

October 2009

The Purchaser's Securities in an Electronic Sale Contract - Part I

Osama Ahmed Bader

College of Law – UAE University, ossama.badr@UAEU.AC.AE

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Civil Law Commons](#)

Recommended Citation

Bader, Osama Ahmed (2009) "The Purchaser's Securities in an Electronic Sale Contract - Part I," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2009 : No. 40 , Article 6.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2009/iss40/6

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The Purchaser's Securities in an Electronic Sale Contract - Part I

Cover Page Footnote

Dr. Osama Ahmed Bader Associate Professor - Department of Private Law - College of Law - United Arab Emirates ossama.badr@UAEU.AC.AE

«ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني»*

إعداد

د. أسامة أحمد بدر*

ملخص البحث (القسم الأول)

نتناول في هذا الجزء تحليل النصوص القانونية التي تهدف إلى استنتاج الضوابط القانونية الواجبة لحماية المشتري (المستهلك) أثناء تنفيذه لالتزاماته في ضوء تحليل النصوص القانونية الفرنسية التي تخاطب المشتري بوصفه مستهلكاً وواقع التطبيقات القضائية في هذا الصدد.

مقدمة عامة:

في عام ٢٠٠٢م بحثنا في حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني^(١). وتناولنا ذلك في فصلين، حيث اقتصر الأول منهما على بيان فكري التجارة الإلكترونية والمستهلك، في حين خصصنا الفصل الثاني لكيفية إنشاء أو تكوين العقد الإلكتروني، وتم ذلك في مبحثين، تناول الأول منهما الإيجاب الإلكتروني، في حين تناول الثاني القبول الإلكتروني.

* أجزى للنشر بتاريخ ١١/١/٢٠٠٩م.
• أستاذ القانون المدني المشارك بكلية القانون جامعة الإمارات.
• سوف ينشر القسم الثاني لهذا البحث في العدد القادم (٤١) يناير ٢٠١٠م.
(١) أنظر: د. أسامة أحمد بدر "حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني" الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية.

وبان لنا اليوم، أن حق المشتري (المستهلك) في حاجة ضرورية إلى حماية آثار عقده مع البائع المهني، ومن ثم، آثرنا بحث موضوع "ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني" وذلك لسببين:

السبب الأول: ينم عن رغبة شخصية من جانبي لاستكمال ما سبق أن بحثناه، حيث لا يبقى بعد إنشاء أو تكوين العقد الإلكتروني إلا تنفيذه، وقد فضلنا عقد البيع الإلكتروني لأنه النموذج العملي التطبيقي في هذا الصدد.

أما السبب الثاني: فيكمن في جملة النصوص القانونية الجديدة التي أوجدها المشرع الفرنسي سواء في التقنين المدني أو في تقنين الاستهلاك استجابة للتوجيهات الأوروبية في هذا الخصوص، وعلى الجانب الآخر نجد أن تشريعاتنا العربية على وجه العموم، والتشريع المصري على وجه الخصوص، تخلو في جلها من مثل هذه النصوص مما يبرر بحث هذا الموضوع^(٢).

(٢) انظر المراجع الفرنسية الآتية:

V. TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.): Les grands arrest de la Jurisprudence civile, Dalloz, 10 ed. 1994.; CALAIS- AULOY (J.) et STEINMETZ (F.): Droit de la consommation, 5 ed. 2000, Dalloz.; SAINT- ALARY- HOUIN (C.): Les contrats desiquilibres, these PUAM, 2000; GHESTIN (J.): Le utile et le Justice dans les contrats, D. 1982 chron. P. 1, Les obligations, vol. 1. le coontrat. L. G. D. J. paris, 1980, n 182; SAVATIER (R.): La vente de services” D. 1971, chron, p. 223 a p. 231; ATIS (CH.): Droit civil, précis elementaire de contentieux contractual, PUAM, 200; VERBIEST (TH.): Le nouveau droit du commerce electronique preface de marc lolivier, L. G. D. J. 2005.; COEFFARD (P.): Garantie des vices caches et “responsabilite contractuelle de droit commun” L. G. D. J. 2005.; REBOUL (P.) et XARDEL (D.): “Le commerce electronique” ed. Eyrolles 1997.; TORRES (CH.): “L’ internet et la vente aux consommateurs” universite de paris x-Nanterre, 1999.

١- ما بين النظرية العامة للعقود بوجه عام^(١)، وتقنين الاستهلاك بوجه خاص^(٢) وُجد اليقين بأن حق المشتري (المستهلك)^(٣) في حاجة إلى حماية آثار عقد بيعه الإلكتروني^(٤) مع البائع المهني، لا يضاد حق الأفراد في حرية إبرام ما يشاءون من العقود، وتحديد لهم لقانون هذه العقود، مادامت توجد مساواة فعلية بين أطراف متكافئة.

(١) التي مازالت بمبادئها وقواعدها الحماية ذات قيمة تساهم بدورها في إثراء تقنين حماية المستهلك... كل ما في الأمر - على حسب تعبير قضاء النقض الفرنسي قديماً - أن الرغبة في تحقيق العدالة العقدية توجب الأخذ في الحسبان باعتبارات الزمان والمكان والظروف التي تم فيها العقد، لأجل أن يتمكن القاضي من تعديل اتفاقات الأطراف المتعاقدة، وإحلال شروط عقدية جديدة محل ما اتفق عليه الأطراف المتعاقدة.

«Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants (.....)»

V. Cass. Civ. 6 mars 1876, D. P. 1876, 1, p. 193, note: Giboulot;

TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.): les grands arrêts de la Jurisprudence civile, Dalloz, 10e éd. 1994, p. 406.

ونستنتج من هذا القضاء، أن الإرادة مهما عظم من سلطانها فينبغي أن يكون ما تتوافق عليه مع إرادة أخرى في نطاق التلاؤم مع المصالح المادية للأطراف المتعاقدة، كصدي مباشر، وبرهان واقعي للعدالة العقدية. فقيمة التوازن العقدي تعلو على غلواء سلطان الإرادة وقتما تعبر عن حاجة مادية أو منفعة اقتصادية أحادية الجانب.

(٢) أقصد «تقنين الاستهلاك الفرنسي» كمحل لدراستنا المقارنة هنا بوجه خاص.... والمرجع الأساسي للدراسة هو:

V. CALAIS - AULOY (J.) et STEINMETZ (F.): Droit de la consommation, 5e éd. 2000, Dalloz.

فضلاً عن: التطورات التي لحقت ببعض نصوص مواده بمقتضى المراسيم (أو التوجيهات) الأوروبية والتي نفذها المشرع الفرنسي، وتيسر لنا الإطلاع عليها في «التقنين المدني الفرنسي»، طبعة Dalloz.

(٣) راجع: مبررات حماية المستهلك، من منظور قانوني وتقني، البحث الخاص بنا: «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني»، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ٩٠ وما بعدها.

(٤) استجابة لما هو واقع راهن من «مسلمات عالمية» «postulats mondains» قوامها النظام الرأسمالي العالمي الجديد في بعده الاقتصادي الذي لا يكشف لنا فقط عن منافع تتصارع مع منافع أخرى، بل يكشف لنا أيضاً عن مبادئ النظام الأنجلوسكوني التي تتصارع مع مبادئ النظام اللاتيني.

وبسبب عدم المساواة، وواقع انعدام التكافؤ، بين المشتري (المستهلك) والبائع (المهني)^(٥) فلن يتحقق وجود لمبدأ العدالة العقدية^(٦).

مما حث المشرع إلى وجوب التدخل لتأكيد حقيقة هذه العدالة - قبل أن تذهب أذراج الرياح عبر التقنيات الرمزية الحديثة - كنظر عقلي ومذهب موضوعي^(٧).

٢- موضوع البحث وأهميته:

إن فلسفة وغاية تقنين الاستهلاك محل لكل تفكير وتساؤل، ولاسيما فيما يتعلق بعقد من أهم وأوسع العقود نطاقاً في تطبيقات معاملاتنا اليومية، ألا وهو «عقد البيع».

(٥) ونسأل: ماذا عسى أن تكون صلة القانون بهذا الموقف العقدي القانوني الجديد؟ وأعتقد أنه: ليس من شأن لفظي «المشتري» و«البائع» أن يربطنا بالنظرية التقليدية في الالتزامات والعقود في جملتيهما فحسب، بل إضافة صفتي «المستهلك» و«المهني» إليهما، يجعل هذه النظرية التقليدية تكتسب دالة جديدة بحسب طبيعة الموقف الجديد الذي تندمج فيه، ومعنى هذا بعبارة أخرى أن تغيير دالة الفكرة (أو وظيفتها) لا بد من أن يقترن بتغيير مماثل في معناها (أو دلالتها)، أي دلالة جديدة للمحتوى العقدي.

(٦) رغم أن ثمة مبادئ ومسلّمات استقرت عليها المدونات المدنية منها «افتراض التوازن في العقود» «les contrats sont présumés équilibrés» وأن «كل ما هو عقدي.... عادل» «Qui dit contractuel, dit juste»

راجع:

V. SAINT - ALARY - HOUIN (C.): les contrats déséquilibrés, thèse, PUAM, 2000, no 1, p. 17.

(٧) فيما آل إليه تطبيق مبدأ سلطان الإرادة لفكرة قدرة الأطراف المتعاقدة على الدفاع عن مصالحها من إيجاد عقود غير متوازنة من حيث الموضوع، مما أوجب التدبر في مسألة جديدة هي «الاقتصاد العام للعقد» «L'economie générale du contrat».

وهذا ما غفلت عنه، النظرية التقليدية في الالتزامات، مما أوجب التدخل التشريعي بتقنين الاستهلاك.

راجع: قريب من هذا المعنى: V. SAINT - ALARY - HOUIN (C.): thèse précité, no 2, p.18.

هذا العقد الذي يتم في نطاق بحثنا عن بُعد. عبر الوسائل والتقنيات الإلكترونية الحديثة.

تلك التقنيات التي أصبحت بمثابة جزء لا يتجزأ من صميم تسيير واقعنا المعاصر.

وتحدد نطاق اختيارنا لآثار هذا البيع الإلكتروني كمحل للتحليل القانوني في إطار «مبدأ العدالة العقدية». «Le principe de justice contractuelle»^(٨).

٣- بيع الأشياء و «الخدمات»:

تقليدياً، يعرف البيع La vente في القانون الفرنسي بأنه: العقد الذي بمقتضاه يتعهد أحد طرفيه وهو البائع La vendeur بنقل ملكية شيء معين وتسليمه إلى المشتري L'acheteur أو الممتلك L'acquéreur الذي يلتزم بدفع الثمن للبائع^(٩).

