وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحيى فارس بالمدية

كلـــية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر

تخصص: قانون الأعمال

بعنوان:

ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني

من إعداد الطالبين:

- العيدي منور
- بومحسن أيمن

تحت إشراف الأستاذ:

د/ سبتي عبد القادر

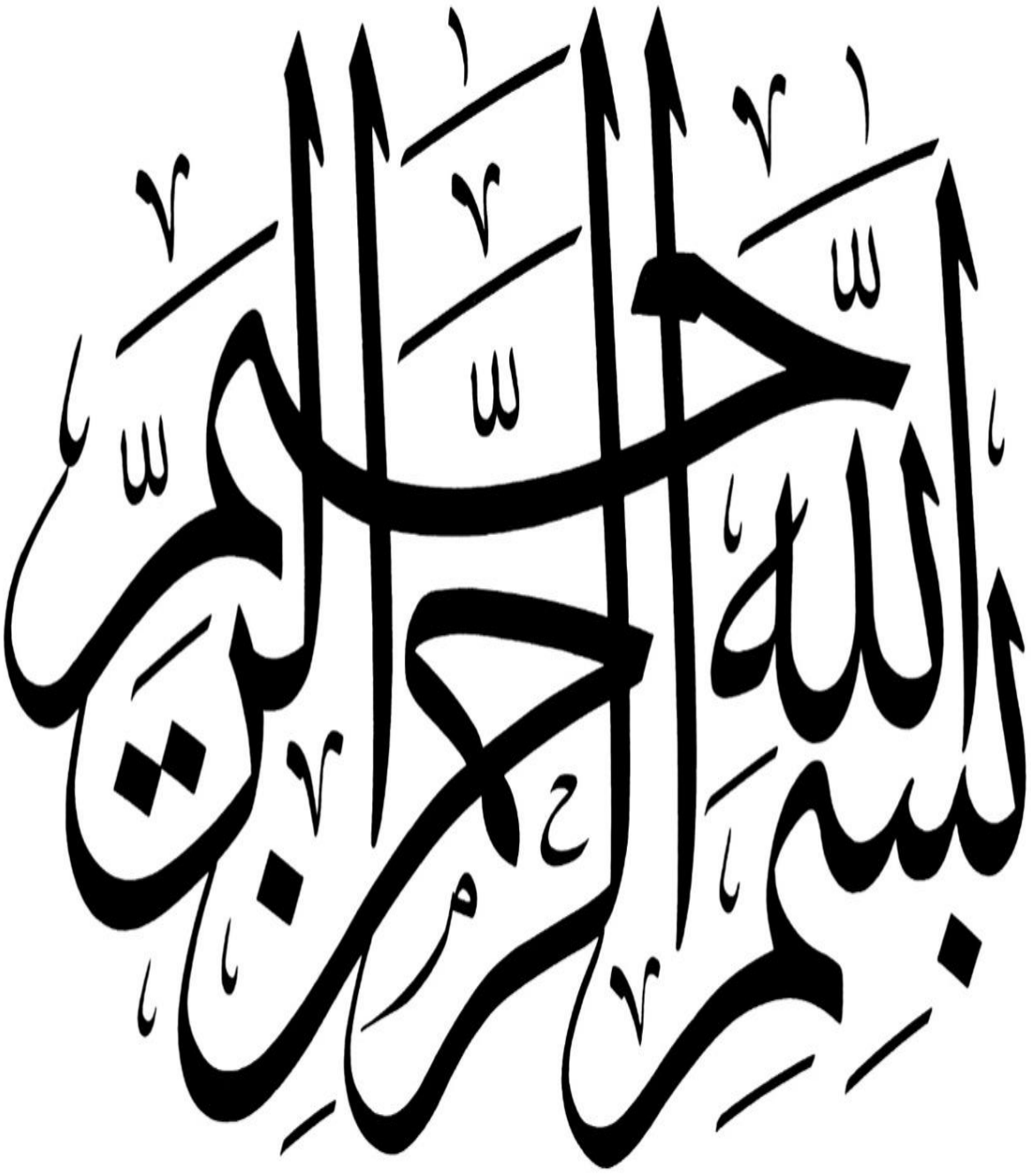
لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	المؤسسة الأصلية	الرتبة	الصفة

الموسم الجامعي 2023/2022

ملخص الدراسة

أحدثت وسائل الإتصال الحديثة ثورة تكنولوجية كبيرة في التواصل بين الأشخاص بكل سهولة وفي أي مكان ، وأدى هذا التطور التكنولوجي إلى إبتداع أساليب جديدة في إبرام العقود ، لم تكن معروفة من قبل ، ومن بين هذه الأساليب عقد البيع الإلكتروني ، و إن كان كغيره من العقود من حيث تنظيمه و أحكامه ، و حتى آثاره ، إلا أنه يتميز بخاصية إبرامه عن بعد ، مما جعله من أهم المواضيع المعاصرة التي نتج عنها العديد من الإشكالات خاصة فيما يتعلق بموضوع حماية المشتري الإلكتروني ، بإعتباره الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية ، لذلك إستوجب الأمر إحاطته بالعديد من الضمانات التي توفر له الحماية ، وتعيد للعقد التوازن المطلوب ، ومن بين هذه الضمانات ما هو تقليدي كضمان العيب الخفي ، وضمان التعرض و الإستحقاق ، بالإضافة إلى ضمان الحماية من الشروط التعسفية و الحق في الخصوصية المعلوماتية ، ومنها ما هو حديث كضمان الإلتزام بالإعلام الإلكتروني ، وحق المشتري في العدول عن عقد البيع الإلكتروني.


بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

أ- تقديـــم الموضـــوع :

أدى التطور التكنولوجي السريع الذي يشهده العالم اليوم ، إلى إبتداع أساليب جديدة لإبرام العقود ، لم تكن معروفة من قبل ، ومن أهم أساليب التعاقد نجد شبكة الأنترنت [1] ، نظرا لما تتيحه للمتعاقدين ، من إبرام الصفقات وتنفيذها بين أطراف متباعدين جغرافيا ، وهذا ما يؤدي إلى إنتعاش التجارة وتطورها . حيث هجر الإقتصاد العالمي الصورة التقليدية للتعاقد في مجال البيع و الشراء ، لما يرافقها من ضياع للوقت و الجهد والمال ، و استبدلها بصورة أسرع و أيسر و أرخص ، و ذلك عن طريق إستخدام وسائل الإتصال الحديثة كمواقع شبكة الأنترنت مثلا ، التي يعرض فيها التجار و المنتجون و رجال الأعمال و العلم و الإختصاص ، منتجاتهم وسلعهم المادية و الفكرية ، وحتى خدماتهم ، حيث يتم التعاقد بشأنها في لحظات ، وهو ما يعرف بالتجارة الإلكترونية [2] ، ففي هذا النوع من التجارة يستطيع الشخص أن ينتقي أفضل العروض و الأسعار للسلع و المنتجات التي يريد شرائها ، وهو جالس في منزله مستريحا وسط أسرتة ، عن طريق التجول داخل الأسواق العالمية من خلال جهاز الحاسوب الخاص به ، و الذي يتصل من خلاله بشبكة الأنترنت التي تصل بينه و بين العالم كله في ثوان معدود [3] .

و على الرغم مما توفره التجارة الإلكترونية من فوائد لا تعد ولا تحصى ، إلا أن لكل تطور إيجابي سلبيات ، فبالنظر إلى طبيعة عقد البيع الإلكتروني كونه يتم عن بعد دون رؤية كل من الطرفين للآخر و اللذين قد يفصلهما في بعض الأحيان آلاف الأميال ، كما أن المشتري الإلكتروني لا يرى السلعة محل التعاقد رؤية مادية إلا بالتسليم بعد تمام التعاقد ، ذلك أن هذا الأخير عندما يتعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة كمواقع شبكة الأنترنت ، لا يرى السلعة إلا من خلال الصور المعروضة على الموقع أو الكتالوجات

---

[1] تعرف شبكة الأنترنت بأنها : " شبكة الشبكات أي مجموعة الشبكات العالمية المتصلة ببعضها البعض " .
و تعرف كلمة شبكة في مجال المعلوماتية بأنها : " مجموعة من الأجهزة المتصلة ببعضها البعض ، إما بواسطة أسلاك أو بواسطة موجات راديو أو خطوط هاتف ، بحيث يمكن أن تنتقل المعلومات من جهاز إلى آخر ضمن هذه المجموعة ، و بواسطة برامج وضعت خصيصا لذلك ، وتستعمل الأنترنت لغة نموذجية تدعى " بروتوكول " ، يستطيع كل مستعمل للحاسوب و المودیم ، أو الخط الهاتفي ، أن يبعث برسالة إلكترونية ، أو الاستفادة من الصفحات البيانية للعنكبوت العالمي (www) " ، نقلا عن : راغدة شربل فرنسيس و كارول أسعد ، موسوعة العلوم الحديثة ، المعلوماتية و الحواسيب و الأنترنت www ، الطبعة الثانية ، دار الشمال ، طرابلس ، لبنان ، 2008 ، ص 42 .

[2] تعرف التجارة الإلكترونية بأنها عملية ترويج وتبادل السلع و الخدمات و إتمام صفقاتها ، بإستخدام وسائل الإتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد لاسيما الأنترنت دون حاجة لإنتقال الأطراف و التقائهم في مكان معين ، سواء أمكن تنفيذ الإلتزامات المتبادلة إلكترونيا أم إستلزم الأمر تنفيذها بشكل مادي ملموس ، هادي مسلم يونس البشكاني ، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية ، د . ط ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2009 ، ص 31 .

[3] كوثر سعيد عدنان خالد ، حماية المستهلك الإلكتروني ، د . ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2012 ، ص 03 .

المرفقة بالموقع ، دون الرؤية المادية الملموسة ، وذلك ما قد يجعله عرضة للتحايل و الخداع ، وعدم مطابقة السلعة للمواصفات التي تم التعاقد بشأنها ، أو أنه يجد نفسه قد إشترى سلعة ليس بحاجة إليها ، أو أنها تزيد حاجته ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن المشتري الإلكتروني عندما يقوم بإبرام العقد يجد نفسه أمام بائع محترف هو الطرف الأقوى في التعاقد يملك من الأليات لإدارة السوق الإلكتروني بما يتضح أمامه من المعرفة التامة بمفرداته ، وبما يتفوق به من مركز اقتصادي قوي و مركز معلوماتي فائق التطور ، ومن ثم يكون من اليسير عليه التوجه و التحكم بالمشتري ، وجعله يقدم على التعاقد و هو ضامن الربح ، و المشتري باعتباره في موقف ضعيف يسعى للحصول على أفضل المنتجات و السلع ، أو التزود بأحسن أداء للخدمات ، ويكون محلا للإستخدامات التكنولوجية الحديثة التي يتبناها البائعون المحترفون على مواقع التجارة الإلكترونية التي تكتسب التصرفات القانونية التي تكتسي من خلالها مظهرا غير واقعي حيث الطابع اللامادي .

ومن هنا ظهرت الحاجة إلى حماية المشتري الإلكتروني ، حتى تطمئن نفسه إلى التعاقد ويقدم عليه دون خوف أو رهبة ، مما ينعكس ذلك على التجارة الإلكترونية و الإقتصاد القومي بالإيجاب .

ب-أهمية موضوع البحث :

تبرز أهمية موضوع البحث في ناحيتين :

أ- **من الناحية العملية** : تظهر من خلال أنها تلقي بالضوء على جانب مهم في العلاقة التعاقدية و هي حاجة المشتري الإلكتروني إلى حماية قانونية ، وهو الأمر الذي أصبح ضرورة ملحة ، نظرا لما يتعرض له من مخاطر ، جعلته مع الوقت يعزف عن اللجوء إلى التعاقد بالطرق الإلكترونية _ في عصر التقدم التكنولوجي و المعلوماتية _ نتيجة الخوف و إنعدام الثقة لديه إتجاه هذا المجال بالنظر إلى المخاطر التي تحفه ، الأمر الذي جعل الدول تحرص على وضع تشريعات تهدف إلى إحاطته بضمانات تحقق له الحماية الفعالة .

ب- **من الناحية العلمية** : فتنجلي في كون موضوع ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني من أهم المواضيع المعاصرة نتيجة التطور التكنولوجي الذي أصبح يشهده العالم اليوم ، و على الرغم من ذلك نجد ندرة في المراجع الفقهية الأكاديمية المتخصصة و الملمة بموضوع الدراسة ، الأمر الذي يجعل لهذا البحث قيمة في مجال عقود البيع الإلكترونية من جهة ، و إثراء لمكتبة الجامعة بهذه الدراسة من جهة أخرى .

ج-<u>أسباب إختيار موضوع البحث :</u>

إن أهم أسباب إختيار موضوع البحث تتمثل في :

أ- **أسباب ذاتية** : ترجع إلى طبيعة شخصيتنا الميالة للبحث و الإستطلاع ، و بالإضافة إلى ذلك فإنه يبقى موضوع عقد البيع الإلكتروني من المواضيع التي تستهوي الإهتمام للبحث في طياته ، و الكشف عن خباياه بإعتباره موضوع العصر، ويعتبر عقد البيع الإلكتروني على

الأخص من المواضيع التي تطرح العديد من الإشكالات خاصة فيما يتعلق بجانب الحماية و الضمانات الممنوحة للمشتري الإلكتروني ، وإلى جانب كل هذا فإن نوع التخصص العلمي المدروس له الدافع الأكبر لإختيار هذا الموضوع .

ب- **أسباب موضوعية:** ترجع إلى قلة الدراسات الفقهية الأكاديمية المتخصصة في مجال عقود البيع الإلكترونية والتي تعالج هذا الموضوع على الرغم من أهميته الكبيرة ، نظرا لما يشهده وقتنا الحالي في ظل الثورة التكنولوجية و المعلوماتية ، من إنتشار هذا النوع من العقود و تنوعها وتعقدها .

كما أنه بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد غياب تنظيم خاص بعقود البيع الإلكترونية ، على الرغم من سعيه إلى تدارك هذا الأمر من خلال وضع مشروع قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية إلا أنه للوقت الحالي لم يرى النور ونبقى في إنتظار تفعيله في الواقع العملي .

د- إشكالات موضوع البحث :

تكمن إشكالية البحث كالآتي :

ما مدى نجاعة و فعالية الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني سواء على مستوى القواعد التقليدية أو في إطار القواعد المتخصصة الحديثة ؟

و من خلال هذه الإشكالية تتفرع التساؤلات الفرعية التالية :

هل الضمانات التقليدية المنصوص عليها في القواعد العامة كافية لتوفير حماية فعالة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني ؟ أم أنه بحاجة إلى ضمانات حديثة لتوفير هذه الحماية ؟

و هل تحقق هذه الضمانات التوازن العقدي بين المشتري والبائع الإلكتروني ؟

هـ-الأهداف المتوخاة من موضوع البحث :

يتجلى هدف الدراسة على العموم بالنظر إلى المشتري الإلكتروني باعتباره في مركز قانوني ضعيف ، أمام بائع يملك مركز قوي ، وخبرة معلوماتية وفنية متطورة ، بحاجة إلى الحماية من خلال إحاطته بضمانات توفر له الحماية الفعالة و تعيد للعلاقة التعاقدية توازنها .

كما تهدف هذه الدراسة إلى فتح المجال من أجل جلب الإهتمام لموضوع ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني ، على أمل وجود دراسات متخصصة أكثر في عقد البيع الإلكتروني مستقبلا .

و- الدراسات السابقة :

هناك دراستين سابقتين تناولتا موضوع البحث :

1. أطروحة دكتوراه في القانون الخاص تحت عنوان " ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني " ، للطالب شايب بوزيان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2015 – 2016 ، تناول فيها إشكالية مدى نجاعة وفعالية ضمانات تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، من خلال دراسة أحكام تنفيذ عقد البيع الإلكتروني ، ثم تطرق إلى فعالية ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني.

2. مذكرة ماجستير تحت عنوان " الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني " ، للطالبة بوزكري إنتصار ، كلية الحقوق ، جامعة الباز 02 سطيف ، 2012 – 2013 ، تناولت فيها إشكالية تتضمن دور التشريعات الحديثة في توفير حماية مدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني و مدى إستيعاب المشرع الجزائري للنظرية الإستهلاكية الحديثة ، من خلال دراسة حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلتي ما قبل و أثناء التعاقد ، و حماية المستهلك الإلكتروني أثناء تنفيذ العقد .

- أما موضوع بحثنا فقد تناول بالتفصيل فعالية كل من الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني ، وذلك سواء على مستوى القواعد التقليدية أو في إطار القواعد الحديثة المتخصصة .

د- صعوبات البحث :

تتمثل الصعوبات التي إعترضت إنجاز بحثنا في قلة الدراسات الفقهية الأكاديمية المتخصصة التي تتناول موضوع عقد البيع الإلكتروني ، بالإضافة إلى غياب أحكام قضائية تتعلق بالموضوع في التشريع الجزائري يمكن الإعتماد عليها ، ذلك أن المشرع الجزائري لم يتضمن تشريع خاص بعقد البيع الإلكتروني ، رغم جهوده المبذولة لوضع مشروع قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية ، في إنتظار تفعيله على أرض الواقع . الأمر الذي جعل من دراستنا محدودة ، دفعتنا في بعض الأحيان إلى الاستئناس بالتشريعات العربية الخاصة بالمعاملات الإلكترونية (كالتشريع التونسي ، والتشريع المصري) وحتى بعض التشريعات الغربية ، للتوضيح و التوسع أكثر في موضوع ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني ، وتبقى دراستنا ضمن التشريع الجزائري ضمن القواعد العامة ، بإعتبار أن عقد البيع الإلكتروني لا يخرج في نطاقه وتنظيمه عن عقد البيع التقليدي ، و بالتالي تنطبق الأحكام المتعلقة بالعقد التقليدي عليه ، إضافة إلى القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية [1] ، و المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية [2] ، و القانون رقم 13-378 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك [3] .

ز- المنهج المتبع في موضوع الدراسة :

للإجابة على إشكالية موضوع الدراسة إعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي إلى جانب المنهج المقارن ، وذلك من خلال شرح بعض المقتضيات القانونية ، مع تحليل ما أدرج فيها من أحكام متعلقة بالضمانات

---

[1] قانون رقم 04 -02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج . ر ، عدد 41 ، الصادرة في 27 يونيو 2004 .

[2] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، ، ج . ر ، عدد 56 ، الصادرة في 11 سبتمبر 2006 ، المعدل بالقانون رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 ،ج . ر عدد 07 ، الصادرة في 10 فيفري 2008 .

[3] القانون رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 ، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ، ج . ر ، عدد 58 ، الصادرة في 18 نوفمبر 2013 .

الممنوحة للمشتري سواء في القواعد العامة ، أو في القواعد المتخصصة ، مع اللجوء إلى بعض التشريعات المقارنة في حالة غياب نصوص قانونية تعالج موضوع الدراسة في التشريع الجزائري.

ح- تقسيم خطة البحث :

وفقا لما هو متعارف عليه في أصول المنهجية العلمية قسمنا موضوع البحث إلى فصلين ، يتناول الفصل الأول الضمانات التقليدية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني ، و الذي تضمن بدوره مبحثين ، خصص المبحث الأول لدراسة إلتزامات البائع الإلكتروني بإعتبارها تشكل حقوقا للمشتري ، وعرض المبحث الثاني ضمان الحماية من الشروط التعسفية و الحق في الخصوصية المعلوماتية في عقد البيع الإلكتروني ، ثم يأتي الفصل الثاني الذي يتناول الضمانات الحديثة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني ، و الذي تضمن هو الآخر مبحثين ، المبحث الأول خصص لدراسة ضمان الإلتزام بالإعلام الإلكتروني ، و المبحث الثاني تناول دراسة حق المشتري في العدول عن عقد البيع الإلكتروني .

الفصل الأول

الضمانات التقليدية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني

تمهيـــد :

في خضم الثورة الرقمية و الصحوة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم ، حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة ، عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات مست نظامها وبنيتها القانونية ، مما أدى إلى ظهور عقود جديدة يتم إبرامها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة ، ومن بينها عقود البيع الإلكترونية والتي تعتبر إحدى الركائز و الأساليب الأكثر شيوعا واستخداما في شراء السلع والخدمات عبر الحدود ، وذلك باعتبارها وسيلة سهلة التعامل والتسوق عبر العالم ، فاستغلال شبكة الأنترنت كأداة لإبرام العقود وإجراء مختلف المعاملات التجارية بين أشخاص متواجدين في أماكن متباعدة ، أدى إلى تغيرات على الطرق العادية في التعاقد ، حيث يتم إدخال البيانات و تبادلها بين الأطراف المتعاقدة بطريقة إلكترونية تظهر على الشاشة الخاصة بجهاز الكمبيوتر لكل من المتعاقدين بدقة ووضوح ، ويقلل كثيرا من الجهد والنفقات والزمن وكذا تحقيق الفعالية التجارية بتطوير أسواق جديدة و ضمان التنوع والمنافسة بداخلها .

وعلى الرغم من المزايا العديدة التي تحققها عقود البيع الإلكترونية لكل من المتعاقدين إلا أنه يبقى المشتري الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية ، نتيجة لقلة خبرته ودرايته وعلمه أمام بائع خبير بتقنيات السوق الحديثة ، ذي المركز القوي المتمتع بالخبرة والدراية الاقتصادية ، مما يجعل المشتري يتعرض للكثير من المخاطر أثناء إبرامه لعقد البيع الإلكتروني كالاحتيال والتظليل ، وعدم قدرته على التمييز و اختيار ما هو أفضل لمصلحته ، مما يجعله في حاجة إلى إحاطته بضمانات تهدف إلى حمايته ، وكفالة سلامة إرادته واختياراته .

ومن بين الضمانات التقليدية التي تبنتها التشريعات و القوانين الحديثة ، نجد ضمان العيوب الخفية الذي يعد من أهم الالتزامات التي تقع على البائع الذي يتعاقد إلكترونيا مع المشتري ، حيث يضمن لهذا الأخير خلو المبيع من العيوب ، وأنه صالح للغرض الذي اشتراه من أجله ، على نحو يمكنه من الانتفاع به على أحسن وجه ، وضمان التعرض و الاستحقاق حيث يضمن البائع الإلكتروني انتفاع المشتري بالمبيع ، انتفاعا هادئا ، فلا يتعرض له شخصيا ولا يسمح للغير بالتعرض له . وإذا ثبت حق الغير على المبيع و انتقل إليه ، التزم البائع بضمان استحقاق المبيع ، وفي غياب تنظيم قانوني ينظم أحكام كل من ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق في المجال الإلكتروني ، فقد حصرنا دراستنا ضمن النظرية العامة للعقد ، أي في مجال عقود البع التقليدية ، محاولين إسقاطها على عقود البيع الإلكترونية قدر الإمكان وهو ما تضمنه (المبحث الأول) .

وأمام القوة الاقتصادية والتفوق العلمي والتكنولوجي التي يتميز بها البائع الإلكتروني ، فإن ذلك أتاح لهذا الأخير أن ينفرد بصياغة العقد وتحديد محتواه بشكل مسبق ، مما جعله يضمنه شروطا تراعي مصلحته بالدرجة الأولى ، ولما كان المشتري الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية مضطرا إلى إبرام العقد نتيجة

ارتباطه بمرافق أساسية لا غنى له عنها ، فإنه يذعن لهذه الشروط التي تعتبر تعسفية في حقه ، وتجعل من العقد غير متوازن ، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى تدخل المشرع لإحاطته بضمان حمايته من الشروط التعسفية في عقد البيع الإلكتروني ، وفي ظل كل هذا فإن التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، يجعل من المشتري عرضة إلى انتهاك خصوصيته وحياته السرية ، نتيجة لقدرة الأنترنت على جمع وحفظ واسترجاع ، ونقل البيانات الخاصة به ، واستغلالها دون علمه أو إرادته ، مما أدى إلى تدخل التشريعات لتوفير حماية له من الاعتداء على خصوصيته ، والمحافظة على ثقته في مجال التعاقد الإلكتروني وهو ما خصص له (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : التزامات البائع في عقد البيع الإلكتروني

التجارة الإلكترونية مثلها مثل التجارة التقليدية , تقوم على تبادل القيم من سلع وخدمات في مقابل نقدي أو عيني ، غير أن ما يميز التجارة الإلكترونية أنها تتم باستخدام تقنيات نقل بيانات التعاقد في إطار فضاء إلكتروني **Électronique Espace** من خلال شبكة المعلومات والاتصالات (الأنترنيت) , وبالتالي فإن عقد البيع الإلكتروني سوف يتم إبرامه في هذا الإطار أيضا .

وتشهد عقود البيع الإلكترونية نموا متزايدا حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية و الداخلية ، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرام هذه العقود .

وعقد البيع الإلكتروني في الواقع لا يخرج في بنائه وتركيبه و أنواعه ومضمونه عن إطار عقد البيع التقليدي ، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد [1] ، حيث لم يضع المشرع الجزائري تنظيما خاصا به [2].

ونظرا لكون المشتري يمثل الحلقة الضعيفة في هذه العلاقة التعاقدية بسبب المخاطر وقلة الأمان وكثرة المشاكل عبر الشبكة الإلكترونية ، وأمام رغبة البائع أو المنتج الإلكتروني في الربح السريع الذي قد يدفعه إلى إتباع أساليب غير مشروعة للإثراء السريع باستخدام وسائل الغش والخداع المختلفة أصبح من الضروري توفير حماية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني .

وكما أشرنا سابقا إلى أن عقد البيع الإلكتروني لا يخرج في تنظيمه عن تنظيم عقد البيع التقليدي ، فإنه من خلال القواعد العامة وبإسقاطها على عقد البيع الإلكتروني نجد أن المشرع الجزائري قد أحاط المشتري الإلكتروني بعدة ضمانات ، والتي تتمثل في عدة التزامات تقع على عاتق البائع الإلكتروني ، كالتزامه بضمان العيوب الخفية ، حيث يمكن المشتري من الحصول على مبيع صالح للانتفاع ، من خلال ضمان جميع العيوب الخفية التي من شأنها أن تسبب خللا في المبيع (المطلب الأول) ، وضمان التعرض و الاستحقاق في حالة حصول تعرض أو استحقاق ، بحيث يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع بطريقة هادئة وكاملة ، فلا يتعرض له شخصيا ولا يسمح للغير بالتعرض له أيضا ، (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : ضمان العيوب الخفية

إن الهدف الأساسي من عقد البيع الإلكتروني هو حصول المشتري على منفعة المبيع الذي اشتراه ، و من أجل تحقيق هذا الهدف، فإن البائع يلتزم بتوفير مبيع صالح للانتفاع ، وعليه فإن البائع يكون ضامنا

[1] حيث أنه لا يوجد في إطار التشريع الجزائري قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية باستثناء قواعد خاصة بالإثبات ضمن القانون رقم 15 – 04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتصديق و التوقيع الإلكترونيين ، ج. ر عدد 06 ، الصادر في 10 فيفري 2015 .

[2] خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، د . ط ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص 69– 72 .

للعيوب التي تظهر في البيع إذا كان شأنها أن تحدث خللا في منفقة البيع[1] و هذا الالتزام تستلزمه طبيعة الأشياء، لأن المشتري عندما يقوم بشراء شيء يفترض أنه خال من العيوب، و لو كان يعلم أن به عيبا لما تعاقد على شراءه، أو لكان تعاقد على شراءه بشروط أيسر بالنسبة له.[2]

و يجدر بنا الاشارة إلى أنه في غياب تنظيم خاص، بضمان العيوب الخفية في عقد البيع الإلكتروني، سنقوم بدراسة هذا المطلب ضمن القواعد العامة التي تنطبق على عقد البيع الإلكتروني ، و قد نظم المشروع الجزائري أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع التقليدي في المواد 379 إلى 385 من القانون المدني الجزائري[3]، محاولين المطابقة أو إسقاطها على عقد البيع الإلكتروني .

و سنتناول دراسة أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع الإلكتروني، من خلال الفروع الآتية : الفرع الأول : يتضمن تعريفا لضمان العيوب الخفية ، و الفرع الثاني: يتناول شروط ضمان العيوب الخفية ، أما الفرع الثالث: فيتضمن أحكام ضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول: تعريف العيب الخفي:

تنوعت و اختلفت تعاريف العيب الخفي بين القضاء و الفقه و القانون، و ذلك كل حسب الزاوية التي ينظر منها إلى العيب الخفي، و سوف نتعرض لبعض هذه التعاريف القضائية (أولا) ، ثم التعاريف الفقهية (ثانيا) ، و أخيرا التعاريف التشريعية (ثالثا) .

أولا: التعريف القضائي للعيب الخفي:

يعود أول تعريف جاء به القضاء للعيب الخفي إلى محكمة النقض المصرية حيث صدر عنها قرار في **1948/04/08** عرف العيب الخفي: على أنه: " **الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للبيع** "[4]،

---

[1] علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع، الإيجار، و قانون المالكين و المستأجرين ، وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة، عمان ، الأردن ، 2010 ، ص 131-132 .

[2] محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين (الضمان)، الإيجار، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2013 ، ص 353 .

[3] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 م ، المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج . ر عدد 78 ، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج . ر عدد 44 ، الصادرة في 26 جوان 2005 .

[4] نقلا عن : جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع – الإيجار – المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 1435هـ - 2014 م ، ص 119 ، و نقلا عن : عباس العبودي ، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني ، البيع و الإيجار، دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، الطبعة الأولى ، دار الثقافة، عمان ، الأردن ، 1430 هـ - 2009 م ، ص 166 ، و نقلا عن : محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 353 .

و المحكمة المذكورة قد أخذت هذا التعريف من حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي فقد ورد فيه : " **أن العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة عن الآفات العارضة لها .**"[1]

فالمراد من الفطرة السليمة في هذا التعريف هي الحالة الأصلية المعتادة في الشيء فما لا يخلو عنه الشيء عادة لا يعد عيبا، كالحصى و التراب اليسير في القمح ، بخلاف ما لو كثر ذلك و فحش بحيث يكون أغلب الأحوال خلافه فإنه عيب عندئذ .[2]

إلا أن هذا التعريف الذي جاءت به محكمة النقض المصرية للعيب الخفي تعرض للكثير من النقد ، لأنها حصرت العيب الخفي في حالة واحدة فقط ، وهي الآفة الطارئة التي عادة ما تكون فيها الآفة مصاحبة لتكوين الشيء، كما أن العيب ليس هو ما تخلو عنه الفطرة السليمة بل ما يخلو عنه أصل هذه الفطرة .[3]

كما عرفت كذلك محكمة ليون الفرنسية العيب الخفي في حكمها الصادر بتاريخ **18 فيفري 1952**، بأنه: " **النقص الذي يصيب الشيء بشكل عارض، و لا يوجد حتما في الأشياء المماثلة.**"[4]

ثانيا: التعريف الفقهي للعيب الخفي:

تعددت التعاريف الفقهية للعيب الخفي، فهناك من عرفه على أنه: " **آفة تصيب الشيء البيع فتنقص من قيمته الاقتصادية ومن منفعته.**"[5]

واعتبره البعض بأنه : " **العيب الغير معلوم للمشتري الذي يكن باستطاعة هذا الأخير أن يكشفه عن طريق فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد فهو الذي يقع ضمانة على البائع .**"[6]

كما عرف العيب الخفي أيضا على أنه : " **حالة يخلو منها الشيء عادة لا تظهر عند البيع بفحص المبيع، و يكون من شأنها أن تنقص من قيمته نقصا محسوسا و تأثر على الانتفاع به .**"[1]

---

[1] ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين المسماة رد المختار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1252 هـ ، ص 78 . ذكر في سامي بلعباد ، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني و القواعد العامة لحماية المستهلكين في الجزائر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري بقسنطينة ، 2005 ، ص 19 ، وذكر اسم الكتاب في التهميش رقم 11 ، ص 62 .

[2] مصطفى أحمد الزرقا ، العقود المسماة في الفقه الإسلامي ، عقد البيع ، الطبعة الثانية ، دار القلم ، دمشق 1433 هـ-2012 م ، ص 133 .

[3] مراد قرفي، دعوى الضمان القانوني لعيوب البيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم التجارية ، جامعة بومرداس ، الجزائر، 2005- 2006 ، ص 10 .

[4] نقلا عن : أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني و الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و الأوروبية، الطبعة الثالثة، دار اقرأ ، بيروت ، لبنان ، 1983 ، ص 05 .

[5] نقلا عن : خليل أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح القانون الجزائري ، الجزء الرابع ، عقد البيع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000 ، ص 173 .

[6] نقلا عن : عامر قاسم أحمد القيسي الحماية القانونية للمستهلك ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، الأردن ، 2000 ، ص 41 .

و يرى بعض الفقه [2] أن العيب الخفي الذي يلحق بالمبيع هو العيب الذي يصيب المبيع سواء في الأوصاف أو في الخصائص ، بحيث يجعلهما غير صالحين للهدف المعدين من أجله ، أو يؤدي إلى إتلاف المبيع أو إنقاص قيمته أو من منفعته ، أو مخالفة هذا المبيع للأنظمة و القوانين السارية، أو تخلف صفة في المبيع التزم البائع الإلكتروني للمشتري و جودها في المبيع، بحيث يؤثر ذلك في جودته أو كفاءته و كميته ، أو مخالفة ما اتفق عليه مع المشتري من شروط في البيع .

ثالثا: التعريف القانوني للعيب الخفي:

لم يعرف المشرع الجزائري العيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع ، بل اكتفى فقط بذكر شروطه، و هذا من خلال نص المادة 379 ق . م .ج التي تنص على أنه " **يكون البائع ملزم بالضمان إذا لم يشتمل البيع على الصفات التي يعهد 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 طبيعة أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها .**"

ويفهم من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد ألزم البائع بالضمان للعيب الخفي في المبيع في حالتين هما:

- حلة إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي يعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري.
- حالة إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به.

و تجدر بنا الإشارة إلى أن كل ما تتضمنه القواعد العامة في نظرية العقد و الأحكام الخاصة بعقد البيع التقليدي عموما هي بالتأكيد تنطبق على عقد البيع الإلكتروني، ذلك أن المشتري في عقد البيع الإلكتروني يستفيد مما هو مقرر في القواعد العامة بشأن البيع التقليدي عموما، ومن ذلك التزام البائع الإلكتروني بضمان المبيع من العيوب الخفية.[3]

و بالرجوع إلى نص المادة 11 من القانون رقم 09 – 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش [4]، و التي تنص على أنه: " **يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعة و صنفه و منشأة و مميزاته الأساسية و تركيبته** " .

---

[1] نقلا عن : توفيق حسن فرج ، الوجيز في عقد البيع ، د . ط ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1988 ، ص 168.

[2] عبد الله ذيب محمود ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، دار الثقافة ، عمان ، 1433 هـ- 2012 م ، ص 173 .

[3] عمر خالد زريقات ، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت ، دراسة تحليلية ، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان ، 2007 م ، ص ص 324، 333 .

[4] القانون رقم 03.09 المؤرخ في 29 صفر 1430 هـ ، الموافق لـ 25 فبراير 2009 ، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج . ر عدد 15 ، الصادرة في 08 مارس 2009 .

فالمشرع الجزائري قد أكد على ضرورة مطابقة المبيع للمواصفات الخاصة و المميزة له ، و التي يضمن البائع الإلكتروني وجودها بالمبيع، وهو نفس ما تنص عليه القواعد العامة للقانون المدني (المادة 379 ق . م .ج) .[1]

كما تؤكد كذلك المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 327 ، الذي يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ[2] ، على التزام البائع الإلكتروني بالضمان في عقد البيع بنصها على أنه : " **في إطار تنفيذ الضمان يتعين على كل متدخل تسليم المستهلك سلعة أو خدمة مطابقة لعقد البيع و يكون مسؤولا عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها أو تقديم الخدمة** ".

الفرع الثاني: شروط العيب الخفي:

لكي يستطيع المشتري الرجوع بالضمان على البائع الإلكتروني لوجود العيب الخفي في المبيع في عقد البيع الإلكتروني، فإن شأنه شأن العقد التقليدي لا بد من توافر عدة شروط في العيب ، ذلك أن الأخذ بأي عيب بغض النظر عن طبيعته أو جسامته، وتاريخ نشوئه قد يؤدي إلى الاضطراب و عدم الاستقرار في معاملات الأفراد ، فضلا عن إهدار القوة الملزمة للعقد .[3]

دون أن ننسى بالذكر الطبيعة الخاصة التي يتميز بها عقد البيع الإلكتروني في كونه يتم عن بعد، ودون أن يجمع بين البائع الإلكتروني و المشتري مجلس عقد واحد ، و هذا ما يعرض هذا الأخير إلى الكثير من المخاطر.

و يستمد عقد البيع الإلكتروني أغلب أحكامه من أحكام عقد البيع التقليدي بما في ذلك الأحكام المتعلقة بشروط العيب الخفي في المبيع نظرا لغياب تنظيم خاص بالمعاملات الإلكترونية في التشريع الجزائري ، وبالرجوع إلى أحكام المادة 379 ق. م . ج ، فإنه يشترط في العيب لكي يكون موجبا للضمان أن يكون خفيا، مؤثرا و جسيما، كما يجب أن يكون هذا العيب قديما، بالإضافة إلى جهل المشتري بهذا العيب، بشرط أن يبذل هذا الأخير عناية الرجل العادي في فحص المبيع .

---

[1] بركات كريمة، حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، محاضرات لطلبة السنة الأولى ماستر، تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة البويرة ، 2016-2017 ، ص 102 .

[2] مرسوم تنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 هـ ، الموافق لـ 26 سبتمبر لسنة 2013 م ، يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ ، ج . ر، عدد 49 .

[3] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 166 .

أولا: أن يكون العيب خفيا:

إن المقصود بالعيب الخفي هو ذلك العيب الذي يكون موجودا في المبيع وقت البيع ، و لم يكن بوسع المشتري أن يكتشفه أو يتفطن له عند قيامه بفحص المبيع بعناية الرجل العادي[1]، و هذا ما نصت عليه المادة 379 ق. م . ج .

فإذا كان العيب ظاهرا وقت أن تسلم المشتري المبيع ، ولم يعترض عليه بل رضى أن يتسلمه ، فإن البائع الإلكتروني في هذه الحالة لا يضمنه، لأن المشتري و قد رأى العيب ظاهرا دون أن يعترض يكون قد ارتضاه ، و أسقط حقه في التمسك بالضمان [2] ، إذ كان على المشتري أن يبدي اعتراضه عن طريق الامتناع عن الشراء، أو رفض تسلم المبيع إذا كان المبيع غير مطابق لما أتفق عليه ، وله كذلك الامتناع عن الوفاء بالثمن تمسكا بالدفع بعدم التنفيذ، و في جميع الأحوال يلتزم المشتري باتخاذ موقف يعبر فيه دون تأخير، عن عدم قبوله عيوب المبيع الظاهرة ، فإذا لم يعترض المشتري و لم يتخذ أي موقف ، فإنه بالإضافة إلى سقوط حقه في التمسك بالضمان، فإنه لا يمكنه أيضا مطالبة البائع الإلكتروني بتنفيذ التزامه بتسليم شيء مطابق للمبيع المتفق عليه، أو المطالبة حتى بفسخ البيع .[3]

و يقع عبء إثبات العيب الخفي أو علم المشتري به على البائع الإلكتروني ، لأن الأصل هو حسن النية أي عدم علم المشتري بالعيب، و على من يدعي العكس عبء اثبات ذلك، و العلم واقعة مادية و من ثم يجوز إثباتها بكافة الطرق، بما فيها القرائن و تلعب حرفة المشتري دورا هاما في مجال قرائن العلم بالعيب، فالمشتري المحترف يمكنه التعرف على حقيقة المبيع و عيوبه، ومن ثم تقوم ضده قرينة العلم بعيوب البيع ، ومن المقرر أنه لا يلزم أن يكون المشتري عالما فعلا بالعيب، بل يكفي أن يكون من السهل عليه معرفته، فيعتبر المشتري مخطئا لأنه كان إمكانه و من واجبه أن يعلم بالعيب، كما يشترط توافر العلم بالعيب وقت البيع ، فإذا ما علم المشتري بالعيب لاحقا لا يحرم من الرجوع على البائع بالضمان، و لكن لا يلزم أن يكون العلم تعاقديا أي عن طريق البائع ، بل يكفي إثبات علم المشتري فعلا بالعيب وقت البيع ليسقط حقه في الضمان و العلم المقصود به هنا هو العلم الفعلي اليقيني، لا العلم المبني على الظن أو العلم الافتراضي أو الحكمي .[4]

---

[1] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، د . ط ، دار الهدى ، الجزائر، 2008 ، ص 379 .

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، العقود التي تقم على الملكية ، البيع و المقايضة، د . ط ، دار التراث العربي، بيروت ، لبنان ، ص723-724 .

[3] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 357-358 .

[4] محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 ، ص 318-319 .

و يرى البعض من الفقه [1] أن : " **الخفاء فكرة قانونية حددها المشروع تقوم إما على العلم الفعلي ، أو العلم الحكمي بإمكانية كشف العيب عند الفحص فإذا توافر العلم الفعلي ، فلا محل للبحث عن العلم الحكمي، أما اذا انتفى العلم الحكمي فإن البحث ينتقل لمعرفة ما إذا كان المشتري قد علم فعلا أم لا ، فالعيب يكون ظاهرا إذا كان المشتري يعلم به فعلا، أو أذا كان في استطاعته العلم به عند الفحص، فالعيب الخفي هو الذي لم يكن في استطاعة المشتري العلم به، و لم يعلم به فعلا**".

