جامعة أحمد دراية أدرار-الجزائر-
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الآليات القانونية لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني

رسالة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق

إعداد الطالب
- أزوا محمد

الأستاذ المشرف
أ.د مسعودي يوسف

لجنة المناقشة

أ.د. بن الطيبي مبارك	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	رئيساً
أ.د. مسعودي يوسف	أستاذ التعليم العالي	جامعة أدرار	مشرفاً ومقرراً
د. بن الشريف سليمان	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أدرار	مناقشاً
د. الصادق عبد القادر	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أدرار	مناقشاً
د. حاج سودي محمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أدرار	مناقشاً
د. عماري نور الدين	أستاذ محاضر "أ"	المركز الجامعي النعامة	مناقشاً

نوقشت بتاريخ 2021/10/28

السنة الجامعيـة: 2020– 2021م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلۡأَسۡمَآءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمۡ عَلَى ٱلۡمَلَٰٓئِكَةِ فَقَالَ أَنۢبِـُٔونِي بِأَسۡمَآءِ هَٰٓؤُلَآءِ ان كُنتُمۡ صَٰدِقِينَ (30) قَالُواْ سُبۡحَٰنَكَ لَا عِلۡمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمۡتَنَآ إِنَّكَ أَنتَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡحَكِيمُ (31)﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة (الآية 30-31)

إهـداء

إلـى روحي والدي ووالدتي الكريمة الطاهرة رحمها الله وطيب ثراهما وجعلهما في أعلى عليين مع الشهداء والصالحين وحسن أولئك رفيقا

إلى إخوتي وأبنائهم الذين هم سند ظهري ورفعة مقامي بارك الله فيهم جميعاً

إلى زوجتي وأبنائي قرة عيني أمباركة، وأنفال وهدى وبشرى والحاج سالم الذين أسال الله لهم التوفيق والرشاد

إلى أساتذتي الكرام وزملائي

إلـى كل من علمني حرفاً

إلى كل رفقاء المسار الدراسي

إلى جميع الأصدقاء والإخوة

إلى كل من أعانني على إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد

إلى هؤلاء جميعا أهدي ثمرة هذا البحث راجياً من المولى عز وجل التوفيق والسداد.

أزوا محمد

شكر وعـرفان

بعد حمدي وشكري لله عز وجل على أن وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع
أتقدم بخالص شكري وفائق تقديري لأستاذي الكريم
المشرف الأستاذ البروفيسور مسعودي يوسف على كل ما قدمه لي من دعم وتوجيه ورعاية وإشراف حيث كان لجميل صبره وغزير علمه وعظيم خلقه الفضل في إخراج هذا العمل إلى النور.
وأتقدم بجزيل الشكر إلى كافة أساتذة قسم الحقوق بالجامعة الإفريقية أحمد دراية بولاية أدرار الذين تعلمنا على أيديهم وبذلوا كل جهد من أجل أن نكون طلبة متفوقين.
كما أتوجه بأسمى عبارات الشكر والعرفان إلى أعضاء لجنة المناقشة الأجلاء الذين تفرغوا لقراءة هذا العمل وبذلوا ما في جهدهم من أجل تصويبه.

الباحث
أزوا محمد

قائمة بأهم المختصرات

أ-باللغة العربية

ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ق.ت.ج	القانون التجاري الجزائري
ق.إ.م.و.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ج.ر.ج.ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
د.ط	دون طبعة

ب-باللغة الأجنبية

Ed	Edition
Op.cit	Ouvrage Précité (Opéro Citato)
N	Numéro
WTO	The World Trade Orgnization
AAA	American Arbitration Association
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
C2C	Consumer to Consumer
ADR	Alternative Dispute Resolution
ICANN	The Internet Corporation For Assigned Names and Numbers
ODR	Online Dispute Resolution
WIPO	World Intellectual Property Organization
Nsf	National Science Foundation
ARPA NET	Advanced Research Project Agency Network
WWW	Word Wide Web
IRC	Internet Replay Chat

ISO International Organization for Standardization

ECODIR European Consumer Dispute Resolution

OOO Online Ombuds Office

CLI Le Cyberspace Law Institue

NCAIR Le national Centre for Automated Information Research

GTLD Generic Top level Domain

مُقدِمة

–مقدمة:

شهد العالم تطورات متلاحقة في نظام المعلومات، والتي واكبتها تطورات أخرى في مجال نظم الإتصالات، خاصة بعد ظهور الشبكة الدولية الإنترنت[1] في نهاية القرن العشرين حيث غيرَّت جميع المعطيات بعد دخولها بصورة غير مسبوقة عالم المعاملات المالية والأنشطة التجارية، مما إنعكس بشكل كبير على العملية الإستهلاكية[2]، وذلك بالنظر إلى ما أتاحه إستعمال هذه التقنية من تمكين المستهلكين من الحصول على السلع والخدمات بأسلوب سهل وقليل التكلفة مقارنة مع الأنماط التقليدية الأخرى.

لقد أوجَد التعاقد بإستعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة نمطاً جديداً من المعاملات سُميَّ "بالعقود الالكترونية" والتي أدت في الحقيقة إلى إغراق السوق الدولية بعقود الإستهلاك، حيث أصبحت التعاملات من خلالها أكثر وقوعا، وأضحت عملية إحلال هذه العقود محل العقود التقليدية تجرى بوتيرة متسارعة يوماً بعد يوم، ولم تعد المسافات حاجزاً يمنع المستهلك من التعاقد من أي دولة في العالم، مما أثر على مبدأ إقليم الدولة، وأصبح العالم قرية واحدة وسوقاً مفتوحاً للجميع تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في ذات الدولة أو من دول أخرى من خلال الوسائط الإلكترونية المتعددة تلاشت فيه جميع المسافات و الحدود الجغرافية التقليدية.