(٨) راجع: الأستاذ: GHESTIN، وتفرقت بين «العدالة التوزيعية» و «العدالة التبادلية»، حيث يقرر بأن «العدالة التوزيعية»: «La justice distributive» هي العدالة التي بمقتضاها يحصل كل فرد من أفراد المجتمع على حصته، بصورة متساوية ووفق كل طائفة من طوائف المجتمع وفي إطارها. «أما العدالة التبادلية»: «La justice commutative» فهي التي تعني هنا في مجال البحث عن حماية المشتري (المستهلك) بحسبانها «عدالة تصحيحية» «justice correctrice». حيث لا تدعو الحاجة إليها بحسب الأصل إلا وقتما يوجد في عقد ما، كعقد البيع الإلكتروني عدم تساوي بين حقوق والتزامات كل من طرفيه.

V. GHESTIN (J.): L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, chron. P.1.
Les obligations, vol. 1. le contrat, L. G. D. J. , paris, 1980, no 182.

(٩) راجع:

«contrat par lequel l'une des parties, le vendeur, transmet la propriété d'une chose et s'engage à livrer celle – ci, à une autre, l'acheteur ou l'acquéreur, qui s'oblige à lui en payer le prix».

V. Vocabulaire Juridique de L'Association Heneri Capitant, sous la dir. de CORNU (G.), PUF, 7e éd. 2005, v0 vente.

ومن الجدير بالذكر أن المادة ١٥٨٢ مدني فرنسي تحدده بصورة عامة غير دقيقة، بحسبانه الاتفاق الذي بمقتضاه يلتزم «أحد» بأن يسلم شيء، ويتعهد الآخر بأن يدفع له.

ويتحدد محل البيع - وفقاً للتعريف السابق - في «الأشياء» فقط، ولا يشمل «الخدمات» Les services، ورغم ذلك، لا تبدو فكرة بيع الخدمات بعيدة عن التقنين المدني الفرنسي، فقد دافع العميد: SAVATIER عن هذه الفكرة، واعتبر الخدمات «كما الأشياء المالية». «comme un bien patrimonial».

ومن ثم، يمكن أن تكون محلاً لعلاقة مديونية، ولاسيما في نطاق «الالتزام بعمل». «une obligation de faire»^(١٠).

«la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé» Art. 1582. c. civ.

(١٠) وجاء في مقالة العميد: SAVATIER أن التدبر في نصوص التقنين المدني الفرنسي يوجد مجالاً بكل تأكيد لتصوير «فكرة عامة للبيع» بحيث يمكن أن تضم «الخدمات»، رغم أن دقة اللغة القانونية تستعصى على توظيف هذه الكلمة في البيع، غير أن هذا على المستوى اللفظي فقط، وعلى أقل تقدير فإن استخدامها في البيع، كمحل له، وردت في الاتفاقيات الدولية، كالمادة رقم ٦٠ من معاهدة روما والمادة رقم ٥٠ من التوجه الأوروبي.

«il cite notamment l'article 60 du Traité de Rome, désormais article 50 de la version consolidée du Traité instituant la communauté européenne».

ويكمن أساس شمولية البيع للخدمات - في تصوره - فضلاً عن أنها محل لحق مالي، أنه في نطاق عقد «السفر» أو الرحلة جزافاً.

du contrat de voyage à forfait

تكمن العقبة الأساسية في فعل البائع، بمعنى أن «وكالة السفر»

«L'agence de voyage»

لا تباع الخدمات فقط التي تقدمها هي بنفسها ولكن أيضاً الخدمات التي يقوم الغير بتقديمها.

«فالبيع الجزافي» «La vente d'un forfait» سيتضمن في الواقع الخدمات المتنوعة:

كالنقل Transport

والإيواء hébergement

وإعادة المسافرين restauration

.... الخ.... من خدمات تقدم من موردين مختلفين، مما يوجب صعوبة قانونية حقيقية في تحديد المسئول وقتما لا يتم تنفيذ أحد هذه الالتزامات بشكل صحيح في هذا البيع الجزافي.

V. SAVATIER (R.): «La vente de services» D. 1971, chron, p. 223 à p. 231.

وفي رأينا: أن الخدمة هي كل أداء يمكن تقويمه نقداً، وإذا كان اصطلاح «المال» في القوانين الحديثة لا يقتصر على الأشياء فحسب بل يتناول الحقوق أيضاً، وأخاله يتناول كل ما يمكن تقويمه كسبب منشئ للمال، ذلك أن الأشياء والخدمات لا يؤبه بها في ذاتها إلا باعتبارها أسباباً منشئة للأموال، أي كعناصر للثروة الخاصة للإنسان، مادام في الإمكان تقويمها.

٤- ولئن كان موضوع بحثنا هو محاولة لتجنب بعض المشكلات القانونية القائمة بصدده، إلا أن الحلول التي قررها الفقه القانوني لم تنزل بعد باقية، وستظل باقية دوماً^(١١). كل ما في الأمر، أن هذه المشكلات قد تطورت،

راجع في تفصيلات ذلك، مؤلفنا: «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني». مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

- (١١) راجع في الفقه المصري على سبيل المثال ما يلي:
 د/ محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية قضائية في فرنسا، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٠.
 د/ محمد كامل مرسى: العقود المسماة، الجزء السادس، عقد البيع وعقد المقايضة، سنة ١٩٥٣.
 د/ نبيل إبراهيم سعد: العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٤.
 د/ نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية، طبعة سنة ١٩٩٠، الناشر، دار النهضة العربية.
 د/ محمد شكري سرور: موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٦.
 د/ حسين عبد الباسط جمعي: حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك)، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦.
 و أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠.
 د/ محسن البيه: حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة ١٩٩٣ م.
 د/ حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٩٧ م.
 و «مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي»، «ترجمة»، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠ م.
 د/ حمدي عبد الرحمن: نحو نظرة جديدة إلى مدخل الدراسة القانونية المقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة ١٧، يوليو ١٩٧٥ م، من ص ٨٠١ إلى ص ٨٨٨.
 د/ طلبة وهبة خطاب: مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥.
 و المسؤولية المدنية لناقل الأشخاص بالمجان، دراسة قضائية مقارنة، دار الفكر العربي.
 د/ عبد الناصر توفيق العطار: مصادر الالتزام، سنة ١٩٩٠ م.
 د/ نبيلة إسماعيل رسلان: عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨ - ١٩٨٩ م.
 د/ منصور مصطفى منصور و د/ جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، سنة ٢٠٠١/٢٠٠٢ م.
 د/ سليمان مرقس: العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٨٠ م، عالم الكتب.
 د/ سليمان مرقس مع د. محمد علي إمام: عقد البيع في التقنين المدني الجديد، القاهرة ١٩٥٢-١٩٥٣ م.

وتتطور باستمرار في ظل التعاقد الإلكتروني عن بعد، مما ينبغي أن تتغير معها حلولها، وإلا ما كان المشرع بحاجة إلى إيجاد تشريع مستقل لحماية المشتري (المستهلك).

٥- منهج البحث:

من منطلق اعتقادنا بأن تحقيق مبدأ العدالة العقدية ليس بالضرورة مجرد نتيجة لضرب من «الحساب النفعي»، حاولنا تلمس آيات تطبيق هذا المبدأ في آثار البيع الإلكتروني، بأسلوب تحليلي لما أوجده النص القانوني من مستجدات الأحكام، وما أبدعه القضاء الفرنسي من حلول دفعت المشرع دفعا إلى التدخل بالنص.

كل ذلك، في إطار الدراسة المقارنة بين القانونين المصري والفرنسي كحثٍ لمشرعنا المصري على المبادأة في إيجاد نصوص قانونية تخاطب المشتري بصفته مستهلكاً، ومن ثم، نقصده الحماية القانونية أصلاً ووصفاً.

د/ عبد الفتاح عبد الباقي: محاضرات في العقود، الجزء الثاني، عقد البيع، سنة ١٩٥٦م.
د/ محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد البيع، سنة ١٩٦٢م.
د/ حسن عبد الباسط جيمعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠م.

٦ - خطة البحث:

ينبنى على ما تقدم، تقسيم هذا البحث إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول : حماية المشتري أثناء تنفيذه لالتزاماته

المبحث الأول: أسباب الحاجة إلى حماية المشتري (المستهلك).

المطلب الأول: واقع عدم المساواة بين البائع (المهني) والمشتري (المستهلك).

المطلب الثاني: نحو توازن عقدي في عقد البيع الإلكتروني،

المبحث الثاني: الحماية الوقائية للمشتري (المستهلك).

المطلب الأول: ضمان تأكيد شروط العقد وأحكامه.

المطلب الثاني: ضمان عدم إذعانه لشروط تعسفية.

المطلب الثالث: حظر بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الخط.

المبحث الثالث: ضمان حماية المشتري في وفائه بالثمن.

المطلب الأول: طرق أو (وسائل) الدفع عبر الخط.

المطلب الثاني: نحو أمان الوفاء بالثمن عبر الخط.

الفصل الثاني: ضوابط تنفيذ البائع (المهني) لالتزاماته

المبحث الأول: الالتزام بالتسليم.

المطلب الأول: زمان التسليم.

المطلب الثاني: كيفية التسليم.

المطلب الثالث: تأكيد المطابقة.

المبحث الثاني: الالتزام بضمان السلامة.

المطلب الأول: السلامة في ضوء التسليم المطابق.

المطلب الثاني: السلامة كالتزام مستقل بذاته.

المبحث الثالث: الالتزام بالضمان.

المطلب الأول: ضمان عدم التعرض والاستحقاق.

المطلب الثاني: ضمان العيوب الخفية.

المطلب الثالث: خصوصية ضمان البائع المهني.

هذا وسوف نتناول القسم الأول وعنوانه "حماية المشتري أثناء تنفيذه لالتزاماته" الفصل الأول "على النحو الآتي:

الفصل الأول حماية المشتري أثناء تنفيذه لالتزاماته

٧- تحديد وتقسيم:

إن التفكير المنهجي في مبدأ المساواة^(١٢) في قانون العقود يقود تطبيقه بالضرورة إلى تحقيق العدالة^(١٣) العقدية.

وآثرنا البحث عن ضمانات حماية المشتري أثناء تنفيذه لالتزاماته، لأن القواعد الحمائية في تقنين الاستهلاك تهدف من بين ما تهدف إلى حماية المستهلك (المشتري أو غيره) حتى من نفسه هذا من جانب.

(١٢) «le principe d'égalité»:

عنوان، اتخذها الباحث: BERTHIAU منهجاً للبحث في أطروحته لنيل درجة الدكتوراه في القانون في سنة ١٩٩٩. وقرر في المقدمة بأن لفظة «المساواة» يصعب تحديد معناها بطريقة موحدة unitaire ومجردة abstraite، لأنها من الصعوبة بمكان أن ن فصلها عن سياق تطبيقها، فثمة تطبيقات عديدة لها سواء في علم الرياضيات والجبر..... فضلاً عن المساواة بين بني الإنسان، «مساواة في الحقوق» égalité en droits، وفي الواجبات.... الخ... ولكن كيف تتحقق المساواة في قانون العقود؟

V. BERTHIAU (D.): le principe d'égalité et le droit civil des contrats. Préface de Jean - louis sourioux, L. G. D. J. 1999 no 5, p. 3.