و عليه فإنه لا يعد عيبا خفيا العيب الذي يمكن معرفته بمشاهدة ظاهر المبيع، كما لو كان العيب في سيارة و كان في أحد أجزائها الخارجية كسر ظاهر، كما أنه لا يعد عيبا خفيا العيب الذي يطبينه الشخص العادي متوسط الحرص كما لو كان المبيع تلفزيونا فيه عيب يعرف بمجرد تشغيله و مشاهدة صورته ، و عليه فإن لم يقم المشتري بالتفطن إلى العيب بمجرد شراء الشيء المبيع كونه لم يبذل عناية الرجل العادي في فحصه فلا يستطيع الرجوع على البائع بالضمان لأنه يعتبر مقصرا .[2]

بينما يعد عيبا خفيا العيب الذي لا يمكن اكتشافه إلا عن طريق الخبراء، كما لو كان المبيع حيوانا مصابا بمرض لا يمكن اكتشافه أو تبينه إلا بالفحص البيطري، أو كان المبيع مادة غذائية فيها عيب لا يمكن اكتشافه إلا بالتجربة ، و لا يقصد بالتجربة هنا التجربة الأولية المتمثلة في تشغيل الجهاز مثلا، و إنما يقصد بها وضع المبيع موضع الاستعمال ، كما لو كان المبيع سيارة فيها عيب لا يمكن اكتشافه إلا بعد سيرها مسافة طويلة .[3] أو أن يقوم شخص بشراء جهاز هاتف نقال من خلال الإعلانات و العروض المتوفرة على الأنترنت، وبعد استعماله فترة من الوقت ظهر به عيب كفقدان الذاكرة مثلا ، كعيب لا يستطيع الرجل العادي، وفقا للمألوف الكشف عنه بالفحص المعتاد .[4]

مجال تطبيق شرط الخفاء في ضمان العيوب الخفية:

بالرجوع إلى نص المادة 379 ق م ج فإن البائع يبقى ضامنا لعيوب المبيع الخفية في حالتين ، و إن كان في مقدور المشتري تبين العيب بالفحص العادي للمبيع، و هاتين الحالتين هما:

1- إذا أثبت المشتري أن البائع الإلكتروني قد أكد له خلو المبيع من العيب:

إذا أكد البائع الإلكتروني للمشتري خلو المبيع من العيب، كان للمشتري أن يرجع عليه بالضمان و لا يمكنه أن يتملص من التزام الضمان بحجة أن العيب كان ظاهرا للمشتري و أنه كان في استطاعته تبين العيب ، ذلك أنه لولا تأكيد البائع الإلكتروني خلو البيع من العيب و يجب في مثل هذه الحالة أن يأتي تأكيد

[1] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 358 .

[2] علي هادي العبيدي، المرجع السابق ، ص 135 .

[3] علي هادي العبيدي، المرجع نفسه، ص 135 .

[4] عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 325 .

البائع الإلكتروني على خلو المبيع من العيب لقام المشتري بفحصه بالطريق المعتاد ، و تأكيد خلو المبيع من العيب من طرف البائع الإلكتروني يعتبر بمثابة إطفاق ضمني على تحمله العيب الذي أكد خلو البيع منه.[1]

و يقع على المشتري عبء إثبات تأكيد البائع الإلكتروني خلو المبيع من العيب ، و يجب في مثل هذه الحالة أن يأتي تأكيد البائع الإلكتروني على خلو المبيع من العيب في عبارات خاصة تنصرف إلى عيب أو عيوب معينة بذاتها، و لا تكفي عبارات عامة يستدل منها الترويج للمبيع ، و حمل المشتري على الشراء ، كما يفعل الباعة عادة لترويج بضائعهم .[2]

2- إذا أثبت المشتري أن البائع الإلكتروني قد تعمد إخفاء العيب غشا منه:

في حالة تعمد البائع الإلكتروني إخفاء العيب عن المشتري على الرغم من علمه بالعيب بقصد الغش ، فإن البائع يكون ضامنا للعيب حتى لا يستفيد من غشه، و يتعين في هذه الحالة أيضا ألا يكون المشتري عالما بالعيب وقت البيع ، ففي حالة علمه بالعيب لا يكون له الرجوع على البائع الإلكتروني بالضمان، أما إذا كان من السهل عليه أن يتبين العيب لو أنه قام بالفحص المعتاد بعناية الشخص العادي، و لكنه لم يفعل فإن له مع ذلك الرجوع بالضمان متى تعمد البائع إخفاء العيب بقصد الغش ، إذ على الرغم من إهمال المشتري معرفة العيب ، إلا أنه أولى بالرعاية ممن يرتكب غشا، ولهذا يكون له الرجوع على البائع .[3] كما لو اشترى شخص سيارة عبر شبكة الأنترنيت وبعد أن تسلمها وجد بها عيبا يتمثل في كسر بالمحرك و تعمد البائع الإلكتروني إخفاءه باللحام و الطلاء إذا يعتبر بغشه قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشتري في عدم فحص المبيع بما ينبغي من العناية .[4]

و يرى بعض الفقه[5] أن ما تقرره القواعد العامة بشرطها أن لا يكون البائع قد أخفى العيب في المبيع متعمدا أو غشا منه، ليس فيه ضمانة كافية لحماية المشتري في عقد البيع الإلكتروني الذي يقع عليه عبء إثبات علم البائع الإلكتروني بالعيب الخفي و إثبات تعمده أو غشه في إخفائه، و هو الأمر الذي لا يمكن تصور سهولته فمن ناحية يبقى المشتري طرفا ضعيفا تنقصه الخبرة و الدراية، و من ناحية أخرى يبقى البائع الإلكتروني في مركز أقوى و أكثر قدرة على تحمله إجراءات التقاضي و نفقاته، فالمشتري الذي عليه أن يثبت أولا بأن هناك عيبا خفيا ، و عليه ثانيا أن يثبت بأن لا يد له بالعيب، و عليه ثالثا أن يثبت بأن البائع كان يعلم بهذا العيب ، وعليه أخيرا أن يثبت أن البائع قد تعمد إخفاءه غشا منه، فكل هذا الإثبات

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 367 ، و أسعد دياب ، المرجع السابق ، ص 108 ، و جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 123 .

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 367 .

[3] محمد حسن قاسم، المرجع نفسه ، ص 367 ، و عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 726، و محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 221 .

[4] جعفر الفضلي، المرجع السابق، ص 123 .

[5] عمر خالد زريقات، المرجع السابق ، ص 328 .

يتعذر النهوض بعبئه في حالات عقد البيع الإلكتروني ، خصوصا إذا أريد أن ينسب سوء النية إلى بائعي المنتجات و السلع أو أصحاب المعارض الافتراضية الذين يقومون بدور الوسيط بين المنتجين و المشترين و لا يتدخلون بأي وجه كان في تصميم السلع أو تصنيعها.

ثانيا: أن يكون العيب مؤثرا:

يعرف العيب المؤثر بأنه: " **ذلك العيب الذي من شأنه أن ينقص من ثمن المبيع أو من منفعته بحيث لو كان المشتري يعلم بالعيب وقت التعاقد لكان يحجم عن إبرام العقد أو على الأقل لا يقبل الشراء بالثمن الوارد في العقد و إنما بثمن أقل.**"[1]

ويعرف كذلك على أنه: " **العيب الذي ينقص من قيمة الشيء، أو من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة المستفادة مما هو مبين في العقد، أو بما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له بصفة عامة، أي أن يكون العيب جسيما .**"[2]

يلاحظ مما سبق أن هناك معيارين في تحديد مفهوم العيب المؤثر: معيار النقص في المنفعة، و معيار النقص في القيمة، فالمعيار الأول يتحدد على أساس الغرض الذي قصده المشتري من المبيع، و بغض النظر عن قيمة المبيع في السوق ، و يمكن التعرف على هذا الغرض من طبيعة المبيع أو من شروط العقد ، أما المعيار الثاني ، فيمكن التعرف عليه عن طريق تحديد قيمة البيع في السوق .[3]

ويثور التساؤل ، بخصوص موقف المشرع الجزائري، هل يلتزم البائع بضمان العيب الذي من شأنه أن ينقص من نفع المبيع دون أن ينقص من قيمته أو أنه يلتزم البائع الإلكتروني بضمان العيب الخفي الذي يتوفر فيه أحد الشرطين إما الإنقاص من قيمة المبيع، أو الإنقاص من الانتفاع به ؟

بالرجوع إلى نص المادة 139 ق 01 ق.م نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط في العيب لكي يكون مؤثرا أن يتوفر فيه أحد الشرطين، إما الإنقاص من قيمة المبيع، أو الإنقاص من الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه .[4]

إن الانتقاص من قيمة المبيع المادية بسبب العيب اللاحق به، هو ما يجعل العيب مؤثرا، و ليس النقص في مقدار المبيع الذي يعتبر فيه البائع الإلكتروني قد أخل بالتزامه في تسليم كمية المبيع المتفق عليها، لذلك فإن النقص الذي يقصد به في هذه المادة هو النقص الذي يفترض فيه أن البائع الإلكتروني قد سلم كل الكمية المتفق عليه، إلا أن بها عيبا أنقص من قيمتها المادية [5] . و مثال العيب الذي ينقص من قيمة البيع دون أن يفوت الغرض المقصود من شرائه، أن يشتري شخص عبر الأنترنيت سيارة صالحة لجميع

---

[1] نقلا عن : جعفر الفضلي، المرجع السابق ، ص 124 .

[2] نقلا عن : زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج ، د. ط ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص 81-82 .

[3] علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص 137

[4] خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص 175 .

[5] مراد قرفي ، المرجع السابق ، ص 33 .

الأغراض المقصودة منها، ولكن بها عيب خفي في الأجزاء التي لا تؤثر على صلاحيات السير (كأن يكون العيب في المقاعد أو الغطاء الخارجي) ، و لكن هذا العيب يؤثر على قيمة السيارة بحيث يؤدي إلى نقص قيمتها نقصا محسوسا.[1]

أما النقص في منفعة المبيع ، فقد حدده المشرع الجزائري وفقا لثلاثة ضوابط حسب نص المادة 379 ف1 ق.م و هي: النقص في قيمة المبيع حسبما هو مبين في العقد ، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو استعماله، أو الغرض الذي أعد له.

و يستقل قاضي الموضوع بتقدير جسامة العيب على ضوء الغاية المقصود من المبيع، و قد أخذ المشرع في تحديد هذه الغاية بمعيار موضوعي بالنظر إلى قصد أو نية المتعاقدين كما هو مبين في العقد، أو إلى طبيعة المبيع، أو إلى الغرض الذي أعد له.[2]

ثالثا: أن يكون العيب قديما:

بالرجوع إلى نص المادة 379 ق.م و التي تنص على أنه: " **يكون البائع ملزم بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي يعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري** ."

فمن خلال المادة اعلاه فإنه يقصد بقدم العيب في المبيع بأنه العيب الذي يكون موجودا في البيع وقت تسليمه للمشتري، فالبائع الإلكتروني يضمن خلو المبيع من العيوب إلى حين تمام تسليمه للمشتري، و أما ما يطرأ بعد ذلك من عيوب بعد التسليم في يد المشتري فلا ضمان فيه على البائع الإلكتروني .[3]

بمعنى أن البائع الإلكتروني يضمن العيب الموجود في المبيع وقت التسليم، أي أن مجرد وجود العيب يوجب الضمان، و لو لم يكن موجودا وقت العقد، و عليه فإن البائع الإلكتروني يضمن العيب الموجود وقت العقد و الذي ينشأ بعد العقد و قبل التسليم.[4]

فلو اشترى شخص ما تلفزيون من خلال إعلان تجاري متوفر عبر الأنترنت، و بعد استعماله فترة من الوقت، ظهر به عيب لا يستطيع الرجل العادي وفق المألوف الكشف عنه بالفحص المعتاد فعندئذ، يحق للمشتري الرجوع بالضمان على البائع الإلكتروني ، بشرط أن يكون قد أخطر البائع بمجرد ظهور العيب ، و إلا اعتبر المشتري قابلا بالمبيع بما فيه من عيب.[5]

---

[1] عباس العبودي، المرجع السابق ، ص 170 .

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 372 .

[3] محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006، ص153، و عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 722 .

[4] محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 318 .

[5] عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 325 .

و يقع على المشتري عبء إثبات قدم العيب، فالأصل هو السلامة و خلو المبيع من جميع العيوب، و العيب واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق، و لقاضي الموضوع الحرية في تقدير ذلك، و غالبا ما يتم إثبات العيب عن طريق اللجوء إلى الخبرة .[1]

رابعا: جهل المشتري بالعيب:

بالرجوع إلى نص المادة 379 ق 2 ق.م نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط عدم علم المشتري بالعيب الخفي في المبيع، حتى يكون البائع ضامنا له، و ذلك بنصه على: " **غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع...**"

فإذا كان المشتري عالما بالعيب وقت البيع، و مع ذلك أقدم على الشراء فلا يكون له حق الرجوع على البائع الإلكتروني بالضمان، ذلك أن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر، و لا يعتبر من العيوب الخفية، فالمشتري في هذه الحالة يكون قد تعاقد و هو على بينة من أمره و أنه قد تنازل عن الرجوع على البائع بالضمان خاصة و أنه يدخل وجود العيب في اعتباره عند تقدير الثمن، و بعبارة أخرى يجب أن يكون المشتري حسن النية ، أي ألا يكون عالما بالعيب ، حتى يمكنه الرجوع على البائع بالضمان، ومما يدخل في سوء النية أن يطلب المشتري ضمان عيب يعلمه و قبله.[2]

و نقصد بالعلم الذي يسقط الحق في الضمان العلم الحقيقي بالعيب و ليس العلم الضمني أو العلم المشكوك فيه، كما أنه لا يعني إقرار المشتري بمعاينة المبيع يجعل منه عالما بالعيوب الخفية الموجودة فيه، لذا فإن علم هذا الأخير قد يكون إما بواسطة إخبار الغير له أو البائع الإلكتروني ، أو يعلم بنفسه عند تفحصه المبيع، أو عن طريق خبير يكشف له ما بالمبيع من عيوب، كما أن جهل البائع الإلكتروني بالعيب الموجود في البيع لا يعفيه من ضمانه حتى و إن كان خفيا فهو يضمنه دائما، و قد يترتب على علمه دون إخبار المشتري به اعتبار ذلك غش منه أو تدليس مما ينجم عنه تشديد مسؤوليته .[3]

و قد يكون العيب موجودا وقت البيع و المشتري غير عالم به، و لكنه إذا علم به وقت التسليم و لم يعترض، سقط ضمان البائع الإلكتروني ، فالعيب الموجود في المبيع وقت البيع يجب حتى يضمنه البائع الإلكتروني ، أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع و لا وقت التسليم، فإذا أثبت البائع الإلكتروني أن المشتري كان يعلمه في أي وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامنا، اما العيب الذي حدث ما بين البيع و التسليم، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط عنه الضمان أن المشتري كان عالما به وقت التسليم ، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت أن تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان .[4]

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 318 .

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 359- 360 .

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 384-385، و محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 360-363 .

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 727-728 .

و يقع عبء إثبات علم المشتري بالعيب على البائع، و لما كان العلم واقعة مادية فإنه يجوز إثباته بكافة الطرق بما في ذلك البنية و القرائن و من القرائن الهامة في هذا الصدد الثمن المتفق عليه، فانخفاض الثمن يدل على أن المشتري كان يعلم بوجود العيب، و يعتبر ذلك مجر قرينة بسيطة يجوز للمشتري إثبات عكسها، بإقامة الدليل على أنه لم يمكنه اكتشاف العيب رغم كونه محترفا.[1]

إن كل الشروط التي سبق ذكرها و اللازمة لقيام التزام البائع بضمان العيب الخفي في المبيع في عقد البيع التقليدي تنطبق على عقد البيع الإلكتروني أيضا، فإذا قام مشتري بشراء عن طريق الانترنت لبرنامج حاسوب آلي ، و عند استعماله تبين أنه معيب أو أنه تم زرع فيروس فيه و لا يمكن اكتشافه إلا عن طريق خبير للبرمجة الإلكترونية، فهنا نكون بصدد عيب خفي يؤثر على انتفاع المشتري به ، و في هذه الحالة يلتزم البائع الإلكتروني بضمان العيب الخفي في برنامج الكمبيوتر.[2]

الفرع الثالث: أحكام ضمان العيوب الخفية:

أولا: أطراف الضمان:

باعتبار عقد البيع الإلكتروني عقد ملزم الجانبين مثله مثل عقد البيع التقليدي فإن الالتزام بالضمان يقع على البائع باعتباره مدينا، و يستفيد منه المشتري باعتباره دائنا.

أ- المدين بضمان العيوب الخفية:

إن البائع الإلكتروني هو المدين بضمان العيوب الخفية، حيث ينشأ الضمان على عاتقه بقوة القانون ، و للمشتري الحق في الرجوع على البائع الإلكتروني أو البائعين السابقين في حالة توافر الشروط القانونية للضمان، و هي أن يكون العيب موجودا وقت البيع الأول، و أن يظل العيب خفيا وقت إتمام البيعين ، و أن يتم الرجوع على البائع الإلكتروني خلال سنة من تاريخ تسليم المبيع إلى المشتري .

و يبقى الالتزام الضمان دينا في تركه البائع الإلكتروني و لا ينتقل إلى الورثة .[3]

ب-الدائن بضمان العيوب الخفية:

إن المشتري هو الدائن بضمان العيوب الخفية ، فالضمان ينتقل بانتقال ملكية المبيع إلى الوارث بوصفه خلفا عاما أو إلى المشتري اللاحق بوصفه خلفا خاصا ، و يستطيع المشتري الأخير الرجوع بالضمان على من باع له ، و يمكنه كذلك الرجوع بدعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول ضد البائع أو المنتج و انتقلت إليه مع البيع بشرط توافر شروطها، و هي وجود العيب بالمبيع قبل تسليمه إلى المشتري الأول ، و عدم

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 362 .

[2] خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2007 ، ص 247-248 .

[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 322-323، و عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 729 – 730.

وجود اتفاق مخالف حيث يمكن لأطراف الضمان قصر أو حصر الاستفادة على المتقاعد دون خلفه .[1] و تنتقل دعوى ضمان العيوب الخفية التي كانت للمشتري الأول ضد البائع الأصلي إلى المشتري اللاحق ضمن ملحقات المبيع باعتبارها من الحقوق المكملة للشيء ، ومن ثم تنتقل مع الأصل وذلك تطبيقا للقواعد العامة .[2]

ثانيا: واجبات المشتري للحفاظ على حقه في الضمان:

حسب نص المادة 380 ق.م التي تنص على أنه : " **إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية ، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالبيع.**

غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك , و إلا أعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب " .

و يتضح من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري ألقى على عاتق المشتري واجبين لحفظ حقه في الضمان ، الأول: التحقق من حالة المبيع فور تسلمه ، والثاني: إخبار البائع بالعيب بمجرد كشفه.

و يفرق النص بين حالتين:

الأول : حالة العيب الظاهر الذي يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد.

الثانية : حالة العيب الخفي الذي يتطلب الكشف عنه فحص غير معتاد .

فبمجرد تسلم المشتري المبيع عليه أن يتحقق من حالته متى تمكن من ذلك ، و أن يبادر إلى إخبار البائع بالعيب في حالة اكتشافه له ، حيث يلتزم المشتري بفحص المبيع بعناية الشخص العادي عند البيع ،بحيث لا يضمن البائع إلا العيوب التي لم يبينها المشتري ، و لم يكن في استطاعته أن يطبينها رغم بذله في ذلك قدر عناية الشخص المعتاد، لكن هناك من هذه العيوب ما قد يكون في استطاعة المشتري تبيينها لو أنه أعاد فحص البيع بعد التسلم بنفس القدر من العناية المطلوبة فالفحص الثاني يكون عادة أكثر دقة وأعمق أثرا من الفحص الأول .[3]

فإذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد وجب على المشتري إخبار البائع بالعيب في حالة ظهوره لأن أي تباطؤ أو تراخ في ذلك قد يؤدي إلى ضياع معالم العيب و يجعل أمر إثباته عسيرا ، و لكي تستقر المعاملات فقد أوجب المشرع على المشتري أن يبادر بفحص البيع بمجرد تمكنه من ذلك ،

[1] محمد حسين منصور ، شرح العقود المسماة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت ، 2010 ، ص 152 ، و محمد حسين منصور أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص 323 ، و عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 730 .

[2] محمد حسين منصور، احكام البيع التقليدية والإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص 323 .

[3] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 379 .

وقد حدد المشرع هذه المهلة بأنها المهلة المعتادة وفقا للمألوف في التعامل فإذا استلم المشتري المبيع و لم يجر عليه الفحص خلال مدة معقولة يعتبر قابلا للمبيع و للعيب ، و بذلك يسقط حقه في الضمان. [1]

أما إذا كان العيب لا يمكن اكتشافه بالفحص المعتاد ، فالمشرع لا يلزم المشتري بإجراء الفحص غير المعتاد على البيع لأجل اكتشاف العيب ، و هكذا لا يعد المشتري راضيا عن العيب إلا إذا كشفه بالفحص الفني ، و لكنه يلتزم بإخبار البائع به بمجرد كشفه .[2]

ففي حالة تسلم المشتري للمبيع و لم يقم بفحصه بمجرد تمكنه منه ، أو قام به ولم يخبر البائع بمجرد ظهور العيب أو في وقت معقول ، اعتبر قابلا للمبيع بعيبه ، و سقط حقه في الرجوع على البائع بالضمان إلا أنه إذا تعمد البائع تضليل المشتري فلا يجوز له الاحتجاج بأنه لم يتم إخطاره في الوقت الملائم .[3]

فالإخطار يعتبر إجراء أوليا لقبول دعوى الضمان فإذا لم يقم المشتري بإخطار البائع الإلكتروني بوجود العيب الخفي خلال مدة معقولة من استلام المبيع اعتبرت دعوى الضمان غير مقبولة ، و المشرع الجزائري لم يحدد شكلا محددا لإخطار البائع فيستوي أن يكون بأي شكل بشرط أن يصل إلى علم البائع [4]. فيجوز أن يتم بإنذار على يد محضر، أو بخطاب مسجل أو غير مسجل، بل قد يكون شفويا ويقع على المشتري عبء إثبات قيامه بالإخطار [5] ، و هو يستطيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك الشهادة و القرائن لأنها واقعة مادية .[6]

ثالثا: حق المشتري في دعوى ضمان العيوب الخفية

حسب نص المادة 381 ق.م التي تنص على أنه: " **إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376.**"

ففي حالة تحقق العيب بشروطه السابقة الذكر، و قام المشتري بإخطار البائع الإلكتروني بهذا العيب في المدة المعقولة، كان له أن يرجع على هذا الأخير بدعوى ضمان العيوب الخفية.[7]

و بالرجوع إلى أحكام المادة 376 ق.م التي أحالتنا إليها المادة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري قد طبق على ضمان العيب الخفي نفس الأحكام التي وضعها في ضمان الاستحقاق الجزئي أي أنه فرق بين العيب الجسيم و العيب غير الجسيم .

---

[1] جعفر الفضلي ، المرجع السابق ، ص 130 .

[2] جعفر الفضلي ، المرجع نفسه ، ص 130-131 .

[3] محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، المرجع السابق ، ص 154 .

[4] زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق ، ص 108.

[5] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 380-381 .

[6] جعفر الفضلي، المرجع السابق ، ص 131.

[7] جعفر الفضلي، المرجع نفسه ، ص 131 .

أ- حالة العيب الجسيم:

يكون العيب جسيما إذا كان هناك نقص في منفعة المبيع بسببه قد بلغ مبلغا لو كان المشتري قد علم به عند التعاقد لما أتم العقد[1]، و يكون للمشتري في هذه الحالة أن يختار بين أمرين: فله أن يرد المبيع، و ما أفاده منه و أن يرجع على البائع الإلكتروني بالتعويض الكامل الذي يحق للمشتري الحصول عليه في حالة الاستحقاق الكلي، فيطالبه بقيمة المبيع غير المعيب وقت ظهور العيب، و الفوائد القانونية لهذه القيمة منذ ذلك الوقت و المصروفات الكمالية إذا كان البائع الإلكتروني سيء النية، أي كان عالما بالعيب عند تسليم المبيع، و له أن يطالب أيضا بمصروفات دعوى الضمان للعيب الخفي، و بصفة عامة له أن يطالب بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب سبب العيب.

كما يحق للمشتري بدلا من رد المبيع كما تطرقنا سابقا، أن يحتفظ به و يطالب فقط بالتعويض عما أصابه من ضرر.[2] و يكون له أيضا أن يطالب بالفرق بين قيمة المبيع سليما و قيمته معيبا، و مصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها، و بوجه عام ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب سبب العيب ، مع ملاحظة أن يكون البائع الإلكتروني سيء النية مسؤولا حتى عن تعويض الضرر غير المتوقع، و يجوز أن يكون التعويض في جعل البائع الإلكتروني يصلح العيب إذا كان قابلا للإصلاح، أو أن يصلحه المشتري على نفقة البائع الإلكتروني.[3]

ب-حالة العيب غير الجسم:

يكون العيب غير جسيما إذا لم يبلغ الحد الذي كان يجعل المشتري لا يتم العقد لو علم به وقت البيع، و في هذه الحالة لا يكون للمشتري أن يرد المبيع بل يجب عليه أن يحتفظ به مع مطالبة البائع الإلكتروني بالتعويض عما أصابه من ضرر سبب النقص في قيمة المبيع أو النقص في منفعته نتيجة لهذا العيب، كما لا يمكن للمشتري كذلك المطالبة بالفسخ في حالة العيب غير الجسيم، و لكن له أن يطالب البائع الإلكتروني بالتعويض النقدي ، كما أن له أن يطالب بالتعويض العيني أي إصلاح العيب إذا كان مما يقبل الإصلاح غير أن الحكم بالتعويض العيني بدلا من التعويض النقدي متروك لتقدير المحكمة .[4]

تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية:

بالرجوع إلى نص المادة 383 ق. م. ج و التي تنص على أنه : " **تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا أنقضت سنة من وقت تسليم المبيع و لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .**

---

[1] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 161 .

[2] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 381-382 ، و عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 740-741 .

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 741 .

[4] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 162 ، و محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 382 ، و جعفر الفضلي، المرجع السابق ، ص 132، و عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 742 .

على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة لتمام التقادم إذا أثبت المشتري أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه ".

يتضح من هذا النص أن دعوى الضمان للعيوب الخفية تسقط إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليما حقيقيا، و لو لم يكتشف المشتري العيب خلال هذه المدة.[1]

و الحكمة من تحديد هذه المدة القصيرة لتقادم دعوى الضمان، هي رغبة المشرع في تحقيق استقرار المعاملات في أقرب وقت ممكن، بدل أن يظل البائع الإلكتروني مهددا بدعوى الضمان أمدا طويلا يتعذر بعده التعرف على منشأ العيب، هل كان موجودا عند التسليم فيضمنه البائع الإلكتروني أو وجد في وقت لاحق فلا يلتزم بضمانه ؟ [2]

و يقصد بتسليم المبيع في نص المادة أعلاه، حسب رأي أغلبية الفقه هو التسليم الفعلي لأنه هو الذي تتهيأ به الفرصة للمشتري لفحص المبيع على الوجه الذي يمكنه من كشف العيب، أما التسليم الحكمي فلا يعتد به للبدء في حساب مدة التقادم .[3]

كما يرى بعض الفقه [4] أن التسليم القانوني الذي يتحقق بوضع المبيع تحت يد المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون أي عائق يكفي لبدء مدة التقادم، و لو لم يستولي عليه فعليا، إذا أن عدم قيام المشتري بالاستلام الفعلي للمبيع رغم وضعه تحت تصرفه يعتبر تقصيرا منه يتحمل نتائجه .

و ما يلاحظ من نص المادة أعلاه كذلك ، أن مدة سنة المحددة لتقادم دعوى الضمان، لا يمكن لأن تحديدها بهذا القدر مسألة تتعلق بالنظام العام، لأن مدة التقادم من النظام العام ، و مع ذلك فقد أجاز المشرع أن تكون هذه المدة أطول من سنة إذا قبل البائع الإلكتروني أن يمد الضمان لمدة أطول ، بأن يجعل الضمان لمدة سنتين أو ثلاث سنوات ، لأن مدة الضمان هذه وجدت لحماية المشتري، فإذا وجد إطفاق لزيادة هذه الحماية فلا يمانع في ذلك القانون.[5] و يصح هذا الاتفاق بشرط ألا تزيد المدة المتفق عليها على خمسة عشر سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم و هي المدة المقررة للتقادم أصلا .[6]

كذلك فإن مدة التقادم تصبح خمسة عشر سنة طبقا للقواعد العامة إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه 383 ف 2 ق. م .ج فإذا كان البائع الإلكتروني على علم بالعيب و تعمد إخفاءه عن المشتري فلا يكون له التمسك بالتقادم القصير المنصوص عليه في المادة 383 ف01 ق. مج ، و يقع عبء إثبات

---

[1] محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 154 .

[2] زاهية حورية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص 109 ، و عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 657 .

[3] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق، ص 391 .

[4] محمد حسن قاسم ، المرجع نفسه ، ص 392 .

[5] محمد يوسف الزغبي، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2004 ، ص 439 .

[6] المادة 308 ق م ج التي تنص على أنه: " يتقادم الإلتزام بإنقضاء خمسة عشرة (15) سنة، فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون..."

غش البائع الإلكتروني على عاتق المشتري، و يتم احتساب مدة التقادم في هذه الحالة من وقت البيع و ليس من وقت اكتشاف العيب.[1]

و تجدر الإشارة إلى أن مدة السنة المشار إليها في المادة 383 ف 01 ق. م .ج ، يجوز قطعها وفقا للقواعد المقررة في قطع مدة التقادم، و لكنها لا توقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب، أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية، و لو لم يكن له نائب يمثله قانونيا، لأن المدة لا تزيد عن خمس (05) سنوات و توقف المدة إذا وجد سبب للوقف غير الأسباب المقدمة .[2] و ذلك حسب أحكام المواد من (316 إلى 319 ق. م. ج) .

المطلب الثاني: ضمان التعرض و الاستحقاق

يترتب على تنفيذ عقد البيع الإلكتروني نفس الالتزامات المترتبة على عقد البيع التقليدي، و من هذه الملتزمات، نجد التزام البائع بضمان التعرض و الاستحقاق.

و لما كان هدف المشتري من البيع هو الحصول على المبيع و التمتع بكافة سلطات المالك و ما يترتب على البيع ، بالإضافة إلى انتفاعه به انتفاعا هادئا و مستمرا ، فإنه لا يكفي لتحقق ذلك أن يلتزم البائع الإلكتروني بنقل ملكية المبيع إلى المشتري و تسليمه إليه، بل يلتزم فضلا عن ذلك أن يضمن للمشتري ملكية المبيع و حيازته حيازة هادئة، فلا يتعرف له شخصيا سواء أكان تعرضه ماديا أو قانونيا ، و لا يسمح للغير بالتعرض له أيضا، حيث يكون البائع ملزما بالضمان عند تعرض الغير للمشتري في الانتفاع بالمبيع سواء أكان كله أو بعضه، و يشترط لضمان هذا التعرض أن يكون قانونيا.

و في غياب تنظيم خاص بضمان التعرض و الاستحقاق في إطار عقود البيع الإلكترونية ، سوف نقوم بحصر دراسة هذا المطلب ضمن القواعد العامة في القانون المدني ، محاولين إسقاطها على عقد البيع الإلكتروني قدر الإمكان ، وقد نظم المشرع الجزائري ضمان التعرض و الاستحقاق في المواد من 371 إلى 378 من القانون المدني الجزائري .

و ستناول دراسة هذا المطلب ضمن الفروع الآتية : الفرع الأول : يتضمن تعريفا لضمان التعرض و الاستحقاق ، و الفرع الثاني: يتناول أنواع ضمان التعرض و الاستحقاق، و أما الفرع الثالث : فيتضمن تعديل أحكام ضمان التعرض و الاستحقاق.

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 392-393 ، و محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية و لإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 326 .

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 752 .

الفرع الأول: تعريف ضمان التعرض و الاستحقاق:

يستفيد المشتري عبر وسائل الاتصال المعلوماتية الحديثة كالأنترنت ، مما هو مقرر في القواعد العامة بشأن البيع عموما، ومن ذلك التزام البائع الإلكتروني بتمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع انتفاعا هادئا، فلا يتعرض له شخصيا و لا يسمح للغير بالتعرض له أيضا.[1]

و لقد تباينت التعاريف الفقهية لضمان التعرض و الاستحقاق ، دون أن ننسى بالذكر التعاريف القانونية، و التي سوف نعرض بعضا منها ضمن هذا الفرع .

أولا: التعريف الفقهي لضمان التعرض و الاستحقاق:

لقد حاول فقهاء القانون إعطاء تعريف لضمان التعرض و الاستحقاق فتعددت التعاريف ، فعرفه البعض بأنه: التزام البائع الإلكتروني بعدم تعرضه شخصيا للمشتري في انتفاعه بالمبيع انتفاعا هادئا مستمرا، و ضمانه كذلك التعرض الصادر من الغير، فإذا تحقق التعرض، التزم البائع الإلكتروني بدفعه، فإذا أخفق في دفع التعرض عينيا و أستحق المبيع للغير جزئيا أو كليا فإنه يلتزم بالضمان لهذا الاستحقاق، أي تعويض المشتري عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق ، فيتحول التزامه بدفع التعرض عينيا إلى التزام بدفع مبلغ من النقود .[2]

كما عرف أيضا على أنه : ضمان البائع الإلكتروني كل فعل صادر منه أو من غيره ، و يكون من شأنه المساس بحق المشتري في التمتع بملكية المبيع كله أو بعضه .[3]

كما عرف كذلك على أنه: " **يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع و حيازته حيازة هادئة، و يتمثل هذا الضمان في وجوب امتناعه عن التعرض للمشتري في وضع يده على المبيع و دفع تعرض الغير، و تعويض المشتري إذا انتهى التعرض باستحقاق البيع.**"[4]

و يقصد بضمان الاستحقاق أن يضمن البائع الإلكتروني للمشتري كل ما يتعرض له المبيع من حق يثبت للغير فيه ، كأن يبيع شخص ملك غيره ، و يعرف ضمان التعرض بأنه ضمان البائع الإلكتروني كاث فعل صادر منه أو من غيره و يكون من شأنه المساس بحق المشتري في التمتع بملكية المبيع كله أو بعضه .[5]

---

[1] عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 133 .

[2] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 302 .

[3] خالد إبراهيم ممدوح ، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 185 .

[4] أنور سلطان، العقود المسماة ، شرح عقد البيع و المقايضة ، د . ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، 2005 ، ص 280 .

[5] بشار طلال المومني ، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت ، دراسة مقارنة ، عالم الكتاب الحديث ، الأردن ، 2004 ، ص 157.

و يرى بعض الفقه [1] أن في ضمان التعرض و الاستحقاق يضمن البائع الإلكتروني عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء أكان التعرض من فعله أو من فعل غيره حتى لو كان له وقت العقد حق على محل العقد ، أو أن هذا الحق ثبت له بعد العقد أي آل محل العقد إلى المشتري .

و يستخلص من التعريفات الفقهية السابقة ، أن ضمان التعرض و الاستحقاق ، هو عبارة عن التزام يقع على البائع الإلكتروني حيث يلتزم فيه بعدم التعرض شخصيا للمشتري في ملكيته أو حيازته للمبيع ، أو انتفاعه به انتفاعا هادئا أ أو عدم تعرض الغير له ، فإذا أخل بالتزامه ، و استحق المبيع كليا أو جزئيا للغير ، التزم البائع الإلكتروني بالتعويض للمشتري عن هذا الاستحقاق .

ثانيا : التعريف القانوني لضمان التعرض و الاستحقاق

بالرجوع إلى نص المادة 371 ق. م. ج و التي تنص على أنه : " **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** " . نجد أن ضمان التعرض و الاستحقاق لا يقتصر فقط على شخص البائع الإلكتروني ، و إنما يمتد إلى الغير الذي يثبت له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري وينازعه في ملكيته للشيء المبيع كان لا بد من البائع الإلكتروني أن يضمن عدم التعرض الصادر من أجنبي عن العقد ، و ذلك عند تعرض هذا الأخير للمشتري حال انتفاعه بالشيء المبيع سواء أكان كله أو بعضه.[2]

و بمقتضى هذا النص فإنه في حالة ضمان التعرض الشخصي الصادر من البائع الإلكتروني لا يشترط فيه أن يكون تعرضا قانونيا أي مستندا إلى الادعاء بحق على المبيع إذا أن البائع الإلكتروني بمقتضى عقد البيع ملتزم بالامتناع عن التعرض للمشتري، و لو كان تعرضا ماديا ، أما تعرض الغير فلا يضمنه البائع إلا إذا كان تعرضا قانونيا أي مستندا إلى الادعاء بحق على البيع.[3]

الفرع الثاني: أنواع ضمان التعرض و الاستحقاق:

إذا ضمن البائع الإلكتروني للمشتري ملكية المبيع و حيازته حيازة هادئة، فإنه يقع على البائع الإلكتروني التزام بعدم تعرضه للمشتري، و هو ما يعرف بضمان التعرض الشخصي (أولا) ، كما لا يسمح للغير بالتعرض له أيضا، و هو ما يعرف بضمان تعرض الغير للمشتري (ثانيا) .

أولا: ضمان التعرض الشخصي:

يلتزم البائع الإلكتروني كما ذكر سابقا بعدم التعرض إلى المشتري في ملكيته أو حيازته للمبيع أو انتفاعه به، أي أن البائع الإلكتروني يلتزم بالامتناع عن أي عمل من شأنه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع

---

[1] بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، 2006 ، ص 195 ، و محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية والدولية وحماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص 266 .

[2] خالد إبراهيم ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 186-187 .

[3] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 303 .

انتفاعا هادئا على النحو الذي أعد له، و يشمل ضمان البائع الإلكتروني كل صور التعرض الصادر منه شخصيا، المادي و القانوني ،الكلي و الجزئي .[1]

و حتى يقوم ضمان التعرض الشخصي، يجب أن يصدر من البائع الإلكتروني عمل من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المشتري بملكية البيع ، لابد إذن من توفر شرطين:

أ- **وقوع التعرض فعلا:** فمجرد احتمال الوقوع لا يكفي: فإذا هدد البائع الإلكتروني المشتري بالتعرض له، فإن هذا التهديد لا يعتبر كاف أو سببا مقنعا لقيام ضمان التعرض ما دام البائع الإلكتروني لم ينفذ وعده، و يتعرض بالفعل إليه.

و يترتب على أنه لابد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشأ لالتزام البائع الإلكتروني بضمان التعرض، و لا يسري التقادم إلا من وقت وقوع التعرض فعلا، و مدته خمسة عشرة (15) سنة من وقت وقوع التعرض.[2]

ب-**أن يكون التعرض الذي وقع فعلا عملا من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون إنتفاع البائع بملكية المبيع** : و يستوي في ذلك أن يكون التعرض مبنيا على سبب مادي، أو يكون مبنيا على سبب قانوني.[3]

1- <u>أنواع ضمان التعرض الشخصي:</u>

أ- <u>التعرض المادي:</u>

يعرف التعرض المادي بأنه التعرض الذي لا يستند فيه البائع الإلكتروني إلى حق يدعيه، و قد يكون مباشرا كإغتصاب البائع الإلكتروني العين المبيعة من المشتري، و قد يكون غير مباشر كما إذا تسبب البائع الإلكتروني في أن تصدر جهة الإدارة قرارا يحد من الإنتفاع بالأرض المبيعة و قد ينتج التعرض المادي عن عمل قانوني، كما لو أعاد البائع بيع الشيء مرة أخرى لمشتر آخر، فهذا تعرض مادي لأن البائع الإلكتروني لا يستند إلى حق و هو تعرض غير مباشر لأن البائع الإلكتروني قد تسبب بفعله في إنشاء حق للغير على العين المبيعة .[4]

---

[1] محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 115، و على هادي العبيدي ، المرجع السابق، ص 110 .

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 626 .

[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه، ص 626 – 627 .

[4] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 128، و محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع السابق، ص 267 ، و محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 305، و علي هادي العبيدي، المرجع السابق ، ص 111 .

ب-التعرض القانوني:

و يكون التعرض القانوني في حالة إستناد البائع الإلكتروني إلى حق على المبيع في مواجهة المشتري يترتب عليه حرمان المشتري من كل المبيع أو حتى بعضه أو بعض مزاياه، و قد يكون الحق المدعى به سابقا على البيع أو لاحقا له .[1]

2- خصائص ضمان التعرض الشخصي:

لهذا الإلتزام أربع خصائص هي:

أ- **أنه إلتزام غير قابل للتجزئة** : فهو إلتزام بالإمتناع عن عمل و لذلك فهو طبيعة لا يقبل الإنقسام أو التجزئة إذا لا يتصور أن ينفذ منه جزء دون الآخر، و في حالة تعدد البائعين لا يصح أن يتعرض أي منهم للمشتري في أي جزء من المبيع، سواء أكان تعرضه ماديا أو قانونيا، فإذا باع إثنان منهم مناصفة مالا مملوكا للغير ثم إكتسب أحدهم ملكية هذا المال جميعه بسبب من أسباب إكتساب الملكية كالميراث فليس له أن يرفع دعوى إسترداد نصف المبيع بحجة أنه ملزم بالضمان بقدر النصف فقط .[2]

ب- **أنه إلتزم مؤبد:** فلا يجوز للبائع الإلكتروني مهما طال من الزمن على إنعقاد البيع، و لو إنقضت مدة التقادم القانونية أي و لو بعد مرور خمسة عشرة سنة أن يتعرض للمشتري أو ينازعه في حقوقه التي إستمدها من عقد البيع، فالالتزام بالضمان من شأنه إذن أن يمنع البائع الإلكتروني من التمسك بالتقادم المكسب و التقادم المسقط على حد سواء، وهذا هو ما جرى عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية إذ قضت بأن دعوى الضمان لا تسقط بالتقادم و أن للمشتري أن يرفع هذه الدعوى و لو كان البائع قد وضع يده على المبيع لمدة التقادم المكسب. و هذا قضاء منطقي يتفق مع القول بأبدية الإلتزام بالضمان.[3]

أما قضاء محكمة النقض المصرية ، وفقا لرأي غالبية شراح الفقه، يقوم على التفرقة بين الإلتزام بعدم التعرض و هو إلتزام أبدي لا يسقط و لو إنقضى على البيع أكثر من خمسة عشرة (15) سنة ، و بين وقوع تعرض البائع الإلكتروني للمشتري بالفعل، و مضر خمسة عشرة (15) سنة من تاريخ التعرض، ففي هذه الحالة، وفقا لرأي الأغلبية، يكون قد سقط إلتزام البائع بضمان التعرض .[4]

ت-إنتقال الإلتزام إلى الورثة :

القاعدة في القانون المدني الجزائري أن الديون تنتقل إلى الورثة مع تحديد مسؤوليتهم عنها تحديدا ماديا بأموال التركة ذاتها دون أموال الوارث الخاصة .[5]

---

[1] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 306 .