1–الإنترنت عالم بلا حدود، وهي شبكة مفتوحة أو غير مملوكة، لا تخضع لهيمنة منظمة أو هيئة مؤسسية حكومية أو غير حكومية ولا توجد إدارة مركزية لها يستطيع المستخدم الدخول إليها من أي مكان في العالم، تعود بداية ظهورها لعام 1969 م عندما أسست وزارة الدفاع الأمريكية مشروعاً يهدف إلى تبادل المعلومات، وكانت تستعمل لأغراض عسكرية، وبعد ذلك إستعملت في الجامعات وفي 1981م تبنت جامعة كاليفورنيا مشروعاً مماثلاً نجحت في إقامته أطلق عليه اسم "شبكة أربانت" ARPANET ، حيث أمكن للباحثين والعلماء تبادل المعلومات عن طريق البريد الإلكتروني E.MAIL وفي سنة 1983 إنقسمت شركة أربانت إلى قسمين: شبكة أربانت للإستخدامات العسكرية، وشبكة مايلنت MILNET للإستخدامات الأمنية أي تبادل المعلومات وتوصيل البريد الإلكتروني ومن خلال التبادل بين هاتين الشبكتين ظهر لأول مرة مصطلح الإنترنت Internet ليعبر عن هذا التبادل بين الشبكتين وفي سنة 1986 شهد تاريخ الإنترنت تطوراً جديداً، حيث قامت المؤسسة القومية للعلوم Nsf بربط الباحثين بشبكات تضم خمسة مراكز للكمبيوتر العملاق وأصبح يطلق عليها إسم شبكة Nsfnet. لمزيد من التفصيل أُنظر: عبد العزيز غرم الله جار الله آل جار الله، أحكام وضوابط العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون بالتطبيق على نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 1438هـ–2018م، ص 28 وما بعدها.

2–العملية الاستهلاكية هي:" العملية الإقتصادية التي تمثل الحلقة الأخيرة في سلسلة العمليات الإقتصادية التي تحصل في إطار الجماعة تبدأ باستخلاص المواد الأولية، ثم التصنيع والتصدير والتسوّق لتصل إلى المستهلك لأغراض الإستعمال الشخصي أو العائلي" أُنظر في ذلك: غسان ربح، قانون حماية المستهلك الجديد، مكتبة زين الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص 19.

إنَّ هذا التغير الذي طرأ على أنماط التعامل غيَّر معالم العلاقة التعاقدية الإستهلاكية وأسَّس لنشأة أسواق تجارية في عالم إفتراضي[1]، تلتقي فيه الأطراف من مستهلك ومتدخل ومنتج وبائع ومشترٍ عن بعد عبر تقنيات الإتصال الحديثة تضاهي الواقع الملموس في شتى الميادين، مما أدى إلى ظهور ما يعرف بالتجارة الإلكترونية[2]، فتغيَّر شكل العالم وتبدلت ملامح العلاقات بين الأفراد، فأصبحنا نعيش مرحلة عكسية صارت الأشياء والأفراد والمعلومات تنتقل إلينا بدلاً من الإنتقال إليها[3].

إلا أنَّ ترك المستهلكين يتعاقدون بهذه الوسائل الإلكترونية، حمل في طياته العديد من المخاطر على حقوقهم و الإلتزامات المترتبة عليهم، فأصبحوا عرضة للتحايل والتضليل والغش ليس لأنهم لا يرون أو يعاينون السلع والخدمات التي يتعاقدون عليها فحسب، بل يرجع ذلك إلى طبيعة عقود الإستهلاك في ذاتها، فهذا النوع من العقود يعاني إختلالاً في التوازن العقدي بسب التفاوت في مراكز القوى بين طرفيه، وككل علاقة تعاقدية فقد ترتب عن عقود الإستهلاك الإلكتروني العديد من المنازعات المتعلقة بعدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أو الإخلال بها.

1 -أول من استخدم كلمة الواقع الافتراضي (*cyberspace*) كان كاتب الخيال العلمي *William Gibson* في روايته *Neuromancer* أشار إلى ذلك:

-Yan Zhao، Dispute Resolution in Electronic Commerce، Martinus Nijhoff Publishers، Boston, 2005, p17

2- تستخدم التجارة الإلكترونية أنماط مختلفة في عملها مثل التعامل بين التجار فيما بينهم ويرمز له B2B، والتعامل بين المستهلكين ويرمز له C2C والتعامل بين التجار والمستهلكين ويرمز له B2C، وهو محال الدراسة التي نحن بصددها، لمزيد من التفصيل أُنظر: طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع،1437 هـ-2016م، ص56 وما بعدها.

3 – عبد الرحمن توفيق، ثورة المعلومات والمتغيرات الإدارية، مجلة العربي وزارة الإعلام الكويتية، يونيه 1996، العدد رقم /415/ منشورة على الرابط التالي: *http://www.balagh.com/pages/tex.php?tid=3284*

تاريخ الإطلاع 2020/08/20.