وفي رأينا: أن مبدأ المساواة في العقود يعنى تقويم وتعديل آثار كل عقد، وجعلها سوية. وفي اللغة يقال ساوى بينهما أو سوى بمعنى أن يكون كل من المشتري (المستهلك) والبائع (المهني) في مركز قانوني متساو من حيث التماثل والتعادل بين التزامات كل منهما فينبغي أن يتساويا (أي يتماثلا ويتعادلا) في الحقوق والواجبات ليقال أنهما في مركز قانوني واحد متماثل ومتعادل.

(١٣) «والعدالة» هي إحدى الفضائل الأربع التي قال بها الفلاسفة من قديم، وهي الحكمة، والشجاعة، والعفة، والعدالة. «والعدل»: هو الإنصاف، وهو إعطاء المرء ما له وأخذ ما عليه.

راجع: المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مجمع اللغة العربية، سنة ١٩٩٢، باب (ع)، ص ٤٠٩. وفي العدالة العقدية أنظر:

V. GHESTIN (J.): L'utile et le juste dans les contrats op. cit. P.1.

ومن جانب آخر، فإن المساواة - كما يقرر البعض - تفترض مقارنة وثباتاً في آن واحد^(١٤).

فبدون المقارنة «la comparaison» كيف نتحقق من التعادل بين حقوق وواجبات كل من المشتري (المستهلك) والبائع (المهني)؟

وكيف نحكم بوجود تماثل وتطابق identité ينبي عن تكافؤ المركز القانوني لكل منهما لدرجة القول «بوحدة هذا المركز القانوني».

ومن هنا يتسنى القول بوجود توازن équilibre على أسس واقعية.

وفى ذات الوقت يتحقق الثبات كأثر لما سبق، وآيته التوافق والانسجام بين مركز كل من المشتري والبائع في ضوء مطابقة القواعد، وأن يتم ذلك بانتظام.

٨- وعلى هدى ما تقدم، حددنا أفكار هذا الفصل في ثلاثة مباحث على

النحو التالي:

المبحث الأول: أسباب الحاجة إلى حماية المشتري (المستهلك).

المبحث الثاني: الحماية الوقائية للمشتري (المستهلك).

المبحث الثالث: ضمان حماية المشتري في وفائه بالثمن.

(١٤) راجع:

«L'égalité suppose une comparaison ou une constance. En temps que comparaison, elle est équation, identité, équilibre. comme constance, elle est régularité, uniformité»

V. BERTHIAU (D.): thèse précitée, no 5, p. 3.

المبحث الأول أسباب الحاجة إلى حماية المشتري (المستهلك)

٩- تحديد وتقسيم:

على الرغم من الفارق الذي يفصل المفهوم الجزئي للمستهلك عن مفهومه الكلي كمشتري، إلا أن ثمة مصدراً قانونياً واحداً يربطه بالبائع المهني ألا وهو «عقد البيع الإلكتروني».

ومن هنا فإن هذا المفهوم الجزئي قد أصبح يختلط بالمفهوم الكلي. وفكرة عدم المساواة الواقعية بين كل من المستهلك والمهني تقود بالضرورة إلى عدم توازن عقدي بينهما.

١٠- ومن ثم، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: واقع عدم المساواة بين البائع (المهني) والمشتري (المستهلك).

المطلب الثاني: نحو توازن عقدي في عقد البيع الإلكتروني.

المطلب الأول

واقع عدم المساواة بين البائع المهني والمشتري (المستهلك)

١١- إن المساواة l'égalité بين البائع والمشتري ليست شرطاً لصحة البيع، وليست في ذات الوقت هي الموقف الطبيعي بين الطرفين، ولم تكن أبداً كذلك، فالمألوف هو أن يوجد أطراف التعاقد في موقف غير متساو^(١٥).

(١٥) راجع في هذه الرؤية الواقعية:

فالبائع يتفاوض إلكترونياً مع كل من يرغب في شراء منتجه، وتلك مسألة عادية banale ومألوفة ordinaire بالنسبة له، فمصلحته ستظل دوماً قائمة ومتحققة، لأنه لا يؤدي عملاً طارئاً ومستعجلاً elle ne subit aucune urgence، وكل احتمالات التعاقد يكون مستعداً لها بمقتضى ممارسته اليومية على وجه الاعتياد والحرفة بغرض تحقيق الربح، فهو بالضرورة مهني «محترف»^(١٦).

أما المشتري، فهو شخص في الغالب غير محترف يريد تلبية احتياجاته أو احتياجات أسرته، فهو في حاجة إلى التعاقد للحصول على المنتج أو السلعة، ومن ثم سيتعاقد ويجد نفسه مرتبطاً ومتعهداً ببيع ومعاملات ليست له خبرة بصددها، ويتغايير وضعه الواقعي في هذا الإطار من حيث عناصر عديدة، كقدرته المالية، والنفسية، والاختصاص، والعلم، ومدى الدراية الكافية بما أقدم عليه من شراء..... الخ... من جملة عوامل متغيرة، تختلف بالضرورة من شخص إلى آخر، وبالجملة مسائل ذات درجات متباينة، ومن الصعوبة أن يقدرها القاضي؛ لأنها تخرج عن كل فكر النظرية العامة في الالتزامات^(١٧).

V. ATIS (CH.): op. cit, no 297, p. 255 qui disait: «l'égalité des parties ne saurait être ni une condition de validité du contrat, ni même la situation normal; elle ne l'a jamais été. Il est habituel qu'elles soient en positions inégales».

(١٦) راجع في نفس المعنى:

V. ATIS (CH.): op. cit. no 297, p. 256.

(١٧) أنظر المرجع السابق.

١٢- ونتساءل: هل حالة «عدم المساواة» تبرر نفسها بنفسها؟ وهل للقانون دور في وجود الرابطة العقدية التي تستقيم مع فلسفة النظرية العامة للالتزام ولاسيما في نطاق العقود؟

قدرها البعض «بالأزمة» «la crise» التي تكمن في «التصور الفردي الليبرالي للعقد»، وهو التصور الذي ليس له اليوم نطاق محدود عما كان عليه الوضع في القرن التاسع عشر، ويرجع ذلك إلى الحرية المتطورة مع التغيرات الاقتصادية^(١٨)، أو التحولات الاقتصادية في ظل التكتلات الكبرى ووجود الشركات العابرة للقارات والتي تتحكم في اقتصاد السوق وما أطلق عليه «العولمة».

وتتحدد الترجمة القانونية لذلك في مبدأ سلطان الإرادة^(١٩)، ويرصد البعض أنه في نهاية القرن التاسع عشر كان ثمة سلطان للإرادة في النطاق الواسع للوقائع القانونية تحدد في مبدأ سلطان الإرادة الفردية مع التحفظ بوجود حصر ضيق لهذا السلطان، ومهما يكن من أمر فقد كانت الحرية العقدية تحدد الحقوق والالتزامات، وتملك تعديل محتواها^(٢٠). وبعد سنوات عديدة لم يعد ثمة مجال للتحدث عن هذا السلطان، وتم انتقاد هذه الحرية مما أوجد أثراً في مبدأ سلطان

V. JAMIN (CH.):et MAZEAU(D.) La nouvelle crise du contrat? Ed Dalloz 2003 p.8. (١٨)
راجع: (١٩)

V. BÜRGE (A.): «Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral, R. T. D. C. , 2000, p. 1 - 24.

أنظر: (٢٠)

V. GENY (F.): Méthode d'interprétation et sources en droit positif. ESSAI CRITIQUE, CHEVALIER – Marescq & cie, 1899, p 169 – 170.

الإرادة، بحيث تم تغليب النظام الاجتماعي على النظام الفردي، وهنا ظهر التساؤل عن العلاقة بين القانون والعقد، وإلى الآن يؤدي القانون «دوراً جوهرياً سلبياً». «un rôle essentiellement négatif».

حيث تكمن وظيفته في حماية الحرية الفردية، وآية ذلك ما تقرره المادة 1101 من التقنين المدني الفرنسي وما يليها^(٢١).

١٣- وليس تبيان ما سبق من قبيل «الترف القانوني» فهو في رأينا جوهر الإشكالية الخاصة ببحثنا عن إيجاد ضوابط حقيقية تحمي آثار البيع الإلكتروني، ذلك أن عقد البيع رضائي، وتحدد إرادات الأطراف بنوده، وما سردناه عن فلسفة ومبدأ سلطان الإرادة، والعلاقة بين القانون والإرادة ليس سوى مقدمة تقودنا إلى استنتاج استنفاهي يتمثل في مدى قدرة القانون على التداخل الفعال في حماية عقد البيع الإلكتروني؟

(٢١) راجع:

V. CARBONNIER (J.): Droit et passion du droit sous la ve République, Flammarion, 1996. p. 177.

والذي يعتقد، أن المادة رقم (٦) فقط من التقنين المدني الفرنسي، يستفاد منها «مبدأ الحرية العقدية» وكأنه مخالفة القانون.... مما يعني في تصوره أنه «في غياب قانون من هذه الطبيعة، فتكون الحرية هي التي تصنع القانون».

«qu'en l'absence d'une loi de cette nature, c'est la liberté qui fait loi»

ونص المادة (٦) من التقنين المدني الفرنسي محل التعليق هو:

«Qn ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs».

«أي عدم قدرة الاتفاق على ما يخالف القوانين التي تتعلق بالنظام العام والآداب العامة».

المطلب الثاني نحو توازن عقدي في عقد البيع الالكتروني

١٤ - تحديد:

هل يعد عقد البيع في الواقع القانوني المعاصر وكأنه يظهر إلى الوجود للمرة الأولى لا لشيء سوى وجود اتجاه يمتد شيئاً فشيئاً نحو حماية المشتريين؟ ربما تصطدم - في رأينا - صيغة هذا التساؤل مع ثبات النظام القانوني للعقود الذي يحكم عقد البيع. غير أن التساؤل تثار أهميته وواقعيته، وبكل قوة، وبقوة، ونستبدل كلمة المشتريين ونحل محلها كلمة «المستهلكين»!؟

ولئن كانت الشريعة العامة للعقود، ومنها عقد البيع تتسم الآن بالتقليدية، إلا أنه مازالت تجد مجال تطبيقها فيما يتم من عقود بيع كل لحظة بين المهنيين «أو المحترفين» أنفسهم، أو بين الأفراد الطبيعيين قبالة بعضهم البعض.