[2] محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 130، و محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 270 .

[3] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 130 .

[4] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 314 .

[5] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 130-131 .

د- بطلان شرط عدم ضمان التعرض الشخصي :

بالرجوع إلى نص المادة 378 ق. م. ج و التي تنص على أنه : " **يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله و لو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك** ". فإن لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان أو عدم ضمان البائع الإلكتروني تعرضه الشخصي ، فأي اتفاق يقضي بذلك يقع باطلا ، ويجوز للمشتري الرجوع على البائع الإلكتروني بالضمان كما لو كان البيع خاليا من هذا الشرط [1] .

3- جزاء الإخلال بضمان التعرض الشخصي :

في حالة تعرض البائع الإلكتروني للمشتري فإنه يكون قد أخل بالتزامه بضمان التعرض، وتطبق القواعد العامة بهذا الصدد[2] . والتي تفرق من حيث الجزاء المترتب على هذا الإخلال بين التعرض المادي و التعرض القانوني .

أ- **في حالة التعرض المادي من البائع :** يكون للمشتري طبقا للقواعد العامة في هذه الحالة ، أن يطلب التنفيذ العيني إذا كان ممكنا ،وذلك بطلب إزالة ما وقع بالمخالفة لالتزام البائع بالضمان ، ويكون للمشتري زيادة على ذلك طلب التعويض عما أحدثه تعرض البائع الإلكتروني من ضرر ، كما يكون له الفسخ لعدم تنفيذ البائع الإلكتروني لإلتزاماته[3] . وقد يطلب الحكم بغرامة تهديدية عن كل عمل من أعمال التعرض التي يأتيها البائع الإلكتروني [4] .

ب- في حالة التعرض القانوني من البائع : والذي يتمثل في إدعاء حق على المبيع كما في بيع مللك الغير إذا رفع البائع بعد اكتسابه ملكيته المبيع دعوى على المشتري للمطالبة بإسترداد العين المبيعة بوصفه مالكا ، كان للمشتري في هذه الحالة صد هذه الدعوى عن طريق الدفع بالضمان ، إعمالا لقاعدة أن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض ، وهو يؤدي إلى رفض دعوى البائع الإلكتروني ، ويعد ذلك بمثابة تنفيذ عيني لالتزام البائع الإلكتروني بضمان التعرض الشخصي [5].

---

[1] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 315 .

[2] محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص 278- 279 .

[3] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 317 .

[4] محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 129 .

[5] محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص 279 ، و محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 317 .

ويكون للمشتري في هذه الحالة طلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع الإلكتروني لالتزامه بالضمان وطبقا للقواعد العامة يخضع هذا الطلب إلى السلطة التقديرية للقاضي ، الذي له إما الحكم بفسخ العقد أولا وذلك بالنظر إلى جسامة التعرض ، أما إذا تم الاتفاق في العقد على إعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى الحكم ، فإن القاضي في هذه الحالة يستجيب لطلب الفسخ ، و متى تم الحكم بالفسخ يجوز أيضا الحكم بالتعويض لصالح المشتري إن كان له مقتضى [1].

ثانيا : ضمان التعرض الصادر من الغير:

لا يقتصر التزام البائع الإلكتروني على ضمان تعرضه الشخصي (المادي و القانوني) للمشتري ، و إنما يمتد التزامه إلى ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير ، و التزامه هنا هو التزام ايجابي ، يكون دائما التزاما بعمل ، يتمثل في قيام البائع الإلكتروني بدفع كل تعرض للمشتري صادر عن الغير بأية وسيلة قانونية ، كما أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية ، حيث يجب حتى يكون البائع قد وفى بالتزامه أن يصل فعلا إلى دفع هذا التعرض ، ولا يكفي أن يبذل جهده في دفعه[2].

والالتزام بضمان تعرض الغير لا يقبل الانقسام شأنه كشأن الالتزام بعدم التعرض الشخصي فإذا تعدد البائعون وجب على كل منهم أن يدفع تعرض الغير بالنسبة لأي جزء من المبيع ، أما في حالة الالتزام بالتعويض الذي هو التزام بدفع مبلغ من النقود فإنه يقبل الانقسام ، فإذا تعدد البائعون انقسم عليهم كل بقدر نصيبه ، إلا إذا كان ثمة اتفاق على تضامن البائعين فيكون للمشتري في هذه الحالة أن يطالب كلا منهم بالتعويض كاملا طبقا للقواعد العامة في تضامن المدينين[3].

1- شروط ضمان التعويض الصادر عن الغير :

يشترط لرجوع المشتري على البائع الإلكتروني بضمان التعرض الصادر عن الغير ، أن يكون تعرض الغير قانونيا ، وأن يكون سبب التعرض سابقا على البيع بمعنى أن يكون حق الغير ثابتا له وقت البيع أو إليه بعد البيع بفضل البائع الإلكتروني نفسه ، وأن يكون التعرض حالا.

أ- أن يكون التعرض قانونيا :

لا يضمن البائع الإلكتروني إلا التعرض القانوني الصادر من الغير ، أي الذي يستند فيه الغير إلى حق يدعيه على المبيع ، سواء في صورة دعوى ترفع من الغير على المشتري ، أو دون دعوى متى وقع التعرض

[1] محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص129 ، و محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 317 -318 .

[2] عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 154 .

[3] محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 148 ، و أيضا محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 330 .

فعلا ، ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتا ، بل أن مجرد الادعاء بالحق يعد كافيا ، حتى ولو كان ظاهر عليه البطلان ، لأن البائع الإلكتروني هو الذي يتحمل عن المشتري إظهار عدم صحة إدعاءات الغير[1].

أما التعرض المادي الصادر من الغير ، سواء تمثل في أعمال مادية محضة كالغصب ، أو في تصرفات قانونية لا تستند إلى حق يرتكز إليه [2] ، فإن البائع لا يضمنه وهذا حكم طبيعي إذا ليس لهذا الأخير سلطان على كافة الناس وليس من المعقول إلزامه بضمان تعرضهم للمشتري ، ولا يكون أمام المشتري سوى اللجوء إلى السلطة العامة أو القضاء من أجل حماية حقه [3] .

ب- <u>أن يكون حق المتعرض ثابتا له وقت البيع أو آل إليه بعد البيع بفعل البائع :</u>

حتى يضمن البائع الإلكتروني التعرض الصادر من الغير يجب أن يكون الحق الذي يدعيه على المبيع موجودا وقت البيع ، أو أن يكون الحق قد آل إلى الغير بعد البيع عن طريق البائع نفسه[4] .

بالرجوع إلى نص المادة 371 ق. م . ج التي تنص على أنه :" **يضمن البائع التعرض للمشتري ... يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري** ".

فإنه إذا كان حق المتعرض ثابتا له وقت البيع ، فإن البائع الإلكتروني يكون ملزما بالضمان سواء أكان سبب كسب المتعرض لهذا الحق قبل بيعه أو كان هذا الحق قد اكتسب استقلالا عن البائع أو لا دخل له في إنشائه كما لو كان المتعرض واضعا يده على العين المبيعة و اكتلمت له مدة التقادم المكتسب قبل انعقاد البيع [5]. أما إذا كان المتعرض قد كسب حقه بعد البيع بفعل البائع الإلكتروني نفسه ، فإن للمشتري الرجوع عليه بالضمان [6].

أما إذا كان الحق الذي يدعيه المتعرض لاحقا على البيع عن غير طريق البائع الإلكتروني فلا يلتزم هذا الأخير بالضمان[7].

---

[1] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 320 .

[2] محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية ... ، المرجع السابق ، ص 270 .

[3] عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 155 .

[4] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 321 .

[5] محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 135 ، و محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 321 .

[6] محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية ... ، المرجع السابق ، ص 272 ، و محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 135.

[7] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 321 -322 .

ج- أن يكون التعرض حالا :

لا يكون التعرض حالا إلا إذا اتخذ المتعرض موقفا ايجابيا يؤدي إلى الإخلال الحال بالانتفاع بالمبيع أو يجعل هذا الإخلال وشيك الوقوع [1]. أي أن حق الضمان ينشأ للمشتري ابتداء من اللحظة التي ينازعه الغير فعلا في انتفاعه بالمبيع و حيازته له ، ولا يكفي مجرد احتمال أو خشية وقوع التعرض أو التهديد بوقوعه[2] .

و الأصل أن يتم هذا التعرض عن طريق اللجوء إلى القضاء من طرف الغير من أجل المطالبة بالحق الذي يدعيه على المبيع ، كدعوى استحقاق كلي للمبيع ، أو دعوى استحقاق جزئي يدعي فيها ملكية جزء من المبيع ، أو دعوى المطالبة بدين مضمون برهن على المبيع .

ويتم التعرض الحال أيضا عن طريق دفع يدفع به الأجنبي دعوى المشتري بالمطالبة بالمبيع ، فإذا كان المبيع بيد الغير ورفع المشتري دعوى مطالبا بالمبيع باعتباره مالكا له بالشراء فتمسك الغير بالحق الذي يدعيه على المبيع بموجب دفع ، كان هذا التعرض من المشتري عن طريق الدفع موجبا للضمان من طرف البائع الإلكتروني [3] .

كما يمكن أن يتحقق ضمان التعرض ولو لم تكن هناك دعوى مرفوعة أمام القضاء ، لأن التعرض يجب أن يفهم بمعنى واسع إلى حد ما "بحيث يشمل الحالات التي يكون فيها حرمان المشتري من المبيع وشيك الوقوع ، أو بعبارة أدق ، أن تكون أعمال التعرض المؤدية للحرمان من المبيع قد بدأ تنفيذها ، و إن كان الحرمان من الانتفاع لم يتحقق بعد " [4] .

2- آثار الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير :

إذا ما توافرت الشروط السابقة الذكر وجب على البائع الإلكتروني أن يقوم بإيقاف هذا التعرض عن طريق التدخل في دعوى الاستحقاق المقامة أو المرفوعة من المشتري ، و استخدام جميع ما لديه من حجج و أسانيد لرد هذا التعرض عن المشتري ، فإنه نجح في ذلك يكون قد نفذ التزامه عينيا ، فإن لم يستطع رد هذا التعرض وحكم للمدعي باستحقاق المبيع ، وجب على البائع الإلكتروني أن يقدم تعويضا للمشتري عما أصابه من ضرر وفقا لأحكام ضمان الاستحقاق [5].

---

[1] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 323 .

[2] عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 155 ، ومحمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية ...، المرجع السابق ، ص 274.

[3] محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 323

[4] محمد حسن قاسم ، المرجع نفسه ، ص 323 .

[5] عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 156 .

و بالرجوع إلى نص المادة 372 ق .م .ج التي تنص على أنه : " **إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا اعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان ، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم صادر من المشتري .**

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

فإن تنفيذ التزام البائع الإلكتروني بدفع التعرض الصادر من الغير الذي يدعي حقا على المبيع يقتضي من المشتري أن يخطر البائع الإلكتروني بالتعرض ليتمكن من الدفاع عنه ، ولا يشترط أن يكون للإخطار شكل معين فقد يكون على يد محضر قضائي أو بخطاب مسجل أو غير مسجل أو حتى شفاهة ، و يقع على المشتري إثبات حصوله [1].

و في حالة عدم إخطار المشتري البائع الإلكتروني بالتعرض الصادر من الغير ، فإن ذلك لا يفقده حقه في الرجوع على البائع الإلكتروني عند الاستحقاق ، إلا أنه يعرضه فقط لفقد حقه في هذا الرجوع [2]، كما سوف نفصل لاحقا .

1. <u>حالة حصول الإخطار :</u>

إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع و أخطر بها البائع الإلكتروني ، كان على هذا الأخير بحسب الأحوال ، ووفقا لقانون الإجراءات المدنية ، أن يتدخل في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل محله.[3]

حيث يلقي المشرع على عاتق المشتري إلتزاما بإخطار البائع الإلكتروني في الوقت الملائم بالدعوى المرفوعة عليه من الغير، و يجب عل البائع الإلكتروني أن يتدخل في الدعوى أو أن يحل محله فيها، و يكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة في الجلسة و بحضورهم ، و يثبت في محضرها ، و لا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة و كما يستطيع المشتري أن

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 664 .

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 156 .

[3] نص المادة 372 ق. م .ج ، محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية... ، المرجع السابق ، ص 288 .

يدخل البائع الإلكتروني مباشرة بوصفه ضامنا في دعوى الإستحقاق المرفوعة ضده.[1] و تفصل المحكمة في دعوى الإستحقاق الأصلية و دعوى الضمان بحكم واحد كلما أمكن ذلك، و لها أن تفصل في الأولى و تبقى الثانية للفصل فيها على حدة.[2]

و في حالة تدخل البائع الإلكتروني في الدعوى المرفوعة على المشتري، فإن على هذا الأخير أن يطلب إخراجه منها حتى يحل البائع محله فيها ، و لا توجه الخصومة إليه، و حتى يتفادى الحكم عليه بالمصاريف في حالة نجاح المتعرض في دعواه، و إن كان الغالب هو إستمرار المشتري في الدعوى إلى جانب البائع الإلكتروني حتى يراقب دفاعه و يمنعه أو يحول بينه و بين المتعرض من التواطئ إضرار به .[3]

و يكون على البائع الإلكتروني دفع تعرض الغير، فإذا تمكن من ذلك ، و قام بتأكيد حق المشتري على المبيع، و رفضت دعوى المتعرض، يكون البائع الإلكتروني في هذه الحالة قد نفذ إلتزامه بالضمان تنفيذا عينيا .[4]

أما في حالة عدم تدخل البائع الإلكتروني في الدعوى بالرغم من إخطار المشتري له، فإنه يجوز لهذا الأخير أن يستمر في الدعوى و حده ، و تكون نتيجة لذلك أحدا الفروض التالية:

الأول: نجاح المشتري في الدعوى: و ذلك من خلال الحصول على حكم نهائي برفض طلبات المتعرض، و بذلك ينتهي إلتزام البائع الإلكتروني بضمان التعرض، و يدفع للمشتري ما يكون قد تكبده من نفقات و مصاريف، و لم يحكم له بها على الغير المتعرض.

الثاني: عدم نجاح المشتري في الدعوى: أي عدم دفعه تعرض الغير، و يستحق بذلك هذا الأخير الشيء المبيع كليا أو جزئيا، هنا يكون البائع الإلكتروني قد أخل بإلتزامه بالضمان و يستطيع المشتري الرجوع عليه بضمان الإستحقاق، و يمكن للبائع الإلكتروني في هذه الحالة أن يدفع هذا الضمان إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس المشتري أو الخطأ الجسيم.

---

[1] إذا أنه لا يوجد ما يمنع من أن يدخل المشتري البائع ضامنا في الدعوى، و لا يكتفي بمجرد إخطاره ، بل إن هذا هو الأفضل، ففيه قصد في الوقت و الإجراءات، و به يقي المشتري نفسه، مؤونة دفع دعوى الغير و قد لا يعرف عنها شيئا، ثم هو يأمن بعد ذلك عاقبة أن يتهمه البائع فيما بعد أنه دلس في الدفاع أو أنه إرتكب خطأ جسيما فيه، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 664 .

[2] محمد حسين منصور ، شرح العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 128 .

[3] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 327 .

[4] محمد حسن قاسم، المرجع نفسه، ص 327-328 .

الثالث: تصالح المشتري مع الغير المتعرض و إقراره بما يدعيه: و ذلك حسب ما تنص إليه المادة 373 ق .م .ج [1] ، فهنا يثبت حق المشتري في الضمان ، و لو إعترف و هو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون إنتظار صدور حكم قضائي متى كان قد أخبر البائع الإلكتروني بالدعوى في الوقت المناسب ، و دعاه إلى أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت البائع الإلكتروني أن الغير الأجنبي لم يكن على حق في دعواه ، ففي هذه الحالة يفقد المشتري الحق في الضمان.[2]

2- حالة عدم حصول الإخطار في الوقت الملائم:

إذا لم يخطر المشتري البائع الإلكتروني بدعوى الإستحقاق و أدى ذلك إلى عدم تدخله في الدعوى، ففي هذه الحالة: إذا نجح المشتري في رد دعوى المتعرض و إنتهى التعرض ، إنتهى معه إلتزام البائع بضمان تعرض الغير، أما إذا أقرا المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه أو قضى للمتعرض بطلباته بموجب حكم نهائي، و أراد المشتري أن يرجع على البائع بالمصاريف و التعويضات بموجب ضمان الإستحقاق فإنه في هذه الحالة وجب النظر إلى أن المشتري الذي يعتبر مقصرا في عدم إخبار البائع الإلكتروني بدعوى الإستحقاق في الوقت الملائم، و لو فعل ذلك فقد يكون هذا الأخير قادرا على التدخل و رفض دعوى الإستحقاق .[3]

و يشترط لرفض دعوى الضمان الإستحقاق عملا بنص المادة 372 ق .م .ج أن لا يخبر المشتري البائع الإلكتروني بدعوى الإستحقاق في الوقت الملائم، و أن يصدر حكم في دعوى الإستحقاق حائز على قوة الشيء المقضي فيه، أي حكم نهائي غير قابل للطعن، و أن يثبت البائع الإلكتروني أنه لو تدخل في الدعوى كان سيؤدي ذلك إلى رفض دعوى الإستحقاق .[4]

3- جزاء الإخلال بضمان التعرض الصادر من الغير (التنفيذ بطريق التعويض) :

إذا نجح الغير في تعرضه للمشتري و تعذر على البائع دفع هذا التعرض عينيا و إستحق المبيع للغير كله أو بعضه، فالبائع الإلكتروني يلتزم في هذه الحالة بتنفيذ إلتزامه بالضمان عن طريق التعويض عما لحق به من أضرار، و يرجع المشتري على البائع الإلكتروني بضمان الإستحقاق إما بدعوى فرعية أثناء النظر في

---

[1] و التي تنص على : " أن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري و لو إعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب و دعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه " .

[2] محمد حسين منصور، شرح العقود المسماة، المرجع السابق، ص 128-129 .

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 671 .

[4] محمد حسنين، المرجع السابق، ص 141 .

دعوى الإستحقاق، و إما بدعوى أصلية يرفعها المشتري بعد ثبوت الإستحقاق، و يختلف التعويض الذي يلتزم به البائع الإلكتروني في حالة الإستحقاق الكلي للمبيع عنه في حالة الإستحقاق الجزئي.[1]

أولا: الاستحقاق الكلي:

و هو نزع المبيع من المشتري لثبوت حق الغير المتعرض سواء بحكم قضائي أو بدون حكم .[2] و بالرجوع إلى نص المادة 375 ق .م .ج نجد أن المشرع الجزائري قد حدد عناصر التعويض و التي هي مجرد تطبيق للقواعد العامة في مقدار التعويض، أي ما لحق المشتري من خسارة و ما فاته من كسب ، و التي تتمثل فيما يلي:

1- قيمة المبيع وقت نزع اليد .
2- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى الملاك الذي نزع يد المشتري عن المبيع.
3- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع و كذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية.
4- جميع مصاريف دعوى الضمان و دعوى الاستحقاق بإستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373 ق .م .ج.

ثانيا: الاستحقاق الجزئي:

يكون الاستحقاق جزئيا إذا ظهر أن جزء من العين البيعة سواء أكان هذا الجزء شائعا فيه أو مفرزا مملوكا للغير، أو إذا تبين أن المبيع مثقل بحق رهن أو إختصاص أو إمتياز، أوإذا ظهر تكليف على المبيع كحق إنتفاع أو إستعمال أو إرتفاق غير ظاهر، و لم يبين عنه البائع الإلكتروني للمشتري .[3]

و بالرجوع إلى نص المادة 376 ق .م .ج[4] نجد أن المشرع يفرق في حالة الإستحقاق الجزئي للمبيع بين إذا كان هذا الإستحقاق جسيما أو غير جسم :

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 331 .

[2] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 160 .

[3] محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية و... ، المرجع السابق ، ص 301 .

[4] المادة 376 : " في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع و في حالة وجود تكاليف عنه و كانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة المادة 375 مقابل رد المبيع مع الإنتفاع الذي حصل عليه منه.

و إذا إختار المشتري إستبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن البيع " .

1. **حالة الإستحقاق الجزئي الجسيم: " و هو الذي يؤدي إلى خسارة المشتري خسارة فادحة بحيث تبلغ قدرا لو علمه وقت البيع لما كان قد أتم العقد."** [1]

و في هذه الحالة يكون للمشتري الخيار بين أمرين :

أ- إما رد المبيع أو ما تبقى منه للبائع و يرجع عليه بكل عناصر التعويض المبينة في حالة الاستحقاق الكلي، و يلتزم المشتري برد ما أفاده من المبيع من ربح و ثمار وغير ذلك إلى البائع.

ب- و إما الإحتفاظ بالمبيع و المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب بسبب الإستحقاق الجزئي.[2]

2. **حالة الإستحقاق الجزئي غير الجسيم: " و هو الذي لا يبلغ قدرا من الجسامة بحيث لو كان المشتري قد علمه وقت البيع قد إستمر في التعاقد " .**[3]

و في هذه الحالة لا يكون أمام المشتري إلا أن يحتفظ بالبيع على البائع بالتفويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الإستحقاق الجزئي، و ذلك طبقا للقواعد العامة.[4]

الفرع الثالث: تعديل أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق:

بما أن أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق في عقد البيع الإلكتروني ليست من النظام العام[5]، فإنه يمكن للأطراف الإتفاق على تعديل تلك الأحكام بإدارتهما ، و ذلك بتخفيف أحكام الضمان أو تشديده أو إسقاطه في بعض الأحيان[6] ولأن أحكام الضمان أساسها المسؤولية العقدية، و التي يكون الإرادة الأطراف دور كبير في تحديدها، و لذلك سنتطرق إلى تخفيف أحكام الضمان (أولا) ثم إلى تشديد أحكام الضمان (ثانيا) و أخيرا إلى إسقاط أحكام الضمان (ثالثا) .

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 342 .

[2] نص المادة 376 ق .م .ج .

[3] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 342

[4] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 688-689 .

[5] يعد الضمان من طبيعة عقد البيع حيث يفرضه القانون و ينظم أحكامه، لو لم يتفق عليه في العقد ، إلا أن غالبية تلك الأحكام لا تتعلق بالنظام العام، لذا يجوز للأفراد الإتفاق على تعديلها أو إسقاطها ، بشرط مراعاة القيود التي يوردها المشرع في هذا العقد ، محمد حسين منصور، شرع العقود المسماة، المرجع السابق، ص 141 .

[6] تنص المادة 377 ق .م .ج على أنه: " يجوز للمتعاقدين بمقتضى إتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه منه ، أو يسقطاه.

و يفترض في حق الإرتفاق أن البائع قد إشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقا ظاهرا أو كان البائع قد أعلم به المشتري.

و يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير".

أولا: تخفيف أحكام الضمان

و يكون ذلك بإنقاص الضمان على البائع لأي سبب معين من أسباب الإستحقاق و يقع هذا الضمان كثيرا في العمل و يتناول هو أيضا الأعمال الموجبة للضمان فيقلل منها، أو مقدار التعويض المستحق فينقص منه، و من الأمثلة على التقليل من الأعمال الموجبة للضمان، أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمانه لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق إرتفاق خفية لا يعلم بها البائع، أو عدم ضمان حقوق إرتفاق للمبيع إذ ظهر فيها بعد أنها غير موجودة، أو عدم ضمان إستحقاق المبيع في حالة ما إذا كان هذا الإستحقاق مترتبا على إبطال سند ملكية البائع ليس معين فيه، و من الأمثلة على إنقاص مقدار التعويض أن يشترط البائع على المشتري، عند الأستحقاق الكلي، ألا يرجع عليه إلا الثمن و لو نقص عن قيمة المبيع وقت الإستحقاق ، أو ألا يرجع عليه بالتعويض أصلا فلا يسترد إلا الثمن أو لا يسترد إلا قيمة البيع وقت الاستحقاق.[1]

و يقع باطلا الشرط الذي ينقص من الضمان في حالة إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الغير، و ذلك حسب نص المادة 377 ف 03 ق .م .ج التي تنص على أنه: " **و يكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير**." فإذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الإستحقاق ، فهو بذلك سكون قد إرتكب غشا ، ثم إشرط على المشتري عدم مسؤوليته عن هذا الغش ، و لكن الإتفاق يكون صحيحا إذا كان المشتري عالما بسبب الإستحقاق ، بل ويعتبر مجرد علم كل من المشتري و البائع بمثابة إتفاق ضمني على إنقاص الضمان .[2]

ثانيا : تشديد أحكام الضمان

الإتفاق على تشديد أو زيادة أحكام الضمان أقل شيوعا في العمل من الإتفاق على إنقاصه ، لأن في أحكام الضمان القانوني حماية كافية للمشتري و نادرا ما يرتضي البائع زيادتها ،[3] و يستطيع المشتري أن يزيد في الضمان ، بأن يشترط على البائع ضمان أعمال هي في الأصل ليست داخلة في الأحكلم العامة للضمان ، او زيادة في التعويض الذي يستحقه بموجب هذه الأحكام .[4]

ثالثا : إسقاط أحكام الضمان

أجاز المشرع الجزائري الإتفاق على إسقاط أحكام الضمان و هذا طبقا لنص المادة 377 ق م ج ، ويعتبر كل إتفاق على إسقاط ضمان فعل الغير مشروعا من الناحية القانونية ، وهنا يشترط عدم إخفاء البائع حق الأجنبي على المبيع .[5]

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 699 ، و محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 149 .

[2] محمد حسين منصور، شرع العقود المسماة، المرجع السابق، ص 142 .

[3] محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 148-149 .

[4] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 697.

[5] محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 363 .

و إذا إتفق الطرفان على إسقاط الضمان ، فإن البائع لا يكون مسؤولا في هذه الحالة إلا عن المبيع وقت الإستحقاق ، و هذا إستنادا إلى نص المادة 378 ف 02 من ق م ج . و على هذا النحو يظل البائع ملتزما بأن يدفع للمشتري قيمة المبيع وقت الإستحقاق و يقتصر أثر الشرط على إعفاء البائع من التعويض الأخرى.[1]

المبحث الثاني : الحماية من الشروط التعسفية و الحق في الخصوصية المعلوماتية في عقد البيع الإلكتروني

تعد عقود البيع الإلكترونية في الأصل من العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ حرية التعاقد ، إلا أنه بسبب تركز قوى الإنتاج بشكل إحتكاري بيد عدد محدود من البائعين الذين يتمتعون بالنفوذ و القوة التكنولوجية والمعلوماتية ، فضلا عن التقدم و التعقيد في الطابع الفني للسلع و الخدمات المعروضة ، بحيث أصبح المشتري الإلكتروني يجهل كيفية إستعمالها ومعرفة الأخطار التي يمكن أن تنجم عنها ، كل هذا أدى إلى ظهور إختلال في التوازن العقدي بين البائع الإلكتروني و المشتري ، بحيث أصبحت العقود تبرم بشكل مسبق دون مساومة أو مفاوضة ينفرد البائع الإلكتروني بإعدادها و صياغتها بعيدا عن أي نوع من أنواع الرقابة ، لتظهر في شكل عقود نموذجية ، لا يبقى على المشتري الإلكتروني بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية إلا أن يذعن لهذه الشروط التعسفية وإن كانت في غير مصلحته ، نتيجة إرتباط العقد بمرافق أساسية لا غنى له عنها [2] ، وهذا ما سنتناوله في (المطلب الأول) .

و نظرا لكون المشتري الإلكتروني يتعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة كشبكة الأنترنت التي تعد مجالا خصبا للتحايل و الإعتداء على الخصوصية ، من خلال قدرتها على جمع و حفظ و إسترجاع و نقل البيانات الخاصة بالمشتري الإلكتروني ، و بإعتبار الحق في الخصوصية من الحقوق الدستورية الأساسية الملازمة للشخص الطبيعي بصفته الإنسانية كأصل عام ، فقد حرصت التشريعات على ترسيخ هذا الحق في الأذهان ، وحماية المشتري في مجال التعاقد الإلكتروني ، بعدم الإعتداء على البيانات و المعلومات الشخصية المتعلقة به ، من أجل كسب ثقته وعدم إحجامه عن هذا النوع من التعاقد ، وهذا ما تضمنه (المطلب الثاني) .

---

[1] محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 150 .

[2] موفق حماد عبد ، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بغداد 2011 ، ص 246 .

المطلب الأول : الحماية من الشروط التعسفية

سنتطرق ضمن هذا المطلب إلى كل من تعريف الشرط التعسفي (الفرع الأول) ، ثم إلى عناصر و أنواع الشرط التعسفي (الفرع الثاني) ثم أخيرا إلى مكافحة الشروط التعسفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي

يتضمن هذا الفرع كل من التعريف الفقهي للشرط التعسفي (أولا) ، و التعريف القانوني للشرط التعسفي (ثانيا) .

أولا : التعريف الفقهي للشرط التعسفي

يعرف بعض الفقه [1] الشرط التعسفي بأنه : " **الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في إستعمال الأخير للسلطة الإقتصادية بغرض الحصول على ميزة محددة .**"

و عرفه البعض من الفقه [2] بأنه : " **هو ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الإقتصادية** "

ثانيا : التعريف القانوني للشرط التعسفي

سنتناول تعريف الشرط التعسفي في كل من القانون الفرنسي و القانون الاوروبي مع الإشارة إلى التشريع الجزائري ، كالآتي :

أ- في القانون الفرنسي :

و هذا بموجب المادة 132-01 من القانون رقم 95-96 الصادر في 01 فبراير 1995 المتعلق بحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية [3]، والتي تنص على أنه : " **في العقود المبرمة ما بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها و أثارها إضرارا بغير المحترفين أو المستهلكين ، عدم التوازن الظاهر بين الحقوق و التزامات أطراف العقد**" [4] .

---

[1] كريم بن سخرية ، المسؤولية المدنية للمنتج و آليات تعويض المتضرر ، د . ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2013 ، ص164 .

[2] خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 459 .

[3] Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

الموقع الإلكتروني :

https://www.ligifrance.gouv.fr

[4] " les clauses abusives d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle , réductible.

ووفقا لهذه المادة يجب كي يستفيد المشتري من نصوص الحماية التي وضعت لمواجهة الشروط التعسفية أن يكون العقد مبرما بين طرفين غير متكافئين في القوى هما المحترف أو البائع و المشتري أو المستهلك حتى يستفيد هذا الأخير من الحماية المقررة بمقتضى هذا القانون ، أما في العقود المتكافئة بين المشترين أو المستهلكين فقط فلا يوجد مبرر هذه الحماية ، إذ أن أحد أشكال عقود التجارة الإلكترونية أن تبرم بين مشتر و مشتر آخر[1] .

ب- **في القانون الأوروبي :**

عرف التوجيه الأوروبي الخاص بالشروط التعسفية الصادر عن البرلمان و المجلس الأوروبي رقم 93-13 في 05 أبريل 1993 [2]، الشرط التعسفي حيث نص في المادة الثالثة 03 البند الأول منه على أنه : " **الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على إخلال واضح بين حقوق و التزامات الأطراف فيه على حساب المستهلك وتتعارض مع مبدأ حسن النية** " [3] ، و بناءا على ذلك ، فإنه يقصد بالشرط التعسفي ، الشرط الذي يوضع في العقد و لم يخضع لتفاوض مسبق بين البائع و المستهلك أو المشتري . ويترتب عليه عدم توازن كبير بين حقوق و التزامات الطرفين على حساب المشتري أو المستهلك.[4]

وعرف التوجيه الأوروبي الخاص بالشروط التعسفية السابق الذكر ، الشرط الذي لم يكن محلا لتفاوض فردي ، حيث نص في البند الثاني من المادة الثالثة ، على أنه :" **يعتبر الشرط أنه لم يكن محلا لتفاوض فردي ، إذا كانت قد تمت صياغته مسبقا و أن المستهلك بناءا على ذلك لم يكن له تأثير على محتواه ، خاصة في إطار عقود الإذعان ، ولا يمنع كون بعض عناصر الشرط أو أن شرطا منفردا كان محلا لمفاوضات فردية تطبيق هذه المادة على بقية العقد ، إذا كان التقدير الشامل يسمح باستخلاص أن الأمر**

Dans les contrats conduis entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non-professionnels ou consommateurs, un déséquilibre significatif entre les droit et l'obligation des parties au contrat ".

الترجمة مأخوذة عن : خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 459 .

[1] خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 459 .

[2] Directive 93-13C EE du conseil, du 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

الموقع الإلكتروني :

https://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj

الترجمة مأخوذة عن : خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 459 .

[3] " Un clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat " .

الترجمة مأخوذة عن : : خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 459 .

[4] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 513 .

يتعلق بعقد إذعان بالرغم من ذلك ، وإذا ادعى المهني أن شرطا مضافا كنموذج كان محل تفاوض فردي ، يقع عليه عبء الإثبات ." وعليه فإن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط المكتوب مسبقا ، ولا يغير من وصفه كذلك خضوع بعض عناصر الشرط أو شرط آخر كمفاوضات فردية طالما أن التقدير الشامل للعقد يستخلص منه أن العقد هو عقد إذعان ، وإذا إدعى البائع أن الشرط المكتوب كنموذج كان محل تفاوض فردي يقع عليه عبء إثبات ذلك . [1]

أما بالنسبة للدول العربية فقد حاولت إعطاء تعريف للشرط التعسفي ، رغم حداثة الموضوع من جهة و كذلك كون التعريف يدخل ضمن الفقه و القضاء و ليس عمل التشريع من جهة أخرى ، ومن بين هذه التعريفات نجد تعريف المشرع الجزائري حيث : أنه أشار بداية إلى معايير التعسف في استعمال الحق من خلال نص المادة 124 مكرر من القانون م .ج بقولها : "**يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية :**

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ".

كما عرف الشرط التعسفي من خلال القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة الثانية من الفقرة 05 على أنه : " **كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنودا أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد**".

وبالرجوع إلى التعريف السابق ، يمكن أن نلاحظ :

" **- أن الشرط التعسفي عبارة عن شرط يتم إدماجه في العقود المبرمة بين البائع و المشتري في نماذج الاتفاقات التي غالبا ما تكون معدة مسبقا .**

- أن النظام القانوني الذي كرس الشرط التعسفي يطبق على جميع الشروط التعاقدية ما دامت مكتوبة، ولا يهم الشكل الذي قد يظهر فيه (وصل طلب شراء، الفواتير، أصول الضمان، أصول التسليم أو التذاكر).

- إن الشروط التعسفية المقصودة هي تلك الشروط التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي من حيث الحقوق و الواجبات "[2]

<u>الفرع الثاني : عناصر و أنواع الشرط التعسفي</u>

من خلال التعريفات السابقة للشرط التعسفي ، فإن أغلب الفقهاء و التشريعات تتفق على أنه من آجل اعتبار الشرط شرطا تعسفيا ، لابد من توفره على جملة من العناصر تحدد طابعه التعسفي تتمثل في تعسف البائع الإلكتروني في استعمال قوته الاقتصادية و حصوله على ميزة مفرطة من هذا التعسف مما يؤدي إلى

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع نفسه ، ص 513 - 514 .

[2] كريم بن سخرية ، المسؤولية المدنية للمنتج و آليات تعويض المتضرر، د . ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر 2013 ، ص165- 166 .

اختلال التوازن بين حقوق و التزامات الطرفين المتعاقدين في غير مصلحة المشتري الذي يعتبر الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية ، إلا أنه وعلى غرار باقي التشريعات فإن المشرع الجزائري من خلال تعريفه للشرط التعسفي فقد نص على عناصر محددة للشرط التعسفي من خلال القانون 04-02 ، و كنتيجة على ذلك تتنوع الشروط التعسفية إلى شروط تحقق ميزة أو فائدة للبائع الإلكتروني و شروط تلحق ضرر بالمشتري ، و لهذا سنتطرق لعناصر الشرط التعسفي (أولا) ، ثم لأنواع الشرط التعسفي (ثانيا).

أولا : عناصر الشرط التعسفي

يذهب جانب من الفقه إلى القول لكي يعتبر الشرط تعسفي يجب أن يتوافر فيه ثلاثة عناصر، أولها : التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ، و ثانيها : حصول البائع على الميزة المفرطة ، وثالثها : الاثر المترتب وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و إلتزامات طرفي العقد

أ-التعسف في استعمال القوة الاقتصادية :

يقصد بالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية، الوضع الاقتصادي للبائع الذي يجعله يملك نفوذ اقتصادي و تفوق في التقنية ، عن المشتري الذي يجد نفسه مجبرا على قبول هذه الشروط دون إمكانية حقيقة للمناقشة أو التفاوض ، نظرا لقلة خبرته و وعيه القانوني و حاجته الملحة للسلعة أو الخدمة [1]. بمعنى أخر لو لم يتعسف البائع في ممارسة تفوقه الاقتصادي لما وجد الشرط التعسفي الذي يخل بتوازن العقد ، ويظهر استلزام وجود العنصر الشخصي في الشرط التعسفي واضحا فيما أراده المشرع الفرنسي في المادة 35 من القانون 78 – 23 المتعلق بإعلام و حماية المستهلكين للسلع و الخدمات [2] ، عند تعريف الشرط التعسفي حين ذكر بأن التعسف يقوم نتيجة استعمال المحترف أو البائع لسلطته الاقتصادية .

ولكن هل تعد المقدرة الاقتصادية هي العنصر الأكثر أهمية ، وهل يستطيع المحترف فرض شروطه لأنه الأقوى اقتصاديا ؟.

يذهب جانب من الفقه إلى القول أن المقدرة هي مقدرة السيطرة الفنية و التقنية الحديثة أكثر منها القوة الاقتصادية ، وأن هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية ، فالبائع من خلال تعوده على إبرام العقود يعرف الحقوق و الالتزامات التي تترتب على العقد ، وهو يعرف ما يجري عليه العمل في حرفته فيمتلك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها فضلا عن الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون معه .

---

[1] السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك ، د . ط ، دار الجامعية ، لبنان ، 2003 ، ص 50 .

[2] Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, journal officiel de la république Française, 001, du le 11 janvier 1978.

الموقع الإلكتروني :

https://www.legifrance.gouv.fr

ويرى بعض الفقه أن التقنية الحديثة و القوة الاقتصادية يكمل أحدهما الآخر لأن من يكون متفوقا اقتصاديا يكون كفؤا فنيا أيضا أي أن التفوق الاقتصادي دليل على الكفاءة الفنية[1].

2- حصول البائع على الميزة المفرطة أو الفاحشة :

حسب نص المادة 35 من القانون 78 -23 المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين للسلع و الخدمات ،لا يكفي لاعتبار الشرط تعسفيا أن يكون ناتجا عن تعسف النفوذ الاقتصادي للبائع بل لابد من أن يؤدي إلى حصول هذا الأخير على ميزة فاحشة ، ويبدو من استقراء النص للوهلة الأولى أن هذا العنصر الثاني يعتبر نتيجة للعنصر الأول و هي النتيجة المرجوة من استعمال النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية. [2]

وهذه المزايا المفرطة التي يتحصل عليها البائع من المشتري لا تكون نقدية فقط ذلك أنه و تحقيقا لحماية أشمل للمشتري أراد الفقه أن لا يحصر هذه المزايا المفرطة في هذا المجال الضيق فنظر إليها بحسب الأثر الذي تخلفه في العقد ،وهو عدم التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد ، كما أن قائمة الشروط التعسفية التي جاءت بها الفقرة الثانية من المادة 35 من قانون حماية و إعلام المستهلكين الفرنسي لعام 1978 أشارت إلى أنه بجانب الشروط المتعلقة بالثمن وشرط التقسيط ، فإن الشرط التعسفي يمكن أن يرد بشأن تسليم الشيء محل العقد [3].

3- الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات طرفي العقد :

إن هذا العنصر الأخير المتمثل في المزايا المفرطة التي يحصل عليها البائع بفضل التعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي و الفني يؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات و الحقوق الناشئة عن العقد[4] ، فهذا العنصر ما هو إلا نتيجة حتمية للعنصرين السابقين .

يعتبر المشرع الفرنسي أول من تبنى عنصر الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات طرفي العقد ، والذي استمده من خلال تبنيه للتعليمة الأوروبية رقم 93 – 13 في 05 افريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين ، و التي عرفت الشرط التعسفي في المادة الثالثة البند الأول منها على أنه : " **يعتبر الشرط الذي لم يكن محلا لتفاوض فردي شرطا تعسفيا ، إذا كان ينشئ عدم توازن كبير على حساب المستهلك بالرغم من مطلب حسن النية بين حقوق و التزامات الأطراف الناشئة من العقد**".

و قد تبنى المشرع الفرنسي معيار حسن النية ، و معيار عدم التوازن الشاسع بين حقوق و التزامات الأطراف ، وأضاف لهما خاصية ألا يكون الشرط موضوع مناقشة أو مفاوضة فردية ، مما يفيد أن الشرط

---

[1] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص251 .

[2] أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، د . ط ، دار النهضة العربية ، 1994، ص 220.

[3] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 250 .

[4] موفق حماد عبد ، المرجع نفسه ، ص 250 .

يكسب صفة التعسف سواء أكان شرطا في عقد إذعان أو كان شرطا في غيره من العقود التي لا تتوافر فيها خاصية الإذعان ، فالمشتري لا يستطيع مناقشة هذه الشروط سواء في عقد إذعان أو غيره. [1]

***عناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري :**

من خلال تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي ضمن المادة 03 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، نستخلص العناصر التي يتضمنها الشرط التعسفي في القانون الجزائري ، و هي أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان ، ويجب أن يكون الشرط مكتوبا ن و أن يؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر في توازن العقد .

