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة...».

**أ- الالتزام التعاقدي بالإعلام بالتزام ببذل عناية:**

يرى جانب من الفقه أن الالتزام التعاقدي بالإعلام ما هو إلا التزاما ببذل عناية فالبايع أو المتدخل بصفة عامة لا يتحكم في نتيجة المعلومات التي يقدمها للمستهلك، ولا يستطيع أن يُلزم هذا الأخير بإتباعها، بل يتعهد فقط ببذل كل ما يستطيع لأجل إحاطته علما بالبيانات والمعلومات ولا يتعهد بأكثر من ذلك، لأنه مهما بلغ حرص البائع على وضوح المعلومات فإنه لا يكفي لتحقيق النتيجة المنتظرة بل يتوقف الأمر على مدى استجابة الطرف الآخر والتزامه بذلك.

وفي الالتزام ببذل عناية لا تتقرر مسؤولية البائع إلا إذا أثبت المستهلك أن عدم تحقق النتيجة يرجع إلى البائع الذي لم يبذل العناية المطلوبة، وهي عناية الرجل العادي<sup>1</sup>.

**ب- الالتزام التعاقدي بالإعلام بالتزام بتحقيق نتيجة:**

يرى اتجاه من الفقه أن الالتزام التعاقدي بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة لأنه يهدف إلى ضمان حماية المستهلك في مواجهة البائع صاحب القوة الاقتصادية والفنية، وبناء على ذلك فإن مسؤولية البائع تترتب لمجرد ثبوت عدم تحقق النتيجة، ولا يستطيع البائع التخلص من مسؤوليته إلا إذا أقام الدليل على وجود السبب الأجنبي الذي حال دون تحقق النتيجة<sup>2</sup>.

**ج- الالتزام التعاقدي بالإعلام يتضمن في الواقع التزامين:**

يرى جانب من الفقه أن الالتزام التعاقدي هو في الواقع يتضمن التزامين: الأول هو التزام بنتيجة يتمثل في التزام البائع بنقل المعلومات والبيانات إلى المستهلك، والثاني هو التزام بوسيلة يتمثل في استعمال البائع الوسائل المناسبة لنقل المعلومات إلى المستهلك. وبذلك فإن هذا الاتجاه من الفقه الذي يرى أن الالتزام التعاقدي بالإعلام هو عبارة عن التزام

<sup>1</sup>- LARROUMET Christian, Droit civil, les obligations, les contrats, T(1), 3<sup>eme</sup> édition ECONOMICA, Paris, 1996, p335.

<sup>2</sup>- علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص 106.

مزدوج، يفرق بين الالتزام الأول بحيث لا يعفى البائع من المسؤولية عن الإخلال به، إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي منعه من تحقيق النتيجة، وبين الالتزام الثاني الذي يعتبر التزاما بوسيلة<sup>1</sup>.

وحسب المادة 352 ق م ج<sup>2</sup>، التي تنص على وجوب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، والعلم الكافي لا يتحقق إلا إذا التزم البائع بإعلامه بالبيانات المطابقة لحقيقة المبيع، عندما لا يستطيع المشتري العلم بها بوسائله الخاصة، حيث يعتبر هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة وهو ما اتجه إليه المشرع الجزائري.

### الفرع الثاني: النظام القانوني للالتزام التعاقدي بالإعلام

يستلزم الالتزام التعاقدي بالإعلام أن يدلي البائع للمستهلك بكل المعلومات والبيانات المؤثرة في رضا المستهلك على التعاقد، وتلك المفيدة عند استعمال المبيع ويحدّره من أوجه الخطر فيه، وبالتالي سوف نبحت في مضمون هذا الالتزام (أولا) وفي الوسائل والطرق المتاحة للبائع لتوصيل المعلومات للمستهلك (ثانيا) وأخيرا جزاء الإخلال بهذا الالتزام (ثالثا).

#### أولا: مضمون الالتزام التعاقدي بالإعلام

تكتسب البيانات والمعلومات في إطار عقد البيع الالكتروني أهمية خاصة ذلك أن أطراف العقد متباعدون مكانيا ووسيلة التواصل فيما بينهم هي شبكة الانترنت، ويتم التعاقد عادة بوسائل متعددة، ذلك أن المستهلك عند دخوله إلى الموقع الالكتروني يرى ما هو معروض من سلع وخدمات، وهو لا يعلم أي شيء عنها إلا ما يقدمه له المنتج أو البائع من خلال ذلك الموقع من معلومات، خاصة وأن أحد أطراف العقد هو مهني محترف والطرف

<sup>1</sup>- FABRE-MAGNAN Muriel, De l'Obligation d'information dans les contrats, essai et théorie, thèse de doctorat, Paris 1, L.G.D.J, 1992, p402.

<sup>2</sup>- تنص المادة 352 ق م ج على ما يلي: « يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويُعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه...».

الآخر غالبا هو شخص عادي ليس له دراية كافية بتلك السلعة أو الخدمة، ومن ثمة يقع على عاتق البائع أن يوضح للمستهلك الإلكتروني كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بتلك السلعة، أو الخدمة محل العقد<sup>1</sup>.

إن المتعاقد عبر الموقع الإلكتروني لا يرى السلعة المراد شراؤها، وإنما يرى صورة معروضة في الموقع لتلك السلعة وبعض المعلومات عن مواصفاتها وكيفية إتمام عملية الشراء والسعر والنقل لتلك السلعة إلى المستهلك، وهنا يكون على المنتج أو البائع أن يحيط المستهلك عبر شبكة الانترنت بالمعلومات والبيانات المتعلقة بمحل العقد وشخصية المنتج والمورد وأي بيان آخر يمكن أن يؤثر في المستهلك ويدفعه إلى الرضا بالعقد.

وينبغي على المنتج أن يعلم المستهلك بالأوصاف المادية للسلعة، حتى يكون هذا الأخير عالما بالمبيع علما كافيا وبأوصافه الأساسية، كما يجب أن يقدم له معلومات عن إجراءات الدفع (الثمن) وكيفية التسليم، وعن خدمة ما بعد البيع والضمانات التجارية المقدمة فضلا عن معرفة الاعتبار الشخصي للبائع الذي يُعد مصدرا أساسيا للتعاقد كبيان اسم المشروع ووسيلة الاتصال به، وعنوان مقره أو مقر المؤسسة المسؤولة عن العرض والعنوان الإلكتروني كذلك<sup>2</sup>.

إن مثل هذه المعلومات والبيانات التي تدخل في نطاق الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني إما أن تكون قد أملتتها الضرورة التجارية أو التعامل السابق في هذا المجال وما يرتبط به من عادات تجارية<sup>3</sup>، أو أن تكون قد وردت بشكل صريح في تشريعات التجارة الإلكترونية أو تلك الخاصة بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك. وقد ألزم التوجيه الأوروبي

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 240.

<sup>2</sup> - عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، "الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني" <http://www.ahlulbaitonline.com/Karbala>

<sup>3</sup> - مثلا فيما يتعلق بالبيانات والمعلومات المحددة لثمن السلعة تنص المادة 357 ق م ج على ما يلي: « إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين أن المتعاقدين قد نوبا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما».

رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، المورد بأن يثبت خطياً للمستهلك وقت تنفيذ العقد أو عند التسليم هوية المورد والخصائص والمواصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة، الثمن، وتكلفة التسليم، وطرق الدفع والتسليم، رخصة العدول الممنوحة للمشتري، والطرق المعتمدة في ممارسة هذه الرخصة، المدة المقررة لصلاحيّة العرض أو المدة الدنيا لإبرام العقد.

وقد أوجبت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، بأن يقدم بائع المنتجات المعروضة عن طريق تقنيات الاتصال عن بعد، للمستهلك قبل إتمام الشراء البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 37 من نفس المرسوم والمتمثلة في: تسمية البيع، الكمية الصافية للمنتج، طريقة الاستعمال، التاريخ الأقصى للاستعمال، الشروط الخاصة بالحفظ والاستعمال، الاسم أو عنوان الشركة التجارية أو العلامة المسجلة وعنوان المنتج أو الموضب أو الموزع أو المستورد، بلد المنشأ أو بلد المصدر، الاحتياطات المتخذة في مجال الأمن، مكونات المنتج، علامة المطابقة المتعلقة بالأمن، بيان الإشارات والرموز التوضيحية للأخطار المذكورة في نفس المرسوم<sup>1</sup>.

### ثانياً: وسائل تنفيذ الالتزام التعاقدية بالإعلام

يتميز التعاقد الإلكتروني بصفة التباعد وعدم الحضور المكاني، أي عدم وجود مجلس عقد يجمع طرفي العقد (البائع والمستهلك)، ولذلك فإنه يصعب على المستهلك بما كان معاينة السلعة معاينة مادية، على خلاف التعاقد التقليدي أين يتم تعيين محل عقد البيع تعييناً دقيقاً، تاماً وكاملاً من خلال علم المشتري الكافي بالمبيع<sup>2</sup>، ومنه فإن محل عقد البيع الإلكتروني ثم تعيينه عن طريق وصفه وصفاً دقيقاً من خلال شاشة الحاسوب.

<sup>1</sup> - الملحق الرابع من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، المرجع السابق، ص21.

<sup>2</sup> - عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، خالد زريقات، المرجع السابق، ص34

ولما كانت وسيلة التواصل بين أطراف العقد هي شبكة الانترنت، ويتم التعاقد عادة عبر الشبكة بوسائل متعددة منها المراسلة عن طريق البريد الالكتروني (e-mail)، أو المحادثة (chat) بصورها المتعددة بالكتابة أو بالصوت والصورة بحسب ما هو متوافر من وسائل الكترونية، أو يتم التعاقد عن طريق الإيجاب العام الموجه للجمهور عبر الموقع الالكتروني (web. site) وهي الصورة الأهم في التعاقد الالكتروني، ذلك أن المستهلك عند دخوله الموقع الالكتروني يرى ما هو معروض من سلع وخدمات، وهو لا يعلم أي شيء عنها إلا ما يقدمه له المنتج أو البائع من خلال ذلك الموقع من معلومات<sup>1</sup>.

ومن بين أهم ما يعتمد عليه المستهلك لمعاينة السلعة هي صفحات الانترنت أو الكتالوج الالكتروني، وتتم المعاينة بتمكين المستهلك من مشاهدة السلعة والمنتجات المعروضة. ويجب أن يتضمن الكتالوج الالكتروني مجموعة من المعلومات حدّتها المادة L.125-18 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وهي مجموعة من البيانات تسمح بالتعريف بالمهني، أي اسم الشركة ومقرها الرئيسي، عنوان بريدها الالكتروني، وكل معلومة تسمح بالتعريف بخصائص السلعة والأسعار، وتسهيل عملية التعاقد والتي يجب توافرها في هذا العرض<sup>2</sup>.

### ثالثاً: جزاء الإخلال بالالتزام التعاقدى بالإعلام الالكتروني

ينتج عن إخلال البائع المهني بالالتزام بإعلام المستهلك جزاء مدنياً يتمثل في إمكانية إبطال العقد عند تحقق عيب من عيوب الإرادة كالغلط، وقد يكون الجزاء فسخ العقد للعيب عند تمسك المستهلك بالعيوب الخفية وقد يتمسك المستهلك بالتعويض كأثر للمسؤولية المدنية على الإخلال بهذا الالتزام.

<sup>1</sup> - خالد إبراهيم ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، الدار الجماعية، الاسكندرية، مصر، 2007، ص175.

<sup>2</sup> - راجع نص المادة 352 ق م ج.

## 1- الجزء في إطار نظرية الغلط والتدليس

للبيع المهني دورا بتبصير المستهلك في العقد الإلكتروني بالأمر الجوهري للعقد المراد إبرامه بالقدر الذي يمتنع معه احتمال التباس الأمر عليه فلا يتوهم أمرا خلاف الواقع، ومن ثم فإن عدم قيام البائع المهني بالوفاء بذلك الالتزام بشكل غير كاف قد يؤدي إلى التباس الأمر على المستهلك ويندفع بالتالي إلى إبرام العقد تحت تأثير الوهم فينشأ بذلك عيب الغلط.

ووجود الالتزام بالإعلام في عقد البيع الإلكتروني يسهل كثيرا في مطالبة المستهلك بإبطال العقد استنادا إلى الغلط<sup>1</sup>، ذلك أن وجود هذا الالتزام يُعد قرينة على اتصال الغلط بعلم البائع المهني، وكذلك يقيم قرينة على أن الغلط كان جوهريا لأن العلم بالبيانات محل الالتزام بالإعلام كان ما شأنه أن يحجب المستهلك في عقد البيع الإلكتروني عن إبرام العقد<sup>2</sup>.

وقد يكتم البائع المهني عن المستهلك معلومات جوهرية لو علم بها المستهلك لما أقدم على التعاقد، وقد يُقدم البائع المهني معلومات كاذبة ويستخدم وسائل احتيالية، كإعطاء مواصفات كاذبة أو اصطناع مستندات كاذبة يكون من شأنها أن تدفع المستهلك إلى إبرام العقد تحت تأثير ذلك الكذب<sup>3</sup>، لكن هل يُعد مجرد السكوت والكتمان سببا لإبطال العقد وهو ما يُعرف في القانون المدني ( السكوت التدليسي)؟

تنص المادة 2/86 ق م ج صراحة على ما يلي: « ويعتبر تدليسا، السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة، إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة».

<sup>1</sup> طبقا لنص المادة 81 ق م ج: « يجوز للمتعاقدين الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله».

<sup>2</sup> أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 118.

<sup>3</sup> طبقا لنص المادة 1/86 ق م ج: « يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

لكن اختلف الفقه حول تحديد شروط التدليس في مثل هذه الحالات، فذهب جانب من الفقه إلى اشتراط واجب يقع على المستهلك المتعاقد بأن يتأكد بنفسه عما يهمله من معلومات وبيانات، أي أن السكوت لا يعد تدليسا إذا كان البائع المتعاقد الآخر ملقى على عاتقه التزام بالإفصاح بالمعلومات والبيانات قبل إبرام العقد، في حين ذهب البعض من الفقه إلى اشتراط أن يكون إخفاء المعلومات عمديا ( وهو ما تنص عليه المادة 2/86 ق م ج).

وبصفة عامة إذا وقع السكوت أو الكتمان على واقعة أو ملابسة جوهريّة، كان يتعين على البائع أن يفضي بها انبعاثا من نص القانون أو تنفيذًا لبند في العقد أو لفكرة الأمانة والثقة في التعامل وظروف التعاقد لذا فإن السكوت عن الإفشاء بتلك المعلومات، على الرغم من علم البائع بجهل المتعاقد الآخر (المستهلك) بها وأنه سوف لن يُقدم على هذا العقد فيما لو علم بها فإن هذا السكوت يُعد تدليسا<sup>1</sup>.

## 2- الجزء في إطار العيوب الخفية

يضمن البائع خلو المبيع من العيوب الخفية، وهذا طبقا لنص المادة 1/379 ق م ج التي تنص على ما يلي: « يكون البائع ملزما بالضمان، إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، 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».

اتجه القضاء الفرنسي إلى التوسع في ضمان العيوب الخفية لتشمل كل عيب ولو لم يعلم به البائع أو المنتج ما دام أنه محترف ومهني، فالبائع المهني المحترف يعد عالما أو

<sup>1</sup> - عبد الباسط حسن جمعي، حماية المستهلك - الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك - ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 32، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق ص 274.

من المفروض أن يعلم تلك العيوب ويلتزم بإعلام المستهلك بها ولو أنه كان يجهل وجود هذا العيب<sup>1</sup>.

وهو نفس الحكم ذاته أخذ به القانون المدني الجزائري الذي جعل " البائع ضامنا للعيوب ولو لم يكن عالما بوجودها" (المادة 1/379 ق م ج)، لذا فإن كون البائع محترفا ومهنيا يجعل منه في الأعم الأغلب عالما بالمبيع ومواصفاته وعيوبه التي يجب أن يطلع عليها المشتري وإلا أعتبر سيء النية في إخفاء تلك المعلومات عن المشتري، فلا بد أن يُعطي البائع المهني للمشتري وضوحا بشأن تلك المعلومات عند عرض المبيع على الموقع الإلكتروني (web-site) بحيث يجعل المشتري ملما بكل خصائص ومواصفات وحتى عيوب المبيع، فإن لم يفعل ذلك اعتبر مخلا بالتزامه بالإعلام.

كما أن الأصل أن البائع لا يضمن عيبا يعرفه المشتري أو كان يستطيع أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى العيب غشا منه ( المادة 2/379 ق م ج)، فإن البائع يكون ضامنا للعيوب في هذه الأحوال.

### 3/- الجزاء في إطار قواعد المسؤولية المدنية

أصبح القانون المصدر الأساسي والمباشر للالتزام بالإعلام، وخاصة في العقد الإلكتروني فقانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والتوجيهات الأوروبية وقوانين الاستهلاك الفرنسية، بما فيها القانون المدني الجزائري وقانون حماية المستهلك وقمع الغش، كلها تفرض الالتزام بالإعلام لصالح المستهلك.

<sup>1</sup>- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص57، عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق.

ومن جانب آخر يذهب بعض الفقه إلى القول بأن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام هي مسؤولية عقدية، على اعتبار أن هذا الالتزام هو التزام عقدي ويشكل الإخلال به خطأ عقدياً يستوجب قيام المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه، وقد اعتمد أنصار هذا الرأي على بعض الأسانيد لتبرير موقفهم، نذكر منها: وجود عقد سابق على العقد الأصلي يعتبر هو مصدر الالتزام بالإعلام<sup>1</sup>، إضافة إلى أن تنفيذ هذا الالتزام يكشف لا محالة بعد انعقاد العقد في نطاق تنفيذه، وفي الأخير فإن رجوع المستهلك على أي من المتدخلين الوستاء لا يكون إلا في إطار مجموعة عقدية، وعليه فإن للمستهلك الحق في رفع دعوى عقدية ضد أي من المتدخلين ولو لم يتعاقد مع أحدهم مباشرة، لأن تداخل العلاقات في المجموعة العقدية يمثل بديلاً عن التعاقد المباشر<sup>2</sup>.

لم ينظم المشرع الجزائري المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام بنصوص خاصة، إلا أنه نص صراحة على مسؤولية المنتج، ومنه فيمكن تطبيق أحكام هذه المسؤولية على الإخلال بالالتزام بالإعلام، وسن المشرع المادة 140 مكرر ق م ج، بموجب تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005<sup>3</sup>، بخصوص مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة، وجاءت هذه المادة مطابقة تماماً للمادة L1386-01 ق م ف التي تنص على ما يلي: « يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى ولو لم تربطه بالمتعاقد علاقة تعاقدية... »

وتعتبر مسؤولية المنتج التي نظمتها المادة 140 مكرر ق م ج، مسؤولية قائمة بقوة القانون، فهي ليست مسؤولية موضوعية بل هي قائمة على عنصر العيب، وليست قائمة

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص384.

<sup>2</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 65.

<sup>3</sup> - ج ر العدد 41 الصادر في 27 يونيو 2005.

على عنصر الضرر ( أي يفترض فيها الخطأ)<sup>1</sup> ، ويشترط لقيام مسؤولية المنتج حسب نص المادة 140 مكرر ق م ج وجود عيب المنتج وحدث الضرر والعلاقة السببية بينهما.

والمقصود بشرط العلاقة السببية بين العيب والضرر هو أن يكون الضرر حاصلًا نتيجة ما قدمه المنتج من معلومات ناقصة، أو عدم تقديمها أصلاً، بمفهوم المخالفة ما كان الضرر يحصل لو علم المستهلك بهذه المعلومات بصفة كاملة ومفهومة وفي هذه الحالة يكون المنتج مسؤولاً عن تعويض المستهلك المتضرر.

ولو يرى القضاء الفرنسي مانعاً من الحكم على المنتج بالتعويض بالإضافة إلى الحكم بإبطال العقد، حيث يجوز الحكم بإبطال العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعا في غلط، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد، ويجوز مع الحكم بإبطال العقد الحكم بالتعويض إذا ترتبت أضرار بأحد المتعاقدين ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد، بل باعتباره واقعة مادية، متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسؤولية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال، وعلى هذا الأساس فإنه يمكن طلب الإبطال بالإضافة إلى التعويض، كما يمكن طلب التعويض كجزء منفرد<sup>2</sup>.

ففي الحقيقة لا يوجد ما يمنع المستهلك من طلب التعويض مع الإبقاء على العقد طالما أن حق طلب الإبطال وضع لمصلحته وطالما استعمل هذا الحق دون تعسف، فيحق له طلب التعويض عما أصابه من ضرر، وكذلك يجوز لمن لا يريد إبطال العقد حتى في حال توفر شروط ذلك الإبطال أن يطلب التعويض مع الاكتفاء به والإعراض عن طلب إبطال العقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - زاهية حورية سي يوسف، « تعليق على نص المادة 140 مكرر ق م ج »، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 2، 2010، (ص 61-76)، ص 64.

<sup>2</sup> - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 282.

<sup>3</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 31.

**المطلب الثاني: حق المستهلك في حماية الخصوصية**

يقتضي إبرام العقد الإلكتروني أن يكشف المستهلك للمحترف عن بعض المعلومات تتعلق بحياته الخاصة، كبيانات اسمية، مقر الإقامة، طبيعة عمل المستهلك، بياناته المصرفية الخاصة... الخ، لذا يجب على المحترف أن يحافظ على المعلومات التي يتحصل عليها وأن لا يتصرف فيها ما لم يوافق المستهلك صراحة على ذلك. كما يجب على المحترف اتخاذ كافة الإجراءات للحفاظ على سرية هذه المعلومات التي زوده بها المستهلك<sup>1</sup> فيلتزم بالامتناع عن إفشائها للغير أو استغلالها، وينطوي هذا الالتزام على حق المستهلك في حماية معلوماته الخاصة من الوصول إلى أشخاص من الغير<sup>2</sup>.

ويوجد اختلاف فقهي بخصوص تعريف الحق في الخصوصية (الفرع الأول) و كذا في تحديد مجال تحريك البيانات الشخصية للمستهلك عبر شبكة الأنترنت (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: تعريف الحق في الخصوصية**

مازالت الكثير من الأمور الدقيقة المتعلقة بالحق في الخصوصية<sup>3</sup> أو في الحياة الخاصة، محل نقاش واختلاف بين الفقه في القانون المقارن (أولاً)، كما حضي هذا الحق باهتمام الكثير من الاتفاقيات الدولية (ثانياً) دون أن ننسى توجه بعض التشريعات إلى حماية الحق في الخصوصية (ثالثاً).

<sup>1</sup> - فانتن حسين حوى ، الوجيز في قانون المستهلك " دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة الى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد "إلكترونيا" ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2012، ص ص 139 و 140.

<sup>2</sup> - بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2015، 2014، ص54.

<sup>3</sup> - ذكر الفقه أربعة أنواع من الخصوصية : 1- الخصوصية الجسدية أو المادية ، 2- خصوصية الاتصالات ، 3- الخصوصية الاقليمية ، 4- خصوصية المعلومات ، حسين بن سعيد الغافري ، "الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع قانون المعاملات الإلكترونية العماني" ورقة مقدمة لمؤتمر أمن المعلومات والخصوصية وقانون في ظل قانون الأنترنت، القاهرة، يومي 02- 04 /07 /2008، ص08 .

## أولاً: التعريف الفقهي للحق في الخصوصية

عرف الفقه الأمريكي الحق في الحياة الخاصة بأنها الحق في الخلوة فمن حق الشخص أن يظل مجهولاً غير معروف عند الناس، بعيداً عن حب استطلاعهم ونظرتهم أو هو حق الشخص في أن نتركه يعيش وحده، يعيش الحياة التي يرتضيها دون أدنى حد للتدخل<sup>1</sup>.

كما عرف الفقيه الفرنسي "كاربونييه" الحق في الحياة الخاصة بأنها "المجال السري الذي يملك الفرد بشأنه سلطة استبعاد اي تدخل للغير، وهي حق الشخص في أن يترك هادئاً اي يستمتع بالهدوء، أو أنها الحق في احترام الذاتية الشخصية"<sup>2</sup>.

