جامعة مولود معمري – تيزي وزو

كليـــة الحقـوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني الدولي (دراسة مقارنة)

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم
تخصص: القانون

إعداد الطالبة: كوثر مجدوب

إشراف الأستاذ الدكتور: نصر الدين سمار

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د يسعد حورية.....أستاذ.....جامعة تيزي وزو.....رئيسا

أ.د سمار نصر الدين..... أستاذ.....جامعة جيجل.....مشرفا

د. حمودي ناصر.....أستاذ محاضر (أ).....جامعة البويرة.....ممتحنا

د. آيت وازو زينة.....أستاذ محاضر (أ).....جامعة تيزي وزو.....ممتحنا

د. أمازوز لطيفة.....أستاذ محاضر (أ).....جامعة تيزي وزو.....ممتحنا

د. موكا عبد الكريم.....أستاذ محاضر (أ).....جامعة جيجل.....ممتحنا

السنة الجامعية 2018-2019

إهـــــــــــــــداء

أهدي هذا العمل إلى كل عائلتي و أخص بالذكر الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى زوجي الذي أمدني بالعون و كان لي سندا قويا في إتمام هذا العمل

إلى أولادي قرة عيني

إلى كل الأحباب و الأصدقاء

تشكـــــــر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الفاضل البروفيسور نصرالدين سمار الذي تشرفت بقبوله الإشراف على رسالتي هذه و الذي لم يبخل علي بتوجيهاته القيمة، و إلى جميع الأساتـــــذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة، و كل من ساعدني في إنجاز هذه الرسالة.

مقـدمـــــــــــــــــــــــــــــــة

تجلت فكرة حماية المستهلك بمفهومها الحديث سنة 1962 بالولايات المتحدة الأمريكية حين صرح الرئيس الأمريكي جون كينيدي أننا كلنا مستهلكون و أنه يجب وضع قوانين إضافية حتى تتمكن الحكومة الفدرالية من تنفيذ إلتزاماتها إتجاه المستهلكين[1]،ليأتي بعد هذا التصريح قرار الأمم المتحدة رقم 248-39 الصادر في أفريل 1985 الذي أعتمد مجموعة من المبادئ تمثلت في حقوق المستهلك منها حقه في العلم بموصفات السلعة،حقه في حرية الإختيار،حقه في الشكوى بوجود أي عيب في السلعة،حقه في الحصول على أفضل السلع و الخدمات و حقه في العيش في مناخ صحي وبيئة نظيفة[2].

بعد ذلك إهتمت التشريعات الوطنية بمسألة حماية المستهلك و وضعها ضمن أولوياتها،حيث نظمت ذلك بموجب قواعد آمرة حمايتا للمستهلك بإعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية و عملت على تطوير هذه القواعد تماشيا مع الأوضاع الإقتصادية والتطورات التكنولوجية، فلم تعد حماية المستهلك تقتصر على تعاملاته التقليدية بل أمتدت إلى تعاملاته الإلكترونية خاصة التي تتم عبر الأنترنت الذي يضفي عليها الطابع الدولي،فقد أدت عالمية شبكة الأنترنت إلى توسيع المواقع الإلكترونية التجارية لنطاق عروضها و بالتالي السماح للتجار بتوسيع سوقهم التجاري و كسب أكبر عدد من الزبائن، و بهذا أمكن للمستهلك الذي يريد إقتناء السلع محل العرض الولوج إلى هذه المواقع و إختيار ما يناسبه وإبرام العقد.

فمند حوالي ثلاثون سنة أستعمل الناس التقنيات الرقمية لخلق علاقات فيما بينهم و خاصة منها عقد البيع الذي يحتل المكان الأكبر،حيث يعرف المشرع الفرنسي التجارة الإلكترونية " بأنها النشاط الذي من خلاله يقوم بإقتراح أو تأمين عن بعد أو بطريق إلكتروني توريد سلع أو خدمات"[3]، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف التجارة الإلكترونية في المادة 6

---

[1]- محمد بودالي،حماية المستهلك في القانون المقارن:دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي،دار الكتاب الحديث،الجزائر،2006،ص39.

[2]- القرار متوفر على الموقع :
http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/39/248

[3] - Article 14 de la loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (le commerce électronique est l'activité économique par l'aquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services…),disponible sur le site :https://www.legifrance.gouv.fr

من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[1]" النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني بإقتراح أو ضمان توفير سلع أو خدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني عن طريق الإتصالات الإلكترونية " ،و الملاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع حصر أطراف التجارة الإلكترونية في المورد الإلكتروني و المستهلك الإلكتروني و هو ما يعرف بالتجارة الإلكترونية الإستهلاكية، في حين هناك أنواع أخرى للتجارة الإلكترونية مثلا تجارة B2B و تجارة C2C ، و بهذا يكون المشرع قد أختلف عن القانون الفرنسي في تعريفه للتجارة الإلكترونية.

و تعرف التجارة الإستهلاكية الإلكترونية (B2C) تزايدا مستمرا لما توفره للمستهلك من مزايا، إذ تسمح له بالتسوق و هو في بيته دون تكليفه عناء التنقل و التزاحم مع غيره و إنتظار طابور الدفع،بالرغم من أنها أثارت قلق الباحثين القانونيين خاصة في الجانب السلبي لهذه التجارة و كيفية التغلب على ذلك و إيجاد ضمانات كافية لحماية المستهلك.

و عقد البيع الإلكتروني خاصة الذي يتم عبر الأنترنت هو تعاقد عن بعد بالدرجة الأولى ومن أهم القوانين التي أهتمت بهذا النوع من التعاقد هناك التوجيهة الأوروبية 97-07 المتعلقة بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد[2]، و يعرفه الفقيهين STEINMETZ و CALAIS-AULOY بأنه : " العقد الذي يتكون وينفذ دون الحضور المادي للبائع،حيث أن هذا الأخير يدعو المشتري للتعاقد بواسطة تقنية الإتصال عن بعد و المشتري يستجيب لذلك بواسطة تقنية الإتصال عن بعد كذلك سواء كانت هذه التقنية مطابقة لتقنية البائع أو مختلفة و هذه التقنية تستعمل عموما في البيع وحتى في توريد الخدمات " [3]، فالبيع عن بعد يتوفر على معيارين يتمثل المعيار الأول في عدم التواجد المادي للأطراف، أما المعيار الثاني فهو إستعمال تقنية الإتصال عن بعد، و هذه التقنيات مختلفة (minitel-fax-télex....) و أكثرها إستعمالا الأنترنت و هو ما دفعنا إلى التركيزعلى عقد البيع الإلكتروني الذي يتم

---

[1]- قانون رقم18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ،ج ر ج ج،عدد28،المؤرخة في 16 ماي 2018.

[2] - Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance . disponible sue le site : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0007

[3] - Djamila Mahi-Disdet, l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, thèse doctorat, droit privé université d'Avignon et des pays de Vaucluse,France,2011,p82.

عبر شبكة الأنترنت، و قد أعتمد على هذين المعيارين المشرع الفرنسي من خلال الأمر الصادر في 23 أوت 2001 [1].

عرف المشرع الجزائري العقد الإلكتروني في المادة6 فقرة2 من القانون 18-05 السابق ذكره كما يلي: " هو العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 ....و يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا إلى تقنية الإتصال الإلكتروني لأطرافه "، و العقد بمفهوم القانون 04-02 كما جاء في المادة3 فقرة4 هو « كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاقد مع إدعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.... ».

أما المشرع الفرنسي فقد عرف في المادة L121-16 من قانون الإستهلاك الفرنسي عقد البيع الإستهلاكي عن بعد بأنه: « العقد الذي يتم دون الحضور المادي للأطراف بين مستهلك ومهني اللذان يستعملان تقنية أو عدة تقنيات إتصال عن بعد ».

و قد عرف بعض الفقه العقد الإستهلاكي الإلكتروني الدولي بأنه العقد الذي تتلقى فيه عروض السلع و الخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة و منها شبكة المعلومات الدولية الأنترنت، بهدف إتمام العقد»[2]

إن دراسة حماية المستهلك في عقد البيع الألكتروني الدولي تستدعي الوقوف عند مجموع من العناصر المميزة لهذا العقد المتمثلة في **أطراف العقد** و هما المستهلك الإلكتروني الذي تعددت تعريفاته بين الفقه والقضاء والتشريع، حيث عرفه المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية في المادة6 فقرة 3 بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة او خدمة عن طريق الإتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الإستعمال أو الإستخدام النهائي " ،و عرف المستهلك في المادة 3 فقرة1 من قانون

[1] **- Ordonnance no 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation. disponible sur le site :**
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000590436&dateTexte=&categorieLien=id

[2]- مهند عزمي أبو مغلي،منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات، علوم الشريعة و القانون، جامعة الأردن، عمان، المجلد 41، العدد2014،2،ص1341.

03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش[1] بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به[2]،نلاحظ أنه هناك إختلاف في تعريف المشرع للمستهلك الإلكتروني عن تعريفه للمستهلك العادي، و نعيب على المشرع إستعمال مصطلح المستهلك الإلكتروني و ضرورة إستبداله بمصطلح المستهلك المتعاقد إلكترونيا.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف المستهلك في الأمر 2016 – 301 لـ14 مارس 2016 بأنه :" كل شخص طبيعي يتصرف لحاجات لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي المهن الحرة أو الفلاحي "[3] ، فالمشرع إقتصر صفة المستهلك على الشخص الطبيعي دون المعنوي الذي أعطاه صفة غير المهني[4] ،عكس المشرع الجزائري الذي أعطى صفة المستهلك للشخص الطبيعي أو للشخص المعنوي، إذ يعتبر البعض أن إعطاء الشخص المعنوي صفة المستهلك يجعل عملية البحث عن الغاية من إبرام العقد أمر صعب لأنها هي التي تفصل في التفرقة بين المستهلك و المهني، و مع ذلك فالبعض يرى أن الغالب هو أن يكون المستهلك شخصا طبيعيا، و لا يوجد مانع قانوني يحجب هذه الصفة على الشخص الإعتباري كما هو الأمر بالنسبة للجمعيات التي تمارس بعض الأنشطة غير المهنية و لا تهدف إلى تحقيق الربح[5].

أما المهني فهو كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام يتصرف لحاجات تدخل في إطار نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو المهني الحر أو الفلاحي، و حتى حين يتصرف بإسم ولحساب مهني آخر و هذا ما جاء به المشرع الفرنسي، ففي القانون الجزائري فقد عبر عنه المشرع بمصطلح المورد الإلكتروني و الذي عرفه بأنه " كل

---

[1]- قانون 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر ج ج،عدد15،المؤرخة في 08 مارس 2009.

[2]- يلاحظ أن إستعمال عبارة يقتني من طرف المشرع تعني نيته في إستبعاد الحماية في إطار غير الاقتناء كالكراء مثلا فحبذا لو أستعمل مصطلح أوسع كما فعل المشرع الفرنسي الذي أعتمد عبارة يتصرف.

[3] - Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation. disponible sur le site :
https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/3/14/EINC1602822R/jo/texte

[4]- حيث عرفه بأنه كل شخص معنوي يتصرف لحاجات لا تدخل في إطار نشاطه المهني.

[5] - Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank, droit de la consommation, 7eme édition,Dalloz, Paris,2006,p30.

شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو إقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية"[1].

محل عقد البيع يعرف عقد البيع الإلكتروني بأنه التوافق التام بين إرادتين صحيحتين بإرتباط إيجاب بقبول على تمليك شيء أو حق مقابل ثمن، إذ يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع أو تمكين المشتري من حيازته ذلك الشبكة، و يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه سواء عند التسليم أو من خلال وسيلة الإتصال الأنترنت،فقد يرد عقد البيع عبر الأنترنت على معلومات أو خدمات ذات قيمة إقتصادية و قد يرد على أشياء مادية كسلع إستهلاكية و هذه الأخيرة هي محل دراستنا، و قد عرف المشرع الجزائري السلعة بأنها " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا و من هنا فقد أخرج المشرع الأشياء المعنوية من مفهوم السلعة و هذا راجع إلى طبيعة هذه الأموال، كما نلاحظ أن إستعمال المشرع لمصطلح كل شيء مادي قد يستوعب الأشياء المنقولة أو العقارات[2]،حيث رأى البعض أنه لا يوجد مانع من خضوع عقد بيع العقار بين المستهلك و المرقي العقاري إلى الحماية المقررة لعقود الإستهلاك[3] ، لكن بالرجوع إلى الأحكام التي تضمنها قانون حماية المستهلك و قمع الغش كتلك المتعلقة بالإلتزام بالإعلام و المطابقة و الضمان....نجدها لا تنطبق على العقارات بل على الأشياء المادية المنقولة، ما نستخلص أن المشرع قد أخرج ضمنيا العقود الواردة على العقارات و التي تكون بين المستهلك و المهني في مجال العقار من نطاق تطبيق قانون الإستهلاك و هو الأمر الذي لم يجد قبولا لدى الكثير من المستهلكين و رجال القانون لأن هذه العقود أصبحت في الآونة الأخيرة تعرف إنتشارا كبيرا سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، إذ يمكن لأي مستهلك جزائري شراء عقار متواجد على أراضي أي دولة أجنبية، الأمر الذي يستلزم وجود قواعد حمائية خاصة للمستهلك[4].

دولية عقد البيع الإلكتروني تقتصر دراستنا على عقد البيع الإلكتروني ذا الطابع الدولي و يعتمد لتحديد دولية العقد معيارين معيار إقتصادي ومعياري قانوني، حيث يقوم المعيار

---

[1]- المادة6 فقرة 4 من القانون18-05 السابق ذكره.

[2]- المرسوم التنفيذي 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990، يتعلق برقابة الجودة و قمع الغش،ج ر ج ج ،العدد5، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي 01-315 ، كان بعرف السلعة أنها " كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات مادية "

[3]- محمد بودالي،مرجع سابق،ص29.

[4]- يخضع المستهلك في إطار عقد دولي يرد على عقار إلى قانون موقع العقار.

الإقتصادي إما على حركة السلع و الخدمات عبر الحدود أي نقل البضائع من بلد البائع إلى بلد المشتري و نقل الثمن من بلد المشتري إلى بلد المهني و هذا بغض النظر عن جنسية الأطراف[1] ، و إما على فكرة تجاوز العقد نطاق الإقتصاد الداخلي أو إرتباط العقد بمصالح التجارة الدولية، أما المعيار القانوني فهو يعتمد على إرتباط العقد بأنظمة قانونية لدول مختلفة، إذ يكون العقد دوليا إذا أرتبط إبرامه أو تنفيذه أو موطن الأطراف أو جنسيتهم بأكثر من نظام قانوني[2].

من خلال هذين المعيارين نستنتج أن عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي الدولي تحدد دوليته في الكثير من الأحيان على المعيار القانوني لأنه أكثر ملائمة بإعتبار أن هذا العقد هو عقد مختلط يجمع بين مستهلك مدني و مهني تاجر يكونان في الغالب من جنسيتين مختلفتين أو موطن مختلف.

و تكمن أهمية الدراسة في محاولة الإلمام بالقواعد الحمائية للمستهلك عند إبرامه لعقد بيع إلكتروني دولي حتى يكون على دراية بالعقبات و المشاكل التي تواجه هذا النوع من التعاقد و الكشف عن الحلول المقترحة من أجل تفعيل التجارة الإلكترونية الإستهلاكية الدولية و تحقيق مصلحة كل من المهني و المستهلك.

إن الهدف من دراسة حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني الدولي هو البحث عن القواعد في القانون الدولي الخاص التي تحمي المستهلك في إطار علاقة دولية و في إطار عقد يتم عبر الأنترنت سواء في القانون الجزائري أو في القوانين المقارنة للوقوف على النقائص و التغرات الموجودة،كما تهدف هذه الدراسة إلى تبيان مدى تأثير القانون الواجب التطبيق المتوصل إليه وفق قاعدة الإسناد على مسألة حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني ، و البحث عن الحلول المثلى و الوسائل البديلة لمواجهة الإشكالات الموجودة سواء على مستوى إبرام العقد أو على مستوى تنفيذه ، خاصة عند قيام نزاع حوله.

---

[1]- خالد عبد الفتاح محمد خليل،حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص،دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية،2009،ص49.

[2]- نفس المرجع ،ص51.

و من الصعوبات التي واجهتنا عند إعدادنا لهذا البحث هو تعلق الموضوع بجوانب تقنية و هو الأنترنت حيث يصعب أحيانا الإلمام بها نظرا لما يعرفه هذا المجال من تطور مستمر، و أيضا تشعب الموضوع إذ حاولنا حصره في الجانب الذي يخص المستهلك بالإضافة إلى كثرة التعديلات القانونية في مجال الإستهلاك و التعاقد الإلكتروني خاصة في القانون الفرنسي محل المقارنة

إن تمتع عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي بالطابع الدولي يؤدي إلى إخضاعه لقواعد القانون الدولي الخاص، التي تؤدي إلى تطبيق القواعد الموضوعية الوطنية للقانون الواجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد المطبقة على العقد التي قد تتضمن القواعد العامة لعقد البيع و القواعد الخاصة بالتعاقد الإلكتروني و قواعد حماية المستهلك، من هنا نطرح الإشكالية التالية :

هل قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم عقد البيع الدولي التقليدي تتناسب مع عقد البيع الإلكتروني الدولي و إلى أي مدى تحمي القواعد الخاصة بحماية المستهلك العادي المستهلك الإلكتروني في العقد الدولي الذي يتم عبر الأنترنت؟.

و يترتب على هذه الإشكالية طرح التساؤلات التالية:

هل القواعد الوطنية التي تطبق على حماية المستهلك في العقد الداخلي توفر نفس الحماية للمستهلك في العقد الدولي؟

هل القواعد العامة للعقد التقليدي تتلاءم مع العقد الإلكتروني في غياب الأحكام الخاصة بالمعاملات الإلكترونية؟

هل قواعد الإختصاص الدولي تخدم مصلحة المستهلك في إطار منازعاته المترتبة عن عقد البيع الإلكتروني الدولي و هل الضوابط المعتمدة في قواعد الإسناد الخاصة بالعقد الدولي تتناسب مع العقد الدولي الذي يكون أحد أطرافه مستهلك؟

هل البيئة الإلكترونية في عقد البيع الإستهلاكي الدولي تستلزم الخروج عن القوانين الوطنية التقليدية و ضرورة خلق قواعد عبر دولية مشتركة و موحدة خاصة بهذه البيئة و تحمي المستهلك في جميع مراحل عقده؟

كيف يتم التوفيق بين ضرورة توسيع التجارة الإلكترونية الإستهلاكية الدولية و تحقيق حماية للمستهلك الطرف الضعيف و بعث الثقة لدى المهني الذي يتخوف من القوانين الوطنية للدول الأخرى؟

للإجابة على الإشكالية و على كل هذه التساؤلات إعتمدنا المنهج التحليلي و ذلك من خلال عرض نصوص القانون الجزائري و القانون المقارن و نصوص الإتفاقيات الدولية و القوانين النموذجية و تحليلها و إستخلاص النتائج و الأهداف التي تسعى لتحقيقها،كما أعتمدنا المنهج المقارن من خلال تبيان الموقف الدولي في الموضوع و محاولة البحث عن النقائص و الإيجابيات و معرفة موقع المشرع الجزائري من ذلك قصد تدارك الفراغات التشريعية و إزالة الغموض عن بعض النصوص.

و ترتكز دراستنا على قواعد الحماية في القانون الدولي الخاص، و في القواعد الموضوعية الوطنية الخاصة بحماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، و في التعاقد التقليدي بإعتبار أن قواعد الإسناد تؤدي في النهاية إلى تطبيق قانون وطني متضمن كل هذه القواعد المتنوعة.

و قد قسمنا البحث إلى بابين حيث ركزنا على مظاهر حماية المستهلك من خلال طرق حل نزاعاته المترتبة عن عقد البيع الإلكتروني الدولي (الباب الأول)، تم تناولنا مظاهر حماية المستهلك عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد (الباب الثاني).

البـــاب الأول: مظاهر حماية المستهلك عند حل نزاعات عقد البيع الإلكتروني الدولي

يعتبر عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني الدولي عقدا تبادليا يرتب إلتزامات متبادلة على عاتق كل من أطرافه و هما المستهلك و المهني،حيث يلتزم المستهك بدفع الثمن و المهني بتسليم السلعة محل عقد البيع، لكن قد يحدث و أن يخل أحد الأطراف بإلتزامه كأن يمتنع المستهلك عن دفع الثمن و الذي عادة ما يكون قبل التسليم أو قبل إتمام البيع، و هنا ما يكون على المهني سوى إما رفض التسليم أو عدم إتمام عقد البيع، أما إذا أخل المهني بإلتزاماته أتجاه المستهلك ،كأن يتأخر في التسليم مثلا أو يكون تسليمه غير مطابق أو وجود شروط تعسفية في العقد و هي الحالات الأكثر حدوثا في عقود البيع الإلكترونية، فإن المستهلك يلجأ إلى المطالبة بحقه و حل نزاعه مع المهني و يكون ذلك من خلال إتباع طريقين، الطريق الأول و هو الطريق الودي الذي يعتمد على الوسائل البديلة الودية المتمثلة في الوساطة خاصة الإلكترونية و التحكيم الإلكتروني أو التحكيم العادي (الفصل الأول)، و الطريق الثاني هو اللجوء إلى القضاء و يكون في حالة فشل الوسائل الودية في حل النزاع أو يكون في حالة عدم تنظيم القانون لهاتين الوسيلتين كما هو الحال مثلا بالنسبة للمشرع الجزائري الذي لم ينظم الوساطة الإتفاقية (الفصل الثاني).

الفصـــــل الأول: الطرق الإلكترونية غير القضائية لحل نزاعات عقد البيع الإستهلاكي الالكتروني الدولي

في العالم المعاصر أصبح اللجوء إلى الوسائل البديلة أمرا ضروريا يستدعيه التطور الحاصل على مختلف الأصعدة لفعاليتها و إستجابتها لرغبات الأطراف و تتمثل هذه الوسائل في التحكيم و الوساطة و التوفيق.

و تعرف هذه الطرق الودية بأنها الآليات التي يلجأ إليها الأطراف عوضا عن القضاء العادي عند نشوء خلافا بينهم بغية التوصل إلى حل، أو تلك الوسائل التي تستخدم لحل المنازعات خارج نطاق المحاكم و الهيئات القضائية الرسمية[1]، و تعتبر هذه الآليات من أفضل الوسائل لحل منازعات التجارة الدولية و خاصة عندما يكون احد الأطراف مستهلكا و تم التعامل في الإطار الإلكتروني.

و قد ظهرت فكرة فض المنازعات الكترونيا عن طريق الانترنيت بداية التسعينات[2] من القرن الماضي و أصبح الفصل في هذه المنازعات يتم بنفس الطريقة التي تتم بها المعاملات الالكترونية المنشأة لها، حيث ثم الإنتقال من مرحلة حل منازعات المعاملات التجارية الدولية، من خلال الوسائل البديلةADR[3]، إلى حل منازعات المعاملات التجارية الالكترونية الدولية عن طريق الكتروني مباشر على شبكة الانترنيتODR[4]، و قد ظهرت عدة مواقع خدمة حل النزاع على الخط، فالبعض منها يكون متخصصا في طريق تسوية واحد (وساطة أو تحكيم) أو قد يكون الموقع متخصصا في مجال نزاع معين (نزاعات المستهلك مثلا أو نزاعات الملكية الفكرية ...) [5].

---

[1]- أحمد أنور ناجي، الوسائل البديلة لحل المنازعات، مقال متوفر على الموقع : www.droitcivil.oever-blog.com/article-7211899.html

[2]- و هذا مع ضهور محكمة الفضاء سنة 1998 للتفصيل فيها أنظر الصفحة 58 و ما بعدها.

[3] - ADR : Alternative Dispute Resolution, en langue française M.A.R.C=Mode Alternatif De Résolution des Conflits

[4] - ODR= On Line Disput Resolution, en langue française RLL=Règlement de Litige en Ligne

[5] -Gautrais Vincent, Jacquot François, Lemyre Pierre-Paul et alii, Le guide juridique du commerçant électronique , Centre international du commerce , 2001, p207.

و من أسباب اللجوء إلى هذه الوسائل البديلة الإلكترونية في حل منازعات الإستهلاك الإلكتروني:

- التقريب بين الأطراف، فالتباعد الجغرافي للمتنازعين لا يسهل عملية ممارسة دعوى قضائية.
- يكون الحل سريعا و يتلاءم مع النزاع و هذا راجع لإختصاص المحكم أو الوسيط الذي يفصل في النزاع.
- قلة تكاليفها فهي عادة ما تتم عبر أرضيات تفاعلية إلكترونية تكون مجانية بالنسبة للمستهلك[1].
- و من بين الأسباب التي دعت إلى البحث عن هذه الوسائل أيضا هو الصعوبات و المشاكل التي تواجه الأطراف عند اللجوء إلى المحاكم العادية في مجال العلاقات الدولية من جهة و عدم قدرة هذه الأخيرة على تطبيق ضوابط الإختصاص التقليدية لحل منازعات التجارة الالكترونية من جهة أخرى.

و عمليا لاقت فكرة حل المنازعات الالكترونية عبر الخط قبولا و تشجيعا من طرف دول عديدة ، و من أهم الوسائل البديلة الالكترونية المعتمدة في مجال عقد البيع الاستهلاكي الالكتروني الوساطة الالكترونية(المبحث الأول)، و التحكيم التجاري الدولي الالكتروني (المبحث الثاني).

[1]- Nathalie MOREAU,la formation du contrat électronique :dispositif de protection du syberconsommateur et mode alternatifs de reglement des conflits (M.A.R.C), DEA droit des contrats,école doctoral des sciences juridiques, politique , économique et de gestion, faculté des sciences juridique,polique et social, université de Lille2,2003,p80.

المبحث الأول:الوساطة الالكترونية (الوساطة على الخط)

عرفت الوساطة منذ القديم كطريق بديل لحل النزاعات حيث كان زعيم القبيلة و وجهاء القوم هم الذين يقومون بحل مشاكل الناس لما يملكون من مكانة و سلطة و ما تمليه الأعراف و التقاليد، لتتطور هذه الوسيلة و تصبح عبارة عن قوانين و هيئات قضائية مختصة.

فقد كرس الفقه الإسلامي نظام الوساطة و حث على إتباعها في حل النزاعات الناشئة بين الأفراد، و أهم صور الوساطة تلك التي كان يقوم بها عم الرسول أبو طالب بين قريش و الرسول صلى الله عليه و سلم ، كما كانت الشريعة تحث على الإصلاح و الصلح بين الناس و هما يعكسان الوساطة[1] لقوله تعالى **{ وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ }**[2] ، و من أسباب اللجوء إلى الوساطة هو تراكم الدعاوى المرفوعة أمام القضاء و بطء إجراءات التقاضي و إرتفاع نفقاته ، و بتطور وسائل إبرام العقود تطورت الوساطة ،حيث ظهرت الوساطة الالكترونية، التي هي عملية نقل إجراءات الوساطة التقليدية لتتم عبر الخط ، بعد إعطاء مفهوم للوساطة الالكترونية **(المطلب الأول)**، يتم عرض نماذج لتجارب دولية اعتمدت الوساطة الالكترونية كوسيلة لحل منازعات الاستهلاك في عقد البيع الالكتروني**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: مفهوم الوساطة الالكترونية

لإعطاء مفهوم الوساطة الإلكترونية يستلزم الأمر التعريف بها (الفرع الأول)، و بيان إجراءاتها التي تضفي عليها خصوصية تميزها عن الوساطة التقليدية (الفرع الثاني).

[1]- علاوة هوام ، الوساطة بديل لحل النزاع و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2012-2013،ص20.

[2]- سورة الحجرات، الآية9.

الفرع الأول: التعريف بالوساطة الإلكترونية

التعريف بالوساطة الإلكترونية يكون من خلال تعريفها (أولا)، ثم عرض خصائصها و شورطها (ثانيا).

أولا : تعريف الوساطة الإلكترونية

قبل تعريف الوساطة الإلكترونية (ب)، تعرف الوساطة بصفة عامة (أ)

أ)- الوساطة عموما

لغة الوساطة من الفعل وسط يسط وسطا أي صار في وسط الشيء و قال إبن فارس الواو و السين و الطاء بناء صحيح يدل على العدل النصف و اعدل الشيء أوسطه و وسطه، فالوسط هنا يراد به العدل و قال الراغب الأصفهاني" الوسط " ما له طرفان متساويا القدر، و جاء في لسان العرب لإبن منظور { و اعلم ان الوسط يأتي صفة من جهة أن أوسط الشيء أفضله و خياره } فالوساطة إذا هي علاقة تجادبية بين الوسط و طرفيه [1]، و جاء في لسان العرب أيضا أن الوساطة هي المصدر و هي مهمة الوسيط، أي الذي يتوسط بين متخاصمين و الذي هو أيضا الشريف الحسيب في بني قومه [2].

و عرفت الوساطة في المادة1 فقرة3 من قانون اليونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 كما يلي: < أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر بمدلول مماثل يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، و لا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين>[3]، كما عرفتها المادة 3 فقرة1 من التوجيهة الأوروبية رقم 52/2008 كما يلي:

---

[1]- علاوة هوام ، مرجع سابق، ص ص8-9.
[2]- محمود حيدر، الوساطة ،ص2 ،مقال متوفر على الموقع :
www.elbayan.ae/opinions/articles/2011-02-23-1.1390381
[3]- موجود على الموقع:www.uncitral.org

« a) «médiation», un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre. Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige; »[1]

أما فقهيا تعرف الوساطة بأنها «إجراء يقوم من خلاله الأطراف بإخضاع نزاعهم على شخص آخر محايد يسمى الوسيط ، الذي يحاول من خلال الاعتماد على وسائل و تقنيات مختلفة توجيه الأطراف لتسوية النزاع وديا»[2] ،كما تعرف أيضا بأنها «عملية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص أو طرف ثالث محايد لحل النزاع القائم بينهما مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها، و انصراف عمل الوسيط و بدل جهده صوب نقاط الخلاف و اقتراح سبل الحل»[3] .

و هناك من يعرفها بأنها «وسيلة إختيارية يلجأ إليها الأطراف برغبة منهم خلال أي مرحلة من مراحل النزاع و يختارون خلالها إجراءات و أسلوب الوساطة من أجل فهم موضوع النزاع و وضع الحلول المناسبة لها»[4].

و يعرفها آخرون بأنها «الشكل الرئيسي لمساعدة الأطراف لحل النزاع،حيث يستخدم طرف ثالث محايد ليساعده في التوصل إلى حل، و في الوساطة يساعد الطرف الثالث المتنازعين

---

[1] - DIRECTIVE 2008/52/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, disponible sur le site : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Fr:PDF

[2] - Souleymane A.Maiga, le contrat conclus par internet et la protection des consommateurs, Thèse pour le doctorat en droit, droit-economie-sciences sociales, Université Pantheon –Assas, Paris,2008, P226.

[3]- دليلة جلول،الوساطة القضائية في القضايا المدنية و الادارية،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2012،ص20.

[4]- عمر مشهور حديثة الجازي،الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية،ملتقى حول الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات،جامعة اليرموك أربد،الأردن،28 كانون الأول2004،ص3.

في تطبيق قيمهم للوصول لنتيجة، و هذه القيم يمكن ان تتضمن القانون و الإحساس بالعدالة و الإهتمامات الأخلاقية»[1]، و عند البعض تعرف بأنها « عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم و ذلك من خلال إتباع و إستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر و تقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء من السرية»[2].

و تعرف أيضا بأنها «أسلوب من اساليب الحلول البديلة تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع خارج مرفق القضاء عن طريق الحوار و تقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد»[3].

و حسب الفقيهين M.Flécheux et M.Lafarge فالوساطة لا تتضمن البحث عن الحل الصحيح في ظل القاعدة القانونية بل البحث عن الحل الأكثر أهلا لخلق تقارب بين مصالح الطرفين[4].

و الوساطة في مجال الإستهلاك هي وساطة إتفاقية و التي من خلالها يحاول مستهلك و مهني التوصل إلى إتفاق من أجل الحل الودي لنزاعاتهم الناتجة عن تنفيذ أو عدم تنفيذ كلي أو جزئي لعقد بيع سلعة أو توريد خدمة بمساعدة الغير و هو الوسيط.

ب)- الوساطة الالكترونية

و هي الوساطة بمفهومها السابق الذكرفقط هذه الأخيرة تتم بشكل فوري و مباشر على شبكة الانترنيت و تهدف إلى تسهيل التعاون و التفاوض بين أطراف النزاع للتوصل إلى

---

[1]- بشير الصليبي، الحلول البديلة للنزاعات المدنية،دار وائل للنشر، عمان، 2010،ص59.

[2]- سفيان سوالم ، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2014/2013 ، ص41.

[3]- عبد الرحمان بربارة ،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،الطبعة الثالثة، منشورات مغدادي، الجزائر،2011،ص522.

[4] - Cité in Mariem Rekik, le juge du contrat électronique international, mémoire mastère, droit privé, faculté de droit de Sfax ,Tunisie,2013,p90.

حل عادل يقبله أطراف النزاع[1]،إذا فالاختلاف بين الوساطة العادية و الوساطة الالكترونية تتمثل في وسيلة الأنترنيت التي تتم بواسطتها هذه الأخيرة.

ثانيا: خصائص الوساطة الإلكترونية و شروطها

تتمتع الوساطة الإلكترونية بمجموعة من الخصائص(أ)، كما تستدعي توفر شروط لنجاحها(ب).

أ) خصائص الوساطة الإلكترونية

و تتمثل فيما يلي:

* فعالية الأدوات المستخدمة مند لحظة إحالة النزاع للوساطة الالكترونية لحين الفصل فيه و ضمان تسجيل كل ما يجري بين المتنازعين من مناقشات في برنامج مشغل على شبكة الانترنيت من مرحلة الاتصال بين طرفي النزاع إلى الاتفاق النهائي بينهما، و توفير قنوات اتصال آمنة و قاعدة بيانات متكاملة تشمل سير عملية الوساطة و كيفية الإثبات و تقديم الطلبات و توفير قائمة بأسماء الوسطاء مع ترك حرية للأطراف في الاختيار[2].

* تزويد طرفي النزاع بنموذج يتضمن جميع الحلول الودية لفصل النزاع و السماح لهم بإبداء وجهة نظرهم و تعليقاتهم حولها مع الاحتفاظ بكامل المستندات و الوثائق و تخزينها و تزويد المحكمة بنسخة من الاتفاق النهائي الموقع من الطرفين المتخاصمين إذا ما رفض أحد المتنازعين تنفيذ ما تم الاتفاق عليه[3] .

* تقوم منازعات المستهلك على أشياء عادة ما تكون قليلة القيمة الأمر الذي يؤدي إلى عدم ملاءمة حلها بالطريق القضائي العادي، فمسألة التكلفة لا تشكل عائقا بالنسبة للمستهلك الإلكتروني إذا أتبع الوساطة الإلكترونية خاصة مع القوانين الجديدة كالقانون الفرنسي الذي

---

[1]- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية : نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة،رسالة ماجستير في القانون،كلية الدراسات العليا،الجامعة الأردنية،2006،ص ص177-178.

[2]-محمد إبراهيم أبو الهيجاء،التحكيم الالكتروني-الوسائل الالكترونية لفض المنازعات- الوساطة و التوفيق و التحكيم- المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2009 ،ص ص28-29.

[3]- محمد أحمد علي المحاسنة،مرجع سابق،ص181.

سوف نأتي على ذكره و الذي يعتبر الوساطة في مجال الإستهلاك مجانية بالنسبة للمستهلك، و مع ذلك فهذه الوسيلة ليست دائما مجانية لأن الوسيط أو المحكم مثلا هم مهنيين غير أن قيمة أتعابهم لا يمكن مقارنتها بتلك التي يأخذها المحامي أو مصاريف الدعوى[1] .

و هذا ما يجعل المستهلك الالكتروني غير منشغل بقيمة المصاريف بل يبحث عن الحل السريع و المناسب لمنازعته[2].

* التقريب بين الأطراف،حيث أن التباعد المكاني للمتخاصمين لا يسهل عملية ممارسة الدعوى أمام العدالة و ما تطرحه من إشكالات فيما يخص القانون الواجب التطبيق و الإعتراف بالحكم الأجنبي،فهذه المصاعب تخلق تخوفا لدى المستهلك الألكتروني و تمنعه من المطالبة بحقه، غير أن الوساطة الإكترونية تسمح بالوصول إلى الحل دون طرح لإشكالية المحكمة المختصة و لا القانون الواجب التطبيق و دون الإنتقال إلى بلد آخر، حيث أن كل المبادلات تتم بين الطرفين و تتم عبر البريد الإلكتروني أو البريد العادي أو بواسطة المقابلات الإفتراضية[3] .

بالإضافة إلى هذه الخصائص الخاصة بالوساطة الإلكترونية تتمتع الوساطة الإلكترونية بالخصائص العامة للوساطة العادية و المتمثلة في:

* السرعة و المرونة، و التي تعني سرعة البحث عن حل للنزاع دون الرجوع إلى المحاكم و بالتالي تفادي الخضوع لإجراءات الإثبات و باقي الإجراءات الأخرى، ما يؤدي إلى ربح الوقت و خاصة مع التطور المستمر للتكنولوجيا، و تبرز أيضا هذه الإجابية في تحديد مدة الفصل في النزاع حيت أن المشرع الجزائري أعطى مدة ثلاثة أشهر للوسيط من أجل

---

[1] - Soulayman A MAIGA,op.cit; p229.

[2]- من خلال عملية صبر آراء لمسيري المؤسسات كشفت أنهم يفضلون الوسائل البديلة خاصة الوساطة لحل نزاعاتهم مع المستهلك لأنها قليلة التكلفة، فالأستاذ نبيل أنطاكي الكندي جاء بمثال يذكر فيه أنه في مدين أنطاريو تصل أتعاب المحامي و الخبير إلى 250 ألف دولار في منازعة قيمتها 100 ألف دولار، بالإضافة إلى الوقت الطويل الذي يستغرقه حل النزاع، و هناك أيضا دراسة قامت بها جامعة Cornell الواقعة بمدينة نيويورك الأمريكية و الشركة التجارية الأمريكية Price Water House التي تعرض خدمات في المحاسبة و الرماجعة و التسيير، حيث أضهرت هذه الدراسة أن 90% من المسيرين لـ1000 مؤسسة أمريكية بارزة يفضلون الوساطة كوسيلة ملائمة لحل نزاعاتهم، أنظر:
Cité in Soulayman A.MAIGA,op.cit, p230 .

[3]-Ibid,pp 231-232.

الفصل في النزاع و هذا ما جاء في المادة 996 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1] و التي تنص على ما يلي " لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة أشهر و يمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الإقتضاء، بعد موافقة الخصوم " و تحقيق هذه الميزة يتوقف على مهارة الوسيط في إيجاد النقطة الوسط التي يلتقي عندها الأطراف[2]، أما المرونة فتتجسد في عدم وجود إجراءات و أساليب محددة إذ لا تتضمن الوساطة أي إجراء يترتب عليه البطلان إذا تم تجاوزه بشرط عدم مخالفته للنظام العام[3]، كما تتجسد هذه المرونة أيضا في إقتصار الوساطة على جزء من النزاع أو كله و هذا ما ذهبت إليه المادة 995 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على ما يلي " تمتد الوساطة إلى كل النزاع أو جزء منه "، و كذلك في حرية الوسيط في إدارة عملية الوساطة و أيضا حرية الأطراف في اللجوء إلى طريق القضاء في حال عدم التوصل إلى حل يرضيهما.

* الخصوصية، و هي إمكانية إختيار الوسيط مقارنة مع نظام المحاكم الذي يكون فيه القاضي مفروضا بالإضافة إلى عدم تخصصه أحيانا بمجال النزاع ، الأمر الذي يستدعي إستعانته برأي خبير يساعده على فهم القضية جيدا، و الذي يكون عادة بمقابل مالي على عكس الوساطة التي تمنح للأطراف إختيار الوسيط الذي يكون متخصصا في مجال النزاع،خاصة في حالة العقود التي تتم إلكترونيا و ما يترتب عنها من إشكالات تستدعي أن يكون الوسيط على دراية بهذه التكنولوجيات الحديثة[4] .

* المحافظة على علاقة الأطراف، إذ تؤدي عملية الوساطة إلى المحافظة على العلاقة الودية بين الأطراف و الذي يصعب تحقيقها عند حل النزاع قضائيا أو عن طريق التحكيم[5]، ففي مجال التجارة يكون إنقطاع العلاقة التجارية بين المهني و المستهلك أو المهني و المهني هو العقوبة السيئة و غير المحبذة، فاللجوء إلى الوساطة يمنح الأطراف المناقشة و

---

[1]- قانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج، عدد21.

[2]- علاوة هوام ، مرجع سابق،ص71.

[3]- سفيان سوالم ،مرجع سابق،ص46.

[4] -Soulayman A MAIGA ,op.cit,p228.

[5]- محمد أحمد علي المحاسنة ، مرجع سابق، 223.

ليس المواجهة من اجل الوصول إلى حل مشترك يرضي الطرفين و يسمح بالمحافظة على العلاقة بينهما.

* السرية، حيث أن جميع المسائل التي تتم مناقشتها في الوساطة و الوثائق المتبادلة يغلب عليها الطابع السري[1] و هذا من مصلحة المؤسسة التجارية التي لا تفضل أن تكون الشكاوى المقدمة ضدها معلومة للعامة حتى لا تتأثر سمعتها و لا يخلق ذلك قلق لدى زبائنها أو شركائها[2]، و نص المشرع على هذه الخاصية في المادة 1005 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير " .

* تحقيق مكاسب مشتركة للطرفي النزاع، حيث تنتهي الوساطة بحل يرضي طرفي النزاع تم التوصل إليه بناء على إرادتهما المشتركة و يكون هدفه تحقيق مكاسب لكلا الطرفين[3].

ب)- شروط نجاح الوساطة الإلكترونية

يجب ان تتوفر الوساطة الإلكترونية على شروط لنجاحها و التي يمكن حصرها في الآتي:

- أن تكون الجهة أو الجهات الوسيطة حيادية[4] بين الطرفين المتنازعين و مقبولة منهما.

---

[1]- محمد أحمد علي المحاسنة ، مرجع سابق، ص223.

[2] - Soulayman A.MAIGA ,op.cit,p230.

[3]- سفيان سوالم ،مرجع سابق ،ص44.

[4]- بالإضافة إلى صفات أخرى تتمثل في: * أن يكون صالحا للعمل كموفق أي يكون مؤهلا قانونيا على نحو يمكنه من تسيير عملية الوساطة و تحقيق الغاية منها.

* القدرة على التعمق حيث يتطلب من الوسيط عدم الاهتمام بعلاقات طرفي النزاع فحسب، و إنما يتعين عليه الوصول إلى شعورهم و أفكارهم الداخلية حتى يتمكن من تقريب وجهات النظر بينهما، و التوصل إلى حل يرضيهما.

* أن يتمتع بقوة الفهم و التحليل و هذا من خلال حسن الاستماع إلى طرفي النزاع و البحث عن كل الأجوبة التي من شأنها أن تفيده في فهم النزاع و التوصل إلى نقاط الخلاف بين الأطراف و بالتالي تحديد مصدر النزاع و سببه.

* القدرة على إقناع طرفي النزاع على تحمل المسؤولية الشخصية من أجل إنجاح عملية الوساطة.

* القدرة على تسوية النزاع حيث يتعين على الوسيط الوصول إلى حل يرضي طرفي النزاع من خلال إثبات خبرته و براعته في المجال و بالتالي أهليته في الوساطة.

* يجب على الوسيط أن يحافظ على سرية مجريات الوساطة تجسيدا لرغبة الأطراف و تنفيذا للقانون .

* أن يتمتع بالشفافية، و ذلك من خلال توضيحه لطرفي النزاع جميع مراحل الوساطة حتى الرسوم و المصاريف و النفقات و الخبرة الفنية و الصعوبات التي واجهته أو قد تواجه عملية الوساطة، أنظر **محمد أحمد علي المحاسنة**، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، ص229 .

- أن تتوفر الرغبة لدى الطرفين المتنازعين في إجراء الوساطة من جانب طرف متفق عليه.
- أن الجهة الوسيطة تقدم وساطتها بمحض إرادتها دون أن تكون مرغمة على ذلك.
- أن تكون الجهة المعنية بالنزاع حرة في قبول الوساطة أو رفضها لأن الوسيط ليس قاضيا يفرض الحل.
- أن نتيجة الوساطة ليست إلزامية و لا يمكن فرضها على الطرفين كما هو الأمر في التحكيم.
- الوسيط يسعى لتهدئة الأمور و تقريب وجهات النظر المتباينة و تقديم حلول يقبل بها الطرفان دون ضغط أو إكراه[1]، فهو ليس له سلطة إتخاد القرار بل إقتراح حلول دون فرضها و في حال فشل الوساطة له أن يقترح الطرق التي يرى أنها قد توؤدي لحل النزاع بطريقة قانونية.

الفرع الثاني: إجراءات الوساطة الإلكترونية

عادة ما تحدد المراكز المقدمة لخدمة الوساطة الإلكترونية إجراءات الوساطة عن طريق قنواتها المعدة لذلك و تتمثل عموما هذه الإجراءات في:

أولا: تقديم طلب الوساطة الإلكترونية

تبدأ الوساطة الإلكترونية بتعبئة الطلب المخصص لذلك و المعد سلفا من طرف المركز و المتوفر على الموقع الإلكتروني الخاص به و المتضمن لبيانات شخصية مع ذكر مقدم الخدمة و ملخص عن موضوع النزاع و الطرف الآخر و كيفية الإتصال به، و بعد تقديم الطلب يقوم المركز بالإتصال بهذا الطرف و طلب منه إبداء مدى رغبته في فض النزاع من خلال الوساطة الإلكترونية، مع تقديم نسخة عن طلب الوساطة و نموذج للجواب، و تختلف المدة الممنوحة لهذا الأخير بإختلاف الجهة القائمة بعملية الوساطة[2]، فإذا رفض الوساطة فتصبح عندئذ عملية الوساطة غير ممكنة و تنتهي إجراءات الوساطة و تغلق

[1]- محمود حيدر، مرجع سابق،ص3.
[2]- تقدر هذه المدة بعشرة أيام مثلا في مركز(Internet Neutral) و أربعة عشرة يوما في مركز (Square Trade)

القضية إلكترونيا[1]، مع إمكانية فتح ملف القضية في أي وقت يعلن فيه قبوله المشاركة في عملية الوساطة[2] .

أما إذا قبل الطرف الآخر الوساطة فيتم تبليغ طالبها بذلك و تبدأ عملية الوساطة.

ثانيا: بدأ عملية الوساطة الإلكترونية

بعد موافقة طرفي النزاع على الوسيط و الإجراءات و قبول الاشتراك في جلسات الوساطة التي تتم عبر الإنترنيت من خلال الموقع الإلكتروني للمركز، يتم عقد جلسات الوساطة عن طريق غرفة الاجتماعات (Chat Conference Room) أو المؤتمر المصور(Video Conference)[3].

و تجدر الإشارة إلى أن الوسيط حر في سماع الأطراف معا أو كل واحد على إنفراد، حيث أن اللقاءات الانفرادية (Caucus) تزيد عادة من حظوظ نجاح الوساطة الإلكترونية[4].

بعد ذلك يقوم الوسيط بإعداد إتفاق التسوية النهائية و يعرضه على الطرفين حتى يتم التوقيع عليه.

ثالثا: دفع تكاليف الوساطة الإلكترونية

تنقسم هذه التكاليف إلى ثلاثة أنواع:

- ✓ رسوم التسجيل و هي تلك التي يدفعها طالب الإجراء للمركز عند قيد الطلب لديه.
- ✓ المصاريف الإدارية و هي المبالغ المقررة تبعا لطبيعة النزاع و تغطي تكاليف المراسلات و الإخطارات و التكاليف الإدارية اللازمة لنظر النزاع.
- ✓ الأتعاب و هي طبعا مبالغ مقررة للوسيط في عملية الوساطة.

رابعا) - إنتهاء عملية الوساطة الإلكترونية

[1]- كريم بوديسة ، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية،مذكرة ماجستير تخصص قانون التعاون الدولي،كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو ،2012،ص17

[2]- محمد أحمد علي المحاسنة،تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، مرجع سابق،ص231.

[3]- كريم بوديسة ،مرجع سابق،ص18.

[4] - Soulayman A Maiga,op.cit,p227.

تنتهي عملية الوساطة إما بتسوية النزاع وديا و التوقيع على الإتفاق من قبل الطرفين و هنا نقول أن الوساطة الإلكترونية كانت ناجحة.

و قد تنتهي عملية الوساطة دون التوصل إلى حل للنزاع بين الطرفين.

و في كلتا الحالتين يرسل الوسيط فورا إخطار مكتوب إلى المركز يعلمه فيه بإنتهاء الوساطة كما يقوم بإعادة كل الوثائق و المستندات للأطراف و التي قدموها خلال عملية الوساطة.

و حتى نكون أمام وساطة فعالة لا بد أن يكون الإتفاق محل تنفيذ تلقائي من طرف المتخاصمين، لأنه في بعض الأحيان يمتنع أحد الأطراف عن تنفيذ الإتفاق إذا كان الحل لا يتوافق مع مصالحه أو كان لديه شك في نزاهة الوسيط ،كما لا بد أن يكون الإتفاق محل تنفيذ جبري[1].

المطلب الثاني : التجارب الدولية في مجال الوساطة الالكترونية لحل نزاعات الإستهلاك الدولية

لقد لاقت الوساطة الإلكترونية إهتماما كبيرا من طرف الدول لحل نزاعات المستهلك في عقوده المبرمة على الخط و هذا راجع إلى إيجابياتها و تماشيها مع قيمة النزاعات من جهة و التسهيل على المستهلك الإلكتروني الحصول على حقوقه في حال تعاقداته العابرة للحدود أو الدولية، و قد اهتمت مجموعة الدول الأوروبية بهذه الوسيلة البديلة لحل نزاعات المستهلك و المهني سواء في العلاقات الوطنية أو العابرة للحدود، وسنت توجيهات و تنظيمات من أجل ذلك و لعل السبب هو تشجيع و تنمية السوق الأوروبية الموحدة و بعث الثقة لدى المستهلك الأوروبي في التجارة الإلكترونية من خلال تشجيعه على الإقدام على إبرام العقود الإلكترونية و توفير له الوسيلة المناسبة للحصول على حقوقه في حال قيام نزاع ، و قد سن الإتحاد الأوروبي مجموعة من القوانين في مجال الوساطة الإلكترونية

[1] -Mariem Rekik,op.cit,p90.

(الفرع الأول)،الأمر الذي أدى بدول كثيرة للإهتمام بهذه الوسيلة و تعديل تشريعاتها بما يتوافق معها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قوانين الإتحاد الأوروبي في مجال الوساطة الإلكترونية لحل نزاعات الاستهلاك الدولية

لقد عملت المجموعة الأوروبية على سن توجيهات مختلفة لتشجيع الوساطة بصفة عامة كوسيلة لحل النزاعات التي يكون طرفها مستهلك(أولا)، و الوساطة الإلكترونية خاصة(ثانيا).

أولا: قوانين الإتحاد الأوروبي المنظمة للوساطة العادية في مجال الإستهلاك

هناك العديد من القوانين أهمها:

1- التوصية الأوروبية 98-257 للجنة الأوروبية في 30 مارس 1998 متعلقة بالمبادئ المطبقة على الهيئات المسؤولة عن التسوية غير القضائية لمنازعات المستهلك[1].

هذه التوصية تابعة لنتائج الكتاب الأخضر[2] المتعلق بلجوء المستهلكين إلى العدالة و تسوية نزاعات الإستهلاك في السوق الأوروبية،حيث عملت على تسهيل لجوء المستهلكين إلى إجراءات التسوية غير القضائية للنزاعات (REL) حين تواجهه صعوبات من أجل الحصول على حقوقه خاصة تلك المتعلقة بمصاريف الدعوى و طول و تعقيد الإجراءات القضائية في النزاعات العابرة للحدود، و لهذا أقترحت اللجنة إجراءات غير قضائية لحل النزاعات كالوساطة و التحكيم و التوفيق، كما أوصت بضرورة إحترام كل هيئة تقوم بحل نزاعات

---

[1] - **Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), disponible sur le site www.** http://eur-lex.europa.eu/

[2] - Les livres verts sont des documents publiés par la Commission européenne dans le but de stimuler une réflexion au niveau européen sur un sujet particulier. Ils invitent les parties concernées (organismes et particuliers) à participer à un processus de consultation et de débat sur la base des propositions qu'ils émettent.
Les livres verts sont parfois à l'origine de propositions législatives qui sont alors exposées dans des livres blancs. http://ec.europa.eu/green-papers/index_fr.htm

المستهلك للمبادئ السبعة التالية : الإستقلالية ، الشفافية ، المواجهة ، الفعالية ، المساواة ، الحرية ، التمثيل (الطرف حر في الإستعانة بمحامي أو الغير).

2- التوصية الأوروبية 2001-310 للجنة الأوروبية في 04 أفريل 2001 المتعلقة بالمبادئ المطبقة من طرف الهيئات غير القضائية المكلفة بالتسوية الرضائية لمنزعات الإستهلاك[1]

الهدف من هذه المبادئ هو بعث الثقة لدى المستهلكين في هذه المكنزمات و تتمثل هذه المبادئ في الحياد، الشفافية ، الفعالية ، و الإنصاف و إيجابيات هذه الهيئات هي سرعة حل النزاعات ، وهذا الطريق غير القضائي محصور فقط في نزاعات المستهلك.

3- التوجيهة الأوروبية 2008/52/CE للبرلمان الأوروبي و المجلس في 21 ماي 2008 حول بعض مظاهر الوساطة في المواد المدنية و التجارية[2]

هذه التوجيهة أخذت بعين الإعتبار الحقوق الأساسية و المبادئ المعترف بها من طرف ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوروبي وتضمنت بعض مظاهر الوساطة في المواد المدنية و التجارية و تطبق هذه التوجيهة على المنازعات العابرة للحدود بالنسبة للأطراف التي ترغب بالوساطة كطريق لحل نزاعاتهم[3]،كما تضمنت التوجيهة أحكام الوساطة و إجراءاتها .

[1] -Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [notifiée sous le numéro C(2001) 1016] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32001H0310

[2] - DIRECTIVE 2008/52/CE ,précité.

[3] -Article1 Alenia2 et Article2 de la directive 2008/52/CE.

4- التوجيهة الأوروبية 11/2013[1] للبرلمان الأوروبي و المجلس في 21 ماي 2013 المتعلقة بالتسوية غير القضائية لمنازعات الإستهلاك المعدلة للتنظيم CE/2004/2006 و التوجيهة 22/2009.

الهدف من هذه التوجيهة هو تأمين حماية عالية للمستهلك ، و هي تطبق على إجراءات التسوية غير القضائية للنزاعات الوطنية و النزاعات العابرة للحدود المتعلقة بالإلتزامات التعاقدية المرتبطة بعقود البيع أو الخدمة المبرمة بين المهني و المستهلك في الإتحاد الأوروبي[2] فيكون له توجيه شكوى ضد المهني[3] أمام هيئات التسوية التي تقوم بحل النزاع وديا عن طريق الوساطة، و هذه الهيئات مذكورة في المادة 20 من التوجيهة.

و الجديد في هذه التوجيهة أنها تطبق على الوساطة الداخلية و الوساطة العابرة للحدود فهي تتيح للمستهلك اللجوء السهل إلى الوسائل الودية لحل نزاعاته، خاصة الوساطة من خلال التعريف بها و تشجيع اللجوء إليها بحيث أن كل مواطن أوروبي له حق الإستفادة من هذه الآلية في العلاقة بين المستهلك و البائع في أوروبا.

وضعت الدول الأعضاء في هذه التوجيهة موعد عامين أي إلى غاية 09 جويلية 2015 لدمج هذه التوجيهة في تشريعاتها الوطنية .

ثانيا) قوانين الإتحاد الأوروبي الخاصة بالوساطة الإلكترونية في مجال الإستهلاك

و أهمها:

[1] - Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC).
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027565379

[2] -Article2 de la directive 2013/11.

[3] - Article1 de la même directive.

- التنظيم الأوروبي 524/2013[1] للبرلمان و المجلس في 21 ماي 2013 المتعلق بالتسوية عبر الخط لمنازعات الإستهلاك(Règlement relatif au RLLC)[2]

هذا التنظيم يطبق إبتداءا من 09 جانفي 2016 و هو مكمل للتوجيهة و له نطاق تطبيق ضيق لأنه لا يشمل إلا النزاعات الناتجة عن عقود البيع أو الخدمات على الخط التي تبرم بين مهني و مستهلك في الإتحاد الأوروبي سواء كان النزاع ذا صفة وطنية أو عابر للحدود، و كان من المستحسن أن يشمل هذا التنظيم أيضا النزاعات الناشئة عن عقد بيع إلكتروني بين مهني من الإتحاد الأوروبي و مستهلك من خارج الإتحاد حتى نعطي هذا الأخير حظ في الاستفادة من الوساطة الإلكترونية دون اللجوء إلى القواعد العامة للإختصاص القضائي الدولي و ما تثيره من إشكالات.

و تقوم اللجنة الأوروبية من خلال هذا التنظيم بخلق أرضية لحل النزاعات على الخط تسمى بـ La plate forme RLL و التي تسير من طرفها حيث تكون على شكل شباك وحيد للمستهلكين و المهنيين لمساعدتهم على معرفة هيئة التسوية غير القضائية المختصة لحل النزاع و تسمح لهم بالتواصل بشكل فعال بطريق إلكتروني، هذه الأرضية عبارة عن موقع إلكتروني تفاعلي قابل للولوج و مجاني و يكون بجميع اللغات الرسمية للإتحاد الأوروبي، حيث يمكن لأي مستهلك من أي دولة عضو الإتصال بهذه الأرضية، و الهدف منها بعث الثقة لدى المستهلكين فيما يخص التجارة على الخط من أجل خلق سوق رقمية موحدة و حقيقية [3]، فعادة المستهلك لا يعلم بوجود هيئات للتسوية غير القضائية للنزاعات الموجودة في بلده أو أي بلد عضو وحتى لو كان يعلم لا تكون له القدرة على تعيين الهيئة المختصة بمعالجة حالته، فوجود هذه الأرضية من شأنه أن يتغلب على هذا المشكل، إذ يكفي أن يتصل المستهلك بالأرضية RLL لتقوم هذه الأخيرة بتعيين هيئة REL المختصة بنزاعه الأمر الذي يقتضي توفر الأرضية على كل المعلومات المتعلقة بهذه الهيئات، و في هذا

[1] - RÈGLEMENT (UE) N° 524/2013 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32013R0524

[2] - **R**èglement en **L**igne des **L**itiges de **C**onsommation

[3] - Olivier Dulon,les MARC :Les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits et la résolution amiable des litiges en ligne :Allemagne, Belgique et France,pp22-23. www.dulon.org/app/download/

الصدد المادة 14 من التنظيم تفرض على المهنيين الموجودين في الإتحاد الأوروبي الذين يقومون بعقود بيع على الخط ضرورة إدارج رابط إلكتروني على موقعهم نحو الأرضية RLL بحيث يكون هذا الرابط سهل الولوج إليه من طرف المستهلك.

و يقع على جمعيات المستهلكين و المنظمات المهنية إلتزام يتمثل في ضرورة التعريف بهذه الأرضية، و التي تقوم حسب المادة 5 من التنظيم بالمهام التالية :

- توفير الاستمارة الإلكترونية للشكوى[1] و التي تملأ من طرف المشتكي[2].
- تعلم المدعى عليه بالشكوى المودعة .
- تعرف الأطراف بهيئات التسوية الغير قضائية المختصة و تحيل الشكوى إلى الهيئة المتفق عليها من طرف الأطراف.
- إقتراح وسيلة مجانية للتسيير الإلكتروني للملفات و التي تسمح للأطراف و هيئة التسوية الغير قضائية متابعة إجراء التسوية على الخط بوساطة الموقع(Plate Forme RLL).
- تمنح للأطراف و هيئة REL ترجمة للمعلومات الضرورية لتسوية النزاع و تبادلها عن طريق موقع الأرضية.
- تمنح نظام يمكن من خلاله للأطراف التعبير عن رأيهم حول أداء الأرضية و هيئة REL التي عالجت النزاع.
- وضع في متناول الجمهور معلومات حول هيئات REL و أيضا دليل على الخط حول كيفية إيداع الشكوى.
- لهذه الأرضية دور تقني يتمثل في السماح للأطراف بالتواصل مع بعضهم و أيضا مع هيئة RLL المختصة في كل مراحل تسوية النزاع.

و عملية الفصل في النزاع لا تستلزم الحضور المادي للأطراف أو ممثليهم[3].

---

[1]- المادة 8 و 9 من التنظيم تبينان كيفية إدخال الشكوى بواسطة الأرضية و معالجتها و إرسالها إلى هيئة REL التي أختار الأطراف الرجوع إليها.

[2]- و من خلال المادة 12 و 13 يعطي التنظيم ضمانات حول المعطيات أو البيانات ذات الطابع الشخصي و أيضا سريتها و أمنها، و فيما يخص معالجة هذه المعطيات من طرف الأرضية فالتنظيم ينبه بأن هذه المعلومات تحذف آليا في أجل أقصاه 6 أشهر بعد تاريخ غلق النزاع، و وحدها هيئة REL المختارة من قبل الأطراف هي التي يمكن لها الولوج إلى بيانات النزاع.

[3] - Article10 du règlement 2013/524 .

- التنظيم التنفيذي 1051/2015 للجنة الأوروبية لـ01 جويلية 2015[1]

هذا التنظيم تطرق إلى كيفية عمل الأرضية RLL و أيضا لنماذج استمارات الشكوى الإلكترونية، كما أشار إلى هيئات التسوية REL المقترحة من طرف الأرضية، أيضا عالج حالات غلق بعض النزاعات و مسألة مسح المعطيات الشخصية...

أما من حيث المراكز أو الهيئات REL ففي أوروبا هناك عشرة 10 مراكز لمساعدة المستهلكين التابعين للمجموعة الأوروبية في حالة بروز مشاكل عابرة للحدود موجودين في مدينة ليل الفرنسية لوكسمبورغ، برشلونا و فكتوريا بإسبانيا، بلزانو بإيطاليا، دوبلان الإرلاندية ، كيال و قرونو الألمانية و لندن بانجلترا و فيينا بالنمسا، و هناك قائمة جديدة متوفرة على الموقع ويب للجنة[2].

بالإضافة إلى الشبكة الأوروبية لمراكز المستهلكين ECC-Net التي أنشاتها اللجنة الأوروبية سنة 2005 حيث تتواجد هذه المراكز في كل دولة من الدول الثمانية و العشرون الأعضاء في الإتحاد بالإضافة إلى مركز في االنرويج و مركز في إسلاندا و هذه المراكز تعمل من أجل تدعيم و تقوية مسألة حماية المستهلكين في أوروبا حيث تتجه مهام الشبكة الأوروبية لمراكز المستهلكين إلى بعث ثقة أكبر لدى المستهلك في السوق الأوروبية،كذلك منحه معلومات و مساعدة مجانية في حالة النزاعات العابرة للحدود، و هذه الشبكة تسمح لمختلف المراكز الأوروبية للمستهلكين بالتعاون من أجل الحل الودي للنزاعات بين مستهلك في دولة و مهني يمارس نشاطه في دولة أخرى في الإتحاد الأوروبي.

[1] - Règlement d'exécution (UE) 2015/1051 de la Commission du 1er juillet 2015 définissant les modalités d'exercice des fonctions de la plate-forme de règlement en ligne des litiges, les modalités du formulaire de plainte électronique et les modalités de la coopération entre les points de contact prévues au titre du règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32015R1051

[2] - Soulayman A Maiga,op.cit,p247.

الفرع الثاني: التجارب الوطنية في مجال الوساطة الإلكترونية لحل نزاعات الإستهلاك الدولية

أما على مستوى التشريعات الوطنية فقد عرفت الوسائل البديلة حركة سريعة و متطورة حيت عملت الدول و مازالت تعمل على إيجاد إطار قانوني ملائم يضمن لهذه الآليات تطبيقا فعالا من أجل تحقيق و تثبيت العدالة و صيانة الحقوق.

و قد إختلفت الدول في تنظيمها للوساطة فهناك من عالجت الوساطة الإلكترونية(أولا) و هناك من أخذت بالوساطة الإتفاقية(ثانيا) و دول إكتفت بالوساطة القضائية(ثالثا).

أولا: الدول التي أخذت بالوساطة الإلكترونية في مجال الإستهلاك

من بينها:

أ) – فرنسا

حسب الإحصاءات التي أجريت هناك 712 مخالفة في 2005 منها 14% تتضمن عمليات شراء على الخط مرفوقة بمشكل التسليم،حيث أن 25 % من النزاعات خضع للوساطة[1].

و قد تبنى المشرع الفرنسي الوساطة الإلكترونية لحل نزاعات المستهلك في حال شراء على الخط من خلال مجموعة من القوانين أهمها:

- الأمر رقم 2015-1033 لـ20 أوت 2015 المتعلق بالتسوية غير القضائية لمنازعات الإستهلاك.
- المرسوم رقم 2015-1082 لـ30 اكتوبر2015 المتعلق بالوساطة في منازعات الاستهلاك و الذي يبدأ العمل به إبتداء من 01 جانفي2016 .

[1] - Cité in Mazen Hotait, Protection des consommateurs dans les contrats conclu sur internet : étude comparative droit Français et Libanais, Thèse doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris, 2008, P244.

فأحكام الوساطة في ظل هذين القانونين تطبق على المستهلك و المهني في منازعة سواء كانت وطنية أو عابرة للحدود و التي تعرف حسب المادة L151-1-C من الأمر2015-1033[1] بأنها كل نزاع ناشئ عن عقد بين مستهلك و مهني حول تنفيذ عقد بيع أو عقد توريد خدمة حينما يكون المستهلك وقت إبرام العقد مقيما في دولة عضو غير تلك التي يوجد بها محل مؤسسة المهني.

فحسب هذا القانون كل مستهلك له الحق في اللجوء إلى وسيط مجانا بهدف حل النزاع مع المهني وديا و يكون ذلك بطريق الإلتحاق بمراكز الوساطة سواء عبر الطريق الإلكتروني أو ببريد بسيط، إذ يمكن لكل طرف مهني أو مستهلك الدخول إلى موقع هذه المراكز و الذهاب إلى الخانة المكتوب عليها طلب الوساطة في مجال الإستهلك و ملأ الإستمارة المتضمنة للبيانات الشخصية، حيث يكون إجراء الوساطة مجانيا بالنسبة للمستهلك إلا إذا أعتمد الأطراف محامي ينوب عنهم و بالتالي تكون المصاريف على حسابهم ، أو إذا تم الإستعانة برأي خبير أو في حالة طلب إرفاق خبرة حيث تكون فيها المصاريف على الطرفين معا[2].

و بمجرد إستلام الوسيط الوثائق المعتمدة في طلب المستهلك يقوم بتبليغ الأطراف سواء بالطريق الألكتروني أو بواسطة بريد عادي قبوله المهام و يذكر في التبليغ بأن لهم حق الإنسحاب في أي وقت من الإجراء[3].

و يمكن للوسيط إستقبال الأطراف معا أو كل واحد على حدى، و في غياب إتفاق ودي بينهما يقتـــرح عليهم حل لتسوية النزاع[4] و يذكرهم سواء بواسطة بريد عادي أو إلكتروني أنهم أحرار في قبول أو رفض الحل المقترح و أن المشاركة في الوساطة لا تحرمهم من

---

[1] - **Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation** Disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr

[2] - Article L151-1 de l'ordonnance 2015-1033 **,précité.**

[3] - Article R152-2 du décret **n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation,** disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031400977&categorieLien=id

[4] -Article R152-3 du décret précité.

إمكانية الرجوع إلى الجهات القضائية، كما يحدد لهم الآثار القانونية في حالة قبول الحل و أيضا المدة اللازمة لقبول أو رفض هذا الحل و هذا حسب المادة R152-4 من المرسوم.

و تجدر الإشارة إلى أن هذه الوساطة يجب أن تكون إجباريا سرية[1] و تكون في أجل أقصاه 90 يوم تبدأ من تاريخ تبليغ الوسيط الأطراف تسلمه المهمة مع إمكانية الوسيط تمديد هذا الأجل في أي وقت في حالة النزاع المعقد على أن يعلم الأطراف بذلك[2].

كما جاء القانون بنظام خاص بالوسيط في مجال الإستهلاك سواء من حيث الشروط الواجب توفرها فيه كأن - يحوز على مؤهلات في مجال الوساطة و معرفة قانونية خاصة في مجال الإستهلاك و - لا يكون في حالة تعارض مصالح و - يكون مسجلا في قائمة الوسطاء المبلغين لذا اللجنة الأوروبية و - يتم تعيينه لمدة لا تقل عن ثلاثة سنوات[3] بالإضافة إلى تمتعه بالكفاءة و الإستقلالية و التجرد[4] ، و بالتالي يجب عليه أن يعلم الأطراف عن وجود كل ظرف من شأنه التأثير في إستقلاليته و حياده أو يخلق حالة تعارض مصالح كما يعلمهم أيضا حقهم في الإعتراض على متابعته لمهامه، فإذا رفض أحد الأطراف متابعة الوسيط للوساطة وضع بذلك نهاية لمهمة الوسيط حسب المادة R153-1.

و قد نصت المادةL154-1 على وجوب أن يضع كل وسيط موقع أنترنيت يخضع للشروط المنصوص عليها في المادة R154-1 [5] و يؤمن الدخول المباشر للموقع و يوفر المعلومات المتعلقة بإجراء الوساطة، مع الإشارة إلى أن الأطراف لهم دائما حق اللجوء إلى الوساطة عن طريق البريد.

كما يجب على الوسيط توفير رابطا إلكترونيا مع القاعدة الأوروبية لحل نزاعات عقد البيع الإستهلاكي على الخط.

---

[1] - Article L152-3 de l'ordonnance précitée.
[2] - Article L152-5 de la même ordonnance.
[3] - Article L153-1 de l'ordonnance 2015-1033.
[4] - Article L153-1 de la même ordonnance.
[5] - Article 154-1 du décret 2015-1382 précité.

في الأخير يمكن القول أن المهني ملزم بإقتراح الوساطة على المستهلك سواء في نزاع وطني أو نزاع عابر للحدود و المستهلك له حق قبولها أو يفضل اللجوء للقاضي و هذا الإجراء طبعا يكون إذا لم يتمكن من حل النزاع بموجب الشكوى المقدمة أمام مصالحه، أي في المرحلة التي يعود فيها المستهلك على المهني لمحاولة إيجاد حل مباشر دون تدخل أي جهة أخرى.

إن المشرع الفرنسي من خلال هذه القوانين يحاول حماية المستهلك من خلال منحه وسيلة لحل منازعاته في العقود التي يبرمها إلكترونيا حيث أعطى تحفيزات لحث المستهلك على اللجوء لهذه الوسيلة.

و من أجل تجسيد هذه القوانين تم إنشاء العديد من المؤسسات و الهيئات التي توفر إجراءات الوساطة في النزاعات بين المستهلك و المهني سواء على صعيد العلاقات الوطنية أو العلاقة العابرة للحدود، فبالنسبة لمراكز الوساطة التي تهتم بنزاعات المستهلك و المهني و التي توجد في مجالات مختلفة للإستهلاك و الخاصة بالعلاقة الداخلية نذكر أهمها : المركز IEAM [1] و كذلك وسيط التجارة الإلكترونية للفدرالية للتجارة الإلكترونية و البيع عن بعد FEVAD [2].

أما **النزاعات العابرة للحدود** فهي من إختصاص المركز الأوروبي للمستهلكين في فرنسا، و هذا المركز مدعم من طرف اللجنة الأوروبية و وزارة الإقتصاد و الصناعة و الرقمية، هذا المركز يلعب دورا في حل منازعات المستهلك الفرنسي في علاقة عابرة للحدود مع مهني من دولة في الإتحاد الأوروبي، و يمكن ذكر مثال عن قضية حديثة جدا فصل فيها في جويلية 2016 حيث تمكن من الوصول إلى حل ودي يرضي مستهلكة فرنسية و مهني بلجيكي بخصوص عقد بيع كتاب صور (ألبوم) تم عبر الأنترنيت و تتلخص وقائع القضية في أن السيدة "ب" مستهلكة فرنسية طلبت كتاب ألبوم خاص مع كل صورها من بائع بلجيكي عبر الأنترنيت و لما وصلها الطرد وجدت الألبوم به ضرر، و أول إجراء قامت به

[1] - Centre de médiation de la consommation de l'**i**nstitut d'**e**xpertise, d'**a**rbitrage et de **m**édiation.
[2] - **F**édération de **e**-commerce et de la **v**ente **à** **d**istance.

كان الإتصال بالشركة البلجيكية التي أقترحت عليها إعادة طبع الألبوم و إرساله لها بدون نفقات إضافية على شرط أن ترسل الألبوم المتضرر للشركة كدليل و دون ضمان من الشركة البلجيكية بأن يكون الألبوم الجديد هو نفسه، السيدة "ب" لم تشأ المجازفة و رفضت العرض و أقترحت بأن تكتب تعهد بإتلاف الألبوم حين يصلها الألبوم الجديد و تضمن حصولها على ألبوم يشبه الأول لكن الشركة رفضت، إتصلت السيدة "ب" بالمركز الأوروبي للمستهلكين بفرنسا، حيث قام هذا الأخير بالإتصال بزملائه في بلجيكا من اجل الوصول إلى حل ودي مع المهني، و كان في الأخير حصول السيدة "ب" على ما أرادت حيث أستطاعت الإحتفاظ بالألبوم و الحصول على تعويض لكتاب الصور المتضرر.

هذه الحالة تمثل في الحقيقة حالة عدم المطابقة فكتاب الصور لم يكن مطابقا للطلب المقدم و السيدة "ب" لها الحق في طلب إستبدال أو إصلاح السلعة.

ب) - بلجيكا

أصدرت بلجيكا قانون جديد في 12 ماي 2014 حول التسوية غير القضائية لنزاعات الإستهلاك أوردته في الكتاب السادس عشر من تقنين القانون الاقتصادي و جاء تدعيما للتوجيهة الأوروبية 11/2013، حيث تم إنشاء مصلحة الوساطة الخاصة بالمستهلك بدأت العمل في جانفي 2015 مكونة من لجنة إدارة بها عشرة10 أعضاء، بالإضافة إلى الهيئات المؤهلة لتسوية نزاعات المستهلك مثل l'ombudsman [1] في النزاعات المالية، مصلحة الوساطة في مجال الطاقة.....

[1] - **Ombudsman** :mot suédoi (en Suède dès 1809), personnalité indépendante chargée d'examiner les plaintes des citoyens contre l'Administration. (En France, cette fonction est remplie par le médiateur.). http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ombudsman/55948
Ombudsman désigne dans de nombreux pays l'équivalent de la fonction de **médiateur de la République**, de **Protecteur du citoyen** dans plusieurs pays francophones, de **défenseur du peuple** dans des pays hispaniques, de **défenseur du citoyen** ou bien encore d'**ombudsman parlementaire**. Le champ de compétence d'un ombudsman porte sur des différends de type administratif dans le secteur public ou privé. Le recours à un ombudsman est gratuit, tout comme le recours à un médiateur. https://fr.wikipedia.org/wiki/Ombudsman

أما بالنسبة لأرضية Belmed [1] و هي عبارة عن موقع إلكتروني للحل غير القضائي على الخط للنزاعات الناشئة عن علاقة بين مستهلك و مهني (B2C) أو علاقة بين مهني و مهني (B2B) منشأة من طرف SPF économie[2] كما تسمح هذه الأرضية بحل النزاعات التجارية عبر الأنترنيت بفضل تدخل وسيط مستقل يكون هذا الوسيط إما هيئة مسجلة لدى اللجنة الأوروبية من طرف وزارة الإقتصاد أو وسيط معتمد من طرف SPF justice (اللجنة الفدرالية للوساطة) تعمل هذه الأرضية بأربعة لغات هي الهلندية ،الفرنسية ،الانجليزية و الألمانية[3] .

ج) - ألمانيا

دخل القانون الألماني للوساطة حيز التنفيذ في 26 جويلية 2012 و هو المصدر الأساسي لها، وهذا القانون أخد بعين الإعتبار التوصيات و التوجيهات التي جاء بها الإتحاد الأوروبي و دهب أبعد من ذلك حيث أشتمل على الوساطة العائلية و لم يميز بين نوع النزاعات الخاضعة لتطبيقه حيث يطبق على كل النزاعات ما عدى الوساطة التي يديرها قضاة التوفيق، هذا القانون يطبق على النزاعات الوطنية أو العابرة للحدود، و من أهم مراكز الوساطة في ألمانيا المركز الأوروبي الألماني للإستهلاك الذي أنشأ في منتصف شهر جوان 2009 مشروع دليل وسيط على الخط لـ:- « Médiateur en ligne de Bade-Wurtemberg »المدعم من طرف وزارة الإستهلاك لمقاطعة Bade-Wurtemberg و الذي أستفاد مند عام 2011 من ثقة كل من وزارة البيئة، الطاقة و الزراعة و المستهلكين لمقاطعة Land de Hesse و في أفريل 2012 إلتحق بالمشروع كل من Land de Bavière و الشركة الألمانية Trusted Shops، و في شهر ديسمبر 2012 Land de Berlin و في جانفي 2013 الشركة الألمانية للتأمين و في مارس 2013 مقاطعة Lande de Rhénanie Palatinat و في أفريل 2013 الشركة الألمانية للبيع المباشر BDD، و

[1] - Le nom, Belmed, est la contraction de « Bel » pour « belge/Belgisch » et de « Med » pour « médiation/mediatie ».

[2] - **S**ervice **P**ublic **F**édéral (ministère) Economie.

[3]- للمزيد من التفصيل حول عمل هذه الأرضية أنظر الموقع www.belmed.fgov.be

هذه الشراكة جاءت متناسبة مع أحكام التوجيهة 11/2013 المتعلقة بالتسوية غير القضائية لنزاعات الإستهلاك[1].

ثانيا: الدول التي أخذت بالوساطة الإتفاقية في مجال الإستهلاك

و من بينها:

أ)- لبنان

أعتمد المشرع اللبناني الوساطة في منازعات الإستهلاك في المادة 82 و ما بعدها من القانون اللبناني لحماية المستهلك[2]، حيث نص على أن تخضع النزاعات الناتجة بين المستهلك و المحترف أو المصنع و التي لا تتجاوز قيمتها ثلاثة ملايين ليرة لبنانية للوساطة و في حالة تجاوز النزاع لهذه القيمة أو في حال فشل الوساطة فالنزاع يعرض على لجنة حل النزاعات المنصوص عليها في المادة 97 من القانون و التي تنص على ما يلي: «تنشأ لجنة لحل النزاعات أو أكثر، للنظر في الخلافات المنصوص عليها في المادة 98 من هذا القانون.

تتكون هذه اللجان من قاضي شرف أو قاضٍ من الدرجة السادسة فما فوق، رئيساً وعضوية ممثل عن غرف التجارة والصناعة والزراعة وممثل عن جميعات حماية المستهلك.

و خلال فترة انتقالية لا تتجاوز الستة أشهر، ولحين تشكيل اللجان المذكورة أعلاه، ينظر في هذه الخلافات قاضي شرف أو قاضٍ من الدرجة السادسة فما فوق يعين بمرسوم يصدر بناءً على اقتراح وزير العدل، بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى.

يعيّن القضاة رؤساء اللجان بمراسيم تصدر بناءً على اقتراح وزير العدل، بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى، ويعيّن أعضاء اللجان بمراسيم تصدر عن مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير الإقتصاد والتجارة».

---

[1] - Olivier Dulon,op.cit.p39.

[2]- القانون اللبناني رقم 659 الصادر في 04 شباط 2005 يتعلق بحماية المستهلك، معدل بموجب قانون رقم 265 بتاريخ 2014-04-15.

و ما يميز الوساطة في مجال الإستهلاك بالنسبة للقانون اللبناني هو الوسيط الذي يكون موظف أو أكثر تابع لوزارة الإقتصاد و التجارة و يكون من الفئة الثالثة و ما فوق و يعين بقرار صادر عن وزير الإقتصاد و التجارة بناء على إقتراح من المدير العام[1].

و الجدير بالذكر أن هذا القانون يطبق على العقود التي تبرم بين المحترف و المستهلك بغض النظر إذا ما كانت العلاقة ذات طبيعة وطنية أو دولية، و بالتالي لا يوجد ما يمنع من تطبيق أحكام هذه الوساطة على منازعات عقد البيع الإستهلاكي العابر للحدود الذي يتم إلكترونيا ولو أن أحكام هذه الوساطة تبقى غير كافية مقارنة بأحكام الوساطة في التشريعات الأوروبية.

و بالنسبة لإجراءات هذه الوساطة فتكون كالآتي:

- ✓ عرض النزاع على الوسيط بناءا على إستدعاء خطي من المستهلك أو المحترف أو المصنع[2].
- ✓ يقوم الوسيط خلال الثلاثة أيام الموالية لتاريخ تلقي الإستدعاء بدعوة الأطراف إلى الجلسة و في حالة تخلف أحدهما يحدد الوسيط موعدا لجلسة ثانية و في هذه الحالة إذا تم غياب نفس الطرف عن الجلسة تقفل الوساطة و يحال النزاع إلى لجنة حل النزاعات السابق ذكرها[3].
- ✓ تتم الوساطة حسب المادة 89 بحضور الأطراف أوممثليهم و يحق لأطراف النزاع الإطلاع على كافة الأوراق و المستندات لدى الوسيط كما يجوز لهم تقديم مذكرات و مستندات للوسيط الذي يقوم بإبلاغ النسخ منها للطرف الآخر خلال ثلاثة أيام من تاريخ إستلامها،كما يمكن للوسيط الإستعانة بخبير[4]، و الملاحظ أن هذه الإجراءات لا تنطبق على الوساطة الإلكترونية التي تقوم على التواصل عن طريق الأنترنت و عدم الحضور المادي للأطراف.
- ✓ تكون مدة الوساطة 15 يوما إبتداءا من تاريخ أول جلسة مع إمكانية تمديد هذه المدة بإتفاق الأطراف أو بطلب من الوسيط و هذا ما جاء في المادة 92 من قانون الوساطة.

---

[1]- المادة 83 من نفس القانون .
[2]- المادة 85 من القانون اللبناني رقم 659 ،مرجع سابق.
[3]- المادتان 86 و 88 من نفس القانون.
[4]- المواد 87، 90 و 91 من نفس القانون.

- ✓ يقوم الوسيط باقتراح حلول يعرضها على الأطراف و يمنحهم 48 ساعة لإتحاد موقف منها ففي حالة القبول سواء الكلي أو الجزئي يدون الاتفاق في محضر يوقع عليه الوسيط و الأطراف و يكون ملزم[1]، و في حالة الفشل فتكون الإحالة إلى لجنة حل النزاعات.

تجدر الإشارة إلى أنه في حال ما إذا تبين للوسيط أن أحد الأطراف قام بأعمال معاقب عليها قانونا يقوم بإحالة صورة عن الملف إلى المدير العام للاقتصاد و التجارة و الذي يحيله عند الاقتضاء إلى النيابة العامة المختصة.

و ما يمكن قوله عن أحكام الوساطة في القانون اللبناني أنها لا يمكن أن تطبق على الوساطة الإلكترونية.

ب) – المغرب

أجاز المشرع المغربي الوساطة فيما يجوز الصلح فيه و بالتالي لا يوجد ما يمنع من تطبيق أحكام الوساطة الإتفاقية على منازعات العقد الإستهلاكي الإلكتروني الدولي.

و قد أعتمدها بموجب القانون رقم 08/05[2] في الفرع الثالث من الباب الثامن بالقسم الخامس من المسطرة المدنية و هذا في إطار توفير نظام فعال للوسائل البديلة لحل المنازعات خاصة الوساطة و التحكيم، و قد عرف الوساطة من خلال الفصل 327/56 من قانون المسطرة المدنية بأنها :« إتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام الصلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد ».

نستنتج من هذه المادة أن الوساطة قد تكون بموجب شرط وساطة منصوص عليه في العقد الأصلي أو عقد وساطة يبرم بعد نشوب النزاع،حيث يمكن الإتفاق على الوساطة أثناء نظر المحكمة في النزاع، و في هذه الحالة توقف المحكمة إجراءات الفصل في النزاع إلى حين معرفة نتيجة الوساطة[3]، و يجب أن يكون إتفاق الوساطة مكتوبا[4] سواء كانت الكتابة رسمية

---

[1]- المادة 93 من نفس القانون.

[2]- القانون المغربي رقم 08-05 ،الجريدة الرسمية رقم 5584 بتاريخ 76 ديسمبر/كانون الأول 2007، يقضي بإلغاء أحكام قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم ويفرض إجراءات جديدة تنظم التحكيم والوساطة الاتفاقية.

[3]- الفصل 327/59 من نفس القانون.

[4]- الفصل 327/58 من نفس القانون.

أو عرفية أو محضر أمام المحكمة، و المشرع لم يبين نوع حامل الكتابة و بالتالي يجوز إعتماد الكتابة الإلكترونية .

و كما أشترط المشرع الكتابة من حيت الشكل بالنسبة لإتفاق الوساطة فقد أشترط من حيت المضمون و تحت طائلة البطلان أن يتضمن الإتفاق ما يلي:

- ✓ تحديد موضوع نزاع.
- ✓ تعيين الوسيط أو النص على طريقة تعيينه، و قد يكون شخص طبيعي أو معنوي و لم يتطرق القانون إلى الشروط الواجب توفرها في الوسيط بالتفصيل لكن ألزمه بعدة واجبات تتمثل حسب الفصل 327/66 في :
  - o كتمان السر المهني بالنسبة للغير تحت طائلة عقوبات القانون الجنائي.
  - o عدم إثارة ملاحظات الوسيط أو إستعمالها أمام القاضي المعروض عليه النزاع.
  - o عدم جواز تخلي الوسيط عن مهمته إلا بإتفاق الأطراف أو إذا فات الأجل المتفق عليه أو الأجل القانوني المحددة بثلاثة أشهر دون أن يستطيع الأطراف إبرام الصلح.

و في حالة ما إذا تم اللجوء إلأى القضاء مع وجود إتفاق الوساطة فنميز بين الحالة التي يكون فيها اللجوء إلى القضاء أثناء سير إجراءات الوساطة، حيث يكون على المحكمة أن تصرح بعدم قبول الدعوى إلى حين إنتهاء عملية الوساطة أو بطلان إتفاق الوساطة .

و الحالة التي يتم فيها اللجوء إلى القضاء قبل عرض النزاع على الوساطة، حيث يكون على المحكمة أن تصرح بعدم قبول الدعوى ما لم يثبت أن إتفاق الوساطة باطل، و في كلتا الحالتين لا يكون تصريح المحكمة تلقائيا.

بالنسبة لإجراءات الوساطة الإتفاقية حسب القانون المغربي 08/05 فتتمثل فيما يلي :

- ✓ حسب الفصل 327/63 من القانون يجب على الأطراف الإتفاق على رفع النزاع إلى الوسيط المعين.
- ✓ إذا قبل الوسيط يخبر الأطراف بذلك في رسالة مضمونة الوصل مع إشعار بالوصول أو بواسطة مفوض قضائي، و بالرغم من أن القانون لم يحدد كيفية عقد الجلسات فإنها تتم

عموما عن طريق عقد لقاءات تمهيدية لتعريف الأطراف بالإجراءات و تكون على شكل جلسات مغلقة مع كل طرف أو تجمع بين الطرفين ، حيث يتم التقريب بين وجوهات نظر الأطراف للوصول إلى الصلح إذ يستمع الوسيط إلى الأطراف و يقارن بين وجوهات نظرهم لإيجاد حلا للنزاع كما له أن يستمع إلى الغير بعد موافقة الأطراف.

- ✓ القيام أو العمل على القيام بكل خبرة من شأنها أن توضح النزاع و هذا بعد موافقة الأطراف.
- ✓ عند إنتهاء مهمته يقترح الوسيط على الأطراف مشروع صلح أو بيان عن الأعمال التي قام بها، و تكون مدة الوساطة قصيرة و لا يجب أن تتجاوز ثلاثة أشهر من يوم قبول الوسيط مهمته مع إمكانية تمديد المدة بإتفاق الأطراف و وفق نفس الشروط المعتمدة لإبرام إتفاق الوساطة[1].
- ✓ في حالة عدم وقوع الصلح يسلم الوسيط للأطراف وثيقة عدم وقوع الصلح موقعة من طرفه و في حالة الوصول إلى صلح يحرر الوسيط الصلح في وثيقة تتضمن الحل الذي أنتهى إليه الأطراف و تكون موقعة من الأطراف و الوسيط، و يخضع هذا الصلح إلى نفس الأحكام المنصوص عليها في قانون الإلتزامات التعاقدية كما يكتسي قوة الشيء المقضي به[2] .

و بالتالي فإن تنفيذ ما جاء في وثيقة الصلح يكون تلقائيا من طرف الأطراف و في حالة رفض الخصم تنفيذ ذلك يمكن للطرف الآخر أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة إمهار وثيقة الصلح بالصيغة التنفيذية و بالتالي مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، و هذا الإجراء الأخير يجعل من الصلح الناتج عن الوساطة الإتفاقية يختلف عن الصلح المبرم في إطار عادي.

ثالثا) – الدول التي أعتمدت الوساطة القضائية

و من بينها:

[1]- الفصل 327/65 من القانون 08/05 السابق ذكره.
[2]- الفصل 327/69 من نفس شضالقانون 05.

أ)- الجزائر

أعتمد المشرع الجزائري الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات حيث أخذ بالوساطة القضائية و المتمثلة في الوساطة الخاصة التي يكون الوسيط فيها من الغير دون الوساطة الإتفاقية و بالتالي في نزاعات عقد البيع الألكتروني الإستهلاكي الدولي إذا تقرر الإختصاص للمحاكم الجزائرية فإن القاضي و تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سوف يقترح الوساطة على الأطراف لحل نزاعاتهم،و قبل عرض القاضي الوساطة عليه التأكد من ان النزاع قد طرح على المحكمة وفق القواعد الإجرائية التي قررها القانون و عليه أن يتأكد من قابلية الدعوى للوساطة[1] فالوساطة لا تتم في المواد المتعلقة بشؤون الأسرة و قضايا العمال و كل ما يتعلق بالنظام العام، و إستثناء الوساطة في هذه المسائل الحكمة منه هو خضوعها لنظام إجرائي خاص بحل منازعاتها بحيث لا يمكن الجمع بينه و بين نظام الوساطة[2].

بعد إقتراح القاضي الوساطة على الأطراف يكونون أحرار في رفض أو قبول الوساطة ففي حالة القبول يعين القاضي وسيطا و الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو جمعية يقوم رئيسها بتعيين احد أعضائها لتنفيذ الإجراء بإسمها[3] .

بالنسبة للوسيط إذا كان شخصا طبيعيا يشترط فيه حسب المادة 998 ق إ م إ الجزائري[4] ما يلي :

- ✓ **عدم تعرضه لعقوبة مخلة بالشرف و عدم منعه من حقوقه المدنية** ، بمعنى تمتعه بالأخلاق الحميدة حيث يؤثر في حسن الخلق كل سلوك يقوم به الشخص يمس بالشرف أو النزاهة أو يخل بالآداب العامة و يترتب عليه توقيع عقوبة تأديبية كالعزل أو الشطب أو سحب الإعتماد أو الترخيص و هذا ما جسده المشرع في المادة2 من المرسوم 100/09[5].

---

[1]- سفيان سوالم ،مرجع سابق ، ص ص 207- 208 .

[2]- نفس المرجع، ص 209.

[3]- المادة 997 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

[4]- تقابلها المادة 131-5 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الذي حدد صفات الوسيط في الأخلاق الحميدة، التجربة و الإستقلالية.

[5]- مرسوم تنفيذي 100/09 مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد كيفيات تحديد الوسيط القضائي،ج رج ج ،عدد 16.

- ✓ **يكون أهلا لنظر النزاع** و يعني أن يتمتع بالأهلية الكاملة أي يكون بالغا سن الرشد و أيضا غير فاقد الأهلية أو ناقصها، لأن ذلك يتنافى مع مهمته التي تحتاج إلى الحنكة و الفطنة و المهارات الشخصية التي تؤهله إلى إدارة المفاوضات[1].
- ✓ **الحياد و الإستقلالية**، و يقصد بالحياد عدم إنحياز الوسيط إلى أي طرف و عدم وجود علاقة مع أي منهما ، فالحياد يبعث الثقة لدى الأطراف في الوسيط و يضمن حلا عادلا يرضي كلاهما و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 11 من المرسوم التنفيذي 100/09 على ما يلي « يجب على الوسيط أو احد أطراف النزاع الذي يعلم بوجود مانع من الموانع المذكورة أدناه أن يخطر القاضي فورا قصد إتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات لضمان حياد الوسيط و إستقلاليته:

- إذا كانت له مصلحة شخصية في النزاع.
- إذا كانت له قرابة أو مصاهرة بينه و بين أحد الخصوم.
- إذا كانت له خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم.
- إذا كان أحد أطراف الخصومة في خدمته.
- إذا كان بينه و بين أحد الخصوم صداقة أو عداوة.

بالإضافة إلى الشروط التي جاء بها المرسوم التنفيذي 100/09في المادة 2 و 3 منه و تتمثل في:

- ✓ عدم الحكم عليه بسبب جناية أو جنحة بإستثناء الجرائم غير العمدية.
- ✓ عدم الحكم عليه بصفته مسيرا من أجل جنحة الإفلاس و لم يرد إعتباره.
- ✓ لا يكون ضابطا عموميا وقع عزله أو محامي شطب إسمه أو موظف عمومي عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي.
- ✓ تمتعه بالنزاهة و الكفاءة[2] و القدرة على حل النزاعات.
- ✓ يمكن أن يكون حائز دبلوم أو أي وثيقة تؤهله لتولي الوساطة .

---

[1]- علاوة هوام، مرجع سابق، ص122.

[2]- أي يكون للوسيط كفاءة عالية تمكنه من أداء مهامه و ذلك من خلال التدرب على مهارات الوساطة في مراكز متخصصة أو معاهد معترف بها بالإلتحاق بدورات تدريبية و تحصيل حد أدنى من ساعات التدريب، أنظر **علاوة هوام** ، مرجع سابق، ص125.

و حسب المادة 4 من نفس المرسوم يختار هذا الوسيط من قائمة الوسطاء التي يتم إعدادها على مستوى كل مجلس قضائي إلا في حالة الضرورة، و يقوم القاضي الذي عينه بتحديد مقدار أتعابه و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 12 من المرسوم، و لا يجوز له الحصول على غير هذه الأتعاب تحت طائلة الشطب من القائمة و إسترجاع المبالغ المقبوضة .

أما بالنسبة للوسيط إذا كان جمعية ،فالمادة 997 ق.إ.م.إ.ج، لم تحدد طبيعة الجمعية التي تسند إليها مهمة الوساطة كما لم تحدد الشروط الواجب توفرها في الوسيط إذا كان عضوا في الجمعية[1] و لعل السبب هو أن هذا العضو المعين هو بالضرورة شخص طبيعي و بالتالي يخضع لنفس شروط الوسيط إذا كان شخصا طبيعيا.

و تتم الوساطة القضائية في القانون الجزائري وفق الإجراءات التالية:

- ✓ يقوم القاضي لزاما بعرض الوساطة على الخصوم (الذين لهم حق قبولها أو رفضها مع إشارة القاضي في الحكم إلى أنه عرض الوساطة و تم رفضها في حالة الرفض طبعا) سواء كان النزاع مطروح أمام المحكمة أو أمام المجلس القضائي[2] ، و لم يبين المشرع الجزائري وقت عرض الوساطة على الأطراف لكن المنطق يقضي بعرضها في أول الخصومة و هذا حتى تحقق الغاية منها[3]، كما أن القانون لم ينص على جزاء عدم إحترام القاضي لإلزامية عرض الوساطة على الأطراف و لعل السبب هو ورود إمكانية أو حالات قد لا يقتنع فيها القاضي بجدوى الوساطة في حل النزاع[4].
- ✓ بعد حصول القاضي على الموافقة من الخصوم يقوم بتعيين الوسيط[5] بموجب أمر يتضمن موافقة الخصوم، تحديد الآجال الأولى للوساطة و تاريخ رجوع القضية للجلسة إذ يجب أن لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر قابلة للتمديد مرة واحدة لنفس المدة بطلب من الوسيط و بعد

---

[1]- عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق،ص527.
[2]- المادة 994 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.
[3]- عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق،ص 525.
[4]- سفيان سوالم ، مرجع سابق،ص208.
[5]- المادة 994 السابقة الذكر.

موافقة الخصوم[1] ، كما يجب أن يتضمن الأمر كذلك إسم الوسيط، عنوانه و المهام الموكلة إليه.

- ✓ يقوم أمين الضبط بتبليغ الخصوم و الوسيط بأمر التعيين حيث يقوم هذا الأخير بتبليغ القاضي بقبوله و يدعو الخصوم إلى أول لقاء بينهم[2]، مع الإشارة إلى أن القاضي يبقى له حق رقابة سير الوساطة و حق إتخاذ كل التدابير و التي تسهل سير الوساطة و له أيضا حق تمديد أجل الوساطة و أيضا إيقافها[3].
- ✓ بدأ جلسات الوساطة بحضور الأطراف أو وكلائهم القانونيين أو مفوضين عن الأشخاص المعنوية.
- ✓ قيام الوسيط بمحاولات لتقريب وجهات نظر الخصوم و يمكن له سماع أطراف النزاع كل واحد على إنفراد و هذا من أجل مساعدة الأطراف على الوصول إلى حل يرضيهم، كما يمكنهم سماع أشخاص آخرين و طلب وثائق يراها ضرورية دون أن يقوم بعملية التحقيق ، و للوسيط إخطار القاضي بكل الصعوبات التي تعترض مهامه[4].
- ✓ في النهاية إذا تم التوصل إلى حل ودي بين الأطراف فالوساطة تعتبر إيجابية و ناجحة و يحرر محضر إتفاق يوقعه الوسيط و الخصوم و ترجع القضية أمام القاضي للمصادقة على المحضر بموجب أمر غير قابل للطعن يصبح بذلك سندا تنفيذيا، أما إذا لم يتم الإتفاق على حل و بالتالي فشل الوساطة فتبقى الأطراف محافظة على سرية معلومات الوساطة و يقوم الوسيط بإخبار القاضي كتابة و يودع محضر فشل الوساطة لدى أمانة ضبط الجهة القضائية التي عينت الوسيط و ترجع القضية للجدول و يواصل القاضي إجراءاته[5].

مما سبق ذكره نخلص أن الوساطة في القانون الجزائري لا تخدم منازعات عقد البيع الإستهلاكي الألكتروني الدولي لأنها تثار بعد إحالة النزاع على القضاء، فالمشرع أوكل اقتراح الوساطة الى القاضي و بالتالي يستدعي أن يكون النزاع معروضا أمام القضاء

---

[1]- المادة 996 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.
[2]- المادة 1000 من نفس القانون.
[3]- عبد الرحمان بربارة ،مرجع سابق، ص526.
[4]- المادة 1001 ق إ م إ ج.
[5]- المادتين 1003 و 1004 ق إ م إ ج.

المختص و هذا يتنافى مع الهدف من الوساطة كطريق بديل لحل نزاعات المستهلك و هو تفادي اللجوء للقضاء و الإشكالات المترتبة عنه.

المبحـث الثـــــاني: التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني

يعتبر التحكيم أحد أهم الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية خاصة في مجال العقد الدولي فهو طريق استثنائي لحل النزاعات دون اللجوء إلى طرق التقاضي العادية ،فنادرا ما نجد عقدا لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عنه، و للتحكيم أنواع **كالتحكيم الإختياري** الذي نقصد به إتفاق أطراف العقد التجاري على تسوية المنازعات التي نشأت أو سوف تنشأ بينهم باللجوء إلى التحيكم[1]، حيث يكون هنا للأطراف حق الإختيار بين إتباع طريق القضاء أو طريق التحكيم، و هذا النوع من التحكيم هو محور دراستنا، و **التحكيم الإجباري** فهو الذي يكون بأمر من المشرع أي أن المشرع يوجب الخصوم على إتخاذ التحكيم طريقا لحل نزاعهم، و غالبا ما يسبقه عملية تفاوض بين المتنازعين و في حالة فشلها يطرح النزاع على التحكيم[2] ، و ينتج عن هذا النوع من التحكيم قرار تحكيمي ملزم للأطراف و له حجية الشيء المقضي فيه[3].

و أيضا **التحكيم الحر** و هو التحكيم الذي يلجأ فيه أطراف الخصومة إلى إختيار محكم أو محكمين بكامل حريتهم ليتولوا البث في النزاع، حيث يستند إختيار المحكمين على المعرفة الشخصية للمحكم، و **التحكيم المؤسساتي** فهو تحكيم تتولاه هيئات و مراكز تحكيمية وطنية و دولية و تكون متخصصة بالتحكيم و لها نظام خاص تضعه بنفسها[4]، و التحكيم المؤسساتي هو الأكثر انتشارا في مجال التجارة الألكترونية،حيث أصبحت العديد من مراكز التحكيم المؤسساتي تقدم خدمة التحكيم بواسطة الأنترنيت[5] و لهذا سمي بالتحكيم

---

[1]- هند عبد القادر سليمان، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم في المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية و القانون، ليبيا،دس،ص9، متوفر على الموقع:/www.iefpedia.com/arab

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص64.

[3] - Mariem Rekik,op.cit,p93.

[4]- و من أهم مراكز التحيكم غرفة التجارة الدولية بباريس ، المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ، مركز دبي للتحكيم، الجمعية الأمريكية للتحكيم، محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA ، و من بين هذه المراكز من تختص في النزاعات التي يكون طرفها مستهلك كالجمعية الأمريكية للتحكيم.

[5]- أنظر الملحق 1.

الإلكتروني أو ما يعرف بفض المنازعات عن بعد عن طريق اللجوء إلى مراكز التحكيم، و قد أصبح له أهمية و فعالية كبرى في حل النزاعات بالطرق الحديثة، و التي لم يألفها المتقاضون من قبل و حتى رجال القانون الذي يقع على عاتقهم عبء مواجهة هذا التطور في مجال التحكيم، و التصدي لخصوصيته و الإشكالات التي يطرحها و التي تميزه عن التحكيم التقليدي.

المستهلك الإلكتروني قليلا ما يلجأ إلى التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة و التحكيم الإلكتروني بصفة خاصة لحل نزاعاته بسبب بعض المشاكل التي نذكرها لاحقا، فالفقه يفضل الوساطة و التوفيق[1]، كما أن العقد النوذجي للتجارة الإلكترونية يشترط الرجوع إلى الوساطة و هذا يفسر على أساس الطابع الرضائي للوساطة و دور الوسيط الذي يركز على الحوار و ليس على إيجاد حلا للنزاع.

و يتم التحكيم الإلكتروني إما عبر البريد الإلكتروني و إما عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات و هذا ما يضفي عليه خصوصية سواء من حيث ماهيته (مطلب أول)، أو من حيث إجراءاته (مطلب ثاني).

المطلـــب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني

إن إنتشار التحكيم الإلكتروني لحل منازعات التجارة الإلكترونية و إهتمام الدول و الأفراد بهذه الوسيلة البديلة يستدعي إعطاء مفهوم له (الفرع الأول)، و على إعتبار التحكيم الإلكتروني كالتحكيم العادي يبدأ بإتفاقية تحكيم فيجب تبيان خصوصية هذا الإتفاق (الفرع الثاني).

الفـــرع الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني

التحكيم الإلكتروني التجاري الدولي هو التحكيم الذي يتم في إطار منازعة لعقد دولي في اطار علاقة تجارية كما هو الحال بالنسبة لعقد البيع الإستهلاكي الدولي أين تكون المنازعة بين مستهلك و مهني في إطار علاقة ذات صفة دولية، و هذا التحكيم يتم عن طريق

[1] - Nathalie MOREAU, op.cit, p80.

الانترنيت، حيث تضفي عليه هذه الوسيلة تعريفا خاصا (أولا) كما تجعله يتمتع بمزايا و سلبيات(ثانيا).

أولا: التعريف بالتحكيم التجاري الدولي الإلكتروني

كما سبق و ذكرنا فالتحكيم يكون تجاريا دوليا إذا كان مجال التعامل بين الأطراف تجاريا و ثار نزاع في هذا المجال و كدا عدم إنتماء المتعاملين إلى دولة واحدة ، و قد يتم هذا التحكيم بالطريق التقليدي كما قد يتم بالطرق الحديثة أي عبر الأنترنيت، و سوف نحاول التركيز على التحكيم التجاري الذي يتم إلكترونيا لوجود توجه دولي نحو ضرورة حل منازعات المستهلك الناتجة عن العقود الإلكترونية بالطريق الإلكتروني لما له من مزايا تجعله يختلف عن التحكيم التقليدي، و بعد إعطاء تعريف للتحكيم الإلكتروني و بيان مراحله (أ)، نميز بينه و بين باقي الوسائل الإلكترونية البديلة الأخرى(ب).

أ)- تعريف التحكيم الإلكتروني و مراحله

التحكيم لغة هو مصدر في الأمر و الشيء أي جعله حكما و فوض الحكم إليه، و حاكموه بينهم أي طلبوا منه أن يحكم بينهم فهو حكم و محكم، و حكمه في ماله تحكيما أي جعل إليه الحكم فيه[1].

1- تعريف التحكيم الإلكتروني: التحكيم عموما هو إتفاق الأطراف على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمون ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع و الفصل في موضوعه[2]، و يعرف أيضا بأنه " إتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهما بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم إختيارهم كمحكمين و يتولى الأطراف تحديد الأشخاص المحكمين أو على الأقل يتضمن إتفاقهم على التحكيم بيانا لكيفية إختيار المحكمين أو أن يعهدوا لهيئة

[1]- زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت،1987،ص148.
[2]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر،2009،ص13.

أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى عملية التحكيم وفقا للقواعد و اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز " [1].

أما التحكيم الإلكتروني فيعرف بأنه: " التحكيم الذي يتم إجراؤه بشكل عام أو جزئي عبر الأنترنيت أو وسائل الإتصال الإلكترونية الأخرى[2] ، كما يعرف بأنه العملية التي تتم كل إجراءاتها على شبكة الأنترنيت إبتداءا من ملأ النموذج الخاص بالموافقة على التحكيم عبر الشبكة مرورا بتبادل الرسائل و المستندات الإلكترونية، سماع الخبراء و الشهود، إلى صدور حكم التحكيم الإلكتروني[3]، و يعرف أيضا (التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الأنترنيت وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى إلتقاء أطراف النزاع و المحكمين في مكان معين[4]، و في نفس السياق عرفه البعض الآخر بأنه التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة إتصالات دولية بطريقة سمعية و دون الحاجة إلى التواجد المادي و المحكمين في مكان معين[5].

السؤال الذي يطرح، هل يشترط أن تتم عملية التحكيم كاملة عبر الأنترنيت أم يكفي إستخدام الأنترنيت في مرحلة من مراحله؟ ، هناك رأي أعتبر التحكيم إلكترونيا لمجرد إعتماد الأنترنيت في مرحلة من مراحل العملية التحكيمية حتى و لو تمت باقي المراحل بالطرق التقليدية[6]، وهنا نلاحظ أنه في كثير من عقود البيع الإلكتروني الإستهلاكي يكون شرط التحكيم في شكل إلكتروني مدرج في عقد البيع الإلكتروني بينما عملية التحكيم تتم بالشكل التقليدي، كأن يتضمن مثلا شرط التحكيم الإلكتروني إحالة النزاع إلى غرفة التجارة الدولية

---

[1]- د.هشام بشير، التحكيم التجاري الإلكتروني المزايا و العيوب، ص1،مقال متوفر على الموقع:
http://araa.sa/index.php?view=article&id=686:2014-06-24-10-47-17&Itemid=172&option=com_content

[2]- نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3]- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر ،2006،ص93.

[4]- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية،2009،ص42.

[5]- مصطفى أحمد الحاج يوسف و أبو سالف آدم مصطفى، إجراءات التحكيم الإلكتروني و تنفيذ قراراته، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية،السودان،العدد14،مارس2015،ص68،متوفر على الموقع:http://mag.uofb.edu.sd/?page_id=1069

[6]- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية،دار النهضة العربية القاهرة،2005،ص15.

بباريس CCI فهنا التحكيم لا يطلق عليه وصف التحكيم الإلكتروني لمجرد أن شرط التحكيم ورد في شكل إلكتروني، أما الرأي الثاني فيستلزم أن تجرى عملية التحكيم كلها إلكترونيا[1].

في إعتقادنا أن العبرة بوصف التحكيم أنه إلكتروني تكون في مرحلة جلسات التحكيم التي تتم دون التواجد المادي للأطراف و المحكمين و أيضا صدور القرار التحكيمي، فإتمام هذين المرحلتين في الشكل الإلكتروني يمكنان من إضفاء الوصف الإلكتروني على التحكيم أما مسألة تبليغ الأطراف إلكترونيا مثلا أو إرسال و تبادل المستندات عبر الأنترنيت فهما لا يؤثران على صفة التحكيم ، و الدليل على ذلك هو وجود مراكز تحكيم لها مواقع على الأنترنيت لكنها لا تقوم بعملية التحكيم على الخط بل يساعد الموقع فقط على التعريف بالمركز و الإجراءات المتبعة في ظله و أيضا إستقبال المستندات.

والتحكيم الإلكتروني يختلف عن التحكيم العادي في الوسيلة المستعملة لإجرائه و المتمثلة في وسائل الإتصال الحديثة خاصة الانترنيت، أي غياب محكمة ملموسة، و الجدير بالذكر أن للتحكيم الإلكتروني تسميات أخرى كالتحكيم على الخط أو التحكيم الإفتراضي، و على العموم فالتحكيم الإلكتروني له نفس دور و خصائص التحكيم التقليدي،حيث أن هذا الأخير يبقى محتفظا بمبدأ حرية التعاقد أين يكون للأطراف فيه حق إختيار القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم و على موضوعه و كدا إجراءاته.

2- مراحل تطورالتحكيم الإلكتروني

لقد تطور نظام التحكيم الإلكتروني مند ظهوره إلى يومنا هذا و عرف عدة مراحل أهمها:

✓ **مشروع شبكة القضاء لعام 1964:** الذي أنشأه دافيد ستيردولسكي حيث كانت هذه الشبكة مشتملة على أربعين قاضيا و كان الهدف منها مكافحة عمليات القرصنة و جرائم التشهير و إنتهاكات حقوق المؤلف.

✓**نظام القاضي الإفتراضي لعام 1996:** أنشأ من قبل أساتذة مركز القانون و أمن المعلومات (CENTER FOR LAW AND INFORMATION POLICY) و يعتبر فكرة

[1]- حسام الدين فتحي ناصف ، مرجع سابق،ص16.

إمريكية ناتجة عن شراكة بين NCAIR [1] و CLI [2]، و أيضا جمعية المحكمين الأمريكيين AAA، و القاضي الإفتراضي ظهر عام 1996، الهدف منه إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالأنترنيت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم[3].

هذا النظام يعمل بطريقة إلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني،حيث يبدأ العمل بمجرد إيداع شكوى في شكل إستمارة إلكترونية يبين فيها الأطراف محل الخلاف و مجاله، و الحل المأتمل من الطرفين، و يكون عدد المحكمين من واحد إلى ثلاثة معينين من الجمعية الأمريكية للتحكيم، و هم خبراء في التكنولوجيا و على معرفة كبيرة بالمحيط الإلكتروني، و القاضي الألكتروني يعطي ردا خلال 72 ساعة من وقت إنعقاد المحكمة[4]، حيث يكون القرار الصادر عن المحكم مجردا من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف، و هذا المركز يقدم خدماته حتى الآن و دون مقابل[5].

- ✓ **مشروع محكمة التحكيم الإفتراضية في 1996:** حيث لم تنظر هذه المحكمة إلا في قضية واحدة و لم يتم الفصل فيها بسبب حل النزاع من قبل الأطراف و قبل صدور حكم المحكمين.
- ✓ **مشروع التحكيم المعجل في 1998 [6].**

لجأت بعض المراكز التحكيمية إلى أسلوب التحكيم المعجل في عام 1998 كنتيجة لطبيعة منازعات العقود الدولية الإلكترونية و ما تتطلبه من سرعة أستدعت الضرورة البحث عن آلية أسرع من التحكيم الإلكتروني[7]، و قد أعتمد من طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي أعتبرته تحكيما إتفاقيا يرتضيه الأطراف، إذ يستجمع عدة عناصر تجعل منه تحكيما معجلا، فهو لا يختلف عن التحكيم العادي إلا في العناصر التالية:

---

[1] - **N**ATIONAL **C**ETER FOR **A**UTOMATED **I**NFORMATION **R**ESEARCHE .

[2] - **C**YBER **L**AW **I**NSTITUT.

[3]- د.نبيل زيد مقابلة، التحكيم الإلكتروني،ص3، مقال،2007،متوفر على الموقع:
www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=216

[4] - Mariem Rekik,op.cit,p95.

[5]- د.نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق،ص4.

[6]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق،ص7.

[7]- أيمن الزيني، التحكيم الإلكتروني، مؤتمر الكويت الأول للتحكيم، 4- 6 ديسمبر 2012، ص6.

✓ مدة نظر النزاع حيث يتم النظر في الدعوى فى جلسات مكثفة خلال مدة ثلاثة أيام فقط، ما لم تستدعى الدعوى مدة أطول .

✓ عدد المحكمين (محكم واحد)، حيث تتشكل هيئة التحكيم المعجل من محكم فرد. وإذا لم يتم تعيين المحكم المنفرد خلال 15 يوما بعد الشروع فى التحكيم ، تولى المركز تعيين المحكم المنفرد.