1. إدراج الشرط التعسفي ضمن عقد إذعان :

إن المشرع الجزائري ومن خلال قانون 04-02 ذهب إلى تبني المفهوم الحديث لعقد الإذعان حيث جاء معرفا إياه في المادة 03 منه على أنه : " **كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الأخر ، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه** " .

ويطرح التساؤل هنا حول مدى اعتبار عقد البيع الإلكتروني عقد إذعان ؟

إن أهم ما يؤكد أن عقد البيع الإلكتروني يحمل صفة الإذعان ما جاء في نص مادة 17 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على أنه :" **تعتبر العقود النمطية المبرمجة إلكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن، وجواز إبطال ما يرد فيه شروط تعسفية ، ويعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد ، وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف**".

كما أن المشتري في عقد البيع الإلكتروني لا يمكنه مناقشة بنوده ، أو في الوقوف على كافة جوانبها ، حيث يتم التعبير عن الرضا بصورة شبه ميكانيكية دون أي ترو أو تفكير ، فبمجر النقر على الجهاز يقبل المتعاقد بصورة شبه تلقائية العقد المقترح من قبل البائع الإلكتروني ، حيث يذعن الطرف الضعيف الذي هو المشتري للشروط العامة الواردة في الموقع الإلكتروني. [2]

و تحدد صفة عقد الإذعان بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني بحسب وسيلة إبرام هذا الأخير ذلك أنه وبخلاف عقد البيع الإلكتروني الذي يبرم بواسطة البريد الإلكتروني والذي يمكن فيه للقابل أو المشتري مجالا لمناقشة شروط العقد ، فإن العقد المبرم عبر الموقع الإلكتروني يكون في الغالب عقدا نموذجا متضمنا شروطا

[1] مولود بغدادي ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2014 -2015 ، ص 51 .

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 502 .

نمطية عادة معدة مسبقا و موجهة للجمهور ، وما على المتلقي إلا أن يقبل بكافة الشروط المقررة ، أو برفضها جملة ، مما يجعل لفكرة الإذعان محلا بهذا الأسلوب من التعاقد [1].

و يمكن كذلك اعتبار العقد المبرم عبر الموقع (عقد الويب) عقد إذعان يرجع لكون شروط العقد تم إعدادها مسبقا من قبل البائع الإلكتروني على موقعه الإلكتروني على شبكة الانترنت وما على المشتري إلا أن يقبل بهذه الشروط وذلك بالنقر على أيقونة القبول أو أن يرفض كل هذه الشروط ، وهو رأي يتماشى مع الاتجاه الحديث الذي لا يشترط للعقد الإذعان سوى شرط واحد ، وهو عدم قدرة أحد الأطراف على التفاوض في شروط العقد التي تم إعدادها مسبقا من قبل الطرف الأخر [2] .

ومما سبق لا يمكن إطلاق وصف إذعان في التعاقد الإلكتروني بصفة مجردة وفي كافة الأحوال ، بل يتوقف الأمر على وسيلة إبرام العقد و ظروف و حالات التعاقد هل يقبل التفاوض حول بنوده أو شروطه أو لا ؟ .

كما نجد أن المشرع الجزائري و بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 الذي يعدد العناصر الأساسية للعقد المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين في مادته الأولى الفقرة الثانية أعاد التكرار الحرفي لنص المادة 03 من القانون رقم 04-02 ، ومن خلال هذا التعريف الذي خص به المشرع الجزائري عقد الإذعان ، قد تضمن محتواه على ذكر كلمة بيع سلعة أو تأدية خدمة ، بينما في المرسوم التنفيذي رقم 90 – 266 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات [3]، قد عرف المنتوج من خلال نص المادة 22 منه بأنه : " **كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة** " . كما عرفت أيضا المادة 02 ف 01 من المرسوم التنفيذي رقم 90 – 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش [4] المنتوج بأنه : " **كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات** . "

وبناء على ذلك فإن عبارة " السلعة أو المنتوج " ، تقتصر فقط على المنقولات المادية سواء تلك التي تهلك بأول إستعمال كالغذاء أو تلك التي تهلك بعد مرور فترة من الزمن وهي كالسيارات و الأجهزة المنزلية وغيرها .

و إذا كان القانون الفرنسي ذهب إلى النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أيا كان شكلها أو سندها كعقد إذعان أو على جميع العلاقات التعاقدية كعقد البيع ، وأيا كان محلها عقارا أو منقولا ، وسواء إنصبت على السلع أو الخدمات .

---

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع نفسه ، ص 502 .

[2] سامح عبد الواحد التهامي ، التعاقد عبر الأنترنت ، دراسة مقارنة ، د . ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008 ، 196.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 25 صفر 1411 هـ الموافق ل 15 سبتمبر 1990 م ، يتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات ، ج . ر عدد 40 ، لسنة 1990 .

[4] المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 ، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، ج . ر عدد 05 ، لسنة 1990 .

2. أن يكون العقد مكتوبا :

إن نص المادة 03 ف 01 من القانون رقم 04-02 و التي تضمنت عبارة " حرر مسبقا " يفهم من خلالها بأن العقد المقصود و الذي تشمله الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري هو الذي تكون شروطه مكتوبة في مجموعها أو جزء منها مسبقا ، مما يجعلها تتعلق بعملية مستمرة ، و أكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة .

و المقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية ، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن البائع كما هو الحال في وصل الشراء ، الفاتورة ، سند الضمان ، وصل التسليم وغيرها .[1]

كما تؤكد المادة 03 ف 02 من القانون 04-02 ما تم ذكره في الفقرة السابقة التي تنص على أنه : " **يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا** " .

3. الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و إلتزامات طرفي العقد :

أخذ المشرع الجزائري بهذا المعيار من خلال نص المادة 03 ف 05 من القانون 04-02 بقولها: " **شرط تعسفي : كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد** " .

و يكون المشرع الجزائري قد تبنى معيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق و إلتزامات أطراف العقد لتحديد الشرط التعسفي ، و نبذ كلا من عنصر التفوق الإقتصادي ، و عنصر الميزة الفاحشة ، و ذلك نظرا للطبيعة الخاصة لعقد البيع الإلكتروني و المستمدة من خصوصية مراكز الأطراف المتعاقدة ، و التي تتسم بالتفاوت أولا ، ومن نوعية هذه العقود التي تعتبر في غالبها عقود إذعان ثانيا .[2]

<u>ثانيا : أنواع الشرط التعسفي</u>

لقد سار المشرع الجزائري على نفس الأسلوب أو المنهاج المتبع من طرف المشرع الفرنسي و المشرع الأوروبي في التعليمية الأوروبية الصادرة في 05 أفريل 1993 ، بإيراد قائمة بين فيها الشروط التي تعتبر تعسفية ، وذلك من خلال النص في المادة 29 من القانون 04 -02 على أنواع الشروط التعسفية المبرمة بين البائع و المشتري ، وهي واردة على سبيل المثال وليس الحصر ، وهذا ما يدل على توفير حماية أكبر

[1] محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن – دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ، دراسة معمقة في القانون الجزائري ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2006 ، ص 118 .

[2] مولود بغدادي ، المرجع السابق ، ص 53 .

للمشتري ، وتوسيع نطاقها ، إذ يستطيع القضاء إعمال سلطته التقديرية للوقوف على مدى اعتبار الشرط تعسفيا في ضوء التعريف المذكور حتى و إن خرج هذا الشرط على الحالات التي حددتها المادة 29 . ويترتب على وجود الشرط التعسفي تحقيق ميزة مفرطة تؤدي إخلال التوازن بين طرفي العقد ، وعلى هذا الأساس يمكن استخلاص نوعين من الشروط التعسفية ، شروط تعسفية من شأنها تحقيق ميزة للبائع ، و شروط تلحق الضرر بالمشتري.

1. **شروط تعسفية تحقق ميزة للبائع** : وهذه الميزة تتحقق لهذا الأخير بصورتين فهي إما تخفف من التزاماته أو تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له.

أ- **شروط تؤدي إلى تخفيف التزامات البائع** ، و تتمثل في :

- شروط تسمح للبائع بتسليم شيء غير مطابق للمواصفات المدرجة في العقد أو الاستخدامات المتفق عليها ، مثل الشرط الذي يرد في عقد البيع الإلكتروني لأثاث منزلي وينص على أن الأشكال و الأحجام المتعلقة بالأثاث و المطبوعة في الكتالوجات ليست ملزمة ، وللبائع أن يدخل تعديلات على التصميمات من حيث الحجم أو الشكل بالزيادة أو النقصان دون أن يكون ذلك مرتب لأية مسؤولية أو التزام .
- شروط معفية أو محددة لمسؤوليته : كما الحال في العقود التي تنظمهما مكاتب السفر و السياحة .
- شروط تؤدي إلى الإعفاء من ضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض و الإستحقاق ، كما هو الحال في العقود التي تتضمنها مكاتب السيارات وفي العقود المتعلقة ببيع الإطارات و البطاريات [1].

ب- **شروط تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة للبائع** ، و تتمثل في :

- تحديد البائع تاريخ التسليم بصورة غير إلزامية أو ترك تحديد ذلك لمحض إرادته [2].
- اشتراط المهني قيام المشتري بدفع الثمن خلال تواريخ محددة ، كالعقود الخاصة بالأدوات الكهربائية المنزلية كجهاز التبريد ، الثلاجة ، المدفئة .... إلخ ، حيث يدرج في هذه العقود شرط مؤداه أنه على المستفيد الدفع في تواريخ محددة ، و إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن في إحدى هذه التواريخ دون إقامة دليل يعتبر العقد مفسوخا ، وما دفع من أقساط للبائع بمثابة تعويض له عن استعمال المبيع من قبل المشتري ، فمثل هذه الشروط تجعل المشتري تحت قبضة البائع لذا يمكن الحكم عليها أنها تعسفية. [3]
- شروط تسمح للبائع بتعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة وفقا لمشيئته دون تقديم مبررات لذلك التعديل أو الإنهاء. [4]

2. **شروط تعسفية تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمشتري** : ويتحقق هذا الضرر في صورتين أو نوعين أحدهما يتمثل في زيادة أعباء المشتري ، في حين تؤدي الأخرى إلى حرمانه من بعض حقوقه .

---

[1] عامر قاسم أحمد القيسي ، المرجع السابق ، ص 104 .

[2] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 255 .

[3] السيد محمد السيد عمران ، المرجع السابق ، ص 51 .

[4] موفق حمادة عبد ، المرجع السابق ، ص 255 .

أ- **شروط تؤدي إلى زيادة أعباء المشتري** ، وتتمثل في :

- اشتراط البائع قيام المشتري بالتعاقد معه خلال مدة معينة.

- اشتراط البائع قيام المشتري بالتوقيع أنه على علم ومعرفة كافية بكافة بنود العقد و شروطه و بحالة البضائع أو طبيعة الخدمات رغم جهلة بذلك [1].

- الشروط المتعلقة بعبء المخاطر ، ومثاله اشتراط الناقل على الشاحن (المشتري) ، أن يتحمل و حده تبعة المخاطر من لحظة الشحن حتى ميناء الوصول ، رغم أن نظرية المخاطر في القانون المدني تلقي بالمسؤولية عن الهلاك لمحل العقد على المدين الملتزم بتنفيذ العقد[2] .

- الشرط الذي يلزم المشتري بدفع تعويض باهض نتيجة إخلاله بتنفيذ التزامه [3].

ب- شروط تؤدي إلى حرمان المشتري من بعض حقوقه ، و تتمثل في :

- الشرط الذي يؤدي إلى ترك تحديد الثمن للإدارة المنفردة للبائع رغم أنه محل إلتزام المشتري بغض النظر عن موضوعية ذلك التحديد أو قبوله من الجانب الآخر .

- الشرط الذي يحد من حرية المشتري في التعاقد مع الغير .

- الشرط الذي يقضي بتأجيل تنفيذ العقد محدد المدة دون الاعتداد بإرادة المشتري.

- تنازل المشتري عن حقوقه في إنهاء العقد في الحالات التي يرجع عدم التنفيذ فيها إلى خطأ البائع.

- شرط اللجوء عند المنازعة إلى التحكيم أو إلى الإجراءات الخاصة بالتسوية الودية دون اللجوء إلى القضاء العادي لاسيما إذا انطوى هذا الشرط على إرهاق المشتري كاشتراط انعقاد التحكيم لهيئة أجنبية. [4]

الفرع الثالث : مكافحة الشروط التعسفية

إن النظم التشريعية و في ظل تبلور فكرة المحترف أو المهني في ضوء التطور الاقتصادي ، وتحرير السوق ، وأمام مبدأ استقلال الإرادة و حاجة المشتري إلى توفير ضروريات العيش ، أدى ذلك إلى إنفراد البائع بصياغة العق وتحديد محتواه بشكل مسبق و هذا ما ينطبق على عقود البيع الإلكترونية ، مما أتاح له الفرصة لتضمين عقده بمجموعة من الشروط تراعي مصلحته بالدرجة الأولى ، مما يجعل العقد في مجمله غير متوازن بسبب احتوائه على شروط تعسفية و التي يكون مجال التفاوض بشأنها غير مسموح به ، فبالتالي يجد المشتري نفسه مضطرا للتعاقد لنظرا لحاجته الماسة للبضاعة أو الخدمة موضوع العقد من جهة ، ومن جهة أخرى ملزما بقبول العقد كما هو ، ومن هنا تظهر الحاجة لحماية المشتري من تلك الشروط

---

[1] موفق حمادة عبد ، المرجع نفسه ، ص 255 .

[2] عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، القاهرة ، مصر ، 2008 ، ص 408 .

[3] موفق حمادة عبد ، المرجع السابق ، ص 255 .

[4] موفق حمادة عبد ، المرجع نفسه ، ص 255 – 256 .

التعسفية سواء أكان ذلك عن طريق المشرع بنصه نصوص خاصة تحد من التزامات البائع ، وتحقيق التوازن في العقد ، (أولا) ، أو من خلال رقابة القضاء على الشروط التعسفية ، ومحاولته للحد منها ، (ثانيا).

أولا : دور المشرع في مكافحة الشروط التعسفية

إن عدم كفاية قواعد القانون المدني و تعقد العلاقات التعاقدية بسبب الطبيعة التقنية للكثير من المواد ، و اتساع دائرة عقود الإذعان في عقود البيع الإلكترونية و تزايد الأضرار و الأخطار التي يتوخاها المشتري ، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى سن قوانين ومراسيم تتضمن حماية مباشرة و خاصة بالمشتري أو المستهلك ، بمنحه حقوق لمواجهة الامتيازات الطبيعية التي يتمتع بها البائع ، وتحقيق حماية ووقاية للمشتري من خلال استبعاد الشروط التي تحدث اختلالا ظاهرا في التوازن العقدي ، و ذلك من خلال :

1- اعتماد نظام القائمة لمحاربة الشروط التعسفية:

قام المشرع الجزائري بإبرام قائمة من الشروط التعسفية بموجب نص المادة 29 من القانون رقم 04 - 02 إضافة إلى نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 التي بادرت بقائمة أخرى للشروط التعسفية لها نفس القوة للشروط المنصوص عليها في القانون 04-02 باعتبارها ملزمة لأطراف العلاقة التعاقدية .

وقد أدى إعداد التشريعات لقائمة من الشروط التعسفية إلى تسهيل عبء الإثبات فليس أمام المشتري فيها إلا إثبات أن الشرط ورد ضمن القائمة ، مما يتم تطبيق الجزاء المقرر عليها في نص القانون [1].

أ- القائمة المنصوص عليها في القانون رقم 04- 02 :

لقد نصت المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية في مضمونها على ثمانية (08) شروط اعتبرتها تعسفية إلا أن هذه الشروط حسب استقراء ألفاظ المادة نجد أنها جاءت على سبيل المثال لا الحصر ، وذلك من خلال إيرادها لعبارة "لاسيما" ، وقد أفلح المشرع في عدم حصر قائمة للشروط التعسفية ، وذلك لتوفير حماية أفضل للمشتري ، من خلال فسح المجال أمام القضاء للحكم على الشروط التي لم ترد في القائمة بأنها تعسفية ، وذلك استنادا إلى نص المادة 03 ف 05 من نفس القانون و التي تعرف الشروط التعسفية ، وتتمثل هذه الشروط التعسفية الواردة في نص المادة 29 من القانون 04-02 في :

" تعتبر بنودا و شروط تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لاسيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير:

1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،

2- فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد ،

[1] مولود بغدادي ، المرجع السابق ، ص 106 .

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك ،

4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

5- الزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها ،

6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة،

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة."

ب- القائمة المنصوص عليها في القانون رقم 06-306:

سعيا من المشرع الجزائري لتطبيق مضمون المادة 30 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية التي تنص على أنه : " **بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم و كذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية** " ، و إلى جانب الشروط الثمانية الواردة في المادة 29 من القانون رقم 04-02 فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي تضمن هو الأخر قائمة بإثني (12) عشرة شرطا تعسفيا ، وقد سار المشرع الجزائري في هذا الشأن على نهج المشرع الفرنسي الذي خول للسلطة التنفيذية إمكانية إصدار مراسيم [1].

حيث تنص المادة 05 من القانون 06-306 على أنه :

" **تعتبر تعسفية ، البنود التي يقوم من خلال العون الاقتصادي بما يأتي :**

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه،

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة ، بدون تعويض للمستهلك ،

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة ، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،

- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،

- فرض بنود لم يمكن للمستهلك 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 نفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،

[1] محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 250 .

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الاجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،

- يحمي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته . "

وفي الأخير نلاحظ أن القائمة المنصوص عليها في القانون 04-02 قد جاءت على سبيل المثال ، أما القائمة المنصوص عليها في القانون 06-306 فإنها جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال ، وذلك يظهر من خلال استعمال المشرع لعبارة " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي ...." إذ أن هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال ، إلا أنه و بالعودة إلى نص المادة 30 من القانون 04-02 يمكن القول أنه حتى و إن كانت القائمة محددة للشروط المعتبرة تعسفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 تبدو حصرية ، إلا أن المادة 30 من القانون 04-02 تعطي الحكومة حق إصدار المراسيم ، فإنها قد تورد قوائم أخرى جديدة للشروط التعسفية ، وبالتالي يمكننا الاستنتاج في الأخير من خلال ما سبق أن القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 ليست على سبيل الحصر .

و في حالة افتراض أن الحكومة لم تصدر في المستقبل أية قائمة أخرى ، فإن هذا الأمر لن يطرح أي إشكال مادام أنه يجوز للقاضي الجزائري الاستناد إلى تعريف الشرط التعسفي ، الوارد في المادة 03 حالة 05 من قانون 04-02 لينعت شرطا بأنه تعسفيا رغم عدم ذكره في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306 السابق ، وذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع [1].

2- <u>رقابة لجنة البنود التعسفية</u> :

قام المشرع الجزائري بإنشاء لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 بمقتضى المادة 06 و التي تنص على أنه : " **تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات الطابع الاستشاري ، و تدعى في صلب النص لجنة** " .

وقد اعترف المشرع لها منذ البداية بمهمة البحث عن الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود الاستهلاكية، وهو ما نصت عليه المادة 07 من نفس المرسوم بنصها على :

" **تكلف اللجنة لاسيما بالمهام التالية :**

[1] سي الطيب محمد أمين ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2007 - 2008 ، ص 133-135 .

تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلك و البنود ذات الطابع التعسفي ، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية ، يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود باتجاه المستهلكين . يمكن مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها ".

و أما بخصوص تشكيل هذه اللجنة نجد أنه جاء النص عليها في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008،[1] حيث تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم :

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة ، مختص في مجال الممارسات التجارية ، رئيسا .
- ممثل عن وزير العدل ، مختص في قانون العقود.
- عضو من مجلس المنافسة .
- معاملين اقتصاديين (02) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة مؤهلين في قانون الأعمال و العقود.
- ممثلين (02) من جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال و العقود.
- ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص أخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها [2].

- **<u>إختصاصات لجنة البنود التعسفية :</u>**

تكلف اللجنة لاسيما بالمهام الآتية :

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين ، و البنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية .
- يمكن أن تقدم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين.
- يمكنها مباشرة كل عمل أخر يدخل في مجال اختصاصها.

كما يكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية، وكل جمعية لحماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك. [3]

- تنشر اللجنة أراءها و توصياتها بكل الوسائل الملائمة.

وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة .

---

[1] القانون رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 ، المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، ج . ر عدد 07 ، المؤرخة في 10 فيفري 2008 .

[2] المادة 08 من المرسوم التنفيذي المعدل رقم 06-306 .

[3] المواد 07 و11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 .

وتقوم اللجنة كل سنة بإعداد تقارير نشاط تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و ينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة. [1]

- **اجتماعات لجنة الشروط التعسفية :**

تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل 03 أشهر في دورة عادية ، كما يمكنها أن تجتمع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسيها أو يطلب من نصف أعضائها على الأقل و لا ينعقد الاجتماع صحيحا في الحالتين إلا بعد إرسال استدعاءات فردية من الرئيس إلى الأعضاء تحدد فيها تاريخ الاجتماع بدقة باليوم والساعة إضافة إلى مكانه ، و جدول الإعمال المقرر لذلك الإجتماع ، على أن ترسل هذه الإستدعاءات قبل 15 يوما على الأقل من التاريخ المحدد للإجتماع كأصل عام ، ويقلص إلى 08 أيام في حالة الدورات الاستثنائية ، تنعقد اللجنة صحيحة إذا ما حضر نصف أعضائها و تفاديا لتعطيل مهامها في حالة غياب أحدهم أو استحالة تعويضه بالعضو الاحتياطي الذي يخلفه ، يمكن للجنة أن تجتمع بعد ثمانية 08 أيام من التاريخ الأول للاجتماع ، ومهما يكن عدد الحاضرين ، شريطة أن يتم الإستدعاء صحيحا ، و تؤخذ قرارات اللجنة بأغلبية الأصوات الحاضرين و في حالة تعادل الأصوات ، يكون صوت الرئيس مرجحا. [2] و تتوج مداولات اللجنة بإعداد محاضر مرقمة و مرتبة و موقعة من طرف رئيس اللجنة وأعضائها[3].

و لا يمكن لأي عضو من اللجنة أن يشارك في مداولة عن مسألة تكون له مصلحة فيها أو يكون بينه و بين أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية. [4]

ثانيا : دور القضاء في مكافحة الشروط التعسفية

بهدف تعزيز دور الحماية التشريعية ضد الشروط التعسفية ، يأتي دور القضاء كوسيلة قانونية لإعادة التوازن للعقد ، حيث يكون دور القضاء محوريا في هذا الصدد ، و ذلك عن طريق استبعاد أو تعديل و حتى تفسير الشروط غير المعقولة عن طريق مراقبة مضمون الشرط و مداه من الناحية الموضوعية .

و بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري، نجد أن المادة 110 ق.م.ج تنص على سلطة القاضي في تعديل أو استبعاد الشروط التعسفية ، بنصها على انه : " **إذا تم العقد بطريقة الإذعان و كان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك** " ، أما نص المادة 112 ق 2 من ق مج فتنص على سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية ، بنصها على أنه : "**لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في العقود الإذعان ضارا لمصلحة الطرف المذعن** ".

---

[1] المادة 12 من نفس المرسوم .

[2] المواد 13 و14 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 .

[3] المادة 15 من نفس المرسوم .

[4] المادة 16 من نفس المرسوم .

و لهذا سنتطرق إلى سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية ثم إلى سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية، ثم أخيرا إلى سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية.

1- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية :

بالرجوع إلى نص المادة 110 ق .م .ج يثار التساؤل بصدد سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية فهل تنصب على الشروط التي لا يعلم بها المذعن أو أنها تشمل حتي الشروط التي يعلم بها ؟

و بتحليل نص المادة 110 ق .م .ج يمكننا أن نلتمس أن الأصل في تدخل القاضي ، لتحديد مضمون الرابطة العقدية هو الاستثناء من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين [1] لذلك فقد حصر المشرع تدخل القاضي في حالات محددة الغاية منها ضمان حد أدنى من التوازن الضروري في العقد الرضائي الذي يتم عن طريق الإذعان فينشأ إبتداءا مختل التوازن ، ويتحدد دور القاضي في تعديل الشروط التعسفية على ضوء الغاية التي قصدها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 110 ق مج ، وهي مراعاة ما تقتضي به العدالة في العقود الرضائية من حيث إعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية لتفادي الضرر الذي يلحق الطرف المذعن من جراء الشروط التعسفية في العقد . [2]

و يكون تدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية عن طريق الوسيلة التي يراها ملائمة و التي تتمثل في:

أ- قد تكون الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الثمن الذي سيدفعه في عقد البيع ، مما يجعلها شروطا جوهرية في العقد يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها ، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف و الضرر عن الطرف المذعن .

ب- قد يتعلق التعديل بالإنقاص ، ويتحقق ذلك بإزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة ، وهو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد [3].

كما قد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالاتها بمعناه المادي ، فيقوم القاضي بالإنقاص بحسب الحالة بما من شأنه إزالة الغبن متقيدا في ذلك بالقيود و الشروط المطلوبة قانونا للتعديل بسبب الغبن إذ أن قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال ، وإنما يستند إلى الطعن بتعسف الشرط الوارد في العقد. [4]

ويقصد بسلطة التعديل الإبقاء على الشرط مع رفع أوجه التعسف الذي شابه إلى الحد الذي يعيد التوازن إلى العلاقة التعاقدية. [5]

---

[1] المادة 106 ق م ج .

[2] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 265-263 .

[3] مولود بغدادي، المرجع السابق، ص 88-89.

[4] مولود بغدادي، المرجع نفسه، ص 89.

[5] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 269 .

وتجدر بنا الإشارة إلى أن القواعد العامة المتعلقة بتعديل الشروط التعسفية تنطبق على عقد البيع الإلكتروني ، وسند الفقه في ذلك أن المشتري حينما يبرم عقدا إلكترونيا لا يساهم في صياغة العقد أو وضع شروطه بل يعد مسبقا من طرف البائع الإلكتروني و بوصفه الطرف الأقوى يفرض شروطه على المشتري وهو الطرف الأضعف ، كذلك فإن الدعاية الهائلة التي تتم عبر الشبكة و القوة الاقتصادية للشركات التي تعرض السلعة أو الخدمة تجعل المشتري في حاجة إلى الحماية وذلك برفع مظاهر الإذعان و تعديلها و التي يكون قد تعرض لها و المتمثلة في الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد ، ومن ثم فإن هذا المشتري يستند إلى القواعد العامة التي تنظم عقود الإذعان فيطلب من القضاء حمايته من الشروط التعسفية بتعديلها. [1]

2- سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية :

يقصد بإلغاء الشرط التعسفي إعفاء الطرف المذعن منه نهائيا و اعتباره كأنه ما يمكن ومن خلال نص المادة 110 ق مج تستطيع أن تتلمس اتجاه المشرع نحو إعطاء القاضي سلطة يمارسها بصورة تدريجية تنتهي بإزالة كل ما في الشرط من تعسف و جور فإذا كان تعديل الشرط لا يكفي لرفع التعسف و تحقيق العدالة مارس القاضي سلطته في إهدار الشرط كله [2].

و يعد تدخل القاضي في إلغاء الشروط التعسفية سلاحا بالغ الخطورة في يده لأنه يعتبر خلافا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ويكون لجوء القاضي إلى استخدام سلطته بطلب الأطراف في الإعفاء حينما يقدر أن تعديل الشرط ليس هو الحل أو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف في العقد ولن يتحقق العدل إلا بإزالة الشرط التعسفي و إعفاء الطرف المذعن منه ، و هذا الشرط يكون من نوع الشروط المألوفة في العقد وهي التي يتكرر ذكرها باستمرار ، فتدرج أحيانا على سبيل التقليد فقط ، دون أن تتعلق بها نية الطرفين .

و بالتمعن في نص المادة 110 ق م ج نجد أن المشرع الجزائري قد قرر بطلان كل اتفاق يخالف نص المادة السابقة الذكر ، وعليه يقع باطلا كل اتفاق يهدف إلى حرمان الطرف المذعن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالإعفاء من الشروط التعسفية ، لأن من شأن ذلك تشجيع الطرف القوي على إدراج ما شاء من شروط وتفريغ الحماية القانونية من محتواها. [3]

و يعد الاعتراف للقاضي بسلطة إبطال الشرط التعسفي ، يتمثل تقدما هاما في مجال حماية المشتري ، إذ من شأنه أن يؤدي إلى إعادة التوازن للعلاقة العقدية وتقريب الشقة البعيدة الناجمة عن عدم المساواة الاقتصادية بين الأطراف. [4]

---

[1] موفق حماد عبد، المرجع السابق ، ص 273 .

[2] موفق حماد عبد ، المرجع نفسه ، ص 270 .

[3] مولود بغدادي ، المرجع السابق ، ص 90 .

[4] أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص 257 .

و إن كان القاضي يستند على أساس مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود لإعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية طبقا للقواعد العامة فقط ، فإن ذلك لا ينطبق على ماتم ذكره من خلال القانون 04-02 ، والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 كون نية المشرع إتجهت من خلال هذا القانون إلى تبني أو إعداد قائمة بالشروط التي تعد تعسفية بغض النظر عن حسن أو سوء نية الطرف القوي ، مما يشكل نظام موضوعي ينظر إلى الشرط ، و لا ينظر إلى شخصية أو نفسية المتعاقدين ، و هذا ما جعل البعض يرى أن القانون 04-02 جاء ناقصا و معيبا ، و أن الجزاء الوارد ضمن القواعد العامة لا يصلح للتطبيق علي نصوص خاصة ، وعل المشرع أن يسد هذا النقص من خلال سن نصوص جديدة تعالج مسألة الجزاء التي أغفل عليها في صياغة أحكام هذا القانون. [1]

و من أهم الأحكام التي صدرت في مجال إبطال الشروط التعسفية في عقد البيع الإلكتروني نجد حكم أصدرته محكمة باريس الكلية الدائرة الأولى في 2003/02/04 حيث ترجع وقائع هذا الحكم إلى 2002/07/04 حيث طلبت الجمعية " أسرة فرنسا "[2] من المحكمة أن تقرر اعتبار بعض الشروط العامة للبيع الموضوعة بواسطة شركة Voyages pére-noel.fr.pére–noel.fr وطلبت إلغاء هذه الشروط وتوجيه تحذير قضائي تحت التهديد بالغرامة التهديدية ، وإلزام الشركة المدعى عليها بأن تدفع لها مبلغ 7600 يورو تطبيقا للمادة 700 من قانون المرافقات المدنية و التجارية ، وشركة pére-noel هي شركة بيع عن بعد تستخدم شبكة الانترنت لتقترح على المستهلكين من خلال موقعها سلع استهلاكية و رحلات بالاتفاق ، و نذكر فيما يلي الشروط التي اعتبرتها المحكمة تعسفية و الشروط التي لم تعتبرها كذلك.[3]

أ- الشروط التي اعتبرتها المحكمة تعسفية وقضت بإلغائها :

1- الشرط المتعلق بحق الشركة المدعى عليها في تعديل بنود العقد في كل وقت.

2- الشرط الذي يسمح للمهني بالتخلص من التزامه قبل التعاقدي بالإعلام المنصوص عليه المادة 111 من قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم 949 – 93 الصادر في 26 يوليو 1993 [4] و الذي يلزمه بأن يقدم الخواص الأساسية للسلعة الموردة أو الخدمة المؤداة قبل إبرام العقد.

---

[1] مولود بغدادي ، المرجع السابق ، ص 91 .

[2] إحدى جمعيات حماية المستهلك و المعترف لها بممارسة الحقوق المقررة لجمعيات المستهلكين بالقرار الوزاري الصادر في 2000/08/25 ، هامش كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، رقم 03 ، ص 538 .

[3] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع نفسه ، ص 538 .

[4] قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم 949 – 93 الصادر في 26 يوليو 1993 المعروف باسم " تقنين الإستهلاك "، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية الصادرة في 27 يوليو 1993 .

Loi n° 93 – 949, du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, journal official de la république française , du 27 juillet 1993 .

الموقع الإلكتروني : https://www.baofrance.com/telechargement/loireforemecreditconsommation.pdf

أو :

3- الشرط المتعلق بالقيد الوارد على الرخصة القانونية بالرجوع أو العدول.

4- الشرط المتعلق بالتحفظات حول مطابقة السلعة المسلمة.

5- الشرط المتعلق الطابع الإسترشادي لمدد التسليم : هذا الشرط تعسفيا و يصبح باطلا من حيث أنه يلغي حق المشتري في التعويض الذي لا يتم التسليم له خلال المدد المتفق عليه ويسمح للشركة المدعي عليها père-noel.fr بتغيير أحادي الجانب بعد إبرام العقد لتاريخ التسليم ، وحيث أن مدة التسليم عنصر أساسي في العقد.

ب- الشروط التي لم تعتبرها المحكمة تعسفية:

1- الشرط المتعلق بالقبول الوارد في ديباجة الشروط العامة للبيع ، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا الشرط ليس تعسفيا لأنه لا يخل بالتوازن على نحو كبير بين حقوق و التزامات الأطراف في العقد و ذكرت في حيثيات الحكم " وحيث أن هذا الشرط لا يجيز للشركة التمسك بالشروط العامة للبيع إذا لم يكن المستهلك على علم مسبق بها ".

2- الشرط الذي يعفي الشركة من المسؤولية عن الصعوبات التقنية التي يمكن للعملاء أن يواجهوها على موقعها ، وقضت المحكمة بأن هذا الشرط لا يعد تعسفيا ،لأنه لا يمثل إخلالا بالتوازن بين حقوق و التزامات الأطراف في العقد ، طبقا لحكم المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم 949 – 93 الصادر في 26 يوليو 1993 ، ومع ذلك يجب ألا يشكل ذلك إخلالا بالتوقعات المشروعة للمستهلكين أو المشترين [1].

3- سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية :

حسب ما تنص عليه المادة 112 ق م ج فإن تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان يجب أن يكون في مصلحة الطرف المذعن ، ولو كان دائنا و ذلك بنصها : "**لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا لمصلحة الطرف المذعن** "، وقد جاء الاستثناء السابق ، أي يجب أن لا يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن و لو كان دائنا ، على أساس أنه إذا كانت الشروط تحمل لبسا أو إبهاما ، ضمن العدل أن يتحمل البائع نتائج تقصيره في إيضاح شروط العقد ، وأن لا يستفيد من الغموض التي أملاها و فرضها على المشتري المذعن [2]. و تجدر الإشارة إلى أن مصادر الغموض في العبارات التي تتضمنها عقود الإذعان متنوعة فقد يأتي الغموض من الإبهام و التناقض أو عدم التوافق بين شروط عديدة ، و قد يتحقق الغموض أيضا بسبب النقص أو عدم فهم مصطلح

---

https://www.legifrance.gouv.fr

يوم : 08 ماي 2018 ، على الساعة : 19:45 .

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 538-540 .

[2] محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانونية الجزائري ، د . ط ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص 81 .

أو تعبير بسبب اللغة التي تم تحرير العقد بها ، أو بسبب استخدام مصطلحات فنية يصعب فهمها على المتعاقد غير المختص أو المتخصص .[1]

ولعل السبب في فرض مثل هذه الحماية يرجع إلى أنه في عقود الإذعان يستقل الطرف القوي في وضع شروط التعاقد و يتوافر لديه أفضل الوسائل ما يمكنه أن يضعها في أوضح صورة و أفضل صياغة بغير تخوف من ردة فعل الطرف الأخر ، وهذا الطرف القوي يعلم أن الطرف الأخر الضعيف سيذعن له و يقبل هذه الشروط في أي صورة كانت ، ومن ثم فإن الطرف القوي في ضوء استقلاله بوضع شروط العقد فإنه يتحمل تبعة غموض الصياغة حيث كان في وسعه أن يتحاشاها لكي لا يتخذ هذا الغموض سبيلا لتضمين العقد شروطا تهدر مصلحة الطرف المذعن [2].

المطلب الثاني : حق المشتري في حماية الخصوصية المعلوماتية

لا جدال اليوم في أن الخصوصية تعد من الحقوق الدستورية الأساسية الملازمة للشخص الطبيعي بصفته الإنسانية كأصل عام، فهي تعد أساس بنيان كل مجتمع سليم، وتعتبر من الحقوق السابقة عن وجود الدولة ذاتها .

لذلك تحرص المجتمعات وخاصة الديمقراطية منها على كفالة هذا الحق و ضمانه و تعتبر حقا مستقلا بذاته و لا تكتفي بسن القوانين لحمايته بل تسعى إلى ترسيخه في الأذهان ، وذلك عن طريق غرس القيم النبيلة التي تلعب دورا كبير وفعالا في منع المتطفلين من التدخل في خصوصيات الآخرين و كشف أسرارهم ، ولقد حضي هذا الحق باهتمام كبير سواء من جانب الهيئات و المنظمات الدولية أو من جانب الدساتير أو النظم القانونية.[3]

وتظهر الحاجة إلى حماية خصوصية المشتري في عقد البيع الإلكتروني في كون أن كافة المواقع التفاعلية على شبكة الأنترنت ، تطلب من المستخدم تقديم و تعبئة نموذج يتضمن معلومات مختلفة ، و تتضمن مادة هذه المعلومات إسم المستخدم و عنوانه للعمل و المنزل و أرقام الهاتف و الفاكس و عنوان البريد الإلكتروني ومعلومات عن السن و الجنس و الحالة الاجتماعية و مكان الإقامة و الدخل الشهري أو السنوي ، وكذلك بالنسبة لمواقع البيع و الشراء على الأنترنت و المواقع التي يتم إجراء فيها عمليات دفع فإنها تطلب رقم بطاقة الاعتماد ونوعها و تاريخ إنتهائها .

---

[1] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 271 .

[2] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 272 .

[3] بن قارة مصطفى عائشة ، الحق في الخصوصية المعلوماتية بين تحديات التقنية وواقع الحماية القانونية ، مجلة الفقه و القانون ، جامعة إبن باديس ، مستغانم ، العدد الثاني و الأربعون (42) ، أبريل 2016 ، ص 73 .

وبالرغم من المنافع الكبيرة التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات و شبكات المعلومات العالمية فإنها أيضا أوجدت خطر حقيقيا تمثل في إمكانية جمع المعلومات و تخزينها و الاتصال بها و الوصول إليها بعدة طرق غير مشروعة و غير قانونية ، بدون علم أو معرفة صاحب المعلومات . [1]

ومن هذه الوسائل أو الطرق نجد ما يسمى بنك المعلومات و يقصد بها تكوين قاعدة بيانات تفيد موضوعا معينا ، وتهدف إلى خدمة غرض معين ، و معالجتها بواسطة أجهزة الحاسبات الإلكترونية لإخراجها في صورة معلومات تفيد مستفيدين مختلفين في أغراض متعددة ، فيما تحتوي عليه من معلومات عن الفرد و ما يخزن عنه من بيانات تشكل عنصر تضييق و تقليل انطلاقات الفرد و إبداعه و مشاركته في شؤون الحياة العامة ، و السبب الأساسي في ذلك يرجع إلى أنه أصبح محورا لعمليات آلية مختلفة تمسه في كل جانب من جوانب حياته التعسفية ، فالحاسوب يقوم بجمع و تخزين ومعالجة ونشر المعلومات الشخصية للأفراد ، وكل أمر من هذه الأمور بشكل خطرا بشكل أو بأخر على حياة الإنسان الخاصة و يهددها ، لذا فإن الفرد يصبح أسيرا للمعلومات التي جمعتها هذه الآلة عنه ، ورصدت كل تحرك من تحركات حياته أو تعرف ما يقوم به. [2]

ولذلك سنتطرق لدراسة المطلب ضمن الفروع الآتية : الفرع الأول يتضمن تعريف للحق في الخصوصية ، و الفرع الثاني يتناول مجال تحريك البيانات الشخصية الإلكترونية .

الفرع الأول : تعريف الحق في الخصوصية

إن وضع تعريف دقيق وجلي للحق في الخصوصية يصطلح عليه يعد أمرا عسيرا و صعبا ، وهذا ما يظهر في الكثير من التشريعات ، رغم الاعتراف بهذا الحق .كما تظهر نفس الصعوبة في تحديد في الفقه الوصفي .

ولذلك سنطرق أولا إلى التعريف الفقهي للحق في الخصوصية ثم ثانيا إلى التعريف القانوني في الخصوصية .

أولا : التعريف الفقهي للحق في الخصوصية

كان سابقا مفهوم الحق في الخصوصية مفهوما ماديا يقتصر على الخصوصية المادية و التي معناها أن يشعر الإنسان بأنه غير مراقب عبر الحاجز المادي الذي صنعه لنفسه ، وحقه في أن يشعر بالوحدة ، و أن يعتبر خصوصيته في معزل عن كل تطفل غير مرغوب فيه ، فقد كان مفهوم الخصوصية هو أن هناك جدارا في كل بيت يحمي خصوصية الأفراد ضد جميع التدخلات التي تقع على الحياة الخاصة فكانت هذه

[1] يونس عرب ، المخاطر التي تهدد الخصوصية و خصوصية المعلومات في الرقمي ، ص 23 ، الموقع الإلكتروني : doc.abhatoo.not.ma >IMG >DOC>DRO

[2] أبو حجيلة محمد رشيد حامد ، الحماية الجزائية للمعلومات الشخصية للأفراد في مواجهة أخطار بنوك المعلومات ، دراسة مقارنة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أل البيت ، الأردن ، 2007 ، ص 04 .

الجدران تمثل العازل و الفاصل بين الحياة العامة و الحياة الخاصة بكل بساطة ، ولكن بعد تطور التكنولوجيا و التقنيات أصبح هذا الفاصل لا يساوي شيئا لأنه من الممكن كشف ما في البيوت من حرمان بسبب زوال العوائق بفضل هذه التقنيات وبات معها من السهل كشف خصوصية الإنسان. [1]

وتعتبر كل من الخصوصية المعلوماتية ، البيانات الخاصة و المعلومات الاسمية كلها مرادفات لمعنى واحد و هو حق الشخص في أن يتحكم بالمعلومات التي تخصه ، فهذه المعلومات تتعلق بالشخص ذاته كإنسان مثل الإسم و العنوان ، ورقم الهاتف ، وغيرها من المعلومات التي تأخذ شكل بيانات وثيقة و الارتباط و الالتصاق بكل شخص طبيعي معرف أو قابل للتعريف [2].