## ثانياً: تعريف الحق في الخصوصية في المجال الدولي

الحق في الخصوصية هو حق أساسي من حقوق الإنسان، وهو أمر ضروري لتحقيق العديد من حقوق الإنسان الأخرى لذلك اهتمت بهذا الحق الكثير من الهيئات والمنظمات الدولية، والكثير من الاتفاقيات الدولية أهمها: الإعلان العالمي لحقوق الانسان<sup>3</sup>، الذي عرف الحق في الخصوصية في المادة 12 منه وكذا المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تنص على أنه: " لا يجوز اخضاع أحد لتدخل تعسفي، أو غير قانوني في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ..."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، (د س ن)، ص 47.

<sup>2</sup> - أسامة عبد الله قائد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة و بنوك المعلومات، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 11.

<sup>3</sup> - الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، بموجب قرارها رقم 217 المؤرخ في 1948/12/10.

<sup>4</sup> - فكتوريا برنان، تعزيز و حماية الحق في الخصوصية في العصر الرقمي، الشبكة الدولية للحقوق و التنمية» Gnrd» 2 أوت 2014 و 17، 13، http://www.gnrd.

ونظرا لأهمية هذا الحق انعقدت الكثير من المؤتمرات الدولية للبحث عن أفضل الوسائل لحمايته، كالقرار الصادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الانسان في الفترة من 22 أبريل الى 13 ماي 1968، والذي هدف في مضمونه الى حماية حق الانسان في حياته الخاصة . وكذلك مؤتمر حقوق الانسان المنعقد خلال العام الدولي لحقوق الانسان 1968 في مونتريال بكندا، الذي وجه الأنظار الى الأخطار الجديدة الناجمة عن التطورات التقنية والعلمية على هذا الحق مثل التجسس الالكتروني، أضف الى ذلك مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة الذي انعقد بمدينة الاسكندرية بمصر<sup>1</sup>.

كما اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 2013 القرار رقم 68 /167 بشأن الحق في الخصوصية في العضو الرقمي، وفي هذا القرار أكدت الجمعية العامة للمرة الأولى أن الحقوق المكفولة للناس حاليا يجب أن تكون محمية ومحفوظة (المادة 3 من القرار)، ودعت جميع الدول الى الالتزام بواجباتهم في احترام وحماية الحق في الخصوصية والحفاظ على الخصوصية في الاتصالات الرقمية عبر الأنترنت، متضمنا ذلك مراجعة الاجراءات والممارسات الحالية والتشريعات الوطنية (المادة 4 من القرار).

علاوة على ذلك، صدر تقرير من مفوضة الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان "نافي بيلاي"، وذلك بتاريخ 30 يونيو 2014، يناقش هذه المشكلات وتأثيرها وكذلك التوصيات التي تضمن حماية وتعزيز الحق في الخصوصية في إطار المراقبة المحلية والمراقبة التي تتجاوز الحدود الاقليمية لأغراض الاتصالات الرقمية وجمع البيانات الشخصية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - نصيرة خلوي (عان)، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 43.

<sup>2</sup> - فكتوريا برانان، المرجع السابق.

## ثالثا : التعريف التشريعي للحق في الخصوصية

الحق في الخصوصية هو مبدأ يجب تطبيقه واحترامه، خاصة في العصر الرقمي الحالي؛ لذلك نصت معظم التشريعات الدولية والوطنية على حماية الحق في الحياة الخاصة.

حيث اعترف المشرع الفرنسي بالحق في احترام الحياة الخاصة للشخص، وخصه بالحماية بمجرد الاعتداء عليه بصرف النظر عن مدى خطورة الضرر باعتبار أن الضرر أمر مفترض، ويمكن لصاحب الحق في حالة وقوع الاعتداء عليه اللجوء الى القضاء لاتخاذ الاجراءات لوقف الاعتداء أو منعه دون اثبات عنصر الضرر، وبذلك تكون هذه الحماية أكثر فعالية مما لو تركت لقواعد المسؤولية المدنية التي تثبت بعناصرها الثلاث: الخطأ الضرر وعلاقة السببية بينهما<sup>1</sup>.

نص المشرع الجزائري صراحة في دستور 1996<sup>2</sup> عن حماية الحق في الحياة الخاصة، حيث تنص المادة 39 منه على ما يلي: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ... سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة ."

أما القانون المدني فلم ينص صراحة عن حماية الحق في الحياة الخاصة، بل أشار في المادة 47 منه الى الحقوق الملازمة للشخصية، وفي المواد 303 و 303 مكرر من قانون العقوبات<sup>3</sup> اعتبر المشرع الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة جريمة يعاقب عليها القانون.

<sup>1</sup> - علي احمد عبد الزغبي، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2000، ص 147.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 96 - 483 مؤرخ في 1996/12/07 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج ر، العدد 76 الصادر في 1996/12/08.

<sup>3</sup> - أمر رقم 66 - 156 مؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون العقوبات معدل و متمم، ج ر العدد 49 الصادرة سنة 1966.

**الفرع الثاني : مجال تحريك البيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني**

يدخل المستهلك الى شبكة الأنترنت، فيرغب في التعاقد على شراء سلعة أو خدمة ما ويطلب منه البائع التعريف بنفسه ضمن سلسلة من البيانات الشخصية المطلوبة كالاسم والعمر والعنوان والحالة الاجتماعية والمستوى العلمي... وملائته المادية والبنوك التي يتعامل معها. وتشكل هذه البيانات الشخصية جزءا من حياة المتعاقد عبر الأنترنت الخاصة، فلا يجوز للمحترف الإفشاء بها للغير، أو نشرها أو بثها أو اساءة استعمالها، كما لا يجوز له استخدامها اذا ما انتهت العلاقة العقدية بينه والمستهلك، ولا يحق له أيضا الاحتفاظ بها فيما وراء المدة المعلنة أو المحددة في العلاقة العقدية<sup>1</sup>.

ويتبادل المستهلك مع البائع المعلومات الشخصية بوسائل الكترونية منها: البريد الالكتروني (أولا)، ونظام التبادل الالكتروني للبيانات (ثانيا).

**أولا : البريد الالكتروني (E-Mail)**

هو احدى أهم الخدمات المتوفرة عبر شبكة الانترنت، وأكثرها شهرة واستعمالا، وهو وسيلة للاتصال والمراسلة بين الأشخاص ولتبادل المعلومات والصور والأصوات والملفات والرسوم والأغاني والبرامج... الخ، وذلك عن طريق ارسالها من المرسل الى عنوان البريد الالكتروني للشخص المرسل اليه أو أكثر.

يتفوق البريد الالكتروني عن البريد التقليدي بشكل كبير، لأنه يسمح بتوجيه الرسائل من نقطة جغرافية الى أخرى بدقة متناهية وبسرعة مذهلة قد لا تتعدى الثواني، ولا يحتاج الى متطلبات البريد التقليدي (العادي) كالتوابع البريدية أو الرسوم أو عمال البريد ولا يخضع لرقابة الدول كما على البريد العادي، ولا يحمل في طياته مخاطر الرسائل العادية وفوق ذلك كله فهو بالمجان<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 48.

<sup>2</sup> - نفس المرجع السابق، ص 356

## ثانيا : التبادل الالكتروني للبيانات

عرف قانون اليونسترال النموذجي الصادر عام 1996 المتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 2/2 منه التبادل الالكتروني للبيانات بأنه: " نقل المعلومات الكترونيا من كمبيوتر الى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

تستخدم تقنية التبادل الالكتروني(EDI) لغرض تبادل المعلومات والاستفسارات عن السلع واسعارها واصدار أوامر الشراء والاستفسار عن وقت شحنها ووصولها، فيتم ارسال العمليات التجارية بعد اعدادها وفق معيار خاص صمم لهذه التقنية<sup>1</sup>.

توجد ثلاث طرق لاستخدام تقنية تبادل البيانات الالكتروني لاتمام العملية التجارية الكترونيا : طريقة الاتصال المباشر وهي<sup>2</sup> مكلفة جدا، طريقة الشركات الوسيطة مباشرة " شركات القيمة المضافة VAN"، وطريقة الانترنت EDI/INTERNET وهذه الطريقة الأخيرة هي أقل تكلفة ولذلك لاقت رواجاً لدى الشركات المتوسطة والصغيرة<sup>3</sup>.

مما سبق يمكن أن نخلص بأن للمستهلك الحق في احترام خصوصيته، وأن الحفاظ على بياناته في التجارة الالكترونية يورث الثقة في هذه التجارة طالما أن البيانات في مأمن من الاختراق والسرقة، ومن ثم اساءة استعمالها، الأمر الذي يؤثر ايجابا على هذه التجارة ويدفع الأشخاص للتعامل فيها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - توجد معايير تستخدم لغرض تبادل البيانات الالكترونية مثل المعيار الأمريكي ANSIX12 وهو معيار يستخدم داخل الولايات المتحدة الأمريكية في مجال التجارة وفي المجال الحكومي ، والمعيار الأوروبي EDIFACT يستخدم بين الدول الأوروبية : والمعيار EDI هو معيارا دوليا تستخدمه جميع الدول لغرض تبادل البيانات الكترونيا ، نصيرة خلوي (عنان)، المرجع السابق ، ص 48 .

<sup>2</sup> - تعرف الشركات الوسيطة VAN أنها شركات تستأجر خطوط اتصالات من شركات الهاتف وتقدم خدمة اتصالية وربط شبكي الى زبانتها وهم في الغالب شركات تجارية لتسهل لهم نقل البيانات الالكترونية الى عملائهم .

<sup>3</sup> - نصيرة خلوي (عنان)، المرجع السابق، ص 46.

<sup>4</sup> - يرى الأستاذ العيد حداد أنه في حالة اختراق الشبكات الالكترونية المنجزة يتم سرقة المعلومات واعادة استخدامها على نحو يضر بالمستهلك ، العيد حداد ، " الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الأنترنت " ، المؤتمر المغربي الأول حول المعلوماتية والقانون ، أكاديمية الدراسات العليا ، طرابلس ، ليبيا، 30/27 أكتوبر 2009 ، ص 3 و 8 و

**المبحث الثاني: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**

تقوم الصورة التقليدية للعقد على المساومة إذ تفترض مناقشة جميع شروط العقد، ويتم ذلك بحرية تامة من الطرفين (المهني والمستهلك) وذلك على قدم من المساواة، فالمهني يقوم في مرحلة إبرام العقد بجذب المستهلك للتعاقد، إذ يسعى في سبيل تحقيق ذلك لاستعمال كافة وسائل الإعلام والاتصال والنشر والدعاية عبر الانترنت.

ورغم أن الأصل في عقد البيع الإلكتروني أنه من العقود الرضائية، إلا أنه وبسبب القوة الاقتصادية والتفوق العلمي والتكنولوجي التي يتميز بها المهني، ما جعل هذا الأخير يفرض على المستهلك الطرف الضعيف فنياً، وقانونياً واقتصادياً بعض الشروط المعدة سلفاً والمدرجة في العقود التي يحررها بصفة منفردة، ولما كان المستهلك في غالب الأحيان مضطراً للتعاقد مع هذا المهني لاتصال العقد بمرافق أساسية لا غنى له عنها، فإنه في الواقع يذعن لما يفرض عليه من شروط من قبل المهني.

ففي أغلب صور وأشكال التعاقد عبر الانترنت، تطغى صور العقود النموذجية المعدة سلفاً وبمعرفة المهني، والتي يغيب فيها عنصر المناقشة والتعديل غالباً، لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي اعتبار هذه العقود بمثابة عقود إذعان<sup>1</sup>، تتضمن شروطاً تعسفية، وبالتالي لا بد من حماية المستهلك من مثل هذه الشروط لذلك نتطرق لماهية الشرط التعسفي (المطلب الأول) ولكيفية حماية المستهلك منه (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> - أول من أطلق تسمية " عقد الإذعان" هو الأستاذ عبد الرزاق السنهوري، بينما أطلق الفرنسيون على عقد الإذعان، اسم عقد الانضمام وأطلق المصريون عليه اسم عقد التسليم، وأطلق اللبنانيون عليه اسم عقد الموافقة، الشريف بحماوي « سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية»، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 2، جوان 2004، (ص من 98 إلى 112)، ص 100.

**المطلب الأول: ماهية الشرط التعسفي**

تقوم العقود على مبدأ أساسي هو مبدأ العدالة، ومن خصائص هذا المبدأ وجود التوازن بين الالتزامات المنبثقة عن العقد بحيث لا تطغى مصلحة على أخرى، أو يغتني طرف فيه على حساب الآخر دون وجه حق أو نتيجة لغش أو لخداع أو استغلال عدم الخبرة أو الجهل<sup>1</sup>. إلا أن هناك نوعاً من العقود يخرج عن هذا المبدأ وهي عقود الاذعان أين تتعدم المساومة والنقاش فيها، وأين يدرج المهني شروطاً تعسفية لصالحه (الفرع الأول) وهذه الشروط تتميز بعناصر محددة تمنح لها الطابع التعسفي (الفرع الثاني)، كما تتميز هذه الشروط عن عقود الاذعان (الفرع الثالث).

**الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي**

اختلف الفقه حول تعريف الشرط التعسفي، حيث يدور الخلاف حول وجود المستهلك في مركز ضعيف فنياً أو اقتصادياً يسمح للطرف الآخر بأن يفرض عليه بعض الشروط التي تؤدي في النهاية إلى الإخلال بالتوازن العقدي (أولاً)، كما تناول كل من القانونيين الفرنسي والجزائري تعريف الشرط التعسفي (ثانياً).

**أولاً: التعريف الفقهي للشرط التعسفي**

تعددت تعريفات الفقه للشرط التعسفي، واختلفت زاوية الرؤية لهذا الشرط.

فمن زاوية أطراف العلاقة العقدية ومصدر الشرط، يعرف الفقه الشرط التعسفي بأنه: « الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - فانت حسين حوى، المرجع السابق، ص 87.

<sup>2</sup> - أحمد رياحي، « أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن»، مجلة اقتصاديات إفريقيا، جامعة الجلفة، العدد 5، د س ن، (ص ص 343-368)، ص 346.

ومن زاوية طريقة فرض الشرط التعسفي، فقد عرّف بأنه: « محرر من جانب الطرف الأكثر قوة يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر»<sup>1</sup>.

من زاوية أثر الشرط على العلاقة العقدية وتوازنها، فقد جاء تعريفه كما يلي: « شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة عن عقد الاستهلاك، يتمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوة اقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك»<sup>2</sup>.

كما يقسم بعض الفقه الشروط التعسفية إلى شرط تعسفي بذاته، يظهر المتعسف في هذا النوع منذ إدراجه في العقد حتى مرحلة تكوين العقد وتكشف عنه ألفاظه فتأتي متناقضة في جوهرها؛ وشرط آخر تعسفي بحكم استعماله، فهو شرط عادي لا تظهر فيه صفة التعسف عند إدراجه في العقد، ولكن يظهر عند التطبيق، وذلك بالتمسك بحرفيته وعدم مراعاة روحه<sup>3</sup>.

### ثانياً: التعريف القانوني للشرط التعسفي

لم تقم أغلب التشريعات بتعريف الشروط التعسفية في القانون المدني، إذ أن تعريفها غالباً ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك ومن بين التشريعات التي تولت تعريف الشرط التعسفي القانونيين الفرنسي والجزائري.

<sup>1</sup> - سليمة أحمد يحيوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن عكنون، 2010-2011، ص90.

<sup>2</sup> - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص402.

<sup>3</sup> - أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص213.

## أ/ تعريف الشرط التعسفي في القانون الفرنسي

عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين حيث نصت على ما يلي : « كل شرط يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف هذا الأخير في استعمال سلطاته الاقتصادية بهدف الحصول على ميزة مجحفة»<sup>1</sup>.

جاء هذا النص بصياغة عامة واسعة، ولم يحدّد الشروط التعسفية، وبالتالي من الممكن أن تتجسد هذه الشروط في، تلك المتعلقة بتحديد الثمن أو طريقة دفعه، والشروط المتعلقة برفع السعر وبماهية الشيء محل التعاقد، وكذلك المتعلقة بالتسليم وظروف تنفيذ العقد، وتلك المتعلقة أيضا بعبء المخاطر وكذلك الشروط المتعلقة بالمسؤولية والضمان كوضع شرط للإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، بالإضافة إلى شرط فسخ العقد أو تجديده أو انحلاله<sup>2</sup>.

كما نصت المادة 2 من القانون رقم 23/78 السابق الذكر، على أنه في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين يجب ألا تحتوي على شروط من شأنها الإنقاص من التعويضات المستحقة للمستهلكين في حالة تخلف المستهلك عن الوفاء بأحد التزاماته<sup>3</sup>.

كما عرف المشرع الفرنسي الشروط التعسفية بمقتضى قانون الاستهلاك رقم 96/95<sup>4</sup> في المادة L.132-1 منه كما يلي: « في العقود المبرمة ما بين المهنيين وغير

<sup>1</sup> - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1986، ص32.

<sup>2</sup> - نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص195.

<sup>3</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص458.

<sup>4</sup> - صدر توجيه أوروبي رقم 13/93 بتاريخ 5 أبريل 1993 يتعلق بالشروط التعسفية وعرفها بأنها: « الشروط التي ترد في العقد وتتطوي على اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد على حساب المستهلك وتتعارض مع مبدأ حسن النية»، يقضي هذا التوجيه بتعديل قوانين الدول الأوروبية الأعضاء به لتنسجم معه في مادة الشروط التعسفية والذي استجاب له المشرع الفرنسي وأصدر القانون رقم 96/95 بتاريخ 1 فيفري 1995، معدلا بذلك قانون 26 جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك، عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص335.

المهنيين أو المستهلكين تعتبر تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد»<sup>1</sup>.

### ب/ تعريف الشرط التعسفي في القانون الجزائري

تناول المشرع الجزائري الشروط التعسفية في القانون المدني بمقتضى المادتين 70 و110 منه، حيث تنص المادة 110 على ما يلي: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية....». نستنتج من مفهوم هذا النص أن عقد الإذعان هو العقد الذي يتضمن شروطا تعسفية.

أما المادة 70 ق م ج فتتص على ما يلي: « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها». ونستنتج من هذا النص أن الشروط التعسفية هي تلك الشروط التي يضعها الموجب ( المهني ) ولا يقبل المناقشة فيها من طرف القابل ( المستهلك ).

كما ورد تعريف الشرط التعسفي أيضا في القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>2</sup>، في المادة 5/3 منه التي تنص على: « كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

أخذ المشرع الجزائري هذا التعريف للشرط التعسفي الذي ورد في القانون 02-04 من نص المادة L.132 من القانون الفرنسي رقم 96/95 السابقة الذكر، إلا أنه حذف أو اقتطع منه جزء مهم، وهو الجزء الأول الذي جاء فيه: « في العقود المبرمة بين المحترفين

<sup>1</sup> - <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>2</sup> - قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 41 الصادر في 27 جوان 2004، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر العدد 46 الصادر سنة 2010.

وغير المحترفين أو المستهلكين»، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ساوى بين المحترف والمستهلك، في حين أن الواقع يؤكد لنا أن المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية مع المحترف وأن القانون جاء لحماية هذا الطرف الضعيف<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي

اختلف الفقه والقضاء حول الضوابط التي يلزم توافرها لإضفاء صفة التعسف على شروط التعاقد، فذهب رأي<sup>2</sup> إلى القول بأن الشرط يعد تعسفيا إذا توفر بشأنه عنصرين هما: التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للمتعاقد التاجر، أو المهني بصفة عامة، والميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد.

### أولا: التعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية للمهني

يتكون عنصر التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من جزأين هما:

#### أ/ التفوق الفني والاقتصادي للمهني:

إذ أن المركز القوي للمهني هو الذي يمكنه من فرض شروطه على المستهلك، وهذا المركز يسمح له بالمعرفة الجيدة للالتزامات التي يستطيع تنفيذها وبالمقابل الحقوق التي يفرضها على الطرف الثاني وفق ما يتناسب مع مصالحه<sup>3</sup>. وتقاس القوة الاقتصادية للمهني بحجم المشروع الذي يستغله، والمركز القانوني لشخص المستهلك، فالمستهلك البسيط لا تكون له غالبا حرية الاختيار بين التعاقد أو رفضه للتعاقد، انطلاقا من أن التعاقد يرد على

<sup>1</sup>- travers la loi 04-02 du 23/06/2004 et le décret exécutif 06-306 du 10/09/2006».

*Revue de Sciences Juridiques*, N°12, juin 2008, ( pp 216-228 ), p223.

<sup>2</sup>- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1998، ص101.

<sup>3</sup>- نصيرة خلوي، المرجع السابق، ص33.

خدمة أو سلعة أو منتج يعد ضروريا بالنسبة له<sup>1</sup>.

### ب/ معيار التعسف في القوة الاقتصادية

نعني بهذا المعيار أن الوضع الاقتصادي القوي للمهني يجعله يُهيمن في التعاقد وذلك نظرا لحاجة المستهلك التي تدفعه للتعاقد دون مناقشة الشروط التعاقدية مهما بلغت درجة تعسفها، وبمعنى آخر يستغل المهني مركزه ونفوذه الاقتصاديين لفرض شروط تعسفية على المستهلك<sup>2</sup>.

### ثانيا: الميزة المفرطة والمتجاوزة التي يحصل المهني عليها بمناسبة التعاقد

ويقصد بذلك وجود عدم توازن بين التزامات المهني والتزامات المستهلك<sup>3</sup>. وقد عرّف بعض الفقه هذه الميزة المفرطة أنها: « المقابل المغالى فيه وذلك بواسطة شرط أو عدة شروط عديدة تكون مخالفة للقانون المدني والتجاري»<sup>4</sup>.

نستنتج من هذا التعريف أن الفقه لم يعرف ماهية هذه الميزة المفرطة بل ترك مجالها واسعا لتدخل ضمنها أي نوع من أنواع المزايا التي قد يخص بها المهني نفسه والتي يراها مناسبة لمصلحته.

ذهب المشرع الفرنسي إلى وضع تعريف للتعسف من خلال ما يحصل عليه المهني من نتيجة، بحيث لا يعتبر الشرط تعسفيا إلا إذا منح لهذا الأخير ميزة فاحشة، ولم يحدّد المشرع رقما معيناً تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حداً معيناً.

<sup>1</sup> - قدي محمد محمود، المرجع السابق، ص129.

<sup>2</sup> - Christian LARROUMET, Droit civil, les obligations, 3eme éd, Delta, Paris, 1996, p46.

<sup>3</sup> - قدي محمد محمود، المرجع السابق، ص129.

<sup>4</sup> - A, KARIMI, « les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit» Rv L.G.D.J, Paris, 2001, p225.

ثار تساؤل حول كيفية تقدير الميزة المفرطة أو الفاحشة، ووجوب النظر إلى جميع الشروط التعسفية أم لكل شرط على حدا، والرأي الراجح هو وجوب النظر إلى جميع الشروط لتقدير التوازن العقدي، ذلك أن التعسف حقيقة لا يأخذ دائما شكل التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي بل قد يتعلق بأشكال أخرى من التفوق كالتفوق الاجتماعي، التقني أو القانوني... الخ<sup>1</sup>.

إذن المشرع الفرنسي وضع معيارين لتحديد الشروط التعسفية هما: معيار النفوذ الاقتصادي ومعيار الميزة المفرطة أو الفاحشة، وهما معيارين مرتبطان ارتباط السبب بالنتيجة، ولكنهما يختلطان ذلك أن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها، فالميزة المفرطة تفترض التعسف في استعمال القوة الاقتصادية. ولكن المشرع الفرنسي تخطى بعد ذلك عن معيار الحصول على الميزة الفاحشة من خلال التعريف الذي قدمه للشروط التعسفي بنص المادة 1-132 L من القانون رقم 96/95 المتعلق بالاستهلاك.