✓ إجراءات التحكيم (التقدم بطلب التحكيم و معه مذكرة بالطلبات، التقدم بمذكرة الدفاع و معها مذكرة بالرد على الطلبات)

✓ المدة الإجرائية، تكون ثلاثة أشهر بدلا من تسعة أشهر و مدة إصدار الحكم شهر واحد بدلا من ثلاثة أشهر[1].

✓ **محكمة الفضاء Cyber Tribunal :** نشأت هذه المحكمة بمركز بحوث القانون العام بكلية الحقوق بجامعة منتريال شهر سبتمبر 1996 [2]، و بعد عامين تم بعثها بشكل رسمي في 4 جوان 1998 لحل منازعات الفضاء الإلكتروني[3]، و أهتم المشروع بكيفية الفصل بين نزاعات المهني الإلكتروني و المستهلك الإلكتروني، أي المشاكل التي تثور في الفضاء الإلكتروني، كما أخذ بعين الإعتبار الصعوبات المتعلقة بتعيين المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق و ضرورة توحيد القواعد القانونية المطبقة على المعاملات الموجودة على شبكة والأنترنيت[4].

و قد اعتمدت المحكمة بالإضافة التحكيم الإلكتروني الوساطة الإلكترونية حيث تت كل الاجراءات إلكترونيا، بدءا من وضع إستمارة إلكترونية على موقع الأنترنيت للمحكمة، التي يكون على الطرف المستعجل ملأها ذاكرا فيها كل المعلومات المتعلقة بالنزاع، بعدها يفحص الطلب من طرف أمانة المحكمة التي تقوم بتعيين محكم أو وسيط و تفتح ملف للقضية قابلا للإطلاع عليه على الخط على موقع القضية و الذي من خلاله يدعو المحكم أو

---

[1]- التحكيم في إطار المنظمة العالمية للملكية الفكرية،2009، ص ص11-12.

[2]- صالح جاد المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكة الإتصال الإلكترونية، مجلة المحامين العرب،العدد3 2009،ص2، متوفر على الموقع: www.eastlaws.com

[3] -Soulayman A Maiga,op.cit,p236.

[4]- صالح جاد المنزلاوي، مرجع سابق،ص3.

الوسيط الطرف الآخر إلى المشاركة في إجراءات التحكيم و الوساطة، و يكون الموقع مخصصا فقط للأطراف، حيث يدخلونه بإستعمال كلمة السر، و يتضمن الموقع كل الوثائق و المعلومات المتعلقة بالملف، و يكون مكانا للتواصل بين الأطراف و الغير حيث يمكنهم من التواصل بكل خصوصية.

و من أجل بعث الثقة في نظام المحكمة تصدر هذه الأخيرة شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتحقق فيها الشروط المطلوبة و التي تسمح لأصحاب المواقع أو المسؤولين عنها بتسوية منازعاتهم وفقا لإجراءات المحكمة، و تسعى إلى خلق قواعد غير رسمية تطبق على الفضاء، و تعتبر الأولى من نوعها التي تفصل في القضايا بين مستخدمي الأنترنيت بطريقة سريعة، و تعرض خدماتها باللغة الأنجليزية و الفرنسية و تقدمها مجانا و تضمن سرية المعلومات بالنسبة للقضايا المنظورة أمامها عن طريق عملية التشفير[1].

و مجالات تدخل المحكمة واسعة تشمل العقود المبرمة بين المستهلك و المهني في إطار التجارة الإلكترونية، حق المِؤلف، العلامة التجارية و مجالات أخرى باستثناء تلك المتعلقة بالنظام العام[2].

و قد حضت حماية المستهلك إهتماما كبيرا من طرف المحكمة، حيث تقوم هذه الأخيرة بتفسير عقود الإستهلاك لصالح المستهلك و القانون الواجب التطبيق هو قانون المستهلك، و يستطيع المحكم وفقا لنظام المحكمة أن يظهر دورا فعالا يتسم بالمرونة في الإجراءات لتقديم أفضل حماية للمستهلك و بالتالي يمكنه أن يبحث بنفسه عن معلومات تكميلية و أذلة تساعده على الفصل في القضية[3].

و تقوم المحكمة على مبادئ أساسية تتمثل في المواجهة و السرية، كما أن القرار يكون نهائيا و غير قابل للاستئناف[4].

---

[1] - صالح جاد المنزلاوي ، مرجع سابق،ص3.

[2] - Soulayman A Maiga,op.cit,p237.

[3]- صالح جاد المنزلاوي، مرجع سابق،ص4.

[4] - Soulayman A Maiga,op.cit,p242.

و قد انتهت تجربة المحكمة الإفتراضية في 1999 لكنها بالمقابل نجحت في وضع آليات لتسوية النزاعات بالإعتماد على التحكيم و الوساطة[1].

- ✓ هذا و قد ظهرت العديد من المراكز التي تقدم خدمة التحكيم على الخط كمركز التحكيم و الوساطة لمنظمة حقوق الملكية الفكرية، و غرفة التجارة الدولية و جمعية التحكيم الإمريكية و التجمع الوطني للتحكيم NAF الذي يتقاسم ملفات التحكيم في مجال الإستهلاك مع AAA نظرا للإستعمال الواسع لشرط التحكيم في أمريكا،حيث قامت هذه الأخيرة بوضع برنامج و إجراءات خاصة بالنسبة لملفات الإستهلاك و تكون المصاريف المطبقة عليه أقل من تلك التي تطبق إذا كان الأطراف مهنيين، و محكمة التحكيم التي أنشأتها جمهورية التشيك و التابعة لغرفتي الصناعة و التجارة التي أصدرت إجراءات خاصة بالتحكيم الإلكتروني في 2004 و هذا بهدف الاستفادة من خدمات الانترنيت في مجال التقاضي عن طريق التحكيم[2] و تشير الإحصائيات إلى 6000 قرار تحكيمي إلكتروني عن مؤسسة ICANN [3]، و قرابة 70 قرار تحكيمي إلكتروني صادر عن معهد المحكمين القانونيين المختص في مجال التحكيم غير الملزم.

ب)- تمييز التحكيم الالكتروني عن الوسائل البديلة الإلكترونية الأخرى

يتميز التحكيم الإلكتروني عن الوسائل البديلة الإلكترونية المتمثلة في الوساطة و التوفيق من حيث الإجراءات ، و من حيث النتائج المترتبة عن كل وسيلة.

---

[1] - Caprioli E,arbitrage et médiation dans le commerce électronique - l'expérience du cyber tribunal, revue arbitrage,n°2 ,1999,disponible sur le site : http://www.caprioli-avocats.com/publications/76-commerce-electronique-et-internet/44-arbitrage-mediation

[2] -voir le site : www.soud.cz/em_index

[3] - **I**NTERNET **C**ORPORATION FOR **A**SSIGNED **N**AMES AND **N**UMBERS
أنشات في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1998، لها مجموعة من الإختصاصات من بينها حل المنازعات الناشئة عن إستخدام عناوين أو مواقع إلكترونية بدون وجه حق ، أنظر **عبد المنعم زمزم**، قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر،2011، ص47.

1- التمييز بين التحكيم الإلكتروني و الوساطة الإلكترونية

يكمن الإختلاف في نقاط عديدة فمن حيث سلطة كل من المحكم و الوسيط نجد أن المحكم يتمتع بسلطة شبه قضائية ، حيث يقوم بإصدار قرارات تكون ملزمة للطرفين، أما الوسيط فيقوم فقط بتقريب وجهات نظر الخصوم و إقتراح حلولا عليهم إن شاءوا أخذوا بها و إن شاءوا رفضوها، كما أن الخصوم في الوساطة الإلكترونية لهم حق الإنسحاب في أي مرحلة من مراحل الوساطة،أما التحكيم فلا يمكنهم ذلك[1]، فاللجوء إلى التحكيم يعني التنازل عن حق اللجوء إلى قضاء الدولة، فالأطراف لا يحق لهم أبدا رفع نزاعهم أمام القضاء الوطني إذا ما لجؤوا إلى التحكيم، أما في الوساطة فتبقى لهم دائما إمكانية العودة إلى القضاء العادي لحل خلافاتهم، أما من حيث الإجراءات، فإجراءات عملية الوساطة الإلكترونية يديرها الوسيط كما يشاء فهو الذي يضع غالبا نظام خاص بإجراءاتها، أما التحكيم الإلكتروني فمركز التحكيم هو الذي يضع نظاما خاصا به من أجل تنظيم عملية التحكيم من بداية الإجراءات إلى غاية صدور القرار التحكيمي، و غالبا ما تلجأ مراكز التحكيم الإلكتروني إلى إجرارت تكميلية مع إدخال تعديلات تتناسب مع طبيعة التحكيم الإلكتروني[2] .

2- التمييز بين التحكيم الإلكتروني و التوفيق الإلكتروني

التوفيق الإلكتروني هو عملية جمع الأطراف المتنازعة و مساعدتهم على حل الخلاف بينهم و التصالح[3]، ففي التوفيق الإلكتروني يقوم شخص ثالث يدعى الموفق بالتوفيق بين الأطراف عن طريق تقديم مقترحات يضل أمرها معلقا إلى غاية قبولها من قبل الأطراف عبر وسائل إتصال حديثة و دون التلاقي المادي للأطراف[4]، و عمل الموفق يشبه عمل الوسيط، حيث لا يملك كل منهما الحق في فرض سلطته على طرفي النزاع و بالتالي ما يقدماه من مقترحات تبقى متوقفة على مدى قبولها من الطرفين، والإختلاف بين الموفق و المحكم يكمن في القرار الصادر عنهما،حيث أن الحل المقدم من طرف الموفق لا يترتب

---

[1]- إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني،دار النهضة العربية،القاهرة،2009،ص46.

[2]- نبيل زيد المقابلة، القانوني في خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق،ص5.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق، ص222.

[4]- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،مصر،2006،ص336.

عليه أي اثر قانوني فهو لا يقدم حلا بل يعمل على توفيق أوجه الخلاف بين الطرفين عكس المحكم الذي يكون لقراره أثر قانوني[1]، أي أن قراره تكون له حجية و يعتبر ملزما للطرفين، إذ يشبه حكم القاضي[2].

ثانيا: مزايا و سلبيات التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني

يعرف التحكيم الإلكتروني مجموعة من المزايا كوسيلة لحل نزاعات التجارة الدولية الإلكترونية الدولية (أ)، كما له سلبيات بسبب عدم وجود أحكام قانونية خاصة به و خضوعه لقواعد التحكيم التجاري الدولي التقليدي (ب).

أ)- مزايا التحكيم الإلكتروني

يتمتع التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني بمجموعة من المزايا التي يوفرها للأطراف أهمها :

- أنه يتماشى مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تقوم على السرعة في إبرام العقود و تنفيذها،كما أنه يتم دون التواجد المادي لأطراف النزاع و حضورهم أمام المحكمين، حيث يمكن سماع المتخاصمين عبر وسائل الإتصال الإلكترونية من خلال الأقمار الصناعية[3].

- إن بساطة إجراءات التحكيم الإلكتروني وسرعتها تساعدان على الإستخدام المتزايد للوسائل الإلكترونية و بالتالي زيادة في إبرام العقود الإلكترونية بين أطراف من دول مختلفة، و هذا ما يؤدي إلى زيادة الإستثمار و تشجيعه[4].

- سرعة حسم النزاع، و هي أهم ميزة بالنسبة للوسائل البديلة ككل بما فيها التحكيم الإلكتروني، مقارنة بطريق القضاء ، حيث أن كل إجراءات التحكيم الإلكتروني تتم إلكترونيا إذ يمكن الإتصال المباشر بالخبراء و تبادل الحديث معهم عبر الأنترنيت و دون

---

[1] - Houria Yessad, l'arbitrage commercial international, revue critique de droit et de science politique N°2,2006,p64.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم،مرجع سابق، ص222.

[3]- د.عمر فارس، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، ص1،مقال موجود على الموقع :
http://www.startimes.com/?t=32094939

[4]- د. هشام بشير، التحكيم التجاري الإلكتروني المزايا و العيوب ،مرجع سابق،ص3.

التواجد المادي للأطراف، كما أن القرار التحكيمي الإلكتروني يصدر في وقت قصير و طبعا هذا راجع لسهولة الإجراءات التي تعتمد على التبادل الإلكتروني للمستندات[1]، و أيضا راجع إلى تحديد مدة معينة لصدور الحكم في النزاع[2].

- قلة تكلفة التحكيم الإلكتروني بسبب عدم الإنتقال المادي للأطراف و ما يرتبه ذلك من مصاريف الإقامة ، و غياب أتعاب المحامين و بعض المصاريف الإدارية و كذا مصاريف إنتقال هيئة التحكيم و هذا يتماشى مع عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني الذي يكون في الغالب ذا قيمة مالية بسيطة لا يستدعي الأمر اللجوء إلى المحاكم لحل النزاعات المترتبة عنه، حيث قد تفوق مصاريف الدعوى قيمة العقد.

- عادة ما يكون المحكمين أشخاص ذو خبرة في مجال عملهم و كما نعلم فالعالم الإلكتروني يفرض أن يتمتع المحكم بمعلومات واسعة عن هذا المجال و خبرة سواء في الجانب التقني أو القانوني، و هذا من شأنه طبعا بعث الثقة لدى الأطراف في المحكم و القرار الصادر عنه.

- تجنب المشاكل المتعلقة بقواعد الإختصاص القضائي الدولي و قواعد القانون الواجب التطبيق في التعاقد الإلكتروني الذي يصعب فيه توطين العلاقات القانونية، و ذلك لإنعدام قواعد موضوعية موحدة تلتزم بها الدول في مجال التجارة الإلكترونية[3].

- السرية، و التي تعتبر عامل مهم في عملية التحكيم بصفة عامة،حيث تعمل على عدم إلحاق ضرر بسمعة الأطراف خاصة المهني، فالطبيعة السرية لإجراء التحكيم لم تساعد الباحثين على إحصاء عدد الأحكام التحكيمية الموجودة في مجال الإستهلاك، لأن نشر مثل هذه الأخيرة يمس بالمهنيين[4].

---

[1]- إيناس خالدي، مرجع سابق،ص37.

[2]- مثلا مركز ICANN يشترط 60 يوم لصدور القرار التحكيمي.

[3]- محمد إبراهيم أبو الهجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن ، 2005، ص115.

[4] - L'arbitrage de consommation un processus équitable et efficace ?
Rapport final du projet présenté au bureau de la consommation d'industrie Canada, juin 2009, publié par l'union des consommateurs, disponilbe sur le site :
www.uniondesconsommateurs.ca/docu/protect_conso/arbitrageF.pdf

- يتميز التحكيم الإلكتروني بالملاءمة على عكس التحكيم التقليدي،حيث يكون متاحا على مدار 24 ساعة في اليوم و 7 أيام في الأسبوع، و بالتالي للأطراف إرسال رسائل البريد الإلكتروني أو الإتصال في أي وقت، و يمكن أيضا القيام بعملية التحكيم من أي مكان يكون فيه الأطراف سواء في المنزل أو في العمل أو في سفر لأنه لا يتطلب التواجد الفعلي كما سبق و ذكرنا[1].

- سهولة الحصول على القرار التحكيمي بسبب إعتماد الأنترنيت حيث يتم تقديم المستندات عبر البريد الإلكتروني أو من خلال الواجهة الخاصة التي يوفرها المحكم أو مركز التحكيم الإلكتروني و الحصول على أحكام موقعة من المحكمين[2] .

ب)- سلبيات التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني

للتحكيم الإلكتروني مجموعة من السلبيات تتمثل في:

- من أهم المشاكل التي تواجه التحكيم الإلكتروني مسألة تنفيذ القرار الصادر عنه خاصة إذا تعلق الأمر بشرط إثباته إذ يستلزم ذلك إعتراف قضاء دولة التنفيذ بالكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني، و مسألة تحديد صفة الوطنية أو دولية القرار التحكيمي و التي تتوقف عنها شروط و إجراءات تنفيذ هذا الأخير، فالقواعد القانونية للتحكيم التجاري الدولي التقليدي وضعت للتطبيق في بيئة مادية الأمر الذي قد يمنع تطبيقها في البيئة الإلكترونية لهذا وجب سن نصوص قانونية تأخذ بعين الإعتبار خصوصية التحكيم الإلكتروني.

- التخوف من عدم سرية عملية التحكيم الإلكتروني بسبب وسيلة الأنترنيت المستعملة و عمليات القرصنة و الإختراقات المسجلة، فحصول الأطراف على كلمات المرور لدخول صفحة الويب المختصة بحل نزاعهم تعني تدخل أشخاص آخرين لا علاقة لهم بالنزاع، ما يهدد سرية عملية التحكيم[3].

---

[1]- د.هشام بشير، مرجع سابق،ص3.

[2]- نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق،ص5.

[3]- سامي عبد الباقي أبو صالح،التحكيم التجاري الإلكتروني،دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2004،ص45.

- عادة ما يتخوف الطرف الضعيف و هو المستهلك في عقد البيع الإلكتروني من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة و التحكيم الإلكتروني بصفة خاصة بسبب تخوفه من عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة الحمائية في بلده، الأمر الذي قد يترتب عنه بطلان قراره بسبب مخالفته للنظام العام في دولة التنفيذ و بالتالي هناك هدر للوقت و الحقوق و لهذا يعارض البعض اللجوء إلى التحكيم في مجال عقود الإستهلاك.

- هناك أيضا إشكالية فيما يخص مسألة تحديد مكان إجراء التحكيم و ما له من آثار مهمة خاصة فيما يتعلق بالدفع ببطلان القرار التحكيمي و مسألة تحديد جنسية القرار التحكيمي فقد وجدت صعوبات في تحديد مكان التحكيم الإلكتروني نتج عنها إتجاهان:

الإتجاه الأول ذهب إلى تطبيق القواعد التقليدية للتحكيم وذلك بربط إجراءات وحكم التحكيم بدولة معينة و هذا بالرجوع إلى قانون المكان الذي يوجد فيه المحكم أو تطبيق قانون مكان تقديم خدمة الإنترنت.

و الإتجاه الثاني أخذ بنظرية التدويل أو ما يعرف بعولمة التحكيم عبر الأنترنت و عدم خضوع التحكيم التجاري الدولي للقوانين الوطنية.

أما الرأي الراجح فإتجه إلى ترك الحرية للأطراف لتحديد مكان إفتراضي للتحكيم و هو ما يتفق مع فكرة عدم وجود مكانا ماديا للتحكيم الإلكتروني، أما إذا لم يتفق الأطراف على المكان الإفتراضي للتحكيم فتقوم محكمة التحكيم بذلك بناء على ظروف النزاع[1].

الفرع الثاني: إتفاقية التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني

عرف القانوني النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 و أيضا التشريعات الوطنية الإتفاقية بأنها إتفاق بين طرفين على إحالة نزاع نشأ أو سوف ينشأ بينهما على التحكيم، غير أن ورود هذه الإتفاقية في شكل إلكتروني أثر على مفهومها (أولا)، و على مضمونها (ثانيا).

[1] - Ahmed Ouerfelli, président du groupe de travail au CEJJ et enseignant en droit, l'arbitrage en ligne, pp20-21, Article disponible sur le site :
www.urdri.fdspt.rnu.tn/articles/colloque-e.../Ahmed-ouerfelli-arbitrage-en-ligne.ppt

أولا: مفهوم إتفاقية التحكيم الإلكتروني

تعتبر إتفاقية التحكيم الأساس الذي يمنح للأطراف حق اللجوء للتحكيم عند قيام نزاع بينهم و نظرا لأهميتها فقد اوجب المشرع ضرورة توفرها على شروط معينة لصحتها (ب)، و قبل الحديث عن هذه الشروط يجب التعريف بهذه الإتفاقية (أ).

أ)- التعريف بإتفاقية التحكيم الإلكتروني

إتفاقية التحكيم الإلكتروني هي إتفاقية تكون في شكل إلكتروني الأمر الذي يضفي عليها خصوصية من حيث تعريفها(1)، لكنها تبقى تأخذ نفس صور إتفاقية التحكيم العادي(2) .

1- تعريف إتفاقية التحكيم الإلكتروني: يعرف إتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة إتصالات دولية بإستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات قصد اللجوء إلى التحكيم للفصل في جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بين طرفي العقد بشأن علاقة قانونية محددة[1]، فإتفاقية التحكيم الإلكتروني تهدف إلى إحداث أثر قانوني يتمثل في نشوء إلتزام على عاتق الطرفين بإحالة النزاع الذي يثور بينهما إلى التحكيم، فهي دات طبيعة عقدية لأنها ناتجة عن إرادتين أو أكثر و هي ليست عمل إجرائي لأنها يتم قبل البدأ في الخصومة[2].

إذا فإتفاق التحكيم الإلكتروني يخضع لنفس أحكام إتفاق التحكيم العادي، و الاختلاف يكمن في الوسيلة التي يتم عن طريقها.

2- صور إتفاقية التحكيم الإلكتروني: قد يكون الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني في صورة شرط في العقد الإلكتروني، أي إتفاق سابق على حدوث النزاع، أو قد يكون في صورة مشارطة تحكيم إلكترونية، أي إتفاق لاحق على حدوث النزاع.

---

[1]- إيناس خالدي ، مرجع سابق،ص203.

[2]- مخلوف أحمد، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة،2001،ص56.

- شرط التحكيم الإلكتروني

شرط التحكيم الإلكتروني يرد في العقد الإلكتروني و ينص على إحالة المنازعات المستقبلية حول ذلك العقد الإلكتروني إلى التحكيم الإلكتروني[1]، و الأصل أنه يستوي أن يرد هذا الشرط في أي مكان من العقد لكن وجود المستهلك كطرف في العقد الإلكتروني تثير بعض التحفظات على ذلك كما سوف نرى لاحقا.

و لقد أثيرت عدة تساؤلات و إشكالات حول مدى قبول شرط التحكيم الوارد في العقد الإلكتروني في مجال عقود الإستهلاك.

إن قبول التحكيم كوسيلة لحل منازعات عقد الإستهلاك في المجال الداخلي يتوقف على نوع إتفاقية التحكيم، فمشارطة التحكيم مقبولة لأن الأطراف يعلمون مجال النزاع و أيضا المستهلك يشارك المهني في الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم و تعيين جهات التحكيم، حيث نلاحظ تكافؤ بين المستهلك و المهني في إعداد إتفاقية التحكيم، أما بالنسبة لشرط التحكيم فالمستهلك قد يفرض عليه أحيانا خاصة في عقود الإذعان و العقود النموذجية، فهوشرط يضعه المهني بصفة مستقلة و ما على المستهلك إلا قبول إبرام العقد المتضمن لهذا الشرط أو التخلي عنه، إضافة لإشكالات يطرحها الشكل الإلكتروني لهذا الشرط و التي من شأنها أن تحول دون إعلام المستهلك به.

المشرع الفرنسي عرف مواقف مختلفة من خلال المادة 2061 قانون مدني[2] حيث كان يرفض شرط التحكيم في الفترة ما بين 1972 إلى 2001 ، فهذه المادة كانت تنص على ما يلي : «La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi»

أما في الفترة ما بين 2001 إلى 2016 فقد أعاد صياغة المادة 2061 قانون مدني كما يلي:

« Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. » « Sous réserve

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق،ص275.

[2] - code civil Français,disponible sur le site : www.legifrance.gouv.fr

des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. »

هذه المادة تبدو غير واضحة بالنسبة لمسألة النشاط المهني، هل يعني للطرفين أم يكفي أن يتوفر في نشاط أحد الأطراف فقط، فإذا إفترضنا أن المادة تقصد الفرضية الأولى فشرط التحكيم في عقود الإستهلاك مستبعد بإعتبار أن النشاط المهني يخص المهني دون المستهلك، أما في الفرض الثاني فشرط التحكيم مقبول على أساس أن النشاط المهني متوفر في أحد الأطراف و هو المهني.

أما آخر موقف للمشرع الفرنسي فكان من خلال الصياغة الجديدة للمادة 2061 سنة 2016 و التي جاءت كما يلي:

«La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée.
Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée»

من خلال هذه المادة المشرع الفرنسي فصل في اللبس الذي جاء في النسخة ما قبلها حيث نص صراحة على عدم إمكانية فرض شرط التحكيم على الطرف الذي يتعاقد خارج إطار نشاطه، كما هو الحال مثلا بالنسبة للمشتهلك.

كما اعتبرالمشرع الفرنسي في المادةL212-1 و المادة R132-2 من قانون الإستهلاك[1] شرط التحكيم من الشروط التعسفية .

[1] - Article L212-1 « 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 détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.....». diponible sur le site : http://codes.droit.org/cod/consommation.pdf
« Art.R. 132-2.-Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et du deuxième alinéas de l'article L. 132-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : ..... « 10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges. »

كل ما أشرنا إليه يصدق على التحكيم في عقود الإستهلاك في المجال الداخلي فماذا عن المجال الدولي أي هل يجوز إيراد شرط التحكيم في عقود الإستهلاك الدولية؟.

نظرا لوجود إختلاف بين التجارة الداخلية و التجارة الدولية التي تحتاج إلى الحرية و الأمان و عدم وضع عراقيل أمامها خاصة من الناحية القانونية، أختلفت الآراء بين مؤيد ومعارض لجواز هذا الشرط في عقد الإستهلاك الدولي.

يرى بعض الفقه الفرنسي ضرورة حماية المستهلك إذا كان الشرط التحكيمي لا يتوافق و إحتياجاته أو مصلحته[1]،لأن التحكيم يحرم المستهلك من حق الرجوع إلى قاضيه و هو في بعض الأحيان غير ملائم للنزاعات الناشئة عن عقد الإستهلاك،خاصة عندما تكون قليلة القيمة بالإضافة إلى المشاكل التي تعترض الإجراءات التحكيمية ،كما يدعم أصحاب هذا الإتجاه رأيهم بأنه لا يمكن معاملة المستهلك كالمهني و هما غير متكافئان، فقد يجد المستهلك نفسه أمام شرط تحكيمي لم يضعه و حتى قد لا يعلم به،

أما القضاء فيعترف بشرط التحكيم في مجال عقد الإستهلاك الدولي و يتجلى هذا من خلال موقف القضاء الفرنسي في قضيتين مشهورتين، قضية Jaguar 1997 و قضية السيدة Rado 2004.

في قضية Jaguar كان الإشكال حول مدى صلاحية أو قبول شرط التحكيم في عقد إستهلاكي دولي،حيث تتلخص وقائع القضية في أن مستهلكا فرنسيا قام بطلب شراء سيارة من علامة Jaguar من بائع بريطاني، و كانت الشروط العامة للبيع الخاصة بالمصنع تتضمن شرط التحكيم لصالح مؤسسة تحكيمية في لندن، و لما قام نزاع حول تنفيذ العقد لجأ المستهلك الفرنسي إلى محكمة باريس، و على أساس الشرط التحكيمي الوارد في العقد قام المهني بالإعتراض أمام المحكمة لكن المستهلك تمسك ببطلان شرط التحكيم حيث أعتبر النزاع داخلي و بالنسبة له تطبق المادة 2061 قانون مدني فرنسي.

[1] - Rithy Chey,l'arbitrage et lecontrat de consommation :le point sur l'état de droit,mémoire master2,faculté de droit et science politique,université lumière Lyon2,2006,p36.

و قد حكمت محكمة باريس درجة أولى لصالح المستهلك و أعتبرت أن الشراء من شركة أجنبية من طرف شخصا طبيعيا، من أجل الإستعمال الشخصي و ليس بهدف إعادة البيع، لا يعتبر نشاطا إقتصاديا بالمفهوم الدولي و بالتالي أعتبر القاضي شرط التحكيم باطلا و رفض الدفع بعدم الإختصاص المقدم من طرف المهني.

أما محكمة إستئناف باريس في قرارها الصادر في 07 ديسمبر 1994 [1] أعتبرت النزاع المعروض يدخل في إطار علاقة تتعلق بمصالح التجارة الدولية بمفهوم المادة 1492 قانون إجراءات مدنية فرنسي[2]، فالدولية تقوم على موضوع النزاع أي العملية الإقتصادية المتمثلة في تبادل أموال منقولة (سلع،خدمات....) عبر الحدود[3]، فحسب القاضي شرط التحكيم كان واضحا في العقد و مقروء و المادة 2061 قانون مدني لا تطبق إلا على العلاقات الداخلية و بالتالي في النظام الدولي شرط التحكيم شرعي في ظل مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم[4]، و هي قاعدة مادية تضمن لشرط التحكيم فعالية مستقلة عن القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يندرج فيه أو عن أطرافه.

طعن المستهلك أمام محكمة النقض، حيث ركز على نفس الأسباب و أعترض على تكييف القاضي للعقد بأنه دولي، و ان القواعد الآمرة للقانون الفرنسي و النظام العام الدولي يرفضان صلاحية شرط التحكيم الوارد في عقد بين مستهلك و مهني، غير أن المحكمة

---

[1] - cour de cassation, chambre civile1 , du 30 mars 2004 ,01-12.259, publier au bulletin,disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046946

[2] - Article 1492 « est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international »

[3]- الأمر الذي يدفع إلى التساؤل حول دولية العقد الذي ينفذ إلكترونيا إذ لا يوجد فيه إنتقال للأموال و بالتالي عدم توفر المعيار الإقتصادي ما يدفع إلأى الإعتماد على المعيار القانوني لتحديد دولية العقد، أنظر :

Elie Chakthoura,le droit international privé à l'épreuve du commerce électronique,mémoir de la maitrise en droit,université du Québeq,2011 ,p43

[4]- نقصد بإستقلالية شرط التحكيم، **إستقلالية مادية** أي إستقلالية الشرط عن العقد و التي تعني أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو عدم صحته أو بطلانه او فسخه لا يؤثر على إتفاق التحكيم، سواء كان في شكل شرط أو مشارطة، أنظر **عبد المجيد منير**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص102.و تعني أيضا عدم إرتباط إتفاق التحكيم بمصير العقد متى تم صحيحا و متوفر لشروطه،فإذا ما تم الطعن ببطلان العقد الأصلي فإن شرط التحكيم يبقى صحيحا و بالتالي يحق لمن يتمسك بهذا البطلان ان يدفع به أمام هيئة التحكيم التي تملك صلاحية الفصل في الخلاف حول صحة العقد أو بطلانه،أنظر **خالد ممدوح إبراهيم** ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية،مرجع سابق،ص84. و **إستقلالية قانونية** أي إستقلالية عن القوانين الوطنية.
و هذا المبدأ مكرس قانونا من أغلب الدول الوطنية كالقانون الجزائري في المادة 1040 الفقرة 4، كما تم الإعتراف به في كثير من المواقف القضائية

رفضت الطعن من خلال قرارها الصادر في 21 ماي 1997 و أكدت ما جاء به قاضي الموضوع، حيث أن العقد أخد بمصالح التجارة الدولية حتى و لو تم بهدف الحاجة الشخصية[1].

أما قضية السيدة **Rado** في 30 مارس 2004 فتتلخص وقائعها في أن مستهلكة قاطنة بفرنسا قبلت بعرض من قبل الشركة الأمريكية Paine Webber، حيث كان العقد محرر باللغة الأنجليزية و تضمن شرط التحكيم بإحالة النزاعات الناتجة عنه إلى مركز National Futures Associations في الولايات المتحدة الأمريكية عند وقوع نزاع بين الطرفين رفعت السيدة Rado دعوى أمام محكمة باريس لإبطال العقد فحكم القاضي بعدم إختصاصه بسبب وجود شرط التحكيم، طعنت بعدها السيدة أمام محكمة إستئناف باريس فأكدت هذه الأخيرة حكم المحكمة، ما دفع بالسيدة Rado إلى الطعن أمام محكمة النقض التي أعلنت الصفة الدولية للعملية محل النزاع (تم تحويل أموال من فرنسا إلى الولايات المتحدة الأمريكية) حتى و لو كان احد الأطراف ليس تاجرا.

في هذه القضية اعترفت محكمة النقض الفرنسية مرة أخرى بصلاحية شرط التحكيم في مجال الإستهلاك الدولي، و أسست ذلك على مبدأ إستقلالية شرط التحكيم و أيضا على أساس أن المادة 2061 قانون مدني فرنسي لا تطبق على العلاقات الدولية[2].

من خلال القضيتين نستنتج أن محكمة النقض أعتمدت في الإعتراف بشرط التحكيم على الصفة الدولية للعقد من جهة و على مبدأ إستقلالية شرط التحكيم من جهة أخرى، و يرى البروفيسور Emanuel Gaillard ان القانون الفرنسي يتجه نحو الإعتراف بالتحكيم في قانون الإستهلاك، كما أشار بعض المؤلفون إلى قبول صلاحية شرط التحكيم في المجال الدولي الإستهلاكي[3] ، لأنه يبقى طريقا بديلا عن القضاء يساهم في حل منازعات

[1] - cour de cassation,chambre civile1,du 21 mai 1997 ,95-11.429,disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007331541

[2] - Elie Chakthoura,op.cit,p54.

[3] - Rithy Chey,op.cit,p40.

الإستهلاك بعيدا عن مشاكل الإختصاص القضائي و القانون الواجب التطبيق و تنفيذ الأحكام القضائية.

و مع ذلك يرى البعض أنه حتى و في ظل قبول شرط التحكيم في عقود الإستهلاك الدولية فيجب حماية المستهلك من خلال ضرورة إحترام النظام العام الدولي خاصة ما تعلق بقواعد الإجراءات،أهمها مسألة تكافؤ الأطراف عند إختيار المحكمين و كذلك إحترام المحكم للنظام العام الوطني، حيث أن عدم تطبيق المحكم للقانون الملائم أو تجاوز حدود مهمته أو تجاهله للمبادئ الأساسية للنظام العام لدولة النزاع سوف يؤدي إلى إمكانية إبطال القرار التحكيمي[1]، لكن الإشكال بالنسبة للمستهلك هو أن دعوى البطلان تكون فقط بالنسبة للقرار التحكيمي الصادر في الدولة المرفوع أمامها دعوى البطلان[2]، ففي قضية السيدة Rado مثلا كان يستحيل عليها رفع دعوى البطلان للمخالفة للنظام العام الدولي لأن القرار غير صادر في فرنسا، و هذا قد لا يحمي المستهلك و لهذا يؤكد الفقه على ضرورة إحترام المحكم للقواعد الآمرة الحمائية المتعلقة بالمستهلك و أيضا تقييد شرط التحكيم و إستبعاده خاصة إذا كان تعسفيا[3] .

من جهة أخرى هناك من الدول من أعترفت صراحة بشرط التحكيم في عقود الإستهلاك الدولية كالقانون الأمريكي [4] مع وجود تباين في تشريعات ولاياتها، فتشريع ولايات تكساس و مونتانا و جيورجي يحضرون اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الخاصة بالإستهلاك التي تكون قيمتها أقل من مبلغ معين[5]، و في تكساس لا يقبل العمل بإتفاقية التحكيم إلا إذا كان المستهلك هو الذي طلب ذلك أي أن نزاعات الإستهلاك قابلة للتحكيم لكن العمل بشرط التحكيم مقيد، أما باقي الولايات التي ليس لها قانون خاص بإتفاقية التحكيم يعتمد الإجتهاد القضائي فيها على نظرية unconxionability التي تسمح بطريقة مرنة التقليل من شرط

---

[1] - José Carlos Fernandez Rozas, le rôle des juridictions étatique devant l'arbitrage international, collecte of courses , Martinus nijhoff publishers, Belgique,2002,p202.

[2] - Article 1504 du nouveau code de procédures civil Français.

[3] - Rithy Chey,op.cit,p53.

[4]- الذي تضمن حالات كثيرة لعقود الإستهلاك أدرج فيها شرط التحكيم ، و تشهد هذه العقود نسبة كبيرة في مجال الشراء عبر الانترنيت 44%، أنظر:

L'arbitrage de consommation un processus équitable et efficace ? Document précité,p46.

[5]- 50 ألف دولار في تكساس، 05 آلاف في مونتانا و 25 ألف في جيورجي.

التحكيم التعسفي في منازعات الإستهلاك و تحمي المستهلك خاصة في التعاقد الإلكتروني و تشترط هذه النظرية توفر عاملين لتطبيقها، عامل إجرائي و عامل مادي، فمن جهة يجب أن يكون أحد الأطراف في موقف أدنى من الآخر أين يستحيل عليه التفاوض بسبب وجود الطرف القوي في حالة إحتكار أو إذا كان الطرف الضعيف لم ينتبه إلى شرط التحكيم لأنه كان مخفيا أو كتب بخط صغير، او انه لم يكن يعلم به أو كان رد فعله سريع في قبول العقد أما العامل المادي فيتعلق بمضمون إتفاقية التحكيم التي يجب أن تتضمن تعيين محكمين حياديين، ضرورة أن يكون القرار التحكيمي كتابيا، و أن لا يكون في مقدور الطرف الضعيف تعيين محكمة تحكيمية[1]، حيث أن هناك قرارات عديدة رفضت شرط التحكيم بسبب الأتعاب الباهظة التي تشكل عائقا للمستهلك[2]، غير أن التحكيم الإلكتروني قضى على هذه الظاهرة من خلال الأرضيات الإلكترونية الخاصة بالتحكيم و الوساطة الإلكترونيين المشار إليها آنفا و التي تقدم خدمات مجانية للمستهلك، و حتى و إن لم تكن كذلك فالأتعاب قليلة مقارنة بالتحكيم العادي.

أما بالنسبة **لشرط التحكيم بالإحالة**، و الذي يقصد به أن يشير الأطراف في العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، بحيث تكون الإحالة واضحة على إعتبار أن هذا الشرط جزء من العقد[3].

في البداية كان هناك رفض لشرط التحكيم بالإحالة بإعتباره متناقضا مع إتفاقية نيويورك لعام 1958 [4] التي تتطلب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا و موقعا من الطرفين ، لكن تم الإعتراف بصحته فيما بعد إذا كان الطرف الذي يحتج عليه بشرط التحكيم بالإحالة على علم بمحتوى الوثيقة المحال إليها وقت إنعقاد العقد ، و يجب أن تكون الإحالة واضحة على

---

[1] - Elodie lachambre,op.cit,p31

[2] - Penda Ndiaye, arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, mémoire de maitrise en droit, université de Montréal, Faculté de droit,2006,p31.

[3]- نورالدين بكلي ،دور و اهمية التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون الجزائري و القوانين العربية: الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، 2009،ص269.

[4]- صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفبر 1988 ، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو و الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها،ج ر ج ج، عدد48.

الموقع و متاحة في أي وقت[1]، إذ يرى البعض أن التسليم بوجود إرادة صحيحة في هذا الشرط بالإحالة الذي يتم إلكترونيا صعب إثباتها و لهذا تشترط أغلب القوانين ضرورة وضوح وصراحة الإحالة[2]، و يرى البعض أن عدم التأكد من علم المستهلك بالشرط يؤدي إلى إعتبار هذا الأخير باطلا، ففي قرار لمجلس إستئناف كيبيك بتاريخ 30 ماي 2005 في قضية بين شركة Dell و Union des consommateurs ، إعتبر أن شرط التحكيم الموجود مع الشروط العامة للعقد بواسطة رابط النص المخفي يخرج عن مفهوم المادة 1435 من القانون المدني لكيبيك[3] ، كما لاحظ ان هذا الشرط حرر بشكل صغير و يوجد في أسفل الصفحة و أن مراجعة شروط البيع لـ **Dell** ليست خطوة ملزمة يقوم بها المستهلك قبل شراء السلعة عن طريق الأنترنيت، و بالتالي أعتبر المجلس الشرط باطلا[4].

و لهذا يشترط توفير الوصول السهل إلى ملف شرط التحكيم من طرف المهني و ضمان فتح الرابط الخاص بالصفحة و قراءة المعلومات الواردة بكل وضوح مع إمكانية تخزين الصفحة و إسترجاعها عند الحاجة خاصة من اجل منح المستهلك فرصة إثبات وجود إعلام بالشرط.

و عادة ما يكون هذا الشرط ضمن الشروط العامة للبيع للمهني و الإشكال يكمن إذا لم يكن المستهلك يعلم بهذا الشرط في حالة مثلا إذا لم يقرأ الشروط العامة لعقد البيع بسبب عدم إنتباه أو صياغة العقد بلغة لا يفهمها المستهلك كما حدث في قضية السيدة Rado السالفة

---

[1]- كريم بوديسة ، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكتروني،مذكرة ماجستير، كلية الحقوق،مدرسة الدكتوراه " القانون الأساسي و العلوم السياسية "، جامعة تيزي وزو،2012،ص48.

[2]- جمعة حازم حسن، إتفاق التحكيم الإلكتروني و طرق الإثبات عبر وسائل الإتصال الحديثة، مقال،ص20، متوفر على الموقع:www.arablaw.info.com

[3] -Article 1435 : La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. Voir le site : http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991

[4] - désision n° 500-09-014209-043 (500-06-000199-030),cour d'appel ,province de Quebec,grefee de Montreal, disponible sur le site : https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/DellCSC.pdf

ذكرها، حيث أن شرط التحكيم كان ضمن الشروط العامة الخاصة بالمهني و كان العقد مكتوبا باللغة الأنجليزية و السيدة لم تكن تتقن هذه اللغة.

- مشارطة التحكيم Le compromis

مشارطة التحكيم هي إتفاق يلتزم بمقتضاه الأطراف في عقد من عقود التجارة الدولية على إخضاع منازعاتهم التي نشأت بشأن العقد بالفعل إلى التحكيم[1]، إذا فمشارطة التحكيم تتعلق بنزاع وقع فعلا و تكون في صيغة إتفاق مستقل عن العقد الأصلي، و تتضمن موضوع النزاع الذي يشمله التحكيم تحت طائلة البطلان ، و مشارطة التحكيم الإلكترونية تخضع إلى نفس أحكام مشارطة التحكيم العادي.

ب)- شروط إتفاقية التحكيم الإلكتروني

في التحكيم الداخلي ميزت أغلب القوانين بين الشروط المتعلقة بشرط التحكيم، و تلك المتعلقة بمشارطة التحكيم ن أما في مجال التحكيم التجاري الدولي ، فقد تم إخضاع كل من الشرط و المشارطة لنفس الشروط ، على غرار المشرع الجزائري في المادة 1040ق.إ.م.إ و تتمثل في الشروط الموضوعية(1) و الشكلية(2).

1- الشروط الموضوعية لإتفاقية التحكيم الإلكتروني

المشرع الجزائري لم يحدد هذه الشروط في المادة 1040ق.إ.م.إ ، بل نص على ضرورة أن تكون الإتفاقية صحيحة ، من حيث المووضوع وفق قانون الارادة أو القانون الذي يحكم النزاع ، أو القانون الذي يراه المحكم ملائما ، فالمادة كان لها طابع إسنادي ، كما أن المشرع لم يحدد هذه الشروط لكن يمكن استخلاص شرطين مهمين هما الأهلية و قابلية النزاع للتحكيم.

[1]- احمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، الطبعة الخامسة، منشاة المعارف، الإسكندرية،1987،ص16.

- الأهلية

و يقصد بها ثبوت صفة المتعاقد الشخصية او الوظيفية التي يتعاقد على أساسها ثم كمال أهليته على النحو الذي يتطلبه القانون[1]، إذ يجب توفر الأهلية القانونية في كل من أطراف النزاع و المحكمين، فبالنسبة لهؤلاء لا يوجد إشكال بحكم طريقة إعتمادهم في قائمة المحكمين التي تعتمد على الكفاءة و الخبرة خاصة في التحكيم المؤسساتي، لكن الإشكال هو أثبات أهلية أطراف النزاع في عقد البيع الإلكتروني، خاصة بالنسبة للمستهلك لأن البعد المكاني بين أطراف المعاملات الإلكترونية يترتب عليه عدم حصول التعارف الحقيقي بين الأطراف ، فقد يكون مثلا الموقع وهمي أو المستهلك منتحل لبيانات شخص آخر أو يكون ناقص الأهلية ، فبالرغم من التقنيات المعتمدة من طرف المهني للكشف عن الأهلية الحقيقية للمستهلك من خلال إلزامه بالإفصاح عن البيانات الشخصية له قبل إبرام العقد و أيضا إستعمال بطاقة الدفع التي تؤكد على أن حاملها كامل الأهلية، فإن ذلك لا يمنع حصول تجاوزات كإستعمال قاصر لبطاقة والديه و إبرام عقود بيع عبر الأنترنيت أو إختراق للمواقع و الحصول على البيانات الخاصة و إستعمالها في إبرام العقود أو إذا كانت المعلومات المقدمة خاطئة.

و يترتب عن نقص الأهلية بطلان الإتفاق، حيث يرى بعض الفقه أنه بطلان مطلق على أساس أن هذا الطرف بالإضافة إلى نقص أهليته هو طرف ضعيف في العلاقة و بالتالي فالعقد باطل بطلان مطلق و تكون إجراءات التحكيم باطلة أيضا، بينما يرى البعض الآخر أنه بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام[2]، أما إذا كان الطرف عديم الأهلية فحسب القواعد العامة يعتبر العقد باطل بطلان مطلق.

[1]- محمد محمود محمد جبران، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن،2009،ص104.

[2]- د.مصطفى أحمد الحاج يوسف و أبو سالف آدم المصطفي، مرجع سابق، ص75.

و تجدر الإشارة إلى أن الإرادة الصادرة من كامل الأهلية يجب أن تكون خالية من العيوب و تكون صريحة و واضحة لأن الإتفاق على التحكيم هو خروج عن الأصل العام في التقاضي و بالتالي لا بد أن يكون التعبير صريحا و لا يمكن إفترضه[1].

و يقترح البعض من أجل التغلب على مشاكل الأهلية أن يصمم موقع التحكيم لإلكتروني بشكل يلزم الطرف الذي ينوي الإتفاق على إحالة النزاع لإحدى مراكز التحكيم بالكشف عن هويته و الإفصاح عن عمره و في حالة إغفاله لذلك لن يسمح له بمواصلة إجراءات التحكيم[2]

أما بالنسبة لمسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية فهي متروكة لقواعد التنازع المعمول بها في قانون كل دولة، و عادة ما يعتمد على ضابط الجنسية لتحديد هذا القانـــون، و قد سار المـــشرع الجزائري في هذا الإتجاه من خلال المادة 10 قانون مدني التي تنص على ما يلي: المادة10(م): « يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.....».

- قابلية النزاع للتحكيم

يتعين أن يكون محل النزاع قابلا للتسوية بطريق التحكيم و طبعا المجال الذي يقبل التحكيم العادي يقبل التحكيم الإلكتروني، و قد إختلفت الدول في المسائل الخاضعة للتحكيم بحسب مفهومها للنظام العام، فالمسائل التي تعتبر من النظام العام لا يجوز فيها التحكيم و هذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 1006 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على إستبعاد المسائل المتعلقة بالنظام العام و حالة الأشخاص و أهليتهم للتحكيم الداخلي أو الدولي، و أيضا المشرع الفرنسي في المادتين 2059 و 2060 قانون المرافعات الفرنسي السابق ذكرهما.

[1]- محمود التحوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيمن دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2003،ص127.
[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الأنترنيت، الطبعة الأولى،دار الثقافة،عمان،2002،ص66.

فمن خلال المادة 1006 ق إ م إ ج نستنتج أن القاعدة هي جواز اللجوء إلى التحكيم و بإستثناء المسائل التالية:

- الحقوق التي لا يملك الأشخاص مطلق التصرف فيها أي غير قابلة للتفاوض بشأنها، أي المسائل التي لا يجوز الصلح فيها و التي تعتبر ذات صلة بالنظام الإجتماعي و أسسه القانونية و الإقتصادية و السياسية و الأسرية و الدينية[1].

- المسائل المتعلقة بالنظام العام، و طبعا القاضي الوطني هو الوحيد المخول بتحديد ما هي المسائل المتعلقة بالنظام العام حسب مقوماته السياسية و الإجتماعية و الإقتصادية ، و لعل الإختلاف في مفهوم هذه الفكرة من طرف الدول و مرونتها هو الذي يشكل عائقا أمام نظام التحكيم الذي قد ينشأ صحيحا، أي أن إتفاقية التحكيم تكون غير مخالفة للنظام العام وفق القانون المطبق عليها و ينتهي برفض تنفيذ القرار التحكيمي لعدم قابلية النزاع للتحكيم وفق قانون دولة قاضي تنفيذ القرار التحكيمي[2].

- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص و أهليتهم.

و بالتالي تخرج المسائل المتعلقة بالمجال الجزائي و مسائل الأحوال الشخصية و المسائل المتعلقة بالحقوق السياسية من التحكيم[3].

و بما أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على إستبعاد مجال الإستهلاك من التحكيم فإنه لا يوجد ما يمنع من إخضاع نزاعاته للتحكيم.

2- الشروط الشكلية لإتفاقية التحكيم الإلكتروني

إن الأصل في العقود هو الرضائية و ينطبق هذا الحديث على العقد الإلكتروني، لكن قد يشترط القانون أحيانا الكتابة حماية لطرف معين، و إتفاقية التحكيم تقوم على إتفاق

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،2009،ص90.

[2]- في كندا مقاطعة Common law اعتمدت ما يعرف بـ Stated case الذي يسمح بتدخل القضاة في أي مرحلة من مراحل الإجراء التحكيمي، و بالتالي لا يستدعي الأمر الوصول إلى مرحلة تنفيذ القرار التحكيمي لمعرفة مدى قابلية النزاع للتحكيم، أنظر:.Penda Ndiaye ,op.cit,p95

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص91.

الأطراف على إختيار قاضيهم و سلب الإختصاص من القاضي الوطني الأمر الذي يستدعي أن تكون الإرادة ظاهرة و صريحة للخضوع للتحكيم لما لهذا التصرف من آثار هامة خاصة بالنسبة للمستهلك.

لذلك إشترطت أغلب القوانين الكتابة بالنسبة لإتفاق التحكيم، منها المشرع الجزائري في المادة 1040 التي تنص على ما يلي : « تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة و المستقبلية ، يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان ان تبرم إتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة » و هذا النص يتماشى مع التطور في المفهوم القانوني للكتابة، فالقانون الدولي الخاص السويسري مثلا نص في مجال التحكيم الدولي في المادة 178 فقرة 1 على ما يلي :

«Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établi la preuve par un texte».

هذه النصوص كانت مرنة فيما يخص شكل الكتابة، إذ يمكن للأطراف إختيار الشكل الإلكتروني أي الكتابة على دعامة[1] إلكترونية أو الشكل الورقي، و الحقيقة أن أغلب التشريعات واكبت هذا التطور في مفهوم الكتابة و أعترفت بالكتابة الإلكترونية، اي الكتابة الموجودة على دعامة إلكترونية و أعطتها نفس حجية الكتابة العادية إذا ما أستوفت الشروط المنصوص عليها قانونا منها المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر1 من القانون المدني و المشرع الفرنسي في المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي، و ايضا اعتبر قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم لعام 1985 أن شرط الكتابة يتحقق في أي وثيقة موقعة من الطرفين أو أي تبادل لرسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال السلكية و اللاسلكية مادامت توفر تدوينا أو تسجيلا للإتفاق مثل الأسطوانات المدمجة و بطاقات

[1]- الدعامة هي مجرد وسلة لإحتواء الكتابة و ليس لها أي أثر في تحديد مفهوم الكتابة و يمكن أن تكون أي شيء قابل لإحتواء الكتابة، أنظر: **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2006،ص100.

الذاكرة، فهذا النص أقر تحقيق شرط الكتابة في تبادل البيانات إلكترونيا أو البريد الإلكتروني[1].

و قد أثيرت عدة إشكالات فيما يخص الشروط الواردة في إتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة 2 من ضرورة أن يكون إتفاق التحكيم (شرط تحكيمي أو مشارطة تحكيم) مكتوبا و موقعا من قبل الأطراف خاصة حول تحديد مفهوم الكتابة و التوقيع في الوقت الذي أبرمت فيه الإتفاقية و ما مدى تماشيه مع مفهوم الكتابة و التوقيع في الوقت الحالي؟

هناك من رأى ضرورة تعديل الإتفاقية لتتماشى مع التطورات الحالية أو إضافة ملحق تفسيري للإتفاقية لأن تفسير مصطلح الكتابة الوارد في الإتفاقية سوف يكون وفق قانون القاضي الذي يطبق الإتفاقية ما يؤدي إلى وجود تباين بين محاكم الدول حول هذا المفهوم و هذا راجع إلى إختلاف قوانين الدول و بما أن إتفاقية نيويورك لم تحدد مفهوم الكتابة و التوقيع، إلا أن ورودهما بمعنى واسع يعطي إمكانية للتفسير الموسع لمصطلح الكتابة و التوقيع، و قد اعربت بعض الدول على أن تفعيل المادة 2 من إتفاقية نيويورك يكون بالإعتماد على نص المادة7 من ذات الإتفاقية و التي تنص على ما يلي : " لا تؤثر احكام هذه الإتفاقية على صحة ما تعقده الإطراف من إتفاقات متعددة الأطراف أو إتفاقات ثنائية تتعلق بالإعتراف بقرارات التحكيم و تنفيذها، و لا يحرم أي من الأطراف المهتمة من أي حق له في الإستفادة من أي قرار تحكيمي على نحو و إلى الحد اللذين يسمح بهما قانون أو معاهدات البلد الذي يسعى فيه إلى الإحتجاج بهذا القرار" ، فالهدف من هذه المادة هو تفعيل تنفيذ القرار التحكيمي من خلال الإعتراف لأي طرف له مصلحة من تطبيق قانون بلد تنفيذ القرار أو المعاهدات المصادق عليها لما تقدمه من نظام أكثر ملاءمة من أحكام الإتفاقية[2].

و الخلاصة أنه لا يمكن الإحتجاج بعدم إستيفاء إتفاقية التحكيم الإلكترونية للشكل أو الكتابة الواردة في المادة2 فقرة2 من إتفاقية نيويورك، لرفض الإعتراف بالقرار التحكيمي و

---

[1]- مصطفى أحمد الحاج يوسف و أبو سالف آدم مصطفى، مرجع سابق،ص76.

[2]- توصية بشان تفسير الفقرة2 من المادة2 و الفقرة1 من المادة7 من إتفاقية الإعتراف بقرارات الأحكام الأجنبية و تنفيذها المبرمة في نيويورك، 10 يونيو 1958، أعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 7 يوليو 2006 أثناء دورتها 39 ، متوفرة على الموقع:
https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/530/32/PDF/V0653032.pdf?OpenElement

تنفيذه، لأن الإتفاق جاء على دعامة إلكترونية خاصة و أن الدول أتجهت إلى الإعتراف بالكتابة الإلكترونية مثل ما جاء في المادة7 من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم في دورتها 39 لعام 2006،حيث تنص في الفقرة 4 على ما يلي: " يستوي إشتراط أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا، و يقصد بتعبير الخطاب الإلكتروني أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، و يقصد بتعبير رسالة البيانات المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات و البريد الإلكتروني و البرق و التلكس و النسخ البرقي"[1].

ثانيا: مضمون إتفاقية التحكيم الإلكتروني

يجب أن تتضمن إتفاقية التحكيم المسائل التالية:

أ)- تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاقية التحكيم

تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني نقصد به تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أي ذلك القانون الذي يعتمده المحكم في تسوية المسائل الإجرائية كتلك الخاصة بصحة إتفاقية التحكيم و تقديم المستندات و كيفية تنظيم المداولات و الإجتماعات الإلكترونية و طرق الإثبات[2]، كما يشمل أيضا تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أي القانون الذي يعتمده المحكم لحل النزاع.

- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم: و يقصد بها تلك الإجراءات التي يجب إتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم و حتى صدور القرار التحكيمي[3].

[1] - l'article disponible sur le site : http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

[2]- محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص107.

[3]- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1997 ،ص191.

و الأصل انه يجوز لإرادة الأطراف إختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، حيث لا يعتد إلا بالإرادة الصريحة و الواضحة للأطراف و غيابها لا يعطي المحكم الحق في البحث عن الإرادة الضمنية، و هذا نظرا لأهمية المسائل الإجرائية[1]، فإما أن يضع الأطراف أنفسهم إجراءات التحكيم و هو ما يسمى بالتحكيم الطليق أو تحكيم بلا قانون، فهذا الأخير لا يرتبط بأي نظام قانوني، و هذه الصورة نادرة الحدوث خاصة في مجال التحكيم التجاري الإلكتروني الإستهلاكي[2]، و إما أن يحددوا قانونا معينا يحكم الإجراءات سواء كان قانون وطني أو قواعد خاصة بالمركز التحكيمي، و هذه الصورة الأخيرة هي الأكثر إنتشارا و إعمالا في التحكيم الإلكتروني لأنه يتم في الغالب عن طريق مواقع إلكترونية لمراكز تحكيمية، حيث أن إختيار الأطراف لمركز موجود على الأنترنيت يعني أنهم قد أختاروا لوائح هذا المركز بما تشمله من قواعد خاصة بالإجراءات.

و في حالة غياب الإختيار الصريح لهذا القانون فتخضع إجراءات التحكيم الإلكتروني إلى مقر التحكيم أو إلى سلطة هيئة التحكيم، و هذا المعيار الأخير يرى البعض أنه يتلاءم مع التحكيم الإلكتروني نظرا لما يتمتع به المحكمون من قدرات تؤهلهم لذلك و أيضا يجنبنا مشاكل البحث عن مقر التحكيم الإلكتروني[3].

و قد أخذ المشرع الجزائري بهذه المعايير في المادة1043 ق إ م إ التي تنص على ما يلي:« يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو إستنادا على نظام تحكيم،كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك،تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات،عند الحاجة،مباشرة أو إستنادا إلى قانون أو نظام التحكيم »

- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم:القاعدة العامة تتمثل في بحث المحكم عن إرادة الخصوم في تعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع، أي القانون الذي يعتمده لحل النزاع و هذا التعيين يكون في إتفاق التحكيم سواء كان في صورة شرط تحكيمي أو

---

[1]- رضوان أبو زيد، مرجع سابق،ص ص 95-96.

[2]- جمال الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى تحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة،2003،ص63.

[3]- نفس المرجع،ص107.

مشارطة تحكيم، و قد يرد هذا التعيين في صورة واضحة و صريحة أو يكون في صورة مفترضة أين يعتمد للكشف عنه على معايير مثل محل الإبرام أو محل التنفيذ....

و الحقيقة أن ترك مسألة إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لحرية الأطراف تثير عدة إشكالات خاصة إذا تم إختيار قانون لا يحمي المستهلك او يوفر حماية له أقل من قانون محل إقامته مثلا أو كان لا ينظم المعاملات الإلكترونية أصلا.

و في رأينا يمكن أن نطبق هنا ما قلناه عن القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني أي يطبق المحكم القانون الأكثر حماية للمستهلك بغض النظر عن القانون المشار إليه في شرط التحكيم الذي عادة ما ينفرد المهني بإختياره حسب ما يلائمه.

و في حالة غياب الإختيار الصريح للقانون الذي يحكم الموضوع فإنه يقع على عاتق المحكم البحث عنه عن طريق اللجوء إلى القواعد الخاصة بتنازع القوانين ليحدد آي قانون هو أكثر ملاءمة، لكن الإعتماد على هذه القواعد التقليدية يثير إشكالات فيما يخص عدم ملاءمتها لمنازعات التجارة الإلكترونية التي تحتاج إلى الحل السريع[1] ، و التي ترفض التقسيم الجغرافي للدول و تنظر إلى العالم من خلال الأنترنيت و كأنه وحدة واحدة[2] ، و من ناحية أخرى فإن تباين قواعد الإسناد الوطنية من شانه إرهاق المحكم..

و أمام صعوبة تطبيق هذا الحل فقد وجدت عدة آراء فقهية، حيث أقترح الرأي الأول بانه على المحكم أن يطبق أو أن يلجأ إلى قواعد التنازع لدولة محل إقامته المعتادة[3] التي يقيم فيها إقامة معتادة، أما الرأي الثاني فيرى ضرورة الأعتداد بقانون الجنسية أو قانون الموطن المشترك لأطراف النزاع، و طبعا يصعب تحقق ذلك لأن اغلب أطراف العقد تكون ذات جنسية مختلفة أو تكون غير مقيمة في نفس الدولة، و هناك رأي ثالث يرى أن على المحكم الأخذ بالقانون الذي يحكم الإجراءات التحكيمية، لكن عادة المراكز التحكيمية لا تضع قواعد

---

[1]- جمال الكردي، مرجع سابق، ص94.

[2]- مجاهد أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة, 2000 ص103.

[3]- فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012،ص190.

موضوعية لحل النزاعات لعدم رغبتها في فرض قانون معين على أطراف النزاع[1]، و رأي آخر ذهب إلى الأخذ بقواعد الإسناد لدولة المحكمة التي كانت مختصة بحل النزاع و استبعدت بموجب شرط أو مشارطة التحكيم، أي لو لا وجود شرط التحكيم لعاد الإختصاص إليها وفق قواعد الإختصاص الدولي ، أما الرأي الأخير فأعتمد على مكان أو مقر التحكيم و هذا الأخير تعترضه عدة إشكالات فيما يتعلق تحديد مقر التحكيم إذا لم يعينه الأطراف، حيث أقترح الفقه حلولا لتحديد مقر التحكيم تتمثل في إما تطبيق قانون مكان مقدم الخدمة أي تركيز مكان محكمة التحكيم في دولة مقدم خدمة الوصول إلى صفحة الويب لمحكمة التحكيم الإلكتروني و هذا الحل منتقد لأن مقدم الخدمة قد يكون عدة شركات في دول مختلفة[2]، و إما تطبيق القانون الذي يوجد به المحكم، و هذا الحل أيضا منتقد على إعتبار أن المحكم في التحكيم الخاص قد ينتقل من مكان لآخر و مع ذلك يستمر في عملية التحكيم و أيضا قد يتعدد المحكمون، و إزاء هذه الصعوبات ذهب البعض الآخر إلى القول بضرورة الإعتراف بنظرية التحكيم غير الممركز [3]، و هناك إتجاه يرى أن إتفاق التحكيم هو الوسيلة المساعدة للتغلب على مشكلة التركيز المكاني لعملية التحكيم، حيث يستطيع الأطراف تحديد الكيفية التي من خلالها يتم إجتماعهم مع المحكمة التحكيمية عبر شبكة الأنترنيت و أيضا تحديد كل المشاكل التي عجز القانون عن حلها[4]، و في هذا السياق نصت المادة20 من القانون النموذجي للتحكيم لعام 1985 على أن للطرفين حرية الإتفاق على مكان التحكيم فإن لم يتفقا على ذلك تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان على أن تأخذ بعين الإعتبار ظروف القضية بما في ذلك راحة الطرفين.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أعتمد من خلال المادة 1050 ق إ م إ على قانون الإرادة و في غيابها يتم الفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها المحكمة مناسبة أي وفق قانون وطني أو قواعد و أعراف التجارة الدولية أو مبادئ العدالة و الإنصاف و تتمثل هذه الأخيرة في القواعد التي تحقق مساواة بين مصالح الطرفين حتى و إن كانت مخالفة

---

[1]- نفس المرجع و الصفحة.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة، مرجع سابق، ص315.

[3]- محمد إبراهيم موسى، التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي 16، كلية الشريعة و القانون و غرفة تجارة و صناعة دبي أيام28-30 أفريل 2008، ص1080.

[4]- نفس المرجع،ص1081.

لأحكام القانون الذي يحكم النزاع[1]، فالمشرع أعطى حريةللمحكم لإختيار القانون الذي يراه مناسبا و يكون بذلك منح استقلالية له دون ضرورة للبحث في قواعد الإسناد.

ب)- تحديد محكمة التحكيم الإلكتروني

سوف نركز الدراسة على التحكيم الإلكتروني المؤسساتي بإعتبار أن هذه المراكز المؤسساتية هي التي تقوم بهذا النوع من التحكيم، و هذا من حيث كيفية تشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية (1) داخل هذه المراكز، و بيان شروط صحة هذه العملية (2).

1- كيفية تشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية

تؤكد أغلب التشريعات على حرية الأطراف في تشكيل الهيئة التحكيمية و إختيار المحكمين و في حالة عدم إمكانية ذلك يتم الرجوع إلى نظام التحكيم المؤسساتي للجهة المختصة بالتحكيم و هذا ما جاء به المشرع في المادة 1041 ق إ م إج « يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم و إستبدالهم »[2].

و الإعتماد على إرادة الأطراف يترتب عليه إحترام هذه الإرادة من جهة و من جهة أخرى و إحترام مبدأ المساواة بين الأطراف عند الإختيار.

أما في حالة الإعتماد على لوائح هيئة التحكيم فالتعيين يختلف بإختلاف المركز المعتمد فالجمعية الأمريكية للتحكيم AAA مثلا تعطي سلطة واسعة للأطراف في التعيين و في حالة عدم إتفاقهم على أحد المحكمين أو عدم وجود إتفاق أصلا تقوم الجمعية بتعيين المحكمين[3].

أما في نظام القاضي الافتراضي فتعيين الهيئة يكون من طرف جمعية التحكيم الأمريكية من ضمن قائمة تتضمن أشخاص مؤهلين و لهم خبرة بالبيئة الإلكترونية و عدد المحكمين قد

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر،مرجع سابق،ص553.

[2]- سار في هذا الإتجاه المشرع الفرنسي في المواد 1443 و 1445 قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، و أيضا قانون الأونيسترال للتحكيم التجاري في المواد 10 و 11.

[3] - R16 of consumer arbitration rules for AAA, disponible sur le site:
https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTAGE2021425&revision=latestreleased

يكون واحد أو ثلاثة[1]، و الملاحظ في هذه المراكز أن إختيار الأطراف فيما يخص شخص المحكم يكون مقيد بالقائمة المعدة من طرف هذا المركز و التي تتضمن أسماء بقائمة المحكمين، و حتى في بعض الحالات المركز التحكيمي هو الذي يفرض محكم معينو لعلى ذلك يرجع إلى إطلاعها على كفاءته و خبرته في مجال النزاع.

2- شروط صحة تشكيل الهيئة التحكيمية الإلكترونية

تتمثل في مجموع من الشروط أهمها :

- ✓ أن يتمتع المحكم بشروط معينة سواء كانت إتفاقية أو قانونية مثل: أن يكون شخص طبيعي يتمتع بكل الحقوق المدنية[2]، و يتمتع بالحياد و الإستقلالية الذي يعتبر أهم شرط أتفقت عليه كل التشريعات الخاصة بالتحكيم[3]، بالإضافة إلى شرط الخبرة خاصة في مجال المعاملات الإلكترونية و ما تتميز به من تعقيدات و إشكالات.

بالنسبة للشروط المتعلقة بالمحكم فهي تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات[4]، أما أهليته فتخضع إلى قانونه الشخصي.

أما بالنسبة لمسألة جنسية المحكم فهناك إختلاف حول مدى إعتبارها من شروطه أو لا، إذ هناك من يرى عدم تأثيرها على مبدأ الحياد و إستقلالية المحكم، لكن أغلب مراكز التحكيم الإلكتروني تعطي شرط الجنسية أهمية، فمركز التحكيم على الخط e-résolution يراعي مسألة جنسية المحكم و مكان إقامته أو أي علاقة تربطه بأطراف الخصومة في تعيينه لنظر النزاع[5].

---

[1]- سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق،ص55.

[2]- حيث تنص المادة 1014 ق إ م إ ج على ما يلي:" لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية.إذا عينت إتفاقية التحكيم شخصا معنويا، يتولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم.

[3]- انظر المادة 1016 ق إ م إ ج.

[4]- عبد الله عزالدين،تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 2004،ص54.

[5] - E.Caprioli, règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du Juris-Classeur, Litec, Paris, 2002, p140.

- ✓ إحترام قاعدة الوتر أي ضرورة تعيين محكم أو ثلاثة أو أكثر شرط أن يكون العدد فردي[1] لأن قرارات التحكيم تصدر بالأغلبية و التي لا يمكن الحصول عليها دون أن يكون العدد فرديا[2].
- ✓ موافقة المحكم على مهامه[3]، و في حالة رفض المحكم لمهامه يستبدل بمحكم آخر، و إذا تم التشكيك في حياده أو نزاهته أو إستقلاليته فيطلب رده.

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم الإلكتروني

تتمثل إجراءات التحكيم الإلكتروني في الإجراءات المتعلقة بسير عملية التحكيم (الفرع الأول)، و إجراءات تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سير عملية التحكيم الإلكتروني

تبدأ عملية التحكيم الإلكتروني عند حصول خلاف بين أطراف العقد الذين أتفقوا على التحكيم سواء في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم فيقوم أحد الأطراف أو كليهما بتقديم طلب[4] اللجوء إلى التحكيم أمام مركز التحكيم الإلكتروني المتفق عليه عن طريق طلب أو رسالة إلكترونية بالبريد الإلكتروني أو عن طريق ملأ النموذج المبين على موقع المركز و المعد سلفا[5]،مع ضرورة تقديم هذا الطلب خلال الميعاد المتفق عليه بين الأطراف، فإذا أنقضت المدة المحددة لا يكون له أثر في حق المطلوب ضده التحكيم و لا يعتد به المحكم و له الحكم بعدم قبول الدعوى ما لم يتفق الطرفان على مد ميعاد طلب التحكيم[6] ،و عند إستلام المركز لطلب التحكيم المتضمن للبيانات التالية:

- أسماء الأطراف و طبيعة أعمالهم و عناوينهم البريدية الإلكترونية.

---

[1]- تنص المادة 1017 ق إ م إ ج على ما يلي:تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي.

[2]- عبد الرحمان بربارة،مرجع سابق،ص542.

[3]- هذا ما أكدته المادة 1015 ق إ م إ ج.

[4]- يقصد بطلب التحكيم ذلك الطلب الذي يوجهه أحد طرفي إتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه، أو إلى الطرف الآخر يخطره فيه برغبته في رفع النزاع إلأى التحكيم و يطلب منه إتخاذ اللازم لتحريك إجراءات التحكيم و إستكمالها أنظر: عصام عبد الفتاح مطر،مرجع سابق،ص438. و عادة ما يبين المركز التحكيمي الإلكتروني كيفية تقديم طلب و بياناته و باقي الإجراءات.

[5]- أسعد فاضل منديل الجياشي، النظام القانون للتحكيم الإلكتروني، مقال متوفر على الموقع :
http://profasaad.info/?page_id=66

[6]- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص439.

- تحديد طبيعة النزاع وظروفه.

- الغرض من الطلب و طبيعة التسوية المطلوبة.

- قائمة بالأدلة الثبوتية و الوثائق و المستندات.

- نص شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[1].

يقوم المركز بإخطار المحتكم ضده و يتم إعداد صفحة للنزاع على موقع المركز حيث يزود المحتكم ضده بكلمة المرور ليتمكن من خلالها الدخول إلى صفحة النزاع و تقديم دفع في أجل معين من تاريخ تبليغه بطلب التحكيم[2]، و التبليغ يكون بواسطة الفاكس أو البريد الإلكتروني أو برقية أو أية وسيلة أخرى من شأنها أن تكون دليل خطي يثبت أن الإرسال قد تم فعلا، و هذا ما جاء في المادة 3 من لائحة غرفة التجارة الدولية[3] .

و رد المحتكم ضده بعد تبليغه يجب أن يتضمن ما يلي:

- إسمه و عمله و عنوانه البريدي الإلكتروني.

- ملاحظات حول طبيعة النزاع و ظروفه.

- موقفه من الغرض من طلب اللجوء إلى التحكيم و التسوية المطلوبة.

- قائمة بأدلة الإثبات التي يقوم عليها رده أو أي معلومات أخرى مفيدة.

---

[1]- محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص124.

[2]- إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق،ص58.

[3] - Article3 al2 : « …. Toutes notifications ou communications du Secrétariat et du tribunal arbitral sont faites à la dernière adresse de la partie qui en est le destinataire ou de son représentant, telle que communiquée par celle-ci ou par l'autre partie le cas échéant. La notification ou la communication peut être effectuée par remise contre reçu, lettre recommandée, service de transport, courriel ou par tout autre moyen de télécommunication permettant de fournir une preuve de l'envoi…. ».les reglements d'arbitrage de la chambre sont disponible sur le site :
www.iccwbo.org/.../2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-FRENCH-ver.

- تقديم طلبات مقابلة في نفس الوقت الذي يقدم فيه دفعه[1]، و هذه الطلبات يمكن تعديلها خلال إجراءات التحكيم إلا إذا رفض المحكمون ذلك، و إذا كان الطلب الأصلي مقبولا فإن الطلبات الإضافية تكون مقبولة كذلك[2].

تبدأ جلسات دعوى التحكيم[3]، حيث تنعقد عبر الخط على الموقع الإلكتروني المنشأ للقضية الذي يمكن المحتكمين من وضع جميع المستندات و البيانات و الدلائل و تبادلها من خلاله أين يتم إستخدام نظام تشفيري لتأمين نقل هذه المعلومات إلكترونيا[4]، و قد يتفق الأطراف على أن وضع المستندات و المذكرات يكفي و لا يستلزم عقد جلسات شفوية و في هذه الحالة تلتزم هيئة التحكيم بذلك[5].

أما إذا أتفقوا على عقد جلسات[6] فإن تنظيم جلسات الإستماع يخضع إلى تقنيات حديثة مثل تقنيات Internet relay chat التي تتيح لهيئة التحكيم و أطرافه التفاعل بالصوت و الصورة.

و بعد تأكد الهيئة من تمكن الأطراف من تقديم دفاعهم و قبل إغلاق باب المرافعة يجوز لهيئة التحكيم دعوة الأطراف إلى تقديم مذكراتهم الختامية خلال فترة تحددها الهيئة ، بعدها تغلق باب المرافعة و يصدر قرار تحكيمي في النزاع مستوفيا الشروط الواجب توفرها في القرار التحكيمي وفق القانون المطبق من الهيئة التحكيمية[7].

---

[1]- نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر الأردن، 2009، ص232.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر،مرجع سابق،ص ص 441-442.

[3]- تخضع مسألة سرية أو علانية الجلسات إلى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات و في حالة سكوته يمكن الرجوع إلى رغبة الأطراف أو إلى السلطة التقديرية لهيئة التحكيم و أغلب التشريعات حرصت على السرية و منها المشرع الجزائري في المادة 1025 ق إ م إ ج " تكون مداولات المحكمين سرية ".

[4]- محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص125.

[5]- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق،ص444.

[6]- إذا تغيب أحد الطرفيين أو كلاهما فلا يؤثر ذلك على سير إجراءات الخصومة أو على عدم نظرها أو إنقضائها و إنما تستمر الهيئة في النظر أو تؤجل النظر إلى جلسة أخرى إن رأت ضرورة حضور الأطراف و هذا ما جاء في المادة17 من لائحة المحكمة الإفتراضية.

[7]- يشترط المشرع الجزائري أن يصدر القرار بالأغلبية و يكون موقع من طرف المحكمين بالإضافة إلى ضرورة توفر عناصر أخرى، أنظر المواد من 1026 إلى 1029 ق إ م إ ج.

في الأخير يبلغ القرار للأطراف عن طريق البريد الإلكتروني المشفر و يكون نهائي لا يقبل الإستئناف[1]، لتأتي بعدها مرحلة تنفيذ هذا القرار،حيث أن الأصل فيه التنفيذ الطوعي و الإستثناء طبعا يكون اللجوء إلى محاكم دولة التنفيذ لإمهاره بالصيغة التنفيذية.

الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني

تخضع مسألة تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني إلى نفس النظام القانوني الخاص بالقرار التحكيمي،حيث تعتبر مسألة تنفيذ هذا الأخير من أهم مراحل التحكيم سواء العادي أو الإلكتروني، إذ لن تكون للقرار التحكيمي قيمة قانونية أو عملية إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، و قبل الحديث عن شروط تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني (ثانيا) يتم إعطاء مفهوم للقرار التحكيمي الإلكتروني(أولا).

أولا: مفهوم القرار التحكيمي الإلكتروني

سبق و أشرنا أن القرار الحكيمي الإلكتروني لا يختلف عن القرار التحكيمي العادي إلا في الوسيلة التي يصدر بواسطتها، فهذا القرار يستلزم شكلا معينا يشترطه القانون، و من أجل الإلمام بمفهوم القرار التحكيمي الإلكتروني يتم التطرق إلى التعريف به (أ)، و بيان شروطه (ب) و صفته (ج).

أ)- التعريف بالقرار التحكيمي الإلكتروني

التعريف بالقرارالتحكيمي الإلكتروني يكون من خلال تعريفه (1)، و التطرق إلى مسألة حجيته (2).

1- تعريف القرار التحكيمي الإلكتروني

يعرف القرار التحكيمي عموما حسب الإتجاه الفقهي الذي إنقسم إلى إتجاهين، فإتجاه يعتمد التعريف الموسع و الذي يقوده الأستاذ E.Gaillard حيث يعرفه بأنه القرار الصادر عن المحكم و الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة أو في مسألة

[1]- نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق،ص233.

تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة، و بالتالي فالقرار الذي يصدر من محكمة التحكيم فيما يتعلق برد المحكم لا يعتبر قرارا تحكيميا، كما أن الإجراءات التي يتخذها المحكمون و لا تهدف إلى الفصل في النزاع مثل إجراءات التحقيق في الدعوى لا تعتبر كذلك بل مجرد إجراءات إدارية ذات طابع قضائي[1].

أما القرارات الصادرة عن المحكم المتعلقة بالفصل في إختصاص المحكمة أو تحديد القانون الواجب التطبيق أو بصحة العقد او بتقرير مسؤولية أحد الأطراف تعد قرارات تحكيمية حقيقية حتى و لو لم تفصل في المنازعات المتنازع فيها[2].

الإتجاه الثاني يعتمد التعريف الضيق و الذي يمثله الأساتذة Peymond و Lalive فيعرف القرار بأنه: " القرار الذي ينهي بشكل كلي أو جزئي منازعات التحكيم حتى تلك التي تتصل بموضوع النزاع و لا تفصل في طلب محدد، حيث لا يمكن وفقا لهذا الفقه أن تكون الأحكام محلا للطعن فيها بالبطلان[3].

أما بالنسبة للقرار التحكيمي الإلكتروني فلم تعرفه قواعد مركز WIPO و لا نظام القاضي الإفتراضي، لكن الفقه تطرق إلى ذلك و عرفه بأنه: القرار الذي ينظر إليه على أنه يشمل كافة القرارات الصادرة بوسائل إلكترونية عن المحكم و التي تفصل بشكل قطعي في منازعات عقد التجارة الدولية و المعروض عليه بشكل إلكتروني عن طريق شاشة الحاسوب، و سواء كانت تلك القرارات كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل ،أو قررارت جزئية تفصل في شق منها فقط، و سواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أو بالإختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات طالما أدت بالمحكم إلى إنهاء الخصومة بوسائل إلكترونية[4].

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان،2007،ص ص294-295.

[2]- إبراهيم رضوان جغيبر، بطلان حكم المحكم، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2009،ص30.

[3]- نبيل زيد مقابلة، تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية،دار النهضة العربية، القاهرة،2006،ص ص 22-23.

[4]- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق ص300.

أما بعض الفقه فعرفه كما يلي: القرار الصادر عن المحكم أو هيئة التحكيم بالوسائل الإلكترونية في نزاع معين كليا أو جزئيا سواء تعلق القرار بموضوع المنازعة أو بالإختصاص أو بالإجراءات المتبعة طالما أنها تمت بالوسائل الإلكترونية[1].

2- حجية القرار التحكيمي الإلكتروني

تعرف الحجية بأنها :قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، تشهد على أن الحكم صدر صحيحا شكلا و موضوعا، و لا يجوز إهدار هذه الحجية إلا عن طريق الطعن المقرر في هذا الحكم، كما تعرف أيضا بأنها عنوان للحقيقة فلا يجوز إعادة الفصل في النزاع الذي صدر فيه الحكم من جديد أمام جهة قضائية أخرى، لأن هذا الحكم قطعي في حد ذاته يحمل قرينة على الحقيقة و في الوقت ذاته يحمل قرينة الصحة[2].

و يترتب على هذه الحجية أثرين، الأول هو إمكانية تمسك المحكوم له بالحق الذي قضي به دون الحاجة لإثبات وجود هذا الحق، و الثاني، منع المحكوم عليه من إقامة دعوى جديدة بهدف إعادة الفصل في النزاع[3].

أن القرار التحكيمي الإلكتروني يخضع للقواعد العامة التي تحكم القرار التحكيمي العادي و بالتالي فهو يتمتع بحجية الشيء المقضي به[4] بمجرد صدوره و قبل صدور[5] الأمر بتنفيذه و حتى لو كان قابلا للطعن فيه[6].

و هذه الحجية لا تتعلق بالنظام العام ما يعني أنه يجوز للخصوم في حال رفضهم القرار الفاصل في النزاع الإتفاق على تجاهله و إعادة طرح النزاع على ذات هيئة التحكيم أو هيئة

---

[1]- إبراهيم إسماعيل إبراهيم، فعالية قرار التحكيم الإلكتروني:دراسة مقارنة، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية،مجلد21،عدد2،2013،ص ص 358-359.

[2]- عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2012،ص261.

[3]- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، د ب، 1997،ص135.

[4]- تختلف حجية الشيء المقضي به عن قوة الأمر المقضي فيه، فهذهالأخيرة لا تثبت إلا للأحكام النهائية، أي التي لا تقبل الطعن سواء بالطرق العادية أو غير العادية حتى لو كانت إبتدائية صدرت نهائية

[5]- و هذا ما اخد به المشرع في المادة1031 ق إ م إ ج التي تنص على ما يلي: " تحوز احكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

[6]- عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995،ص78.

جديدة و هذا ما جاء به القانون المصري[1].

ب)- شروط القرار التحكيمي الإلكتروني

و هي نفسها شروط القرار التحكيمي العادي و التي يمكن أن نقسمها إلى نوعين، شروط متعلقة بالبيانات الإلزامية للقرار(1)، و شروط شكلية للقرار(2).

1- البيانات الإلزامية في القرار التحكيمي

و تتمثل في مجموعة من العناصر[2] هي:

- ذكر أسماء المحكمين المصدرين للقرار التحكيمي الإلكتروني مع ذكر صفاتهم و عناوينهم و إسم الطرف الذي عينه و كيفية تعيين المحكم الرئيس و توقيعهم و جنسيتهم.

- ذكر أطراف النزاع مع بياناتهم الكاملة، و إذا كان احد الأطراف شخص معنوي فيذكر إسم الشخص المعنوي و مركز أعماله بالإضافة إلى ألقاب المحامين او من مثل الأطراف أثناء سير إجراءات التحكيم الإلكتروني.

- الإشارة إلى إدعاءات الأطراف و أوجه الدفاع، أي ذكر المحكم لجميع الإجراءات التي تمت أثناء سير الخصومة التحكيمية و تواريخ إجراء المرافعات الشفوية و الكتابية بين الأطراف و جميع المستندات المقدمة.

- تسبيب القرار التحكيمي، حيث يعتبر التسبيب ضمانة مكرسة للأطراف في عملية التحكيم الإلكتروني،و قد نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 1027[3] و 1056[4] ق إ م إ ج .

- تاريخ و مكان صدور القرار التحكيمي، و هما أمران ذا أهمية كبيرة بالنسبة للقرار التحكيمي بصفة عامة و القرار التحكيمي الإلكتروني بصفة خاصة، فأهمية التاريخ تكمن في معرفة مدى إحترام مدة التحكيم، خاصة و أن تجاوز هذه المدة يكون من أحد أسباب

---

[1]- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم و آثاره و طرق الطعن به،دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح نابلس،فلسطين،2008،ص82

[2]- أشار إليها المشرع في المادة 1028 ق إ م إ ج.

[3]- التي تنص على ما يلي " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة "

[4]- التي تنص على لزوم تسبيب القرار التحكيمي تحت طائلة البطلان.

بطلان القرار التحكيمي، أما بالنسبة لمكان صدور القرار فله أهمية لإعطاء جنسية للقرار التحكيمي الإلكتروني و بالتالي معرفة شروط تنفيذه و طرق الطعن فيه.

2- الشروط الشكلية للقرار التحكيمي الإلكتروني

يشترط في القرار التحكيمي وفق القواعد العامة أن يكون مكتوبا و موقعا، و هذا ما جاءت به إتفاقية نيويورك لعام 1958، و المادة 1052 ق إ م إ ج التي تنص على أنه « يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا بإتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها » بما يفهم ضرورة أن يكون القرار التحكيمي مكتوبا، و أيضا ما جاء في المادة 1029 من نفس القانون التي تنص على ما يلي « توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين....».

و حتى يتماشى القرار التحكيمي المكتوب و الموقع إلكترونيا مع هذه النصوص يجب توسيع المفهوم التقليدي لكل من الكتابة و التوقيع ليشمل التقنيات الحديثة فيهما[1]، خاصة إذا كانت القوانين الوطنية في حد ذاتها تعترف بالكتابة و التوقيع الإلكترونيين و تعطيهما نفس حجية الكتابة و التوقيع العاديين متى أستوفوا الشروط المنصوص عليها قانونا.

و بالنسبة لشرط تقديم أصل القرار التحكيمي و أصل إتفاقية التحكيم أو صور معتمدة منها الوارد في المادة 4 من إتفاقية نيويورك لعام 1958 فإنه يمكن القول أن هناك صعوبة في التمييز بين الأصل و النسخة في المجال الإلكتروني ، حيث أعتبر الفقه أنه بالنسبة لقاضي التنفيذ يكفيه الحكم الموقع إلكترونيا لإعتباره صورة طبق الأصل إذا توفر على شرطين الأول أن يكون القانون الواجب التطبيق على التصديق أو جعل الوثيقة رسمية يقر بالتوقيع بنفس قيمة التوقيع الكتابي، أما الشرط الثاني هو إعتبار كل الوثائق حسب هذا القانون يمكن المصادقة عليها و تأكيد أصليتها طبق الوثائق الأصلية عبر الطرق الإلكترونية[2] ، و من أجل تجاوز هذا الإشكال إقترح البعض حلا يتمثل في قيام الأمانة العامة لمراكز التحكيم الذاتية للتحكيم الإلكتروني بتجسيد القرار التحكيمي الإلكتروني على دعامة ورقية و تبليغه

[1]- محمد إبراهيم موسى، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص1086.

[2] - Schultz Thomas,Reguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne-une approche critique,L.G.D.J ,2005,p421

للأطراف بالطرق العادي حفاظا على حقوقهم و تجنبا لكل المشاكل المثارة بسبب النسخة الأصلية[1].

و في هذا السياق وجهت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي دعوة للدول من أجل تغيير تشريعاتها بما يتماشى مع التطور الحاصل في إستخدام التقنيات الجديدة لتسوية المنازعات و خاصة التي تتم عبر شبكة الأنترنيت ، و لقد لاقت هذه الدعوة إستجابة من دول الإتحاد الأوروبي التي سرعان ما عملت على تطوير تشريعاتها و إعتماد آليات التسوية للمنازعات إلكترونيا و هو ما لاحظناه عند تطرقنا للوساطة الإلكترونية، أما بالنسبة للتحكيم الإلكتروني فلا توجد نصوص قانونية خاصة به ما يدفعنا إلى تطبيق الأحكام العامة.

ج)- صفة القرار التحكيمي الإلكتروني

إن التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني قد يسفر عن قرار وطني أو قرار أجنبي ، فالصفة الأجنبية للقرار تقوم على معيار مكان صدور القرار أو معيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، أما الصفة الدولية للتحكيم فتستند إلى الطابع الدولي للعلاقة محل النزاع[2].

إذا فتحديد صفة القرار التحكيمي الإلكتروني تعتمد على معيارين، معيار جغرافي (1) ، و معيار إجرائي (2).

1- المعيار الجغرافي

و مضمون هذا المعيار هو أن قرار المحكمين يأخذ جنسية المكان الذي صدر فيه فالعبرة في ثبوت الصفة الأجنبية في قرار المحكمين هي ضرورة صدوره في بلد أجنبي بغض النظر عن البلد الذي عقدت فيه مشارطة التحكيم و بغض النظر عن جنسية الخصوم أو المحكمين[3]، و في حالة تعدد الدول التي يعقد فيها التحكيم يعتد بالدولة التي أنعقد فيها

---

[1]- سامي عبد الباقي أبو صالح، مرجع سابق، ص171.

[2]- هشام صادق، مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية، الفنية للطباعة و النشر، الإسكندرية،1987،ص56.

[3]- عزة محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية ، القاهرة،1997،ص54.

التحكيم بصفة رئيسية و صدر فيها قرار التحكيم، و ذلك لأن القرار يحمل إسم سلطة الدولة التي صدر فيها،فالمحكمين يتولون القضاء عن طريق التفويض الذي يصدر لهم من سلطة الدولة على إقليمها[1].

و السؤال الذي طرح هل يجوز لقاضي الدولة الذي يتولى تكييف قرار التحكيم أن يحدد جنسية هذا القرار أم يكتفي بإصباغ الصفة الأجنبية عليه فقط؟

يرى البعض عدم إمكانية ذلك فكل ما يملكه القاضي هو أن يقرر ما إذا كان يعتد بمعيار محل صدور القرار وصولا إلى أجنبيته دون حق تحديد جنسيته[2].

و أخذت بهذا المعيار إتفاقية نيويورك لعام 1958 في مادتها الأولى و بالتالي فأحكام هذه الإتفاقية تطبق متى توفر هذا المعيار الجغرافي بأن كان القرار التحكيمي قد صدر في دولة أخرى غير التي يراد الإعتراف أو تنفيذ القرار التحكيمي على إقليمها، و يستوي أن يكون القرار صادرا عن تحكيم خاص أو تحكيم مؤسساتي، كما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 1051 ق إ م إج.

تقييم المعيار انتقد هذا المعيار على أساس انه لا يكفي وحده لتحديد صفة القرار التحكيمي لأنه قد تكون الصدفة وحدها وراء إجتماع المحكمين في دولة معينة للنطق بالقرار و التوقيع عليه، كذلك لا توجد فائدة للأخذ بهذا المعيار في حالة عدم تقابل المحكمين و تم تبادل وجهات النظر عن بعد، أيضا اعتبر القضاء الفرنسي أن لمكان صدور القرار التحكيمي أهمية هامشية بالنسبة لإجراءات التحكيم[3].

- مدى تطبيق هذا المعيار على القرار التحكيمي الإلكتروني: بالرغم من إشارة بعض الفقه إلى وجود إشكالات في تطبيق معيار مكان صدور القرار التحكيمي على القرار التحكيمي الإلكتروني لوصف هذا الأخير بأنه غير موطن و خاصة في حالة ما إذا كان التحكيم مقدم من طرف محكمين لم يلتزموا بالإجتماع الفعلي في مكان واحد و لم يوقعوا القرار في نفس

[1]- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص،الطبعة الثانية، بدون دار النشر،1985،ص689.
[2]- إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، المجلة المصرية للقانون الدولي،عدد1981،37،ص6.
[3]- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص61.

الوقت، إلا أنه يمكن الإعتماد على هذا المعيار خاصة أمام وجود بعض الحلول منها إشتراط ضرورة تحديد مكان صدور القرار التحكيمي و أيضا أغلب عمليات التحكيم الإلكتروني تكون مؤسساتية و بالتالي يعتبر القرار صادرا في مقر المؤسسة التحكيمية[1].

2- المعيار الإجرائي

يعني أن القرار التحكيمي يكتسب جنسية الدولة التي تم تطبيق قانونها الإجرائي على التحكيم[2]، و وفقا لهذا المعيار يكون القرار التحكيمي أجنبي إذا تم داخل إقليم الدولة و خضع إجرائيا لقانون دولة أخرى، و يتميز المعيار الإجرائي بكونه أكثر تماسكا من المعيار الجغرافي لأنه معيار قانوني لا يخضع لتغيرات المكان،كما أنه يتماشى مع التكييف الغالب للتحكيم على أنه دو طابع قضائي أو دو طابع خاص أقرب إلى القضاء[3].

و قد أخذت بهذا المعيار الإجرائي إتفاقية نيويورك كحالة ثانية لتحديد الصفة الأجنبية للقرار التحكيمي في المادة الأولى منها.

تقييم المعيار يتضح أن الأخذ بهذا المعيار لتحديد الصفة الأجنبية للقرار التحكيمي يتفق مع الطبيعة الخاصة للتحكيم كنظام لحسم المنازعات لأن المعيار الجغرافي قد لا يكون له إرتباط وثيق في بعض الأحيان كما أنه بالنسبة للتحكيم الإلكتروني يعتبر هذا المعيار أكثر ملاءمة و يغنينا عن البحث عن مقر التحكيم ،إلا أنه قد يثار إشكال عندما تكون قواعد الإجراءات المتبعة لا تنتمي إلى أي دولة، و هنا يرى البعض ضرورة الإعتماد على جنسية دولة مقر التحكيم و الذي يتحدد بالمكان الذي يتواجد فيه المحكمين فعلا[4].

يمكن القول أنه لا توجد قاعدة موحدة على مستوى التشريع الدولي لتحديد الصفة الأجنبية للقرار التحكيمي، فقاضي دولة التنفيذ هو الذي يتولى تقدير كون القرار أجنبيا من عدمه وفقا لقانونه الداخلي، فقد تأخذ الدولة بالمعيارين معا أو بأحدهما أو بمعايير أخرى.

---

[1] - Ahmed Ouerfelli, article précité , P25.

[2]- أبو زيد رضوان، مرجع سابق،ص61.

[3]- عزة محمد على البحيري،مرجع سابق،ص62.

[4]- نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني في خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص،مرجع سابق،ص247.

ثانيا: شروط تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني

إن عملية التحكيم التجاري الإلكتروني قد تسفر عن قرار تحكيمي وطني أو قرار تحكيمي أجنبي، فهذا القرار التحكيمي و بغض النظر عن طبيعته سواء كان وطنيا أو أجنبيا سوف يخضع لإجراءات التنفيذ المعمول بها في قانون قاضي دولة التنفيذ و يكون ذلك باللجوء إلى القضاء المختص لطلب إمهاره بالصيغة التنفيذية (أ) ،و هذا هو المبدأ المعمول به و الذي تتجه إليه أغلب التشريعات، غير أن خصوصية التحكيم التجاري الإلكتروني دفعت ببعض الفقه إلى المناداة بإبعاد تنفيذ القرار التحكيمي عن القضاء و البحث عن وسيلة أخرى تضمن تنفيذه(ب) .

أ)- تنفيذ القرار التحكيمي أمام القاضي الوطني

أخذت القوانين العربية و منها المشرع الجزائري بأسلوب التنفيذ الجبري للقرار التحكيمي الذي يتطلب صدور أمر بالتنفيذ من طرف الجهة القضائية المختصة و قد نضم المشرع الجزائري مسألة الإعتراف و تنفيذ قرار التحكيم التجاري الدولي في القسم الخامس من الفصل السادس الخاص بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و بما أن مسألة الإعتراف و التنفيذ تخضع لقانون قاضي دولة التنفيذ فسوف يتم بيان أحكام هذه المسألة وفق القانون الجزائري (1)، و التطرق الى طرق الطعن في القرار التحكيمي الإلكتروني (2).

1- شروط الإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني

ميز المشرع بين مسألة الإعتراف و مسألة التنفيذ.

- الإعتراف بالقرار التحكيمي الإلكتروني

نقصد بالإعتراف أن القرار التحكيمي الأجنبي قد صدر بشكل صحيح و ملزم للأطراف،و هذا الإعتراف ليس له الصفة التنفيذية بل هو قبول النظام القضائي لوجود القرار التحكيمي

و لا يمتد للتنفيذ الجبري[1]، و تنص المادة 1051 ق إ م إ ج على ما يلي: « يتم الإعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها و كان هذا الإعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي » ، نستنتج من هذه المادة وجود شرطين للإعتراف بالقرار التحكيمي الإلكتروني هما:

- ✓ **إثبات وجود القرار التحكيمي الإلكتروني:** و يتم إثبات القرار التحكيمي الإلكتروني وفق ما جاء في المادة 1052 ق إ م إج بتقديم أصل القرار و أصل إتفاقية التحكيم أو نسخة عن كليهما مستوفية شروط صحتها، و في هذا الصدد يرى البعض أن إتفاقية نيويورك لعام 1958 كانت متناقضة بين نص المادة 2 و المادة 4 منها، حيث تنص المادة2 على إمكانية ورود شرط التحكيم ضمن رسائل و برقيات يتبادلها الأطراف، أما المادة4 فتنص على ضرورة تقديم أصل الإتفاق و صورة طبق الأصل منها[2]، و هذا التناقض يظهر من خلال صعوبة التمييز بين الأصل و النسخة طبق الأصل في المجال الإلكتروني.

تجاوزت العديد من الدول هذا الإشكال في قوانينها الخاصة بالمعاملات الإلكترونية كما هو الحال بالنسبة للقانون المصري،حيث نص في المادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري لسنة 2004 على أن الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر و ذلك ما دام المحرر الإلكتروني الرسمي و التوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية و نفس الشيء بالنسبة للمشرع العراقي حيث أعطى في قانون التوقيع الإلكتروني و المعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012 للمستندات الإلكترونية و الكتابة الإلكترونية و العقود الإلكترونية نفس الحجية القانونية و أيضا أعطى للصورة حجية الأصل[3].

بالنسبة للقانون الجزائري فالمشرع أعترف بالكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني لكنه لم ينص صراحة على الصورة طبق الأصل.

---

[1]- أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص23.
[2]- مصطفى أحمد الحاج يوسف و أبو سالف آدم مصطفى، مرجع سابق، ص80.
[3]- إبراهيم إسماعيل إبراهيم، مرجع سابق،ص366.

✓ **عدم مخالفة الإعتراف للنظام العام الدولي:** لقد أورد المشرع فكرة النظام العام الدولي دون تحديد عناصر النظام و لا ماهيته كما فعل المشرع الفرنسي ما دف بالبعض إلى إعتباره ضربا من العدم[1].

ففي القانون الفرنسي يتشكل النظام العام الدولي من مجموع القيم التي لا يمكن للنظام القضائي الفرنسي تجاوزها او تجاهلها حتى على صعيد المسائل ذات الطابع الدولي[2] بالإضافة إلى قوانين البوليس الفرنسية التي تحمي المصالح الأساسية للنظام القضائي الفرنسي سواء في المجال الإقتصادي أو الإجتماعي أو السياسي، فالنظام العام الدولي إذا يتكون من عنصرين هما **المبادئ الأساسية** المرتبطة بالعدالة و مجموع القيم و الثوابت التي تريد الدولة حمايتها و **قوانين البوليس** التي تمثل مجموعة القواعد الموجهة إلى خدمة المصالح السياسية و الإجتماعية و الإقتصادية للدولة[3].

- شروط تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني

التنفيذ يعني طلب الخصم المحكوم لصالحه من المحكوم عليه تنفيذ ما جاء في القرار بعد إكتساب هذا الأخير الصيغة التنفيذية[4]، و قد إشترط المشرع لإصدار الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي و إمهاره الصيغة التنفيذية نفس شروط الإعتراف المذكورة سابقا[5]، حيث يصدر أمر التنفيذ من الجهة المختصة و المتمثلة في رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها، هذا إذا جرى التحكيم في الجزائر، أما إذا كان مقر التحكيم خارج الإقليم الوطني فالأمر يصدر من رئيس محكمة محل التنفيذ[6].

---

[1]- عبد القادر بوراس، مدى حجية الدفوع المتعلقة بالنظام العام و أثرها على تنفيذ قرارات التحكيم في الجزائر، مداخلة ملتقى تحت عنوان تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، من 8 إلى 10 أفريل 2007،ص5.

[2] - Philippe Fouchard, Emanuel Gaillard,Berthod Goladman,traité de l'arbitrage commercial international,Litec,France,1996,p969.

[3] - Thara Rathvisal, ordre publique et arbitrage international en droit du commerce international, thèse, université lumière Lille2, France, 2006, p36.

[4]- أحمد هندي، مرجع سابق، ص24.

[5]- المادة 1051 فقرة2 ق إ م إ ج.

[6]- بعد إيداع الوثائق المنصوص عليها في المادة1052 ق إ م إ ج أمام أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة وفقا للمادة 1051 من نفس القانون و بإستيفاء شروط التنفيذ يصدر القاضي أمر التنفيذ و يصبح القرار بذلك قابلا للتنفيذ الجبري.

و أمر القاضي برفض تنقيد القرار التحكيمي يكون قابلا للاستئناف و هدا ما جاء في المادة 1055ق إ م إ حسب القواعد العامة للاستئناف .

و كذلك أمر القاضي بالتنفيذ فيكون قابلا للطعن بالإستئناف[1] هو أيضا إذا توفرت حالة من الحالات المنصوص عليها قانونا و المتمثلة حسب المادة 1056 فيما يلي:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية أو بناءا على إتفاقية باطلة أو أنقضت مدتها.

- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

- إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية.

- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

على أن يقدم الطعن بالإستئناف خلال شهر واحد إبتداءا من تاريخ تبليغ المعني رسميا

لأمر رئيس المحكمة[2]، و تجدر الإشارة إلى أن أجل الإستئناف يوقف التنفيذ إذا تم الإستئناف فإن التنفيذ يتوقف إلى حين الفصل في دعوى الإستئناف[3]، و يكون قرار المجلس الصادر في دعوى الإستئناف قابلا للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا[4] ، و قد اختلف الفقه في أساس الطعن بالنقض هل يكون على أساس المادة 358 ق إ م إ ج أو على أساس الحالات المذكورة في المادة 1056 من نفس القانون، فهناك فهناك من يرى بأن الطعن يكون على أساس المادة 358 ق إ م إ و رأي آخر ميز بين الطعن الذي محله أمر القاضي بتنفيذ القرار التحكيمي، و الطعن الذي محله أمر القاضي الرافض التنفيذ،حيث في الحالة

[1]- المادة 1055 ق إ م إ ج.
[2]- المادة 1057 ق إ م إ ج.
[3]- المادة 1060 ق إ م إ ج.
[4]- المادة 1061 ق إ م إ ج.

الأولى نعتمد على المادة 1056 ق إ م إج و الحالة الثانية نعتمد على المادة 358 ق إ م إج[1] و حسب رأينا الشخصي فالطعن يكون على أساس المادة 358 ق إ م إ ج، لأن الطعن بالنقض يكون في قرار المجلس بغض النظر عن محله حسب القواعد العامة، و لو أراد المشرع لنص على ذلك صراحة، كما فعل في حالات الطعن بالإستئناف و الطعن بالبطلان و ميعاد الطعن بالنقض حسب المادة 354 هو شهرين إبتداءا من تاريخ تبليغ الحكم أو القرار المطعون فيه[2]، أي من تاريخ تبليغ قرار المحكمة الفاصل في الإستئناف ضد أمر القاضي الذي يقضي بالإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي أو بعدم الإعتراف و التنفيذ، و حسب المادة 1060 و المادة 361 ق إ م إج فإن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ القرار التحكيمي.

2- الطعن في القرار التحكيمي الإلكتروني

لا يجوز الطعن في القرار التحكيمي إلا عن طريق دعوى البطلان، و هدفها الرقابة على إجراءات التحكيم و ليس الحكم في موضوع النزاع[3] و الطعن له نطاق محدد و يخضع إلى شروط معينة.

- نطاق دعوى البطلان

قصر المشرع الجزائري ممارسة دعوى البطلان على قرار التحكيم الدولي الصادر في الجزائر[4]، بمعنى أن القرار التحكيمي الإلكتروني الصادر في مجال تحكيم تجاري دولي

---

[1]- حورية يسعد ، طرق الطعن في أحكام التحكيم طبقا للقانون الجزائري، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر،جامعة قاصدي مرباح،ورقلة،الأيام من 21 إلى 22 أفريل 2010، ص ص 393-394.

[2]- بإستثناء ما جاءت به المادة354 فقرة2 و المادة 355 ق إ م إ ج.

[3]- مهند عزمي أبو مغلي و أمجد حمدان الجهيني، رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني،مجلة الشريعة و القانون،كلية القانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة،العدد2009،38،ص320.

[4]- المشرع أخذ بالنطاق الموسع لدعوى البطلان،و يقصد بالنطاق الموسع خضوع القرار التحكيمي للبطلان بغض النظر عن مكان صدوره سواء كان صادر في إقليم الدولة المرفوع أمام قضائها الطعن بالبطلان أو كان صادرا في الخارج بالتطبيق لقانونها، أو يكون قضاء الدولة مختص بنظر دعاوي البطلان المقامة ضد القرارات التحكيمية الصادرة على إقليمها، و هناك النطاق المضيق لدعوى البطلان الذي يجعل دعوى البطلان محصورة في حالات معينة تمس بالنظام الوطني و أخذ بهذا النطاق القانون السويسري و البلجيكي،أنظر **حفيظة السيد الحداد**،الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي،مرجع سابق،ص325.

سواء أخذ صفة قرار تحكيمي إلكتروني أجنبي أو قرار تحكيمي إلكتروني وطني يمكن الطعن فيه بالبطلان[1].

إذا فالقرار التحكيمي الإلكتروني الخاضع لدعوى البطلان هو القرار التحكيمي الأجنبي أي الصادر في الجزائر وفق قانون إجرائي أجنبي، و القرار التحكيمي الإلكتروني الوطني الصادر في الجزائر وفق قانون إجرائي وطني.

- شروط دعوى البطلان

تنقسم شروط دعوى البطلان إلى شروط موضوعية و أخرى إجرائية.

✓ **الشروط الموضوعية:** و تنقسم إلى شروط موضوعية عامة و شروط موضوعية خاصة.

- **الشروط الموضوعية العامة:** و هي الشروط الواجب توفرها في كل شخص من أجل ممارسة حقه في رفع دعوى قضائية ، فإذا تخلفت هذه الشروط فإن المحكمة لا تفصل في الموضوع و تحكم بعدم قبول الدعوى، و تتمثل في شرطا الصفة و المصلحة، و نقصد بذلك انه لا يصح أن يمارس هذه الدعوى سوى من كان طرفا حقيقيا في إتفاق التحكيم [2]، و تكون له مصلحة في رفعها.
- **الشروط الموضوعية الخاصة:** تبدو خصوصية دعوى البطلان في الأسباب التي يتعين الإستناد إليها لرفعها و تتمثل في توفر أحد الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 ق إ م إ ج و هي:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون إتفاقية أو بناءا على إتفاقية باطلة أو أنقضت مدتها.

- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

- إذا لم يراعى مبدأ الوجاهية.

---

[1]- المادة 1058 فقرة1 ق إ م إ ج، و قد سار في نفس الإتجاه المشرع الفرنسي في المادة1504 من قانون الإجراءات الفرنسي الجديد.

[2]- بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان احكام التحكيم الدولية،دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،2007،ص284.

- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

- إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

✓ **الشروط الإجرائية:** نبينها من حيث الجهة المختصة بنظر الدعوى و ميعاد الطعن بالبطلان.

• **الجهة المختصة:** حتى تقبل دعوى البطلان الموجهة ضد القرار التحكيمي الإلكتروني يجب رفعها أمام المحكمة المختصة، حيث يتعين على المحكمة التي ترفع إليها دعوى البطلان أن تتأكد من إختصاصها بنظر الدعوى.

و تنص المادة 1059 ق إ م إ ج على ما يلي: " يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم....أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة إختصاصه....".

فأساس إختصاص المحاكم الجزائرية حسب نص المادة 1059 هو صدور القرار في الجزائر بغض النظر عن القانون الإجرائي المطبق على التحكيم، و هذا ما أخذ به المشرع الفرنسي أيضا.

• **ميعاد دعوى الطعن بالبطلان:** يقصد بميعاد رفع الدعوى، الأجل الذي حدده المشرع لإتخاذ هذا الإجراء فإذا لم يتم إحترام هذا الميعاد سقط الحق في الطعن و هو سقوط يتعلق بالنظام العام ، و يمكن لأي طرف من الأطراف التمسك بالسقوط في أية حالة تكون عليها إجراءات الدعوى و على القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه إذا رفع الطعن إليه بعد الميعاد[1].

و قد حدد المشرع الجزائري ميعاد رفع دعوى البطلان بشهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ و يجوز ممارسة الدعوى قبل التبليغ،حيث يقبل الطعن إبتداءا من تاريخ النطق بالحكم[2]، أي بعد صدور القرار التحكيمي يجوز للطرف ذي مصلحة ان يرفع دعوى البطلان و يكون لهذه الدعوى أثر موقف لتنفيذ القرار، و يكون القرار الناتج

[1]- بليغ حمدي محمود، مرجع سابق، ص ص288-289.
[2]- المادة 1059 ق إ م إج.

عن رفع دعوى البطلان قابل للطعن بالنقض[1]، إبتداء من تاريخ تبليغ قرار بطلان القرار التحكيمي الإلكتروني.

ب)- تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني بعيدا عن القضاء الوطني

نظرا للصعوبات التي تواجه القرار التحكيمي الإلكتروني وقت طلب تنفيذه من قضاء دولة التنفيذ،كان لا بد من البحث عن وسائل بديلة لتنفيذه تكون ملائمة لطبيعته، و تعمل على تفعيل تنفيذه و تحقق حماية أكثر للمستهلك الذي يضطر للذهاب لمحكمة المهني من أجل تنفيذ القرار التحكيمي و هذا ما يزيد في نفقاته خاصة إذا كان المهني في دولة بعيدة، و هذا ما نادى به الكثير من الفقه و نحن معه و الذي لقي قبول واسعا خاصة من مراكز التسوية الإلكترونية، حيث عملت هذه الأخيرة على إيجاد مجموعة من الوسائل لتنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني بعيدا عن القضاء، و أختلفت هذه الوسائل بين وسائل مباشرة (1) ، و وسائل غير مباشرة لتنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني(2).

1- وسائل التنفيذ المباشر للقرار التحكيمي الإلكتروني

و هي التي يقوم من خلالها المركز بتنفيذ القرار التحكيمي مباشرة و دون تدخل من الطرف الخاسر، و من هذه الوسائل:

- إنشاء صندوق لدى مراكز التسوية يسمى بصندوق تموين الأحكام، يكون تحت إشراف مركز التسوية الإلكتروني،حيث قبل البدأ بإجراءات التحكيم يودع مبلغ نقدي في الصندوق و يبقى كضمان إلى حين إنتهاء إجراءات التحكيم الإلكتروني[2].

يساهم في هذا الصندوق تجار السوق الإلكتروني، حيث يضمن للمستهلك حصوله على تعويضاته التي يقضي بها المحكم مباشرة لأن المركز له سلطة تنفيذ القرار من خلال الأموال المودعة في الصندوق[3].

---

[1]- المواد 1060-1061 ق إ م إ ج.

[2]- إبراهيم إسماعيل إبراهيم،مرجع سابق، ص367.

[3]- أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني، ص 20، مقال متوفر على الموقع:./www.iefpedia.com/arab/wp...

و هذه الوسيلة تطبق أكثر في منازعات التجارة الإلكترونية التي تكون بين مستهلك و مهني B2C، و هنا يطلب من المهني فقط إيداع ضمان مالي،و أيضا تطبق بين مهني و مهني B2B و هنا يطلب من الطرفين إيداع الضمان المالي[1].

- خدمات التعهد بالتنفيذ، حيث تقتضي هذه الآلية وجود عقد بين طرفي العقد الإلكتروني (المهني و المستهلك) و بين متعهد التنفيذ قبل إبرام عقد البيع و يجب أن يتضمن هذا العقد شرط تنفيذ القرار التحكيمي تحت مظلة أحد مراكز التحكيم الإلكتروني[2].

- خلق إتصال بين مركز التحكيم الإلكتروني و مصدر بطاقة الإئتمان، حيث يقوم المركز بالتعاقد مع أحد مصدري بطاقات الإئتمان الذي يبرم بدوره عقد مع المهني الذي يريد الإستفادة من خدمة الإئتمان، حيث يتضمن كل عقد شرط يخول مصدر بطاقات الإئتمان و يلزمه برد الثمن إلى حساب المشتري(المستهلك)، و هذا إذا ما تلقى المصدر قرار تحكيمي من المركز المتفق معه على ذلك[3]، و من الأسباب التي تفرض على المهني قبول مثل هذا الشرط:

- ✓ أن دفع ثمن البضاعة او السلعة المقتنات عن طريق الأنترنيت لن يتم إلا من خلال بطاقات الإئتمان و هي ما تملكه الجهة المصدرة للبطاقة.
- ✓ هذا الشرط من شأنه بعث الثقة بين المستهلك و التاجر ما يدفعه إلى تكرار المعاملات الإلكترونية معه[4].

2- وسائل التنفيذ غير المباشرة للقرار التحكيمي الإلكتروني

هذه الوسائل تدفع بطريق غير مباشر الطرف المحكوم ضده بتنفيذ القرار التحكيمي، إذ تعتبر بمثابة حوافز للتنفيذ و تتمثل في:

---

[1]- حسام أسامة محمد، الإختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2009،ص262.

[2]- أسامة إدريس بيد الله، مرجع سابق،ص20.

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص492.

[4]- عصام عبد الفتاح مطر ، مرجع سابق،ص493.

- سحب علامة الثقة التي تمنحها جهة خاصة تقوم بمنح علامات لمواقع إلكترونية لبائعين إلتزموا بقواعد المنافسة و تحديد طريقة العمل و كل القواعد التي وردت في تقنين مانح العلامة، و التي تضعها على الموقع الإلكتروني للتاجر أو الشركة و تعني أن الشركة مالكة الموقع تلتزم في تجارتها مع زبائنها ما يجعلها محل ثقة بالنسبة للمستهلك[1].

و تلزم هذه الجهات البائعين بالخضوع لمراكز التسوية التي تحددها وضرورة إحترام القرارات التحكيمية الإلكترونية و تنفيذها، و هناك العديد من المراكز التحكيمية التي تكرس عقوبة نزع علامة الثقة.