لقد دفع هذا التفاوت في المراكز القانونية بين المتدخل والمستهلك العديد من التشريعات الوطنية والدولية إلى التوجه إلى البحث عن الآليات القانونية التي من شأنها أن تحقق أكبر حماية للمستهلك الإلكتروني كونه طرفاً ضعيفاً، يحتاج إلى حماية خاصة، كما أنَّ قلة الخبرة وخاصة في التعاقد الإلكتروني تؤكد هذه الحماية التي أصبحت تأخذ مظاهر عديدة منها التنظيمية والإدارية والجنائية والمدنية والإجرائية، هذه الأخيرة التي لم تنل حظها من البحث في ظل عالمية عقود الإستهلاك الإلكتروني.

حيث أنَّ سن القواعد الموضوعية لحماية المستهلك في العقود الإلكترونية لم يعد كافياً لوحده ما لم يقترن بآليات قانونية إجرائية تجسد هذه الحماية على أرض الواقع، إلا أنَّ البحث عن هذه الآليات القانونية يقتضي منا أولاً تحديد ومعرفة مستحق هذه الحماية حتى نتمكن من تمييزه عن غيره ممن قد يلحق بهم هذا الوصف، فما هو إذن المقصود بالمستهلك المراد توفير الحماية الإجرائية له في عقود التجارة الإلكترونية؟

إنَّ مصطلح المستهلك في العقود الإلكترونية – المستهلك الإلكتروني-يثير الكثير من التساؤلات حول المدلول الفقهي والقانوني له[1]، وهو ما يصعب إدراكه دون التَّعرف على مصطلح "المستهلك" من جهة ومعنى "العقود الإلكترونية "من جهة أخرى".

لقد ظهر إتجاهان في تعريف المستهلك[2] من الوجهة الفقهية أحدهما واسع والآخر ضيق.

1- الإستهلاك كتصرف قانوني لا ينحصر في الأشياء القابلة للاستهلاك فهو كل تصرف قانوني الهدف منه الحصول على السلع، سواء السلع القابلة للاستهلاك أو السلع المعمرة والخدمات بمختلف أنواعها.

2 - الاستهلاك لغة بمعنى الإنفاق والإجهاد وجاء في المعجم " إستهلك المال أنفقه وأنفذه....." ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الاسكندرية، مصر، د.ط، ص 4687-4688، نقلاً عن هيثم حامد المصاروة، أحمد عبد الرحمن المجالي، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية، دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون السعودي، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، الطبعة الأولى، 1436هـ 2015م، أنظر: في نفس المعنى: بادي الفيروز مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، الطبعة الثالثة، دار الفكر، لبنان،2003، ص 237. نقلاً عن محمد الأمين نويري، خصوصية عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوارة (ل.م.د) تخصص قانون خاص، جامعة العربي التبسي-تبسة-كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، السنة الجامعية :2020-2021.

إذ يُعَّرفُ المستهلك وفقاً للإتجاه الموسع بأنَّه كل من يبرم تصرفاً قانونياً من أجل اِستخدام المنتج أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو في أغراضه المهنية[1].

طبقاً لهذا الإتجاه يتسع مفهوم المستهلك ليشمل بعض الأشخاص الذين يتصرفون لغرض مهني ولكن خارج نطاق اِختصاصهم[2]، يطلق عليهم اِسم " غير المهني" أو غير المحترف"، فيوجد حسب أنصار هذا الإتجاه إلى جانب المستهلك، شخص محترف، لكن يجهل فنيات المجال الذي يتعامل فيه، وبالتالي هو الآخر يحتاج إلى حماية خاصة، مثل المحامي أو الموثق أو الفلاح ...الخ يعتبرون مستهلكين وفق هذا المفهوم إذا تعاقدوا خارج إطار المهنة أو الحرفة.

أما الإتجاه الضيق فيعرف المستهلك بأنَّه: شخص يتصرف لتحقيق أغراض لا تدخل ضمن نشاطه المهني، فالمستهلك وفقا لهذا المفهوم هو ذلك الشخص الذي يستخدم السلع والمنتجات لإشباع حاجاته الخاصة وحاجات من يعولهم، وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو اِستخدامها في مجال مهنته[3]، وعلى هذا يخرج من نطاق مفهوم المستهلك طبقاً لهذا الإتجاه كل شخص يتعاقد من أجل الحصول على منتج أو خدمة لأغراض مهنته أو المشروع الذي يمتلكه.

يبدو أنَّ هذا الإتجاه هو الأقرب إلى بيان ذاتية المستهلك، حيث يكاد يجمع غالبية الفقه القانوني على أنَّ مدلول المستهلك ينصرف" لكل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الإستهلاكية الشخصية أو العائلية"[4]، وليس الغرض من الحصول على هذه السلع والخدمات اللإستعمال المهني أو التجاري.

-1- CF.Sabine Brenheim-Desvaux, Droit De La Consommation entre Protection Du Consommateur Et Régulation Du Marché, Revue Lamy Droit Des Affaires, Edition Wolters Kluwer, Paris, France, 2012, p16.

2 –أنظر: اسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، المصرية لتوزيع والنشر، الطبعة الاولى ،2018، ص 130.

3– السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دارسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، دار الجامعية بيروت، د.ط، 2003، ص 21.

4–هيثم حامد المصاروة، أحمد عبد الرحمن المجالي، مرجع سابق، ص 18.

بعد اِستقراء مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحماية المستهلك نجد أنَّ المشرع الجزائري[1]، قد تبنى الاِتجاه الضيق في تحديد مفهوم المستهلك.

حيث عرَّف المستهلك في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 03 منه بأنَّه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"[2].

كما عرَّف المشرع المستهلك في القانون رقم :09-03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، في المادة 03 منه بأنَّه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً، سلعة أو خدمة موجهة للاِستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"[3].