واستبدل المشرع هذا المعيار بعدم التوازن الظاهر Déséquilibre Significatif بين حقوق والتزامات الأطراف، بحيث أراد المشرع أن يكون تعريفه للشروط التعسفي موافقا للتعريف الذي جاء به التوجيه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بالشروط التعسفية<sup>2</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر أن الشروط التي تجب الحماية ضدها هي الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين وتكون محررة مسبقا ويذعن لها المستهلك، أي أن مجال الحماية يتحدد بدائرة عقود الإذعان فقط، وهذا على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يحصر

<sup>1</sup> - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا، ألمانيا ومصر، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص94.

<sup>2</sup> - نعيمة غيدوشي، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة لنس شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص ص 35-36.

دائرة الشروط التعسفية بطائفة من العقود، بل جعل مجالها كل العقود سواء كانت عقود اذعان أو عقود مساومة<sup>1</sup>.

ويظهر من تعريف الشرط التعسفي الذي جاء به نص المادة 5/3 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أن المشرع الجزائري حدد معيار الشرط التعسفي بعدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو نفس المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث: تمييز الشرط التعسفي عن عقد الإذعان

تختلف الشروط التعسفية مع بعض العقود التي تتشابه منها في خاصية التعسف وخاصة عقود الإذعان.

#### أولاً: تعريف عقد الإذعان وخصائصه

يعتبر عقد الإذعان من العقود الرأجة الاستعمال في مختلف الشركات كشركات الكهرباء والتأمين... إلخ، والذي يحتوي كثيرا على شروط تعسفية خاصة باعتبارات هذا العقد يتم وضع شروطه مسبقا من طرف أحد المتعاقدين وهو المهني، وما على المستهلك إلا قبول الانضمام إلى هذا العقد .

#### أ/ تعريف عقد الإذعان

لم يُجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان فالفقيه "سالي" صاحب فكرة الإذعان يرى أن « عقد الإذعان هو محصن تغليب إرادة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة ونفرضها مسبقا من جانب واحد ولا ينقضها سوى إذ كان من يقبل العقد».

<sup>1</sup> - أحمد رياحي، المرجع السابق، ص 357.

<sup>2</sup> - نعيمة غيدوشي، المرجع السابق، ص 38.

اهتم الفقيه سالي في تعريف لعقد الإذعان بالإرادة المنفردة وبطريقة انضمام الأفراد إلى الإرادة التي تملى قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد<sup>1</sup>.

أما الفقيه عبد الرزاق السنهوري فلم يتطرق إلا للقبول في عقد الإذعان فيقول: « قد يكون القبول مجرد إذعان إذ كان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى له عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه ومن ثمة سميت هذه العقود بعقود الإذعان»<sup>2</sup>.

أبرز تعريف فقهي يمكن الأخذ به هو تعريف الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة الذي يصف عقد الإذعان بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدية الذي يضعه الموجب ولا يقبل المناقشة فيه، كما يذكر الموضوع (المحل) الذي يرد عليه الانعقاد متعلقا بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار فعلي أو قانوني أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنه<sup>3</sup>.

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف عقد الإذعان، وإنما اكتفى بالنص على كيفية حصول القبول فيه، فنصت المادة 70 ق م ج على ما يلي: « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها»، ويكون القبول في هذه الحالة أقرب إلى التسليم والإذعان.

<sup>1</sup> - لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير في القانون، العقود والمسؤولية، معهد الحقوق الجزائر، 1984، ص25.

<sup>2</sup> - وسمي عقد الإذعان باللغة الفرنسية Contrat d'adhésion، ومعناه عقد الانضمام، حيث أنه من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، المجلد الأول، 2005، ص244.

<sup>3</sup> - لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 27.

## ب/ خصائص عقد الإذعان

انطلاقاً من التعاريف الفقهية والتعريف القانوني لعقد الإذعان، والتي تطرقنا إليها نستنتج أن عقد الإذعان يختلف عن غيره من العقود المعروفة الأخرى، لأنه ليس من العقود المسماة المشهورة ذلك أن عقد الإذعان ينفرد عن غيره من العقود بمجموعة من الخصائص هي:

(1)- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية لجمهور من الناس لا غنى عنها مثل خدمات مرافق الغاز والكهرباء والمياه والتلفون والتأمين...الخ.

(2)- أن يكون أحد المتعاقدين محتكراً للسلعة أو للخدمة قانونياً أو فعلياً.

(3)- أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور (إيجاب عام) وفق شروط مقررة سلفاً لا يقبل مناقشة فيها، فغالبا ما يصدر هذا الإيجاب في صورة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز المناقشة فيها وتخدم مصلحة البائع أو المنتج<sup>1</sup>.

في الواقع هناك مفهومين لعقد الإذعان: مفهوم تقليدي، ويتميز عقد الإذعان وفق هذا المفهوم باجتماع الخصائص الثلاثة المذكورة؛ ومفهوم حديث لعقد الإذعان يميل إلي عدم التشديد في تحديد فكرة الإذعان ولا يشترط توفر الخصائص الثلاثة في العقد لاعتباره عقد إذعان، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقاً بواسطة احد المتعاقدين ( الموجب) بحيث لا تقبل مناقشة للشروط الواردة به<sup>2</sup>، فعندما لا يكون لاحد المتعاقدين فرصة للتفاوض على شروط العقد، ويكون له أن يقبل بهذا العقد وحده كما هو أو يرفضه كما هو، يمكن أن يوصف العقد بأنه عقد إذعان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، البيع والمقايضة، مصر، 1986، ص245.

<sup>2</sup> - خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 206.

<sup>3</sup> - قدرى محمد محمود، المرجع السابق، ص 130.

## ثانيا: تكييف عقد البيع الالكتروني بأنه عقد إذعان

الأخذ بالمفهوم الفقهي الحديث لعقد الإذعان، يخدم أكثر مصلحة المستهلك ويوفر له الحماية متى لم يشارك هذا الأخير في تحديد شروط العقد وطبقا لهذا المفهوم الحديث ذهب بعض الفقه إلى اعتبار عقد البيع الالكتروني عقد إذعان<sup>1</sup>، ويرى هذا الاتجاه الفقهي أن هناك اعتبارات تؤكد فكرة الإذعان في عقود التجارة الالكترونية عامة تتمثل في النقاط التالية:

- 1- في حالة وجود الشرط التعسفي، يحق للمستهلك فسخ العقد بإرادته المنفردة خلال المدة المحددة، محسوبة من تاريخ استلام السلعة أو التعاقد على الخدمة، وبالتالي حق المستهلك في الرجوع، وهذا الحق يجب تقريره للمستهلك، ويؤدي في النهاية إلى حماية المستهلك والحفاظ على التجارة الالكترونية، مع مراعاة أن المستهلك حين تعاقد على سلعة عبر الشبكة الالكترونية لم تكن لديه فكرة كاملة عن مواصفات السلعة التي قام بشرائها<sup>2</sup>.
- 2- مضمون عقود التجارة الالكترونية محدد سلفا من قبل المهني، ومطروح في الموقع الالكتروني بشكل جامد، والسلعة أو الخدمة لا غنى للمستهلك عنها، كما أنه لا يتوافر تواصل مباشر بين المهني والمستهلك يتيح فرصة المساومة من أصلها، ويتم التعامل على هذا المحتوى بأكمله كوحدة بمجرد النقر على الموقع وطالما أن العقد غير متوازن، فإن عدم التوازن سوف يميل لصالح المهني ولغير صالح المستهلك<sup>3</sup>.

- 3- في عقود التجارة الالكترونية، لا يملك المستهلك فرصة كافية لمعاينة المنتج ومواصفاته، أو مواصفات الخدمة المطلوبة مما يعرضه للغش والاحتيال، كذلك فإنه لا يملك

<sup>1</sup> - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص191.

<sup>2</sup> - هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص68.

<sup>3</sup> - محمد شكري سرور: « التجارة الالكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، من 26-28 أبريل 2003، المجلد الثاني، (ص من 101 إلى 214)، ص132.

إمكانية التفاوض مع البائع أو المورد بحرية كاملة، وإن توافرت له الفرصة فسوف تكون مكلفة بالنسبة له، كما أنه نظرا للظروف الاقتصادية للمستهلك بوصفه الطرف الأضعف في هذه العلاقة، أمام الطرف الآخر، والذي يكون غالبا شركات قوية وعلاقة من الناحية الاقتصادية، ولها قدرة هائلة على الإعلان والتسويق، ولذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي النظر إلى المستهلك بوصفه طرفا مدعنا في عقد التجارة الإلكترونية<sup>1</sup>.

لكن هذا الرأي الذي يقول بان عقود التجارة الإلكترونية هي عقود إذعان، انتقد كون أن هناك من العقود التي يمكن للمستهلك فيها أن يناقش الشروط المتعلقة بالعقد، وذلك بالنظر إلى الوسيلة المستعملة في التعاقد، فإذا كان التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو استخدام برامج محاولة أو وسائل سمعية بصرية، فإن العقد رضائي لأنه يتم بالنقاش بين طرفي العقد، أي بوجود أخذ ورد بين المتعاقدين، أما إذا التعاقد بواسطة مواقع الإنترنت، أين يستخدم غالبا عقود نموذجية تكون شروطها معدة مسبقا ما قبل الموجب، فإن العقد يكون عقد إذعان<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: مكافحة الشروط التعسفية

تعتبر البنود العقدية التي يضعها المهني مسبقا ويفرضها على المستهلك، أنها بنودا غير عادلة وتعسفية لأنها لا تقوم على حرية التعاقد وتتعارض مع مبدأ العدالة الذي يفترض أن تكون العلاقة الاتفاقية مؤسسة على مبدأ سلطان الإرادة الذي تنتج عنه الحرية في التفاوض الاتفاقي.

تعتبر البنود التعسفية خطرا حقيقيا يرد على حقوق وسلامة المستهلك وعلى حريته في التعاقد، لذلك عملت معظم التشريعات على توفير الحماية الشاملة للمستهلك ضد هذه الشروط التعسفية، فأيا كانت الحرية الممنوحة له في العقد الإلكتروني للمفاضلة بين السلع أو

<sup>1</sup> - محمد شكري سرور: « التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك»، المرجع السابق، ص132، قدي محمد محمود، المرجع السابق ص133.

<sup>2</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص206.

الخدمات المعروضة عليه، إلا أن الدعاية الهائلة التي تتم عبر الشبكة والقوة الاقتصادية للمزوّدين الذين يعرضون هذه السلع والخدمات تجعل المستهلك بحاجة إلى الحماية من الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد<sup>1</sup>.

لذلك كان من الضرورة معرفة التدابير والإجراءات التي اتخذها القضاء بهدف إقامة التوازن بين حقوق ومصالح المهني والمستهلك عن طريق محاربة الشروط التعسفية ( الفرع الأول)، وكذا معرفة دور المشرع في وضع تدابير تشريعية وتنظيمية لمنع أو تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول: دور القضاء في مكافحة الشروط التعسفية

حاول القضاء التخفيف من قسوة عقود الإذعان بالبحث عن الوسائل التي يوفق بها بين أوضاع المتعاقدين. وأصبح القضاء اليوم الحارس اليقظ المراقب لمدى احترام القضاء لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية وللقوة الملزمة للاتفاقيات المبرمة بحرية بين الأفراد من ناحية أخرى وحاول القضاء محاربة الشروط التعسفية التي تحتويها عقود الإذعان من خلال فحص وتحليل كيفية إبرام عقد الإذعان (أولاً)، وكذلك تفسيره (ثانياً).

### أولاً: كيفية إبرام عقد الإذعان

ذهب القضاء إلى اشتراط لاعتبار الشروط الموضوعية سلفاً من جانب أحد المتعاقدين، جزءاً مكملاً للعقد أن يتمكن القضاء من معرفتها، وهذا يتطلب أن تكون موضوعية وموجودة لحظة إبرام العقد أو قبل هذه اللحظة، ولا يكفي بمجرد وجودها بل بتعيين أن تكون في مكان ظاهر يسهل الاطلاع عليه وبخط بارز يختلف عن الخط الذي صيغت به باقي الشروط.

<sup>1</sup> - فلاح فهد العجمي، المرجع السابق، ص 85.

وقد مائل القضاء بين عدم ظهور هذه الشروط وبين صياغتها بلغة غير اللغة المستخدمة عادة في مكان ابرام العقد<sup>1</sup>.

واشترط القضاء أن يفهم المتعاقد ما قرأ من شروط أو اطلع عليه، فإذا صعب عليه الفهم، إما لصعوبة العبارات المستعملة أو لاختلاف لغتها عن لغته اعتبر وكأنه لم يطلع عليها، كما يتعين أن يقبل المتعاقد هذه الشروط وعادة ما يستكشف القضاء هذا القبول من مجرد عدم اعتراض المتعاقد عليها لحظة التوقيع على العقد، وإن كان يشترط هنا أن يكون هذا السكوت موصوفاً وهو ما يسمى بالسكوت الايجابي الذي يدل في حد ذاته على قبول ما هو مدون<sup>2</sup>.

ولكن من ناحية أخرى فإن القضاء يتمتع بسلطة تقدير واسعة في دراسة معطيات الواقع في كل حالة على حدة، كما أن أوضاع المتعاقدين وما قد يتمتع به أحدهم من قوة في التعاقد يلعب دوراً مؤثراً في أحكام المحاكم، وبالتالي رقابتها على الشروط الموضوعية سلفاً تنعدم فائدتها في حالة غياب اعتراض المتعاقد عند الاطلاع عليها إذ يفترض -وإلى أن يثبت العكس- أن جميع شروط العقد العامة والخاصة كانت موضوع قبول من جانب المتعاقد. أما في حالة اعتراض المتعاقد فإن القضاء هنا يراقب عدم صحة القبول بالنسبة له من خلال رقابة عدم التعادل الواضح بين التزامات طرفي العقد، والذي يجد مصدره في استغلال أحد المتعاقدين لضعف أو جهل أو حاجة المتعاقد الآخر، وهذا يعني أنه يجب على المتعاقد

<sup>1</sup> - محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، الكويت، يونيو 1998، ص 753.

<sup>2</sup> - DELVAUX Paul henry, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit Belg », in la protection de la partie faible dans les rapports contractuel, ouvrage par le centre de droit des obligations de l'université de paris I, pp 81-82.

المعترض على شروط العقد أن يعطي القضاء إشارة البدء في ممارسة سلطته التقديرية للبحث في مدى توافر الاستغلال من عدمه<sup>1</sup>.

### ثانياً: تفسير عقد الإذعان

في تفسير عقود الإذعان يبحث القضاء أولاً وبدقة عن الإرادة الحقيقية للأطراف والتي تقف خلف إرادتهم المعلنة أو الظاهرة، وباسم الإرادة الحقيقية رجح القضاء الشروط الخاصة أو المضافة بمعرفة الطرفين على الشروط العامة الموضوعية سلفاً من جانب أحدهما. وقد حل البحث عن الإرادة الحقيقية التناقض الذي قد يوجد بين الشروط العقدية الموضوعية مسبقاً وخاصة عندما يحاول كل طرف فرض مفاهيمه الخاصة والتي لا تؤدي إليها بنود العقد نفسها. بل إن القضاء قد وصل إلى حد إبطال الشروط المتعارضة عندما يتضح أنها أو بعضها ليست محل اتفاق بين الطرفين.

وفي إطار البحث عن الإرادة الحقيقية، وجد اتجاهان فقهيان في التفسير هما:

1-الاتجاه الأول: ويسمى التفسير المقيد، وفيه يقوم القاضي بتحديد مضمون الشروط

بشكل لا يؤدي إلى الخروج عن القواعد العامة، متقيداً بالشروط الواردة في العقد.

2-الاتجاه الثاني: ويسمى التفسير الموسع، ومنه يقوم القاضي بتفسير الشروط

الموضوعية سلفاً ضد مصلحة المتعاقد ولصالح الطرف الآخر. وقد أيد الفقه هذا

التوسع وخاصة في حالة ما إذا كانت الشروط تولد التزاماً على عاتق الطرف

المفروضة عليه<sup>2</sup>.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالاتجاه الثاني في التفسير بخصوص عقود الإذعان، حيث

خرج على القاعدة العامة التي تستوجب على القاضي تطبيق أحكام العقد وما أراه

<sup>1</sup> - كريمة بركات « الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق،

جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، 2011، (ص من 275 إلى 307)، ص 301.

<sup>2</sup> - محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص ص 755، 756.

المتعاقدون دون أن يتدخل في إرادتهم التعاقدية، بأن أعطى المشرع للقاضي صلاحية النظر بالشروط الواردة في عقود الإذعان إذا كانت تعسفية، وذلك بالإلغاء أو التعديل وفق ما تقضي به العدالة؛ واعتبر المشرع هذا الحكم من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافه وفي هذا الشأن تقضي المادة 110 ق م ج أنه: « إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعطي الطرف المدعى منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك».

### ثالثا: تنفيذ عقد الإذعان

باسم الواجبات الرئيسية الخلقية: الصدق، الأمانة، الاعتدال والتعاون التي تحكم تنفيذ العقد، يلزم القضاء كل طرف في العقد بضرورة إخبار الآخر بجميع البيانات والمعلومات التي يتطلبها تنفيذ العقد والابتعاد عن كل ما من شأنه التشديد في أعباء المتعاقد الآخر أو التقليل من الفائدة المشروعة التي يأمل الحصول عليها من وراء العقد. كما يلتزم كل طرف بعدم إساءة استخدام حقوقه وبمساعدة الآخر على احترام تعهداته وتنفيذها، بعبارة أخرى يراعي مبدأ حسن النية عند تنفيذ العقد<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حصر الشروط التعسفية

اتخذ المشرع الجزائري تدابير تشريعية وتنظيمية لتنظيم العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، فأصدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية<sup>2</sup> (أولا). كما أنشأ المشرع لجنة الشروط التعسفية مكلفة بمهام معتبرة في مجال حماية المستهلك (ثانيا).

<sup>1</sup> طبقا لنص المادة 1/107 ق م ج التي تنص على: « يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية...».

<sup>2</sup> مؤرخ في 2006/09/10، ج ر العدد 56 الصادر في 2006/11/11، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 2008/02/03، ج ر العدد 07 الصادر في 2008/02/10.

## أولاً: التحديد القانوني للشروط التعسفية

حدد المشرع الجزائري في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الشروط التعسفية التي يحظر على العون الاقتصادي إدراجها في العقود المبرمة مع المستهلكين، والتي تتعلق على الخصوص بما يلي:

- تقليص العناصر الأساسية للعون المذكورة في المادتين 2 و3 من المرسوم.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك<sup>1</sup>.
- التخلي عن مسؤولية العون بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضد العون.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك.

انطلاقاً من هاته القائمة التي حدد فيها المشرع الشروط التي تعتبر تعسفية، على سبيل المثال وليس الحصر، نلاحظ أنه فرض نوعاً من الصرامة على المتعامل الاقتصادي

<sup>1</sup>- كما نصت على هذه الصورة المادة 29 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23/06/2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، ج ر العدد 41 الصادر في 27/06/2004.

تسمح له بممارسة نشاطه التجاري من جهة واحترام حقوق المستهلك من جهة ثانية، وهذا هو التوازن اللازم توافره في العلاقة العقدية ما بين المستهلك أو العون الاقتصادي.

### ثانيا: لجنة البنود التعسفية

انشئت لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر (المادة 6 منه) تتكون من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين، ممثلين عن كل من الوزير المكلف بالتجارة وعن جمعيات حماية المستهلكين وعن المتعاملين الاقتصاديين وعن مجلس المنافسة، وممثلين عن وزير العدل مختصان في قانون العقود<sup>1</sup>، وهذا التساوي في التمثيل بين جميع المعنيين يدل على رغبة المشرع في حل مشكلة الشروط التعسفية عن طريق التوافق.

تعتبر هذه اللجنة وسيلة رقابة قانونية للأعوان الاقتصاديين، تتكفل بعدم تعرض مصالح وحقوق المستهلك للضرر، تقوم اللجنة بالبحث والتحري وتحليل الشروط المستعملة أو المفروضة من جانب المهنيين أو الشروط الشائع استعمالها في عقود الاستهلاك حتى تتمكن من استخلاص الصفة التعسفية في أي منها<sup>2</sup>. وإذا لاحظت اللجنة وجود مخالفات في علاقات الاستهلاك من شأنها أن تخلق عدم توازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، تصدر توصيات ترفع إلى وزير التجارة<sup>3</sup>.

تمارس اللجنة رقابة وقائية، الغرض منها هو احترام المتعامل الاقتصادية لحقوق المستهلك، كما أنها تمارس ضغطا معنويا غير مباشر يؤدي إلى فرض التزام أدبي على المهنيين قد يترتب عنه إحجامهم عن فرض مثل هذه الشروط في عقودهم، كما تتضمن هذه الرقابة التي تمارسها اللجنة نوعا من الصرامة في تطبيقها مادام تصاحبها لاحقا توقيع

<sup>1</sup> - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المعدل للمرسوم التنفيذي والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

<sup>2</sup> - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص428.

<sup>3</sup> - كريمة بركات، المرجع السابق، ص20.

جزاءات، ويظهر ذلك في الحجية التي تتمتع بها المحاضر التي يحررها الأعوان المكلفون بمراقبة العمليات التجارية ومكافحة الغش وكذا قيامهم بحجز السلع أو غلق المحلات التجارية<sup>1</sup>.

إلا أن لجنة البنود التعسفية لا تخلو من السلبيات التي تجعلها لا تحقق أهدافها على أكمل وجه، حيث أن عملها ذا طابع إداري، ولا يتمتع بأي سلطة قضائية أو تشريعية، ومن ثم تفتقر توصيات اللجنة لأي قوة ملزمة، وبالتالي هي خالية من أي قدر من الفعالية<sup>2</sup> فالمشرع لم يعط الطابع الالزامي لرأي اللجنة، ووزير التجارة قد يأخذ بتوصياتها، كما قد لا يأخذ بها وهو ما لا يكفل الصرامة في تحقيق التوازن بين المتعامل الاقتصادي والمستهلك في مجال ابرام العقد؛ فتوصيات اللجنة ليست لها قوة إلزامية لا بالنسبة للأطراف، ولا بالنسبة للقاضي إلا إذا تم تطبيقها عن طريق مرسوم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الكاهنة أرزيل، « الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية

الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، 2011، (ص ص 123-149)، ص 143.

<sup>2</sup> - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 466.

<sup>3</sup> - الكاهنة أرزيل، المرجع السابق، ص 144.

# الفصل الثالث

حماية المستهلك في مرحلة

تنفيذ عقد البيع الإلكتروني

يعتبر عقد البيع الإلكتروني أكثر العقود انتشارا في التعاملات عبر شبكة الأنترنت، فهو كسائر عقود البيع، اذا تم التراضي وتوافرت أركان العقد وشروط صحته انعقد العقد وانتقل طرفاه الى مرحلة تنفيذه .

ويترتب على تنفيذ عقد البيع الإلكتروني نفس آثار عقد البيع التقليدي وهي عادة عدة التزامات تقع على عاتق كل من المحترف (البائع) كالتزامه بضمان العيوب الخفية ، وضمان التعرض والاستحقاق وضمان سلامة المشتري وأخرى تقع على عاتق المستهلك (المشتري) كالتزامه بدفع الثمن وتسلم المبيع.

ونظرا لخصوصية التعاقد عبر الأنترنت، ولاقتصار بحثنا حول حماية المستهلك في اطار هذا التعاقد الإلكتروني، سوف ندرس حق المستهلك في الضمان (المبحث الأول) ونتناول فيه حقه في ضمان التعرض والاستحقاق، وفي ضمان العيوب الخفية في المبيع، وكذا في حماية سلامته، كما تناول حقوق المستهلك أثناء تنفيذ التزاماته، وندرس على الخصوص في هذا المبحث حق المستهلك في الحماية عند الوفاء الإلكتروني بالثمن وحقه في الحماية أثناء تسلم المبيع (المبحث الثاني).