- إعتماد نظام القائمة السوداء التي توضع فيها أسماء المواقع الإلكترونية للمهنيين الذين لم يلتزموا بتنفيذ قرارات التحكيم الإلكترونية، حيث يتم نشر هذه القائمة دوريا على الموقع الإلكتروني للجهة المانحة لعلامة الثقة أو الجهة المانحة للعضوية في نظام إدارة السمعة، و لا تعتبر هذه العملية تشهير تستوجب التعويض كما يرى البعض لأن هذا النشر جاء نتيجة عقد بين البائع و الجهة المانحة للعلامة آو الجهة التي تتولى العضوية[2]، كما تقوم هذه الجهات بإرسال نسخ من هذه القائمة السوداء إلى جمعيات المستهلكين التي تقوم بوضعها على موقعها الإلكتروني، و هناك من يرى أن هذه الجمعيات ليس لها الحق في النشر ، لكننا نرى أن هذه الجمعيات تعمل على حماية و تنبيه المستهلك من الطرف الذي يتعاقد معه لأن الدور الأساسي و الأصيل لهذه الجمعيات هو التوعية و التحسيس الذين أقرهما القانون لجمعية حماية المستهلكين.

- نظام إدارة السمعة الذي يقوم على وجود مواقع إلكترونية للتسويق على الأنترنيت تتكون من أعضاء بائعين و مستهلكين، و تقوم بالكشف للمستهلك على سمعة البائع و سيرته الذاتية قبل الإقدام على عملية الشراء و زيادة على ذلك تبين رأي المستهلكيـــن الآخـــــرين و أهم

[1]- نفس المرجع ، ص490.
[2]- حسام أسامة محمد، مرجع سابق، ص257.

المواقع المطبقة لنظام إدارة السمعة نجد موقع **eBay** [1]الذي يتضمن مجموعة من البائعين و عند زيارة المستهلك للموقع يجد صفحة خاصة بعنوان bay evaluation التي من خلالها يستطيع المستهلك الإطلاع على سمعة المواقع التجارية للبائعين الأعضاء.

و قد تصل عقوبة عدم تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني إلى حد الطرد من الأسواق الإلكترونية و حرمان البائع من تقديم عروض على الأنترنيت،و يرجع إختصاص الطرد إلى مقدم خدمة المعلومات للموقع الإلكتروني المخالف،الذي يقوم بغلق صفحات الموقع مما يؤدي إلى عدم إمكانية دخول المستخدمين إليه[2]، و يترتب على الغلق إساءة للبائع و خسارة مالية له[3].

-إمكانية إعطاء المركز التحكيمي نقاط سلبية لموقع كل بائع لا ينفذ القرار التحكيمي الإلكتروني و هذا يسيء إلى سمعته التجارية و يفقده الكثير من عملائه[4] .

- فرض غرامة تهديدية على رافض تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني في حالة إخلاله بإتفاق التنفيذ الذي بينه و بين مركز التسوية، و تكون قيمة الغرامة التهديدية مرتبطة بقيمة النزاع و مدة الإمتناع عن تنفيذ القرار، مع إضافة فوائد التأخير و دفع المبلغ إلى مركز التسوية مباشرة[5].

---

[1]-**eBay** est une entreprise américaine de courtage en ligne, connue par son site web de ventes aux enchères du même nom. Elle a été créée en 1995 par Pierre Omidyar. Elle est devenue une référence mondiale dans son secteur et un phénomène de société. En 2009, elle comptait plus de 276 millions de membres inscrits.

[2]- نادرا ما يتم اللجوء إلى الغلق بسبب ما يلحق الموقع من ضرر نتيجة غلقه، أنظر:Shultz Thomas,op.cit,p361

[3]- حسام أسامة محمد،مرجع سابق، ص 359.

[4]- إبراهيم إسماعيل إبراهيم، مرجع سابق، ص367.

[5]- حسام أسامة محمد، مرجع سابق،ص260.

الخلاصـــــــــة

من خلال دراستنا لقواعد التحكيم الإلكتروني الذي يعتبر حاليا وسيلة ملائمة لحل منازعات التجارة الدولية الإلكترونية و رغم أهميته و الحاجة إليه في هذا المجال للإيجابيات التي يتمتع بها إلا أنه لا يلائم دائما حل منازعات العقد الإلكتروني الإستهلاكي و هذا لعدة أسباب منها: أن عقود الإستهلاك كثيرا ما تكون قليلة القيمة بالمقارنة مع مصاريف التحكيم، فقد ينفق المستهلك في إجراءات التحكيم أكثر من قيمة المنازعة خاصة إذا كان تحكيم تقليدي، و هذا ما يفسر تقييد المشرع الأمريكي اللجوء إلى التحكيم في حالة النزاعات التي تفوق قيمة معينة، بمعنى أن النزاعات البسيطة لا يقبل فيها شرط التحكيم، أيضا إدراج شرط التحكيم الإلكتروني في العقد يكون بإرادة منفردة من المهني الذي يختار هيئة تحكيم قد تكون غير ملائمة للمستهلك من خلال إعتمادها على قواعد تحكيمية لا تفرق بين المستهلك و المهني و في هذا الخصوص هناك جمعية المحكمين الأمريكيين AAA التي تتوفر على قواعد خاصة بالتحكيم عندما يكون الطرف مستهلك و هذا راجع لخصوصيته أي وجوده كطرف ضعيف في العلاقة تجب حمايته[1]، بالإضافة إلى ذلك هناك صعوبات فيما يخص إجراءات تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني و التي تخضع في كثير من الأحيان إلى القواعد العامة التي تنظم مسألة تنفيذ قرار التحكيم الدولي، و هي كما نعلم لا تتلاءم كثيرا مع هدف التحكيم و هو الحل السريع للنزاع خاصة عندما يكون هناك طعن، و بمقارنة التحكيم الإلكتروني مع الوساطة الإلكترونية نلاحظ أن هذه الأخيرة تحقق حماية أكبر للمستهلك و تكون ملائمة لطبيعة نزاعاته الناتجة عن عقد البيع الإلكتروني، و مع ذلك يمكن ضبط قواعد التحكيم الإلكتروني لجعلها تتلاءم و منازعات المستهلك الإلكتروني،خاصة من خلال إعتماد التحكيم المؤسساتي الذي يأخذ بقواعد خاصة إذا كان أحد أطراف دعوى التحكيم مستهلك، و التوسيع من الإعتماد على الوسائل البديلة لتنفيذ القرار التحكيمي و تفعيلها دون اللجوء إلى القضاء الوطني.

[1]- هذه القواعد متوفرة باللغة الإنجليزية على الموقع :
https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTAGE2021425&revision=latestreleased

و قد شجعت غرفة التجارة الدولية بباريس CCI في توصيتها عند إنشائها مشروع حول الإختصاص والقانون الواجب التطبيق في التجارة الإلكترونية على التسوية غير القضائية للمنازعات الناتجة عن العلاقة بين المهني و المستهلك المترتبة عن المعاملات على الخط حيث أقترحت إجراء لحل هذه النزاعات على ثلاثة مستويات:

1- في حالة شكوى من طرف المستهلك، يكون على الأطراف محاولة حل النزاع بالإعتماد على الميكانيزمات الداخلية للمؤسسة مثل مصلحة الزبون.

2- إذا لم يتم ذلك على الأطراف اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات على الخط بإعتبارها وسيلة فعالة و غير مكلفة.

3- إذا فشلت هذه الوسائل في حل النزاع يمكن للأطراف الرجوع إلى القضاء.

الفصل الثاني: الطريق القضائي لحل نزاعات المستهلك في عقد البيع الإلكتروني الدولي

يعتبر الطريق القضائي هو الطريق العادي لحل أي نزاع بين طرفين بغض النظر عن صفتهم، فالأصل أن قضاء الدولة هو الجهة المخولة بهذه الوظيفة بإستثناء الحالات التي ينص عليها القانون و التي تسمح باللجوء إلى الطرق غير القضائية، و بما أن نزاعات المستهلك المترتبة عن عقد البيع الإلكتروني الدولي لا يمكن الفصل فيها بالطرق البديلة بصفة مطلقة، فقد يحدث أن تفشل هذه الطرق في الحل أو قد يتحتم على الأطراف اللجوء إلى قضاء الدولة أولا، و بما أننا أمام عقد دولي فأول مسألة يفصل فيها القضاء هي مدى إختصاصه القضائي بنظر النزاع المطروح أمامه أي البحث عن ضوابط تعقد له الإختصاص للفصل في مسألة تنازع الإختصاص القضائي (المبحث الثاني)، و يترتب على رفع المستهلك دعوى أمام القضاء ضرورة إثباته لعقد البيع الإلكتروني و هذا حتى يتسنى للقاضي التأكد من دولية العقد و مدى إختصاصه بنظر الدعوى (المبحث الأول).

المبحث الأول: إثبات عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي الدولي

يعرف الإثبات لغة من ثبت الشيء ثباتا و ثبوتا دام و أستقر، و ثبت الأمر تحقق و تأكد و يتعدى بالهمزة و التضعيف فيقال أثبته و ثبته أي عرفه حق المعرفة و أكده بالبيان[1] فالإثبات يعني الإيضاح و الإقناع[2]، أما فقهيا فيعرف بأنه إقامة الحجة و الدليل و البرهان أمام الجهة المختصة على الواقعة المنشئة للحق سواء كانت واقعة مادية أو تصرف و ذلك بالكيفية و الطرق المحددة قانونا[3].

كما عرف أيضا بأنه تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق[4].

أما الإثبات الإلكتروني فهو إقامة الدليل أو الحجة أمام القضاء بإستخدام وسيلة إلكترونية أو صيغة أو أكثر من صيغ البيانات الإلكترونية.

---

[1]- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري،لسان العرب، المجلد الأول،الطبعة الأولى،دار صادر للطباعة و النشر،بيروت1997 ،ص325.

[2]- بشار محمد دودين،الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنيت،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2006،ص215.

[3]- حمزة خشاب،مدخل إلى العلوم القانونية و نظرية الحق،دار بلقيس، الجزائر،2014،ص266.

[4]- موسى الزين قروف ، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات،رسالة دكتوراه العلوم في القانون،فرع قانون أعمال،كلية الحقوق و العلوم السياسية،قسم الحقوق،جامعة محمد خيضر،بسكرة،السنة الجامعية 2013-2014، ص15.

و المقصود بالأثبات وفق التعاريف السابقة هو الإثبات القضائي الذي يتم أمام القضاء و الذي لا بد أن ينصب على واقعة، أي الواقعة بالمعنى العام التي يرتب عليها القانون أثر كعقد البيع مثلا، و ليس على الحق المتنازع حوله[1].

و الإثبات تحكمه مبادئ أساسية أولها حياد القاضي و الثاني مبدأ المجابهة بالدليل أو حضور الأدلة و الثالث هو عدم جواز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه[2]، و قد تنوعت مذاهب الإثبات بين ثلاثة مذاهب هي:

المذهب الحر أين يتمتع فيه القاضي بسلطات واسعة في توجيه الدعوى و إمكانية التحري عن الحقيقة بكافة الطرق و الوسائل دون التقيد بإتباع سلوك معين و يعطي حرية للخصوم لإختيار الأدلة التي يرونها مناسبة لإقناع القاضي، و هذا المذهب معمول به في القانون الألماني ، السويسري ،الإنجليزي و الإمريكي[3]، و **المذهب المقيد** أين يحدد للقاضي طرق الإثبات الجائزة قانونا بحيث لا يجوز للخصوم الخروج عنها و لا يستطيع هذا الأخير قبول غيرها أو إعطائها قيمة أكثر أو أقل من التي حددها القانون[4]، فالقاضي وفق هذا المذهب لا يحكم إلا بما هو موجود أمامه من أدلة و لا يقوم بجمعها، أما **للمذهب المختلط** ، فيأخذ بالاتجاهين السابقين معا،حيث يأخذ بمبدأ حياد القاضي و ضرورة تحديد طرق الإثبات كما يعطي القاضي سلطة واسعة لتقدير الأدلة التي لها قوة محدودة في الإثبات كالبينة و اليمين المتممة[5] ،و قد أخذ المشرع الجزائري بالإثبات المختلط و هذا ما يتضح لنا من خلال دراسة أحكام الإثبات، و تطرح فكرة إثبات عقد البيع الإلكتروني الدولي مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإثبات (المطلب الأول) ، و وسائل إثبات هذا العقد (المطلب الثاني) .

---

[1]- محمد رضا أزرو ، إثبات العقد الإلكتروني،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة بلقايد بوبكر تلمسان،2015-2016،ص17.

[2]- بشار محمد دودين،مرجع سابق،ص219.

[3]- موسى الزين قروف ،مرجع سابق،ص32.

[4]- عبد الودود يحي،دروس في قانون الإثبات،دار النهضة العربية، القاهرة،د س،ص5.

[5]- محمد رضا ازرو ، مرجع سابق،ص22.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إثبات عقد البيع الاستهلاكي الإلكتروني

للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على الإثبات في عقد البيع الإلكتروني الدولي يجب بيان المعايير أو الضوابط المعتمدة لتحديد هذا القانون (الفرع الثاني)، لكن قبل ذلك يجب الإشارة إلى عملية التكييف التي تعتبر مرحلة مهمة للوصول إلى هذا القانون (الفرع الأول) مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات لم يخص الإثبات بقاعدة إسناد خاصة كما فعل تنظيم روما 1 مثلا ، ما أدى إلى وجود آراء فقهية مختلفة.

الفرع الأول: التكييف في مسألة الإثبات

في العلاقات ذات العنصر الأجنبي لا يفصل القاضي في النزاع مباشرة بل يبحث عن القانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة أمامه وفق قواعد الإسناد التي وضعها مشرعه فقبل الوصول إلى هذا القانون يقوم القاضي بعملية تسمى بالتكييف أي يبحث عن الفئة التي تندرج تحتها المسألة المنازع فيها للوصول إلى القانون الواجب التطبيق عليها، و التكييف عملية مهمة فإذا أخطأ القاضي في التكييف أخطأ في القانون الواجب التطبيق، و لما كانت القواعد المنظمة للإثبات قواعد هجينة أي قواعد موضوعية و قواعد إجرائية فإنه يتحتم على القاضي أن يكيف مسألة الإثبات بحسب إذا ما كانت تمثل مسألة إجرائية أو موضوعية لأن المشرع خص كل منهما بقاعدة إسناد، لهذا وجب بيان كيفية الفصل بين المسائل الإجرائية و المسائل الموضوعية للإثبات (أولا)، ثم إعطاء مفهوم للتكييف (ثانيا)

أولا: الفصل بين المسائل الإجرائية و المسائل الموضوعية للإثبات

إن الفصل بين المسائل الإجرائية و المسائل الموضوعية للإثبات له أصوله (أ) و معاييره (ب).

أ)- أصل الفصل بين المسائل الاجرائية و المسائل الموضوعية

تلعب هذه المرحلة دورا كبيرا في تحديد القانون الواجب التطبيق على الإثبات ،و يرجع أصل التفرقة بين المسائل الإجرائية و المسائل الموضوعية عموما إلى أوائل القرن الرابع عشر مع ظهور مدرسة المحشيين اللاحقين **postglossateurs** ، فقواعد الإجراءات أو

القواعد التنظيمية في قانون القاضي،كانت تطبق لمجرد اختصاص قانون المحاكم الوطنية بنظر النزاع لاعتبارها تدخل في نطاق الإجراءات ، أما القواعد الموضوعية فأخضعوها للقانون الذي يحكم إنشاء الحق محل النزاع، و قد تخرج عن نطاق تطبيق قانون القاضي[1].

ب)- معايير الفصل بين القواعد الإجرائية و القواعد الموضوعية

لا يمكن الجزم على أن قواعد قانون الإجراءات هي قواعد إجرائية كلها،حيث قد يتضمن قواعد موضوعية و أخرى إجرائية، و القاعدة العامة هي أن القواعد الإجرائية تخضع لقانون القاضي و هذا ما أخد به المشرع الجزائري في المادة 21 مكررقانون مدني ، أما القواعد الموضوعية فتخضع للقانون الواجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد المعتمدة في التكييف الذي يقوم به القاضي وفق قانونه، و قد اختلف الفقه في إمكانية وضع معايير للفصل بين مسائل الإجراءات و مسائل الموضوع.

حيث يرى جانب من الفقه صعوبة وضع معيار حاسم للتفرقة لأنه يجب تناول المسائل التي تعرض كل حالة على حدى مع الأخد بعين الإعتبار الظروف الواقعية لكل حالة و بالتالي فالمعيار الفاصل يختلف من حالة إلى أخرى[2]

فيرى جانب من الفقه إمكانية الفصل بين المسائل الإجرائية و المسائل الموضوعية بالاعتماد على معيارين هما، المعيار الغائي و يعتمد على البحث عن غاية أو هدف المشرع من وضع القاعدة القانونية، فإذا كان الهدف هو تنظيم العدالة و السير الحسن لها فالقاعدة إجرائية و بالتالي تخضع إلى قانون القاضي[3]، أما إذا كان الهدف غير ذلك فالقاعدة موضوعية و تخضع للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الخاصة بهذه المسألة الموضوعية[4].

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار النهضة العربية مصر،2000، ص498.

[2]- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي، الحقوقية بيروت، 2000، ص 237.

[3]- نفس المرجع ،ص238.

[4]- محمد رضا أزرو ، مرجع سابق، ص120.

و هذا المعيار منتقد كون جميع القواعد الإجراءات تساهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في حسن سير القضاء[1].

و المعيار الاصطلاحي فيعتمد على تعريف كل من المصطلحين،حيث نعني بالقواعد الموضوعية تلك المتعلقة بتنظيم الحقوق الخاصة بالأفراد من حيث تقريرها و نشأتها و انتقالها و انقضائها و آثارها و كفالة أسباب حمايتها، أما قواعد الإجراءات فتعني القواعد التي تنظم سير مرفق القضاء أو أدائه لوظيفته[2]، و هذا الرأي منتقد لضعفه عند إعماله فإذا طبقنا مثلا هذا المعيار على الشروط العامة لقبول الدعوى فهي تتعلق بسير المرفق القضائي و سير الخصومة و بالتالي من المفترض أن تدخل في نطاق المسائل الإجرائية،في حين يرى جانب من الفقه الآخر أن شروط قبول الدعوى ذات طبيعة موضوعية سواء كانت متعلقة بالشروط العامة للدعوى أو الشروط الخاصة، إذا فتطبيقه على شروط الدعوى يؤدى إلى حلول غير متطابقة.

أما الجانب الآخرمن الفقه فيرى ضرورة الأخذ بمعيار مدى اتصال القاعدة القانونية بتنظيم و حسن سير الجهاز القضائي و مدى تعلق القاعدة بالنظام العام الإجرائي أو بتقدير مدى اتصالها أو تأثيرها على طبيعة الحق أو المركز القانوني و تعريفه و نطاقه، و يذهب الفقه الأنجلوأمريكي إلى ضرورة إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تقييم هذه القواعد[3].

ثانيا)- مفهوم التكييف

المقصود بالتكييف هو تحديد الوصف القانوني لموضوع نزاع تمهيدا لإسناده لقانون معين[4] أي هو تحليل للمسألة القانونية المعروضة أمام القاضي لتبيان طبيعتها و خصائصها و إعطائها الوصف القانوني لإدراجها في فئة من الفئات المسندة المكونة لقاعدة الإسناد و التي خصها المشرع بضوابط إسناد من أجل الوصول إلى القانون الذي يحكم العلاقة و الذي يكون أكثر ارتباطا بها.

---

[1]- حفيظة السيد الحداد،مرجع سابق،ص 238.

[2]- نفس المرجع، ص ص 238-239.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة،مدونات أبحاث في القانون الدولي الخاص،الطبعة الأولى، البحث السادس، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم،دار النهضة العربية، القاهرة،دس،ص752.

[4]- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2002،ص79.

و التكييف عملية تتطلب دقة من القاضي لأن خطأ في التكييف يؤدي إلى خطأ في القاعدة الإسنادية الملائمة و بالتالي خطأ في تطبيق القانون الواجب التطبيق، فالقاضي عندما تثار أمامه مسألة إثبات فهو يقوم أولا بتكييفها إذا ما كانت متعلقة بمسائل إجرائية للإثبات أو بمسائل موضوعية للإثبات،فكل نوع من هذه المسائل يخضع إلى ضابط إسناد معين، و بالتالي يكون هناك اختلاف في القانون الواجب التطبيق على مسألة الإثبات.

و قد اختلف الفقه في موضوع التكييف،هل هو علاقة قانونية مثل زواج أو طلاق أو عقد[1] أو هو النظام القانوني الذي تدخل في نطاقه العلاقة القانونية، أو هو الوقائع التي يشمل عليها النزاع المعروض أمام القاضي، و الرأي الراجح هو أن التكييف ينصب على العنصرين معا أي ينصب على الواقع و المسألة القانونية التي تثيرها هده الوقائع[2].

و قد ظهرت عدة نظريات فيما يخص القانون الذي يخضع له التكييف فهناك نظرية أخدت بضرورة خضوع التكييف إلى القانون المقارن و على رأسها الفقيه Rabel ،و نظرية أخدت بخضوع التكييف لقانون القاضي و على رأسها Bartin ، والتي تجد تبريرها في :

* أن قواعد الإسناد هي قواعد وطنية و تفسيرها يجب أن يكون وفقا لقانون الدولة التي وضعتها[3].

* أن التكييف سابق عن الإسناد و لا يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق لأنه لم يعلم بعد، إذ لا يمكن المصادرة على المطلوب.

* ضرورة خضوع تكييف المسألة الوطنية و الدولية إلى نفس القانون أي قانون القاضي.

و نظرية حديثة يتزعمها Batiffol و Lagarde حيث تخضع هذه النظرية التكييف إلى قانون القاضي كأصل عام مع ضرورة التوسع ليشمل القانون الأجنبي المختص المفترض التطبيق، و إمكانية الأخذ بالقانون المقارن على سبيل الإستئناس.

---

[1]- عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق،ص89.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة ،الاصول في التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق،ص372.

[3]- سامي بديع منصور و عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية،بيروت،د س،ص91.

و موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات كان واضحا فقد أخذ بالنظرية الحديثة و ذلك من خلال نص المادة 9 قانون مدني التي تنص على ما يلي: « يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق »[1].

و المادة 23 مكرر2 التي تنص على ما يلي: « تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين »، و نعني بالمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص مجموعة الحلول الفقهية أو القضائية أو التشريعية لمسألة معينة و التي تشترك العديد من الدول في اعتمادها.

فحتى و إن لم ينص المشرع صراحة على الأخذ بالقوانين المقارنة في عملية التكييف إلا أنه يفهم ضمنيا من خلال المادة 23 مكرر2 من أنه أتجه نحو النظرية المختلطة.

أما المشرع التونسي فكان أكثر صراحة بالأخذ بكل هذه التوجهات من خلال الفصل 27 من **مجلة القانون الدولي الخاص** الذي ينص على ما يلي: - يتم التكييف اذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تمكن من تعيين القانون المنطبق، طبقا لأصناف القانون التونسي،ويتم لغاية التكييف، تحليل عناصر الأنظمة القانونية غير الواردة في القانون التونسي طبقا للقانون الأجنبي الذي تنتمي إليه، وتؤخذ بعين الاعتبار عند التكييف، مختلف الأصناف القانونية الدولية وخصائص القانون الدولي الخاص،ويتم التكييف في نطاق المعاهدات الدولية بإعتماد الأصناف الخاصة للمعاهدات المعنية.

الفرع الثاني: معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على الإثبات

اختلفت هذه المعايير باختلاف مسائل الإثبات(موضوعية أو إجرائية) و باختلاف القوانين الوطنية.

[1]- أخذ المشرع بنظرية Bartin و بالاستثناءات الواردة عليها و المتمثلة في خضوع تكييف المال سواء كان عقار أو منقول إلى قانون موقعه و هذا ما جاء في المادة 17 قانون مدني جزائري.

لهذا لجأنا فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق على الإثبات إلى الفصل بين المعايير المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية للإثبات (أولا) ، و تلك المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية (ثانيا).

أولا: القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية

من المتفق عليه أنه يدخل في إطار المسائل الموضوعية محل الإثبات(أ)،عبئ الإثبات (ب) طرق الإثبات و حجيته (ج) ، و من المتفق عليه أن المسائل الموضوعية للإثبات تخضع لقانون العقد إلا أنه ترد عليه استثناءات نوضحها من خلال التفصيل في كل مسألة موضوعية على حدى.

أ)- القانون الواجب التطبيق على محل الإثبات

بعد بيان مضمون محل الإثبات (1) ، يتم التطرق إلى ضوابط الإسناد المعتمدة للوصول إلى القانون الواجب التطبيق عليه (2).

1- مضمون محل الإثبات

محل الإثبات هو واقعة سواء كانت قانونية أي تصرف قانوني، أو مادية فلا يمكن أن يكون محل الاثبات قاعدة قانونية، فالخصوم يتحملون عبئ إثبات الواقعة، أما القانون فإن القاضي يفضي فيه بعلمه حيث يفترض فيه العلم بالقانون و هو لا يستطيع أن يمتنع عن ذلك بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يطبقها و إلا فإنه يرتكب جرم إنكار العدالة[1] ، فالمحل هو السبب المنشأ للحق المدعى بوجوده أو زواله أو إلحاق الوصف به، و حتى يستطيع الشخص إثبات الواقعة محل الإثبات، يجب أن تتوفر في هذا المحل شروط معينة،الشرط الأول أن تكون الواقعة محددة أي غير مجهولة لأن الإثبات لا يرد على أمر مبهم أو ليس له حدود[2]، و محكمة الموضوع لها سلطة تقدير ذلك و هي لا تخضع لرقابة محكمة النقض[3].

---

[1]- موسى الزين قروف ،مرجع سابق،ص22.

[2]- سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني أصول الإثبات و إجراءاته:الأدلة المطلقة،الطبعة الخامسة،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،1991 ،ص63.

[3]- نبيل إبراهيم سعد،الإثبات في المواد المدنية و التجارية،منشأة المعارف،الإسكندرية،2000،ص58.

الشرط الثاني هو أن تكون الواقعة ممكنة لأن إثبات المستحيل لا يجوز أمام القضاء، و الاستحالة قد ترجع إلى عدم تصديق العقل للواقعة كإدعاء شخص بأنه باع أشعة الشمس، أو ترجع إلى عدم إمكان إثباتها بسبب أنها مطلقة كإدعاء شخص بأنه لم يتعدى على أحد طول حياته، أما الشرط الثالث فهو أن تكون الواقعة متنازع فيها أي غير معترف بها، و تتعين بإدعاء المدعي و جواب المدعى عليه، فلا يكون محل النزاع أمر مسلم به أو معترف به من الخصم[1]، الشرط الرابع أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى أي بالحق المدعى به، الشرط الخامس أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى، أي أن تكون الواقعة محل الإثبات مؤثرة و مجدية و حاسمة في إقناع القاضي بصحة و ثبوت الحق المدعى به[2].

أما الشرط الأخير فهو أن تكون الواقعة جائزة الإثبات، أي لا يمنع القانون إثباتها و هذا راجع لتعلقها بالنظام العام و الآداب العامة[3].

و تجدر الإشارة إلى أن محل الإثبات في البيئة الإلكترونية لا يختلف عن محل الإثبات في البيئة العادية، فالفرق هي الوسيلة التي نشأت بها الواقعة.

2- ضابط الإسناد المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق على محل الإثبات

على اعتبار أن محل الإثبات يكون الواقعة المنشأة للحق محل النزاع فالأصل أن القانون الواجب التطبيق عليها هو قانون العقد و هذا ما أجمع عليه الفقه[4]، و نطاق قانون العقد هو الشروط الجوهرية أو الموضوعية للواقعة، و هذه الشروط تتعلق بوجود الواقعة أو عدمها أو صلاحيتها لأن تكون مصدرا للحق أو للمركز القانوني محل النزاع، ففي عقد البيع مثلا لكي يمكن التمسك بحق نشأ عنه يجب أن يكون قد توافرت فيه شروطه أو أركانه[5] ، بينما الشروط الإجرائية للواقعة فتخضع لقانون القاضي و هذا حسب أغلب الفقه[6]، و يمكن

---

[1]- محمد رضا أزرو ، مرجع سابق،ص25.
[2]- موسى الزين قروف ،مرجع سابق،ص28.
[3]- نفس المرجع،ص29.
[4]- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية،مرجع سابق،ص507.
[5]- سمية كمال ، تطبيق قانزن القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2015-2016 ، ص192.
[6]- حفيظة السيد الحداد ،مرجع سابق ،ص282.

استخلاص هذه الشروط الإجرائية لمحل الإثبات في القانون الجزائري في المواد 75،28،26و 150 ق إ م إ ج ، و وجود هذه الشروط في هذا القانون أكبر دليل على اعتبارها مسائل إجرائية.

ب)- القانون الواجب التطبيق على عبء الإثبات

بعد التطرق إلى مضمون عبء الإثبات (1) ، يتم بيان ضابط الإسناد المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه (2).

1- مضمون عبء الإثبات

يقصد بعبء الإثبات تحديد الطرف الذي يكون ملزما بإثبات الإدعاء المقدم أمام القاضي، فحسب القاعدة العامة في تحديد عبء الإثبات و وفقا لنص المادة 323 قانون مدني جزائري، فإن إثبات الالتزام يقع على عاتق الدائن و على المدين إثبات التخلص منه، أي العبء يقع على عاتق المدعي و هو من يرفع الدعوى مطالبا بالحق المدني أصلا، أما المدعى عليه فيتمسك ببراءة الذمة المالية إلى غاية إثبات العكس[1]، و تحديد من يقع عليه الإثبات مسألة ذات أهمية حيث يترتب على عجز المكلف بالإثبات عن تقديم الدليل خسارة لدعواه.

أما في عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي و نظرا لاختلاف أطراف العقد(مستهلك و مهني) فإن عبء الإثبات يكون على الشخص الأكثر قدرة على تقديم الدليل الإلكتروني و هو المهني[2]،حيث يعتبر هو المسيطر على النظام الإلكتروني و هو ملزم بإثبات الالتزامات التي فرضها القانون عليه كالتزام الإعلام مثلا و أيضا لأن المستهلك قد لا يتمكن من الحصول على أية وسيلة إثبات، و قد نص المشرع في المادة19 من القانون 18-05 السابق ذكره على أنه بمجرد إبرام العقد يلزم المورد الإلكتروني بإرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني ، و أضاف في المادة 10 من نفس القانون على وجوب أن تكون كل

---

[1]- حمزة خشاب،مرجع سابق،ص270.

[2]- تامر سليمان الدمياطي، إثبات العقد الإلكتروني عبر الأنترنيت ،دراسة مقارنة، طبعة أولى،منشأة المعارف،الإسكندرية،2009،ص133.

معاملة إلكترونية موثقة بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك ، كما ألزم في المادة 25 من نفس القانون كل مورد إلكتروني بحفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة و تواريخها و إرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري و عدم إلتزام المورد بهذا الإجراء يخضعه إلى احكام المادة 41 من نفس القانون ، أما المشرع الفرنسي و من خلال المادة L213-1 من قانون الاستهلاك، ألقى على عاتق المهني التزام بحفظ الكتابة الإلكترونية[1] و هذا في حالة ما إذا كان العقد يساوي أو يتجاوز القيمة التي يحددها القانون و هي 120 يورو و الحفظ يكون لمدة 10سنوات، و القانون الفرنسي رقم 95-96 المتعلق بالشروط التعسفية اعتبر في ملحقه أن نقل عبء الإثبات إلى المستهلك يعتبر من قبيل الشروط التعسفية و بالتالي على القاضي استبعاده[2].

2- ضابط الإسناد المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عبء الإثبات

حسب المادة 14 من اتفاقية روما و المادة 18 من تنظيم روما1 فقواعد عبء الإثبات تخضع إلى قانون العقد و هو الرأي الراجح فقهيا و ما ذهب إليه أيضا الفقيه Eric Fangaro في كتابه { القانون الواجب التطبيق على الإثبات في القانون الدولي الخاص}[3] فقانون الموضوع أو العقد هو الذي يحدد الطرف الذي يقع على عاتقه عبء إثبات الوقائع و تقديم الدليل.

ج)- القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات

قبل تحديد ضابط الإسناد المعتمد للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات (2)، يجب الإشارة إلى مضمون طرق الإثبات (1).

---

[1] -Art L213-1 « …Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret , le contractant professionnel assure la conversation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son contractant si celui-ci en fait la demande. »

[2] - Disponible sur le site :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000187054

[3] - Cité in Kouadio Pacome,FIENI,la preuve sur internet :le cas de la vente en ligne, mémoire DEA, droit et science politique ,université de Cocody-Abidjan,2006 ,p45.disponibel sur le site :www.mémoireonline.com

1- مضمون طرق الإثبات

تختلف هذه الطرق باختلاف مذهب الإثبات المعتمد في كل دولة، فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد حددها في المواد من 323 إلى 350 قانون مدني، و تتمثل في الكتابة،شهادة الشهود،القرائن، الإقرار و اليمين، أما بالنسبة للخبرة و المعاينة فهما وسيلتان للتحقيق تساعدان في الإثبات ، ونظمهما المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و قبل التطرق إلى كل وسيلة من هذه الوسائل ننوه إلى أن عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي هو عقد مختلط أطرافه تاجر و مدني أي مهني و مستهلك فالإثبات هنا يكون بكافة طرق الإثبات بالنسبة للمستهلك في مواجهة المهني أما المهني إذا تجاوزت قيمة العقد مقدار محدد قانونا فهو ملزم بالإثبات كتابة في مواجهة المستهلك.

إذا كان مثلا القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على العقد فإن الكتابة تشترط إذا زادت قيمة العقد عن 100 ألف دج [1]، أما إذا كانت أقل من ذلك فتكون هناك حرية في الإثبات ففي القانون الفرنسي التاجر في مواجهة المستهلك يثبت بالكتابة في حالة القيمة التي تزيد عن 1500 أورو[2]، أما المستهلك فيستعمل كافة طرق الإثبات في مواجهة المهني.

- الكتابة: و تعتبر أقوى طرق الإثبات حيث يمكن لها إثبات الواقعة سواء كانت تصرف قانوني أو عمل قانوني لما توفره من ضمانات خاصة مع ظهور الطباعة و لو أنها لا تخلو من العيوب خاصة احتمال التزوير فيها[3].

- شهادة الشهود: الإثبات بالشهادة هو إقامة الدليل أمام القضاء بأقوال الشهود و بعد تحليفهم اليمين و تقوم الشهادة في الإخبار بواقعة عاينها الشاهد أو سمعها أو أدركها على وجه العموم بحواسه مباشرة[4]، و لا يجوز أن يثبت بها إلا الوقائع المادية و التصرفات

---

[1]- المادة 333 ق م ج.

[2] - Art.1341 du code civil, Décret N°2004-836, 20 août 2004 , **portant modification de la procédure civile.**

[3]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الثاني نظرية الإلتزام بوجه عام " الإثبات – آثار الإلتزام "، الطبعة الثالثة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2000،ص91.

[4]- ادوارد عيد،موسوعة أصول المحاكم و الاثبات،ج 16 الاثبات، 1991،ص165.

القانونية التي لا تصل الحد المعين قانونا، و هي غير ملزمة للقاضي بل تخضع لتقديره إذ يمكنه قبول شهادة واحد من الشهود أو رفض شهادتين متضادتين في نفس الموضوع[1]، وقد نص المشرع على شروطها في المادة 153 ق إ م إ التي تنص على ما يلي" لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم، لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه و لو كان مطلقا، لا يجوز قبول شهادة الإخوة و الأخوات و أبناء العمومة لأحد الخصوم غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص و الطلاق و يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال، كما تقبل شهادة باقي الأشخاص ماعدا ناقصي الأهلية "

و القواعد المنظمة لحالات اللجوء إلى الشهادة كوسيلة إثبات هي قواعد موضوعية، أما بالنسبة لإجراءات سماع الشهود فهي قواعد إجرائية و قد نظمها المشرع في المواد من 150 إلى 163 ق إ م إ ج.

و الشهادة كدليل إثبات يمكن للمستهلك اللجوء إليها لإثبات عقد البيع التقليدي، أما في عقد البيع الإلكتروني فلا يمكن الاستعانة بها إلا ادا كان تنفيذ العقد تم خارج الخط ، أما بالنسبة للشهادة في الشكل الإلكتروني فيمكن أن تكون على شكل تصريح منجز من شخص يكون في موضوع الفعل أو التصرف محل النزاع مسجل على دعامة إلكترونية أو رسالة مرسلة في بريد إلكتروني[2]، و تبقى مسألة حجية هذه الشهادة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

- القرائن: هي استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت أو تحقق الأمر فيه[3] و هي أيضا ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ، فالقاضي أو المشرع يعتمد على وقائع يعلمها ليستدل بها على وقائع أخرى مماثلة[4] ،فهي بدلك وسيلة

---

[1]- حمزة خشاب،مرجع سابق،ص273.

[2] - Prof.Claude Fabien, la preuve par document technologique, p556, article disponible sur le site : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol38num3/fabien.pdf

[3]- محمد رضا أزرو ، مرجع سابق،ص37.

[4]- عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية و القضائية في المواد المدنية و الجنائية و الأحوال الشخصية،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،1995، ص17.

إثبات غير مباشرة ، و القرائن نوعان، قرائن قانونية نص عليها المشرع في المادة 337 قانون مدني التي تنص على ما يلي " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أي طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك " .

و القرائن القانونية ليست أدلة إثبات بالمعنى الحقيقي،لكن يتمثل دورها في نقل عبئ الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه إذا كانت بسيطة أو تعفيه بصفة نهائية إذا كانت قاطعة[1]، و قرائن قضائية يستنبطها القاضي من أمور ثابتة لديه في دعوى معينة.

و في مجال الإثبات الإلكتروني هناك إحصائيات تشير إلى عدم إعتماد هذه الوسيلة في إثبات العقد الإلكتروني ، و هذا لاختلاف بيئة القرائن التي تقوم في عالم مادي و بيئة العقد الإلكتروني التي تعتبر بيئة غير مادية[2].

الإقرار:هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية و أدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة و هذا حسب ما جاء في المادة 341 قانون مدني جزائري و الإقرار يعفي المدعي إثبات ما أدعاه و هو نوعان:

إقرار غير قضائي و حسب القواعد العامة يعتبر حجة على المقر ما لم يثبت عدم صحته و هو قابل للتجزئة و الرجوع فيه في الحدود التي تسمح بها القواعد العامة، و إقرار قضائي و هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة [3]، و الإقرار يكون محصورا في أطراف العقد فقط و هو مقبول و محقق كدليل في الإثبات الإلكتروني من خلال صورة الإقرار غير القضائي و الذي يكون في شكل تسجيل على دعامة إلكترونية .

[1]- محمد رضا أزرو ،مرجع سابق،ص38.
[2]- نفس المرجع،ص41.
[3]- نصت عليه المادة 341 قانون مدني جزائري.

اليمين:و يعرف بأنه قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول و يستنزل عقابه إذا ما حنث[1]، و اليمين نوعان: اليمين الحاسمة و اليمين المتممة .

يمكن اعتماد اليمين الحاسمة و المتممة في إثبات العقد الإلكتروني و يجوز للقاضي متى كان مقتنعا بالدعوى المرفوعة أمامه أن يوجه اليمين المتممة لأحد الخصوم[2].

بالنسبة للخبرة[3] و المعاينة[4] فهما ليس أدلة إثبات كما يرى البعض بل وسائل تحقيق مساعدة لكشف الدليل و تعزيزه يستعين بها القاضي إذ تعتبر بمثابة تدبير من تدابير التحقيق و لهذا فهي تتمتع بالصفة الإجرائية و هذا ما يبرر تنظيم المشرع لها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و تعتبر الخبرة من أهم الوسائل المعتمدة في مجال إثبات التعاقد الإلكتروني لأن هذه البيئة تفرض وجود مختصين فيها يلجأ إليهم القاضي من أجل التحقق من توفر شروط فنية للدليل الإلكتروني.

و القانون الواجب التطبيق على الخبرة و المعاينة هو قانون القاضي لاعتبارها مسائل إجرائية تتخذ بسلطة من القاضي.

2- الضوابط المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات.

نميز بين الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة قبول الدليل و مسألة حجيته.

- الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة قبول الدليل.

ثار خلاف حول مدى اعتبار مسألة قبول الأدلة من المسائل الإجرائية و بالتالي إخضاعها لقانون القاضي أو من المسائل الموضوعية و بالتالي إخضاعها للقانون الذي يحكم العقد، و أدى هذا إلى ظهور اتجاهين:

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري،مرجع سابق،ص514.

[2]- محمد رضا أزرو ،مرجع سابق،ص42.

[3]- تعرف بأنها المهمة الموكولة من قبل المحكمة إلى شخص أو عدة أشخاص أصحاب إختصاص أو تجربة أو مهارة في مهنة ما أو فن أو صيغة أو علم لتحصل منهم على معلومات أو آراء أو دلائل إثبات لا يمكن لها أن تؤمنها بنفسها، و تعتبرها ضرورية لتكوين قناعاتها للفصل في نزاع معين، أنظر **إيميل أنطوان ديراني**،الخبرة القضائية، الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 1997،ص17.

[4]-.المعاينة هي مشاهدة المحكمة بنفسها محل النزاع أيا كانت طبيعته،أي كل ما يقع عليه النزاع، وتتميز بالإتصال المادي للواقعة المراد إثباتها،أنظر **عبد الرزاق السنهوري**،مرجع سابق،ص219.

✓ **الاتجاه الأول**

يقوم على اعتبار مسألة قبول الأدلة من المسائل الإجرائية و قد دعت إليه الدول التي تعتمد مذهب الإثبات الحر، فهي تطبق قانون القاضي على اعتبار أن الأمر يتعلق بكيفية إقناع القاضي و مدى ثقته بهذه الأدلة و سلطته في تقدير قوة إقناع الدليل المقدم و هي أمور تتعلق بحسن أداء العدالة و بالتالي فقانون القاضي هو الذي يحدد طرق الإثبات المقبولة[1]، و أيضا طبق الفقه و الاجتهاد القضائي للدول الجرمانية و دول COMMON LAW قانون القاضي على طرق الإثبات[2].

كما اعتبر الفقيه Batiffol الذي يمثل مذهب الإثبات المقيد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي على اعتبار أن القواعد المقيدة للإثبات الغاية منها إقناع القاضي، إلا أن باقي الفقه لم يؤيد رأيه على اعتبار أنه غير قائم على أساس سليم[3].

✓ **الاتجاه الثاني**

يرى هذا الاتجاه أن القواعد المتعلقة بتحديد أدلة الإثبات و مدى حجيتها هي قواعد ذات طبيعة موضوعية لأن المشرع قصد من خلالها تحقيق حماية الحقوق الخاصة للأفراد و هذا من شأنه نفي الطبيعة الإجرائية عنها،كما أن هناك علاقة بين أدلة الإثبات و الحق المدعى به التي قد تتحد مع العناصر المكونة للحق و أن تحديد ما يقبل من طرق الإثبات في الدعوى مسألة ذات صلة وثيقة بموضوع النزاع و بالتالي ضرورة خضوعهما لنفس القانون[4]، و لمدة طويلة كانت محكمة النقض الفرنسية تعقد الاختصاص فيما يخص قبول وسائل الإثبات إلى قانون الموضوع أو قانون مكان التصرف، لكنها في نهاية الخمسينات غيرت حلولها و أصبح قانون القاضي هو الأكثر اعتمادا[5]، غير أن تنوع أدلة الإثبات جعل الفقه يعتمد على تقسيم آخر للوصول إلى القانون الواجب التطبيق،حيث ميز بين الأدلة

---

[1]- سمية كمال ، مرجع سابق،ص202.

[2] -Kouadio Pacome,op.cit,p38.

[3]- سمية كمال ، مرجع سابق،ص205.

[4]- نفس المرجع،ص ص205-206.

[5] - Kouadio Pacome,op.cit,p39.

المعدة للإثبات و غير المعدة للإثبات[1]، فبالنسبة للأولى و المتمثلة في الكتابة يرى اتجاه في الفقه خضوعها لقانون القاضي نظرا لطبيعتها الإجرائية و يرى اتجاه آخر أن الكتابة لإثبات التصرف تخضع لقانون الشكل و الكتابة لإثبات الواقعة تخضع لقانون القاضي، بينما الاتجاه الراجح فيتفق على إخضاع الدليل الكتابي المعد لإثبات التصرف القانوني لقانون بلد الإبرام تطبيقا لقاعدة الشكل و ذلك على أساس أن فكرة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي تدخل في فكرة شكل التصرفات و أن هناك علاقة بين إثبات التصرف و شكله.

و الواضح أن هذا الاتجاه حصر قاعدة الشكل في قانون مكان الإبرام فقط و لعل ذلك يعود إلى المرحلة التي كانت تعتمد فيها قاعدة الشكل بصفة أساسية على قانون مكان التصرف غير أن التشريعات الحالية لم تعد تعتمد عليه كقاعدة أصلية بل أضافت معايير أخرى تعتمد بالتساوي مع هذا المعيار، فإلى جانب ضابط مكان التصرف هناك أيضا ضابط الجنسية المشتركة و ضابط الموطن المشترك و ضابط قانون الموضوع، حيث أن القاضي يكفيه أن يكون شكل التصرف صحيحا وفق أحد هذه القوانين للحكم بصحة التصرف، و هذا ما أخذ به المشرع في المادة 19 قانون مدني جزائري .

فالقاعدة المستقر عليها هي أن طرق الإثبات تخضع إلى قانون القاضي ماعدا شكل الدليل الكتابي و حجيته فيخضعان لقانون الشكل و هذا ما نصت عليه المادة 18 فقرة2 [2]من تنظيم روما1 حيث أخذت هذه المادة بضابطين فيما يخص قبول طرق الإثبات هما قانون القاضي و قانون الشكل.

و بالرجوع إلى قانون الشكل المنصوص عليه في المادة 11 من التنظيم نجد انه يورد إستثناء فيما يخص المستهلك حيث يطبق قانون محل إقامة هذا الأخير على شكل التصرف و بالتالي فأن مسألة قبول طرق الإثبات في العقد الإستهلاكي وفق تنظيم روما1 تخضع إلى قانون القاضي أو قانون محل إقامة المستهلك، حيث يقبل القاضي بوسيلة الإثبات التي تكون

---

[1]- حفيظة السيد الحداد،مرجع سابق،ص288.

[2] - Art 18 al 2 « …. Les actes juridiques peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis soit par la loi du for, soit par l'une des lois visées à l'article 11, selon laquelle l'acte est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant la juridiction saisie. »

مقبولة سواء في قانونه أو في قانون محل إقامة المستهلك، و له أن يطبق القانون الأنسب للمستهلك.

أما بالنسبة للأدلة غير المعدة للإثبات و هي باقي طرق الإثبات الأخرى مع الكتابة في حالة الرسائل و البرقيات و الدفاتر التجارية و الأوراق المنزلية فقد اختلاف الفقه بشأنها ،حيث رأى البعض أن شهادة الشهود و الإقرار و اليمين تخضع لقانون القاضي، و يرى البعض الآخر إخضاعها لقانون الموضوع على أساس أنه لا يجوز للقاضي قبول دليل غير مقرر في قانون الموضوع[1]، أما بالنسبة للقرائن القانونية فيطبق عليها قانون الموضوع و ليس قانون الإجراءات لأن هناك من يعتبر القرائن القانونية ملزمة للقاضي و بالتالي ترتبط بموضوع النزاع، وهو الذي يبين ما إذا كانت القرينة قاطعة أو بسيطة[2]، لكن هذا لا يمنع من تطبيق قانون القاضي على القرائن القانونية خاصة عندما تكون القرينة عنصر مكون لقاعدة الإسناد للكشف عن ضابط الإسناد كما هو الحال مثلا في عقد البيع، حيث قد يضع المشرع قرائن للكشف عن الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف تساعد القاضي، ففي هذه الحالة قانون القاضي هو الذي يبين ما إذا كان تنفيذ العقد في دولة ما قرينة على تطبيق قانونها، فالقرينة تتعلق هنا بقاعدة الإسناد و ليس بموضوع النزاع[3] .

- الضوابط المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسألة حجية الدليل.

بالنسبة لحجية الدليل الكتابي فهي حسب إتجاه من الفقه[4] تخضع إلى قانون القاضي و لكن دون إضرار بحق الطرف المتمسك بتطبيق قانون محل إبرام التصرف إذا كان أقل تشددا و أكدته المادة 9 من قانون الأونيسترال للتجارة الإلكترونية ، و التي أشارت في مضمونها أن المحرر الإلكتروني لا يمكن الإحتجاج بعدم حجيته في الإثبات على أساس أن القانون الواجب التطبيق عليه لا يعترف له بهذه الحجية ، فهنا يطبق القانون الذي يعترف بالحجية سواء كان قانون القاضي أو قانون الشكل و هذا هو الرأي الراجح.

---

[1]- سمية كمال،مرجع سابق،ص216.

[2]- احمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق، ص512.

[3]- حفيظة السيد الحداد،مرجع سابق،ص286.

[4] - Cité inKouadio Pacome,op.cit,p45.

أما بالنسبة لحجية الدليل غير الكتابي فهي تخضع لقانون القاضي و بالتالي يعود للقاضي الذي ينظر النزاع تحديد مدى حجية الطريق غير الكتابي حسب قناعته الشخصية و التي تتأثر بالثقافة القانونية للدولة الموجود فيها، و في هذا الصدد يقول Batiffol أن:

« La force probante ne peut être réglée que par la loi du for, on ne voit pas quelle autre loi pourrait s'appliquer à des preuves non préconstituées »[1]

و مع ذلك هناك جانب من الفقه يخضع اليمين و الإقرار و القرائن القانونية لقانون الموضوع[2].

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية

القواعد الإجرائية تتمثل في القواعد التي تحدد الإجراءات التي يجب إتباعها في عرض الأدلة حينما يعرض النزاع على الجهات القضائية، و قد نظمها المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و من بينها تنظيم مسألة سماع الشهود، الشروط الواجب توفرها فيهم.

حسب القاعدة الثابتة في قواعد تنازع القوانين فالمسائل الإجرائية تخضع إلى قانون القاضي و هذا ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 21 مكرر قانون مدني التي تنص على ما يلي: « يسري على قواعد الإختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات »، و هذه القاعدة أستقر عليها الفقه و القضاء أيضا إستنادا إلى إعتبارات منها:

- أن قواعد الإجراءات تعتبر من القانون العام و بالتالي فهي تتعلق بالنظام العام و لا يعفى من حكمها الوطنيين كما أنها تسري على الوطني و الأجنبي و لا يجوز الإتفاق على ما يخالفها، لأنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة كما تهدف إلى خدمة العدالة[3].

[1] - Cité inKouadio Pacome,op.cit,p39.

[2]- عكاشة عبد العال،مرجع سابق،ص234.

[3]- عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص492.

على عكس القواعد الموضوعية للإثبات، يرى جانب من الفقه جواز الإتفاق على مخالفة هذه القواعد لعدم تعلقها بالنظام العام، و بالتالي إذا منح الأطراف حجية الأصل للمستخرجات الإلكترونية فهذا الإتفاق مقبول[1]، أما الجانب الآخر من الفقه يرى أن قواعد الإثبات الموضوعية ليست كلها متعلقة بالنظام العام فهناك القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية لحق الدفاع و المتعلقة بسلطة القاضي في بسط رقابته على قيود حرية الإثبات تعتبر من النظام العام و لا يجوز الإتفاق على مخالفتها و أيضا لا يجوز الإتفاق على مخالفة قواعد الإثبات الموضوعية التي لها صفة آمرة و التي تتعلق بفئة المستهلكين و إلا أعتبر هذا الإتفاق شرطا تعسفيا و هذا ما جاء في المادة L132 قانون الإستهلاك الفرنسي.

أما القواعد الموضوعية التي لا تتعلق بالنظام العام كحرية الإثبات و عبأ الإثبات فيجوز مخالفتها و مع ذلك تبقى مقيدة خاصة في عقود الإذعان، و قد نصت المادة 1316-2 قانون مدني فرنسي على إعترافها بصحة الإتفاقات المتعلقة بتنظيم مسائل الإثبات الموضوعية، و للقاضي سلطة تقديرية في مدى صحة الإتفاق من عدمه .

و قد إنتقد الفقه فكرة إعتبار قانون الإجراءات من القانون العام و أعتبر أن خضوع مسائل الإجراءات إلى قانون القاضي يجد أساسه في قواعد القانون الدولي العام لأنه يعترف لكل دولة بالحق في أن تحدد كافة أجهزتها و سلطاتها و توزيع الاختصاص بينها و وضع القواعد التي تنظم أدائها لوظيفتها[2].

- تهدف إلى السير الحسن للدعوى و بالتالي لا يستطيع القاضي التملص منها بحجة أن قانون أجنبي سوف يطبق على الموضوع، فالقواعد الإجرائية تطبق على النزاع ذا الطابع الوطني و الدولي، فالصفة الدولية ليس لها تأثير على قواعد الإجراءات.

- اعتبار قواعد الإجراءات من قواعد الشكل، فالإجراءات أوضح صور فكرة الشكل فقانون الإجراءات قانون شكلي و قانون المحل يحكم الشكل، غير أن بعض الفقه يرى ان تفسير خضوع مسائل الإجراءات لقانون القاضي هو أن خضوع شكل العمل الإجرائي

[1]- عمر خالد زريقات،مرجع سابق، ص ص224-225.
[2]- حفيظة السيد الحداد،مرجع سابق،ص231.

لقانون القاضي ليس تطبيقا من تطبيقات خضوع شكل التصرف القانوني لقانون بلد إبرامه لأن قانون القاضي إذا طبق على شكل العمل الإجرائي فليس لأنه قانون المكان الذي يتخذ فيه هذا العمل و إنما لأنه قانون السلطة لأن الشكل في الأعمال الإجرائية مقرر بهدف حسن القيام بوظيفة من وظائف الدولة و هي أداء العدالة[1].

كما برر أيضا الفقه رفضه إخضاع قواعد الإجراءات لقانون الشكل على أساس أن قاعدة الشكل تهدف إلى التيسير على الأفراد عند إجراء التصرفات القانونية في بلد معين أو وفق قانون الموضوع أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أما الهدف من إخضاع قانون الإجراءات لقانون القاضي هو تنظيم عمل السلطة القضائية ببيان الطرق الواجب إتباعها عند طلب الحماية القضائية[2].

المطلب الثاني: محررات إثبات عقد البيع الاستهلاكي الإلكتروني

يخضع إثبات عقد البيع الاستهلاكي الإلكتروني إلى نفس قواعد إثبات عقد البيع التقليدي خاصة بالنسبة للدول التي لم تنظم المعاملات الإلكترونية كالمشرع الجزائري مثلا، ونظرا لطريقة إبرام عقد البيع الإلكتروني فإن محررات إثباته تتنوع لكنها تختلف بين المكتوبة على دعامة ورقية و دعامة إلكترونية، بعد عرض أنواع المحررات المعتمدة لاثبات عقد البيع الاستهلاكي(الفرع الأول)، يتم التطرق إلى المحررات المكتوبة على دعامة الكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع المحررات المعتمدة لإثبات عقد البيع الاستهلاكي

عقد البيع الاستهلاكي حسب المادة 10 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدلة بالمادة 3 فقرة 3 [3]من القانون 10-06 [4] يثبت بوصل[5] صندوق أو سند يبرر المعاملة أو فاتورة أو وثيقة تقوم مقامها، و جعل المشرع تسليم وصل الصندوق (أولا)

---

[1]- محمد رضا أزرو ، مرجع سابق،ص112.

[2]- حفيظة السيد الحداد،مرجع سابق، ص231.

[3]- " ... يجب أن يكون بيع السلع أو تأدية الخدمة للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يبرر هذه المعاملة غير أن الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها يجب أن تسلم إذا طلبها الزبون... "

[4]- القانون 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 ، يعدل و يتمم القانون 04-02 المؤرخ في 23 جويلية 2004،الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،ج ر ج ج، عدد 46،مؤرخة في 18 أوت 2010.

[5]- المشرع أستعمل لفظ الوصل إذ كان عليه إستعمال مصطلح تذكرة لأن النص باللغة الفرنسية إستعمل كلمة Ticket و التي تعني تذكرة، و نلاحظ أن المشرع تدارك هذا الخطأ في المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013،الذي يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ.

أو السند (ثانيا) إلزاميا على المهني ، بينما الفاتورة (ثالثا) أو الوثيقة التي تقوم مقامها (رابعا) فتتوقف على طلب الزبون، أي أن المهني غير ملزم بتقديمها إلا إذا طلبها المستهلك.

أولا: تذكرة الصندوق

المشرع لم يعرف تذكرة الصندوق و لا البيانات الواجب توافرها فيه، أما في القانون الفرنسي فتذكرة الصندوق (Ticket de Caisse) هو وصل يعطيه تاجر التجزئة إلى زبائنه في شكل شريط ورقي مطبوع من طرف الصندوق الحافظ (Caisse enregistreuse)[1] و هو يمثل وثيقة إثبات شراء و يتضمن المعلومات التالية:

- قائمة المشتريات تكون في شكل عمود،حيث يذكر إسم السلعة،سعر الوحدة، عدد الوحدات،- المبلغ الإجمالي،- التخفيضات الموجودة،- نسبة و قيمة الرسوم،- إسم التاجر و بياناته،- مواقيت عمل التاجر،- تاريخ و ساعة الشراء،- الرمز(code) الذي يعرف بماسك الصندوق أو البائع،- طرق الدفع المختارة من طرف المشتري،و في حالة الدفع بالنقود يبين المبلغ المدفوع من قبل الزبون،- رقم المعاملة،- مدة العدول (حق المشتري في رد أو إستبدال السلعة)[2].

و قد إعتبر المشرع الفرنسي أن وصل الصندوق لا يكفي في التعاقد عن بعد، حيث ألزم المهني بضرورة إرسال أو منح المستهلك فاتورة، أي في عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني لا يتم التعامل بوصل الصندوق.

[1] - Une **caisse enregistreuse** est composée d'un clavier, d'une machine à calculer, de deux imprimantes et d'un tiroir-caisse sécurisé. Cette machine est manipulée généralement par un caissier et est souvent associée à un lecteur de code-barres : https://fr.wikipedia.org/wiki/Caisse_enregistreuse

[2] -Disponible sur le site : https://fr.wikipedia.org/wiki/Ticket_de_caisse#Articles_connexes

بالنسبة لطبيعة هذا المحرر فقانون كيبيك يكيفه على أساس أنه محرر كتابي يستعمل من طرف المهني في نشاطاته اليومية لإثبات تصرفات قانونية و يكيف على أساس كتابة معدة للإثبات غير موقعة[1] على أساس المادة 2831 من نفس القانون التي تنص على ما يلي:

« L'écrit non signé habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique, fait preuve de son contenu »

و وصل الصندوق حجة على ما يتضمنه و يثبت عكسه بكل طرق الإثبات[2]، غير أن المشرع الجزائري تطرق إلى حجية الكتابة المعدة للإثبات الموقعة، أما الكتابة المعدة للإثبات غير الموقعة فلم يبين موقفه منها.

ثانيا: السند

هو وثيقة عرفية تحرر كتابيا و موقعة من قبل البائع من شأنها تبرير عملية البيع مثل وصل الشراء الذي يمنحه البائع للمشتري لإثبات مشتريات هذا الأخير و هي حجة على من وقعه ما لم ينكر ما هو منسوب إليه من خط و توقيع.

ثالثا: الفاتورة

و تخضع من حيت شكلها إلى قانون الشكل و بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم هذه الوثيقة في المرسوم التنفيذي رقم 05-468 [3]، و قد حددت المادة3 من المرسوم البيانات الواجب توفرها في الفاتورة منها ما تتعلق بالمتدخل و التي تتمثل في:

- اسم الشخص الطبيعي و لقبه،- تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري، - العنوان و رقما الهاتف و الفاكس و كذا العنوان الإلكتروني، عند الاقتضاء، - الشكل القانوني للعون الاقتصادي و طبيعة النشاط ، - رأس مال الشركة ، عند الاقتضاء، - رقم التسجيل

[1] - claude Fabien,op.cit,p563.

[2] - ibid, p567.

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005،يحدد شروط تحرير الفاتورة و سند التحويل و وصل التسليم و الفاتورة الإجمالية و كيفيات ذلك، جريدة رسمية عدد 80،مؤرخة في 11 ديسمبر 2005.

التجاري، - رقم التعريف الإحصائي، - طريقة الدفع وتاريخ تسديد الفاتورة، - تاريخ تحرير الفاتورة و رقم تسلسلها، - تسمية السلع المبيعة و كميتها و/ أو تأدية الخدمات المنجزة.

- سعر الوحدة دون الرسوم للسلع المبيعة و/ أو تأدية الخدمات المنجزة، - السعر الإجمالي دون حساب الرسوم للسلع و/ أو تأدية الخدمات المنجزة، - طبيعة الرسوم و/ أو الحقوق و / أو و نسبها المستحقة، حسب طبيعة السلع المبيعة و/أو تأدية الخدمات المنجزة و لا يذكر الرسم على القيمة المضافة إذا كان المشتري معفى منه، - السعر الإجمالي مع احتساب كل الرسوم محررا بالأرقام و الأحرف، أما البيانات الخاصة بالمستهلك فتتمثل في اسمه و لقبه و عنوانه.

كما يجب أن تتوفر الفاتورة أيضا على توقيع المهني و الختم الندي إلا إذا حررت عن طريق النقل الإلكتروني كما تنص عليه أحكام المادة 11[1] من نفس المرسوم، فالفاتورة يمكن تكييفها على أساس أنها كتابة معدة للإثبات موقعة لتوفرها على شرطي الكتابة و التوقيع،كما أنها تعد مسبقا لتكون أدلة إثبات فيما قد يثور من نزاع بين الأطراف و بالتالي فهي تأخذ حكم الورقة العرفية و تكون لها حجية على من صدرت منه، أي الشخص الموقع عليها إذا لم ينكر ذلك و إذا أنكر تزول حجيتها مؤقتا إلى أن تبت المحكمة في الأمر و هذا حسب المادة 327 قانون مدني، و قد ألزم المشرع في المادة 20 من القانون 18-05 المورد الإلكتروني بإعداد فاتورة بعد كل بيع و تسليمها للمستهلك و إلا خضع للجزاءات المنصوص عليها في المادة 44 من نفس القانون، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي الذي ألزم المهني بإرسال فاتورة إلى المستهلك في حالة ما إذا طلبها هذا الأخير أو إذا كان البيع قد تم عن بعد كما في حالة عقد البيع الإلكتروني، و في حالة عدم الإرسال يحتج المستهلك أمام المهني أو يلجأ إلى القضاء، و الهدف من ذلك هو توفير حماية أكبر له في هذا التعاقد، و عادة ما تسلم الفاتورة عند التسليم المادي للسلعة ما يدفعنا للتساؤل

[1]- تنص المادة 11 على ما يلي: " استثناء لأحكام هذا المرسوم يسمح بتحرير الفاتورة وإرسالها عن طريق النقل الإلكتروني الذي يتمثل في نظام إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو لأكثر بتبادل الفواتير عن بعد.
يجب أن يتم استعمال الأسلوب المذكور أعلاه في الفقرة السابقة وفق الكيفيات والإجراءات المحددة بقرار مشترك بين الوزراء المكلفين بالتجارة والمالية وبالمواصلات السلكية واللاسلكية. "

حول طريقة تسليم الفاتورة إذا كان التسليم على الخط ، و الراجح أن المهني يرسلها عن طريق رسالة البريد الالكتروني.

رابعا: الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة

نظم المشرع بموجب المرسوم التنفيذي 16-66 مؤرخ في 16 فيفري 2016 [1] و أوردها تحت تسمية سند المعاملة التجارية و عرفها بأنها الوثيقة المحررة من طرف العون الإقتصادي عند البيع لفائدة المشتري،حتى و لو لم يكن هو المشتري النهائي و هو مكلف ببيع المنتج لفائدة العون الإقتصادي[2]، حسب تعريف المشرع ،فالمشتري قد يكون نهائي سواء كان مهني أو مستهلك أو قد يكون غير نهائي أي مهني مثل الموزع.

لكن هذه الوثيقة محصورة النطاق يتعامل بها فقط المتعاملين في قطاع الفلاحة و الصيد و الموارد البحرية و كدا الحرف و المهن،فهؤلاء الأعوان ملزمون بتوفير الفاتورة أو سند المعاملة التجارية الذي يمثل الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة، و بالتالي متى كان المستهلك طرف في عقد البيع مع هؤلاء الأعوان يكون عليهم لزاما تقديم الفاتورة أو سند المعاملة التجارية إذا طلبها المستهلك منهم[3]، و الهدف من هذه الوثيقة أي سند المعاملة التجارية هو ضمان شفافية المعاملات بكل صدق و نزاهة، و معرفة الكميات المباعة و الأسعار المطبقة للمنتجات و المواد المعنية، و أيضا التحكم في قنوات التسويق التجارية من الإنتاج إلى التوزيع للمستهلك[4]، و يجب أن يتوفر سند المعاملة التجارية على بيانات إلزامية تتمثل في التعيين، سعر الوحدة بالدينار الجزائري، الكمية، مبلغ المنتوج أو المادة بالدينار، المبلغ الإجمالي بالدينار، المبالغ المحصلة بموجب ضمان التغليف المسترجع و كذلك المصاريف التي قدمت لفائدة الطرف الثالث إن وجد [5]، و يجب أن تحرر الوثيقة بشكل واضح و لا تتضمن أي شطب أو حشو، و تكون أيضا موقعة و مختومة من طرف البائع و موقعة فقط

[1]- مرسوم تنفيذي رقم 16-66 مؤرخ في 16 فيفري 2016،يحدد نموذج الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة و كذلك الأعوان الإقتصاديين الملزمين بالتعامل بها ج ر ج ج ، عدد 10،مؤرخة في 22 فيفري 2016.

[2]- المادة 2 فقرة1 من نفس المرسوم.

[3]- حسب المادة 10 فقرة 3 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل بالقانون 10-06 السابق ذكره.

[4]- المادة 4 من المرسوم 16-66 السابق ذكره.

[5]- المادة 5 فقرة 2 من نفس المرسوم.

من طرف المشتري، سواء كانت الوثيقة محررة على دعامة ورقية أو إلكترونية، و قد أعطى المشرع لهذه الوثيقة حجيتها في الإثبات متى حررت على دفتر أرومات الذي يضم ترقيم سلسلة متواصلة و ترتيب زمنيا من سندات المعاملة التجارية.

إذا فسند المعاملة التجارية هو ورقة عرفية مثل الفاتورة فلهما نفس الحجية حتى و لو كان في الشكل الإلكتروني لأن المشرع أعترف بذلك عندما نص على إمكانية كتابته على دعامة إلكترونية و إرساله بوسيلة إتصال معلوماتية[1].

الفرع الثاني: المحرر الإلكتروني و عناصر حجيته.

يثبت عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي بموجب محرر إلكتروني أو يمكن أن يكون بمحرر عادي، و لا يختلف كليهما إلا في الدعامة المكتوب عليها، و حتى تكون للمحررات الإلكترونية حجية المحرر العادي الورقي لإثبات عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني، يجب أن تكتب و توقع إلكترونيا وفق الشروط المنصوص عليها قانونا، و قبل تحديد العناصر التي تضفي على المحرر الإلكتروني الحجية (ثانيا)، يستلزم الأمر إعطاء مفهوم لهذا المحرر بإعتباره وثيقة تكنلوجية متطورة للإثبات (أولا).

أولا: مفهوم المحرر الإلكتروني

المحرر الإلكتروني هو نفسه السند الإلكتروني و أيضا رسائل البيانات الإلكترونية، حيث يعتبر وسيلة يعتمد عليها في إثبات التصرف القانوني إذا توفر على مجموعة من الشروط القانونية،بعد تعريف المحرر الإلكتروني (أ)، يتم التطرق إلى أهم وسائل تبادله و هي البريد الإلكتروني (ب).

أ)- تعريف المحرر الإلكتروني

تعددت تعريفات المحرر الإلكتروني بين التعريف التشريعي (1) ، و التعريف الفقهي (2).

[1]- المادة 5 فقرة 1،3،4،5،6 من نفس المرسوم.

1- التعريف التشريعي

إعتمد قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على مصطلح رسائل البيانات الإلكترونية و عرفها في المادة الثانية فقرة أ منه بأنها: « المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ».

أما القانون الإسترشادي العربي فقد عرف المحرر الإلكتروني في المادة1 فقرة2 بأنه: « رسالة البيانات التي تتضمن معلومات تنشأ آو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة » ، و قد سار المشرع المصري في تعريفه للمحرر الإلكتروني على هذا النحو في المادة 1 فقرة ب من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني التي تنص على ما يلي: « رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة ».

و إعتمد المشرع التونسي مصطلح الوثيقة الإلكترونية بدلا من المحرر الإلكتروني و عرفها بأنها: « الوثيقة المكونة من مجموعة أحرف أو أرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها و الرجوع إليها عند الحاجة»[1].

أما المشرع الأردني فقد إعتمد مصطلح رسالة المعلومات الإلكترونية بدلا من المحرر الإلكتروني أو رسالة البيانات الإلكترونية، و عرفها في المادة2 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015 [2]بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسيلة إلكترونية و منها البريد الإلكتروني أو الرسائل القصيرة أو أي تبادل للمعلومات الإلكترونية.

---

[1]- الفصل 453 مكرر من القانون المدني التونسي رقم 57-2000، أنظر الموقع:
http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/services_a_distance/references_juridiques/L_2000_57_ar.pdf

[2]- متوفر على الموقع : http://www.ammanchamber.org.jo/Uplaoded/PRNews/2650.pdf

2- التعريف الفقهي

عرف الفقه رسائل البيانات الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية بأنها « معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسائل إستخراجها في المكان المستلمة فيه »، هذا التعريف أجاز التبادل بوسائل إلكترونية أخرى مثل التلكس و الفاكس أو أي وسيلة تظهر مستقبلا أي لم يعد التبادل مقصور على وسائل التبادل عبر شبكة الأنترنيت و التي من أهمها البريد الإلكتروني[1].

و تتميز رسائل البيانات الإلكترونية بمجموعة من الخصائص أهمها:

- أنها سندات أو محررات أو وثيقة تسهل إبرام التعاقد من أي مكان يكون فيه طرفي العقد و هو ما ساعد على تنمية التجارة الإلكترونية[2].

- تتصف بالسرية و أيضا إنعدام إحتمال ضياعها خاصة المستخرجة من الأنترنيت، لأن هذه التقنية توفر درجة عالية من الأمن عن طريق إستخدام نظامي التشفير و الكاتب العدل الإلكتروني الذي يقوم بالتصديق على هذه السندات.

- هذه الرسائل أدت إلى ظهور الإثبات الإلكتروني و الذي يقصد به قبول السندات الإلكترونية ضمن أدلة الإثبات[3].

- تقوم على تخفيض تكاليف النقل و التخزين لكن هذا لا يمنع من وجود مشاكل عندما تجري

عمليات الإدخال و التوقيع و التخزين و الإسترجاع إلكترونيا[4].

---

[1]- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان،2008،ص205.

[2]- عباس العبودي ، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية و متطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010،ص40.

[3]- عباس العبودي ، مرجع سابق ،ص ص 44-45.

[4]- نفس المرجع،ص48.

ب)- رسائل بيانات البريد الإلكتروني و حجيتها في الإثبات

يعتبر البريد الإلكتروني و موقع الأنترنيت من أهم وسائل تبادل المحررات الإلكترونية أو رسائل البيانات الإلكترونية،حيث يتم من خلال البريد الإلكتروني تبادل الرسائل في صورة إيجاب و قبول، و قد يدخل المستهلك للموقع و يجد نموذجا للعقد يقوم بملائه البيانات و إتباع الإجراءات المحددة من طرف المهني لينتهي الأمر بإبرام عقد البيع، فما المقصود برسائل البريد الإلكتروني؟(1) ، و مدى حجيتها في الإثبات (2).

1- تعريف رسائل البريد الإلكتروني

يعتبر البريد الإلكتروني أو رسائل البريد الإلكتروني[1] من أهم تطبيقات الأنترنيت و أكترها إستخداما من الناحية العملية إذ يتيح إمكانية تبادل الرسائل بين الأفراد و الشركات بسرعة فائقة و هو يشبه نظام البريد التقليدي[2].

- التعريف التشريعي لرسائل البريد الإلكتروني

عرفت المادة 1 الفقرة الأخيرة من قانون الثقة للإقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 2004-575 بأنها «كل رسالة في شكل نص أو صوت أو صوت و صورة مرسلة عبر شبكة إتصال عامة تخزن على جهاز المرسل إليه إلى حين إطلاعه عليها»[3].

فالبريد الإلكتروني وفق هدا التعريف يشمل كل من :

[1]- هما مصطلحان مترادفان، انظر **بن غريب زينب**، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، مقال، متوفر على الموقع: http://www.marocdroit.com

[2]- قدوري عمار عصام، البريد الإلكتروني خصائصه و برامجه،الطبعة الأولة،دار علاء للنشر و التوزيع و الترجمة،دمشق،2002،ص10.

[3] - Art1 « ….On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère. »

Téléphone vocal sur internet ، Vidéo Conférence، SMS، MMS ، الجارية على الهاتف النقال[1]،حاليا و مع التطور التكنولوجي ظهرت صور أخرى للبريد الإلكتروني مثل Messenger،Facebook،Twitter،Instagram.

أما المشرع الأمريكي فعرفه بأنه: « وسيلة إتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تلفونية عامة أو خاصة و غالبا يتم كتابة الرسالة إلكترونيا على جهاز الكمبيوتر ثم إرسالها إلىمورد الخدمة الذي يقوم بدوره بتخزينها لديه و يتم إرسالها عبر خطوط التلفون إلى كمبيوتر المستقبل »[2].

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى تعريف رسائل البريد الإلكتروني، لكن بإعتبارها شبيهة برسائل البريد العادي يمكن القياس عليها.

- التعريف الفقهي

يعرف البريد الإلكتروني فقهيا بأنه: « طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات»[3]، كما عرف أيضا بأنه: « تلك المستندات التي يتم إرسالها و إستلامها بواسطة نظام إتصال بريدي إلكتروني، و تتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي، و يمكنه حمل مرفقات به مثل معالجة الكلمات أو أي مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها»[4].

2- حجية رسائل البريد الإلكتروني

المشرع الفرنسي كان لا يعترف بالرسائل العادية كدليل إثبات لكنه تراجع بعد ذلك و أعترف بها كدليل كامل يخضع للسلطة التقديرية القاضي، و قد تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أو

[1] - Youcef Shandi,la formation du contrat à distance par voie électronique, thèse doctorat, faculté de droit, université Robert Shauman ,Strasbourg III,2005,p51.

[2]- يوسف زروق، مرجع سابق، ص ص 130-131.

[3]- إيناس خالدي، مرجع سابق،ص146.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية،مرجع سابق،ص322.

يأخذ بها على سبيل الإستئناس[1]، لكنه أعطاها حجية المحرر العرفي إذا كانت ممهورة بتوقيع إلكتروني و هذا من خلال المادة 1369-8 من القانون المدني الفرنسي.

أما المشرع اللبناني فلم يعترف بحجية الرسالة إذا ثبت بأن المرسل لم يرسل الرسالة و لم يكلف أحد بإرسالها[2]، بمعنى أنه إذا ثبت أن المرسل أرسل الرسالة أو كلف أحد بإرسالها فتكون لها في هذه الحالة الحجية.

و رسائل البريد الإلكتروني قد تكون موقعة أو غير موقعة أو موصى عليها، و تختلف حجية البريد الإلكتروني من نوع إلى آخر فالبريد الإلكتروني الموقع يعتبر محرر عرفي معد للإثبات و هذا ما نستخلصه من المادة 329 قانون مدني جزائري، بينما البريد غير الموقع يعتبر من قبيل المحررات العرفية غير المعدة للإثبات و التي أعتبرها البعض مبـــدأ ثبوت بالكتابة[3] يمكن إستكمالها بشهادة الشهود أو قرائن، و يقوم بذلك مقام الدليل الكتابي في الإثبات[4].

بالنسبة للإجتهاد القضائي الفرنسي فقد قبل في القرار الصادر في 28 ديسمبر 2001 مجلس الدولة ببريد إلكتروني في منازعة كانت معروضة أمامه،حيث أن القضاة اعتبروا أنه كان بالإمكان التعرف على مرسل البريد، و هذا على خلفية إستئناف السيد Blondeau لحكم المحكمة الإدارية Besançon في 14 جوان 2001، كذلك أعترفت محكمة إستئناف باريس في جوان 2001 بالقيمة القانونية للبريد الإلكتروني[5].

بالنسبة لقضاء مقاطعة كيبيك الكندية فقد إعتبر البريد الإلكتروني يدخل في مفهوم الكتابة و لكن مدى قبوله في الإثبات يختلف بحسب مضمونه، فإذا كان مضمون البريد الإلكتروني

---

[1]- يوسف زروق ،مرجع سابق،ص57.

[2]- نفس المرجع و الصفحة.

[3]- حسب المادة 334 قانون مدني جزائري، مبدأ ثبوت بالكتابة هو كل كتابة صادرة من الخصم و التي لا ترقى إلى إعتبارها دليلا كتابيا كاملا لعدم توفرها على شروط الدليل الكتابي، إذا فشروط مبدأ ثبوت بالكتابة هي: - وجود ورقة مكتوبة (كتابة إلكترونية أو كتابة عادية) متعلقة بالواقعة المراد إثباتها – صدور الكتابة من الخصم أو من يمثله – قرب الإحتمال

[4]- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2005،ص233.

[5] - Cité in Soulayman A Maiga,op.cit,p195.

عبارة عن تصرف قانوني (Acte Juridique) مثل عقد يكون له قيمة في الإثبات تعادل المراسلات المكتوبة و يمكن أن يشكل بداية دليل كتابي.

أما إذا كان مضمون البريد الإلكتروني عمل قانوني(Fait Juridique) فالمادة 2857 من القانون المدني لكيبيك تعتبر أن إثبات كل فعل له علاقة وثيقة بالنزاع يمكن أن يكون بكل الوسائل و بالتالي يمكن الإثبات بالبريد الإلكتروني[1].

و طبقا لمبدأ حرية المستهلك في الإثبات في مواجهة التاجر له أن يثبت التعاقد المنجز إلكترونيا بكافة الطرق، و بالتالي له أن يتمسك بالبريد الإلكتروني الغير موقع في الإثبات بإعتباره قرينة قضائية، أما التاجر فيتبع قواعد الإثبات المدنية إذا تعدت قيمة التصرف مبلغ محدد و من تم يمتنع عليه أن يتمسك برسائل البريد الإلكتروني غير الموقعة في الإثبات[2].

الفرع الثاني: عناصر حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات

مع التطورات الحاصلة على مستوى التشريعات الوطنية و الدولية في مجال المعاملات الإلكترونية خاصة بالنسبة لمسألة الإثبات تم التغلب على أغلب الإشكالات التي كانت تواجه هذه المسألة بعد الاعتراف للمحرر الإلكتروني بالحجية متى أستوفى الشروط المنصوص عليها قانونا، و أول ظهور لهذا الاعتراف بالحجية كان من خلال المادة 5 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية التي تنص على : « لا تفقد المعلومات مفهومها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات » ، و تضيف المادة 9 فقرة 1 من نفس القانون ما يلي: « في أية إجراءات قانونية ، لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات لمجرد أنها رسالة بيانات ، أو بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي، إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة مقبولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه».

---

[1]-Me Michel Gagné,La preuve dans une contexte électronique, Montréal,21 septembre 2001 ;p18.article diponible dans le site : http://www.mccarthy.ca/pubs/lepreuve.pdf

[2]- يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية و المصرفية، الطبعة الأولى،دار الثقافة عمان،2012،ص144.

كما أعترفت المادة 5 من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة[1] بالحجية حيث نصت على ما يلي:« للكتابة و للمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة و المحررات الرسمية و العرفية....متى أستوفت الشروط المنصوص عليها في القانون».

المشرع المغربي ساوى بين الوثيقة المحررة على الورق و الوثيقة الإلكترونية سواء كانت مطلوبة للإنعقاد أو للإثبات فقط[2].

أما المشرع الجزائري و الفرنسي فقد أعترفا بالمحرر الإلكتروني عن طريق الإعتراف بالكتابة الإلكترونية(أولا)، و التوقيع الإلكتروني(ثانيا) بإعتبارهما عنصرا المحرر الإلكتروني و هذا ما سوف نتطرق إليه في العنصر الموالي.

أولا: الكتابة الإلكترونية

إن الكتابة تضمن وجود الدليل لإثبات الحق عند المنازعة فيه أو وفاة أحد أطرافه، و قد نبه القرآن الكريم بأهمية الكتابة بقوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ}[3]

والكتابة لغة مشتقة من الفعل الثلاثي كتب، يكتب ، كتابا و كتبن و الكتاب إسم لما كتب مجموعا[4]، و الكتابة لا تتعدى أن تكون رموزا تعبر عن الفكر و القول و ليس من شرط لفهم هذا التعبير أن يتم إسناده إلى وسيط معين سواء أكان على الخشب أو الورق أو الحجر

[1]- القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالطرق الحديثة، أعتمد من طرف مجلس الوزراء العرب بقرار رقم 771- د24 -2008/11/27، متوفر على الموقع:...https://carjj.org/sites/.../**proof**ing%20by%20**new**%20technology.do

[2]- أحمد أدرويش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني المعطيات القانونية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، المغرب ،2009، ص59.

[3]- الآية 282 من سورة البقرة.

[4]- نائل علي مساعدة، الكتابة في العقود الإلكترونية في القانون الأردني،مقال، مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد50، أفريل 2012،ص199.

أو أي وسيلة أخرى طالما أن هذا الوسيط قادر على نقل رموز الكتابة فهو صالح للإعتداد به[1].

و مع التطور التكنولوجي ظهرت الكتابة الإلكترونية التي أدت إلى وجود نصوص قانونية تنظمها و تعترف بها في مجال المعاملات الإلكترونية لما تثيره من إشكالات خاصة في مجال الإثبات، و قبل الحديث عن مدى تكافؤ الكتابة الإلكترونية بالكتابة الورقية (أ)، لا بد من إعطاء مفهوم للكتابة الإلكترونية (ب).

أ)- مفهوم الكتابة الإلكترونية

مفهوم الكتابة الإلكترونية يستدعي التعريف بها (1)، و بيان شروطها (2).

1- التعريف بالكتابة الإلكترونية

إختلفت القوانين في تعريفها للكتابة الإلكترونية التي تمر بمجموعة من المراحل لإتمامها.

- تعريف الكتابة الإلكترونية

حسب الفقه الفرنسي الكتابة هي ما تم تدوينه على أوراق أو محررات مادية ترجح وجود تصرف قانوني معين[2].

و قد عرفت التشريعات الوطنية الكتابة التي يمكن إعتبارها دليلا للإثبات كما يلي:

- عرفها المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري[3] كما يلي « ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كدا طرق إرسالها ».

---

[1]- أياد محمد عارف عطا سدا، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية فلسطين،2009، ص10.

[2]- نفس أياد محمد عارف عطا سدا، مرجع سابق،ص8.

[3]- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج ر ج ج، عدد44،مؤرخة في 26 يونيو 2005.

- بالنسبة للمشرع الفرنسي نص في المادة الجديدة 1341 [1]من التقنين المدني الفرنسي على أن « الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف، للخصائص، للأرقام و لكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة أي كانت دعامة أو شكل إرسالها » هذه المادة أقرت بكل أشكال الكتابة و أعطت تعريف للإثبات مستقل عن حامله بحيث لم يعد مقصور على الحامل المادي[2].

- القانون المصري أشار إلى الكتابة التي يمكن إعتبارها دليلا في الإثبات على أنها الأوراق أو المحررات المكتوبة التي تستخدم كأذات للإثبات بأنها « كل حروف أو أرقام أو أية وسيلة أخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك »[3].

- بالنسبة للقانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة فقد عرفت المادة 1 فقرة 1 الكتابة الإلكترونية بأنها « كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك ».

- مراحل الكتابة الإلكترونية

تمر الكتابة الإلكترونية بالمراحل التالية:

- مرحلة تدوين الكتابة عن طريق إدخال البيانات إلى ذاكرة الحاسوب بإستعمال لوحة المفاتيح في صورة حروف أو أرقام أو علامات أو رموز، بعدها يتم معالجة هذه البيانات من خلال برامج المعالجة المعروفة مثلMICROSOFT WORD ثم تحفظ هذه البيانات و يتم تخزينها من أجل المحافظة على البيانات المدخلة لإسترجاعها عند الحاجة، و يتم التخزين

[1] - Nouvel art 1341 du code civil Français « La preuve littérale, ou preuve par écrit résulte d'une suite de lettre de caractères de chiffres ou de tout autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible quelque soit leur support et modalité de transmission »

[2] - Soulayman A Maiga, op.cit,p191.

[3]- المادة 1 من قانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة 2004.

على أدوات معدة لذلك مثل القرص المرن،الصلب، بالإضافة إلى التخزين على مواقع الويب[1].

- مرحلة إظهار الكتابة للإطلاع عليها و يمكن ذلك عن طريق شاشة الحاسوب أو طباعة الكتابة على الورق أو الإرسال و التبادل الإلكتروني للكتابة بواسطة شبكة الأنترنيت على شكل صفحات إلكترونية مثل البريد الإلكتروني الذي يعتبر أحد وسائل تبادل المعلومات و المعاملات الإلكترونية[2].

2- شروط الكتابة الإلكترونية

هناك شروط يجب أن تتوفر في الكتابة الإلكترونية حتى تكون لها نفس القيمة القانونية للكتابة العادية و يعتد بها أمام القانون و تتمثل هذه الشروط في:

- أن تكون مقروءة

بحيث يدل الدليل الكتابي على مضمون التصرف القانوني أو البيانات المدونة بالمحرر[3] أي أن تكون واضحة بحيث يمكن فهم محتواها و يستوي أن تكون على دعامة إلكترونية أو ورقية، أو أن تكون قد تم تدوينها بحروف أو بيانات أو رموز[4].

و هذا الشرط ينسجم مع المنطق و تتطلبه طبيعة الكتابة الإلكترونية التي تحتاج إلى نظام معالجة إلكتروني وسيط يسمح بقراءتها و إظهارها على شكل مفهوم[5].

و قد أشار إلى هذا الشرط المشرع الفرنسي في المادة 1316 من قانون 2230 بشأن التوقيع

[1]- بلقاسم حامدي،ابرام العقد الالكتروني،أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية،تخصص قانون أعمال،كلية الحقوق،جامعة الحاج لخضر باتنة،2014-2015،ص183.
[2]- نائل علي مساعدة،مرجع سابق،ص215.
[3]- أياد محمود عارف، مرجع سابق، ص10.
[4]- عبد الوهاب مخلوفي ، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال،كلية الحقوق،جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2011-2012، ص183.
[5]- نايل مساعدة ، مرجع سابق،ص204.

الإلكتروني[1] « ينتج عن تتباع الحروف و الأرقام و لكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة أي كان دعامتها و شكل إرسالها ».

أما المشرع الجزائري فأشار إلى هذا الشرط في المادة 322 مكرر« ...من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم » و مفهوم بالضرورة يعني انه هناك قراءة قبل الفهم.

- إستمرارية الكتابة و دوامها

و يعني ذلك ضرورة تدوين الكتابة كدليل على دعائم تضمن ثبات هذه الكتابة بشكل مستمر بحيث يمكن للأطراف أو أصحاب الشأن الرجوع إليها، أي تحفظ هذه الكتابة على دعامة لفترة طويلة من الزمن، مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة(CD-DVD) أو البريد الإلكتروني[2]، و هذا ما أكدته المادة 6 فقرة1 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية التي تشترط في الكتابة الإلكترونية أن تتم على نحو يتيح إستخدامها و الرجوع إليها لاحق، و قد سار في هذا الإتجاه القانون الإسترشادي بشأن الإثبات بالتقنيات الحديثة من خلال المادة10 و التي تشترط أن تكون المعلومات الواردة بالمحرر الإلكتروني قابلة للحفظ و التخزين بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها، أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة4 من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات الإلكترونية على« يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يتيح الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها و حفظها في الشكل النهائي بصورة تضمن سلامة محتواها و حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها و وجهتها ، و كذلك تاريخ و مكان إرسالها و إستلامها ».

[1] - loi N° 2230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629200

[2]- عبد الوهاب مخلوفي ، مرجع سابق،ص184.

- عدم قابلية الكتابة للتعديل أو التغيير

شرط عدم القابلية للتعديل يتوقف على الدعامة المثبت عليها المعلومات و البيانات هل هي دعامة إلكترونية غير دائمة تتمثل في التسجيل أو المغناطيسي مثل الشرائط الممغنطة و الأسطوانات، أو دعامة إلكترونية دائمة تتميز بثبات مضمونها و عدم قابليتها للتعديل و أي محاولة للتلاعب فيها[1].

فالكتابة الإلكترونية يجب أن تكون غير قابلة للحدف أو الإضافة حتى يحوز الدليل على الثقة و الأمان[2]، و الوسيط الإلكتروني يؤمن أو يمكن من حفظ المحررات الإلكترونية عليه بشكل لا تقبل التبديل أو التعديل خاصة من خلال وسائل و أساليب مثل المفتاح الخاص المحمي بوسائل تقنية متطورة و أيضا نظام النص الثابت الذي لا يمكن التدخل فيه أو تعديله[3].

و نص المشرع الجزائري على شرط عدم قابلية الكتابة للتعديل أو التغيير في المادة 323 مكرر1 «... يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط .....أن تكون معدة في ظروف تضمن سلامتها » ، كما نص المشرع التونسي على هذا الشرط في الفصل 4 من القانون التونسي لعام 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية[4] التي تنص «يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية .ويلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الالكترونية في الشكل المرسلة به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به .ويتم حفظ الوثيقة الالكترونية على حامل الكتروني يمكن من- :الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلوحيتها، -حفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها، -حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ

---

[1]- عبد الوهاب مخلوفي ، مرجع سابق ،ص186.

[2]- منصور محمد حسين، مبادئ الإثبات و طرقه،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2006،ص16.

[3]- عمر خالد زريقات ، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنيت، الطبعة الأولى،دار الحامد للنشر و التوزيع،2007،ص2017.

[4]- الفصل 4 من القانون التونسي لعام 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية:.متوفر على الموقع:
http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/services_a_distance/references_juridiques/L_2000_83_ar.pdf

ومكان إرسالها أو استلامها»، و أيضا المادة18 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004،حيث أشترطت لتمتع الكتابة الإلكترونية في الإثبات إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني[1].

- إمكانية معرفة هوية الشخص الذي أصدرها

نص على هذا الشرط المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر1 قانون مدني جزائري و التي تنص على ما يلي: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة في ظروف تضمن سلامتها " و القانون الأردني في المادة7 فقرة 3 لسنة 2015 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية التي تنص على: "...التمكن من التعرف على المنشأ و المرسل إليه و تاريخ و وقت إنشائه أو إرساله أو تسلمه...." ، و المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على:

« L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

و يقصد بالمصدر أو المنشأ حسب المصطلح المعتمد في هذه النصوص القانونية ضرورة تعيين الشخص الذي ينسب إليه المحرر الإلكتروني و مع وجود تقنية التوقيع الإلكتروني الذي سوف نأتي على ذكره أصبح من السهل كشف صاحب المحرر الإلكتروني لكن الإشكال يكون في المحررات الإلكترونية غير الموقعة،حيث تنقص أهميتها و تصبح في حكم الأدلة الكتابية الغير معدة للإثبات وفق القواعد العامة في الإثبات[2].

[1]- القانون متوفر على الموقع:
http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Egyptian-mail-signature-law-No.-15-of-2004.pdf

[2]- يوسف زروق ،مرجع سابق،ص180.

ب) - تكافؤ الكتابة الإلكترونية مع الكتابة الورقية

إعترفت القوانين للكتابة الإلكترونية بنفس حجية الكتابة الورقية صراحة متى توفرت الشروط السابقة الذكر و هذا ما جاء في القانون الجزائري في المادة 323 مكرر1،التي تنص على ما يلي:« يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ....» ، و أيضا المشرع الفرنسي في المادة الجديدة 1316-1 من القانـــون المـــدني الفرنسي[1]، و المادة 1316-3 [2] من نفس القانون.

كما نصت المادة 5 من القانون العربي الإسترشادي الخاص بالإثبات بالتقنيات الحديثة على هذه الحجية كما يلي: « للكتابة الإلكترونية...ذات الحجية المقررة للكتابة و المحررات العرفية و الرسمية ... متى أستوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ».

ثانيا)- التوقيع الإلكتروني

التوقيع عموما هو كتابة الشخص إسمه في محرر بالطريق التي يتخدها عادة موافقة على ما كتب في هذا المحرر، أو علامة خطية خاصة و مميزة يضعها الموقع بأي وسيلة لإقراره[3] و التوقيـــــع التقليدي يتضمن الإمضاء[4] و البصمة[5] و الختم[6].

---

[1] - Art 1316-1 « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

[2] -Art 1316-3 » « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »

[3]- إبراهيم بن سطم بن خلف العنزي، التوقيع الإلكتروني و حمايته الجنائية، أطروحة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية قسم العدالة الجنائية،كلية الدراسات العليا،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض،2009،ص22.

[4]- الإمضاء هو الكتابة بيد من يصدر منه التوقيع، بحيث يكتب إسمه كاملا أو مختصرا،كما يشمل كل إشارة أو إصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور المحرر منه،و الموافقة على ما ورد فيه و الإلتزام بمضمونه،أنظر **العبودي عباس**، شرح أحكام قانون الإثبات، الطبعة الثانية،دار الثقافة،عمان،1999،ص138.

[5]- البصمة هي الإنطباعات و العلامات التي تتركها رؤوس الأنامل عند ملامستها أحد السطوح المصقولة، و يقصد بها الإنطباعة التي يتركها الجزء العلوي من بطن الأصبع بعد طمسه بمادة ملونة، و هي أكثر دقة لأن لكل إنسان بصمة تميزه عن الآخر فهي تأخذ نفس قيمة الإمضاء، أنظر **إبراهيم بن سطم بن خلف العنزي**،مرجع سابق،ص25.

[6]- الختم هو وسيلة مكانيكية لطبع توقيع الشخص، يجب أن يكون واضح و مقروء ولا يشترط أن يكون الإسم الموجود على الختم هو الثابت في شهادة الميلاد بل يجوز أن يكون مختصر شريطة أن يكون هو الإسم الذي أعتاد الشخص أن يوقع به، يستوي أن يكون شخص طبيعي أو معنوي، و هناك من انتقد الختم كصورة للتوقيع المعترف به قانونا لما يشوبه من أخطار التزوير و التقليد و تعرضه للسرقة و الضياع، أنظر **نفس المرجع**،ص25.

إن التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر الإلكتروني يمكننا من نسبة مضمون المحرر الإلكتروني إلى الشخص الذي صدر عنه و بذلك نحقق شرط من شروط الإعتراف بحجية المحرر الإلكتروني و هو إمكانية معرفة هوية مصدر الكتابة، كما أن التوقيع يعطي للمحرر الحجية في الإثبات، فقد يشترط التوقيع على المحرر الإلكتروني حتى ينتج آثاره الإلكترونية، فهو بديل للتوقيع التقليدي و قبل التطرق إلى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (ب) ، لا بد من إعطاء مفهوم للتوقيع الإلكتروني (أ).

أ)- مفهوم التوقيع الإلكتروني

لإعطاء مفهوم للتوقيع الإلكتروني يستلزم الأمر التعريف به أولا (1)، ثم بيان صوره (2).

1 - التعريف بالتوقيع الإلكتروني

التعريف بالتوقيع الإلكتروني يكون من خلال تعريفه و بيان خصائصه.

- تعريف التوقيع الإلكتروني

هناك التعريف التشريعي و التعريف الفقهي.

✓ التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني

تباينت التعريفات التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى التعريف، فهناك من يعرفه بالنظر إلى الوسائل التي يتم بها و هناك من يأخذ بمعيار الوظائف التي يضطلع بها و هناك من يأخذ بمعيار تطبيقاته العملية.

عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلأكتروني في المادة 2 ف1 قانون رقم 15-04 [1]بأنه: « بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق ».

[1]- قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فيفري 2015،يحدد القواعد المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر ج ج عدد 6 ،مؤرخة في 10 فيفري 2015.

كما عرفه المشرع الأردني من خلال المادة2 من قانون المعاملات الإلكترونية لعام 2015 بأنه : « البيانات التي تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها و تكون مدرجة بشكل إلكتروني أو أي وسيلة أخرى مماثلة في السجل الإلكتروني، أو تكون مضافة عليه أو مرتبطة به بهدف تحديد هوية صاحب التوقيع و إنفراده بإستخدامه و تمييزه عن غيره....».

أما المشرع الفرنسي فعرف التوقيع الإلكتروني من خلال المادة 1316-4 قانون مدني التي تنص على أنه: « ضرورة لإتمام عقد قانوني يكشف عن هوية الشخص الذي وقع التوقيع،كما يعلن عن رضا الأطراف بالإلتزامات الناتجة عن هذا العقد و حينما يوضع التوقيع بواسطة موظف عام فإن هذا التوقيع يضفي على العقد الطابع الرسمي»[1].

هذا التعريف للمشرع الفرنسي كان محايدا حيث شمل كل أشكال التوقيع سواء التقليدي أو الإلكتروني، فهو تعريف وظيفي أي أنه أعطى للتوقيع تعريف عام من خلال وظائفه[2].

أما المشرع المصري فعرف التوقيع الإلكتروني في المادة1 من القانون رقم 115-2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني بأنه: « كل ما يوضع على محرر ألكتروني يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها و يكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع و تمييزه عن غيره »[3].

و على المستوى الدولي فقانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية عرف التوقيع الإلكتروني في المادة2 فقرة(أ) كما يلي: « التوقيع الكتروني يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا

[1] -Art 1316-4 du code civil Français « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.
Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

[2] -Soulayman A Maiga,op.cite,p197.

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية،دار الجامعة الجديدة،2009، ص213.

يجوز أن تُستخدم لتعيين هوية الموقّع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقّع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات »[1].

كما عرف القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة التوقيع الإلكتروني في المادة1 فقرة3 كما يلي:« ما يوضع على محرر إلكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها و يكون له طابع منفرد يسمح بتحديد الشخص الموقع و يميزه عن غيره ».

أما بالنسبة للتوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية[2] فقد أورد مستويين للتوقيع الإلكتروني، الأول متعلق بالتوقيع الإلكتروني البسيط و هو حسب نص المادة الثانية من التوجيهة الأوروبية " معلومة تأخذ شكلا إلكترونيا ترتبط بشكل منطقي ببيانات أخرى إلكترونية و الذي يشكل أساس منهج التوثيق[3].

و الثاني متعلق بالتوقيع الإلكتروني المتقدم و هو توقيع يرتبط بشكل غير قابل للفصل بالنص الموقع و لكي يأخذ التوقيع هذه الصفة يجب أن يتوفر على شروط و هي:

* أن يرتبط و بشكل منفرد بصاحب التوقيع.

* أن يتيح كشف هوية صاحب التوقيع.

* أن ينشأ من خلال وسائل موضوعة تحت رقابة صاحب التوقيع.

* أن يرتبط بالبيانات التي وضع عليها التوقيع إلى درجة أن أي تعديل للبيانات يمكن كشفه[4].

---

[1]- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، متوفر على الموقع :
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf

[2] - Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.diponible sur le site :
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31999L0093

[3] - Art 2-al1 du Directive 1999/93/CE «… "Signature électronique", une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification; »

[4] - Art 2 al2 de la directive précité « … "signature électronique avancée" une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes: **a)** être liée uniquement au signataire; **b)** permettre d'identifier le signataire; **c)** être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif , **d)** être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable…. »

✓ **التعريف الفقهي للتوقيع الإكتروني**

عرفه بعض الفقه التوقيع الإلكتروني بأنه « إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة إلكترونية معينة أو شفرة خاصة بحيث يحتفظ بالرقم أو الشفرة في مكان آمن و سري يمنع إستعماله من قبل الغير و يعطي الثقة بأنه صدر من صاحبه حامل الرقم أو الشفرة »[1].

و عرف في الفقه الفرنسي بأنه «عبارة عن مجموعة من الأرقام التي تنجم عن عملية حسابية مفتوحة بإستخدام الكود السري الخاص»[2].

كما عرفه البعض الآخر بأنه « مجموعة من الإجراءات و الوسائل يتبع إستخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام أو إخراج رسالة إلكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونيا و يجري تشفيرها بإستخدام زوج من المفايتح،واحد معلن و الآخر خاص بصاحب الرسالة »[3].

و مهما تعددت تعاريف التوقيع الإلكتروني إلا أنها تدور في مجملها حول الجانب الوظيفي للتوقيع و المتمثل في تحديد هوية الموقع و التعبير عن رضاه بالإلتزام بمضمون المحرر بالإضافة إلى جانب تقني يتمثل في الإرتباط بين التوقيع و المحرر الإلكتروني.

- خصائص التوقيع الإلكتروني

تتمثل في مجموعة من الخصائص هي:

* السرعة و المرونة خاصة في مجال سحب و تحويل الأموال إلكترونيا بواسطة البطاقة المغنطيسية، فهناك بطاقات سحب التي تمكن من سحب الأموال من الموزع الآلي للنقود و

---

[1]- إبراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق،ص38.

[2]- إبراهيم بن سطم بن خلف العنزي، مرجع سابق ،ص40.

[3]- أسامة بن غانم لعبيدي،حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، العربية السعودية، مجلد28،العدد56،ص145.متوفر على الموقع:
http://www.nauss.edu.sa/Ar/CollegesAndCenters/ResearchesCenter/studiesmagazine/Archive/1434/Documents/em_dar_56_4.pdf

هناك بطاقات الوفاء،حيث أن إستعمال هذه البطاقات المغنطيسية يتم بعد قراءتها إلكترونيا و التأكد من صحة الرقم السري المدخل من طرف الزبون، ثم تسجيل العملية المصرفية و نقل كل هذه المعطيات إلكترونيا إلى الحاسوب المركزي ، ليقوم إلكترونيا بتسجيل العملية في حساب الزبون.

* مصداقية التوقيع الإلكتروني من خلال إيجاد طرف محايد يؤكد أن هذا التوقيع صادر من صاحبه و أن البيانات الموقعة لم تتغير أثناء إرسالها إذ يربط هذا الوسيط أو الطرف هوية مرسل المحرر الإلكتروني بالمفتاح العام بالمفتاح الخاص الذي به يوقع المحرر الإلكتروني و هذا من خلال الشهادة الإلكترونية.

* يحدد شخصية الموقع و يعبر عن رضاه بمضمون المحرر.

* التوقيع الإلكتروني يحقق غرض و وظيفة التوقيع التقليدي متى كان صحيح و توفرت فيه الشروط المطلوبة قانونا.

* يحقق الأمان و الخصوصية و السرية في نسبته للموقع خاصة مستخدمي شبكة الأنترنيت و عقود التجارة الدولية، و يتم ذلك عن طريق إمكانية تحديد هوية الموقع و من ثم حماية المؤسسات من عمليات تزوير التوقيعات[1].

2- صور التوقيع الإلكتروني

إذا كان التوقيع التقليدي يتم في صورة بصمة أصبع أو إمضاء أو ختم فإن التوقيع الإلكتروني يتخذ الصور التالية.

- التوقيع بالأحرف الأولى

يعتبر من أسهل طرق التوقيع الإلكتروني إذ يقوم الموقع بكتابة إسمه كاملا أو الأحرف الأولى منه أو كتابة أية حروف أو علامات تميزه عن غيره كإسمه المستعار أو إسم

[1]- أسامة بن غانم لعبيدي، مرجع سابق،ص147.

الشهرة، يعيب على هذه الطريقة عدم توفر الضمانات الواجبة في التوقيع، إذ من السهل على أي شخص آخر التعرف على هذا الشكل و إستخدامه دون علم من ينسب إليه التوقيع[1].

- التوقيع في شكل كلمة سر أو رقم تمييز شخصي (PIN)[2]

و يكون التوقيع في هذه الحالة بإستعمال كلمة سر من طرف الموقع أو رقم شخصي متمثل في إستخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما، يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته، و هو الوحيد الذي يعلم بها أو شخص يبلغه بذلك، و ينتشر إستعمال هذا النوع من التوقيع في عمليات المصارف و الدفع الإلكتروني، حيث توجد بطاقات دفع تحمل هذا النوع من التوقيع مثل بطاقة VISA و MATER CARD و AMERICAN EXPRESS [3].

و هذا النوع من التوقيع إعترف له القضاء الفرنسي بالحجية الكاملة في الإثبات على أساس أن موافقة جهاز الصرف الآلي على سحب المبلغ المبين على الشاشة بعد تمرير العميل للبطاقة داخله و إدخال الرقم السري يعتبر إقرار من الجهاز لهذا العميل.

و رغم أن هذا الشكل للتوقيع مؤمنا نسبيا إلا أنه معرض للإختراق عن طريق عمليات التخريب التي يمكن لمعجم الحاسوب الآلي القيام بها[4]، و إمكانية حصول الغير على البطاقة و الرقم السري و بالتالي إمكانية إستعمالها من غير صاحبها[5].

- التوقيع بالقلم الإلكتروني Pen-op

هو عبارة عن قلم إلكتروني حسابي يستخدم في الكتابة على شاشة الحاسوب الآلي الخاص بالموقع، و يتم ذلك بإستخدام برنامج هو المسيطر و المحرك لهذه العملية، حيث يقوم هدا البرنامج بوظيفتين، الأولى تتمثل في إلتقاط التوقيع، و الثاني التحقق من صحة التوقيع[6].

---

[1]- أسامة الروبي عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات و الإدعاء مدنيا بتزويره، أعمال المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية- الحكومة الإلكترونية)، 19-2009/05/20 جامعة الإمارات العربية المتحدة، مركز الدراسات والبحوث الإستراتيجية- أبو ظبي، ص 510.

[2]- PIN= Personal Identification Nember .

[3]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية و مسؤولية جهاز التوثيق إتجاه الغير المتضرر، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، من 10 إلى 12 ماي 2003.

[4]- أسامة الروبي عبد العزيز الروبي، مرجع سابق،ص510.

[5]- عبد الوهاب مخلوفي ،مرجع سابق،ص206.

[6]- أسامة بن غانم لعبيدي، مرجع سابق،ص152.

لكن هذا النظام يحتاج إلى جهاز حاسوب بمواصفات خاصة، و تبدأ العملية بأن يتلقى البرنامج أولا بيانات العميل عن طريق بطاقته الخاصة التي يتم وضعها في الآلة حيث تظهر التعليمات على الشاشة ثم تظهر رسالة بيانات إلكترونية تطلب توقيع الشخص بإستخدام القلم على مكان محدد داخل شاشة الحاسوب، بعدها يقوم البرنامج بقياس خصائص معينة للتوقيع من حيث الحجم و الشكل و النقاط و الإلتواءات[1]، و بعد الموافقة على التوقيع يتم تشفير البيانات الخاصة بالتوقيع و تخزينها ليتم بعد دلك التحقق من صحة التوقيع عن طريق مقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، و يتم إرسالها بعد ذلك إلى برنامج الحاسوب الذي يحدد ما إذا كان التوقيع مزور أو صحيح[2].

و رغم الإيجابيات التي يتمتع بها هذا التوقيع إلا أن هناك إجماع من الفقه بعدم توفر الأمان الكافي فيه، إذ يمكن عمليا إصطناع مستندات في مواجهة صاحب التوقيع دون علمه بها و بالتالي لا يعبر هذا التوقيع عن شخصية صاحبه و هويته الحقيقية مما يؤدي إلى فقدان المحرر حجيته في الإثبات، أي لا يعتد بهذا التوقيع في إستكمال عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات[3].

- التوقيع بالماسح الضوئي Scanner

و يتم عن طريق تصوير و نقل التوقيع اليدوي إلى المحرر المراد إستخدامه، و عيب هذا التوقيع هو إمكانية إحتفاظ مستقبل المحرر الموقع و إعادة إستخدام التوقيع عن طريق ماسح ضوئي آخر و هذا التوقيع يشبه التوقيع بإستخدام القلم[4].

- التوقيع الرقمي Signature électronique

عبارة عن مجموعة أرقام أو حروف يختارها صاحب التوقيع و يتم تركيبها أو ترتيبها في شكل كودي معين، و يتم عن طريقه تحديد شخصية صاحبه بحيث لا يكون هذا الكود معلوم

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007،ص32.
[2]- أسامة بن غانم لعبيدي، مرجع سابق،ص152.
[3]- نفس المرجع،ص153.
[4]- أسامة الروبي عبد العزيز الروبي، مرجع سابق،ص510.

إلا له فقط[1]،كما يعرف أيضا بأنه التوقيع الذي يكون في صورة أرقام أي شكل غير مقروء و غير مفهوم بمعنى إستخدام لوغارتميات عن طريق تحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية[2]،كما عرف بأنه بيانات أو معلومات متصلة بمنظومة بيانات أخرى في صورة شفرة و الذي يسمح للمرسل إليه إثبات مصدرها و التأكد من سلامة مضمونها و تأمينها ضد أي تحريف أو تعديل[3].

يتم التحقق من صحة التوقيع الرقمي بإستخدام التشفير[4]، و الذي يتميز بقدر كبير من الأمان و ضمان تحديد هوية الأطراف بدقة و هذا راجع للأسباب التالية:

- التوقيع الرقمي يحقق الإرتباط بين المستند الكتابي و التوقيع الوارد عليه.

- ضمان عدم تعديل التوقيع أو المحرر المرتبط به.

- ضمان التحقق من هوية الموقع و إنتساب الرسالة إليه و هذا للإرتباط التام بين المفتاح العام و الخاص.

- التعبير الصريح و الواضح عن إرادة صاحب الإلتزام.

---

[1]- عبد الوهاب مخلوفي ،مرجع سابق،ص208.

[2]- تروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة،مصر،2007،ص62.

[3]- نفس المرجع،ص61.

[4]- الذي يعرف بأنه تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها، أنظر **هدى حامد قشقوش**، الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني،مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،الأيام 10-12 ماي 2003.

و يوجد نوعان للتشفير، تشفير متماثل يتم بإستخدام مفتاح واحد معروف لدى الطرفين، فمصدر الرسالة و المرسل إليه يعتمدان نفس مفتاح التشفير لفك الرموز، وقبل إرسال الرسالة المشفرة يتم إرسال مفتاح التشفير إلى المرسل إليه بطريقة آمنة ليستطيع فك الشفرة، أنظر **محمد أمين الرومي**،التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، الطبعة الأولى،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2004،ص31.

و تشفير غير متماثل، حيث يتم تشفير المعلومات بمفتاح معين و يفك التشفير بمفتاح آخر، و يتمثل كل من هذين المفتاحين في شفرة معينة مكونة من معادلات لوغرتمية حيث يسمى مفتاح التشفير بالمفتاح الخاص و مفتاح فك التشفير بالمفتاح العام، أنظر **عبد الوهاب مخلوفي** ،مرجع سابق،ص 208.

و المفتاح العام يسمح لكل شخص مهتم القيام بقراءة رسالة البيانات عبر الأنترنيت بدون إمكانية إدخال أي تعديل عليها،فإذا وافق على مضمونها و الإلتزام بها يضع توقيعه عن طريق المفتاح الخاص به، ثم يرسل رسالة البيانات الموقعة إلى مصدرها و لا يستطيع التاجر هو الآخر إجراء أو إدخال تعديلات لعدم إمتلاكه المفتاح الخاص بالموقع،حيث لا يستطيع أي طرف التعديل إلا بالإستخدام المتزامن للمفتاحين الخاصين بصاحب الرسالة وصاحب التوقيع،أنظر **خالد ممدوح إبراهيم**،حجية البريد الإلكتروني في الإثبات،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2008،ص214.

إن حصولكل من الطرفين على المفتاحين الخاص و العام يتم عن طريق التعاقد مع جهة توثيق دولتيهما أو دولة كل منهما في حالة الإختلاف.

- يتوفر على كافة الشروط التي يتطلبها القانون ليكون دليل كتابي كامل.

- يحقق سرية المعلومات التي يتضمنها المحرر الإلكتروني،حيث لا يمكن قراءة هذه الأخيرة إلا ممن أرسلت إليه و بإستخدام المفتاح العام للمرسل[1] .

بالرغم من إيجابيات التوقيع الرقمي إلا أنه يعيب عليه إمكانية سرقة هذه الأرقام أو معرفتها من قبل الغير و التصرف فيها بشكل غير مشروع خاصة مع إزدياد عمليات الإختراق و القرصنة و محاولة فك الشفرة و الوصول إلى الأرقام الخاصة بالتوقيع الإلكتروني و القيام بنسخها و إعادة إستخدامها بطريقة غير شرعية[2].

- التوقيع البيومتري

يعتمد هذا التوقيع على القياسات الحيوية أو الخواص الذاتية للموقع و التي تختلف من شخص إلى آخر و هذه الخواص هي البصمة الشخصية[3]، مسح العين البشرية أو بصمة قزحية العين أو خواص اليد البشرية، أو نبرة الصوت[4]، أو التعرف على الوجه البشري بإستخدام الأشعة تحت الحمراء و غير ذلك من الصفات السلوكية و الجسدية[5]، أو الحمض النووي ADN، و من أهم هذه الخصائص المعتمد عليه كتوقيع في المعاملات المدنية و التجارية هناك بصمة الأصبع و مسح العين و ميزة الصوت[6]، و يتم أولا الحصول على صورة للشكل و تخزينها داخل الحاسوب الآلي ثم تشفر البيانات حتى لا يعتدى عليها مع السماح للأشخاص المصرح لهم بإستخدامها[7]، و نظرا لإختلاف هذه الخواص من شخص

---

[1]- عبد الوهاب مخلوفي ،مرجع سابق،ص 210.

[2]- أسامة بن غانم لعبيدي، مرجع سابق،ص 154.