أما مجرد التغيير في صفة المتعاقد وقتما لا يكون المتعاقد معه يتصف بنفس الصفة، بمعنى أكثر تحديداً، وقتما يتم عقد البيع بين «مهنياً» و «مستهلك» كفرد عادي»، فعندئذ يخضع العقد لنظام قانوني مختلف أوجده تقنين الاستهلاك، لهذا الشكل العادي من التعاقد مراعاة منه لصفة من يتعاقد كأن يكون - كما سبق القول - أحدهما بائع مهنياً (محترفاً) والآخر فرداً طبيعياً (مستهلكاً).

١٥ - ومن ثم، يثور تساؤل عن سبب هذه الخصوصية؟ ومن المنطقي أن تكون الإجابة هي رغبة المشرع في حماية المستهلكين..... لماذا؟

بسبب عدم وجود توازن حقيقي بين الطرفين المتعاقدين سواء من حيث القوة الاقتصادية أو المعلوماتية. لاسيما وأن عدم التوازن يتفاقم تستراً وراء التقنيات الإلكترونية التي تتطور يوماً بعد يوم في ظل ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، ومن ثم، يوجد بالفعل عدم توازن... فما هو السبيل إذن إلى تحقيق توازن عقدي بين المتعاقدين غير المتكافئين اقتصادياً ومعلوماتياً؟

رئي أن هذا التوازن لن يتحقق إلا بالتدخل من قبل المشرع، لاسيما وأن النظرية العامة للالتزام، وقانون العقود لم تكن وليدة فلسفة تشريعية تأخذ في حسابها القوة الاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة بحسب الأصل^(٢٢) بل انطلقت من: «مبدأ سلطان الإرادة».

فالإرادة هي أساس القانون وأساس العقد^(٢٣) فالعقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين^(٢٤).

(٢٢) أنظر البحث الخاص بنا عن «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني» «في مرحلة تكون العقد» مرجع سابق، ص (٩٢) وما بعدها.

(٢٣) في ظل سلطان كامل للإرادة الفردية، فالإنسان حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، ولا أهمية لشكل العقد مادامت الإرادة موجودة، وينظر إلى محتوى العقد من منظور توافقه مع مصلحة طرفيه، ولا وجود إذن لأدنى أثر لاقتصاد العقد وتوازنه الموضوعي.

وتنامي فارق القوة الاقتصادية لدرجة جعلت التفاوض بين المتعاقدين هباءً منثوراً، فالأقوى اقتصادياً يفرض شروطه على الطرف الضعيف الذي يضطر إلى قبول هذه الشروط التي ليست عادلة بالنسبة إليه، وهكذا انتشرت عقود الإذعان، ولم يملك القضاء إلا محاولة تحقيق عدالة عقدية من طريق ما يقدر عليه من تفسير لشروط العقد.

ثم برصد - البعض - بدايات الحد من مبدأ سلطان الإرادة بإصدار قانون العمل وقانون التأمينات، ثم قانون الاستهلاك في السبعينات، مما أدى إلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة، وتجلي ذلك في ثلاثة مظاهر هي:

أولاً: لم تعد هناك دائماً حرية تعاقد، بل وجدت عقود مفروضة.

ثانياً: أصبح شكل العقد في الغالب منظماً حماية للطرف الضعيف.

المبحث الثاني الحماية الوقائية للمشتري (المستهلك)

١٦ - تحديد وتقسيم:

لا ينبغي الاعتقاد بأن بحثنا عن حماية وقائية للمشتري المستهلك يرتد إلى الشكل وليس المضمون. ذلك أن الفروق القائمة بالفعل بين كل من البائع (المهني) والمشتري (المستهلك) توجب حماية هذا الأخير حتى من نفسه.

وحاولنا، تبيان هذه الحماية الوقائية من طرق عدة، سواء بتأكيد تنفيذ المهني لالتزامه بالنصح للمستهلك، أو بضمان تأكيد شروط وأحكام العقد على المستوى التقني، أو من طريق أخير ألا وهو تأمين عدم خضوع المستهلك وإذعانه لشروط تعسفية في إطار المقولة الذائعة الصيت في علم الطب بأن «الوقاية خير من العلاج».

فضلاً عن ضمان تأكيد الحفاظ على صحة المستهلك من طريق حظر بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت.

ثالثاً: أصبح محتوى العقد نفسه توجهه أحكام أمرة. ومهما يكن من أمر، فإن معظم العقود تبقى إلى اليوم في نطاق فكرة الحرية التعاقدية، رغم ما أوجده القضاء الفرنسي من رقابة مرنة على مضمون العقد، وإحاطته بهذا المضمون أكثر من الإحاطة الجامدة به من قبل القانون. وانطلق فكر هذه الرقابة بالارتكاز على مبادئ جديدة، كالمساواة العقدية والتوازن العقدي... الخ.....

V. BÉNABENT (A.): Droit civil «les obligations» Montchrestien, 2004.

(٢٤) أو للأسباب التي يحددها القانون... راجع: نص الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) مدني مصري.

١٧- وعلى هدى مما تقدم، قسمنا هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: ضمان تأكيد شروط العقد وأحكامه.

المطلب الثاني: ضمان عدم إذعان المشتري (المستهلك) لشروط تعسفية.

المطلب الثالث: حظر بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت.

المطلب الأول

ضمان يقين المشتري بمضمون بنود العقد.

١٨- تحديد وتقسيم:

نتناول هذا الضمان في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الالتزام بالنصح أو «بتقديم المشورة».

الفرع الثاني: ضمان ثبات شروط العقد وأحكامه على المستوى التقني.

الفرع الأول

الالتزام بالنصح أو «بتقديم المشورة»

١٩- فرض المشرع الفرنسي الالتزام بالنصح^(٢٥) أو بتقديم المشورة

«l'obligation de conseil» على عاتق البائع المهني بمقتضى نص المادة (١) -

L.١١١) من تقنين الاستهلاك^(٢٦) وهو الالتزام الذي يتجاوز مجرد الإعلام^(٢٧).

(٢٥) وفي اللغة: نصح لفلان الود أو المشورة أي أخلص له وأرشده إلى ما فيه صلاحه و «النصح» هو «إخلاص المشورة» و «النصيحة» قول فيه دعوة إلى صلاح ونهي عن فساد.... راجع: المعجم الوجيز: صادر عن مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم سنة ١٤١٣ هـ - ١٩٩٢ م، ص ٦١٨.

(٢٦) التي توجب على كل المهنيين البائعين للأشياء أو مقدمي الخدمات قبل تمام العقد أن يضعوا المستهلك في نطاق معرفي كامل بالخصائص الجوهرية للشيء أو الخدمة.

وهو بحكم طبيعته القانونية التزام ببذل عناية، حيث لا يملك البائع المهني قرار المشتري (المستهلك)، مما يفرض - بحسب الأصل - على هذا الأخير عبء إثبات إقامة الدليل على عدم تنفيذ البائع المهني له، أو تنفيذه على وجه غير مكتمل.

وبسبب الصعوبات التي تكتنف إقامة الدليل على واقعة سلبية، قد لا يتيسر للمشتري (المستهلك) هذا الإثبات^(٢٨)، ولا ينبغي أن يكون الحل فيما قرره قضاء النقض الفرنسي بقلب عبء الإثبات على عاتق البائع المهني^(٢٩) وإن

«Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service».

[L. no 92 – 60 du 18 Janv. 1992, art 2, al. 1er].

Art. (L. 111 – 1) code de la consommation.

ذلك أن مضمونه يقتضى من البائع المهني بذل عناية أكبر متضمناً المشورة بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، أي باتخاذ إجراء معين لبدء تشغيل المنتج، أو التحذير من المخاطر الجسيمة التي قد تترتب عند اتخاذ إجراء آخر.... الخ... ابتغاء تحقيق أمان كامل للمستهلك وقت اقتنائه للمبيع، أو وقت وصول الخدمة إليه راجع:

V. LE TOURNEAU (PH.): «Les professionnels ont – ils du coeur » ? D. 1990, chron. P. 21 et 22.

وفي الواقع: يهدف هذا الالتزام إلى مساعدة المستهلك في كيفية استخدام المنتجات التكنولوجية المعقدة.

راجع في الفقه الفرنسي:

V. HUET (J.): «Les modifications du droit sous l'influence de l'informatique» JCP 1988, 1, 3095.

وفي تطبيقات القضاء الفرنسي:

V. cass. civ. 1er, 18 mars 1981: Bull. civ iv, no 206, p. 162.

راجع في هذا المعنى: (٢٨)

V. LE TOURNEAU (PH.) et CADIET (L.): Droit de la responsabilité, Dalloz. 2000, p. 185.

أنظر: (٢٩)

V. Cass. civ. 1er, 25 Févr. 1997 RTD civ. 1997, p. 434, obs.: JOURDAIN (P.).

وفقاً للتفسير الجامد لنصوص المواد ١٣١٦/١ و ١٣١٦/٢ و ١٣١٦/٣ و ١٣١٦/٤ من القانون المدني الفرنسي.

كانت الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، إلا أن الأمر في رأينا يتعلق بالشروط التي يتضمنها عقد البيع عن بعد منذ البداية، بحيث لن يعدم البائع المهني الوسيلة، بأن يحدد في إيجابه مضمون تنفيذه لهذا الالتزام، ومن ثم، يقبل المستهلك العقد، بكل بنوده، بما فيها تنفيذ البائع لمضمون التزامه بالنصح^(٣٠).

الفرع الثاني

ضمان ثبات شروط العقد وأحكامه على المستوى التقني

٢٠- إن ثمة اعتبارات تقنية نوعية تتعلق بعقد البيع الإلكتروني بصفة خاصة، وقد أدرك المشرع الفرنسي أهميتها، ولاسيما فيما يتعلق بوجود تأكيد المعلومات والبيانات التي يستقبلها المستهلك على شاشة حاسبة الإلكتروني، حيث أوجبت المادة (9 - 121 L) من تقنين الاستهلاك الفرنسي وجود «دعامة ثابتة ومستديمة» «support durable» تحفظ هذه البيانات^(٣١).

(٣٠) لا سيما وأن الكتابة على الدعامة الإلكترونية لها نفس قوة وحجية الكتابة على الدعامة الورقية من حيث الإثبات. راجع: نص المادة (٣ - ١٣١٦) مدني فرنسي وما سبقها من مواد، تم إضافتها بمقتضى قانون ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠.

«L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier». Art. 1316 - 3 [L. no 2000 - 220 du 13 mars 2000] C. civ Française.

(٣١) راجع صدر هذه المادة كما يلي: «Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison etc.....» V. Art. (L. 121 - 19) c. consom.

ومن الجدير بالذكر: أن فكرة «الدعامة الثابتة» لم يتم تحديد المقصود بها، لا في مرسوم ٢٣ أغسطس سنة ٢٠٠١، أو مرسوم ٦ من يونيو سنة ٢٠٠٥ م.