### المبحث الأول : حق المستهلك في الضمان

ينشئ عقد البيع سواء التقليدي أو الإلكتروني، التزاما على عاتق المحترف بالضمان، في حالة حصول تعرض واستحقاق حيث يجب على المحترف أو البائع أن يمكن المستهلك من الانتفاع بالمبيع بطريقة هادئة وكاملة، فلا يتعرض له شخصا ولا يسمح للغير بالتعرض له أيضا (المطلب الأول)، كما يضمن المحترف العيوب الخفية التي لا يستطيع المستهلك اكتشافها عند التعاقد، فمن حق المستهلك في هذه الحالة أن يستلم مبيع مطابق لما اتفق عليه مع المحترف (المطلب الثاني) دون أن ننسى التزام المحترف بضمان سلامة المستهلك من المنتجات المعيبة، الذي أصبح التزاما جوهريا على المحترف (المطلب الثالث) .

**المطلب الأول : حق المستهلك في ضمان عدم التعرض والاستحقاق**

يستفيد المستهلك الذي يتعاقد عبر الانترنت مما هو مقرر بشأن عقد البيع عموماً فعقد البيع يرتب على عاتق البائع الالتزام بنقل الملكية، وبضمان العيوب الخفية، والالتزام بضمان ملكية المبيع والاستفادة منها بطريقة هادئة وكاملة، فلا يتعرض للمستهلك شخصياً ولا يسمح للغير بالتعرض له أيضاً، وقد نصت المادة 371 ق م ج على التزام البائع بعدم التعرض الشخصي أو من الغير كمايلي: " 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 أُلِىَ هذا الحق من البائع نفسه ".

ويعرف ضمان عدم التعرض بأنه ضمان البائع كل فعل صادر منه أو من غيره ويكون من شأنه المساس بحق المشتري في التمتع بملكية المبيع كله أو بعضه<sup>1</sup>.

**الفروع الأول : ضمان عدم التعرض الشخصي**

يقصد بضمان عدم التعرض في مجال عقد البيع الإلكتروني امتناع المحترف عن اتيان أي فعل من شأنه أن يعرقل انتفاع المستهلك انتفاعاً هادئاً بالمبيع سواء كان هذا التعرض مادياً أو قانونياً.

ويجب أن نميز بين ضمان عدم التعرض الشخصي وضمان عدم التعرض الصادر من الغير، فبضمان عدم التعرض الشخصي يلتزم به البائع من خلال الامتناع عن أي عمل

<sup>1</sup> - عبيدي علي هادي، العقود المسماة - البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين، ط1، عمان، الأردن، 2009،

من شأنه أن يعيق انتفاع المشتري بالمبيع على النحو الذي أعد له، ويشمل ضمان البائع عدم التعرض الشخصي للمشتري كل عمل مادي وكل تصرف قانوني يصدر منه<sup>1</sup>.

### أولاً : التعرض المادي

يتمثل التعرض المادي في قيام البائع بأي فعل يؤدي الى الحيلولة دون انتفاع المشتري بالمبيع، ويحق للمشتري في هذه الحالة رفع دعوى على أساس الاخلال بالالتزام عقدي ألا هو الالتزام بضمان عدم التعرض والاستحقاق، فكل فعل يقوم به البائع ويترتب عليه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع حرماناً كلياً أو جزئياً، يعتبر تعرضاً مادياً، وذلك دون أن يستند البائع على حق يدعيه على المبيع<sup>2</sup>، ويشترط لرفع دعوى ضمان عدم التعرض توافر الشرطين التاليين:

- وقوع التعرض فعلاً فلا يكفي مجرد احتمال وقوعه.

- أن يكون التعرض الذي وقع فعلاً من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع المشتري بالمبيع<sup>3</sup>.

### ثانياً : التعرض القانوني

يتمثل التعرض القانوني في ادعاء البائع أن له حق في المبيع في مواجهة المشتري<sup>4</sup> وهو كذلك استعمال البائع لحق يدعيه على المبيع والذي من شأنه نزع المبيع من المشتري

<sup>1</sup> - عبيدي علي هادي، المرجع السابق، ص 114.

<sup>2</sup> - فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 106.

<sup>3</sup> - خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 186.

<sup>4</sup> - فلاح نهد العجمي، المرجع السابق، ص 106.

مثال ذلك أن يكون البائع ليس مالكا حقيقيا للمبيع ثم يملكه بعد ذلك عن طريق التقادم المكسب<sup>1</sup>.

عالج المشرع الجزائري هذه المسألة اذ اعتبر البيع صحيحا في حق المشتري وتنتقل اليه ملكية المبيع، في حالة ما آلت الملكية الى البائع بعد ابرام عقد البيع<sup>2</sup>.

### الفرض الثاني : ضمان عدم التعرض الحادر من الغير

يكون البائع ملزما بالضمان عند تعرض الغير للمشتري في الانتفاع بالمبيع سواء كان كله أو بعضه، فيلزم البائع بالضمير ولو كان قد ثبت حق الغير (الأجنبي) بعد البيع اذا كان هذا الحق قد آل اليه من البائع نفسه<sup>3</sup>.

ولقيام هذا الضمان يجب توفر ثلاث شروط هي<sup>4</sup>:

- أن يكون التعرض قانوني، أي يستند فيه الغير الى حق يدعيه على المبيع.
- أن يكون التعرض وقع فعلا أي أن الحق في الضمان لا ينشئ الا من وقت منازعة الغير له.
- أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو تاليا له ولكنه مستمدا من البائع.

وفي حال حصول تعرض من الغير، يلتزم البائع بضمان هذا التعرض حيث يكون ملزما بدفعه، وفي هذه الحالة يصبح البائع منفذا لالتزامه بتنفيذا عينيا، أما اذا ثبت استحقاق

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، ط4، عالم الكتب، (د ب ن)، 1980، ص 367.

<sup>2</sup> - وذلك طبقا لنص المادة 398 ق م ج التي تنص على ما يلي : " اذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري .

وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري ، اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع " .

<sup>3</sup> - فلاح فهد العجمي، المرجع السابق، ص 106.

<sup>4</sup> - نصت عليها المادة 371 ق م ج .

المبيع للغير<sup>1</sup>، فيلتزم البائع بتنفيذ الضمان عن طريق التعويض، فاذا قام المشتري باخطار البائع بوجود التعرض من الغير، يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق أما اذا لم يتدخل البائع في الدعوى رغم اخطاره في الوقت المناسب وجب عليه الضمان.

وبصفة عامة يستطيع المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق في الحالات

الاتية :

1 - اذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، ولم يتدخل البائع فيها وحكم المتعرض باستحقاق المبيع، يرجع المشتري على البائع بالضمان.

2- اذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، ولم يتدخل البائع فيها وأقر المشتري بحق المتعرض أوتصالح معه، دون أن ينتظر حكما قضائيا، ولم يستطع البائع اثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه يستطيع المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق<sup>2</sup>.

3- اذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، وحكم للمتعرض ولم يثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان سيؤدي الى رفضها، يستطيع المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق<sup>3</sup>.

4 - اقرار المشتري بحقه في المبيع دون دعوى يرفعها المتعرض، ولم يثبت البائع عدم أحقية المتعرض في دعواه، فان المشتري في هذه الحالة أيضا يستطيع الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عبيدي علي هادي، المرجع السابق، ص 130.

<sup>2</sup> - طبقا لنص المادة 373 ق م ج.

<sup>3</sup> - . طبقا لنص المادة 2/372 ق م ج.

<sup>4</sup> - عبيدي علي هادي، المرجع السابق، ص ص 131 و132، فلاح فهد العجمي، المرجع السابق، ص 107.

وعند تطبيق القواعد العامة في ضمان التعرض والاستحقاق على عقد البيع الإلكتروني يتضح أن التعرض في عقد البيع الإلكتروني قد يكون ماديا من قبل البائع، مثال ذلك قيام البائع المزود بزراعة فيروس داخل برنامج الحاسوب المباع، أو بتوجيه الفيروس عن بعد من خلال جهاز المودم الموجود داخل جهاز الحاسوب الخاص بالمستهلك حيث يتم ذلك من خلال شبكة الأنترنت، مما قد يسبب تدمير كلي أو جزئي للنظام المعلوماتي لجهاز الحاسوب عند تشغيله<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن التعرض المادي من قبل البائع لانتفاع المشتري في المبيع قد تحقق سواء كان كليا أو جزئيا، فقيام البائع المزود بزراعة فيروس داخل برنامج الحاسوب المبيع، أو بتوجيه الفيروس عن بعد من خلال الأنترنت يؤدي الى التعرض لانتفاع المتعاقد بملكية البرنامج، حيث لا يوجد في القانون أو العقد ما يبزر ذلك التعرض، ويجب الاشارة إلى أن التعرض في التعاقد الإلكتروني ليس تعرضا ماديا ملموسا، بل هو تعرض معنوي غير ملموس.

أما بالنسبة للتعرض القانوني للانتفاع بالمبيع، فإنه يتمثل في حالة شراء شخص لوحة فنية محملة برهن متنازع عليه بين البائع وصاحب الرهن، أو محملة بدين التأمين المتنازع عليه أيضا، أو حالة شراء براءة اختراع متنازع على تسجيلها بين البائع والمخترع أو حالة شراء ببرنامج حاسوب لم يكن للبائع سوى حق استعماله دون استغلاله<sup>2</sup>.

ونستنتج أن ضمان التعرض والاستحقاق المنصوص عليه في القواعد العامة يمكن تصوره في عقد البيع الإلكتروني الا أنه وفي سبيل حماية المستهلك لا يجوز انقاص

<sup>1</sup> - خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقد الإلكتروني(2006)، المرجع السابق، ص 233.

<sup>2</sup> - نفس المرجع السابق، ص 233، فلاح فهد العجمي، المرجع السابق، ص 108.

الضمان أو الاتفاق على اسقاطه، لكن يجوز زيادته<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: حق المستهلك في ضمان العيوب الخفية

يعتبر ضمان العيوب الخفية كضمان التعرض والاستحقاق يتجاوز نطاقه إلى كل عقد ناقل للملكية وإلى كل عقد ينقل الانتفاع، وذلك أن من ينقل الملكية والانتفاع إلى شخص آخر، أي من المحترف إلى المستهلك، يلتزم بنقل حيازة مفيدة ليتمكن المستهلك من ان ينتفع بها، وعليه فإن طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين يستلزمان الالتزام بضمان العيوب الخفية، فالمستهلك الذي يتعاقد إلكترونياً مع محترف مزود من أجل شراء منتج معين يفترض أنه خال من العيوب، وصالح للغرض الذي إشتراه من اجله المستهلك، ولو كان يعلم ما به من عيوب لما تعاقد على شرائه، أو لما دفع فيه الثمن المسمى<sup>2</sup>.

وفي هذا المجال سنتناول تحديد تعريف العيب الخفي (الفرع الأول) و شروط العيب الخفي الموجب للضمان (الفرع الثاني).

### الفرع الأول تعريف العيب الخفي

اختلفت التعاريف والشروحات التي قدمها فقهاء القانون وقضاة المحاكم للعيب الخفي، دون ان ننسى التعاريف القانونية له.

<sup>1</sup> - أجازت المادة 377 ق م ج زيادة الضمان أو انقاصه أو اسقاطه ، وذلك بنصها على ما يلي : " يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه ... ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، ذا تعمد البائع اخطاء حق الغير ". أما في مجال عقد الاستهلاك، وطبقاً لنص المادة 13 / 5 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، ويمكن الزيادة في الضمان بمقتضى عقد مكتوب بين المتدخل والمستهلك.

<sup>2</sup> - فلاح فهد العجمي، المرجع السابق، ص 99 و 100.

**أولاً: التعريف القضائي للعيب الخفي**

يعود أول تعريف جاء به القضاء للعيب الخفي إلى سنة 1948 حيث صدر عن محكمة النقض المصرية حكم عرف العيب الخفي كما يلي: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع".

تعرض هذا التعريف للعيب الخفي الذي جاءت به محكمة النقض المصرية للكثير من النقد لأنها حصرت العيب الخفي الموجب للضمان في حالة واحدة فقط، وهي الآفة الطارئة التي عادة ما تكون بعد تكوين الشئ في حين أهملت حالة الخلقة والتكوين، التي تكون فيها الآفة مصاحبة لتكوين الشئ كما ان العيب ليس هو ما تخلو عنه الفطرة السليمة بل ما يخلو عنه اصل هذه الفطرة<sup>1</sup>.

كما عرفت محكمة ليون الفرنسية العيب الخفي في حكمها الصادر بتاريخ 18 فيفري 1952 انه "النقص الذي يصيب الشئ بشكل عارض ولا يوجد حتما في الاشياء المماثلة"<sup>2</sup>.

**ثانياً : التعريف الفقهي للعيب الخفي**

سعى بعض الفقهاء المختصين في مجال القانون لتقديم تعريفا للعيب الخفي، فعرفه الدكتور خليل أحمد حسن قدارة بأنه: "أنه آفة تصيب الشئ المبيع فتتقص من قيمته الاقتصادية ومن منفعته"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مراد قرفي، دعوى الضمان القانوني عيوب المبيع ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2004-2005 ، ص ص 9 و 10

<sup>2</sup> - سامي بلعابد، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2005، ص 19

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 173.

كما عرفه الدكتور توفيق حسن فرج بقوله: "أما العيب الخفي بحسب تعريف الفقه الاسلامي هو ما تخلو عنه الفطرة السليمة، أو هو حالة يخلو عنها الشيء عادة لا تظهر عند البيع بفحص مبيع، أو تكون من شأنها أن تنقص من قيمته نقصانا محسوسا أو تؤثر على الانتفاع به".

وبالرغم من اختلاف التعاريف الفقهية للعيب الخفي، إلا أن هذا لم يمنع الفقهاء من أن يتفقوا على أن العيب الخفي الموجب للضمان هو في مجمله الآفة أو النقيصة التي تصيب الشيء المبيع دون أن تظهر عند فحصه مما ينجم عنها انقاص في قيمته<sup>1</sup>.

### ثالثا : التعريف القانوني للعيب الخفي

لم يعرف المشرع الجزائري العيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع، بل اكتفى فقط بذكر شروطه وهذا ما يظهر جليا في نص المادة 379 ق م ج التي تنص على ما يلي: " يكون البائع ملزم بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي يعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري أو اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

بالرجوع الى نص المادة 379 ق م ج يتبين لنا أن المشرع قد ألزم البائع بضمان العيب الخفي في المبيع في حالتين هما :

- حالة وجود عيب في المبيع ينقص من قيمته بمعنى الآفة.
- حالة تخلف صفة من الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع وقت التسليم.

<sup>1</sup> - جريدة خواص، الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في العقد ، مذكرة لنيل الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، جامعة الجزائر، 1986، ص ص 37 و38.

وكما قلنا سابقا أن كل ما تناولته القواعد العامة في نظرية العقد والأحكام الخاصة بعقد البيع عموما هي بالتأكيد تنطبق على عقد البيع الإلكتروني.

أما بالرجوع الى المادة 11 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>1</sup>، والتي تنص على ما يلي: " يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفه ومنشأه ومميزاته الأساسية وتركيبته ... " نجد أن المشرع قد أكد على ضرورة مطابقة المبيع " المنتج " للمواصفات الخاصة به والمميزة له، والتي يضمن المتدخل "المحترف" وجودها بالمنتج، وهو نفس ما تنص عليه القواعد العامة للقانون المدني (المادة 379 ق م ج ) .

كما تؤكد على التزام المتدخل بالضمان في عقد الاستهلاك المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ<sup>2</sup>، التي تنص على ما يلي: " في اطار تنفيذ الضمان يتعين على كل متدخل تسليم المستهلك سلعة أو خدمة مطابقة لعقد البيع ويكون مسؤولا عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها أو تقديم الخدمة"<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني : شروط العيب الخفي الموجب للضمان

لا يكون المحترف ضامنا لعيوب المبيع الا اذا توفرت شروط معينة في العيب وهي: أن يكون مؤثرا خفيا، قديما وغير معلوم لدى المستهلك.

<sup>1</sup> - المؤرخ في 25/02/2009، ج العدد 15 الصادر بتاريخ 08/03/2009.

<sup>2</sup> - المؤرخ في 26/09/2013 ج، العدد 49 الصادر بتاريخ 02/10/2013.

<sup>3</sup> - ويجب أن يتم تنفيذ وجوب الضمان طبقا للمادة 13 من القانون رقم 09-03 التي تنص على ما يلي : " يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو عتادا أو مركبة .... من الضمان بقوة القانون " .

## أولاً: أن يكون العيب مؤثراً

بالرجوع الى نص المادة 1/379 ق م ج نجد أن المشرع قد اشترط في العيب حتى يكون مؤثراً أن يتوفر فيه أحد الشرطين، اما الانقاص من قيمة المبيع، أو الانقاص من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه<sup>1</sup>.

ويعد الإنقاص من قيمة المبيع المادية بسبب العيب اللاحق به، مما يجعل العيب مؤثراً، وليس النقص في مقدار المبيع الذي يعتبر فيه البائع قد أخل بالتزامه في تسليم الكمية المتفق عليها، لذا فإن النقص الذي يمس قيمة المبيع يفترض فيه أن البائع قد سلم كل الكمية المتفق عليها إلا انه بها عيباً أنقص من قيمتها المادية<sup>2</sup>، وعادة ما تقاس هذه القيمة على أساس قيمة المبيع في السوق<sup>3</sup>.

أما النقص في منفعة المبيع، فقد حدده المشرع وفقاً لثلاثة ضوابط تحكمه وهي: النقص في منفعة المبيع حسبما هو مبين في العقد، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، فقد يقوم المتعاقدان في العقد بتبيان الغرض المطلوب في المبيع، بحيث تحدده منفعة المبيع بحسب ما هو مبين في العقد، بمعنى ان القصد الخاص للمشتري قد اتجه إلى استعمال المبيع استعمالاً غير عادياً، لذا يجب ان يكون البائع على علم بهذا الغرض الذي يقصده المشتري. كما ان طبيعة الشيء المبيع تبين المنافع المقصودة منه، وهي التي تبين العيوب التي تخل بهذه المنافع، دون ان ننسى أن الغرض المعد له المبيع حسب ما يظهر من استعماله يحدد كذلك منفعة المبيع او مدى النقص في هذه المنفعة، والاستعمال المقصود هنا هو الاستعمال العادي وليس الخاص الذي يريده المشتري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 175.

<sup>2</sup> - مراد قرفي، المرجع السابق، ص 33.

<sup>3</sup> أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 718.

<sup>4</sup> - مراد قرفي، المرجع السابق، ص 33 - و 35 و 36.

ولم يحدد المشرع الجزائري درجة جسامة العيب، أو مقدار النقص الذي يعتمد عليه لمعرفة ما إذا كان العيب مؤثرا أم لا<sup>1</sup>.

أما المشرع الفرنسي فقد قام بتحديد المعيار الذي يعتمد عليه لتحديد مقدار النقص الذي يعتبر فيه العيب مؤثرا، وذلك من خلال ما يظهر من نص المادة 1641 ق م ف التي تنص على: "العيب الخفي هو الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال المقرر له وينقص من صلاحيته لدرجة أن المشتري لم يكن ليشتريه، ولم يكن ليدفع فيه إلا ثمنا أقل فيما لو علم بهذا العيب".

وبالتالي يعتبر المشرع الفرنسي مؤثرا إذا بلغ حدا من الجسامة وبحيث لو علم به المشتري وقت التعاقد لا تمتع عن الشراء أو اشتراه بثمن يقل عن ثمنه.

وعلى كل حال فإن تقدير ما إذا كان العيب مؤثرا أم لا، أمر يعود إلى القاضي.

### ثانيا: أن يكون العيب خفيا

يكتسي هذا الشرط أهمية بارزة، بحيث أن معظم التشريعات تناولت هذا الموضوع تحت عنوان: ضمان العيوب الخفية، إلى حد أن البعض اعتبره بمثابة المصدر الحي لنظام العيب الخفي؛ ويرجع ذلك دون شك إلى الطابع الجوهرى لهذا الشرط مقارنة بباقي الشروط الأخرى.

والمقصود بالعيب الخفي هو ذلك العيب الذي يكون موجود في الشيء المبيع وقت البيع، ولكن لم يكن بوسع المشتري أن يتقطن له، أو يكتشفه عند تفحصه بعناية الرجل العادي، وهذا ما حدده المشرع الجزائري بنص المادة 379 ق م ج<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قعادة ، المرجع السابق، ص 176.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 379 .

ومعيار الخفاء هو الضابط الذي يستعين به المشرع للفرقة بين العيب الظاهر والعيب الخفي مما يسهل عليه معرفة متى يسأل البائع عن مبيعه الذي شابه عيب غير ظاهر ومتى لا يسأل عنه. وقد اعتمد المشرع على المعيار الموضوعي الذي ينظر فيه الى عناية وقدرة الشخص العادي في اكتشاف العيب لا الى عناية المشتري ذاته.

لأنه في حالة ما اذا اكتشف المشتري العيب بعد فحصه للمبيع بقدرة واستطاعة الرجل العادي اعتبر هذا العيب ظاهراً<sup>1</sup>، أما اذا تعذر على المشتري اكتشاف العيب بنفسه حتى لو أنه تفحص المبيع بعناية الرجل العادي فان العيب في هذه الحالة يعتبر خفياً بحيث وصل من الخفاء درجة لا يمكن الكشف عنه الا اذا تم فحصه من طرف رجل خبير نظراً لصعوبة اظهاره الا من خلال استعمال وسائل وطرق فنية، أو تحاليل كيميائية ليس بوسع الرجل العادي استعمالها<sup>2</sup>.

وبصفة عامة تبقى مسألة اظهار العيب من خفاءه مسألة نسبية تخضع لتقدير قاضي الموضوع ، ويرجع فيها الى مسلك الشخص العادي في فحص المبيع.

نص المشرع الجزائري على الأصل العام الذي يحكم مسألة خفاء العيب وهو عدم مساءلة البائع عن العيوب الظاهرة (المادة 379 ق م ج ) ، الا أنه جاء باستثناء على هذا الأصل أوجب فيه الضمان على البائع حتى وان كان العيب ظاهراً وذلك في حالتين هما:

الحالة الأولى : تأكيد البائع المشتري خلو المبيع من العيوب: وفي هذه الحالة يعتبر هذا التأكيد بمثابة ضمانا يطمأن بها المشتري فيجعله يثق به، مما يغنيه عن فحص الشيء

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 379.

<sup>2</sup> - رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة، ط2، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، (د س ن)، ص ص 352 و 353

المبيع فيصبح هذا بمثابة اتفاق ضمني نشأ بين الطرفين فحواه ضمان العيب الظاهر ان وجد في المبيع<sup>1</sup>.

ويقع على البائع عبئ اثبات أن البائع قد أكد له خلو المبيع من أي عيب، وأنه بناء على هذا الأساس لم يتم بفحص المبيع، في هذه الحالة يحق له الرجوع على البائع بالضمان.

**الحالة الثانية :** تعمد البائع اخفاء العيب غشا منه: فاذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه مثل " طلاء لحام في آلة أو جهاز حتى لا يكتشفه المشتري " في هذه الحالة يحق للمشتري الرجوع على البائع بالضمان حتى وان كان العيب يمكن اكتشافه أو تم فحصه بعناية الرجل العادي وحتى وان أثبت البائع بأن المشتري لم يتم بفحص المبيع، لأن خطأ البائع في هذه الحالة استغرق خطأ المشتري<sup>2</sup>.

### ثالثا : أن يكون العيب قديما

جاء في نص المادة 379 ق م ج ما يلي: " يكون البائع ملزما بالضمان ، اذا لم يشتملات التي تعهد بوجودها وقت التسليم الى المشتري ... ". وبذلك نستنتج أن المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار " وقت تسليم المبيع "، في اعتبار العيب قديما أم لا. فاذا كان العيب موجود في المبيع قبل البيع، أي قبل ابرام العقد بين الطرفين اعتبر هذا العيب قديما كأن يكون الخشب أو القمح المباع مسوسا قبل أن يتم البيع.