[3]- هي بصمة رقمية يتم إشتقاقها وفق خوارزميات تدعى إقترانات التمويه، و التي تطبق حسابات رياضية على الرسالة لتوليد بصمة تمثل الرسالة و تدعى هذه البيانات البصمة الإلكترونية للرسالة و هي تتكون من بيانات لها طول ثابت تتراوح بين 12 و 160، إذ تستطيع البصمة تمييز الرسالة الأصلية أو أي تغيير في الرسالة، و تتميز خوارزميات البصمة الإلكترونية بسرعتها التي تفوق عملية التشفير و تعتبر أكثر أمانا منه، و من فوائد التوقيع بالبصمة عدم إمكانية المرسل من إنكار المعلومات التي أرسلها، و تتنوع البصمات الإلكترونية بين بصمة الأصبع و بصمة القزحية للعين، أنظر **عبد العزيز العلوي**، التوقيع الإلكتروني، بحث، جامعة القاضي عياض،مراكش،2014-2015،ص23.

[4]- عن طريق القياسات الحيوية للصوت، بمعرفة قوة الموجات الصادرة منه و نبراته و نطق الحروف.

[5]- أسامة بن غانم لعبيدي، مرجع سابق،ص155.

[6]- عبد الوهاب مخلوفي ، مرجع سابق،ص207.

[7]- تروت عبد الحميد،مرجع سابق،ص 60.

إلى آخر فإن التوقيع البيومتري يمكن الإعتماد عليه و بالتالي إعتباره وسيلة لإثبات التصرفات القانونية.

ب)- حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

إعتبر المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني الموصوف هو وحده الذي يعادل التوقيع المكتوب و تكون له نفس حجيته[1]، و حتى يكون التوقيع الإلكتروني موصوفا لا بد من توفر مجموعة من الشروط أوردها المشرع في المادة7 من القانون 15-04 [2]المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين و تتمثل في:

- أن ينشأ التوقيع الإلكتروني على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، و هذه الشهادة تصدر عن طرف ثالث هو مؤدي خدما ت التصديق المرخص له بذلك[3] و تكون مستوفاة للمتطلبات التالية:

* أن تمنح من الجهة المختصة بذلك[4].

* أن تمنح للموقع دون سواه.

* أن تتضمن إشارة تدل على أنه تم منحها على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق المرخص له بذلك و أيضا البلد المقيم فيه، إسم الموقع أو الإسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته إمكانية إدراج صفة للموقع عند الإقتضاء، بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني و تكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، حدود إستعمال شهادة التصديق عند الإقتضاء،حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني عند الإقتضاء، الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي عند الإقتضاء[1] .

---

[1]- المادة 8 من القانون 15-04 السابق ذكره.
[2]- سار على هذا النهج القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة في المادة 7 منه.
[3]- نظم المشرع مسألة التصديق و جهات التصديق في الفصل الثالث من القانون 15-04 السابق ذكره.
[4]- هي طرف ثالث موثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.
[1]- المادة15 من القانون 15-04 السابق ذكره.

- أن يرتبط التوقيع بالموقع دون سواه و يمكن من تحديد هوية الموقع، أي أن يكون دالا على شخصية الموقع بما يؤكد سلطته في إبرام التصرف القانوني و قبوله بمضمونه[1]، فمع تقدم تقنيات التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني سمح ذلك بتحديد هوية صاحب التوقيع[2] من خلال أنظم فعالة وبرامج أمنية تكشف التسلل و القرصنة و تحمي الأطراف.

و كمثال على هذا الشرط التوقيع بالرقم السري في بطاقات الصراف الآلي، حيث أنه عندما يقوم مالك البطاقة بإدخال الرقم السري الخاص به في الجهاز و قيام الجهاز بالتعرف على هذا الأخير و إدخال الشخص لحسابه تكون هذه الإجراءات كافية لإثبات شخصية المالك و إتمام جميع العمليات المخول له القيام بها بفضل البطاقة[3].

- أن يكون التوقيع مصمما بواسطة آلية مؤمنة[4] خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

- أن يكون منشأ بواسطة وسائل[5] تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

- أن يكون التوقيع مرتبطا بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات،حيث يلزم لتحقق الأمان و الثقة في التوقيع الإلكتروني أن يتم كتابة المحرر الإلكتروني و التوقيع عليه بإستخدام وسائل من شأنها المحافظة على صحته و سلامته و تساعد في كشف أي تعديل أو تشفير في بيانات المحرر الإلكتروني،و بما أن التوقيع الإلكتروني يحدد شخصية الموقع دون سواه يجب أن يبقى هذا التوقيع سرا حتى لا يساء إستعماله من الغير خاصة و أن للتوقيع آثار قانونية بالنسبة للموقع أو الغير[1].

---

[1]- أسامة بن غانم لعبيدي، مرجع سابق،ص124.

[2]- من هذه التقنيات نظام المعاملات الإلكترونية الآمنة،SCURE ELECTRONIQUE TRANSACTION حيث يوفر التحقق من شخصية صاحب التوقيع، و هناك أيضا نظام يسمى بروتوكول تأمين طبقة المقابس (SECRE SOCKETS LAYRE=SSL) يهدف إلى تأمين نقل المعلومات و البيانات بين العميل و الوحدات التجارية، و بصفة خاصة تأمين بيانات بطاقة الدفع البنكية أنظر **خالد ممدوح إبراهيم**،إبرام العقد الإلأكتروني،مرجع سابق،ص193.

[3]- أسامة بن غانم لعبيدي،مرجع سابق،ص125.

[4]- هذه الآليات تحدث عنها المشرع في الفصل الثاني من القانون 15-04 السابق ذكره.

[5]- إن وسائل إنشاء التوقيع الإلكتروني عبارة عن معطيات في شكل حروف و أرقام أو رموز تتضمن عناصر مميزة خاصة بصاحب التوقيع، بحيث لا يستطيع أي شخص فك رموز التوقيع الخاص به أو الدخول عليه سواء عند إستعماله لهذا التوقيع أو إنشائه،أنظر **عبد الفتاح بيومي حجازي**، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني،دار الكتب القانونية، القاهرة 2007،ص443.

[1]- نفس المرجع و نفس الصفحة.

و متى حاز التوقيع الإلكتروني على الشروط المطلوبة قانونا تكون له حجية تعادل ما يتمتع به التوقيع التقليدي، و قد أشار المشرع في المادة9 من القانون 15-04 إلى التوقيع العادي أي التوقيع الإلكتروني الذي لا يعتمد على شهادة تصديق الكتروني موصوفة أو لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني، و أعترف المشرع لهذا التوقيع بفعاليته القانونية و قبوله كدليل أمام القضاء و هذا ما فعله التوجيه الأوروبي،حيث أوجب على من يتمسك بالتوقيع البسيط أن يقيم الدليل أمام القاضي على أنه ثم بطريقة تقنية موثوق بها، أما بالنسبة للتوقيع المتقدم فقد أشترط أن يكون معتمدا من أحد مقدمي خدمات التوثيق حتى يكون لهذا التوقيع نفس قيمة التوقيع التقليدي في الإثبات[1].

و في حالة ما إذا هناك نزاعا بين توقيعين إلكترونيين أحدهما بسيط و الآخر متقدم فالأولوية لهذا الأخير لأنه يتمتع بعناصر أمان[2].

و بإعتراف المشرع بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات فإن سلطة القاضي التقديرية تكون قد تقلصت حيث يلتزم بالأخذ بالمحررات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات له كامل الحجية.

و قد أعترف المشرع المغربي بحجية التوقيع الإلكتروني من خلال القانون 05-53 المتعلق بالتبادل القانوني للمعطيات الإلكترونية في المادة 6 منه، لكنه إعتبر أن حجية التوقيع المؤمن تفوق حجية التوقيع العادي[3].

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 14 من القانون رقم 15 لعام 2004 على ما يلي : " للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية إذا روعي في إنشائه و إتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون و الضوابط الفنية و التقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، و بهذا يكون المشرع المصري قد أعطى الحجية للتوقيع الإلكتروني

[1]- أيمان مأمون سليمان، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته، مرجع سابق، ص250.
[2]- سعيد سيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص55.
[3]- عبد العزيز العلوي، مرجع سابق،ص57.

في التعاملات المدنية و التجارية و الإدارية بعد إستيفاء هذا التوقيع الشروط المقررة في قانون إثبات المعاملات المدنية و التجارية المصري[1].

و هناك أيضا المادة 6 من القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة التي تنص على: " للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي بموجب أحكام القوانين النافذة إذا روعي في إنشائه و إتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ".

المبحـــث الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في عقد البيع الالكتروني الاستهلاكي

يعرف الاختصاص بشكل عام أنه سلطة المحكمة للحكم في قضية أو خصومة معينة[2] **و** يقصد بالاختصاص القضائي الدولي حسب جانب من الفقه بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تتحدد بمقتضاها ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات و المسائل ذات العنصر الأجنبي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى[3]، حيت تتميز هده القواعد بأنها مفردة الجانب أي تحدد الحالات التي تكون فيها المحاكم الوطنية مختصة دون تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع في حالة عدم اختصاص المحاكم الوطنية، كما تعتبر قواعد وطنية لأن المشرع الوطني هو الذي يقوم بسنها و هي أيضا قواد مباشرة أو موضوعية لا تعتمد على تقنية الإسناد.

إن استخدام الانترنيت كوسيلة لإبرام العقود ، خاصة عقد البيع ذا الطابع الدولي يثير العديد من الإشكالات فيما يخص المحكمة المختصة بتسوية المنازعات الناتجة عن هدا العقد، حيث دهب الفقه أمام قلة التشريعات المنظمة لهده المسألة إلى اللجوء لقواعد الاختصاص

---

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي،مرجع سابق،ص364.

1- كمال عبد الرحيم العلاوين و خلدون سعيد قطيشات، دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الأردني: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 38، العدد2، 2011، ص701.

2- طلال يسين العيسى، علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مقال، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد25، العدد الأول، 2009، ص308.

القضائي في القوانين الداخلية و الاتفاقات الدولية و محاولة تطويقها لتحديد المحكمة المختصة بتسوية منازعات هدا العقد.

إن عقد الإختصاص للمحاكم لنظر منازعات المستهلك المترتبة عن العقد الإلكتروني الإستهلاكي يكون على أساس ضوابط معينة، سواء كانت ضوابط أصلية (المطلب الأول) أو إستثنائية (المطلب الثاني) ،أو خاصة عندما يكون المستهلك طرفا في العلاقة (المطلب الثالث) .

المطلـــب الأول: الضوابط الأصلية في تحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات العقد الدولي

إن المبدأ العام المطبق في القانون هو أن الأصل في ولاية القضاء في الدولة هو الإقليمية و حدود هده الولاية يقوم على أسس إقليمية تربط بين المنازعة و ولاية القضاء و بالتحديد موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو موقع المال أو مكان نشوء الالتزام أو مكان تنفيذه، و هي ما تعرف بالضوابط الإقليمية(الفرع الأول) ، بالإضافة إلى ضابط شخصي للاختصاص هو جنسية المدعي أو المدعى عليه(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختصاص الأصلي المبني على الضابط الإقليمي

إن اختصاص المحكمة على أساس الارتباط الإقليمي يكون إما بالاعتماد على موطن المدعي أو المدعى عليه أو موقع المال موضوع النزاع أو مكان نشوء الالتزام أو مكان تنفيذه، و من مبررات دلك أن سيادة الدولة على إقليمها تقتضي بأن يكون لقضائها الولاية على الأشخاص الموجودين في إقليمها بغض النظر عن جنسيتهم ، و كذلك على الأموال الموجودة فيها و الالتزامات التي تتم على إقليمها، و هدا ما يؤدي إلى سهولة تنفيذ الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية و تكريس مبدأ أن الأصل هو براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت العكس، و مادام لم يثبت دلك فليس من العدل أن نحمله عناء الانتقال إلى محكمة المدعي، و على هذا الأخير أن يلاحق المدعى عليه لإثبات دعواه تجسيدا للقاعدة المستقر

عليها في القوانين الوضعية و الدولية التي تنص على أن المدعي يتبع المدعى عليه في محكمته[1] و أن الدين يطلب و لا يحمل ، و فيما يلي نتطرق إلى هده الضوابط بالتفصيل.

أولا : ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه

إن السماح للشخص بالتوطن أو الإقامة في إقليم دولة وفقا لشروط معينة يراعيها و يلتزم بها تترتب عليه آثار قانونية معينة لعل أهمها تقرير الاختصاص للمحاكم الوطنية بنظر الدعوى المقدمة إليها، و عليه فإذا أبرم عقد بيع بواسطة شبكة الإنترنيت فإنه يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه[2] . و الحكمة في دلك هو أن الحكم يكون ملزما بالنسبة للمدعى عليه إدا كان صادرا من محاكم دولة لها الولاية عليه و إلا كان تنفيذه غير ممكن، كما أن دفاع المدعى عليه عن نفسه يكون أيسر أمام المحاكم الوطنية و قد يؤدي مثول المدعى عليه أمام محكمة غير معروفة إلى صعوبة اختيار محامي[3] و تبنت هذا الضابط المادة 28 فقرة (أ) و (ب) من اتفاقية الرياض لعام 1983 المتعلقة بالتعاون القضائي بين دول جامعة الدول العربية[4].

كما أخد بهذا الضابط المشرع الجزائري في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية « يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه....».

و المادة 02 من اتفاقية بروكسل[1] رقم 72/454/CEE الموقع عليها في 27سبتمبر 1968 و المتعلقة بالاختصاص القضائي و تنفيذ القرارات في المجال المدني و التجاري، و

---

[1]- عبد الفتاح الزيتوني، تنازع الاختصاص في العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، طبعة أولى، المطبعة الوراقة الداوديات مراكش، 2010، ص240.

[2]- أحمد ولد محمد المصطفى، العقد الالكتروني في القانون الدولي الخاص ,ص3، مقال متوفر على الموقع: http://eddamir.info

[3]- هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972، ص76.

[4]- اتفاقية الرياض لعام 1983 المتعلقة بالتعاون القضائي بين دول جامعة الدول العربية.

[1] - Convention Bruxelles 1968, Concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, article2 «Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État….. ». voir http://www.droi-technologie.org

المادة04 من تنظيم بروكسل1مكرر[1] رقم 1215/2012 الصادر بتاريخ 12دسمبر2012 المعدل لتنظيم بروكسل1 و المتعلق بالاختصاص القضائي و الاعتراف و تنفيذ القرارات في المجال المدني و التجاري، و الذي دخل حيز التنفيذ في 10 جانفي 2015 حيث نلاحظ أن المادتين لهما نفس المضمون[2].

كما نص على الضابط المشرع المصري في المادة29 من قانون المرافعات[3] : « تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية....»، إذا المشرع المصري نص صراحة على ضابط الموطن في مجال الإختصاص القضائي الدولي.

فما المقصود بالموطن و ما الفرق بينه و بين محل الإقامة؟

أ) - مضمون ضابط الموطن

هناك اختلاف بين مفهوم الموطن الداخلي و الموطن الدولي، حيث يقصد بالموطن الداخلي الارتباط الموجود بين شخص و مكان معين في إقليم دولته، بينما الموطن الدولي فيقصد به المكان التابع لإقليم دولة معينة و الذي يقيم فيه الشخص بنية البقاء، سواء كانت هده الدولة

---

[1] -article4 «1. Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre, RÈGLEMENT (UE) No 1215/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale(Bruxelles1 bis), : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:fr:PDF.

2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées sont soumises aux règles de compétence applicables aux ressortissants de cet État membre. » voir http:// eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32012R1215

[2]- الجدير بالذكر أن المادة4 من تنظيم بروكسل1 كانت مختلفة عن هاتين المادتين :

1). Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans haque État membre, réglée par la loi de cet État membre, sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23.

2). Toute personne, quelle que soit sa nationalité, domiciliée sur le territoire d'un État membre, peut, comme les nationaux, y invoquer contre ce défendeur les règles de compétence qui y sont en vigueur et notamment celles prévues à l'annexe I. voir le site :http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:fr:HTML

[3]- موجود على الموقع:http://www-alfrahna.forumegypt.net

هي التي يحمل جنسيتها أم لا ، و قد اختلف الفقه في تعريف الموطن في مجال القانون الدولي الخاص، حيث عرفه " سافيني " بأنه المحل الذي يختاره الشخص اختيارا حرا ليسكن فيه نهائيا أو ليكون مركزا لعلاقاته القانونية و لأشغاله[1].

أما الفقيه الحنفي " الكاساني" فقد عرفه بأنه موطن الإنسان في بلدته أو في بلدة أخرى أتخذه دار للتوطن بها مع أهله و ولده، و ليس من قصده الارتحال عنها بل العيش فيها .

و بالنسبة للفقيه " دايبن " فالموطن هو الجهة أو البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص و لكن يجوز أن يكون في بعض الأحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء أكان مقيم فيه أو لا[2] .

و لفكرة الموطن تصور حكمي و تصور واقعي، فالتصوير الحكمي يعتمد على اعتبار المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيس لأعمال الشخص هو الموطن بغض النظر عما إذا كان مقيما فيه بصورة معتادة أم لا، فقد يكون محل الإقامة المعتادة للشخص مثلا مدينة جيجل بينما المقر الرئيس لأشغاله مدينة تونس،و يترتب على هدا التصور أن الشخص لا يكون له أكثر من موطن لأنه لا يمكن أن يكون له إلا مقر رئيس واحد لأعمال، و هدا الاتجاه أخد به المشرع الجزائري في المادة37 فقرة1 من القانون المدني : « يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة للمعاملات المتعلقة بهده التجارة أو المهنة».

أما التصور الواقعي للموطن فهو يرتكز على أساس أن الإقامة الفعلية المعتادة في مكان معين تعبر عن الموطن، و يترتب على هدا إمكانية تصور تعدد الموطن بالنسبة للشخص و إمكانية تصور انعدام الموطن[1] ، هذا الاتجاه أخد به المشرع الأردني الذي أشار إلى أن الموطن الأصلي يجوز أن يكون واحد أو أكثر علي عكس المشرع الجزائري الذي نص في

[1]- كمال عبد الرحيم العلاوين و خلدون سعيد قطيشات، مرجع سابق،ص703.
[2]- كمال عبد الرحيم العلاوين و خلدون سعيد قطيشات، مرجع سابق، ص703.

[1]- نفس المرجع،ص 704.

المادة 36 فقرة 2 قانون مدني على أنه «لا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت».

و هناك تشريعات تقضي بأن الموطن يمكن أن يكتسب بالميلاد دون اشتراط الإقامة فيه مثل القانون البريطاني، كما يمكن أن يكتسب الموطن بعد الميلاد عن طريق الإقامة في دولة معينة، أو ما يسمى بالموطن المكتسب بالإقامة المعتادة[1].

إن فكرة الموطن تختلف من قانون لآخر،و لهدا فإن تحديد معنى الموطن أو الإقامة في القانون الدولي الخاص يكون دائما بالعودة إلى قانون القاضي، و نظرا لعدم تعريف الموطن في القانون الدولي الخاص، سواء في القانون الجزائري أو التشريعات العربية، ما يدفعنا للأخذ بمفهوم الموطن كما ورد في القانون الداخلي، فالمشرع الجزائري عر ف الموطن في المادة 36 من القانون المدني بأنه: « موطن الشخص هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي و عند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن »، نلاحظ من خلال هده المادة أن المشرع ميز ما بين الموطن و محل الإقامة من خلال اشتراط البحث عن محل السكنى الرئيسي الذي يمثل الموطن، و في حال عدم إمكان دلك يعتبر محل الإقامة العادي هو الموطن.

و للموطن أنواع، فهناك الموطن العام الذي يقيم فيه الشخص عادة و يكون مقرا له و هو محل الإقامة بالنسبة له و يعتد به بالنسبة إلى كل الشؤون القانونية للشخص بصورة عامة[2] و قد أخد المشرع الجزائري بالموطن العام في المادة36 قانون مدني، و بالتالي تكون المحاكم الجزائرية المختصة بنظر النزاع ذا العنصر الأجنبي إدا كان للمدعى عليه موطن بالجزائر، و تطبيقا للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إن لم يكن له موطن فيعتبر محل الإقامة هو الموطن و بالتالي إدا كان للمدعى عليه محل إقامة عادي في الجزائر فيعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، و لعل أهم الاعتبارات في الأخذ بمحل

[1]- نفس المرجع و الصفحة.

[2]- شيماء جمال مجاهد، تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، بحث موجود على الموقع http://aladalacenter.com

الإقامة العادي كموطن هو السماح للأجانب الذين يعملون بصفة مؤقتة في هذا البلد و ليس لهم نية الاستقرار بالتقاضي أمام محاكم بلد محل إقامتهم.

أما الموطن الخاص فهو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمالا معينة بالذات و يقتصر على بعض المعاملات و المسائل، و قد يحدده القانون، أو يحدده الشخص، و أهم صوره موطن الأعمال[1].

و قد أخذ به المشرع الجزائري في المادة37 قانون مدني السالفة الذكر و بالتالي يعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية إدا كان للمدعى عليه موطن خاص بالجزائر على اعتبار أن المادة37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جاءت بمصطلح الموطن بشكل عام أي دون أن تبين ما إذا كـــان الموطن العاما أو موطنا خاصا أو موطنا قانونيا، و هناك الموطن المختار الذي يعرف بأنه الموطن الذي يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين بإرادته كاختيار الموكل مكتب وكيله المحامي خارج موطنه العام ليكون موطنا مختارا له بالنسبة لإجراءات صفقة تجارية أو دعوى معينة يكون هو أحد أطرافها[2] ، هدا النوع من الموطن أخد به المشرع الجزائري في المادة 39 قانون مدني،حيث نص على ما يلي: «يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين. يجب إثبات اختيار الموطن كتابة الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعد موطنا بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهدا التصرف بما في دلك إجراءات التنفيذ الجبري ما لم يشترط صراحة هدا الموطن على تصرفات معينة ».

إدا فالمحاكم الجزائرية تكون مختصة بنظر النزاع الأجنبي إدا كان للمدعى عليه موطنا مختارا في الجزائر[3] .

و الإعتداد بالموطن يكون وقت رفع الدعوى[1] أي أنه في حالة تغيير الموطن تكون العبرة بمحكمة موطن المدعى عليه وقت رفع الدعوى، و في حالة تعدد المدعى عليهم و كان

[1]- كمال عبد الرحيم العلاوين و خلدون سعيد قطيشات ، مرجع سابق، ص706.

[2]- كمال عبد الرحيم العلاوين و خلدون سعيد قطيشات ، مرجع سابق، ص706.

[3]- تطبيقا للمادة37 قانون الإجراءات المدنية و الإداريةالجزائري.

[1]- كمال عبد الرحيم العلاوين و خلدون سعيد قطيشات ،مرجع سابق،ص706.

لأحدهم موطنا في الجزائر فيعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية[1] ،و نص على ذلك أيضا قانون المرافعات المصري في المادة 30فقرة 9.

و في حالة إنعدام الموطن أو محل الإقامة فيرى الفقيه أحمد مليجي[2] ،أن الإختصاص ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو محل إقامته، بإعتبار أن هده الأخيرة أقدر بالفصل في الدعوى.

وبالنسبة للمشرع الجزائري و حسب نص المادة 37 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فإنه في حالة عدم وجود موطن معروف للمدعى عليه، يعود الإختصاص لمحكمة محل الإقامة العادي، و في حالة عدم وجوده يعود الإختصاص للمحكمة التي يقع فيها آخر موطن له و هذا طبعا في المجال الداخلي، حيث إذا طبقناه على النزاع الأجنبي فإن الاختصاص يؤول للمحاكم الجزائرية إدا كان آخر موطن للمدعى عليه في الجزائر و في حالة تعدد الموطن بالنسبة للمدعى عليه في التشريعات التي تقبل بدلك،فإن الدولة تعقد الاختصاص لمحاكمها بمجرد وجود موطن للمدعى عليه في تلك الدولة[3] أي تكون محاكم كل موطن صالحة لاختصاص، و لكن لتحقيق المصلحة المرجوة من مبدأ موطن المدعى عليه، يجب أن يكون في هده الحالة المدعى عليه متواجدا على إقليم الدولة التي يعقد لها الاختصاص بالفعل.

هدا بالنسبة للشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فالموطن بالنسبة له و حسب المادة 50 من القانوني المدني هو المكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة، و إذا كانت الشركة مركزها الرئيسي في الخارج و لها نشاط في الجزائر يعتبر مكان النشاط مركزها في نظر القانون الداخلي في الجزائر بمعنى أن الاختصاص يعقد للمحاكم الجزائرية في حالة الشخص الاعتباري إدا كان له موطن بالجزائر(مركز إدارة) أو كان له فرع بالجزائر.

---

[1]- و هدا حسب المادة 38 قانون إجراءات مدنية و إدارية التي تنص على ما يلي:في حالة تعدد المدعى عليه يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن أحدهم.

[2]- مدكور لدى كمال عبد الرحيم العلاوين و خلدون سعيد قطيشات ،مرجع سابق،ص712.

[3]- مثل التشريع الأردني و التشريع المصري.

أما القانون المصري و بالنسبة للشخص الاعتباري فالموطن هو محل الإدارة الرئيسي أو الفرع[1] أو الوكالة[2].

و حسب الفقه فإن الفرق بين الموطن و محل الإقامة العادي هو أن الموطن يتمثل في محل إقامة معتاد ينوي الشخص الاستقرار فيه و إن لم يستقر فيه فعلا، فلا بد من توفر عنصران للموطن هما العنصر المادي المتمثل في الإقامة الفعلية في ذلك المكان و العنصر المعنوي المتمثل في الإعتياد أو نية الإستقرار و الإقامة الدائمة فيه [3]أما محل الإقامة العادي فليس فيه نية الإستقرار[4] ، أي أن محل الإقامة يتحقق في العنصر المادي لمفهوم الموطن و هو تواجد الشخص في دون العنصر المعنوي الذي يتمثل في نية البقاء أو الاستقرار، أي تعد دولة ما محل إقامة لمجرد وجود سكن لهدا الشخص على إقليمها، أما التواجد العارض في دولة ما لغرض السياحة مثلا أو العلاج فهناك اختلاف حول مدى الأخذ به كضابط للاختصاص ، حيث أن أغلب التشريعات التي تأخذ به لعقد الاختصاص لمحاكمها تشترط لإعماله أن يتم إعلان الدعوى للمدعى عليه و هو في هدا المكان[5]، و الملاحظ أن المشرع الجزائري لا يأخذ بمكان التواجد العارض و هذا ما نستنتجه من المادة 10 من القانون 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقلهم فيها[6]، التي تنص على ما يلي: « يعتبر غير مقيم الأجنبي العابر للإقليم الجزائري أو الذي يأتي إليه لإقامة به لمدة لا تتجاوز 90 يوما، دون أن يكون له القصد في تثبيت إقامته ....».

---

[1]- و هي إمتداد للشركة الأصلية.

[2]- موطن الوكالة هو موطن الشخص الإعتباري الدي يعمل لحساب الأصل و يقوم بتوزيع منتجاته.

[3]- سمية كمال، مرجع سابق، ص40.

[4]- كمال عبد الرحيم العلوين و خلدون سعيد قطيشات، مرجع سابق ،ص706.

[5]- الزعبي عوض ، المدخل إلى علم القانون ، الطبعة الأولى،دار وائل للنشر و التوزيع، عمان ،2001، ص420.

[6]- قانون رقم 08-11 مؤرخ في 25 يونيو 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقلهم فيها ج رج ج، عدد 36، المؤرخة في 2 يوليو 2008.

ب) - نقد ضابط الموطن

تعرض هدا الضابط لمجموعة من الانتقادات من حيث صعوبة تطبيقه على منازعات التجارة الإلكترونية نظرا لصعوبة و أحيانا استحالة تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه كأن يكون للتاجر الإلكتروني موقعا منشأ على شبكة الانترنيت كما لو تم التعامل من خلال العنوان الإلكتروني بحيث يجعل موطن الشخص أو محل إقامته غير مرتبط ببلد معين خاصة العناوين التي تنتهي بـ(com.) أو (org.) و بالتالي لا يشكل موطن أو محل إقامة ثابت.

و من بين الإنتقادات صعوبة التحقق من شخصية المدعى عليه إدا كان مشتري خاصة في الحالة التي لا يلتزم فيها بالإدلاء بالبيانات الشخصية.

لكن مع التطور التكنولوجي و أيضا التطور القانوني خاصة في مجال الالتزام بالإعلام أين تم ألزمت أغلب مواقع التجارة الالكترونية المستهلك بضرورة ملأ استمارة بيانات متعلقة به لقبول طلب الشراء ، لكن المشكل يبقى محصور في بعض المواقع غير المؤمنة التي يقع فيها الإحتيال كأن يكون التاجر أو الموقع وهميا.

و هناك من الفقه من أقترح أن يدرج في العقد شرط يلزم طرفيه بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تساعد على تحديد محل إقامة كل من الطرفين[1].

ثانيا: ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه.

بموجب هذين الضابطين ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها محل نشوء الالتزام أي كان مصدره أو محل تنفيذه، و يتميز الضابطين بالموضوعية لأنهما يعملان بصرف النظر عن أطراف الخصومة، و بالإقليمية لأنهما يتحددان بمراعاة إقليم الدولة و أيضا بالخصوصية لاقتصارهما على طوائف معينة من النزاعات و هي تلك المتعلقة بالالتزام

[1]- محمد أطويف، تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الالكترونية،ص2، مقال موجود بالوقع الإلكتروني http://www.marocdroit.com.

سواء من حيث مصدره أو محل تنفيذه[1] ، و أخذ بهذا الضابط المشرع الجزائري في المادة39 ق إ م إ التي تنص على ما يلي: «ترفع الدعاوي المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية...3- في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات و الأشغال ...يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه حتى و لو كان أحد الأطراف غي مقيم في ذلك المكانترفع الدعاوي المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية...3- في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات و الأشغال ...يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه حتى و لو كان أحد الأطراف غي مقيم في ذلك المكان»، كما أخذ به القانون التونسي في المادة5 فقرة2 من القانون الدولي الخاص التي تنص على ما يلي « تنظر المحاكم التونسية أيضا:... 2-إذا كانت الدعوى متعّلقة بعقد نّفذ أو كان واجب التنفيذ بالبلاد التونسية إلا إذا تضمّن العقد إتفاقا على إختصاص محكمة أجنبية... » [2]، أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة 46 فقرة2 من قانون الإجراءات المدنية على عقد الاختصاص لمحكمة مكان التسليم الفعلي للشيء أو مكان تنفيذ الخدمة[3].

و أخذ به المشرع الأردني في المادة 28 فقرة2 من قانون أصول المحاكمات الأردني[4]، كما أخذت به المادة 28 فقرة ج من اتفاقية الرياض لسنة1983.

و على المستوى الدولي أخذت إتفاقية بروكسل في المادة5 فقرة1 بضابط محل ابرام العقد

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية،2002،ص115.

[2]- متوفر على الموقع : www.e-justice.tn

[3] - Article46 alénia2 : Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :
- en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service…voir le sit web : https://www.legifrance.gouv.fr

[4]- تختص المحاكم الأردنية بنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي إذا كان موضوعها يتعلق...أو بإلتزام نشأ أو نفد فيها أو كان واجبا تنفيذه فيها...القانون متوفر على الموقع الالكتروني : http://www.farrajlawyer.com/

أو تنفيذه[1] ، و أيضا في المادة7 تنظيم بروكسل1مكرر[2] .

بالنسبة لتنفيذ عقد البيع الالكتروني هناك فرضين:

- إما أن يكون محل تنفيذ أشياء مادية، أي تنفيذ خارج الخط، و بالتالي يكون محل التسليم هو مكان تنفيذ العقد و هنا لا يوجد أي إشكال.

- إما أن يكون محل تنفيذ أشياء غير مادية، أي يكون التنفيذ على الخط في شكل تحميل (téléchargement) و هنا يصعب توطين العقد،فهل نعتد بالمكان الذي يوجد فيه الحاسوب أو الهاتف النقال للمشتري، أو نعتد بالمكان الذي يوجد فيه (serveur du vendeur)،أو مكان (son hébergeur) الذي منه تمت عملية التحميل؟

الاتجاه الغالب يميل إلى الأخذ بالمكان الذي تم فيه تحميل المعطيات بحيث أصبحت قابلة للإطلاع عليها من طرف الشخص الموجهة إليه إي المرسل إليه، أي يتم عقد الاختصاص لقاضي المكان الذي تم استقبال المعطيات المحملة فيه و ليس لقاضي المكان الذي أرسلت منه هذه المعطيات[1] ، و هناك من يأخذ بفرضية المكان الذي يوجد فيه الحاسوب، حيث

---

[1] - Article5 : Le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait, dans un autre État contractant:
1. en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être Exécutée…

[2]- Article7 : Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite dans un autre État membre:

1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:

— pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

— pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis;

c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas...

[1] - Rosario DUASO CALÉS, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation, mémoire de maîtrise en droit, faculté de droit, université Montréal,2002 ,p11.

يعتبره مكان تنفيذ[1]،و هو رأي منتقد على أساس أن الحاسوب يمكن تغيير محله بسهولة و بالتالي فاختصاص قاضي محل التسليم، يتغير وفق رغبة مستعمل الحاسوب، و من جهة أخرى يصعب في الوقت الحالي توطين الحاسوب النقال المدعم بتقنيات تسمح باستعمال الانترنيت عن طريق الويفي(WIFI)[2] أو الهواتف النقالة المزودة بتقنيةG3 أوG4 .

ثالثا)- ضابط موقع المال

هذا الضابط يعقد الاختصاص للمحاكم التي يوجد بها موقع المال، و يعتبر من أكثر الضوابط تطبيقا في مختلف الدول، و قد اختلفت التشريعات بالنسبة للمال الخاضع لهذا الضابط، فهناك من اقتصرت على المال عندما يكون عقارا، كالمشرع الجزائري في المادة40 من ق .إ .م .إ التي تنص على ما يلي : « فضلا عما ورد...ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار...أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار...» ، و بالتالي إذا كان العقار موجودا في الجزائر فالمحاكم الجزائرية تكون مختصة بنظر النزاع، و القانون الفرنسي في المادة 46 من قانون المرافعات[3] .

و المادة24 من تنظيم بروكسل1 مكـــــرر[4]، و كـــذلك المـــــادة 27 من اتفاقيـــة الرياض1983 [1] .

---

[1] -M.Naimi Charbonnier , la formation et l'exécution du contrat électronique, thèse doctorat, faculté de droit ,ParisII,2003,p211.

[2] - Mariem Rekik , op.cit,p76.

[3] - Article46 : Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :
…- en matière mixte, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble …

[4] - Sont seules compétentes les juridictions ci-après d'un État membre, sans considération de domicile des parties:

1) en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les juridictions de l'État membre où l'immeuble est situé…

[1]- المادة27 : تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي يوجد في إقليمه موقع العقار مختصة بالفصل في الحقوق العينية المتعلقة به.

و هناك من أخذت بضابط المال بغض النظر عما إذا كان عقارا أو منقولا، كالمشرع العراقي في المادة15 فقرة(ب) قانون مدني[1] و الذي عقد الاختصاص لمحاكمه سواء كان المال عقارا أو منقولا، ما دام موجود فوق إقليمها وقت رفع الدعوى.

و تجدر الإشارة إلى أن مسألة تكييف المال إذا ما كان عقارا أو منقولا فيخضع إلى قانون الدولة التي يوجد فيها و هذا ما جاء في المادة 17 من القانون المدني الجزائري.

و بالنسبة لهذا الضابط فهو لا يمكن اعتماده بالنسبة لمنازعات عقد البيع الاستهلاكي بالنسبة للمشرع الجزائري على الأقل على أساس أن محل عقد البيع الاستهلاكي هو سلعة و التي جاء تعريفها في المادة 3 فقرة17 من قانون الاستهلاك بأنها كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بالمقابل أو مجانا، و بالتالي فالسلعة هي منقول بمفهوم المادة 683 قانون مدني[2] .

الفرع الثاني: الجنسية كضابط لاختصاص المحاكم الوطنية

قد تختص المحاكم الوطنية بالنظر في الدعاوى التي ترفع على رعاياها بغض النظر عن موطنهم تأسيسا على ما للدولة من قدرة و كفالة آثار أحكامها في مواجهة المتمتعين بجنسيتها[3]، و أساس هذا الاختصاص أن الوطني يخضع لولاية القضاء الوطني سواء كان مقيما في دولته أو خارجها، و هذه الولاية إقليمية بالنسبة للمواطنين و الأجانب المقيمين في إقليم الدولة و شخصية بالنسبة للمواطنين المقيمين في الخارج.

لكن عند البعض الجنسية معيار ضعيف لا يصلح لتحديد الاختصاص القضائي الدولي ما لم يعزز بمعيار آخر لأنه معيار يقوم على اعتبارات سياسية لا تتلاءم مع طبيعة الاختصاص القضائي الدولي، كما أنه لا يحقق صلة جدية و حقيقية بين الدعوى و المحكمة[1] .

---

[1]- طلال ياسين العيسى،دراسة قانونية في علاقة لاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد25، العدد1، 2009 ،ص315.

[2]- حسب نص المادة683 كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار،و كل ماعدا ذلك من شيئ فهو منقول.

[3]- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد،الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية،مصر 1979،ص438.

[1]- عبد الرسول عبد الرضا، معايير تحديد الاختصاص القضائي الدولي، محاضرة متوفرة على الموقع : http://www.uobabylon.edu.iq

و أخذ بهذا الضابط المشرع الجزائري في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيت نص في المادة41 على انه يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى و لو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري،كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين،فتكون المحاكم الجزائرية مختصة في حالة ما إذا كان هناك التزام تعاقدي تم إبرامه في الجزار أو في الخارج طرفاه مدعى عليه أجنبي مقيم أو غير مقيم بالجزائر و مدعي جزائري.

و يلاحظ من خلال هذه المادة أن عقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية يكون بتوفر شرطين،هما الجنسية الجزائرية للمدعي بغض النظر عما إذا كانت جنسية أصلية أو مكتسبة، المهم أن يكون الشخص جزائري وقت رفع الدعوى، كذلك يستوي أن يكون هذا المدعي الجزائري شخص طبيعي او معنوي، و الشرط الثاني هو أن يكون مجال العلاقة بين الأجنبي و الجزائري التزامات تعاقدية، وهذا الشرط منتقد حيث يرى الفقه ضرورة جعل امتياز الجنسية يشمل أيضا الالتزامات غير التعاقدية، كما فعل الفقه و القضاء الفرنسي[1].

أما المادة 42 فعقدت الاختصاص للمحاكم الجزائرية إذا كان المدعى عليه جزائريا، و المدعي أجنبيا بشأن التزامات تعاقدية، تعاقد عليها في بلد أجنبي.

كخلاصة فالجزائري سواء كان مدعيا أو مدعا عليه مقيما أو غير مقيم بالجزائر، إذا تعـــــاقد فـــي الجزائر أو في الخارج مع أجنبي مقيم أو غير مقيم بالجزائر، فالاختصاص يكون للمحاكم الجزائرية[1].

---

[1]- محي الدين جمال، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،المواد10 و 11 من ق إ م الجزائرية، مجلة المفكر، العدد السادس،2006،ص80.

[1]- الفقه الأردني يرى عدم اختصاص المحاكم الأردنية، إذا كان المدعى عليه الأردني الجنسية ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن،و كانت الدعوى متعلقة بأمر حدث خارج الإقليم الأردني، انظر: **كمال عبد الرحيم العلاوين و خلدون سعيد قطيشات**، مرجع سابق، ص709.

كما نص على ضابط الجنسية أيضا المشرع المصري في المادة 28 من قانون المرافعات،حيت اعتبر أن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعاوي التي ترفع على المصري و لو لم يكن له موطن أو محل إقامة في مصر.

أما القانون المدني الفرنسي و من خلال المادتين 14 و 15[1] فقد أعطى الحق للمدعي أو المدعى عليه الفرنسي الجنسية بالتقاضي أمام المحاكم الفرنسية.

و نظرا لغياب التواجد المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه، و نظرا للتطور القانوني في مجال المعاملات الالكترونية تم التصدي لمسألة صعوبة التحقق من جنسية الطرفين من خلال البيانات التي يقدمها كل منهما عند التعاقد، و التي تفيد في إمكانية التعرف على جنسيتهما.

المطلب الثاني: الاختصاص الاستثنائي للمحاكم الوطنية

و يعتمد على ضوابط تعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بصفة طارئة، أي أن هذه المحاكم لا تكون مختصة أصلا بنظر النزاع الأجنبي لعدم توفر ضابط الموطن، أو ضابط الجنسية و لكن نظرا لوجود إرادة للأطراف اتجهت إلى عقد الاختصاص لهذه المحكمة، تجد هذه الأخيرة نفسها مختصة بنظر النزاع(الفرع الأول)، أو قد تكون هناك اعتبارات تمليها المصلحة العامة و ضرورة حسن سير العدالة، كحالة وجود ارتباط بين دعوى أصلية ينظر فيها القاضي و دعوى أخرى مرتبطة بها تستدعي أن يفصل فيها هذا الأخير(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختصاص المبني على إرادة الأطراف

لقد أصبحت إرادة الأطراف في اختيار الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع مكرسة على مستوى القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية، سواء كان اختيارهم لهذه الجهة قد تم صراحة أو ضمنا(أولا)، و هذا إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، و تظهر هذه الإرادة في صورة اتفاق بين الطرفين أو ما يسمى بشرط الاختصاص(ثانيا)، و الذي قد يرد كشرط في العقد أو في إتفاق لاحق عليه.

[1] - disponible sur le site http://codes.droit.org

أولا)- مفهوم الاختيار الإرادي للمحكمة المختصة

قاعدة الإختيار الإرادي تعتبر من القواعد العامة في الاختصاص الداخلي و أول من أخد بها أفلطون حينما قرر أن أكثر المحاكم اختصاصا بنظر الدعوى هي المحكمة التي ارتضى الخصوم الخضوع لحكمها[1] ، و هده القاعدة تجد أساسا لها في أن قواعد الاختصاص الإقليمي غير متعلقة بقواعد النظام العام.

و يقصد بالاختيار الإرادي قبول المدعي و المدعى عليه في دعوى ما و عن اختيار و إرادة الخضوع لاختصاص محكمة سواء ضمنا أو صراحة رغم عدم اختصاصها[2] ، و يمكن القول أنه في عالم الانترنيت لا يمكن لإختلاف جنسية الأشخاص أن تمنع مثل هذه الإتفاقات و بالتالي فأثر الخضوع الاختياري في عالم الانترنيت أوسع منه في العالم الواقعي، فهدا الضابط مرن و يستجيب للمتغيرات التقنية في العالم المادي، غير أن هدا الاختيار يمكن أن يقيد عندما تكون هناك ضرورة تستدعي تدخل المشرع كما في حالة وجود طرف قوي و طرف ضعيف كحالة المستهلك أو العامل.

و من المتفق عليه فقها و قضاء أن هناك شروطا يجب توفرها لكي ينتج هدا الاختيار أثرا تتمثل في:

- وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح و المحكمة المختصة التي تم اختيارها للفصل في النزاع، و يقوم هدا على اعتبار ضمان حسن اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الصادرة من هذه المحكمة و يقيد اختيار الأطراف، و في حالة عدم وجود الصلة بين النزاع و المحكمة أتجه القانون الأردني إلى جواز إعلان المحكمة عدم اختصاصها من تلقاء نفسها.

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة،طبعة أولى،دار النهضة العربية،مصر،2000،ص300.

[2]- عبد الرسول عبد الرضا، الاختصاص القضائي الدولي الطارىء محاضرة متوفرة على الموقع: http://law.uobabylon.edu.i

- عدم انطواء الاتفاق على غش[1]، حيث يمنع هذا الشرط ما يسمى بالغش نحو الاختصاص الذي يتمثل في اختيار الخصمين أو أحدهما للمحكمة التي يعلمون أنها ستطبق قانونا يلبي رغباتهم، و جزاء ذلك هو رفض إعطاء أمر التنفيذ للحكم الصادر من هذه المحكمة بناءا على غش[2].

- أن يكون النزاع دوليا بمعنى لا يمكن اتفاق الأطراف على منح الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية في علاقة وطنية و هذا أمر منطقي فيستلزم لذلك أن تكون العلاقة ذات عنصر أجنبي حتى يستطيع الطرفان عقد الاختصاص لمحكمة أجنبية[3] .

- عدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع أصلا، و هذا منطقي فإذا كانت المحكمة المعقد لها الاختصاص مختصة أصلا فلا يكون لشرط منح الاختصاص أية قيمة[4].

إن مبدأ الاختيار الإرادي لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية معترف به في التشريعات الوطنية و القوانين الجماعية سواء كانت اتفاقيات أو قوانين موحدة، و من بينها:

- **القانون الجزائري**: بالرجوع إلى القواعد العامة للاختصاص القضائي نجد المادة 46 ق إ م إ تنص :« يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي و لو لم يكن مختصا إقليميا »

- **القانون الأردني**: اعترف بهذا المبدأ في المادة 27 من قانون أصول المحاكمات، حيث جاء فيها: « تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى و لو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة او ضمنا ».

- **القانون المصري:** تبنى نفس المبدأ في نص المادة 32 قانون المرافعات و التي تضمنت نفس صياغة المادة 27 من القانون الأردني المذكورة أعلاه.

---

[1]- محمد أطويف،مرجع سابق، ص 4.

[2]- صالح المنزلاوي، الاختصاص القضائي : النزاعات الخاصة و الاعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص114.

[3]- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 2001،ص161.

[4]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص114 .

- **القانون الفرنسي:** نص على حرية اختيار الأطراف للمحكمة التي تنظر دعواهم في المادة 46 من قانون المرافعات الفرنسي.

- **اتفاقية بروكسل1968 :** من خلال مادتها 17 أعطت الحق للأطراف بإيراد شرط الاختصاص و الذي يتضمن تعيين لمحكمة أو محاكم لدولة متعاقدة للنظر في النزاعات الناشئة أو التي سوف تنشأ و هي وحدها المختصة، بشرط أن يكون أحد المتعاقدين له محل إقامة في دولة متعاقدة[1].

إذا بالنسبة للمحكمة المختارة يمكن أن تكون مختلفة عن تلك المختصة بموجب أحكام الاتفاقية باستثناء

حالات الاختصاص الحصرية الواردة في المادة16 [2] و حالة المحكمة المختصة بالنسبة للعقود المبرمة مع المستهلك الواردة في المادة15 و التي نتطرق لها بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

- **اتفاقية الرياض 1983**

هذه الاتفاقية متعلقة بالاختصاص القضائي بين دول جامعة الدول العربية ، حيت نصت في المادة 28 فقرة "ه" منها على ما يلي: «... إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن

---

[1] - Article17 : Si, par une convention écrite ou par une convention verbale confirmée par écrit, les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État contractant ont désigné un tribunal ou les tribunaux d'un État contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État sont seuls compétents…

[2] - Sont seuls compétents, sans considération de domicile:

1. en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État contractant
2. en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un État contractant, ou des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet État;
3. en matière de validité des inscriptions sur les registres publics, les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel ces registres sont tenus;
4. en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou à un enregistrement, les juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention Internationale;

طريق الاتفاق على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق...».

نستنتج من المادة 28 أنها أخذت بضابط الإرادة لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية سواء كان بشكل صريح أي بموجب عقد مكتوب بين الخصوم أو بشكل ضمني كأن يرفع أحد الخصوم دعواه أمام جهة قضائية معينة دون اعتراض الخصم على عدم اختصاصها[1].

- تنظيم بروكسل1 مكرر: نص في المادة 4 [2] منه على أن الأشخاص الذين يوجد محل إقامتهم في إحدى الدول الأعضاء أيا كان جنسيتهم يمكنهم رفع دعواهم أمام محاكم أية دولة عضو، أما الأشخاص الذين ليسوا من مواطني دولة عضو و يقيمون في دولة من دول الاتحاد تطبق عليهم فقط قواعد الاختصاص القضائي التي تقررها تلك الدولة على مواطنيها، فعبارة يمكنهم رفع دعواهم أمام محاكم أي دولة عضو تدل على الخضوع الإرادي وحرية رفع الدعوى أمام أي محكمة من محاكم الاتحاد الأوروبي[3].

ثانيا : شرط منح الاختصاص La clause de juridiction

و يسمى أيضا التمديد الإختياري للإختصاص[1] (prorogation volontaire de juridiction) ، أو (élection de for)، أو (convention de for)[2] ، أو (soumission de for).

---

[1]- المادة28 فقرة "و" من الاتفاقية: إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع.

[2] - Article4 :

1. Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre.
2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées sont soumises aux règles de compétence applicables aux ressortissants de cet État membre.

[3]- عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق.

[1]- حيث تعرفه Hélène Gaudemet Tallon كما يلي :

« L'acte par lequel les parties vont soustraire leur différend au tribunal qui aurait dû en connaitre, pour le porter devant une juridiction de leur choix »

[2]- يرى الأستاذ Bernard Audit ضرورة التحفظ على مصطلح convention على أساس أن الإتفاقية تعني إتفاق مستقل،و الأمر هنا يتعلق بشرط يكون دائما متضمنا في العقد ، أنظر Elie chakthoura ,op.cit,p13.

كما سبق و ذكرنا فهذا الشرط يدل على قبول أو اتجاه إرادة الطرفين إلى تعيين أو منح الاختصاص لمحكمة للنظر في نزاعهم،و قد تم الإعتراف به في القانون الفرنسي مند عام 1930 من طرف محكمة النقض الفرنسية في قضية Mardelé [1] و يتخد شرط منح الإختص الإلكتروني شكلا معينا (1)، ما يترتب عنه طرح مسألة الرضا فيه (2)، و خصوصيته في العقد الاستهلاكي(3), و القانون الواجب التطبيق عليه (4) .

أ)- شكل شرط منح الإختصاص الإلكتروني

هل يستلزم أن يكون هذا الشرط مكتوب؟ و ما مدى قبول الكتابة الالكترونية؟ بما أننا أمام عقد بيع الكتروني، فأكيد أن شرط الاختصاص سوف يرد بنفس شكل العقد، أي يكون هذا الشرط الكترونيا.

بالنسبة للمادة 17من اتفاقية بروكسل لعام 1968 فيتضح من خلالها أن الشرط قد يكون مكتوبا أو شفويا يثبت بالكتابة[2]، فهذه الاتفاقية لم تتطرق إلى الكتابة الالكترونية لهذا الشرط.

بالنسبة لاتفاقية لاهاي لعام 1965[3] فقد اشترطت في المادة4 أن يكون اتفاق أو شرط الاختصاص مكتوبا، بينما اتفاقية لاهاي لسنة 2005 اشترطت أن يتم هذا الاتفاق بالكتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى التي تمكن من مراجعة و تصفح المعلومة لاحقا، و بهذا تكون قد شملت الاتفاقية وسيلة الانترنيت لكن ما تجدر الإشارة إليه أن هذه الاتفاقية تستبعد من نطاق تطبيقها شرط الاختصاص الذي يكون المستهلك طرفا فيه[1].

---

[1] - Sylvette Guillemard,le droit international privé face au contrat de vente cyberspacial,thèse doctorat,faculté de droit,université Laval,Quebec,2003,p28.

[2] - Rosario DUASO CALÉS, op.cit, p11.

[3] - convention Lahaye conclue le 25 novembre 1965, concernant les accords d'élection de for, disponible sur le site : https://www.hcch.net

[1] - Article2 : 1. La présente Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for : a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie … **https://assets.hcch.net.**

غير أن تنظيم بروكسل1 مكرر و في المادة25 أقر بالشكل الالكتروني لشرط الاختصاص و أعتبر هذا الشرط و كأنه وارد في شكل مكتوب[1]، هذا و اعتبر التنظيم شرط الاختصاص اتفاق يختلف عن باقي الشروط الواردة في العقد، و لا يمكن تجاوزه إلا في الحالة التي يكون فيها العقد باطل[2] ، و حسب المشرع الجزائري و كما جاء في المادة 45 [3]، فشرط منح الاختصاص يجب أن يكون مكتوبا و موقعا، و في حالة تعذر التوقيع يشار إلى ذلك فهذه المادة تطبق على الاختصاص الإقليمي الداخلي، لا يوجد ما يمنع من تطبيقها على المستوى الدولي، غير أن المشرع الجزائري لم يشر إلى شرط الاختصاص الذي يكون في شكل الكتروني، و مع ذلك و بالرجوع إلى ما قلناه عن مدى اعتراف المشرع بالكتابة الالكترونية[4]، يمكن أن نستنتج أن شرط الاختصاص المكتوب إلكترونيا وفق الشروط الواردة في القانون و المتضمن لتوقيع الكتروني صحيح من الناحية القانونية، يكون مقبولا و منتجا لأثره.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أشارالى دلك في المادة 48 قانون الإجراءات المدنية[1] التي تنص على أن يكون شرط الاختصاص مكتوبا ، حيث أن استعمال صفة ظاهرة (apparente) و حرف الجر (dans) تدلان على أن الشرط يجب أن يكون مكتوبا ، فهناك

---

[1] - Article25 : … la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties. La convention attributive de juridiction est conclue:

a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite;

… Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite…

[2]- المادة25 فقرة 5 من تنظيم بروكسل1 مكرر،و قد ذهبت في هذا الاتجاه أيضا المادة3 من اتفاقية لاهاي لعام 2005 المتعلقة باتفاقات المحكمة المختصة ، و تجدر الإشارة إلى ان هذه الاتفاقية تخرج من نطاق تطبيقها العقود المبرمة بين المستهلكين، و بالتالي فأحكامها لا تطبق على شرط منح الاختصاص إذا كان أحد الأطراف مستهلك، متوفرة على الموقع: https://assets.hcch.net/docs/4478cb6c-a904-4570-b13a-287dea83ee3d.pdf

[3]- المادة 46 ق إ م إ الجزائري < يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أما القاضي حتى و لو لم يكن مختصا إقليميا، يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، و إذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك.... >

[4]- راجع ما سبق الإشارة إليه في المبحث السابق بشأن الكتابة الالكترونية و التوقيع الالكتروني في الجزائر.

[1] - Article : Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.

من يرى أن مثل هذا الإجراء المهم الذي ينزع الاختصاص من محكمة دولة و يحوله إلى أخرى يجب أن يكون على الأقل مكتوبا[1].

أما المادة 5 من القانون الفدرالي السويسري للقانون الدولي الخاص[2] فقد نصت على إمكانية أن تكون الاتفاقية المحددة للمحكمة المختصة بنظر النزاع مكتوبة في شكل، تلغرام (télégramme)، تيلكس(telex) ، تيليكوبي(telecopy) أو أية وسيلة أخرى تصلح للإثبات.

أما القانون التونسي فنلاحظ من خلال المادة4 من القانون الدولي الخاص أنه لم يذكر شكل معين لشرط الاختصاص حتى يكون نافدا و صحيحا، ما يفهم قبول الشكل الإلكتروني[3] .

ب)- الرضا في شرط الاختصاص الالكتروني

إن الرضا في شرط المحكمة المختصة يعكس مدى جدية أطراف العقد، لكنه يطرح عدة إشكالات في مجال التعاملات الالكترونية تتمثل في مدى وجود رضا حر و واضح؟.

قد يتخذ الرضا صورا مختلفة في المعاملات الالكترونية، كالكتابة عن طريق البريد الالكتروني، آو عن طريق غرف المحادثة أو مجموعات الإنجاز، أو عن طريق الصوت و هاتف الانترنيت، حيث لا يوجد إشكال في تطبيق أحكام القواعد العامة عن التعبير عن الإرادة بالوسيلة الالكترونية[1] ، لكن الصورة التي تثير الإشكال هي عند الضغط على أيقونة الحاسوب(1)، فهل يمكن اعتبار هذا التصرف تعبير صريح عن القبول، و بالتالي هل تعد هذه الوسيلة كافية للتعبير عن الإرادة؟

و قد يصدر التعبير عن الإرادة عن شرط الاختصاص بالاحالة(2).

---

[1] - Mariem Rekik,op.cit,p20.

[2] - Article 5 … En matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive….voir le sit-web www.admin.ch

[3] - Mariem Rekik, op.cite,p19.

[1]- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنيت(دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر و التوزيع عمان،2005،ص23.

1- التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على إيقونة الحاسوب

إن عيوب الرضا الأكثر شيوعا في التعامل الالكتروني هو الغلط، و القانون الموحد للتجارة الالكترونية الكندي[1] أتى بأحكام مفصلة فيما يخص التعبير عن الإرادة في المجال الالكتروني، حيت أن المادة 20 فقرة1ب[2] اعتبرت أن مجرد لمس أو الضغط على الأيقونة على شاشة الحاسوب يعتبر من وسائل التعبير عن الرضا، فهل هذا التعبير يعتبر صريح؟

و حسب البروفيسور **Vincent Gautrais**[3] <l'acceptation d'un "clic" et encore plus, le plus simple lien qui se trouve généralement en bas d'un site internet, ne répondent pas forcement aux critères requis pour emporter la qualification d'une manifestation de volonté…>

أما بعض الفقه فيرى أن تفعيل الأيقونة المكتوب عليها موافق، أو I agree أو j'accepte يعتبر تعبير عن الإرادة طالما يستطيع صاحب الموقع التجاري أن يفهم منه و بصورة يقينية بأن الطرف الآخر قد قبل التعاقد[4] .

و قد سار القضاء في هذا الاتجاه في قضية (Ruder.V.Microsotf corporation)، حيث كان رأي القاضي Winkler أن مجرد تفعيل الأيقونة **موافق** يعتبر تعبيرا صريحا و صحيحا للإرادة، و بهذا قبل شرط الاختصاص الموجود في العقد الالكتروني، و سار في هذا الاتجاه أيضا القضاء الأمريكي فيما يخص صلاحية شرط الاختصاص في العقود الالكترونية[1].

إن الأخذ بهذا الاتجاه قد يترتب عليه نتائج خطيرة، لهذا هناك من يقترح حلول أخرى تكون فيها الإرادة حقيقية و واضحة، حيث يرون أن مجرد الضغط البسيط على الفأرة أو الأيقونة غير كاف،ويقترحون تقنية الضغط المزدوج(double clic) التي تسمح للشخص الذي يريد

---

[1] - La conférence pour l'harmonisation des lois au canada(CHLC) a adopté en 1999 une loi uniforme sur le commerce électronique.

[2] - Article 20 alénia1-b

[3] - Cité in Mariem Rekik, op.cit,p33.

[4]- محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص24.

[1] - Rosario DUASO CALÉS, op.cit, p16. Et aussi Mariem Rekik,op-cit,p35.

التعاقد الكترونيا بإعطاء قبول للعرض في المرة الأولى تم تثبيت القبول في المرة الثانية، و هذه التقنية تسمح بتفادي مخاطر القبول الذي يعطى بالخطأ و بالتالي تؤمن حماية للمستهلك.

2- التعبير عن الإرادة و شرط الاختصاص بالاحالة Clause par référence

عادة ما يكون شرط منح الإختصاص ضمن شروط التعامل مع موقع الويب (web) تظهر مباشرة عند الالتحاق بالموقع، حيث أن استغلال الموقع يعني بالضرورة قبول لهذه الشروط الظاهرة عليه، و هنا نتساءل عن مدى وجود رضا في هذه الحالة حيث لا يكون هناك تصرف إيجابي بعكس عملية الضغط على الأيقونة التي تتم إراديا، لأنه في هذه الحالة قد يكون مستعمل الانترنيت جاهلا لهذه الشروط.

من الناحية القانونية نصت المادة5 مكرر من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية المعدل في 1998 على أنه:« لا ينكر المفعول القانوني للمعلومات أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها لا ترد في رسالة البيانات التي تفيد بأنها تنشئ ذلك المفعول القانوني، بل هي مشار إليها مجرد إشارة في رسالة البيانات »[1] .

و أما القانون المدني لمقاطعة كيبيك الكندية فكان أكثر دقة من خلال النص التالي[2] :

« un document technologique dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettant d'en relier les fragments, directement ou par référence et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et la répartition».

[1] - Article 5 bis : L'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence... en ligne www.uncitral.org

[2] - voir Rekik,op.cit,p43

كما أشارت إلى هذه المسألة ، و المادة10 فقرة3 من التوجيهة الأوروبية لعام 2000 المتعلقة بالتجارة الالكترونية[1] التي تنص على ما يلي:

« ...Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire.…»

و في هذا الاتجاه يرى **Jérome Huet** أن الشروط التعاقدية التي تتضمن تعيين المحكمة المختصة أو القانون الواجب التطبيق،لا بد أن تكون مرئية بالنسبة للمستهلك[2].

و هذا ما ذهب إليه أيضا **Vincent Gautrais** الذي أضاف ضرورة أن يكون لون الرضا الالكتروني أحمر[3] .

أما من جهة الإجتهاد القضائي فقد أعتبر القاضي في قضية Mendoza.V.AOL أن الشروط المعينة للقانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة باطلين، حيث كانا ضمن مواضيع الخدمات (TEMES OF SERVICES) و المدعي أكد انه لم يكن يعلم بوجود هذه الشروط و من ثم أكد القاضي أنه لم يكن بالإمكان التعرف على هذه الأخيرة و بالتالي تعتبر شروط مخفية(clauses cachées)[4] .

و في قضية حديثة أعلن مجلس قضاء Pau[1] : غير مكتوب شرط الاختصاص الذي كان ضمن الشروط العامة لاستعمال موقع الانترنيت facebook ، حيت رأى المجلس أن الشرط ورد في حجم صغير و لا يمكن تمييزه عن باقي الشروط ، ومن الصعب أن نستدل على أن هذا الشرط قد جدب انتباه المستعمل.

---

[1] - En ligne http://eur-lex.europa.eu

[2] -Cité in Mariem Rekik op.cit ,p38.

[3] - Cité in Vincent Gautrais,la couleur du consentement électronique,article,p129,disponible sur le site www.papyrus.bib.umontreal.ca

[4] - Cité in Rosario DUASO CALÉS,op.cit,p17.

[1] - Cour d'appel de Pau,1ere chambre, arret du 23mars2012, Sébastien R/facebook:voir le site :www.legalis.net

و لهذا فمن الضروري حماية رضا المستهلك و نكون أكثر صرامة أمام شرط الاختصاص بالاحالة، و نتيجة لهذا فالنصوص التي تعترف بصلاحية شرط الاختصاص بالاحالة تقتضي أن يكون الزر أو الرابط الذي يحيلنا للشرط واضحا ، أو يكون متوفرا عند بناء الرابطة العقدية[1].

و يرى الأستاذ Lionel THOUMYRE[2] أنه من أجل الانتقال من رضا لا إرادي أو منعكس(reflexe) إلى رضا متبصر (réfléchi) لا بد من التأكد من توفر الشروط التي جاء بها Gautrais و المتمثلة في تسهيل عملية الإطلاع على هذه الشروط قبل إبرام العقد و التقديم الجيد لها من حيت أنها تكون مقروءة، إن تنوير رضا المستهلك يكون من خلال توفير زر " **أقبل**" بجانب زر " **أرفض**" مع إمكانية تصحيح الأخطاء،و فيما يخص إمكانية تصحيح الأخطاء فقد نصت عليها المادة 10 من التوجيهة الأوروبية2000 حول التجارة الإلكترونية .

«... les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée... »

و أيضا المادة1369-1 فقرة2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[1] ، التي تنص على ما يلي:

«…L'offre énonce en outre :…2- Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger…»

[1] - Mariem Rekik op.cit ,p45.
[2] - L. THOUMYRE, échange du consentement dans le commerce électronique, en ligne : www.juriscom.net
[1] - en ligne https://www.legifrance.gouv.fr

ج)- خصوصية شرط الاختصاص في العقد الالكتروني الاستهلاكي

من خلال ما سبق ذكره نستنتج أن شرط الاختصاص مقبول في عقود الاستهلاك لكن ليس في كل الحالات ، و هذا حمايتا للمستهلك ، حيت نصت المادة17 من اتفاقية بروكسل1 مكرر أن الشرط أو الاتفاق المحدد للاختصاص القضائي يكون مقبولا في الحالات التالية:

- أن يكون هذا الاتفاق لاحق على نشوء النزاع، مما يستدعي هنا طبعا تحديد تاريخ هذا النزاع و تاريخ إبرام الاتفاق, ومما يعني رفض الاختصاص السابق على كل نزاع، و الهدف من ذلك هو شل شروط الإختصاص الموضوعة مسبقا و التي تظهر في العقود النموذجية في الشروط العامة للعقد أو وثيقة تعاقدية أخرى[1]

- أن يسمح الاتفاق للمستهلك اختيار محاكم أخرى من غير تلك المنصوص عليها في هذا الفصل من التنظيم (الباب الرابع)، و هذا الشرط يسمح بتوسيع الاختيارات الممنوحة للمستهلك بينما المهني يبقى مجبر على اختيار حصريا لمحاكم محل إقامة المستهلك إذا كان مدعيا[2].

- وجود محل إقامة مشترك للمستهلك و المتعاقد الآخر وقت أبرام العقد في دولة عضو، و حددوا الاختصاص لمحاكم هذه الدولة ،إلا إذا كان قانون هذه الأخيرة يمنع مثل هذه الاتفاقات.

هذا و قد نصت اتفاقية بروكسل على بطلان الاتفاق المسبق على اختصاص محكمة غير محكمة موطن المستهلك في عقود الاستهلاك[1]، كما أن بعض التشريعات تعتبر شرط الاختصاص الذي يورده التاجر على شبكة الانترنيت مسبقا في صفحة استقبال الموقع الالكتروني و يوافق عليها المستهلك شرط تعسفي[2] .

---

[1] -Elie C hakthoura,op.cit,p26.

[2] - Idem.

[1] - Caprioli,Eric.A,reglement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du Juris-classeur, litec,Paris,2002,p25.

[2]- غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2012 ص98.

فبالنسة لمدى قبول شرط الإختصاص في عقود الإستهلاك الدولية فقد تباينت المواقف التشريعية ، فالمشرع الجزائري نص من خلال المادة 45 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: « »

ما يفهم أن هذا الشرط مقبول في مجال العلاقات التجارية بين تاجر و تاجر،لكن غير مقبول في العلاقة بين تاجر و مستهلك، و سار في هذا الاتجاه أيضا المشرع الفرنسي في المادة 48 من قانون المرافعات الفرنسي.

لكن السؤال المطروح، هل يتم تطبيق هذه المواد على المستوى الدولي بنفس المفهوم، أم يمكن فتح المجال لقبول شرط الاختصاص بين المستهلك و التاجر، إذا كان لا يضر بالمستهلك على اعتبار أن هذه المادة تطبق على العلاقات الداخلية فقط، و في هذا السياق علقت الأستاذة Hélène Gaudmet Tallont على قرار Phare Sorlec بأنه لم يكن هناك أي تحفظ فيما يخص نوعية الأطراف المتعاقدة سواء كانوا تجارا أو مهنيين أو مستهلك بسيط، كما رأى الفقه أن ضرورة حماية المستهلك في العقود الدولية من الشروط المانحة للإختصاص لم تؤخذ بعين الإعتبار، فالمستهلك لا يتوافر على قواعد إختصاص قضائي حمائية[1].

د) - القانون الواجب التطبيق على شرط الاختصاص

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على شرط منح الإختصاص الإلكتروني، أي القانون الواجب الرجوع إليه للتحقق من مدى توفر الشروط القانونية فقد إختلفت الآراء الفقهية، حيث يرى جانب من الفقه خضوعه لقانون القاضي، أي قانون المحكمة التي طرح النزاع أمامها[2] ، إذ يرى الدكتور هشام علي صادق، أن الأمر يتعلق بآثار الاتفاق على اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع و هي مسألة تتعلق بالاختصاص و ليس بالعقد[3] فقانون القاضي يبين مدى جواز الاتفاق على شرط منح الاختصاص ، و ما هي الشروط الواجب

[1] - Elie Chakhtoura,op.cit,p33.

[2]- حفيظة السيد الحداد، هشام علي صادق، مبادئ في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المطبوعات الجامعية الأسكندرية، 2001، ص166.

[3]- هشام علي صادق، مرجع سابق،ص 161.

توفرها فيه لقبوله أو رفضه خاصة إذا تخلف شرط من شروط صحته[1] ، و هناك اتجاه آخر يرى ضرورة تطبيق قانون العقد[2]، و رأي ثالث يرى تطبيق القانونين مع، فيطبق قانون الإرادة(قانون العقد أو قانون آخر) على الاتفاق بوصفه عقدا من ناحية صحته و تكوينه، أما من حيث آثاره المتمثلة في الأثر السالب أو الجالب للاختصاص فالمسألة تدخل في نطاق الاختصاص، و بالتالي فالقانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي[3].

الفرع الثاني: الارتباط

يقصد بالإرتباط ظهور مسألة فرعية مرتبطة بموضوع الدعوى الأصلية أثناء إجراءات المرافعة أمام المحكمة، و هنا يعطى الاختصاص لتلك المحكمة للنظر فيها، على الرغم من عدم توفر الاختصاص القضائي الأصلي لها على أساس اختصاص هذه المحكمة بدعوى داخلة ضمن اختصاصها، و هذا تحقيقا لحسن سير العدالة ، و تفاديا لإمكانية تضارب الأحكام ، و قد نص على حالة الإرتباط المشرع الجزائري في المادة55 من ق إ م إ « تقوم حالة الارتباط عند وجود علاقة بين قضايا مرفوعة أمام تشكيلات مختلفة لنفس الجهة القضائية أو أمام جهات قضائية مختلفة و التي تستلزم لحسن سير العدالة أن ينظر أو يفصل فيها معا ».

كما نصت عليه أيضا المادة28 فقرة (ي) من اتفاقية الرياض « إذا تعلق الأمر بطلبات عارضة وكانت هذه المحاكم قد اعتبرت مختصة بنظر الطلب الأصلي بموجب نص هذه المادة » ، و أيضا المادة 33 من قانون المرافعات المصري « إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية و الطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، كما تختص بكل طلب يرتبط بهذه الدعوى و يقتضي حسن سير العدالة ».

[1]- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص112.
[2]- غالب الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، دون دار نشر، بغداد،1988،ص252
[3]-.نفس المرجع و نفس الصفحة.

المطلب الثالث: الضوابط الخاصة لتحديد المحكمة المختصة في حالة منازعات المستهلك الإلكتروني

إن مبدأ حماية المستهلك الطرف الضعيف في العقد المبرم إلكترونيا أدى إلى خلق مبادئ خاصة فيما يخص الضوابط المعتمدة لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بنظر منازعات هذا النوع من العقود، مما أدى ببعض التشريعات إلى وضع قواعد قانونية خاصة و استثنائية فيما يتعلق بالمحكمة المختصة بنظر نزاع العقد الدولي الاستهلاكي، و لعل أهمها كما سوف نرى مبدأ الاختصاص المنعقد لمحكمة محل إقامة المستهلك، أو ما يعرف le forum actoris[1] بالإضافة إلى اعتماد أو قبول ضابط الإرادة بشروط معينة أهمها أن لا يؤدي شرط الاختيار إلى حرمان احد الأطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي كانت ستوفرها له المحكمة المختصة[2] ، و قد تباينت المواقف التشريعية فيما يخص هذه المسألة و لهذا سوف يتم إستعراضها كما جاءت على مستوى التشريع الوطني(الفرع الأول)، أو من مستوى التشريع دولي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية

أختلفت التشريعات الوطنية في تحديد الضوابط المعتمدة لتحديد المحكمة المختصة بحل منازعات عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي، و ندكر منها :

أولا : القانون السويسري

تضمنت مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987[1] قواعد عامة للاختصاص القضائي الدولي في شأن المستهلك و خولت له الحق في رفع دعواه أمام محكمة موطنه، أو محكمة محل إقامته العادية، أو أمام محكمة محل الإقامة أو موطن مقدم السلعة أو الخدمة

---

[1] - forum actoris = compétence du tribunal du demandeur, voir : www.droitjuridique.fr/lexique/

[2]- أشرف وفاء محمد، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص العدد57،ص244.

[1]- Loi féderal sur le droit international privé suisse 1987, Article114 Contrats conclus avec des consommateurs,, disponible sur le site : https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html

و ليس للمستهلك النزول مسبقا عن حقه في اختيار المحكمة المختصة و هذا نوع من الحماية المقررة له[1]، و هذا من خلال المادة التي تنص على ما يلي :

« Dans les contrats qui répondent aux conditions énoncées par l'art. 120, al. 1, l'action intentée par un consommateur peut être portée, au choix de ce dernier, devant le tribunal suisse;
(a).de son domicile ou de sa résidence habituelle, ou (**b).**du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence habituelle du fournisseur.
Le consommateur ne peut pas renoncer d'avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle»

نستنتج من خلال هذه المادة أن المشرع السويسري لا يقبل شرط الاختصاص المتضمن لمحكمة غير محكمة محل إقامته أو محكمة موطنه.

ثانيا : في القانون الفرنسي

المشرع الفرنسي أعطى للمستهلك إمكانية لإختيار أحد المحاكم التي جاء بها قانون الإجراءات المدنية و هي إما محكمة محل إقامة المدعى عليه، أو محكمة محل مقره الاجتماعي إذا كان شخص معنوي، أو محكمة مكان التسليم الفعلي للشيء أو مكان تنفيذ الخدمة، أو محكمة مكان إقامته وقت إبرام العقد، أو وقوع الفعل الضار،و هذا ما جاء في المادة 141-5 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنص على ما يلي:

« Le consommateur peut saisir à son choix, outre l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, la juridiction du lieu où il demeurait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable »

بالإضافة إلى حق المستهلك في الاعتماد على نص المادة 18 من تنظيم بروكسل1 مكرر التي سوف نأتي على دكرها.

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية و حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر2005،ص58.

ثالثا: قانون كيبيك Quebec

نصت المادة 3149 من القانون المدني لكيبيك على أنه في حالة ما إذا كان المستهلك مدعي يكون له الخيارات التالية:

- محكمة محل إقامته أو محكمة موطنه[1].

و بموجب المادة 3148 من نفس القانون يمكن للمستهلك أيضا رفع دعواه أمام محاكم كيبيك إذا كان:

- للتاجر محل إقامة أو موطن في كيبيك.
- إذا كانت مؤسسة التاجر موجودة في كيبيك و النزاع متعلق بنشاطات هذه المؤسسة فيها[1].

رابعا : القانون الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري فهو لم يتطرق للمحكمة المختصة بنظر نزاعات عقود الاستهلاك مما يجعلنا نرجع إلى القواعد العامة و التي من خلالها يمكن أن نستنتج أنه في حالة ما إذا كان المستهلك جزائريا فسوف يستفيد من الامتياز المقرر في المواد41 و 42 من ق إ م إ السابق شرحها، و بالتالي فالمستهلك الجزائري في العقد الالكتروني الدولي له الحق في رفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية على أساس ضابط الجنسية ، و مثال ذلك إذا كان مقيما

---

[1] - Code civil du Quebec, Article 3149 : Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée, disponible sur le site : http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991

[1] - Article 3148 : Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants:
1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec;

2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec….
Cependant, les autorités québécoises ne sont pas compétentes lorsque les parties ont choisi, par convention, de soumettre les litiges nés ou à naître entre elles, à propos d'un rapport juridique déterminé, à une autorité étrangère ou à un arbitre, à moins que le défendeur n'ait reconnu la compétence des autorités québécoises.

بالجزائر و أبرم عقد بيع عبر الانترنيت مع تاجر الكتروني فمهما كان محل إبرام العقد يكون له حق التقاضي أمام محكمة موطنه أو محل إقامته.

الفرع الثاني: موقف القوانين الدولية

و نقصد بها ما جاء في الاتفاقيات الخاصة بموضوع الاختصاص القضائي الدولي(أولا)، و القوانين الموحدة(ثانيا).

أولا) موقف الاتفاقيات الدولية

من أهم الإتفاقيات التي نظمت مسألة الإختصاص القضائي الدولي:

أ) إتفاقية بروكسل 1968

تعتبر اتفاقية بروكسل أول اتفاقية عالجت مسألة الاختصاص القضائي الدولي في المواد المدنية و التجارية ، حيث نصت في المادة14[1] منها على اختصاص محكمة إقامة المشتري و في حالة الدعوى المرفوعة من البائع ضد المشتري، و في حالة العكس أي في حالة الدعوى المرفوعة من المشتري ضد البائع فيكون للمشتري الحق في رفع الدعوى إما أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها البائع أو محاكم الدولة المتعاقدة التي بها محل إقامته.

نلاحظ أن هذه الاتفاقية تطرقت إلى الجهة المختصة بنظر المنازعات الناتجة عن عقد البيع بين البائع و المشتري، و لا يوجد مانع من تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على المستهلك باعتبار المشتري يكتسب هذه الصفة في الغالب.

[1] - **Article14** : Le vendeur et le prêteur domiciliés sur le territoire d'un État contractant peuvent être attraits, soit devant les tribunaux de cet État, soit devant les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel est domicilié l'acheteur ou l'emprunteur.
L'action du vendeur contre l'acheteur et celle du prêteur contre l'emprunteur ne peuvent être Portées que devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel le défendeur a son domicile.
Ces dispositions ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle Devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section.

ب) اتفاقية lugano[1] لعام 2007

تضمنت الاتفاقية نفس نصوص تنظيم بروكسل1، وقد عالجت مسألة المحكمة المختصة في حالة المستهلك في المادة16 التي تطابق المادة 18 من تنظيم بروكسيل 1 مكرر.

ثانيا) موقف القوانين الموحدة

أهم القوانين الموحدة التي تطرقت إلى مسألة الإختصاص القضائي الدولي إذا كان أحد الأطراف مستهلكا، القانون العربي الإسترشادي الموحد المتعلق بالمعاملات الإلكترونية و تنظيم بروكسل 1 مكرر .

أ) القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات الالكترونية[1]

نص في المادة 41 منه على أن تكون المحكمة المختصة هي محكمة محل إقامة المستهلك ما لم يتفق الأطراف علي غير ذلك، حيث قررت هذه المادة أنه في حالة نزاع بين المهني و المستهلك بشأن معاملة الكترونية فإن المحكمة المختصة بنظر النزاع هي الكائن بها محل إقامـــة المستـــهلك، و حتى لا تكون هذه القاعدة وحيدة و تحكمية للأطراف فقد أضافت المادة حق طرفي النزاع في الاتفاق على غير ذلك[2].

و بهذا تكون هذه المادة قد اعترفت بشرط الاختصاص بين المهني و المستهلك، و حسب صياغة هذه الأخيرة فمتى تم الاتفاق على محكمة مختصة فيجب الأخذ به، و في غياب الإتفاق يتم اللجوء إلى محكمة محل إقامة المستهلك، و بما أن الجزائر كانت عضو في إعداد هذا القانون فلا يوجد ما يمنع القاضي الجزائري من الأخذ بهذا الاتجاه في انتظار تنظيم المسألة قانونيا.

---

[1]- أبرمت بمدينة lugano السويسرية في 30 أكتوبر 2007 بموجب قرار رقم(2007/712/CE)، متعلقة بالاختصاص القضائي، الاعتراف و تنفيذ القرارات في المواد المدنية و التجارية، الدول الأعضاء فيها هي مجموعة الاتحاد الأوروبي، سويسرا، النرويج، الدنمارك و إسلاندا، و قد عوضت إتفاقية lugano لعام 1988، و هي اتفاقية مفتوحة لدول أخرى بتحفظ، متوفرة على الموقع : https://www.admin.ch

[1]- القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات الالكترونية، أعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 812د-25 2009/11/19، متوفر على الموقع: http://www.protectionproject.org/wp-content/uploads/2013/12

[2]- هذا ما جاء في الجانب الإيضاحي التفسيري للمادة 41 من القانون (المذكرة لإيضاحية للقانون)

ب) تنظيم بروكسل1 مكرر[1]

نصت المادة 18 من تنظيم بروكسل1 مكرر على ما يلي:

« L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié.

2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

3. Le présent article ne porte pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant la juridiction saisie de la demande originaire conformément à la présente section ».

و بالتالي فالدعوى المرفوعة من المستهلك(مدعي) ضد الطرف الآخر في العقد يمكن أن تكون أمام محاكم الدولة العضو التي يقيم بها هذا الطرف، أو أمام محكمة محل إقامة المستهلك، أما الدعوى المرفوعة ضد المستهلك(المدعى عليه) فلا يمكن أن تكون إلا أمام محاكم الدولة العضو التي بها محل إقامة المستهلك.

و نلاحظ من هذه المادة انه عندما يكون المستهلك مدعيا، يكون له الخيار حسب ما يلائمه بالنسبة للمحكمة التي يرفع أمامها نزاعه، أما عندما يكون مدعا عليه فالمحكمة المختصة محددة و هي محكمة محل إقامته و لا يمكن اختيار غيرها، و هذا طبعا حماية للمستهـــلك و ما توفره محكمة محل إقامته من امتيازات،غير أنه و بالرجوع للمادة 17 [1]من هذا التنظيم نجد أنها أوردت شروطا لتطبيق المادة18 تتمثل في:

---

[1] - RÈGLEMENT (UE) No 1215/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale(Bruxelles1 bis), disponible à : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:fr:PDF

[1] -1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, …. a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels… c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités 2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État membre….

- أن يكون المستهلك طرفا في العقد.

- أن يكون المتعاقد مع المستهلك شخص يمارس نشاطاته التجارية أو المهنية في الدولة العضو التي يقع على إقليمها محل إقامة المستهلك أو الذي يوجه نشاطاته نحو هذه الدولة أو دول أخرى، و أن العقد يكون في إطار نشاطاته.

- إذا لم يكن للمهني محل إقامة في إقليم دولة متعاقدة (عضو) لكن له فرع أو وكالة ، أو أي مؤسسة في دولة متعاقدة، ففي هذه الحالة يعتبر و كأن له محل إقامة في هذه الدولة.

و الملاحظ أن المادة17 جاءت بفكرة النشاطات الموجهة Activité dirigée، و هي نفس الفكرة التي جاء بها تنظيم روما1 فيما يخص القانون الواجب التطبيق ، لكن تنظيم بروكسل لم يتطرق إلى مفهوم النشاط الموجه ، غير أن اللجنة الأوروبية و في هذا الصدد و من خلال الأعمال التحضيرية للتنظيم أقرت أن النشاط الموجه يفرض منطقيا أن يكون الموقع الإلكتروني نشطا (site actif) بالمقارنة مع موقع إلكتروني غير نشط (site pasif) كما المجلس الأوروبي بوضوح أن مجرد الدخول للموقع لا يكفي لتطبيق أحكام الاختصاص القضائي المقررة في التنظيم لحماية المستهلك[1] ، بل لا بد أن يعرض و يوجه الموقع دعوة لإبرام العقد عن بعد، كما أضاف أن اللغة و العملة المستعملين لا تشكلان عوامل ذات صلة[2] ،أما بالنسبة للبرلمان الأوروبي فقد تبنى في 21 سبتمبر 2000 حل قانوني لفكرة النشاط الموجه[3]، تمثل في :

« la commercialisation de biens ou de services par un moyen électronique accessible dont un état membre constitue une activité dirigée vers cet état lorsque le site commercial en ligne est un site actif, en ce sens que l'operateur dirige intentionnellement son activité de façon substantielle vers cet autre état »

---

[1] - Mariem Rekik,op.cit,p63.

[2] - Rosario DUASO CALÉS, op.cit,p14.

[3] - Mariem Rekik,op.cit,p63.

إذا فالمستهلك من داخل المجموعة الأوروبية و اشترى كتاب من موقع أجنبي فيمكنه اللجوء إلى محاكم محل إقامته حتى و لو كانت الشروط العامة للموقع تجعل الاختصاص للمحاكم محل إقامة المدعى عليه، و هذا بمجرد أن الموقع يوجه نشاطات نحو بلد المشتري، أو إلى عدة بلدان و التي من ضمنها بلد المشتري، و هذه العملية من شانها تشجيع الشراء عبر الانترنيت و أيضا تطوير التجارة الألكترونية[1].

[1] - Rosario DUASO CALÉS, op.cit,p14.

البـــــاب الثاني: مظاهر حماية المستهلك عند تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني

إن وجود العقد الدولي يؤدي إلى وجود مشكلة تنازع القوانين وبالتالي مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، و من المناهج المعتمد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق منهج قواعد التنازع أو قواعد الإسناد التي يضعها المشرع الوطني وفق منظوره القانوني وأيضا أهدافه و مبادئه و النظام العام الذي يحكم دولته و هو ما يؤدي أحيانا إلى إختلاف مضمون قواعد الإسناد هذه بين التشريعات الدولية، و قد خص المشرع الجزائري قاعدة إسناد تحكم العقد الدولي بصفة عامة و التي يخضع لها عقد البيع الإلكتروني الدولي، حيث تتضمن هذه الأخيرة مجموعة من الضوابط أهمها ضابط الإرادة بالإضافة إلى ضوابط أخرى (الفصل الأول)، و لتبيان مدى الحماية التي يحققها القانون الواجب التطبيق وفق هذه الضوابط يتم التطرق إلى نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي في دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي (الفصل الثاني).

الفصـــــل الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي

إن عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي الدولي يتضمن جانب موضوعي و آخر شكلي، الأمر الذي يؤدي إلى إخضاع المسائل الموضوعية المتعلقة به إلى قاعدة إسناد تختلف عن قاعدة الإسناد التي تحكم المسائل الشكلية، و قد سار المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات في هذا الإتجاه، حيث جاء بقاعدة إسناد تحكم موضوع العقد تمثلت في المادة 18 من القانون المدني، و قاعدة إسناد تحكم الجانب الشكلي للعقد تمثلت في المادة 19 من نفس القانون، و يترتب على هذا التمييز ضرورة البحث عن القانون الواجب التطبيق على شكل عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي(المبحث الأول)، و القانون الواجب التطبيق على موضوع هذا العقد (المبحث الثاني).

المبـــــحث الأول: القانون الواجب التطبيق على شكل عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي

يعتبر الشكل المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة فأي تصرف قانوني أخضعه القانون إلى شكل معين، و بالنسبة لعقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني قد يتخذ شكل فاتورة أو وصل بحيث نظم المشرع كل وثيقة من هذه الوثائق و خصها ببيانات و شروط معينة،كما أشار القانون الفرنسي إلى أن عقد البيع المكتوب إلكترونيا يجب أن تتوفر فيه شروط معينة كأن يتضمن بيانات إلزامية معينة و هي طبعا راجعة إلى طبيعة الحامل الإلكتروني، و ضرورة أن تكون هذه الكتابة الإلكترونية واضحة و مقروءة ....

و على إعتبار أن عقد البيع الإلكتروني هو عقد دولي،فهو يخضع إلى قواعد القانون الدولي الخاص و تطبق عليه قواعد الإسناد المتعلقة بالعقد الدولي،و قد وضع المشرع قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد وباقي التصرفات القانونية،حيث أن هذه القاعدة الإسنادية إختلفت النظم القانونية في مضمونها، ما يستدعي التطرق إلى موقف القانون المقارن فيما يخص القانون الذي يحكم شكل عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي (المطلب الأول)، ثم تبيان نطاق الشكل الذي يخضع لهذه القانون (المطلب الثاني).

المطـــــلب الأول: موقف القانون المقارن من القانون الذي يحكم شكل عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي

تباينت التشريعات بخصوص القانون الذي يحكم شكل عقد البيع الإستهلاكي، حيث أخضعت بعضها هذا العقد لنفس الأحكام المطبقة على العقد الدولي بصفة عامة، ما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة و بالتالي الإعتماد على ضوابط الإسناد المنصوص عليها في قاعدة الشكل الخاصة بالتصرفات القانونية (الفرع الأول) ، و البعض الآخر أخذت بعين الإعتبار المستهلك كطرفا في العقد و بالتالي أعتمدت على معايير أخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف القانوني غير تلك الواردة في الأحكام العامة (الفرع الثاني).

الفـــرع الأول: القوانين المعتمدة على قواعد الإسناد العامة لتحديد قانون الشكل

يعتبر عقد البيع الدولي تصرف قانوني بحيث يخضع من حيث الشكل إلى قاعدة الإسناد التي تحكم شكل التصرفات القانونية، و معظم التشريعات نظمت هذه المسألة في قوانينها الداخلية و نذكر منها :

أولا: موقف المشرع الجزائري

تنص المادة 19 من القانون المدني على ما يلي: « تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية ».

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع أخذ بمجموعة من الضوابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات أوردها على سبيل التخيير من خلال إستعمال عبارة " و يجوز " و تتمثل هذه الضوابط في ضابط محل الإبرام، ضابط الموطن المشترك، ضابط الجنسية المشتركة، و ضابط قانون موضوع العقد، ما يفيد أنه يكفي أن يكون العقد صحيحا وفق قانون أحد هذه الضوابط من حيث شكله ليحكم القاضي بصحته، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع عدل في هذه المادة ، حيث كان يأخذ بضابط محل الإبرام بصفة أساسية [1]و في غيابه يلجأ القاضي إلى باقي الضوابط ، فالمشرع أحسن فعلا بهذا التنوع الذي يساعد على تقليص حالات إبطال العقد الدولي لعدم إستيفائه الشكل القانوني، كما أن هذا التنوع يتلاءم مع العقد الإلكتروني خاصة ما يتعلق بمسألة الإعتراف بالكتابة الإلكترونية و إختلاف الدول بشأن حجيتها.

[1]- تم التمييز بين شكل التصرف و موضوعه على يد الفقيه الإيطالي بارتول بمناسبة التعليق على قضية مدين ليقر القضاء على تأييد موقفه و منح الأجانب إمكانية إبرام وصاياهم وفقا للشكل الذي يقرره قانون فنيز (المكان الذي تمت فيه الوصية) على إعتبار أنه قانون بلد الإبرام، و قد أيد مجموعة من الفقه موقف بارتول، و في أواخر القرن الخامس عشر قام الفقيه الإيطالي كورتيس بكشف سر إرتباط قاعدة بلد الإبرام بشكل الترف القانوني و كان أول من توصل إلى نقطة البدأ في وضع خط فاصل بين شكلية التصرف القانوني و موضوعه،حيث يخضع الشكل لقانون محل الإبرام و الموضوع لقانون الإرادة، بعده جاء الفقيه الفرنسي ديمولا الذي أخذ بنفس الفكرة لكنه طورها إلى نتيجة هي أن ما دام أساس تطبيق قانون محل الإبرام هو الإرادة الضمنية للأطراف فإن هذه الإرادة يمكنها أيضا إختيار قانون يطبق على الموضوع و هو ما أستقر العمل عليه في معظم التشريعات القانونية الحديثة،أنظر **عامر محمد الكسواني**،موسوعة القانون الدولي الخاص1:تنازع القوانين،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2010،ص...ص 135...138

ثانيا: موقف المشرع المصري

و قد كان له نفس موقف المشرع الجزائري،حيث أخضع شكل التصرفات من خلال المادة 20 قانون مدني إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو قانون الموطن المشترك أو القانون الذي يحكم الموضوع أو قانون محل الإبرام.

ثالثا: موقف المشرع الأردني

نصت في المادة 21 من القانون المدني على ما يلي: « تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه و يجوز أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية،كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونيهما الوطني المشترك».

نلاحظ أن المشرع الأردني أعتمد هو الآخر نفس الضوابط التي أعتمدها المشرع الجزائري و المشرع المصري.، فقد أجازوا إخضاع شكل التصرف إلى قانون آخرغير قانون محل الابرام و هذا تماشيا مع تطور الفقه والإجتهاد العالميين بالرغم من أن عدد كبير من الفقه يعطي أولوية لتطبيق قانون محل الإبرام بهدف إخضاع الموضوع و الشكل لقانون واحد و تحقيق وحدة التصرف[1].

رابعا: موقف المشرع التونسي

نص المشرع التونسي في الفصل 68 من مجلة القانون الدولي الخاص على ما يلي: « يكون العقد صحيحا شكلا إذا توفرت فيه الشروط التي عينها القانون المنطبق على العقد أو قانون مكان إبرامه، و يكون شكل العقد المبرم بين أشخاص موجودين بدول مختلفة صحيحا إذا توفرت فيه الشروط المعينة بقانون إحدى هذه الدول».

فالمشرع التونسي من خلال هذه المادة سلك إتجاه مغاير، حيث ميز بين العقد الدولي الذي يبرم في دولة واحدة أين يطبق على شكل العقد قانون العقد أو قانون محل الإبرام،و بين العقد الدولي الذي يبرم بين أطراف موجودين في دول مختلفة و هنا أضاف معيارا آخر و

[1]- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص:دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2009،ص210.

هو قانون موطن أحد الطرفين، فالمشرع التونسي لم يشترط الموطن المشترك كما فعلت التشريعات الأخرى، و حسب رأينا هذا الضابط يتماشى مع عقد البيع الإلكتروني الدولي الذي غالبا ما يكون فيه الطرفين متواجدين في دول مختلفة، و بالتالي يكفي أن يكون عقد البيع صحيح شكلا وفق قانون البائع(المهني) أو قانون المشتري (المستهلك) أو قانون محل الإبرام أو قانون العقد.

الفـــــرع الثاني: القوانين المعتمدة على ضوابط إسناد خاصة لتحديد قانون الشكل

على أعتبار أن المستهلك طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية فقد أهتمت بعض التشريعات بوضع نصوص خاصة لحمايته خاصة في مجال القانون الدولي الخاص،حيث أعتمدت هذه القوانين على معايير خاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية بصفة عامة و التي من ضمنها العقود الإستهلاكية خاصة عقد البيع،و من أهم القوانين المنظمة لهذه المسألة نذكر إتفاقية روما لعام 1980 (أولا) و تنظيم روما1 (ثانيا).

أولا: إتفاقية روما لعام 1980[1]

إهتمت هذه الإتفاقية بتحديد المعايير التي يجب أن يعتمد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة عامة و على العقود الإستهلاكية حيت نصت في المادة 9 منها على ما يلي: « 1- يكون العقد المبرم بين أشخاص من ذات البلد صحيحا من حيث الشكل إذا توافق مع الشروط الواردة في القانون الذي يحكم موضوع العقد بموجب الإتفاقية الحالية أو مع قانون البلد الذي تم إبرامه فيه.

2- يكون العقد المبرم بين أشخاص من دول مختلفة صحيحا من حيث الشكل إذا توافرت فيه الشروط الواردة في القانون الذي يحكم موضوعه أو الشروط الواردة في قانون إحدى هذه الدول...

[1] - Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, disponible sur le site : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126(02)

5- الأحكام السابقة لا تطبق على العقود التي تدخل في نطاق تطبيق المادة 5 المبرمة في الظروف المنصوص عليها في الفقرة2،حيث أن شكل هذه العقود يحكمه قانون البلد الذي يكون للمستهلك محل إقامة فيه...»

و بالرجوع إلى المادة 5 فقرة2 من نفس الإتفاقية نجد أنها تنص على أنه لا يجب أن يحرم المستهلك من الحماية المقررة له بموجب قانون بلد محل إقامته إذا توفرت الشروط التالية:

- إبرام العقد يكون قد سبقه في هذه الدولة عرض خاص أو إعلان، أو المستهلك قد أتم فيها كل الإعمال الضرورية لإبرام العقد

- إذا كان المتعاقد الآخر أو ممثله تلقى طلب المستهلك في هذه الدولة.

- إذا كان المستهلك قد أستحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها طلبه.

و نستنتج من المادة 9 الحالات التالية:

✓ حالة المستهلك الذي تتوفر في عقده شروط المادة 5 فقر2،هنا يطبق قانون بلد محل إقامتة على شكل عقد البيع.

✓ حالة المستهلك الذي لا تتوفر في عقده شروط المادة5 فقرة2،هنا يطبق على عقده أحكام الفقرة 1 و 2 من المادة9،أي إذا كان المستهلك و المهني في نفس الدولة فعقد البيع يخضع من حيث الشكل إلى القانون الذي يحكم موضوع العقد أو قانون البلد الذي تم فيه إبرامه، و بالتالي متى كان العقد قد أستوفى الشكل المنصوص عليه في أحد هذين القانونين فيعتبر صحيحا ،أما إذا كان المستهلك و المهني دول مختلفة ففي هذه الحالة يخضع عقد البيع من حيث الشكل إلى قانون موضوع العقد، أو قانون إحدى هذه الدول بمعنى متى كان عقد البيع قد إستوفى الشكل المنصوص عليه إما في القانون الذي يحكم الموضوع أو قانون بلد المستهلك أو قانون بلد المهني فيكون العقد صحيحا.

ثانيا: تنظيم روما1 [1]

تضمنت المادة 11 من هذا التنظيم نفس مضمون المادة 9 من إتفاقية روما مع إختلاف في الشروط الواجب توفرها في العقد الإستهلاكي لتطبيق قانون محل إقامة المستهلك و المتمثلة في ممارسة المهني نشاطه في البلد الذي يوجد فيه محل الإقامة العادية للمستهلك أو أن يوجه المهني نشاطه نحو هذا البلد أو بلدان مختلفة و هو من ضمنها و يكون العقد في إطار هذا النشاط.

و نستنتج من خلال ما جاء في إتفاقية روما و تنظيم روما1 أنهما يهدفان إلى توحيد القانون الذي يطبق على العقد الإستهلاكي من حيث الشكل و من حيث الموضوع متى توفرت شروط تطبيق ذلك و ذلك لضمان فعالية النصوص الواردة في القانون الداخلي لحماية المستهلك في علاقاته التعاقدية الدولية[2].

و الملاحظ أن قاعدة الشكل لها طابع تخييري يرى البعض أنه لا يخدم المستهلك ،و حجتهم في ذلك أنه قد يؤدي إلى تغليب إرادة الطرف القوي في العقد الذي يختار عادة القانون الذي يلائمه بغض النظر عما إذا كان يلاءم الطرف الضعيف أم لا[3]، و أنه يجب أن يخضع شكل العقد و موضوعه إلى نفس القانون على أساس أن قانون حماية المستهلك قواعده آمرة و جاءت لحماية المستهلك و بالتالي يكون غير منطقي الفصل بين المسائل التي تنظم شكل العقد الإستهلاكي عن تلك التي تنظم الموضوع، و إخضاع كل منهما إلى معايير مختلفة قد يؤثر على الهدف من قواعد حماية المستهلك[4].

---

[1] - Le Règlement "Rome 1" du 17 juin 2008 fait suite et remplace la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles internationales , (CE) N° 593/2008, disponible sue le site : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593

[2]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق،ص315.

[3]- نفس المرجع،ص314.

[4]- نفس المرجع،ص ص 315-316.

المطـــلب الثاني: مضمون قاعدة الشكل في عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي الدولي

يتم من خلال هذا المطلب التعرف على مفهوم الشكل في عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي الخاضع لقاعدة الشكل(الفرع الأول)، مع الإشارة إلى الاستثناءات الواردة على ذلك (الفرع الثاني).

الفـــــرع الأول: مفهوم الشكل في عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي

إتفق الفقه على أن مسألة ضرورة إخراج التصرف في شكل معين كما حدده المشرع أو عدم لزوم ذلك تخضع لفكرة شكل التصرف القانوني[1]، حيث يدخل في مضمون هذا القانون الذي يحكم الشكل المسائل المتعلقة بتحديد كيفية تحقيق الوضع الشكلي المطلوب مثل ما يجب أن تتضمنه المحررات المكتوبة،عدد النسخ المحررة،تاريخ المحرر، البيانات الجوهرية للمحرر، إمضاء الأطراف،عدد الشهود،شروط الشاهد....[2]

كما يخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرفات القانونية الخاصة بعقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني الشكل اللازم للإثبات و هي الأوضاع التي يجب أن تكون عليها الوسائل التي تستخدم في إثبات العقد[3] ، و قد سبق الإشارة إلى ذلك عند الحديث عن وسائل إثبات عقد البيع الإلكتروني و القانون الواجب التطبيق[4].

أما بالنسبة للشكل اللازم لإنعقاد العقد أي الشكل الذي يكون ركنا في العقد كالشكل الرسمي في عقد بيع العقار أو الهبة مثلا، فقد أختلف الفقه حول القانون الذي نعود إليه لمعرفة ما إذا كان الشكل ركن في العقد أو يشترط للإثبات فقط،حيث يرى جانب منه ضرورة الرجوع إلى القانون الذي يحكم الموضوع ،فإذا كان هذا الأخير يشترط ان يبرم العقد في شكل معين فهذا يعني أن الشكل في هذه الحالة يخضع لقاعدة الموضوع، أما إذا كان لا يشترط ذلك فالشكل في هذه الحالة يخضع لقاعدة شكل التصرفات[5]، أما الجانب الآخر من الفقه فيذهب

---

[1]- عامر محمد الكسواني،مرجع سابق،ص141.
[2]- أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص1159.
[3]- نفس المرجع،ص1162.
[4]- راجع ما قلناه في الصفحة121 و ما بعدها.
[5]- أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص1161.

إلى القول بضرورة العودة إلى قانون الشكل لمعرفة مدى لزوم الشكل لوجود التصرف من عدمه و يدعمون ذلك أن الشكل إن كان يلزم لوجود التصرف فهو يهدف أيضا إلى تحقيق أهداف أخرى كحماية الغير و تحقيق المصلحة العامة، و القول بالرجوع إلى قانون الموضوع يعني هيمنة هذا الأخير على الجوانب الشكلية و الموضوعية للعقد، ما يعني إلغاء حق التخيير الذي جاء به القانون في قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل[1]،فإذا تم عقد البيع الإلكتروني في شكل معين و كان صحيحا وفقا للقانون الذي يحكم الشكل فيبقى صحيحا حتى و لو كان مخالفا لما جاء في قانون الموضوع، و نحن نؤيد هذا الإتجاه لأنه يتلاءم مع قاعدة التنازع الخاصة بشكل التصرفات في صياغتها السالفة الذكر حتى و لو كان هذا الطابع التخييري منتقد.

الفـــــرع الثاني: الإستثناءات الواردة على قاعدة الشكل

هناك بعض المسائل الشكلية تخرج من نطاق تطبيق قاعدة شكل التصرفات و هذا راجع لخصوصيتها من حيث موضوعها و تتمثل في :

أولا: الأشكال المتبعة في الإجراءات القضائية أو المرافعات

يتضمن قانون الإجراءات مجموعة من القواعد العامة و المجردة التي تهدف إلى سير المرفق العام[2]، و تتمثل هذه الإجراءات في كل ما يتعلق برفع الدعوى و تقديمها أمام العدالة و السير فيها و التبليغ و جلسات المحاكمة و الأحكام و طرق الطعن فيها[3]، و بعض مسائل الإثبات[4]، و بما ان قانون القاضي la lex fori هو المختص بكافة المسائل الإجرائية و هذا ما جاء به المشرع الجزائري في المـادة 21 مكرر قانـــون مدني التي تنص على ما يلي: « يسري على قواعد الإختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات »، و المشرع الأردنـــي في المادة 32 قانـــون مدنـــي التي تنص

[1]- نفس المرجع ،ص ص 1161-1162.
[2]- عامر محمد الكسواني،مرجع سابق،ص 142.
[3]- محمد وليد المصري، مرجع سابق،ص213.
[4]- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي،أحكام التنازع الدولي للقوانين،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2012،ص134.

على ما يلي: « يسري قانون البلد الذي تقوم فيه الدعوى أو تباشر فيه إجراءاتها على قواعد الإختصاص و إجراءات التقاضي »

و بالتالي فهذا القانون هو الذي يحكم هذه الأشكال و ليس قاعدة الشكل[1] .

و قد أختلف الفقه في هذه المسألة حيث يرى البعض أن هذه الأشكال لا تختلف عن فكرة الشكل القانوني للتصرف، فكليهما يمثل الشكل الخارجي الذي يشترطه القانون للقيام بتصرف معين، بينما يرى البعض الآخر و هو الرأي الراجح أن هناك إختلاف بينهما فالإجراءات تخضع لقانون البلد الذي تتم فيه هذه الأخير و بالتالي تخضع لقانون القاضي الذي تقام أمامه هذه الإجراءات، أما قاعدة الشكل فتتعلق بنشاط الأفراد، و الهدف منها ليس تسيير مرفق القضاء و حسن سير العمل فيه و إنما التيسير على الأفراد في تعاقداتهم و تصرفاتهم القانونية، و لعل هذا الإختلاف هو ما يبرر تمتع الأشكال الخاصة بالإجراءات بالطابع الإلزامي، أما تلك الخاصة بالتصرف القانوني فتتميز بطابع إختياري[2].

ثانيا: الاجراءات المتعلقة بالشهر

و المقصود منها الأشكال المتعلقة بشهر التصرفات القانونية ونشرها[3]، و مثال ذلك نشر العقود التأسيسية بالنسبة للشركات،تسجيل الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري أو تنفيذ الحق بمواجهة الغير كما في المسائل المتعلقة بالحقوق العينية التبعية كحق الإرتفاق.

و القصد من هذه الأشكال هو شهر العقد أو التصرف و الإعلان عنه حتى ينفذ في حق الغير، و هذه الأشكال تتخذ في بلد موقع المال محل التعامل[4]، أي تخضع لقانون موقع العقار لأن الهدف منها هو تحقيق الإستقرار في المعاملات[5].

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق،ص 1165.
[2]- عامر محمد الكسواني،مرجع سابق،ص ص 142-143.
[3]- محمد وليد المصري، مرجع سابق،ص213.
[4]- أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص 1164.
[5]- محمد وليد المصري، مرجع سابق،ص213.

ثالثا: الاجراءات المكملة للأهلية

و هي تلك الأشكال التي يفرضها القانون على ناقصي الأهلية أو من يمثلهم[1]، أو فاقدي أو عديمي الأهلية[2]، ومثال ذلك ضرورة حصول الولي على إذن من المحكمة لإدارة أموال من هو في ولايته، أو حصول القاصر على إذن لممارسة نشاط تجاري...فالهدف من هذه الأشكال هو حماية عديمي أو ناقصي الأهلية و بالتالي فهذه الأشكال تخضع إلى القانون الشخصي لهذا الشخص و هو قانون جنسيته و هذا ما أخذ به المشرع في المادة 10 قانون مدني[3]، ولكن بالنسبة للمسائل الإجرائية المصاحبة لحصول الإذن مثلا فتخضع لقانون القاضي[4] .

و من خلال ما سبق نلاحظ تعدد للمعايير المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي،فهناك معيار موضوع العقد ،و معيار محل إقامة المستهلك، و معيار محل الإبرام، و معيار الجنسية و معيار الموطن، إذ هناك من يرى أن لهذا التنوع إيجابيات بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي، لأنه يقلل من حالات بطلان عقد البيع إذا كان لا يستجيب لشروط مكان الإبرام و يتوافق مع شروط قانون موضوع العقد أو قانون آخر، و هناك من يرى في ذلك ضرر على المستهلك، لأنه قد يؤدي إلى وجود إختلاف في القانون المطبق على العقد بشقيه الشكلي و الموضوعي، لكننا نرى ضرورة أخذ القاضي بموقف يهدف إلى حماية المستهلك و يتجلى ذلك من خلال تطبيق القانون الأكثر حماية له بغض النظر عما إذا كان قانون محل إقامته أو أي قانون آخر، أي أن عليه تقدير ما إذا كان القانون الذي يعتبر الشكل صحيحا وفقه يحقق مصلحة للمستهلك أم لا.

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص 1165.
[2]- محمد وليد المصري، مرجع سابق،ص213.
[3]- تسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم .
[4]- أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص 1166

المبـــــحث الثاني:القانون الواجب التطبيق على موضوع عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي

تعتمد قاعدة الإسناد التي يخضع لها عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي إلى مجموعة من المعايير أو الضوابط وضعها المشرع على أساس أنها تؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر صلة بالعقد و بأطرافه، وهذه المعايير أختلفت التشريعات الوطنية بشأنها فهناك من اخذ بهذه المعايير بغض النظر عن صفة أطراف العقد (المطلب الأول)،و هناك من أخذ بخصوصية وجود المستهلك طرفا في العقد لتحديدهذه المعايير (المطلب الثاني).

المطلـــب الأول:القانون الواجب التطبيق على موضوع عقد البيع الالكتروني الإستهلاكي وفق القواعد العامة

يخضع العقد الإلكتروني الإستهلاكي الدولي إلى القواعد الخاصة التي تحكم المعاملات الإلكترونية و العقد الإستهلاكي، و في غيابها يخضع إلى القواعد العامة المتعلقة بتنازع القوانين و بالتحديد قاعدة التنازع المتعلقة بالالتزامات التعاقدية على أساس أن عقد البيع التزام تعاقدي،و هذه القواعد منصوص عليها في القانون الدولي الخاص لكل دولة ،أو في الاتفاقيات الدولية و القوانين الموحدة.

و بالرجوع إلى ضوابط الإسناد المعتمدة في فئة الالتزامات التعاقدية نلاحظ بروز ضابط أخدت به كل القوانين سواء الوطنية أو الدولية و يتمثل في ضابط الإرادة كضابط أصلي(الفرع الأول)، و ربما هذا الأمر منطقي باعتبار أن العقد يحكمه مبدأ سلطان الإرادة بالإضافة إلى ضوابط احتياطية(الفرع الثاني) يتم اللجوء إليها في غياب الضابط الأصلي.

الفرع الأول:الإرادة كضابط أصلي في تحديد القانون الواجب التطبيق

مع تطور فكر نظرية تنازع القوانين لم يعد دور مبدأ قانون الإرادة يقتصر على تلك الوظيفة التفسيرية بل أصبح يستخدم كمبدأ سابق يسمح بذاته في حل تنازع القوانين في العقد ذي الطابع الدولي[1].

و اعتماد الإرادة كضابط أصلي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد له جذوره التاريخية ، ففي عام 1910 أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، حيث أن محكمة النقض الفرنسية أعلنت أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يخص إنشائها أو شروطها أو أثارها هو القانون المختار من قبل الأطراف، و في حالة ما إذا كان المتعاقدان من جنسيات مختلفة فيكون قانون محل إبرام العقد هو المختص، هذا ما لم يكن هناك تعبير صريح من قبل المتعاقدان أو يفهم من ظروف التعاقد[2] ، كما كان لمحكمة النقض الفرنسية نفس الموقف في قرار fourrures renel في 1959/07/06[3] .

و قد أخذت بهذا الضابط معظم القوانين (أولا)، و لكن هذا الضابط رغم أهميته و مكانته في تحديد القانون الواجب التطبيق تعتريه صعوبات في التطبيق على العقد الالكتروني الذي يتميز بمقومات خاصة سواء من حيث طريقة إنشائه أو وسيلة تنفيذه(ثانيا).

أولا: موقف القوانين من ضابط الإرادة

هناك من الدول من نظمت مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني بقوانين خاصة في إطار تنظيم المعاملات الالكترونية و منها من أرجعت المسألة للقواعد العامة

---

[1]- خالد شويرب،القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه،فرع الملكية الفكرية،كلية الحقوق،جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2008-2009،ص12.

[2] - « la loi applicable aux contrats soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et condition, est celle que les parties ont adopté :si, entre des personnes de nationalités différentes, la loi du lieu ou le contrat est intervenu est en principe, celle à laquelle elles s'attachent, ce n'est donc qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté claire :non seulement cette manifestation peut être expresse, mais elle peut s'induire de faits et circonstance de la cause, ainsi que des termes du contrat » voir **Youcef Shandi**,la formation du contrat à distance par voie électronique, thèse doctorat, faculté de droit, université Robert Shauman ,Strasbourg III,2005,p213.

[3] - Cité in Daniel Gutman, droit international privé, 4eme édition ,dalloz, Paris,2004 p221.

الموجودة في القانون الدولي الخاص، لكن الضابط و نظرا لأهميته تم الاعتماد عليه سواء عند اعداد القوانين من طرف المشرع الوطني (أ) ، أو عند وضع القوانين الإتفاقية (ب) .

أ)- ضابط الإرادة على المستوى الوطني

1- القانون الجزائري

بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون الدولي الخاص و المنصوص عليها في القانون المدني نصت المادة 18 فقرة1 على : « يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين إدا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد » ، فنلاحظ أن المشرع أعطى للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، لكن هده الأخيرة ليست مطلقة، حيث قيدها بضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار و المتعاقدين أو العقد، و يقصد المشرع بالصلة الحقيقية أن يكون القانون المختار له ارتباط فعلي و قوي بالمتعاقدين كقانون جنسيتهما أو قانون موطنهما، أو يكون له ارتباط فعلي بالعقد كقانون مكان أبرام العقد أو تنفيذه، و هناك من يرى بأن الصلة الحقيقية يقصد بها العلاقة الموضوعية التي تربط بين القانون المختار و العقد أو المتعاقدين، حيث يجب على الأفراد الاختيار من النظم القانونية التي كان للقاضي أن يختارها لو كان له الحق في دلك[1] و بهدا نقول أن المشرع قد أخد بالنظرية الموضوعية التي يرى أنصارها أن الإرادة ليست مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي[2] .

أما فيما يخص طريقة التعبير عن الإرادة عند إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فالمشرع الجزائري لم يميز بين الإرادة الصريحة و الإرادة الضمنية ما أدى إلى وجود ثلاثة اتجاهات:

<u>الإتجاه الأول</u> يقول بأن المشرع أخد بالإرادة الضمنية و حجيتهم في دلك المادة 60 فقرة 2 من القانون المدني التي تنص على « ...و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إدا لم

[1]- عبد الناصر بلميهوب ،حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي مقال على الموقع الالكتروني www.tribunaldz.com/forum/t1632

[2]- خالد شويرب،مرجع سابق، ص41.

ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا »، و بالرجوع للمادة18 نجد أن المشرع لم يشترط أن يكون التعبير صريحا و بالتالي لا يوجد ما يمنع الأخذ بالإرادة الضمنية تطبيقا للقواعد العامة[1]، **الاتجاه الثاني** يرى أن المادة 18 من القانون المدني الجزائري كانت عكس القوانين العربية و الاتفاقيات الدولية، لا تشمل على ما يفيد الأخذ بالإرادة الضمنية في حالة عدم وجود إرادة صريحة، على أساس أن المادة60 قانون مدني تطبق على العقود الداخلية و ليست الدولية[2]، أما **الاتجاه الثالث** فيرى ترك المسألة في يد القاضي، لكن هذا الرأي منتقد نظرا لاحتمال تعسف القاضي بعدم الأخذ بالإرادة الضمنية و هدا راجع للسلطة التي قد تمنح له[3].