كما عرف بعض الفقه الحق في الخصوصية بمعنى خصوصية المعلومات ، بأنها حق الفرد في أن يضبط عملية جمع المعلومات الشخصية عنه و عملية معاملتها آليات ، وحفظها ، وتوزيعها ، واستخدامها في صنع القرار الخاص به أو المؤثر فيه ، سواء و ضعت هذه المعلومات ببنوك المعلومات أم لا ، حيث يرى البعض أنه ليس من الضروري أن تتعلق المعلومة بسرية الحياة الخاصة ، فلا ينبغي أن تمس المعلومات بالكرامة الإنسانية ، أو بحقوق الإنسان ، أو بحياته الشخصية أو العامة ، ويكون للشخص ومن ثم الحق في الدخول إلى هذه المعلومات ، و الحق في الإطلاع عليها ، وتصحيحها ، إذا كانت غير صحيحة ، ومحوها إذا كانت محضورة ، أو بوضع هذه المعلومات على البريد الإلكتروني ، الذي هو خط مفتوح على أنحاء العالم كله ، و الذي يستطيع الفرد من خلاله إرسال كل ما يريد من رسائل و استقبالها ، أو حتى على شبكات التواصل الاجتماعي مثل : Facebook الذي يعد من أكثر المواقع انتشارا على الصعيد العالمي . و الذي يهدف إلى الدخول المبكر في السباق لبناء دليل إلكتروني عالمي يحتوي على أكبر قدر ممكن من المعلومات و التفاصيل الشخصية، مثل السير الذاتية و أرقام الهواتف وغيرها من سبل الاتصال بالشخص. [3]

ثانيا : التعريف القانوني للحق في الخصوصية

سنطرق إلى التعريف القانوني للحق في الخصوصية في المجال الدولي ، ثم في التشريع الجزائري .

أ- التعريف القانوني للحق الخصوصية في المجال الدولي

[1] هارولد ج لاسكي ، (1966)، الحرية في الدولة الحديثة ، ترجمة أحمد رضوان عز الدين ، الطبعة الأولى ، منشورات دار الطليعة ، بيروت ، ص87-88 .

[2] Lucas jean devise et jean Freyssinet droit de l'informatique et de l'Internet presses universitaires de France, économies, paris, 2001, p76.

[3] سوزان عدنان ، إنتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الأنترنت ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 29 ، العدد الثالث 2013 ، ص 433-434 .

عرفت المادة 2/أ من التوجيه الأوروبي رقم 46/59 الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 1995[1] ، بأن : " **المعطيات ذات الطابع الشخصي هي كل معلومة متعلقة بشخص طبيعي معرف أو قابل للتعرف عليه ، يعد قابل للتعرف عليه (الشخص المعنوي)، يعد قابل للتعرف عليه الشخص الذي يمكن معرفته ، بصفة مباشرة أو غير مباشرة لاسيما بالرجوع إلى رقم تعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة مميزة لهويته الطبيعية ، الفيزيولوجية النفسية ، الاقتصادية ، الثقافية أو الاجتماعية** ".

وقد شكل هذا التعريف مصدر أساسي لمختلف التشريعات الأوروبية لحماية المعطيات الشخصية حيث عملت هذه التشريعات على ملائمة نصوصها مع التوجيه السالف الذكر ، مثل التشريع الفرنسي رقم 78-17 في المادة 2/2 من قانون 06 يناير 1978 المتعلق بالمعلوماتية ، الملفات و الحريات [2] ، حيث نص على أنه : " **تشكل المعطيات ذات الطابع الشخصي كل معلومة متعلقة بشخص طبيعي معرف أو يمكن التعرف عليه ، بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالرجوع إلى رقم تعريف أو على عنصر أو إلى عدة عناصر مميزة له لتحديدها إذا كان الشخص قابلا للتعرف عليه يلزم الأخذ بالاعتبار مجموعة الوسائل التي من شأنها التمكين من تعريفه** "[3].

ب – التعريف القانوني للحق في الخصوصية في التشريع الجزائري :

يتمتع الحق في الخصوصية بمكانة بارزة في الدستور و التشريع الجزائريين بحيث أكد المشرع الجزائري على احترام الحق في خصوصية كل فرد ، وعدم انتهاك حرمة حياته الخاصة ، فنصت المادة 46 من الدستور الجزائري [4] ، على أنه : " **لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ، وحرمة شرفه ، ويحميها القانون.**

سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونه.

لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلل من السلطة القضائية، ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم.

---

[1] Directive 95/46/CE du Parlement européen et du conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ses données.

الموقع الإلكتروني:

https://eur-lex.europa.eu/legale/content/FR/TXT

يوم : 20 ماي 2018 على الساعة 18:22 .

[2] Loi n° 78-17 du 06 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

الموقع الإلكتروني:

https://www.legifrance.gouv.fr

يوم : 20 ماي 2018 على الساعة 18:30 .

[3] بن قارة مصطفي عائشة، المرجع السابق ، ص 75 .

[4] قانون رقم 16-01 مؤرخ في جمادى الأولى عام 1437 هـ الموافق ل 06 مارس سنة 2016 م ، يتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية ، عدد 14 ، ص 11 .

حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون و يعاقب على انتهاكه ".

كما تنص المادة 40 من الدستور الجزائري على أنه: " **تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان . ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة.**

المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهنية يقمعها القانون ".

كما نص المشرع الجزائري على العقوبات التي ترد على جريمة الاعتداء على الحق في الخصوصية أو حرمة الحياة الخاصة من خلال نص المادة 303 مكرر قانون العقوبات الجزائري [1] حيث تنص على أنه : " **يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاثة (03) سنوات و بغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج ، كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأي تقنية كانت ، وذلك :**

1- بإلتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه .

2- بإلتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص ، دون إذنه أو رضاه .

يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقرر للجريمة التامة.

إن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية ".

كما نص أيضا في المادة 303 مكرر 01 من ق ع ج على أنه : "**يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة السابقة ، كل من احتفظ ، أو وضع ، او سمح بوضع في متناول الجمهور أو الغير، أو استخدام بأي وسيلة كانت ، التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 309 مكرر من هذا القانون.**

عندما ترتكب الجنحة المنصوص عليها في الفقرة السابقة عن طريق الصحافة نطبق الأحكام الخاصة المنصوص عليها في القوانين ذات العلاقة لتحديد الأشخاص المسؤولين.

يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة .

إن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية " .

[1] القانون رقم 06-23 المؤرخ في 29 ذو القعدة عام 1427 هـ الموافق ل 20 ديسمبر سنة 2006 م ، المعدل و المتمم للأمر رقم 65-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق ل08 يونيو سنة 1966 م ، المتضمن قانون العقوبات ، ج . ر عدد 49 ، المؤرخ في 11 يونيو 1966 م .

و يرى البعض[1] من خلال ما ذكر أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا للحق في الخصوصية أو حرمة الحياة الخاصة ، و اكتفى فقط بسرد ما يمكن حمايته من اعتداء واقع على حرمة الحياة الخاصة للأشخاص ، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى كون ترك الأمر للإجتهاد القضائي ، مسترشدا بتطبيقاته لأن حصر هذا الحق ينقص من نطاق حمايته.

الفرع الثاني : مجال تحريك البيانات الشخصية الإلكترونية

على الرغم مما تقدمه الأنترنت من خدمات كثيرة في مجال الحصول على المعلومات في مختلف مجالات الحياة ، باعتبارها خزينة المعرفة و سبيل للمعلومات المتدفق ، إلا أن لهذه الأهمية سلبيات ، باعتبارها أيضا تعد أداة رفيعة المستوى لارتكاب الجرائم أين تكون المعلومات المعالجة إلكترونيا محلا للتجسس و السرقة و التلاعب بقصد الحصول على أموال أو خدمات غير مستحقة ، حيث أن التصفح و التجول عبر الأنترنت يترك لدى الموقع المزار كمية واسعة من المعلومات تتمثل في :

- عنوان بروتوكول الأنترنت العائد للزبون (ip) *ومن* خلاله يمكن تحديد إسم النطاق وتبعا له تحديد إسم الشركة أو الجهة التي قامت بتسجيل النطاق عن طريق نطاق أسماء المنظمات و تحديد موقعها.
- المعلومات الأساسية عن المتصفح و نظام التشغيل و تجهيزات النظام المادية المستخدمة من قبل الزبون.
- وقت و تاريخ زيارة الموقع.
- مواقع الأنترنت و عنوان الصفحات السابقة التي زارها المستخدم قبل دخوله الصفحة في كل الزيارة.
- وقد تتضمن أيضا معلومات محرك البحث الذي استخدمه المستخدم للوصول إلى الصفحة وتبعا لنوع المتصفح قد يظهر عنوان البريد الإلكتروني للمستخدم .

كما قد يتم التطفل على الحياة الخاصة للغير باستخدام برامج فيروسية مثل حصان طروادة ، الدودة و القنابل المنطقية ، أو وسائل تقنية أخرى مثل ملفات الكوكيز و غيرها من البرامج .

ومن مخاطر الأنترنت أيضا قيام الهاكرز باختراق أو دخول غير مأذون به ، أو البقاء غير المشروع في نظام اتصالي خاص و جمع المعلومات الخاصة عن الآخرين ، من خلال برمجيات ذكية يتم إرسالها في البريد.[2]

ومن أهم مجالات تحريك البيانات الشخصية الإلكترونية نجد: البريد الإلكتروني (أولا)، التبادل الإلكتروني للبيانات (ثانيا).

---

[1] سليم جلاد ، الحق في الخصوصية بين الضمانات والضوابط في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون ، تخصص حقوق الإنسان ، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ، الجزائر ، 2012-2013 ، ص 19 .

[2] بن قارة مصطفى عائشة ، المرجع السابق ، ص 76-77 .

أولا : البريد الإلكتروني

يعتبر البريد الإلكتروني الذي أصبح في متناول الجميع الوسيلة المثلى في الإتصال سواء اقتصاديا أو زمنيا بحيث لا يتقيد لا بالمكان و لا بالزمان وهو ما جعل العالم كقرية صغيرة ووضع شعوب القارات في علبة صغيرة تتواصل بكل حرية.

وتتم عملية إرسال البريد عبر شبكة الأنترنت عندما يرسل المستخدم بريده الإلكتروني لدى مورد خدمات الاتصال المشترك معه الذي يتولى تمريره في الشبكة بطريقة الترانزيت إلى ملقم البريد الإلكتروني لدى مورد خدمات الاتصال مانح الإشتراك إلى المرسل إليه ومن هذا الملقم يصل البريد إلى مقصده [1].

ويتفوق البريد الإلكتروني عن البريد التقليدي بشكل كبير ،لأنه يسمح بتوجيه الرسائل من نقطة جغرافية إلى أخرى بدقة متناهية و بسرعة مذهلة قد لا تتعدي الثواني ، ولا يحتاج إلي متطلبات البريد التقليدي (العادي) كالطوابع البريدية أو الرسوم أو أعمال البريد ولا يخضع لرقابة الدولة كما على البريد العادي ، ولا يحمل في طياته مخاطر الرسائل العادية وفوق ذلك كله فهو بالمجان.[2]

وعلى الرغم من اتفاق الجميع على أن البريد الإلكتروني يؤمن إدارة تجارية للرسائل بأقل تكلفة ، إلا أن إمكانية اختراق و اعتراض الرسائل الصادرة أو الواردة تحول دون الوثوق به ، إذ أنه من الممكن اعتراض الرسائل التي يتم تحميلها طرفيا غبر الشبكة و كشف مضمونها من خلال الموزع و عبر برامج معينة قادرة على قراءة هذه الرسائل التي يجب أن تمر من خلال الموزع ليتم تحميلها إلى الطرف الآخر مما يفتح المجال أمام امكانية قراءة هذه الرسائل. [3]

و التجارة الإلكترونية على الأنترنت ، غالبا ما تطلب من المشتري تقديم و تعبئة نموذج يتضمن معلومات مختلفة ، وإرسالها عبر البريد الإلكتروني ، وتتضمن هذه المعلومات إسم المستخدم و عنوانه للعمل و المنزل ، ورقم الهاتف والفاكس ودخله الشهري أو السنوي وأحيانا إهتمامات الشخص ، ومواقع البيع و الشراء تتطلب رقم بطاقة الاعتماد وكذلك نوعها و تاريخ انتهائها ، وهذه المعلومات تجعل المشتري أمام خطر كبير يتمثل في إمكانية جمعها وتخزينها و الاتصال بها و الوصول إليها ، وجعلها متاحة على الخط قابلة للاستخدام من قبل مختلف قطاعات الأعمال و الأجهزة الخلوية بدون علم أو معرفة صاحب المعلومات [4]. وهذا ما يؤدي إلى انتهاك خصوصية المشتري الإلكتروني ويجعله بحاجة إلى الحماية.

ثانيا : التبادل الإلكتروني للبيانات

---

[1] بن سعيد صبرينة، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا " الإعلام و الاتصال " ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص قانون دستوري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، الجزائر ، 2014- 2015 ، ص144 .

[2] عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 356 .

[3] بن سعيد صبرينة ، المرجع السابق ، ص 144 .

[4] يونس عرب ، المرجع السابق ، ص 23

عرف قانون اليونسترال النموذجي الصادر عام 1996 المتعلق بالتجارة الإلكترونية [1] في المادة 2/ 2 منه التبادل الإلكتروني للبيانات بأنه : " نقل المعلومات إلكترونيا من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر بإستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات " .

تحتوي الأنترنت غلى مصادر متعددة تهدد البيانات الشخصية للمستخدمين نذكر منها :

- **جمع البيانات عن طريق إستخدام تقنيات الأنترنت** :حيث تجمع هذه البيانات عن طريق المشتري الإلكتروني نفسه ، إذ أنه من العلوم أن غالبية المواقع الإلكترونية و خاصة مواقع التسوق تطلب بيانات محددة من المستخدم قبل إستخدام الموقع كذكر إسمه و لقبه و سنه و مستواه التعليمي و عنوانه و حالته الإجتماعية و غيرها و كذلك رقم بطاقته الإئتمانية ، وقد تجمع هذه المعلومات بشكل تلقائي عند تصفح الانترنت ، مثل عنوان الكمبيوتر IP الخاص بالمستخدم ، وكذلك المعلومات الخاصة بالمتصفح المستخدم ووقت وتاريخ زيارة الموقع و غيرها ، و سواء أكانت تلك المعلومات مأخوذة منقبل المستخدم أو بشكل تلقائي عند دخوله إلى المواقع الإلكترونية المختلفة ، فإن الإحتفاظ بها يمثل تهديدا لخصوصية المشترين في العالم الإفتراضي .
- جمع البيانات عن طريق إستخدام تقنيات الكوكيز cookies : الكوكيز هي ملفات نصية بإمتداد txt ، يرسلها الخادم الخاص بالموقع لبذي يتم زيارته غبر الأنترنت ، إلى القرص الصلب للكمبيوتر الخاص بالمستخدم ، ويحتفظ بنسخة لديه ، و تحتوي على معلومات شخصية خاصة بالمستخدم و كذلك جهاز الحاسوب الخاص به ، مما يشكل خطرا على البيانات الشخصية للمشتري .
- جمع البيانات عن طريق إستخدام البريد غير المرغوب فيه : و هو إتصال إلكتروني غير مرغوب فيه ، ومجهول مرسل عبر بريد الأنترنت ، وقد يتسبب في تلوث شبكة الإتصالات الإلكترونية بالفيروسات التي تهدد سلامة البيانات الشخصية للمشتري الإلكتروني .[2]

---

[1] قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 ، الصادر في جلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1996 .

الموقع الإلكتروني :

www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

[2] عثمان بكر عثمان ، المسؤولية عن الإعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي شبكات التواصل الإجتماعي ، ص 13-15 .

الموقع الإلكتروني :

http:law.tanta.edu.eg/files/cnf4

خلاصة الفصل :

لا يختلف عقد البيع الإلكتروني عن عقد البيع التقليدي إلا من خلال الوسيلة الإلكترونية التي يبرم بها ، مما جعله لا يخرج في تنظيمه وأحكامه وحتى آثاره عن عقد البيع التقليدي ، و قد نص المشرع الجزائري من خلال القواعد العامة المشتري على مجموعة من الضمانات القانونية تشكل في الأصل إلتزامات تفرض على عاتق البائع الإلكتروني، و تعد حقوقا ممنوحة للمشتري توفر له الحماية التي يحتاجها ، و التي من بينها ضمان العيوب الخفية الذي يضمن البائع من خلاله بتوفير مبيع صالح للإنتفاع خال من جميع العيوب الخفية حتى يتمكن المشتري من الحصول على المنفعة المبتغاة من المبيع الذي اشتراه ، إضافة إلى ضمان التعرض و الإستحقاق الذي يضمن البائع من خلاله للمشتري إستعمال المبيع إستعمالا هادئا و كاملا من خلال ضمان عدم التعرض سواء من جانبه أو من الغير ، وكذلك يضمن إستحقاق المبيع إذا إدعى الغير حقا على المبيع .

فضلا عن ذلك فإن ما يتميز به البائع الإلكتروني من نفوذ وقوة إقتصادية و تكنولوجية جعله المتحكم في شروط العقد ، حيث يقوم بصياغتها بعيدا عن علم المشتري دون أن يكون له رأي يفرضه ، حيث يقوم بإخراجه في صورة عقود نموذجية ، تجعل من العقد غير متوازن مما إستدعى تدخل المشرع الجزائري بوضع قائمتين محددتين للشروط التعسفية ضمن كل من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، و المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، كما قام المشرع بإنشاء لجنة الشروط التعسفية من خلال نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ، و التي تقوم بمحاربة الشروط التعسفية . بالإضافة إلى ذلك فإن التطور الذي تشهده وسائل الإتصال الحديثة لاسيما شبكة الأنترنت وقدرتها على جمع وحفظ و إسترجاع ونقل البيانات الخاصة بالمشتري الإلكتروني جعلها تستحدث أساليب جديدة للتعدي على الحق في الخصوصية المعلوماتية ، ما جعل المشرع الجزائري يقرر لهذا الحق حماية جزائية من خلال النص على جملة من العقوبات في قانون العقوبات الجزائري في حالة الإعتداء عليه ، بإعتبار أن الحق في الخصوصية من الحقوق الدستورية التي تستوجب الحماية .

الفصل الثاني

الضمانات الحديثة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني

تمهيـــــــد:

في ظل الإنقلاب الجذري الذي حصل على المنظومة التجارية في مطلع التسعينيات ، نتيجة غزو التقنيات الحديثة و الوسائل التكنولوجية لها ، فأصبح كل من طرفي العلاقة التعاقدية لا يحتاجان إلى الوسائل التقليدية التي كانت من قبل تحكم عملية التعاقد بينهما ، حيث لجأ كل منهما إلى وسائل الإتصال الحديثة كالأنترنت التي تحولت في الوقت الراهن إلى ظاهرة من ظواهر التجارة الإلكترونية الدولية ، حيث أصبح عن طريقها كل شيء قابل للشراء ببساطة بواسطة الحاسب الإلكتروني الكائن في منزل أي مشتر مادام متصلا بالشبكة ، و أصبحت المنتجات والسلع لا تقع تحت الحصر من ملابس و كتب وموسيقى ومنتجات غذائية ، و كذلك الخدمات التي تقدمها البنوك و وكالات الحجز و للسفر و الإقامة ، و الإشتراكات في الصحف و المجلات ، وكل ذلك يتم ببساطة على المستويين الوطني و العالمي ، وأمام التشابه و التنوع اللامتناهي لهذه السلع و المنتجات من جهة ، و تعقد مكوناتها وتطور طابعها الفني ، وكثرة المنافسة بينها من جهة أخرى ، وجد المشتري الإلكتروني نفسه غير قادر على التمييز بينها ، و إختيار ما هو أفضل لتلبية إحتياجاته ، وزيادة على ذلك فإن نقص درايته وعدم خبرته جعله يجهل كيفية إستخدامها وطريقة المحافظة عليها ، و القدرة على إدراك مخاطرها .

لذلك ألزمت التشريعات البائع الإلكتروني بإعلام المشتري بجميع البيانات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد ، والتي على أساسها يستطيع المشتري إكمال إبرام العقد أو العدول عنه و ذلك عن قناعة و تبصر ، حيث أن هذه البيانات و المعلومات عموما تمثل الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة ، و الثمن ، إضافة إلى البيانات المتعلقة بكيفية الإستخدام و المخاطر التي يمكن أن تنجم عنها ، و هذا ما سنتناوله في (المبحث الأول) .

و أمام عدم إمكانية المشتري الفعلية أو الحقيقية لمعاينة السلعة أو التحقق من الأداء المناسب للخدمات ، فقد ينجذب هذا الأخير لشراء سلعة نتيجة إعلان معروض على شبكة الأنترنت قام البائع الإلكتروني بإدراج صورة لها على خلاف حقيقتها في هيأة تحفة يجب إقتنائها ، و بعد التعاقد و الإستلام يكتشف المشتري أنه تعرض للخداع و التضليل ، و أنه أخطئ بإقتنائه لتلك السلعة ، لأنها لا تلبي إحتياجاته ، و لا تلبي رغباته التي كان يأمل وجودها فيها ، ومن هنا برزت أهمية الحق في العدول عن عقد البيع الإلكتروني ، بما يعني رد السلعة و إسترداد المبلغ المدفوع فيها ، دون تطبيق أية جزاءات على المشتري الإلكتروني عند ممارسته لهذا الحق ، وهذا ما تضمنه (المبحث الثاني) .

المبحث الأول : ضمان الالتزام بالإعلام الالكتروني

إن الانتشار الواسع الذي شهده استغلال شبكة المعلومات في مجال التجارة ، و عرض السلع و الخدمات من خلالها ، أدى إلى توسيع أفاق التسوق أمام المشترين و زيادة المعروض من المنتجات و بمواصفات شتى ، و بالرغم أن ذلك ميزة تحسب للتجارة الإلكترونية ، باعتبارها تتيح للمشتري خيارات عديدة للتسوق تلبي احتياجاته و تطلعاته ، إلا أنها في كثير من الأحيان تجعله يفقد التركيز للتعرف على المنتوج أو السلعة الأصلح و الأنسب لما يحتاج ومما هو معروض ، فضلا عن افتقاد معظم المشترين للخبرة و الدراية الكافية بخواص ومواصفات السلع و معرفة مدى فائدتها بجودتها و أساليب استخدامها.[1] مما قد يجعله يشتري أشياء و هو ليس بحاجة إليها أو تزيد عن احتياجاته ، و يتسم المشتري غالبا في هذا النوع من التعاقد بالضعف كونه يواجه بائعين و شركات تمتلك الخبرة التقنية و التكنولوجية ، لذلك كان لزاما على البائع في عقود البيع الإلكترونية أن يقوم بإعلام المشتري بجميع المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد ، مما يساعد على خلق نوع من التوازن العقدي بين المتعاقدين ، ويجعل تعاقد المشتري ناتجا عن إدارة مستنيرة و واعية.

ونظرا لأهمية الالتزام بالإعلام الالكتروني سنتناول دراسته في هذا المبحث ضمن مطلبين يتضمن (الأول) مفهوم الالتزام بالإعلام الالكتروني و خصص (الثاني) لدراسة الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني .

المطلب الأول : مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني

لم يهتم القانون الوضعي بالالتزام بالإعلام إلا حديثا ، نظرا لبساطة المعاملات المدنية و التجارية في عقود البيع التقليدية و عدم تعقدها من جهة ، و لتساوي الطرفين المتعاقدين أو المقبلين على التعاقد في العلم ازاء المبيع أو المنتوج من جهة أخرى.

و لكن نتيجة للتطورات التقنية و التكنولوجية المعاصرة ، و التي أثرت سلبا على الأطراف المتعاقدة في مجال عقود البيع الالكترونية من ناحية ، و التقدم و التعقيد في الطابع الفني للسلع و الخدمات بحيث أصبح المشتري يجهل كيفية استعمالها و المحافظة عليها ، و عدم القدرة على الاختيار ، من ناحية أخرى.

فإنه بات لزاما على رجال لقانون أن يتدخلوا من أجل حماية المشتري ضمن هذه العقود ، أمام التطورات التي شهدتها العلاقة التعاقدية في المجال الإلكتروني .

و لهذا سنتطرق ضمن هذا المطلب إلى تعريف الالتزام بالإعلام الالكتروني (الفرع الأول) ، ثم إلى شروط الالتزام بالإعلام الالكتروني(الفرع الثاني) ، وأخيرا إلى الطبيعة القانونية للإلتزام بالإعلام الإلكتروني (الفرع الثالث) .

[1] هادي مسلم يونس البشكاني ، المرجع السابق ، ص 313 .

الفرع الأول : تعريف الالتزام بالإعلام الالكتروني

إن حق المشتري في الاعلام يعني حقه في معرفة المنتوج على نحو جامع و من جميع النواحي ، خاصة في مواجهة بائع محترف ، ذي دراية واسعة ، تراكمت له خبرة طويلة في مجال المعاملات ، الأمر الذي يستتبع معه وجود اختلال فادح في ميزان العلم بين هذين الطرفين المقبلين على التعاقد.

ويعتبر الحق في إعلام المشتري الالكتروني من أبرز الآليات القانونية في حماية رضاه ، و يكون مطلوبا أكثر في مجال عقد البيع الالكتروني ، ذلك أن هذا النوع من التعاقد يتم باستخدام وسائط الكترونية دون التقاء مادي بين أطرافه ، و في هذه الطريقة الكثير من المخاطر التي تؤدي إلى التأثير على رضا المشتري . ولذا حرصت أغلب التشريعات الحديثة على ضرورة إعلام المشتري الالكتروني في عقد البيع الإلكتروني[1] .

و لهذا سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى التعريف الفقهي للالتزام بالإعلام الالكتروني (أولا) , ثم إلى التعريف القانوني للالتزام بالإعلام الالكتروني (ثانيا).

أولا : التعريف الفقهي للالتزام بالإعلام الالكتروني:

هل يختلف الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتبصير و الالتزام بالشفافية و الإفصاح؟

تختلف المسميات ، لكن مضمون الالتزام واحد ، فالبعض يطلق عليه الالتزام بالإفصاح و يعني به : " **إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر بإخطار الطرف الآخر في العقد بكافة البيانات عند ابرامه للعقد و التي تساهم في تكوين الرضاء الحر المستنير و التي تمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على العقد عند ابرامه أو التحل منه إذا شاء ثم ايجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد** ".[2]

بينما يطلق عليه البعض الالتزام بالشفافية : **obligation de transparence** وتعني أنه " **يجب أن يتاح للمستهلك في مجال التجارة الالكترونية أن يحصل على المعلومات المتعلقة بالتعاقد بكل سهولة و يسر ، و أن يتاح له ذلك من خلال الوسائل الالكترونية طوال مراحل التعاقد** ".

كما تعني الشفافية أنه " **يجب أن يتاح للأطراف المتعاقدة كل المعلومات المتعلقة بالعقد ، بما في ذلك الشروط العامة قبل إبرام العقد** ".

كما يطلق عليه البعض من الفقه الالتزام بالتبصير و هو : " **إحاطة المتعاقد الآخر بالمعلومات الهامة و المؤثرة في إقدامه أو احجامه على التعاقد ، فهو التزام يقع على عاتق التاجر الالكتروني بمقتضاه**

[1] عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم السياسية) ، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، الجزائر ، المجلد 28 (1) ، 2013 ، ص 06 .

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 276 – 277 .

يبصر المستهلك بالمعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد (سواء أكان محل العقد سلعة أو خدمة) و التي يتخذ المستهلك – بناء عليها – قراره بإتمام التعاقد أو بالانصراف عنه ". [1]

والبعض من الفقه [2] يطلق عليه الالتزام بالإفضاء ، **و هو" تعريف السلعة و التحذير من أخطارها ، و هما فكرتان متميزان احداهما تكمل الاخرى " ، " ومعنى الإفضاء هو إعلام المستهلك عن طريق وسم * المنتوج أي وضع بطاقة على المنتوج ، بموجبها يبين طبيعة المنتوج ، و ثمنه ، تركيب ، مصدره ، اسم الصانع و غيره . أو ارفاق المنتوج بنشرة داخلية ، تتضمن كيفية استعماله ، و ما هي الأخطار الناجمة عن عدم اتباع التعليمات الواردة ".**

إن الالتزام بالإعلام الالكتروني و الذي نحن بصدد دراسته هو الالتزام بإعلام المشتري في النطاق العقدي ، و يجب عدم الخلط بينه و بين الالتزام بالإعلام الملقى على البائع أو المنتج في المرحلة السابقة على العقد [3] ، و الذي يقصد به : " **التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين ، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد أو صفة أحد المتعاقدين أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر ، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالتزام بالإدلاء بالبيانات** "[4] حيث يعد الالتزام بالإعلام السابق عن التعاقد التزاما عاما في شأن كل عقود الاستهلاك و الذي يترتب على إخلاله مسؤولية تقصيرية ، لأن هذا الالتزام ينفصل عن العقد ، و ينشأ في المرحلة السابقة على تكوينه و إبرامه حتى يتيح للمشتري رضاء حرا ، يمكن استخلاصه من عقد البيع .[5]

وأما الالتزام بإعلام المشتري في النطاق العقدي ، فهو التزام عقدي بالإدلاء بالبيانات و المعلومات حول المنتوج أو المبيع أثناء التعاقد ، ويفترض في البائع الخبرة و الاحتراف .

إلا أن البعض من الفقه يطرح صعوبة التمييز بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام و الالتزام التعاقدي بالإعلام ن بل و استحالتها أحيانا , و ذلك حسب قول الأستاذ جاك جيستان : " **إن الحدود الفاصلة بين الالتزامين لا يمكن رسمها بوضوح إن لم يكن هذا التحديد مستحيلا ".**

---

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 276 – 277 .

[2] نقلا عن زاهية حورية بن يوسف ، المرجع السابق ، ص 144 – 145.

* عرف الوسم بالمادة الثانية من الفقرة السادسة من المرسوم رقم 90–39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش بأنه : " جميع العلامات و البيانات و عناوين المصنع و التجارة و الصور و الشواهد و الرموز التي تتعلق بمنتوجها ، و التي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو رسمة " .

[3] زاهية حورية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص 138.

[4] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 273 .

[5] زاهية حورية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص 138 – 139 .

في حين ينتقد رأي آخر من الفقه[1] هذا القول ، باعتبار أن التمييز بين الالتزامين واضح في ضوء معيار معين و هو وقت نشوء الالتزام ، فإذا نشأ الالتزام قبل العقد ، فهو التزام قبل التعاقد ، و إذا نشأ أثناء العقد أي وقت العقد ، فهو التزام تعاقدي ، فالالتزام قبل التعاقد بإعلام المشتري بالبيانات الضرورية هو التزام عام سابق على التعاقد يهدف إلى احاطة المشتري علما بالشروط و الأوصاف المتعلقة بالسلعة أو المبيع ، أما الالتزام التعاقدي بالإعلام هو التزام عقدي يلتزم بموجبه البائع الذي يمتلك معلومات و بيانات جوهرية متعلقة بالمبيع أو السلعة بالإدلاء بها للمشتري .

يعرف الالتزام بالإعلام بأنه : " **التزام المنتج أو المعني بوضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم له سواء كانت سلعة أو خدمة و هو ما يتطلب أن يبين المنتج أو المعني للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له** " .[2]

وقد فرض الإلتزام بالإعلام على البائع أو المنتج " حرصا على سلامة العقود في ظل عدم المساواة بين المشتري من جهة و بين البائع أو المنتج من جهة أخرى الذي يمتلك تفوقا على الطرف الآخر الناشئ عن عدم توفر الخبرة و العلم اللازمين ، بالإضافة إلى وسائل البيع الجبرية ووسائل التحايل و الدعاية الأمر الذي يستدرج المشتري إلى ما يسمى التعاقد اللاوعي، كما فرض حرصا على أن يؤدي استعمال تقنيات تقديم المعلومات عن بعد إلى تقليص حجم المعلومات المقدمة للمستهلك ، كما أن المعلومات المقدمة بالوسائل التكنولوجية لها طابع وقتي " .

لذا يتوجب على البائع الإلكتروني إعطاء المشتري المعلومات الضرورية و المفيدة لاستعمال المبيع ، و عليه إعطاء المعلومات التي تهدف إلى أن يتاح للمشتري أن يكون استعمال المنتج متوافقا مع مقصده وضمن الشروط التي تستبعد أي فشل ، ويقع هذا الالتزام على البائع على وجه الخصوص عندما يكون المبيع أو المنتج جديدا و معقدا و لاسيما إذا كانت خطرا[3] .

وعرفه البعض من الفقه[4] بأنه : " **الإدلاء بالبيانات و المعلومات و اللازمة لتنفيذ العقد و لتجنيب المستهلك الأضرار الناجمة عن تنفيذ أو عن الاستمرار في استخدام السلعة أو الاستفادة بالخدمة** ".

ويرى البعض في لفظ الإعلام [5] أنه : " **لفظ رحب الدلالة واسع المعنى و المغزى ، يشمل كثيرا من المعاني و المصطلحات ، فيدخل في معناه ما قد يقدمه المدين من بيانات و معلومات بسيطة ، كما يندرج فيه لفظ المشورة أو النصيحة ، و ذلك عندما يكون للإعلام المقدم إلى الدائن ، أثر كبير في**

[1] زاهية حورية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص 139-140.

[2] نضال سليم برهم ، المرجع السابق ، ص 182 .

[3] نضال سليم برهم ، المرجع نفسه ، ص 182 -183.

[4] نقلا عن زاهية حورية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص 139.

[5] نقلا عن محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي و الالكتروني ، د ، ط ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2015 ، ص 273.

توجيهه إلى اتخاذ قرار معين بشأن العقد , هذا قصرا عن شمولية الإعلام للفظ التحذير أو لفت الإنتباه وذلك عندما يتضمن الإعلام قدرا من المعلومات الخاصة بشيء ما يتسم بالخطورة ".

ويعرفه جانب آخر من الفقه[1] ، بأنه : " **التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات و المعلومات اللازمة ، لمساعدة الطرف الآخر على ابرام العقد أو تنفيذه بل تحذيره و لفت نظره إذا استدعى الأمر**" .

كما يمكن تعريف الالتزام بالإعلام بأنه : " **التزام يقع على عاتق التاجر الالكتروني أو مقدم الخدمة الذي يتعاقد مع المستهلك من خلال الوسائل الالكترونية الحديثة بمقتضاه يخبر المستهلك بشخصه و بياناته التجارية و بكافة البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد و التي بناء عليها يتخذ المستهلك قرار ، بالإقدام على التعاقد بناء على إرادة حرة مستنيرة** ".[2]

ثانيا : التعريف القانوني للإلتزام بالإعلام الإلكتروني

لقد كرس المشرع الجزائري في القانون رقم 09 – 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، جملة من الحقوق للمستهلكين أو المشترين ، ومن بين هذه الحقوق التي جاء بها القانون المذكور أعلاه حق المشتري في الإعلام ، حيث نص صراحة على هذا الحق ، وأفرد له فصل خاص تحت عنوان : " **إلزامية إعلام المستهلك** " ثم أصدر المشرع الجزائري تجسيدا للقانون المذكور أعلاه جملة من النصوص التشريعية ، بموجبها نظم هذا الحق الذي يعتبر التزام على البائع بإعلام المشتري منها القانون رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 ، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ، كما كرس الحق في الإعلام بالقانون رقم 04 – 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .[3]

وقد عرف لفظ الإعلام بصفة عامة بالمادة 03 من القانون العضوي رقم 12 -05 المتعلق بالإعلام بقولها : " **يقصد بأنشطة الإعلام ، في مفهوم هذا القانون العضوي كل نشر أو بث لواقع أحداث أو رسائل أو أراء أو أفكار أو معارف ، عبر أي وسيلة مكتوبة أو مسموعة أو الكترونية ، و تكون موجهة للجمهور أو لفئة منه** ".[4] أما في مجال عقود الإستهلاك فإنه قد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 17 من القانون رقم 09 – 03 على أنه " **يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم أو وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة** ". و بإسقاط ذلك على عقد البيع الإلكتروني نجد أن المشرع الجزائري قد على البائع الإلكتروني بأن يقوم بإعلام

---

[1] نقلا عن : محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 274.

[2] نقلا عن : كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 280.

[3] صياد الصادق ، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09 – 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في العلوم القانونية و الإدارية كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 01 ، 2013 – 2014 ، ص 64.

[4] القانون العضوي رقم 12 – 05 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ الموافق ل 12 يناير 2012 ، يتعلق بالإعلام ، ج ر ، عدد 02 ، الصادرة في 15 يناير 2012 .

المشتري بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتوج سواء تعلق الأمر بكيفيات الاستخدام أو مواصفاته القانونية أو طبيعته أو منشئه أو مميزاته . كما نص المشرع الجزائري بضرورة إلتزام البائع الإلكتروني بإعلام المشتري طبقا لنص المادة 352 ف 1 من القانون المدني الجزائري ، ضمن أحكام عقد البيع ، حيث تنص على أنه : " **يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا إذا إشتمل العقد على بيان المبيع وأوصاف الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه** ". بحيث على البائع الإلكتروني أن يصرح بحقيقة المبيع و يصفه وصفا نافيا للجهالة.

كما نص المشرع الجزائري على حق المشتري في الإعلام من خلال نص المادة 03-15 من المرسوم التنفيذي رقم 13 – 378 المحدد للشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المشتري على أنه : " **الإعلام حول المنتوجات هو كل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك على بطاقة أو وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجيا الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي** ." وقد جاء هذا المرسوم تطبيقا لأحكام نص المادة 17 من قانون رقم 09 – 03.

كما عرفه المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 04 – 02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ضمن المادة 08 منه بأنه : " **يلتزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت و حسب طبيعة المنتوج ، بالمعلومات النزيهة و الصادقة المتعلقة بمييزات هذا المنتوج أو الخدمة و شروط البيع الممارس و كذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة .** "

فالالتزام بالإعلام الإلكتروني حسب نص هذه المادة هو إلتزام قانوني يسبق اختتام عملية البيع يقوم بموجبه البائع الإلكتروني بإخبار المشتري حسب طبيعة المنتوج أو الخدمة محل البيع بالمعلومات النزيهة أو الصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة و شروط البيع الممارس و كذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة .

الفرع الثاني : شروط الالتزام بالإعلام الالكتروني:

ليست كل معلومة أو بيان يكتتبه أو يقدمه البائع للمشتري يعتبر وفاء بالتزامه بالإعلام الالكتروني ، و إنما يجب أن تتوفر شروط معينة في المعلومات التي يقدمها البائع الإلكتروني ، و بتوافر تلك الشروط يكون البائع قد أوفى بالتزامه بالإعلام الإلكتروني. وحسب ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 13 – 378 المحدد للشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المشتري فإنه تتمثل هذه الشروط في أن يكون الإعلام واضحا ومكتوبا باللغة الوطنية (أولا) ، و أن يكون الإعلام شاملا لكل البيانات الجوهرية المتعلقة بالتعاقد (ثانيا) . و أن تكون عبارات الإعلام سهلة القراءة صادقة و دقيقة (ثالثا) ، بالإضافة إلى استخدام البائع الوسائل الإلكترونية في الإعلام (رابعا) . [1]

[1] وفي ذلك نص أيضا التوجيه الأوروبي رقم 97 – 07 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد * ضمن نص المادة 04 – 02 منه على أنه : " يجب أن تقدم المعلومات المذكورة في الفقرة " 1 " و التي يجب أن يظهر هدفها التجاري دون

أولا : أن يكون الإعلام واضحا و مكتوبا باللغة الوطنية:

يجب على المدين بالإعلام أن يستعمل عبارات بسيطة وواضحة ، أي عندما يقرأها المشتري لا يلتبس في ذهنه المقصود منها ، فعليه تجنب الغموض عن طريق استخدام عبارات بسيطة و سهلة تعبر عما يريده البائع من خلال الإعلام توصيله إلى المشتري ، فعليه أن يبتعد عن الألفاظ الفنية المعقدة التي يعجز غير المختص عن فهم دلالتها و إستيعاب معانيها ، فمن يقدم معلومات من أجل إعلام شخص متعلم يختلف عما يقدم لشخص غير متعلم ، و ما يقدم لشخص متخصص أو فني تختلف عما يقدم للشخص العادي فعلى البائع أن يراعي ذلك في كتابة بيانات و معلومات الإعلام حتى تتحقق الكتابة هدفها من إعلام المشتري بمضمونها.

والوضوح المقصود هنا يتطلب من البائع الإلكتروني عدم استخدامه عبارات تحتمل أكثر من معنى ، و الا يستخدم عبارات تؤدي إلى اللبس أو الغموض في ذهن المشتري ، و لا يأتي ذلك إلا من خلال إستخدام ألفاظ بسيطة و سهلة و مفهومة ، و تقدير ما إذا كانت العبارات واضحة أم لا من الوسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.[1]

كما يعتبر وجوب مراعاة اللغة الأم لكل مشتري من أشكال الحماية التي أضافتها المبادئ القانونية المعاصرة للمشتري ليتسنى له فهم مضمون العقد الذي يريد أن يقوم عليه , لذا أوجبت المبادئ القانونية الحديثة أن يكون العقد بلغة المشتري [2].