غير أن المادة ٢ - F من المرسوم الخاص بالخدمات المالية عن بعد - والذي استخدم نفس المصطلح ألا وهو «الدعامة الثابتة» - قد حددها بقوله أنها كل جهاز أو آلة تسمح للمستهلك بأن يخزن stocker المعلومات أو البيانات التي قد أرسلت إليه شخصياً، بطريقة تسمح له بأن

فيجب أن يستقبل المستهلك كتابة «par écrit» أو على دعامة ثابتة أخرى «ou sur un autre support durable»، في محل إقامته، وفي وقت تبادل الرسائل أي وقت التعاقد ذاته، وكحد أقصى في لحظة التسليم، تأكيداً بكل المعلومات والبيانات الخاصة بالعقد وبتنفيذه بكل دقة، ولاسيما البيانات الإلزامية الواردة في أرقام من (١) إلى (٤) من المادة (18 - 121 L.) من تقنين الاستهلاك^(٣٢).

٢١- وهذا «الالتزام بالتأكيد» «l'obligation de confirmation» الواجب قانوناً على المهني - لم يصنع له المرسوم (أو التوجيه)^(٣٣) جزاءً مدنياً خاصاً، واكتفى بأن موظفي الإدارة العامة لشئون المنافسة والاستهلاك وقمع الغش

ينقلها بسهولة أو يخزنها، ويمكنه استرجاعها مستقبلاً خلال زمان يتوافق مع الغاية من المعلومة، فضلاً عن إمكانية نفسها، كنسخة مطابقة للأصل بعد أن يقوم بتخزينها. وبناء عليه:

فإن «الدعامة الثابتة» من الضمانات التقنية التي توفر - في رأينا - الأمان القانوني للمستهلك، لا سيما في ضوء:

١- ثباتها: «La stabilité»

٢- تخزينها: «stockage»

٣- سهولة قراءتها: «La lisibilité»

٤- إمكان نسخ: «نسخة منها مطابق للأصل»

«l'inaltérabilité» «reproduction exacte»

V. DEMOULIN (M.): La notion de «support» durable dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?: Revue européenne de droit de la consommation 4/2000 p. 363 - 365.

(٣٢) راجع:

V. (L. 121 - 18) c. consom.

وكما يضيف البعض - وبحق - يجب أن تكون المدة اللازمة لحفظ المعلومات متناسبة مع نوع العقد وطبيعته، وأن يتم تقدير معقوليتها من عدمه في ضوء التوافق المنطقي مع التقادم الخاص برفع الدعاوى العقدية.

V. VERBIEST (TH.): La protection juridique de cyber - consommateur، Litec, Éd. du juris - classeur 2002, no 163, p. 81.

(٣٣) راجع:

V. La directive no 98 - 34 - CE du parlement européen et du conseil du 22 Juin 1998. JOCE no L. 204, 21 Juin 1998, mod. Par dir. no 98 - 48 - CE. JOCE noL 217, 5 août 1998, p. 18.

(DGCCRE)^(٣٤) تتولى مراقبة تنفيذه، وتقوم بتسجيل حالات عدم تنفيذه أو التراخي في تنفيذه، هذا بالطبع مع احتفاظ المستهلك بحقه في فسخ العقد أو التعويض عن الأضرار والفوائد التي تلحق بها.

٢٢- والاستثناء الوحيد الخاص بالالتزام بالتأكد يتعلق بالخدمات التي يتم توريدها لمرة واحدة بوسائل تقنية (إلكترونية) من خلال الشبكات (الاتصال عن بعد)، ويتم تحديد ثمنها من الطريق الإلكتروني ذاته^(٣٥). ورغم هذا الاستثناء المبرر- بسبب الخاصية الإلكترونية لهذه الخدمات، حيث إنها ما أن يقوم المورد (المهني) ببثها عبر الإنترنت إلا وتفرض الأحكام الخاصة بها، ولا تعنى المعلومات الخاصة بها شيئاً مذكوراً، حيث إن المستهلك لن يدرك حقيقتها الإلكترونية إلا بعد أن يستقبلها بالفعل على شاشة - وفي ذاكرة - حاسبه الإلكتروني - إلا أن المشرع أوجب على المهني أن يرسل للمستهلك العنوان

(٣٤) وهي الأحراف الأولى من هيئة « الإدارة العامة للمنافسة الخاصة بالاستهلاك »
La Direction général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes

«ويقوم رجال هذه الإدارة بمهمة تعقب المخالفات لتنظيم المنتجات والخدمات، وضبط ذلك، ويتمتعون بسلطات حددها مرسوم ٢٢ يناير ١٩٩١، وإذا ضبط هؤلاء مخالفة، قاموا بتحريم محضر بذلك، ويرسل هذا المحضر إلى النيابة العامة، التي يمكنها تحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية. وقد لا تكون هناك حاجة إلى ذلك في معظم الحالات، وهنا تقتصر مهمة رجال الإدارة المذكورة على التنبيه الشفهي، ويكون هذا كافياً لحمل المهني على جعل منتجاته مطابقة للتنظيم القانوني، وبهذا يعظم الطابع الوقائي للنظام».

راجع: د. حمد الله محمد حمد الله، مختارات من قانون الاستهلاك الفرنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٥ وما بعدها.

(٣٥) راجع نص المادة (L. 121 - 19) من تقنين الاستهلاك في الفقرة التي تقرر هذا الاستثناء كما يلي:

«11- les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux services fournis en une seule fois au moyen d'une technique de communication à distance et facturés par l'opérateur de cette technique à l'exception du 3».

الخاص بالمؤسسة التي ستورد هذه الخدمة حتى يمكنه أن يقدم إليها الشكوى فيما لو تبين شيئاً ما عند تطبيقها من جانبها⁽³⁶⁾.

المطلب الثاني

ضمان عدم إزعان المشتري (المستهلك) لشروط تعسفية

٢٣- نتج عن الحرية الكاملة للإرادة ظهور عقود الإذعان، بسبب غلبة القوة الاقتصادية لأحد أطراف العقد على الآخر، ورغم تصدى المشرع لغوائلها⁽³⁷⁾، إلا أن عقود الاستهلاك في الوقت الراهن - ومنها عقد البيع الإلكتروني - ليست إلا نتاج تعسف المهني (أو المحترف) في استغلاله لحاجة المستهلك (أو المشتري) كما هو الأمر في عقود الإذعان⁽³⁸⁾.

(36) 30: l'adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations.

V. Art. (L. 121 - 19) c. concom.

(37) انظر على سبيل المثال نص المادة ١٤٩ مدني مصري التي تقرر أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان يتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفى الطرف المدّعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك».

وبناءً عليه: فإن عقد الإذعان وفقاً لتقليديه هو - كما يقرر جانب من الفقه: «العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مفررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها».

راجع: د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ١٢٠.

وعند الفقيه: STARCK، أن سبب تراجع مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى التعسف في الحرية التعاقدية، الذي يصدر في الممارسة عن الأقوياء اقتصادياً لاستغلال الضعفاء.

V. STARCK (B.): Droit civil - Obligations, Éd. librairies techniques, 1972, p. 346.

والواقع أن العبارة ينبغي -في رأينا- أن تكون «أنه بسبب الحرية التعاقدية المطلقة دون ضابط (سلطان الإرادة) وجدّ التعسف، مما يوجب على المشرع ضبط هذه الحرية في إطار تحقيق العدالة العقدية».

(38) ففكرة «التعسف» في تصورنا هي السبب والمسبب في ذات الوقت في عدم التوازن العقدي، وغياب العدالة العقدية، بل وعلى العكس - مما يقال عن مبدأ سلطان الإرادة - يعد تعسفاً كل شرط يتضمنه العقد ناتجاً عن إرادة واحدة في ظل غياب إرادة الطرف الآخر، رغم أن منشأ هذا العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فأين التوافق؟

٢٤- فماذا عن التصور التشريعي لتحقيق العدالة العقدية في مرحلة تنفيذ عقد البيع الإلكتروني؟

بدأ في أوروبا ظهور العديد من التوجيهات التي قررت قواعد خاصة بتنفيذ هذا العقد رغم قلة عددها مقارنة بتلك المتعلقة بمرحلة تكوين هذا العقد...!(٣٩).
وأهم هذه التوجيهات فيما يتعلق بتنفيذ عقد البيع الإلكتروني تمثل في مرسومين هما:

أولاً: توجيه (٩٣ - ١٣ - CEE) خاص بالشروط التعسفية.

ثانياً: توجيه (٩٩ - ٤٤ - CE) خاص بضمانات للأشياء التي يحصل عليها المستهلك من طريق التعاقد عن بعد(٤٠).

وتضمن توجيه (٩٣ - ١٣ - CEE) - الخامس من إبريل سنة ١٩٩٣ - بنوداً تقاوم بصفة أساسية الشروط التعسفية في العقود المبرمة عن بعد بين المستهلكين والمهنيين، لدرجة اعتبره البعض واحداً من أهم المراسيم الخاصة بالقانون الخاص لأنه يواجه مضمون العقد(٤١).

(٣٩) راجع:

V. POILLOT (É.): Droit Européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats: L. G. D. J. , 2006, no 265, p.134.

(٤٠) وغير هذين التوجيهين، لوحظ وجود مراسيم أخرى تتعلق بتنفيذ بعض العقود، كما يلي:
١- توجيه (٨٦ - ١٠٢ - CEE) الخاص بعقد القرض، في إطار حماية المستهلك في مادة التعاقد عن بعد.

٢- توجيه (٢٠٠٢ - ٦٥ - CE) الخاص بالتسوق التجاري عن بعد ويتعلق بالخدمات المالية للمستهلك.

(٤١) راجع:

٢٥- وبسبب كثرة التوجهات، فسوف نحاول إبداء ملاحظاتنا حول مسألة الشروط التعسفية، في خصوص نصوص قانون الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

أولاً: تمثل دائماً هذه التوجيهات الأوروبية، عقبة أمام نصوص القوانين الداخلية للدول الأعضاء في الاتحاد^(٤٢) ومهما يكن من أمر، فإن الصياغة الجديدة لنص المادة (1 - 132 L) من تقنين الاستهلاك الفرنسي تقرر بصدد بيان مصادر الشرط التعسفي أنه: «تعتبر تعسفية في العقود بين مهنيين وغير مهنيين أي مستهلكين الشروط التي تنشئ اختلالاً في التوازن بين حقوق والتزامات، المهني والمستهلك وترتب أضراراً لهذا الأخير»^(٤٣).

ومن ثم، اعتمد المشرع الفرنسي في صياغته الجديدة لنص المادة المذكورة على المعيار الجديد للتعسف والمتمثل في عدم التوازن ذي المغزى، أي الذي

V. GHESTIN (J.) et MARCHESSAUX (I): «l'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire». Rev. eur. dr. consomm. 1993, no 2, p. 68.
;HONDIUS (E.): «La directive sur les clauses abusives et les États membres de l'Union européenne» in la protection de la parti fiable dans les rapports contractuels, sous la dir. de GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.), L. G. D. J. , p. 591 ets. spéc p. 593.