2 - القانون الإماراتي:

أخد المشرع الإماراتي بضابط الإرادة في المادة19 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة[4] التي تنص على ما يلي « يسري على الالتزامات التعاقدية شكلا و موضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين...ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانون آخر هو المراد تطبيقه » فالمشرع الامراتي أخد بالارادة الصريحة و الارادة الضمنية.

3 - القانون المدني المصري:

نص في المادة19 فقرة1 على ما يلي: « يسري على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ».

---

[1]- عبد الناصر بلميهوب ،مرجع سابق.

[2]- بلقاسم اعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1، طبعة9 ، تنازع القوانين ، دار هومة للنشر و التوزيع الجزائر،2006، ص309.

[3]- خالد شويرب، مرجع سابق،ص49.

[4]- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، انظر الموقع الالكتروني /portal/site/adjd. www.adjd.gov.ae

4- القانون السوري:

أخذ المشرع السوري بضابط الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في قانون المعاملات الالكترونية رقم 2014/3 [1] ، حيت نص في المادة 11 على ما يلي « ما لم يوجد اتفاق بين أطراف العقد الالكتروني على القانون الواجب التطبيق يطبق على القانون الواجب التطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني ».

- بالإضافة إلى قوانين أخرى كالقانون المغربي في المادة13 من ظهير 1913 المنظم لوضعية الأجانب في المغرب[2] ، و القانون الأردني المتعلق بالمعاملات الالكترونية في المادة18، التي أخذت كلها بمبدأ الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

ب)- ضابط الإرادة على مستوى القوانين الإتفاقية

أخذت الإتفاقيات الدولية و القوانين الموحدة بضابط الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي أهمها:

1- اتفاقية لاهاي لعام 1955

تتعلق هذه الاتفاقية بالقانون الواجب التطبيق على البيوع ذات الصفة الدولية لأشياء مادية منقولة،حيث تستبعد من مجال تطبيقها البيوع المتعلقة بأشياء غير مادية و بيوع العقار، و هذه الاتفاقية تطبق على عقد البيع بغض النظر عن صفة أطرافه ، و حسب المادة 6 منها

[1]- قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم 2014/3 ،أنظر الموقع الالكتروني
http://tishreen.news.sy/tishreen/public/read/311758
[2]- أحمد ولد محمد المصطفى،مرجع سابق.

فللأطراف حرية إختيار أي قانون بشرط عدم مخالفته للنظام العام، أما المادة2 منها على ما يلي : « يخضع البيع لقانون البلد المعين من طرف الأطراف المتعاقدة »[1] .

2- اتفاقية روما 1980

أعطت المادة 3 من هذه الاتفاقية للأطراف حرية الاختيار سواء كان الاختيار صريحا أو كان ضمنيا، و من خلال هذا الاختيار يكون للأطراف حق :

- تطبيق القانون على كل أو جزء من العقد أو ما يعرف بفكرة تجزئة العقد، فهذه الاتفاقية تقبل أن يجزئ الأطراف عقدهم إلى أجزاء يخضع كل جزء إلى قانون مغاير[2] ،و حسب M.P.Lagarde فإن تجزئة العقد يجب أن لا تمس بتجانس العقد[3]، إذ يجب أن تخضع كل عناصر العقد و أجزائه إلى نفس القانون ، كما يرى الأستاذ عبد الكريم سلامة ان فكرة تجزئة العقد تفرض ذاتها و يمكن أن نميز بين نوعين من التجزئة، التجزئة الأفقية ، و تعترف بها أغلب النظم القانونية مثلا خضوع الأهلية من حيث سن الرشد عوارض الأهلية لقانون جنسية المتعاقدين، و خضوع المال لقانون موقعه و خضوع إجراءات التنفيذ لقانون القاضي، أما التجزئة الرأسية فيخضع فيها العقد بالإضافة إلى قانون الإرادة إلى قواعد البوليس أو النظام العام الاقتصادي في كل مراحله، حيث لا يقتصر تطبيق هذه القواعد على قانون القاضي، بل على القواعد الموجودة في القوانين الأجنبية التي يكون للعقد صلة بها[4]، و هو ما جاء في المادة7 من اتفاقية روما التي تنص : « عند تطبيق قانون بلد معين بمقتضى الاتفاقية الحالية يمكن أن يعطى أثرا

---

[1] - Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, art 2 « La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi », disponible sur le site : https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=31

[2] - Al Qudah Maen, l'exécution de contrat de vente internationale, de marchandise (étude comparative),thèse doctorat en droit privé,faculté de droit , université de Reims Champagne Ardenne,2007, p91.

[3] Al Qudah Maen,op.cit.p92.

[4]- أحمد عبد الكريم سلامة،الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،2008، ص ص1092-1093

للنصوص الآمرة في قانون بلد آخر تحتفظ معه العلاقة برابطة وثيقة إذا كانت هذه النصوص وفقا لقانون هذا البلد الأخير واجبة التطبيق أيا كان القانون الذي يحكم العقد، و لتقرير ما إذا كان يجب إعطاء أثر لهذه النصوص الآمرة يؤخذ في الإعتبار طبيعتها و موضوعها و أيضا النتائج التي تترتب على تطبيقها أو عدم تطبيقها ».

و قد أخذت بفكرة تجزئة العقد المادة 4 من اتفاقية روما [1] ، كذلك المادة27 من القانون المدني الألماني[2].

- حق تعديل قانون العقد و يعني حق الأطراف في الرجوع عن القانون المختار و استبداله بقانون أخر[3] ، فقد يتبين ان القانون المختار لا يتماشى مع اقتصاديات العقد و تبدو أحكامه مختلفة بالمقارنة مع القانون الذي يريدان الإستبدال به، أو قد يتبين أن القانون المختار ليس له ارتباطا وثيقا بالعقد[4].

و لكن هدا التغيير يتوقف على شروط تتمثل في أن لا تمس هده التعديلات بصحة العقد، و أن لا تمس بحقوق الغير[5].

- إمكانية اختيار قانون ليس له صلة بالعقد و كمثال على دلك ما ورد في العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الذي وضعته غرفة التجارة و الصناعة بباريس في 30 أفريل 1998 في المعاملات التي تتم بين المهنيين و المستهلكين ،حيث جاء في بند منه أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الفرنسي بغض النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم، أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه، و بالتالي يمكن للمتعاقدين في مجال التعاقد الالكتروني إخضاع عقدهم لقانون دولة تعترف بصحة التوقيعات الإلكترونية دون اشتراط وجود أية

---

[1] - Article4 : Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application,à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

[2]- يسري على العقد القانون الذي أختاره الأطراف و بمقتضى هذا الأخير يستطيع الأطراف تعيين القانون الواجب التطبيق على كل أو جزء فقط من عقدهم،أنظر:عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص1094.

[3]-المادة3 فقرة 2 من اتفاقية روما

[4]- عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص1087.

[5] - Al Qudah Maen,op.cite,p77.

صلة بين القانون المختار و العقد، و يعتبر هذا التوجه مناسب لطبيعة عالم الإنترنيت الافتراضي[1] .

3- القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات الالكترونية و التجارة

تم اعتماد هذا القانون بقرار من مجلس وزراء العدل العرب رقم 812- د25 بتاريخ 19 نوفمبر 2009[2] ، و هو قانون نموذجي استرشادي ينظم جوانب المعاملات و التجارة الالكترونية تنظيما قانونيا دقيقا تقدمه لكافة الدول العربية من أجل الاسترشاد به عند وضع تشريعها في هذا المجال و قد عالج هذا القانون مسألة القانون الواجب التطبيق في الفصل الخامس منه،حيث نص في المادة 36 على حق الأطراف في الاتفاق على تطبيق قانون دولة ما أو قواعد اتفاقية دولية أو أي قواعد موجودة في وثيقة أخرى، إلا أنها وضعت قيدا على تطبيق قانون الإرادة و هو حالة مخالفته للنظام العام أو وجود غش نحو القانون،وهنا لا يجوز إعمال إرادة الأطراف، و تطبق في هذه الحالة القواعد الواجب تطبيقها بشأن تنازع القوانين في القواعد العامة.

4- التنظيم الأوروبي593 -2008 (روما1)[3]

و هو متعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية،الذي تم تكوين قواعده من اتفاقية روما لعام1980 السالفة الذكر، و يطبق على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي و هو صادر عن البرلمان الأوروبي و المجلس الأوروبي في 17 جوان2008، حيث أصبح هذا التنظيم يطبق في حل مسائل تنازع القوانين الواردة على العقود المبرمة بعد تاريخ17 ديسمبر2009 و مجال تطبيقه الالتزامات التعاقدية في المواد المدنية و التجارية، و قد اخد هذا التنظيم بضابط حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق باعتباره مبدأ جوهريا.

---

[1]- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الألكترونية، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2006،ص ص283-284.

[2]- موجود على الموقع www.lasportal.org

[3] -RÈGLEMENT (CE) N ° 593/2008 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), disponible sur le site : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593

ثانيا: صعوبات تطبيق ضابط الإرادة على العقود الألكترونية

إن التعبير عن الإرادة بصفة عامة يكون إما باللفظ أو الإشارة أو المبادلة الفعلية أو إتخاذ أي موقف آخر يدل على التراضي[1]، فهذا التعبير يجوز أن يتم باستعمال وسيلة عادية أو عن طريق الانترنيت حيت يكون التعبير عن الإرادة إلكترونيا باللجوء إلى تقنيات كالحوار المباشر و تبادل الرسائل الالكترونية و البريد الالكتروني و غيرها من وسائل الاختيار أو التعبير الصريح[2] المتوفرة في عالم الأنترنت.

إن استعمال الانترنيت كوسيلة للتعبير عن الإرادة قد يخلق صعوبات من حيت صحتها و إثباتها، و التي تسعى الدول إلى التقليل منها بالتطور القانوني كإعتماد تقنية الضغط المضاعف مثلا، و التطور التكنولوجي المتمثل في التقنيات الحديثة المستعملة في تحديد هوية و مكان مستعمل الأنترنيت عن طريق تقنية IP (internet protocol)، وأبرز هده الصعوبات:

أ)- كيفية التحقق من وجود إرادة التعاقد

و يكون هذا في حالة ما إدا تم التعبير عن الإرادة بشكل غير مباشر أي بوجود وسيط قد يؤدي إلى إصابة الرسائل الالكترونية بعيوب في صحتها بحيث يصعب التأكد من وجود الإرادة، و كذلك التحقق من أن هده الإرادة صادرة من شخص له أو ليس له صلاحية التصرف نيابة عن الشخص الأصلي، أو تم التلاعب في مضمون الرسالة الالكترونية خاصة مع ما تتعرض له الشبكة من إختراقات[3].

و هناك دراسات أكاديمية و علمية أثبتت أن تحديد إرادة التعاقد يمكن أن يتحقق عن طريق اتفاق المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة المرور، كما يضمن المفتاح السري و المفتاح العلني

---

[1]- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني،دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2010،ص41.

[2]- عبد العزيز محمد الزعابي ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الألكترونية، مقال،2013،ص9،موجود على الموقع:www.az.advocates.com

[3]- أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق ،ص ص 50-51.

من تحديد هوية المتعاقد الحقيقي عندما يوقع الطرف المرسل الرسالة بمفتاحه السري، و يتم التحقق من قبل المرسل إليه من الرسالة عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري و إدا تبث صلاحيتها تأكد المرسل إليه أن الباعث بالرسالة هو المتعاقد الحقيقي[1].

ب)- تحديد أهلية و هوية المتعاقد:

، قد يجري التعاقد عبر الانترنيت دون أن تتوفر أهلية التعاقد لأحد الأطراف أو لكليهما فأغلب مستخدمي الانترنيت هم مراهقين أو ناقصي الأهلية ويصعب اكتشاف دلك خاصة و أن الدفع يتم إلكترونيا أي قد يستعمل قاصر البطاقة المصرفية لوالديه أو لأي شخص آخر و هدا راجع لكون العقد الالكتروني يبرم دون الحضور الشخصي للأطراف مما يصعب على كل متعاقد التعرف و التأكد من شخصية المتعاقد الآخر و التحقق من أهليته، كما أن الطرف المتعاقد قد لا يعرف هوية الطرف الآخر الذي يتعاقد معه و لا أهليته القانونية و لا الدولة التي ينتمي إليها خاصة إذا كان العنوان الإلكتروني ينتهي بـ: (com.) أو (org.)[2] .

و من التقنيات المستخدمة للتأكد من أهلية المتعاقد نجد تقنية الحائط الناري لتجميع الآليات البرمجية و التي عن طريقها يمكن بث رسالة تحذيرية عندما تكون الشبكة معرضة للاختراق ، و تقنية الإستيطاق من المواقع و تعقبها خوفا من وجود شركات وهمية، و الوثائق الالكترونية حيث ينص الاتفاق النموذجي للتبادل الالكتروني على أن تشمل الإجراءات الأمنية التحقق من منشأ الرسالة[3].

ج)- صعوبة إثبات التعاقد:

تعتبر قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق و الالتزامات فعدم إقامة الدليل على وجود الحق يحول حصول صاحبه على الحماية القانونية المقررة له بموجبه[4]

---

[1]- خالد شويرب،مرجع سابق،ص31 .
[2]- عبد العزيز محمد الزعابي، مرجع سابق، ص13.
[3]- خالد شويرب،مرجع سابق،ص33 .
[4]- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية،2006 ص357 .

فقد تصاب الأجهزة الالكترونية بمشاكل فنية تؤدي إلى ضياع الأدلة و البيانات المخزنة بداخلها أو قد تنتهي فترة الصلاحية المقرر لتخزينها بحيث تهلك أو تصبح غير مقروءة أو قد يتلاعب بمضمون السند الالكتروني مما يؤثر على إمكانية الإثبات[1] .

د)- عدم تنظيم القانون المختار للمعاملات الالكترونية:

أو عدم وجود قواعد حمائية فيه للمستهلك الالكتروني، و تبدو المشكلة عندما لا يعترف القانون المختار بصلاحية العقد، أو عند تباين مواقف الدول فيما يخص الحماية المقررة للمستهلك[2].

ه)- إمكانية تحكم القاضي في قانون العقد:

حيث أن القاضي و من اجل البحث عن الإرادة الضمنية يقوم بتركيـز العلاقة العقدية و

إسناده للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد[3] ، و هدا ما يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق مستترا وراء البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين و هي في الحقيقة إرادته هو.

ي)- صعوبة الاعتماد على القرائن الدالة على الإرادة الضمنية:

و تتضح من جهات متنوعة كلغة العقد مثلا فأغلب العقود تحرر باللغة الانجليزية باعتبارها لغة التخاطب في العقود الالكترونية ،و في حال استخدام لغة أخرى فإنها تترجم بطريقة آلية إلى اللغة الانجليزية بواسطة الحاسوب[4]، كما لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الوفاء يؤدى بطريقة آلية أو إلكترونية (النقود الإلكترونية) ، و هذا ما ترك جانب من الفقه يرى ضرورة استبعاد الاختيار الضمني في العقود الالكترونية، و نحن نؤيد هذا الرأي لأن صعوبة الاعتماد على قرائن معينة قد تؤدي إلى تطبيق قانون لا يعكس أبدا إرادة المتعاقدين،و لهذا يكفي أن يأخذ القاضي بالإرادة

---

[1]- نفس المرجع،ص358 .

[2]- عبد العزيز محمد الزعابي، مرجع سابق،ص14

[3]- هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، منشاة المعارف، مصر،1982،ص ص118-119.

[4]- صالح المنزلاوي،مرجع سابق، ص288.

الصريحة و في حالة عدم وجودها يستعين بالضوابط الاحتياطية الأخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة18 من القانون المدني.

الفرع الثاني: الضوابط الاحتياطية

و هذه الضوابط يتم اللجوء إليها في غياب الاختيار الصريح أو الضمني للأطراف بالنسبة للقانون الواجب التطبيق، و يقسمها الفقه إلى نوعين، ضوابط الإسناد الجامد(أولا)، و ضوابط الإسناد المرن(ثانيا).

أولا: ضوابط الإسناد الجامد

ضوابط الإسناد الجامد تتمثل في :

أ)- ضابط الموطن المشترك

يعرف الفقه الموطن بأنه المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله أو مصالحه[1]، فإذا كان كلا المتعاقدين ينتميان إلى موطن واحد فإن قانون هذا الموطن و الواجب التطبيق على هذا العقد المشتمل على العنصر الأجنبي،و السبب في الأخذ بهذا الضابط هو أن قانون الموطن المشترك هو القانون المعروف لذا المتعاقدين و اللذين اعتادوا الخضوع له و هم أكثر إطلاعا عليه.

و يصعب الاعتماد على هذا الضابط في العقد الالكتروني الدولي لأنه غير محقق في أغلب الحالات بسبب تواجد الأطراف في دول مختلفة.

ب)- ضابط الجنسية المشتركة

و هذا الضابط يتطلب التحقق من هوية الأطراف و جنسيتهم، و قد اعتبره القضاء الفرنسي في بعض الحالات دليلا على الإرادة الضمنية[2].

[1]- للتفصيل أكثر في مفهوم الموطن، راجع الصفحة157 و ما بعدها.
[2]- أحمد ولد محمد المصطفى، مرجع سابق.

ج)- ضابط مكان إبرام العقد

و يستمد أصله التاريخي من قاعدة أن قانون المحل يحكم التصرف و هي تعد من أقدم قواعد التنازع، و قد ازدهرت في الوقت الذي سادت فيه نظرية سلطان الإرادة على أساس أنه في هذا المكان كان الظهور الأول لإرادة الأطراف المتعاقدة[1]، و قد أخذت به العديد من التشريعات على غرار المشرع الجزائري في المادة18 من القانون المدني، و القانون الأردني في المادة20 من القانون المدني.

إن هذا الضابط لا يتناسب مع العقود الالكترونية التي تبرم عن طريق الأنترنيت، حيث تكمن الصعوبة في تحديد المكان، أي مكان إبرام العقد في العالم الافتراضي، فقد يكون مقر إدارة الشركة في مكان و مقدم خدمة الانترنيت في مكان آخر، فالقول بوجود موطن إلكتروني لا يزال محل نقاش و جدل[2] ، فقد يكون مكان إبرام العقد عرضي أحيانا، كأن يتم عبر الحاسوب النقال لشخص في حالة تنقله من دولة إلى أخرى[3]، و قد لا يرتبط بعلاقة جوهرية بموضوع العقد و لهذا يصعب تطبيقه أحيانا[4] ، و قد يكون مكان إبرام العقد دولة بسيطة أو دولة اتحادية، فهل يعتبر محل إبرام العقد هو المكان المستضيف للموقع أو مكان إقامة البائع، و في حالة العقود التي تتم بالبريد الالكتروني، فهل يعتد بمكان إرسال القبول أو مكان تسلمه[5].

بالإضافة إلى أن تعيين مكان إبرام العقد يتطلب تحديد وقت إبرامه ، فبالرجوع إلى القانون الجزائري، لم يعالج المشرع المشرع العقد الألكتروني، ما يدفعنا إلى العودة إلى القواعد العامة ،فالتعاقد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين، فحسب المادة 67 من القانون المدني يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان و في الزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم

---

[1]- خالد شويرب،مرجع سابق،ص41.

[2]- يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، مقال، جامعة تمنراست، متوفر على الموقع: www.manifest.univ-ouargla.dz

[3]- ناصر حمودي،مرجع سابق،ص156.

[4]- أحمد ولد محمد المصطفى، مرجع سابق.

[5]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،مرجع سابق،ص551.

يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان و في الزمان اللذين وصلا إليه فيهما القبول.

فالمشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول و أعتبر أن وصول القبول قرينة على العلم به و هي قابلة لإثبات العكس، فإذا تم التعاقد عبر صفحة الواب، فإن العقد يبرم في المكان و الزمان اللذين يصل فيهما القبول الذي أرسله المستهلك إلى الموجب.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي و أمام وجود فراغ تشريعي فيما يخص زمان و مكان إنعقاد العقد بين غائبين فإن القضاء أختلف بين ترك المسألة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع على إعتبارها مسألة ، واقع و بين الأخذ بنظرية تصدير القبول ، و مع إستحداث المادة الجديدة رقم 1369-2 قانون مدني فرنسي[1] التي تقضي بأن العقد المقترح من خلال الطريق الألكتروني لا ينعقد إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب وذلك بعد مراجعته لطلبه و الثمن و تصحيح الأخطاء، ما نستنتج أن هناك خروج عن النظريات الأربعة(الإعلان التسليم، التصدير، العلم) و وجود لحظة أخرى يعتد بها و يتم فيها إنعقاد العقد بين غائبين بالوسيلة الألكترونية و هي **لحظة تصدير تأكيذ القبول**[2] و بالتالي فإن مجرد تصدير القبول يكون عديم الأثر إذ لا بد من تصدير تأكيد القبول، و الهدف من ذلك هو إتاحة الفرصة للمستهلك في الفترة بين القبول و تأكيد القبول من إمكانية العدول أو مراجعة تفاصيل أمر الشراء الصادر منه، و أيضا تصحيح الأخطاء التي تكون قد وقعت، ففي اللحظة التي يرسل فيها تأكيذ القبول يبرم العقد.

لكن بالرجوع لنفس المادة نجد أنها أشترطت إلى جانب القبول عن طريق الضغط الأول و تأكيد القبول عن طريق الضغط الثاني، خطوة ثالثة تتمثل في إلزام الموجب بإرسال وصل إستلام طلب المستهلك، ما يدفع للتساؤل عن وقت إبرام العقد[3] ، أي هل العقد ينعقد من وقت إرسال تأكيد القبول(الضغط المضاعف) أو من وقت إستقبال الموجب للقبول (إرسال وصل

---

[1]- تم إستحداثها بموجب المشروع الفرنسي لـ29-02-2003 و الذي جاء إعمالا للتوجيهة 2000-31 بشأن التجارة الألكترونية .

[2]- هذا ما أشار إليه البند السابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الألكترونية الذي نص على ضرورة تأكيذ الأمر بالشراء من قبل من وجه إليه العقد، أنظر نفس المرجع،ص88.

[3] - Soulayman A Maiga,op.cit,p69.

الإستلام) بمعنى هل وصل الإستلام شرط موضوعي حيث أن العقد لا ينعقد إلا بعد إرساله، أم أنه مسألة شكلية تساعد على إثبات إنعقاد العقد؟.

يرى الأستاذ Youssef Shandi[1] أن إرسال وصل الإستلام لا يشكل خطوة ضرورية لإتمام العقد الألكتروني لأنه أبرم بمجرد الضغط المضاعف، كما أن القانون الفرنسي يعتمد على نظرية إرسال القبول، و بالتالي فهذا الوصل يلعب دورا تقنيا فقط ينحصر في تأكيد وصول الطلبية إلى الموجب، كما أن له دور في إثبات العقد من جانب القابل الذي يكون صعبا احيانا في العالم الرقمي خاصة إذا تم القبول على الموقع، على عكس ما إذا تم عن طريق تبادل البريد الألكتروني أين يكون الإثبات سهل لإمكانية حفظ هذه الرسائل.

أما القانون التونسي فقد نص في الفصل 28 من قانون المبادلات التونسي على أن العقد ينشأ بعنوان البائع و في تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلب بواسطة وثيقة الكترونية ممضاة و موجهة إلى المستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، فالمشرع التونسي إذا جعل عنوان البائع هو مكان إنعقاد العقد الالكتروني و أعتبر أن زمان إنعقاد هذا العقد هو تاريخ موافقة البائع على هذا الطلب[2].

أما المادة15 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية فقد قررت أن مكان إرسال الرسالة الالكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشأ، و أن مكان إستلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر العمل المرسل إليه،ما لم يتفق المنشأ و المرسل إليه على غير ذلك.

كما أن القانون الأردني أعتبر العقد الالكتروني منعقدا بتطابق القبول مع الإيجاب، أي أن صدور القبول بموجب رسالة الكترونية ممن وجه إليه الإيجاب يجعل العقد منعقدا، أما مكان إنعقاده فهو ليس مكان صدور القبول و إنما المكان الذي يوجد فيه مقر عمل القابل، و في حالة عدم وجود مقر له يعتبر مكان إقامته مقرا لعمله ما لم يكن الموجب و القابل قد اتفقا

[1] -Youssef Shandi,op.cit,pp158-159.

[2]- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الأنترنيت، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن،2002،ص79.

على غير ذلك[1]، فالواضح أن المشرع الأردني أخذ بنظرية تصدير القبول و ليس وصوله أو العلم به[2].

أما المادة 10 من قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم3-2014 ، فتعتبر العقد الالكتروني قد تم في المكان و الزمان الذي أستلم فيه القبول ما لم يتفق على غير ذلك.

د)- محل تنفيذ العقد

كان سافيني أول من قام بإسناد العقد لقانون دولة محل التنفيذ، أي المكان الذي تتمركز فيه مصالح المتعاقدين، و يرى الفقه الحديث أن مكان التنفيذ هو المفضل لأن قانون محل التنفيذ يحقق صلة وثيقة و جدية بين العلاقة العقدية و القانون المطبق،كالتسليم في عقد البيع الذي يعتبر التزاما رئيسيا و بالتالي فقانون مكان التسليم هو الأكثر صلة بعقد البيع،و بالتالي في غياب القانون المختار من قبل الأطراف يمكن اللجوء إلى قانون مكان التنفيذ بإعتباره قانون مكان التسليم.

فإذا كان تحديد هذا المكان سهلا في العقود التي يكون التنفيذ فيها ماديا، فالصعوبة تكمن عندما يكون التنفيذ على الخط مثل بيع البرامج التجارية، ففي هذه الحالة هل نطبق قانون موقع التحميل، أو قانون مكان المزود أو قانون المكان الذي يوجد به ذلك الحاسوب؟

و من بين الصعوبات التي تواجه هذا المعيار، تعدد محل التنفيذ كأن يكون محل العقد مجموعة من السلع تسلم إلى أماكن متعددة، أو قد يكون محل التنفيذ غير محدد في العقد و بالتالي من غير الممكن إنتظار وقت تنفيذ العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق،و صعوبة تحديد القانون الذي يخضع له تعريف التسليم، فهل يقصد بالتسليم مجرد الوضع المادي للشيء أم يشمل نقل ملكية الشيء أيضا.

[1]- مثال: محمد مقيم في عمان بالأردن و مقر عمله في سوريا و حسين مقيم في مصر و مقر عمله في العراق، و قام هذا الأخير و هو في الصين بإعداد رسالة إلكترونية تتضمن إيجابا و أعطى أمرا إلكترونيا للحاسوب بإرسالها إلى محمد فإنه يكون قد أرسلها حكما من مقر عمله و هو العراق، و يكون محمد قد تسلمها حكما في سوريا، و إن تصفحها و رد عليها و هو في بريطانيا مثلا بواسطة بريده الالكتروني.

[2]- المادة101 من القانون المدني الأردني.

و للتغلب على هذه المشاكل يدعو الفقه إلى ضرورة تعيين مكان تنفيذ العقد في إتفاقات الأطراف[1]، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يأخذ صراحة بمكان تنفيذ العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق في المادة 18 من القانون المدني.

ثانيا: الإسناد المرن(ضابط الأداء المميز)

إن صعوبة الإعتماد على الضوابط الاحتياطية أستدعت اللجوء إلى حل مرن أكثر تناسبا مع المسألة و هو فكرة الأداء المتميز.

أ)- مفهوم فكرة الأداء المتميز

تقوم فكرة الأداء المميز على تحديد القانون الواجب التطبيق لكل عقد على أساس تحديد أهم الأداءات الرئيسية في العقد و طبعا هذه الأداءات تختلف من عقد لآخر[2]، و يرى البعض أن ضابط الأداء المميز في العقد هو قانون دولة محل إقامة المدين، بإعتباره الملزم بأداء الإلتزام الأساسي، فالعبرة بهذا الإلتزام لما يشكله من أهمية في العقد، ما أدى بالبعض إلى تعريفه بالأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا، لكن هذا التعريف غير مطلق على أساس أن أداء الثمن موجود في كل العقود[3]، و أن هناك عقود لا يكون فيها الأداء بمقابل بالرغم من أنه أساسي في العقد.

إن هذه الفكرة وجدت مكانة في العقود الالكترونية كونها تتماشى إلى حد معين مع خصوصيتها التي يصعب فيها أحيانا تطبيق ضوابط الإسناد الجامد.

و قد تبنت هذا الضابط اتفاقية روما في المادة 4 ،حيث نصت على أنه في حالة عدم الإختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق يطبق قانون البلد الذي له أكثر صلة بالعقد، و بالرجوع إلى الفقرة2 من نفس المادة نجد على أنها تنص على أن العقد يكون له روابط أكثر صلة مع بلد محل إقامة الطرف الملزم بالتوريد وقت إبرام العقد، و إذا كان الأمر يتعلق بشركة أو شخص معنوي فيطبق قانون البلد الذي توجد به إدارته المركزية ، و

[1]- أحمد ولد محمد المصطفى، مرجع سابق.
[2]- مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة ،مرجع سابق،ص 1357.
[3]- ناصر حمودي،مرجع سابق،ص157.

بذلك تكون الإتفاقية قد تبنت ضابط الأداء المميز للعلاقة التعاقدية لتحديد القانون الواجب التطبيق و الذي يتمثل في قانون بلد محل إقامة المدين بالأداء أو الإلتزام الرئيسي وقت إبرام العقد، كمت تبنته المادة 117 من القانون المدني السويسري التي تنص على : يسري على العقد في حال غياب الإختيار قانون الدولة التي بها روابط أكثر وثوقا و تتوفر تلك الروابط مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الواجب عليه تطبيق الأداء المميز.

و أخذت به أيضا المادة29 من القانون الدولي الخاص المجري[1] ، و المادة 3 من إتفاقية لاهاي لعام1955، التي تنص على أنه في حالة عدم وجود إختيار يخضع عقد البيع إلى قانون محل إقامة البائع وقت تلقيه الطلب، و إذا كان مستقبل الطلب مؤسسة تابعة للبائع فالبيع يخضع للقانون الذي توجد فيه هذه المؤسسة.

و قد أخذ بهذا الموقف القضاء في مناسبات عديدة، حيث قضت محكمة إستئناف هلسنكي Helsinki في 3 فيفري 1982[2] في قضية بين بائع نرويجي و مشتري فلندي بتطبيق قانون محل إقامة البائع و هو القانون النرويجي، و هذا تطبيق لأحكام المادة 3 فقرة 1 من اتفاقية لاهاي لعام1955 .

و من بين تطبيقات هذه النظرية أن حدد القضاء السويسري لكل طائفة من العقود قاعد الإسناد التي تشير إلى اختصاص قانون محل إقامة المدين بهذا الأداء، كما عدد المشرع الأوروبي مجموعة من العقود المهمة في التجارة الدولية و أعطى لكل عقد القانون الواجب التطبيق، فمثلا في عقد البيع أو عقد توريد الخدمات فالقانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون مكان إقامة البائع أو مورد الخدمة[3].

[1]- " إذا لم يستطع القاضي تحديد القانون الواجب التطبيق،يسري على العقد قانون الموطن أو محل الإقامة العادية أو مركز منشأة الشخص الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية و يتم تحديد الأداء المميز عند إبرام العقد "

[2] - Mathild Sumampouw, les nouvelles conventions de La Haye, leur application par les juges nationaux, tome III, Martinus Nijhoff, Pays-Bas, 1984,p15.

[3] - Romain Salzburger,op.cit.

ب)- صعوبات تطبيق فكرة الأداء المميز

تقوم هذه النظرية على مرتكزات جغرافية لا تتلاءم مع المعاملات الالكترونية خاصة مع أتسام أغلب المواقع الالكترونية بأنها مواقع الكترونية لا تتناسب مع محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز الذي يشترط فيه أن يكون دائما[1] .

المطلـــب الثاني: القانون لواجب التطبيق على عقد البيع الالكتروني الاستهلاكي في القواعد الخاصة

بعد عرض أهم النصوص أهم النصوص القانونية الخاصة التي جاءت في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع عقد البيع الإلكتروني الذي يكون أحد أطرافه مستهلاكا (الفرع الأول) ، يتم تحديد الضوابط المعتمدة لتحديد هذا القانون (الفرع الثاني).

الفـــرع الأول: النصوص القانونية الخاصة

هناك تشريعات جاءت بنصوص قانونية نظمت فيها معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الاستهلاكي بالرغم من إختلاف مضمونها ، حيث تنوعت هذه النصوص بين نصوص ذات طابع دولي (أولا)، و أخرى ذات طابع وطني (ثانيا).

أولا: النصوص القانونية ذات الطابع الدولي

و تتمثل في الاتفاقيات الدولية(أ)، و القوانين الإقليمية(ب)

أ- **الاتفاقيات الدولية:** أهمها

- اتفاقية روما لعام 1980

اتفاقية روما باعتبارها المرجع الأول الذي عالج مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الاستهلاكية، فمن خلال المادة 5 أقرت الإختصاص إلى قانون الدولة التي بها محل الإقامة المعتادة للمستهلك، لكن هذا الإسناد ليس آلي لأنه لا يكون إلا في حالة غيـاب اتفاق صريح على القانون الواجب التطبيق، ومن جهة أخرى و في حالة وجود هذا الاختيار يجب أن لا

[1]- سيني مخالفية، مرجع سابق، ص52.

يحرم هذا القانون المستهلك من الحماية التي تؤمنها له القواعد الآمرة لقانون بلد إقامته[1]، و يعني ذلك أن إتفاقية روما أعطت للأطراف حرية إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد شرط أن يكون هذا الأخير يوفر حماية للمستهلك لا تقل عن تلك المقررة في قانون محل إقامته، فإذا كان القانون المختار أقل حماية يطبق قانون محل إقامة المستهلك و يهمل تطبيق هذا الأخير.

ب- القوانين الإقليمية:

و أهمها:

- التوجيهة الأوروبية97-7 المتعلقة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد

هذه التوجيهة تطبق على العقود الإستهلاكية المبرمة عن بعد، و بما أن عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي هو عقد عن بعد فهو يخضع إلى أحكام هذه التوجيه، و قد نصت المادة12 منها على ما يلي:

« على الدول الأعضاء أن تأخذ احتياطاتها حتى لا يحرم المستهلك من الحمايـــة الواردة في هـــذه التوجيهة بسبب اختيار قانون بلد أجنبي للتطبيق على العقد....»[2]

و يترتب على هذه القاعدة أن الشرط المتضمن القانون الواجب التطبيق يكون غير نافذ إذا كان يتضمن قانون يحرم المستهلك من الحماية المقررة له بموجب هذه التوجيهة.

---

[1] - Article5 :...2 : Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle:
- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou - si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays, ou - si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.
... 3. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.
بالنسبة لهذه المادة فهي تطبق على العقود التي ابرمها المستهلك مع المهني عن بعد، و التي يكون محلها توريد أشياء منقولة مادية أو خدمات.

[2] - Article 12...2-Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou de plusieurs des États membres

- التنظيم الأوروبي 593/ 2008 أو (روما I)

جاء هذا التنظيم كما سبق و ذكرنا ليعوض اتفاقية روما و أصبح ساريا في الإتحاد الأوروبي ابتداء من سنة 2009 ، و قد أعترف في المادة (6-1)[1] منه بمبدأ أن العقد المبرم بين المستهلك و المهنيين يكون خاضعا لقانون بلد الإقامة العادية للمستهلك و هذا في حالة توفر شرطين و هما:* إذا كان المهني يمارس نشاطه في بلد محل إقامة المستهلك أو،

* يوجه هذا النشاط نحو بلد المستهلك أو نحو عدة بلدان من ضمنها بلد هذا الأخير بكل وسيلة و أن العقد يكون في إطار نشاطه هذا، و في حالة ما إذا لم يتوفر الشرطين فالقانون الواجب التطبيق على عقد الإستهلاك يخضع لأحكام المادة 3 و 4 من التنظيم السابق ذكرهما، و هذا حسب الفقرة3 من نفس المادة.

و حسب الفقرة الثانية من نفس المادة فالقاعدة الواردة في المادة 1 يمكن للأطراف الخروج عنها أي يمكن لهم أن يختاروا قانون يطبق على عقدهما طبقا لنص المادة 3 من التنظيم بشرط أن لا يحجب هذا الإختيار عن المستهلك الحماية المقررة له بموجب القانون الذي كان واجب التطبيق (قانون محل الإقامة) لو لم يوجد الإتفاق.و هو استثناء عن القاعدة التي جاء بها التنظيم حيث أنه في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يطبق

[1] - Article6 : 1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après «le consommateur»), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après «le professionnel»), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel:

a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité.

قانون بلد الإقامة المعتادة للبائع أو ممول الخدمة[1] ، و حسب المادة 19 من نفس التنظيم تكون الإقامة المعتادة لشركة أو مؤسسة أو أي شخص معنوي هي مكان إدارته المركزية[2].

- القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات الالكترونية

نصت المادة41 منه على ما يلي: « في حالة النزاع بشأن العقود الالكترونية المبرمة بين المهنيين و المستهلك فإن قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامة المستهلك يكون هو الواجب التطبيق على موضوع النزاع....» .

و تضيف المذكرة الإيضاحية للقانون فيما يخص هذه المادة أنه و حتى لا تكون قاعدة حماية المستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وحيدة و تحكمية بالنسبة للأطراف فقد أتاحت المادة أيضا لطرفي النزاع(المهني و المستهلك) الاتفاق على غير ذلك، و لكن يمكن لقانون الإرادة أن يستبعد في حالة المخالفة للنظام العام أو غش نحو القانون .

-القوانين النموذجية لليونيسترال

بالرجوع إلى القانونين النموذجيين المعدين من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) بشأن التجارة الالكترونية و التوقيعات الالكترونية نجد أنها تركت مسألة القانون الواجب التطبيق على معاملات المستهلك الالكترونية لحرية الدولة التي ترغب في وضع تشريعات تتوافق و قانونها و هذا ما يمكن استنتاجه من التوضيحات الواردة لها في دليل التشريع الملحق بكل منها[3] .

حيت تضمن دليل تشريع القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في الفقرة27 ما يلي: « نظرا لوجود بعض القوانين الخاصة بحماية المستهلك في بعض الدول التي يمكن أن تنظم جوانب معينة من استخدام نظم المعلومات،فإن هذا القانون كما هو الشأن في قوانين

[1] - Article4 :1- Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

[2]- Zygier-Jalladeau,la protection des consommateur dans le contrat de vente en ligne, mémoire master ,spécialité culture juridique française et européenne, université, Univerité Panthéon Assas,Paris,2009-2010,p50.

[3]- مهند عزمي أبو مغلي و أمجد حمدان الجهيني ، مرجع سابق، ص1454.

الينسترال قد صيغ دون إيلاء اهتمام للمسائل التي يمكن أن تظهر في سياق حماية المستهلك و انه لا يوجد سبب يدعو إلى وجود حكم عام بالقانون النموذجي بشأن الحالات التي تشمل المستهلكين »[1].

و أوضح أيضا دليل التشريع في الإضافة اللاحقة إلى القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في جويلية 1998 في المادة5 مكرر ما يلي: « و ثمة هدف آخر لهذا الحكم هو التسليم بأي قواعد تنظم تعاملات المستهلك أو غيرها من القوانين الوطنية أو الدولية ذات الطابع الإلزامي مثل قواعد حماية الأطراف الضعيفة في سياق عقود الإذعان هي قوانين لا ينبغي التدخل فيها... ».

أما الفقرة 144 من دليل تشريع القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية[2] فقد تناولت مسائل المستهلكين عندما أعطت توضيح للمادة 11 : « هذه المادة يمكن أن تلقي عبئ على عاتق الأطراف الممولة و خاصة عندما يكون أولائك الأطراف مستهلكين، إلا أنه ليس مقصودا فيها أن القانون النموذجي يعلو على أي قاعدة تحكم المستهلكين »

إذا نستنتج أن هاذين القانونين لم يعالجا فكرة القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك الالكتروني تاركا المسألة إلى القوانين الوطنية لكل دولة.

ثانيا: النصوص القانونية ذات الطابع الوطني

هناك مجموعة من الدول تطرقت إلى القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الذي يكون طرفه مستهلكا و منها:

- **القانون السويسري:** نص القانون الفيدرالي السويسري في المادة 120 منه على أن العقود التي يبرمها المستهلك يسري عليها قانون دولة محل الإقامة المعتادة في حالة:

* إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة.

* إذا كان إبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية أو قام فيها المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.

---

[1]- الدليل موجود على الموقع:http://www.uncitral.org

[2]- موجود على الموقع: :http://www.uncitral.org

* إذا كان المستهلك قد أستحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها طلبه[1].

و هذا النص يحمل نفس شروط المادة5 من اتفاقية روما لعام 1980 السابق ذكرها، و يرى الفقه أن الحل الذي جاء به القانون السويسري مبالغ فيه، حيث لا يجب إقصاء قانون الإرادة نهائيا خاصة في حالة الاختيار الصريح لقانون العقد[2].

- **القانون ألألماني:** نصت المادة 29 من القانون الدولي الخاص الألماني الحالي[3] على حق الأطراف في اختيار قانون يحكم عقدها مع تقرير أن هذا الاختيار لا يجوز أن إلى حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته المعتادة .

- **القانون النمساوي:** نصت المادة 41 فقرة من القانون الدولي الخاص النمساوي[4] على خضوع عقود المستهلك للقواعد الحمائية في قانون محل الإقامة العادية له في الحدود التي يتعلق فيها الأمر بأحكام آمرة لذلك القانون، فلا يعتد باختيار القانون الواجب التطبيق الذي لا يحمي المستهلك[5] .

---

[1] - Article120 : Contrats conclus avec des consommateurs
Les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur:

a.si le fournisseur a reçu la commande dans cet Etat;

b.si la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat,

ou **c.**si le consommateur a été incité par son fournisseur à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande.

L'élection de droit est exclue. Disponible sur le site www.admin.ch

[2]- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية،مرجع سابق،ص89.

[3]- يرى الدكتور GÖTS أن هذه المادة ليست واضحة و تثير عدة إشكالات :انظر GÖTS -Sebastian Hok, le droit international privé allemand :www.dr-hoek.de

[4]- يرى الأستاذ M.SChwiman أن الإحالة يجب أن تستبعد من مجال تطبيق المادة41 فقرة1 المتعلقة بالبيوع الاستهلاكية،لأن
قاعدة الإسناد في هذه المادة مقررة لحماية المستهلك، فقبول الإحالة يؤدي إلى إخضاع المستهلك إلى قانون قد يفاجئه أو قد يكون قانون غير حمائي له أو قانون يمنح حماية واسعة أكثر من التي كان يتوقعها، أنظر
Alfred.E.Von Overbeck, recueil des cours ,tome176,1982,p...p151…153,diponible sur le site https://books.google.dz

[5]- - أحمد عبد الكريم سلامة ، أصول التنازع الدولي للقوانين، مرجع سابق،ص1113.

- القانون الفرنسي: المادةL232-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي[1] نصت على أنه في حالة إختيار الأطراف لقانون دولة ليست عضو في الإتحاد الأوروبي على عقدهم يمكن للقاضي إستبعاده و تطبيق القواعد الأكثر حماية في قانون محل إقامة المستهلك، إذا كان العقد له صلة وثيقة بلإقليم دولة أو دول عضو في الإتحاد الأوروبي، كما أن تطبيق قانون مكان مزاولة المهني لتجارته الإلكترونية على المعاملة الإلكترونية لا يجب ان يحرم المستهلك الفرنسي من الحماية المقررة له بموجب القواعد الآمرة في القانون الفرنسي و هو ما جاء في المادة 17 من قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي.

- القانون الجزائري: نص المشرع الجزائري في المادة2 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على خضوع العقد الإلكتروني للقانون الجزائري في الحالات التالية:

* إذا كان أحد اطراف العقد جزائري الجنسية، * أو إذا كان مقيما إقامة شرعية بالجزائر * أو إذا كان احد الأطراف شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، * أو إذا كان إبرام العقد أو تنفيذه في الجزائر.

نلاحظ أن المشرع أعطى إمتياز لتطبيق القانون الجزائري في الحالات السابق ذكرها دون الأخذ بعين الإعتبار إذا ما كان هذا القانون يوفر حماية للمستهلك أقل أو أكثر عن القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة او القانون المختار من قبل الأطراف.

- القانون التونسي: بالرغم من أن المشرع التونسي أفرد قانونا خاصا بالمستهلك و التجارة الالكترونية و أورد فيه بابين خاصين بحماية المستهلك في التعاملات الالكترونية إلا أنه لم يتطرق إلى مسألة تنظيم دولية العقد الذي يبرمه المستهلك و بالتالي لم يشر إلى ضابط يتم على أساسه تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الاستهلاكي، و بهذا فهو يحيلنا للقواعد العامة في القانون الدولي الخاص التونسي.

[1] - Article L232-4 « Lorsque les parties ont choisi la loi d'un Etat non membre de l'Union européenne pour régir le contrat, le juge devant lequel est invoquée cette loi est tenu d'en écarter l'application au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur assurant la transposition de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne »

- القانون الأردني: بالرجوع إلى القانون الجديد رقم 15 لسنة 2015 المتعلق بالمعاملات الالكترونية[1] ، نجده خالي من أي نص يعالج القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك.

- القانون السوري: نصت المادة 11 من قانون المعاملات الالكترونية رقم3-2014 على تطبيق قانون الإرادة على العقد الالكتروني بغض النظر عن أطرافه، و منه نستنتج أنه في عقد البيع الالكتروني الاستهلاكي فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة ، مع الإشارة إلى أن هذا القانون لم يورد أي استثناء فيما يخص المستهلك.

و في الحقيقة لا نفهم هذا الموقف العربي فيما يخص مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الذي يكون طرفه مستهلكا، و بالرغم من وجود القانون العربي الاسترشادي و نصه على هذه المسألة إلا أن الدول العربية لم تحدو حدوه حتى بعد أن قامت بتعديلات كما هو الشأن بالنسبة للقانون الأردني و السوري.

و كخلاصة ، بعد هذا العرض لمجموعة من القوانين سواء الدولية أو الوطنية لاحظنا اختلاف للمواقف أحيانا و إجماع أحيانا أخرى، و سكوتا عند البعض الآخر ما يعني الرجوع الى القواعد العامة.

الفرع الثاني: تحليل الضوابط المعتمدة في عقود المستهلك الالكترونية.

من خلال المواد السابقة نلاحظ وجود ضابطين اعتمدا بطرح متباين بين الدول و هما ضابط الإرادة (أولا) ، و ضابط محل الإقامة العادية للمستهلك(ثانيا).

أولا: ضابط الإرادة

أيد الفقه اعتماد هذا الضابط إلى جانب ضابط محل الإقامة للمستهلك لاعتبارين:

- أنه ليست هناك طائفة متعلقة بعقود المستهلك، أي ضرورة عدم تغيير الضوابط التي تحكم العقد الدولي بسبب إختلاف صفة الأطراف بل يتعلق الأمر بعقود لها إسنادها المعروف، بحيث يجب اعتماد هذا الإسناد بصفة أصلية.

[1]- يوجد على الموقع http://www.ammanchamber.org.jo/

- أن الأحكام الخاصة بحماية المستهلك هي من قواعد البوليس الاقتصادي فهي تطبق إلى جانب قانون الإرادة و إن كان لها الأولوية في التطبيق[1] .

- إن إقصاء قانون الإرادة لا يحقق مصالح المستهلك لأنه عادة قد يكون الإختيار وارد على قانون يوفر حماية أكبر من تلك التي يوفرها قانون محل الإقامة، و بالتالي فالأفضل عدم إقصائه نهائيا و اعتماده في حدود معينة، أي في الحال التي لا يتضمن فيها حماية أقل من تلك الموجودة في القواعد الآمرة لقانون محل إقامة المستهلك

إن تطبيق قانون الإرادة في هذه الحالة لا يكون مطلقا إذ يكون مقيدا بفكرة قوانين البوليس لقانون محل إقامة المستهلك بمعنى أن القانون الذي يختاره المهني و المستهلك يمكن أن يستبعد إذا كان يحرم المستهلك من الحماية المقررة له بموجب القواعد الآمرة في دولة محل إقامته[2]، و مقيدا أيضا بفكرة النظام العام و الغش نحو القانون .

أ)- تقييد ضابط الارادة بقوانين البوليس:

تعتبر هذه القواعد آمرة و واجبة التطبيق على كافة الروابط القانونية أي كانت طبيعتها وطنية أم دولية، و تزامن ظهور هذه القواعد مع تدخل الدولة لتنظيم المجال الاقتصادي و الاجتماعي و القوانين الخاصة بحماية المستهلك، و هو ما عبر عنه بالنظام العام الاقتصادي، أو النظام العام الاجتماعي[3] ،و هناك اختلاف فقهي في تسمية هذه القواعد فالاتجاه التقليدي يطلق عليها قواعد البوليس و الأمن[4]،و هناك من الفقه من يستعمل تسمية القواعد ذات التطبيق الفوري، و ظهر لأول مرة في فكر الفقيه اليوناني فرانسيسكا كيسي أما آخرون ففضلوا تسمية هذه القواعد بقواعد النظام العام الإقليمي، أو النظام الوقائي أو

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص1113.

[2] - Zugier,op.cit,p50

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص252.

[4]- أخد بهذا الإتجاه الفقهي القانون الفرنسي المدني في المادة3 فقرة1، و أيضا القانون الجزائري في المادة5 من القانون المدني(أعتبر أن قوانين البوليس و الأمن تطبق على كافة سكان القطر الجزائري و بالتالي فهي تطبق على كل شخص يقيم في الإقليم الجزائري سواء أجنبي أو وطني.

النظام العام التوجيهي، و يرى الأستاذ عبد الكريم سلامة مع جانب من الفقه الإيطالي بأن تسمية هذه القواعد بالقواعد ذات التطبيق الضروري أو الفوري هي الأنسب[1].

و يعرف الأستاذ Phocion Francescakis قواعد البوليس بأنها " القواعد التي يتعين مراعاتها من أجل حماية التنظيم السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي" [2].

كما يعرفها البعض الآخر بأنها " القواعد القانونية التي تطبق دون حاجة إلى إعمال قواعد الإسناد " ، فبالنسبة لهذا التعريف نلاحظ أنه يبين تقنية إعمال قواعد البوليس انطلاقا من كونها قواعد قانونية تتولى بذاتها تحديد نطاق تطبيقها انطلاقا من طبيعتها الخاصة التي تقتضي إعمالها دون حاجة إلى إعمال قواعد الإسناد[3] .

إن مفهوم قانون البوليس لا يمكن أن يتطابق بصورة مطلقة مع مفهوم القاعدة ذات التطبيق الإقليمي، لكنها قد تكون مرادفا لمفهوم القانون أو القاعدة ذات التطبيق الفوري[4] ، فهذه القواعد تطبق داخل حدود الدولة على كل شخص و كل شيء و كل رابطة قانونية تدخل في مجال سريانها و لا تمتد خارج الإقليم[5].

و يعود وجود هذه القواعد إلى سببين هما:

الأول مرتبط بتدخل الدولة في نطاق النشاطات الاجتماعية و الاقتصادية للأفراد و تحقيقها للصالح العام و حماية للطرف الضعيف في العلاقات العقدية[6] ، و هذا التدخل فرض أحكاما أحكاما آمرة لا يجوز مخالفتها كقوانين تنظيم العمل و القوانين الخاصة بحماية المستهلك و القوانين المتعلقة بالمنافسة و عمليات البنوك....

أما السبب الثاني فيتمثل في قصور منهج التنازع عن مواجهة بعض الحالات و على وجه التحديد قصور آلية الدفع بالنظام العام المعمول بها في إطار هذه المنهجية.

---

[1] - أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص255

[2] - Daniel Gutman, Droit international privé, 4eme édition, Dalloz,Paris , 2004,p61.

[3]- أياد محمود بردان، التحكيم و النظام العام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص405.

[4] - Daniel Gutman,op.cit,pp61,62.

[5]- أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق،ص253.

[6]- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر،1995،ص581.

ففي منهجية التنازع قد تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي على النزاع أمام القاضي الوطني فيتجه القاضي إلى تطبيقه ما لم يظهر له أنه مخالف للنظام العام في دولته فيقرر في هذه الحالة استبعاده عن طريق الدفع بالنظام العام و تطبيق أحكام قانونه الخاص فتطبيق القاضي هنا لم يكن لأن القانون الوطني بحد ذاته يريد الانطباق و إنما كان لسد الفراغ الناتج عن استبعاد القانون المختص و هذا عكس قواعد البوليس التي تطبق استنادا إلى إرادة مشرعها بالانطباق دونما حاجة إلى إعمال قواعد الإسناد[1]، فوجود هذه القواعد يحتم على القاضي تطبيقها دون النظر في مسألة اختيار القانون فالقاضي لا ينظر إلى القانون الأجنبي بل يطبقها بمجرد توفر الصلة أو الرابطة بين العلاقة محل النزاع و النظام القانوني الوطني، فوجود العنصر الأجنبي من عدمه عند تطبيق هذه القواعد غير مهم.

فإذا كان للنظام العام دور استبعادي في منهجية التنازع ففي منهجية قوانين البوليس يكون لهذا الأخيرة ذاتها صفة النظام العام بما يوجب تدخل هذه القوانين بصورة مباشرة لغرض التطبيق الآمر لبعض الأحكام التي تحفظ تماسك النظام القانوني و فعاليته، و لا يقتصر الخلاف على آلية الأعمال فقط و إنما يشمل توقيت أعمال كل منهما، فقوانين البوليس تطبق مباشرة على النزاع المطروح و قبل أعمال قواعد التنازع، بينما الدفع بالنظام العام يتم إعماله بعد تطبيق هذه القواعد، إذا قواعد البوليس لها طابع وقائي أما النظام العام فله طابع حمائي[2] .

إن الأحكام الحمائية للمستهلك هي قواعد آمرة و تعتبر من مظاهر النظام العام،فإذا ما تم المساس بهذه القوانين يقوم القاضي بإعمال فكرة قوانين البوليس من أجل استبعاد القانون المختار من الأطراف أو المعين وفق قواعد التنازع و يطبق بصورة آمرة في المسألة القانونية بغض النظر عن القانون المختار[3] ، و لو أن بعض الفقه يرى عدم الاستبعاد النهائي للقانون المختار، و إنما يستبعد الجزء الذي لا يخدم المستهلك،كأن يكون القانون المختار يحرم المستهلك من حق العدول ، هنا يطبق قانون القاضي على هده المسالة أما

---

[1]- أياد محمود بردان، مرجع سابق،ص408.

[2]- نفس المرجع،ص ص409-410.

[3] - Youcef Shandi,op.cit,p234.

باقي المسائل فتخضع للقانون المختار ما دام لا يحرمه من الحماية المقررة في هده المسائل، و هنا نكون أمام تجزئة للعقد أو تطبيق أكثر من قانون، و هذا أمر غير محبذ.

و قد أشارت غرفة الصناعة و التجارة بباريس (CCIP) في عقدها النموذجي للتجارة الالكترونية إلى أن القانون الفرنسي المعين في العقد هو الواجب التطبيق، لكنه لا يمنع تطبيق قانون آخر يوفر أكثر حماية، فقوانين البوليس هدفها توفير حد أدنى من الحماية للمستهلك الوطني، حيت أقرت محكمة النقض الفرنسية أن القانون الفرنسي الخاص بالقرض الاستهلاكي يطبقه القاضي تطبيقا آمرا ،إذا كان المستهلك يقيم بفرنسا و أضافت نفس المحكمة أن القاعدة الحامية للمستهلك يمكن أن تكون من حالات قوانين البوليس[1] .

أما المادة 17 فقرة2 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي (LCEN)[2]، فأكدت أن الأحكام التي تحمي المستهلكين هي قوانين بوليس و التي تدفع القاضي إلى إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لصالح القانون الوطني.

كما أن المادة 7-2 من اتفاقية روما ، نصت على أن القاضي المختص بنظر نزاع المستهلك يمكنه دائما استبعاد القانون المختص، فأحكام هذه المادة تطبق بغض النظر عن طريقة تعيين هذا القانون،لأن الأمر يتعلق بقاعدة آمرة في قانون دولة القاضي و التي تطبق بصفة آمرة بغض النظر عن القانون المطبق على العقد[3] .

إن تدخل قواعد البوليس يتوقف على مضمون القانون المعين من الأطراف يتوقف على:

* ما إذا كان القانون الواجب التطبيق يضمن حماية أقل من تلك الموجودة في قانون الإتحاد الأوروبي، فإن القاضي يقوم باستبعاده و تطبيق القانون الأكثر حماية (قانون محل الإقامة أو القانون الذي له صلة وثيقة بالعقد).

* في حالة العكس أي القانون المعين من قبل الأطراف يوفر حماية متعادلة مع القانون الاتحادي(الاتحاد الأوروبي) حيث يرى البعض[4] أنه يمكن للقاضي إستبعاد القانون المختار

[1] - Youcef Shandi,op.cit, p235.
[2] - Loi N° 2004-575 du 12 juin 2004 pour la consommation dans l'économie numirique.
[3]- Youcef Shandi, op.cit, p240.
[4] - Ibid, p241.

و تطبيق قانونه ، و نحن نرى أن على القاضي تطبيق القانون المختار على أساس أن القاعدة هو تطبييق قانون الإرادة إلا إذا كان ليس له نفس الحماية و ما دام كذلك فلا يوجد ما يمنع تطبيقه، فما دام سبب الإبعاد غير محقق فلا يوجد سبب لإستبعاده.

و يرى الأستاذ عبد الكريم سلامة أن وجود مثل هده القواعد يحتم على القاضي تطبيقها دون النظر في مسألة اختيار القانون، فالقاضي لا ينظر إلى أي قانون أجنبي في تلك اللحظة بل يطبقها بمجرد توفر الرابطة أو الصلة بين العلاقة محل النزاع و النظام القانوني الوطني[1].

إن اعتبار قواعد حماية المستهلك قواعد آمرة أو قوانين بوليس هي بالنتيجة قواعد من النظام العام و فكرة البحث عن القانون الأصلح يضعنا امام حالة التنازع في التطبيق لهذه القواعد الآمرة، على إعتبار أنها قواعد آمرة في القانون المختار و آمرة في قانون القاضي،فهل يستبعد القاضي قواعد حماية المستهلك الآمرة في قانونه و يطبق قواعد حماية المستهلك الآمرة في القانون الأجنبي أم العكس؟

و حسب المادة 17 من اتفاقية روما لعام 1980 ، ففي حالة التنازع بين القواعد الامرة لدولة القاضى و القواعد الآمرة للقانون الأجنبي الواجب التطبيق تكون القواعد آمرة لدولة القاضي لها أولوية في التطبيق.

فلا يوجد ما يمنع تطبيقهما معا حيث يأخد القاضي منهما القواعد الأكثر حماية للمستهلك، و نحن نرى أن القاضي يمكنه تطبيقهما معا، أي يطبق القواعد الآمرة التي تحمي المستهلك في القانون الأجنبي و القواعد الآمرة التي تحمي المستهلك في قانونه، بمعنى لا تستبعد القواعد الآمرة للقانون الأجنبي كلها، بل تطبق في الحالات التي تتوفر فيها حماية للمستهلك أكثر من القواعد الآمرة لقانون القاضي، أما إذا كانت القاعدة الآمرة في قانون القاضي أكثر حماية من القاعدة الآمرة في القانون الأجنبي فتكون لها الأولوية في التطبيق.

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة،مرجع سابق ،ص256.

ب)- تقييد ضابط الارادة بفكرة النظام العام

يعد النظام العام قيدا على سلطان الإرادة و هو يعتبر سلاح لحماية المبادئ و الأسس العليا سواء كانت السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية التي تقوم عليها الدولة و المجتمع، و في القانون الداخلي يقترن مفهوم النظام العام بالقاعدة الآمرة فكل مخالفة للقاعدة الآمرة تعتبر مخالفة للنظام العام، لكن هذه الفكرة تجد مفهوم أقل حدة في القانون الدولي الخاص، أي في العلاقة ذات العنصر الأجنبي، و يختلف مفهوم النظام العام عن الآداب العامة في كون هذه الأخيرة تعتبر مجموع المعايير السلوكية المعتمدة في مجتمع معين و التي يعتبرها هذا المجتمع أساسية في حفظ أخلاقيات أفراده و التزامهم بها في علاقاتهم ، و هذه المعايير السلوكية هي حصيلة التراث الأخلاقي و الثقافي و الديني، فإذا حصل خروج عن هذا التراث أعتبر مساسا بسلامة المجتمع[1]، و يرى البعض أن الآداب العامة هي الوجه الأخلاقي للنظام العام[2].

و النظام العام أنواع، نظام عام توجيهي يعمل على حماية المصلحة العامة، و يكون نطاقه النظام العام الاجتماعي(نظام العائلة، كالزواج و البنوة و الأهلية ...)، و نظام عام سياسي(يتمثل في القوانين الدستورية و التشريعية و الإدارية و السياسية و القضائية...)، و النظام العام الاقتصادي(كالقوانين المنظمة للملكية الفردية و الملك العام و بعض العمليات الاقتصادية التي تتدخل فيها الدولة حماية للطرف الضعيف كالمستهلك و العامل...)، و الملاحظ أن هناك زيادة في تدخل المشرع في المجال الاقتصادي بموجب قواعد آمرة.

إن كل اتفاق يمس بهذه الأنظمة يكون باطل بطلانا مطلقا[3]، نظام عام حمائي يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة.

و سواء كان النظام العام حمائي أو توجيهي،فإنه يتطلب للدفع به من أجل إستبعاد القانون الأجنبي توفر شرطان هما:

---

[1]- احمد ولد المصطفى، العقد و النظام العام و الآداب العامة، 2014،مقال موجود على الموقع:www.eddamir.info

[2]- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول:العقد،مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع،بيروت،د س،ص425.

[3]- أحمد ولد المصطفى ، مرجع سابق.

- اختصاص القانون الأجنبي بحكم النزاع، و بالتالي يستبعد الدفع في حالة اختيار الأطراف لقانون القاضي أو يثبت له الاختصاص باعتباره من قوانين البوليس أو الأمن، أو أسند إليه بطريق الإحالة.

- أما الشرط الثاني فيتمثل في تعارض أحكـام القانون الأجنبي مع النظـام العام الوطنـي

و يرى الفقه أن العبرة في تقدير هذا التعارض تكون وقت نظر القاضي في الدعوى[1] ، و هذا منطقي لأن فكرة النظام العام فكرة مرنة تختلف من وقت لآخر .

و تحقق هذين الشرطين يؤدي إلى أثرين:

- أثر سلبي يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، و هنا يرى الفقه الراجح استبعاد القانون الأجنبي في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام باستثناء الحالة التي يكون فيها إرتباط بين أجزاء القانون الأجنبي و كان من المستحيل إجراء الفصل، على عكس جانب من الفقه الذي يرى أن يكون الاستبعاد كليا لأن الاستبعاد الجزئي من شأنه أن يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي بشكل يعارض إرادة مشرعه و يعارض قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيقه بمجمله[2].

- أثر إيجابي و يتمثل في إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد.

و قد أخذ المشرع الجزائري بفكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص في المادة24 من القانون المدني، و بإسقاط هذه المادة على مسألة حماية المستهلك،فإننا نقول أنه إذا ما تقرر تطبيق قانون الإرادة فإن القاضي الجزائري يتأكد قبل تطبيقه من عدم مخالفته للنظام العام الدولي في الجزائر، و على اعتبار أن قواعد حماية المستهلك هي قواعد آمرة في القانون الجزائري فهي بذلك تعتبر من النظام العام، و يترتب على ذلك أنه إذا كان القانون المختار من الأطراف يخالف هذه القواعد فالقاضي الجزائري بالتأكيد سوف يستبعده ليحل محله قانونه، و بالتالي فإذا كان المستهلك جزائري مقيما بالجزائرو رفع

---

[1]- حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، أطروحة دكتوراه، فرع قانون خاص كلية الحقوق،جامعة الجزائر1،سنة 2010-2011،ص159.

[2]- جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية،2005،ص...ص203...205.

دعواه أمام المحاكم الجزائرية بحكم إختصاصه فإنه تطبيقا لما سبق قوله سوف يطبق القانون الجزائري على هذا الأخير.

و الجدير بالدكر أن قواعد حماية المستهلك في القانون الجزائري لم ترقى بعد إلى الحماية الموجودة في القوانين المقارنة، و هنا يصدق ما قلناه عن ضرورة عدم تمسك القاضي بتطبيق القواعد الآمرة لقانونه خاصة إذا كانت هذه الأخيرة لا توفر حماية كتلك المقررة في القانون الأجنبي.

و نظرا لارتباط قواعد حماية المستهلك بالنظام العام فإنه عند وضع التاجر لشرط يتعلق بالقانون الواجب التطبيق و الذي يكون قانون بلده، فهذا الشرط يكون باطلا في العقد الاستهلاكي الذي يتم عبر الأنترنيت[1] .

ج)- تقييد ضابط الارادة بالغش نحو القانون

هذا المانع له جدوره التاريخية التي تعود إلى عام 1876 بمناسبة قضية الأميرة "دوبوفرمون" المعروضة على القضاء الفرنسي[2] و الذي أستقر مند ذلك الوقت على الأخذ بفكرة الغش نحو القانون لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، و الملاحظ أن اغلب النظم الأنجلوسكسونية لم تعرف هذا المبدأ، لكن هناك دول أخرى أخدت به على غرار المشرع الجزائري في المادة24فقرة1 قانون مدني.

و قد عرفه الفقه بأنه " قيام الفرد بإرادته بتغيير ضابط الإسناد قاصدا تطبيق قانون هو غير القانون المختص أصلا بحكم النزاع "[3].

و عرفه الفقيه الأمريكي مارتن ولف " قيام الأطراف في علاقة قانونية الذين يرغبون في في إحداث آثار قانونية معينة محضورة في القانون الذي يخضعون له بخلق تغيير بطريقة إصطناعية و غير طبيعية يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد في العلاقة[4] .

---

[1] - Vincent Gautrais,op.cit,p262.

[2]- مدكور :**عبد الرسول كريم أبو صبيع**،أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد،كلية الحقوق ،جامعة الكوفة،ص92.

[3]- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين،طبعة أولى ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2004،ص450.

[4]-حسام مروان عبد الحي أبو حمادة، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي،بحث،نقابة المحامين الأردنيين،2014،ص8.

و يشمل الغش على عنصرين، العنصر المادي و المتمثل في التغيير الإرادي لضابط الإسناد و الذي يجب أن يكون فعلي و مشروع، أما العنصر الثاني فيتمثل في نية التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق حسب قواعد الإسناد[1]،و بتحقق هذين الشرطين فالنتيجة هي إستبعاد القاضي للقانون المختار من طرف المتعاقدين.

ثانيا: ضابط محل الإقامة العادية للمستهلك

من مبررات الأخذ بهذا الضابط هو اعتبار عقود الاستهلاك قد أبرمت في محل إقامة المستهلك، و بالتالي خضوع هذه الأخيرة لقانون و محكمة محل إقامته فهذا القانون يمثل الحد الأدنى للحماية الواجب توفيرها للمستهلك، و لهذا لا يوجد ما يمنع من تطبيق قانون أكثر حماية منه،لأن الهدف دائما هو حماية المستهلك في العقود التي يبرمها[2].

و لقد اعتمدت الدول هذا الضابط بطريقة مختلفة، فكما لا حظنا المشرع السويسري أعتمده بصفة وحيدة أي أنه أستبعد حق المتعاقدين في اختيار قانون يحكم العقد، و في هذا الصدد هناك بعض الاجتهادات القضائية من أيدت فكرة استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف إذا كان أحد أطراف العقد مستهلك، و منها الحكم القضائي الاسكتلندي الصادر عام 1958(English.V.Donolly) المتعلق بصحة عقد بيع سيارة أبرم بين شركة إنجليزية و مشتري اسكتلندي مقيم في اسكتلندا ، حيث تضمن العقد شرط اختيار القانون الانجليزي للتطبيق على العقد، و لكن القاضي و بالرغم من وجود هذا الشرط إلا أنه طبق قانون محل إقامة المشتري و هو القانون الأسكتلندي لتضمنه قواعد آمرة بشأن صحة العقد تطبق على العقود التي تدخل في مجال سريانه، بالإضافة إلى أن القانون يحمي المشتري عند إبرام عقد لا يعلمه، و أيضا حكم المحكمة العليا الأسترالية لعام 1952 بشأن عقد تجاري تم إبرامه بين مشتري مقيم بأستراليا و بائع توجد مؤسسته التجارية في فكتوريا بالولايات المتحدة الأمريكية فالمحكمة استبعدت قانون فكتوريا و طبقت القانون الأسترالي[3].

---

[1]- حسام مروان عبد الحي أبو حمادة ،مرجع سابق،ص16.

[2] - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني:دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006،ص357.

[3]- سفيان شبة ، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، دفاتر السياسة و القانون العدد4، جانفي2011،ص229.

و القانون الاسترشادي لم يضع شروطا للاستفادة من ضابط محل الإقامة العادية للمستهلك بعكس اتفاقية روما لعام 1980 و تنظيم روما1 ،مع وجود اختلاف بينهما، و ربما هذا منطقي لأن اتفاقية روما لا تصلح للتطبيق على العقد الالكتروني ، حيث رأى الفقه ضرورة تعديلها لأنها وضعت في سنوات السبعينات أين لم تبلغ التكنولوجيا صورتها الحالية [1] ما أستدعى إدخال تعديلات عليها و حلول محلها تنظيم روما1 و سوف نعرض لهذه الشروط في الحالتين.

أ)- الشروط المنصوص عليها في اتفاقية روما

حسب المادة5 من اتفاقية روما فإسناد العقد إلى قانون الدولة التي بها محل الإقامة للمستهلك يكون بشروط ، حيث يجب التأكد من توفر إحدى الحالات التالية:

- إبرام العقد يكون قد سبقه في هذه الدولة عرض خاص أو إعلان، أو المستهلك قد أتم فيها كل العمال الضرورية لإبرام العقد.

- إذا كان المتعاقد الآخر(المورد) أو ممثله تلقى طلب المستهلك في هذه الدولة.

- إذا كان المستهلك قد أستحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها طلبه.

و الإشكال الذي طرح هنا هو ما مدى إمكانية تحقق هذه الشروط في العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونيا؟.

فبالنسبة للشرط الأول الذي يقتضي وجود عرض خاص أو إعلان قبل إبرام العقد في دولة المستهلك، يستدعي السؤال عما إذا كان سلوك الشخص و هو يبحر في الانترنيت و يدخل إلى موقع إلكتروني تجاري يمثل تلقي عرض أو إيجاب،خاصة و أن الإيجاب المقدم عبر الفضاء الالكتروني لا يوجه عموما إلى متصفح انترنت معين[2]، فإذا كانت الإجابة نعم طبقنا

[1] -Carlotta Calabressi ,le droit applicable aux contrats internationaux conclus sur internet, mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme d'étude supérieures en relations internationales, mention :droit international, institut universitaire des hautes études internationales, Université de Genève , 2001, p50.

[2] - Vincent Gautrais, l'encadrement juridique du contrat électronique international, thèse doctorat, faculté de l'étude supérieure, université Montréal, 1998, p263.

المادة5 فقرة2 من اتفاقية روما[1] ،و حتى نقول أن دولة المستهلك معنية بالإيجاب أم لا ،يجب دراسة كل حالة على حدا، فبالنسبة للإيجاب أو الإعلان المحول بواسطة الحاسوب نميز بين حالتين:

- الحالة الأولى : إذا أرسلت رسالة الكترونية من طرف المهني إلى البريد الالكتروني للزبون فالمستهلك في هذه الحالة تمت دعوته للتعاقد و بالتالي فرضية الشرط الأول من المادة5 فقرة2 محققة، بعض الفقه يعتبر أن شريط الإعلان الذي يقترح سلع خاصة للمستهلك أثناء إبحاره في الانترنيت في كل مرة ينقر فيها على محرك البحث ، يدخل في مفهوم الشرط الأول[2] .

أما في الحالة التي يدخل فيها المستهلك إلى موقع انترنيت يتوفر على إعلانات تجارية، ففي هذه الحالة يكون المستهلك نشيط ، أي يسعى هو إلى إيجاد مبتغاه و في هذه الحالة يكون شرط المادة5 فقرة2 غير محقق،و تجدر الإشارة إلى أن كل إعلان يمكن أن يصل إلى دولة المستهلك، لا يعني بالضرورة قبول التعاقد من طرف المهني، و بالتالي الاستفادة من الحماية المقررة في المادة5 من الاتفاقية[3]، و كمثال على ذلك يمكن لمتصفح من الجزائر الدخول لموقع تجاري لعلامة تجارية فرنسية متوفرة على عروض يعطي المجال للتصفح و إبداء الطلب، غير أنه و عند ملأ استمارة الطلب الالكترونية، يطلع الموقع المتصفح بأن بلده غير معني بتوفير الطلب، و بالتالي لا يتم التعاقد و هذه المسألة لها علاقة بالقانون الواجب التطبيق على نزاعات العقد و توقعات المهني.

أما فيما يتعلق بشرط قيام المستهلك بأعمال ضرورية في بلده لإبرام العقد، فيكون صعب التطبيق إذا أن تبادل الوثائق العقدية بين المستهلك و المهني يتم بواسطة البريد الالكتروني خاصة و أنه يمكن للمستهلك الدخول لبريده الالكتروني من أي مكان و هذا يؤدي إلى صعوبة تحديد مكان القيام بهذه الأفعال الضرورية.

---

[1] - Carlota Calabressi, op.cit, p50.

[2] - T.VERBIEST, « droit international privé et commerce électronique : état des lieux » :https://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm.para.28-30, voir aussi :Rosario Duaso Calés ,op.cit,p9.

[3] - Carlotta Calabressi, op.cit, pp50, 51.

و بالنسبة لشرط تلقي المهني أو ممثله طلب المستهلك في بلد هذا الأخير، فإذا كانت التصرفات الضرورية لإبرام العقد و توجيه الطلب وردت من خلال موقع الانترنيت في بلد المستهلك و المهني موجود في الخارج، فالمستهلك لا يتمتع بالحماية الواردة في المادة5 من الاتفاقية،فهذا النص حرر في إطار مادي حيث أكد الفقه على ضرورة التواجد المادي، أي يجب على المهني أو ممثله أن يكونوا موجودين في بلد المستهلك[1] .

ب)- الشروط المنصوص عليها في تنظيم روما1

حسب نص المادة 6 من التنظيم فإن العقد المبرم بين المستهلك و المهني يخضع لقانون الدولة التي بها محل الإقامة العادية للمستهلك بشرط أن:

- يمارس المهني نشاطه في البلد الذي به محل الإقامة العادية للمستهلك أو،

- بأي وسيلة، يوجه هذا النشاط نحو هذا البلد أو بلدان مختلفة و هو من ضمنها، و العقد يكون في إطار هذا النشاط.

و من خلال ما سبق نلاحظ وجود فرق بين هذا التنظيم و اتفاقية روما ، حيث هناك هجر للتصور الثايت و التوجه نحو التصور الديناميكي و دلك بالاعتماد على فكرة **النشاط الموجه نحو** و هدا من أجل توسيع نطاق فئة الأشخاص التي تستفيد من الحماية ، اد يمكن للمستهلك الالكتروني الاستفادة منها بمجرد اتصاله بشخص يمارس نشاطات تجارية أو مهنية في الدولة العضو التي بها محل اقامته أو يوجه نشاطاته نحو هدا البلد العضو أو الى مجموعة من الدول من بينها هدا البلد ، بكل وسيلة و التي تشمل كل وسائل الاتصال بما فيها الانترنت[2] .

أما الاجتهاد القضائي الفرنسي و فيما يخص مفهوم النشاط الموجه كان يتبنى التوجه الشمولي أي مجرد القابلية للدخول للموقع من خلال الحاسوب المتواجد على الاقليم الفرنسي يحقق شرط هذا التنظيم،لكن بعدها استبعد الفكرة حيث قررت محكمة النقض في قرار لها إشتارط وجود دعوة للمستهلك لإبرام العقد[3] .

---

[1] - P.Mayer . « droit international privé »5eme édition, Paris, Montchristien, 1994, p479.

[2] -Mariem Rekik,op.cite,p61.

[3] - ibid,p64.

أما الإجتهاد القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية فأنقسم إلى إتجاهين ،حيث كان هناك إتجاه يقوم على الإلتحاق البسيط بموقع الأنترنيت ، و مع ظهور مفهوم (site passif) أصبح القضاء يعتمد على إتجاه جديد يقوم على التمييز بين (site passif)و(site actif) و لكن نتيجة لصعوبة تطبيق ذلك أتجهت المحاكم الأمريكية إلى الأخذ بفكرة الآثار الحقيقية لموقع الأنترنيت في الدولة و ليس إلى تجارية الموقع أو عدمه، اما الفقه فقد أعتمد على فكرة الإستهداف (ciblage) التي تقوم على تحديد توجهات الأطراف و تقدير الإجراءات المتخذة من طرفها للخضوع لإختصاص منطقة أوتفاديها[1]، و كمثال على ذلك تحديد المهني للمنطقة التي يقتصر عليها الإيجاب، و أيضا وجود الموقع على إقليم (com.) أو (fr.) أو (eu.) فالقاضي أذا يقوم بدراسة كل حالة على حدا من أجل البحث عن إرادة المهني في توجيه نشاطه إلى منطقة معينة أو إلى أنحاء العالم.

خلاصـــــــــة

تعتمد التشريعات التي تأخذ بعين الإعتبار وجود المستهلك طرفا في العلاقة التعاقدية في المجال الدولي على توحيد ضابط الإسناد الذي يحكم عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي من حيث الشكل و من حيث الموضوع في حالة توافر شروط معينة و يتمثل في ضابط محل إقامة المستهلك، و في حالة عدم تحقق ذلك يعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق على ضوابط الإسناد التي يخضع لها العقد الدولي بصفة عامة، بالنسبة لضوابط الإسناد المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الجانب الموضوعي للعقد يعتد بالدرجة الأولى بضابط الإرادة كضابط أضلي سواء كان هذا الإعتداد بصفة مطلقة أو كان بتحفظ كحالة إشتراط أن يكون هذا القانون المختار لا يحجب عن المستهلك الحماية المقررة له وفق قانون محل إقامته، أو أن يكون هذا القانون له صلة وثيقة بالعقد.

أما بالنسبة لضوابط الإسناد المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على الجانب الشكلي لعقد البيع الإلكتروني الدولي فتتمثل في ضابط محل الإبرام أو ضابط قانون العقد أو ضابط الموطن أو ضابط الجنسية،حيث وردت هذه الضوابط في طابع إختياري، أي يكفي أن يكون

[1] - Marien Rekik,op.cit,p66.

عقد البيع صحيح من حيث الشكل وفق قانون أحد هذه الضوابط حتى و لو كان لا يستوفي الشكل القانوني الذي تنص عليه القوانين الأخرى.

المبحث الثاني:نطاق القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الاستهلاكي الالكتروني الدولي

بعد قبول القضاء الجزائري النظر في منازعات عقد البيع الاستهلاكي الالكتروني وفق قواعد الاختصاص المعتمدة في القانون الجزائري و بعد تحديد القاضي للقانون الواجب التطبيق على النزاع والذي يتحدد وفق معطيات القضية المطروحة، فإن هذا القانون هو الذي يطبق على المسائل أو الأحكام المتعلقة بعقد البيع الاستهلاكي الالكتروني، ونظرا لاختلاف الدول في تنظيم العقود الالكترونية و حتى في قواعد حماية المستهلك فإننا حاولنا من خلال هذا الفصل تصور أن القانون الجزائري هو الذي يطبق و بالتالي بيان الأحكام المطبقة على عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني الدولي في القانون الجزائري مع إجراء مقارنة مع القانون الفرنسي في الفرض الذي يكون هو الواجب التطبيق من أجل إستخلاص مدى تأثير القانون الواجب التطبيق على فكرة حماية المستهلك في المجال الدولي، و مدى مسايرة المشرع الجزائري لهذا التطور للقوانين المقارنة، و من أجل ذلك تم التطرق إلى نطاق القانون الواجب التطبيق على العقد في مرحلة إبرامه (المبحث الأول)، و نطاق القانون الوجب التطبيق في مرحلة تنفيذ العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نطاق القانون الواجب التطبيق في مرحلة إبرام العقد

حسب القواعد العامة فالعقد يبرم بتطابق الإيجاب مع القبول و نفس الشيء ينطبق على عقد البيع الاستهلاكي الإلكتروني الذي يتم بوجود إيجاب إلكتروني يقابله قبول إلكتروني، و من أجل تبيان مظاهر حماية المستهلك في هاذين المرحلتين يتم نتطرق إلى مظاهر حماية المستهلك عند عرض الإيجاب الالكتروني(المطلب الأول)، مع تبيان مظاهر حماية المستهلك في مرحلة القبول (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإيجاب الالكتروني

يعتبر الإيجاب خطوة أساسية لإبرام العقد و قبل التطرق إلى مظاهر حماية المستهلك في مرحلة الإيجاب الالكتروني(الفرع الثاني) ، و نظرا لخصوصية الإيجاب في البيئة الإلكترونية يجب إعطاء مفهوم له (الفرع الأول).

الفرع الأول: مفهوم الإيجاب الالكتروني

يكون من خلال التعريف بالإيجاب الالكتروني(أولا)، ثم بيان صوره (ثانيا)

أولا: التعريف بالإيجاب الالكتروني

للتعريف بالإيجاب الإلكتروني يقتضي الأمر تعريفه (أ)، و البحث عن خصائصه (ب).

أ)- تعريف الإيجاب الالكتروني

الإيجاب عموما هو «التعبير عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه و يتعين أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق »[1] كما يعرف أيضا بأنه « تعبير نهائي جازم قاطع الدلالة على اتجاه إرادة من صدر منه على قبول التعاقد وفقا لشروط معينة[2]».

---

[1]- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني و إثباته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ،2008،ص104.

[2]- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة،دون ناشر، دون مكان النشر،1988،ص77.

و هو كذلك إظهار لإرادة صريحة أو ضمنية يعرض من خلالها شخص على شخص أو عدة أشخاص آخرين إبرام عقد بشروط معينة[1]، فالإيجاب يتضمن إظهار إرادة أحادية الجانب صادرة عن شخص يقوم بالمبادرة لإنشاء علاقة حيث يحمل الإيجاب كل العناصر الضرورية للعقد المستقبلي[2] .

أما تعريف الإيجاب من الناحية القانونية فالقانون الفرنسي لم يعرفه ، لكن الاجتهاد القضائي عرفه بأنه «تعبير عن الإرادة للطرف الذي يبين الشروط التي من خلالها يعرض نيته في إبرام العقد و هو تصرف إرادي »، كما عرفه بأنه « إظهار الإرادة في شكل عقد إلى طرف آخر من أجل الحصول على إمكانية للتعاقد معه مع الخضوع لبعض الشروط» [3] .

بالرغم من أن مشروع CATALA [4] عرفه كما يلي:

«Un acte unilatéral déterminant les éléments des contrats que son auteur propose à une personne déterminée ou indéterminée et par lequel il exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation»

لكن هذا التعريف لم يعتمده المشرع الفرنسي[5]

و على اعتبار أن الإيجاب الإلكتروني يدخل في مفهوم الإيجاب التقليدي و العقد الإلكتروني هو عقد يتم عن بعد فإن تعريف الإيجاب في مجال البيع عن بعد هو:« كل اتصال عن بعد يحتوي على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من الموافقة مباشرة على الدخول في عقد[6]»

---

[1] -Soulayman A Maiga, op.cit, p29.

[2] -Charlie Bouchard et La coursière, les enjeux du contrat de consommation en ligne, Revue générale de droit, vol33, N°3,2003, p378.

[3] - Cité in Al Shattnawi Sinan, les conditions générales de ventes dans les contrats électroniques en droit comparé Franco-Jordanien, thèse doctorat, Ecole Doctorale de Droit, Université Reins Champagne-Ardenne, France, 2012, p50.

[4] - CATALA c'est l'avant projet de réforme des droits des obligations et de la prescription

[5] - Al Shattnawi Sinan,op.cit,p51.

[6]- أيمان مأمون سليمان، مرجع سابق، ص105.

كما عرفته التوجيهة الأوروبية CE/7/1997 بأنه: « كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة و يستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان» ، و هذه التوجيهة لم تحدد وسيلة الاتصال عن بعد لكن الملحق المرفق بها ذكرها علي سبيل المثال و منها المطبوعات غير المعنونة، المطبوعات المعنونة،الخطابات النموذجية، المطبوعات الصحفية في طلب الشراء، الكتالوجات التلفزيون، الانترنيت[1] .

أما بعض الفقه فعرف الإيجاب الالكتروني بأنه « تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد،حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة و مرئية و يتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة[2]

فالإيجاب الالكتروني إذا قد يكون صريحا من خلال إظهار إرادة لا لبس فيها معبرا عنها بوسيلة إلكترونية،فالمستهلك الذي يستعمل موقع تجاري بصفة دائمة يصبح معلوم للمهني من خلال العنوان الإلكتروني IP[3] فإذا قام التاجر بعرض خاص إلى مكان هذا المستهلك أظهر بذلك إرادة صريحة لإبرام عقد البيع[4]، و قد يكون ضمنيا إذا تم عرض السلعة على المواقع التجارية مع بيان أسعارها[5].

و الجدير بالذكر أن إتمام الإيجاب عبر شبكة الانترنيت لا يغير من ذاتيته وفقا للنظريات التقليدية في العقد،فالاختلاف هو الوسيلة التي قد يتم بها و التي يترتب عنها خصوصية بالنسبة للإيجاب الإلكتروني.

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2006،ص248.

[2]- د.مولاي حفيظ علوي قديري،التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، الجزء الأول، مقال متوفر على الموقع http://www.alkanounia.com

[3] -**I**nternet **P**rotocole, qui permet d'identifier la provenance d'un message.

[4] - Soulayman A Maiga, op.cit, p33.

[5] - Ibid, p34.

ب)- خصوصية الإيجاب الإلكتروني في مجال الإستهلاك

يتمتع الإيجاب الإلكتروني بالإضافة إلى الخصائص العامة للإيجاب، على الخصائص الخاصة المنصوص عليها في القواعد الخاصة بالمعاملات الإلكترونية و قوانين الإستهلاك المتمثلة في:

-لا مادية الإيجاب الإلكتروني : و هذه الخاصية يستمدها الإيجاب الإلكتروني من المحيط الافتراضي الذي ينبعث منه حيث يتم الإيجاب على شبكة عالمية إما من خلال صفحات الويب لمواقع تجارية تقوم بالبيع عبر الخط[1] ، على شكل كتالوج على الخط حيث يتم تفحصه على الموقع مع العرض بالصورة و الصوت و الفيديو و حتى نص كتابي لمجموعة من السلع تكون موجهة للبيع مثل مواد التجميل،الألبسة ....و القانون الفرنسي يعتبر الكتالوج إيجابا يتضمن كل العناصر الأساسية للعقد لأن إدراج الصور و الفيديو و الصوت على مواقع التسوق تمكن من رؤية السلعة محل الإيجاب، غير أن قوانين أخرى لا تعتبره كذلك كالقانون الإنجليزي الذي يعتبره دعوى إلى التعاقد[2].

كما يمكن أن يكون الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في شكل رسالة ، قد تكون أيضا مرفوقة بصوت و صورة و فيديو موجهة إلى العنوان الشخصي للمستهلك[3].

- دولية الإيجاب الإلكتروني : إن ما يميز الإيجاب الإلكتروني هو أنه يمكن أن يوجه إلى جمهور محلي أو دولي و أيضا إلى مستهلك أو مؤسسة[4]، و ما يهمنا هو الإيجاب الإلكتروني الموجه إلى المستهلك الدولي، فدولية الإيجاب الإلكتروني تعني خضوعه للقانون الدولي الخاص، و من أجل تفادي المشاكل المترتبة عن اختلاف الأحكام القانونية المنظمة للإيجاب و الآثار المترتبة عليه، فإن صاحب الإيجاب عادة ما يلجأ إلى تحديد مجال إيجابه في دولة معينة، حيث يضع على صفحة الاستقبال لموقعه أو في بداية إيجابه عبارات تتضمن التحديد الإقليمي لهذا الإيجاب مثل هذا الإيجاب صالح فقط للأشخاص المقيمين على

---

[1]- إيمان محمود سليمان،مرجع سابق،ص106.

[2] - Soulayman A Maiga, op.cit, p35.

[3]-Charline Bouchard et Lacoursière, op.cit, p372.

[4] -Idem

الإقليم الفرنسي، أو العقد لا يتم في حالة وجود قبول صادر من شخص غير مقيم على الإقليم الفرنسي[1].

و يرى بعض الفقه أنه لا يوجد ما يمنع من حصر الإيجاب الإلكتروني في منطقة جغرافية محددة كما نلاحظه على مواقع الويب الفرنسية التي تقتصر الإيجاب على الدول الفرونكوفونية ، و في الولايات المتحدة الأمريكية هناك حضر من توجيه إيجاب للدول التي هي محل عقوبات اقتصادية مثل كوريا الشمالية[2].

غير أننا نرى بأن هذا التحديد الإقليمي للإيجاب لا يمنع من نشوء عقد دولي كالحالة التي يكون فيها مثلا مستهلك جزائري في فرنسا من أجل عطلة و يقبل إيجاب إلكتروني و يتم العقد،فإذا ثار خلاف في هذه الحالة فسوف تطبق قواعد القانون الدولي الخاص اعتمادا على المعيار القانوني المتمثل في اختلاف جنسية الأطراف.

- **الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد:** باعتبار أن الإيجاب في عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي يتم عن بعد فهو بذلك يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد و التي تفرض على المهني مجموعة من القيود كما سوف نرى لاحقا.

- **الإيجاب الإلكتروني يخضع للرقابة:** يعتبر الإيجاب الخاص بعقد التجارة الإلكترونية إيجابا تحت الرقابة أي أنه يخضع إلى تنظيم صارم و هذا راجع لطبيعة الوسيلة التي يتم بها و أيضا طبيعة الطرف الموجه إليه الإيجاب و المتمثل في المستهلك[3].

- **استمرارية الإيجاب الإلكتروني:** العديد من المواقع التجارية مثل ebay.fr و cdiscount.com أو الشركات تجارية التي لها مواقع انترنيت من أجل التعريف بمنتجاتها في كل أنحاء العالم، تقوم بعرض(إيجاب) دائم لسلعها و خدماتها، و هذا التواجد على الانترنيت لهذه المواقع و الشركات يخلق بينها منافسة تدفعها إلى تجديد عروضها من خلال عرض سلع و خدمات جديدة أو تعديل للأسعار أو إجراء تخفيضات...، و هذه العملية تؤدي

[1] - Soulayman A Maiga, op.cit, p32.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،مرجع سابق، ص253.

[3] - Djamila Mahi-Disdet, op.cit, p92.

إلى إيجاب دائم من طرف هذه الجهات، فاستمرارية الإيجاب تعني أن يكون هذا الأخير معروضا على مواقع الإنترنت بصورة دائمة إذ يمكن للمستهلك الرجوع في أي وقت إلى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو في صندوق البريد الإلكتروني للمستهلك.

ثانيا: صور الإيجاب الإلكتروني

تختلف هذه الصور باختلاف طبيعة المستهلك الموجه إليه الإيجاب، فإذا كان الإيجاب موجها إلى مستهلك بغض النظر عن طبيعته فهنا نكون أمام إيجاب موجه إلى جمهور أو ما يعرف بالإيجاب العام، و عادة ما يتخذ كوسيلة له صفحات الويب المتمثلة في المحلات الافتراضية (Catalogue) ، أما إذا كان الإيجاب موجه إلى مستهلك معين بطريقة مباشرة فإننا نكون أمام إيجاب خاص و الذي يتم عن طريق البريد الإلكتروني.

أ)- الإيجاب الإلكتروني من خلال صفحات الويب للموقع الإلكتروني

مواقع الويب web site هي مجموع الصفحات الإلكترونية المنسقة و المرتبة و المتعلقة بمواضيع معينة، حيث تستخدمها الشركات لعرض سلعها و خدماتها على نطاق واسع و تكون متاحة لجميع مستخدمي شبكات الانترنيت،حيث يتمكن المستهلك بموجب هذه الطريقة من الدخول إلى موقع الشركة و اختيار ما يرغب فيه من سلعة و إعلان رغبته بالتعاقد[1]، و الإيجاب على صفحة الويب يتميز بأنه عام و موجه إلى الجمهور سواء كان هذا الجمهور وطني أو محلي أو دولي و الذي يترتب عليه، أن لا تكون شخصية القابل ذات أهمية، فأي شخص يقبل الإيجاب يبرم العقد سواء كان مستهلكا أو مهنيا مع شرط عدم انتهاء مدة الإيجاب أو نفاد مخزون السلع الموجودة لذا المهني[2].

[1]- عبد الوهاب مخلوفي ،مرجع سابق،ص84.

[2]- يرى جانب من الفقه أن إيراد عبارة حتى نفاد المخزون بالإيجاب يتعارض مع كون هذا الأخير جازم، و بالتالي الإيجاب في هذه الحالة يعتبر مجرد دعوى للتعاقد، أما جانب آخر فيرى أن هذه العبارة تحدد مدة الإيجاب و لا تسلبه صفته،أنظر بلقاسم حامدي،مرجع سابق،ص ص90-91.

و يعتبر بعض الفقه أن الإيجاب الموجه إلى الجمهور يكون صادر من مواقع الويب الإلكترونية على أساس أن الدخول إليها يكون مفتوحا، أما المتاجر الافتراضية التي تزود عملائها برقم سري لخضوعها لنظام الاشتراك فهي لا تكون متاحة للعامة[1].

و يختلف دور المستهلك في هذه الصورة أو التقنية، حيث يقوم هذا الأخير بدور إيجابي من خلال كتابة عنوان الموقع الذي يهمه على موقع الويب للبحث عما يريده من عروض و تسمى هذه التقنية بـ PULL [2]، و في القانون الأوروبي PULL MEDIA يظهر في البيع عن بعد، فالمستهلك هو الذي يبادر لإبرام العقد من خلال الولوج إلى الإنترنيت من حاسوبه و الدخول لموقع المهني[3].

ب)- الإيجاب الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني

يعرف الإيجاب في هذه الحالة بالإيجاب الخاص، حيث يتم إرساله في رسالة بيانات تحمل كل المعلومات المتعلقة بسلعة معينة يرسلها المهني إلى البريد الخاص للمستهلك، و حتى تعتبر الرسالة إيجابا يجب أن تحمل كل عناصر الإيجاب و عادة ما يكون المستهلك في هذه الحالة مهتما بالمنتوج من خلال مثلا الدخول المتكرر للموقع،ففي هذه الصورة إذا الإيجاب يوجه إراديا إلى مؤسسة أو شخص معين، فالإيجاب يمكن أن يكون محددا من حيث الزمان و المكان[4] .

و هذه التقنية من الإيجاب تعتبر عكس الأولى و تسمى PUSH ، فهناك العديد من أنظمة التشغيل Logiciel تسمح بتحديد طبيعة و ميول مستعمل الإنترنيت حيث تقترح عليه ما يتوافق مع أذواقه[5].

و تعتبر تقنية PUSH سائرة في طريق التطور،حيث أصبح استعمال البريد الإلكتروني وسيلة مربحة إذ يسمح للمهني بإعلام المستهلك عن كل سلعة جديدة[6].

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق،ص250.

[2] - Charlie Bouchard et La coursière,op.cit,p379.

[3]- Ibid,p382.

[4] -Lucil Archambault,op.cit,p10.

[5] - Charlie Bouchard et La coursière,op.cit,p380.

[6] - Idem.

و في القانون الأوروبي دائما PUSH MEDIA تقوم على فكرة السعي أي عملية الإقناع و الجذب بالمنزل[1].

ثالثا: تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الإعلان الإلكتروني

تكمن أهمية التمييز بين الإيجاب و الإعلان عموما في تحديد الآثار المترتبة عن كل منهما فاقتران القبول بالإيجاب يؤدي إلى إبرام العقد ، أما الإعلان فيعتبر وسيلة لإعلام الجمهور سواء كان هذا الجمهور مهني أو مستهلك لبعض العناصر الخاصة و المميزة لسلعة أو خدمة و الحث على شرائها[2].

أ)- تعريف الإعلان الإلكتروني

عرف المشرع الجزائري الإعلان في المادة 2 فقرة8 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 [3] المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش بأنه " جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو خدمة بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية " و الملاحظ أن المشرع من خلال هذه المادة لم يعرف فعل الإعلان و إنما بين أشكاله.

كما عرفت المادة 3 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية عرف الإشهار بأنه « كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة ».

و قد أعتبرت التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية لـ08 جوان 2000 من خلال المادة2 فقرة F الاتصال التجاري مرادفا للإعلان و عرفته كما يلي:

« Toute forme de communication destinée à promouvoir, direct ou indirect, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanal ou de profession libéral »

---

[1]- أيمان مأمون سليمان،مرجع سابق، ص 116.

[2] -Youssef Shandi, op.cit, pp37-38.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 90-39،مرجع سابق.

المشرع الفرنسي لم يعرف الإعلان الإلكتروني في قانون الثقة، لكن الاجتهاد القضائي عرفه بأنه كل وسيلة إعلام موجهة للزبون و التي تسمح له بتكوين رأي أو فكرة عن النتائج المترتبة عن السلعة أو الخدمة المعروضة عليه[1]، كما أعتبر الاجتهاد القضائي أن الوثيقة التي تتضمن مضمون إعلامي و لا تحث على الشراء لا تعتبر وثيقة إعلامية،[2].

أما الفقه فعرف الإعلان بأنه: " كل وسيلة تهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية"[3].

كما عرف أيضا بأنه " اتصال غير مباشر مدفوع ثمنه من خلال أي وسيلة لإعلام الجمهور بسلعة أو خدمة معينة بهدف إقناعه و حثه على التعاقد عليها "[4].

و هناك جانب آخر من الفقه عرفه بأنه " مجموعة من الجهود غير الشخصية التي تهدف إلى توجيه انتباه أفراد المجتمع إلى سلعة أو خدمة محددة لحثهم على شرائها أو طلبها، أو هي عبارة عن أنواع الأنشطة المختلفة التي يتم من خلالها نشر أو إذاعة الرسائل الإعلانية المسموعة و المرئية على أفراد المجتمع بهدف حثهم على شراء السلع أو الخدمة المعلن عنها" [5].

و في الحقيقة أن الإعلان الإلكتروني و التقليدي لا يختلفان إلا من حيث وسيلة أو دعامة الاتصال، فالإعلان الإلكتروني قد يتم عبر الانترنيت أو غيره من الوسائل الإلكترونية كالهواتف النقالة الذكية مثلا.

من خلال ما سبق ذكره يمكن التمييز بين الإيجاب الإلكتروني و الإعلان الإلكتروني بالاعتماد على معيارين و هما:

---

[1] - « tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé » cité in Youssef Shandi, op.cit, p39.

[2]- « il permet la communication au publique de texte, d'image destinés éventuellement à présenter au publique le consultant des marques, de services et des marchandises et à inciter à la conclusion des contrats avec des consommateurs potentiels », Ibid, p40.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم،مرجع سابق،ص82.

[4]- أحمد إبراهيم عطية، النظام القانوني للإعلانات في القانون المدني، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2006،ص17.

[5]- صالح نائل عبد الرحمان، حماية المستهلك في التشريع الأردني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،1991،ص57.

- **المعيار الأول** و يتعلق بالجانب التقني فإذا ما توفر الإشهار أو الإعلان على مساحة لحق الاختيار أو الرد من طرف المستهلك، أي حق إرسال القبول من طرف الزبون فإن هذا الإشهار يعتبر إيجابا لأن الإيجاب يعطي حق الإبرام الفوري للعقد بينما الإعلان لا يتضمن ذلك، بمعنى انه إذا لم توجد مساحة الاختيار أو الرد فإننا نكون بصدد إعلان[1]، و هذه النظرية منتقدة لأنه ليس ضروريا أن يكون الإيجاب و القبول على نفس الحامل إذ يمكن رد القبول بطرق أخرى كالبريد الإلكتروني أو الهاتف، فعدم ترك هذه المساحة لا يمنع أن نكون أمام إيجاب، و قد ذهب الاجتهاد القضائي في هذا الاتجاه و أعتبر الوثيقة الإشهارية إيجابا إذا كان مضمونها محدد، فالأمر يتوقف إذا على مضمون الرسالة الإشهارية و ليس على مسألة الفراغ الموجود فيها.

المعيار الثاني و يتعلق بالهدف أو الجانب الغائي من الرسالة الإعلانية و التي يكون الهدف منها ترقية السلعة أو الخدمة و تشجيع الإقبال عليها، أي الغاية تجارية و تكون موجهة دائما للجمهور[2].

ب)- شروط الإعلان الإلكتروني

و نص عليها المشرع في المادة 30 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية و المتمثلة في أن يكون الإعلان محدد بوضوح و أن يسمح بتحديد الشخص الذي قام به، كما لا يمس بالآداب العامة و النظام العام و ان يحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا، و أن تكون شروطه غير مضللة و لا غامضة، و عموما يخضع الإعلان الإلكتروني لنفس شروط الإعلان و التي تتمثل في :

1- أن يكون الإعلان صادقا و إعلاميا

يعتبر الإعلان وسيلة للإعلام و له دور في التأثير على سلوك المستهلك، لهذا فرض القانـــون أن تكون المعلومات التي يتضمنها الإعلان دقيقة و صادقة لاعتبارها جزء من العقد[3]، و لا تكون مظللة و كاذبة حتى لا نكون أمام إشهار أو إعلان غير شرعي ، و قد أعتبرت المادة

[1] - Youssef Shandi, op.cit, p40.
[2] -Ibid,p41.
[3] -Ibid ,p46.

28 من القانون 04-02 بأن الإشهار غير الشرعي و الممنوع هو كل إشهار تظليلي لاسيما إذا كان:

- يتضمن تصريحات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التظليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.

- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه.

- يتعلق بعرض معين للسلع أو الخدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع، أو لا يمكنه ضمان تلك الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار.

و في هذا السياق نصت المادة 7 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات[1] على حالات رفض تسجيل العلامة لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية و منها حالة إذا كانت العلامة تتضمن رموزا تحمل بين عناصرها نقلا أو تقليدا لشعارات رسمية أو أعلام أو شعارات أخرى، اسم مختصر أو رمزا أو إشارة أو دمغة رسمية تستخدم للرقابة و الضمان...، فمثل هذه الرموز من شأنها تظليل المستهلك، و حالة تضمن العلامة رموزا من شأنها تظليل الجمهور أو الأوساط التجارية فيما يخص طبيعة أو جودة أو مصدر السلع و الخدمات و الخصائص الأخرى المتصلة بها.

كما نصت على حضر الإعلان التظليلي المادة 13 من المرسوم التنفيذي 90-367 [2] على أنه « يمنع استعمال أي إشارة أو أي علامة أو أي تسمية خالية أو أي طريق للتقديم أو الوسم أو أي أسلوب للإشهار أو العرض أو البيع من شأنها أن تدخل لبسا في دهن المستهلك ».

أما المشرع الفرنسي فتطرق إلى الإعلان التظليلي في قانون الاستهلاك في المواد من L121-1 إلى L121-7 .

[1]- الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو2003، يتعلق بالعلامات، ج ر ج ج، عدد 44،المؤرخة في 23 يوليو2003.

[2]- مرسوم تنفيذي رقم 90-367،مؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، ج ر ج ج العدد50.

و قد أعتبر الإجتهاد القضائي الفرنسي إعلانا خادعا، الإعلان الموضوع على علب تغليف الفاكس و المودم و المينيتال و الذي يتعلق بمجانية الاشتراك في الانترنيت خلال كل ثلاثة أشهر لكل شراء في حين يوجد على ورقة الاشتراك الموجودة داخل العلبة إشارة على أن مجانية الانترنيت تكون في حالة الاشتراك لمدة ستة أشهر للانترنيت.

كما أعتبر الدلالات الخاطئة الموجودة في فهرس الكتالوج للبيع بالمراسلة جنحة إعلان مظلل،كما أعتبر أيضا الحالة التي تدعي فيها شركة معينة إنفرادها بإنتاج سلعة ما بمواصفات متميزة و يتبين بعد ذلك أن هناك شركات أخرى تصنع نفس المنتوج، و أيضا الإعلانات التي تعتمد على الآراء و التجربة الشخصية للفنانين و الخبراء للمنتوج محل الإشهار لكن الواقع يبين خلاف ذلك[1].

إذا فالإعلان التظليلي جريمة تتوفر على ركنين، الركن المادي يتمثل في استعمال وسيلة دعائية، انترنيت، هاتف نقال، تلفاز ....يتم استخدامها للاحتيال و تظليل المستهلك و إيقاعه في الخطأ خاصة مع وجود تقنيات حديثة من شأنها تغيير الحقيقة أو عدم إظهارها في صورتها الطبيعية، كما قد يكون التظليل باستعمال معلومات مظللة حول العناصر الجوهرية للسلعة أو عدم ذكر البيانات الخاصة بها، و الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي و هو خداع المستهلك من أجل حمله على التعاقد[2].

2- أن يكون الإعلان التجاري واضحا

و يقصد به أن تكون البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل الإعلان كافية و من شأنها تبصير و توعية إرادة المستهلك و وضعه أمام الصورة الحقيقية لمحل العقد[3]، و قد أشار المشرع الفرنسي إلى ضرورة أن تكون العمليات التجارية الإلكترونية و الدعاية المصاحبة لها واضحة و غير غامضة و يجب الالتزام باستخدام اللغة الفرنسية في الإعلان عن السلع و الخدمات عبر شاشة الانترنيت و هذا من خلال المادة 2 من قانون Toubon لـ04 أوت

[1] - Cité in Youcef Shandi, op.cit,p47.

[2]- فلاح فهد العجيمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط الأردن،2011، ص67.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص89.

1994[1] ، غير أن هذا الالتزام مفروض على جميع المعلومات و الإعلانات الموجهة إلى الإقليم الفرنسي[2].

و أضاف القانون الفرنسي الصادر في 1986 المتعلق بوسائل الإعلام السمعية و البصرية الذي يطبق على خدمات الانترنيت أن رسائل الإعلانات التي تداع بواسطة الوسائل المبينة في هذا القانون و منها الانترنيت يجب أن تكون محددة و واضحة و خالية من اللبس و الغموض كما أضافت المادة 11 من القانون الدولي بشأن التطبيقات السليمة للإعلان لغرفة التجارة الدولية بأن الإعلان يجب أن يكون مميزا بصورة واضحة مهما كان الشكل أو الوسيط المستخدم، و عندما يتم إيداعه في وسائل الإعلام يجب أن يقدم بصورة يظهر منها فورا أنه إعلان[3].

و الغاية من شرط وضوح الإعلان هي أن اللبس الحاصل نتيجة الإعلان من شأنه توليد الشك و الأوهام في دهن المستهلك فيقدم بذلك على شراء سلعة لم يكن يقصدها.

و قد نص المشرع الجزائري على وجوب تقديم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية و مقروءة و مفهومة و هوما جاء في المادة11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، كما جرم الإعلان الذي يؤدي إلى اللبس و هذا حماية لرضا المستهلك[4].

ج)- مدى اعتبار الإعلان الإلكتروني إيجابا إلكترونيا

إختلفت الأنظمة في مدى إعتبار الإعلان الإلكتروني إيجابا فبالنسبة للقانون الكويتي أعتبره مجرد إعلان فقط و لا يتضمن إيجاب، أما القانون الإنجليزي فكيفه دعوى إلى التعاقد و بالنسبة للقانون الفرنسي و الإيطالي و البلجيكي اعتبروه إيجابا و رغبة في التعاقد، لكن في الواقع المسألة متوقفة على مضمون الإعلان الإلكتروني، فإذا كان يحمل عناصر الإيجاب

[1] - La loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, plus connue sous le nom de loi Toubon du nom de Jacques Toubon, le ministre de la Culture de l'époque, est une loi française destinée à protéger le patrimoine linguistique français.la loi est disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341

[2]- Youssef Shandi,op.cit,p48.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم،مرجع سابق،ص89.

[4]- نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 28 فقرة2 من القانون 04-02 السابق ذكره.

فنكون أمام إيجاب، إما إذا تخلفت أحد عناصره فنكون أمام دعوى إلى التعاقد، و في الحقيقة أغلب الإعلانات الإلكترونية تتضمن وصف للشيء المبيع و أثمانه و كيفية التسديد و ميعاده و مصاريف الشحن ما يجعلنا أمام إيجاب[1].

الفرع الثاني: مضمون الإيجاب الإلكتروني الموجه إلى المستهلك

يتميز الإيجاب الموجه إلى المستهلك و خاصة في التعاقد عن بعد بتضمنه للشروط العامة للإيجاب المفروضة في القانون الخاص، بالإضافة إلى تلك المنصوص عليها في قانون الاستهلاك و التي جاءت حمايتا للمستهلك في العقود التي يبرمها مع المهني سواء بطريق إلكتروني أو بطريق تقليدي.

و في الحقيقة هذه الشروط يمكن اعتبارها معيار للتمييز بين الإيجاب الإلكتروني و الإعلان حيث أن الإيجاب الإلكتروني الموجه للمستهلك يجب أن يتوفر على هذه الشروط إلزاما فغيابها يعني أننا أمام إعلان، و قد أوجب القانون الجزائري على المهني الالتزام بالإعلام عند عرض إيجابه في قانون الاستهلاك على غرار المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك و قانون الثقة و للإحاطة بمضمون الإيجاب الإلكتروني يتم التطرق إلى مفهوم و مضمون الإلتزام بالإعلام الإلكتروني (أولا) ، و جزاء الإخلال به (ثانيا).

أولا: مفهوم و مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني

نص المشرع الجزائري على الالتزام بالإعلام و مضمونه في المادة 11من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية و في المادة 17 من قانون الاستهلاك 09-03،و أيضا في المراسيم المنظمة له و نص على الحق في الإعلام في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و كذا المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين، بعد بيان مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني (أ)، يتم التفصيل في مضمونه (ب).

[1]- فلاح فهد العجيمي،مرجع سابق،ص78.

أ)- مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني

عرف الالتزام بالإعلام تطور في السنوات الأخيرة خاصة مع استحداث قوانين حماية المستهلك، و هو التزاما مفروض على المهني اتجاه المستهلك ، من جهة هو حق لهذا الأخير ، فعند دخول المستهلك إلى الموقع يرى السلع المعروضة و لا يعلم أي شيء عنها إلا ما يقدمه المنتج أو البائع، و لهذا يقع على عاتق المهني أن يعلم المستهلك بكافة البيانات و المعلومات المتعلقة بالسلعة محل العقد و بشروط العقد أيضا ، فما المقصود بالالتزام بالإعلام الإلكتروني و ما هي شروطه؟

1- المقصود بالالتزام بالإعلام الإلكتروني

يعرف الالتزام بالإعلام بصفة عامة بأنه " التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات و المعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد أو تنفيذه و تحذيره و لفت نظره إذا أستدعى الأمر ذلك "[1]،كما عرف أيضا بأنه " التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم و كامل متنور على علم بكافة تفصيلات العقد "[2].

أما الالتزام بالإعلام الإلكتروني فيعرف بأنه " التزام سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب و بكل شفافية و أمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة "[3] ، وهو أيضا " التزام إيجابي سابق على إبرام العقد الإلكتروني يفرض على المهني أو المدين به بأن يحيط المستهلك عبر شبكة الانترنيت بالمعلومات و البيانات المتعلقة بمحل العقد و شخصية المنتج أو المورد أو اعتبار آخر يمكن أن يؤثر في المستهلك و يدفعه إلى الرضا بالعقد[4].

---

[1]- مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك،دار الجامعة الجديدة،مصر،2010،ص33.
[2]- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية،2007،ص163.
[3]- د.عقيل فاضل حامد الدهان،د.غني ريسان جادر السعدي،الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني،مقال،متوفر على الموقع:http://www.ahlulbaitonline.com/karbala/New/html/research/research.php?ID=54
[4]- نفس المرجع.

2- الشروط المتعلقة بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني

و تتمثل في تلك المتعلقة بطريقة إيصال المعلومات و البيانات المتعلقة بالعقد و محله لأنها مسألة ذات أهمية كونها تعمل على تنوير رضا المستهلك و بعث الثقة بينه و بين المهني، لهذا يشترط أن تكون كيفية إعلام المستهلك بالشروط التعاقدية واضحة و تسمح بالاحتفاظ و استنساخ هذه الشروط و أيضا جعل الوصول أو الولوج إليها سهل و مباشر.

– إمكانية استنساخ و حفظ الشروط التعاقدية

ألزمت المادة L121-17 من قانون الاستهلاك الفرنسي المهني بضرورة نقل المعلومات قبل التعاقدية للمستهلك بطريقة واضحة و مفهومة و بكل وسيلة مناسبة للاتصال عن بعد، و أضافت المادة L121-19 من نفس القانون أن المهني ملزم بتأكيد بعض المعلومات (خاصة المتعلقة بالتعريف بالبائع،مصاريف التسليم، وجود حق العدول،الثمن و طـــــــرق التسديد و أيضا عنوان المؤسسة التي يمكن للمستهلك الاحتجاج أمامها[1]) بالكتابة أو على أي حامل دائم لوقت الحاجة أو إلى وقت التسليم[2]، و نصت المادة 5 من التوجيهة الأوروبية رقم 2002/65/CE [3] بأن يتم تبليغ الشروط التعاقدية و المعلومات السابقة على التعاقد على حامل ورقي أو أي حامل دائم يوضع تحت تصرف المستهلك و يمكنه من الوصول إلى هذه الشروط و المعلومات عند الحاجة و قبل إبرام العقد، و قد فرضت المادة 1369-1 من القانون المدني الفرنسي على كل مورد سلعة أو خدمة بالطريق الإلكتروني وضع الشروط التعاقدية تحت تصرف المستهلك و في صورة تسمح له بحفظها و استنساخها فيكفي أن يضع المهني على موقعه الإلكتروني لرابط تشعبي يمكن المستهلك من تفحص شروط العقد و تحميلها، كما يفرض القانون أيضا على المهني أخذ كل الاحتياطات الضرورية التي تسمح بحفظ و استنساخ هذه الشروط و المعلومات و هذا لن يكون محققا إلا

---

[1]- و يكون للمستهلك في غياب ذلك حق فسخ العقد و طلب التعويض، أنظر:
Zygier- Jalladeau,op.cit,p46.