1-أصدر المشرع الجزائري أول قانون لحماية المستهلك بموجب القانون رقم 89-02 مؤرخ في أول رجب عام 1409هـ الموافق 07 فبراير 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر.ج.ج، العدد 06، الصادرة بتاريخ 08 فبراير 1989 غير أن القانون لم يضع تعريفاً للمستهلك، وقد تم الغاء هذا القانون بموجب المادة 94 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وكان أول تعريف قانوني وضعه المشرع للمستهلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 هـ الموافق 30 يناير 1990 المتعلق بالجودة وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، العدد 05 الصادرة 31 يناير 1990، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315، مؤرخ في 28 رجب عام 1422هـ الموافق 16 أكتوبر 2001،ج.ر.ج.ج، العدد61، الصادرة بتاريخ 21 أكتوبر 2001، حيث عرف المرسوم 90-39 في المادة الثانية الفقرة الأخيرة المستهلك بأنه " كل شخص يقتني بثمن أو مجاناً منتوجاً أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص أو حيوان يتكفل به" وقد كان هذا التعرف محل نقد كبير كونه أقصى الشخص المعنوي من طائفة المستهلكين، كما ثار خلاف فقهي كبير حول عبارة" الاستعمال الوسطي، لأنها تحدث خلطاً في تحديد مفهوم المستهلك.

2-القانون رقم : 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 هـ الموافق 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، العدد 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 10-06، المؤرخ في 5 رمضان عام 1431هـ الموافق 15 غشت 2010، ج.ر.ج.ج، العدد 46، الصادرة 18 غشت 2010.

3-القانون رقم : 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1340هـ الموافق 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر.ج.ج، العدد 15، الصادرة في 18 مارس 2009، المعدل والمتمم بالقانون رقم : 18-09 المؤرخ في 10 جويلية 2018 ج.ر.ج.ج، العدد 35 الصادرة في 03 جويلية 2018.

أمَّا المستهلك الإلكتروني فقد عرَّفه المشرع وفق القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 06 الفقرة الثالثة بأنَّه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاِتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاِستخدام النهائي"[1].

ولما كان العقد يتم عموماً بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية (المادة 59 من القانون المدني)[2]، فإنَّ العقد الإلكتروني لا يختلف في تعريفه عن ذلك، فهو في جوهره كأي عقد آخر، إذ يقصد بالعقد الإلكتروني في هذا السيَّاق العقد الذي يتلاقى فيها الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاِتصال عن بعد بفضل التفاعل بين الموجب والقابل[3].

وقد عرَّف المشرع في المادة 06 الفقرة 02 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني: بأنَّه "العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

وانطلاقاً مما سبق يمكن تعريف المستهلك الإلكتروني بأنَّه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبرم التصرفات القانونية بالوسائل الإلكترونية للحصول على السلع أو الخدمات بمقابل أو مجاناً من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية".

1-القانون رقم : 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 هـ الموافق 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج العدد 28، الصادرة في 16 مايو 2018.

2- الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني (المنشور في ج.ر.ج.ج، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، العدد 78،المعدل والمتمم بآخر تعديل بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 مايو 2007 (المنشور ف ج ر ج الصادرة في 13 مايو 2007، العدد 31، ص3.

3-أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية القاهرة، د.ط، مصر، 2003، ص 38-39.

وإذا كان المستهلك الإلكتروني هو أحد طرفي عقد الإستهلاك، فإنَّ الطرف الذي يقابله في هذا العقد يسمى المتدخل والذي هو عكس المستهلك تماماً، يهدف من خلال تعاقده إلى تحقيق الربح دون أدنى إعتبار لمصلحة المستهلك، وقد أطلق عليه الفقه العديد من المصطلحات لها نفس المدلول والمعنى مثل: المهني، المحترف، المنتج، المورد، معتمداً في ذلك على العديد من المعايير[1].

والمتدخل قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وما يميزه في عقد الإستهلاك أنَّه يكون دائماً في مركز أقوى من المستهلك نظراً لتفوق معرفته الفنية والتقنية والقانونية بالإضافة إلى قدراته المالية[2].

ولقد عرَّفه جانب من الفقه بأنَّه: "كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام، يظهر في العقد كمهني يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني أياً كانت طبيعة هذا النشاط"[3].

أما عن المشرع الجزائري فقد عرف المتدخل من خلال المادة 03 الفقرة 01 من القانون 08-12 المتعلق بالمنافسة مطلقا عليه اسم المؤسسة " بأنَّه: كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الإستيراد"[4].

وعرَّفه المشرع في القانون رقم :04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بمصطلح " العون الاقتصادي" الذي يقصده به: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

1 – لمزيد من التفصيل: أنظر: محمد الأمين نويري، مرجع سابق، ص 44.

2– تريكي هدى، الحماية المدنية الإجرائية للمستهلك دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2017، ص 29.

3 – خالد إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط، مصر، 2008، ص 31.

4– القانون رقم: 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429هـ الموافق 25 جوان 2008، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، عدد 36، يعدل ويتمم الأمر رقم:03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424هـ الموافق 19 يونيو 2003 والمتعلق بالمنافسة ج.ر.ج.ج، العدد 43، المؤرخة في 20 جويلية 2003.

كما عرَّف المشرع المتدخل في الفصل الثاني من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادة 03 الفقرة 07 "المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاِستهلاك.

أما عن قانون التجارة الإلكترونية رقم :18-05 فقد أطلق على المتدخل تسمية المورد الإلكتروني في المادة 06 الفقرة 04 وعرفه أنَّه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاِتصالات الإلكترونية".