(٤٢) وبرهان ذلك في التوجيه الذي نحن بصدده، ما قررته مادته الأولى من أن معيار التعسف هو «عدم التوازن ذي المغزى». «déséquilibre significatif» على خلاف ما كانت تقرر المادة (1 - 132 L) من تقنين الاستهلاك الفرنسي - في صيغتها الملغاة - فإن المعيار هو «التفوق المفرط» أو «الغلبة الزائدة عن الحد لأحد أطراف العقد على الآخر». «avantage excessif» راجع: التقنين المدني الفرنسي، ونص المادة (1 - 132 L) «الملغاة»، ص ١١٢١ من التقنين.

(٤٣) «Dans les contrats conclus entre professionnels et non - professionnels, ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au detriment du non - professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat».

V. Art. (L. 132 - 1) [L. no 95 - 96 du 1er. 1995] C. cons.

يظهر في وجود اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات المهني والمستهلك، ومن شأنه الإضرار بهذا الأخير.

ثانياً: في حالة النزاع بين المهني والمستهلك بصدد أي شرط تعسفي، فبداءةً يتضمن هذا القانون ملحقاً يضم قائمة بيانية - أي ليست على سبيل الحصر - بالشروط التي يمكن أن تعتبر تعسفية إذا توافقت مع ما أوردها في الملاحظة الأولى من نص المادة المذكورة.

ورغم ذلك، فلا يعفى المستهلك من عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط المتنازع بصدده^(٤٤).

ثالثاً: إن ثمة صعوبات بالغة في إثبات الطابع التعسفي للشرط المتنازع بصدده بالنسبة للمستهلك، ذلك أن إتيال كاهل هذا الأخير بهذا العبء يمكن تبيانه بسهولة في ظل خصوصية تكون عقد البيع الإلكتروني^(٤٥) هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن تقدير القضاء لطابع الشرط التعسفي لن يكون في ضوء ما قررته لجنة تبيان الشروط التعسفية، بل سيكون تطبيقاً للضوابط التي قررتها المادة (1 - 132 L) من تقنين الاستهلاك الفرنسي والتي توجب على القاضي تقدير وجود التعسف من عدمه دونما إخلال بقواعد التفسير الواردة في

(٤٤) انظر نص المادة (1-132 L) من تقنين الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

«En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause».

(٤٥) راجع: البحث الخاص بنا «حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني - في مرحلة تكون العقد»، مرجع سابق، ص (١٧٧) وما بعدها

الشريعة العامة في التقنين المدني^(٤٦)، مما يحتم الرجوع إلى الظروف التي تم فيها إبرام العقد، ومجمل الشروط الواردة في العقد ساعة إبرامه، فضلاً عن القياس على شروط عقد آخر وقتما يكون ثمة ارتباط بينه وبين العقد المتنازع بصدده، مادام أن تنفيذها مرتبط بحيث يتوقف أحدهما على الآخر^(٤٧).

رابعاً: فيما يتعلق بتقدير الطابع التعسفي للشرط يُؤخذ في الحسبان - في ضوء فهم المعنى المراد في الفقرة الأولى من المادة (1 - 132 L) - بأن لا يكون هذا الشرط متعلقاً بتحديد المهني (أو الموجب الأصلي) للعقد، ولا بملائمة الثمن الخاص بالمبيع، أو المقابل المالي المقدر لقاء الخدمة المقدمة^(٤٨).

خامساً: يجد هذا النص - المادة (1 - 132 L) من تقنين الاستهلاك - نطاق تطبيقه بصرف النظر عن شكل العقد أو دعامته.

(٤٦) ولاسيما نصوص المواد من ١١٥٦ إلى ١١٦١ مدني فرنسي، وكذلك كل من المادتين ١١٦٣ و ١١٦٤ مدني فرنسي.

(٤٧) وهذا ما ورد بصريح اللفظ في نص المادة (1 - 132 L) من تقنين الاستهلاك الفرنسي. ونجترئ منها ما يلي:

«Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat».

(٤٨) «il s'apprécie également au regard de celle contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre».

أضيفت هذه الفقرة إلى المادة المذكورة - (1 - 132 L) - بمقتضى المرسوم رقم ٢٠٠١ - ٧٤١ في ٢٣ من أغسطس سنة ٢٠٠١ م.... وراجع نصها كما يلي:

«L'appréciation du caractère abusive des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert».

L. (132 - 1) c. consom. [ord. 2001 - 741 du 23 août 2001].

سادساً: يظل العقد سارياً في مجال تنفيذه بكل شروطه غير المعتبرة تعسفية، مادام أنه من الممكن بقاءها بدون أي شرط قد يقدر القضاء اتسامه بالطابع التعسفي، ولا يؤثر بالضرورة في بقاء العقد وتنفيذه.

مع مراعاة أن أحكام هذا القانون (تقنين الاستهلاك) متعلقة بالنظام العام.

سابعاً: وأضيف إلى المادة المذكورة (1 - 132 L) من تقنين الاستهلاك فقرة في غاية الأهمية، وقد تكون في غير مصلحة المستهلك، ومضمونها، أنه لا يملك القاضي كذلك تقدير الطابع التعسفي من عدمه، للشروط التي يتم كتابتها في العقد - بين المهني والمستهلك - بطريقة « واضحة » « Claire » و« مفهومه » « Comprehensible »^(٤٩).

المطلب الثالث

حظر بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت

٢٦- في ضوء غايات الهدف الحمائي من تقنين الاستهلاك بمراعاة كل المستهلكين قبالة المهنيين وبالأخذ في الحسبان الأبعاد الاجتماعية والثقافية والاقتصادية لكل المنتجات بما فيها المنتجات الصيدلانية « de produits pharmaceutiques ».

فإن المستهلك إذا لم تراخ حقوقه بصدد منتج قد اشتراه عبر الإنترنت، فقد لا يخسر إلا دراهم معدودة، أما إذا ما كان هذا المنتج دواء - وكما يشهد الواقع

(٤٩) تم إضافة هذه الفقرة بمقتضى المرسوم التالي: V. Ord. no 2001 - 741 du 23 août 2001. وأصبح نص المادة (1 - 132 L) من تقنين الاستهلاك الفرنسي يتضمنها.

المعاصر من تهافت المستهلكين على شراء المنتجات الصيدلانية التي تنقص الوزن أو تعالج الصلع أو تقوى الصحة البدنية أو النفسية أو... الخ....؟ - فإن ما يراهن عليه تقنين الاستهلاك هو حياة المستهلك ذاتها.

فكيف يضمن المشرع مراعاة ضوابط شراء الأدوية وفق ما ينص عليه تقنين الصحة العامة، من قواعد وأدبيات تنطبق على الأطباء والصيادلة في خصوص العلاج؟

الواقع أن التحليل القانوني للمسألة ينطوي على إشكالية أبعد غوراً من تقنين الصحة العامة نفسه^(٥٠).

٢٧- ومن الضوابط الهادفة إلى حماية المستهلك قانوناً، ما يتعلق ببيع الأدوية أو المنتجات الصيدلانية على وجه العموم عبر الإنترنت. فماذا فعلت المراسيم والتوجيهات الأوروبية في هذا الصدد؟

بدايةً، لم يستبعد المرسوم الأوروبي عمليات البيع والشراء للأدوية عبر الخط، كل ما في الأمر أنه سمح للدول الأعضاء في الاتحاد، بأن تقرر كل منها إذا ما رغبت في ذلك بحظر تداول بعض الأدوية أو منع كامل ونهائي لهذا التداول لها عبر الإنترنت، في إطار المعاملة بالمثل فيما بينها، ولأسباب تتعلق بالحفاظ على الصحة العامة.

(٥٠) ولم توافق اللجان التي تم تشكيلها لبحث مسألة بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت على ذلك.

V. La réponse de la commission sur le commerce illicite de médicaments via l'internet: Rép. Bangemann, JOCE 21 oct. 1998, no C 323, p. 34; voir également en complément, Rép. Bangemann, JOCE 8 avr. 1999, no C 96, p. 46.

ومن الجدير بالذكر، أن فرنسا لم تستخدم هذه التوصية، على سند من أن بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية على وجه العموم شأنه شأن كل البيوع التي تتم عبر الإنترنت، وسيجد تقنين حماية المستهلك مجال تطبيقه بصدها^(٥١).

٢٨- وقضى بأن بيع الأدوية عبر الإنترنت لا يعد ملائماً مع الشروط العامة في العقد، وأن هذه التجارة بالذات لا تسمح للمهني بترتيب نتائج محددة، فالنصيحة الطبية لا يمكن أن تعطى في الحال، فالأمر دائماً في المجال الطبي في حاجة إلى وقت للإجابة، وفي هذا النطاق، فلا يمكن أن تعطى «الوصفة الطبية» أو النصيحة إلا كشواهد لها دلالات ومعالم معينة دون أن يكون المستهلك مدركاً لحقيقة يمكن أن تحدث، فضلاً عن أن تحديد متطلبات المستهلك الحقيقية لا يتيسر تباينها، فالتعاقد بينه وبين المهني لا يكون موحياً بوجود الطابع الشخصي، ولكنه يمر عبر لسان حال الصور الثابتة عبر شاشة الحاسب الإلكتروني^(٥٢).

٢٩- ويمكننا أن نستنتج من دلالات هذا القضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق المهني بالنصيحة قبالة المستهلك، تبدو بالضرورة عدم كفايته وقتما يتم بصدد بيع لأدوية أو منتجات صيدلانية تتعلق بصحة الإنسان من خلال البريد الإلكتروني أو عبر شاشات الإنترنت من طريق الحاسب الإلكتروني، بسبب

(٥١) راجع:

V. VERBIEST (TH.): op. cit. no 188, p. 91.

(٥٢) راجع:

V. CA versailles, 2 déc 1999, société fabre Demo – cosmétiques C/B.: D. affaires 2000, p. 92 note. MANARA (C.).

عدم مراعاة الجانب الشخصي في مضمون هذا الالتزام ولاسيما في المجال الطبي^(٥٣).

٣٠- وقد أعلن المجلس الوطني لنقابة الأطباء في فرنسا محذراً الأطباء، بأن المبدأ العام هو عدم جواز الاستشارات الطبية من قبلهم لمرضى عبر الخط، لأن في ذلك تجاهلاً لأصول المهنة التي توجب الصلة المباشرة بين الطبيب والمريض، وخرق لما هو واجب من ضرورة فحص الطبيب للمريض ومتابعة حالته في عيادته الخاصة أو في مستشفى، وأن التطور التكنولوجي مازال مفتقراً إلى تعويض هذه الخصوصية في علاقة الطبيب بالمريض^(٥٤).