[2] -Youssef Shandi, op.cit, p101.

[3]-Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE

إذا وردت على حامل دائم[1]، و حسب الحيثية 20 من التوجيهة 2002/65/ce فموقع الانترنيت ليس حامل دائم على عكس CD-ROM، DVD و القرص الصلب لجهاز كمبيوتر المستهلك أين يخزن البريد الإلكتروني التي تعتبر حوامل دائمة يمكن أن تخزن فيها الشروط التعاقدية[2]، كذلك يمكن استعمال نسخة pdf التي تسمح بحفظها من طرف مستعمل الانترنيت.

بالنسبة للمشرع الجزائري أشار إلى هذا الشرط في المرسوم التنفيذي 06-306 من خلال المادة4 و التي تنص على ما يلي: « يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلك بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة و الخاصة لبيع السلع أو تأدية الخدمات و منحهم مدة كافية لفحص العقد و إبرامه »، فالمشرع من خلال هذه المادة ترك الحرية للمهني في إختيار الوسيلة الملائمة التي تحقق الإعلام.

و بالرجوع للمادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش،و المادة 11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السابق ذكرها نجد أن المشرع نص على ضرورة أن تكون البيانات مرئية و سهلة القراءة و هو ما يعكس شرط وضوح المعلومة للمستهلك و التأكد من أنه أنتبه لها بالإضافة إلى شرط أن تكون بيانات الوسم متعذر مسحها و هو ما يعكس شرط أن تكون الكتابة على حامل دائم بحيث يمكن الرجوع إلى هذه البيانات في أي وقت و الهدف من هذه العملية هو حماية المستهلك من خلال تمكينه من إثبات مدى التزام المهني بالإعلام و إثبات تقصيره في حالة مخالفة ذلك.

---

[1]-Art 2al10 « support durable», tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées… » De la directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil, du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil

[2]- هناك مواقع لمهنيين تستعمل تقنية من شأنها ضمان علم المستهلك بالشروط التعاقدية المتمثلة في تقسيم الشاشة إلى شقين،شق تظهر فيه الشروط التعاقدية و تبقى في حالة دائمة و سهل الوصول إليها من طرف المستهلك،حيث يمكنه أثناء إجراء طلبيته تفحص صفحات الموقع بالتمرير، و الشق الآخر يظهر فيه وصل الطلبية حيث لا يمكن للمستهلك ملؤه إلا بعد قيامه بالضغط على الأيقونة الموجودة في الجهة الأخرى للشاشة ، أنظر Youssef Shandi, op.cit, p102

- ضمان الوصول السهل إلى المعلومات في أي وقت

إن الوصول السهل يعني أن تكون المعلومة متوفرة و سهل إيجادها من طرف المستهلك، و أيضا الوصول الدائم يعني أن المستهلك يمكنه أثناء إبرام العقد العودة إلى هذه الشروط و الإطلاع عليها.

فالقانون الفرنسي نص على أن المورد ملزم بتامين الوصول السهل و المباشر و الدائم على صفحة الاستقبال الخاصة به أو على كل صفحة يتصفحها الزبون، و هذا يعني أن المستهلك لا يجب أن يجد نفسه ملزما بالبحث عن المعلومة بتمرير صفحات الموقع[1].

فإذا كانت التقنية المعتمدة من طرف المهني لا تسمح له بإدراج كل المعلومات الموجهة لإعلام المستهلك، فيمكن إحالة هذا الأخير للاتصال مثلا برقم هاتفي مجاني أو رابط متشعب باتجاه صفحته في الويب حيت تكون هذه الوسائل متوفرة في أي وقت[2].

كما أكدت على هذا الشرط المادة 5 من التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية رقم 2000-31[3] التي أكدت على ضرورة أن يكون الوصول إلى هذه المعلومات مباشرا و سهلا و دائما و تحت مراقبة DGCCRF [4] .

ب)- مضمون الالتزام بالإعلام

يشمل الالتزام بالإعلام مجموعة من المسائل الجوهرية و الضرورية لحماية المستهلك عند إبرام العقد و تتمثل في :

[1]-Djamila Mahi Disdet,op.cit,p96.

[2] - ibid,p97.

[3]- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»)

[4] - DGCCRF = **D**irection **G**énérale de la **C**oncurrence, de la **C**onsommation et de la **R**épression des **F**raudes.

1- تحديد هوية المهني أو صاحب الإيجاب

إن معرفة المستهلك لهوية المهني الذي يتعاقد معه أمر في غاية الأهمية حيث يبعث الثقة لذيه خاصة في حالة نشوب خلافات حول تنفيذ العقد فعلى الأقل يعلم على من يعود للمطالبة بحقه و معرفة جنسية الطرف و كذا مكان إقامته و اللتان تفيدان في تحديد مسألتي الاختصاص القضائي و القانون الواجب التطبيق.

وعادة ما يلجأ المستهلك إلى التعاقد مع مهنيين إلكترونيين معروفين و لهم سمعة جيدة في السوق و تكون لهم مواقع مؤمنة ضد أي اختراق، مع الإشارة أن التجار المبتدئين في عالم التجارة الإلكترونية عادة ما يكون صعبا عليهم الحصول على شهادة التوثيق أو الضمان و يكون الحل بالنسبة لهم الدخول تحت اسم مؤسسة تجارية معروفة و متحصلة على شهادة الضمان و حائزة على ثقة المستهلك[1].

و قد نصت المادة L121-17 فقرة 6 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أن يتضمن الإيجاب المعلومات الخاصة بالمهني ، و أضافت المادة 19 من قانون الثقة أنه على كل مورد سلعة أو خدمة بالطريق الإلكتروني التعريف بنفسه من خلال ذكر الاسم، الهدف الاجتماعي، قيمة رأس المال الاجتماعي، الشكل الاجتماعي، رقم التسجيل في السجل التجار،عنوانه البريدي و الإلكتروني و رقم هاتفه[2]، حتى و لو في غياب إيجاب حقيقي، و يسري هذا الالتزام في مواجهة المرسل إليه بغض النظر عن طبيعته،مستهلكا كان أو مهنيا و يمكن تحديد هوية المهني من خلال اسم النطاق مثال:

العنوان الإلكتروني 3suisses هو http://www.3suissese.fr فمن أجل الحصول على اسم المجال في منطقةfr. يجب الاتصال بـ afnic [3] و حسب قانون هذه الجمعية الخاص بالتسمية هناك إجراءات يجب إتباعها من أجل التسجيل الأمر الذي يترتب عنه رقابة حقيقية من خلال طلب شهادة التسجيل الفرنسي للتجارة و المؤسسات، فيكون الاسم الممنوح

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم،حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني،مرجع سابق،ص170.

[2]- بالنسبة لهذا الشرط الأخير هناك تجار تعترضهم مشاكل فيما يخص تأمين خط هاتفي و هذا بسبب التكلفة العالية لهذه العملية أنظر Zygier – Jalladeau,op.cit,p20

[3] - association française pour le nommage internet en coopération :www.nic.fr

المختار من الجهة الطالبة الاسم و الذي يكون عبارة عن اسم لماركة أو علامة ينتهي بـ .fr[1]، أما السجيل في منطقة com. [2]، فيجب الاتصال بـ internic المسيرة من طرف nsi [3] و هي شركة أمريكية خاصة و المخولة الوحيدة لمنح أسماء النطاق في المنطقة com.

أما بالنسبة لتحديد هوية الموجب الإلكتروني إذا كان يتمركز في مركز تسوق افتراضي و فيتوقف على فرضيتين:

- إذا كان السوق الافتراضي مكونا من محلات مختلفة، فكل بائع إلكتروني يعتبر العارض الوحيد للإيجاب المتضمن للسلع و الخدمات الخاصة به و تحديد هويته تكون وفق ما ذكرناه سابقا، أما إذا كان السوق الافتراضي يظهر و كأنه مساحة كبرى supermarché متكونة من أروقة متعددة و هناك علامة وحيدة ففي هذه الحالة يعتبر السوق هو صاحب الإيجاب و تحدد هويته على هذا الأساس[4].

و تجدر الإشارة إلى أن هوية صاحب الإيجاب ليست وحدها الواجبة التحديد فكثيرا ما تكون هوية المستهلك محل تحديد، أو تكون معلومة بالنسبة للمهني خاصة في عقود البيع، و أهمية ذلك هو التأكد من أهلية المستهلك للتعاقد ، و كذلك معرفة جنسيته و موطنه خاصة و أن الإيجاب في كثير من الحالات يكون محدد النطاق، أي أن الإيجاب يقتصر على منطقة معينة دون أخرى و أي محاولة من المستهلك لإبرام العقد يقابله عدم موافقة.

أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى مسألة ضرورة تحديد هوية المهني أو صاحب الإيجاب في المادة11 من القانون 18-05 والمادة3 من المرسوم التنفيذي 06-306.

2- الإعلام حول الشروط العامة لعقد البيع الإلكتروني

الشروط العامة تشكل عنصر مهم، إذ تخضع في القانون الفرنسي لقواعد حمائية خاصة أما في القانون الجزائري فالقواعد المنظمة لهذه الشروط تخضع لأحكام المادة 13 من القانون 18-05 المتعلق بالتجاوة الالكترونية .

[1] - Youssef Shandi,op.cit pp106-107.
[2] - Zone commercial.
[3] - Intellinet network solution **INS**
[4] - Youssef Shandi,op.cit,p107.

و تعرف بأنها " الشروط العامة لعقد البيع بأنها كل الشروط التي توضع من قبل احد أطراف العقد و يعرضها على الطرف الآخر خلال إبرام العقد، أي هي وثائق مكتوبة محررة من قبل و بصفة منفردة من طرف البائع، و تتضمن حقوق و واجبات الأطراف التي سوف ترتبط بعقد في المستقبل "[1]، فالعقد عموما يقوم على مبدأين ، مبدأ حسن النية و مبدأ التزام البائع بإعطاء صورة واضحة بما هو ملتزم و هذا المبدأ جاءت به المادة 1602 قانون مدني فرنسي[2].

و حسب المادة L133-2 من قانون الإستهلاك الفرنسي فشروط العقد المقترحة من طرف المهني للمستهلك يجب أن تحرر بصفة واضحة و مفهومة ، و في حالة الشك تفسر لمصلحة لمستهلك، و مصطلح الوضوح يتعلق بالتقديم الخارجي للشرط، أما مصطلح مفهوم فيتعلق بالمعقولية، و قد أثير إشكال بخصوص هاتين المسألتين فيما يخص مدى تأثيرهما على خلق الطابع التعسفي للشرط.

و على إعتبار أن المهني في عقود الإستهلاك هو من يقوم بالتقديم الشكلي للعقد فقد يقوم بإيقاع المستهلك في غلط من خلال إخفاء بعض الشروط كإدراجها في وثائق ملحقة ، أو من خلال عدم جدب إنتباهه لها كأن يقوم بكتابتها مثلا بخط صغير أو يكتبها في مكان غير ملائم في العقد، فشروط العقد إذا قد تضهر في الوثيقة العقدية الأصلية أو قد تظهر في وثيقة ملحقة.

فبالنسبة للشروط الظاهرة في العقد الأصلي إذا ما تم تقديمها بشكل غير ملائم فهي حسب لجنة الشروط التعسفية تكون باطلة [3]، أما بالنسبة للإجتهاد القضائي و في قرار لمحكمة النقض في 14 نوفمبر 2006 [4] أعتبرت أن الشرط محل النزاع المحرر بشكل صغير أقل من الشكل المحرر به باقي الشروط ، حيث بسبب شكله الصغير لم يجدب إنتباه الزبون

[1]- Sinan Al Shattnawi, op.cit ,p13.
[2]- Art 1602 code civil français « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige »
[3] - Claire-Marie PEGLION-ZIKA, op.cit, p…p 190…193.
[4] - Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du mardi 14 novembre 2006 N° de pourvoi: 04-15646 , disponible sur le site :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007053346&fastReqId=344335250&fastPos=4&oldAction=rechJuriJudi

يعتبر هذا الشرط لا يستجيب لمضمون المادة L133-2 فقرة1 من قانون الإستهلاك و بالتالي يؤمر بإلغائه بإعتبار أن هذا الشرط تعسفي.

أما بالنسبة للشروط الغير ظاهرة في الوثيقة التعاقدية الأصلية فالطابع التعسفي لها يتوقف على مدى العلم بها من طرف المستهلك، و قد أعتبرت اللجنة الشروط التي لم يعلم بها المستهلك حقيقة وقت إبرام العقد تعسفية و ذلك بسبب الطابع غير المقروء أو غير المفهوم لها، ، و على هذا الأساس فالشروط بالإحالة تعتبر تعسفية إذا لم يعلم المستهلك بها قبل إبرام العقد و ما جاء في المادة R132-1-1° من المرسوم 2009 [1].

و تتمثل هذه الشروط حسب قانون الإستهلاك الفرنسي[2] في محل العقد،مميزات و خصائصه الجوهرية، الثمن ، الرسوم المطبقة، طرق و وسائل الدفع، مصاريف التسليم، سعر المكالمة عن بعد، وسائل و مواعيد تسليم السلعة،وجود حق العدول من عدمه و طرق تطبيقه أو ممارسته، نصائح الاستعمال،ضمانات الخدمة ما بعد البيع، الشروط المحددة للمسؤولية، القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة في حال النزاع،شروط الفسخ و التعديل.

بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 25 من قانون الثقة الفرنسي و المتمثلة في :

- المراحل المختلفة المتبعة من أجل إبرام العقد الإلكتروني.
- الوسائل التقنية التي تسمح للمستهلك قبل إتمام العقد من التعرف على الأخطاء المرتكبة أثناء إدخال البيانات مع إمكانية تصحيحها.
- اللغات المقترحة لإبرام العقد .
- في حالة حفظ العقد بيان طرق الحفظ و شروط العودة إلى العقد المحفوظ.

[1] - Art R132-1 « … 1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion …)

[2] - Art L121-19, L121-17 , L 111-1 du code de la consommation Français.

- كيفية مراجعة القواعد المهنية و التجارية بالطريق الإلكتروني التي وافق الموجب على الخضوع لها عند الاقتضاء.

أما بالنسبة للإلتزام بالإعلام للشروط العامة للعقد في القانون الجزائري، فحسب المادة 13 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني المعلومات الآتية المتعلقة بالخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات، شروط و كيفيات التسليم، شروط الضمان و الخدمات ما بعد البيع، شروط فسخ العقد، شروط و كيفيات الدفع الشروط و كيفيات إعادة المنتوج، كيفيات معالجة الشكاوي، شروط و كيفيات الطلبية المسبقة عند الإقتضاء، الشروط و الكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الإقتضاء الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع طبقا لأحكام المادة2 من القانون، مدة العقد حسب الحالة، و قد نصت عليها المادة 4 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية و التي ألزمت البائع أو مقدم الخدمة بإعلام المستهلك بشروط البيع و قد بينت المادة 8 من نفس القانون إلزامية إعلام البائع المستهلك قبل اختتام عملية البيع بأية طريقة كانت و حسب طبيعة المنتوج بالمعلومات النزيهة و الصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة و بشروط البيع الممارسة و كدا حدود المسؤولية التعاقدية المتوقعة لعملية البيع أو الخدمة،و في حالة مخالفة البائع لأحكام هذه المادة يعاقب المهني بغرامة من عشرة آلاف 10000دج إلى مائة ألف 100000 دج [1]أما المادة 4 من المرسوم التنفيذي 06-306 فقد نصت على ضرورة الإعلام بالشروط العامة و أيضا الخاصة لعقد البيع[2] ، و تتمثل هذه الشروط حسب المادة 3 من نفس المرسوم في:

- خصوصيات السلع أو الخدمات و طبيعتها.
- الأسعار و التعريفات.
- كيفيات الدفع.
- شروط التسليم آجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع أو التسليم

[1]- المادة 32 من القانون 04-02 السابق ذكره.
[2]- الشروط الخاصة هي تلك الشروط التي يشتمل عليها نموذج العقد المقدم ، و تسري في حق جميع المستهلكين.

- كيفيات الضمان و مطابقة السلع أو الخدمات
- شروط تعديل البنود التعاقدية
- شروط تسوية النزاعات
- إجراءات فسخ العقد.

كما نص المشرع في المادة 18 على مراحل إبرام العقد الإلكتروني و هي إلزامية و تتمثل في ضرورة وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك، تمكينه من التحقق من تفاصيل الطلبية بغرض تمكينه من تعديل الطلبية و إلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة، بالإضافة إلى مرحلة تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد.

- الإعلام حول الخصائص الجوهرية للمبيع

ألزمت المادة L111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي المهني بإعلام المستهلك قبل إبرام العقد بالمعلومات المتعلقة بالخصائص الأساسية للسلع أو الخدمة التي يعرضها،كما نصت على ذلك أيضا المادة 1583 قانون مدني فرنسي، و نتيجة لاستقرار القضاء الفرنسي على هذا الالتزام فقد تم دمجه في قانون الاستهلاك، و المقصود بالخصائص الجوهرية تلك الخصائص التي تنور إرادة المستهلك و تسمح بالاستعمال الصحيح للسلعة[1].

و في القانون الجزائري نصت على ذلك المادة 11 و المادة 13 من قانون التجارة الالكترونية ، و أيضا المادة 17 من قانون الاستهلاك على ما يلي: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك .... "، و المادة3 من المرسوم التنفيذي 06-306 التي اعتبرت أنه من بين الشروط العامة التي يلتزم المهني بإعلامها للمستهلك شرط خصوصيات السلع أو الخدمات و طبيعتها.

و هذا الإلتزام مجسد أيضا في المادة 352 قانون مدني جزائري التي تنص على أن « يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ، و يعتبر العلم الكافي إذا أشتمل العقد على بيان البيع و أوصافه الأساسية،بحث يمكن التعرف عليه و إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري

[1] - Youssef Shandi,op.cit,p111.

عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى العلم به إلا إذا أثبت غش البائع ».

إن الإخلال بهذا الالتزام قبل التعاقدي يمثل خطأ بمفهوم المادة 1382 [1] من القانون المدني الفرنسي الذي يعطي الحق في طلب التعويض ، و قد حكمت المحكمة على بائع بتعويض الثمن للمشتري الذي هلك سرواله نظرا لأن اللصيقة الموجدة عليه لم تبين أنه يمنع تجفيفه في الغسالة[2].

- الإعلام حول الثمن و طرق الدفع

المشرع الفرنسي في المادة L113-3 من قانون الاستهلاك، ألزم البائع بإعلام المستهلك بالثمن سواء بطريق الوسم أو البطاقات أو أي إجراء آخر ، كذلك المادة 14 من مرسوم 1987 المتعلق بإعلام المستهلك حول ثمن السلعة أو الخدمة المعروضة بطريق الاتصال عن بعد[3]، التي تنص هذه المادة على أن الثمن يجب أن يكون معلوما للمستهلك و بكل وسيلة تصلح للإثبات قبل إبرام العقد ، بذلك يكون الإعلام عن الثمن في البيع الإلكتروني عن طريق الحامل الإلكتروني، و يكون على المهني إعطاء السعر الإجمالي بما فيه الرسوم و المصاريف الإضافية خاصة المتعلقة بالتسليم و هذا بعد إعلام المستهلك بذلك.

---

[1] - Art 1382 code civil français « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

[2] - Cité in Djamila Mahi Disdet, op.cit, p117.

[3] -Art 14 de **l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix** « Le prix de tout produit ou de toute prestation de services proposés au consommateur selon une technique de communication à distance doit être indiqué de façon précise au consommateur, par tout moyen faisant preuve, avant la conclusion du contrat.

Constitue une technique de communication à distance au sens du présent arrêté toute technique permettant au consommateur, hors des lieux habituels de réception de la clientèle, de commander un produit ou de demander la réalisation d'un service.

Sont notamment considérés comme des techniques de communication à distance la télématique, le téléphone, la vidéotransmission, la voie postale et la distribution d'imprimés. » modifié par **Arrêté du 4 juillet 2014 relatif à l'information du consommateur sur les prix des produits et prestations destinés à compenser la perte d'autonomie.**

و نصت على هذا الالتزام في القانون الجزائري المادة 11 من القانون 18-05 و المادة5 فقرة 1 من القانون 02-04 السابق ذكره التي تنص على ما يلي: " يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، يجب أن تبين الأسعار و التعريفات بصفة مرئية و مقروءة...".

و قد أعتبر المشرع عدم الإعلام عن الأسعار جريمة يعاقب عليه القانون و هذا بموجب المادة 31 من الأمر 04-02 التي تنص على ما يلي:" يعتبر عدم الإعلام بالأسعار و التعريفات مخالفة لأحكام 4 و و 7 من هذا القانون و يعاقب عليه بغرامة من خمسة آلاف 5000دج إلى مائة ألف 100000دج".

و قد أثيرت عدة إشكالات حول الغلط عند إعلان الثمن من طرف المهني، هل يمكن اعتباره غلطا بمفهوم الغلط في القانون المدني الذي يعيب الإرادة و يؤدي إلى إبطال العقد؟.

اختلفت المواقف سواء بالنسبة للفقه أو بالنسبة للاجتهاد القضائي، فعلى مستوى الفقه هناك من أعتبر هذا الغلط غلط مادي يمكن تصحيحه و هو لا يعيب الرضا[1]، و هناك اتجاه رأى انه غلط فردي خاصة و أن الغلط في العقود الإلكترونية دائما يكون أحادي الجانب و هو غلط غير مغتفر أي الغلط الذي كان من السهل على المتعاقد أو الشخص تفاديه إذا أخذ حد أدنى من احتياطاته و في هذه المسألة اعتبرت المحكمة العليا لكيبك أن التوقيع على العقد دون قراءته مسبقا غلط غير مغتفر مع الأخذ بعين الاعتبار بعض المعايير كالسن و الوظيفة الاقتصادية أو المالية لأحد الأطراف في تحديده[2]، فالغلط هنا وقع فيه المستهلك و هو غلط غير مغتفر، أما من جانب التجار فإذا وقعوا في غلط عند إعلان الثمن فغير منطقي أن يطلبوا إبطال العقد بسبب إهمالهم و عليهم أن يتحملوا المسؤولية لأنه كان عليهم أن يأخذوا كل إحتياطاتهم لمراقبة هذه العملية[3].

[1]- الغلط في هذه الحالة كالغلط في الشكل أو في الكتابة أو في الحساب، إذ لا يمثل غلط يعيب الرضا إلا إذا كان عنصر أساسي في العقد.

[2] - Miriam G.Cohen, contrat de cyberconsommation et arbitrage :les leçons de l'arrêt, Mémoire présenté à la faculté de droit en vue de l'obtention du grade de Maitrise en droit (LL.M),option, droit des affaires, université de Montréal,2009,p43.

[3] - Ibid, p54.

أما على مستوى الاجتهاد القضائي فقد كان هناك اختلاف في موقف القضاء فمثلا في قرار محكمة استئناف كيبيك اعتبرت أن الغلط الذي وقع فيه البائع عندما باع سيارة بثمن أقل من قيمتها نتيجة غلط في الحساب هو غلط غير مغتفر و بالتالي لا يبطل العقد[1].

و في قضية **Netbusiness** سنة 2002[2] التي تتلخص وقائعها في أن شركة عرضت بيع سلعة بقيمة أقل من قيمتها بعشرة مرات، حيث قام المستهلك بطلب السلعة و تحصل على وصل استلام يؤكد قبول الطلبية و نتيجة التأخر في استلام السلعة لجأ المستهلك إلى القضاء لمطالبة الشركة بتسليمها له، غير أن المحكمة أصدرت قرارا في 24 جويلية 2002 ببطلان العقد على أساس الغلط المادي و حسبها الغلط أعاب رضا الشركة و قد كان للفارق في السعر تأثير على قرار المحكمة ، و الذي كان كبيرا مع توفر سوء نية من طرف المستهلك، فحسب المحكمة إذا كان من الصعب إكتشاف أن السعر المعلن هو غير السعر الحقيقي فالعقد لا يبطل.[3]

و مع ذلك هناك من المهنيين من التزم بعقد البيع بالرغم من وجود الغلط في إعلان السعر و دون وجود نزاع أمام القضاء كما في حالة شركة Kodak سنة 2001،حيث عرضت للبيع caméras digitales بسعر 100£ (جنيه إسترليني) بدلا من سعرها الحقيق و هو 329£، و قد التزمت بالبيع بهذا الثمن بالرغم من خسارتها التي وصلت إلى 2 مليون جنيه إسترليني[4].

في المقابل هناك مهنيين لجأوا إلى أخذ احتياطاتهم حيث أوردوا شروطا في العقد على أن البيع لا يتم إلا إذا تحصل المستهلك على تأكيد من البائع و هو ما حـــدث في قضـــية DELL 2007 [5] و التي استطاعت أن تنقذ نفسها من 600 طلبية بسعر مغلوط.

و بالرجوع إلى القانون الجزائري، إذا كيفنا هذا الغلط على أساس أنه غلط في الكتابة فحسب المادة 84 من القانون المدني لا يؤثر ذلك في صحة العقد و يجب التصحيح، لكن

---

[1] -Cité in Miriam G.Cohen, op.cit,p54.

[2] - Affaire Mr Thierry P. c/ Sté Net Business Planète Discount, disponible sur le site : http://www.juritel.com/Ldj_html-993.html

[3]- Miriam G.Cohen,op.cit,p57.

[4] -Ibid,p49.

[5]- تتلخص وقائع هذه القضية في إعلان موقع شركة DELL بالغلط عن بيع أجهزة كمبيوتر بسعر ليس هو السعر الحقيقي، حيث تقدم العديد من المستهلكين بطلبيات على أساس السعر الخطأ، بعدها شركة DELL أخذت كل احتياطاتها لجعل موقعها الإلكتروني غير قابل للولوج إليه من أجل تصحيح الخطأ، و عند مطالبة المستهلكين للشركة بإتمام عملية البيع رفضت هذه الأخيرة إتمام عملية البيع على أساس أن السعر خاطئ و أن المستهلكين لم يتحصلوا بعد على تأكيد من طرفها بالبيع، أنظر:

BRIGITTE LEFEBVRE , L'affaire Dell : réflexions sous l'angle du droit civil, Revue générale de droit, vol. 37, n° 2, 2007, pp393-394.

لكن هل الطرف المتعاقد الآخر(المستهلك) ملزم بإبرام العقد على أساس السعر المصحح أو يجوز له إبطال العقد على أساس وقوعه في الغلط ؟ ، نرى أن الغلط في هذه الحالة و الذي يكون من جانب المستهلك يعيب الإرادة لأنه يعتبر غلطا في عنصر من العناصر الجوهرية لعقد البيع و هو الثمن الذي عادة ما يكون الدافع إلى التعاقد، و بالتالي إذا قام المستهلك بطلبية لسلعة أساس سعر 100دج و بعد تصحيح الثمن من طرف المهني ليصبح 10000دج يجوز له طلب إبطال العقد لوقوعه في غلط.

- لغة الإيجاب

للغة الإيجاب أهمية بالنسبة للمستهلك،حيث يقوم هذا الأخير بقراءة شروط العقد و الانتباه لها كلما كانت اللغة مفهومة بالنسبة لهم، و كما رأينا في قضية السيدة Rado فإن عدم إتقانها للغة الإنجليزية أدى بها إلى عدم الانتباه لشرط التحكيم المدرج في العقد و لهذا فكلما كانت اللغة مفهومة بالنسبة للمستهلك ساعد ذلك على تنوير إرادته.

و بالنسبة للقانون الفرنسي المادة 25 من قانون الثقة و التي تقابلها المادة 1369-1 من القانون المدني، فإنها تفرض على البائع الإلكتروني تحديد اللغات المقترحة لإبرام العقد و التي من ضمنها اللغة الفرنسية، و قبل هذا القانون ألزم المشرع الفرنسي المهني حتى و لو كان أجنبيا استعمال اللغة الفرنسية خاصة إذا كان يوجه إيجابه للمستهلكين الفرنسيين و هذا في المادة 2 من قانون Toubon لعام 1994 السابقة الذكر تحت طائلة عقوبة مالية من الدرجة الرابعة.

و في القانون الجزائري نصت على ذلك المادة 18 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش التي تنص على ما يلي: « يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة ، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين و بطريقة مرئية و مقروءة و متعذر محوها »

كذلك المادة 20 [1] و 21 [2] و 22 [3] من القانون رقم 91-05 [4].

و هنا نتساءل إذا ما أمكن لمستهلك جزائري مثلا رفع دعوى أمام القضاء الجزائري على أساس أن الإيجاب الصادر من مهني فرنسي مكتوب باللغة الفرنسية و لا توجد ترجمة أو كتابة باللغة العربية اعتمادا على أن القاعدة الموضوعية المتعلقة بلغة الإيجاب في القانون الجزائري الواجب التطبيق تشترط الكتابة باللغة العربية؟.

يمكن القول في هذه الحالة أن القاعدة العامة المطبقة في قانون الاستهلاك و الخاصة بالعقد الداخلي لا تستجيب لخصوصية العقد الدولي الإلكتروني على أساس أنه لا يمكن أن نفرض على المهني اللغة التي يتم بها الإيجاب بالنظر إلى لغة المستهلك لأنه وقت الإيجاب لا يمكنه توقع جنسية و لغة المستهلك الذي سوف يتعاقد معه، و لهذا فعادة ما يختارالمهني لغات محددة تكون ذات استعمال واسع كاللغة الإنجليزية و الإسبانية و الفرنسية و الألمانية و الروسية، و للمهني الضغط على اللغة التي يريد التعاقد بها.

- الإعلام حول مدة صلاحية الإيجاب

نصت على هذا الشرط المادة 4 من التوجيهة الأوروبية رقم 97-07 « يكون الإيجاب الصادر من المهني ملزما في حد ذاته و أن عدوله عن إيجابه يجعل المهني مخطأ[5] » فالهدف من هذا الإلتزام هو حماية المستهلك و توفير الثقة في التعامل، و يرى البعض أن التعيين

---

[1]- المادة 20 " تكتب باللغة العربية وحدها, العناوين, واللافتات, والشعارات, والرموز, واللوحات الإشهارية, وكل الكتابات المطلية, أو المضيئة, أو المجسمة, أو المنقوشة, التي تدل على مؤسسة, أو هيئة, أو محل, أو التي تشير إلى نوعية النشاط الممارس, مع مراعاة جودة الخط وسلامة المبنى والمعنى، يمكن أن تضاف لغات أجنبية إلى اللغة العربية في الأماكن السياحية المصنفة."

[2] - المادة 21 " تطبع باللغة العربية, وبعدة لغات أجنبية, الوثائق, والمطبوعات, والأكياس, والعلب, التي تتضمن البيانات التقنية وطرق الاستخدام، وعناصر التركيب, وكيفيات الاستعمال التي تتعلق على وجه الخصوص بما يأتي : - المنتجات الصيدلانية, - المنتجات الكيماوية, - المنتجات الخطيرة, - أجهزة الإطفاء والإنقاذ ومكافحة الجوانح. على أن تكون الكتابة باللغة العربية بارزة في جميع الحالات.".

[3]- المادة 22 " تكتب باللغة العربية الأسماء والبيانات المتعلقة بالمنتجات والبضائع والخدمات, وجميع الأشياء المصنوعة, أو المستوردة, أو المسوقة في الجزائر . يمكن استعمال لغات أجنبية استعمالا تكميليا. تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم .

[4]- القانون رقم 91-05 المؤرخ في 16 يناير 1991 يتضمن تعميم استخدام اللغة العربية ،ج ر ج ج، عدد3.

[5]- أسامة أحمد بدر،حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني،دار الجامعة الجديدة،مصر،2005،ص173.

الضمني لمدة الإيجاب غير كاف،كما في حالة استعمال عبارة (هذا العرض صالح إلى غاية نفاذ المخزون) لأن المستهلك لا يكون على دراية بحجم المخزون المتوفر لدى المهني و لهذا من الأفضل أن يكون التعيين صريحا[1] كأن يستعمل المهني عبارة (هذا العرض صالح إلى غاية تاريخ معين) ، كما يرى البعض الآخر أن العدول عن الإيجاب قبل انتهاء مدته يكون خطأ يترتب عنه التعويض أو التنفيذ العيني للعقد[2] .

و الموجب ملزم بإعلام المستهلك بصلاحية إيجابه سواء من حيث المكان كأن يذكر في الإيجاب بأنه مقتصر على نطاق مكاني معين،مثلا دول الإتحاد الأوروبي فقط، أو من حيث الزمان، و يبقى الموجب ملتزما بإيجابه ما دام قابل الولوج إليه بالطريق الإلكتروني[3].

و عادة ما ترتكب أخطاء من طرف الموجب، فقد يبقى الإيجاب على الموقع بسبب إهمال منه فيترتب على ذلك إلزامية التعاقد مع الزبون الذي يعلن رغبته في التعاقد،حيث نصت المادة 1369-4 قانون مدني فرنسي على ما يلي:

« ....Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.... »

و بالتالي فالبائع عليه أن يتحكم في عروضه الظاهرة على موقعه التجاري ليتجنب كل التزام ناتج عن إهمال منه[4].

أما المشرع الجزائري فقد نص حسب المادة 11 من القانون 18-05 على أن يتضمن عرض المورد الالكتروني مدة العرض عند الاقتضاء.

[1] -Youssef Shandi,op.cit,p118.

[2]- أيمان مأمون سليمان،مرجع سابق، 126.

[3] - Art 1369-4 code civil Français.

[4] -Soulayman A Maiga,op.cit,p11.

3- التأكيد الكتابي للمعلومات

يجب أن يتلقى المستهلك تأكيد كتابي يكون في شكل كتابة إلكترونية على دعامة دائمة و موضوعة تحت تصرفه بحيث تسمح له الإطلاع أو الرجوع إليها عندما يريد ذلك ، و هذا ما جاءت به المشرع في المادة 19 من القانون18-05 السابق ذكره ، والمادة 5 من التوجيهة الأوروبية 1997 المتعلقة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، و هذا التأكيد قد يتم إرساله عن طريق البريد الإلكتروني أو بطرق أخرى مثل القرص المضغوط[1]، كما نصت على هذا الالتزام أيضا المادة L121-19 من قانون الاستهلاك الفرنسي[2]، و يتضمن هذا التأكيد الكتابي بالإضافة إلى الشروط الموجودة وقت الإيجاب شروط و طرق ممارسة حق العدول، كيفية الاتصال بالمهني من أجل الاحتجاج أمامه و كل ما يتعلق بالخدمة ما بعد البيع بالإضافة إلى الضمانات التجارية و شروط فسخ العقد[3]، و لا يترتب على غياب التأكيد الكتابي إبطال العقد بل يترتب عليه عقوبة مدنية تتمثل في تمديد مدة ممارسة حق العدول[4].

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالإعلام، فالمادة L21-20-10 [5] اعتبرت أن الالتزامات قبل التعاقدية و التعاقدية تخضع لنفس القانون، فالمشرع يفضل وحدة القانون الواجب التطبيق على الإعلام قبل التعاقدي و على صلاحية العقد[6].

المطلب الثاني: القبول الإلكتروني

يعتبر القبول الإلكتروني عنصر مهم لإنشاء عقد البيع الإلكتروني فبتطابق هذا الأخير مع الإيجاب الإلكتروني يتكون العقد الإلكتروني، و القبول هو التعبير اللاحق للإيجاب و هو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب و يترتب عليه إذا ما تطابق مع الإيجاب إنعقاد العقد[7].

---

[1]- أيمان مأمون سليمان،مرجع سابق، ص126.

[2]- Art L121-19 du code de la consommation Français « Lorsque le contrat est conclu à distance, le professionnel fournit au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations prévues au I de l'article L. 121-17 ou les met à sa disposition par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée. »

[3] - Art 121-19-1 du code de la consommation Français

[4] - Sinan Al-Shattnawi,op.cit,p131.

[5]- Art 121-20-10 al5 « ...Les informations communiquées par le fournisseur au consommateur sur les obligations contractuelles sont conformes à la loi applicable au contrat en cas de conclusion de celui-ci.... »

[6] -Djamila Mahi Disdet,op.cit,p75.

[7]- طاهر شوقي مؤمن،عقد البيع الألكتروني، دار النهضة العربية، مصر،2007،ص41.

و لما كان القبول الإلكتروني يتم عبر وسيلة إلكترونية و هي الأنترنيت، فإن ذلك أضفى عليه خصوصية تميزه عن القبول التقليدي، و قبل الحديث عن مظاهر حماية المستهلك في مرحلة القبول الإلكتروني(الفرع الثاني) ، يتم التطرق إلى خصوصية القبول الإلكتروني(الفرع الأول).

الفرع الأول: خصوصية القبول الألكتروني

يتميز القبول في مجال العقد الإلكتروني بخصوصية و هذا راجع إلى الوسيلة المعتمدة للتعبير عنه، و قبل أن التطرق إلى صور التعبير الذي يتم إلكترونيا (ثانيا) لا بد من تعريف القبول الإلكتروني (أولا).

أولا: تعريف القبول الألكتروني

في الحقيقة إن القبل الألكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يتم التعبير عنه بها، فالقبول الألكتروني هو التعبير البات لإرادة القابل عن إيجاب صادر من الغير، أو هو الإعتماد التام و البسيط للإيجاب[1].

كما يعرف أيضا بأنه " كل إتصال عن بعد يتضمن توافقا تاما مع كل العناصر المشترطة في الإيجاب و التي وضعها الموجب بحيث ينعقد العقد بمجرد حصول هذا الإتصال من عند القابل " ، أو هو " كل تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد بواسطة شبكة دولية للإتصالات و هي الأنترنيت على أن يتضمن هذا التعبير توافقا و تطابقا تاما مع كل العناصر التي يتضمنها الإيجاب الصادر عبر الأنترنيت، بحيث ينعقد العقد عند حصول هذا التطابق"[2].

فالقبول حسب القواعد العامة يجب أن يتم خلال مدة صلاحية الإيجاب و أن لا يلحق بالإيجاب أي تعديل أو إضافة ، و إلا أعتبر إيجابا جديدا يستدعي قبولا آخر و هذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 66 من القانون المدني الجزائري، و يرى البعض ضرورة أن يرد القبول على كل العناصر ليبرم العقد خاصة في العقود المبرمة عن بعد و التي هي في الغالب عقود

[1] - Youssef Shandi,op.cit,p142

[2]- بشار محمود دودين، مرجع سابق،ص136.

إذعان، حيث تقوم المؤسسات الخاصة بالبيع بإستعمال نماذج عقود تحررها بالتفصيل و بصفة أحادية،حيث أن شكل القبول في هذه الحالة يكون بتمرير بسيط للطلبية[1].

فالعقود التي يبرمها المستهلك تستدعي أن يكون القبول فيها إجباريا شاملا لكل عناصر العقد سواء الأساسية أو الثانوية، و هذا راجع إلى أن الإيجاب الموجه للمستهلك يخضع إلى تأطير قانوني حيث أن القانون أشترط فيه عناصر معينة ملزمة و بالتالي حتى و لو كانت ثانوية يجب أن يشملها القبول[2].

و القبول في عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي يجب أن يكون صريحا حماية للمستهلك، و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 12 فقرة2 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية فلا يجوز الإعتداد بالقبول الضمني أو ما يعرف بالسكوت الملابس و الذي نص عليه المشرع في المادة 68 من القانون المدني، حيث أعتبر أن السكوت قبولا إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، أو إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول.

بالنسبة للقانون الفرنسي السكوت في عقود الإستهلاك عن بعد لا يمكن أن يكون قبولا، أي أن سكوت المستهلك لا يعتبر قبولا ففي عملية الإرسال الإجباري للسلع و الخدمات دون طلب مسبق للمستهلك يكون هذا الأخير غير ملزم بالرد عليها و سكوته لا يعتبر قبولا و هذا ما يستنتج من المادة 9 من التوجيهة الخاصة بالعقود المبرمة عن بعد لعام 1997[3] ، و هذه العملية ممنوعة بموجب المادة L122.3 من قانون الإستهلاك الفرنسي،و تعاقب عليها المادة R635.2 من قانون العقوبات الفرنسي.

[1] - Youssef Shandi,op.cit,p143

[2] - ibid,p142.

[3] - « ….l'absence de repense ne valant pas consentement »

و بالتالي فإرسال كتب أو أسطوانات أو ألعاب مرئية عن طريق الخط دون طلب من المرسل إليه يعتبر إرسالا إجباريا و يخضع إلى أحكام النصوص المذكورة أعلاه[1].

ثانيا:شكل التعبير عن القبول الإلكتروني

أهم أشكال التعبير عن القبول في عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي هما تقنية الضغط (أ) و البريد الإلكتروني (ب).

أ)- القبول بواسطة تقنية الضغط

تم الإعتراف بهذه التقنية في المادة 11 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية التي أكدت أن الضغط على الزر(j'accepte) يمثل شكلا مقبولا للتعبير عن الإرادة و سارت الكثير من القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية على هذا النحو كالتشريع الكندي و الأمريكي و التونسي و الفرنسي...[2]

كما أن المادة 18 من إتفاقية فيينا لـ11 أفريل 1980 المتعلقة بالبيوع الدولية للبضائع شملت في مفهومها للقبول تقنية القبول عن طريق الضغط[3]

و تتم هذه التقنية على صفحة الويب في صورة ضغط بسيط (simple clic) أو مضاعف (double clic) تفاديا لما يحدث من أخطاء عفوية أو تلقائية، فالقبول هنا يتم بمجرد قيام المستهلك بالضغط على الخانات الموجودة في نموذج العقد المتوفر على صفحة الويب و التي تتضمن عبارات (نعم، yes ، j'accepte ....)[4] .

و من خلال عملية الضغط يقوم كمبيوتر المستهلك بتحويل و إرسال الرسائل الرقمية إلى مقدم خدمة الأنترنت(serveur hébergeant) و منه لموقع الإنترنيت للموجب[5] ، و قد طرحت عدة تساؤلات حول مدى كفاية هذا السلوك للتعبير عن إرادة حرة و واضحة للمتعاقد و آثاره القانونية و إيضا إذا ما كان يمثل تعبيرا صريحا أو ضمنيا ، و كانت

---

[1]- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق،ص155.

[2] - Soulayman A Maiga,op.cit,p69.

[3] -Art 18 « Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation. »

[4]- طاهر شوقي مؤمن،مرجع سابق،ص43.

[5] - Soulayman A Maiga ,op.cit,p66.

الإجابة بقبول هذه الوسيلة للتعبير عن القبول سواء على المستوى القانوني أو القضائي أو الفقهي،على اعتبار أن القاعدة العامة لا تشترط شكل معين للقبول،فيكفي أن يكون مطابقا للإيجاب، و هذا الشرط محقق كما سبق و ذكرنا طالما أن المستهلك قبل الضغط يكون قد تبع كل الخطوات المطلوبة منه و التي تمكنه من الإطلاع على كل البيانات و الشروط التعاقدية، أو يكون قد ورد في العقد عبارة (هل تقبل بشروط العقد) من أجل إتمام العقد،فضغط المستهلك على هذه العبارة يدل على علمه بشروط العقد و أنه واع و مدرك بتصرفه خاصة في حالة الضغط المضاعف،أو في حالة تحرير موافقته في وثيقة خاصة تسمى بوثيقة الأمر بالشراء[1] ، و لتقنية الضغط نفس آثار التوقيع أو التصافح عن طريق اليد، لأن الفقه يعتبر الإشارة البسيطة تكشف الإرادة الظاهرة لإبرام العقد[2] .

و قد جاء قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي الفرنسي في المادة A14-2 و التي تقابلها المادة 1369-2 من القانون المدني الفرنسي، بأحكام فاصلة في هذا الشأن حيث كرس هذا القانون تقنية الضغط المضاعف، و أعتبر أن العقد لا ينشأ إلا إذا ضغط المرسل إليه على الإيجاب مرتين، و غيابه يؤدي إلى إبطال العقد و مع ذلك تعتبر هذه التقنية غير كافية و تستدعي لإتمام العقد تأكيدا من البائع على المعاملة أو الإتفاق[3] يكون في صورة وصل إستلام حيث يسمح هذا الأخير للمستهلك من التأكد بأن طلبيته وصلت أو تم تمريرها[4] .

و يرى البعض أن تلقي المستهلك أو القابل لهذا الوصل أو التأكيد من قبل الموجب بواسطة رسالة إلكترونية تحتوي على مجموع العناصر الرئيسية التي يتكون منها العقد فيه حماية له خاصة و أن لهذا التأكيد قيمة قانونية تتعلق بتنفيذ العقد أو بالمسائل المتعلقة بإثبات إنعقاده[5].

إنعقاده[5].

إذا فالضغط الأول في تقنية الضغط المضاعف يهدف إلى تمرير الطلبية و الضغط الثاني يهدف إلى تأكيدها و هنا ثار تساؤل حول القيمة القانونية لهذا التأكيد، فإذا كان القبول قد تم

---

[1]- عمر خالد زريقات ، مرجع سابق ، ص146.

[2] - « de simple signes dans une vente aux enchères peuvent constituer une acceptation expresse » ,voir Soulayman Maiga ,op.cit,p67.

[3] - Lucile Archambault ,op.cit,p57.

[4] -Soulayman A Maiga ,op.cit,p68.

[5]- بشار محمد دودين، مرجع سابق،ص141.

قبل التأكيد فلن يكون للتأكيد قيمة قانونية، أما إذا كان القبول لا يتم إلا بعد التأكيد فيعتبر التأكيد هو القبول و الأمر هنا يتوقف على برنامج العرض للموجب،حيث له أن:

- يسمح بإنعقاد العقد بعد التأكيد أي بالضغط للمرة الثانية أو
- يسمح بإنعقاد العقد دون تأكيد و بالتالي العقد يتم بمجرد ضغط للمرة الأولى أو
- يسمح بإنعقاد العقد دون تأكيد لكن يحث على ضرورة إجرائه، و بهذا يكون الضغط لأول مرة قرينة بسيطة لإنعقاد العقد قابلة لإثبات العكس[1] .

و الخلاصة هي أن تقنية الضغط المضاعف تسمح بالتأكد من فعالية و صحة القبول الصادر من القابل و هذا راجع لطبيعة العقد الذي يبرم عن بعد، و يقع على المهني إلتزام بتحديد الوسائل التقنية التي تسمح للمستهلك قبل إبرام العقد من كشف الأخطاء المرتكبة عند قيد البيانات و تصحيحها و هذا ما أكدته المادة 1369-5 من القانون المدني الفرنسي التي اعتبرت أن العقد الإلكتروني يتم وفق ثلاثة مراحل هي: - المراجعة ، التصحيح، تأكيد قبول الإيجاب[2].

ب)- التعبير عن القبول عن طريق البريد الإلكتروني

و يكون ذلك بإستعمال رسالة إلكترونية و التي أعترف بها القانون كحامل للتعبير عن إرادة المتعاقدين، و يتم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني حين تقوم الشركات التجارية بإرسال رسائل إلكترونية للبريد الإلكتروني للمستهلك تعرض فيها سلع للبيع (إيجاب) و بعد إطلاع المرسل إليه على صندوق بريده الإلكتروني وكان يرغب في التعاقد يقوم بإرسال رسالة إلى الموجب يعلن فيها قبوله للعرض[3]، كما قد يتخذ التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني صورة أخرى تتمثل في الحالة التي يتضمن فيها الإيجاب الموجه على موقع الأنترنت شرط أن

---

[1]- إيمان مأمون سليمان،مرجع سابق،ص162.

[2] - Art 1369-5 du code civil Français « Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.
L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.
La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. »

[3]- مخلوفي عبد الوهاب،مرجع سابق،ص 83.

يكون القبول في شكل رسالة إلكترونية تخضع للقواعد التي تحكم عملية تبادل الرسائل الإلكترونية وهنا لا ينعقد العقد إلا بإتخاذ القبول هذا الشكل و الذي يسهل مسألة إثبات العقد[1].

و الأصل هو صدور القبول سواء عن طريق تقنية الضغط أو بالبريد الإلكتروني من شخص كامل الأهلية، لكن قد يكون المستهلك قاصر فما أثر ذلك على صحة العقد؟ إن العقود التي يبرمها القاصر باطلة أو قابلة للإبطال لمصلحته و هذا حسب القواعد العامة للعقد كما جاء في القانون المدني، و القانون الفرنسي يعتمد على مبدأ عدم أهلية القصر للتعاقد، لكن الإجتهاد القضائي كان مرنا مع هذا المبدأ، إذ اعتبر أن القاصر يمكنه إبرام عقدا صحيحا عندما يتعلق تصرفه بعقود الحياة اليومية التي يجوز له فيها التصرف بمفرده مثل شراء الألعاب و الأكل و أقراص مضغوطة موسيقية(CD) ....سواء تم العقد في البيئة المادية أو عبر الإنترنت، و قد سار في هذا الإتجاه القضاء الإنجليزي الذي يميز بين العقود البسيطة و التي لا يجوز إبطالها كشراء الكتب و الأطعمة و العقود ذات القيمة الكبيرة كشراء سيارات أو عقارات التي تبطل لمصلحة القاصر.

كما أن العقد الذي يبرمه القاصر لا يبطل في حالة التوكيل الضمني الذي جاءت به المادة 1990 قانون مدني فرنسي، فهذا التوكيل يسمح للشركة التي تبيع عن طريق الإنترنت الرجوع مباشرة على والدي القاصر للوفاء بالدين[2]، أما في الحالة التي يتم فيها إستعمال بطاقة الإئتمان من طرف الإبن القاصر فالوالد هنا يلتزم بالعقد إعتمادا على نظرية الوضع الظاهر لأن الموجب يعتد بما هو ظاهر له و هو أن صاحب البطاقة هو شخص بالغ[3]، و عادة ما ينصح لتفادي مشاكل شراء القاصر من الإنترنت ما يلي:

- عدم إعطائه أرقام البطاقة البنكية.
- غلق الولوج إلى وسائل الدفع عن طريق الإنترنت.

---

[1]- بشار محمد دودين، مرجع سابق،ص139.
[2]- مخلوفي عبد الوهاب،مرجع سابق،104.
[3]- نفس المرجع،ص105.

- و فيما يخص الألعاب على الخط ، على الأولياء التأكد على إمكانية تشغيل نظام الرقابة الأبوية[1].

و في حالة ما إذا تم شراء من طرف القاصر فيمكن اللجوء إلى إستعمال حق العدول إذا توفرت شروطه أو لجوء الأولياء إلى إبطال العقد لعدم أهلية القاصر .

الفرع الثاني:مظاهر حماية المستهلك في مرحلة القبول

يأخذ التعاقد الإلكتروني خصوصية من حيث آلية إبرامه، فالعقد يبرم دون الرؤية الحقيقية للسلعة و المستهلك يعتمد على ما يظهر له من خلال شاشة الكمبيوتر و عادة ما تختلف السلعة مما هو زاهر على الموقع لأسباب كتقنية التصوير أو عدم العلم الكافي نتيجة عدم الإعلام، لهذا لجأت القوانين في التعاقد عن بع و من صمنها التعاقد عبر الأنترنيت إلى توفير حماية أكبر للمستهلك تمثلت في منحه حق التراجع عن رأيه في الشراء بعد حصوله على السلعة و هو ما يعرف بحق العدول(أولا)، كما أن هذا التعاقد قد يترتب عليه صدور قبول من طرف المستهلك للشروط العامة للعقد التي يضعها المهني و التي قد تتضمن شروط تعسفية (ثانيا).

أولا: حق المستهلك في العدول

حق العدول هو آلية قانونية أقرها المشرع كسلاح لحماية المستهلك في العقود التي يبرمها عن بعد،فهو نوع من الحماية لرضا المستهلك الذي قد يقتني سلعة على عجالة أو تحت ضغط وسائل دعائية مغرية قد تغير في الصورة الحقيقية للسلعة، فالشراء عبر الإنترنت يتم دون الرؤية المادية و الملموسة للسلعة و الكثير من المستهلكين لا يعلمون بوجود هذا الحق و لا يمارسونه بسبب العبارات التي يريدها المهني أحيانا كعبارة " البضاعة المباعة لا ترد و لا تستبدل"[2]،و من الناحية العملية فالكثير من التجار حتى و إن قرروا إستبدال السلعة فإنهم يمتنعون عن إرجاع الثمن، و يعتبر حق العدول خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد و

[1] - http://www.europe-consommateurs.eu/fr/quels-sont-vos-droits/achat-sur-internet/achat-sur-internet-par-un-mineur

[2]- عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص358.

السبب في ذلك هو إعتبار المستهلك طرفا ضعيفا في العقد،و أساس هذا الحق أن تكوين العقد يتم على عدة مراحل، فعقد الإستهلاك لا يتكون في اللحظة نفسها بل على مرحلتين مرحلة قبول العقد و مرحلة تأكيد القبول، فإذا أستعمل المستهلك حق العدول فهذا يحول دون تمام تكوين العقد الملزم[1] ، و قبل التطرق إلى الآثار المترتبة عن إستعمال هذا الحق (ب) يجب تحديد مفهومه (أ).

أ)- مفهوم حق العدول

معظم القوانين الخاصة بحماية المستهلك أقرت حق العدول في العقود المبرمة عن بعد مثل القانون الألماني، الفرنسي، اللبناني، الإيطالي، الأنجليزي و الأمريكي[2]، أما المشرع الجزائري فلم يتطرق الى أحكام حق العدول في قانون التجارة الالكترونية ،بالرغم من أنه اعتبره من المعلومات الملزم ادراجها في عرض المورد الالكتروني ، لكن أشار إليه صراحة في الأمر 15 -114 المتعلق بالقرض الإستهلاكي[3] من خلال المادة 12 التي تنص على ما يلي: « لا تسري آثار عقد البيع إذا- : لم يعلم المقترض البائع بتخصيص القرض في أجل ثمانية 8 أيام عمل ابتداء من تاريخ تبليغ الموافقة على الحصول على القرض - مارس المقترض حقه في العدول ضمن الآجال المحددة له..... » نلاحظ أن المشرع الجزائري أشار من خلال هذه المادة إلى حق العدول لكنه لم ينظمه بأحكام تفصيلية سواء في هذا المرسوم أو في القواعد العامة، و هناك من يرى أنه يمكن إعتماد المادة 352 من القانون المدني للعدول عن عقد البيع، لكننا نرى أن الأمر يبقى صعب بالنسبة للمستهلك لأن فيه رفع دعوى قضائية، الأمر الذي لا يتلاءم مع طبيعة عقد البيع الإستهلاكي.

---

[1]- الحياري أحمد إبراهيم،عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الأنترنيت،دراسة مقارنة في القانون الأردني و الفرنسي،المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية،جامعة مؤتا، مجلد1، عدد2،ص122.

[2]- عمر خالد زريقات،مرجع سابق،ص359.

[3]- مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 ماي 2015، يتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الإستهلاكي، ج ر ج ج، عدد 24، مؤرخة في 13 ماي 2015.

أما في قانون الإستهلاك فلم يتطرق المشرع إلى حق العدول كما فعل المشرع الفرنسي بل نص على حق المستهلك في إستبدال السلعة أو إرجاع ثمنها في حالة وجود عيب بالمنتوج[1]، و هذا الحق يختلف طبعا عن حق العدول.

هذه القوانين تعتبر حق العدول من النظام العام لا يجوز التنازل عنه أو الإتفاق على الإعفاء منه، و قد عرفت هذه التشريعات حق العدول إلى جانب الفقه و نظمته بموجب أحكام خاصة.

1- تعريف حق العدول

العدول لغة مصدر للفعل عدل فيقال عدل عدولا و عدل عن الطريق أي تركها مبتعدا عنها، و عدل عن رأيه بمعنى رجع عنه سواء بدل أم لا[2].

أما العدول قانونا فقد اعتبرت المادة 6 من التوجيهة الإوروبية 07-97 الخاصة بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد ،بأنه حق يثبت للمشتري في الرجوع عن تعاقده خلال مدة معينة من تاريخ تسلمه المبيع (07 أيام) دون جزاءات أو تقديم مبررات للرجوع باستثناء مصاريف الرد.

و كذلك أعترفت به كحق أساسي لحماية المستهلك المادة L221-18 من قانون الإستهلاك الفرنسي.

في الحقيقة هذه النصوص القانونية لم تعرف حق العدول و إنما أعترفت به كحق للمستهلك يمكن له ممارسته بشروط معينة على عكس الفقه الذي عرفه كما يلي:

" الإعلان عن إرادة مضادة يعتزم من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته و سحبها و إعتبارها كأن لم تكن، و ذلك بهدف تجريده من أي أثر كان له في الماضي أو سيكون لها في المستقبل[3].

---

[1]- المادة 13 فقرة3 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش السابق ذكره.

[2]- أحمد بن محمد بن علي القيومي المقرئ، المصباح المنير،مكتبة لبنان، 2006، ص150.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك:دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون،الطبعة الثانية،منشأة المعارف،مصر،2008،ص768.

كما عرف بأنه: " أمر عارض محقق الوقوع يرد على العقد اللازم فيفقده اللزوم أثناء فترة العدول فيه يستطيع كلا المتعاقدين أو أحدهما نقض العقد أو إجازته"[1] ، و عرفه آخرون بأنه سلطة أحد المتعاقدين بنقض العقد و التحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر[2].

و هناك جانب من الفقه أعتبره "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بـعد أن أبـرم العقد صحيحا أو قبل إبرامه دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك تعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع"[3].

2- أحكام حق العدول

كما سبق و أشرنا فحق العدول هو إمكانية رجوع المستهلك عن العقد الذي تم إبرامه، غير أن هذا الحق ليس مطلقا إذ تخضع ممارسته لأحكام معينة سواء من حيث مدة ممارسته أو نطاقه، أو اجراءاته.

- المدة القانونية المحددة لممارسة حق العدول

هذه المدة تباينت في التشريعات المقارنة حيث أن القانون الفرنسي من خلال المادة L221-18 من قانون الإستهلاك الفرنسي حددها بأربعة عشرة 14 يوما[4] و هي الحد الأدنى إذ يمكن للمهني إعطاء مدة أطول، و يبدأ سريان هذه المدة من يوم تسلم المبيع من طرف المستهلك أو الغير، و في حالة ما إذا كان البيع يتضمن سلعا متعددة تم تسليمها بصفة منفردة أو في حالة البيع المتضمن السلعة المكونة من مجموعة من الوحدات أين يكون التسليم في وقت محدد، فالمدة في هذه الحالة تبدأ من وقت تسليم آخر سلعة، و في الحالة

[1]- عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني:دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري،رسالة دكتوراه،جامعة عين شمس،1988،ص26.

[2]- عمر محمد عبد الباقي،مرجع سابق،ص768.

[3]- سليمان براك دايح الجمايلي،الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الإستهلاك، مجلة الحقوق، جامعة النهرين،مجلد8،العدد4،2005،ص168.

[4]- كانت هذه المادة محددة بسبعة 7 أيام إلى غاية صدور قانون Hamon لسنة 2014، و يسري على العقود المبرمة بعد تاريخ 14 جوان 2014.

الثانية من وقت تسليم آخر وحدة[1] ، و في حالة العقد الذي يتم فيه التسليم بصفة منتظمة و لمدة محددة الميعاد يبدأ من وقت تسليم أول سلعة.

و لا يدخل في حساب هذه المدة يوم التسليم، و إذا كان آخر يوم هو يوم إجازة فيمتد إلى اليوم الذي يليه، و عادة ما تثبت هذه المدة بالإستعانة بوصل الإستلام الذي تثبت فيه ساعة الإستلام و تاريخه[2]، و مرور مدة العدول يسقط حق المستهلك في ممارسة هذا الحق، و الهدف من تحديد هذه المدة هو الحفاظ على إستقرار المعاملات إذ ليس من العدل بقاء المركز القانوني للمهني مهدد و مضطرب ، فليس من العدل و بعد مرور مدة طويلة يجد المهني نفسه أمام حالة نقض العقد[3] ، و ممارسة المستهلك لحق العدول يكون دون تسبيب و دون مصاريف أخرى ما عدا تلك المتمثلة في مصاريف إرجاع السلعة إلا إذا أعلن المهني أن تكون على عاتقه[4]، و في حالة ما إذا لم يلتزم المهني بإعلام المستهلك بشان حق العدول من حيث مدته و كيفية ممارسته فمدة 14 يوما ، تمتد إلى 12 شهر،تحسب إبتداءا من نهاية مدة العدول الأصلية (14يوم) و في حالة ما إذا تم إعلام المستهلك بهذه المدة خلال مدة التمديد (12 شهر) فمدة العدول تحسب بأربعة عشر 14 يوما إبتداءا من وقت وصول المعلومات إلى المستهلك[5]، لكن الإشكال في هذه الحالة يكمن في كيفية إثبات وصول هذه المعلومات للمستهلك خاصة في التعاقد عبر صفحات الويب لأنه يكون مفتوح على عامة المستهلكين، ففرضية وصول المعلومات إلى المستهلك يمكن أن تصلح في التعاقد الذي يتم عبر البريد الإلكتروني إذ كان من الأفضل الإعتماد على وقت قيام المهني بالإعلام لإمكانية تحديده من خلال تاريخ الإيجاب المتضمن لحق العدول.

- نطاق ممارسة حق العدول

نتطرق له من جانب:

---

[1] - Art L221-18 du code de la consommation Français.

[2]- عمر خالد زريقات،مرجع سابق،ص362.

[3]- أيسرا خضير مظلوم و منصور حاتم محسن، العدول عن العقد في عقد الإستهلاك الإلكتروني، مجلة المحقق، الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني،السنة الرابعة،ص59،مقال متوفر على الموقع:
http ://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=65059

[4] -Art L221-23 du code de consommation Français.

[5] -Art L221-20 du code de consommation Français.

الأشخاص الذين لهم حق ممارسة العدول: المستفيد من حق العدول حسب ما جاء في المواد المذكورة آنفا هو المستهلك بمفهوم قانون الإستهلاك كما عرفناه سابقا،على إعتباره طرفا ضعيفا تجب حمايته، و يخرج من نطاق هذه الحماية أي الحق في ممارسة العدول الطرف المهني أو العقد الذي يكون طرفها مهنيين حتى و لو أخذ أحد الأطراف صفة المشتري[1]

نوع العقد: فحق العدول يطبق في عقود البيع التي تتم عن بعد و التي من ضمنها العقد الإلكتروني سواء كان البيع بثمن فوري أو على أقساط و مهما كانت قيمة البيع.

محل العقد: حق العدول يمارس في حالة ما إذا كان محل العقد سلعة أو خدمة إعمالا لما جاء في التوجيهة الأوروبية رقم 07-97 السابقة الذكر، و أيضا بعض القوانين كالقانون التونسي في الفصل 30 من قانون المبادلات الإلكترونية، لكن هناك حالات يستثنى منها حق العدول بالرغم من توفر الشروط السابقة (الأشخاص و المحل) تتمثل حسب المادة L121-21-8 من قانون الإستهلاك الفرنسي في:

* إذا كان ثمن السلعة يخضع لتقلبات السوق كالعقود التي تتم عن طريق المجازفة و المقامرة و البيوع في المزاد العلني[2].

* إذا كانت السلعة منتجة حسب طلب المشتري أو وفق مواصفات صممت خصيصا له،حيث يرى بعض الفقه أن فساتين الأعراس المصممة حسب أذواق أصحابها تستبعد من نطاق حق العدول، على عكس ما إذا تم شراء فستان معروض في الموقع الإلكتروني.

* إذا أستعمل أو أستفاد المستهلك من السلعة خلال مدة العدول[3].

* إذا كان المنتوج سريع التلف أو الهلاك،حيث لا يمكن في حال لإرجاعه إعادة بيعه.

---

[1]- أيسرا خضير مظلوم و منصور حاتم محسن،مرجع سابق،63.

[2]- نفس المرجع ،ص65.

[3]- محمد محسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2005،ص60.

* إذا كان محل عقد البيع قابل للنسخ أو التسجيل كأشرطة الفيديو و الأسطوانات و الأقراص المدمجة أو برامج الأجهزة الإلكترونية و أيضا المنتجات التي يتم تحميلها من المواقع الإلكترونية فالمنع هنا هو بالدرجة الأولى حماية لحقوق الملكية الفكرية إذا يمكن للمستهلك سيئ النية إعادة المنتج بعد نسخه و المتاجرة به[1].

* إذا كان محل البيع صحف أو دوريات أو مجلات،حيث أن قيمتها تفقد بمجرد صدور العدد اللاحق عليها،الأمر الذي لا يمكن البائع إعادة بيعها،كما ان طبيعة محتوياتها تجعل من مقتنيها مطلع على معلوماتها و إرجاعها دون مقابل، و هنا يعتبر حق العدول وجه من أوجه التعسف في إستعمال الحق[2].

* إذا كان محل البيع سلع تم فتحها و لا يمكن إرجاعها لأسباب صحية أو حماية للصحة.

* إذا كان محل البيع سلع تكون لواحق لسلع أخرى كمشغل التلفاز.

- إجراءات ممارسة حق العدول

في القانون الفرنسي يقوم المستهلك بإعلام المهني بواسطة وثيقة العدول المنصوص عليها في المادة L121-17-2 من قانون الإستهلاك أو أي طريقة إعلان أخرى تبين صراحة إرادة المستهلك في العدول، بقراره المتمثل في عدوله عن العقد و هذا قبل إنتهاء مدة 14 يوما أو المدة المعينة من المهني، و في حالة التعاقد الإلكتروني يوفر المهني للمستهلك إستمارة لملإها و تحويلها له على موقعه، و يقوم المهني بإرسال وصل إستلام لعدول المستهلك على حامل دائم و يقع عبئ إثبات حق العدول على المستهلك.

ب- الآثار المترتبة عن ممارسة حق العدول

تتمثل في مجموعة من الإلتزامات تقع على عاتق كل من المستهلك و المهني.

---

[1]- أماني أحمد رحيم، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، شركات المطبوعات للتوزيع النشر،بيروت،2010،ص352.

[2]- موفق حماد عبد ، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية:دراسة مقارنة،الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري العراق،2011،ص30.

1- بالنسبة للمستهلك

- إلتزام المستهلك برد السلعة

يقوم المستهلك بإرسال السلعة للمهني أو لشخص معين من طرفه بدون تأخير و كآخر موعد في 14 يوم الموالية لإعلام المهني بقراره في العدول، هذا إذا لم يقترح المهني طبعا إسترجاع بضاعته بنفسه[1]، و قد جاء ضمن بنود العقد النموذجي الموضوع من طرف أحد المراكز التجارية بفرنسا أن للمستهلك الخيار في إرجاع السلعة بإستبدالها بغيرها أو إعادتها و إسترداد ثمنها بدون أن يقتطع من الثمن أي مبلغ بشرط أن ترجع السلعة جديدة كما تسلمها عند تنفيذ العقد و هي في عبوتها و غلافها الأصلي[2]،فإستبدال المبيع أو إسترجاع ثمنه لا يمثل مساسا بالقوة الملزمة للعقد بل يرى الفقه أنه يحمي رضا المستهلك[3].

- إلتزام المستهلك بدفع مصاريف رد السلعة

هذه المصاريف حتى و إن كانت قليلة في العقد الوطني إلا أنها في عقد البيع الدولي قد لا تكون كذلك و هو ما يؤدي في كثير من الأحيان إلى عزوف المستهلك عن العدول لأنه كما سبق و ذكرنا لا يمكن للمهني تحمل هذه المصاريف إلا قبل ذلك ،لأن المستهلك هو الذي أختار العدول و عليه أن يتحمل نفقاته.

2- بالنسبة للمهني

و تتمثل في :

- إلتزامه برد الثمن

حيث نصت المادة 6 فقرة2 من التوجيهة 97-07 السابقة الذكر أن المستهلك عندما يمارس خياره في العدول فإن المورد يكون ملزما برد ما دفعه هذا الأخير دون أي مقابل، على أن يتم ذلك بأسرع وقت ممكن و بشرط أن لا تتجاوز المدة في كل الأحوال 30 يوما التالية

[1] -Art 121-21-3 du code de consommation Francçais.

[2]- أيسرا خضير مظلوم و منصور حاتم محسن،مرجع سابق،ص67.

[3]- أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون،مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشر، العدد الثالث،جامعة الكويت، ديسمبر 1995،ص214.

لتاريخ إستعمال المستهلك حق العدول، أما المادة L121-21-4 من قانون الإستهلاك الفرنسي فقد نصت على أن البائع يعوض الزبون كل الثمن المدفوع مع مصاريف التسليم فالمستهلك لا يتحمل إلا أعباء الإرجاع فقط و بدون أي تأخير غير مبرر من ميعاد 14 يوما لدفع الثمن ، تحسب هذه المدة من يوم إعلام المستهلك له بعدوله أو من وقت وصول السلعة المرجعة، أو وصول إثبات من المستهلك يؤكد إرساله للسلعة، و في حالة التأخر في الدفـــع

يلتزم البائع بدفع فوائد عن التأخير التي تختلف قيمتها بحسب مدة التأخير[1]، و تكون وسيلة تعويض المستهلك بنفس طريقة الدفع (شيك،نقود....) و يمكن أن يختار البائع طريقة دفع لا يترتب عنها مصاريف إضافية و بشرط أن يقبلها الزبون أو المستهلك.

- فسخ العقد المبرم بمناسبة العقد الذي عدل عنه المستهلك

لقد أعتبر المشرع الفرنسي إعمالا لما جاء في التوجيهة 97-07 أنه إذا كان الوفاء بثمن السلعة أو الخدمة قد تم تمويله كليا أو جزئيا بائتمان من قبل المورد أو من قبل شخص من الغير على أساس إتفاق مبرم بين الآخر و المورد فإن ممارسة المستهلك لخيار العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات بإستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان، حيث يعتبر العقد الأصلي و هو عقد البيع و العقد الممول له المتمثل في عقد القرض كلا لا يتجزأ و بذلك فإن زوال العقد الأصلي يتبعه زوال العقد التابع له[2]، و قد إعتمد المشرع الفرنسي هذا الإرتباط العقدي في مجال عقود الإستهلاك بهدف حماية المستهلك، و قد نص على ذلك في المادة L121-21-7 [3].

---

[1] - Art L121-21-4 al3 « … Au-delà, les sommes dues sont de plein droit majorées du taux d'intérêt légal si le remboursement intervient au plus tard dix jours après l'expiration des délais fixés aux deux premiers alinéas, de 5 % si le retard est compris entre dix et vingt jours, de 10 % si le retard est compris entre vingt et trente jours, de 20 % si le retard est compris entre trente et soixante jours, de 50 % entre soixante et quatre-vingt-dix jours et de cinq points supplémentaires par nouveau mois de retard jusqu'au prix du produit, puis du taux d'intérêt légal…. »

[2]- أيسرا خضير مظلوم و منصور حاتم محسن،مرجع سابق،ص ص 70-71.

[3] - Art L121-21-7 « L'exercice du droit de rétractation met fin à l'obligation des parties soit d'exécuter le contrat à distance ou le contrat hors établissement, soit de le conclure lorsque le consommateur a fait une offre.
L'exercice du droit de rétractation d'un contrat principal à distance ou hors établissement met automatiquement fin à tout contrat accessoire, sans frais pour le consommateur autres que ceux prévus aux articles L. 121-21-3 à L. 121-21-5.

مما سبق نستخلص أن حق العدول حرية في يد المستهلك إن شاء مارسه و إن شاء تركه أو يعدل عنه، و في المقابل هو حق من النظام العام، أي لا يمكن للمهني حرمان المستهلك من ممارسته من خلال وضع شرط في العقد يتضمن عدم السماح له بممارسة حق العدول كما أنه ليس حقا مطلقا يشمل جميع العقود بل هناك عقود لا يمكن فيها ممارسته بسبب طبيعتها أو محلها، و هذا حتى لا يكون هناك تعسف في إستعماله من جانب المستهلك، و العقد الذي يتضمن حق العدول هو عقد يكتمل وجوده القانوني وفق ما نص عليه القانون، فالمشرع أعطى حق العدول للمستهلك في فترة معينة حماية له بسبب الوسيلة التي أعتمدها عند إبرام العقد و هي الأنترنت و التي عادة ما تعطي صورة غير حقيقية لمحل البيع حتى و لو اعتمدت على تقنيات حديثة كتقنية ثلاثي الأبعاد(3D) فحق العدول يعتبر آلية فعالة لحماية المستهلك و لهذا يجب أن تسارع التشريعات التي لم تنظمه بعد إلى إدراجه في قوانينها حماية للمستهلك كالمشرع الجزائري مثلا.

ثانيا: حماية المستهلك من الشروط التعسفية

يرى Gautrais أن العقود الإلكترونية الإستهلاكية كثيرا ما تتضمن شروط غير قانونية تتميز بالتعسف[1]، و قد سعت التشريعات الوطنية على غرار المشرع الجزائري إلى محاربة هذا النوع من الشروط حماية للمستهلك بإعتباره الطرف الضعيف من جهة، و كون العقد يتم بوسيلة إلكترونية دون الحضور المادي للأطراف من جهة أخرى، و قبل الحديث عن آليات حماية المستهلك من هذه الشروط (ب)، تتم الإشارة إلى مفهوم الشرط التعسفي (أ).

أ)- مفهوم الشرط التعسفي

مفهوم الشرط التعسفي يكون من خلال عرض تعريف الشرط التعسفي (1) و تبيان الشروط المعتمدة لإعتباره شرطا تعسفيا (2).

1- تعريف الشرط التعسفي

عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في المادة 3 فقرة5 من القانون 04-02 السابق ذكره بأنه « كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى

[1] - Miriam G. Cohen,op.cit,p29.

من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد »، أما المشرع الفرنسي فقد عرفه حسب المادة L132-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي بأنه « الشرط الذي يحدث موضوعه أو آثاره أضرار بالمستهلك و عدم توازن ظاهر بين حقوق و إلتزامات أطراف العقد»[1].

أما على مستوى الفقه فعرفه البعض بأنه : " أنه الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الإقتصادي القوي و الذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر[2] "، أو هو " شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق و إلتزامات كل من المهني و المستهلك و المترتبة عن عقد الإستهلاك تمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة إستخدامه لقوته الإقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر و هو المستهلك[3] " .

أما على مستوى القضاء فقد إعتبرت محكمة النقض الفرنسية[4]، أنه في العقود التي تبرم بين المستهلك و المهني تعتبر تعسفية الشروط التي تهدف بصورة واضحة إلى خلق عدم توازن ظاهر في الحقوق و الإلتزامات للأطراف على حساب المستهلك.

من جهتنا نعرف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه (المهني) دون توفر رضا تام من قبل المتعاقد الآخر(المستهلك) يؤدي إلى خلق عدم توازن في المصالح.

2- شروط إعتبار الشرط تعسفيا

حتى يكون الشرط تعسفيا يجب توفر ثلاثة شروط تتمثل في:

---

[1]- أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني:دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،مصر،2011،ص32.

[2]- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في إطار عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998،ص50.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشاة المعارف، الإسكندرية،2004،ص402.

[4] **- Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du jeudi 27 novembre 2008 N° de pourvoi: 07-15226** , disponible sur le site :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019842130

- أن يكون مجال الشرط عقد إستهلاك أو عقد إذعان

بالنسبة للمشرع الفرنسي أعتبر أن الشرط التعسفي يدرج في عقود الإستهلاك أو نماذج الإتفاقات التي تكون بين مهني و مستهلك بمعنى أن الشرط التعسفي بمفهوم قانون الإستهلاك لا يطبق على العقود المبرمة بين المهنيين[1]، أما المشرع الجزائري فأعتبر أن الشرط التعسفي يكون في عقود الإذعان بالرغم من أن البعض يرى أن حصر الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط من شأنه إهدار الغاية من مكافحة الشروط التعسفية و المتمثلة في إعادة التوازن إلى العلاقة التعاقدية خاصة و أن هذه الشروط يمكن أن تكون خارج عقود الإذعان[2] و قد عرف المشرع عقود الإذعان في المادة 3 فقرة4 من القانون 04-02 السابق ذكره بأنها " كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من احد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه " و هو نفس التعريف الوارد في المادة 1 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 06-306 السابق ذكره، و المشرع الجزائري توسع في مفهوم عقد الإذعان[3] ،حيث هجر المفهوم الكلاسيكي الذي يقوم على الإحتكار و بالتالي يمكن أن تدخل في نطاق هذا المفهوم عقود الإستهلاك و أيضا العقود التي يبرمها المهنيين، فمن خلال هذا التعريف يستفيد من الحماية من الشرط التعسفي الطرف الذي يكون في موقف ضعف سواء كان له صفة مستهلك أو مهني بعكس المشرع الفرنسي الذي حصرها في المستهلك.

- أن يكون الشرط مكتوب

بالنظر إلى تعريف المشرع للشرط التعسفي نلاحظ أنه لم يشترط أن يكون مكتوبا لكن بما أن المشرع يعتبر أن الشرط التعسفي يكون في عقود الإذعان و التي يدخل في نطاقها عقد

---

[1]- محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود:دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر و التوزيع،2007،ص26.

[2]- رباحي أحمد، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، العدد5،ص363.

[3]- عرفت الإتجاهات الحديثة الموسعة لمفهوم عقود الإذعان بأنه " العقد الذي يتحدد مصمونه العقدي كليا أو جزئيا بصورة مجردة و عامة قبل الفترة العقدية، هذا التعريف بنطبق على العقود النموذجية التي تعد مسبقا من قبل المهني، حيث أن عقد البيع الإلكتروني كثيرا ما يكون في شكل نموذج، و يمكن القول أن هذه العقود النموذجية هي عقود إذعان رغم عدم توفر صفة الإحتكار، أنظر عمر خالد زريقات،مرجع سابق، ص336.

الإستهلاك و على إعتبار عقود الإذعان تكون مكتوبة و هذا ما يفهم من عبارة " حرر مسبقا " نستنتج أن الشرط التعسفي يكون مكتوبا لأنه يرد في العقد.

و يمكن أن يكون الشرط مكتوبا في وثيقة تكون مكتوبة على حامل ورقي أو إلكتروني، فعقد البيع الإلكتروني يمكن أن يكون مكتوبا على وصل طلب الشراء الإلكتروني أو الفواتير أو وصلات الضمان أو وصلات التسليم ، و هذا ما جاء في المادة L132-1 فقرة 4 من قانون الإستهلاك الفرنسي[1]،و أيضا المادة 3 فقرة 2 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية[2] و بغض النظر عن موضوع الشرط سواء تعلق بكيفيات الدفع أو عبء الإثبات أو طرق التقاضي ...[3].

و كتابة الشروط العامة لعقد البيع الإستهلاكي تكون بإيرادها في الوثائق المختلفة التي تثبت عقد البيع، أما بالنسبة للعقد الإلكتروني فهذه الشروط العامة تكون ظاهرة على الموقع الإلكتروني سواء كانت مباشرة أو محال إليها.

- أن يسبب الشرط عدم توازن ظاهر لحقوق و إلتزامات الأطراف

بالرجوع إلى تعريف المشرع الجزائري و المشرع الفرنسي للشرط التعسفي نلاحظ أنهما إعتمدا على معيار عدم التوازن الظاهر لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفي أم لا، لكنهما لم يتطرقا إلى مفهوم او المقصود بعدم التوازن الظاهر، فمتى نكون أمام عدم التوازن الظاهر.

في القانون الفرنسي أشارالمشرع الى مصطلح عدم التوازن الظاهر في ثلاثة مجالات مختلفة من خلال المواد التالية:

---

[1] - Art L132-1 al4 « …Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies… »

[2]- المادة 3 فقرة4 : " ... يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول آو وصل تسليم آو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا..."

[3]- محمد بودالي ، مرجع سابق،ص 118.

المادة 1171 قانون مدني[1] و التي جاءت من خلال الأمر 131-2016 الخاص بإصلاح قانون العقود[2] التي تنص على إستبعاد الشرط الذي يخلق عدم توازن ظاهر بين الأطراف في عقود الإذعان[3]. و لا يمكن تطبيق أحكام هذه المادة على العلاقة بين المستهلك و المهني عملا بمبدأ قاعدة الخاص يقيد العام المنصوص عليها في المادة 1105 قانون مدني فرنسي.

و بقراءة المادة L132-1 يستنتج أن عدم التوازن ذو طبيعة قانونية لأنه يهدف إلى توقيع جزاء على عدم التساوي في الوضعيات التعاقدية التي تنتج حقوق و إلتزامات مشروطة في العقد، غير أن إعتبار العقد هو المصطلح القانوني لعملية إقتصادية فهذا يعني أن عدم التوازن الظاهر ذو طبيعة قانونية إقتصادية[4]، و بالرجوع إلى مصطلح الظاهر نستنتج أن مجرد عدم التوازن لا يترتب عليه جزاء بل لا بد أن يكون عدم التوازن ظاهر بين الحقوق و الوجبات للأطراف.

إذ يرى البعض أن المقصود بالظاهر هو وجود فرق حقيقي في الإلتزامات و الحقوق لأطراف العقد، لكن الإشكال يبقى في تحديد عتبة هذا الفرق[5]، و هذا يضفي على المعيار صفة عدم الوضوح و بذلك يترك تقديره للإجتهاد القضائي حسب حالة الشرط محل النزاع.

و يرى بعض الفقه الفرنسي أن معيار عدم التوازن الظاهر (déséquilibre significatif)هو في مضمونه معيار الميزة المفرطة (avantage excessif) التي كان يعتمد عليه المشرع سابق فالإختلاف في التسمية فقط[6]، و يقصد بالميزة المفرطة أو الفاحشة أن الشرط قد وضع أو فرض بواسطة تعسف النفوذ الإقتصادي للمهني، أي هو نتيجة إستخدام النفوذ الإقتصادي

---

[1] - Art 1171 code civil Français « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.
L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

[2] **- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**

[3]- و هو حسب المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي العقد الذي تكون شروطه العامة موضوعة مسبقا من طرف احد الأطراف.

[4] - Claire-Marie PEGLION-ZIKA, la notion de clause abusive au sens de l'article L132-1 du code de la consommation, thèse de doctorat en droit privé, université Panthéon Assas, école doctorale de droit privé,2013 ,p247.

[5] - Ibid,p248.

[6] - J-Calais-Auloy et Steinmetz, droit de la consommation,5eme édition, Dalloz,2000,p192.

للمهني بطريقة تعسفية ، و التعسف مرتبط بمقدار نتيجته و التي تعطي ميزة فاحشة[1] التي تقترب إلى مفهوم الغبن، لكن الإختلاف بينهما هو أن محل الغبن ينصب على ثمن بينما الميزة الفاحشة تنصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة، فقد ينصب على طابع مالي أو غير مالي، فمحلها يكون عدم توازن في الإلتزامات.

و قد أقر المشرع الفرنسي على وجود إختلاف بين فكرة الغبن و معيار عدم التوازن الظاهر من خلال إضافة الفقرة السابعة للمادة L132-1 من قانون الإستهلاك التي تنص على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد و لا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة[2].

ب)- آليات الحماية من الشروط التعسفية

تلعب هذه الآليات دورا مهما في حماية المستهلك و هي متنوعة بتنوع مصدرها، فالقانون كان له دور في خلق نصوص تردع الشروط التعسفية (1)، كما أن القضاء عمل على إضفاء الطابع التعسفي للعديد من الشروط (2)، دون أن ننسى الجهات الإدارية التي مارست رقابة فعالة من أجل مكافحة هذه الشروط (3).

1 – آليات الحماية القانونية من الشروط التعسفية

تتمثل الحماية القنونية من الشروط التعسفية في النصوص القانونية التي يضعها المشرع معتبرا فيها مجموعة من الشروط تعسفية بموجب مراسيم، و عادة ما ترد هذه الشروط على سبيل المثال و ليس الحصر إذ يبقى الإجتهاد القضائي يلعب دوره في كشف الطابع التعسفي للشروط التعاقدية حسب كل حالة معروضة عليه، و قد قام المشرع الجزائري بتحديد مجموعة من الشروط التعسفية في مجموعتين،المجموعة الأولى نصت عليها المادة 29 من قانون 04-02 و التي تتمثل في:

[1]- احمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي،دار النهضة العربية، القاهرة، 1994،ص221.

[2] - Art 132-1 al7 « … L'appréciation du caractère abusif 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 pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible… »

- أخذ حقوق أو إمتيازات لا تقابلها حقوق أو إمتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

- فرض إلتزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

- إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم او الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

- إلزام المستهلك بتنفيذ إلتزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو عدة إلتزامات في ذمته.

- تفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة.

- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخصوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

و هذه الحالات جاءت على سبيل المثال لا الحصر، و هو ما يفهم من إستعمال المشرع لمصطلح **لاسيما** .

أما المجموع الثانية من الشروط التعسفية فقد أوردها في المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 و التي تنص على ما يلي: " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 من المرسوم.

- الإحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصورة منفردة بدون تعويض للمستهلك.

- عدم السماح للسمتهلك 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 او التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

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

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

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

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

- فرض واجيات إضافية غير مبررة على المستهلك.

- الإحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطه.

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فهو يعتمد على قائمتين صدرتا بموجب المرسوم 302-2009 [1]، قائمة رمادية و قائمة سوداء، بالنسبة للقائمة السوداء فهي تتعلق بالشروط التعسفية التي تخلق وقت إبرام العقد عدم توازن عقدي على حساب المستهلك، إذ يجب أن ينظر إلى هذه الشروط على أنها تعسفية و بالتالي ممنوعة و تضمنت اثنا عشرة 12 شرطا

[1] - **Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation**,diponible sur le site :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020414100&categorieLien=id

منصوص عليها في المادة R132-1 من قانون الإستهلاك[1] ، أما القائمة الرمادية فهي تكون محل قرينة بسيطة يمكن للتاجر إثبات الصفة غير التعسفية لها[2]. و نصت على هذه الشروط و هي عشرة 10 المادة R132-2 من قانون الإستهلاك الفرنسي.

المشرع الفرنسي بإعتماده نظام القائمتين أتخذ نهج القانون الألماني و الهولندي، مع العلم أن هناك دول اعتمدت القائمة السوداء فقط مثل إسبانيا و اليونان[3].

2- آليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية

و تتجسد من خلال رقابة القاضي على الشروط التعسفية في حالة النزاع المطروح أمامه،و اغلب التشريعات منحت القاضي كامل السلطة التقديرية في تحديد طبيعة الشرط المنازع بشأنه إذا كان تعسفي أو غير تعسفي وفقا لمقتضيات العدالة[4] و منها المشرع الفرنسي من خلال المادة L132-1 فقرة8 من قانون الإستهلاك[5]، و المادة L141-4 من نفس القانون[6].

و القاضي لا يتصدى لهذه المسألة من تلقاء نفسه بل بناءا على طلب المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني، فإذا ما طلب منه فهو ملزم بذلك و هذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية :

« Le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif du clause contractuel invoquée par une partie dés qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaire à cette effet »[7]

---

[1] - **Art R132-1** code de la consommation Français :voir le site https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000020416765&cidTexte=LEGITEXT000006069565

[2] - Elie C hakthoura,op.cit,p26.

[3] - Claire-Marie PEGLION-ZIKA. op.cit ,p264.

[4]- رباحي أحمد، مرجع سابق،ص363.

[5] -Art L132-1 al8 « … Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses… »

[6] - Art L141-4 « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. »

[7] - Cass.1ere Civ.01 octobre 2014,n13-21.801

غير أن هناك من الفقه من يرى عكس ذلك أي ضرورة إثارة المسألة تلقائيا[1]، أما بالنسبة لمسألة مدى إلزامية القاضي بتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه فهناك من يعتبر المسألة بالنسبة له جوازية تخضع إلى تقديره و مدى إقتناعه، و سار المشرع الجزائري في هذا الإتجاه من خلال المادة 110 قانون مدني التي تنص على ما يلي: " 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 تقضي به العدالة...." ، إذا فالمشرع لم يلزم القاضي بإستبعاد الشرط التعسفي أو تعديله، فالأمر جوازي بالنسبة للقاضي، على عكس ما أتجهت إليه محكمة العدل الأوروبية التي ألزمت القاضي إقصاء الشروط التعسفية، لأن المسألة ليست إختيارية بالنسبة له [2] .

و يعتمد القاضي للحكم بالطابع التعسفي للشرط على القوانين و التنظيمات السارية و التي تتمثل في القوائم الواردة في المراسيم السابق ذكرها و أيضا على التعريف التشريعي للشرط التعسفي كما يمكنه أيضا الرجوع إلى توصيات لجنة الشروط التعسفية و حتى أخذ رأيها كما سوف نرى لاحقا و يكون ذلك تحت رقابة محكمة النقض أو المحكمة العليا،كما يمكن للقاضي الحكم بالطابع التعسفي للشرط حتى و لو كان الشرط غير موجود في القوائم الصادرة و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية حين أقرت أن القاضي يمكنه الحكم بان الشرط تعسفي بالرغم من غياب المرسوم الذي يعتبرها كذلك[3].

و يحكم القاضي بالطابع التعسفي للشرط إنطلاقا من العناصر الداخلية و الخارجية للعقد[4] و و هذا ما أكدته المادة L132-1 فقرة5 من قانون الإستهلاك الفرنسي و المادة 3 فقرة5 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، و يمكن تلخيص هذه العناصر في:

الظروف التي لها علاقة بإبرام العقد سواء تمثلت في الظروف الموضوعية أي المستقلة عن تصرف الأطراف التي يترتب عنها الطابع التعسفي للشرط كطبيعة السلعة أو الخدمات

---

[1]- محمد بودالي،مرجع سابق،ص76.

[2] - Claire-Marie PEGLION-ZIKA,op.cit,p271

[3] - Idem.

[4]- سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع و التوزيع، مصر،1992،ص16.

محل العقد أو الحالة الإقتصادية يوم توقيع العقد أو ظروف ذاتية و هي التي تنبثق من تصرفات الأطراف كالظروف التي تم من خلالها إصدار الرضا أيضا قوة موقف التفاوض للأطراف، كما يمكن الأخذ بعين الإعتبار مدى وجود التفاوض على الشرط من عدمه بالرغم من أنه يمكن أن يكون الشرط المتفاوض عليه أيضا محل شرط تعسفي[1].

باقي شروط العقد يمكن أن ينظر القاضي إلى مدى تعسف الشرط بالمقارنة إلى باقي شروط العقد،فقد يكون شرط يعطي ميزة للمهني و شرط آخر يعطي ميزة للمستهلك[2].

شروط العقد المرتبط بالعقد الأصلي حيث يمكن ان يتقرر الطابع التعسفي للشرط بالنظر إلى شروط العقد الموجودة في عقد آخر إذا كان إبرام أو تنفيذ العقدين يتوقف أحدهما على الآخر كشروط عقد القرض المقترن بعقد البيع، و قد أخذت بذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 29 أكتوبر 2002 [3].

و يترتب على حكم القاضي بالطابع التعسفي للشرط إعتباره غير مكتوب و هذا ما جاء في المادة L132-1 فقرة6 قانون الإستهلاك الفرنسي، و لا يترتب على ذلك بطلان العقد، فالعقد تطبق كل شروطه ماعدا تلك التي تعتبر تعسفية بشرط أن يبقى العقد قائم بدون هذه الشروط[4] ، و يقع على المهني إلتزام بإلغاء كل الشروط الغير قانونية أو التعسفية في مدة معقولة و إذا لم يقم بذلك فإن السلطات المختصة يمكن أن تقرر غرامة إدارية و هذا ما جاء في المادة L141-1 فقرة7 من قانون الإستهلاك الفرنسي.

بالنسبة للمشرع الجزائري فوجود الشرط التعسفي يترتب عليه إما تعديل الشرط أو إعفاء الطرف المذعن منه و هذا حسب ما جاء في المادة 110 قانون مدني السابقة الذكر، أما القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية فقد عاقب على وجود الشرط التعسفي بغرامة مالية تتراوح من 50.000 إلى 5.000.000دج و هذا حسب المادة 38 من هذا القانون.

---

[1] - Claire-Marie PEGLION-ZIKA,op.cit,pp305-305.

[2]- احمد محمد الرفاعي، مرجع سابق،ص222.

[3] - Cass.1ere.Civ.29 octobre 2002, Claire-Marie PEGLION-ZIKA,p306.

[4] - Zygier – Jalladeau,op.cit,p48.

و من أهم القرارات القضائية في مجال الشروط التعسفية

✓ **قضية Amazon مع الجمعية الفدرالية للمستهلكين سنة 2008.**

حيث حكمت محكمة الدرجة الأولى بباريس بوجود 17 شرطا تعسفيا[1] أو غير قانوني في الشروط العامة للبيع المتعلقة بموقع Amazon و ألزمت الموقع بإلغاء هذه الشروط في مدة شهر تحســـب من تاريخ تبليغ القرار و بغرامة مالية قدرها 30.000 €.

✓ **قضية شركة Cdiscount و جمعية الإتحاد الفدرالي للمستهلكين سنة 2008.**

أصدرت محكمة الدرجة الأولى لمدينة بوردو الفرنسية حكم في 11 مارس 2008 [2]،حكمت فيه بالطابع التعسفي لـ 12 شرطا الظاهرة في الشروط العامة للبيع لشركة **Cdiscount** وأمر الشركة بإلغاء الشروط العامة للبيع التعسفية في أجل شهر من يوم تبليغ الحكم مع غرامة تهديدية تقدر بألف أورو 1000€ عـن كـل يوم تأخير، و المنـع من إستعمـــال هذه الشـروط مستقبـــلا، كـما أمـــــر القاضي بنشر الحكم المتضمن لقائمة 12 شرطا غير القانونية أو التعسفية في كل من جريدة Le figaro و Libération و Le Monde.

✓ **قضية Facebook مع Frederik X سنة 2015 .**

محكمة إستئناف باريس أكدت أمر صادر عن محكمة الدرجة الأولى لباريس في 05 مارس 2015 [3] حيث حكمت بالطابع التعسفي لشرط منح الإختصاص لصالح قضاء Santa Clara في الولايات المتحدة الإمريكية، و الذي كان ضمن الشروط العامة لإستعمال شبكة التواصل الإجتماعي Facebook .

---

[1] - Tribunal de grande instance de Paris 1ère chambre, section sociale Jugement du 28 octobre 2008,: disponible sur le site https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-1ere-chambre-section-sociale-jugement-du-28-octobre-2008/

[2] - Tribunal de grande instance de Bordeaux 1ère chambre civil, jugement du 11 mars 2008,disponible sur le site : https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1ere-chambre-civile-jugement-du-11-mars-2008/

[3] - Tribunal de grande instance de Paris, 4ème chambre – 2ème section, ordonnance du juge de la mise en état du 5 mars 2015.

✓ **قضية Amazon مع Verein Furk سنة2016.**

حيث أصدرت محكمة العدل للإتحاد الأوروبي قرارا في 28 جويلية 2016 [1] إعتبرت فيه أن الشرط المتعلق بالشروط العامة للبيع للمهني و الذي لم يكن محل تفاوض شخصي و الذي ينص على أن قانون الدولة العضو للمهني هو القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بالطريق الإلكتروني مع المستهلك تعسفيا لأنه يحمل المستهلك للغلط بإعطائه الإعتقاد أنه وحده قانون هذه الدولة العضو هو الذي يطبق على العقد دون إعلامه بأنه يمكنه الإستفادة أيضا من الحماية المقررة له بموجب الأحكام الآمرة للقانون الذي سوف يطبق في غياب هذا الشرط و الذي هو قانون محل إقامته و هذا بالإستناد للمادة 6 فقرة1و2 من تنظيم روما1.

3- الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

تتجسد هذه الرقابة في دور لجنة الشروط التعسفية و هي هيئة إدارية أنشأها المشرع بغرض رقابة الشروط التعسفية التي يعتمدها المهنيين في عقودهم مع المستهلك.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أنشأ هذه اللجنة بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 السابق ذكره و هي لجنة ذات طابع إستشاري تتكون من:

- ممثل عن الوزير مكلف بالتجارة في مجال الممارسات التجارية يكون رئيسا.

- عضو من مجلس المنافسة.

- متعالمين إقتصاديين عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة و مؤهلين في قانون الأعمال و العقود.

[1] - ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre) du 28 juillet 2016,disponible sur le site : http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=182286&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=93173

- ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني مؤهلين في مجال قانون الأعمال و العقود.

مع إمكانية الاستعانة بأي شخص آخر يفيد اللجنة في أعمالها، و من إختصاصاتها:

- تبحث في كل نماذج العقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين إذا ما كانت تتضمن شروطا تعسفية[1]، و تصدر توصيات إما بإلغاء تلك الشروط أو تعديلها[2]، كما لها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة تتعلق بكيفية تطبيق العقود أتجاه المستهلكين، و يمكن أن تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة و الآراء و التوصيات الخاصة بها بكل وسيلة تراها ملائمة أو مناسبة[3]، و تقوم بإعداد تقرير نشاط كل سنة يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و ينشر كليا أو مستخلفات منه.

بالنسبة للقانون الفرنسي لجنة رقابة الشروط التعسفية أنشئت بموجب القانون 10 جانفي 1978 [4]، هذه المواد تتمثل حاليا في المواد من L534-1 إلى L534-3 و أيضا R534-1 إلى R534-4 نتيجة إصلاح 01 جويلية 2010 [5]و الذي أسندها إلى المعهد الوطني للإستهلاك.

هذه اللجنة لها طابع إستشاري أيضا يتجسد من خلال إستشارتها عند إصدار المراسيم المتعلقة بتطبيق المادة L132-1 فقرة 2 و 3 و أيضا يمكن ان يستشيرها القاضي بصدد دعوى قضائية مرفوعة أمامه أويستشيرها المهنيين[6]، و تتكون هذه اللجنة من:

- قاضي من النظام القضائي رئيسا.

---

[1]- المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-306 السابق ذكره.

[2]- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص234.

[3]- المادة 12 فقرة 1 و 2 من المرسوم التنفيذي 06-306 السابق ذكره.

[4] - Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit ,disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886461

[5] **- LOI n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (1)**, disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022419094

[6] - Claire-Marie PEGLION-ZIKA, op.cit, p286.

- قاضيين من النظام القضائي أو الإداري أو أعضاء في مجلس الدولة (أحدهما يكون نائب الرئيس).

- شخصين مؤهلين في مجال القانون أو تقنيات العقود مختارين بعد أخد رأي المجلس الوطني للإستهلاك

- أربعة 04 ممثلين عن المهنيين و أربعة 04 ممثلين عن المستهلكين، و يكون للجنة أيضا سكرتير عام و محافظ حكومة التي يتمثل في المدير العام للمنافسة و الإستهلاك و قمع الغش[1].

أما بالنسبة لإختصاصاتها فتتمثل في:

- تعطي اللجنة تقرير سنوي لنشاطاتها و يمكنها إقتراح تعديلات قانونية أو تنظيمية[2].

- يمكنها أيضا نشر معلومات أو آراء أو توصيات تراها ضرورية و لا بد من إعلام الجمهور بها.

للجنة و إلى غاية سنة 2013 أربعة و ثلاثون 34 تقرير، و من أهم توصيات اللجنة نذكر توصية 24 ماي 2007 رقم 07-02 الخاصة بالبيع عبر الأنترنت[3] حيت أعتبرت تعسفية الشروط المتعلقة بممارسة حق العدول من طرف المستهلك، حدود الضمان أو المسؤولية، الشروط المتعلقة بالفسخ و تلك المتعلقة بقواعد الإختصاص الإقليمية أو بشرط الإختصاص في حالة النزاع و كذلك التي تهدف إلى إعتبار أن تاريخ التسليم للسلعة ما هو إلا إسترشادي فقط ، إعفاء المهني من كل مسؤولية في حالة عدم التنفيذ أو التنفيذ المتأخر لتسليم السلعة أو لتأدية الخدمة ، و أيضا إعفاء الموجب في عملية البيع من إلتزامه بتسليم محل مطابق.

و الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الشروط التعسفية جاء بقاعدة إستثنائية ، فإذا كان الأصل أن الشروط التعسفية تخضع إلى قانون

[1] -Art R534-1 du code de la consommation Français.
[2] - Art L531-2 du code de la consommation Français
[3]- voir l'annexe 2.

العقد فإن هذا القانون لا يطبق إذا كان قانون دولة لا تنتمي إلى الإتحاد الأوروبي وكان المستهلك أو غير المهني له محل إقامة على إقليم دولة عضو في الإتحاد الأوروبي أو أن العقد قد تم عرضه أو إبرامه أو تنفيذه فيها، و في هذه الحالة تطبق أحكام المادة L132-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي المتعلقة بالشروط التعسفية و هذا تطبيقا لنص المادة L135-1 من نفس القانون[1] ، و بالتالي تم إستبعاد القانون الواجب التطبيق و تطبيق مكانه قانون القاضي الفرنسي إذا تحققت شروط ذلك و المتمثلة في:

- للمستهلك محل إقامة على إقليم دولة عضو في الإتحاد الأوروبي.
- عرض هذا العقد أو إبرامه أو تنفيذه في هذه الدولة العضو.

المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في مرحلة تنفيذ عقد البيع الإلكتروني

يخضع عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني بصفة عامة إلى أحكام عقد البيع التقليدي من حيث آثاره مع بعض الخصوصية الراجعة إلى الطبيعة الإلكترونية للعقد، فعقد البيع الإلكتروني إذا يترتب عليه إلتزامات، منها ما تقع على عاتق المشتري و هو المستهلك الإلكتروني(المطلب الأول)، و منها ما تقع على عاتق البائع المهني أي المهني الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إلتزامات المستهلك الإلكتروني

حسب المادة 351 قانون مدني جزائري : « البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي » فعقد البيع عموما و عقد البيع الإلكتروني خصوصا يتوقف على تسليم المبيع و دفع الثمن الذي يأخذ مظهرين،إما ضرورة الدفع عند إبرام عقد البيع أو الدفع عند التسليم، و الغالب في عقد البيع الإلكتروني هو الطريقة الأولى للدفع و هذا راجع لطريقة إبرام العقد و لتوفر تقنيات حديثة تمكن من دفع

[1]- Art L135-1 « Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté. »

الثمن حتى لو تم التعاقد عن بعد وبوسيلة إلكترونية، و للإلتزام بدفع ثمن في العقد الإلكتروني خصوصية تميزه عن الدفع التقليدي، بعد عرض مضمون الإلتزام بدفع الثمن في عقد البيع الإلكتروني(الفرع الأول)، يتم بيان مظاهر حماية المستهلك عند دفع الثمن (الفرع الثاني) خاصة في الحالة التي يكون فيها الدفع على الخط أو إلكترونيا.

الفرع الأول: مضمون الإلتزام بدفع الثمن في عقد البيع الإلكتروني

يعتبر الثمن عنصر من العناصر الجوهري في عقد البيع فوجود الثمن عند الإعلان يعني أننا أمام إيجاب،كما يعتبر الإعلام عنه من طرف المهني ضرورة يفرضها المشرع لحماية المستهلك في التعاقد عموما و التعاقد عبر الأنترنيت خصوصا و هذا ما سبق الإشارة إليه عند الحديث عن ضرورة إعلام المهني عن شروط التعاقد، و لا يهم نوع العملة التي يتم الوفاء بها طالما كانت محل إتفاق من طرف المهني و المستهلك[1]،ويجب أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير و جديا[2]،و قد يتفق في العقد على دفع الثمن أقساطا أو دفعة واحدة كما قد يتحمل المستهلك نفقات نقل الثمن و مثال ذلك نفقات التحويل البنكي[3].

و يتضمن الإلتزام بدفع الثمن عناصر أساسية تتمثل في تاريخ الدفع أو زمان الوفاء بالثمن (أولا)، مكان الدفع (ثانيا)، و طرق الدفع (ثالثا).

أولا: تاريخ الدفع

حسب القواعد العامة على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولا و قبل تسلم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك،فالأصل إذا هو وجود إتفاق على زمن للتسليم و في غيابه يكون دفع الثمن وقت تمام العقد و إذا لم يبادر المستهلك إلى الدفع فلا يحق له المطالبة بالتسليم و للمهني حق حبس المبيع[4].

[1] - خالد زريقات،مرجع سابق،ص307.
[2]- سمير عبد السيد تناقو، عقد البيع ، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،2009،ص317.
[3]- نفس المرجع،ص318.
[4]- خالد زريقات،مرجع سابق،ص308.

في التعاقد الإلكتروني غالبا ما يكون الدفع عند إجراء الطلبية و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 16 من القانون 18-05 التي تنص على ما يلي " ما لم ينص العقد الإلكتروني على خلاف ذلك يلتزم المستهلك الإلكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد بمجرد إبرامه " ، و هذا الدفع يكون في شكل دفع مسبق لأنه يكون قبل تنفيذ الإلتزام،فالتاجر الإلكتروني يقبض الثمن مند تأكيد الطلبية [1] ، إذ يعتبر ضمانة للبائع في التعاقد عن بعد خاصة و أن المشتري قد يكون من دولة غير دولته[2] ، و يأخذ الدفع في هذه الحالة صورة الدفع الإلكتروني، و قد يكون الدفع عند التسليم و هذه الطريقة أستعملت في بداية التجارة الإلكترونية،حيث يقوم الموقع بعرض كل السلع و تفاصيلها سواء ما تعلق بخصوصيتها أو تكلفتها، و يقوم الزبون بتحديد السلعة وطلبها عن طريق الأنترنت لكن الثمن يتم تسديده عند التسليم و بالتالي فالدفع في هذه الحالة يكون في الصورة التقليدية، و عادة ما تلجأ إلى هذه الطريقة في الدفع المواقع الإلكترونية التي تنشط في دول لم تعتمد بعد نظام الدفع الإلكتروني أو التي هي في بداية تطبيقه كما هو الحال بالنسبة لأغلب المواقع التجارية الإلكترونية في الجزائر[3] .

و عادة ما تحدد الشروط العامة للبيع تاريخ الدفع و أيضا الجزاءات المترتبة عن التأخر عنه، ففي القانون الفرنسي مثلا إذا لم يكن هناك إتفاق على ميعاد للدفع يحدد ميعاد ثلاثون 30 يوما كحد أقصى تحسب إبتداءا من تاريخ إستلام السلعة،مع العلم أن هذا الميعاد عدل بميعاد مدته خمسة و أربعون يوم بدلا من ثلاثون يوما يبدأ سريانه من 01 جانفي 2009 [4]فإذا لم يحترم المشتري الميعاد يعاقب بغرامة تقدر كحد أقصى بخمسة عشرة ألف أورو €15000.

كما يمكن للبائع أن يدرج شرط الإحتفاظ بالملكية إلى حين تمام عملية دفع الثمن حتى و لو تم تسليم السلعة، مع العلم أن هذا الشرط لا يطبق إذا كان محل العقد شيء غير قابل للإستبدال[5].

---

[1] - Sinan Al-Shattnawi,op.cit,p227.

[2]- خالد زريقات،مرجع سابق،ص309.

[3]- أنظر شروط البيع للموقع التجاري الإلكتروني www.dz.jumia.com و أيضا www.batolis.com .

[4] - Sinan Al-Shattnawi,op.cit,p229.

[5] - ibid,p230.

أما بالنسبة للمستهلك إذا كان الدفع عند التسليم و وجد أن المبيع غير مطابق لما تم الإتفاق عليه في العقد يكون له الحق في حبس الثمن ويرفض التسلم أو له أن يحتبس الجزء المتبقي من الثمن إذا كان على أقساط في حالة ظهور عيب خفي إلى حين الفصل في مسألة العيب[1] و هذا تطبيقا لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ المنصوص عليها قانونا.

و يمكن للمستهلك أيضا أن يسترد الثمن في الحالة التي يتقرر فيها فسخ العقد و أيضا في حالة تنفيذ الضمان القانوني للمطابقة و حالة إستعمال حق العدول.

ثانيا: مكان الدفع

حسب المادة 387 من القانون المدني الجزائري: « يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد إتفاق أوعرف يقضي بغير ذلك، أما إذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسلم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت إستحقاقه ».

نستنتج من خلال هذه المادة أن مكان الدفع قد يكون مكان تسليم المبيع و هذا يكون محقق في الحالة التي يتم فيها الإتفاق على أن الدفع يكون عند التسليم، و قد يكون في المكان المتفق عليه بين الأطراف فعادة ما يشترط المهني أن يكون الدفع عند إبرام العقد، و بالتالي مكان الدفع يكون في هذه الحالة هو مكان وجود الحساب البنكي للمهني، أو قد يكون مكان موطن المشتري وقت إستحقاق الثمن في حالة ما إذا كان ثمن المبيع غير مستحقا وقت تسلمه، و هذه الفرضية الأخير تستبعد من مجال التعاقد الإلكتروني لأن تحصيل الثمن يشكل عبء للمهني إذا كان المشتري في بلد غير بلد المهني .

ثالثا)- طرق الدفع في عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني

تتضمن عموما الشروط العامة لعقد البيع الإلكتروني كيفيات الدفع و التي تتميز بتنوعها و هذا راجع لتطور أنظمة الدفع الإلكترونية،فقد يشترط أن يكون الدفع نقدا كما في حالة الدفع عند التسليم أو قد يكون عن طريق شيك أو التحويل البنكي أو البطاقة البنكية أو بطاقة

[1]- محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2006،ص446.

الإئتمان...و قد أعترف قانون النقد و القرض 2003-11 في المادة 69 منه [1] على إمكانية إستعمال وسائل الدفع التي تسمح للأشخاص تحويل الأموال مهما كانت الدعامة أو الطريقة المستعملة، إذ يفهم من ذلك جواز إستعمال وسائل الدفع التقليدية أو الإلكترونية و عدم تحديد الدعامة أو الطريقة المستعملة يعتبر هذا موقفا إيجابيا من طرف المشرع خاصة و أن هذه الوسائل في حالة تطور، غير أن المشرع قد حصر طريقة دفع الثمن في المعاملات الإلكترونية العابرة للحدود عبر الإتصالات الإلكترونية فقط و هذا ما جاء في المادة 27 فقرة 3 من القانون 18-05 السابق ذكره، مع الإشارة إلى أن خدمة الدفع الإلكتروني في الجزائر مازالت غير معممة و غير متطورة بشكل يسهل إبرام العقد كما هو معمول به في الدول المتقدمة في هذا المجال مثلا.

وهناك حاليا تعدد لوسائل الدفع الإلكترونية المتوفرة على الأنترنت في العالم كله و أكثرها إستعمالا هو البطاقة البنكية و التحويل البنكي و الشيك الإلكتروني.

1- التحويل البنكي

هو قيام المدين المستهلك بتحويل ثمن السلعة إلى حساب الدائن عن طريق جهة خاصة كالبنك[2]، أما قانونيا فعرفه القانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال لـ1992 بأنه « مجموعة العمليات التي تبدأ بأمر الدفع الصادر من الآمر بهدف وضع قيمة الحوالة تحت تصرف المستفيد »[3]، و بإستقراء المادة 51 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض،نستنتج أن المشرع يسمح للبنوك بالقيام بهذه العملية،حيث نص على ما يلي: « يمكن للبنك الجزائري القيام بكافة العمليات البنكية مع البنوك و المؤسسات المالية التي تنشط في الجزائر و مع كافة البنوك الخارجية » ، و التحويل البنكي نوعان:

---

[1]- المادة 69 من الأمر03-11 مؤرخ في 27 أوت 2003، يتضمن قانون النقد و القرض،ج ر ج ج،عدد52، تنص على:" تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل "

[2]- فاروق الأباصيري،عقد الإشتراك في قواعد المعاملات الإلكترونية:دراسة تطبيقية لعقود الأنترنت، دار النهضة العربيةنالقاهرة،2003،ص104.

[3]- القانون متوفر على الموقع:
http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/payments/transfers/ml-credittrans-a.pdf

تحويل بنكي وطني و تحويل بنكي دولي، و يعد هذا الأخير الأكثر إستعمالا في عقد البيع الإلكتروني الدولي،فهو وسيلة لتحويل الأموال عندما يكون الأطراف متواجدين في دول مختلفة، و البنوك ملزمة بالشفافية فيما يخص الرسوم و الشروط المطبقة على عملية التحويل و أيضا إحترام تنفيذ التحويل في المواعيد المحددة تحت طائلة عقوبات مقررة في القواعد المنظمة لعملية التحويل[1].

و نظام الدفع عن طريق التحويل البنكي له إيجابيات متنوعة فهو عملية سريعة و ذلك من خلال تبادل للمعطيات المعلوماتية بين البنوك،و هو أيضا نظام سهل ومؤمن يستعمل فيه تقنية سويفت SWIFT [2] في التحويلات الدولية ، و تقنية SIT في التحويلات الداخلية.

2- البطاقة البنكية

إن الدفع عن طريق البطاقة البنكية يعتبر الطريقة المفضلة لتحويل أموال عبر الأنترنت بسبب سهولة إستعمالها و سرعتها و عالميتها بالرغم من بعض التخوفات الناتجة عن الإستعمال الإحتيالي لها ، و يطلق على البطاقة البنكية تسمية النقود البلاستيكية ، و هي عبارة عن بطاقة مغناطيسية و بلاستيكية مثل VISACARD و MASTERCARD ، و تعرف المادة 543 مكرر23 قانون تجاري جزائري البطاقة البنكية: « تعتبر بطاقة الدفع كل بطاقة صادرة عن البنوك و الهيئات المؤهلة قانونا و تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال » و هذه البطاقة تمكن حاملها إما من الحصول على النقود عن طريق آلات الصرف الذاتي أو شراء معظم إحتياجاته أو أداء مقابل ما يريده ، من خدمات و هي ثلاثة أنواع رئيسية.

- البطاقة الإئتمانية: و هي أكثر وسائل الدفع عبر الأنترنت إستعمالا و الأكثر عرضة لمشاكل القرصنة و الإعتداء، و من أمثلتها بطاقة الأنترنت التي أصدرتها

[1] - Soulayman A Maiga, op.cite,p144.