فإلزام البائع بإعلام المشتري باللغة التي يفهمها ، من وسائل حماية المشتري باعتباره الطرف الأضعف ، وذلك حتى يقدم المشتري على التعاقد و هو على علم و دراية كافيين بطبيعة و مضمون محل التعاقد و الشروط التعاقدية و كيفية السداد.[3]

كما يؤكد بعض الفقه[1] فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية نفس الشئ ، و على وجه الخصوص الالتزامات الإضافية التي تقع على البائع ، ومن بينها تحديد مراحل تكوين العقد الإلكتروني ، وبيان المراحل الفنية

=غموض بطريقة واضحة و مفهومة بكل وسيلة ملائمة لتقنية الاتصال عن بعد مستعملة ، مع احترام مبادئ الصدق في موضوع العقود التجارية و المبادئ التي تحكم حماية الأشخاص ناقصي الأهلية وفقا للقانون الوطني مثل القاصرين. "

* التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر عن البرلمان والمجلس الأوروبي في 20 مايو 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم : 144/19 L الصادرة بتاريخ 04/06/ 1997.
الموقع الإلكتروني : http://data.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj
يوم : 08 ماي 2018 على الساعة : 21:00 .
الترجمة مأخوذة عن : كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 300 .

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع نفسه ، ص 301.

[2] و ذلك ما تنص عليه المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13 – 378 المحدد للشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المشتري.

[3] عبد الله ذيب محمود ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 104– 105.

الواجب اتباعها لإتمام التعاقد و بيان عملية حفظ تسجيل العقد في سجل إلكتروني ، ويجب أن تتم مخاطبة المشتري باللغات الخاصة .

ثانيا : أن يكون الإعلام شاملا لكل البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد:

يتوجب على البائع إعطاء المشتري المعلومات الضرورية و المفيدة لاستعمال المبيع بما يتوافق مع مقصده ، و ضمن الشروط التي تستهدف أي فشل ، ويقع هذا الالتزام على البائع على وجه الخصوص ، عندما يكون المنتج جديدا و معقدا كلوازم المعلوماتية و لاسيما إن كان المنتج خطرا *. [2]

ومن بين المعلومات الجوهرية التي يقع على عاتق البائع إعلام المشتري بها نجد :

1- شخصية البائع أو المورد ، و عنوانه في العقود التي تستلزم وفاء مسبقا.

2- الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة .

3- ثمن السلعة أو الخدمة ، بما في ذلك الضرائب .

4- مدة صلاحية العرض و سعره .

5- كيفيات التنفيذ و الدفع.

6- شروط فسخ العقد.

7- تكاليف النقل و التسليم و التركيب.

8- البنود المتعلقة بالضمان.[3]

ويقصد بالبيانات الجوهرية : " **البيانات التي يمكن أن يكون لها تأثير على ابرام العقد أو على تنفيذه أو على استعمال السلعة أو الخدمة المعروضة ، فيجب تقديمها للمستهلك كلما كان من شأنها أن تؤدي الى اتخاذ قرار قبول التعاقد عن إرادة حرة واعية .**"[4]

و يكون تنفيذ الالتزام بالإعلام عن طريق تمكين المشتري من الاطلاع على المستندات و الوثائق التي يعتمد عليها التعاقد أو التفاوض ، كما قد يظهر الالتزام بالإعلام في ضرورة قيام البائع بإعلام المشتري بكل ما يتعلق بالشيء محل العقد ، وهذا يستلزم منه تصرفا ايجابيا يدفعه الى التقصي و البحث من أجل المعرفة التامة بموضوع التعاقد ليقوم بنقلها إلى المشتري.[5]

---

[1] خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 442.

* عرفت المادة 02 – 01 من المرسوم التنفيذي رقم 03 – 452 المؤرخ في 01 ديسمبر 2003 المحدد للشروط الخاصة بنقل المواد الخطرة عبر الطرقات ، ج ر ، عدد 83 ، لسنة 2003 ، الشيء الخطر بأنه : " كل منتوج أو بضاعة يعرضان إلى الخطر أو يسببان أضرارا أو يضران بصحة السكان و البيئة ، ويتلفان الممتلكات و المنشئات القاعدية " .

[2] نضال سليم برهم ، المرجع السابق ، ص 183 .

[3] و قد ذكرت في المواد 54 و 55 المرسوم التنفيذي رقم 13 – 378 المحدد للشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المشتري .

[4] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 296 – 297 .

[5] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع نفسه ، ص 303.

ثالثا : أن تكون عبارات الإعلام سهلة القراءة ، صادقة و دقيقة:

يجب أن يستخدم البائع عند تنفيذ التزامه بالإعلام عبارات سهلة القراءة ، أي يستخدم حروفا واضحة و ظاهرة تسهل رؤيتها ، فإذا استخدم حروفا صغيرة في كتابة عبارات الإعلام فقد لا يستطيع المشتري قراءتها و رؤيتها فلا يكون في هذه الحالة قد أوفى بالتزامه ، فأحيانا يكتب البائع بيانات كثيرة على الموقع الالكتروني و عندما يحاول المشتري قراءتها قد لا يستطيع لصغر الحروف ، و لضغط الصفحات و الأسطر.[1]

وتبدو أهمية هذا الشرط أكثر فيما يتعلق بالتحذير من المنتج إذ يجب أن يكون واضحا بمعنى أن يكون التحذير محررا بحروف كبيرة و بلون مختلف حتى يجذب على الفور انتباه المشتري أو المستهلك ، كلما نظر إلى السلعة ، و أفضل وسيلة من أجل تحقيق ذلك هي فصل البيانات التحذيرية عن بقية البيانات الأخرى المتعلقة بخصائص الشيء و طريقة استعماله بأن يلجأ البائع مثلا إلى استعمال لون مختلف في الطباعة أو إلى استعمال حروف طباعة مختلفة الشكل أو كبيرة الحجم.[2]

وهذا ما ذهب اليه المشرع الجزائري في شأن إنتاج مواد التجميل و التنظيف البدني ، إذ تنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92 – 41 المتعلق بشروط انتاج مواد التجميل و التنظيف البدني [3] على أنه : " **يجب أن يشمل وسم مواد التجميل و التنظيف البدني كما هو محدد في المادة 02 من المرسوم رقم 90 – 39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المذكور أعلاه على بيانات ملصقة ، و تكون ظاهرة للعيان ، ميسورة القراءة ، غير قابلة المحو ، و مكتوبة باللغة الوطنية و بلغة أخرى إجراء تكميلي.** "

ولا يكفي أن تكون عبارات الإعلام واضحة و سهلة القراءة و شاملة ، دون أن تكون صادقة ، فالعبرة من الالتزام بالإعلام هو تنوير ارادة المشتري بأن يكون إقباله على التعاقد نابعا عن ارادة واعية حرة مستنيرة ، وهو ما يكون أكثر حدة عند إستخدام الوسائط الإلكترونية .[4]

حيث يلتزم البائع بالبحث عن جميع المعلومات التي يمكن أن تهم المشتري كما يقع عليه التزام بأن تكون هذه المعلومات صحيحة ، و يعتبر التحديد و الصدق هنا صارما ، و مع ذلك لا يعتبر البائع قد أوفى بالتزامه إذا قدم عبارات غير صادقة ، بل يكون مسؤولا عن ذلك ، وتزيد مسؤوليته إذا كان في كذبه غش أو تدليس أو خداع.

---

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 304.

[2] زاهية حورية سي يوسف ، المرجع السابق ، 155 ، و كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 302.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 92 – 41 المؤرخ في 04 فبراير 1992 ، المحدد لشروط إنتاج مواد التجميل و التنظيف البدني و تسويقها في السوق الوطنية و كيفيات ذلك ، ج ر عدد 09 ، الصادرة في 1992/02/05.

[4] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 303 – 304.

وبجانب الصدق ، يجب أن يراعي البائع جانب الثقة أيضا بحيث يقدم للمشتري المعلومات الجوهرية المتعلقة بالعقد على نحو دقيق ، وبصورة مفصلة بالقدر الذي يساعد المشتري على اتخاذ القرار المناسب لمصلحته في التعاقد.[1]

رابعا : استخدام البائع الوسائل الالكترونية في الإعلام :

في عقود البيع التقليدية يكون إعلام المشتري من خلال معاينته للمبيع بالإطلاع عليه من جميع جوانبه ، ثم ذكر المبيع و أوصافه في عقد البيع أو من خلال إقرار المشتري في العقد بالعلم بالمبيع ، و قد يأتي علم المشتري من خلال الكتالوجات أو العينة التي يرسلها البائع له ، أو من خلال التليفون إذ يتصل المشتري للحصول على المعلومات التي يريدها بكل سهولة و يسر .

أما في عقود البيع الالكترونية يتم الإعلام من خلال الوسائل الحديثة ، فمن خلال تلك الوسائل يتم عرض صور السلع و المنتجات التي يريد المشتري التعاقد بشأنها و في الغالب تطابق تلك الصور الحقيقة ، ويضع البائع بجانب بعض الصور البيانات حول مكوناتها و طرق استخدامها ومدة صلاحيتها و ما إلى ذلك ، ويضع أيضا بيانات حول شروط التعاقد بثمن و شروط التسليم و شروط الوفاء بالثمن كيفيته ، و خدمات ما بعد البيع ، أي أنه يضع كل البيانات الهامة على موقعه الالكتروني . و المشتري عندما يدخل إلى ذلك الموقع فإنه يستطيع رؤية السلعة و قراءة كل البيانات المتعلقة بها فإذا أبدى المشتري رغبته في التعاقد ، و قبل أن يتم ذلك يرسل البائع الالكتروني ، من خلال البريد الالكتروني **(Email)** رسائل إليه بكل البيانات و معلومات التعاقد ، حتى يأخذ المشتري قراره بعد ذلك بإتمام التعاقد أو الابتعاد عنه ، فإن أقبل على التعاقد كان تعاقده نابعا عن ارادة حرة مستنيرة .[2]

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للإلتزام بالإعلام الإلكتروني

يعد الالتزام بالإعلام الالكتروني في مجال عقود البيع الالكترونية من أهم الضمانات القانونية تحقيق المساواة في العلم بجوانب العقد بين طرفي العلاقة التعاقدية ، خاصة أنه من الشائع و المستغرب ايضا في العقود التي تبرم عبر الانترنيت أن تكون الشروط التعاقدية مخفية ، و هذا الإخفاء يأخذ أشكالا متعددة ، كأن يكون من الصعب على المشتري ايجاد بنود العقد على الموقع ، وذلك بسبب العدد الكبير من الوثائق القانونية المرفقة ، اضافة إلى صعوبة معرفة شخصية البائع الالكتروني ، كما أن المشتري يتعاقد مع البائع دون الرؤية المادية للسلعة المتعاقد عليها ، دون معرفة خصائصها ، و شروط استخدامها و مخاطرها ، و لذلك بات لزاما على البائع في عقد البيع الالكتروني أن يقوم بإعلام البائع بكل المعلومات السابقة الذكر ، حيث يعتبر الإعلام حجر الأساس من أجل ابرام العقد أو الإحجام عنه ، و لذلك كان لا بد من التعرف على

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 304 .

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع تفسه ، ص 304 – 305.

الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام الالكتروني ، والذي ذهب بعض الفقه إلى اعتباره التزام بتحقيق نتيجة (الفرع الأول) ، بينما يذهب البعض الآخر من الفقه إلى اعتباره التزام ببذل عناية (الفرع الثاني) .

أولا : الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة :

يكون الالتزام بتحقيق نتيجة في الحالات التي يكون فيها موضوع الالتزام محددا بدقة ، حيث يلتزم المدين بتحقيق نتيجة محددة ، فالمقصود من التعاقد هو قيام المدين بتحقيق نتيجة واضحة و محددة ، مثل التزام الناقل بتوصيل بضاعة في وقت محدد .[1] و يرى بعض الفقه[2] أنه باعتبار التزام البائع بالإعلام إلتزام بتحقيق نتيجة يحقق حماية للمشتري لأن فيه تخفيفا لعبء الإثبات عن المشتري و هو طرف ضعيف في مواجهة طرف قوي يملك نفوذ اقتصادي ، و تبعا لاعتباره التزاما بتحقيق نتيجة فما على المشتري إلا أن يثبت عدم التنفيذ من جانب المدين فقط لكي تتقرر مسؤوليته ، و لا يستطيع المدين التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي أو إثبات خطأ الغير.

كما ذهب رأي آخر[3] إلى القول بأن التزام البائع بإعلام المشتري ، خاصة في العقود التي ترد على الأشياء الخطرة هو التزام بتحقيق نتيجة ، و لكن هذا الرأي انتقد بانتقادات كثيرة من أهمها أنه ينشئ معيارا جديدا لتحديد طبيعة الالتزام العقدي يعول على جدوى الالتزام بالنسبة للدائن مخالفا بذلك المعايير التي استقر عليها الفقه و القضاء في هذا الصدد.

كما يكرس جانب من الفقه[4] أن الالتزام بالإعلام التزاما بتحقيق نتيجة ، بإقرار أنه يكفي لقيام مسؤولية المدين بهذا الالتزام ، منتجا كان أو بائعا ، أن يثبت المشتري ما لحقه من ضرر ، و لا يبقى أمام المدين ، إذا ما أراد الفكاك أو التحلل من المسؤولية ، سوى اقامة الدليل على السبب الأجنبي ، بل إن البعض ذهب إلى أبعد من ذلك ، فقرر أن مسؤولية المنتج أو البائع في الحالة التي نحن بصددها ، لا تدفع حتى لو كان الضرر معزوا أو منسوبا إلى حادث مفاجيء.

ثانيا : الالتزام بالإعلام ببذل عناية :

يرى بعض الفقه أن الالتزام بالإعلام الإلكتروني هو التزام ببذل عناية (التزام بوسيلة) فعلى المدين بالالتزام (البائع) أن ينقل المعلومات إلى الدائن (المشتري) الخاصة بالتعاقد و ذلك من خلال استعمال الطرق الملائمة لنقل المعلومات بحيث يتلقاها المخاطب بها و يفهمها، و في المقابل لا يشمل الالتزام بأن

---

[1] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 274.

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 287.

[3] الصغير محمد مهدي ، المرجع السابق ، ص 143 – 144.

[4] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع نفسه ، ص 286 – 287 .

يستعمل الدائن المعلومات التي تلقاها استعمالا صحيحا، و كذلك لا يستطيع المدين اجبار المشتري على اتباع التحذيرات و النصائح المقدمة له و لا يضمن عدم تحقق الخطر ، و كل ما يملكه بحق هو تقديم كافة المعلومات و البيانات بصدق و أمانة و نصح و توجيه ولفت نظر المشتري لما يراه البائع مستوجبا النصح و التوجيه و الحذر ، أما فهم المعلومات و تحليلها و الأخذ بالنصيحة أو العمل بالتحذير فهو أمر لا قدرة للبائع عليه ، وإنما هي أمور تترك لمحض اختيار المشتري، ويرون أن درجة العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد ، و يرون أن الالتزام بالإعلام كأصل عام يعد التزاما ببذل عناية .[1]

وباعتبار أنه عندما تكون النتيجة المبتغات من الالتزام بالإعلام الإلكتروني نتيجة احتمالية فإنه يتعين افتراض أن نية الطرفين قد اتجهت إلى عدم ضمان البائع الإلكتروني لهذه النتيجة ، لأن إعتبارات العدالة ترفض أو تأبى أن يتحمل البائع نتيجة لا يمكنه السيطرة عليها ، أو التأكد من تحقيقها بسبب ما تتضمنه من احتمالات ، ومن ثم يرى أنصار هذا الرأي أن الالتزام بالإعلام العقدي الإلكتروني يستجمع الشروط المطلوبة للالتزام ببذل عناية لأن البائع يهدف من وراء المعلومات أو البيانات المكتوبة على السلعة أو الخاصة بالخدمة أو التي يتم الإدلاء بها مشافهة إلى تجنب الدائن الاستعمال السيئ للشيء المبيع و ضمان اشباع حاجته منه دون ضمان الوصول لهذه النتيجة .[2]

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي تحمل المشتري عبء إثبات خطأ البائع و أنه لم يوف بالتزامه ، أو لم يبذل العناية المطلوبة في تنفيذ الالتزام .[3]

المطلب الثاني : جزاء الاخلال بالالتزام بالإعلام الالكتروني

إن الجزاء المترتب على مخالفة أحكام الالتزام بالإعلام الإلكتروني يستمد أساسه و خصائصه من الهدف من تقريره ، وهو العمل على تنويه إرادة المشتري عند التعاقد، ومن ثم فإن الاخلال به يعد أمرا ذا تأثير بالغ على رضا المشتري يؤدي إلى تعييب إرادته ، لذا يجب البحث عن الجزاء المدني و المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام في ضوء القواعد القانونية العامة ، باعتبار أنه لم تنظم نصوص صريحة في حالة الإخلال بهذا الالتزام ، فإذا نتج عن عرض السلع و الخدمات عقد ، فإن هذا الأخير يمكن أن يكون محلا للإبطال استنادا إلى مخالفة أحكام الالتزام بالإعلام .(الفرع الأول).

كما يمكن فسخ العقد كجزاء عن الاخلال بالالتزام خاصة فيما يتعلق بصلاحية المبيع لأداء الهدف المرجو منه .(الفرع الثاني).

---

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 286 ، و الصغير محمد مهدي ، المرجع السابق ، ص 144.

[2] أحمد خديجي ، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي ، مجلة دفاتر السياسية و القانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 11 ، 2014 ، ص 26.

[3] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 287.

كما يمكن للمشتري الرجوع على البائع بمقتضى قواعد المسؤولية المدنية ، و مطالبة البائع بالتعويض (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : حق المشتري في ابطال العقد

لا يختلف البائع الذي يستخدم الوسائط الإلكترونية عن أي بائع آخر ، فهو ملزم بتمكين المشتري بكل البيانات الضرورية لإتمام عقد البيع ، فيجب أن يكون العرض المقدم على شاشة الواب محددا بدقة ، واضحا ، ولابد من ظهور كل البيانات الالزامية الخاصة بالتعاقد مع العرض المقدم.[1]

و يمكن أن يترتب مع الاخلال بهذا الالتزام وهم في ذهن المتعاقد (المشتري) ، يدفعه إلى التعاقد ، و ما قد ينجم عن هذا الوهم قد يكون غلطا أو تدليسا ، يترتب عليهما ابطال العقد (أولا) ، كما يمكن للمشتري أن يطلب ابطال العقد كذلك بتمسكه بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع (ثانيا) ، وبالإضافة إلى ذلك يمكنه أن يتمسك بنظرية العيوب الخفية من أجل طلب الإبطال (ثالثا).

أولا : الجزاء في اطار نظرية الغلط أو التدليس:

للبائع دور مهم بالإعلام و تبصير المشتري في عقد البيع الالكتروني ، وذلك بالأمور الجوهرية للعقد المراد ابرامه بالقدر الذي يمتنع معه احتمال التباس الأمر عليه فلا يتوهم أمرا خلاف الواقع ، ومن ثم فإن عدم قيام البائع بالوفاء بذلك الالتزام يشكل وهم كاف قد يدفع المشتري بالتالي إلى ابرام العقد فينشأ بذلك عيب الغلط.[2]

و يشترط لإبطال العقد في القانون المدني الجزائري أن يكون الغلط جوهريا و أن يتصل بالمتعاقد الآخر.[3] و يعتبر وجود الالتزام بالإعلام في عقد البيع الالكتروني أمرا يسهل من مطالبة المشتري بإبطال العقد استنادا إلى الغلط * ، ذلك أن وجود هذا الالتزام يعد قرينة على اتصال الغلط بعلم البائع الالكتروني ، وكذلك يقيم قرينة على أن الغلط كان جوهريا لأن العلم بالبيانات محل الالتزام بالإعلام كان من شأنه أن يحجب المشتري في عقد البيع الإلكتروني عن ابرام العقد .[4]

---

[1] عبد الرحمان خلفي ، المرجع السابق ، ص 09 .

[2] كريمة بركات ، المرجع السابق ، ص 61 .

[3] المادة 82 من ق م ج ، والتي تنص على أنه : " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط و يعتبر الغلط .

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص اذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية ، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد أو لحسن النية .

وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد ".

* يعرف الغلط بأنه : " حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير متوقع " ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 (مصادر الالتزام) ، منشأة المعارف الاسكندرية ، مصر ، 2006 ، ص 311.

[4] اسامة ابو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت ، د ط ، دار النهضة العربية ، مصر 2003 ، ص 118.

وأما في حالة تأسيس الدعوى على عيب التدليس فيشترط لإبطال عقد البيع الإلكتروني تأسيسا على تدليس بأن يقوم المدلس باستخدام طرق و اساليب احتيالية فقد يقدم البائع الإلكتروني معلومات كاذبة و يستخدم طرق و وسائل احتيالية لإعطاء مواصفات كاذبة أو اصطناع مستندات مزورة ، يكون من شأنها أن تدفع المشتري إلى ابرام العقد تحت تأثير ذلك الكذب .، و يجب أن تكون هذه الأخيرة صادرة عن المدلس ، وعلى علم بها ، قصد تضليل و ايقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد [1] و لا يختلف التدليس عن الغلط فكلاهما وهم يتحقق في ذهن المشتري ، إلا أن الاختلاف يكمن في أن المشتري في حالة الغلط يقع في الوهم من تلقاء نفسه ، اما في حالة التدليس ، فإن البائع هو الذي يوقعه في الوهم و يدفعه إلى التعاقد ، و ذلك عن طريق كتمان البائع معلومات جوهرية لو علم بها المشتري لما أقدم على التعاقد .

فالكذب والاحتيال في العقود يعد تدليسا متى تعلق بمعلومات تهم المشتري ، سواء كان التدليس بالقول أو الفعل ، لكن المشكلة الأهم التي تتصل بالالتزام بالإعلام في البيع الالكتروني هي مجرد السكوت و الكتمان ، فهل يعد ذلك تدليسا يوقف العقد ، و هو ما يعرف في القانون المدني " **بالكتمان بالتدليس** "؟

إن هذه المسألة أثارت جدلا في أوساط الفقه ، فعلى الرغم من صراحة نص المادة 86 من ق م ج إلا انهم اختلفوا في شروط التدليس في مثل هذه الحالات ، فذهب جانب من الفقه إلى اشتراط واجب يقع على المتعاقد بأن يتأكد بنفسه عما يهمه من أمور اي أن الكتمان لا يعد تدليسا ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر ملقى على عاتقه التزام بالإفصاح عن المعلومات و البيانات قبل ابرامه العقد ، في حين ذهب البعض إلى اشتراط أن يكون إخفاء المعلومات عمديا استنادا إلى نص المادة 86 ق م ج والتي تنص على أنه :" **و يعتبر تدليسا السكوت عمدا** ....." بينما لم يشترط آخرون ذلك رغم صراحة النص.[2]

وبصفة عامة إذا وقع السكوت أو الكتمان على واقعة أو لابسة جوهرية ، كان يتعين على البائع أن يقضي بها انبعاثا نص القانون أو تنفيذ للبند في العقد أو فكرة الأمانة و الثقة في التعامل و ظروف التعاقد ، لذا فإن السكوت عن الإفضاء بتلك المعلومات . على الرغم من علم البائع بجهل المتعاقد الآخر (المشتري) بها وأنه سوف لن يقدم على هذا العقد بما لو علم بها فإن هذا السكوت يعد تدليسا .[3]

ويشكل كل من الحيل التي يلجأ إليها البائع ، و السكوت أو كتمان المعلومات و البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد ، و التي يجب على البائع الإفصاح بها ، العنصر المادي في التدليس المؤدي إلى بطلان العقد ، لكن مع ذلك يبقى على عاتق المشتري أن يثبت نية التضليل على البائع الذي يتعاقد معه.[4]

---

[1] علي فيلالي ، النظرية العامة للعقد ، الطبعة الثانية ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005 ، ص 124.

[2] عبد الباسط حسن جميعي ، حماية المستهلك – الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك – دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص 32 ، و عمر محمد عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 274.

[3] عبد الباسط حسن جميعي ، المرجع نفسه ، ص 32 ، و عمر محمد عبد الباقي ، المرجع نفسه ، ص 274.

[4] عبد المنعم موسى ابراهيم ، حماية المستهلك ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007 ، ص 382.

ثانيا : إبطال العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع

ويترتب على ابرام العقد دون أن يعلم المشتري بالبيانات و المعلومات المتعلقة بالخصائص الجوهرية للمبيع أو بتلك المتعلقة بطريقة الاستعمال إبطال العقد لمصلحة المشتري ، و يتم ذلك وفقا للقواعد العامة نظرا لعدم وجود قواعد قانونية تقرر هذا البطلان ، و يحق للمشتري طلب الابطال بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع ، و يعتبر هذا الحق في الابطال حق مقرر المشتري فقط دون البائع ، ذلك أن هذا الأخير لا يمكنه أن يطلب ابطال البيع بدعوى أنه شخصيا لم يكن يعلم بالمبيع علما كافيا.[1]

و قد أعطى المشرع الجزائري للمشتري الحق في ابطال العقد لعدم علمه الكافي بالمبيع من خلال نص المادة 352 ق م ج التي تنص على أنه : " **يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع كافيا و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه .**

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع ".

ولاشك أن الوصف الذي يتحقق به هذا العلم ، يقوم به البائع بما يفترض فيه من علم بالمبيع لفائدة المشتري ، وبما يفترض في هذا الاخير من جهل و عدم دراية ، كما ينصب هذا الوصف على بيان المبيع و أوصافه ، و على طريقة استعماله ، و على مخاطره ، و يمكن ترجمته إلى التزام وصفي إعلامي.[2]

ثالثا : الجزاء في اطار نظرية العيوب الخفية:

إذا وجد عيب في المبيع فإنه يحول دون انتفاع المشتري الانتفاع المقصود منه ، ولذا يجب أن يضمن البائع خلو المبيع من العيوب الخفية و هذا حسب النص المادة 379 ف 1 ، ق م ج ، و قد توسع المشرع الجزائري في ضمان العيوب الخفية لتشمل كل عيب و لو لم يكن يعلم به البائع الالكتروني مادام أنه محترف و مهني ، فالبائع المهني المحترف يعد عالما أو من المفروض أن يعلم تلك العيوب ، و يلتزم بإعلام المشتري بها و لو أنه كان يجهل وجود هذا العيب ، و ذلك حسب نص المادة 379 ف 01 ق م ج التي نصت على أنه : " **فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها** ". و إلا اعتبر سيء النية في اخفاء تلك المعلومات عن المشتري ، فلا بد أن يوضح البائع للمشتري تلك المعلومات عند عرض المبيع على الموقع الالكتروني **(web - site)** بحيث يجعل المشتري ملما بكل الخصائص و مواصفات المبيع و حتى عيوبه ، فإن لم يفعل ذلك اعتبر مخلا بالتزامه بالإعلام .[3]

---

[1] اشرف محمد مصطفى أبو حسين ، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل احكام القانون المدني و الفقه الاسلامي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2014 ، ص 186.

[2] محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، د ط ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2006 ، ص 67 .

[3] كريمة بركات ، المرجع السابق ، ص 62 – 63.

و إن كان 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 خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى العيب غشا منه ، فإن البائع يكون ضامنا للعيب في هذه الأحوال (المادة 379 ف 02 ق م ج).

وبقدر ما تعلق الأمر بالإخلال بالالتزام بالإعلام ، فإن التساؤل يثور حول امكانية تمسك المشتري بدعوى العيوب الخفية عند جهله بمعلومات عن المبيع خفيت عليه ولم يوضحها له البائع الملتزم بالإعلام؟ .

إن المعيار الذي اعتد به القانون المدني الجزائري بشأن العيب الخفي هو معيار موضوعي [1] ، و القاضي و هو بصدد الوقوف على مدى قيام البائع بتنفيذ التزامه بالضمان للمشتري بتلك العيوب ، له أن يعتمد بكافة الظروف المتعلقة بتأثير هذه العيوب على رضاء المشتري بسبب غايته المنشودة من العقد في ظل الظروف الموضوعية التي تستفاد من الغرض الذي خصص له هذا الشيء أو من خلال طبيعته التعاقدية.[2]

وبالتالي يمكن للمشتري إذا أخل البائع بالتزامه بإعلامه بالمعلومات أو البيانات الجوهرية المتعلقة بالبيع ، أو بالمبيع ، أو عيوبه ، أن يتمسك بدعوى ضمان العيوب الخفية من أجل إبطال العقد.

الفرع الثاني : حق المشتري في فسخ العقد

يقع على البائع عبء تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي يرتبها عقد البيع الالكتروني ، ومن بينها الالتزام بالإعلام ، و في حالة إخلال البائع بذلك يكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن عدم تنفيذه التزامه بإعلام المشتري ، و في هذه الحالة لا يوجد ما يحول دون امكانية مطالبة المشتري في عقد البيع الالكتروني بفسخ العقد طبقا للقواعد العامة كجزاء لإخلال البائع بعدم تنفيذ التزامه العقدي بإعلامه.[3]

وطبقا لنص المادة 119 ق م ج [4] فإذا لم يوف البائع بالتزامه بإعلام المشتري في عقد البيع الالكتروني ، جاز لهذا الأخير أن يطالب البائع إما بالتنفيذ العيني لالتزامه أو الفسخ و ذلك بعد اعذاره ، فإذا كان التنفيذ ممكنا ، و ليس مرهقا لكاهل المدين ، كان للمشتري أن يختاره ، وليس من الضروري أن يحل

---

[1] لمزيد من التفصيل أنظر الفصل الأول : الضمانات التقليدية للمشتري في عقد البيع الالكتروني ، المطلب الأول ، ضمان العيوب الخفية ، الفرع الثاني : شروط العيب الخفي .

[2] عقيل فاضل حمد الدهان ، و غني ريسان بادر الساعدي ، الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني ، مجلة أهل البيت –عليهم السلام– ،العدد الخامس ، ص 14 – 15 ، الموقع الالكتروني : http ://www.ahlubaitonline.com يوم 2018/01/27 على الساعة 18:08 .

[3] سيد محمد سيد شعراوي ، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الالكترونية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، ص 404 .

[4] تنص المادة 119 من ق ج على أنه : " في العقود الملزمة لجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب تنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل لالتزامات ".

الرابطة العقدية بمجرد عدم التنفيذ ، و إذا طالبه المشتري لا يجوز للبائع أن يعدل عنه إلى التعويض ، و إذا عرضه البائع فليس للمشتري أن يرفضه ، أما إذا إختار المشتري فسخ العقد ، و أقام دعوى صحة و نفاذ العقد و توافرت مقومات الفسخ القضائي ، جاز للمشتري أن يتقدم بطلب عارض يفسخ العقد باعتبار أن الفسخ القضائي يتطلب صدور حكم يقضي به ، ولذلك يقدم الفسخ كطلب عارض أما محكمة الدرجة الأولى أو الثانية ، يطلب فيه من القاضي فسخ العقد بسبب اخلال البائع بالتزاماته.[1]

الفرع الثالث : حق المشتري في طلب التعويض

يذهب جانب من الفقه[2] إلى القول بأن المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالإعلام هي مسؤولية عقدية ، على اعتبار أن هذا الالتزام هو التزام عقدي و يشكل الاخلال به خطأ عقديا يستوجب قيام المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه ، وقد إعتمد أنصار هذا الرأي على بعض الأسانيد لتبرير موقفهم ، نذكر منها : وجود عقد سابق على العقد الأصلي يعتبر هو مصدر الالتزام بالإعلام ، و باعتبار الالتزام بالإعلام التزاما عقديا و أن المسؤولية عنه مسؤولية عقدية فإن في ذلك تيسيرا على المشتري لأنه يستفيد من قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية ، فما على المشتري إلا أن يثبت عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالإعلام حتى تتقرر مسؤولية المدين بالالتزام بالإعلام.[3]

إضافة إلى أن تنفيذ هذا الالتزام يكتشف لا محالة بعد انعقاد العقد في نطاق تنفيذه و في الأخير فإن رجوع المشتري على أي من المتدخلين الوسطاء أو البائع لا يكون إلا في إطار مجموعة عقدية ، و عليه فإن للمشتري الحق في رفع دعوى عقدية ضد أي من المتدخلين و لو لم يتعاقد مع أحدهم مباشرة ، لأن تداخل العلاقات في المجموعة العقدية يمثل بديلا عن التعاقد المباشر .[4]

ونظرا لأن مسؤولية المنتج قد نص المشرع الجزائري عليها صراحة ، في حين ان المسؤولية الناتجة عن الاخلال بالالتزام بالإعلام غير منظمة بنصوص خاصة فإنه يمكن تطبيق أحكام هذه المسؤولية على الاخلال بالالتزام بالإعلام ، حيث تدارك المشرع الجزائري النقص القائم بخصوص المسؤولية على المنتوجات المعيبة بأن أصدر بموجب التعديل رقم 05 – 10 المؤرخ في 10 يونيو 2005 للقانون المدني المادة 140 مكرر ، و التي أقرت مبدأ عام دون تفصيله و التي نصت على أنه : " **يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه ، حتى و لو لم تربطه بالمتعاقد علاقة تعاقدية** ".[5]

كما أن القضاء الفرنسي لم يرى مانع من الحكم على المنتج بالتعويض بالإضافة إلى الحكم و ابطال العقد ، حيث يجوز الحكم بإبطال العقد إذا اثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعا في غلط ، ثم أثبت أنه لو لا

---

[1] أنور طلبة ، انحلال العقود ، الفسخ ، التفاسخ ، الانفساخ ، المكتب الجامعي الجديد ، مصر ، 2004 ، ص 386.

[2] عبد المنعم موسى ابراهيم ، حماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص 384.

[3] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 283.

[4] عامر قاسم أحمد القيسي ، المرجع السابق ، ص 65.

[5] كريمة بركات ، المرجع السابق ، ص 64.

هذا الغلط لما أقدم على التعاقد ، و يجوز مع الحكم بإبطال العقد الحكم بالتعويض إذا ترتبت أضرار بأحد المتعاقدين و يكون ذلك لا لإعتبار أنه عقد ، بل باعتباره واقعة مادية ، متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسؤولية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الابطال ، و على هذا الأساس ، فإنه يمكن طلب الإبطال بالإضافة إلى التعويض ، كما يمكن طلب التعويض كجزاء منفرد .[1]

ففي الحقيقة لا يوجد ما يمنع المشتري من طلب التعويض مع الإبقاء على العقد طالما أن حق طلب الإبطال وضع لمصلحته ، و طالما استعمل هذا الحق دون تعسف ، فيحق له طلب التعويض عما أصابه من ضرر ، و كذلك يجوز لمن لا يريد الإبطال حتى في حالة توفر شروط ذلك الابطال أن يطلب التعويض مع الاكتفاء به و الإعراض عن طلب إبطال العقد.[2]

[1] عمر محمد عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 282 .

[2] عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في العقود ، د . ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006 ، ص 31.

المبحث الثاني : ضمان حق المشتري في العدول في تنفيذ عقد البيع الالكتروني

الأصل أن العقود باعتبارها من أهم مصادر الالتزام فهي محكومة بموجب القواعد العامة بجملة من المبادئ الأساسية و هذه المبادئ تتمثل في كون العقد شريعة المتعاقدين و أنه متى انعقد لا يمكن لأحد المتعاقدين أن يتصل منه ، و لهذا يقع على عاتق كل منهما إلتزام بالسهر على حماية حقوقه ومصالحه , وبالتالي لا يمكنه الإدعاء بأنه تم خداعه من قبل الطرف الآخر و الأمر الذي نحاول دراسة في هذا المبحث هو إعطاء الحق للمشتري في الرجوع عن العقد بإرادته بعد ابرامه في مهلة معينة ، بالرغم من أن هذا العقد في الأساس من العقود اللازمة ، و لعل الدافع وراء هذا الحق يرجع إلى ظروف التعاقد ذاتها و إلى النظر للمشتري بوصفه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية . و هذا الحق في العدول يتعلق بطائفة من العقود التي تبرم عن بعد ، و من بينها عقود البيع الإلكترونية التي قد يتسرع فيها المشتري الإلكتروني في الإقدام على التعاقد متأثرا بالوسائل الإلكترونية إلى جانب عدم خبرته و درايته الكافيتين بموضوع التعاقد ، بالإضافة إلى عدم إمكانيته الفعلية على معاينة المبيع ومعرفة جميع خصائصه قبل إبرام العقد ، مما يؤثر بالنتيجة على رضاه وتعبيره عن إرادته بشكل سليم و حر.[1]

وفي ظل غياب تشريع خاص بأحكام حق العدول في التشريع الجزائري ، سوف نقصر دراستنا لهذا المبحث ضمن التشريعات المقارنة (الغربية والعربية) ، وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين سنفصلها كالآتي:

يتضمن (المطلب الأول) مفهوم الحق في العدول عن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني أما(المطلب الثاني) فيتناول دراسة أثار الحق في العدول.

المطلب الأول: مفهوم الحق في العدول عن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني

بموجب القوة الملزمة للعقد ، فمتى تم التقاء و تطابق الإيجاب و القبول و قام العقد فإن أيا من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عنه [2]. و بالتالي يصبح ملزما و لا رجعة فيه ، و لكن نظرا لأن المشتري في عقد البيع الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة و الإلمام بخصائص البيع قبل إبرام العقد فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول عن العقد . و من ثم تعليق إتمام العقد على صدور الإرادة الواعية المستنيرة للمشتري و ذلك حتى لا يستفيد مورد السلعة أو الخدمة من قصر الوقت المتاح للمشتري للنظر في العقد المعروض عليه ليحصل منه على التوقيع بصرف النظر عن احتمالات إعتراض المشتري على بعض البنود و ذلك في وقت لاحق على التوقيع حيث تكون لا فائدة من اعتراضه .[3]

ولهذا سنتناول دراسة هذا المطلب من خلال الفروع التالية :

---

[1] هادي مسلم يونس البشكاني ، المرجع السابق ، ص 329 – 330 .

[2] المادة 106 من القانون المدني الجزائري .

[3] خالد ابراهيم ممدوح ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 346.

الفرع الأول : يتناول تعريف و خصائص الحق في العدول , أما **الفرع الثاني** : فيتضمن أحكام الحق في العدول ، أما **الفرع الثالث** : فيتناول الطبيع القانونية للحق في العدول .

الفرع الأول : تعريف و خصائص الحق في العدول

يعد الحق في العدول من أهم الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني , ولهذا سنتطرق ضمن هذا الفرع إلى تعريف الحق في العدول (أولا) , ثم إلى خصائص الحق في العدول (ثانيا).

أولا : تعريف الحق في العدول

سنتطرق إلى التعريف الفقهي ثم التعرف القانوني للحق في العدول .

أ – التعريف الفقهي للحق في العدول

يعتبر بعض الفقه [1] أن تقرير الحق في العدول عن تنفيذ العقد إرساء لقاعدة الرضاء , وهي تضمن حرية الشراء من جانب المشترين ، وهي تسمح لهم بالرد إذا لم يكونوا راضين أيا كان السبب في البضائع ، و استراد الثمن ، و يرتبط استخدام هذا الحق من جانب المشتري ، بمدى وفاء التاجر أو البائع بالالتزام الملقى عليه نحو تقديم بضاعة متفقة وما جاء في العقد .

ويعرف الحق في العدول عن العقد بأنه : " **وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع للمستهلك بأن يعيد النظر من جديد ، ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا ، بحيث يستفيد من مهلة للتفكير في خلالها سيكون بوسعه الرجوع عن التزامه الذي سبق وأن ارتبط به .**" [2]

بينما عرف البعض [3]حق المشتري في العدول عن العقد بأنه : إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، و يكون ذلك بأن يرد المشتري المبيع الذي تم تسليمه إليه ، مادام أن ثمة مبررا معقولا ، دونما شطط الهوى الشخصي للمشتري .

ويرى جانب من الفقه [4] أن الحق في العدول هو: " إعطاء المشتري مكنة لفسخ العقد الذي ارتضاه على عجالة ، و هو يعد اعتداد على مبدأ سلطان الإدارة في العقود ، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن حق العدول هو: مهلة قانونية معقولة للتفكير يرجى إبرام العقد خلالها و ذلك حماية للمشتري من التسرع في إبرامه. [5]ونستطيع من خلال ما تقدم أن نعرف الحق في الرجوع بأنه : حق المشتري في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة خلال مدة معينة يحددها القانون ، دون إبداء أية مبررات مع التزام البائع أو مقدم الخدمة بحسب الأحوال برد قيمتها مع تحمل المشتري مصروفات الرجوع فقط " .

---

[1] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ،. المرجع السابق ، ص 363 .

[2] عبد الله ذيب محمود ، المرجع السابق ، ص 200.

[3] أسامة أحمد بدر ، المرجع السابق ، ص 210.

[4] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 627.

[5] خالد إبراهيم ممدوح ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 352.

فالحق في العدول يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المشتري و تنفيذه مما به من عوامل المجازفة التي تؤدي إلى الندم ، و ذلك من خلال إعطاءه مهلة إضافية للتروي و التدبر في أمر العقد الذب أبرمه تفاديا للأخطاء التي قد تلحق به لتسرعه في التعاقد خاصة ما تتميز به المعاملات الحالية من دعاية و إغراء في المجال الإلكتروني بالذات , كما يساعد هذا الحق على التحقق من غياب الإخلال بالإلتزامات التعاقدية, إذا أحس المشتري بأن رضاه غير مكتمل , فإنه سيلجأ إلى المماطلة في تنفيذ إلتزاماته .[1]

ب- التعريف القانوني للحق في العدول

تقرر هذا الحق للمشتري أو المستهلك في المادة 121 -26 من تقنين الاستهلاك الفرنسي رقم 949 – 93 الصادر في 26 يوليو 1993 المعروف باسم " تقنين الإستهلاك ". و التي تنص على أنه : " **يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لاستبداله أو استرداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد .**"[2]

كما تقرر هذا الحق أيضا بموجب المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 21/88 الصادر في 6 يناير 1988[3] التي تنص على أنه :" **في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن للمشتري الحق في إعادة النظر في المبيع برده La faculté légale de retour سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه** ".[4]

كما أقر توجيه المجلس الأوروبي رقم 97/7 الصادر في 20 مايو 1997 هذا الحق في العدول من خلال نص المادة (06 / 01) منه على أنه : " **كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة ايام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات و السلع ، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة ايام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي ، و تصل**

---

[1] عبد الرحمان خلفي ، المرجع السابق ، ص 14 .

[2] Art 121- 26 : " pour toutes opérations , de vente à distance , l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours Francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange on remboursement , sans pénalités a l'exception des frais de retour "

الترجمة مأخوذة عن : خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 348 .