ومن باب أولى، لا يجوز مطلقاً بيع الأدوية أو المنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت. إلا ما يتم التصريح ببيعه منها وفقاً للضوابط القانونية التي تحددها وزارة الصحة في هذا الصدد.

(٥٣) فالقضاء لم يستبعد إمكانية التفاوض dialogue عبر الخط أي من خلال وسيط الإنترنت إلا أن تنفيذ هذا الالتزام (أي الالتزام بالنصيحة) ينبغي أن تكون له دلالة خاصة فيما يتعلق بالمنتجات الصيدلانية بالذات، فكيف نضمن بأن التخاطب - رغم عدم كفايته - يتم من قبل متخصصين كالأطباء والصيدادلة وكيف يتم أخذ «عينات» من «دم»... الخ... للفحص!؟

راجع في هذا المعنى: V. VERBIEST (TH.): op. cit. no 197, p. 95. وتم ذلك في أكتوبر سنة ٢٠٠٠ بخصوص «الاستشارة الطبية عبر الخط»^(٥٤)

«La consultation médicale en ligne».

V. Exercice de la médecine et internet, rapport adopté lors de la session du 30 juin 2000.

المبحث الثالث

ضمان حماية المشتري في وفائه بالثمن

٣١- يلتزم المشتري بدفع الثمن النقدي^(٥٥) المتفق عليه في عقد البيع الإلكتروني، وما يلحق به من فوائد في زمان ومكان معين^(٥٦).

ولما كان الثمن يجب أن يدفع نقداً فمقتضى ذلك أن يحصل المشتري على دليل على الوفاء به في الوقت الذي يتم فيه تسليم المبيع^(٥٧). ولما كان البيع يتم من الطريق الإلكتروني، فتظل طريقة الوفاء بالثمن من خلال الطريق الإلكتروني كذلك. ومن ثم ينبغي من خلال الإنترنت أن نضع في حوزة مستخدميه من المشتريين طريقة للوفاء تسمح لهم بدفع الثمن النقدي عن بعد،

(٥٥) «ماهية الثمن»: هو المقابل النقدي المتفق عليه في العقد صراحة سواء أكان أكثر، من القيمة أو أقل أو مساوياً لها «والقيمة» هي ما يساويه الشيء بين الناس، أي في الأسواق وعرف التجار أو أهل الخبرة.

ويجب أن يكون الثمن من النقود، وهذا وصف جوهرى في الثمن يجب أن يذكر في العقد، ولذلك ذكره المشرع المصري في المادة (٤١٨) من التقنين المدني، لأنه هو الذي يميز بين البيع والمقايضة.

(٥٦) أما في الفقه الإسلامي: فيتحدد البيع بأنه مبادلة مال بمال، ليتسع هذا التحديد شاملاً المقايضة والصرف راجع: د. سليمان مرقس، ود. محمد علي إمام، المرجع السابق، بند ١٢، ص ٢٣. وتنظم المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ من التقنين المدني المصري كل ما يتعلق بالوفاء بالثمن من قبل المشتري.

وتقرر المادة (١٦٥٠) من التقنين المدني الفرنسي بأن «الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المشتري هو دفع الثمن في اليوم والمكان المحددين في البيع».

«La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente».

(٥٧) راجع: د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٢٩. وبسبب وجوب أن يكون ثمة تنفيذ متعاصر لالتزامات كل من البائع والمشتري قضى بأن: «دون وجود اتفاق خاص، فإن التزام المشتري بدفع ثمن المبيع ينشأ عن تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع تسليمًا تامًا».

«Sauf convention particulière, l'obligation pour l'acheteur de payer le prix de la vente résulte de l'exécution complète par le vendeur de son obligation de délivrance».

V. Cass. civ. 1er 19 nov. 1996 jcp 1997, 11, 22862, note: Huet (J.).

وفى الحال، كمقابل للمنتج أو للسلعة أو للخدمة وهو ما اصطلح على تسميته: «الدفع عبر الخط» «paiement en ligne»^(٥٨).

واستعمال الكارت البنكي la carte bancaire كوسيلة للدفع يظل مصدرًا للقلق والريبة لدى الغالبية العظمى من مستخدمي الإنترنت خشية اختلاس الرقم الخاص بهم أثناء نقل المعلومات الخاصة بالكارت^(٥٩).

٣٢- وبالتدبر في المعطيات السابقة، ورغبة في تأمين عملية الدفع الالكتروني، فسوف نقسم الدراسة إلى فكرتين، نتناول الأولى طرق الدفع عبر الخط، وفى الثانية القواعد الوقائية التي تكفل الوفاء الصحيح، كما يلي:

المطلب الأول: وسائل الدفع عبر الخط.

المطلب الثاني: ضمانات تكفل الوفاء الصحيح.

(٥٨) راجع: V. TORRÈS (CH.): thèse précitée no 234, p. 87. «والذي رصد في رسالته ظاهرة الدفع عبر الخط منتهياً إلى نتائج دراسة هذا الموضوع وهي أن ثمة ما يقرب من ٢٥% من مستخدمي الإنترنت في فرنسا قد نفذوا في سنة ١٩٩٨ عملية الشراء عبر الخط، أي من طريق الدفع عبر الخط، وأن نسبة ٤٧% منهم يفضلون طريقة الدفع بواسطة الشيكات، وأن ٢٥% منهم يفضلون طريقة الدفع بواسطة الكارت البنكي (وهؤلاء كانوا يمثلون نسبة أقل في سنة ١٩٩٧، حيث كانوا ١٥% فقط)، وأن نسبة ٢٥% يفضلون طريقة «المحفظة الإلكترونية».. «la port monnaie électronique»

(٥٩) راجع: V. Etude Médiangles 1997, l'observatoire du commerce électronique, p. 92. ولعل هذا ما دفع الأستاذ: VERGNES بصفته «رئيساً للميكروسوفت في أوروبا» «président de Microsoft Europe»

أن يعلن في مقال له نشرته جريدة le Figaro الاقتصادية بتاريخ ٨ من يناير سنة ١٩٩٦ أن الخشية والقلق من استخدام الكارت البنكي في تسوية المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت تجد مصدرها في عدم العلم بالمعلومات الكافية عن المسألة، فثمة تدابير يتم اتخاذها لتأمين بقاء سرية الرقم محفوظة.

V. M. C. R. , Paiement: internet plus sur que le minitel, le Figaro économie du 8 janvier 1998.

المطلب الأول وسائل الدفع عبر الخط

LES PROCÉDÉS DE PAIEMENT «EN LIGNE»

٣٣- توجد ثلاث وسائل للدفع عن طريق الإنترنت وهي: الدفع بواسطة الكارت البنكي، ثم وجود التشفير البسيط، ثم التشفير المتفاعل من طريق وسيط بين بنك كل من البائع والمشتري^(٦٠).

أولاً: «استخدام الكارت البنكي» : «l'utilisation de la carte bancaire»

يبدو للبعض أن وسيلة الكارت البنكي من أكثر الوسائل ملائمة للدفع عبر الإنترنت^(٦١).

وهي في رأى فقهي: ما يصدر في شكل معطيات إلكترونية للثمن النقدي بما يتلاءم مع صور استعماله^(٦٢).

(٦٠) وفي بدايات استخدام الإنترنت كسوق إلكتروني لبيع المنتجات والخدمات، كان المشترون يفضلون وسيلة الشيك، ووصلت نسبة استخدامه آنذاك إلى أكثر من ٤٧% بالنسبة للمشتريات التي تزيد عن ٥٠ فرنك (اليورو حالياً).

V. P. C, Des acheteurs encore très masculine et qui préfèrent payer par chèque, la tribune du 1er octobre 1998.

غير أن هذه الطريقة التقليدية وإن كانت تحقق الأمان للمشتري، إلا أنها تؤدي إلى التقليل من حجم المشتريات على المواقع الفرنسية.

V. P. L. comment payer sur l'internet? planète internet, no 18, avril 1997.

(٦١) راجع:

V. TORRÈS (CH.): thèse précité, no 240, p. 89.

(62) «au moyen d'instructions de paiement émises sous forme de données électroniques à partir d'un terminal, à destination d'un centre server»

V. ESPAGNON (M.): le paiement d'une somme d'argent sur internet: évolution ou révolution du droit des moyens de paiement, JCP, G. 1999, doctrine, 1131.

٣٤- وقديماً، كان يتم استخدام هذه الوسيلة بطريقة مباشرة ما بين المشتري والبائع دون استخدام أية رمزية لرقم كارت المشتري البنكي، وكانت نسبة البيوع التي تتم باستخدام هذه الوسيلة تصل إلى ٢٥%^(٦٣)، فالمشتري كان بدون رقم كارته البنكي كما هو، بطريقة غير مشفرة Non cryptée^(٦٤) وكان التاجر الفضائي cybercommerçant يخزن هذا الرقم مباشرة في بطاقة، ثم يرسله إلى بنك المشتري لأجل الاقتطاع من حسابه بعد أن يكون المشتري قد قام باستيفاء الصيغة المقدمة من البائع (التاجر الفضائي) ويرسلها مباشرة عبر الإنترنت، وكان يتم تصويرها^(٦٥).

ومن الثابت الآن عدم استخدام هذه الوسيلة غير الأمانة؛ لأن المشتري بمقتضاها يولى ثقته الكاملة في التاجر الفضائي بحسابه لن يقتطع من حسابه مبلغاً نقدياً أعلى من المتفق عليه كئمن للمبيع^(٦٦)، وماذا لو كان الثمن خادعاً؟ أو أن يفاجأ المشتري باقتطاع مبلغ كبير غير المتفق عليه بسبب الضرائب أو الرسوم أو المصروفات... الخ...^(٦٧).

(٦٣) انظر في مصدر هذه الإحصائية:

V. Source institut d'etudes Médiangles, octobre 1998.

(٦٤) وأثيرت في فرنسا في هذا التوقيت العديد من القضايا بالنسبة للبيع عن بعد بسبب الاستخدام المزيف والاحتمالي للكروت البنكية فضلاً عن اصطناع أرقام وهمية.

V. CAPRIOLI (E.A.): les lignes directrices de L' O.C.D.E. régissant la politique de cryptographie, cahiers du lamy droit de l'informatique, no 92, mai 1997 (B), p. 1.

(٦٥) راجع:

V. REBOUL (P.): les systèmes de paiement électronique, internet professionnel, no 6 Février 1997.

(٦٦) راجع:

V. REBOUL (P.) et XARDEL (D.): Le commerce électronique, Eyrolles, 1997, p. 141.

(٦٧) راجع:

V. SEDALLIAN (V.): Droit de l'internet, réglementation, responsabilités, contrats, collection A. U. I. (Association des utilisateurs d'internet) éd. Net press. Janvier 1997.

فضلاً عن وجود «قراصنة» «pirates» يستخدمون الكيانات المنطقية في عمليات استلاب تقني لأرقام الكروت البنكية^(٦٨).