كما قد يكون المبيع سليما قبل ابرام العقد، وحتى بعد ابرامه وانتقال ملكيته للمشتري الا أنه قبل أن يقوم البائع بتسليمه للمشتري يحدث به عيب مثلا: لو بيعت ثلاجة سليمة للمشتري وانتقلت ملكيتها له بمجرد التعاقد، بشرط أن تسلم له بعد اسبوع مع حقه باستعمالها

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 174.

<sup>2</sup> - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (1998)، المرجع السابق، ص 762.

وأثناء هذه المدة أصيب محركها بعطب، فأصبح آداؤها ضعيفا ثم يقوم المشتري باستلامها ويكتشف عطب محركها، وفي هذه الحالة يعتبر العيب قديما، بحيث يلتزم البائع بضمانه<sup>1</sup>.

ويقع عبئ اثبات مسألة وقت قدم العيب، على عاتق المشتري، وذلك باستخدام كل وسائل الاثبات المسموح بها قانونا من شهادة الشهود، والقرائن والخبرة القضائية التي عادة ما تعد أنجع الطرق التي يعتمد عليها القاضي في معرفة تاريخ ووقت حدوث العيب، من خلال الاستعانة بخبير مختص في هذا المجال.

#### رابعا : جهل المشتري للعيب

قد يكون العيب خفيا ومع ذلك لا يضمنه البائع ويكون ذلك في حالة ما اذا كان المشتري على علم بالعيب وهذا ما يؤكد نص المادة 2/379 ق م ج الذي جاء كما يلي: "غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع...".

ففي حال علم المشتري بالعيب الموجود في الشيء المباع سواء وقت البيع او اثناء التسليم فانه يفقد حقه في الضمان، حتى وان كان هذا العيب خفيا ولا يمكن الكشف عنه أو تم فحصه بعناية الرجل العادي، وذلك راجع الى كون أن علم المشتري بالعيب والسكوت عنه يعد نزولا عن حقه في الضمان وقبول ضمني لهذا العيب<sup>2</sup>.

ونقصد بالعلم الذي يسقط الحق في الضمان العلم الحقيقي بالعيب، وليس العلم الضني أو العلم المشكوك فيه، كما أنه لا يعني اقرار المشتري بمعاينة المبيع يجعل منه عالما بالعيوب الخفية الموجودة فيه، لذا فان علم هذا الأخير قد يكون اما بواسطة اخبار الغير له أو البائع، أو يعلم بنفسه عند تفحصه للمبيع، أو عن طريق خبير يكشف له ما بالمبيع من عيوب، كما أن جهل البائع للعيب الموجود في المبيع لا يعفيه من ضمانه حتى

<sup>1</sup> - محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص 399 و 400.

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 177.

وان كان خفيا فهو يضمنه دائما، وقد يترتب على علمه دون اخبار المشتري به بصور غش منه أو تدليس مما ينجم عنه تشديد مسؤوليته<sup>1</sup>.

يقع على البائع عبئ اثبات علم المشتري بالعيب الموجود في المبيع، بكافة طرق الاثبات المتاحة قانونا لأن علم المشتري يعتبر واقعة مادية<sup>2</sup>.

كل الشروط السابقة الذكر اللازمة لقيام التزام البائع بضمان العيب الخفي في المبيع في عقد البيع التقليدي تنطبق على عقد البيع الإلكتروني أيضا، فإذا قام مستهلك بشراء عن طريق الانترنت برنامج حاسوب ألي وعند استعماله تبين انه معيب او تم زرع فيروس به لا يستطيع اكتشافه إلا خبير برمجة إلكترونية، فهنا نكون بصدد عيب خفي يؤثر على انتفاع المستهلك به، وفي هذه الحالة يلتزم المحترف في عقد الاستهلاك بضمان العيب الخفي في برنامج الكمبيوتر<sup>3</sup>.

وحسب المادة **380 ق م ج** فإن المشتري لا يكون له حق مطالبة البائع بضمان العيب الخفي، إلا بعد أن يقوم بإخطاره فور كشفه للعيب، في أجل مقبول أو في الوقت الملائم، و لم يحدد المشرع مهلة معينة للاخطار.

وإذا استلم البائع الاخطار من المشتري ولم يستجب كان من حق هذا الاخير رفع دعوى الضمان خلال سنة من وقت تسلم المبيع طبقا لنص المادة **383 ق م ج** التي تجيز الاتفاق بين البائع والمشتري على الزيادة في مدة الضمان اي الاتفاق على مدة أطول من سنة.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 384 و 385.

<sup>2</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 154

<sup>3</sup> - خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص ص 247 و 248.

**المطلب الثالث: حق المستهلك في ضمان السلامة**

أصبحت حماية سلامة المستهلك ضد المخاطر الناتجة عن استعمال المنتجات المعيبة<sup>1</sup>، موضوعا حديثا شغل بحوية مجموع المتعاملين الاقتصاديين، ورجال القانون، والسبب الرئيسي لهذا الانشغال هو الصعوبة التي تواجهها ضحايا حوادث الاستهلاك في إثبات مسؤولية المحترف، الذي لا يخضع لأي تشريع خاص سوى القانون المدني الذي ينظم مسؤولية الأشخاص الذين يسببون ضررا للغير، والحال أن القانون المدني في حالة المسؤولية ينص على نظامين: نظام المسؤولية التعاقدية ونظام المسؤولية التقصيرية، وكلاهما غير مناسبين لوضعية المحترف.

فالمسؤولية التعاقدية لا تقوم إلا بين المتعاقدين والحال أن المستهلك النهائي هو في أغلب الحالات لا يتعاقد مع المنتج ولا مع البائعين الوطاء، بالإضافة إلى أن الالتزامات الناشئة عن عقد البيع، وإنما وجدت لضمان صلاحية المنتج للمستهلك ولا تتعلق مباشرة بسلامة المستهلك، أما المسؤولية التقصيرية فهي أساسا تتطلب إثبات خطأ المنتج أو البائع وهذا الإثبات صعب على شخص عادي ليس بخبير تقني، وكذا إثبات علاقة السببية التي تربطه بالضرر.

إذن نصوص القانون المدني لا تقدم لضحايا أضرار المنتجات أو الخدمات وسائل ملائمة من أجل الكشف عن مسؤولية المنتج ولا حتى البائعين، لهذا السبب، وبعد مرحلة طويلة، تم تكريس الالتزام بضمان سلامة المستهلك بوضوح<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - قد تولد المنتجات ما يلحق بالمستهلك أضرار تبلغ حدا من الجسامة إما لعيب في الصنع أو لسوء في الاستخدام أو لخطورة تكمن في المنتج.

<sup>2</sup> - GENEVIEVE VINEY, L'indemnisation des atteintes à la sécurité des consommateurs en droit français, Ouvrage de J.GHESTIN, la sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J, Paris, 1987, p71.

ودراسة الالتزام بضمان سلامة المستهلك بوصفة أساسا يصلح لتأسيس نظام حماية المستهلك تقتضي تحديد مفهوم الالتزام بضمان السلامة (الفرع الأول) وتكريسه في التشريع الجزائري (الفرع الثاني)، وطبيعة المسؤولية المدنية للمتدخل عن الإخلال بهذا الالتزام (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: مفهوم الالتزام بضمان سلامة المستهلك

اتجه المشرع الجزائري إلى تبني وسيلة مهمة لحماية المستهلك بعد قصور الوسائل التقليدية عن توفير هذه الحماية، ألا وهي الالتزام بضمان سلامة المستهلك، مستقل عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، ولمعرفة مفهوم هذا الالتزام سنقوم بتحديد تعريفه (أولا) وطبيعته القانونية (ثانيا).

### أولا: تعريف الالتزام بضمان سلامة المستهلك

أجمع معظم الفقه الفرنسي على أنه يترتب على عقد البيع التزاما بضمان السلامة مستقل على عاتق البائع لمصلحة المشتري، يتمثل في تسليم مبيعا خاليا من العيوب، بمعنى أن لا يكون المبيع مصدر ضرر للمشتري نتيجة استعماله وأن يمثل مستوى كاف من السلامة<sup>1</sup>.

وقد وضع الفقه شروطا لهذا الالتزام، تنطبق على عقد البيع وهي<sup>2</sup>:

1- وجود خطر يتعرض له أحد طرفي العقد في جسده، خاصة وأنه في ظل المنتجات الصناعية المتسمة بدرجة عالية من التعقيد والخطورة قد يترتب على استعمال هذه المنتجات موت المستهلك، أو إصابته بعاهة مستديمة في جسده أو في عقله. فالبائع المهني في هذه

<sup>1</sup>- BORGHETTI, Jean-Sébastien, La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé, L.G.D.J, Paris, 2004, pp 118 et 119.

<sup>2</sup>- علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها.

الحالة ملزم بتعويض المستهلك المشتري عن كافة الأضرار التي تصيبه في أمواله أو في شخصيه<sup>1</sup>.

2- أن يُسلم أحد طرفي العقد نفسه للآخ، فالمستهلك يُسلم نفسه للبائع المهني من خلال السلعة التي يقدم على شرائها مدفوعاً إلى التعاقد مع هذا البائع تحت تأثير الدعاية التي تبين أن هذه السلعة تحمل بين طياتها الأمان والسلامة<sup>2</sup>.

3- أن يكون المدين بالالتزام بضمان السلامة مهنياً تتوافر لديه خبرة و دراية فنية بأصول مهنية، تخوله إمكانية كشف عيوب ما يصنعه أو يبيعه<sup>3</sup>، لذا يجب على البائع أن يحيط بالأصول العلمية والدراسات الفنية، مسائراً في ذلك التقدم العلمي والتكنولوجي، مستعملاً أحدث الآلات حتى يتمكن من صناعة وبيع منتجات صالحة للاستهلاك وخالية من العيوب<sup>4</sup>.

وعلى الرغم من قوة الأسانيد والشروط التي تدعم وتؤكد وجود التزام بضمان السلامة مستقل في عقد البيع، فقد ذهب جانب من الفقه إلى رفض فكرة الالتزام بضمان السلامة، وأن هذا الأخير لا يوجد إلا في العقود التي يعهد فيها أحد المتعاقدين إلا الآخر برعايته والمحافظة على شخصية كما في عقد النقل الذي يعهد فيه إلى الناقل بالمحافظة على سلامة الراكب حتى مكان الوصول، وهذا ما لا يوجد في عقد البيع لأن المستهلك لا يكون تحت رعاية البائع.

<sup>1</sup>- عبد القادر محمد أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الإسكندرية، مصر، 2007-2008، ص141.

<sup>2</sup>- ثروت فتحي اسماعيل، المسؤولية المدنية للبائع المهني والصانع والموزع (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة عين شمس، مصر، 1987، ص ص 259-260-261.

<sup>3</sup>- عبد القادر محمد أقصاصي، المرجع السابق، ص142.

<sup>4</sup>- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك عن الأضرار الناجمة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والقانونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص ص 149-150.

ويرد على هذا الرفض جانب آخر من الفقه، بأن ذلك لا يؤدي إلى استبعاد الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع إذا تحقق شرطان هما:

(أ) - أن يكون تسليم الدائن في العقد أمر سلامته إلى المدين هو المعيار الوحيد للالتزام بضمان السلامة.

(ب) - أن يثبت أن المستهلك لا يعهد أمر سلامته إلى البائع<sup>1</sup>.

هذان الشرطان ثار حولهما الشك، لأن هناك عقود يتمتع فيها الدائن بحرية الحركة والقيام بعمل محل العقد، ومع ذلك لم يشك أحد في احتوائها على التزام بضمان السلامة كعقد الفندقة مثلا، وهو ما يدعو إلى القول أن فكرة الالتزام بضمان السلامة أصبحت الآن خاضعة لأكثر من معيار، ومن أهم هذه المعايير في نظر الفقه، معيار خطورة الأداء أو الشيء الذي يكون محلا له، ومعيار احترام المدين الذي يقوم بالتنفيذ أو التسليم.

وهذا المعيار المزدوج (الخطورة والاحتراف) متوفر في عقد البيع الذي يبرمه المحترف مع المستهلك وهو ما يستوجب الاعتراف بوجود التزام بضمان السلامة في هذا العقد<sup>2</sup>.

ومن جانبنا نرى وجوب أن يتوفر عقد البيع الإلكتروني أيضا على الالتزام بضمان سلامة المستهلك مستقلا عن ضمان العيوب الخفية، فإذا تعاقد شخص عبر الانترنت على شراء جهاز كهربائي ثم يتبين أنه يحتوي في ثناياه على حشرات من النوع الفتاك للأثاث المنزلي، فتسبب خسارة فادحة داخل منزل المستهلك، فمن ناحية ليس في الجهاز عيب خفي حيث يستطيع المستهلك الاستناد إليه للرجوع على البائع، ومن ناحية أخرى نرى أن المستهلك قد امتثل للاحتياطات التي أعلمه بها البائع في حفظ الجهاز في بيئة مناسبة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص ص 346-347.

<sup>2</sup> - JORDAIN, P, « L'obligation de sécurité a propos de quelques arrêtés récents », Gaz-Pal du 25 sept 1993, p 7 et sts.

<sup>3</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 347.

لذا نرى أن قواعد ضمان العيب الخفي لا تكفي لحماية المستهلك من العيب متى استطاع المنتج أو البائع المهني أن يثبت أنه قد راعى القواعد الفنية والعلمية ومعايير الإنتاج، بينما تبقى المسؤولية الموضوعية استنادا لضمان السلامة تجيز للمضور الرجوع على المنتج أو البائع المهني بالتعويض كاملا.

كما يتحدد أيضا تعريف الالتزام بضمان السلامة بالنظر إلى ذاتيته، حيث يرى بعض الفقه أن فكرة الأمن تقتضي أن يُمارس المدين بها سيطرة على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضرر للدائن بها، بمعنى أن تكون هذه العناصر داخله في إطار عقد يربط الدائن بالمدين<sup>1</sup>.

كما يرى معظم الفقه أن الأمن هو الحالة التي يكون فيها الكيان الجسدي والصحي للمتعاقد محفوظا من أي اعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الاتفاق المبرم بين هذا المتعاقد والمحترف<sup>2</sup>.

ويقتضي الالتزام بضمان السلامة، التزام المحترف بعدم الإضرار بسلامة المستهلك، فالمحترف ملزم بتسليم منتجات خالية من كل عيب أو نقص في الصناعة من شأنه أن يسبب خطر للأشخاص أو للأموال<sup>3</sup>، بل يجب أن يتوفر المنتج على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها المساس بصحة وسلامة المستهلك، والالتزام المحترف باتخاذ كل الاحتياطات والإجراءات اللازمة لمنع وقوع الحوادث الضارة.

وقد قام المشرع الجزائري بصياغة النظام القانوني للالتزام بضمان سلامة المستهلك في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث يعتبر في المادة 9

<sup>1</sup>- DEFFERRARD, F, « Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère », D 1999, N°4, p364, N°5, p365, N°6, P366.

<sup>2</sup>- عبد القادر محمد أقصاضي، المرجع السابق، ص ص 138 و 139 و 140.

<sup>3</sup>- محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص ص 128-129.

من هذا القانون أن المنتج الذي يمثل أخطارا هو منتج غير آمن وعرضه على المستهلك يعتبر إخلالا بالالتزام العام بالسلامة حيث تنص على ما يلي: « يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وآمنه ومصالحه وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال، أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين».

ويقصد بالمنتج المضمون حسب الفقرة 12 من المادة 3 من نفس القانون: « كل منتج في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها بما في ذلك المدة، لا يشكل أي خطر أو يشكل أخطارا محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتج وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة الأشخاص».

كما ذكرت الفقرة 11 من المادة 3 مصطلح « منتج سليم ونزيه وقابل للتسويق، وهو كل منتج خال من أي نقص، أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة وأمن المستهلك ومصالحه المادية والمعنوية».

وبذلك نستنتج أن المشرع الجزائري حسم معيار الأمن أو السلامة التي ينتظرها المستهلك، فمفهوم السلامة لا يتعلق بخطأ ولا حتى بعيب، ولكن يتعلق بفعل موضوعي هو: « عدم كفاية المنتج أو الخدمة في مقابل الانتظار المشروع للجمهور»<sup>1</sup>.

### ثانيا: الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة

يقصد بطبيعة الالتزام بضمان السلامة، تحديد ما إذا كان هذا الالتزام هو التزام محدد بتحقيق نتيجة أم أنه التزاما عاما ببذل عناية أم أنه التزام ذو طبيعة خاصة.

<sup>1</sup> - كريمة بركات، حماية المستهلك من المخاطر الناجمة عن استعمال المنتجات والخدمات، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2003-2004، ص13.

يرى الرأي الغالب في الفقه أن محل التزام البائع هو مجرد بذل عناية وذلك بحجة أن المشتري يكون دائما في موقف ايجابي حين إصابته بالضرر وفي فهمه لمضمون التحذير والافضاء الذي يقدمه له البائع، ويترتب على ذلك أنه إذا ما أصاب المشتري ضررا من الشيء الخطير، كان عليه أن يُقيم الدليل على تقاعس البائع عن إخباره بالطريقة المثلى لاستعمال المبيع الخطر وبالاحتياطات الكفيلة بتجنب أخطاره، إلا أن هذا الرأي تعرض لانتقادات هامة وكثيرة<sup>1</sup>.

أما القضاء الفرنسي فقد اعتبر أن محل الالتزام بضمان السلامة يتمثل دائما في تحقيق نتيجة<sup>2</sup> وذلك للمزايا التي ينطوي عليها هذا الرأي، والتي يأتي في مقدمتها:

(أ)- توحيد القواعد التي تحكم المسؤولية سواء نجم الضرر عن عيوب في المبيع أم عن الخطر الكامن فيه، حيث لا يوجد أي أساس للتفرقة بين هذين النوعين.

(ب)- يعتبر هذا الرأي أكثر تحقيقا للعدالة لأنه وإن كان يُعفي البائع من تبعة السبب الأجنبي. نظرا لما يتوفر لديه من إمكانيات مادية تتيح له التأمين على مسؤوليته، مع إدخال أقساطه في الثمن الذي يقتضيه من عملائه، وكل هذا يجعل كفة المشتري المستهلك هي الراجحة<sup>3</sup>.

وفي الحقيقة نجد أن الالتزام بضمان السلامة ذو طبيعة قانونية خاصة، فهذا الالتزام ليس التزاما ببذل عناية، بل هو أكثر، وهو ليس التزاما بتحقيق نتيجة لأنه أقل من ذلك، فالالتزام بضمان السلامة يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة مخفف، حيث يفترض من ثبوت الضرر

<sup>1</sup>- جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص ص 180 و181.

<sup>2</sup>- محكمة النقض الفرنسية في حكمها الأول الصادر بتاريخ 5 ماي 1959، وفي حكمها الثاني الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 1978، علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 109.

<sup>3</sup>- علي سيد حسن، المرجع السابق، ص ص 109 و110 و111.

أن هذا الأخير قد نشأ عن الصفة الخطرة للمبيع أي عن وجود عيب أو خلل في تصنيعه<sup>(1)</sup>.

### - موقف المشرع الجزائري من طبيعة الالتزام بضمان السلامة:

حذا المشرع الجزائري حذو فريق من الفقه الذي رأى ضرورة إقامة مسؤولية البائع المهني عن الأضرار التي يحدثها المبيع بعيبه أو بسبب الخطورة الكامنة فيه، على أساس موضوعي، بحيث لا يكلف المشتري بإثبات العيب الذي سبب له الضرر، ولا بإثبات الخطأ في جانب المحترف، حتى يكفل له الحصول على التعويض في حالة عدم معرفة السبب الذي أدى إلى وقوع الحادث.

وهذا الرأي يوافق تماما ما تقضي به النصوص القانونية الصريحة التي تقضي بقيام المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة بصرف النظر عن قيام خطأ، إذ أنها تقوم على الضرر<sup>2</sup>.

ولا يتعارض هذا الرأي مع ما يمكن استنتاجه من ظاهر نص المادة 93 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي جاء كما يلي: « يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على كلاً من بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها: وأن لا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية الاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين».

فظاهر النص قد يفيد الإشارة إلى سلوك المتدخل، وبوجه خاص عبارة « يجب أن تكون المنتجات مضمونة»، وما دام أن النص لم يقض باعتباره ملزماً بتحقيق نتيجة فإنه طبقاً لمقتضيات الفقرة 1 من المادة 172 ق م ج، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، أي أن

<sup>1</sup>- JOURDAIN, P, op cit, p115.

<sup>2</sup>- المادتين 3 و6 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15/09/1990 يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج ر، العدد 4 الصادر في 16/09/1990، وكذا المادة 1/140، مكرر ق م ج.

التزامه يعد التزاما ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة، غير أن هذه النتيجة هي نسبية، ذلك أن المادة 1/140 مكرر ق م ج تنص على أنه: « يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن العيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية»، ونستنتج من هذا النص أنه قصد كل الحالات التي يكون فيها المحترف على علم بوجود الخطر أو لم يكن على علم، وسواء كان قد ارتكب خطأ جسيما أو غشا أو لم يكن كذلك، وأن الفقرة 1 من المادة 140 مكرر ق م ج أشارت إلى أنه على المحترف أن يصلح الضرر الذي يُصيب الأشخاص أو الأملاك، والذي يكون بسبب نقص الأمن المسبب للخطر وليس بسبب الخطأ. وعليه فإن مسؤولية المحترف المنتج أو البائع لا تقوم على تقدير سلوك أي منهما، وما انطوى عليه من خطأ أو إهمال، وإنما على الحالة الموضوعية للمنتجات وما تنطوي عليه من خطورة بالنسبة للأشخاص أو الأموال<sup>1</sup>.

#### المخرج الثاني: تكريس الالتزام بضمان سلامة المستهلك في التشريع الجزائري

تدخل المشرع الجزائري مبكرا لحماية الأشخاص من الحوادث لاسيما تلك التي تسببها المنتجات وكان ابرز تدخل له من خلال قانون العقوبات المعدل والمتمم الصادر بمقتضى الأمر رقم 74-75 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 الصادر بتاريخ 8 جوان 1966. حيث استحدث المشرع من خلال هذا التعديل، جرائم جديدة لم تكن مذكورة في الأمر رقم 66-156، تتعلق بالغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية (المواد من 423 إلى 435). حيث تعتبر واقعة بيع منتج مضر بصحة المستهلك جنحة غش، ويعتبر المساس بالصحة ظرفا مشددا لجنحة الغش في الحالات التي يؤدي فيها الغش والتزوير في المواد الغذائية والطبية إلى مرض أو عجز عن العمل أو الإصابة بمرض غير قابل للشفاء أو عاهة مستديمة أو فقد استعمال عضو، أو إلى الوفاة، ويأتي تدخل المشرع لتجريم أفعال الغش

<sup>1</sup> - علي فتاك، تأثير المناقسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، صص 222 و 223.

والتزوير، بهدف وضع نظام ردعي جديد لمحاربة الغش في المنتجات، الذي يتزايد مع التطور العلمي والتكنولوجي المتسارع.

ولم تعد تكرر نصوص القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم<sup>1</sup>، حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، ولم تعد تلبي المقتضيات التي فرضتها التحولات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي استلزمها الوضع الدولي الجديد، والتطور العلمي والتكنولوجي ومتطلبات العولمة.

وكان لابد على الجزائر من تكيف قوانينها مع هذه التغيرات الجديدة ومع الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها، وانطلاقاً من هذا صدر تعديل وتتميم للقانون المدني عدة مرات، وفي تعديل 2005<sup>2</sup> تدارك المشرع النقص بخصوص المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بضمان أمن المستهلك.