[3] القانون رقم 88-21 الصادر في 06-01-1988 م المتعلق حول البيع عبر المسافات ، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية الصادرة في 08 – 01 – 1988 .

Loi n° 88-21, du 06 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de" télé-achat ", journal official de la république française , du 08 janvier 1988 .

الموقع الإلكتروني : http://www.legifrance.gouv.fr

يوم : 08 ماي 2018 على الساعة : 19:40 .

[4] الترجمة مأخوذة عن : خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 348 .

هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال اقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد".[1]

ويتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي اتبع هذا التوجيه وأجاز للمشتري في العقد الإلكتروني إمكانية إرجاع المبيع أو استبداله خلال فترة سبعة أيام من تاريخ استلامه بدون أي مقابل فيما عدا مصاريف النقل و دون إبداء الأسباب ، و مدة السبعة أيام تشمل أيام العمل فقط و ليس من بينها أيام السبت و الأحد و تبدأ من تاريخ تسلم السلعة.[2]

وإذا كان كل من القانون الفرنسي و التوجيه الأوروبي قد إتفقا على حق العدول إلا أن التوجيه الأوروبي الخاص بالبيع عن بعد له مجال أوسع حيث أنه يتضمن حق المشتري في العدول عن المنتجات و الخدمات بعكس القانون الفرنسي الذي قصر حق العدول على المنتجات فقط دون الخدمات .

ومع ذلك يبقى التمتع بهذا الحق ليس مطلقا ، ومثال على ذلك في حالة تنزيل أو تحميل برنامج .[3] موسيقى أو أغاني . من على شبكة الانترنيت و تحميله على جهاز الكومبيوتر الخاص بالعميل أو المشتري ثم يقوم بعد ذلك بنسخ تلك الأغاني و استعمالها ، يكون العقد في هذه الحالة قد أبرم و لا يجوز العدول عنه .[4]

كما نص القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية[5] في المادة 29 منه على أنه : " **يتعين على البائع أن يوفر للمستهلك ، عند الطلب ، خلال العشرة أيام الموالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو إلكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع** ".

ولكن القانون التونسي قرر إستثناء على حق المشتري في العدول وهو عدم جواز العدول عن الشراء في الحالات التالية :

1- عندما يطلب المشتري توفير الخدمة قبل إنتهاء أجل العدول عن الشراء و يوفر البائع ذلك .

---

[1] الترجمة مأخوذة عن : خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، 348 – 349 .

[2] المادة 121-06 من قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم 949-93 , خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقد الالكتروني ، المرجع نفسه ، ص349.

[3] "بالنسبة لحق المشتري في العدول عن العقد و إرجاع البرامج و إسترداد نقوده مرهون بعدم وجود شروط ظالمة و مفروضة عليه ، إلا أن التدبر في النموذج التشريعي لقانون UCITA يقود إلى أن البرامج المرخصة تحتوي على شروط متطابقة تقريبا و هي محل عقود غير تفاوضية مما جعل هذا الحق في العدول هباءاك منثورا في الواقع العملي " . أسامة أحمد بدر، المرجع السابق ، ص 131.

- UCITA القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفات الحاسوب الذي جرى اعتماده من قبل المؤتمر الوطني لمندوبي الولايات الموحدة في تموز 1999.

[4] ابراهيم خالد ممدوح ، ابرام العقد الالكتروني ، المرجع السابق ، ص 350.

[5] قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي ، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 64 صفحة 2084 ، بتاريخ 11 أوت 2000 .

الموقع الإلكتروني : http://www.legislation.tn/detailtexte/Loi-num-2000-83-du09-08-2000-jort-2000-064--2000064000831

2- إذا تم تزويد المشتري بمنتجات حسب متطلبات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها.

3- عند قيام المشتري بنزع الاختام عن التسجيلات السمعية ،أو البصرية ،أو البرمجيات و المعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

4- شراء الصحف و المجلات .[1]

أما مشروع القانون المصري لحماية المستهلك[2] فقد نص في المادة 08 من المشروع على أنه يحق للمشتري " ... **خلال أربعة عشرة يوما من تسلم أي سلعة الحق في إستبدالها أو إعادتها مع إسترداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله ...** " ، وقد ألزم البائع بإبدال السلعة أو إعادتها مع رد الثمن دون أية مصاريف إضافية .

وأما المشرع الجزائري فلم يتناول حق المشتري في العدول في العقد أثناء تنفيذه رغم إعطاء المشتري مهلة للتفكير و التحقق من العقد و ابرامه ، و ذلك من خلال نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 , والتي تنص على أنه : " **يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة و الخاصة لبيع السلع أو تأدية الخدمات و منحهم مدة كافية لفحص العقد و إبرامه .**"

إلا أنه يلاحظ على أن هذه المدة الممنوحة تكون قبل ابرام العقد و ليس أثناء تنفيذه , وبالتالي فإن التشريع الجزائري يخلو من النصوص القانونية المنظمة لحق المشتري في العدول عن تنفيذ عقد البيع الالكتروني بصفة خاصة و عن عقد البيع التقليدي بصفة عامة.

ثانيا : خصائص الحق في العدول

يتميز الحق في العدول بمجموعة من الخصائص التي من خلالها تتضح لنا ذاتيته و ما يختلف عن غيره من الحقوق المعروفة في القانون ، و يمكننا اجمال هذه الخصائص في النقاط الآتية :

أولا : من حيث المصدر : إن مصدر الحق في العدول عن العقد هو القانون ، حيث عمل المشرع على تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية نتيجة للتباين المستمر، بل و إزدياد ذلك التباين و اتساع الفجوة بين المهني أو البائع والمشتري ، فأوجد تلك الوسيلة حماية للمشتري قدر المستطاع و نص عليها في قوانين حماية المستهلك ، و التي قد يأبى البائع إعطائها للمشتري إتفاقا ، و عليه فإن هذا الحق في العدول إنما هو مقرر بالنصوص التشريعية إمعانا في حماية المستهلكين أو المشترين.[3]

---

[1] المادة 32 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي .

[2] القانون المصري رقم 67 لسنة 2006 الصادر في 19 ماي 2006 المتعلق بحماية المستهلك .
الموقع الإلكتروني : http://asa.gov.eg/laws/mif/laws-exec-statments/
يوم : 08 ماي 2018 ، على الساعة : 18:05 .

[3] هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق ، ص 344.

ثانيا : إن ممارسة الحق في العدول عن تنفيذ العقد يتم بالإرادة المنفردة للمشتري دون حاجة إلى موافقة البائع ، فهو حق يتسم بالصفة التقديرية حيث أنه حق إرادي محض يترك تقديره لكامل إرادة المشتري ، وفقا للضوابط القانونية.[1]

ثالثا : الحق في العدول يرد على العقد الذي يقبل بإتفاق الطرفين أو بطبيعته أو بحكم شرعي الرجوع عنه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ، دون أن يتوقف ذلك على رضا المتعاقد الآخر ، و هذا ما ينطبق على العقود البيع الإلكترونية التي لا يكون فيها مجال للرؤية الفعلية الحسية للمبيع لمصلحة المشتري فيستطيع العدول عنه.[2]

رابعا : الحق في العدول عن العقد من النظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على إسقاطه عند التعاقد , أو فرض قيود تحد من ممارسته , حيث تنص المادة (121 – 20 – 07) من تقنين الاستهلاك الفرنسي المضافة بالمرسوم رقم (2001– 74) الصادر في 23 اغسطس 2001 مادة (12 منه) [3] على أنه : " **تعتبر أحكام هذا الفصل من النظام العام** " [4] مما يعني أن القواعد التي نظمها ذلك المرسوم هي قواعد آمرة و لايجوز الإتفاق على مخالفتها و بناءا على ذلك لا يجوز حرمان المشتري من ممارسة حقه في الرجوع أو العدول ، أو الحد من ذلك الحق ، و بالتالي يقع باطلا مطلقا كما سبق القول كل شرط يحد أو يقيد من حق المشتري في العدول . ويكون لهذا الأثر بالغ الأهمية حيث بدونه لا يفعل النص الذي يسمح للمشتري بالعدول ، إذا ما أورد البائع شرطا يلغيه أو يقيده بشروط أخرى . وهذا الحق يتعلق بالنظام العام لأنه يهدف إلى حماية الرضائية ، و هي ركن من أركان العقد ، و بالتالي لا يجوز للمشتري أن يتنازل عن حقه في الرجوع أو العدول .[5]

خامسا : الحق في العدول عن العقد خيار مؤقت ، يحدد المشرع الفترة التي يسمح بها للمشتري بالعدول عن العقد ، و غالبا ما تكون تلك الفترات طويلة و ذلك لفرض استقرار المعاملات و تحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين ، حيث جعلها البعض سبعة أيام كالتشريع الفرنسي و التوجيه الأوروبي ، والبعض الآخر حددها بعشرة أيام كالتشريع التونسي في حين أن التشريع المصري حددها بخمسة عشرة يوم.

---

[1] عبد الله ذيب محمود ، المرجع السابق ، ص 204– 205 . خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الالكتروني ، المرجع السابق ، ص 352.

[2] عبد الله ذيب محمود ، المرجع السابق ، ص 204 ، و هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق ، ص 344.

[3] Ordonnance n° 2001 – 741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation , journal official de la république française , 13645 , du 25 août 2001 .

الموقع الإلكتروني : http://www.legéfrance.gouv.fr/jo–pdf

يوم : 08 ماي 2018 ، على الساعة : 18:30 .

[4] Art . L . 121-20-07 " Les dispositions de la présente section sont d'ordre public " .

[5] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 652 .

سادسا : إنقضاء كل عقد تابع للعقد الذي تم العدول عنه : فبقيام المشتري بممارسة حقه في العدول ، و إرجاع السلعة أو رفض الخدمة ينتهي العقد المبرم بينه و بين البائع, وينتهي تبعا له كنتيجة حتمية كل عقد تابع له أو ملحق به .[1]

وتنص المادة (311 – 15) من تقنين الاستهلاك الفرنسي على أنه : " **إذا كان الوفاء بثمن السلعة أو الخدمة ممول كليا أو جزئيا بائتمان ارتضاه المورد ، أو من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الغير و المورد يترتب على ممارسة المستهلك لحقه في الرجوع فسخ عقد الائتمان بقوة القانون المخصص لتمويله دون مصاريف أو تعويض عدا المصاريف المحتملة لفتح ملف الائتمان** ".[2] وهذا النص جاء نقلا عن نص المادة (04/06) من توجيه حماية المستهلكين في التعاقد بعد رقم 07/97 .

فالغاية من وجود القرض هو تمويل العقد الذي عدل عنه المشتري ، فإذا زال العقد انعدم سبب وجود القرض ، ويفقد من ثم مبرر وجوده ، الامر الذي يترتب عليه فسخه بقوة القانون دون الحاجة لطلب ذلك من هذا الطرف أو ذلك ، فالقرض قد وجد كنوع من التأمين في هذه الحالة لتمويل عملية الشراء ، وهو بذلك يكون قد انعقد بصفة تبعية لانعقاد عقد البيع ، فإذا عدل المشتري عن البيع بعد ذلك كان طبيعيا أن يفسخ عقد القرض . تماما كما ينقضي الرهن بانقضاء الدين المضمون بالرهن .[3]

الفرع الثاني : أحكام الحق في العدول

يعتبر الحق في العدول عن تنفيذ العقد من الآليات الحمائية التي تمكن المشتري من مراجعة اختياراته واعادة النظر في قبوله ، ومن ثم تعاقده ، وذلك حتى يتجنب النتائج التي يمكن أن تنجر عن القبول المتسرع ، ولهذا سنتناول أحكام هذا الحق من خلال معرفة مهلة ممارسته (أولا)، ثم كيفية ممارسة هذا الحق (ثانيا).

أولا : مهلة ممارسة الحق في العدول :

اختلفت التشريعات في مدة المهلة التي تعطى للمشتري للعدول عن العقد فالبعض جعلها سبعة أيام كالتشريع الفرنسي و التوجيه الأوروبي ، و البعض حددها بعشرة أيام كالتشريع التونسي في حين أن التشريع المصري حددها بخمسة عشرة يوما , أما التشريع الجزائري فلم ينص صراحة على حق العدول عن تنفيذ العقد ، رغم أنه أشار من خلال نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06 – 306 على منح المشتري أو المتعاقد مدة كافية لفحص العقد و ابرامه ، إلا أنه ما يلاحظ عن هذه المدة أنها تكون قبل ابرام العقد و ليس أثناء تنفيذه .

---

[1] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 239 .

[2] الترجمة مأخوذة عن : كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 651 .

[3] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع نفسه ، ص 652 – 651.

و بغض النظر عن هذه الاختلافات الجزئية فإن هذه التشريعات متفقة على جوهر هذا الحق مضمونه و هو الحق في الرجوع أو العدول عن العقد خلال مهلة معينة ، من غير وجود مبررات تستدعي ذلك .[1]

1- بدء سريان المدة

يختلف بدء سريان المدة في العقود الخاصة بالسلع عن العقود المتعلقة بالخدمات كالآتي :

أ- بدء سريان المدة بالنسبة للسلع :

يبدأ احتساب مدة ممارسة المشتري لحقه في العدول عن العقد بالنسبة للسلع من تاريخ تسلمها من قبل المشتري ، وهو ما نصت عليه التشريعات المختلفة ، و لا يدخل في حساب المدة المذكورة يوم تسلم السلعة ، إلا أن تلك التشريعات لم تحدد كيفية اثبات واقعة الاستلام للشيء المبيع ، والذي يبدأ منه احتساب مدة العدول.[2]

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد الاجابة على ذلك فالبائع باعتباره مدعيا ، وذلك في حالة تمسكه بانقضاء مرحلة الحق في العدول ، هو الذي يقع عليه عبء الاثبات ، كما يجب ملاحظة أنه في الواقع العملي يقوم مندوب البائع الذي يسلم المبيع للمشتري بطلب توقيع المشتري على ايصال الاستلام ، ويكون ذلك الإيصال مؤرخا بحيث يسهل اثبات واقعة التسليم .[3]

ب- بدء سريان المدة بالنسبة للخدمات :

يبدأ احتساب مدة ممارسة المشتري لحقه في العدول عن العقد بالنسبة اذا كان محل العقد أداء خدمة عن بعد منذ لحظة قبول المشتري العرض أو الخدمة من البائع . و هو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (121 – 20) من قانون الاستهلاك الفرنسي [4] ، أما نص المادة (01/06) من توجيه 07/97 فقد نصت على أن بداية احتساب مدة الرجوع في عقود الخدمات سبعة ايام من يوم إبرام العقد [5] ، و لا يختلف مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري عن سابقيه حيث نص في المادة 08 على أنه : " **مع عدم الاخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية أو الاتفاقية أفضل للمستهلك ، وفيما لم يحدده الجهاز من مدد أقل بالنظر إلى طبيعة السلعة ، للمستهلك خلال أربعة عشرة يوما من تسلم أي سلعة الحق في إستبدالها أو إعادتها مع إسترداد قيمتها، وذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله ...** ".[6]

---

[1] هادي مسلم يونس البشكاني ، المرجع السابق ، ص 334.

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 640 , و محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 370 .

[3] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 640 .

[4] التي تنص على أنه :

« le delai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les liens au de l'acceptation de l'offre pour les prestation de services ».

[5] « ... pour les services , à compter du jour de la conclusion du contrat ... ».

[6] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 641 .

و يثور التساؤل هنا حول تحديد وقت إنعقاد العقد عبر شبكة الانترنيت ؟

للاجابة عن هذا التساؤل لا بد من الرجوع إلى التشريعات ، و من بينها التشريع الفرنسي من خلال نص المادة (1369-05) من التقنين المدني الفرنسي المضافة بالقانون رقم (575 - 2004) الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن " **الثقة في الاقتصاد الرقمي** " [1]. التي تنص على أن :" **العقد المقترح من خلال الطريق الالكتروني لا ينعقد صحيحا إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الايجاب ، و ذلك بعد تمكنه من مراجعة طلبه و الثمن كاملا و تصحيح الأخطاء المحتملة ، كما أن الموجب ملزم بالإقرار باستلام الطلب الذي وجه إليه بوسيلة إلكترونية دون تأخير** ."[2]

وما يلاحظه الفقه من خلال موقف المشرع الفرنسي في التقنين المدني - أنه لم يكتف - فيما يتعلق بتلاقي الارادتين ، مجرد علم الموجب بالقبول ، بل اشترط عليه تأكيد هذا القبول و ألزمه - كذلك - بإقرار استلام الطلب ، وهو الأمر الذي يترتب عليه أن المشتري عندما يتعاقد عبر صفحة الويب ، ويقوم بالنقر على أيقونة الموافقة الخاصة بالقبول (**Accept**) يجب على (الموجب) ارسال توكيد للمشتري مرة اخرى بما يفيد علمه بالقبول طالبا تأكيد الأخير لقبوله من خلال النقرة الثانية و التي يطلق عليها البعض " **القبول الثاني** ".

و عليه فإن وقت تحديد انعقاد العقد عن بعد ، يعد أمرا هاما ، فيما يتعلق بعقود تقديم الخدمات عن بعد ، و ذلك بحسبان أن حق المشتري في العدول عن العقد في هذه الطائفة الأخيرة من العقود ، يعتد بلحظة قبول المشتري (كمبدأ) للمدة الخاصة بحق العدول عن العقد ، و على نحو ما سبق .[3]

حالة امتداد المدة :

إن الأصل هو أن يمارس المشتري حقه في الرجوع أو العدول منذ بداية مهلة العدول إلى غاية انتهائها بالكامل ، إلا أن التقنين الخاص بالاستهلاك الفرنسي ، قد أوجدا حالة تمتد فيها تلك المدة من سبعة أيام إلى ثلاثة شهور ، و هي مأخوذة من نص المادة (116) من توجيه 07/97 ، فنجد أن الفقرة الثالثة من المادة (121 - 20) من تقنين الاستهلاك الفرنسي المضافة بالأمر 2001 - 741 الصادر في 23 أغسطس 2001 . تنص على أنه : " **وإذا لم تقدم المعلومات المنصوص عليها في المادة 121- 19، فإن مدة**

---

[1] القانون رقم : 575 - 2004 الصادر في : 21 جوان 2004 ، المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي ، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية Texte 2 sur 108، الصادرة في 22 جوان 2004 .

الموقع الإلكتروني : http://www.legifrance.gouv.fr/jo-pdf

يوم : 08 ماي 2018 ، على الساعة : 19:12 .

[2] الترجمة مأخوذة عن : محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 370 .

[3] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع نفسه ، ص 370 - 371.

ممارسة حق الرجوع تصل إلى ثلاثة شهور ، ومع ذلك إذا حدث توريد هذه المعلومات في خلال الثلاثة شهور من تاريخ استلام السلع أو قبول العرض ، تسري مدة السبعة أيام المذكورة في الفقرة الحالية ".[1]

فالمشرع بذلك أراد توقيع عقوبة مع البائع المخل بالتزامه بإعلام المشتري ، و تلك العقوبة هي مد مدة الرجوع من سبعة أيام إلى ثلاثة شهور ، إلا أن المشرع أجاز للبائع أن يتدارك هذا الاخلال ، و يقوم بإعلام المشتري خلال مدة الثلاثة شهور من تاريخ استلام السلعة أو قبول العرض بالنسبة للخدمات ، فإن فعل ذلك تعود المدة الأصلية و هي سبعة أيام ، يبدأ احتسابها من تاريخ قيام التاجر أو البائع بتأكيد المعلومات (تأكيد التزامه بإعلام المشتري طبقا للمادة (121 – 19)).[2]

وأما بشأن تبرير مهلة العدول أو الرجوع ، أو ما يطلق عليها البعض بمهلة الندم يذهب البعض من الفقه إلى ضرورة التخلص من المفهوم الارادي المغالى فيه والناتج عن مذهب استقلالية الارادة ، فالإرادة عاجزة عن توليد تعهد إلزامي نهائي قبل انقضاء مهلة معينة ، و مما يجب التنبيه إليه ، أن أي تنفيذ للعقد ممنوع قبل انقضاء مهلة الرجوع ، و يتعلق الأمر واقعيا إلى تجنب إلزام المشتري بتنفيذ العقد ، ويمكن القبول بسهولة أكبر بأن العقد ليس في الحقيقة إلزاميا إلا ابتداء من الآونة التي يمكن أن يكون فيها قابلا للتنفيذ ، و تنحصر مهلة الرجوع عند ذلك في تأخير هذه الآونة. أو أن هناك فرقا بين تكوين العقد وفعاليته ، فتوافق الإرادتين يؤدي إلى انعقاد العقد ، و لكن حماية للمشتري يوقف المشرع فعاليته بتحريم المشتري من تنفيذه قبل مضي مدة معينة تسمى مهلة العدول أو مهلة التروي ، فإذا انتهت المدة ولم يمارس المشتري حقه في الانسحاب ، اكتسب العقد الفعالية بتنفيذه ، و إذا مارسها ترتب على ذلك انتهاء العقد و ليس بطلانه .[3]

<u>ثانيا : كيفية ممارسة الحق في العدول</u>

بالرجوع إلى نص المادة (121–220) من تقنين الاستهلاك الفرنسي و الخاصة بتنظيم حق المشتري الالكتروني في العدول عن العقد ، نجد أن المشرع لم يقم بتحديد طريقة خاصة أو إجراءات شكلية لممارسة المشتري لحقه في العدول ، فلم يبين المشرع الفرنسي شكلا خاصا لتعبير المشتري عن عدوله عن العقد الذي سبق له إبرامه ، غير أن البعض من الفقه [4] يرى أنه من الناحية العملية ، يكون دائما من مصلحة المشتري عند استعماله لحقه في العدول أن يعبر من خلال وسيلة تمكنه من إثبات هذا العدول فيما بعد و عند منازعة البائع في حدوثه ، و هو ما يمكن تحققه مثلا من خلال تضمينه للعدول بموجب خطاب موصى عليه بعلم الوصول.

---

[1] الترجمة مأخوذة عن : كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 641 – 642 .

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع نفسه ، ص 642 .

[3] نضال سليم برهم ، المرجع السابق ، ص 192.

[4] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 372 ، و عبد الله ذيب محمود ، المرجع السابق ، ص 203.

فالغاية الأولى والمبرر لحق العدول للمشتري هو حماية رضاه ، ذلك أن الضعف المعرفي المتمثل بضعف الخبرة و العلم و الدراية و المعرفة في ماهية العقد ة وأثاره أو في ماهية السلعة أو الخدمة أو مدى الحاجة لهما من شأنه أن يحدد المبرر من خيار العدول عن العقد ، إذ أن هذا الضعف سينال حتما من ركن الرضا الصادر عن إرادة غير مدركة أو مستنيرة للعملية العقدية [1] ، ذلك أن المتعاقد عبر الانترنيت يقوم بالشراء استنادا إلى عرض أوصاف البيع أو المنتج عبر الشاشة ، مما لا يمكنه من الكشف الحسي عن المبيع خصوصا و أن العرض غالبا ما لا يتناول ذات البيع المعروض بل يرد على نموذج مصور أوعرض لأوصاف المبيع فقط مما يجعله غير مدرك تماما لما سوف يتعاقد عليه أو ما يستلمه ، وإذا كان مطابقا لما عرض عليه أم لا [2] ، لذا من الضروري أن يجد المشرع وسيلة فعالة لحماية المشتري بوصفه الطرف الضعيف ، وتلك الوسيلة هي خيار العدول عن العقد ، ليستدرك الأمر ويقرر بشكل نهائي خلال تلك الفترة بين المضي في العقد أو العدول عنه. [3]

وبالنسبة لمسألة أو مشكلة إثبات ممارسة المشتري لحقه خلال الميعاد المحدد قانونا فإنه في حقيقة الأمر سوف ترهق كاهل المشتري في الواقع العملي حيث تلقي بعبء الاثبات على عاتقه ، و لقد أشار التوجيه الأوروبي الصادر سنة 1997 إلى ضرورة تنظيم التشريعات الوطنية بما يسمح بإلقاء عبء الإثبات على عاتق البائع ، و لكن المرسوم الفرنسي الصادر سنة 2001 اغفل هذا الأمر ، ومن ثم يرجع في ذلك للقواعد العامة في الاثبات.

وبالتالي فالمشروع الفرنسي في قانون الاستهلاك ، لم يبين كيفية ممارسة المشتري لحقه في العدول عن العقد ، كما لم يتناول تنظيم مسألة إثبات واقعة اخطار المشتري برغبته في ممارسة حقه في العدول ، و إن كانت هذه الواقعة و بحسبانها واقعة مادية. فإنه يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات ، ووفقا للقواعد العامة. [4]

استثناء حالات معينة من العدول

استثنت القوانين المقارنة الخاصة بحماية المستهلك في العقود التي تتم عن بعد ، حالات معينة لا يجوز فيها العدول عن العقد بعد إبرامه حفاظا على توازن العقد وعملا على عدم الإضرار بالبائع الالكتروني و هو هذه الحالات يمكن إجمالها بما يأتي :

1- إذا كان ثمن السلعة أو الخدمة يخضع لتقلبات السوق صعودا أو هبوطا و التي ليس بوسع المورد السيطرة على أسعارها

---

[1] وليد خالد عطية و عباس عبد الصمد عباس ، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول ن العقد ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية ، ص 897 ، الموقع الالكتروني : https :www.iasj.net >iasj

[2] الصغير محمد المهدي ، المرجع السابق ،ص 348.

[3] وليد خالد عطية و عباس عبد الصمد عباس ، المرجع السابق ، ص 897.

[4] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 373.

2- إذا طلب المشتري توفير الخدمة له قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ، ويرى بعض الفقه أن هذه الحالة لا تدخل ضمن الاستثناءات المقيدة لحق العدول ، و إن كانت القوانين المقارنة قد ذكرتها ضمنها فليس في هذه الحالة ما يعد استثناءا من حق العدول بعد ثبوته له إذ يعد طلب تجهيزه بالخدمة قبل انتهاء مدة العدول نزولا ضمنيا عن حق العدول و هذا حسب رأي بعض الفقه.

3- عقود توريد السلع التي يتم تصنيفها وفق مواصفات شخصية حددها المشتري أو كانت السلعة من السلع سريعة التلف كبعض المنتجات الغذائية ، ففي هاتين الحالتين يتعذر على البائع إعادة بيع السلعة إذا ما تمت إعادتها إليه في ذلك ضرر أكبر له ، و يلحق بهذه الحالة عقود توريد الصحف والمجلات والدوريات فمنح المشتري حق العدول بشأنها قد يمكنه من الحصول عليها دون أن يدفع مقابلها ، فضلا على ذلك أن بعضها لاسيما الصحف اليومية تفقد قيمتها بصدور عدد لاحق منها الأمر الذي لا يتمكن منه البائع من إعادة بيعها و في ذلك ضرر كبير و أكيد له.

4- عقود البيع توريد التسجيلات السمعية والبصرية أو برامج الحاسب الالكتروني عندما يتم نزع الأختام عنها بمعرفة المشتري و الهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو المحافظة على حقوق الملكية الفكرية ، فالتسجيلات السمعية والبصرية أو البرامج يمكن نسخها بمعرفتها و الاستفادة منها ثم إعادتها . و ذلك بغض النظر عن استعمال المشتري لها أو عدم استعمالها .

5- عقود و خدمات الرهان و أوراق اليانصيب المصرح بها .

إن الحكمة من استبعاد هذه العقود يتأتى من جوهر هذه العقود كونه يتنافى مع حق العدول الممنوح حماية للمشتري، إذ أن هذا النوع من العقود يقوم على المجازفة و المقامرة على نحو يتناقض مع حق العدول.

و بخلاف هذه الحالات يكون للمشتري الحق في العدول خلال المدة المحددة قانونا .[1]

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للحق في العدول

حتى يتسنى لنا الادراك الجيد للحق في العدول عن العقد ، لا بد لنا من الوقوف على الطبيعة القانونية لهذا العدول .

ومع خلو التشريعات التي تأخذ بحق المشتري في العدول عن العقد من بيان الطبيعة القانونية للعدول عن العقد أو الرجوع عنه ، رغم أهمية ذلك الأمر ، و لاسيما وأن مجال حماية المشتري الالكتروني حديث نسبيا ، فضلا عن تزايد الحاجة إليه خاصة مع انتشار التجارة الالكترونية بصفة عامة و عقود البيع الالكترونية بصفة خاصة في الوقت الراهن ، مما يتعين لنا الرجوع إلى أراء الفقه حول الطبيعة القانونية للعدول عن العقد ، و قد اختلف آراء الفقه حول ذلك ، فهناك من اعتبره حق شخصي (أولا) ، وهناك من

[1] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 237 -239 و خالد ممدوح ابراهيم ، ابرم العقد الالكتروني ، المرجع السابق ، ص 351 ، و هادي مسلم يونس البشكاني ، المرجع السابق ، ص 337 - 338.

اعتبره حق عيني (ثانيا) ، بينما ذهب جانب من الفقه إلى اعتباره رخصة قانونية (ثالثا) ، واعتبره البعض من الحقوق الإرادية (رابعا).

أولا : حق العدول حق شخصي :

يعتبر الحق الشخصي سلطة للدائن اتجاه مدينه بمقتضاها يمكن للدائن أن يطالب مدينه بأن ينقل حقا عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل ، و يتعامل الدائن في الحق الشخصي مع المدين ، و يمارس حقه في مواجهة مباشرة ، كما أن تدخل المدين أمر ضروري لكي يستوفي الدائن حقه ، و انطلاقا من هذا الأمر فإن جانب من الفقه [1] يذهب إلى القول بأن الحق في العدول يعد حقا شخصيا تأسيسا على أن العلاقة بين الدائن المدين التي تميز الحق الشخصي هي متوفرة في خيار العدول.

إلا أن هذا التكييف تعرض للنقد ، لكونه من الصعب قبوله لأن من تقرر حق العدول لمصلحة لا يملك السلطات التي تثبت للدائن اتجاه المدين في الحق الشخصي ، فالمشتري الذي يثبت له الحق لا يملك أية سلطة في مواجهة البائع و لا يستطيع أن يطالبه بأي دور ايجابي او سلبي و كل ما يثبت له إما إمضاء العقد أو نقصه كما أن البائع الذي يمارس في مواجهته حق العدول لا يقع عليه أي أداء يقوم به فهو لا يلتزم بشيء و من ثم فلا يكون للحق الشصي المدعى به لا محل و لا موضوع و بذلك فلا وجود للحق الشخصي في الحق في العدول.[2]

كما أنه عند النظر في تعريف الحق الشخصي و الذي هو علاقة أو رابطة بين الدائن و المدين يطالب بموجبها المدين بالقيام بعمل أو الامتناع عن العمل أو القيام بإعطاء شيء، يتضح أن العدول لا يمكن أن يوصف بأنه حق شخصي ، لأن علاقة المديونية هذه تستوجب تدخل المدين لتنفيذ الالتزام بينما بالنسبة لحق العدول فإنه لا يستلزم مثل هذا التدخل من قبل المدين ، فالشخص الذي تقرر له هذا الحق في العدول يستطيع أن يعدل عن العقد حتى و لو رفض الطرف المقابل له حيث أن المشتري الذي تقرر له هذا الحق بإرادته المنفردة يتمكن من إنهاء العقد دون أن يحتاج ذلك إلى أي تدخل من جانب البائع المتعاقد معه ، و لا يحتاج إلى أي مبرر من أجل إنهاء العقد.[3]

ثانيا : حق العدول حق عيني

الحق العيني هو الذي يخول لصاحبه سلطة على شيء ، لأن العلاقة في الحق العيني هي علاقة تسلط لصاحب الحق على الشيء محل الحق ، يخوله الحق في الحصول على منافعه و التمتع به

[1] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 230 – 231.

[2] موفق حماد عبد ، المرجع نفسه ، ص 231.

[3] ناصر خليل جلال ، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونيا عن بعد ، مجلة الحقوق ، جامعة البحرين ، المجلد التاسع ، العدد الأول ، 2009 ، ص 345.

والاحتجاج به اتجاه الكافة ، و يرى أنصار هذا الرأي [1] إلى اقتراب حق العدول من الحق العيني تأسيسا على أن حق العدول يرد على عين معينة ويمنح المشتري سلطة نقض العقد على نحو يشكل سلطة مباشرة على الشيء محل العقد.

إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد بدوره لكونه من الصعب قبوله ذلك أن حق العدول لا يمنح المشتري سلطة على شيء بل يمنحه القدرة على هدم العقد بعد إبرامه ومن ثم فلا يمكن عد حق العدول حق عينيا .[2]

وبالإضافة إلى ذلك و بالرجوع إلى تعريف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة لشخص على شخص معين ، يرى البعض[3] أنه لا يتماشى و حق العدول الذي لا يمارس فيه المتعاقد الذي تقرر له العدول سلطة مباشرة على شيء معين بل أنه بالعدول ينهي العقد الذي ابرمه متسرعا من دون تبصر ، وهو بذلك لا يمارس سلطة مباشرة على الشيء المبيع سواء كانت هذه السلطة تتمثل في التصرف أو الاستغلال أو الاستعمال.

ثالثا : حق العدول رخصة قانونية

تعتبر فكر " **الرخصة** " حديثة نسبيا على الفكر القانوني ، و هو الأمر الذي جعل معناها يستو به الغموض و الإبهام ، فتقع الرخصة في مرتبة وسط بين الحق "الحرية " أو الإباحة العامة ، فيكون صاحب الرخصة في وضع متميز عن غيره ، ممن ليس لديه رخصة .[4]

و يرى جانب من الفقه ، بأن حق العدول هو رخصة قانونية ، ذلك أن الأصل أنه لكل شخص حرية التعاقد ، و لأن الرخصة قد تفيد حرية التعاقد ، كما أنها تعتبر الوسيلة القانونية التي يستطيع بموجبها الشخص أن يحدث أثار قانونية ، ومن بين تلك الآثار القانونية حق العدول.[5]

كما يذهب بعض الفقه [6] إلى القول بأن رخصة الرجوع عن عقود البيع الالكترونية مقررة لمصلحة المشتري دون غيره ، بسبب طبيعة هذا العقد ، و لا يمكن العدول عنها تأسيسا على أن قيام المشتري بالسداد يعني أنه (بيع ابتدائي) أو بيع (بشرط التجربة) أو أن ما سدده من الثمن يحمل على أنه عربون ، ذلك أن طبيعة عقد البيع الالكتروني ومقتضيات حماية المشتري الالكتروني ، تقتضي الوصول إلى تكييف مغاير لهذه العلاقة بين المشتري و البائع في عقد البيع الالكتروني ، دون التقيد بهذه الأوصاف التقليدية للعقود في نطاق المعاملات المدنية . وذلك نظرا لكون المشتري الالكتروني في عقد البيع الالكتروني الذي تم عبر

[1] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 232.

[2] موفق حماد عبد ، المرجع نفسه ، ص 232.

[3] ناصر خليل جلال ، المرجع السابق ، ص 346.

[4] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 367.

[5] ناصر خليل جلال ، المرجع السابق ، ص 346.

[6] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 368.

الانترنيت يتعاقد مع البائع دون أن يرى السلعة المتعاقد عليها رؤية مادية و قد يضع البائع صورا لها على الموقع لكي يراها المشتري ، إلا أن تلك الرؤية هي رؤية إفتراضية ،ولا تتساوى مع الرؤية المادية الحسية ، اذا لا يستطيع المشتري لمس السلعة أو فحص مكوناتها أو تجربتها ، و بالتالي لن يتمكن من الحكم الدقيق على المبيع الذي يتعاقد عليه ، و ذلك مهما بلغ وصف البائع له من دقة و أمانة ، و هو ما يبرر إعطاء المشتري في عقد البيع الالكتروني الحق في العدول في عقد خلال مدة معينة.[1]

إلا أن هذا الرأي تعرض بدوره للنقد ، وذلك لكون الرخصة لا تعبر عن حق العدول لأن المشتري لا يتمتع بها وحده ، بل هي حق ممنوح لكافة الناس ، مثل حرية العمل ، حرية التنقل ، و هي بذلك تتميز عن الحق في أنها تثبت لجميع الناس على حد سواء ، فضلا عن أنها لا تتحقق لسبب معين بذاته كالحقوق و إنما تثبت بسبب الإذن العام من المشرع.[2]

كما أنه بالإضافة إلى ذلك و بموجب الحق في العدول ينشأ التزام على عاتق الطرف المقابل يتمثل في الامتثال للقرار الذي اتخذه المشتري بالعدول والخضوع للآثار المترتبة عليه وهو مالا تجده في الرخصة.[3]

رابعا : حق العدول حق ارادي محض :

يرى البعض من الفقه [4] في الطبيعة القانونية للعدول عن العقد انتمائها إلى طائفة ثالثة من الحقوق ظهرت حديثا يطلق عليهم " **الحقوق الإرادية المحضة** " ، فلا هي حقوق شخصية و لا هي حقوق عينية ، لأنها لا تخول لصاحبها السلطات التي تمنحها أي من الحقوق السابقة كما أنه ايضا ليس رخصة بمعنى إباحة يسمح بها القانون ، بل أن الحق في العدول من الحقوق الارادية التي تخول صاحبها سلطات تختلف عن تلك التي تخولها الحقوق الشخصية والحقوق العينية لأصحابها ، فالحق الارادي لا يمنح صاحبه سلطة اتجاه شخص آخر كالحق الشخصي ، أو سلطة على شيء مادي أو غير مادي ، كالحق العيني ، و إنما يمنحه سلطة مجردة ، يمكن أن تؤثر في المراكز القانونية القائمة بتعديلها أو لإلغائها وإنشاء مراكز أخرى بدلا منها بمحض الارادة المنفردة لصاحب الحق .

ويرى بعض الفقه[5] بأن الحق الارادي المحض يتميز في كون مضمونه يتمثل في تخويل صاحبه سلطة الخيار بين بدائل محددة و معروفة سلفا ، و هي أن صاحب الحق يمارس سلطات حقه في مواجهة شخص معين دون أن يلتزم هذا الاخير بأي التزام أو واجب ، و من هذه الناحية يتميز الحق الارادي عن الحق

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 628.

[2] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 232.

[3] ناصر خليل جلال ، المرجع السابق ، ص 346.

[4] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 366 .

[5] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع نفسه ، ص 366 .

الشخصي بحسبان أن هذا الأخير عبارة عن علاقة بين شخصين ، يلتزم بمقتضاها أحدهما في مواجهة الآخر بأداء عمل أو الامتناع عن عمل أو إعطاء شيء ، بينما يخول الحق الارادي المحض صاحبه مزايا أو سلطات دون أن يلتزم أحد بأية التزامات.

كما يؤيد بعض الفقه [1] الرأي الذي يعد حق العدول حق ارادي محض أو مكنة قانونية يختلف مضمونها عن مضمون الحقوق العادية لما تتميز به هذه المكنة من قدرة صاحبها على انشاء مركز قانوني أو منع نشوئه بإرادته المنفردة بحيث يتوقف استعمال هذه المكنة و ممارستها على ارادة صاحبها دون أن يتوقف ذلك على ارادة من تمارس هذه المكنة في مواجهته ، فهي مكنة جوهرها سلطة التحكم في مصير العقد الذي تقرر هذا الحق بشأنه.

المطلب الثاني : آثار الحق في العدول

اذا عدل المشتري عن العقد فإن الأثر الجوهري لممارسة هذا الحق بعد تنفيذ العقد هو رد الثمن للمشتري الذي يلتزم في الوقت ذاته برد المبيع أو السلعة إلى البائع .

ولهذا سنتطرق ضمن هذا المطلب إلى أثار الحق في العدول بالنسبة للمشتري (الفرع الأول) ثم إلى أثار الحق في العدول بالنسبة إلى البائع (الفرع الثاني).

الفرع الأول : آثار الحق في العدول بالنسبة للمشتري

إن عدول المشتري عن العقد يترتب عليه فسخ العقد المبرم بينه و بين البائع و التزامه برد السلعة إلى البائع أو التنازل عن الخدمة ، والمشتري حينما يمارس حق العدول خلال المدة المقررة قانونا لا يتحمل أية جزاءات أو مصروفات عدا تلك التي تترتب على إعادة السلعة أو المبيع ، و ممارسة حق العدول دون جزاءات أو مصروفات على المشتري هو في الحقيقة حماية لهذا الاخير لأن تحميله مصاريف إضافية سيؤدي في حالات كثيرة في عزوفه عن استعمال هذا الحق تفاديا لما قد يلحق به من جزاء.[2]

واذا كان المشتري لا يتحمل أية مصروفات في مقابل ممارسته لخيار أو حق العدول فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمصروفات التي تبدو نتيجة مباشرة لاستعمال هذا الحق ، و يقصد بها تلك المصروفات التي تكون نتيجة إعادة السلعة أو الخدمة حيث يتحملها المشتري [3] و قد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة (121-20) من تقنين الاستهلاك الفرنسي التي تنص على أنه :" **يكون للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة من أيام العمل لممارسة حقه في الرجوع دون أن يلتزم ببيان الاسباب ، أو دفع الجزاءات ، باستثناء مصاريف الرد** ".

---

[1] موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 233 .

[2] موفق حماد عبد ، المرجع نفسه ، ص 244.

[3] موفق حماد عبد ، المرجع نفسه ، ص 244.