ومن ثم، فثمة خطر محقق يكمن في هذه الوسيلة التقليدية في الدفع، ثم، ماذا لو لم يتم البائع بتنفيذ التزاماته، كيف للمشتري آنذاك أن يمتنع عن دفع الثمن كتطبيق لحقه القانوني في الدفع بعدم التنفيذ^(٦٩).

٣٥- وفي خطوة نحو تحقيق نوع من الأمان عمدت بعض شركات البيع عبر الإنترنت إلى اجتذاب العملاء من طريق الاتفاق بينهم على أن الثمن لن يقطع من حساباتهم مباشرة إلا بعد وصول تأكيد كتابي منهم بالمبلغ الواجب الوفاء به^(٧٠).

(٦٨) راجع:

V. RUSSEL (S.): On a piraté ma carte bleue sur le Net, Netsurf, no 24, mars, 1998.

(٦٩) ومثال ذلك - كما يقرر جانب من الفقه وبحق - أن المشتري يستطيع أن يمتنع عن دفع الثمن إذا البائع - على خلاف ما تعهد به - يتطلب دفع الثمن دون أن يمكن المشتري من التحقق من البضائع المباعة. راجع: د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

(٧٠) راجع:

V. ANNEXE VIL: «Contrat d'acceptation en paiement à distance avec des cartes CB ou agréées» articles 3 - 8 et 3 - 9.

ومن الجدير بالذكر هنا التذكير بالتزام الموجب (المحترف) بتبصير المستهلك، حيث يجب إعلامه بالشروط العامة للعقد المراد إبرامه، وكل ما يتعلق بنماذج الوفاء بالثمن ووقت التسليم، والتنفيذ، والضمانات التجارية، وأن يكون وقت هذا الإعلام قبل التعاقد أو يشمل مضمون الإيجاب الصادر عن المهني عبر الموقع التجاري في الفضاء الإلكتروني أي قبل تمام العقد. راجع:

V. FALAISE (M.): Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique, les petites affiches, 7 août, 1998, no 94, p. 90

; ABELS (M.): le commerce sur internet moyens de paiements et risques afférents, Revue de droit des affaires internationales, 1998, no 3, p. 349.

وبعد، وجدت مبادأة أكثر ترضية للمشتريين عبر الإنترنت، وهي أن أرقام الكروت البنكية الخاصة بهم لا يتم إرسالها إلا بطريقة رمزية crypté (مشفرة) ومن طريق وسطاء بين البنك والبائع والمشتري وهذا ما سوف نتناوله الآن.

ثانياً: طريقة التشفير البسيط من طريق الكيان المنطقي:

٣٦- يتم فعل الدفع هنا بمساعدة الكيانات المنطقية، حيث لا يوجد البائع والمشتري قبالة بعضهما البعض غير أنه تربطهما علاقة يوجد الكيان المنطقي والاتصالات اللاسلكية^(٧١).

ويقوم الكيان المنطقي من خلال تقنيات الترميز والتشفير cryptage بنقل المعلومات التي تسمح بأن تتم عملية الدفع عن بعد في أمان.

فيتم في هذه الطريقة كسابقتها استخدام رقم الكارت البنكي، ولكن من طريق وسيط إلكتروني، وبالطريقة الرمزية المشفرة، التي يتم فك رموزها وشفرتها عند المورد أو البائع من خلال البنك الخاص به، كما الأمر - كما يقرر البعض - في حالة المعاملة التي يتم تنفيذها في المحل التجاري مع نظام الدفع من طريق الكارت البنكي^(٧٢).

وإن كانت هذه الوسيلة هي الأكثر انتشاراً عبر الإنترنت، إلا أن القرصنة لا يعدمون الوسيلة التي تمكنهم من القدرة على التعامل مع النصوص الرمزية

(٧١) راجع:

V. Conseil national du crédit et du titre (C. N. C. T.), Bilan et perspectives des moyens de paiement en France, Février 1996, p. 54.

(72) V. REMY (C.): Des paiements sans risque sur internet, l'entreprise, no 149, Février. 1998.

للمرسلة الإلكترونية وتحديد مضمونها الحقيقي والعلم بالأرقام الحقيقية للكروت البنكية^(٧٣).

ولذلك تطور نظام الدفع نحو إجراءات تبتغى الأمان للمشتري من طريق تطوير تقنيات التشفير بما يضمن عدم اختراقها، وذلك بالرقابة والضبط وقت سريان عملية الدفع عبر الإنترنت، وفحص الكتروني للأرقام حتى المشفرة، بما يخول هذا للمشتري الأمان المنشود^(٧٤) وهذا ما سوف نتناوله الآن.

ثالثاً: طريقة التشفير المتفاعل مع بنك كل من البائع والمشتري بمعاونة مقدم الخدمة:

٣٧- ابتغاءً لتحقيق الأمان في نظام الوفاء بالثمن عبر الإنترنت لجأت العديد من الشركات إلى عملية التشفير مع بسط رقابة إلكترونية صارمة في متابعة الوفاء^(٧٥).

فما على المشتري وهو أمام شاشة حاسبه الإلكتروني إلا أن يقوم بتعبئة البيانات المميزة لكارته البنكي ثم يظهر له مفتاح، يقوم بنقره لتعيين البيانات التي

(٧٣) راجع:

V. REBOUL (P.) et XARDEL (D.): le commerce électronique, éd. Eyrolles, 1997, p. 141.

(٧٤) أنظر:

V. COSTES (L.): Transactions en ligne paiement électronique, galeries marchandes virtuelles.... Lamy droit de l'informatique bulletin d'actualité, no 97 (G), novembre 1997, p. 31.

(٧٥) راجع:

V. REBOUL (P.) et XARDEL (D.): Le commerce électronique, éd. Eyrolles, 1997, p. 141.

تم تشفيرها من قبل الشركة، ثم يعاود النقر بما يفيد قبوله، وعندئذ يتم إرسال هذه المعلومات والبيانات المشفرة إلى الشركة (مثل شركة SLIGOS وشركة SGE) وتقوم الشركة بعملية الفحص الإلكتروني للبيانات لأجل التحقق من أن استخدامه لم يكن إلا من مالكه ثم تقوم بالتأكد من أن رصيد حسابه يسمح بتغطية البيع^(٧٦) هذا من جانب.

ومن جانب آخر، تستفسر الشركة في ذات الوقت وبالمثل عن صحة المعلومات والبيانات الخاصة بالتاجر الفضائي من طريق بنكه، لنتحقق من أنه لديه المعلومات الصحيحة عن عملية البيع وأنه يقبل الدفع الذي سيتم إجراؤه^(٧٧).

وهكذا، نجد أن وساطة مثل هذه الشركات المتخصصة ما بين البائع والمشتري وبنك كل منهما تسمح بتحقيق أمان كامل لعملية البيع الإلكتروني والدفع عبر الخط.

ذلك أن تقنيات بروتوكول التشفير المتطور SSL^(٧٨)، تربط المعلومات والبيانات الخاصة بالكرات البنكي مثلاً بمفتاح يتكون من (٤٠) Bits^(٧٩) ولا يتم

(٧٦) راجع:

V. TORRÈS (CH.): thèse précitée, No 255, p. 94.

(٧٧) راجع:

V. TORRÈS (CH.): op. cit,

والذي يضيف بأن مقدم الخدمة يستخدم بروتوكول التشفير «المتطور من قبل Nescape».
Le protocole de cryptage SSL (Secure Sockets Layer).
وهذا البروتوكول، لا يتطلب تجهيزات من جانب المشتري، وهو يوفق بين الأمان المنشود والبساطة، فضلا عن البعد العالمي له

V. REBOUL (P.) et XARDEL (D.): op. cit. p. 151.

(٧٨) راجع: الهامش السابق.

(٧٩) والـ (Bit) هو وحدة قياس المعلومة.

استيفاء الثمن من جانب البائع إلا بعد أن يتسلم الوسيط (مقدم الخدمة) شهادة منه ببيانات يتم التحقق منها، فضلاً عن أن كل البيانات والمعلومات لا تكون مخزنة عند التاجر (أو البائع) ولكن عند الغير (أي الوسيط أو مقدم الخدمة)^(٨٠).

المطلب الثاني

ضمانات تكفل الوفاء الصحيح

٣٨- بسبب احتمالية الاحتيال والتدليس لاسيما في ظل نظام قيام المستهلك بالوفاء بالثمن عن طريق الكارت البنكي الخاص به، ولكثرة الوقائع الخاصة بالاحتيال باستخدام أرقام الكروت البنكية من غير أصحابها الحقيقيين، أوجبت المادة رقم ٨ من المرسوم (أو التوجيه الأوروبي) على الدول الأعضاء إيجاد القدرة على طلب إلغاء عملية الدفع في مثل هذه الحالات، وذلك بمناسبة العقود التي تتم عن بعد، ولم يتم تحديد إطار معين، مما يجعل هذه المادة سارية التطبيق على كل عقد يتم عبر الإنترنت، بما فيها عقد البيع^(٨١).

Un bit est: «une unité de mesure de l'information».

(٨٠) راجع:

V. COSTES (L.): op. cit, p. 31.

(٨١) راجع في هذا المعنى:

V. VERRIEST (TH.): op. cit. no 185, p. 89. qui disait: «l'article 8 se limite donc à l'utilisation frauduleuse de l'instrument de paiement du consommateur dans le cadre d'un contrat à distance et n'a en conséquence qu'un champ d'application limité, même s'il est certain qu'il vise les opérations réalisées sur l'internet».

والواقع أن استخدام الطرق الاحتمالية من طريق أرقام الكروت البنكية، يصعب بصدده إثارة المسؤولية وقتما لا يكون الفاعل معروفاً، لاسيما وأن عملية الدفع تتم بواسطة اتصال بسيط عبر الخط لرقم يظهر على الشاشة^(٨٢).

ومهما يكن من أمر، فإن المشرع الفرنسي قد أوجد قانوناً يهدف إلى تحقيق الأمان في هذه المسألة، وتضمن التقنين الفرنسي المالي نصوص هذا القانون الجديد، ومنها نص المادة (dudit code) «4 - L. 132» والتي تقرر بأن مسؤولية صاحب الحق على الكارت البنكي لا تتعقد، إذا ما تم الدفع بمقتضاه بطرق احتيالية تدليسية عن بعد، دونما استخدام مادي لكارتته^(٨٣).

وبعد، سيتم نشر القسم الثاني وعنوانه "ضوابط تنفيذ البائع المهني لالتزاماته في العدد القادم من المجلة رقم (٤١) بمشيئة الله تعالى.

(٨٢) راجع:

«Sur le régime juridique des paiements électroniques», voir. WERY (E.), Factures, paiements et monnaie électronique, litec, cité par: VERBIEST (TH.), op. cit. p 89.

(٨٣) راجع نص هذه المادة كما يلي:

«la responsabilité du titulaire d'une [carte bancaire] n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa part».