وأقر المشرع من خلال المادة 140 مكرر ق م ج مسؤولية المنتج عن الأضرار التي يسببها المنتج المعيب للمستهلك، فنص على شروط قيام المسؤولية وعلى الحماية المدنية للمضرور، المضمونة سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً مع المدعي عليه، كما اعتبر المشرع الدولة ملزمة بتعويض الأضرار الجسدية التي تلحق المستهلك في حالة عدم وجود مسؤول (المادة 140 مكرر 1).

بعد ذلك جاء القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بمصطلحات حديثة لم تذكر فيما قبل في القوانين السابقة لصدور هذا القانون مثل: المنتوجات، منتج خطير منتج سليم ونزيه وقابل للتسويق، ومضمون... الخ، كما كرّس هذا

<sup>1</sup>- تضمن القانون المدني نصوصاً عامة تعلقت بالتدليس عن طريق الحيل (م 1/86) وبالسكوت التدلّيسي (م 2/86) وبالالتزام بالإعلام (م 1/352)، وبضمان العيوب الخفية (م 379 إلى 383)، بالتعاقد تحت ضغط الاستغلال والغبن (م 90)، ويعقد الإذعان (م 110).

<sup>2</sup>- قانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ج ر، العدد 31 الصادر بتاريخ 13 ماي 2007.

القانون مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق المتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك<sup>1</sup>، وهي: الالتزام بالنظافة والنظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها (المواد من 4 إلى 8)، الالتزام بالمطابقة (م 11 و 12)، الالتزام بالضمان والخدمة ما بعد البيع (م 13 إلى 16)، الالتزام بالإعلام (م 17 و 18).

واعتبر المشرع إضافة إلى ذلك، أن كل المنتجات الموضوعة للاستهلاك يجب أن تكون مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين<sup>2</sup>.

### المخرج الثالث: المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بضمان سلامة المستهلك

إزاء ازدياد مخاطر المنتجات، نتيجة التطور الفني الهائل في إنتاجها وتسويقها، يقدم القانون العام لضحايا حوادث الاستهلاك وسائل قانونية مناسبة لمساءلة المتدخل، فهذا الأخير يخضع للقواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بكل شخص يتسبب في الإضرار بالغير، أي يخضع لنظامي المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، إضافة إلى المسؤولية عن فعل منتجاته المعيبة (المادة 140 مكرر ق م ج).

فالقانون المدني لم ينظم مسؤولية المتدخل عن الأضرار التي تلحق المستهلك سبب منتجاته المعيبة، إلا أن تعديل القانون المدني لسنة 2005<sup>2</sup> جاء فيه نص المادة 140 مكرر التي تنظم مسؤولية المنتج، وهي مسؤولية احتياطية، تقوم إلى جانب المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية فهي لا تستبعد هاتين المسؤوليتين، إنما يكون للمضروب الرجوع على

<sup>1</sup> المواد من 4 إلى 18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

<sup>2</sup> المادتين 9 و 10 من نفس القانون السابق الذكر.

<sup>2</sup> قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 44 الصادر في 26 جوان 2005.

المنتج إما على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية أو المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، وتعتبر هذه الأخيرة من النظام العام أي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها.

وتنص المادة 140 مكرر ق م ج على أن: « يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية»، ونستنتج من هذا النص أن مسؤولية المنتج تقوم على عنصر وجود عيب في المنتج إذ لا مسؤولية بدون وجود العيب، وحدث ضرر للمدعي حصل نتيجة ذلك العيب في المنتج، أي وجود علاقة سببية بين الضرر والعيب.

وللتفصيل أكثر في هذا النوع من المسؤولية نتطرق لعناصرها (أولاً) والآثار المترتبة عنها (ثاني).

#### أولاً: عناصر المسؤولية

يسأل المنتج متى كان المنتج المتسبب في الضرر للمستهلك معيباً، ويكون المنتج كذلك عندما يمس بالرغبات المشروعة للمستهلكين، لذا يفترض في المنتج أن يكون في حالة سليمة لحظة التسليم من حيث طريقة عرضه الملائم وتخزينه الصحيح وتطهيره بصورة صحية حسب طبيعة المنتج فيما إذا كان من صنف المنتجات الغذائية أو الدوائية أو الحيوانية، وأية متطلبات أخرى مطلوبة لكي تسمح ببقاء المنتج بحالة سليمة وأمنية من أية مخاطر ولفترة طويلة من الوقت عندما يستعمل بالطريقة المألوفة للاستعمال<sup>1</sup>.

عدم استجابة المنتج للمتطلبات والاحتياجات المتعلقة بتغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والرقابة التي أجريت عليه، يعتبر بمثابة عيب يسأل عنه المنتج إذا أدى إلى إلحاق ضرر بالمستهلك أو المستهلك.

<sup>1</sup> - سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

ويكون المنتج سليماً ونزيهاً وقابلًا للتسويق إذا كان خالياً من أي نقص و/ أو عيب خفي يضمن عدم الأضرار بصحة وسلامة المستهلك و/ أو مصالحه المادية والمعنوية ( المادة 11/3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش).

كما يسأل المنتج عن العيب المتمثل في نقص أو انعدام المعلومات المقدمة منه للمستهلك والمتعلقة بالاحتياجات الواجب اتخاذها قبل استعمال المنتج، وبمعنى آخر، تقصير المنتج في التزامه بالإعلام.

وحتى يسأل المنتج لا بد أن يتسبب العيب في المنتج في إحداث ضرر يصيب المستهلك في جسده، ويتحمل هذا الأخير عبء أو إثبات الضرر وفقاً للقواعد العامة بكل طرق الإثبات. ويتعين على المضرور إثبات علاقة سببية بين الضرر الذي أصابه وعيب المنتج، ويكفي في هذا الشأن أن يثبت العلاقة المادية بين الضرر والمنتج<sup>1</sup>.

### ثانياً: آثار المسؤولية

متى ثبت للمحكمة توافر عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما يتعين عليها الحكم بتعويض مناسب للمستهلك المضرور، وسيتعين القاضي بأصل الخبرة، لتقدير قيمة التعويض.

الأصل أن يكون التعويض كاملاً دون تحديد، بمعنى أن المشرع لم يضع حداً أدنى للمطالبة بالتعويض، كما لم يضع حداً أقصى له (المواد من 176 إلى 187 ق م ج) وبالرجوع إلى المادة 1/140 مكرر ق م ج، نجد أن ألفاظها جاءت عامة مما يحمل على تفسيرها في مصلحة المضرور ومصلحة هذا الأخير تقتضي عدم تحديد التعويض بحد أدنى أو حد أقصى.

<sup>1</sup> - علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موقم للنشر، الجزائر، 2010، ص 277.

أجاز المشرع للمضروور الرجوع بدعوى المسؤولية، عما لحقه من ضرر على المنتج أو على البائع، للمطالبة بالتعويض، وذلك بالتضامن بينهما بصريح نص المادة 126 ق م ج.

تسقط دعوى التعويض بالتقادم بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع ( المادة 383 ق م ج)، إلا أننا نرى أن هذه المدة قصيرة ولا تتناسب الضحية وكذلك الغير لأنه يصعب عليه أن يعرف ما إذا كان الضرر الذي لحق به، نتج عن خطأ المنتج أو عن عيب في المنتج.

#### المبحث الثاني: حماية المستهلك عند تنفيذ التزاماته

في عقد البيع الإلكتروني، يقوم المهني بأداء التزاماته المتمثلة في نقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه إلى المستهلك المشتري، وهو بدوره يقوم بأداء التزاماته المتمثلة في دفع الثمن وتسليم الشيء المبيع، وكلا المتعاقدين ( البائع والمشتري) يقوم بأداء التزاماته طبقاً لقاعدة « وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية»<sup>1</sup>.

إلا أنه نظراً لكمية المخاطر التي يتعرض لها المستهلك خلال هذه المرحلة الحساسة، فقررت معظم التشريعات حمايته من هذه المخاطر عند الدفع الإلكتروني للثمن (المطلب الأول)، وعند تسلم الشيء المبيع (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: حماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني

يتميز التزام المستهلك بدفع الثمن بخصوصية في عقد البيع الإلكتروني من حيث طريقة الوفاء به، حيث يتم أداء الثمن عبر الانترنت، والنقود هي الوسيلة المثلى والأكثر شيوعاً من وسائل تسوية المعاملات، وقد يتم الدفع بواسطة نقود سائلة أو بواسطة وسيلة أخرى تحل محل النقود مثل الشيك، إلا أن الشيك إن كان يصلح كورقة مادية لتسهيل التعامل الذي يتم في البيئة المادية، فإنه غير مناسب للتعامل الذي يتم في البيئة الإلكترونية، ومن هنا تم

<sup>1</sup> - المادة 107 ق م ج.

ابتكار أسلوب يتفق مع هذه البيئة ومع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت ويتمثل هذا الأسلوب في الدفع الإلكتروني<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: ماهية الدفع الإلكتروني

نتيجة لتطور التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، تطورت وسائل الوفاء بثمن السلع والخدمات التي يتم التعاقد عليها عن بعد، ولتحديد ماهية الدفع الإلكتروني نقوم بتحديد مفهومه (أولاً) وخصائصه (ثانياً) وزمانه ومكانه (ثالثاً).

### أولاً: تعريف الدفع الإلكتروني

نقصد بالدفع الإلكتروني قيام المشتري بأداء ثمن المبيع مقابل التزام البائع بنقل الملكية وفقاً لما تقرره القواعد العامة.

أصبح الدفع الإلكتروني ذا خصوصية ظاهرة في كافة أشكال البيع عن بعد التي تتم عبر شبكة الإنترنت، فهو يعتبر إيجاباً ينعقد به العقد وذلك انطلاقاً من ضرورات حماية المستهلك التي استوجبتها التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في البيوع التي تتم عن بعد، فبالإضافة إلى عناصر المبيع ومواصفاته وكل بياناته، يجب أن يتضمن عرض البائع عبر الإنترنت تحديد ثمن السلعة أو الخدمة المعروضة، وهذا ما يؤكد التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد إلى أن من المعلومات التي يجب العلم بها لحظة الإيجاب وقبل إبرام العقد " الثمن"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 98.

<sup>2</sup> - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 163.

**ثانياً: خصائص الدفع الإلكتروني**

يتميز الدفع الإلكتروني بجملة من الخصائص جعلته يحتل مكانة رئيسية وأساسية في ميدان التجارة الإلكترونية وذلك مراعاة لمقتضيات تطورها المستمر والسريع، وتتمثل هذه الخصائص في النقاط التالية:

1/- يتسم الدفع الإلكتروني بالطبيعة الدولية أي أنه وسيلة مقبولة من جميع الدول لتسوية الحساب في المعاملات الإلكترونية التي تتم بين المستخدمين من كل أنحاء العالم<sup>(1)</sup>.

2/- يتم الدفع الإلكتروني من خلال استخدام النقود الإلكترونية وهي عبارة عن قيمة نقدية محملة على بطاقة أو كارت به ذاكرة رقمية.

3/- يستخدم الدفع الإلكتروني لتسوية المعاملات الإلكترونية أو العقود التي تتم إبرامها عن بعد ما بين أطراف متباعدين في المكان، حيث يتم الدفع عبر شبكة الانترنت من خلال تبادل المعلومات اللازمة لإعطاء الأمر بالدفع وفقاً لمعطيات الكترونية تفرضها الشبكة تسمح بالاتصال المباشر ما بين طرفي العقد.

4/- يتم الدفع الإلكتروني بأحد الأسلوبين:

- من خلال نقود مخصصة لهذا الغرض، ومن ثم يتم الدفع بالخصم من النقود.

- من خلال الكروت البنكية العادية، حيث لا توجد مبالغ مخصصة مسبقاً لهذا الغرض، بل أن المبالغ التي يتم السحب عليها بهذه الكروت قابلة للسحب عليها بوسائل أخرى كالشيك.

5/- يستوجب الدفع الإلكتروني وجود نظام مصرفي معد لإتمام ذلك، أي توافر أجهزة تتولى

إدارة هذه العمليات التي تتم عن بعد وتتولى البنوك القيام بهذه المهمة بالإضافة إلى منشآت

<sup>1</sup>- فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 99.

أخرى يتم إنشاؤها خصيصا لهذا الغرض<sup>1</sup>.

6/- يتم الدفع الإلكتروني من خلال نوعين من الشبكات:

- شبكة خاصة يتصل بها أطراف العقد فقط، الجارية بينهم معاملات تجارية ومالية مسبقة، وفي هذه الحالة لا تقتصر إدارة الدفع الإلكتروني على البنوك، وإنما تقوم بذلك بعض المؤسسات الخاصة الأخرى العاملة في هذا المجال.

- شبكة عامة، يتم من خلالها التعامل بين العديد من المستخدمين لا توجد بينهم أية روابط ولا تعاملات سابقة وفي هذه الحالة لا تقتصر إدارة إجراءات الدفع جهة معينة، بل يمكن أن تتولى ذلك جهات مختلفة سواء كانت عامة أو خاصة.

7/- يكون الدفع الإلكتروني مصحوبا بوسائل إما فنية من شأنها أن تحدّد المدين الذي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، فالدفع يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، ولذا فإن فرضية السطو على أرقام بطاقات الدفع أثناء عملية السداد تكون قائمة<sup>2</sup>، وعليه فإن عملية الدفع غالبا ما تتم بطريقة مشفرة وذلك عن طريق استخدام برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على الشبكة، وإنما يتم إنشاء أرشيف خاص بالمبالغ التي تم السحب عليها باستخدام هذه الطريقة<sup>3</sup> يكون من السهل الرجوع إليه؛ ويقوم بهذه المهمة الجهة التي تقدم خدمة الدفع الإلكتروني، وبذلك فإن الدفع الإلكتروني يتميز بالفعالية الأكيدة باعتباره وسيلة من الوسائل التي تيسر التجارة الإلكترونية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية، (2003)، المرجع السابق، ص 102.

<sup>2</sup>- فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 167 و 168.

<sup>3</sup>- VASSEUR, (M), "Le paiement électronique, aspects juridiques", J.C.P, 1985, p3206,

محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 105.

<sup>4</sup>- فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 102.

8/- أغلب وسائل الدفع الإلكتروني لا تقبل الرجوع فيها، كما هو الدفع بواسطة الشيك أو النقود السائلة فهذه الخاصية تلائم المعاملات الإلكترونية التي تتم في العالم الافتراضي، ويرد استثناءين على هذه القاعدة، الأول وهو حالة ما إذا تم التعامل فقط بالرقم الظاهر على بطاقة الوفاء حيث لا يعتبر ذلك أمراً حقيقياً بالدفع، والثاني جاء به التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، حيث نصت المادة 83 منه على أنه: « تحرص الدول الأعضاء على وجود إجراءات ملائمة للمستهلك لإمكانية طلب إلغاء دفع، في حالة الاستخدام غير المشروع لبطاقة الدفع الخاص به في إطار العقود التي تتم عن بعد، والداخلة في نطاق هذا التوجيه»<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: وسائل الدفع الإلكتروني

تم ابتكار وسائل جديدة في عملية الدفع الإلكتروني، تتلاءم مع سرعة إنجاز المعاملات التجارية الإلكترونية بكل ثقة واطمئنان، فظهرت البطاقات المصرفية والنقود الإلكترونية والبطاقات الذكية والشيكات الإلكترونية، فضلاً عن التوجه الحديث للدفع بواسطة الهاتف المحمول وغيرها من الأساليب التقنية الحديثة، والتي أصبحت تحل محل النقود الورقية والشيكات التقليدية<sup>2</sup>، وسوف نتطرق لأهم هذه الوسائل كما يلي:

### أولاً: التحويل الإلكتروني

تتمثل هذه الوسيلة في تحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن Télé virement، ويتولى البنك أو جهة خاصة أنشأت لهذا الغرض، إدارة هذه العملية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 165.

<sup>2</sup> - نسيب بن ناصر البورسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الإلكترونية، دار البشير، الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص 58.

<sup>3</sup> - فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 104.

ثانياً: البطاقات البنكية (النقود البلاستيكية)

تصدر البنوك لعملائها هذه البطاقات الممغنطة للتعامل بها بدلاً من حمل النقود<sup>1</sup>، وهي بطاقات بلاستيكية مستطيلة الشكل تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وأسعارها، وتوقيع حاملها ورقمها، واسم حاملها ورقم حسابه، وتاريخ انتهاء صلاحيتها. وبفضل هذه البطاقة يستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فوراً ( نقداً أو شيكات)، وإنما يكفي بتقديم بطاقته إلى التاجر الذي يدون بياناتها باستخدام آلة طابعة إلكترونية أو يدوية في فاتورة من عدة نسخ يوقعها العميل، ويرسل التاجر نسخة من هذه الفاتورة إلى الجهة المصدرة للبطاقة فتتولى سداد قيمتها وتقوم الجهة المصدرة في نهاية كل شهر بصفة عامة سداد القيمة للتاجر وخصمها في نفس الوقت من الحساب الجاري للعميل لديها<sup>2</sup>.

ومن أهم وأحدث بطاقات الوفاء نذكر: بطاقات السحب الآلي (Cash Card)، بطاقات الدفع (Débit Card)، وبطاقة الشيكات (Checks Card)، وبطاقات الائتمان (Credit Card)، وبطاقات الصرف البنكي (Charge Card)، والبطاقات الذكية ( Smart Card) وبطاقات الموندكس (Mondex Card).

<sup>1</sup> - ظهرت هذه البطاقات لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية قبل الحرب العالمية الأولى، ثم انتقلت بعد ذلك إلى فرنسا في أواخر العشرينات، وهي من ابتكار البنوك والمؤسسات المالية ويتم تصنيعها من طرف شركات متخصصة لهذا الغرض، وأشهرها البطاقات البنكية: Visa Card و Master Card ، Américaine Xpress ، بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 168.

<sup>2</sup> - نفس المرجع السابق، ص ص 168 و 169.

وتفاديا للمخاطر التي قد يتعرض لها الدفع بهذه البطاقات الإلكترونية من قرصنة معلوماتية محتملة<sup>1</sup>، على أرقامها السرية، وحماية للمستهلكين المتعاملين بهذه البطاقات، قدمت عدة مشاريع، وبذلت جهود كثيرة من بين أهمها: النظام الخاص بالتأمين الذي طوّرتة شركتي " فيزا ومستر كارد" والمعترف به من طرف « أمريكيان إكسبريس»، والذي يعرف بنظام الصفقات الإلكترونية (SET)، ويرتكز هذا النظام على الاستخدام الآمن لبطاقة الدفع الاعتيادية، إذ يقوم على مبدأ تشفير الأرقام السرية وقت تبادلها عن بعد، ويقوم علاقة ثلاثية بين التاجر وشركة الخدمات وبين الهيئة التي تتولى عملية الدفع<sup>2</sup>.

### ثالثا: الوسائط الإلكترونية المصرفية

تتطور الأساليب التكنولوجية الحديثة باستمرار، وتبعاً لذلك تتطور كذلك النفود، حيث أنها ظهرت بصورة وسائل الكترونية يتم تداولها من خلال عدة أشكال أهمها:

أ/ **الهاتف المصرفي (Phone bank):** يستطيع العميل أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها عبر الانترنت إلى البائع، يتم ذلك بعد التأكد من شخصية العميل عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بالعميل (Pin number) والمعطى له من قبل البنك والتعرف على رقم هاتف العميل وأنه يجري الاتصال من هاتفه المعروفة أرقامه لدى البنك، كما يستطيع العميل الكشف عن حسابه أو السحب من رصيده أو الإضافة إليه، عن طريق رسالة مكتوبة أو صوتية تحمل الردّ على طلبه، ويقوم المصرف بالردّ على العميل بعد التأكد من هويته.

<sup>1</sup> - بخصوص مسألة فرضية البطاقات الإلكترونية، نذكر حادثة رئيس مجلس الإدارة لأحد البنوك السويسرية الذي يتعرض إلى قرصنة بطاقته الإلكترونية، وذلك أثناء إنشائه لتقنية شراء آمنة عبر الانترنت وهي تقنية حديثة جاهزة للاستخدام، حين أعلن عن إجراء مؤتمر صحفي لعرضها وأثناء تجربتها على بطاقته الائتمانية وصلت رسالة الكترونية لرئيس إدارة البنك السويسري تم قرصنتها من خلال مجموعة تعرف " أبناء أسرار السوداء"، واستولوا على مبلغ 80.000 دولار أمريكي من حسابه الخاص، سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 175.

<sup>2</sup> - للمزيد من المعلومات ارجع إلى الموقع: <http://www.Sectco.org>.

وتعتبر طريقة استخدام الرسائل (Sms) للدفع عبر الهاتف المحمول طريقة سهلة وسريعة وقليل الكلفة ومتوفرة لجميع حاملي الهواتف المحمولة، إذ أنها لا تحتاج إلى بروتوكول معين من أجل إمكانية الدخول إلى الشبكة.

كما يستطيع العميل استخدام الهاتف المحمول للدخول إلى الانترنت (Wap)، ويقوم بأشراء السلعة أو الخدمة، وإضافة حسابها على فاتورة هاتفه المحمول، وتتولى شركة الاتصالات التي يتعامل معها العميل دفع مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها بدلا منه ثم تقوم بإضافة المبلغ المدفوع على فاتورة المكالمات الخاصة بالعميل.

**ب/ الانترنت المصرفي:** أتاح انتشار استخدام الانترنت للبنوك التعامل مع العملاء من خلال خدمات المصرف المنزلي حيث يتم إنشاء مقرات لها على الانترنت بدلا من المقر العقاري ( المقر الإلكتروني بدلا من المقر المادي)، ومن ثم يسهل على العميل التعامل مع البنك عبر الانترنت وهو في منزله، فيقوم بمحاورة موظف البنك على شاشة الكمبيوتر ويتم إجراء كافة العمليات المصرفية<sup>1</sup>.

#### رابعا: الوسائط الإلكترونية الجديدة

أدت عمليات القرصنة التي تطول البطاقات الائتمانية، إلى البحث عن وسيلة آمنة والتي تتمثل في الدفع الإلكتروني عبر الاستعانة بوسيط إلكتروني، هذا الأخير يتولى إجراءات الدفع بين البائع والمشتري في شبكة الانترنت حيث يقوم بالتوسط بين بنك البائع وبنك المشتري، ويمكن الاستعانة بوسيط لإتمام عملية الدفع أيا كان نوعها سواء كانت بالنقود الإلكترونية أو باستخدام بطاقات الائتمان، ويتم الدفع بهذه الطريقة وفق عدة أنظمة ومن أهمها:

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، (2003)، المرجع السابق، ص 107.

أ/ نظام الهوية الكونية (Globe id): تتم عملية الدفع وفق هذا النظام عن طريق الوسيط (Klein)<sup>1</sup>.

ب/ القابض (Incorporâtes): هو وسيط يتلقى طلبات وبيانات المتعاملين ويتحقق منها عن طريق موقعه على الشبكة ويتولى مباشرة عملية عرض الخدمة والتسليم والوفاء نظير عملية معينة<sup>2</sup>.

ج/ الشيكات الإلكترونية (Electronique-chèques): هي عبارة عن بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن وتتضمن هذه البيانات، البيانات التي يحتويها الشيك البنكي من تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من أصدر الشيك وتوقيعه برمز خاصة<sup>3</sup>.

يتم استخدام الشيك الإلكتروني في عملية الوفاء، بأن يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب لدى بنك محدد ويقوم المشتري بتحرير الشيك الإلكتروني وتوقيعه إلكترونياً وبمجرد التوقيع، يندمج التوقيع في الشيك ويصبح كلا منهما جزءاً واحداً، ويمكن أن يكون كل من الشيك والتوقيع مشفرين، بحيث لا يستطيع أي شخص من المتطفلين على الشبكة معرفة مضمون الشيك أو التعرف على التوقيع، ويقوم المشتري بإرسال الشيك إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني ثم يقوم هذا الأخير بالتوقيع على الشيك عن طريق التوقيع الإلكتروني الخاص به، ثم يرسل البائع الشيك إلى البنك الذي يقوم بمراجعة الشيك والتحقق من التوقعات وتوافر الرصيد اللازم لإتمام عملية الشراء، وبعد ذلك يقوم البنك بإخطار كل من البائع والمشتري بأن العملية قد تمت، أي خصم الرصيد من المشتري و إضافته لحساب البائع.