مما سبق نرى أنَّ التعريف المناسب للمستهلك الإلكتروني هو " الشخص الطبيعي أو المعنوي، الذي يتزود بالسلع والخدمات أياً كان نوعها، ويتسلمها مادياً أو حكمياً، بمقابل أو بدون مقابل، لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية الخاصة أو العامة، ما دام أنَّها لا تتعلق بأعمال مهنته، وذلك بِاستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة".

وبالتالي فإنَّ المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية هو المتعامل الذي يتلقى الإعلان عن السلع أو شرائها، وكذلك طلب الخدمات بوسيلة إلكترونية، وهو ذاته المستهلك في نطاق التجارة التقليدية لكنَّه يتعامل من خلال وسائط إلكترونية فقط، مؤدى ذلك أنَّ له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية بالإضافة إلى مراعاة خصوصية هذا العقد كونه من العقود التي تبرم عن بعد عبر شبكة إلكترونية[1].

من خلال هذا التعريف يمكن تمييز المستهلك الجدير بالحماية القانونية عن غيره ممن يلحق بهم هذا الوصف، وذلك بالنظر إلى الهدف من وراء حصوله على السلع والخدمات، والذي يكون دائماً من أجل إشباع حاجاته الشخصية والعائلية، بالإضافة أنَّ موضوع العقد ينصب على هذه السلع والخدمات من أجل اِستهلاكها، كما يجب أن يكون أحد طرفي هذا العقد مستهلكاً والآخر متدخلاً أو مهنياً، لأنَّ وجود هذين الطرفين هو ما يؤدي إلى إمكان وجود اِختلال في التوازن في العلاقة التعاقدية وهو ما يبرر حماية المستهلك[2].

1-قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، د.ط القاهرة، مصر، 2014، ص 03.

2- لا ينطبق هذا الوصف على العقود المبرمة بين المستهلكين (C2C) وكذلك العقود التي التبرم بين مهني ومهني (B2B).

والباحث في مجال العقود لا يوجد طوائف محددة يطلق عليها اِصطلاح عقود اِستهلاك فالعقد قد يكون عقد اِستهلاك وعقداً من نوع آخر، كما لا يمكن وصف طائفة بعينها بأنَّها مستهلكة بل إنَّ جميع أفراد المجتمع هم مستهلكون، ولكن بدرجات متفاوتة، ويرجع اِصطلاح المستهلك وعقود الاِستهلاك إلى رغبة المشرع في إعطاء المستهلك نوعاً من الأمان القانوني في التعامل مع السوق وطوائفه المختلفة.

وتظهر أهمية هذه الدراسة الحديثة نسبياً، في شيوع اِستخدام المستهلك لتكنولوجيا المعلومات والاِتصال في إبرام هذه العقود وتنفيذها، و ما نتج عنه من تداخل في الأنظمة القانونية والذي بدأت تظهر معه للوجود العديد من التحديات التي لم تكن مألوفة في البيئة التقليدية و الكثير من الإشكاليات القانونية التي أصبحت تثار عقب حصول النزاع، نظراً لخصوصية عقود الاستهلاك وكذلك الوسيلة المستعملة في إبرامها، إذ لم يبق أي اِعتبار لفكرة المكان، وقيود الجغرافية والحدود، حيث أنَّ السمة الأساسية التي تتميز بها هذه العقود أنَّها تتم عن بعد اِبتداء من التفاوض وانتهاء إلى إبرام العقد وتنفيذه، بالموازاة مع ذلك اِزداد حجم المنازعات وتنوعت أشكالها.

كما أنَّ الحاجة الملحة لتوفير الحماية الإجرائية للمستهلك في السوق الإلكترونية بِاعتباره طرفاً ضعيفاً يخضع لشروط غير عادية ومجحفة في بعض الحالات في حقه، هي التي فرضت ضرورة البحث عن الآليات القانونية التي تحقق له أكبر حماية سواء على المستوى الداخلي أو الدولي.

وإذا كانت تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني الداخلية تخضع لنفس إجراءات التقاضي العادية[1].

1- عريضة اِفتتاح دعوى الاِستهلاك وتبليغها إلى المحترف: إن قيام الدعوى المدنية وانعقاد الخصومة بين الطرفين المتنازعين ومنح القضاء سلطة الفصل في موضوع النزاع يتطلب توفر عدة عناصر قد تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية أهمها: عنصر إقامة الدعوى بموجب عريضة اِفتتاح الدعوى وعنصر تبليغها إلى المدعى عليه وعنصر تكليفه بالحضور أو استدعاؤه إلى حضور الجلسة لممارسة حقه في الدفاع عن مصالحه المشروعة، والمشرع نص على العريضة الاِفتتاحية في المادة 14، كما نص في المادة 46 من نفس القانون على أنَّه: «يجوز للخصوم الحضور بِاختيارهم أمام القاضي، حتى ولم يكن مختصا إقليميا". يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك. ويكون القاضي مختصاً طيلة الخصومة، ويمتد الاِختصاص في حالة الاِستئناف إلى المجلس القضائي التابع له، لمزيد من التفصيل أُنظر في ذلك: تريكي هدى، مرجع السابق، ص 111 وما بعدها.

فإنَّ تحليق المستهلك في الأجواء الدولية عن طريق إبرام عقود تتصف بالطابع الدولي وفق معايير معينة1. زاد من رفع التحدي وظهور العديد من الاشكاليات القانونية، هذا ما دفع في الحقيقة جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى البحث عن قواعد إجرائية حمائية للمستهلك الإلكتروني تتماشى وتطور تقنيات الاتصال والمعلومات الحديثة خاصة الإنترنت2، التي غيرَّت كل القواعد والمفاهيم التقليدية التي كانت سائدة.