وبالتالي فإن ممارسة المشتري لحقه في العدول في عقد بيع السلعة أو توريد الخدمة الذي يتم عن بعد ، لا يحتاج إلى أية مبررات ، حيث لم يشترط المشرع أن يكون في السلعة أو الخدمة المؤداة عيب ، بل أتاح هذا الحق للمشتري في العدول دون أية مبررات .[1]

ويرى بعض الفقه[2] أنه من الموفق تحميل المشرع المشتري مصاريف الرجوع (مصروفات نقل و إعادة السلعة أو المبيع) ، وذلك بإعتبار أنه لا يجوز للبائع أن يحمل المشتري أية مصروفات أخرى سوى مصروفات الرجوع ، و لا يجوز أن يحمله أية مبالغ أخرى أو مطالبته بالتعويض ، و قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن المشتري ليس ملزما إلا بمصاريف الرد ، باستبعاد أي مبلغ آخر ، و لذلك استبعدت مصاريف الاختيار ، التصحيح لمنتج تقني في الرد تضيفه شركة البيع عن بعد. مما يجعل من حق الرجوع أو العدول كأنه حق مجاني ، و لذلك من أجل تحقيق التوازن في العلاقة بين البائع و المشتري ، كان لزاما على المشرع أن يحمل المشتري مصاريف الرجوع كونه يستعمل هذا الحق دون مبررات ، و لكي لا يتعسف المشتري في استعمال هذا الحق مما يلحق ضررا بالبائع ، ولذلك يلتزم المشتري في حالة استعماله لحقه في العدول بمصروفات ذلك العدول هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى تلك المصروفات بسيطة ، بحيث لا تؤدي إلى عزوف المشتري عن استعمال حقه في العدول ، و يرى بعض الفقه أن في تحمل المشتري مصروفات الرجوع ، ما يجعله أكثر رؤية و تعقلا ، و تمهلا قبل أن يلجأ إليه ، خصوصا إذا كان ثمن المبيع ضئيلا ولا يجوز للتاجر أو البائع أن يحدد تعاقديا مصاريف الرد و ذلك لسببين : الأول لأنه يخالف المبدأ الذي جاء به أو أقره التوجيه الأوروبي و الثاني : لأن لا يتدخل البائع في إجراءات الارسال ، إذ أن المشتري هو الذي يدخل في علاقة مع المرفق البريدي أو الناقل ،و هو الذي يتحمل مصاريف المراسلة.

و لكن يثور التساؤل عن مدى حق البائع في الرجوع على المشتري بمقابل انتفاعه بالسلعة أو المبيع قبل ممارسته لحقه في العدول عن العقد؟.

كانت الإجابة على هذا التساؤل ، من خلال التطبيقات القضائية بالنفي ففي حكم صادر عن محكمة الاتحاد الأوروبي في 03 سبتمبر 2009 ، قررت المحكمة عدم جواز حصول البائع على أي مقابل . بخلاف مصاريف الرد من المشتري الإلكتروني إلا في حالتين فقط ، و هما حالة (سوء النية) من جانب المشتري الالكتروني ، كأن يمارس هذا الحق بسوء نية ظاهرة ، أو في حالة (الاثراء بلا سبب) ، دون أن يبين الحكم أمثلة لحالات إثراء المشتري الالكتروني بلا سبب عند ممارسته لحقه في العدول عن العقد.

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 647 ، و محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 375 ، و موفق حماد عبد ، المرجع نفسه ، ص 244 .

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 648 – 649.

ووفقا لنص المادة (L141-1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي ، المعدلة بالقانون رقم 03 لسنة 2008 و الصادرة في 03 يناير 2008 [1] ، فإن القاضي المختص في الموضوع يتصدى من تلقاء نفسه ، و دون إثارة المنازعة من جانب المشتري فيقضي بإبطال مثل هذه الشروط لتعلقها بالنظام العام الحمائية للمشتري وعليه فالمشرع الفرنسي ، قد ميز بين المشتري العادي و المشتري الالكتروني بأن أعطى الأخير حق العدول عن العقد دون إبداء أي مبررات ، و دون اشتراط تعيب السلعة أو الخدمة التي تؤدى عن بعد ، بينما قيد حق استبدال السلعة أو ردها بالنسبة للمشتري العادي , بضرورة تعيب السلعة أو الخدمة . [2]

الفرع الثاني : اثار الحق في العدول بالنسبة للبائع

يترتب على ممارسة المشتري لحقه في العدول ، و قيامه بإرجاع السلعة أو رفض الخدمة أن يلتزم البائع برد المبلغ الذي دفعه للمشتري مقابل تلك السلعة أو الخدمة ، و هذا ما قررته المادة (121- 20 - 01) المضافة بالمرسوم 2001- 741 في 23 أغسطس 2001 (م 12 منه) ، إذ نصت على أنه : " **إذا بوشر حق الرجوع ، يلتزم المهني بأن يرد دون تأجيل للمستهلك المبلغ المدفوع ، أو الأكثر خلال الثلاثين يوما التالية للتاريخ الذي مورس فيه هذا الحق.** [3]

وينتج المبلغ المستحق فيما جاوز ذلك الفوائد بالسعر القانوني السائد ، تلقائيا ".

وبناءا على ذلك يلتزم البائع أو مقدم الخدمة في حالة قيام المشتري بإرجاع السلعة أو رفض الخدمة ، بأن يرد المبلغ الذي سبق و دفعه المشتري .[4]

وتبرز أهمية تحديد المدة التي يجب على البائع خلالها رد المبلغ الى المشتري من خلال أهمية الحق في الرجوع في حد ذاته ذلك أنه بدون تحديد هذه المدة قد يستعمل المشتري حقه في العدول و يقوم بإرجاع المبيع أو السلعة إلى البائع الذي يقوم بإعادة بيعها فورا ، و في المقابل يتباطىء البائع في إرجاع المبلغ إلى

---

[1] Loi n° 03-2008 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs .

الموقع الإلكتروني :

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte. do?

يوم : 08 ماي 2018 ، على الساعة :21:22 .

[2] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 375 - 376.

[3] "Lorsque le droit de rétractation est exercé , le Professional est tenu de rembourser le consommateur de la totalité des sommes versé dans les meilleur délais et plus tard dans les 30 jours suivant , la date à laquelle ce droit a été exercé."

[4] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 645 ، و موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 242.

المشتري ، الأمر الذي قد يؤدي إلى عزوف المشتري عن استعمال حقه في العدول مخافة عدم استرداد المبلغ الذي قام بدفعه.[1]

ويرى البعض من الفقه أن المادة السابقة [2] ، لم تتناول إلا " **رد الثمن** " للمشتري في حين كانت المادة (L-121-16) من القانون ذاته ، و التي كانت تتناول الموضوع قبل التنظيم الجديد للتقاعد عن بعد بموجب مرسوم 2001 تقتضي بأن للمشتري رد السلعة إما لاستبدالها بأخرى أو استرداد ثمنها ، و هو ما يدفعنا إلى التساؤل عما اذا كان النص الجديد يقصر حق المشتري على رد السلعة فقط دون أن يكون له ممارسة حقه في العدول من خلال إرجاع السلعة لطلب استبدالها بغيرها ؟ [3]

وللإجابة عن هذا التساؤل فإن التوجيه الأوروبي الخاص بالتعاقد عن بعد لسنة 1997 قد ذهب إلى الإقرار بحق العدول في العقد لحالة إرجاع المبيع ورد الثمن دون السماح بالإستبدال وبخلاف هذا التعليل التشريعي فإن بعض الفقه يرى حجة أخرى يفرضها الواقع العملي حيث أن تنظيم المشرع الفرنسي للحق في العدول عن العقد يرتبط بالتعاقد عن بعد وهو المجال الخاص بالمشتري الإلكتروني و الذي تتباعد المسافة بينه وبين البائع الإلكتروني بما يمنع أو من حيث الواقع العملي بالقول بإمكانية إستبدال السلعة أو المبيع وذلك لأن المسافات بين المشتري و البائع تتطلب إمتداد المواعيد فضلا عن أن السماح بالاستبدال قد يفتح الباب الى إمكانية ممارسة المشتري الإلكتروني لهذا الحق مرة ثانية أو ثالثة بعد قيامه باستبدال السلعة إذا ما رأى أن السلعة لا تناسبه فالواقع العملي إذا يفرض السماح بالقول بإستبدال السلعة كأثر لممارسة الحق في العدول كذلك فإن المشتري سوف يكلف مرة تلوى أخرى بمصاريف رد السلعة إلى البائع .[4]

❖ **<u>جزاء اخلال التاجر أو البائع بالتزامه برد الثمن للمشتري</u>**

لم يكتف المشرع الفرنسي بالزام البائع برد المبلغ إلى المشتري و تحديد أجل لتنفيذ ذلك الالتزام ، بل قام بوضع جزاء يوقع على البائع المخل بالتزامه ، فاذا لم يقم البائع برد المبلغ إلى المشتري خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ ممارسة المشتري لحقه في الرجوع ينتج ذلك المبلغ فوائد بالسعر القانوني السائد و يكون ذلك تلقائيا ، أي دون سبق اخطار للبائع أو اعذاره . [5]

---

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 645 – 646 .

[2] المادة (121-20-01) المضافة بالمرسوم (200-741) الصادر في 23 اغسطس 2001 (المادة 12 منه) .

[3] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ، ص 374 ، و موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، ص 242.

[4] محمد أحمد عبد الحميد أحمد ، المرجع السابق ،ص 374- 375 .

[5] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 645.

وقد رفعت ثلاث دعاوى أمام القضاء الفرنسي ضد إحدى شركات بيع مستلزمات الكومبيوتر و الحاسوب المحمول ، الأولى تتعلق بإخطار المشتري البائع عزمه على العدول في اليوم التالي لاستلام المبيع ،و قدر البائع السعر بشيك مخصوصا منه مبلغ 208 يورو، و رفض دفع المبلغ كاملا ، أما الدعوة الثانية فتتمثل في قيام احد المستهلكين بشراء اسكنر من احدى الشركات ثم أخطر الشركة بعزمه بممارسة حقه في العدول بعد يومين من تسلمه ، إلا أن الشركة رفضت رد الإسكنر لأنه استعمله واستندت الشركة إلى نص المادة (121-20-02) من قانون الاستهلاك الذي يعطى له الحق في عدم الرد ، حيث أن هذا النص يستثني من حق العدول حالة تقديم تسجيل سمعي ، أو فيديو ، أو قواعد معلومات إذا تم نزعها بمعرفة المشتري ، و هذا البيع يتعلق بقواعد بيانات نزعها المشتري حيث أن الثابت من الخطاب الذي أرسله المشتري أنه قد وضع البيانات و كشفها مع الإسكنر الأمر الذي يسمح بتطبيقها ، أي أن التغليف قد نزع عنها ، و تتمثل الدعوى الثالثة في شراء أحد المشترين طابعة ليزر ، وبعد استلامها طلب من الشركة استبدالها بسب عيب فني ، و قد أخطرت الشركة المشتري بالإجراءات التي تتبع في هذا الشأن لرد السلع ، إلا أنه رفض اتباع تلك الاجراءات.

وقد قضت المحكمة بإدانة الشركة بالنسبة للدعوى الأولى برفضها رد المبلغ كاملا بالنسبة للمنتجات التي قام المشتري بردها طبقا لأحكام المادة 20/121 من قانون الاستهلاك و مجرمة ايضا طبقا لنص المادة 02/12/4 من قانون الاستهلاك ،و قد حكمت المحكمة ضد ممثل الشركة بالغرامة 500 يورو و ضد الشركة ايضا بالغرامة 1000 يورو.

أما بالنسبة للدعوى الثانية ، فقد حكمت لمصلحة الشركة ، حيث رأت المحكمة ورود الاستثناء الوارد بالمادة 02/20/21 من قانون الاستهلاك ،و بالتالي قررت أنه من حق الشركة رفض الرد وإعادته الإسكنر.

و بالنسبة للدعوة الثالثة ، فقد قررت المحكمة أنه ينتج من عناصر الطلب أن ذلك لا يكون ممارسة لحق العدول ، و لكن عملية استبدال المواد و السلع المعيبة ، و الذي تقوم الشركة بوضع اجراءات خاصة به ، و بناءا على ذلك لا تكون المخالفة ثابتة بالنسبة لها. [1]

❖ **حالة تحمل البائع مصروفات لرد أو الرجوع :**

القاعدة العامة أنه إذا استعمل المشتري حقه في العدول عن العقد ، تحمل مصروفات الرد في مقابل ذلك إلا أن المشرع الفرنسي قد أوجد حالة يتحمل فيها البائع مصروفات الرد و في حالة تقديم البائع سلعة أو خدمة غير المنصوص عليها في العقد ، و لكن لها جودة و سعر معادل ، فيتم في هذه الحالة إعلام المشتري بذلك طريقة واضحة و مفهومة ، و تكون مصاريف الرد الناتجة عن ممارسة المشتري لحقه في العدول ، في هذه الحالة على عاتق البائع و يجب إخطار المشتري بها ، و هذه الحالة تم النص عليها في المادة 03/07 من توجيه 07/97 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد . [2]

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص647.

[2] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع نفسه ، ص 649.

❖ **إلتزام لبائع بقبول المبيع المعاد أو المرتجع**

إذا استعمل المشتري حقه في العدول ، و قام بإعادة السلعة أو المبيع المشترى إلى البائع يلتزم البائع بقبول هذا المبيع بعد التحقق مما يلي :

1- أن العدول تم خلال المدة القانونية .

2- أن المبيع في نفس الحالة التي كان عليها وقت التسليم للمشتري .

3- ان المبيع سليم و لم يتعرض للتلف أو الكسر أثناء الإرجاع أو اعادته .

4- تحمل المشتري مصروفات إعادة البيع أو السلعة إلى البائع.

و بناءا على ذلك ، فإذا تحقق البائع من توافر البنود السابقة التزم ذلك المبيع المعاد. [1]

❖ **حالة رفض البائع رد المبيع المعاد أو المرتجع**

في حالة استخدام المشتري لحقه في العدول ، يلتزم البائع بقبول المبيع المعاد أو المرتجع إلا لأنه في بعض الحالات قد يتعنت البائع و لا يقبل العدول أو الرجوع.

فكيف يمكن مواجهة هذا الفرض ؟

لقد أجاب المشرع الفرنسي مع هذا التساؤل من خلال نص المادة (121-20-10) من تقنين الاستهلاك الفرنسي ، المضافة بالمرسوم رقم 741/2001 الصادر في 23 اغسطس 2001 (م 13 منه). حيث تنص على أنه "**يتم إثبات مخالفة نصوص المواد 121- 18، 121 - 19 ، و المادة 121-20-05 و رفض البائع رد المنتج المرتجع بواسطة المشتري بالشروط الواردة بالمادة 121-20-01 ، كما يتم رفع الدعوى عنها بالشروط الواردة بالمادة 121- 20 - 01 كما يتم رفع الدعوى عنها بالشروط المحددة في الفقرات 01 ، 03 للمادة 450-01 و المادة 450-02 و المواد 450-3 ، 450-04 ، 450-07 ، 45-80 ، 470-01 ، 470-05 من قانون التجارة** " [2] وبناءا على نص هذه المادة ترفع الدعوى في حالة رفض التاجر رد منتج أو مبيع مرتجع رغم توافر شروطه قانونا ، و يتم الاثبات طبقا للمواد المشار اليها (في النص) من قانون التجارة الفرنسي .

وهناك حالة يجدر الاشارة اليها و هي حالة هلاك المبيع قبل التسليم بفعل البائع فإن هذا الأخير يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم ، وبالتالي يحق للمشتري فسخ العقد أو انقاص الثمن بقدر نقص القيمة ، و دون الاخلال بحقه في التعويض اذا كان له مقتضى ، أما في حالة إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب أجنبي انفسخ العقد و إسترد المشتري الثمن ، ما لم يكن الهلاك قد تم بعد إعذار البائع للمشتري بالتسليم . [3]

---

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 649 - 650.

[2] الترجمة مأخوذة عن : كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع نفسه ، ص 650 .

[3] المواد 369 - 370 من ق م ج.

أما إذا هلك المبيع بعد التسليم فتكون تبعة الهلاك على عاتق المشتري حتى و لو كانت الملكية لا تزال للبائع ، و لم تنتقل بعد إلى المشتري. [1]

[1] كوثر سعيد عدنان خالد ، المرجع السابق ، ص 650-651.

خلاصة الفصل :

أدى التقدم الإقتصادي و التكنولوجي المعاصر في مجال الإنتاج و التوزيع إلى ظهور العديد من السلع و المنتجات الجديدة و المتطورة ، ولذلك فإن حرص التشريعات على حماية المشتري في المجال الإلكتروني تتجلى من خلال ضمات الإلتزام بالإعلام الإلكتروني ، عن طريق حرص البائعين على إبراز مزايا و فوائد سلعهم ومنتجاتهم وحتى مخاطرها ، وإعلام المشترين بها ، من أجل حثهم على شرائها ، وهم على ثقة ودراية تامة بجميع العناصر الجوهرية والأساسية ، ذلك أن ضعف الدراية و المعرفة لدى المشتري الإلكتروني قد يجعل من العقد غير متوازن أمام معرفة وقوة البائع الإلكتروني .

وبالإضافة إلى ضمان الإلتزام بالإعلام الإلكتروني ، فقد أقرت أغلب التشريعات العربية و الغربية بخلاف المشرع الجزائري بحق المشتري الإلكتروني في العدول عن العقد ، ذلك أن هذا الأخير قد يندفع في بعض الأحيان إلى التعاقد بشيء من السرعة و العجلة بغية الحصول على حاجاته من السلع و الخدمات ، كما أن إنتشار وسائل الدعاية و الترويج الحديثة مثل الإعلانات التي قد تتضمن معلومات مضللة أو كاذبة من شأنها أن توقع المشتري في الغلط أو تدليس ، ونتيجة لكل هذا فإن إقرار التشريعات لحق المشتري في العدول عن العقد ، يعد من أهم الضمانات الحديثة التي تعيد التوازن العقدي .

الخاتمة

أصبحت التجارة الإلكترونية حقيقة واقعية تعدت الحدود الدولية من خلال وسائل الإتصال الحديثة ، بما يعنيه ذلك من تباين اللغات والثقافات بين كل من المشتري الإلكتروني و من يقدم خدمات أو يعرض سلعا ومنتجات ، الأمر الذي نتج عنه في كثير من الحالات عدم التوافق النصي في العقد المبرم بينهما ، كما من المحتمل وجود شروط إنفرد البائع الإلكتروني بوضعها في غير مصلحة المشتري لأنه الجانب الضعيف معلوماتيا و إقتصاديا في رابطته العقدية مع البائع الإلكتروني مما يجعل من العقد غير متوازن.

كما أن المشتري يبرم عقد البيع الإلكتروني دون وجود مادي متعاصر بينهما ، بل مجرد وجود إفتراضي أو تقديري متعاصر، بحيث يكون مجلس العقد الإلكتروني دون جدران ، الأمر الذي يستوجب حماية للمشتري الإلكتروني .

بالإضافة إلى كل هذا فإن إفتقار المشتري الإلكتروني إلى رؤية مادية للسلعة المتعاقد عليها ، يجعله في حالة تخوف وعدم ثقة بالبائع الإلكتروني ، نتيجة ما قد يترتب عن عملية التعاقد ، فإما أن تكون السلعة مطابقة لمواصفات العقد وملبية لحاجاته وتطلعاته ، و إما أن تكون السلعة غير مطابقة للمواصفات و لا تلبي حاجاته أو تزيد عنها ، مما يتطلب إحاطته بضمانات تحقق له الحماية الفعالة .

من خلال ما سبق قدمت هذه الدراسة ضمانات للمشتري في عقد البيع الإلكتروني ، تم التوصل فيها إلى النتائج الآتية :

- إن الضمانات التقليدية التي يتمتع بها المشتري الإلكتروني لا تخرج من حيث تنظيمها و أحكامها عن القواعد العامة ، ذلك أن عقد البيع الإلكتروني لا يختلف عن عقد البيع التقليدي إلا من خلال الوسيلة الإلكترونية التي يتم التعاقد بها ، و بالتالي فإن كل من ضمان العيوب الخفية ، وضمان التعرض و الإستحقاق تبقى ضمانات تقليدية بالدرجة الأولى و تنطبق على عقد البيع الإلكتروني في أغلب أحكامه .
- كما أنه بإعتبار أن البائع الإلكتروني لا يسمح في الغالب للمشتري بمناقشة بنود العقد أو التفاوض بشأنها ، حيث ينفرد بوضعها دون مراعات لمصلحة المشتري ، و تكون في أغلب الأحيان في صورة عقود نموذجية تطرح بصفة عامة على المشتري ، ويبقى على هذا الأخير سوى التوقيع و الإمضاء على العقد ، مما يؤدي إلى إختلال التوازن العقدي بين البائع الإلكتروني و المشتري ، من حيث الإلتزامات المفروضة عليهما ، إلا أنه في هذا الشأن إستطاعت القواعد العامة إيجاد حلول من خلال إعطاء القاضي سلطة تعديل أو إلغاء وحتى إمكانية تفسير هذه الشروط التعسفية
- كما أن المشرع الجزائري قام بوضع قائمتين محددتين للشروط التعسفية ضمن كل من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، و المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، و بالإضافة إلى القائمتين فقد قام المشرع بإنشاء لجنة الشروط التعسفية

من خلال نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ، و التي تقوم بمحاربة الشروط التعسفية من خلال إصدار التوصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة ، إلا أنه بالرغم من أهمية هذه التوصيات فإنها تبقى ذات طابع إستشاري .

- كما أنه بالنظر إلى التطور اللاحق بوسائل الإتصال الحديثة ، خاصة شبكة الأنترنت في جميع جوانبها ، ومع إنتشار البريد الإلكتروني و إتساع إستعماله في عمليات البيع الإلكترونية ، فإن ذلك أدى إلى الإعتداء على الحياة الخاصة للمشتري ، و إنتهاك حرمتها ، فأصبحت الأنترنت غير قادرة على توفير الأمان المطلق وكامل السرية لما ينقل عبرها من بيانات ومعلومات متعلقة بالمشتري الإلكتروني ، مما سهل من نطاق و طرق الإعتداء على سرية المراسلات ، بالإضافة إلى ذلك فإن قدرة الأنترنت على جمع وحفظ و إسترجاع ونقل البيانات الخاصة بالمشتري الإلكتروني جعلها تستحدث أساليب جديدة للتعدي على الحق في الخصوصية المعلوماتية ، ففي هذا الجانب إعتبر المشرع الجزائري الحق في الخصوصية من الحقوق الدستورية ، وقرر لها حماية جزائية فأفرد لها عقوبات في قانون العقوبات الجزائري .
- كما أن الإلتزام بالإعلام الإلكتروني من أهم الضمانات الحديثة التي يجب على البائع الإلكتروني الإلتزام بها ، حتى يتمكن المشتري من الإقدام على إبرام العقد وهو في كامل ثقته وعلمه بجميع عناصر العقد و بياناته الجوهرية ، مما يحقق توازنا عقديا بين كل من المشتري و البائع الإلكتروني ، وقد وضع المشرع في ذلك القانون رقم 13-378 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك .
- و بالنظر إلى القوة الإقتصادية للبائع الإلكتروني والذي يعتبر ملما بجميع خصائص السلعة ومواصفاتها من جهة ، ومن جهة أخرى بإعتبار عقد البيع الإلكتروني عقد مبرم عن بعد ، قد يتفاجئ المشتري عند التسليم بعدم مطابقة السلعة لمتطلباته و إحتياجاته أو أنها تزيد عنها ، مما جعل من ضمان حقه في العدول حماية له تمكنه من إعادة السلعة و إسترجاع الثمن ، مما يوفر له حماية خاصة ، وتوازنا عقديا بإعتباره الطرف الضعيف ، وفي غياب تنظيم خاص بأحكام الحق في العدول عن عقد البيع الإلكتروني في التشريع الجزائري ، فقد قصرنا دراستنا لهذا الحق ضمن التشريعات العربية كالتشريع التونسي ، و التشريع المصري الخاصين بالمعاملات الإلكترونية ، و التشريعات الغربية كقانون الإستهلاك الفرنسي والقوانين المعدلة له ، و التوجيه الأوروبي رقم 97/07 ، التي كانت سباقة في تنظيم حق المشتري الإلكتروني في العدول عن العقد.

كما توصلنا في نهاية دراستنا إلى مجموعة من الإقتراحات :

1. على الرغم من محاولة المشرع الجزائري لمواكبة التطورات الحاصلة في المعاملات الإلكترونية، من خلال مبادرته إلى إصدار مشروع قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية ، فإننا نطمح لهذا

القانون أن يجسد على أرض الواقع ، و يغطي جميع الجوانب المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية متداركا بذلك النقص الذي نشهده اليوم في مجال التعاقد الإلكتروني .

2. على المشرع الجزائري أن يعمل على تطوير سياسات تعزز ثقة المشتري الجزائري بمجال عقود البيع الإلكترونية ، وتساعد البائعين على الترويح للسلع و الخدمات في هذا المجال ، وذلك من أجل إنعاش التجارة الإلكترونية في الجزائر ، والتي تعود إيجابيا على الإقتصاد القومي .

قائمة المصادر

و المراجع

قائمـة المصـادر و المراجـع :

أولا : قائمة المصادر

1. القوانين الوطنية :

أ- القوانين العضوية:

1. القانون العضوي رقم 12 – 05 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ الموافق ل 12 يناير 2012 ، يتعلق بالإعلام ، ج ر ، عدد 02 ، الصادرة في 15 يناير 2012 .

ب- القوانين التشريعية و الأوامر:

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 م ، المتضمن القانون المدني الجزائري ، ج . ر عدد 78 ، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج . ر عدد 44 ، الصادرة في 26 جوان 2005 .
2. قانون رقم 04 -02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج . ر ، عدد 41 ، الصادرة في 27 يونيو 2004 .
3. القانون رقم 06-23 المؤرخ في 29 ذو القعدة عام 1427 هـ الموافق ل 20 ديسمبر سنة 2006 م ، المعدل و المتمم للأمر رقم 65-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق ل08 يونيو سنة 1966 م ، المتضمن قانون العقوبات ، ج . ر عدد 49 ، المؤرخ في 11 يونيو 1966 م .
4. القانون رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 ، المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، ج . ر عدد 07 ، المؤرخة في 10 فيفري 2008 .
5. القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 هـ ، الموافق لـ 25 فبراير 2009 ، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج . ر عدد 15 ، الصادرة في 08 مارس 2009 .
6. القانون رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 ، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ، ج . ر ، عدد 58 ، الصادرة في 18 نوفمبر 2013 .
7. القانون رقم 15 – 04 المؤرخ في 10 فيفري 2015 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتصديق و التوقيع الإلكترونيين ، ج. ر عدد 06 .
8. قانون رقم 16-01 مؤرخ في جمادى الأولى عام 1437 هـ الموافق ل 06 مارس سنة 2016 م ، يتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية ، عدد 14 .

ب-المراسيم التنفيذية :

1. المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 ، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، ج . ر عدد 05 ، لسنة 1990 .
2. المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 25 صفر 1411 هـ الموافق ل 15 سبتمبر 1990 م ، يتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات ، ج . ر عدد 40 ، لسنة 1990 .
3. المرسوم التنفيذي رقم 92 – 41 المؤرخ في 04 فبراير 1992 ، المحدد لشروط إنتاج مواد التجميل و التنظيف البدني و تسويقها في السوق الوطنية و كيفيات ذلك ، ج ر عدد 09 ، الصادرة في 1992/02/05.
4. المرسوم التنفيذي رقم 03 – 452 المؤرخ في 01 ديسمبر 2003 المحدد للشروط الخاصة بنقل المواد الخطرة عبر الطرقات ، ج ر ، عدد 83 ، لسنة 2003 .
5. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية ، ، ج . ر ، عدد 56 ، الصادرة في 11 سبتمبر 2006 ، المعدل بالقانون رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 ،ج . ر عدد 07 ، الصادرة في 10 فيفري 2008 .
6. مرسوم تنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 هـ ، الموافق لـ 26 سبتمبر لسنة 2013 م ، يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ ، ج . ر، عدد 49 .
7. مرسوم تنفيذي رقم 13 – 378 مؤرخ في 09 نوفمبر 2013 ، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ، ج ر ، عدد 58 ، الصادرة في 18 نوفمبر 2013.

2. <u>القوانين العربية :</u>

1. قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي ، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 64 صفحة 2084 ، بتاريخ 11 أوت 2000 .

الموقع الإلكتروني :

http://www.legislation.tn/detailtexte/Loi-num-2000-83-du09-08-2000-jort-2000-064--2000064000831

2. القانون المصري رقم 67 لسنة 2006 الصادر في 19 ماي 2006 المتعلق بحماية المستهلك .

الموقع الإلكتروني :

http://asa.gov.eg/laws/mif/laws-exec-statments/

3. <u>القوانين الأجنبية :</u>

أ- **<u>باللغة العربية :</u>**

1. القانون رقم 88-21 الصادر في 06-01-1988 م المتعلق حول البيع عبر المسافات ، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية الصادرة في 08 – 01 – 1988 .
2. قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد رقم 949 – 93 الصادر في 26 يوليو 1993 المعروف باسم " تقنين الإستهلاك "، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية الصادرة في 27 يوليو 1993 .

Loi n° 93 – 949, du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation, journal official de la république française , du 27 juillet 1993 .

الموقع الإلكتروني:
https://www.baofrance.com/telechargement/loireforemecreditconsommation.pdf

أو:

https://www.legifrance.gouv.fr

3. قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 ، الصادر في جلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1996 .

الموقع الإلكتروني :
www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

4. التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر عن البرلمان والمجلس الأوروبي في 20 مايو 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم : L 144/19 الصادرة بتاريخ 06/04/ 1997.

الموقع الإلكتروني :
http://data.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj

5. القانون رقم 575 – 2004 الصادر في : 21 جوان 2004 ، المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي ، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية Text 2 sur 108، الصادرة في 22 جوان 2004 .

الموقع الإلكتروني :
http://www.legifrance.gouv.fr/jo-pdf

ب- باللغة الفرنسية :

1. Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, journal officiel de la république Française, 001, du le 11 janvier 1978.

الموقع الإلكتروني :

https://www.legifrance.gouv.fr

2. Loi n° 78-17 du 06 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

الموقع الإلكتروني:

https://www.legifrance.gouv.fr

3. Loi n° 88-21, du 06 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de" télé-achat ", journal official de la république française , du 08 janvier 1988 .

الموقع الإلكتروني :

http://www.legifrance.gouv.fr

4. Directive 93-13C EE du conseil, du 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

الموقع الإلكتروني :

https://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj

5. Loi n°95-96 du 01 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

الموقع الإلكتروني :

https://www.ligifrance.gouv.fr

6. Ordonnance n° 2001 – 741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation , journal official de la république française , 13645 , du 25 août 2001 .

الموقع الإلكتروني :

http://www.legéfrance.gouv.fr/jo-pdf

7. Loi n° 03-2008 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs .

الموقع الإلكتروني :

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte. do?

ثانيا : قائمة المراجع

1) باللغة العربية :

1. الكتب :

أ- **المراجع العامة :**

1. **أنور سلطان**، العقود المسماة ، شرح عقد البيع و المقايضة ، د . ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، 2005 .
2. **أنور طلبة** ، انحلال العقود ، الفسخ ، التفاسخ ، الانفساخ ، المكتب الجامعي الجديد ، مصر ، 2004.
3. **توفيق حسن فرج** ، الوجيز في عقد البيع ، د . ط ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 1988.
4. **جعفر الفضلي**، الوجيز في العقود المدنية، البيع – الإيجار – المقاولة، دراسة في ضوء التطور القانوني معززة بالقرارات القضائية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 1435هـ – 2014 م .
5. **خليل أحمد حسن قدادة** ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الرابع ، عقد البيع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2000 .
6. **زاهية حورية سي يوسف**، المسؤولية المدنية للمنتج ، د. ط ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 .
7. **عباس العبودي** ، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني ، البيع و الإيجار، دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية، الطبعة الأولى ، دار الثقافة، عمان ، الأردن ، 1430 هـ – 2009 م.
8. **عبد الرزاق السنهوري** ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 (مصادر الالتزام) ، منشأة المعارف الاسكندرية ، مصر ، 2006 .
9. **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، العقود التي تقم على الملكية ، البيع و المقايضة، د . ط ، دار التراث العربي، بيروت ، لبنان
10. **عبد المنعم موسى ابراهيم** ، حسن النية في العقود ، د . ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2006 .
11. **علي فيلالي** ، النظرية العامة للعقد ، الطبعة الثانية ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005 .
12. **علي هادي العبيدي** ، العقود المسماة، البيع، الإيجار، و قانون المالكين و المستأجرين ، وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، الطبعة الرابعة ، دار الثقافة، عمان ، الأردن ، 2010.
13. **كريم بن سخرية** ، المسؤولية المدنية للمنتج و آليات تعويض المتضرر، د . ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر 2013 .
14. **محمد حسن قاسم**، القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين (الضمان) ، الإيجار، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2013 .

15. **محمد حسنين** ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006 .
16. **محمد حسين منصور** ، شرح العقود المسماة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، بيروت ، 2010 .
17. **محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، د . ط ، دار الهدى ، الجزائر، 2008 .
18. **محمد يوسف الزغبي** ، العقود المسماة ، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2004 .
19. **مصطفى أحمد الزرقا** ، العقود المسماة في الفقه الإسلامي ، عقد البيع ، الطبعة الثانية ، دار القلم ، دمشق 1433 هـ- 2012 م .

ب- المراجع المتخصصة :

1. **أحمد محمد الرفاعي** ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، د . ط ، دار النهضة العربية ، 1994، ص 220.
2. **أسامة ابو الحسن مجاهد** ، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت ، د ط ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2003 .
3. **أسعد دياب**، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني و الشريعة الإسلامية و القوانين العربية و الأوروبية، الطبعة الثالثة، دار إقرأ، بيروت ، لبنان ، 1983 .
4. **أشرف محمد مصطفى أبو حسين** ، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل احكام القانون المدني و الفقه الاسلامي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 2014 .
5. **بشار طلال المومني** ، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت ، دراسة مقارنة ، عالم الكتاب الحديث ، الأردن ، 2004 .
6. **بشار محمود دودين** ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، 2006 .
7. **خالد ممدوح إبراهيم** ، إبرام العقد الإلكتروني ، د . ط ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2007 .
8. **خالد ممدوح إبراهيم** ، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، مصر، 2007 ،
9. **سامح عبد الواحد التهامي** ، التعاقد عبر الأنترنت ، دراسة مقارنة ، د . ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008 .

10. **السيد محمد السيد عمران** ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك ، د . ط ، دار الجامعية ، لبنان ، 2003
11. **عامر قاسم أحمد القيسي** ، الحماية القانونية للمستهلك ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، الأردن ، 2000 .
12. **عامر قاسم أحمد القيسي** ، الحماية القانونية للمستهلك ، دارسة مقارنة في القانون المدني و القانون المقارن ، د . ط ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2002 .
13. **عبد الباسط حسن جميعي** ، حماية المستهلك – الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك – دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 .
14. **عبد الله ذيب محمود** ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ، الطبقة الأولى، دار الثقافة، عمان 1433 هـ- 2012 م .
15. **عبد المنعم موسى ابراهيم** ، حماية المستهلك ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007 .
16. **عمر خالد زريقات** ، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت ، دراسة تحليلية ، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان ، 2007 م .
17. **عمر محمد عبد الباقي** ، الحماية العقدية للمستهلك ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، القاهرة ، مصر ، 2008 .
18. **كوثر سعيد عدنان خالد** ، حماية المستهلك الإلكتروني ، د . ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2012 .
19. **محمد أحمد عبد الحميد أحمد** ، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي و الالكتروني ، د ، ط ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، 2015.
20. **محمد بودالي** ، حماية المستهلك في القانون المقارن – دراسة مقارنة مع الفانون الفرنسي ، دراسة معمقة في القانون الجزائري ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2006 .
21. **محمد حسين منصور**، أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 .
22. **موفق حماد عبد** ، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بغداد 2011 .
23. **نضال سليم برهم** ، أحكام عقود التجارة الالكترونية ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة ، عمان الأردن ، 2010 ، 1431 هـ .
24. **هادي مسلم يونس البشكاني** ، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية ، د . ط ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2009 .

2- المقالات :

1. **أحمد خديجي** ، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي ، مجلة دفاتر السياسية و القانون ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد 11 ، 2014 .
2. **بن قارة مصطفى عائشة** ، الحق في الخصوصية المعلوماتية بين تحديات التقنية وواقع الحماية القانونية ، مجلة الفقه و القانون ، جامعة إبن باديس ، مستغانم ، العدد الثاني و الأربعون (42) ، أبريل 2016 .
3. **زاهية حورية سي يوسف** ، تعليق على نص المادة 140 مكرر ق م ج ، المجلة النقدية للقانون ، العلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، العدد 02 ، 2010
4. **سوزان عدنان** ، إنتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الأنترنت ، دراسة مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 29 ، العدد الثالث 2013 .
5. **عبد الرحمان خلفي** ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم السياسية) ، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، الجزائر ، المجلد 28 (1) ، 2013
6. **عقيل فاضل حمد الدهان** ، و غني ريسان بادر الساعدي ، الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني ، مجلة أهل البيت –عليهم السلام– ،العدد الخامس ، ص 14 – 15 ، الموقع الالكتروني : http ://www.ahlubaitonline.com
7. **ناصر خليل جلال** ، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة الكترونيا عن بعد ، مجلة الحقوق ، جامعة البحرين ، المجلد التاسع ، العدد الأول ، 2009
8. **وليد خالد عطية و عباس عبد الصمد عباس** ، مفهوم الخيار القانوني للمستهلك في العدول ن العقد ، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الاسلامي ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية ، الموقع الالكتروني : https :www.iasj.net >iasj

3- الأبحاث الأكاديمية :

أ- **أطروحات الدكتوراه :**

1. **بن سعيد صبرينة** ، حماية الحق في حرمة الحياة الخاصة في عهد التكنولوجيا " الإعلام و الاتصال " ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص قانون دستوري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، الجزائر ، 2014– 2015 .
2. **سيد محمد سيد شعراوي** ، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الالكترونية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر .

ب- **رسائل الماجستير :**

1. **أبو حجيلة محمد رشيد حامد** ، الحماية الجزائية للمعلومات الشخصية للأفراد في مواجهة أخطار بنوك المعلومات ، دراسة مقارنة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أل البيت ، الأردن ، 2007 .
2. **سامي بلعباد** ، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني و القواعد العامة لحماية المستهلكين في الجزائر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري بقسنطينة ، 2005 .
3. **سليم جلاد** ، الحق في الخصوصية بين الضمانات والضوابط في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون ، تخصص حقوق الإنسان ، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية ، جامعة وهران ، الجزائر ، 2012-2013 .
4. **سي الطيب محمد أمين** ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2007 – 2008.
5. **صياد الصادق** ، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09 – 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في العلوم القانونية و الإدارية كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 01 ، 2013 – 2014 .
6. **مراد قرفي**، دعوى الضمان القانوني لعيوب البيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم التجارية ، جامعة بومرداس ، الجزائر، 2005- 2006 .
7. **مولود بغدادي** ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2014 -2015 .

ج- المحاضرات :

1. **بركات كريمة** ، حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، محاضرات لطلبة السنة الأولى ماستر، تخصص عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة البويرة ، 2016-2017.

4- المعاجم و الموسوعات :

1. راغدة شربل فرنسيس و كارول أسعد ، موسوعة العلوم الحديثة ، المعلوماتية و الحواسيب و الأنترنت www ، الطبعة الثانية ، دار الشمال ، طرابلس ، لبنان ، 2008 .

5-المواقع الإلكترونية :

1. عثمان بكر عثمان ، المسؤولية عن الإعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي شبكات التواصل الإجتماعي .
الموقع الإلكتروني :

http:law.tanta.edu.eg/files/cnf4

1. يونس عرب ، المخاطر التي تهدد الخصوصية و خصوصية المعلومات في الرقمي .

الموقع الإلكتروني : doc.abhatoo.not.ma >IMG >DOC>DRO

2) باللغة الفرنسية :

1. Lucas jean devise et jean Freyssinet droit de l'informatique et de l'Internet presses universitaires de France, économies, paris, 2000.

الفهرس

الشكــر و العرفـــان .....أ

الإهـــداء.....ب

قائمـة أهـم المختصــرات .....ج

مقدمـــة 06

الفصل الأول : الضمانات التقليدية للمشتري في عقد البيع الإلكتروني 12

المبحث الأول : إلتزامات البائع في عقد البيع الإلكتروني 15

المطلب الأول : ضمان العيوب الخفية 15

الفرع الأول : تعريف العيب الخفي 16

الفرع الثاني: شروط العيب الخفي 19

الفرع الثالث : أحكام ضمان العيوب الخفية.....21

المطلب الثاني : ضمان التعرض و الإستحقاق 31

الفرع الأول : تعريف ضمان التعرض و الإستحقاق 32

الفرع الثاني: أنواع ضمان التعرض و الإستحقاق.....33

الفرع الثالث : تعديل أحكام ضمان التعرض و الإستحقاق.....44

المبحث الثاني : الحماية من الشروط التعسفية و الحق في الخصوصية المعلوماتية في عقد البيع الإلكتروني.....46

المطلب الأول : الحماية من الشروط التعسفية 47

الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي..... 47

الفرع الثاني: عناصر و أنواع الشرط التعسفي.....49

الفرع الثالث : مكافحة الشروط التعسفية.....56

المطلب الثاني : حق المشتري في حماية الخصوصية المعلوماتية.....66

الفرع الأول : تعريف الحق في الخصوصية..... 67

الفرع الثاني: مجال تحريك البيانات الشخصية الإلكترونية 71

الفصل الثاني : الضمانات الحديثة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني 75

المبحث الأول : ضمان الإلتزام بالإعلام الإلكتروني.....77

المطلب الأول : مفهوم الإلتزام بالإعلام الإلكتروني.....77

الفرع الأول : تعريف الإلتزام بالإعلام الإلكتروني.....78

الفرع الثاني: شروط الإلتزام بالإعلام الإلكتروني.....82

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للإلتزام بالإعلام الإلكتروني.....86

المطلب الثاني : جزاء الإخلال بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني 88

الفرع الأول : حق المشتري في إبطال العقد.....89

الفرع الثاني: حق المشتري في فسخ العقد.....92

الفرع الثالث : حق المشتري في طلب التعويض.....93

المبحث الثاني : ضمان حق المشتري في العدول عن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني.....95

المطلب الأول : مفهوم الحق في العدول عن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني.....95

الفرع الأول : تعريف و خصائص الحق في العدول 96

الفرع الثاني: أحكام الحق في العدول.....101

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للحق في العدول.....106

المطلب الثاني : آثار الحق في العدول.....110

الفرع الأول : آثار الحق في العدول بالنسبة للمشتري.....110

الفرع الثاني: آثار الحق في العدول بالنسبة للبائع.....112

خاتمـــة 118

قائمـــة المصـــادر و المراجـــع 122

الفهـــرس 133

الملخـــص 137