<sup>1</sup> - <http://www.klein.fr>

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، (2003)، المرجع السابق، ص 108.

<sup>3</sup> - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 172 و 173.

## خامسا: النقود الإلكترونية

وقد سميت أيضا بالنقود الرقمية، والنقود الرمزية، وأيضا النقود القيمة، إلا أنها تؤدي وظيفة واحدة هي الوفاء بالثمن.

وهي عبارة عن وحدات ذات قيمة تسمى وحدات نقدية إلكترونية وكل وحدة تشمل سند دين مدمج في أداة إلكترونية وتحوز قبول الغير لها كأداة وفاء<sup>1</sup>، وتتجسد النقود الإلكترونية في صنفين: نقود مجسدة في مخزون إلكتروني ونقود ائتمانية.

أ/ **نقود المخزون الإلكتروني:** يتم تخصيص مبالغ في حافظة نقود إلكترونية (PME) فيتم التخزين على بطاقة لها ذاكرة غير قابلة للاستعمال بعد انتهاء المبالغ المحملة عليها، وقد تكون هذه الحافظة افتراضية<sup>2</sup>، فهي بطاقة وفاء مصرفية مسبقة الدفع حيث يتم تحميل مبلغ من المال عليها، يسمح بالوفاء بقيمة أكثر من عملية تجارية أو خدمة.

وتعتبر هذه المحافظ وسيلة جديدة للوفاء عبر الإنترنت، يجب تشجيع المستهلكين للإقبال عليها، لما توفر من الأمان القانوني الذي ينشده المتعاملون في مجال وسائل الدفع الإلكترونية<sup>3</sup>.

ب/ **النقود الائتمانية الإلكترونية (PMV):** وتسمى أيضا "النقود الرقمية"، وهي تسمح بالوفاء مباشرة بالمقابل النقدي للعقد الإلكتروني عن طريق الإنترنت دون تدخل وسيط، حيث تنتقل العملة مباشرة من المشتري إلى البائع دون تدخل البنك. وتتمثل النقود الائتمانية في سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو الافتراضية لعملائها يتم

<sup>1</sup> - هذا التعريف للنقود الإلكترونية صادر عن لائحة لجنة التنظيم المصرفي والمالي الفرنسي رقم 2002/13 في المادة

الأولى منها، بلفاسم حامدي، المرجع السابق، ص 173.

<sup>2</sup> - أسامة أبو حسن مجاهد، المرجع السابق، ص 100.

<sup>3</sup> - بلفاسم حامدي، المرجع السابق، ص 174.

الحصول عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على Smart card أو على-<sup>1</sup>.

CD-ROOM

وكخلاصة عن الدفع الإلكتروني ووسائله، يجب أن نذكر موقف المشرع الجزائري منه، حيث أن ما نلاحظه أن التشريعات الوطنية لغاية اليوم لا تساير المشاكل الناجمة عن التطور التكنولوجي، على غرار بعض تشريعات الدول الأخرى كفرنسا مثلا، حيث نجد أن المشرع الجزائري عدّل وتم القانون التجاري عدة مرات، وسمح بتداول النقود بالطرق الإلكترونية إلا أنه لم ينص على اتخاذها الشكل الإلكتروني مما يعني أنه ليس هناك ما يحول قانونا من التعامل الإلكتروني في السداد (الدفع)<sup>2</sup>، وكما تنص المادة 3/414 ق ت ج<sup>3</sup>، بخصوص وفاء السفنجة على ما يلي: « يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما » والمادة 2/502 ق ت ج بخصوص تقديم الشيك للوفاء.

لكن يبقى الإطار القانوني للنقود الإلكترونية منعدما في الجزائر، كما أن المشرع لم يتبنى صراحة التعامل بنظام البطاقات الإلكترونية، ضمن نصوص القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض<sup>4</sup>، بل يتم العمل بنظام هذه البطاقات من خلال مرونة نصي المادتين 66 و 69 من نفس القانون، ولم يتم تنظيم هذه البطاقات الإلكترونية، بنصوص خاصة من خلال القانون التجاري ما عدا المادتين 543 مكرر 23 و 543 مكرر 24 المنظمة لبطاقات

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، (2003)، المرجع السابق، ص 129.

<sup>2</sup> - تؤكد ذلك المادة 35 وما بعدها المعدلة للمواد 51 وما بعدها من قانون الإجراءات الجبائية، ج ر العدد 85، الصادر بتاريخ 2005/12/31.

<sup>3</sup> - أمر رقم 75-59 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/06، ج ر العدد 11.

<sup>4</sup> - قانون رقم 90-10 مؤرخ في 1990/04/16 يتعلق بالنقد والقرض، معدل بموجب الامر رقم 11/03 المؤرخ في 2003/06/26، ج ر العدد 11، الصادر في 2003/06/28.

الدفع والسحب في الفصل الثالث من الباب الثالث المتعلق بسند الخزن وسند النقل وعقد تحويل الفاتورة.

### المطلب الثاني: حماية المستهلك عند تسلم المبيع

في عقد البيع الإلكتروني، يلتزم كل طرف بتنفيذ الالتزامات المترتبة في ذمته، فيلتزم المشتري عبر الانترنت بتنفيذ ذات الالتزامات التقليدية المترتبة في ذمة المشتري في عقد البيع عموماً، من حيث التزامه بالتسلم، حيث يعتبر هذا الالتزام من أهم الالتزامات في تنفيذ عقد البيع المبرم عن طريق الانترنت، لا سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار عدم الحضور المادي لكل من البائع والمشتري في مكان واحد حيث يفصل بينهما في الغالب الحدود الدولية والإجراءات الجمركية ولا يتصور وجود عنصر المناولة اليدوية، ومن ناحية أخرى، وعلى اعتبار أن البيع عبر شبكة الانترنت منها ما يبرم وينفذ داخلها مثل البرامج والمؤلفات، ومنها ما يبرم داخلها وينفذ خارجها مثل البضائع والسلع<sup>1</sup>.

وعليه سنتطرق إلى تحديد مضمون الالتزام بالتسلم وكيفيته (الفرع الأول) ثم بيان زمان ومكان التسلم (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مضمون الالتزام بتسلم المبيع وكيفيته

يعتبر التسلم تصرفاً قانونياً ومادياً، ذا أهمية في المعاملات الإلكترونية، نظراً لما يثيره من مشاكل خاصة، لذلك فقد نظمته المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني وحدد مضمونه (أولاً) وكيفيته (ثانياً).

<sup>1</sup> - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص50.

## أولاً: مضمون الالتزام بتسلم المبيع

يلتزم المشتري بتسلم المبيع الذي يقابل التزام البائع بتسلم المبيع ولقد نظمته المشرع الجزائري من خلال نص المادة 394 ق م ج التي جاءت كما يلي: « إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا وزمانا لتسلم المبيع، وجب على المشتري أن يتسلمه دون تأخير، باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم».

نستخلص من النص أن واقعة التسلم تخضع لاتفاق الطرفين أولاً ثم لأحكام التعامل ثانياً، وفي حالة التعاقد عن بعد يكون التسلم في مكان المشتري، لأنه لا يعقل أن في حالة الشراء عبر الانترنت، يشتري الشخص إحدى السلع المعلن عنها عبر الشبكة ويذهب بنفسه لتسلمها من مكان تواجدها.

والأصل أن تسلم المشتري المبيع يعني قبوله به، ومطابقة المبيع للمواصفات، أي أن يقوم بتسلم المبيع على حالته وقت البيع وهي الحالة التي تراضا عليها الطرفان ( البائع والمشتري)، فقد تكون هذه الحالة التي وضعت المشتري إلى التعاقد، فلو كانت حالة المبيع تختلف عما شاهده المشتري وقت التعاقد لكان للمشتري أن يتفق بشروط أفضل، يستوي في ذلك الأمر في حالة ما إذا كانت المشاهدة مباشرة كأن يرى المشتري المبيع أمامه، أو أن يراه على شاشة الكمبيوتر أو بواسطة كتالوج أو أية وسيلة أخرى، وبصفة عامة يجب على البائع أن يسلم المبيع للمشتري بالحالة التي تراضيا عليها عند إبرام العقد وعلى أساسها تم الاتفاق<sup>1</sup>.

إلا أن التزام البائع بتسليم مبيع بالحالة التي كان عليها عند التعاقد ليس من النظام العام، ويجوز تعديله حسب رغبة الأطراف المتعاقدة، بمعنى أنه قد يتم أن يتفق الأطراف على تسليم مبيع بحالة غير التي كان عليها عند التعاقد، فهنا يطبق اتفاق الأطراف، ويلتزم البائع

<sup>1</sup> - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 155.

بتسليم مبيع بالحالة التي تم عليها الاتفاق، وسواء أكانت هذه الحالة أفضل من حالة المبيع عند التعاقد، أو أسوأ منها<sup>1</sup>.

ويجب أن تكون السلعة موضوع التسلم مطابقة للمواصفات المطلوبة من قبل المشتري أو المتفق عليها، أو التي تقتضيها قواعد العرف والتعامل أو تكون موافقة للشروط المذكورة في دفتر الشروط المرفق بالعقد وهذا الالتزام قائم في كل الحالات سواء كانت السلعة ذات كيان مادي محسوس كالأجهزة الكهربائية أو الإلكترونية، أو تكون السلعة عبارة عن أشياء ذات كيان معنوية أي ليس لها وجود مادي ملموس ومن ذلك برامج الكمبيوتر، وقواعد البيانات والقطع الموسيقية والأفلام السينمائية... الخ.

كما تختلف طريق التسلم بحسب نوع السلعة، ففي السلع المادية يتم التسلم بالطرق التقليدية، أما في حالة السلع المعنوية فيتم التسلم بالوسائل الإلكترونية.

ويعد الالتزام بالمطابقة التزاما بتحقيق نتيجة يقتضي تسليم المبيع وفقا لما يستلزمه العقد، فالمعيار الأساسي في المطابقة هو العقد الذي يُعين كمية السلعة، ونوعها وأوصافها، وهذا ما أخذت به اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي لعام 1986 حيث نصت في المادة 1/35 منها على ما يلي: « على البائع أن يسلم بضاعة تكون كميتها ونوعها وأوصافها وفقا لما يتطلبه العقد، وأن تكون تعبئتها أو تغليفها بالطريقة التي اشترطها العقد»<sup>2</sup>.

وقد نصت على المطابقة المادتين 11 و12 من الفصل الثالث المتعلق بالزامية مطابقة المنتوجات من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ويقصد بالمطابقة طبقا للفقرة 18 من المادة 3 من نفس القانون: « استجابة كل منتج موضوع

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، البيع والمقايضة، (1986)، المرجع السابق، ص 559.

<sup>2</sup> بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص ص 155 و156.

للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية وللمتطلبات الصحية والبيئية والأمن الخاصة به».

وقد حدّدت المادة 11 من نفس القانون هذه الشروط والمتطلبات الصحية كما يلي: « يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته وسنية المقومات اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله».

يجب أن يتطابق المنتج المسلم للمشتري مع المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمة وتميزه.

### ثانياً: كيفية تسلم المبيع

ويقوم المشتري بتسلم السلعة أو المنتج الذي قام بشرائه عبر شبكة الانترنت من خلال وسيط مكلف بالقيام بعمليات توزيع وتسليم البضائع المشتراة عبر الانترنت أو من خلال البريد أو مكاتب وفروع البائع أو المنتج أو وكلائه في مكان المشتري، هذا فيما يتعلق بالسلع المادية، أمّا السلع غير المادية مثل برامج الحاسوب أو القطع الموسيقية أو الكتب عبر الخط فيتم تسلمها من خلال تنزيل أو تحميل البرامج (download) أو النسخ (copy) من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب من جهاز العميل مثلاً أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الانتفاع به كمنحه الصلاحية بالدخول إلى موقع معين واستعراض المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد، كما يمكن تحميل بعض الأموال غير المادية الأخرى على اسطوانات أو دعامات مادية كالأقراص (CD) الليزرية أو الضوئية أو الممغنطة ويتم التسلم فيها مادياً وخارج الشبكة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص ص 295 - 296.

## الفرع الثاني: مكان وزمان التسلم

يتم تسلم السلعة أو البضاعة في نفس المكان والزمان اللذين يتوجب إتمام عملية التسلم فيها، لأن هذا الالتزام متساوي من حيث كيفية التسلم والتسليم ومكانه وزمانه مما يجعل هذا الالتزام واحد.

وفي حالة عدم تحديد وقت التسلم في العقد أو مكانه يتم الرجوع إلى طبيعة محل العقد والبحث في الظروف المرافقة لإبرام العقد، من خلال تحديد المدة التي استقر عليها العرف في إعداد مثل هذا المحل، ويجب على البائع إعلام المشتري بذلك للسعي إلى تمكينه من استلامه، وتهيئة الظروف المناسبة للبدء بعملية المطابقة. ولقد نصت المادة 394 ق م ج على أن مكان وزمان التسلم في حالة عدم الاتفاق أو انعدام العرف المنظم لهذه الحالة، هو المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، وأن يتسلم المشتري المبيع دون تأخير، فإن كان المبيع موجودا في موطن البائع أو كان موجودا في مخزن أو مستودع فإن على المشتري التنقل إليه لتسلمه.

أما بخصوص زمان التسلم فهو زمان التسليم، وبما أن القواعد العامة في القانون المدني لم تلزم أطراف عقد البيع بتحديد تاريخ معين لتسليم المبيع، فإن للمتعاقدين الحرية في ذلك، وإذا لم يوجد اتفاق في العقد يخص زمن التسليم فإنه يتم بمجرد انعقاد البيع ما لم يتدخل العرف في تحديد هذا الزمن، وذلك عملا بقاعدة « واجب الوفاء بالالتزام يكون وقت انعقاد العقد مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف إذ أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا »<sup>1</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 281 ق م ج: « يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ».

<sup>1</sup> - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص ص 158 و 159.

توجد مسألة مهمة تعتبر ضمانا لحماية المستهلك، تتعلق بوقت التسليم في حالة عدم اتفاق أطراف العقد على تحديده، هذه المسألة لم ينظمها القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ونظمها قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1992<sup>1</sup>، بنص المادة L.114-1 الذي جاء كما يلي: « يجب على المهني في كل عقد موضوعه بيع مال منقول أو توريد خدمات للمستهلك عندما لا يكون تسليم المال أو توريد التقديم فوراً إذا كان الثمن المتفق عليه يتجاوز العتبات المحددة عن طريق التنظيم، أن يبين التاريخ الأقصى الذي يتعهد فيه بتسليم المال أو تنفيذ التقديم...».

فمنذ تاريخ صدور هذا القانون، أصبح يلتزم كل مهني في عقود الاستهلاك بتحديد تاريخ ( زمن ) التسليم صراحة وإن لم يتم بتحديد عليه أن لا يتأخر في التسليم عن 7 أيام، والا جاز للمشتري طلب فسخ العقد خلال 60 يوماً من تاريخ إبرام العقد.

إذا كان تحديد زمان التسليم سهل في بعض العقود، فإنه يصعب هذا التحديد في عقود أخرى، لأنه يكون متوقف على ظروف خارجية مثل إجراءات الشخص والجمارك، وإعداد الإمكانيات المناسبة لتلقي الخدمة، أو أن يكون المبيع عملاً ذهنياً يستدعي ابتكاره وتصميمه وملاءمته لاحتياجات المشتري فترة زمنية معقولة، حيث يتم في مثل هذه الحالات تحديد زمن تقريبي للتسليم، وهنا يتوقف الأمر على طبيعة الالتزام وتعقيده الفنية، وصفة المدين به كمهني محترف لا يقبل منه التوصل من المسؤولية عند التأخير في التنفيذ<sup>2</sup>.

كما جرى العمل أيضاً أن غالبية العقود المتداولة عبر شبكة الانترنت تكون متضمنة فراغاً خاصاً ضمن بند واضح يحدد التسليم، وذلك استجابة لما ورد في العقد النموذجي المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونسسترال حيث أفرد فراغاً يجب ملؤه من قبل

<sup>1</sup> - قانون الاستهلاك رقم 60/92 الصادر بتاريخ 18 جانفي 1992.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، (2003)، المرجع السابق، ص 83.

المتعاقدين بالاتفاق مفاده: « بأن آخر موعد للتسليم هو ..... وإلا فإن التسليم خلال 30 يوما».

وقد تضمن التوجيه الأوروبي 7/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد، النص على أنه إذا استحال على البائع أن يصدر البضائع المطلوبة خلال 30 يوما فإنه يجب عليه أن يعلم المستهلك بذلك.

أما اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 فقد نصت في المادة 33 منها على ما يلي: « يجب على البائع أن يسلم البضاعة:

1/- في التاريخ المحدد أو القابل للتحديد طبقا للعقد.

2/- في أي وقت وفي المدة المحددة طبقا للعقد ما لم يتبين من الظروف أن المشتري هو الذي يختار تاريخ التسليم.

3/- خلال مدة معقولة من تاريخ إبرام العقد في أية حالة أخرى»<sup>1</sup>.

مما سبق يمكن القول أنه بما أن العقود الإلكترونية تتميز بالسرعة في الإبرام، فإنه يجب أن تقابل بالسرعة في تسليم المنتجات وخاصة مع عصر السرعة وتوافر إمكانيات المراسلة السريعة، بحيث لا تتجاوز المدة أسبوعا من تاريخ العقد في حالة التعاقد عبر الحدود وتكون المدة 48 ساعة من لحظة تمام العقد إذا تم التعاقد بين متبايعين داخل حدود الدولة الواحدة، مع مراعاة إجراءات ونوعية الشحن المتفق عليه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 300.

<sup>2</sup>- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 160.

خاتمة

لقد حاولنا من خلال دراستنا لموضوع الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الالكتروني معرفة مدى كفاية القواعد العامة الواردة في القانون المدني الجزائري، والقواعد الخاصة الواردة في قوانين حماية المستهلك، لحماية المستهلك من المخاطر التي تواجهه في عقد البيع المبرم عبر وسائل الاتصال الالكترونية الحديثة من لحظة عرض السلعة أو الخدمة إلى غاية تنفيذ العقد، خاصة في ظل عدم وجود نصوص قانونية خاصة تحمي المستهلك في عقود التجارة الالكترونية.

وتعتبر حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية أمرا هاما للغاية، نظرا لأن التعاقد الالكتروني - كإحدى صور التعاقد بين غائبين - له خصوصية لا يمكن انكارها، لا سيما إذا جمع هذا التعاقد بين مستهلك ومنتج أو بائع مهني. وتظهر هذه الخصوصية في ابرام عقد البيع بين شخصين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، و أن أحد المتعاقدين لم ير الشيء المبوع ( سلعة أو خدمة) عند العقد، بل تعرف إليه من خلال الصور والنشرات والأوصاف التي نقلها له الطرف الأخر. وتتطلب هذه الخصوصية ايجاد قواعد قانونية خاصة لحماية المستهلك الذي أبرم عقد بيع في مثل هذه الظروف، تكفل له التصدي لأساليب التسويق الحديثة وتوفر له بيئة آمنة للتعاقد الالكتروني.

كما يعتبر توفير هذه الحماية ضرورة وحاجة ينشدها المستهلك، لأنها بمثابة ضمانة له تشجعه - وهو الطرف الضعيف - على التعاقد مع تاجر الكتروني محترف - الطرف القوي - يلجأ لأساليب تسويق حديثة من أجل إغراء المستهلك وحثه على التعاقد، وربما ايقاعه ضحية الغش والاحتيال.

لذلك قامت معظم الدول بإصدار قانون ينظم التجارة الالكترونية، مسايرة بذلك التطورات في مجال تقنية المعلومات والاتصالات، وسرعة انتشار التجارة عبر الانترنت. لكن المشرع الجزائري لم يسن لغاية اليوم مثل هذا القانون، وبقي موقفه غامضا، رغم أنه أدخل تعديلا على القانون المدني سنة 2005، نلمح فيه بعض مظاهر المعاملات الالكترونية، وذلك باعترافه بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني كأداة إثبات قانونية. كما قام المشرع

بإصدار نصوص قانونية متعلقة بالمعاملات الالكترونية، استحدثت من خلالها نظام الوفاء الالكتروني في المعاملات التجارية بمفهومه الواسع، وذلك بنص المادة 69 من القانون رقم 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض<sup>1</sup> الذي يعتبر أول قانون جزائري تضمن التعامل الالكتروني الحديث في القطاع المصرفي.

كما أن عدم وجود قواعد قانونية خاصة تحمي المستهلك في العقود الالكترونية في الجزائر لا يمنع من تطبيق القواعد العامة التي يتضمنها القانون المدني، وكذا القواعد التي تتضمنها قوانين حماية المستهلك، على العقد الالكتروني.

ومن خلال الدراسة التي قمنا بها حاولنا بيان أوجه حماية المستهلك في عقد البيع الالكتروني، وذلك في كافة مراحل التعاقد الالكتروني، سواء في مرحلة ما قبل ابرام العقد، أو في مرحلة ابرامه، أو في مرحلة تنفيذ العقد. حيث أن حماية المستهلك في مرحلة ما قبل ابرام عقد البيع الالكتروني تتمثل في حقه في الحماية في مرحلة تكوين العقد (الأهلية والتراضي)، وكذلك حق المستهلك في الاعلام والتبصير من خلال تحديد شخصية البائع أو المنتج ( اسمه واسم الشركة، مقره عنوان بريده الالكتروني...) وبيان الأوصاف الأساسية للمنتجات، أو الخدمات، لأن هذه الخصائص قد تكون هي الدافع الرئيس لدى المستهلك على التعاقد؛ وكذلك اعلامه حول الشروط العامة للبيع الالكتروني، ويعتبر الالتزام بالإعلام السابق عن التعاقد من الالتزامات الحديثة التي استلزمها خصوصية التعاقد عبر الأنترنت.

وتتمثل حماية المستهلك في مرحلة ابرام العقد، في حقه في الاعلام التعاقدية وفي حماية الخصوصية، وحمايته في مواجهة الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المنتج أو البائع المهني استغلالا منه لحاجة المستهلك لهذا التعاقد.

<sup>1</sup> - أمر رقم 03-11 مؤرخ في 16 جوان 2003، يعدل ويتم القانون رقم 90-10 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر، العدد 52 الصادر في 17 أوت 2003.

أما حماية المستهلك في العقد الإلكتروني في مرحلة تنفيذ العقد، تتمثل في الحق في الضمان ( ضمان العيوب الخفية، التعرض والاستحقاق، والسلامة)، إضافة إلى حق المستهلك في الحماية أثناء تنفيذ التزاماته المتمثلة في الدفع الإلكتروني و تسلم المبيع وفي نهاية هذه الدراسة توصلنا الى وضع بعض التوصيات هي التالية:

1- بما أن المشرع الجزائري لم يستجب لتطورات المعاملات الإلكترونية، ولم يتطرق لتعريف العقد الإلكتروني بصفة خاصة، ولم يسن قانون خاص لتنظيم المعاملات الإلكترونية، و ربما كان السبب في ذلك قلة التعامل بهذه التكنولوجيات في الجزائر، خاصة ابرام العقود عن طريق الانترنت. لكن نحن نرى أن عدم وجود مثل هذا القانون المهم هو السبب في تخوف المستهلك الجزائري من الاقدام على هذا التعاقد، وبالتالي قلة التعاملات الإلكترونية، لذلك يجب على المشرع اصدار قانون المعاملات الإلكترونية الجزائري، في أقرب الآجال، محتذيا بقانون اليونسترال النموذجي وبتشريعات الدول التي سبقته في هذا المجال ( قانون دولة الإمارات لسنة 2002).