[2] - La **S**ociety **for W**orldwide **I**nterbank **F**inancial **T**elecommunication, connue sous l'acronyme SWIFT, qui signifie « prompt », « rapide » en anglais, est une société coopérative de droit belge, basée à La Hulpe près de Bruxelles, détenue et contrôlée par ses adhérents parmi lesquels se trouvent les plus grosses banques mondiales. Fondée en 1973, elle a ouvert un réseau opérationnel de même nom en 1977,Comme elle gère l'enregistrement des BIC, le terme « Code SWIFT » est parfois utilisé pour désigner le BIC.

MASTERCARD [1] العالمية و VISACARD [2] العالمية، و هي خاصة بالتسوق عبر شبكة الأنترنت و الملاحظ أن معظم أو كل المواقع التجارية الإلكترونية تشترط في عقد البيع الذي يتم على موقعها أن يتم الوفاء بالبطاقة البنكية خاصة بطاقة VISACARD و MASTERCARD لتمتعهما بالصفة الدولية.

- **بطاقة الدفع:** هذه البطاقة تمكن صاحبها أو حاملها من سداد مقابل مشترياته من سلع أو خدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حساب المشتري إلى حساب التاجر البائع و هي تعتمد على وجود رصيد فعلي للعميل لدى البنك ومثال عن بطاقة الدفع البطاقة الزرقاء الفرنسية و بطاقة الدفع الذهبية في الجزائر(للتأكد).

و الملاحظ في عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي الدولي أنه إذا لم يكن للمستهلك وسيلة الدفع المحددة من طرف الموقع (عادة ما نجد الموقع ينص في الشروط التعاقدية على ضرورة التقيد بوسائل الدفع المحددة مسبقا من طرفه) ، لا يمكنه إتمام عقد البيع , و أكثر وسائل الدفع المشترطة من طرف المواقع الإلكترونية نجد البطاقات الإئتمانية و بطاقات الدفع و التحويل البنكي.

3- الهاتف المصرفي

من خلال الهاتف المصرفي يستطيع العميل أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال مقابل السلعة أو الخدمة التي أشتراها عبر الأنترنت الى البائع، و هذا بعد التأكد من شخصيةالعميل عن طريق إدخال الرقم السري الخاص به و المعطى من قبل البنك، و طريقة إستخدام رسائل SMS للدفع عبر الهاتف المحمول طريقة سهلة و سريعة و قليلة التكلفة و متوفرة لجميع حاملي الهواتف المحمولة[3].

---

[1]- هي ثاني أكبر الشركات للبطاقات الإئتمانية في العالم،مقرها الولايات المتحدة الأمريكية،و بطاقاتها مقبولة لدى أكثر من 9.4 مليون محل تجاري و أكبر الموزعين لها في العالم EUROCARD INTERNATIONAL و CREDIT CARD ACCES .

[2]- أنشات شركة VISACARD سنة 1958 بالولايات المتحدة الأمركية، و هي رائدة في نظام الدفع بالعالم، إذ تنمح للبنوك تراخيص بإصدار بطاقة الفيزا و أكبر المحلات التجارية بالعالم تقبل التعامل بها كوسيلة دفع.

[3]- بلقاسم حامدي،مرجع سابق،ص171.

4- الشيك الإلكتروني

يعتبر الشيك وسيلة دفع في التعاملات المالية، إذ يمكن إعتماده لتنفيذ العقد الإلكتروني،فإذا كان مثلا الدفع عند التسليم يجوز إستعمال الشيك الورقي العادي لتسديد الثمن، و إذا كان الدفع يتم عبر الخط فالشيك يأخذ الشكل الإلكتروني.

و الشيك الإلكتروني ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية تحت تسمية echeck ،حيث أن نظام هذا الشيك يخضع إلى نفس الأحكام المطبقة على الشيك الورقي، كما له نفس وظائفه و نفس خصائصه، و من البنوك التي تبنته بنك بوسطن و سيتي بنك،و بالرغم من إيجابيات هذه الوسيلة للدفع من حيث سهولة إستعمالها و ضمانات التحويل إلا أنها لا تسمح للدائن الحصول على المال فورا، و هذا النوع من الشيك لم يكن محل إستعمال كوسيلة دفع في رحاب البنوك الوطنية خاصة بنوك الإتحاد الأوروبي،و هذا ما أعاق إستعماله و أقتصر إستعماله في السوق الأمريكية[1] .

تجدر الإشارة إلى أن القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بكيفية الحصول على هذه البطاقة و تنظيمها لا تخضع إلى قانون العقد بل إلى قانون البلد الذي يمارس فيه البنك نشاطه على أساس المادة 10 فقرة3 من القانون المدني الجزائري،بينما مسألة مدى قبول وسيلة الدفع للوفاء بالثمن من عدمها فهي طبعا تخضع إلى قانون العقد.

الفرع الثاني: مظاهر حماية المستهلك عند الدفع

هذه الحماية جاءت خاصة مع تطور وسائل الدفع الإلكتروني و إنتشار الجرائم الإلكترونية كالقرصنة و الإحتيال،حيت يعتبر الفقيه Pierre Bressse أن الخوف من الأحتيال الإلكتروني يعتبر العدو الأول للتجارة الإلكترونية[2] ، و من أجل تأمين الدفع بطريق الأنترنت تم إعتماد مجموعة من الإحتياطات سواء على المستوى التقني(أولا)، أو على المستوى القانوني(ثانيا).

---

[1] - Soulayman A Maiga,op.cite,pp 145-146.

[2] - Cité in Sylvette Guillemard,op.cit,p280.

أولا : إجراءات تأمين الدفع الإلكتروني على المستوى التقني

عادة و نظرا لتخوف المستهلك من الشراء عبر الأنترنت يتجه المهني إلى كسب ثقته من خلال إيراد عبارة " دفع مؤمن " التي يفهم منها أن المهني قد أتخذ إحتياطات لتجنب أي إختراق للعملية، و يكون هذا التأمين من خلال إعتماد تقنيات تتمثل في:

1- تقنية طبقات الفتحات الآمنة SSL (SECURE SOCKET LAYER)

ساعدت هذه التقنية على بعث الثقة في التجارة الإلكترونية و أيضا تحقيق مستوى من الأمان و SSL هو عبارة عن برنامج يحتوي على بروتوكول تشفير متخصص في نقل البيانات و المعلومات المشفرة بين جهازين عبر شبكة الأنترنت بطريقة آمنة لا يمكن لأحد غير المرسل و المستقبل قراءتها لأن تشفيرها قوي و يصعب فكها و هي تختلف عن طرق التشفير الأخرى[1] .

فمن خلال هذه التقنية لا يمكن لقراصنة الأنترنت من إلتقاط أرقام البطاقة البنكية لأنه يتم تشفير البيانات التي تتداول بين الحواسيب عبر برامج تصفح بيانات المشتري و بين مقر المعلومات الذي يتصفحه البائع[2].

- تقنيات الحركات المالية الآمنة SET(SECURE ELECTRONIC TRANSACTION)

تستخدم هذه التقنية أو البروتوكول من طرف الكثير من شركات بطاقات الائتمان،و هو يشبه تقنية طبقة الفتحات الآمنة في إعتماده على التشفير و التوقيعات الرقمية،حيث يستخدم برمجيات المحفظة الإلكترونية التي تحتوي على رقم حامل البطاقة و الشهادة الرقمية التابعة له، و عند إجراء الحركات المالية لا يمكن مشاهدة رقم البطاقة الإئتمانية لهذا الزبون[3].

---

[1]- إبراهيم بختي، دور الانترنت و تطبيقاته في التسويق، رسالة دكتوراه،كلية علوم الاقتصاد و علوم التسيير،جامعة الجزائر،2005،ص134.

[2]- نادر شعبان إبراهيم السواح،النقود البلاستيكية و أثر المعاملات الإلكترونية على المراجعة الداخلية في البنوك التجارية،الدار الجامعية،الإسكندرية،2006،ص124.

[3]- إبراهيم بختي، مرجع سابق،79.

- تقنية الجدار الناري FIRE WAL

تسمح تقنية الجدار الناري بمراقبة جميع البيانات و المعطيات التي تصل إلى الخادم عبر الأنترنت، فيقوم بحماية المعلومات المخزنة على الخادم من أي هجوم أو إختراق، إذ في حالة تعليمات أو أوامر غير مسموح بها يعلم البرنامج المستخدم عن حدوث إختراق للمعلومات و في حالة دخول المستخدم إلى بيانات عبر الأنترنت ينذره البرنامج بأن هذه المعطيات أو الموقع غير آمن و بالتالي سوف يتعرض إلى إختراق .

بالإضافة إلى هذه التقنيات هناك أنظمة أخرى كنظام أمن الحسابات الشخصية الذي يتضمن برامـــج

عديدة منها برنامجي PC SAFE[1] و ، و نظام تقنية الحماية 3-D SECURE [2] التي أعتمدتها مؤسسة VISA لتعزيز عملية الدفع عن طريق البطاقات الإئتمانية لأنه يوفر مستوى عال من الحماية لعملية الدفع عبر الأنترنت.

ثانيا: تأمين إجراءات الدفع على المستوى القانوني

تدخلت التشريعات الوطنية و حتى الدولية لحماية الشخص أثناء عملية الدفع،حيث يتعرض المستهلك لجرائم إحتيال متكررة أثناء الدفع، المشرع الجزائري تدخل بموجب مجموعة من القوانين لمحاربة الجريمة المعلوماتية و أهمها ما جاء في المادة 29 من القانون18-05 السابق ذكره، حيث نص المشرع على ضرورة خضوع منصات الدفع الإلكتروني المنشأة و المستغلة من أجل الدفع الإلكتروني لرقابة بنك الجزائر لضمان إستجابتها لمتطلبات الشتغيل البيني و سرية البيانات و سلامتها أمن تبادلها، كما نص في المادة 28 من نفس القانون على وجوب أن يكون وصل موقع الأنترنت الخاص بالمورد الإلكتروني بمنصة الدفع الإلكترونية مؤمنا بواسطة نظان تصديق إلكتروني، بالإضافة إلى ما جاء به المشرع في

[1] - **PC Safe** est un logiciel de chiffrement et de sécurisation de données sensibles.

[2]- **3-D Secure** est un protocole sécurisé de paiement sur Internet. Déployé sous les appellations commerciales « Verified By Visa » et « MasterCard SecureCode », 3-D Secure a été développé par Visa et MasterCard pour permettre aux marchands de limiter les risques de fraude sur Internet, liés aux tentatives d'usurpation d'identité. Il consiste à s'assurer, lors de chaque paiement en ligne, que la carte est utilisée par son véritable titulaire.voir le site : https://fr.wikipedia.org/wiki/3-D_Secure

قانون العقوبات في القسم السابع مكرر الذي جاء تحت عنوان المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات و ذلك في المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر7، بالإضافة إلى قانون 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009 الذي يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها[1] ، كذلك إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-261 الذي يحدد تشكيلة و تنظيم و كيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال و مكافحتها[2]، أما القانون الفرنسي فقد عالج الجرائم المعلوماتية في قانون العقوبات بالإضافة إلى ما جاء به في قانون النقد و القرض رقم 2001-1062 في المواد من L132-1 إلى L132-4 ، حيث يهدف هذا القانون إلى ضمان حماية الدفع الذي يتم ببطاقة الدفع البنكي [3]

و تخرج الجريمة الإلكترونية من نطاق تطبيق قانون العقد على أساس أن للجريمة قاعدة إسناد محددة بالرغم من أن الجريمة الإلكترونية لم يخص لها المشرع قاعدة إسناد خاصة بها ما يدفع القاضي إلى الرجوع للقواعد العامة التي تحكم الجريمة في إطار القانون الدولي الخاص ، و منه نتساءل حول مدى ملاءمة هذه القواعد العامة للتطبيق على الجريمة المعلوماتية.

إن المبدأ السائد في القانون الجنائي هو خضوع الجرائم التي تقع في إقليم دولة معينة لقانونها وتكون محاكمها هي صاحبة الاختصاص و هذا ما يعرف بمبدأ الإقليمية[4]، و هذه القاعدة تطبق في الحالة التي ترتكب فيها الجريمة على إقليم دولة، لكن قد لا تكتمل أركان الجريمة في دولة واحدة فقد يرتكب الفعل الإجرامي في دولة و ينتج الضرر في دولة أخرى كما هو الحال في القرصنة الإلكترونية ، فما هو مكان وقوع الجريمة ؟ هل هو مكان وقوع الفعل الإجرامي؟ أو مكان تحقق النتيجة؟ و قد ظهرت ثلاثة إتجاهات، الإتجاه الأول أخذ

---

[1]- قانون 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009،يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها،ج ر ج ج،عدد47.

[2]- المرسوم الرئاسي رقم 15-261،مؤرخ في 08 أكتوبر 2015،يحدد تشكيلة و تنظيم و كيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها،ج ر ج ج،عدد53.

[3] - loi N°2001-1062 du 15novembre2001-art.36 JORF16 novembre2001.

[4]- مسعود أرحومة،الإشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، ص13،مقال متوفر على الموقع: iefpedia.com/.../

بمكان وقوع السلوك الإجرامي، أما الإتجاه الثاني فأخذ بالمكان الذي تتحقق فيه النتيجة أو كان من المفترض تحققها فيه، أما الإتجاه الثالث فقد أخذ إما بمكان وقوع السلوك أو مكان تحقق النتيجة[1]، و هذا ما أخذ به القانون السويسري في المادة 7 من القانون الجنائي،حيث أعتبر أن الجريمة مرتكبة على الإقليم السويسري إذا قام صاحبها بالفعل الإجرامي في سويسرا أو كانت آثار نتائجها في سويسرا ، إذا يكفي أن يكون أحد العناصر المكونة للجريمة وقع في إقليم الدولة حتى يعقد الإختصاص لقضاء هذه الدولة و بالتالي يكون قانونها هو الواجب التطبيق، و قد اعتبرت المحكمة الفدرالية السويسرية ان المحتال الإلكتروني الذي يقوم بإحتيال إلكتروني كله في الخارج لكن كان يريد تحويل نتائج جرائمه إلى حساب بنكي في سويسرا يعتبر قد قام بالإحتيال في سويسرا على أساس مبدأ الإقليمية و على أساس أن خطة الإثراء غير الشرعي تعتبر عنصرا مكونا للجريمة[2]، و قد سار في هذا الإتجاه القضاء الإمريكي حيث وسع من نطاق القانون الأمريكي ليشمل الأفعال المرتكبة في الخارج طالما تحققت آثارها في الولايات المتحدة الأمريكية، كما عقد القانون الفرنسي الإختصاص لقضائه في جرائم الأنترنت التي وقعت في الخارج متى كانت الظروف تبرر مصلحة فرنسا في إعمال قانونها و هذا حسب ما جاء في قانون العقوبات أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 3 من قانون العقوبات على أن القانون الجزائري هوالذي يطبق على الجرائم التي ترتكب في الإقليم الجزائري و بالرجوع إلى المادة 586 من قانون الإجراءات الجزائية[3] التي تنص على ما يلي: « تعد مرتكبة في الإقليم الجزائري كل جريمة يكون عمل من الأعمال المميزة لأحد أركانها المذكورة لها قد تم في الجزائر » و بالتالي نستنتج أنه يكفي لانعقاد الاختصاص للمحاكم الجزائرية أن يتم أحد عناصر الجريمة في الجزائر، و بذلك يكون القانون الجزائري قد ساير القانون الفرنسي.

---

[1] - Marc Henzelin, la protection pénal du commerce électronique du poin de vue des consommateurs. Etat des lieux, p82.disponible sur le site :
http://www.lalive.ch/data/publications/mhe_La_protection_penale_du_commerce_electronique_du_point_de_vue_des_consommateurs_Etat_des_lieux_2002.pdf

[2] - Marc Henzelin,op.cit.

[3]- الأمر 66 -155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية،ج ر ج ج،عدد48، مؤرخة في 10 جوان 1966،معدل و متمم.

المطلب الثاني: إلتزامات المهني الإلكتروني

حسب المادة 167 قانون مدني جزائري[1] و المادة 1603 قانون مدني فرنسي[2] يترتب على المهني عند إبرام عقد البيع إلتزام أساسي يتمثل في الإلتزام بتسليم السلعة محل عقد البيع الإلكتروني(الفرع الأول)، و في حال الإخلال بهذا الإلتزام توقع عيى المهني جزاءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإلتزام بتسليم السلعة محل عقد البيع الإلكتروني

يعتبر الإلتزام بتسليم المبيع إلى المشتري أي المستهلك الإلكتروني عنصر ضروري و إلتزام رئيسي يحقق الهدف من عقد البيع الإلكتروني و هو تمكين المستهلك من الإنتفاع بالسلعة محل البيع التي أقتناها من الأنترنت، و التسليم في عقد البيع الإلكتروني له خصوصية تستدعي البحث في مضمونه من حيث مفهومه (أولا) ، و من حيث ضرورة تسليم سلعة مطابقة (ثانيا).

أولا: مفهوم إلتزام التسليم

قصد الإحاطة بمضمون الإلتزام بالتسليم يجب تعريفه (أ) ، و بيان عناصره (ب).

أ)- تعريف التسليم

عرفت المادة 367 قانون مدني جزائري التسليم بأنه « وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الإنتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليما ماديا مادام البائع قد اخبره بأنه مستعد لتسليمه....»

[1]- المادة 167 قانون مدني جزائري " الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم "

[2] - Art 1603 code civil Français « Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend »

فالبائع من خلال هذه المادة يقع عليه عبئ نقل المبيع إلى المشتري ليتصرف فيه، أي يكون له حق التصرف فيه و الذي يتضمن حق الإنتفاع أيضا[1] ، و على البائع إزالة كل العوائق سواء كانت من جانبه أو من الغير التي من شأنها إعاقة المشتري أو المستهلك من ممارسة حقوقه على الشيء المبيع[2]، فالتسليم يكون بالمناولة و حيازة المستهلك للمبيع حيازة فعلية من خلال وضعه تحت تصرفه[3].

أما المشرع الفرنسي فعرف التسليم في المادة 1604 قانون مدني[4] بأنه : « نقل الشيء المبيع إلى سلطة وحيازة المشتري »، هذا التعريف أنتقده جانب بعض الفقه الفرنسي الذي أقترح تعريف آخر هو أن التسليم يتمثل في « وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته و الإنتفاع به »[5].

فالتسليم إذا هو التصرف الذي من خلاله يتخلى البائع عن الشيء بوضعه تحت تصرف المشتري[6]،فالإلتزام بالتسليم هو إلتزام بتحقيق نتيجة أي أن البائع ملزم بتسليم المبيع للمشتري في الميعاد المحدد في العقد.

ب)- عناصر التسليم

تتمثل عناصر التسليم في ميعاد التسليم (1)، مكانه (2)، صوره (3) و مصاريفه (4).

1- ميعاد التسليم

بموجب قانون Châtel الذي دخل حيز التطبيق ابتداء من 01 جوان 2008 فإن ميعاد التسليم أصبح يخضع إلى أحكام جديدة عكس ما كان يطبق قبل هذا التاريخ، حيث كان

---

[1]- أنتقد المشرع لإستعمال مصطلح الإنتفاع لأن مصطلح تحت تصرف يغني عن مصطلح الإنتفاع لأن الإنتفاع من آثار حق التصرف.

[2]- عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، مصر، 1957، ص405.

[3]- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت،دار النهضة العربية،مصر، 2004،ص98.

[4] - La délivrance est le transport de la chose vendu en la puissance et possession de l'acheteur .

[5]- لطيفة أمازوز ، إلتزام البائع بتسليم الشيء المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم:تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011، ص16.

[6] - Vetter-Mathieu, Les conséquences de la livraison tardive d'un bien en exécution d'un contrat de commerce électronique, MASTER 2 Droit et Etudes Européennes Mention Droit de l'entreprise Spécialité Droit du Multimédia et des Systèmes d'Information, UNIVERSITE DE STRASBOURG,2008 ,p06.

ميعاد التسليم تختلف أحكامه فيما إذا كانت قيمة العقد أقل أو تتجاوز 500 € بينما المادة 28 من هذا القانون[1] التي عدلت المادة الفقرة 1 من المادة L121-20-3 من قانون الإستهلاك [2] ألزمت المهني بذكر تاريخ محدد للتسليم قبل إبرام العقد، و إذا لم يتم هذا التعيين فالبائع ملزم بتنفيذ العقد فورا، و يمكن للمستهلك إبطال طلبيته بدون تكاليف إذا لم يتم التنفيذ خلال سبعة أيام الموالية لتاريخ التسليم المحدد، و يكون الإبطال من خلال إرسال رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول من طرف المهني و هذا حسب المادة L114-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي، و يكون للمستهلك الحق في طلب تعويض وفق الشروط المنصوص عليها في المادة المادة L121-20-1 و التي تنص على ما يلي: « عندما يمارس حق العدول، المهني ملزم بتعويض المستهلك كل المبالغ المدفوعة في أقرب الآجال و كآخر ميعاد في 30 يوم الموالية لتاريخ ممارسة الحق » .

و منه نستنتج انه في حالة عدم إحترام مواعيد التسليم يكون للمستهلك خياران إما فسخ طلبيته مع التعويض لكل المبالغ المدفوعة بما فيها مصاريف الشحن و دون اللجوء الى القاضي بمجرد فوات مدة 7 أيام من تاريخ التسليم المحدد في العقد ، و يكون للمستهلك مدة 60 يوم لممارسة حق الفسخ تحسب إبتداءا من تاريخ التسليم المحدد في العقد، فإذا أنقضت هذه المدة يكون للمستهلك الحق في طلب الفسخ القضائي للعقد[3]، و في حالة عدم التسليم بسبب عدم توفر السلعة فالمهني عليه أن يعلم الزبون بذلك و المستهلك يجب أن يتحصل على تعويض لطلبيته في أجل 30 يوما من إرسال رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول للبائع في حالة التأخر عن التسليم[4]

---

[1] - Art 28 loi Châtel « Le fournisseur doit indiquer, avant la conclusion du contrat, la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation de services. A défaut, le fournisseur est réputé devoir délivrer le bien ou exécuter la prestation de services dès la conclusion du contrat. En cas de non-respect de cette date limite, le consommateur peut obtenir la résolution de la vente dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 114-1. Il est alors remboursé dans les conditions de l'article L. 121-20-1. »

[2]- كانت تنص على أنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك يقوم البائع بتنفيذ الطلبية في ميعاد 30 يوم تحسب من اليوم الموالي الذي أرسل فيه المستهلك طلبيته للبائع.

[3] - Sinan Al-Shattnawi,op.cit,p245.

[4] - Idem.

أما في حالة عدم ذكر تاريخ التسليم[1] فالمهني ملزم بالتسليم في تاريخ إبرام العقد، أي ملزم بالتسليم الفوري، و الذي يمكن تطبيقه في حالة التسليم على الخط (التحميل Téléchargement).

و الملاحظ أن قانون Châtel أعتمد على فكرة تاريخ محدد للتسليم (date limite de livraison) و ليس على ميعاد محدد للتسليم (délai limite de livraison) ، غير أنه في الواقع أغلبية المهنيين يعينون ميعاد للتسليم و ليس تاريخ محدد للتسليم.

في القانون الجزائري و حسب المادة 11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية يجب أن يتضمن العقد آجال التسليم و في حالة عدم إحترام المورد لهذه الآجال يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة أيام عمل إبتداءا من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر، و في حالة الإرجاع يكون على المورد الإلكتروني إرجاع المبلغ المدفوع من طرف المستهلك الإلكتروني و نفقات الإرجاع و هذا خلال خمسة عشرة يوما إبتداءا من تاريخ إستلامه للمنتوج و هذا ما جاء في المادة 22 من هذا القانون.

و تجدر الإشارة إلى أن الشرط التعاقدي الذي يتضمن تاريخ التسليم على سبيل الإسترشاد (à titre indicatif) يعتبر تعسفيا[2] ، و هذا ما جاءت به المادة R132-2 ,7° من قانون الإستهلاك الفرنسي، حيث نلاحظ أن قانون الاستهلاك يوفر حماية اكبر للمستهلك .

و يمكن للبائع عدم تنفيذ إلتزام التسليم بالرغم من تعيين تاريخ محدد للتسليم مادام المشتري لم يدفع الثمن، و هذا حسب المادة 390 قانون مدني جزائري.

[1]- يذكر هذا التاريخ في وثيقة الشراء أو أثناء إجراء الطلبية.
[2]- هذا التحديد لميعاد التسليم يكون مقبول إذا كان أطراف العقد تاجرين.

2- مكان التسليم

في التعاقد الإلكتروني يمكن لعقد البيع أن يبرم في أي دولة من العالم ما يترتب عنه عبئ التسليم الذي يكون على عاتق البائع خاصة إذا كان التسليم في مكان بعيد، و لعلى هذا هو السبب الذي يدفع بالمهنيين إلى تحديد نطاق إيجابهم قصد تحديد نطاق التسليم.

حسب القواعد العامة فمكان التسليم هو مكان وجود السلعة وقت البيع ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، و هذا الإتفاق نجده في الشروط العامة لعقد البيع و التي تتضمن شرط مكان التسليم[1]، كأن ينص الشرط على أن السلعة تسلم إلى عنوان التسليم الذي حددتموه أثناء إجراء الطلبية.

بالرجوع إلى القانون الجزائري، تنص المادة 368 قانون مدني جزائري على ما يلي: « إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك »، فالتسليم حسب هذه المادة يكون في موطن المشتري أو مكان تواجده و هذا يتوافق مع عقد البيع الإلكتروني الذي يعتبر عقد عن بعد يستلزم فيه التسليم تصدير الشيء المبيع إلى المستهلك و هذا طبعا ما لم يوجد إتفاق بين الطرفين على أن يكون التسليم في مكان آخر،كأن يقوم المشتري مثلا بشراء هدية لأمه التي تقطن في بلد غير بلد محل إقامته فيقوم بتحديد مكان التسليم بمكان محل إقامة أمه، فيكون هنا مكان التسليم يختلف عن مكان إستلام الفاتورة.

بالرجوع إلى القانون الفرنسي فالمادة 1609 من القانون المدني[2] تنص على أن التسليم يجب أن يكون في المكان الذي كانت فيه السلعة وقت البيع إذا لم يتفق على خلاف ذلك، لكن بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني و نظرا لغياب مكان مادي للبيع فإن التسليم يكون في مكان إقامة المستهلك و هذا ما اكده الإجتهاد القضائي في حكم صادر عن محكمة درجة

[1] - Sinan Al-Shattnawi,op.cit,p247.

[2] - Art 1609 du code civil Français « La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose qui en a fait l'objet, s'il n'en a été autrement convenu. »

أولى لفرساي في 11 ديسمبر 2007 [1] ،أين أعتبر القاضي أن غياب المكان المادي للبيع يستدعي أن يوصل المهني للمستهلك السلعة أو الخدمة التي أقتناها و هذا راجع لخصوصية التجارة الإلكترونية.

و نظرا لغياب المكان المادي على الأنترنت أوجب المشرع أن يعين مكان التسليم بوضوح في العقد، و تشير العقود النموذجية إلى مكان التسليم من خلال النص في موادها على أن التسليم يكون في العنوان الذي أشار إليه المستهلك في وصل الطلبية[2].

و يمكن تقييد مكان تسليم السلعة في منطقة محددة من طرف المهني نتيجتا لتحديده للإطار الجغرافي لسريان إيجابه، و لتحديد زمان و مكان التسليم أهمية فيما يخص فكرة تبعة الهلاك و التي تكون على عاتق البائع إلى حين تسليم المبيع للمشتري و لو كان هذا الأخير قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه، فالعبرة هنا بالتسليم و ليس بنقل الملكية، فالمشتري يتحمل هو الآخر تبعة هلاك المبيع إبتداءا من وقت تسلمه له و هذا ما جاء في المادة 369 قانون مدني جزائري، فتبعة الهلاك أثناء التصدير تكون على عاتق البائع و ليس المشتري لأن التسليم لم يتم بعد[3].

فتسليم المهني السلعة للناقل لا يعتبر تسليم نهائي و بالتالي لا يتحمل المستهلك تبعات الهلاك إلا من لحظة تسلمه المبيع[4]، في القانون الفرنسي تبعة الهلاك مرتبطة بنقل الملكية فبإنتقال الملكية يتحمل الشخص تبعة الهلاك حتى و لو لم يتسلم بعد الشيء المبيع و هذا ما جاء في المادة 1196 قانون مدني فرنسي، و قد تدارك المشرع الفرنسي هذا الإشكال الذي لا يخدم المستهلك بخلق نظام المسؤولية الكاملة (responsabilité du plein droit) من خلال قانون Chatel السابق ذكره، و قد نصت المادة 20 من التوجيهة الأوروبية الخاصة بحقوق

---

[1] - Jugement disponible sur le site : https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-versailles-3eme-chambre-jugement-du-11-decembre-2007/

[2]- أنظر الملحق رقم 3 المتعلق بالعقد النموذجي للتجارة الإلكترونية Contrat - type de e-commerce.

[3]- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر،2002،ص ص101-102.

[4]- عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص302.

المستهلكين [1] على أن تبعة الهلاك تنقل للمستهلك حين التسليم المادي للسلعة و الذي يكون غالبا عند التسليم .

3- طرق التسليم

هناك طريقتين:

تسليم مادي أو ما يعرف بالتسليم خارج الخط، و يتم بالمناولة اليدوية من يد البائع أو ناقل المبيع في حالة البيع عن بعد إلى يد المشتري أو من ينوب عنه و هذا ما جاء في المادة 368 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر، و عادة يمكن أن يصاحب التسليم المادي للسلعة إلتزام بالإعلام من طرف البائع يتجسد في إرفاق الشيء المبيع باستمارة طريقة الإستعمال، أو قد يأخذ إلتزام الإعلام شكل إلتزام بتقديم نصيحة[2].

تسليم غير مادي أو ما يعرف بالتسليم على الخط كمن يشتري كتاب في شكل إلكتروني أو فيديوهات، فالتسليم هنا يكون بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل البرنامج محل العقد على القرص الصلب الخاص به أو أي دعامة إلكترونية أخرى، أو قيامه بالسماح له بمشاهدة الفيلم عبر الشبكة، و يعتبر هذا النوع من التسليم شكل جديد مخالف للتسليم التقليدي، حيث يكون فوري و غير مادي، و هذا النوع من التسليم لا يكون إلا إذا كان محل عقد البيع قابل لتسليمه على الخط،كالألعاب الإلكترونية، شرائط فيديو، الأفلام ،كتب إلكترونية ...

---

[1] - Art 20 de la dirctive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011,relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil « Pour ce qui est des contrats prévoyant que le professionnel expédie les biens au consommateur, le risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur lorsque ce dernier, ou un tiers désigné par le consommateur et autre que le transporteur, prend physiquement possession de ces biens. Cependant, le risque est transféré au consommateur à la livraison du bien au transporteur dès lors que ce dernier a été chargé du transport des biens par le consommateur et que le choix n'a pas été proposé par le professionnel, sans préjudice des droits dont le consommateur dispose à l'égard du transporteur. »

[2] -Zigier -Jalladeau,op.cit,p54.

4- مصاريف التسليم

في القانون الجزائري و حسب القواعد العامة المادة 283 قانون مدني تنص على ما يلي: « تكون نفقات الوفاء على المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك »، و تنص المادة 395 من نفس القانون على ما يلي: « إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو إتفاق يقضي بغير ذلك » ، و بالتالي نستنتج أن مصاريف إرسال السلعة من المهني إلى المستهلك ليتسلمها في المكان المحدد من قبله تكون على عاتقه[1].

أما في القانون الفرنسي و حسب المادة 1608 قانون مدني فمصاريف التسليم تكون على عاتق البائع و لكن هذه القاعدة ليست من النظام العام و يجوز مخالفتها، و الملاحظ في العقود الإلكترونية أن مصاريف التسليم تكون عاتق المستهلك، لكنها قد تكون على عاتق المهني إذا تجاوزت قيمة المشتريات قيمة معينة.

و بما أن التسليم في العقد الإلكتروني يكون عابر للحدود فقد عرضت اللجنة الأوروبية مشروع تنظيم[2] جاء في مجال التسليم العابر للحدود، حيث كان الهدف منه هو إعطاء المستهلك أو الزبون رؤية أفضل حول التسليم العابر للحدود خاصة ما تعلق بضرورة توفير شفافية فيما يخص الأسعار المطبقة.

في الواقع المستهلك و المهني يضيقا من نطاق الشراء أو البيع خارج البلد الأصلي بسبب المصاريف العالية جدا ، فالهدف من مشروع هو تسهيل الاتصالات العابرة للحدود و بالتالي تسهيل عملية التسليم، حيث تسعى اللجنة إلى تخفيض مصاريف التسليم التي تقع على عبء المستهلك، و إنشاء إلتزامات مختلفة مثل وضع رقابة منتظمة في مجال خدمات التسليم للطرود و تكريس شفافية الرسوم و الحقوق النهائية، فكل مهني ملزم بتحويل قائمة للأسعار إلى السلطة التنظيمية لدولته حيث تقوم هذه الأخير بتقدير هذه القائمة.

---

[1]- هذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 94 فقرة2 من القانون المصري رقم 17 لسنة 1999، و التي تقضي بأن مصاريف تسليم المبيع خارج المكان المعين لتنفيذ البيع تكون على المشتري

[2] - Commission européenne, Base de données communiqué de presse, Bruxelles le 25 Mai 2016 : www.europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1887_fr.htm

كما أن هذا التنظيم يسمح بتحسين مبدأ شفافية الأسعار و المراقبة المنتظمة لخدمات تسليم الطرود العابرة للحدود من أجل تمكين المستهلك و المهنيين من الإستفادة من تسليم سهل و يسير، و يمنح المنظمين الوطنيين للخدمات البريدية معطيات يحتاجونها لمراقبة السوق العابرة للحدود و كذا الإطار المقبول للأسعار.

و قد أعتبرت لجنة الشروط التعسفية من خلال التوصية رقم 07-02 السابق ذكرها تعسفيا الشرط الذي يتضمن السماح للمهني الإضافة بالإرادة المنفردة لمصاريف تسليم لم تكن محددة في العقد.

ثانيا: ضرورة تسليم سلعة مطابقة

ألزم المشرع البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع[1]، و هذا يعني أن المشرع يفرض ضرورة تسليم شيء مطابق، و في حالة مخالفة ذلك يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة السلعة غير المطابقة أو المعيبة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل إبتداءا من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج و هذا ما جاء في المادة 23 من القانون 18-05 السابق ذكره،و المطابقة هنا تأخذ شكلين، مطابقة نص عليه قانون الإستهلاك و هي ما يعرف بالضمان القانوني للمطابقة (أ) ، و قواعد المطابقة التي نص عليها القانون المدني (ب).

أ)- الضمان القانوني للمطابقة

بعد تعريف المطابقة (1)، يتم التطرق الى مضمون الضمان القانوني للمطابقة (2).

1- تعريف المطابقة في قانون الاستهلاك

أشار المشرع في المادة 4 من المرسوم التنفيذي 13-327 الذي يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات[2] ،الى التزام المهني بتسليم المستهلك سلعة مطابقة لعقد البيع

[1]- المادة 364 قانون مدني جزائري.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 26 سبتمبر 2013،يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ،ج ر ج ج، عدد49،مؤرخة في 02 أكتوبر 2013.

في المادة 4 منه ،و عرف المطابقة في المادة 11 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش كما يلي: « يجب أن يلبي كل منتوج معروض للإستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته و صنفه و منشأه و مميزاته الأساسية و تركيبته و نسبة مقوماته اللازمة و هويته و كمياته و قابليته للإستعمال و الأخطار الناجمة عن إستعماله....أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره و النتائج المرجوة منه و المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه و تاريخ صنعه و التاريخ الأقصى لإستهلاكه و كيفية إستعماله و شروط حفظه و الإحتياطات المتعلقة بذلك و الرقابة التي أجريت عليه » ، فالمقصود من المطابقة من خلال هذه المادة هو إستجابة كل منتوج موضوع للإستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية و للمتطلبات الصحية و البيئية و السلامة و الأمن الخاصة به، إذ هناك حد أدنى من المواصفات العالمية التي يجب توفرها في السلع ، حيث أن هناك منظمات عالمية و وطنية تتولى إصدار شهادات الجودة لكل من يطلبها و تعتبر المنظمة مسؤولة تعاقديا في مواجهة المتعاقد معها عن إصدار هذه الشهادة و للغير أن يرجع عليها بدعوى المسؤولية التقصيرية متى أثبت إصابته بضرر نتيجة إصدار هذه الشهادة[1].

كما يقصد من المطابقة أيضا في هذا القانون المطابقة الوظيفية أي المتعلقة بالغرض الخاص الذي يتوقع المشتري صلاحية المبيع للإستعمال المرجو منه طالما كان متوقعا و مشروعا و كان يعتقد أنه يدخل في نطاق العقد،و هدا ما أكدته المادة 10 فقرة1 من المرسوم التنفيدي 13-327 حين نصت على ضرورة أن يكون المنتوج محل الضمان صالحا للاستعمل المخصص له .

و نلاحظ أن هذه المادة 11 من القانون 09-03 لم تشر مباشرة إلى مطابقة السلعة لما تم الإتفاق عليه في العقد، لكن يمكن أن نستنتج ذلك من خلال عبارة الرغبة المشروعة، فتحديد المستهلك مواصفات معينة في المبيع تعتبر رغبة مشروعة على المهني تلبيتها، كما أشار المشرع الى ضرورة مطابقة المنتوج أيضا للوصف و الخصائص التي قدمها المتدخل

[1]- عبد الوهاب مخلوفي ، مرجع سابق،ص167.

للمستهلك في شكل عينة أو نموذج،و أيضا يحوز المنتوج على الخصائص التي أعلنها المتدخل لا سيما عن طريق الوسم أو الاشهار[1].

2- مضمون الضمان القانوني للمطابقة

في القانون الجزائري عرف المشرع الضمان في المادة 3 فقرة 19من القانون 09-03 الخاص بحماية المستهلك و قمع الغش بأنه « إلتزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب بالمنتوج باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته، و أعطى حق الضمان لكل مقتن لأي منتوج سواء كان جهاز أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون »[2]، و أعتبر المشرع أن الشرط الذي يخالف هذه الأحكام يعتبر باطلا و ما نلاحظه من خلال إستقراء هذه المادة أن المشرع حدد **نطاق الضمان** من حيت محل العقد الدي ينحصر في السلع التي تأخذ صفة جهاز أو أداة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية، و بالتالي أستبعد السلع التي تكون في شكل ألبسة و مأكولات و مواد تجميل....من الضمان، ما يعني أن المستهلك إذا تسلم سلعة غير مطابقة لا يحق له رفع دعوى على أساس الضمان القانوني للمطابقة و إنما على أساس القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني و المتعلقة بالتسليم غير المطابق أو بالإعتماد على دعوى ضمان العيوب الخفية ، و أيضا من حيث أطراف العقد المتمثلة في المتدخل و المستهلك.

فالمادة 3 من المرسوم التنفيدي13-327 السابق ذكره اعتبرت أن الضمان يغطي العيب الموجود أثناء اقتناء السلعة أو الخدمة و التي يفهم منها أن العيب الذي يعتد به هو العيب الموجود أثناء اقتناء السلعة لكن الإشكال في عقد البيع الالكتروني هو أن العيب لا يكتشف إلا عند التسليم أو الاستعمال اد تكون هناك فترة زمنية لتنفيذ التزامات العقد كما أن حق تجريب المنتوج للتحقق من صلاحيته تأتي بعد فترة زمنية معينة ، لهدا كان على المشرع أن يستبدل عبارة أثناء اقتناء بـ عند التسليم ، كما فعل في المادة 4 من نفس المرسوم التي

[1].- المادة 10 من المرسوم التنفيذي 13-327 السابق ذكره.
[2]- المادة 13 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش السابق ذكره.

تنص على ما يلي:« في اطار تنفيد الضمان يتعين على كل متدخل ...و يكون مسؤولا عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها....».

و يتم الضمان بموجب شهادة ضمان يسلمها المهني تتضمن مجموعة من البيانات نصت عليها المادة 6 من المرسوم التنفيذي 13-327 السابق ذكره[1] .

و حمايتا للمستهلك أعتبر المشرع أن الضمان يبقى ساريا حتى و لو لم يقدم المهني شهادة الضمان للمستهلك أو كانت شهادة الضمان لا تتضمن البيانات القانونية أو في حالة ضياع هذه الشهادة من طرف المستهلك إذا ما أستطاع هذا الأخير أن يثبت عقد البيع سواء بالفاتورة أو قسيمة الشراء أو أي وسيلة أخرى تثبت البيان[2].

أما فيما يتعلق بمدة الضمان فتختلف هذه المدة حسب طبيعة المنتوج لكن يجب أن لا تقل عن ستة06 أشهر إبتداء من تاريخ تسليم السلعة بالنسبة للسلع الجديدة [3]، أما بالنسبة للمواد المستعملة فيجب أن لا تقل مدة الضمان عن ثلاثة 03 أشهر و تحدد حسب طبيعة المنتوج[4].

و يترتب على إلتزام الضمان مسؤولية للمهني في مواجهة المستهلك فبعد تقديم شكوى كتابية أو عن طريق أي وسيلة إتصال أخرى بمعنى أنه يجوز تقديم شكوى إلكترونيا، يقوم المهني بمعاينة مضادة للمبيع و على حسابه بحضور الطرفين أو ممثليهما في المكان الذي توجد فيه السلعة[5]، فإذ ثبت العيب يكون على المهني و دون تحميل المستهلك مصاريف اضافية، إصلاح السلعة إستبدالها أو رد الثمن [6]، و هذا خلال ثلاثون 30 يوما إبتداءا من تاريخ التصريح بالعيب حسب المادة 15 من نفس المرسوم، إذا لم ينفذ المهني إلتزامه

---

[1]- و التي تتمثل في: - إسم أو إسم شركة الضمان و عنوانه و رقم سجله التجاري و كذا العنوان الإلكتروني عند الإقتضاء - إسم و لقب المقتني، - رقم و تاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء و/أو كل وثيقة أخرى مماثلة، - طبيعة السلعة المضمونة، و لا سيما نوعها و علامتها و رقمها التسلسلي، - سعر السلعة المضمونة، - مدة الضمان، - إسم و عنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان عند الإقتضاء.

[2]- المادة 8 من المرسوم التنفيذي 13-327 السابق ذكره.

[3]- المادة 16 من نفس المرسوم.

[4]- المادة 17 من نفس المرسوم.

[5]- المادة 21 من نفس المرسوم.

[6]- المادة 12 من نفس المرسوم.

بالضمان يتم إعداره من طرف المستهل بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بالإستلام و يكون على المهني تنفيذ الضمان في ثلاثون 30 يوم إبتداءا من تاريخ التوقيع على إشعار الإستلام[1]، إذا خالف المهني إلتزامه بالضمان فإنه يعاقب بغرامة مالية من 100000دج إلى 500000دج [2]، و أضاف المشرع في المادة 23 من القانون 18-05 السابق ذكره إلزام المورد الإلكتروني في حالة عدم المطابقة أو عيب في المنتوج بتسليم جديد موافق للطلبية أو إصلاح المنتوج المعيب أو إستبدال المنتوج بآخر مماثل أو إلغاء الطلبية و إرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر، و يكون إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل 15 يوما من تاريخ إستلام المنتوج.

أما **القانون الفرنسي** فنص على المطابقة و الضمان القانوني للمطابقة في الأمر 2005-136 لـ17 فيفري 2005 المتعلق بضمانات المطابقة للسلع في العقود المبرمة بين البائع و المستهلك[3] ، حيث أعطى مفهوم للمطابقة مميزا بين عقد الإذعان و العقد التفاوضي، ففي عقود الإذعان و حسب المادة L211-5 1° فالمطابقة تشمل الجانب الوظيفي للمبيع أي ضرورة أن يتوافق المبيع مع الغرض من شرائه[4].

و إلى جانب هذا المعيار لتقدير المطابقة جاءت المادة بمعيارين آخرين يمكن إعتمادهما عند الإقتضاء، حيث أن الشيء المبيع يجب أن يتطابق مع الوصف المعطى من طرف البائع متضمنا الخصائص التي عرضها هذا الأخير من خلال العينة أو النموذج.

أيضا يجب أن يظهر المبيع الصفات التي ينتظرها المشتري بالنظر إلى الإعلانات العامة التي قام بها البائع أو المنتج أو ممثله خاصة عند الإعلان أو الوسم، إذ يمكن إعتبار جهاز غير مطابق إذا كان لا يتشابه مع الصورة الملصقة في علبة تغليفه.

---

[1]- المادة 22 من المرسوم التنفيذي 13-327 السابق ذكره.

[2]- المادة 75 من القانون 09-03 و المادة 25 من نفس القانون.

[3] - Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur.

[4]- هذا المفهوم يتقارب مع ما جاء به القانون المدني فيما يخص تعريف العيب الخفي، و الذي يتمثل في العيب الذي يجعل يجعل الشيء غير متطابق مع الإستعمال المخصص له.

أما إذا كان العقد تفاوضي فالمبيع يجب أن يظهر الخصائص المعينة بموجب إتفاق مشترك للأطراف أو يكون يستجيب للإستعمال الخاص الذي يسعى إليه المشتري و الذي يعلم به البائع و قبله[1]، فعدم المطابقة هنا تكون بسبب عدم مطابقة السلعة مع ما طلبه المستهلك و هذا هو المعيار المتبنى لتقدير مطابقة السلع المنجزة على المقاس، و لذلك يجب للمطالبة بضمان المطابقة في هذه الحالة أن يكون العقد مكتوب و متضمن لشروط محددة من أجل إستطاعة تقدير ما طلبه المشتري مع ما هو مسلم له[2].

و نطاق تطبيق الضمان القانوني للمطابقة محدد سواء من حيث الأطراف إذ يكون بين البائع الذي يتصرف في إطار نشاطه المهني و هو الذي يقع عليه إلتزام الضمان[3] و المشتري الذي يتصرف بصفته مستهلك.

أو من حيث محل العقد، فحسب المادة L211-1 من قانون الإستهلاك فضمان المطابقة يطبق على عقود بيع الأموال المنقولة[4]، بالإضافة إلى عقود توريد أموال منقولة،عقود الماء و الغاز و البيوع أو مبادلات الحيوانات الأليفة،غير أن هناك أموال مستثنات من الضمان مثل الأموال التي تباع عن طريق السلطة القضائية أو تلك المباعة في المزادات العامة[5]، أما فيما يخص البيع بالمزاد على الأنترنت فليس له نفس المعنى القانوني للبيع بالمزاد التقليدي،حيث أن قانون 10 جويلية 2000 المتعلق بالبيوع للأملاك في المزادات العلنية[6]

---

[1] -Art L211-5,2° du code de la consommation Français «….2° Ou présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté. »

[2] - Patricia Foucher et Françoise Hébert-wimart, la garantie de la conformité du bien au contrat, INC-document, étude juridique, INC hebdo, N°1367,decembre2005, diponible sur le site : http://www.conso.net/sites/default/files/pdf_abonne/1367-garantie_de_conformite_280.pdf

[3]- نتساءل هنا حول البائع الذي يبيع سلعة بصفة إعتيادية لكن يمارس مهنة أخرى .

[4]- و قد طرح تساؤل حول ما إذا كانت السلعة المستبدلة لسلعة غير مطابقة تخضع هي أيضا للضمان، و كانت الإجابة بنعم على أساس أن نظام الإستبدال يتبع نظام البيع و بالتالي يخضع لنفس أحكامه، مما يعني أن السلع المستخدمة تخضع هي أيضا للضمان القانوني، أنظر: Patricia Foucher et Françoise Hébert-wimart,op.cit

[5] - Art L211-2 du code de la consommation et Art 1649 du code civil Français.

[6] - Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629637

كيفه بأنه عملية وساطة في المزاد تتم عن بعد بطريق إلكتروني، و بالتالي فالأموال التي تباع بواسطة هذه الأرضيات تستفيد من الضمان إذا بيعت من طرف مهني إلى مستهلك[1].

بالإضافة إلى العقود السابقة لا يستفيد من الضمان أيضا عقود الكهرباء و العقود العقارية،أما فيما يخص مدة ممارسة دعوى ضمان المطابقة فهي حسب المادة L211-12 عامين تحسب إبتداءا من تسليم المبيع، أي من وقت وضع المبيع بين يدي المشتري، و هذه المدة تختلف في المواد المستعملة و التي تكون محددة بستة 06 أشهر، و في القانون الفرنسي إذا ما تم إكتشاف العيب بعد تجاوز مدة العامين فالمستهلك يمكنه الإعتماد على دعوى ضمان العيوب الخفية التي تبدأ من يوم إكتشاف العيب و تكون لمدة عامين.

و حسب المادة L211-8 من قانون الإستهلاك يتمتع المشتري بموجب الضمان القانوني للمطابقة بمجموعة من الحقوق تتمثل في:

- تصليح أو إستبدال السلعة أو إرجاعها و إسترجاع الثمن أو الإحتفاظ بالسلعة و يرجع له قيمة أو جزء من المبلغ، و هذا الحل الأخير لا يقترح على المشتري إلا في ثلاثة حالات محددة هي:

- إستحالة التصليح أو الإستبدال، إذا كان الإصلاح أو الإستبدال لا يمكن تنفيذهما في مدة شهر من وقت إحتجاج المشتري[2] ، إذا كان التصليح أو الإستبدال يخلقان عائق كبير، و عادة ما يفضل المستهلك فسخ العقد لكن حسب المادة L211-10al4 من قانون الإستهلاك لا يمكن الفسخ في العيوب الصغيرة،فما المقصود بها خاصة و أن القضاء أعتبر العيوب الجمالية حتى و لو كانت بسيطة يمكن أن تكون الدافع لرفض التسليم من طرف المشتري[3]

[1] - Patricia Foucher et Françoise Hébert-wimart,op.cit.

[2]- مدة شهر تظهر في بعض الحالات غير كافية للإستبدال خاصة إذا كانت السلعة تتمثل في أثاث على القياس و بالتالي يكون هنا للمستهلك إما طلب فسخ العقد(إرجاع سلعة و إسترجاع ثمن) أو تنقيص الثمن

[3] - Patricia Foucher et Françoise Hébert-wimart,op.cit.

و من الحقوق أيضا للمستهلك حقه في ممارسة هذه الدعوى بدون مصاريف و هذا حسب المادة L211-11al1،كما يمكن للمستهلك أيضا حق طلب التعويض إذا أثبت أن عدم المطابقة تسبب له في ضرر[1].

نلاحظ من خلال ما سبق سواء في القانون الجزائري أو القانون الفرنسي أن مجال المطابقة يشمل جميع المنتوجات المعروضة للإستهلاك، غير أن ضمان المطابقة مقصور على منتوجات معينة و هذا ما جاءت به المادة 13 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، و بالتالي فيما يخص المنتوجات خارج نطاق ضمان المطابقة المنصوص عليه في قانون الإستهلاك فتخضع إلى أحكام المطابقة الواردة في القانون المدني.

ب)- أحكام المطابقة في القانون المدني

أشار المشرع إلى المطابقة في القانون المدني من خلال مجموعة من المواد حيث نص في المادة 379 على حق المشتري في تحديد بعض المواصفات في السلعة المراد شرائها و في حالة غياب هذه المواصفات عند التسليم يعتبر البائع غير موفي لإلتزامه بالتسليم،و المشتري في هذه الحالة يقع عليه عبئ إثبات الإتفاق، فإذا أثبت ذلك يكون على البائع من أجل دفع مسؤوليته أن يثبت أن المبيع كان وقت تسليمه يحتوي على المواصفات المتفق عليها[2] كما أشار في المادة 365 من نفس القانون إلى المطابقة الكمية، إذ نص على أنه يجب على البائع تسليم المقدار المتفق عليه في العقد دون زيادة أو نقصان، أما في الماد 364 فنص على إلتزام البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع، أما المادة 353 فجاءت بما يلي: « إذا أنعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها و إذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين و لو دون خطإ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة ».

فحسب المادة 379 السابق ذكرها البائع ملزم بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الإنتفاع به، و لا يكون

[1] -Art L211-11 al2 du code de la consommation et Art 1147 du code civil Français.

[2]- لطيفة أمازوز ،مرجع سابق،ص152.

البائع ضامنا للعيب الذي كان المشتري على علم به وقت البيع أو كان في إستطاعته إكتشافه لو فحصه بعناية الرجل العادي إلا إذا أكد البائع خلو المبيع من تلك العيوب فيقع على المشتري إثبات عكس ذلك، أما بالنسبة للمطابقة الوظيفية فقد إختلف الفقه و القضاء في هذا الشأن، فالإتجاه الأول يذهب إلى إلتزام البائع بضمان مطابقة المدين للمواصفات و الغرض الخاص الذي يتوقع المشتري صلاحية المبيع للإستعمال فيه طالما كان هذا التوقع مشروع و معقول و كان المشتري حسن النية و يعتقد أن المواصفات المتعلقة بالغرض الخاص من الشراء تدخل في نطاق العقد و كان يتوقع أن السلعة مطابقة لها و في هذا الشأن قضـــت

محكمة النقض الفرنسية أن البائع يجب عليه أن يسلم مبيعا يوافق متطلبات و حاجات المشتري[1].

أما الرأي الثاني فيرى أصحابه عدم ضرورة إلتزام البائع بضمان مطابقة المبيع للغرض الخاص الذي يتوقعه المشتري من إستعمال السلعة إذا كان البائع لا يعلم بهذا الغرض،فإذا كان المشتري يريد إستعمال السلعة لغرض غير الغرض المعد له وجب عليه إعلام البائع بذلك و يثبت هذا الإعلام حتى يستطيع إلحاق المسؤولية بالبائع عند عدم مطابقة السلعة لهذا الإستعمال الخاص[2]، و قد أستقر القضاء في فرنسا على أن البائع يجب عليه أن يسلم شيء صالحا للإستعمال العادي المخصص له، و إذا كان المشتري يريد إستعمال خاص من وراء إقتنائه للسلعة عليه إعلام البائع بذلك[3].

و دعوى ضمان المطابقة في القانون المدني مدتها سنة من يوم تسليم المبيع فإذا ما تم إكتشاف العيب بعد هذه المدة يسقط حق المشتري في الضمان، أما إذا كان البائع قد أخفى العيب غشا منه فهنا يسقط حقه في التمسك بمدة سنة من أجل الضمان[4]، و بالنسبة لدعوى الضمان فهي تبقى مستمرة ولو هلك الشيء المبيع لأي سبب[5]، و يجوز للمتعاقدان الإتفاق

---

[1] - **Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du mardi 22 novembre 1988 N° de pourvoi: 86-18586, disponible sur le site :**
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007021247

[2]- لطيفة أمازوز ،مرجع سابق،ص175.

[3] - Cass.Civ,15 janvier 1980.

[4]- المادة 383 من القانون المدني الجزائري.

[5]- المادة 382 من نفس القانون.

على زيادة مدة الضمان أو إنقاصها أو إسقاط الضمان إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشا فيكون الشرط الذي ينقص أو يسقط الضمان باطلا، و مثل هذا الشرط في قانون الإستهلاك يعتبر تعسفيا و يعد باطلا.

و الملاحظ أن أحكام الضمان في القانون المدني تميز بين البائع حسن النية أو سيء النية لإسقاط الضمان أو إنقاصه على عكس قانون الإستهلاك الذي يبقي على عاتق المهني إلتزام الضمان لأن الهدف من هذا الإلتزام هو حماية المستهلك المشتري على أساس أن حق الضمان يضمن له حق مشروع و حماية أكبر، أما بالنسبة لإجراءات دعوى الضمان و حسب المادة 386 فإذا ظهر خلف المبيع على المشتري إعلام البائع في أجل شهر من ظهور العيب على أن ترفع دعوى الضمان في أجل ستة 06 أشهر من يوم الإعلام.

كما نلاحظ أن أحكام الضمان في قانون الإستهلاك توفر مزايا للمستهلك أكثر من أحكام الضمان في القانون المدني سواء من حيث إجراءات دعوى الضمان أو مصاريف المطالبة بالضمان بالإضافة إلى تجاوز إشكالات الإثبات.

الفرع الثاني : الجزاءات المترتبة عن الإخلال بإلتزام التسليم

يعتبر كل من الفسخ و المسؤولية العقدية جزاءان على عدم تنفيذ المدين لإلتزامه سواء كان عدم التنفيذ راجع إلى المدين نفسه أو لسبب آخر و الإختلاف بينهما هو أنه في حالة ما إذا كان المدين هوالمتسبب في عدم التنفيذ نكون أمام فسخ، أما إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي فيسمى إنفساخا بقوة القانون، أما المسؤولية العقدية فتقوم إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى المدين و لا يمكن الحديث عنها إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي[1]، و يختلف نظام الفسخ عن المسؤولية العقدية في عنصر الضرر، فعنصر الضرر يعتبر ركن من أركان المسؤولية العقدية، أما الفسخ فلا يشترط فيه وقوع الضرر بل يكفي إثبات عدم تنفيذ الطرف لإلتزامه[2]، لكن هذا لا يمنع من إمكانية أن يرتبط عدم التنفيذ بوقوع ضرر كتفويت فرصة معينة للمشتري و مع ذلك فالفسخ يقوم على عدم التنفيذ و ليس الضرر، و

[1]- المادة 176 قانون مدني جزائري.

[2]- علي عوض حسن، الصيغ النموذجية للعقود و التصرفات القانونية:فسخ العقد،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،1998،ص90.

يكون للمشتري المستهلك في هذه الحالة حق فسخ العقد مع الحق في طلب التعويض، كما يختلف الفسخ عن المسؤولية العقدية في الأثر القانوني، فتحقق الفسخ يؤدي إلى زوال آثار العقد بأثر رجعي، أما قيام المسؤولية العقدية فلا يترتب عنها حل العقد و إنما تنفيذه عن طريق التعويض كإستبدال السلعة أو تصليحها.

من أهم النتائج المترتبة عن التأخير في تسليم سلعة أو تسليم سلعة غير مطابقة أو عدم إحترام مواعيد التسليم أو عدم التسليم نهائيا حق المستهلك في فسخ عقد البيع(أولا)، مع قيام المسؤولية العقدية للبائع(ثانيا).

أولا: فسخ عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي

يعرف الفسخ بأنه جزاء إمتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم لجانبين عن تنفيذ إلتزامه فهو يسمح بحل الرابطة العقدية[1]، و قصد الإحاطة بأحكام الفسخ التي تطبق على عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي يتم التطرق إلى أحكام الفسخ في القانون الجزائري(1)، و أحكام الفسخ في القانون الفرنسي(2).

1- أحكام فسخ عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني في القانون الجزائري

المشرع الجزائري لم ينص صراحة على جزاء الإخلال بإلتزام التسليم في العقد الإستهلاكي، ما يؤدي إلى الرجوع للقواعد العامة المنظمة للعقد في القانون المدني،حيث تنص المادة 119 من القانون المدني على ما يلي: « في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك »، فبموجب هذه المادة يجوز للمستهلك إذا لم ينفذ البائع إلتزامه بالتسليم و بعد أعذاره له أن يطالبه بتنفيذ العقد أو يفسخ العقد، فالمستهلك من خلال هذه المادة له الخيار بين طلب التنفيذ العيني للعقد أو فسخ العقد و الفسخ يأخذ صورتين إما **فسخ إتفاقي** و يكون من خلال إتفاق المتعاقدين عند إبرام العقد على جواز فسخه من قبل أحدهما إذا لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ إلتزاماته دون اللجوء إلى

[1]- توفيق حسن فرج و مصطفى الجمال،مصادر و أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2007،ص328.

القاضي[1]، و أعترف المشرع الجزائري بهذا النوع من الفسخ في المادة 120 قانون مدني،التي تنص على ما يلي: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي، و هذا الشرط لا يعفى من الأعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين "

نستنتج من خلال هذه المادة أن للمستهلك الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة متى أخل المهني بالتزامه و مع ذلك يقع عليه عبئ أعذار المدين، و إعدار البائع يكون بكل ورقة رسمية يدعو فيها المشتري هذا الأخير إلى الوفاء بإلتزامه و يسجل عليه التأخير في تنفيذه[2] المشرع الجزائري لم يتخلى عن إجراء الأعذار في الفسخ الإتفاقي عكس ما سلكه بعض المشرعين كالمشرع المصري و الفرنسي، فهناك من يرى بأن المشرع مادام أعطى الأطراف الحق في الإتفاق على فسخ العقد فإنه يجوز لهم أيضا الإتفاق على الإعفاء من إجراء الإعدار لأن كل متعاقد يكون حريصا على تنفيذ إلتزاماته لعلمه بحق الآخر في فسخ العقد بمجرد وقوع الإخلال دون أن يقوم بإعداره[3]، و المشرع لم يبين إذا ما كان على المستهلك إعلان إرادته بالفسخ أم أن عدم التنفيذ بعد الأعذار دلالة على فسخ العقد، فالواقع أن العقد لا يفسخ لمجرد عدم التنفيذ بل لا بد أن يعلن الدائن و هو المستهلك عن رغبته في الفسخ و هذا الإعلان لم يحدد له شكل خاص لكن و نظرا للآثار الهامة التي يرتبها فالأغلب أن يكون صريحا و كتابيا حتى يمكن إثباته سواء كانت الكتابة تقليدية أو إلكترونية، و أن يتصل إلى علم المدين و هذا حسب المادة 61 و كذلك ما جاء في القانون الفرنسي عندما نص على الرسالة الموصى عليها مع إشعار بالوصول، فهذا الإشعار قرينة على علم المهني بإرادة المستهلك في الفسخ، و من خلال ما سبق نستخلص شروط الفسخ الإتفاقي التي تتمثل في وجود إتفاق على الفسخ بالإرادة المنفردة،و إستبعاد الفسخ القضائي حيث

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري،الموجز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري،دار إحياء التراث العربي،بيروت،د س ن، ص717.

[2]- أبو الونيس الخويلدي،حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل إتصال حديثة: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2006،ص301.

[3]- عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،،ص56.

يقتصر دور القاضي في التحقق من توفر الشروط المنصوص عليها في العقد التي تحقق الفسخ و ما عليه سوى تثبيت ذلك، فحكمه في هذه الحالة حكما كاشفا للفسخ[1] بالإضافة إلى شرط عدم تنفيذ أحد الأطراف لإلتزاماته التعاقدية و مع ذلك هناك من يرى انه لا يجوز التمسك بالفسخ إذا كان عدم التنفيذ يسير حتى لا يعد ذلك تعسفا في إستعمال الحق[2].

نستنتج إذا أن عدم التنفيذ مع وجود شرط الفسخ بالإرادة المنفردة لا يكفيان لوقوع الفسخ إذ لا بد من إعلان إرادة المستهلك في التمسك بالفسخ، فعدم التنفيذ ينشئ الحق في الفسخ و يكون للمستهلك إما ممارسة هذا الحق أو التنازل عنه و لا يهم موقف المدين أي المهني من الفسخ، هل يقبله أم لا فالهدف من الإعلان هو إبلاغ الرغبة في الفسخ و ليس طلب الموافقة على الفسخ، و الفسخ حق إختياري إذ يكون للمستهلك إما التمسك به أو طلب التنفيذ العيني و هذا ما أكده المشرع في المادة 120 قانون مدني جزائري

و قد يكون **الفسخ قضائي** و هو الأصل ما لم يتفق الأطراف على الفسخ بقوة القانون فيتم اللجوء إلى رفع دعوى و صدور حكم قضائي بذلك و هذا ما يستخلص من نص المادة 120 قانون مدني السابقة الذكر، فإذا ما توفرت شروط الفسخ المتمثلة في:

- أن يكون العقد ملزم لجانبين بمفهوم المادة 55 قانون مدني التي تنص على ما يلي: " يكون العقد ملزم للطرفين متى تبادلا المتعاقدان الإلتزام بعضهم بعضا " و عقد البيع الإلكتروني هو من العقود الملزمة لجانبين، و الحكمة من هذا الشرط هو توفر إلتزامات متقابلة ما يعني أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من إلتزامه عن طريق فسخ العقد و هذا لا يتحقق إلا في العقد الملزم لجانبين[3].

- إخلال أحد الأطراف بالتزاماته أي عدم تنفيذ الإلتزام الذي قد يكون نهائي أو مؤقت كحالة التأخير في تنفيذ الإلتزام و هنا التنفيذ يكون مازال ممكنا و يمكن للمدين تنفيذه في أي

[1]- عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ, مجلة العلوم القانونية والاقتصادية, مكتبة القانون جامعة عين شمس,ع1 و ع2, س1،ص14.

[2]- عبد الكريم بلعيور،مرجع سابق،ص212.

[3]- عبد الرزاق السنهوري،مرجع سابق،ص204.

وقت[1]، و يجب أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى فعل المدين، إذ لا يجوز للدائن طلب الفسخ إذا كان هو المتسبب في عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه كعدم قيام المشتري المستهلك بتسديد الثمن إذا كان التسليم متوقف على دفع الثمن، فإمتناع المهني في هذه الحالة عن التسليم لا يترتب عليه حق المستهلك في فسخ العقد[2].

- ضرورة إعذار المهني، حيث يعتبر هذا الإعذار دلالة على إخلال المدين بالتزامه بعد توجيه له تنبيه من طرف الدائن(المستهلك)[3]، فبإثبات الإعذار يثبت تقصير المدين و بالتالي تسريع حكم القاضي بالتعويض إلى جانب الفسخ[4]، و الإعدار ليس شرط لقبول الدعوى بل شرط للحكم بالفسخ و بالتالي يجوز توجيهه أثناء النظر في الدعوى و متى بادر المهني المدين بالوفاء إلى تنفيذ الإلتزام ترفض دعوى الفسخ و يتحمل المدعي مصاريفها[5]

و الإعذار شرط ضروري للفسخ و هذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها[6]،حيث أعتبرت أن العقد لم يفسخ لعدم إحترام الدائن لإجراء الإعدار إذ أسس المدعي عدم قيامه بهذا الإجراء على أساس المادة 119 قانون مدني جزائري التي أستعملت لفظ "جاز" المحكمة قررت أن الدفع غير مؤسس لأن الجوازية كانت في مسألة الخيار بين المطالبة بالتنفيذ العيني للعقد أو فسخه، أما إجراء الإعدار فهو إجباري في كل الحالات.

بعد أعذار المدين و لم تكن هناك إستجابة يكون للمستهلك الحق في رفع دعوى الفسخ لأن القانون الجزائري ينص على أن الفسخ لا يتم بمجرد التأخر في التسليم بل لا بد من صدور حكم قضائي لأنه قد يحدث بين الأعذار و صدور الحكم تنفيذ الطرف المتقاعس لألتزامه،كما أن القاضي قد لا يستجيب لطلب الفسخ بما له من سلطة تقديرية في تقرير ذلك، و منه نلاحظ أن الفسخ القضائي يتميز بطول إجراءاته و تكاليفه خاصة ما تعلق بنتائج

---

[1]- عبد الكريم بلعيور، مرجع سابق ،ص112.

[2]- يسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني،الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2003،ص103.

[3]- نفس المرجع،ص173.

[4]- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية،د س ن ص34.

[5]- محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام: العقد و الإرادة المنفردة،الدار الجامعية،بيروث،2000،ص408.

[6]- قرار المحكمة العليا رقم 115182 الصادر في 21 مارس 1994، مجلة القضاء، العدد1994،2، ص...ص 167-169.

دعوى الفسخ التي قد تكون إيجابية أو سلبية ، فالمستهلك قد يرفع دعوى فسخ قضائي و ينفق أموال و لا يصل إلى مبتغاه و هو فسخ العقد لهذا نرى أن هذا النوع من الفسخ لا يتماشى مع عقد البيع الإستهلاكي الدولي.

2- أحكام فسخ عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني في القانون الفرنسي

في حالة التأخر في التسليم في عقد البيع الإستهلاكي يمكن فسخ العقد وفق أحكام المادة L141-1 من قانون الإستهلاك الفرنسي و هو ما نصت عليه المادة 28 من قانون Châtel السابق ذكرها و التي من خلالها يفسخ العقد بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول من المهني، و هذه الرسالة يمكن أن تكون في شكل إلكتروني و هذا ما أكده الرد

الوزاري رقم 191 المؤرخ في 11 جوان 2013[1] ،و على أساسه تم تعديل المادة 1369-8 فقرة 1 قانون مدني فرنسي[2] ، حيث أنشئت مواقع إلكترونية تقدم خدمة إرسال الرسائل الإلكترونية الموصى عليها مع إشعار بالوصول تطبيقا لنص المادة 1369-8 قانون مدني فرنسي مثل موقع :**www.resilier.fr** و الذي يتضمن نموذج للرسالة الموصى عليها [3]، و من إيجابيات إعتماد هذه المواقع إستمرارية الخدمة على مدار الأسبوع كما توفر جهد التنقل إلى مراكز البريد، حيث تمكن المستهلك من إمكانية فسخ عقده مباشرة من بيته في أي وقت يريد ذلك .

[1]- هذا الرد جاء نتيجة سكوت المادة 1369-8 فقرة 1 قانون مدني فرنسي قبل تعديلها بموجب الأمر 2016-131 المؤرخ في 11 فيفري 2016 عن إمكانية فسخ العقد عن طريق رسالة موصى عليه إلكترونية و تضمن هذا الرد الوزاري ما يلي:
« Si ce texte ne mentionne pas expressément la possibilité de solliciter également selon ce procédé la résiliation d'un contrat, il y a lieu de considérer qu'une telle modalité pourrait aussi être utilisée, dès lors que la résiliation, qui permet à l'une des parties de mettre fin à un contrat, notamment lorsque l'autre partie n'exécute pas ses obligations, est une modalité « relative à l'exécution du contrat ».

[2] - Art 1369-8 al1 « Une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire…. »

[3] - Modèles de lettres de résiliation gratuits voir le site : http://www.resilier.fr/modeles-lettre-de-resiliation.php

كما نصت على الفسخ القواعد العامة في القانون المدني في المادة 1610 التي أعطت للمشتري حق اختيار طلب فسخ البيع أو التنفيذ العيني له إذا كان البائع لم يقم بالتسليم في المواعيد المحددة بين الأطراف و كان ذلك بفعله[1].

نلاحظ أن فسخ عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي في القانون الفرنسي أيسر من فسخه في ظل القانون الجزائري الذي يخضع الفسخ إلى القواعد العامة و التي عادة لا تتوافق مع طبيعة العقد الإلكتروني الذي يقوم على السرعة و أيضا هذه القواعد لا تتوافق مع قيمة العقد الإستهلاكي التي تكون في الغالب قيمة بسيطة جدا.

و يترتب على فسخ العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[2]، و بالتالي إذا ما تم دفع الثمن من قبل المستهلك قبل التسليم فيترتب على فسخ العقد إرجاع المهني لكل المصاريف التي دفعها هذا الأخير مع إمكانية المطالبة بالتعويض، أما إذا كان دفع الثمن عند التسليم ففي هذه الحالة لا يكون للمستهلك سوى الحق في طلب التعويض على أساس الضرر.

ثانيا: قيام المسؤولية العقدية للمهني

المسؤولية لغة هي كل ما يتحمله مسؤول تناط بعهدته أعمال تكون تبعة نجاحها أو إخفاقها عليه[3]،كما تعرف أيضا بأنها جزاء الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها أو التأخر فيها[4] أما العقدية فهي التي تنشأ عن عقد بمفهومه الوارد في المادة 54 من القانون المدني،و تهدف المسؤولية العقدية إلى تعويض الطرف المضرور عن الأضرار و الخسائر التي لحقت به سواء كانت ناتجة عن إخلال ببنود العقد أو التأخر في تنفيذه[5]، و قد أقرت التشريعات الوطنية مسؤولية البائع اتجاه المشتري،و بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عالج

---

[1]- هذه المادة تمثل الأحكام العامة في عقد البيع في حالة الإخلال بإلتزام التسليم، لكن بالنسبة لعقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني فتطبق عليه الأحكام الخاصة الواردة في قانون الإستهلاك.

[2]- المادة 122 قانون مدني جزائري.

[3]- علي فيلالي،الالتزامات:العمل المستحق للتعويض،الجزء الثاني،دار موفم للنشر و التوزيع،الجزائر،2002،ص2.

[4]- العربي بلحاج،النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري،الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1999، ص264.

[5]- عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزام:الكتاب الثاني: المسؤولية المدنية،الطبعة الثالثة،توزيع دار الأمان،الرباط،2011،ص30.

المسؤولية العقدية في القانون المدني و لم يعطي لها أي أحكام خاصة في عقود الإستهلاك على عكس ما فعل المشرع الفرنسي الذي نظمها بموجب أحكام خاصة في قانون الإستهلاك فيما يتعلق بعقد البيع عن بعد ، و بعد إعطاء مفهوم للمسؤولية العقدية في إطار القواعد العامة (أ) ، يتم بيان خصوصياتها في أطار عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي(ب).

أ)- المسؤولية العقدية حسب القواعد العامة

تتطلب المسؤولية العقدية لقيامه أركان(1)، و أيضا شروط (2).

1- أركان المسؤولية العقدية

و تتمثل في الخطأ و الضرر و العلاقة السببية.

- الخطأ : يظهر الخطأ من خلال إمتناع احد المتعاقدين عن الوفاء بإلتزاماته التي تعهد بها أو في شكل تأخر في التنفيذ أو تسليم مبيع غير مطابق أو عدم الإلتزام بالإعلام.....

و الخطأ مهما كانت درجة جسامته يعتبر سبب لقيام المسؤولية مادامت النتيجة لم تحقق حتى و لو كانت تافهة[1] على أساس أن الإلتزام في عقد البيع هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فعدم تحقق هذه الأخير يترتب عنه قيام المسؤولية، و يفترض أن عدم قيام المهني بتسليم السلعة للمستهلك راجع إلى خطأ منه و لا يمكنه التحلل من ذلك إلا إذا أثبت أن الخطأ كان بسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المستهلك أو خطأ الغير و هذا ما جاء به المشرع في المادة 127 قانون مدني، و بالتالي نستنتج أن عبئ الإثبات يقع على عاتق المهني، أما بالنسبة لخطأ الغير و مدى تأثيره على المسؤولية العقدية فنميز بين وجود علاقة قانونية بين الغير و المهني و عدم وجودها، فالأصل أن خطأ الغير لا يتحمله المهني[2]، أما الاستثناء فالغير الذي له علاقة بتنفيذ العقد و علاقة قانونية مع المهني يتحمل هذا الأخير مسؤولية خطأه كما في حالة تعاقد مهني مع مورد خدمات لنقل الطرود ، فخطأ هذا الناقل يتحمله المهني أمام المستهلك.

---

[1]- عبد القادر العرعاري ،مرجع سابق، ص36.
[2]- نفس المرجع،ص42.

- الضرر : هو النتيجة الملموسة للخطأ و يتمثل في كل ما يلحق المستهلك من خسارة فإذا لم يترب الخطأ ضرر لا تقوم المسؤولية العقدية، و الضرر الواجب التعويض هو الضرر الناتج عن الإخلال بعدم الوفاء بالإلتزام التعاقدي[1].

- وجود علاقة سببية بين الضرر و الخطأ

أي أن الخطأ هو السبب المباشر للضرر والأصل أن عبأ إثبات العلاقة السببية يقع على عاتق الدائن بالتعويض، إلا أنه في المسؤولية التي تقوم على تحقيق نتيجة كمسؤولية الناقل مثلا لا يلزم الدائن إلا بإثبات الضرر أما الخطأ فهو مفترض في جانب المدين إلى غاية إثبات أنه كان بفعل أجنبي و ليس بخطأه[2].

2- شروط المسؤولية العقدية

تتمثل في شرطين أساسيين هما:

- وجود عقد صحيح

إن المسؤولية العقدية سميت نسبة إلى وجود عقد فإذا لم يوجد هذا الأخير لا يمكن الحديث عن مسؤولية عقدية و حتى و إن وجد فلا بد أن يكون عقدا صحيحا أي لا تكون المسؤولية عقدية إذا كان العقد باطل أو قابل للإبطال أو تقرر إبطاله أو أنقضى لأي سبب من أسباب الانقضاء[3].

- الإخلال بإلتزام تعاقدي

إن الشخص الذي يصيبه الضرر له أن يدفع بالمسؤولية العقدية عند الإخلال بإلتزام متضمن في العقد صراحة أو أي إلتزام يدخل في دائرة التعاقد، أي من مستلزمات العقد و هذا ما جاء في المادة 107 فقرة2 قانون مدني جزائري[4].

---

[1]- نفس المرجع ،ص44.

[2]- نفس المرجع ،ص 47.

[3]- علي فيلالي،مرجع سابق،ص19.

[4]- المادة 107 فقرة 2 قانون مدني جزائري " ...و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف،و العدالة بحسب طبيعةالإلتزام..."

ب)- خصوصية المسؤولية العقدية في عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني

في القانون الفرنسي و حسب ما جاء به قانون Châtel ، ففي عقد البيع عن بعد و الذي يدخل في أطاره عقد البيع الإلكتروني يكون للمستهلك الحق في الرجوع على المهني في حالة عدم تسلمه السلعة على أساس المسؤولية المطلقة حتى و لو كان عدم تنفيذ إلتزام التسليم يرجع إلى الناقل، و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها[1] في قضية تتلخص وقائعها في أن السيدة **X** طلبت إبطال عقد البيع عن بعد الذي كانت طرفا فيه بسبب عدم تسلمها السلعة نتيجة خطأ الناقل، حيث أن البائع دفع بعدم مسؤوليته على أساس أن الناقل يعتبر من الغير، لكن المحكمة رفضت الدفع و أعتبرته غير مؤسس و أقرت أن مورد الخدمة أو الناقل الذي لجأ إليه البائع المهني من أجل تنفيذ الالتزامات الناتجة عن عقد أبرم عن بعد لا يعتبر من الغير، و اعتبرت أن المهني له المسؤولية المطلقة في مواجهة المستهلك ، و في هذا السياق يعتبر تعسفي الشرط الذي يهدف إلى إقناع المستهلك بأنه لا يمكنه إثارة مسؤولية المهني في حالة عدم تنفيذ العقد أو التنفيذ الجزئي أو المتأخر للالتزامات المترتبة عنه ، أو تلك الخاصة بمورد الخدمة الذي لجأ له الناقل[2].

فالمهني إذا مسؤول عن التنفيذ الجيد للإلتزامات التعاقدية حتى و لو كانت هذه الإلتزامات قد تنفذ من طرف موردي الخدمات كالناقل و لا يمكنه إستبعاد مسؤوليته سواء كلها أو جزء منها إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ راجع إلى المستهلك نفسه أو الغير عن العقد أو القوة القاهرة، و يمكن للمهني عند الإقتضاء الحق بالرجوع على مورد الخدمات و هذا ما جاءت به المادة L121-19-4 من قانون الإستهلاك الفرنسي[3] و المادة 15 من قانون

---

[1] - Cass.Civ,13-11-2008,N°7-14856, disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019772303&fastReqId=377599246&fastPos=2

[2]- أنظر التوصية رقم 07-02 المرفقة كملحق.

[3] - Art L121-19-4 du code de la consommation Français « Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure »

الثقة الفرنسي التي تم نقلها إلى قانون الإستهلاك من خلال إعادة صياغة المادة L121-20-3 حيت تم تعويض مصطلح " كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاط بالمهني و المشتري عوض بالمستهلك"

فالمهني له المسؤولية كاملة في حالة ما إذا تم تسليم سلعة هالكة في تصليح أو تغيير أو تعويض هذه السلعة، و الهدف منها كان التأكيد على ضرورة حماية المستهلك، فحسب القواعد العامة نميز بين الخطأ الناتج عن تجاوز إلتزام بتحقيق عناية و إلتزام بتحقيق نتيجة من أجل إعمال المسؤولية العقدية، لكن إعتماد المسؤولية المطلقة لا يترك مجال لهذه التفرقة على أعتبار أن إلتزامات البائع عن بعد تكون ذات طبيعة إلتزام بتحقيق نتيجة[1] فمسؤولية المهني الإلكتروني قائمة سواء كان التأخير في التسليم بفعله أو راجع إلى الغير(وسيط في عملية التسليم) لأن نظام المسؤولية يقوم على عدم تحقق النتيجة إذ يكفي إثبات المدين لعدم التنفيذ و هذا ما نصت عليه المادة 1147 قانون مدني فرنسي، ففي قرار محكمة النقض في 08 نوفمبر 2008 في قضية تتلخص وقائعها أن شخصا طلب عبر الهاتف وصلات شراء من الشركة SLG التي أرسلتهم له عن طريق البريد فلم تصله و لم يتسلمها فأعتبر القاضي استنادا إلى المادة L121-20-3 فقرة 3 من قانون الاستهلاك أن مورد الخدمة الذي لجأ إليه المهني لتنفيذ التزاماته الناتجة عن العقد المبرم عن بعد لا يعتبر من الغير و بذلك فالبائع لا يمكنه الدفع بعدم مسؤوليته في حالة عدم تسليم الناقل للسلعة، و يمكن إسقاط ما طبقه القاضي على العقد المبرم عبر الهاتف على العقد المبرم عبر الانترنت باعتبار كليهما عقود تتم عن بعد، ففي قضية أخرى أمام محكمة الدرجة الأولى لباريس صدر فيها حكم في 26 جوان 2007 بين طرفين هما الإتحاد الفرنسي للمستهلكين Que choisir و SAS Free أين أعتبر القاضي بناء على المادة L121-20-3 قانون الاستهلاك أن SAS Free مسؤول كليا في مواجهة زبونه بالتنفيذ الجيد للالتزامات الناتجة عن العقد

[1] - Vetter-Mathieu,op.cit, p18.

سواء تم تنفيذ هذه الالتزامات من طرفه أو من مورد آخر تربطه به خدمات أي يقوم بخدمات لحسابه، طبعا هذا دون المساس بحقه في الرجوع عليه[1].

فنظام المسؤولية المطلقة يسمح للمستهلك بالعودة مباشرة على المهني سواء للمطالبة بالتنفيذ العيني أو التعويض أو إصلاح الشيء المعيب أو إستبداله، إذ لا يكون له الحق في التهرب و دفع المسؤولية بحجة أن الناقل هو المخطأ و يعتبر من الغير و بالتالي هو من يتحمل المسؤوليةمن خلال ما سبق نستنتج أن نظام المسؤولية المطلقة التي جاء بها المشرع الفرنسي تحقق حماية أكبر للمستهلك في التعاقد عن بعد، حيث أن إعتماد القواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية من أجل إثارة مسؤولية المهني لا تخدم المستهلك لما فيها من عناء له، إذ يجد إشكال في تحديد الجهة المسؤولة و بالتالي على من يعود؟ على البائع أم الناقل، الأمر الذي يتطلب إثبات توفر عناصر المسؤولية العقدية في مواجهة كلا الطرفين و الأمر ليس بهين بالنسبة للمستهلك ما يدفعه إلى التنازل عن حقه في التعويض.

و قد سار المشرع الجزائري في هذا الإتجاه من خلال المادة 18 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث أعتبر أن المورد الإلكتروني يكون مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الإلتزامات المترتبة على هذا العقد سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدي خدمات آخرين دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم، و يمكن للمورد الإلكتروني ان يتحلل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوئه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة قاهرة

فإذا كان القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية هو قانون العقد فإن المسؤولية التقصيرية يحكمها قانون مكان وقوع الفعل الضار و هو مبدأ مستقر عليه من طرف التشريعات و يعد تطبيقا لمبدأ الإقليمية[2]، و قد أخذ بهذا المبدأ المشرع الجزائري من خلال المادة 20 قانون مدني التي تنص على ما يلي: « يسري على الإلتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشأ للإلتزام....»

[1] - Jugement disponible sur le site : https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-4eme-chambre-1ere-section-jugement-du-26-juin-2007/

[2]- خالد عبد الفتاح محمد خليل،مرجع سابق،ص ص 332-333.

و يرى البعض أن حصر القانون الواجب التطبيق في مكان وقوع الضرر قديؤدي إلى تطبيق قانون لا يكون له إرتباط وطيد بالعلاقة أو قد لا يحقق تعويض مناسب للمستهلك، و لهذا الأحسن الأخد بالقانون الأصلح للمستهلك تطبقا لعدالة القانون الدولي الخاص[1]، و قد أخدت بهذا الإتجاه إتفاقية لاهاي لعام 1973 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المسؤولية عن عمل المنتجات[2] من خلال المواد 4،5 و 6 منها.

[1]- خالد عبد الفتاح محمد خليل،مرجع سابق ، ص339.

[2]- إتفاقية لاهاي لعام 1973 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المسؤولية عن عمل المنتجات،متوفرة على الموقع: https://assets.hcch.net/docs/0a7c850b-93c9-482b-8879-21b2382e2571.pdf

الـخـاتـمـــــــــــــــــــــــــة

من خلال ما تم دراسته بشأن حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني الدولي نستنتج أن هذه الحماية تتميز بتنوع أحكامها التي يكون مصدرها إما قواعد القانون الدولي الخاص أو قواعد الإستهلاك أو قواعد المعاملات الإلكترونية أو القواعد العامة للعقد، و تعتبر مرحلة حل نزاعات المستهلك المترتبة عن عقد البيع المبرم عبر الأنترنت أهم مرحلة تبرز فيها فكرة حماية هذا الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فقد رأينا وجود طريقين لحل هذه النزاعات، الطريق الغير قضائي و هو المفضل و الذي يعتمد على وسيلتين هما الوساطة الإلكترونية بالإضافة إلى الوساطة العادية، و التحكيم بنوعيه الإلكتروني و التقليدي، مع الإشارة إلى أنه لم يكن له نفس إهتمام الوساطة الإلكترونية لأن شرط التحكيم في مجال العقود الإستهلاكية لقى إنتقادا كبيرا من طرف القانونيين من حيث أنه لا يحقق مصلحة المستهلك بل قد يضره، و قد عمدت الدول المهتمة بهذه الوسائل إلى تطويرها تشريعيا و عمليا لتسهيل اللجوء إليها من طرف المستهلك لما توفره له من فعالية و ضمان لحقوقه، حيث تلزم هذه التشريعات المهني بإقتراح الوساطة الإلكترونية لحل نزاعه مع المستهلك قبل اللجوء إلى القضاء، كما عملت أيضا على إنشاء مواقع إلكترونية تفاعلية تقوم بالوساطة الإلكترونية مجانا و تقدم معلومات للمستهلك حول هذه الوسيلة،لكن الإشكال أن هذه الوسائل لم تحضى بإهتمام كبير على مستوى الدول العربية خاصة منها الإلكترونية، كما أنه تم حصرها في نطاق إقليمي بالنسبة لبعض الدول كالإتحاد الأوروبي مثلا.

أما الطريق القضائي و الذي يتم اللجوء إليه في حال فشل الوسائل البديلة أو الودية فتعترضه صعوبات و مشاكل خاصة فيما يخص مسألة تحديد الإختصاص القضائي و تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد و مدى ملائمة ضوابط الإسناد العادية للبيئة الإلكترونية الإفتراضية لشبكة الأنترنت و تحقيقها مصلحة المستهلك، فإعتماد ضابط محل إقامة المستهلك و ضابط الإرادة لتحديد الإختصاص أو القانون الواجب التطبيق كان متباينا بين التشريعات الدولية إذ هناك من أخذ بضابط محل إقامة المستهلك بصفة منفردة و هناك من أخذ بقانون الإرادة على أن لا يحرم هذا الأخير المستهلك من الحماية المقررة له

بموجب القواعد الآمرة لقانون محل إقامته و هنا قد يقع القاضي في إشكالية تنازع القواعد الآمرة للقانون الواجب التطبيق مع القواعد الآمرة لقانونه.

فالقانون الواجب التطبيق المعقد له الإختصاص بموجب قواعد الإسناد قد لا يحقق دائما الحماية المرجوة منه للمستهلك و لهذا يرى البعض ضرورة أخذ القاضي بالقانون الأصلح للمستهلك و نحن نؤيد هذا الرأي إنطلاقا من الدراسة المقارنة التي قمنا بها بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي في مجال حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، فإذا سلمنا بأن قانون محل إقامة المستهلك هو الأنسب للتطبيق لأنه الأكثر حماية فهذا يتوقف على مدى إما وجود تشريع في هذا القانون ينظم التعاقد الإلكتروني و حماية المستهلك فيه، و إما مدى كفاية هذه القواعد في حال وجودها.

و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يصل بعد إلى التطور الذي عرفه المشرع الفرنسي في هذا المجال، حيث أن هذا الأخير كان متماشيا مع تطورات التجارة الإلكترونية و مع متطلبات حماية المستهلك و توفير الضمانات الكافية له في تعاقداته التي تتم عبر شبكة الأنترنت، أما الجانب الإيجابي للمشرع الجزائري فنلمسه من خلال إصداره للقانون 18-05 بالرغم من النقائص التي تشوبه خاصة عدم تنظيمه لأحكام حق العدول والشروط التعسفية في العقد الالكتروني،و نلمسه أيضا من خلال إعترافه بالكتابة و التوقيع الإلكترونيين و هذا ما أنقص من المشاكل التي تعترض تطبيق بعض الأحكام العامة على العقد الإلكتروني.

و لتجاوز كل هذه المشاكل نقترح مجموعة من التوصيات تتمثل في:

- ضرورة وضع قواعد موضوعية موحدة عن طريق إتفاقيات دولية و ليست إقليمية تحمي المستهلك في أي مكان كان فيه في العالم على إعتبار أن شبكة الأنترنت شبكة عالمية لا تعرف حدود و بالتالي يجب إزالة الحواجز أمام هذا العقد خاصة مسألة تحديد النطاق الجغرافي للإيجاب.
- إعتماد الوساطة الإلكترونية لحل النزاعات المترتبة عن عقد البيع الدولي الذي يتم عبر الأنترنت بشكل واسع و دون تحديدها في نطاق معين و هذا لما توفره هذه الوسيلة من مزايا

تتلاءم مع بساطة عقد البيع الإستهلاكي و مقارنة بالإشكالات و الصعوبات التي تواجه المستهلك في حالةما إذا تم اللجوء إلى القضاء.

- توجه القاضي نحو الأخذ بالقانون الأكثر حماية للمستهلك بغض النظر عن القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد دون أن يكون هناك تعسف من طرفه.
- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لوضع قواعد قانونية تنظم مسألة الإختصاص القضائي الدولي إذا كان المستهلك طرفا في العقد، و إدخال تعديلات على قانون حماية المستهلك و قمع الغش لجعله يتلاءم مع عقد الإستهلاك الذي يتم عن بعد و أيضا الإهتمام و تطوير بوسائل الدفع الإلكترونية في مجال العقود الإستهلاكية و إحاطتها بالحماية القانونية اللازمة خاصة بالنسبة للمستهلك عند تعرضه لجرائم الإحتيال و السرقة و إختراق حساباته و هو ما يعرف بالجرائم الإلكترونية.
- ضرورة تعديل المشرع لقواعد الإسناد الخاصة بعقد البيع الدولي سواء تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على قانون العقد أو على الجانب الشكلي له من خلال إضافة ضوابط جديدة تأخذ بعين الإعتبار وجود المستهلك كطرف في العقد و تخدم البيئة الإلكترونية.

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولا- الكتب

01- إبراهيم رضوان جغيبر، بطلان حكم المحكم، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2009.

02- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري،لسان العرب، المجلد الأول،الطبعة الأولى،دار صادر للطباعة و النشر،بيروت1997.

03- أبو الونيس الخويلدي،حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل إتصال حديثة: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2006.

04- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، الطبعة الخامسة، منشاة المعارف الإسكندرية،1987.

05- أحمد أدرويش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني المعطيات القانونية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، المغرب ،2009.

06- أحمد بن محمد بن علي القيومي المقرئ، المصباح المنير،مكتبة لبنان، 2006.

07- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الأنترنيت، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن،2002.

08- أحمد شرف الدين،جهات الإختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية،دار النهضة العربية القاهرة،2003.

09- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية،دراسة مقارنة،طبعة أولى،دار النهضة العربية،مصر،2000.

10- أحمد عبد الكريم سلامة،الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،2008.

11- أحمد عبد الكريم سلامة،مدونات أبحاث في القانون الدولي الخاص،الطبعة الأولى، البحث السادس القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم،دار النهضة العربية، القاهرة.

12- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي،دار النهضة العربية القاهرة، 1994.

13- أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2001.

أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر،2002.

14- أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.

15- أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني:دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،مصر،2011.

16- أسامة أحمد بدر،حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني،دار الجامعة الجديدة،مصر،2005.

17- أماني أحمد رحيم، حماية المستهلك في نطاق العقد،دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، شركات المطبوعات للتوزيع النشر،بيروت،2010.

18- أياد محمود بردان، التحكيم و النظام العام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2004.

19- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني و إثباته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2008.

20- إيميل أنطوان ديراني،الخبرة القضائية، الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 1997.

21- إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني،دار النهضة العربية،القاهرة،2009 .

22- بشار محمد دودين،الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنيت،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2006.

23- بشير الصليبي، الحلول البديلة للنزاعات المدنية،دار وائل للنشر، عمان، 2010.

24- بلقاسم اعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري،ج1، طبعة9 ، تنازع القوانين ، دار هومة للنشر و التوزيع الجزائر،2006.

25- بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان احكام التحكيم الدولية،دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،2007.

26- تامر سليمان الدمياطي،إثبات العقد الإلكتروني عبر الأنترنيت ،دراسة مقارنة،طبعة أولى،منشأة المعارف،الإسكندرية،2009.

27- تروت عبد الحميد التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة،مصر،2007.

28- توفيق حسن فرج و مصطفى الجمال،مصادر و أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2007.

29- جمال الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى تحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة،2003.

30- جمال محمد الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية،2005.

31- حسام أسامة محمد، الإختصاص الدولي للمحاكم و هيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2009.

32- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية،دار النهضة العربي القاهرة،2005.

33- حفيظ السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي،الكتاب الثاني،منشورات الحلب الحقوقية،2000.

34- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.

35- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية،2002.

36- حفيظة السيد الحداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2007.

37- حفيظة السيد الحداد، هشام علي صادق، مبادئ في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2001 .

38- حمزة خشاب،مدخل إلى العلوم القانونية و نظرية الحق،دار بلقيس، الجزائر،2014.

39- خالد عبد الفتاح محمد خليل،حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص،دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2009.

40- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني:دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006.

41- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي،مصر،2009.

42- خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2008.

43- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، الدار الجامعية الإسكندرية،2011.

44- دليلة جلول،الوساطة القضائية في القضايا المدنية و الادارية،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،2012.

45- رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية،القاهرة،1999.

46- رضوان أبو زيد، التحكيم التجاري الدولي،دار النهضة العربية، القاهرة،1987.

47- زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت،1987.

48- سامي بديع منصور و عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية،بيروت،د س.

49- سامي عبد الباقي أبو صالح،التحكيم التجاري الإلكتروني،دراسة مقارنة،دار النهضة العربية،القاهرة،2004.

50- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في إطار عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.

51- سعيد سعد عبد السلام، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع و التوزيع، مصر،1992.

52- سعيد سيد قنديل،التوقيع الإلكتروني،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2006.

53- سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني أصول الإثبات و إجراءاته:الأدلة المطلقة،الطبعة الخامسة،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،1991.

54- سمير عبد السيد تناقو، عقد البيع ، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،2009.

55- صالح المنزلاوي، الاختصاص القضائي : النزاعات الخاصة و الاعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة نشر.

56- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة الاسنكدرية،2006.

57- صالح نائل عبد الرحمان، حماية المستهلك في التشريع الأردني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،1991.

58- طاهر شوقي مؤمن،عقد البيع الألكتروني، دار النهضة العربية، مصر،2007.

59- عاليا سمير، نظرية الدولة و أدبها في الإسلام، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت،1988.

60- عامر محمد الكسواني،موسوعة القانون الدولي الخاص1:تنازع القوانين،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2010

61- عامر محمد الكسواني،موسوعة القانون الدولي الخاص1:تنازع القوانين،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2010.

62- عباس العبودي ، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية و متطلبات النظام القانوني لتجاوزها منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010.

63- عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات، الطبعة الثانية،دار الثقافة،عمان،1999.

64- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني،دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2010.

65- عبد الحميد الشواربي، القرائن القانونية و القضائية في المواد المدنية و الجنائية و الأحوال الشخصية،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،1995.

66- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف الإسكندرية،د س ن.

67- عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي و الداخلي في المواد المدنية و التجارية و الإدارية طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

68- عبد الرحمان بربارة ،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،الطبعة الثالثة، منشورات مغدادي الجزائر،2011.

69- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء الثاني نظرية الإلتزام بوجه عام " الإثبات – آثار الإلتزام "، الطبعة الثالة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2000.

70- عبد الرزاق السنهوري،الموجز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري،دار إحياء التراث العربي،بيروت،د س ن

71- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، أحكام التنازع الدولي للقوانين،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2012.

72- عبد الفتاح الزيتوني، تنازع الاختصاص في العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، طبعة أولى، المطبعة الوراقة الداوديات، مراكش، 2010.

73- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، القاهرة 2007.

74- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية و حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر2005.

75- عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزام:الكتاب الثاني: المسؤولية المدنية،الطبعة الثالثة، توزبع دار الأمان،الرباط،2011.

76- عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

77- عبد الله عزالدين،تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

78- عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية،2012.

79- عبد المنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، مصر 1957.

80- عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر،2011.

81- عبد الودود يحي، دروس في قانون الإثبات،دار النهضة العربية، القاهرة،د س.

82- العربي بلحاج،النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري،الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1999.

83- عزة محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية ، القاهرة،1997.

84- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ،2009.

85- عصام عبد الفتاح مطر،التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2009.

86- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2002.

87- علي عوض حسن، الصيغ النموذجية للعقود و التصرفات القانونية:فسخ العقد،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،1998.

88- علي فيلالي،الالتزامات:العمل المستحق للتعويض،الجزء الثاني،دار موفم للنشر و التوزيع،الجزائر،2002.

89- عماد مجدي عبد الملك، التجارة الالكترونية، الطبعة 2، دار المطبوعات الجامعية، مصر،2011.

90- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية ..عقد البيع عبر الأنترنيت،الطبعة الأولى،دار الحامد للنشر و التوزيع،عمان،2007.

91- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك:دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون،الطبعة الثانية،منشأة المعارف،مصر،2008.

92- عوض الزعبي ، المدخل إلى علم القانون ، الطبعة الأولى،دار وائل للنشر و التوزيع، عمان 2001.

93- غالب الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، دون دار نشر بغداد،1988.

94- فاروق الأباصيري،عقد الإشتراك في قواعد المعاملات الإلكترونية:دراسة تطبيقية لعقود الأنترنت دار النهضة العربيةنالقاهرة،2003.

95- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، د ب، 1997.

96- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد،الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية،مصر، 1979.

97- فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى،دار الثقافة، عمان، الأردن، 2012.

98- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

99- قدوري عمار عصام، البريد الإلكتروني خصائصه و برامجه،الطبعة الأولة،دار علاء للنشر و التوزيع و الترجمة،دمشق،2002.

100- محمد إبراهيم أبو الهجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 2005.

101- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الأنترنيت، الطبعة الأولى،دار الثقافة،عمان،2002.

102- محمد إبراهيم أبو الهيجاء،التحكيم الالكتروني-الوسائل الالكترونية لفض المنازعات- الوساطة و التوفيق و التحكيم-المفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن،2009 .

103- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، الطبعة الأولى،دار الحامد للنشرة و التوزيع، الأردن،2013.

104- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر ،2006.

105- محمد أمين الرومي،التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، الطبعة الأولى،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية،2004.

106- محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود:دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر و التوزيع،2007.

107- محمد بودالي،حماية المستهلك في القانون المقارن: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي،دار الكتاب الحديث،الجزائر،2006.

108- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2005.

109- محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام: العقد و الإرادة المنفردة،الدار الجامعية، بيروت، 2000.

110- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت ، دار النهضة العربية،مصر، 2004.

111- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2008.

112- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص،الطبعة الثانية، بدون دار النشر،1985.

113- محمد محسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2005.

114- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص:دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2009.

115- محمد يوسف الزعبي ، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،2006.

116- محمود التحوي ، العنصر الشخصي لمحل التحكيمن دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2003.

117- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة،دون ناشر، دون مكان النشر،1988.

118- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنيت(دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان،2005.

119- مخلوف أحمد، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة،2001.

120- مصطفى أحمد أبو عمرو ،الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك،دار الجامعة الجديدة،مصر،2010.

121- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول:العقد، مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع،بيروت،د س.

122- منصور محمد حسين، مبادئ الإثبات و طرقه،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2006.

123- موفق حماد عبد ، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية:دراسة مقارنة،الطبعة الأولى مكتبة السنهوري، العراق،2011.

124- نادر شعبان إبراهيم السواح،النقود البلاستيكية و أثر المعاملات الإلكترونية على المراجعة الداخلية في البنوك التجارية،الدار الجامعية،الإسكندرية،2006.

125- نبيل إبراهيم سعد،الإثبات في المواد المدنية و التجارية،منشأة المعارف،الإسكندرية،2000.

126- نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص دار الثقافة للنشر، الأردن،2009.

127- نبيل زيد مقابلة، تنفيذ احكام التحكيم الأجنبية،دار النهضة العربية، القاهرة،2006.

128- هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

129- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية مصر،1995.

130- هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1972.

131- هشام صادق، مشكلة خلو إتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين في العلاقات الخاصة الدولية الفنية للطباعة و النشر، الإسكندرية،1987.

132- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 2001.

133- هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، منشاة المعارف، مصر،1982.

134- يسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني،الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان،2003.

135- يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية و المصرفية، الطبعة الأولى،دار الثقافة عمان،2012.

ثانيا - الرسائل والمذكرات

1- الرسائل

أ) الدكتوراه

1- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس،مصر،2006.

2- إبراهيم بختي، دور الانترنت و تطبيقاته في التسويق، رسالة دكتوراه،كلية علوم الاقتصاد و علوم التسيير،جامعة الجزائر،2005.

3- إبراهيم بن سطم بن خلف العنزي، التوقيع الإلكتروني و حمايته الجنائية، أطروحة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية،كلية الدراسات العليا،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض،2009.

4- أحمد إبراهيم عطية، النظام القانوني للإعلانات في القانون المدني، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة القاهرة،2006.

5- أزرو محمد رضا، إثبات العقد الإلكتروني،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة بلقايد بوبكر، تلمسان،2015-2016.

6- أمازوز لطيفة، إلتزام البائع بتسليم الشيء المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم:تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2011.

7- بلقاسم حامدي،إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق،جامعة الحاج لخضر باتنة،2014-2015.

8- حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، أطروحة دكتوراه، فرع قانون خاص، كلية الحقوق،جامعة الجزائر1،سنة 2010-2011.

9- خالد شويرب،القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه،فرع الملكية الفكرية،كلية الحقوق،جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2008-2009.

10- زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،2012-2013.

11- سوالم سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري ، أطروحة دكتوراه قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر ، بسكرة 2014/2013.

12- عبد الله عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني:دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري،رسالة دكتوراه،جامعة عين شمس،1988.

13- عبد الوهاب مخلوفي ، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة دكتوراه العلوم في الحقوق تخصص قانون أعمال،كلية الحقوق،جامعة الحاج لخضر ، باتنة، 2011-2012.

14- قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات،رسالة دكتوراه العلوم في القانون،فرع قانون أعمال،كلية الحقوق و العلوم السياسية،قسم الحقوق،جامعة محمد خيضر،بسكرة،السنة الجامعية 2013-2014.

15- محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية،رسالة دكتوراه في القانون التجاري، جامعة الدوال العربية، مصر، 2004.

16- هوام علاوة، الوساطة بديل لحل النزاع و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة،2012-2013.

ب) الماجستير

1- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم و آثاره و طرق الطعن به،دراسة مقارنة أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح نابلس،فلسطين،2008.

2- أياد محمد عارف عطا سدا، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين،2009.

3- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية،مذكرة ماجستير تخصص قانون التعاون الدولي،كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2012.

4- زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة ماجستير تخصص قانون المنازعات الإدارية، جامعة تيزي وزو، 2015.

5- عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في المنازعات القضائية الصلح و الوساطة القضائية طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة ماجستير، فرع العقود و المسؤولية،كلية الحقوق،بن عكنون الجزائر،2012.

6- عياض محمد عماد الدين،الحماية المدنية للمستهلك من قواعد الممارسات التجارية،رسالة ماجيستير،كلية الحقوق، جامعة ورقلة،2007.

7- غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو،2012.

8- فلاح فهد العجيمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط الأردن،2011.

9- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة،رسالة ماجستير في القانون،كلية الدراسات العليا،الجامعة الأردنية،2006.

10- محمد محمود محمد جبران، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن،2009.

ثالثا) المقالات

1- إبراهيم أحمد إبراهيم، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي، المجلة المصرية للقانون الدولي،عدد1981،37.

2- إبراهيم إسماعيل إبراهيم، فعالية قرار التحكيم الإلكتروني:دراسة مقارنة،مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية،مجلد21،عدد2013،2.

3- أحمد إبراهيم الحياري ،عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الأنترنيت،دراسة مقارنة في القانون الأردني و الفرنسي،المجلة الأردنية في القانون و العلوم السياسية،جامعة مؤتة، مجلد1، عدد2، أوت 2009.

4- أحمد يوسف خلاوي، أنواع التحكيم، مقال، موجود على الموقع:www.moj.gov.sa

5- أحمد أنور ناجي، الوسائل البديلة لحل المنازعات، مقال متوفر على الموقع : www.droitcivil.oever-blog.com/article-7211899.html

6- أحمد ولد أحمد المصطفى، العقد و النظام العام و الآداب العامة،2014،مقال موجود على الموقع:www.eddamir.info

7- أحمد ولد محمد المصطفى ، العقد الالكتروني في القانون الدولي الخاص،مقال،متوفر على الموقع: www.droitentreprise.org

8- أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون،مجلة الحقوق السنة التاسعة عشر، العدد الثالث،جامعة الكويت، ديسمبر 1995.

9- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية و مسؤولية جهاز التوثيق إتجاه الغير المتضرر، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة، من 10 إلى 12 ماي 2003، متوفر على الموقع:

http://www.isegs.com/forum/showthread.php?t=3537

10- أسعد فاضل منديل الجياشي، النظام القانون للتحكيم الإلكتروني، مقال متوفر على الموقع : http://profasaad.info/?page_id=66

11- أسامة الروبي عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات و الإدعاء مدنيا بتزويره، أعمال المؤتمر العلمي السنوي السابع عشر، المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية- الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مركز الدراسات والبحوث الإستراتيجية- أبو ظبي،19-20 ماي 2009.

12- أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني ، مقال متوفر على الموقع: www.iefpedia.com/arab/wp.../

13- أسامة بن غانم لعبيدي،حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، العربية السعودية، مجلد28،العدد56، متوفر على الموقع:

http://www.nauss.edu.sa/Ar/CollegesAndCenters/ResearchesCenter/studiesmagazine/Archive/1434/Documents/em_dar_56_4.pdf

14- أشرف وفاء محمد، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، العدد57، 2001.

15- أيسرا خضير مظلوم و منصور حاتم محسن، العدول عن العقد في عقد الإستهلاك الإلكتروني مجلة المحقق، الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني،السنة الرابعة، مقال متوفر على الموقع: http ://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=65059

16- أيمن الزيني، التحكيم الإلكتروني، مؤتمر الكويت الأول للتحكيم، 4- 6 ديسمبر 2012 .

17- بن غريب زينب، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، مقال، متوفر على الموقع: http://www.marocdroit.com

18- بكلي نورالدين،دور و اهمية التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون الجزائري و القوانين العربية: الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الجزء الأول، 2009.

19- بلميهوب عبد الناصر،حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي مقال متوفر على الموقع الالكتروني www.tribunaldz.com/forum/t1632

20- جمعة حازم حسن، إتفاق التحكيم الإلكتروني و طرق الإثبات عبر وسائل الإتصال الحديثة، مقال متوفر على الموقع:www.arablaw.info.com

21- حسام مروان عبد الحي أبو حمادة، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي،بحث،نقابة المحامين الأردنيين،2014.

22- رباحي أحمد، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، العدد5،جانفي 2008، متوفر على الموقع:

http://www.univ-chlef.dz/renaf/Articles_Renaf_N_05/article_16.pdf

23- سفيان شبة ،حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، دفتر السياسة و القانون، العدد4، جانفي2011.

24- سليمان براك دايح الجمايلي،الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الإستهلاك، مجلة الحقوق جامعة النهرين،مجلد8،العدد2005،4.

25- شيماء جمال مجاهد، تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية،كلية الحقوق، جامعة المنصورة بحث موجود على الموقع http://aladalacenter.com

26- صالح جاد المنزلاوي، تسوية النزاعات التجارية عبر شبكة الإتصال -الإلكترونية، مجلة المحامين العرب،العدد3، 2009، متوفر على الموقع:www.eastlaws.com

27- طلال ياسين العيسى،دراسة قانونية في علاقة لاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد25، العدد2009,1.

28- علي عبد الرضا عفلوك و عطيوي عبود الزبيدي، الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي:دراسة مقارنة ، مجلة رسالة الحقوق،جامع كربلاء،العراق،السنة السابعة،العدد الثاني،2015.

29- عمر مشهور حديثة الجازي،الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية،ملتقى حول الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات،جامعة اليرموك أربد،الأردن،28 كانون الأول2004.

30- عمر فارس، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، مقال موجود على الموقع :
http://www.startimes.com/?t=32094939

31- عبد القادر بوراس، مدى حجية الدفوع المتعلقة بالنظام العام و أثرها على تنفيذ قرارات التحكيم في الجزائر، مداخلة، ملتقى تحت عنوان تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، من 8 إلى 10 أفريل 2007.
32- محمود حيدر، الوساطة ،مقال متوفر على الموقع :
www.elbayan.ae/opinions/articles/2011-02-23-1.1390381

33- عصام القصبي، تنازع الاختصاص القانوني و القضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية مقال مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية، بين الشريعة و القانون، الإمارات العربية المتحدة 10-12ماي 2003، متوفر على الموقع:

http://www.isegs.com/forum/showthread.php?t=3537

34- عبد العزيز محمد الزعابي ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الألكترونية، 2013، مقال موجود على الموقع: www.az.advocates.com

35- عقيل فاضل حامد الدهان،د.غني ريسان جادر السعدي،الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني،مقال،متوفر على الموقع:
http://www.ahlulbaitonline.com/karbala/New/html/research/research.php?ID=54

36- عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ, مجلة العلوم القانونية والاقتصادية, مكتبة القانون جامعة عين شمس,العدد 1 و العدد 2, السنة الأولى.

37- عبد الرسول كريم أبو صبيع،أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد،كلية الحقوق ،جامعة الكوفة ، جامعة محمد خيضر،بسكرة، العدد2014،11.

38- فراس كريم شعبان و هند فائز أحمد، الوساطة في المنازعات الالكترونية ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية،جامعة بابل، العراق،العدد2014،3.

39- كمال عبد الرحيم العلاوين و خلدون سعيد قطيشات، دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الأردني: دراسة تحليلية مقارنة، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 38 العدد2، 2011

40- مهند عزمي أبو مغلي،منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات، علوم الشريعة و القانون، جامعة الأردن، عمان، المجلد 41، العدد2014،2.

41- مصطفى أحمد الحاج يوسف و أبو سالف آدم مصطفى، إجراءات التحكيم الإلكتروني و تنفيذ قراراته، مجلة جامعة بخت الرضا العلمية،السودان،العدد14،مارس2015 متوفر على الموقع: http://mag.uofb.edu.sd/?page_id=1069

42- محمد إبراهيم موسى، التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السنوي 16، كلية الشريعة و القانون و غرفة تجارة و صناعة دبي، أيام28-30 أفريل 2008.

43- مهند عزمي أبو مغلي و أمجد حمدان الجهيني، رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني،مجلة الشريعة و القانون،كلية القانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة،العدد2009،38.

44- محمد أطويف، تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الالكترونية، مقال موجود بالوقع الإلكتروني http://www.marocdroit.com

45- مولاي حفيظ علوي قديري،التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، الجزء الأول، مقال متوفر على الموقع http://www.alkanounia.com

46- مولود قارة ، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية،مقال،متوفر على الموقع: http://www.adelamer.com/vb/showthread.php?13118

47- محي الدين جمال، تنازع الاختصاص القضائي الدولي،المواد10 و 11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ، مجلة المفكر، العدد السادس،ديسمبر 2010، متوفر على الموقع:

http://fdsp.univ-biskra.dz/images/revues/mf/r6/m6-03.pdf

48- مسعود أرحومة،الإشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية و القانون، أكاديمية الدراسات العليا،طرابلس ، ليبيا، 28-29 أكتوبر 2009، مقال متوفر على الموقع:http://iefpedia.com/arab

49- نوال بن عمارة، وسائل الدفع الإلكتروني:الآفاق و التحديات، الملتقى الدولي حول التجارة الإلكترونية، كلية الحقوق و العلوم الإقتصادية،جامعة ورقلة،أيام 15-16-17 مارس 2004.

50- نبيل زيد مقابلة، التحكيم الإلكتروني، مقال،2007،متوفر على الموقع: www.dralmarri.com/show.asp?field=res_a&id=216

51- نائل علي مساعدة، الكتابة في العقود الإلكترونية في القانون الأردني، مجلة الشريعة و القانون، كلية القانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد50، أفريل 2012.