حيث أصبح العالم الإلكتروني وخاصة ما يتعلق بحماية المستهلك يكتنفه الكثير من الغموض من نواح عديدة، لاسيما القضاء المختص بتسوية المنازعات الناجمة عن هذه العقود الإلكترونية، خصوصاً بعد تأكيد الصفة الدولية لهذا العقد، مما آثار العديد من التساؤلات بالنسبة للمحكمة المختصة بنظر النزاع، القانون الواجب التطبيق، وكذلك تنفيذ الأحكام الأجنبية، نظراً لوجود فراغ تشريعي في هذا المجال.

1 - لقد اختلف الفقه حول دوليه عقود التجارة الإلكترونية، فهناك من إعتبر كل عقود التجارة الإلكترونية عقوداً دولية إلا أنه تم رفض هذه النتيجة، حيث تم التوصل إلى أن مجرد وجود عنصر أجنبي في العلاقة التعاقدية، لا يكفي دائما لإضفاء صفة دولية العقد، إذ تكتنف عملية تحديد كون العقد، دوليا، أو داخليا، صعوبات ناجمة عن عدم وجود تعريف جامع لكافة العلاقات الخاصة الدولية فحسب المعيار الإقتصادي: يعد النزاع الناشئ عنها دوليا متى كانت العلاقة القانونية تستند إلى حركة إنتقال القيم الإقتصادية عبر الحدود، إلا أن الرأي الراجح في دولية عقود الاستهلاك هو الأخذ بالمعيار القانوني: الذي يترتب على إنصراف الصفة الأجنبية لأي عنصر من عناصر العقد.

2- لقد سبق للأنظمة القانونية أن واجهت مثل هذه التحديات عند إستخدم الهاتف، ثم الفاكس، ثم التلكس ثم التلفاز وشبكة الميناتل في التعاملات التجارية غير أن ذلك لا يمثل تحدياً كبيراً مقارنة مع شبكة الإنترنت التي يطلق عليها أيضاً تسمية الشبكة العنكبوتية وهناك من يفضل تسميتها بشبكة المعلومات العالمية *(International Network)* بدلاً من الدولية كون إستخدامها لا يقتصر على الدول فقط، هذه الشبكة المتصلة ببعضها وفقاً لبروتوكول *TCP/IP* بواسطة خطوط هاتفية أو خطوط خاصة كالألياف البصرية فائقة السرعة أو عبر الأقمار الصناعية لتشكل شبكة عملاقة لتبادل المعلومات، ولا يقتصر وجود الإنترنت على بقعة جغرافية محددة، إذ يمكن الوصول إليها من أي مكان في العالم يتوفر فيه حاسوب مزود بجهاز صغير يسمى بالإنجليزية (مودم) وبرمجيات الإتصال المناسبة، وخط هاتفي، كما لا تعود ملكيتها لأي شخص أو مؤسسة، والملاحظ اليوم أنَّها قد إنتشرت في جميع أنحاء العالم، وإكتسبت قيمة تجارية عالية، وجذبت مزيداً من المستخدمين في عدد أكبر من الدول، في مدة وجيزة من الزمن أقصر من أي وسيلة إتصال أخرى، لمزيد من التفصيل أنظر: طالب حسن موسى، مرجع سابق، 27-28.

مما اِستلزم تدخل المشرع الجزائري وفقهاء القانون في مجال القانون الدولي الخاص للتصدي لهذه المشكلات، لذلك تهدف هذه الدراسة للبحث عن الآليات القانونية التي من شأنها تسوية منازعات عقود الاستهلاك وحماية المستهلك الإلكتروني في ظل الاِنفتاح على العالم الخارجي لأنَّ من حق المستهلك الإلكتروني معرفة المحكمة المختصة بالنزاع وكذلك القانون الواجب التطبيق وكيف تتم عملية تنفيذ الأحكام الأجنبية.

غير أنَّ كثرة المشاكل التي تواجه المستهلك في البيئة الإلكترونية تحتاج إلى دراسة كل إشكالية من هذه الإشكاليات على حدة، والبحث عن الحلول المناسبة لها، لذلك حاولنا تركيز هذه الدراسة في موضوع الاِختصاص القضائي والتشريعي بتسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني، والإشكاليات التي تواجه القضاء المختص بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق وترك التفصيل في هذه المواضيع الأخرى إلى دراسات لاحقة.

لقد اِنعكس تطور وسائل الاتصالات الحديثة على اِنتعاش الأسواق الإقليمية والدولية، مما فرض على الدول ضرورة تطوير الاِتفاقيات الدولية بشأن الاختصاص القضائي الدولي والقانون الواجب التطبيق، والنص في تشريعاتها بالإضافة إلى القواعد العامة المحددة للاختصاص القضائي والتشريعي على اِعتماد ضابط موطن المستهلك في المنازعات المتعلقة بعقود الاِستهلاك حتى يبقى المستهلك دائماً تحت حماية قانونه الوطني.

إلا أنَّ هذه الحلول في كثير من الأحيان كانت غير ملائمة لحسم المنازعات الناشئة عن هذه العقود، نظراً لتعقد الإجراءات واِرتفاع التكاليف، وبروز العديد من المشكلات القانونية مما فرض على قواعد القانون الدولي الخاص في جل التشريعات الخروج عن الحياد وزيادة اِهتمامها بالمتطلبات السياسية والاجتماعية من خلال وضع قواعد تعمل على تحقيق التوازن، والبحث على وسائل جديدة لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني عبر الإنترنت من أجل ضمان توفير الحد الأدنى للمستهلك من الحماية الإجرائية في علاقته الدولية.