2- نقترح على المشرع تعديل قانون الإثبات لمواكبة المستجدات في وسائل الإثبات، مع وضع تشريع خاص للوفاء والأعمال المصرفية الإلكترونية، وتبصير العملاء بكيفية الاستعمال لوسائل الدفع والحث على تنسيق وتوحيد التعامل في مجال تسوية العمليات المصرفية الإلكترونية، مع التأكيد على حماية المستندات واستخدام البطاقات المالية.

# قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1. الكتب:

- 1- أحمد سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط1، دار النهضة العربية، مصر، (د س ن).
- 2- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 3- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- 4- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 5- .....، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005.
- 6- أسامة عبد الله قائد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
- 7- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك عن الأضرار الناجمة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والقانونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- 8- حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.س.ن).
- 9- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، (د ب ن)، 1998.

- 10- **خالد حمدي عبد الرحمن**، التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 11- **خالد ممدوح ابراهيم**، ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006 .
- 12- .....، ابرام العقد الالكتروني، ط1، دار الجامعة للنشر، مصر، 2007.
- 13- .....، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007.
- 14- **خليل أحمد حسن قداد**، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج ط، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 15- **الدسوقي أبو الليل**، الجوانب القانونية للمعاملات الالكترونية، ط1، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2000.
- 16- **رمضان أبو السعود**، شرح العقود المسماة في عقد البيع والمقايضة، ط2، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، (د.س.ن).
- 17- **سالم محمد رديعان العزاوي**، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 18- **سليمان مرقس**، العقود المسماة، عقد البيع، ط4، عالم الكتب، (د.ب.ن)، 1980.
- 19- **سمير حامد عبد العزيز الجمال**، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
- 20- **السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1986.
- 21- **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

- 22- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
- 23- عبد الباسط جاسم محمد، ابرام العقد عبر الانترنت، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- 24- عبد الباسط حسن جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 25- عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك، البيع في الموطن، التعاقد عن بعد، العقد الالكتروني، (الدليل القانوني للمستهلك1)، مركز قانون الالتزامات والعقود، كلية الحقوق، فاس، المغرب، 2006.
- 26- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، ج1، المجلد الأول، دار احياء التراث العربي، (د ب ن)، 2005.
- 27- .....، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 28- .....، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، البيع والمقايضة، مصر، 1986.
- 29- .....، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 30- عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- 31- .....، حماية المستهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 32- عبيدي علي هادي، العقود المسماة- البيع والايجار وقانون المالكين والمستأجرين، ط1، عمان، الأردن، 2009.

- 33- **علي أحمد عبد الزعبي**، حق الخصوصية في القانون الجنائي، دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006.
- 34- **علي سيد حسن**، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، مصر، 1990
- 35- **علي فتاك**، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008.
- 36- **علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موقم للنشر، الجزائر، 2010.
- 37- **عمر خالد زريقات**، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت (دراسة تحليلية)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.
- 38- **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، منشأة المعارف، مصر، 2008.
- 39- **فاتن حسين حوى**، المواقع الالكترونية وحقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 40- .....، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد "الالكترونيا"، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- 41- **فاروق الاباصيري**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 42- **قدري محمد محمود**، حماية المستهلك في العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 43- **محمد السيد عبد المعطي خيال**، الانترنت وبعض الجوانب القانونية، مكتبة دار النهضة، مصر، 1998.

- 44- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا، ألمانيا ومصر، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 45- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 46- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005.
- 47- .....، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996.
- 48- محمد حسن منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
- 49- .....، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2003.
- 50- .....، المسؤولية الالكترونية، منشأة المعارف، مصر، 2006.
- 51- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 52- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 53- محمد شكري سرور، شرح قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي، دراسة مقارنة، (د.د.ن)، الكويت، 1999.
- 54- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2008.

- 55- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 56- .....، المسؤولية القانونية في مجال شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 57- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2006.
- 58- نزيه المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دراسة فقهية قضائية مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1982.
- 59- نسيب بن ناصر البورسعيدي، وسائل الدفع في التجارة الالكترونية، دار البشير، الامارات العربية المتحدة، 2013.
- 60- نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 61- هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 62- يورك برس، علم نفسك الانترنت، مكتبة لبنان والدار المصرية للطباعة، (د ب ن)، 2000.

## II. الرسائل والمذكرات:

### أ-رسائل الدكتوراه:

- 1- أمين أعزان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2011.

- 2- **بلقاسم حامدي**، ابرام العقد الالكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.
- 3- **ثروت فتحي اسماعيل**، المسؤولية المدنية للبائع المهني والصانع والموزع (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة عين شمس، مصر، 1987.
- 4- **عبد القادر محمد أقصاصي**، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الاسكندرية، مصر، 2007-2008  
ب-مذكرات الماجستير:
- 5- **جريدة خواص**، الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في العقد، مذكرة لنيل الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1986.
- 6- **سامي بلعابد**، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2005.
- 7- **سليمة أحمد يحيايوي**، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن عكنون، الجزائر، 2010-2011.
- 8- **فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الالكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
- 9- **كريمة بركات**، حماية المستهلك من المخاطر الناجمة عن استعمال المنتجات والخدمات، رسالة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2003-2004.

- 10- **لشعب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق، الجزائر، 1984.
- 11- **لما عبد الله صادق سهلب**، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- 12- **مراد قرفي**، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر 2004-2005.
- 13- **نصيرة خلوي**، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2013.
- 14- **نعيمة غيدوشي**، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012.
- 15- **نور الهدى مرزوق**، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012.
- 16- **يحيى يوسف فلاح حسن**، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

### III. المقالات والمدخلات:

#### أ- المقالات:

- 1- **أحمد رياحي**، "أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة اقتصاديات إفريقيا، جامعة الجلفة، العدد 5، د س ن، (ص من 343 إلى 368).
- 2- **الشريف بحماوي**، "سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 2، جوان 2004، (ص من 98 إلى 112).

- 3- الكاهنة أرزيل، "الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، 2011، (ص من 123 إلى 149).
- 4- رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، العدد 42، أكتوبر 2007، (ص من 27 إلى 165).
- 5- زاهية حورية سي يوسف، تعليق على نص (المادة 140 مكرر ق م ج)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 2، 2010، (ص من 61 إلى 76).
- 6- عبد الرحمن خلفي، "حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري، دراسة مقارنة"، مجلة جامعة النجاح، مجلد 38(1)، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2013، (ص من 1 إلى 24).
- 7- عبد العزيز المرسي حمود، "الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة (دراسة مقارنة)"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، العدد 18، السنة التاسعة، أكتوبر 2000، (ص 95 إلى 430).
- 8- عقيل فاضل حمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، "الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني"، <http://www.ahlulbaitonline.com>
- 9- فكتوريا برنان، "تعزيز وحماية الحق في الخصوصية في العصر الرقمي"، الشبكة الدولية للحقوق والتنمية (GNRD)، 2 أوت 2014، <http://www.gnrd>.
- 10- كريمة بركات، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود الاذعان"، المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد 2، 2011، (ص من 275 إلى 307).

- 11- محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، الكويت، يونيو 1998.
- 12- نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، العدد 2، جامعة الكويت، يونيو، 2008، (ص من 163 إلى 313).

ب- المداخلات:

- 13- العيد حداد، " الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت " ، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون ، اكااديمية الدراسات العليا ، طرابلس ليبيا، 27 / 30 أكتوبر 2009 .
- 14- حسين بن سعيد الغافري، " الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع قانون المعاملات الالكترونية العماني "، ورقة مقدمة لمؤتمر أمن المعلومات والخصوصية في ظل قانون الانترنت، القاهرة، يومي 2- 04 / 07 2008/.
- 15- محمد شكري سرور، " التجارة الالكترونية مقتضيات حماية المستهلك " ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية اكااديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة ، المجلد الثاني، من 26 إلى 28 افريل 2003 (ص من 101 إلى 214).

V. النصوص القانونية:

أ- الدساتير:

- 1- دستور 28 نوفمبر 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96- 438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في

استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر العدد 76، الصادر في 08 ديسمبر 1996،  
معدل.

ب- النصوص التشريعية:

- 1- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات معدل و متمم.
- 2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني معدل و متمم ، ج ر، العدد 78 الصادر في 19 ديسمبر 1975
- 3- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري معدل و متمم
- 4- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات للتجارية ج ر، العدد 41 الصادر في 27 جوان 2004 ، معدل و متمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر، العدد 46 الصادر في 17 أوت 2010.
- 5- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج ر، العدد 15 الصادر في 8 مارس 2009 .
- 6- قانون رقم 90-10 مؤرخ في 14 افريل 1990، يتعلق بالنقد و القرض ، معدل و متمم بالأمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 جوان 2003 ، ج ر، العدد 52 الصادر في 2 أوت 2003.
- 7- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 ، بعدل و يتم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني ج ر، العدد 44 الصادر في 26 جوان 2005 .
- 8- قانون رقم 05-02 مؤرخ في 6 فيفري 2005، يعدل و يتم الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 11 الصادر في 8 فيفري 2005.

ج- النصوص التنظيمية:

9- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية، ج ر، العدد 56 الصادر في 11 نوفمبر 2006، معدل ومتمم .

10- مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر، العدد 58 الصادرة في 18 نوفمبر 2013 .

11- مرسوم تنفيذي رقم 08 - 44 مؤرخ في 03 فيفري 2008، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 06-306، ج ر، العدد 07 الصادر في 10 فيفري 2008.

د- النصوص القانونية الدولية:

1- الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 217 المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

2- قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية، الصادر عن غرفة التجارة الدولية التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة 85 المنعقدة في 16 ديسمبر 1996  
<http://www.unictral.org/pdf/arabic>.

IV. المواقع الإلكترونية:

1- <http://www.unictral.org/pdf/arabic>.

2- <http://www.legifrance.gouv.fr>.

3- <http://www.sectco.org>

4- <http://www.klein.fr>

ثانيا: باللغة الفرنسية

**I. OUVRAGES :**

- 1- **Christian LAROUMET**, Droit civil, les obligations, 3eme éd ,  
Delta ,Paris ,1996.
- 2- **ISABALLE RIHAM**, L'erreur dans la déclaration de volonté,  
Presses Universitaires d'Aix Marseille, Marseille, 2006.
- 3- **Jean-Sébastien BORGHETTI**, la responsabilité du fait des  
produits, étude de droit comparé, L.G.D.H, Paris, 2004.
- 4- **Olivier D'AUZON**, Le droit du commerce électronique, Du  
Puits Fleuri, Paris, 2007.

**II. THESES ET MEMOIRES :**

- 1- **MORIBA alain kone**, La protection du consommateur dans le  
commerce international passé par internet : une analyse  
comparée des systèmes juridiques européens : français,  
canadien, québécois, thèse pour le doctorat en droit des  
affaires, université Montréal, Paris, 2008.
- 2- **FABRE-MAGNAN Muriel**, De l'obligation d'information dans  
les contrats, essai et théorie, thèse de doctorat, Paris I,  
L.G.D.J, 1992.

**III. ARTICLES :**

1. **A, KARIMI**, « Les clauses abusives et la théorie de l'abus de  
droit» Rv L.G.D.J, Paris 2001.
2. **DEFFERRARD, F**, « Une analyse de l'obligation de sécurité à

- l'épreuve de la cause étrangère », D 1999, N°4, P364, N°5, P365, N°6.
3. **Fadila SAHRI**, « La protection juridique du consommateur Contre les clauses abusives à travers la loi 04-02 du 23.06.2004 et le décret exécutif 06-306 du 10-09-2006», Revue des Sciences Juridiques N°12, juin 2008, (pp216-228).
  4. **GENEVIEVE VINEY**, L'indemnisation des atteintes à la sécurité des consommateurs en droit français , Ouvrage de J.GHESTIN, la sécurité des consommateurs et Responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J, Paris, 1987.
  5. **Jérôme HUET**, aspects juridiques du commerce électroniques, approche internationale, les pétilles affiches, N° 116, 26 septembre 1997.
  6. **JORDAIN, P**,« L'obligation de sécurité a propos de quelques arrêté récents » Gaz- Pal du 25 sept 1993.
  7. **LOLIBER mark**, Vent a distance et publicité comparative vers une harmonisation des législations européennes, Gaz- Pal, 1998, 17 au 19 mai 1998.
  8. **Paul henry DELVAUX**, Les contrats d'adhésion et les de la clauses abusives en droit belg, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuel, ouvrage par le centre de droit des obligations de l'université de Paris 1.
  9. **Vasseur, M**, « Le paiement électronique » J.C.P, 1985.

#### IV. COLLOQUE :

- 1- **Xavier LINANT** de belle Fonds, la problématique, colloque du 13 mai 1998 : commerces électroniques et avenir des Circuits de distribution, gaz-pal, du 18 au 20 mai 198.

#### V. TEXTES JURIDIQUES :

##### A-T.J EUROPEENS :

- 1- Directive 97/7/ ce du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distances, JO ? N° 144 du 04/06/1997, poo19-0027, [http ://www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)
- 2- Directive 97/489 du 20 juin 1997, concernant les moyens de paiement électronique.
- 3- Directive 2000/31/ CE du parlement européen et 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), JO, N° 1 178 du 17/7/2000, poo1-0016 [http ://www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int)

##### 4-T.J FRANÇAIS :

- 1-Loi n° 78/23 du 10 janvier 1978 relative à la protection et l'information des consommateurs.
- 2-Loi n° 92/60 du 18 janvier 1992 relative au code de la consommation.
- 3-Loi n° 93/949 du 26 juillet 1993 modifiant et complétant le code de la consommation, TO n° 171 du 27/07/1993.
- 4-Loi n° 2001/1168 du 11 décembre modifiant et complétant la loi n° 93/949.
- 5-Loi n° 2004 (574 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie humiques, [http ://www.legifance.gov.fr](http://www.legifance.gov.fr)

فهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة.....
07	<b>الفصل الأول: حماية المستهلك قبل إبرام عقد البيع الالكتروني.....</b>
09	المبحث الأول: حماية المستهلك في مرحلة تكوين عقد البيع الالكتروني.....
10	المطلب الاول: الأهلية في عقد البيع الالكتروني.....
10	الفرع الأول: خصوصية الأهلية في عقد البيع الالكتروني.....
13	الفرع الثاني: مشكلة فقدان الأهلية في عقد البيع الالكتروني.....
13	أولاً: في حالة وفاة الموجب أو فقدانه الأهلية.....
13	ثانياً: في حالة وفاة الموجب له أو فقدانه الأهلية.....
14	المطلب الثاني: صيغة التعبير عن الارادة في عقد البيع الالكتروني.....
15	الفرع الأول: الإيجاب في عقد البيع الالكتروني.....
15	أولاً: تعريف الإيجاب الالكتروني، وأنواعه.....
15	أ/ تعريف الإيجاب الالكتروني.....
18	ب/ أنواع الإيجاب الالكتروني.....
19	ثانياً: لغة الايجاب الالكتروني.....
20	ثالثاً: النطاق الزماني والمكاني للإيجاب الالكتروني.....
20	أ/ نطاق الإيجاب الالكتروني من حيث الزمان.....
22	ب/ نطاق الإيجاب الالكتروني من حيث المكان.....
22	الفرع الثاني: القبول في عقد البيع الالكتروني.....
23	أولاً: تعريف القبول في عقد البيع الالكتروني.....
23	ثانياً: الطرق الخاصة بالقبول الالكتروني.....
26	ثالثاً: تحديد وقت القبول الالكتروني وانعقاد البيع الالكتروني.....
26	أ/ نظرية اعلان القبول.....

27	.....ب/ نظرية تصدير القبول
27	.....ج/ نظرية تسلّم القبول
28	.....د/ نظرية العلم بالقبول
29	.....المطلب الثالث: خصوصية عيوب الارادة في عقد البيع الالكتروني
29	.....الفرع الأول: خصوصية عيب الغلط في عقد البيع الالكتروني
30	.....الفرع الثاني: خصوصية عيب التدليس في عقد البيع الالكتروني
31	.....الفرع الثالث: خصوصية عيب الاكراه في عقد البيع الالكتروني
32	.....المبحث الثاني: حق المستهلك في الاعلام السابق لإبرام عقد البيع الالكتروني
32	.....المطلب الأول: ماهية الالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الالكتروني
33	.....الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الالكتروني
36	.....الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الالكتروني
36	.....الفرع الثالث: شروط الالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الالكتروني
36	.....أولاً: الشرط المتعلق بالمتعاقدين وبطبيعة المعلومات
38	.....ثانياً: تأكيد اعلام المستهلك
	.....ثالثاً: الشرط المتعلق باللغة المستعملة في الالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع
40	.....الالكتروني
41	.....المطلب الثاني: النظام القانوني للالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الالكتروني
41	.....الفرع الأول: مضمون الالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الالكتروني
41	.....أولاً: اعلام المستهلك بالميزات الأساسية للمنتج وبالشروط العامة للبيع الالكتروني
43	.....ثانياً: اعلام المستهلك بشخصية المتدخل (المهني) الالكتروني
44	.....الفرع الثاني: كيفية الإدلاء بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الالكتروني
44	.....أولاً: الوقت الذي يتم فيه الادلاء بالمعلومات
45	.....ثانياً: طريقة الادلاء بالمعلومات

47	الفرع الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام السابق لإبرام عقد البيع الإلكتروني....
48	أولاً: قابلية العقد للإبطال.....
48	ثانياً: التعويض وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية.....
50	<b>الفصل الثاني: حماية المستهلك في مرحلة إبرام عقد البيع الإلكتروني.....</b>
52	المبحث الأول: حقوق المستهلك في مرحلة إبرام عقد البيع الإلكتروني.....
53	المطلب الأول: حق المستهلك في الإعلام التعاقدية.....
53	الفرع الأول: مفهوم الالتزام التعاقدية بالإعلام الإلكتروني.....
54	أولاً: تعريف الالتزام التعاقدية بالإعلام الإلكتروني.....
55	ثانياً: الطبيعة القانونية للالتزام التعاقدية بالإعلام الإلكتروني.....
56	أ/ الالتزام التعاقدية بالإعلام التزم ببذل عناية.....
56	ب/ الالتزام التعاقدية بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة.....
56	ج/ الالتزام التعاقدية بالإعلام التزم يتضمن التزامين.....
57	الفرع الثاني: النظام القانوني للالتزام التعاقدية بالإعلام الإلكتروني.....
57	أولاً: مضمون الالتزام التعاقدية بالإعلام الإلكتروني.....
59	ثانياً: وسائل تنفيذ الالتزام التعاقدية بالإعلام الإلكتروني.....
60	ثالثاً: جزاء الإخلال بالالتزام التعاقدية بالإعلام الإلكتروني.....
61	أ/ الجزاء في إطار نظرية الغلط والتدليس.....
62	ب/ الجزاء في إطار العيوب الخفية.....
63	ج/ الجزاء في إطار قواعد المسؤولية المدنية.....
66	المطلب الثاني: حق المستهلك في حماية الخصوصية.....
66	الفرع الأول: تعريف الحق في الخصوصية.....
67	أولاً: التعريف الفقهي للحق في الخصوصية.....
67	ثانياً: تعريف الحق في الخصوصية في المجال الدولي.....

69	.....	ثالثا: التعريف التشريعي للحق في الخصوصية
70	.....	الفرع الثاني: مجال تحريك البيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني
70	.....	أولا: البريد الالكتروني
71	.....	ثانيا: التبادل الالكتروني للبيانات
72	.....	المبحث الثاني: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية
73	.....	المطلب الأول: ماهية الشرط التعسفي
73	.....	الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي
73	.....	أولا: التعريف الفقهي للشرط التعسفي
74	.....	ثانيا: التعريف القانوني للشرط التعسفي
75	.....	أ/ في القانون الفرنسي
76	.....	ب/ في القانون الجزائري
77	.....	الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي
77	.....	أولا: التعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية للمهني
78	.....	ثانيا: الميزة المفرطة والمتجاوزة التي يحصل عليها المهني
80	.....	الفرع الثالث: تمييز الشرط التعسفي عن عقد الاذعان
80	.....	أولا: تعريف عقد الاذعان وخصائصه
80	.....	أ/ تعريف عقد الاذعان
82	.....	ب/ خصائص عقد الاذعان
83	.....	ثانيا: تكيف عقد البيع الالكتروني أنه عقد اذعان
84	.....	المطلب الثاني: مكافحة الشروط التعسفية
85	.....	الفرع الأول: دور القضاء في مكافحة الشروط التعسفية
85	.....	أولا: كيفية ابرام عقد الاذعان
87	.....	ثانيا: تفسير عقد الاذعان

88	.....ثالثا: تنفيذ عقد الازعان
88	.....الفرع الثاني: حظر الشروط التعسفية
88	.....أولا: التحديد القانوني للشروط التعسفية
89	.....ثانيا: لجنة البنود التعسفية
92	<b>الفصل الثالث: حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ عقد البيع الالكتروني</b>
93	.....المبحث الاول: حق المستهلك في الضمان
94	.....المطلب الأول: حق المستهلك في ضمان عدم التعرض والاستحقاق
94	.....فرع الأول: ضمان عدم التعرض الشخصي
95	.....أولا: التعرض المادي
95	.....ثانيا: التعرض القانوني
96	.....الفرع الثاني: ضمان عدم التعرض الصادر من الغير
99	.....المطلب الثاني: حق المستهلك في ضمان العيوب الخفية
99	.....الفرع الأول: تعريف العيب الخفي
100	.....أولا: التعريف القضائي للعيب الخفي
100	.....ثانيا: التعريف الفقهي للعيب الخفي
101	.....ثالثا: التعريف القانوني للعيب الخفي
102	.....الفرع الثاني: شروط العيب الخفي الموجب للضمان
103	.....أولا: أن يكون العيب مؤثرا
104	.....ثانيا: أن يكون العيب خفيا
106	.....ثالثا: أن يكون العيب قديما
107	.....رابعا: جهل المشتري بالعيب
109	.....المطلب الثالث: حق المستهلك في ضمان السلامة

110	..... الفرع الأول: مفهوم الالتزام بضمان سلامة المستهلك
110	..... أولاً: تعريف الالتزام بضمان سلامة المستهلك
114	..... ثانياً: الطبيعة القانونية للالتزام بضمان سلامة المستهلك
117	..... الفرع الثاني: تكريس الالتزام بضمان سلامة المستهلك
119	..... الفرع الثالث: المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بضمان سلامة المستهلك
120	..... أولاً: عناصر المسؤولية
121	..... ثانياً: آثار المسؤولية
122	..... المبحث الثاني: حماية المستهلك عند تنفيذ التزاماته
122	..... المطلب الأول: حماية المستهلك عند الدفع الإلكتروني
123	..... الفرع الأول: ماهية الدفع الإلكتروني
123	..... أولاً: تعريف الدفع الإلكتروني
124	..... ثانياً: خصائص الدفع الإلكتروني
126	..... الفرع الثاني: وسائل الدفع الإلكتروني
126	..... أولاً: التحويل الإلكتروني
127	..... ثانياً: البطاقات الإلكترونية
128	..... ثالثاً: الوسائط الإلكترونية المصرفية
128	..... أ/ الهاتف المصرفي
129	..... ب/ الأنترنت المصرفي
129	..... رابعاً: الوسائط الإلكترونية الجديدة
130	..... أ/ نظام الهوية الكونية
130	..... ب/ القابض
130	..... ج/ الشبكات الإلكترونية
131	..... خامساً: النقود الإلكترونية

131	أ/ نقود المخزون الالكتروني.....
131	ب/ النقود الائتمانية الالكترونية.....
133	المطالب الثاني: حماية المستهلك عند تسلّم المبيع.....
133	الفرع الأول: مضمون الالتزام بتسلّم المبيع وكيفيته.....
134	أولاً: مضمون الالتزام بتسلّم المبيع .....
136	ثانياً: كيفية تسلّم المبيع.....
137	الفرع الثاني: مكان وزمان تسلّم المبيع.....
140	خاتمة.....
144	قائمة المراجع.....
160	فهرس.....