52- هند عبد القادر سليمان، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم في المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية و القانون، ليبيا،دس، متوفر على الموقع:www.iefpedia.com/arab/

53- هشام بشير،التحكيم التجاري الإلكتروني المزايا و العيوب، مقال متوفر على الموقع: http://araa.sa/index.php?view=article&id=686:2014-06-24-10-47-17&Itemid=172&option=com_content

54- هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني،مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،الأيام 10-12 ماي 2003، متوفر على الموقع:

http://www.isegs.com/forum/showthread.php?t=3537

55- يوسف مسعودي، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، مقال، جامعة تمنراست، متوفر على الموقع:www.manifest.univ-ouargla.dz

56- يسعد حورية، طرق الطعن في أحكام التحكيم طبقا للقانون الجزائري، ملتقى وطني حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر،جامعة قاصدي مرباح،ورقلة،الأيام من 21 إلى 22 أفريل 2010.

رابعا : النصوص القانونية

أ) الوطنية

الإتفاقيات الدولية

1- اتفاقية الرياض لعام 1983 المتعلقة بالتعاون القضائي بين دول جامعة الدول العربية.

2- إتفاقية نيويورك لعام 1958 صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفبر 1988 ، يتضمن الإنضمام بتحفظ إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو و الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها،ج ر ج ج، عدد48.

3- إتفاقية البنك الدولي بواشنطن لعام 1965 بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول و مواطني الدول الأخرى الجزائر فصادقت عليها بموجب المرسوم الرآسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 اكتوبر 1995، يتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر ج ج، عدد66.

النصوص التشريعية

1- الأمر 66- 156مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج ر ج ج، عدد43

2- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني،ج ر ج ج،عدد78،معدل و متمم.

3- القانون رقم 91-05 المؤرخ في 16 يناير 1991 يتضمن تعميم استخدام اللغة العربية ،ج ر ج ج عدد3 .

4- الأمر 95-06 المؤرخ في 25-01-1995، يتعلق بالمنافسة،ج ر ج ج ، عدد9،مؤرخة في 22-02-1995،معدل و متمم بالأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة،ج ر ج ج،عدد43.

5- الأمر 03-06 المؤرخ في 19 يوليو2003، يتعلق بالعلامات، ج ر ج ج، عدد 44،المؤرخة في 23 يوليو2003.

6- الأمر 03-11 مؤرخ في 27 أوت 2003، يتضمن قانون النقد و القرض،ج ر ج ج،عدد52.

7- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج ر ج ج، عدد44،مؤرخة في 26 يونيو 2005.

8- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج،عدد21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

9- قانون رقم 08-11 مؤرخ في 25 يونيو 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقلهم فيها، ج رج ج، عدد 36، المؤرخة في 2 يوليو 2008.

10- قانون 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر ج ج،عدد15،المؤرخة في 08 مارس 2009.

11- قانون 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009،يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها،ج ر ج ج،عدد47.

12- القانون 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 ، يعدل و يتمم القانون 04-02 المؤرخ في 23 جويلية 2004،الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،ج ر ج ج، عدد 46،مؤرخة في 18 أوت 2010.

13- قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فيفري 2015،يحدد القواعد المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر ج ج ،عدد 6 ،مؤرخة في 10 فيفري 2015.

14- قانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ج ج، عدد28 المؤرخة في 16 ماي 2018.

المراسيم

1- المرسوم الرئاسي رقم 15-261،مؤرخ في 08 أكتوبر 2015،يحدد تشكيلة و تنظيم و كيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال و مكافحتها،ج ر ج ج،عدد53.

2- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990، يتعلق برقابة الجودة و قمع الغش،ج ر ج ج ،العدد5، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي 01-315.

3- المرسوم التنفيذي رقم 90-367،مؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، ج ر ج ج، العدد50.

4- المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005،يحدد شروط تحرير الفاتورة و سند التحويل و وصل التسليم و الفاتورة الإجمالية و كيفيات ذلك، جريدة رسمية عدد 80،مؤرخة في 11 ديسمبر 2005.

5- المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج ر ج ج، عدد56، المؤرخة في 11 سبتمبر 2006.

6- المرسوم التنفيذي 100/09 مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدد كيفيات تحديد الوسيط القضائي،ج رج ج عدد 16.

7- المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013،الذي يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، ج ر ج ج، عدد 49، مؤرخة في 02 أكتوبر 2013.

8- المرسوم التنفيذي رقم 16-66 مؤرخ في 16 فيفري 2016،يحدد نموذج الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة و كذلك الأعوان الإقتصاديين الملزمين بالتعامل بها ج ر ج ج ، عدد 10،مؤرخة في 22 فيفري 2016.

ب- الأجنبية.

1- القانون المغربي رقم 08-05 الذي نشر في الجريدة الرسمية رقم 5584 بتاريخ ديسمبر/كانون الأول 2007 يقضي بإلغاء أحكام قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم ويفرض إجراءات جديدة تنظم التحكيم والوساطة الاتفاقية.

2- القانون المدني التونسي رقم 57-2000، أنظر الموقع:

http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/services_a_distance/references_juridiques/L_2000_57_ar.pdf

3- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

4- القانون التونسي لعام 2000 المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية.

5- قانون الإجراءات المدنية التونسي.

6- قانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة 2004.

7- قانون التجارة الالكترونية المصري ، www.aidmo.org

8- قانون المعاملات الالكترونية السوري رقم 2014/3.

9- القانون اللبناني رقم 659 الصادر في 04 شباط 2005 يتعلق بحماية المستهلك، معدل بموجب قانون رقم 265 بتاريخ 15-04-2014.

10- قانون مدني أردني.

11- أصول المحاكمات الأردني.

12- قانون التجارة الإلكترونية الأردني لعام 2015.

13- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، www.adjd.gov.ae

14- القانون العربي الإسترشادي للإثبات بالطرق الحديثة، أعتمد من طرف مجلس الوزراء العرب بقرار رقم 771- د24 -2008/11/27.

15- القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات الالكترونية، أعتمد بقرار مجلس وراء العدل العرب رقم 812/د25-2009/11/19.

https://assets.hcch.net/docs/4478cb6c-a904-4570-b13a-287dea83ee3d.pdf

16- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، متوفر على الموقع :
https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf

17- اتفاقية لاهاي لعام 2005 المتعلقة باتفاقات المحكمة المختصة.

18- إتفاقية lugano لعام 1988.

19- إتفاقية لاهاي لعام 1973 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على المسؤولية عن عمل المنتجات،متوفرة على الموقع:
https://assets.hcch.net/docs/0a7c850b-93c9-482b-8879-21b2382e2571.pdf

20- الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1974 ، تم تعديل هذه الإتفاقية سنة 2012، متوفرة على الموقع: http://www.lasportal.org/ar/summits/Documents

خامسا : الأحكام القضائية

1- قرار المحكمة العليا رقم 115182 الصادر في 21 مارس 1994، مجلة القضاء، العدد2،1994.

سادسا: المحاضرات

1- عبد الرسول عبد الرضا، معايير تحديد الاختصاص القضائي الدولي، محاضرة متوفرة على الموقع : http://www.uobabylon.edu.iq

2- عبد الرسول عبد الرضا، الاختصاص القضائي الدولي الطارىء محاضرة متوفرة على الموقع: http://law.uobabylon.edu.i

سابعا: الآيات القرآنية

1- سورة الحجرات، الآية9 .

2- سورة البقرة ،الآية 282 .

باللغة الفرنسية

I) livres

1- Alfred.E.Von Overbeck, recueil des cours, tome176, 1982 diponible sur le site https://books.google.dz

2- Calais-Auloy Jean et Steinmetz Frank, droit de la consommation, 7eme édition,Dalloz, Paris,2006.

3- Caprioli,Eric.A,reglement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du Juris-classeur, litec,Paris,2002.

4- Daniel Gutman, droit international privé, 4eme édition ,dalloz, Paris, 2004.

5- Gautrais Vincent, Jacquot François, Lemyre Pierre-Paul et alii, le guide juridique du commerçants électronique , centre international du commerce , 2001.

6- J-Calais-Auloy et Steinmetz, droit de la consommation,5eme édition, Dalloz,2000.

7- José Carlos Fernandez Rozas, le rôle des juridictions étatique devant l'arbitrage international, collecte of courses , Martinus nijhoff publishers, Belgique,2002.

8- Mathild Sumampouw, les nouvelles conventions de La Haye, leur application par les juges nationaux, tome III, Martinus Nijhoff, Pays-Bas, 1984.

9- P.Mayer « droit international privé »5eme édition, Paris, Montchristien,1994.

10- Philippe Fouchard,Emanuel Gaillard,Berthod Goladman,traité de l'arbitrage commercial international,Litec,France,1996.

12- Schultz Thomas,Reguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne-une approche critique,L.G.D.J ,2005.

13- Yves Guyon, l'arbitrage, economica,Paris, 1995.

II) Thèses et mémoire

- **Thèses**

1-Djamila Mahi-Disdet, l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, thèse doctorat, droit privé université d'Avignon et des pays de Vaucluse, France , 2011.

2-M.Naimi Charbonnier , la formation et l'exécution du contrat électronique, thèse doctorat, faculté de droit ,ParisII,2003.

3-Maen Al Qudah, l'exécution de contrat de vente internationale, de marchandise (étude comparative),thèse doctorat en droit privé,faculté de droit , université de Reims Champagne Ardenne,2007.

4-Mazen Hotait,protection des consommateurs dans les contrats conclu sur internet :étude comparative droit Français et Libanais , Thèse doctorat , Université Panthéon-Assas, Paris, 2008.

5-Sinan Al Shattnawi, les conditions générales de ventes dans les contrats électroniques en droit comparé Franco-Jordanien, thèse doctorat, Ecole Doctorale de Droit, Université Reins Champagne-Ardenne, France, 2012.

6-Souleymane A.Maiga, lecontrat conclu par internet et la protection des consommateurs, Thèse pour le doctorat en droit, droit-economie-sciences sociales, Université Pantheon –Assas, Paris,2008.

7-Sylvette Guillemard,le droit international privé face au contrat de vente cyberspacial,thèse doctorat,faculté de droit,université Laval,Quebec,2003.

8-Thara Rathvisal,ordre publique et arbitrage international en droit du commerce international,thèse,université lumière Liol2 ,France,2006.

10-Vincent Gautrais, l'encadrement juridique du contrat électronique international, thèse doctorat, faculté des étude supérieures, université Montréal, 1998.

11-Youcef Shandi,la formation du contrat à distance par voie électronique, thèse doctorat, faculté de droit, université Robert Shauman ,Strasbourg III,2005.

Mémoires

1-Carlotta Calabressi ,le droit applicable aux contrats internationaux conclus sur internet, mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme d'étude supérieures en relations internationales, mention :droit international, institut universitaire des hautes études internationales, Université de Genève , 2001.

2-Elie Chakthoura,le droit international privé à l'épreuve du commerce électronique, mémoire de la maitrise en droit, université du Québec,2011.

3-Elodie lachambre, arbitrage international et droit de la consommation, mémoire d'admission, université Panthéon-Assas Paris II,2004-2005.

4-Kouadio Pacome,FIENI,la preuve sur internet :le cas de la vente en ligne, mémoire DEA, droit et science politique ,université de Cocody-Abidjan,2006 ,p35.disponibel sur le site :www.mémoireonline.com

5-Mariem Rekik, le juge du contrat électronique international, mémoire mastère, droit privé, faculté de droit de Sfax ,Tunisie,2013.

6-Miriam G.Cohen, contrat de cyberconsommation et arbitrage :les leçons de l'arrêt, Mémoire présenté à la faculté de droit en vue de l'obtention du grade de Maitrise en droit (LL.M),option, droit des affaires, université de Montréal,2009.

7-Nathalie MOREAU,la formation du contrat électronique :dispositif de protection du syberconsommateur et mode alternatifs de reglement des conflits (M.A.R.C), DEA droit des contrats,école doctoral des sciences juridiques, politique , économique et de gestion, faculté des sciences juridique,polique et social, université de Lille2,2003.

8-Penda Ndiaye, arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, mémoire de maitrise en droit, université de Montréal, Faculté de droit,2006.

9-Rithy Chey,l'arbitrage et lecontrat de consommation :le point sur l'état de droit,mémoire master2,faculté de droit et science politique,université lumière Lyon2,2006.

10-Rosario DUASO CALÉS, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation, mémoire de maîtrise en droit, faculté de droit, université Montréal,2002 .

11-Vetter-Mathieu, Les conséquences de la livraison tardive d'un bien en exécution d'un contrat de commerce électronique, MASTER 2 Droit et Etudes Européennes Mention Droit de l'entreprise Spécialité Droit du Multimédia et des Systèmes d'Information, UNIVERSITE DE STRASBOURG,2008.

12-Zygier-Jalladeau, la protection du consommateur dans le contrat de vente en ligne, mémoire, option : culture juridique Française et européenne, Université Panthéon-Assas (Paris).,2009-2010.

III) Articles

1-Ahmed Ouerfelli, président du groupe de travail au CEJJ et enseignant en droit, l'arbitrage en ligne, Article disponible sur le site : www.urdri.fdspt.rnu.tn/articles/colloque-e.../Ahmed-ouerfelli-arbitrage-en-ligne.ppt

2-BRIGITTE LEFEBVRE , L'affaire Dell : réflexions sous l'angle du droit civil, Revue générale de droit, vol. 37, n° 2, 2007.

3-Olivier Dulon,les MARC :Les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits et la résolution amiable des litiges en ligne :Allemagne, Belgique et France. www.dulon.org/app/download/

4-Caprioli E,arbitrage et médiation dans le commerce électronique - l'expérience du cyber tribunal, revue arbitrage,n°2 ,1999,disponible sur le site : http://www.caprioli-avocats.com/publications/76-commerce-electronique-et-internet/44-arbitrage-mediation

5-Charlie Bouchard et La coursière, les enjeux du contrat de consommation en ligne, Revue générale de droit, vol33, N°3,2003.

6-Claude Fabien,la preuve par document technologique, article disponible sur le site : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol38num3/fabien.pdf

7-GÖTS -Sebastian Hok,
le droit international privé allemand, article disponible sur le site :www.dr-hoek.de

9-Houria Yessad, l'arbitrage commercial international, revue critique de droit et de science politique N°2,2006.

10-L. THOUMYRE, échange du consentement dans le commerce électronique, en ligne : www.juriscom.net

11-Me Michel Gagné,La preuve dans une contexte électronique, Montréal,21 septembre 2001,voir le site: http://www.mccarthy.ca/pubs/lepreuve.pdf

12-Marc Henzelin, la protection pénal du commerce électronique du poin de vue des consommateurs. Etat des lieux, article disponible sur le site : http://www.lalive.ch/data/publications/mhe_La_protection_penale_du_commerce_electronique_du_point_de_vue_des_consommateurs_Etat_des_lieux_2002.pdf

13- Patricia Foucher et Françoise Hébert-wimart, la garantie de la conformité du bien au contrat, INC- document, étude juridique, INC hebdo, N°1367,decembre2005, diponible sur le site : http://www.conso.net/sites/default/files/pdf_abonne/1367-garantie_de_conformite_280.pdf

14-Romain SALZBURGER,les contrats internationaux :quel droit s'applique, janvier2013,article diponible sur le site : http://entreprise.barreaudeliege.be

15-Vincent Gautrais,la couleur consentement électronique,article, disponible sur le site www.papyrus.bib.umontreal.ca

16-T.VERBIEST, « droit international privé et commerce électronique : état des lieux »,article disponible sur le site :

https://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm.para.28-30

IV) Textes juridiques

1- convention Lahaye conclue le 25 novembre 1965, concernant les accords d'élection de for, disponible sur le site : https://www.hcch.net

2- Convention Bruxelles 1968, Concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale http://www.droi-technologie.org
3- Convention Lahaye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels

https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=31

4-Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, disponible sur le site : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126(02)

5-RÈGLEMENT (UE) N° 524/2013 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (règlement relatif au RLLC) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32013R0524

6-Règlement d'exécution (UE) 2015/1051 de la Commission du 1er juillet 2015 définissant les modalités d'exercice des fonctions de la plate-forme de règlement en ligne des litiges, les modalités du formulaire de plainte électronique et les modalités de la coopération entre les points de contact prévues au titre du règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32015R1051

7- Le Règlement "Rome 1" du 17 juin 2008 fait suite et remplace la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles internationales , (CE) N° 593/2008, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593

8-RÈGLEMENT (UE) No 1215/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale(Bruxelles1 bis), : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:fr:PDF

9- Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance

10-DIRECTIVE 2008/52/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

11-Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC).

12-Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.diponible sur le site :
http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31999L0093

13-la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne .

14- Directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil, du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

15-Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») .

16- Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE.

17- DIRECTIVE 2008/52/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, disponible sur le site :
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Fr:PDF

18- code civil Français.

19- Code de LA consommation Français.

10-Code de procédures civil Français.

11-Code pénal Français.

12- Code civil du Quebec, http://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991

13- Loi fédéral sur le droit international privé suisse 1987, https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html

14-loi N° 2230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve au technologie de l'information et relative à la signature électronique. Disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629200

15-Loi N° 2004-575 du 12 juin 2004 pour la consommation dans l'économie numirique.

16-La loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, plus connue sous le nom de loi Toubon du nom de Jacques Toubon, le ministre de la Culture de l'époque, est une loi française destinée à protéger le patrimoine linguistique français.la loi est disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341

17- Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit ,disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886461

18- Loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629637

19-LOI n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (1), disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022419094

20-Ordonnance no 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

21- Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

22- l'ordonnance 2015-1033 **du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation .**

23- Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

24-Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur.

25-Décret **n° 2015-1382 du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation.**

26-Décret n°97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation (partie réglementaire), disponible sur le site www.legifrance.gouv.fr

27-Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation,diponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020414100&categorieLien=id

28- Décret N°2004-836, 20 août 2004 **portant modification de la procédure civile.**

29- Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) [notifiée sous le numéro C(2001) 1016] .

Jurisprudences

1- cour de cassation, chambre civile1 , du 30 mars 2004 ,01-12.259, publier au bulletin,disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007046946

2- cour de cassation,chambre civile1,du 21 mai 1997 ,95-11.429,disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007331541

3- désision n° 500-09-014209-043 (500-06-000199-030),cour d'appel ,province de Quebec,grefee de Montreal, disponible sur le site : https://www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/DellCSC.pdf

4- Cour d'appel de Pau,1ere chambre, arret du 23mars2012, Sébastien R/facebook:voir le site www.legalis.net

5- Cass.1ere.Civ.29 octobre 2002, Claire-Marie PEGLION-ZIKA.

6- Tribunal de grande instance de Paris 1ère chambre, section sociale Jugement du 28 octobre 2008,disponible sur le site : https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-1ere-chambre-section-sociale-jugement-du-28-octobre-2008/

7-Tribunal de grande instance de Bordeaux 1ère chambre civil, jugement du 11 mars 2008,disponible sur le site : https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1ere-chambre-civile-jugement-du-11-mars-2008/

8-Tribunal de grande instance de Paris, 4ème chambre – 2ème section, ordonnance du juge de la mise en état du 5 mars 2015.

9- ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre) du 28 juillet 2016,disponible sur le site : http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=182286&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=93173

10- Cass.Civ,13-11-2008,N°7-14856.

11- Cass.1ere Civ.01 octobre 2014,n13-21.801.

12- Tribunal de grande instance de Paris 1ère chambre, section sociale Jugement du 28 octobre 2008.

https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-1ere-chambre-section-sociale-jugement-du-28-octobre-2008/

13- Tribunal de grande instance de Bordeaux 1ère chambre civil, jugement du 11 mars 2008,disponible sur le site : https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1ere-chambre-civile-jugement-du-11-mars-2008/

14- Tribunal de grande instance de Paris, 4ème chambre – 2ème section, ordonnance du juge de la mise en état du 5 mars 2015.

15- ARRÊT DE LA COUR (troisième chambre) du 28 juillet 2016,disponible sur le site : http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=182286&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=93173

16- Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du mardi 22 novembre 1988 N° de pourvoi: 86-18586, disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007021247

17- Cass.Civ,13-11-2008,N°7-14856, disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019772303&fastReqId=377599246&fastPos=2

18- Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du jeudi 27 novembre 2008 N° de pourvoi: 07-15226 , disponible sur le site : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000019842130

Sites Internet

1-http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp ?symbol=A/RES/39/248

2- http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0007

3- https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000590436&dateTexte=&categorieLien=id

4- https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ ordonnance/2016/3/14/EINC1602822R/jo/texte
5- www.unctad.org/ecommerce

6- http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0031

7 -www.moj.gov.sa

8- www.uncitral.org

9- http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Fr:PDF

10- http://eur-lex.europa.eu/

11-http://ec.europa.eu/green-papers/index_fr.htm

12- http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32001H0310
13- https://www.legifrance.gouv.fr /affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027565379

14-www.legifrance.gouv.fr

15- http://www.larousse.fr /dictionnaires/francais/ombudsman/55948

16- https://fr.wikipedia.org/wiki/Ombudsman

17- www.belmed.fgov.be

18- www.soud.cz/em_index

17- http://codes.droit.org/cod/consommation.pdf

18- http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/CCQ-1991

19- https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/530/32/PDF/V0653032.pdf?OpenElement

20- http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/ml-arb/07-86996_Ebook.pdf

21- https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTAGE2021425&revision=latestreleased

22- www.iccwbo.org/.../2012-Arbitration-Rules-and-2014-Mediation-Rules-FRENCH-ver.

23-
https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTAGE2021425&revision=latestreleased

24-https://www.legifrance.gouv.fr
/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000187054

25-https://fr.wikipedia.org /wiki/Ticket_de_caisse#Articles_connexes

26-http://www.marocdroit.com

27- http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/services_a_distance/references_juridiques/L_200083_ar.pdf

28-http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Egyptian-mail-signature-law-No.-15-of-2004.pdf

29- https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf
30-http://www.droi-technologie.org

31-http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32012R1215

32- http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:fr:HTML

33- http://www-alfrahna.forumegypt.net

34- www.e-justice.tn

35-https://www.legifrance.gouv.fr

36- http://www.farrajlawyer.com/

37- http://codes.droit.org

38- https://www.hcch.net

39- www.admin.ch

40- www.uncitral.org

41- http://eur-lex.europa.eu

42-https://www.legifrance.gouv.fr

43-www.droitjuridique.fr/lexique/

44-https://www.admin.ch

45-www.aidmo.org

46-http://tishreen.news.sy/tishreen/public/read/311758

47-www.lasportal.org

48-http://www.ammanchamber.org.jo/

49-http://www.juritel.com/Ldj_html-993.html

50-http://www.europe-consommateurs.eu/fr/quels-sont-vos-droits/achat-sur-internet/achat-sur-internet-par-un-mineur

51-www.dz.jumia.com

52-www.batolis.com

53-http://www.uncitral.org /pdf/arabic/texts/payments/transfers/ml-credittrans-a.pdf

54-https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-versailles-3eme-chambre-jugement-du-11-decembre-2007/

55-http://www.resilier.fr/modeles-lettre-de-resiliation.php

56-https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-paris-4eme-chambre-1ere-section-jugement-du-26-juin-2007/

57-https://fr.wikipedia.org/wiki/Common_law

58-www.europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1887_fr.htm

الملحق الأول

الصفحة رقم 381

MENTIONS LEGALES

Conformément à la loi n ° 144/2015 du 8 Septembre, nous informons nos clients en cas de litige peut avoir recours à la même résolution, le centre d'arbitrage:

En cas de consommation de litige, le consommateur peut avoir recours à la plate-forme européenne pour le règlement des différends en ligne, disponible en http://ec.europa.eu/consumers/odr ou les entités de résolution alternatives suivantes de litiges de consommation:

1. CNIACC - Centre national d'information et de consommation Litiges Arbitrage Tel: 213 847 484;. E-mail: cniacc@unl.pt

2. CIMAAL - Centre d'information, de médiation et de règlement des différends relatifs à la consommation d'arbitrage Algarve Tél: 289 823 135;. E-mail: cimaal@mail.telepac.pt

3. Centre d'arbitrage pour les litiges de consommation District de Coimbra Tél.: 239 821 690/289. E-mail: geral@centrodearbitragemdecoimbra.com

4. Centre d'arbitrage pour les litiges de consommation Lisbonne Tel: 218807000 / 218807030. E-mail:. Juridico@centroarbitragemlisboa.pt ; director@centroarbitragemlisboa.pt

5. Centre d'information et de la consommation d'arbitrage Port Tél: 349/225 029 508 225 791;. E-mail: cicap@mail.telepac.pt

6. Centre d'arbitrage pour les litiges de consommation Valley Ave / Tribunal arbitral Tél: 253 422 410;. E-mail: triave@gmail.com

7. Centre d'information, de médiation et d'arbitrage des consommateurs (Cour d'arbitrage de la consommation) Tel: 253 617 604;. E-mail: geral@ciab.pt

8. Centre de règlement des différends relatifs à la consommation d'arbitrage de Madère Adresse: Rua Direita, 27 - 1er étage, 9050-405 Funchal; E-mail: centroarbitragem.sras@govmadeira.pt

Pour plus d'informations, voir Portail des consommateurs le www.consumidor.pt

Important: dans le cas des ventes en ligne est compétente les litiges de consommation correspondants Centre d'arbitrage au domicile des consommateurs

الملحق الثاني

الصفحة رقم 383

Recommandation N°07-02
Contrats de vente mobilière conclue par internet

BOCCRF du 24/12/2007

La Commission de clauses abusives,
Vu les articles L.132-1 à L.132-5 et R. 132-2 du Code de la consommation ;
Entendus les représentants des professionnels intéressés ;
Considérant que, selon l'article 14 de la loi 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, le commerce électronique est défini comme étant l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services; que s'il présente pour le consommateur l'avantage de lui permettre l'accès depuis son domicile, au temps qu'il a choisi, à une gamme de produits et à un nombre de distributeurs jusque là inégalés, et améliore ainsi sa liberté de choix, le commerce électronique n'est cependant pas sans risque pour l'acheteur qui, en particulier, choisit l'objet de la vente à travers un écran sans en avoir la maîtrise physique avant la livraison; qu'il est en outre conduit à payer le vendeur avant la livraison et peut se trouver engagé par un contrat dont l'ensemble des termes n'a pas été porté à sa connaissance ; que le développement considérable de ce mode de commercialisation justifie une attention particulière pour la protection des consommateurs ;
Considérant que l'examen des modèles de convention habituellement proposés par des vendeurs professionnels de biens mobiliers à leurs cocontractants consommateurs a conduit à déceler des clauses dont le caractère abusif, au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation, peut être relevé ;

1° – Considérant qu'il a été constaté que certaines clauses des conditions générales stipulent que leur sauvegarde et leur édition relèvent de la seule responsabilité du consommateur ; que de telles clauses, en ce qu'elles font peser la responsabilité de la conservation et de la reproduction des conditions contractuelles sur le seul consommateur et exonèrent le professionnel de toute obligation de ce chef, contreviennent aux dispositions des articles 1369-4 du code civil et L 134-2 du code de la consommation et sont illicites; que maintenues dans les contrats, elles sont abusives en ce qu'elle peuvent avoir pour effet de priver le consommateur de la faculté d'invoquer le contenu du contrat ; qu'enfin, des conditions générales prévoient qu'elles sont modifiables à tout moment sans préavis et sans préciser que seules celles en vigueur au moment de la conclusion du contrat seront opposables à l'acheteur ; qu'en laissant ainsi croire au consommateur qu'elles confèrent au professionnel le droit de modifier unilatéralement les conditions du contrat, elles engendrent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ;

2° – Considérant que de nombreuses conditions générales de vente contiennent des clauses prévoyant qu'en cas de non disponibilité du produit commandé, le vendeur ne pourra en aucun cas voir sa responsabilité engagée ou que celui-ci se réserve le droit de ne pas traiter la commande se rapportant au produit indisponible; que si une clause qui subordonne la validité de la vente à la disponibilité du produit commandé n'est pas, en soi, abusive, elle est, en revanche, de nature à créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur dès lors qu'elle est combinée avec une clause exonérant, dans tous les cas, le professionnel de sa responsabilité ;

3° – Considérant que certaines conditions générales habituellement proposées aux consommateurs sont en contradiction avec les dispositions des articles L. 113-3 et L. 121-18 du code de la consommation, 2 et 14 de l'arrêté du 3 décembre 1987 modifié et 19, alinéa 8, de la loi du 21 juin 2004, soit qu'elles affranchissent le vendeur du respect du prix affiché en l'autorisant à le modifier unilatéralement, soit qu'elles dénient au consommateur toute information sur les frais de livraison ;
4° – Considérant qu'un certain nombre de conditions générales de vente prévoient la possibilité pour le vendeur de refuser au consommateur, pour quelque raison que ce soit, la possibilité de confirmer l'acceptation de l'offre ; que ces clauses qui contreviennent à l'article L 122-1 du code de la consommation, sont illicites ; qu'introduites dans la relation contractuelle des parties, elles sont abusives ; que d'autres clauses permettent au professionnel de se dégager d'un contrat définitivement conclu sans que la même faculté soit ouverte au consommateur ; que de telles clauses, qui contribuent à déséquilibrer significativement les obligations des parties au détriment du consommateur, sont abusives ;

5° – Considérant que certaines clauses contractuelles dénient toute valeur à des conditions particulières qui seraient contraires aux conditions générales stipulées par le professionnel; que de telles clauses, qui empêchent de donner effet à toute clause dérogatoire qui aurait pu être convenues entre les parties, ont pour conséquence de conférer au détriment du consommateur un déséquilibre significatif ;
6° – Considérant que plusieurs contrats contiennent des clauses qui accordent une valeur probante irréfragable aux enregistrements électroniques réalisés sur des supports numériques dont seul le vendeur à la maîtrise ; que de telles clauses, qui laissent au seul professionnel la maîtrise de la preuve des engagements souscrits, sont

abusives ; que, par ailleurs, diverses conditions générales confèrent à l'acceptation par » double clic » la même valeur qu'une signature électronique, sans autre précision, alors qu'un tel processus contractuel ne répond pas nécessairement aux exigences du décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, de telle sorte qu'en laissant croire au consommateur qu'il est présumé engagé par une signature ne répondant pas aux exigences légales, une telle stipulation est de nature à créer un déséquilibre significatif à son détriment ;

7° – Considérant qu'il a été constaté que des conditions générales contenaient une clause de résiliation croisée qui entraîne la résiliation d'un contrat en raison de l'inexécution d'un autre contrat souscrit par le consommateur sans qu'il existe un lien de dépendance entre ces contrats; qu'une telle clause, qui confère un avantage excessif au professionnel, est abusive ; qu'il en est de même de la clause qui reconnaît au professionnel une faculté de résiliation en cas d'inexécution d'obligations imprécises du consommateur ; Qu'il est parfois aussi prévu de faire supporter par le seul consommateur les conséquences de l'utilisation frauduleuse de ses moyens de paiement, et ce, en violation des dispositions de l'article L 132-4 du code monétaire et financier résultant de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne ;

8° – Considérant que si toutes les conditions générales étudiées prévoient bien la faculté de rétractation du consommateur prévue à l'article L 121-20 du code de la consommation, nombreuses sont celles qui en subordonnent l'exercice à des formalité excessives, non justifiées au regard de la nature du bien et qui n'ont, manifestement, d'autre but que d'y faire obstacle ; que certaines en subordonnent aussi l'exercice à l'obtention de l'accord du vendeur ou imposent une contrepartie financière ou des frais forfaitaires de retour ; que dans certains cas, l'exercice du droit de rétraction est présenté non pas comme une règle légale mais comme une faculté offerte par l'acheteur au titre d'une garantie » satisfait ou remboursé « , en méconnaissance des dispositions de l'article L 121-18 du code de la consommation ; que d'autres, encore, procèdent à une confusion entre le droit légal de retour et une faculté conventionnelle, laquelle est limitée à certains produits, soumise à des conditions de formes rigoureuses, subordonnée au recours à un numéro de téléphone payant ou sanctionnée par une retenue sur le prix de vente ; que de telles clauses, qui ont pour effet d'exclure ou de limiter les droits du consommateur reconnus par la loi, sont abusives, sauf en ce qu'elles permettent aux professionnels d'obtenir la restitution du bien dans des conditions qui assurent sa conservation ;

9° – Considérant qu'un certain nombre de clauses figurant dans les conditions générales de vente habituellement proposées aux consommateurs ont pour effet de dispenser le vendeur de son obligation préalable d'information et de l'exonérer de toute responsabilité en cas de défaut de conformité par rapport à la présentation visuelle des biens sur son site de vente, ou subordonnent la garantie légale de conformité du consommateur à des conditions de forme et de délai excessives, manifestement destinées à en paralyser l'exercice ;

10° – Considérant que certaines clauses des conditions générales reconnaissent au professionnel le droit de modifier l'objet de la commande en violation des dispositions de l'article R 132-2 du code de la consommation ; que de telles clauses sont abusives ;
11° – Considérant que des conditions générales stipulent que la date de livraison n'est donnée qu'à titre indicatif ; que de telles clauses, en ce qu'elles ne fixent pas de date limite à l'exécution de l'obligation du professionnel, induisent un déséquilibre significatif au détriment du consommateur et sont abusives ; Considérant que des conditions générales contiennent aussi des clauses qui, en toute hypothèse, exonèrent le vendeur de toute responsabilité en cas de défaut ou de retard de livraison ou qui l'autorisent à se prévaloir de ce défaut ou de ce retard pour résilier le contrat sans indemnités ; que de telles clauses, qui engendrent un déséquilibre significatif au détriment du consommateur, doivent être considérées comme abusives ;

12° – Considérant qu'il est fréquent qu'en violation de l'article L 121-20-3 du code de la consommation, des conditions générales exonèrent le professionnel de sa responsabilité de plein droit, notamment en faisant peser sur le consommateur ou sur un tiers les risques de la livraison, en donnant de la force majeure une acception plus large que celle admise par la jurisprudence, en excluant certains préjudices du champ de sa responsabilité ou en subordonnant la mise en œuvre de sa responsabilité à des conditions de forme ou de délai destinées à paralyser l'action ; que, maintenues dans les contrats, elles sont abusives ;

13° – Considérant qu'un certain nombre de conditions générales entretiennent une confusion entre les garanties contractuelle et légale en ne mentionnant pas l'existence de cette dernière ;

14° – Considérant que malgré leur prohibition à l'article 48 du nouveau Code de procédure civile, les conditions générales de vente comprennent souvent des clauses d'attribution de compétence, en général en faveur du tribunal de commerce du siège du vendeur; que des conditions générales contiennent une clause imposant au consommateur d'introduire toute action contre le vendeur dans un délai de six mois ; qu'enfin, plusieurs conditions générales imposent au consommateur, en cas de litige, de recourir en priorité à une solution amiable ; Que si ces dernières ne sont pas abusives en elles-mêmes dès lors qu'elles n'interdisent pas, en définitive, l'accès au juge, elles le deviennent lorsqu'elles ne rappellent pas que la recherche de la solution amiable n'interrompt pas la durée de la garantie contractuelle et ne stipulent pas qu'elles interrompent les délais pour agir ;

15° – Considérant que certaines conditions générales imposent au consommateur l'adhésion à une assurance

couvrant les dommages causés lors du transport alors que, selon l'article L 121-20-3 du code de la consommation, le vendeur est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution de ses obligations ;

16° – Considérant que plusieurs conditions générales confèrent au vendeur le droit de communiquer à des tiers, dont l'identité n'est pas précisée, les données nominatives concernant ses clients afin qu'il puisse leur adresser une prospection directe; qu'en laissant ainsi croire que le consommateur a consenti de façon générale à la diffusion de ses données personnelles en vue d'une prospection directe par voie électronique, une telle stipulation emporte un déséquilibre significatif à son détriment ;

Par ces motifs, la commission des clauses abusives recommande :

1- que soient éliminées les clauses :
– imposant au consommateur la charge de la conservation et de la reproduction des conditions contractuelles et exonérant le professionnel de toute obligation de ce chef ;
– laissant croire au consommateur que lui seraient opposables des modifications unilatérales des conditions générales intervenues postérieurement à la conclusion du contrat ;
2- que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet de dispenser le professionnel de son obligation de livraison d'un bien proposé publiquement à la vente en raison de son indisponibilité lorsqu'il est par ailleurs prévu que le vendeur ne pourra en aucun cas voir sa responsabilité engagée de ce chef ;
3 – que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet :
– de conférer au professionnel le droit de modifier unilatéralement le prix,
– de conférer au professionnel le droit d'ajouter unilatéralement le coût d'une livraison qui n'a pas été contractuellement fixé ;
4 – que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet :
– de permettre au professionnel de refuser, pour quelque raison que ce soit, au consommateur la possibilité de confirmer l'acceptation de l'offre,
– de permettre au professionnel de se dégager d'un contrat définitivement conclu sans que la même faculté ne soit offerte au consommateur ;
5 – que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet de rendre inopposables toutes conditions particulières convenues qui seraient contraires aux conditions générales stipulées par le professionnel ;
6 – que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet :
– d'accorder une valeur probante irréfragable aux enregistrements électroniques réalisés sur des supports numériques dont seul le vendeur professionnel a la maîtrise,
– de faire croire au consommateur qu'un dispositif d'acceptation par double clic pourrait avoir la valeur d'une signature électronique alors qu'il ne remplit pas les conditions prévues à l'article 1316-4, second alinéa du Code civil et au décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 ;
7 – que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet :
– d'accorder au professionnel la faculté de résilier le contrat pour cause d'inexécution d'un autre contrat souscrit par le consommateur sans qu'il existe un lien de dépendance entre ces deux contrats, ou pour inexécution d'obligations imprécises du consommateur,
– de faire supporter exclusivement par le consommateur les conséquences de l'utilisation frauduleuse de ses moyens de paiement ;
8 – que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet :
– de faire croire que l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation prévu à l'article L 121-20 du Code de la consommation est subordonné à d'autres conditions que celles prévues par la loi,
– de soumettre l'exercice du droit de rétractation à des modalités pratiques non justifiées par la nécessité d'assurer la protection du bien restitué ;
9 – que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet :
– de faire croire que l'exercice par le consommateur de son action en délivrance conforme est subordonné à d'autres conditions que celles prévues par la loi,
– d'exonérer le vendeur de son obligation de délivrance conforme ;
10 – que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet de faire croire que le professionnel est en droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre ;
11° – que soient éliminées les clauses ayant pour effet ou pour objet :
– de stipuler que la date de livraison de la chose n'est donnée qu'à titre indicatif,
– d'exonérer en toute hypothèse le professionnel de sa responsabilité en cas d'inexécution ou d'exécution tardive de son obligation de livraison,
– de conférer au professionnel le droit de se prévaloir en toute hypothèse de l'inexécution ou de l'exécution tardive de sa propre obligation pour résoudre le contrat ;
12° – que soient éliminées les clauses ayant pour effet ou pour objet de faire croire au consommateur:
– qu'il ne peut rechercher la responsabilité du professionnel en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse, partielle ou tardive de ses obligations ou de celles des prestataires auxquels il a recouru,

– qu'il ne peut engager la responsabilité du professionnel s'il n'a pas respecté certaines obligations de forme ou de délai imposées par le contrat et de nature à faire échec à la responsabilité de plein droit prévue par la loi ;
13° que soient éliminées les clauses opérant une confusion apparente entre les garanties légale et conventionnelle, laissant croire que le jeu de la garantie légale serait subordonné aux conditions du contrat ;
14° – que soient éliminées les clauses ayant pour effet ou pour objet :
– de déroger aux règles de compétence territoriale ou d'attribution des juridictions,
– d'interdire au consommateur d'agir contre le professionnel à l'expiration d'un délai qui ne résulte pas de la loi,
– de prévoir que le professionnel ou le consommateur est tenu, en cas de litige, de rechercher préalablement une solution amiable sans rappeler que la recherche de la solution amiable n'interrompt pas les délais pour agir en garantie ;
15 – que soient éliminées les clauses ayant pour objet ou pour effet d'imposer au consommateur la souscription d'une assurance couvrant les dommages causés lors du transport ;
16 – que soient éliminées les clauses ayant pour objet ou pour effet de réputer donné le consentement du consommateur à la diffusion à tout partenaire non identifié de son vendeur de ses données personnelles en vue de lui adresser une prospection directe par voie électronique.
Recommandation adoptée le 24 mai 2007 sur le rapport de M. Vincent Vigneau

الملحق الثالث

الصفحة رقم 388

CCI PARIS ILE-DE-FRANCE

CONTRAT-TYPE DE E-COMMERCE

- VENTE DE BIENS OU PRESTATION DE SERVICES -
Commerçants - Consommateurs



AVANT-PROPOS

Ce contrat-type est destiné à servir de modèle pour la transaction commerciale en ligne concernant des biens ou des prestations de service entre un commerçant et un consommateur, en garantissant notamment, le respect de la réglementation des ventes à distance.

C'est un contrat *a minima*, il reste adaptable à chaque démarche commerciale et à chaque produit ou service commercialisable. Cette adaptation ne doit pas se traduire par l'insertion de clauses abusives. Au moindre doute, il est préférable de consulter le site de la Commission des clauses abusives : www.clauses-abusives.fr ou de consulter un professionnel du droit.

Vecteur de bonnes pratiques, ce document propose des suggestions pour anticiper et éviter d'éventuels points de conflits à travers un certain nombre de recommandations.

Il est applicable aux contrats conclus après le 13 juin 2014.

Il est conçu selon quatre approches complémentaires :

- une rubrique "clauses-types" qui adapte les règles de droit applicables et donc obligatoires ;
- une rubrique "observations", qui se présente comme un guide pratique de l'application des clauses ;
- une rubrique "précautions à prendre" qui attire l'attention du commerçant sur certains points délicats ;
- des questions / réponses pratiques.

Le document intègre les dernières réglementations en vigueur, et plus particulièrement :

- la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation ;
- le décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation ;
- La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs ;
- la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ;
- le règlement communautaire du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).
- l'ordonnance du 16 juin 2005, n°2005-674, relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique ;
- l'ordonnance du 17 février 2005, n°2005-136 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur ;
- le décret du 16 février 2005, n°2005-137, pris pour l'application de l'article L131-2 du Code de la consommation (archivage) ;
- la loi du 28 janvier 2005, n° 2005-67, tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur (résiliation des contrats tacitement reconductibles) ;
- la loi du 6 août 2004, n°2004-801, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel ;
- la loi du 21 juin 2004, n°2004-575, pour la confiance dans l'économie numérique ;
- l'ordonnance du 23 août 2001, n°2001-741, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.



ARTICLE 1

OBJET DU CONTRAT



- Le présent contrat de commerce en ligne est celui par lequel un professionnel propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou services dans le cadre d'une activité économique à un consommateur.

- Est considéré comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.



ACTIVITÉS EXCLUES DU CONTRAT-TYPE

- Les services financiers (instruments financiers, bancaires et assuranciels) ;
- les services de santé ;
- les jeux d'argent ;
- les contrats portant sur un forfait touristique ;
- les contrats portant sur les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produits de vacances à long terme ou de revente ou d'échange [1] ;
- les contrats rédigés par un officier public ;
- les contrats portant sur la fourniture de denrées alimentaires, boissons et autres lors des tournées fréquentes et régulières du professionnel ;
- les contrats portant sur les services de transport des passagers ;
- les contrats conclus au moyen de distributeurs automatiques ou de sites commerciaux automatisés ;
- certains contrats conclus avec des opérateurs de télécommunication ;
- les contrats relatifs aux biens immobiliers sont soumis à des règles spécifiques (Article L. 121-16-1 du Code de la consommation).



ARTICLE 2

IDENTIFICATION DU VENDEUR OU DU PRESTATAIRE DE SERVICE AVANT LA CONCLUSION DU CONTRAT

Le vendeur ou prestataire qui, dans le cadre d'une activité économique, propose des produits ou services par voie électronique fournit les éléments d'identification suivants :

Suggestion d'une clause d'identification du vendeur ou prestataire, à mettre en évidence sur la page d'accueil : qui sommes-nous ?

1. Nom ou dénomination sociale :

2. Adresse géographique où le professionnel est établi :

3. Adresse géographique du siège commercial du professionnel si elle est différente du lieu d'établissement :

Le cas échéant : l'adresse du professionnel pour le compte duquel le vendeur (le revendeur) agit et à laquelle le consommateur peut adresser une éventuelle réclamation

4. Des coordonnées permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement avec le vendeur :

Numéro de téléphone :
Numéro de télécopieur :
Adresse de courrier électronique :

Statut et forme juridique de l'entreprise
autoentrepreneur, SARL, SA etc.

5. Le cas échéant, numéro d'inscription au RCS ou au Répertoire des métiers :

Capital social :
Adresse du siège social :
Adresse de correspondance :
Adresse de réclamation :

6. Numéro individuel d'identification en cas d'assujettissement à la TVA, en application de l'article 286 ter du code général des impôts :

7. Si l'activité exercée est soumise à un régime d'autorisation :

8. Nom et adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci :

9. Si le professionnel est membre d'une profession réglementée : son titre professionnel, l'État membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite (licence de voyages pour les voyagistes en ligne, par exemple) :

10. Les conditions générales, s'il en utilise :

11. Le cas échéant, les clauses contractuelles relatives à la législation applicable et la juridiction compétente ;

12. L'éventuelle garantie financière ou assurance de responsabilité professionnelle souscrite par lui, les coordonnées de l'assureur ou du garant ainsi que la couverture géographique du contrat ou de l'engagement.

Loi Hamon :
Tout manquement aux articles L. 111-1 à L. 111-3 et à l'article L. 111-5 du Code de consommation est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale.

ARTICLE 2 /suite



COÛT DE LA TECHNIQUE DE COMMUNICATION

- Devra être indiqué, le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance pour la conclusion du contrat, lorsque ce coût est calculé sur une base autre que le tarif de base ;

DEMANDE DE CONFIRMATION DE GARANTIE

- Le cas échéant, devra être précisée l'existence d'une caution ou d'autres garanties financières à payer ou à fournir par le consommateur à la demande du professionnel ainsi que les conditions y afférentes.

OBSERVATIONS

- L'ensemble de ces informations doit être facilement accessible, directement et de manière permanente, par exemple à l'aide d'un lien hypertexte depuis la page d'accueil du site ou par le biais d'une fenêtre ad hoc.
- L'identification du vendeur ou prestataire est indispensable qu'il s'agisse d'un site de vente en ligne ou un site constituant une simple vitrine publicitaire.
- Toutes les techniques de communication ne permettent pas de donner l'ensemble de ces informations immédiatement (ex : smartphone) ;
- C'est pourquoi dans un premier temps, peuvent être seulement fournies que les informations sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service, le prix, l'identité du professionnel, la durée du contrat et l'existence du droit de rétraction. Mais, dans un second temps, le professionnel doit faire parvenir les informations complémentaires au consommateur par tout moyen approprié.

! Facturation des coûts de communication

Ne peuvent faire l'objet d'un appel surtaxé les appels du consommateur liés [2] :

- au suivi de l'exécution de la commande ;
- à l'exercice du droit de rétractation ;
- à la mise en œuvre de la garantie.

ARTICLE 3

CARACTÉRISTIQUES ESSENTIELLES DES BIENS OU SERVICES OFFERTS



DOIVENT ÊTRE PRÉCISÉS :

- Les biens concernés : dénomination, composants, dimensions, poids, quantité, couleur, particularités... ;
- Les services concernés : objet, contenu...
- La zone géographique de couverture de l'offre ;
- La zone géographique de livraison ;
- La durée de l'offre et la disponibilité du bien ou du service au moment de la passation de la commande ;
- Les modes et conseils d'utilisation ou de précaution ;
- La période ou date de disponibilité des pièces détachées indispensables à l'utilisation du bien (à compter du 1er mars 2015) ;
- Les informations relatives au droit de rétractation mentionnées peuvent être fournies au moyen de l'avis d'information type figurant en annexe à l'article 8.
- Les modes de livraison : livraison d'un bien par envoi postal ou *via* un moyen de transport ; livraison / exécution du service en temps réel ou en différé ;
- Les garanties et service après-vente ;
- La durée du contrat lorsqu'il porte sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service.

Si le produit est indisponible après passation de votre commande, le vendeur ou le prestataire vous informera par mail ou par courrier. Votre commande sera automatiquement annulée et vous serez immédiatement remboursé.

OBSERVATIONS

Les caractéristiques qualitatives et quantitatives doivent être décrites précisément et sans équivoque. Cette description en ligne s'accompagne souvent de photographies, à l'instar d'un catalogue sur papier. La description photographique doit reproduire le plus fidèlement possible le bien ou le service proposé à la vente.

- Pour éviter tout litige, nous vous recommandons toutefois de préciser que la photo n'est pas contractuelle.
- Les conditions de vente ou de prestation énoncées sur écran précisent l'ensemble de ces éléments ; elles doivent être consultées préalablement à tout engagement du consommateur.

ARTICLE 3 /suite



INFORMATIONS SUR LA DISPONIBILITÉ DES PIÈCES DÉTACHÉES



- Le fabricant ou l'importateur de biens meubles informe le vendeur professionnel de la période pendant laquelle ou de la date jusqu'à laquelle les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens sont disponibles sur le marché.
- Cette information doit être obligatoirement donnée au consommateur par le vendeur de manière lisible et visible avant la conclusion du contrat sur tout support adapté.
- Ces dispositions ne s'appliquent qu'aux biens mis pour la première fois sur le marché à compter du 1er mars 2015.
- La durée de disponibilité des pièces détachées doit figurer sur le bon de commande s'il existe ou sur tout autre support durable constatant et accompagnement la vente.
- Dès lors qu'il a indiqué la période ou la date de disponibilité, le fabricant ou l'importateur fournit obligatoirement, dans un délai de deux mois, aux vendeurs professionnels ou aux réparateurs, agréés ou non, qui le demandent les pièces détachées indispensables à l'utilisation des biens vendus.

NB : Décret n° 2014-1482 du 9 décembre 2014



ARTICLE 4

CONDITIONS CONTRACTUELLES DU VENDEUR OU DU PRESTATAIRE [3]



Le vendeur ou prestataire met à la disposition du consommateur les conditions de vente ou de service d'une manière qui permette leur accès permanent et facile, leur conservation et leur reproduction [4]. Il reste engagé par son offre tant qu'elle est accessible par voie électronique de son propre fait.

ETAPES TECHNIQUES ET ARCHIVAGE

Doivent être indiqués :

- les conditions générales de vente ;
- Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;
- les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
- les langues proposées pour la conclusion du contrat ;
- en cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
- les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales (charte professionnelle, code de conduite, garanties commerciales...) auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre et les modalités pour en obtenir une copie.

RÉGLEMENT AMIABLE DES LITIGES

- Devra être indiquée, si elle est envisagée, la possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire de règlement des litiges à laquelle le professionnel est soumis et les modalités d'accès à celle-ci.

OBSERVATIONS

La confiance étant la clé du développement d'un site de vente en ligne, l'obligation légale de procéder à l'affichage électronique des conditions contractuelles renforce la transparence de l'offre de biens et des services et permet au consommateur d'être totalement informé avant de s'engager.

! Cette démarche préserve la réputation du vendeur et et prévient les éventuels litiges.



ARTICLE 5
MENTION DÉTAILLÉE DU PRIX DU BIEN OU DU SERVICE



Le prix est de (en HT)	... €
Taxes	... €
Frais annexes (frais de traitement)	... €
Frais de livraison en France métropolitaine	... €
Frais de livraison dans les DOM-TOM	... €
Frais de livraison dans l'Union européenne	... €
Frais de livraison hors Union européenne	... €
Prix total TTC	... €

Le prix doit toujours être indiqué TTC

OBSERVATIONS

- Le prix doit être indiqué de manière claire et non ambiguë et notamment préciser les taxes applicables et les frais annexes (dont la nature devra être précisée par le vendeur, comme par exemple, les frais d'envoi postaux [5]) . Enfin, les réductions de prix (promotions...) doivent être mentionnées dans le contrat et les biens ou services doivent être disponibles.
- Si la vente du bien s'accompagne d'une prestation de service, les différents éléments composant le prix global devraient être distingués.
- Pour les produits expédiés hors UE et DOM/TOM : le prix sera calculé hors taxes sur la facture.
- Des droits de douane ou taxes locales, droits d'importation ou taxes locales sont susceptibles d'être exigibles. Nous vous conseillons de vous renseigner sur ces aspects auprès des autorités locales.

INTERDICTION DES CASES PRÉCOCHÉES

- Lors d'une commande en ligne, les options supplémentaires payantes (produit complémentaire, assurance...) ne peuvent plus être précochées.
- Si le consommateur a donné son consentement par défaut, celui-ci peut demander le remboursement du paiement supplémentaire.
- Sanction encourue : 3000 euros pour les personnes physiques et 15000 euros pour les personnes morales.



ARTICLE 6



CONCLUSION DU CONTRAT EN LIGNE [6]

Formalités préalables

Avant de confirmer son acceptation de l'offre, le consommateur vérifie :

- le détail de sa commande :
  - produits ou services concernés,
  - réductions de prix éventuelles,
  - mode de paiement,
  - mode de livraison.
- le prix total TTC,
- et corrige d'éventuelles erreurs.

Commande avec obligation de paiement

Le consommateur valide la commande comprenant les éléments récapitulatifs suivants :

- Informations relatives à l'offre du contrat (nom et coordonnées du vendeur ; frais de livraison, modalités de paiement, de livraison ou d'exécution) ;
- Conditions et modalités d'exercice du droit de rétractation ;
- Adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations ;
- Informations relatives au service après vente et aux garanties commerciales ;
- Conditions de résiliation du contrat quant il est à durée indéterminée ou supérieur à un an.

Accusé de réception la commande par voie électronique

- Le vendeur ou prestataire adresse à l'acheteur :
  - un accusé de réception de la commande et de son paiement qui ont été adressés par voie électronique ;
  - Une information sur la durée de disponibilité des pièces détachées ;
  - Un modèle de rétractation.

OBSERVATIONS

! Il est impératif de prévoir, dans le processus de commande, une fonction mentionnant lisiblement et clairement que la commande du consommateur implique une obligation de paiement.

- L'accusé de réception : c'est une formalité qui garantit à l'acheteur que sa commande a bien été enregistrée.
- Cette procédure lui évite d'être tenté de la renouveler plusieurs fois et de conclure ainsi de nouveaux contrats similaires en l'absence d'informations lui confirmant la transaction initiale.

! Le contrat électronique ne sera valablement formé que lorsque le consommateur aura cliqué deux fois : une première fois pour passer commande et une seconde pour la confirmer. Dans ces conditions, la faculté offerte au client d'accéder au récapitulatif de sa commande et, le cas échéant, de la modifier avant de la confirmer, le protège de toute erreur de manipulation et lui évite par exemple d'être engagé sans l'avoir expressément voulu.

- L'acceptation et la confirmation de la commande sont réalisées par une série de saisies de données sur pages-écran successives. Ces données doivent apparaître sur un écran récapitulatif qui doit comporter une mention explicite de l'engagement ferme du consommateur. Celui-ci doit être en mesure de distinguer les étapes de la passation de commande et la validation finale de l'achat.

ARTICLE 7

LE PAIEMENT



Plusieurs modalités de paiement sont envisageables. Il est toutefois possible pour le vendeur ou le prestataire d'en proposer une seule.

Le règlement s'effectue :

1. soit, immédiatement par carte bancaire e-carte bleue ; et dans ce cas, le paiement est irrévocable ;

2. soit, immédiatement par porte-monnaie électronique rechargeable ;

3. soit, de manière différée, à la livraison du bien ou lors de l'exécution de la prestation, par virement bancaire, chèque ou espèces.

4. soit, à la réception du chèque, la livraison est effectuée.

OBSERVATIONS

Tout site de commerce en ligne doit indiquer clairement et lisiblement, au plus tard au début du processus de commande, les moyens de paiement acceptés et les éventuelles restrictions de livraison [7].

- Le paiement par carte bancaire est en principe irrévocable. En cas d'utilisation frauduleuse de celle-ci, le consommateur pourra exiger l'annulation d'un paiement par carte auprès de sa banque, les sommes versées devant alors être recréditées ou restituées.

ARTICLE 8

DROIT ET DÉLAI DE RÉTRACTATION [8]



Avant la conclusion du contrat, le consommateur devra être informé de l'existence ou de l'inexistence du droit de rétractation concernant les biens et services qu'il achète.

DROITS DE RÉTRACTATION

Le consommateur dispose d'un délai de 14 jours pour se rétracter sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités à l'exception du coût de renvoi du produit, le cas échéant :

- à compter de la réception de son achat (vente de biens),
- à compter de la conclusion du contrat pour les prestations de services incluant la livraison de biens.

MODALITÉS DE RÉTRACTATION

- La loi impose au professionnel de communiquer obligatoirement un formulaire-type de rétractation ;
- Si le professionnel propose de remplir et transmettre en ligne sur son site internet le formulaire ou la déclaration de rétractation, un accusé de réception devra être transmis au consommateur sur un support durable ;
- Il est possible au client de se rétracter sans le formulaire communiqué à condition que la déclaration soit dénuée d'ambiguïté [9] ;
- Le consommateur dispose de 14 jours pour restituer les biens après avoir communiqué au professionnel sa décision de se rétracter.

OBSERVATIONS

APPROCHE PRATIQUE

! Il est vivement recommandé d'utiliser des symboles signalant le droit de rétractation.

- Lors d'une commande groupée de plusieurs produits :
  - le vendeur devra détailler pour chaque bien ou service la possibilité de se rétracter ou non ;
  - le délai de rétractation courra à partir de la réception du dernier produit [10].

CLAUSE ABUSIVE

- Attention, il n'est pas possible d'obliger le consommateur à motiver les raisons pour lesquelles il exerce son droit de rétractation : par exemple contraindre le consommateur à envoyer un mail d'explication au professionnel avant de retourner les biens concernés.

DÉFAUT D'INFORMATION [11]

- Si le contrat ne mentionne pas l'information obligatoire du droit de rétractation, le délai est porté à 12 mois.
- Si l'information sur l'existence de ce droit est finalement fournie par le professionnel dans le délai de 12 mois, le délai de rétractation est réduit à 14 jours.

ARTICLE 8 /suite

BIENS ET SERVICES NE BÉNÉFICIANT PAS DU DROIT DE RÉTRACTATION



Le professionnel devra préciser dans ses conditions générales de ventes que sont exclus du droit de rétractation :

- les biens personnalisés ou confectionnés selon les spécifications du consommateur, les biens ou denrées périssables qui ne peuvent être réexpédiés ou encore les voyages à forfait ;
- la fourniture de services dont l'exécution a commencé avant la fin du délai de rétractation de 14 jours, avec l'accord du consommateur ;
- la fourniture de biens ou de services dont le prix dépend de fluctuations sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation ;
- la fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ;
- la fourniture de biens susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ;
- la fourniture de biens qui ont été descellés par le consommateur après la livraison et qui ne peuvent être renvoyés pour des raisons d'hygiène ou de protection de la santé (cosmétiques...) ;
- la fourniture de biens qui, après avoir été livrés et de par leur nature, sont mélangés de manière indissociable avec d'autres articles (livraison de carburant) ;
- la fourniture de boissons alcoolisées dont la livraison est différée au-delà de trente jours et dont la valeur convenue à la conclusion du contrat dépend de fluctuations sur le marché échappant au contrôle du professionnel ;
- de travaux d'entretien ou de réparation à réaliser en urgence au domicile du consommateur et expressément sollicités par lui, dans la limite des pièces de rechange et travaux strictement nécessaires pour répondre à l'urgence ;
- de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur après la livraison ;
- de fourniture d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine, la nouveauté résidant dans la précision suivante : sauf pour les contrats d'abonnement à ces publications ;
- les contrats conclus lors d'une enchère publique ;
- les prestations de services d'hébergement, autres que d'hébergement résidentiel, de services de transport de biens, de locations de voitures, de restauration ou d'activités de loisirs qui doivent être fournis à une date ou à une période déterminée (le tourisme au sens large) ;
- de fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation. (e-book, video en ligne, musique en ligne).



ARTICLE 8 /suite



MODÈLES DE FORMULAIRE DE RÉTRACTATION

Modèle-type
issu du décret d'application
n° 2014-1061 du 17 septembre 2014

(Veuillez compléter et renvoyer le présent formulaire uniquement si vous souhaitez vous rétracter du contrat.)
A l'attention de [*le professionnel insère ici son nom, son adresse géographique et, lorsqu'ils sont disponibles, son numéro de télécopieur et son adresse électronique*] : .....

Je/nous (*) vous notifie/notifions (*) par la présente ma/notre (*) rétractation du contrat portant sur la vente du bien (*)/pour la prestation de services (*) ci-dessous :

Commandé le (*)/reçu le (*) : .....
Nom du (des) consommateur(s) : .....
Adresse du (des) consommateur(s) : .....
Signature du (des) consommateur(s) (uniquement en cas de notification du présent formulaire sur papier) : ....
Date : .....

(*) Rayez la mention inutile.

INFORMATIONS CONCERNANT L'EXERCICE DU DROIT DE RÉTRACTATION

Droit de rétractation

Vous avez le droit de vous rétracter du présent contrat sans donner de motif dans un délai de quatorze jours. Le délai de rétractation expire quatorze jours après le jour (1).

Pour exercer le droit de rétractation, vous devez nous notifier (2) votre décision de rétractation du présent contrat au moyen d'une déclaration dénuée d'ambiguïté (par exemple, lettre envoyée par la poste, télécopie ou courrier électronique). Vous pouvez utiliser le modèle de formulaire de rétractation mais ce n'est pas obligatoire (3).

Pour que le délai de rétractation soit respecté, il suffit que vous transmettiez votre communication relative à l'exercice du droit de rétractation avant l'expiration du délai de rétractation.

Effets de rétractation

En cas de rétractation de votre part du présent contrat, nous vous rembourserons tous les paiements reçus de vous, y compris les frais de livraison (à l'exception des frais supplémentaires découlant du fait que vous avez choisi le cas échéant, un mode de livraison autre que le mode moins coûteux de livraison standard proposé par nous) sans retard excessif et, en tout état de cause, au plus tard quatorze jours à compter du jour où nous sommes informés de votre décision de rétractation du présent contrat.

..../...



ARTICLE 8 /suite



Nous procéderons au remboursement en utilisant le même moyen de paiement que celui que vous aurez utilisé pour la transaction initiale, sauf si vous convenez expressément d'un moyen différent ; en tout état de cause, ce remboursement n'occasionnera pas de frais pour vous

(4). (5) (6)

Instructions à suivre pour remplir les informations :

(1) Insérez l'un des passages suivants entre guillemets :

a) S'il s'agit d'un contrat de service ou d'un contrat portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, de chauffage urbain ou d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel : "de la conclusion du contrat." ;

b) S'il s'agit d'un contrat de vente : "où vous-même, ou un tiers autre que le transporteur et désigné par vous, prend physiquement possession du bien." ;

c) S'il s'agit d'un contrat portant sur plusieurs biens commandés par le consommateur au moyen d'une seule commande et si ces biens sont livrés séparément : "où vous-même, ou un tiers autre que le transporteur et désigné par vous, prend physiquement possession du dernier bien." ;

d) S'il s'agit d'un contrat portant sur la livraison d'un bien en plusieurs lots ou pièces : "où vous-même, ou un tiers autre que le transporteur et désigné par vous, prend physiquement possession du dernier lot ou de la dernière pièce." ;

e) S'il s'agit d'un contrat portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps déterminée :

"où vous-même, ou un tiers autre que le transporteur et désigné par vous, prend physiquement possession du premier bien." ;

(2) Insérez votre nom, votre adresse géographique et, lorsqu'ils sont disponibles, votre numéro de téléphone, votre numéro de télécopieur et votre adresse électronique.

(3) Si vous donnez au consommateur la faculté de remplir et de transmettre électroniquement les informations sur sa rétractation du contrat sur votre site internet, insérez le texte suivant : "Vous pouvez également remplir et transmettre le modèle de formulaire de rétractation ou toute autre déclaration dénuée d'ambiguïté sur notre site internet [*insérer l'adresse du site internet*]. Si vous utilisez cette option, nous vous enverrons sans délai un accusé de réception de la rétractation sur un support durable (par exemple, par courriel)."

(4) S'il s'agit d'un contrat de vente dans le cadre duquel vous n'avez pas proposé de récupérer le bien en cas de rétractation, insérez le texte suivant : "Nous pouvons différer le remboursement jusqu'à ce que nous ayons reçu le bien ou jusqu'à ce que vous ayez fourni une preuve d'expédition du bien, la date retenue étant celle du premier de ces faits."



ARTICLE 8 /suite



(5) Si le consommateur a reçu des biens dans le cadre du contrat :

a) Insérez : "Nous récupérerons le bien" ; ou

"Vous devrez renvoyer ou rendre le bien, à nous-mêmes ou à ... [*insérer le nom et l'adresse géographique, le cas échéant, de la personne habilitée par vous à réceptionner le bien*] sans retard excessif et, en tout état de cause, au plus tard quatorze jours après que vous nous aurez communiqué votre décision de rétractation du présent contrat. Ce délai est réputé respecté si vous renvoyez le bien avant l'expiration du délai de quatorze jours".

b) Insérez :

"Nous prendrons en charge les frais de renvoi du bien." ;

"Vous devrez prendre en charge les frais directs de renvoi du bien." ;

Si, dans le cas d'un contrat à distance, vous ne proposez pas de prendre en charge les frais de renvoi du bien et que le bien, en raison de sa nature, ne peut normalement être renvoyé par la poste : "Vous devrez prendre en charge les frais directs de renvoi du bien, ... EUR [*insérer le montant*]." ; ou, si le coût de renvoi du bien ne peut raisonnablement être calculé à l'avance : "Vous devrez prendre en charge les frais directs de renvoi du bien. Ces frais sont estimés à un maximum d'environ ... EUR [*insérer le montant*]." ; ou Si, dans le cas d'un contrat hors établissement, le bien, en raison de sa nature, ne peut normalement être renvoyé par la poste et a été livré au domicile du consommateur au moment de la conclusion du contrat : « Nous récupérerons le bien à nos propres frais." et

c) Insérez : "Votre responsabilité n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation du bien résultant de manipulations autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ce bien".

(6) Dans le cas d'un contrat de prestation de services ou de fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain, insérez le texte suivant : "Si vous avez demandé de commencer la prestation de services ou la fourniture d'eau/de gaz/d'électricité/de chauffage urbain [*supprimer les mentions inutiles*] pendant le délai de rétractation, vous devrez nous payer un montant proportionnel à ce qui vous a été fourni jusqu'au moment où vous nous avez informé de votre rétractation du présent contrat, par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat."



ARTICLE 9

MODALITÉS DE REMBOURSEMENT



DÉLAI DE REMBOURSEMENT DU CONSOMMATEUR

- Le vendeur est tenu de rembourser la totalité des sommes versées y compris les frais de livraison, sans retard injustifié et au plus tard dans les 14 jours suivant la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter ;

REMBOURSEMENT DIFFÉRÉ

- Le remboursement peut être différé à compter :
  - de la récupération des biens par le professionnel ;

  ou

  - de la réception de la preuve de l'expédition des produits par le consommateur ;
- Le remboursement (sommes versées + frais de livraison) se fait par le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur [12].

OBSERVATIONS

- L'obligation de remboursement inclut les frais de livraison. Ils sont plafonnés au coût du mode de livraison standard le plus économique [13].

! Il est interdit de rembourser le consommateur sous forme d'avoir sauf lorsque le client a réglé son paiement sous forme d'avoir ou de bons cadeaux.

- Le consommateur dispose de 14 jours pour restituer les biens à compter de la date de notification de sa rétractation.

! Les frais de renvoi du produit sont à la charge de l'acheteur sauf si le consommateur n'a pas été préalablement informé ou si le professionnel accepte de les prendre à sa charge [14].

Sanctions encourues pour non-respect de ces obligations :
- 15 000 euros pour une personne physique ;
- 75 000 euros pour une personne morale.

ARTICLE 10



LIVRAISON DU BIEN OU EXÉCUTION DE LA PRESTATION DE SERVICE

DÉLAI DE LIVRAISON / DÉLAI D'EXÉCUTION

- Le professionnel doit livrer le bien ou fournir le service à la date ou dans le délai indiqué au consommateur au moment de la conclusion du contrat.
- À défaut d'indication ou d'accord quant à la date de livraison ou d'exécution, le professionnel devra livrer le bien ou exécuter la prestation sans retard injustifié et au plus tard 30 jours après la conclusion du contrat (Article L. 138-1 du Code de la consommation).

NON RESPECT DES DÉLAIS/ANNULATION DU CONTRAT

- Si le bien n'est pas livré dans le délai contractuel ou à défaut dans les 30 jours, le consommateur peut résoudre le contrat après avoir enjoint le professionnel d'effectuer la livraison ou de fournir le service dans un délai supplémentaire raisonnable (Article L. 138-2 du Code de la consommation) [15].

ADRESSE DE LIVRAISON

- Le client choisit une adresse de livraison nécessairement située sur la zone géographique couverte par l'offre du vendeur ;
- Le consommateur/client est seul responsable d'un défaut de livraison dû à un manque d'indication lors de la commande.

OBSERVATIONS

! Les délais de livraison s'entendent en jours ouvrés. Si le délai de livraison comprend des jours de week-end et fériés, ils n'entrent pas dans le décompte.

- Correspondent aux exigences légales les précisions telles que : "livraison au plus tard deuxième quinzaine du mois de janvier" ou encore "livraison fin mars" ou "livraison début juillet".
- Si le bien ou le service commandé est indisponible, le fournisseur en informe le consommateur et, le cas échéant, le rembourse sans délai, au plus tard dans les trente jours du paiement des sommes versées.
- Il est conseillé d'envoyer un e-mail confirmant l'expédition de la commande.



ARTICLE 11



GARANTIE LÉGALE DE CONFORMITÉ POUR LA VENTE DE BIENS À FABRIQUER OU À PRODUIRE [16]

Le vendeur livre un bien conforme au contrat et répond :

- des défauts de conformité existant lors de la délivrance ;
- des défauts résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité.

En cas de défaut de conformité (dysfonctionnement...), le consommateur a une double option qui s'exerce sans frais (Articles L.211-9 et L. 211-10 du code de la consommation) :

- LE REMPLACEMENT OU LA RÉPARATION DU BIEN ACHETÉ

  Si le choix du consommateur entraîne un coût manifestement disproportionné compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut, le vendeur peut décider de procéder selon l'autre modalité.

  Ce sera par exemple le cas si le modèle concerné a changé ou a été modifié ou encore lorsque la réparation est possible mais à un coût supérieur au remplacement.

- LA RESTITUTION DU PRIX
  - Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles
  - le consommateur peut rendre le bien et se faire restituer le prix

    OU
  - garder le bien et obtenir une partie du prix.

Il en ira de même si la solution demandée, proposée ou convenue ne peut être mise en œuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur, ou si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci, compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche. Si le défaut de conformité est mineur la résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée.

OBSERVATIONS

- Le bien doit présenter les qualités qu'un consommateur peut légitimement attendre compte tenu des informations données par le vendeur, le producteur ou son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage. Si des caractéristiques précises (par exemple une couleur, des dimensions...) ou un usage spécial (par exemple, résistance d'un bien à haute température...) ont été stipulés par les parties, le vendeur sera tenu aux mêmes obligations de conformité.
- Information du vendeur et justificatifs : Le consommateur rapporte ou renvoi le produit présentant un défaut au vendeur ou l'informe par lettre recommandée avec avis de réception.
- La conservation de justificatifs tels un bon de livraison, une facture est indispensable.
- La garantie de conformité est gratuite.
- Le consommateur dispose d'un délai de 2 ans pour agir à compter de la délivrance du bien.
- Il n'existe pas de garantie de conformité pour les services sauf lorsque la prestation est couplée avec la vente d'un bien.

ARTICLE 11



SUGGESTION DE MISE EN PLACE DE LA GARANTIE DE CONFORMITÉ

SI LE BIEN LIVRÉ OU LA PRESTATION DE SERVICE N'EST PAS CONFORME À VOTRE COMMANDE

Nous vous recommandons d'envoyer un courrier électronique à l'adresse indiquée :

_____
_____

Préciser les informations suivantes :

1) numéro de commande, prénom, nom et adresse :

_____
_____
_____

2) référence du ou des articles que vous souhaitez renvoyer

_____
_____
_____

3) motif du retour de l'article non conforme : article endommagé, article ou taille de l'article incorrecte, article en double, qualité non conforme à vos attentes, etc.

_____
_____
_____

Lorsque nous aurons reçu votre article, nous vous informerons par courrier électronique de votre remboursement. Le remboursement sera effectué sous la même forme que le paiement d'origine dans les 14 jours ouvrables après réception de l'article renvoyé.

- Veillez à bien indiquer la raison du retour et la modalité que vous avez choisie :

  remplacement ☐
  ou
  remboursement ☐

  motif du retour_____

- Assurez-vous également que le bordereau d'expédition est renvoyé avec le ou les articles afin de traiter votre demande le plus rapidement possible.

ARTICLE 12

GARANTIE COMMERCIALE [17] (FACULTATIVE)



Si le vendeur ou prestataire offre une garantie commerciale,

Sont précisés :

- le contenu de la garantie (pièces couvertes) ;
- les éléments nécessaires à sa mise en œuvre ;
- sa durée ;
- son étendue territoriale ;
- le nom et l'adresse du garant ;
- son prix ou sa gratuité ;
- la remise à l'acheteur d'un exemplaire du contrat écrit décrivant le contenu et les conditions de mise en œuvre de la garantie commerciale.

Toute remise en état couverte par la garantie qui comprendrait une période d'immobilisation d'au moins sept jours s'ajoute à la durée de la garantie qui restait à courir.

OBSERVATIONS

- Le vendeur propose ici des avantages au consommateur qui vont au-delà des règles légales auxquelles il est normalement tenu, par exemple, en proposant une extension de garantie.
- Si elle existe, la garantie commerciale doit être énoncée de manière visible sur le site ainsi que son prix.
- Indépendamment de l'existence de cette garantie, le professionnel doit préciser dans le contrat de vente qu'il reste tenu de la garantie légale de conformité et de la garantie des défauts de la chose vendue dite garantie des vices cachés.
- Le professionnel devra produire l'intégralité des articles L. 211-4, L. 211-5, L.211-12, L.211-16 du code de la consommation ainsi que les articles 1641 et 1648 al 1 du code civil.

La violation de ces obligations expose le professionnel à une amende administrative de 3 000 € pour les personnes physiques et de 15 000 € pour les personnes morales.

ARTICLE 13

RECONDUCTION DES CONTRATS POUR LES PRESTATIONS DE SERVICES [18]



- Si le contrat comprend une clause de reconduction tacite (exemple : contrats d'abonnement), avant le terme du contrat le professionnel informe le consommateur par écrit :
  - par lettre nominative

    ou
  - par courrier électronique dédiés.

  Cette information doit lui parvenir :
  - au plus tôt trois mois à l'avance ;
  - au plus tard un mois.

  afin de lui laisser la possibilité de mettre fin à son engagement s'il le souhaite.
- Cette information doit être transmise de manière claire et compréhensible ;

Doit être mentionné dans un encadré apparent la date limite de résiliation.

OBSERVATIONS

! Lorsque cette information ne lui a pas été adressée, le consommateur peut mettre un terme au contrat, à tout moment, à compter de la date de reconduction, et ce, gratuitement.

- Les avances perçues par le prestataire pour la période de reconduction doivent alors être remboursées, déduction faite des sommes correspondant à l'exécution du contrat.
- À défaut de remboursement dans un délai de trente jours à compter de la date de résiliation, le professionnel est tenu au paiement d'intérêts, au taux d'intérêt légal.

ARTICLE 14

DONNÉES NOMINATIVES



Le consommateur :
(cocher la case correspondante)

- donne son consentement ☐
  ou
- s'oppose expressément ☐

1. à l'utilisation des données nominatives recueillies aux termes de la présente commande, au titre du fichier de clientèle du commerçant.

   et / ou

2. à la diffusion de ces données à des tiers (les partenaires du vendeur).

Conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004, le consommateur dispose à tout moment, notamment, d'un droit d'accès, d'opposition et de rectification.

Le professionnel indique les coordonnées du service auprès duquel le consommateur peut exercer ses droits :

_____
_____

Il précise également le numéro d'enregistrement de la déclaration :

_____
_____

OBSERVATIONS

- Tout traitement de données nominatives doit être déclaré auprès de la CNIL et ne peut être mis en œuvre qu'après délivrance du récépissé, le cas échéant par voie électronique. Toute opération de commerce électronique implique une telle déclaration.

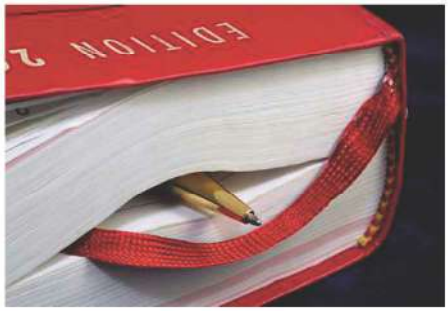
Par exemple :

- Toute information qui identifie une personne (nom, sexe, âge, date et lieu de naissance, adresse mail, adresse, téléphone, etc.).
- Attention, sauf dérogation, vous ne pouvez pas collecter des données dites sensibles (origines raciales ou éthiques, opinions politiques, etc.).
- Les données doivent être collectées et traitées de manière loyale et licite pour des finalités précises, explicites et légitimes. Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard de ces finalités. Enfin, elles doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.
- Un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou doit être lié à l'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci.

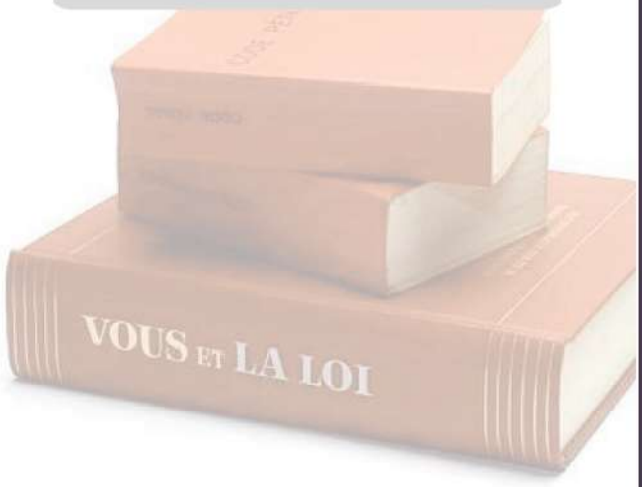


ARTICLE 15

LOI APPLICABLE [19]



Le présent contrat est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle.



OBSERVATIONS

- L'article 6 du règlement communautaire du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) dispose que le contrat conclu avec le consommateur est régi par la loi du pays où celui-ci a sa résidence habituelle, dès lors que le professionnel dirige par tout moyen son activité vers ce pays ou vers plusieurs pays dont ce dernier.
- Le principe est l'application de la loi du pays du consommateur, d'où l'importance de la délimitation d'une zone géographique de couverture de l'offre.
- En effet, sur la politique d'importation du pays dont le consommateur est ressortissant, il existe, dans de nombreux pays, des restrictions ou des interdictions à l'import qui peuvent se justifier pour diverses raisons de religion, santé publique, protection de l'environnement, etc.) ; il est fortement conseillé au vendeur de se renseigner sur ces restrictions ou interdictions.

ARTICLE 16

RÈGLEMENT AMIABLE DES LITIGES



Le professionnel peut choisir entre plusieurs voies de règlement amiable des litiges.

Clause de médiation

Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis au règlement de médiation du CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris - tél : 01.44.95.11.40 ou www.cmap.fr) auquel les parties déclarent adhérer.

Clause de recommandation en ligne

Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis à la Recommandation en ligne du CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris) auquel les parties déclarent adhérer.

Le professionnel prend en charge le coût de la médiation ou de la recommandation en ligne.

Clause de renvoi au droit commun

1. Si la requête émane du consommateur, le tribunal territorialement compétent, en cas de litige, est ..... (indiquer au choix du consommateur le tribunal de l'État membre du vendeur ou celui du lieu de son domicile).

2. Si la requête émane du commerçant, le tribunal territorialement compétent, en cas de litige, est ..... (indiquer le tribunal de l'État membre du domicile du consommateur).

OBSERVATIONS

- La médiation est initiée à la demande des parties, soit parce qu'une clause du contrat à l'origine du différend le prévoit, soit parce qu'elles choisissent d'y recourir expressément et librement. La médiation fait intervenir un tiers impartial qui aide les cocontractants à trouver eux-mêmes une solution optimale, dans le respect de leurs intérêts respectifs.
- Si la médiation est réussie, elle peut aboutir à un accord entre les parties, qui pourra être concrétisé par la rédaction d'un écrit. Si cet écrit répond 7ux conditions prévues par l'article 2044 [20] du Code civil, il aura la valeur d'une transaction. Dans cette hypothèse, il pourra être homologué par le juge, à la requête d'une ou des parties, lui conférant ainsi une autorité semblable à celle d'un jugement [21].
- La recommandation en ligne est une procédure de règlement amiable des conflits totalement informatisée et sécurisée. Elle consiste à obtenir d'un tiers indépendant – aviseur indépendant, une recommandation quant à la solution à donner au litige. Cette recommandation n'a pas, par elle-même, d'effet contraignant, mais elle peut être intégralement reprise, par les parties, sous la forme d'un protocole d'accord ou servir de fondement à une négociation. Une telle procédure leur permet de résoudre à l'amiable leurs difficultés, sans avoir à se déplacer.

Il est à noter que ces modes de règlement amiable sont gratuits pour le consommateur, c'est au professionnel à en prendre en charge le coût. Une clause en ce sens est à prévoir dans le contrat.

PRÉCAUTIONS À PRENDRE

PRODUITS INTERDITS À LA VENTE ET LIMITATION GÉOGRAPHIQUE

Selon le droit français, la vente à distance de certains biens ou services est interdite (par exemple, certains produits pharmaceutiques, armes, objets contraires aux bonnes mœurs ou portant atteinte à la dignité humaine, vente d'immeuble en raison de l'exigence d'un acte notarié) ou soumise à restrictions (notamment, démarchage médical des patients, tabacs et alcools, prestations d'enseignement, denrées alimentaires). Par ailleurs, des droits étrangers peuvent comporter d'autres interdictions ou contraintes selon leur propre conception de la protection des consommateurs.

Pour ne pas enfreindre ces restrictions, le commerçant peut délimiter, au préalable, une zone géographique de couverture de son offre ainsi que la zone géographique de livraison. Techniquement, cela peut s'accompagner d'un "filtre-pays" permettant de bloquer les commandes émanant des pays non couverts par l'offre.

La limitation géographique de l'offre n'est pas obligatoire, elle évite au commerçant d'être engagé au-delà de la zone commerciale qu'il souhaite prospecter. Cette précaution limite sa responsabilité lorsqu'il offre des produits dont la vente est interdite dans certains pays. Pour plus de précisions, voir le site Internet de la douane : *http://www.douane.gouv.fr/*

DÉFAUT DE CONFORMITÉ

La responsabilité du professionnel ne pourra être engagée si le consommateur invoque un défaut qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer lorsqu'il a contracté (par exemple pour l'achat d'un matériel d'exposition). Il en va de même lorsque le défaut a son origine dans les matériaux qu'il a lui-même fournis (qualité médiocre ou ne correspondant pas aux matériaux normalement utilisés).

En cas de défaut de conformité, le consommateur dispose d'un délai de deux ans pour agir à compter de la délivrance du bien. Passé ce délai, il ne pourra plus profiter des remèdes de la garantie (réparation ou remplacement).

Si des défauts de conformité apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien, ils sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire. Le vendeur peut combattre cette présomption si celle-ci ne correspond pas à la nature du bien ou au défaut de conformité invoqué.

Attention, à partir du mois de juin 2016, la présomption d'antériorité du défaut sera étendue de 6 à 24 mois.

Ces dispositions ne privent pas l'acheteur du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1648 du code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi.



PRÉCAUTIONS À PRENDRE

ARCHIVAGE DES CONTRATS ÉLECTRONIQUES

Lorsque le contrat porte sur une somme supérieure à 120 euros, le professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai de dix ans et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande.

Le délai de dix ans est fixé à compter de la conclusion du contrat lorsque la livraison du bien ou l'exécution de la prestation est immédiate.

Dans le cas contraire, le délai court à compter de la conclusion du contrat jusqu'à la date de livraison du bien ou de l'exécution de la prestation et pendant une durée de dix ans à compter de celle-ci.

Bien que la loi ne prévoit rien de spécifique en la matière, il peut s'avérer très utile pour le commerçant de procéder à l'archivage d'un certain nombre d'éléments liés à la vente, notamment en cas de litige, afin de permettre au juge d'interpréter le contrat plus simplement.

Ce qui comprend :

- le détail de la commande ;
- le descriptif de l'objet commandé ;
- les photos de l'objet ;
- les éléments fournis autour de la commande (délai de livraison, garanties...)
- les conditions générales de vente à la date du contrat ;
- les conditions particulières de vente si elles existent ;
- le moyen de paiement utilisé.... Notamment en cas de contestation.

DÉCLARATION À LA CNIL

La collecte d'informations nominatives doit faire l'objet par le vendeur d'une déclaration à la CNIL :

- http ://www.cnil.fr/ conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- Formulaire de collecte d'informations : modèles types fournis par la CNIL : site de la CNIL http ://www.cnil.fr/



PRÉCAUTIONS À PRENDRE

SOLDES

À compter du 1er janvier 2015 et conformément à la loi du 18 juin 2014, les soldes flottants sont supprimés tandis que les deux périodes de soldes saisonniers (hiver et été) sont étendues à 6 semaines au lieu de 5 semaines.

Pour mémoire :

- Les soldes d'hiver débutent ainsi à 8 heures du matin le deuxième mercredi du mois de janvier, sauf si celui-ci tombe après le 12, auquel cas les soldes débutent le premier mercredi de janvier.
- Les soldes d'été débutent à 8 heures du matin le dernier mercredi de juin, sauf si celui-ci tombe après le 28, auquel cas les soldes débutent l'avant-dernier mercredi de juin.

! À noter que les dates et heures de démarrage sont les mêmes pour les points de ventes physiques et pour les sites de vente en ligne.



COMMANDER EN LIGNE

QUESTIONS PRATIQUES À L'ATTENTION DE VOS CLIENTS

1 COMMENT PUIS-JE ÊTRE SÛR(E) QUE MA COMMANDE A ÉTÉ VALIDÉE ?

- Un récapitulatif reprenant l'ensemble de vos choix et le prix total du bien ou du service vous permet de vérifier le détail de votre commande. Sous réserve d'avoir préalablement accepté les conditions de vente, vous pouvez valider votre commande.
- Un accusé de réception de la commande sera envoyé par le vendeur ou le prestataire au consommateur par courrier électronique.

Pour en savoir plus : voir les conditions générales de vente article 6.

Assurez-vous que les coordonnées que vous communiquez lors de votre commande sont correctes et qu'elles vous permettront de recevoir la confirmation de celle-ci. Si vous ne recevez pas cette confirmation, contactez-nous à l'adresse suivante :

_____
_____
_____
_____
_____

2 MON PAIEMENT EN LIGNE EST-IL SÉCURISÉ ?

Notre site fait l'objet d'un système de sécurisation.

Nous avons adopté le procédé de cryptage suivant (matérialisé par un élément visuel, type cadenas).



3 DANS QUEL DÉLAI PUIS-JE ME RÉTRACTER ?

Vous disposez d'un délai de 14 jours pour vous rétracter sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalité à l'exception des frais de retour du produit, le cas échéant :

- à compter de la réception de votre achat (vente de biens),
- à compter de la conclusion du contrat (acceptation de l'offre) pour les prestations de services.

Le vendeur ou prestataire rembourse l'acheteur dans les meilleurs délais et au plus tard dans les quatorze jours suivant la date de rétractation.

Pour en savoir plus : voir les conditions générales de vente article 8.

4 DANS QUEL DÉLAI SERAI-JE LIVRÉ ?

Délai de livraison en France métropolitaine	*... jours/ ..... délai*
Délai de livraison dans les DOM-TOM	*... jours/ ..... délai*
Délai de livraison dans l'Union européenne	*... jours/ ..... délai*

Pour en savoir plus : voir les conditions générales de vente article 10.

5 QUE SE PASSE-T-IL EN CAS DE LIVRAISON D'UN BIEN NON CONFORME ?

En cas de défaut de conformité, le consommateur a une double option :

- le remplacement ou la réparation du bien acheté,
- la restitution du prix.

Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles :

- le consommateur peut rendre le bien et se faire restituer le prix,
  ou
- garder le bien et obtenir une partie du prix.

Pour en savoir plus : voir les conditions générales de vente article 11.

6 QUE SE PASSE-T-IL EN CAS DE LIVRAISON D'UN BIEN NON CONFORME ?

Les informations et données vous concernant sont nécessaires à la gestion de votre commande et à nos relations commerciales.

Conformément à la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004, vous disposez notamment d'un droit d'accès, d'opposition et de rectification aux données personnelles vous concernant. Il vous suffit de nous écrire en ligne à _____ ou par courrier à _____,en nous indiquant vos nom, prénom, e-mail, adresse.

Pour en savoir plus : voir les conditions générales de vente article 14.

RÉFÉRENCES

1. Articles L. 121-60 et L. 121-61 du Code de la consommation).
2. Article L. 113-5 du code de la consommation.
3. Article L. 1369-1 du code civil. Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005. La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens de services.
4. Article L. 1369-4 du code civil.
5. Article L. 113-3 du code de la consommation.
6. Article L. 1369-2 du code civil.
7. Article L. 121-19-13 du code de la consommation.
8. Article L. 121-21 du code de la consommation.
9. Article L.121-21-2 du code de la consommation
10. *A contrario* pour les contrats prévoyant la livraison régulière de biens pendant une période définie, le délai court à compter de la réception du premier bien (Article 121-21 du code de la consommation).
11. Article L. 121-21-1 du code de la consommation.
12. En cas de dépassement du délai de remboursement, les pénalités de retard encourues sont :
    De 5 % si le retard est compris entre 10 et 20 jours ;
    De 10 % si le retard est compris entre 20 et 30 jours ;
    De 20 % si le retard est compris entre 30 et 60 jours ;
    De 50 % entre 60 et 90 jours ;
    Et de 5 points supplémentaires par nouveau mois de retard jusqu'au prix du produit, puis du taux d'intérêt légal.
13. Article L. 121-21-4.
14. Article L. 121-21-3.
15. Une résolution immédiate du contrat par le consommateur est possible dans certains cas :
    - refus du professionnel de s'exécuter :
      ou
    - lorsque la date de livraison est essentielle pour le consommateur, ex : l'achat d'une robe de mariée.
      En cas d'annulation : remboursement intégral des sommes versées dans les 14 jours de la dénonciation du contrat sous peine de réalités de retard dissuasives (entre 10 % et 50 % selon l'importance du retard).
16. Articles L. 211-1 à L. 211-4 du code de la consommation.
17. Articles L. 211-15 à L. 211-16-1 du code de la consommation.
18. Article L. 136-1 du code de la consommation.
19. Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008, JOUE L 177/6, 4 juillet 2008, article 6.
20. Selon l'article 2044 du Code civil, "la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit".
21. Article 1565 du code de procédure civile.

LA CCI PARIS ILE-DE-FRANCE

Représentant près de 840 000 entreprises, la CCI de Paris Ile-de-France est animée par 98 élus chefs d'entreprise bénévoles. Ses missions: former les hommes et les femmes dans ses écoles (HEC, ESCP Europe, ESSEC, Les Gobelins, Ferrandi...), accompagner le développement des entreprises et des territoires, accroître l'attractivité et le rayonnement international de la Région capitale grâce notamment à ses centres de congrès et d'exposition (Palais des congrès de la Porte Maillot, Parc international d'expositions de Paris Nord Villepinte...) et promouvoir les intérêts des entreprises auprès des pouvoirs publics.

En s'appuyant sur ses élus chefs d'entreprise, réunis en commissions spécialisées, sur ses experts et sur ses centres d'études et de recherche (CROCIS, OCED, CREDA, IRPI), la CCI Paris Ile-de-France produit et publie chaque année plus de 60 rapports, études et avis dans les domaines intéressant directement la vie des entreprises : la compétitivité, les mutations économiques, les politiques publiques et l'attractivité de la Région capitale.

L'ensemble de ces travaux est diffusé aux pouvoirs publics nationaux et européens et aux acteurs économiques.

Retrouvez l'ensemble de ces publications sur :
www.cci-paris-idf.fr/etudes



Directeur de la publication
Étienne Guyot

Contact expert :
Céline Delacroix
Tél. 01 55 65 75 20
celine.delacroix@cci-paris-idf.fr

Mise en page
Laurence Guillot

Crédits photographiques
© AtScene - Fotolia
© Baillou - Fotolia
© Bigpa - Fotolia
© Fotodo - Fotolia
© Gajus - Fotolia
© Gstudio Group - Fotolia
© Hywards - Fotolia
© Kurhan - Fotolia
© MR - Fotolia
© Neyro - Fotolia
© Oleksandr - Fotolia
© Passiflora70 - Fotolia
© Richard Villalon - Fotolia
© Vege - Fotolia
© Phototèque

Dépôt légal : décembre 2014
ISSN : 0995-4457 - Gratuit
Rapports consultables ou téléchargeables sur le site :
www.cci-paris-idf.fr/etudes
Rapport présenté par M. Claude de Saint-Vincent
et adopté le 4 décembre 2014



CCI PARIS ILE-DE-FRANCE

الـفـهـــــــــــــــــــــرس

العنوان	الصفحة
مقدمـــــــــــــة	01
البـــاب الأول: مظاهر حماية المستهلك عند حل نزاعات عقد البيع الإلكتروني الدولي	09
الفصـــــل الأول: الطرق الودية أو غير القضائية الإلكترونية لحل منازعات عقد البيع الإستهلاكي الالكتروني الدولي	10
المبحث الأول:الوساطة الالكترونية (الوساطة على الخط)	12
المطلب الأول: مفهوم الوساطة الالكترونية	12
الفرع الأول: التعريف بالوساطة الإلكترونية	13
أولا : تعريف الوساطة الإلكترونية	13
أ)- الوساطة عموما	13
ب)- الوساطة الالكترونية	15
ثانيا: خصائص الوساطة الإلكترونية و شروطها	16
أ) خصائص الوساطة الإلكترونية	16
ب)- شروط نجاح الوساطة الإلكترونية	19
الفرع الثاني: إجراءات الوساطة الإلكترونية	20
أولا: تقديم طلب الوساطة الإلكترونية	20
ثانيا: بدأ عملية الوساطة الإلكترونية	21
ثالثا: دفع تكاليف الوساطة الإلكترونية	21
رابعا) - إنتهاء عملية الوساطة الإلكترونية	21
المطلب الثاني : التجارب الدولية في مجال الوساطة الالكترونية لحل نزاعات الإستهلاك الدولية	22
الفرع الأول: قوانين الإتحاد الأوروبي في مجال الوساطة الإلكترونية لحل نزاعات الاستهلاك الدولية	23
أولا: قوانين الإتحاد الأوروبي المنظمة للوساطة العادية في مجال الإستهلاك	23
ثانيا) قوانين الإتحاد الأوروبي الخاصة بالوساطة الإلكترونية في مجال الإستهلاك	25

الفرع الثاني: التجارب الوطنية في مجال الوساطة الإلكترونية لحل نزاعات الإستهلاك الدولية	29
أولا: الدول التي أخذت بالوساطة الإلكترونية في مجال الإستهلاك	29
أ) – فرنسا	29
ب) - بلجيكا	33
ج) - ألمانيا	34
ثانيا: الدول التي أخدت بالوساطة الإتفاقية في مجال الإستهلاك	36
أ)- لبنان	36
ب) – المغرب	37
ثالثا) – الدول التي أعتمدت الوساطة القضائية	39
أ)- الجزائر	40
المبحـث الثـــــاني: التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني	44
المطلـــب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني	45
الفـــرع الأول: مفهوم التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني	45
أولا: التعريف بالتحكيم التجاري الدولي الإلكتروني	46
أ)- تعريف التحكيم الإلكتروني و مراحله	46
1- تعريف التحكيم الإلكتروني	46
2- مراحل التحكيم الإلكتروني	48
ب)- تمييز التحكيم الالكتروني عن الوسائل البديلة الإلكترونية الأخرى	52
1- التمييز بين التحكيم الإلكتروني و الوساطة الإلكترونية	53
2- التمييز بين التحكيم الإلكتروني و التوفيق الإلكتروني	53
ثانيا: مزايا و سلبيات التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني	54
أ)- مزايا التحكيم الإلكتروني	54
ب)- سلبيات التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني	56
الفرع الثاني: إتفاقية التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني	57

أولا: مفهوم إتفاقية التحكيم الإلكتروني	58
أ)- التعريف بإتفاقية التحكيم الإلكتروني	58
1- تعريف إتفاقية التحكيم الإلكتروني	58
2- صور إتفاقية التحكيم الإلكتروني	58
- شرط التحكيم الإلكتروني	59
- مشارطة التحكيمLe compromis	67
ب)- شروط إتفاقية التحكيم الإلكتروني	67
1- الشروط الموضوعية لإتفاقية التحكيم الإلكتروني	67
- الأهلية	68
- قابلية النزاع للتحكيم	69
2- الشروط الشكلية لإتفاق التحكيم الإلكتروني	70
ثانيا: مضمون إتفاقية التحكيم الإلكتروني	73
أ)- تحديد القانون الواجب التطبيق على إتفاقية التحكيم	73
1- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم	73
2- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم	74
ب)- تحديد محكمة التحكيم الإلكتروني	77
1- كيفية تشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية	77
2- شروط صحة تشكيل الهيئة التحكيمية الإلكترونية	78
المطلب الثاني: إجراءات التحكيم الإلكتروني	79
الفرع الأول: سير عملية التحكيم الإلكتروني	79
الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني	82
أولا: مفهوم القرار التحكيمي الإلكتروني	82
أ)- التعريف بالقرار التحكيمي الإلكتروني	82
1- تعريف القرار التحكيمي الإلكتروني	82
2- حجية القرار التحكيمي الإلكتروني	84

ب)- شروط القرار التحكيمي الإلكتروني	85
1- البيانات الإلزامية في القرار التحكيمي	85
2- الشروط الشكلية للقرار التحكيمي الإلكتروني	86
ج)- صفة القرار التحكيمي الإلكتروني	87
1- المعيار الجغرافي	87
2- المعيار الإجرائي	89
ثانيا: شروط تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني	90
أ)- تنفيذ القرار التحكيمي أمام القاضي الوطني	90
1- شروط الإعتراف و تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني	90
2- الطعن في القرار التحكيمي الإلكتروني	94
ب)- تنفيذ القرار التحكيمي الإلكتروني بعيدا عن القضاء الوطني	97
1- وسائل التنفيذ المباشر للقرار التحكيمي الإلكتروني	97
2- وسائل التنفيذ غير المباشرة للقرار التحكيمي الإلكتروني	98
الخلاصـــــــــة	101
الفصل الثاني: الطريق القضائي لحل نزاعات المستهلك في عقد البيع الإلكتروني الدولي	103
المبحث الأول: إثبات عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي الدولي	103
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إثبات عقد البيع الاستهلاكي الإلكتروني	105
الفرع الأول: التكييف في مسألة الإثبات	105
أولا: الفصل بين المسائل الإجرائية و المسائل الموضوعية للإثبات	105
أ)- أصل الفصل بين المسائل الإجرائية و المسائل الموضوعية	105
ب)- معايير الفصل بين القواعد الإجرائية و القواعد الموضوعية	106
ثانيا)- مفهوم التكييف	107

الفرع الثاني: معايير تحديد القانون الواجب التطبيق على الإثبات	109
أولا: القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية	110
أ)- القانون الواجب التطبيق على محل الإثبات	110
1- مضمون محل الإثبات	110
2- ضابط الإسناد المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق على محل الإثبات	111
ب)- القانون الواجب التطبيق على عبء الإثبات	112
1- مضمون عبء الإثبات	112
2- ضابط الإسناد المعتمد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عبء الإثبات	113
ج)- القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات	113
1- مضمون طرق الإثبات	114
2- الضوابط المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق على طرق الإثبات	117
ثانيا)- القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية	121
المطلب الثاني: محررات إثبات عقد البيع الاستهلاكي الإلكتروني	123
الفرع الأول: أنواع المحررات المعتمدة لإثبات عقد البيع الاستهلاكي	123
أولا: تذكرة الصندوق	124
ثانيا: السند	125
ثالثا: الفاتورة	125
رابعا: الوثيقة التي تقوم مقام الفاتورة	127
الفرع الثاني: المحرر الإلكتروني و عناصر حجيته	128
أولا: مفهوم المحرر الإلكتروني	128
أ)- تعريف المحرر الإلكتروني	128
1- التعريف التشريعي	129
2- التعريف الفقهي	130
ب)- رسائل بيانات البريد الإلكتروني و حجيتها في الإثبات	131
1- تعريف رسائل البريد الإلكتروني	131

2- حجية رسائل البريد الإلكتروني	132
الفرع الثاني: عناصر حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات	134
أولا: الكتابة الإلكترونية	135
أ)- مفهوم الكتابة الإلكترونية	136
1- التعريف بالكتابة الإلكترونية	136
2- شروط الكتابة الإلكترونية	138
ب) - تكافؤ الكتابة الإلكترونية مع الكتابة الورقية	142
ثانيا)- التوقيع الإلكتروني	142
أ)- مفهوم التوقيع الإلكتروني	143
1 - التعريف بالتوقيع الإلكتروني	143
2- صور التوقيع الإلكتروني	147
ب)- حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات	152
المبحـــث الثاني: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في عقد البيع الالكتروني الاستهلاكي	155
المطلـــب الأول: الضوابط الأصلية في تحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات العقد الدولي	156
الفرع الأول: الاختصاص الأصلي المبني على الضابط الإقليمي	156
أولا : ضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه	157
أ) - مضمون ضابط الموطن	158
ب) - نقد ضابط الموطن	164
ثانيا: ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه	164
ثالثا)- ضابط موقع المال	167
الفرع الثاني: الجنسية كضابط لاختصاص المحاكم الوطنية	168
المطلب الثاني: الاختصاص الاستثنائي للمحاكم الوطنية	170
الفرع الأول: الاختصاص المبني على إرادة الأطراف	170

أولا)- مفهوم الاختيار الإرادي للمحكمة المختصة	171
ثانيا : شرط منح الاختصاص La clause de juridiction	174
أ)- شكل شرط منح الإختصاص الإلكتروني	175
ب)- الرضا في شرط الاختصاص الالكتروني	177
1- التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على إيقونة الحاسوب	178
2- التعبير عن الإرادة و شرط الاختصاص بالاحالة Clause par référence	179
ج)- خصوصية شرط الاختصاص في العقد الالكتروني الاستهلاكي	182
د) - القانون الواجب التطبيق على شرط الاختصاص	173
الفرع الثاني: الارتباط	174
المطلب الثالث: الضوابط الخاص لتحديد المحكمة المختصة في حالة منازعات المستهلك الإلكتروني	185
الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية	185
أولا : القانون السويسري	185
ثانيا : في القانون الفرنسي	186
ثالثا: قانون كيبيك Quebec	187
رابعا : القانون الجزائري	187
الفرع الثاني: موقف القوانين الدولية	188
أولا) موقف الاتفاقيات الدولية	188
أ) إتفاقية بروكسل 1968	188
ب) إتفاقية lugano لعام 2007	189
ثانيا) موقف القوانين الموحدة	189
أ) القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات الالكترونية	189
ب) تنظيم بروكسل1 مكرر	190
البـــــاب الثاني: مظاهر حماية المستهلك عند تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني	193

الفصـــــل الأول: القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي	193
المبـــــحث الأول: القانون الواجب التطبيق على شكل عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي	194
المطـــــلب الأول: موقف القانون المقارن من القانون الذي يحكم شكل عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي	194
الفـــرع الأول: القوانين المعتمدة على قواعد الإسناد العامة لتحديد قانون الشكل	195
أولا: موقف المشرع الجزائري	195
ثانيا: موقف المشرع المصري	196
ثالثا: موقف المشرع الأردني	196
رابعا: موقف المشرع التونسي	196
الفـــــرع الثاني: القوانين المعتمدة على ضوابط إسناد خاصة لتحديد قانون الشكل	197
أولا: إتفاقية روما لعام 1980	197
ثانيا: تنظيم روما1	199
المطـــــلب الثاني: مضمون قاعدة الشكل في عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي الدولي	200
الفـــــرع الأول: مفهوم الشكل في عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي	200
الفـــــرع الثاني: الإستثناءات الواردة على قاعدة الشكل	201
أولا: الأشكال المتبعة في الإجراءات القضائية أو المرافعات	201
ثانيا: الإجراءات المتعلقة بالشهر	202
ثالثا: الإجراءات المكملة للأهلية	203
المبـــــحث الثاني:القانون الواجب التطبيق على موضوع عقد البيع الإلكتروني الإستهلاكي	204
المطلـــب الأول:القانون الواجب التطبيق على موضوع عقد البيع الالكتروني الإستهلاكي وفق القواعد العامة	204
الفرع الأول:الإرادة كضابط أصلي في تحديد القانون الواجب التطبيق	205

أولا: موقف القوانين من ضابط الإرادة	205
أ)- ضابط الإرادة على المستوى الوطني	206
1- القانون الجزائري	206
2 - القانون الإماراتي	207
3 - القانون المدني المصري	207
4- القانون السوري	208
ب)- ضابط الإرادة على مستوى القوانين الإتفاقية	208
1- اتفاقية لاهاي لعام 1955	208
2- اتفاقية روما 1980	209
3- القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات الالكترونية و التجارة	211
4- التنظيم الأوروبي593 -2008 (روما1)	211
ثانيا: صعوبات تطبيق ضابط الإرادة على العقود الألكترونية	212
الفرع الثاني: الضوابط الاحتياطية	215
أولا: ضوابط الإسناد الجامد	215
أ)- ضابط الموطن المشترك	215
ب)- ضابط الجنسية المشتركة	215
ج)- ضابط مكان إبرام العقد	216
د)- محل تنفيذ العقد	219
ثانيا: الإسناد المرن(ضابط الأداء المميز)	220
أ)- مفهوم فكرة الأداء المتميز	220
ب)- صعوبات تطبيق فكرة الأداء المميز	222
المطلـــب الثاني: القانون لواجب التطبيق على عقد البيع الالكتروني الاستهلاكي في القواعد الخاصة	222
الفـــرع الأول: النصوص القانونية الخاصة	222

أولا: النصوص القانونية ذات الطابع الدولي	222
أ- الاتفاقيات الدولية	222
ب- القوانين الإقليمية	223
ثانيا: النصوص القانونية ذات الطابع الوطني	226
الفرع الثاني: تحليل الضوابط المعتمدة في عقود المستهلك الالكترونية	229
أولا: ضابط الإرادة	229
أ)- تقييد ضابط الإرادة بقوانين البوليس	230
ب)- تقييد ضابط الإرادة بفكرة النظام العام	235
ج)- تقييد ضابط الإاردة بالغش نحو القانون	237
ثانيا: ضابط محل الإقامة العادية للمستهلك	238
أ)- الشروط المنصوص عليها في اتفاقية روما	239
ب)- الشروط المنصوص عليها في تنظيم روما1	241
خلاصـــــــــــة	242
الفصل الثاني:نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الاستهلاكي الالكتروني الدولي	243
المبحث الأول: نطاق القانون الواجب التطبيق في مرحلة إبرام العقد	244
المطلب الأول: الإيجاب الالكتروني	244
الفرع الأول: مفهوم الإيجاب الالكتروني	244
أولا: التعريف بالإيجاب الالكتروني	244
أ)- تعريف الإيجاب الالكتروني	244
ب)- خصوصية الإيجاب الإلكتروني في مجال الإستهلاك	247
ثانيا: صور الإيجاب الإلكتروني	249
أ)- الإيجاب الإلكتروني من خلال صفحات الويب للموقع الإلكتروني	249
ب)- الإيجاب الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني	250

ثالثا: تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الإعلان الإلكتروني	251
أ)- تعريف الإعلان الإلكتروني	251
ب)- شروط الإعلان الإلكتروني	253
1- أن يكون الإعلان صادقا و إعلاميا	253
2- أن يكون الإعلان التجاري واضحا	255
ج)- مدى اعتبار الإعلان الإلكتروني إيجابا إلكترونيا	256
الفرع الثاني: مضمون الإيجاب الإلكتروني الموجه إلى المستهلك	257
أولا: مفهوم و مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني	257
أ)- مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني	258
1- المقصود بالالتزام بالإعلام الإلكتروني	258
2- الشروط المتعلقة بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني	259
ب)- مضمون الالتزام بالإعلام	261
1- تحديد هوية المهني أو صاحب الإيجاب	262
2- الإعلام حول الشروط العامة لعقد البيع الإلكتروني	263
3- التأكيد الكتابي للمعلومات	274
المطلب الثاني: القبول الإلكتروني	274
الفرع الأول: خصوصية القبول الألكتروني	275
أولا: تعريف القبول الألكتروني	275
ثانيا:شكل التعبير عن القبول الإلكتروني	277
أ)- القبول بواسطة تقنية الضغط	277
ب)- التعبير عن القبول عن طريق البريد الإلكتروني	279
الفرع الثاني:مظاهر حماية المستهلك في مرحلة القبول	281
أولا: حق المستهلك في العدول	281
أ)- مفهوم حق العدول	282
ب- الآثار المترتبة عن ممارسة حق العدول	287

ثانيا: حماية المستهلك من الشروط التعسفية	290
أ)- مفهوم الشرط التعسفي	290
ب)- آليات الحماية من الشروط التعسفية	295
المبحث الثاني : نطاق تطبيق القانون الواجب التطبيق في مرحلة تنفيذ عقد البيع الإلكتروني	305
المطلب الأول: إلتزامات المستهلك الإلكتروني	305
الفرع الأول: مضمون الإلتزام بدفع الثمن في عقد البيع الإلكتروني	306
أولا: تاريخ الدفع	306
ثانيا: مكان الدفع	308
ثالثا)- طرق الدفع في عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني	308
الفرع الثاني: مظاهر حماية المستهلك عند الدفع	312
أولا : إجراءات تأمين الدفع الإلكتروني على المستوى التقني	313
أ)- تقنيات الطبقات المفتوحة الآمنةSSL	313
ب)- تقنيات الحركات المالية الآمنة SET	313
ج)- تقنيات الجدار الناريFIRE WALL	314
ثانيا: تأمين إجراءات الدفع على المستوى القانوني	314
المطلب الثاني: إلتزامات المهني الإلكتروني	317
الفرع الأول: الإلتزام بتسليم السلعة محل عقد البيع الإلكتروني	317
أولا: مفهوم إلتزام التسليم	317
ثانيا: ضرورة تسليم سلعة مطابقة	325
أ)- الضمان القانوني للمطابقة	325
الفرع الثاني : الجزاءات المترتبة عن الإخلال بإلتزام التسليم	334
أولا: فسخ عقد البيع الإلكتروني الاستهلاكي	335
أ)- أحكام فسخ عقد البيع الإستهلاكي الإلكتروني في القانون الجزائري	335
ب)- أحكام فسخ عقد البيع الإستهلاكي الإكتروني في القانون الفرنسي	339

ثانيا: قيام المسؤولية العقدية للمهني	340
أ)- المسؤولية العقدية حسب القواعد العامة	341
ب)- خصوصية المسؤولية العقدية في عقد البيع الإستهلاكي الدولي	343
الخاتمة	347
قائمة المراجع	350
الملحق الأول	381
الملحق الثاني	383
الملحق الثالث	388
الفهرس	423

الـمـلـخـــــــــــص

مع ازدهار وسائل الاتصال الحديثة الإلكترونية ، تطورت معاملات الأفراد حيث تجاوزت نطاق البيئة المادية لتمتد إلى البيئة الإلكترونية لما توفره هذه الأخيرة من إيجابيات للمستهلك، فوجود هذا الأخير في العلاقة يعني وجود طرف ضعيف تجب حمايته سواء كان ذلك على مستوى تعاملاته الداخلية أو الدولية، و يعتبر عقد البيع من أكثر العقود التي يبرمها المستهلك عبر الانترنت و الذي يتخذ غالبا الصفة الدولية.

إن مظاهر حماية المستهلك في عقد البيع الدولي المبرم إلكترونيا يكون من خلال بيان طرق حل منازعاته المترتبة عن هذا العقد ،سواء الطريق غير القضائي أو الوسائل البديلة ،أو الطريق القضائي و ما يترتب عنه من مسألتي القانون الواجب التطبيق و الاختصاص القضائي الدولي ، و إشكالات تطبيق أحكامهم في البيئة الإلكترونية ، و قد تم اعتماد الدراسة المقارنة في البحث للوقوف عند التطورات التشريعية الحاصلة في مجال حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية في المجال الدولي، و تقييم مدى نجا عتها و بيان موقف المشرع الجزائري من كل ذلك.

الكلمات المفتاحية:

- تنازع القوانين، حماية المستهلك، العقد الإلكتروني، تنازع الاختصاص القضائي، القانون الدولي الخاص، عقد البيع، التحكيم الإلكتروني ، الوسائل البديلة، الوساطة الإلكترونية.

Avec l'effervescence des outils de communication moderne technologique ; les transactions entres les individus a évolué et a dépassé les limites de l'environnement matériel pour s'étendre à l'environnement virtuel pour ce qu'il offre comme avantages au consommateur ; la présence de ce dernier dans la transaction veut dire la présence d'une partie impuissante qu'il se doit de protéger que ce soit au niveau national ou international, ainsi est considéré le contrat de vente comme le plus conclu par le consommateur par internet cela souvent au niveau international.

Les aspects de la protection du consommateur dans le contrat de vente international conclu par voie électronique se fait par la manifestation des manières de résolution des conflits engendrés par ce contrat par voie extrajudiciaire ou judiciaire, ainsi que ce qui est engendré par l'affaire de loi applicable et de la juridiction internationale spécialisée ; les problématiques de l'application des jugements dans un environnement virtuel, basé sur une étude comparative dans la recherche pour s'arrêter sur l'évolutivité juridique dans le domaine de la protection du consommateur dans les transactions électroniques au niveau international, l'évaluation de son tau de réussite et la manifestation juridique algérienne vis-à-vis de tout cela.

Mots Clés

- **Conflit de lois , protection du consommateur , contrat électronique , conflit de juridiction , droit international privé , modes alternatifs , contrat de vente , arbitrage électronique , médiation électronique.**