فإذا كان من غير المعقول تطور الحياة ومسايرتها للمستجدات بدون نزاع، فإنه لا يمكن تصور أي نزاع بدون حل، وعلى هذا الأساس عمل الإِنسان منذ أن خلقه الله على البحث عن أحسن السبل للفصل في المنازعات وفق ما يتماشى وتطورات حياته مع مراعاة قواعد العدالة والإنصاف.

أما أسباب إِختيار هذا الموضوع فهي، ذاتية وموضوعية في آن واحد:

أمَّا بالنسبة للأسباب الذاتية فهي رغبة منا في معالجة موضوع الآليات القانونية لتسوية منازعات عقود الإِستهلاك الإلكتروني بإِعتباره موضوعاً حديثاً في الجزائر ويحتاج إلى المزيد من الدراسات والبحوث من أجل توفير أكبر حماية قانونية للمستهلك الإلكتروني في جميع مجالاتها لا سيما الحماية الإجرائية في مجال المعاملات الإلكترونية الدولية، كونها تفتقر لكل المحددات المبنية على قواعد مادية، مما كان له كبير الأثر على آليات تسوية المنازعات الناجمة عنها والتي واجهتها العديد من التحديات.

أمَّا الأسباب الموضوعية: فترجع إلى خصوصية الموضوع وأهميته، وكون مسألة الحماية الإجرائية للمستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية الدولية لم يعالجها المشرع الجزائري بنصوص خاصة بل اكتفى بتطويع القواعد العامة، كما أنَّ جل الدراسات السابقة التي اطلعت عليها تعالج مواضيع تتعلق بالتجارة الإلكترونية بصورة عامة.

إنَّ موضوع هذه الدراسة المعنون بالآليات القانونية لتسوية منازعات عقود الإِستهلاك الإلكتروني، يقصد به جميع الآليات القانونية التي من شأنها توفير الحماية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني في المنازعات الداخلية والدولية سواء أكانت عقدية أم غير عقدية، والمتمثلة في القضاء وطرق التسوية البديلة الأخرى.

إلا أنَّه من أجل التحكم وضبط هذه الدراسة جيداً اِرتأيت أنْ أقصرها على آليات تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني المتعلقة بالمنازعات العقدية الدولية، لأنَّها أصبحت في الوقت الحالي الأكثر شيوعاً وتثير العديد من العقبات والتحديات القانونية، من جهة ومن جهة أخرى فإنَّ تسوية منازعات عقود الاستهلاك الداخلية تتم مباشرة أمام القضاء العادي المختص إقليماً.

كما أنَّ هذه الدراسة سوف تقتصر على القضاء بصفته صاحب الاِختصاص الأصلي في تسوية جميع المنازعات والتحكيم الإلكتروني كطريق بديل كونه يتم بنفس الوسيلة المبرم بها هذا العقد، كما أنه أثبت ناجعته في تسوية المنازعات التجارية الدولية في التشريعات المقارنة، لذلك سنحاول معرفة مدى إمكانية الاتفاق على اللجوء إليه في عقود الاستهلاك الإلكتروني، خصوصاً وأنَّ الفقه التقليدي كان معارضاً لذلك في عقود الاستهلاك الداخلية.

وبالتالي سنحاول الإجابة عن الإشكالية التالية: **ما مدى فعالية قواعد الاِختصاص القضائي والتشريعي في تحقيق الحماية الإجرائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية؟ وهل توصلت التشريعات المقارنة إلى حماية أفضل من خلال اِعتماد التحكيم الإلكتروني كقضاء بديل؟**

كما أن هذا الموضوع يثير العديد من الإشكاليات الفرعية التالية:

-هل القواعد التقليدية العامة المتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي والتشريعي قادرة على تسوية هذه المنازعات؟ أم أنَّ خصوصية عقد الاستهلاك الإلكتروني تقتضي ضرورة تطبيق ضابط محكمة موطنه حتى تتحقق له أفضل حماية إجرائية؟ وما موقف التشريعات الدولية والوطنية من ذلك؟ وماهي أهم الإشكاليات والصعوبات التي تواجه القاضي بعد أنْ يصبح مختصاً؟

وهل للإرادة دور في هذه الحماية؟ وكيف يتم التحقق من صحتها؟ وما هو نظام التحكيم الإلكتروني كقضاء بديل؟ وهل يجوز الاتفاق بين أطراف هذه العلاقة غير المتوازنة على اللجوء إليه؟ أم أن خصوصية عقد الاستهلاك الإلكتروني في جانبها الحمائي تتعارض مع هذا الاِتفاق؟ وما المقصود بقرار التحكيم الإلكتروني؟ وهل هناك ضمانات كافية لتنفيذه دون اللجوء للقضاء؟

كل تلك التساؤلات سنحاول الإجابة عنها من خلال هذه الدراسة معتمدين في ذلك على المناهج التالية:

أولا: المنهج الوصفي وذلك بجمع الآراء والمعلومات، والوقوف على واقع النصوص القانونية وإستقرائها لاستخراج القواعد والأحكام المرتبطة بموضوع الدراسة.
ثانيا: المنهج التحليلي وذلك من خلال إستقراء آراء الفقهاء والتشريعات المختلفة والإتفاقيات الدولية المنظمة لعقود الإستهلاك المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في حالة عدم وجود نص قانوني يتعلق ببعض المسائل أو الجزئيات، وإستقراء النصوص القانونية المتعلقة به في التشريع الجزائري والإجتهادات القضائية في هذا الشأن، وإستنباط الأحكام ونقد النصوص القانونية.

ثالثا: الإستعانة بالمنهج المقارن في بعض الجزئيات وخاصة في حالة وجود نقص أو غموض، حيث ندرس تلك الجزئية دراسة مقارنة إمَّا بالقانون المصري، أو القانون الفرنسي وبعض القوانين العربية والإتفاقيات الدولية المتعلقة بموضوع الدراسة، من أجل فهمها فهماً صحيحاً ومعرفة مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيم أحكامها.

أما عن الدراسات السابقة في هذا الموضوع فهي قليلة نسبياً مقارنة بالدراسات التي تناولت موضوع عقود التجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني، والتحكيم الإلكتروني، نذكر منها مايلي:
1-ليندة بومحراث، تسوية منازعات التجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة-الجزائر-2019 ركزت الباحثة في رسالتها هذه على مفهوم التجارة الإلكترونية في (فصل تمهيدي) ثم تطرقت في الباب الأول إلى ماهية عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق عليها، ثم تطرقت في الباب الثاني إلى الجهات المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية، حيث يتقاطع موضوع دراستنا مع هذه الدراسة كون أنَّ موضوع تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، يعتبر جزءاً من مواضيع التجارة الإلكترونية.

2-جامع مليكة، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجيلالي اليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018 تطرقت الباحثة في الباب الأول من هذه الدراسة إلى حماية المستهلك الإلكتروني قبل وأثناء التعاقد، أما في الباب الثاني الموسوم بحماية المستهلك الإلكتروني بعد التعاقد، فقد تناولت فيه الباحثة مشكلة الإثبات وتحديد الاختصاص القضائي والتشريعي مع دراسة إمكانية تطويع قواعد القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش و القواعد الواردة في القانون المدني مع متطلبات التجارة الإلكترونية وحماية المستهلك الإلكتروني، غير أن أحكام هذا القانون 09-03 جاءت مقتصرة على حماية المستهلك التقليدي فقط.

3-بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر،2015، حيث عالج الباحث في هذه الدراسة المقسمة إلى ثلاث أبواب، في الباب الأول إنعقاد العقد الإلكتروني ثم تطرق في الباب الثاني إلى إثبات العقد الإلكتروني، أما في الباب الثالث فتعرض الباحث إلى منازعات العقد الإلكتروني وآليات تسويتها، حيث ركزت هذه الدراسة على مدى انطباق القواعد التقليدية في نظرية العقد على ما يثيره إبرام العقد الإلكتروني من مشكلات، مع محاولة توضيح القواعد الخاصة بالمعاملات الإلكترونية و التي من خلالها يمكن تكملة القواعد العامة.

إلا أن وجه الجدة في هذه الأطروحة أنها تركز على الحماية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني باعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية، كما أنَّ هذه الدراسة جاءت متزامنة مع إصدار المشرع الجزائري تعديل دستوري جديد 20-422 المؤرخ في 30ديسمبر2020 الذي فتح المجال أمام حرية التجارة والاستثمار والمقاولة، بالإضافة إلى تزامن هذه الدراسة مع إصدار المشرع الجزائري القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي جاء بنصوص قانونية جديدة لحماية المستهلك الإلكتروني، غير أنه لم يعالج مسألة الحماية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني.

أما عن الصعوبات التي واجهتنا خلال إتمام هذا الدراسة هي:

أولا: عدم وجود أحكام وقرارات وإجتهادات قضائية في مجال الإختصاص القضائي الدولي، بخصوص منازعات عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بالإستهلاك، نظراً لحداثة قانون التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري.

ثانيا: أنَّ المشرع الجزائري لم يضع نصوصاً خاصة في مجال القانون الدولي الخاص تحدد قواعد الاختصاص القضائي الدولي، بل اكتفى بتمديد قواعد الإختصاص الداخلي.

ثالثا: كما ساهمت جائحة كورونا في إنشار العقود الإلكترونية المتعلقة بالإستهلاك إلا أنَّها في نفس الوقت منعتنا من الإنتقال إلى بعض الدول التي وصلت إلى مستوى أفضل في الدراسات المتخصصة في مجال التجارة الإلكترونية المتعلقة بالإستهلاك.

رابعا: صعوبة توفير الوقت بين العمل وما يتطلبه البحث العلمي من التفرغ والإهتمام.

بناءاً على ما تقدم ارتأينا أن ندرس هذا الموضوع من خلال خطة أساسية قوامها بابان

الباب الأول: تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني قضائياً.

الباب الثاني: تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني تحكيمياً.

الباب الأول

تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني قضائياً

الباب الأول

تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني قضائياً

لقد أدى التطور الذي شهده عالمنا المعاصر في مجال تكنولوجيا المعلومات والإتصالات إلى زيادة الإنفتاح على العالم الخارجي، والذي إنعكس بشكل كبير على سبل التعامل وزاد من معدلات إبرام المعاملات والعقود الإستهلاكية بإستخدام الوسائل الحديثة خاصة الإنترنت وقد ساهم في ذلك الإهتمام المتزايد من بعض المواثيق والإتفاقيات الدولية التي توصلت إلى وضع قواعد حمائية خاصة بالمستهلك الإلكتروني[1]، شجعته على الدخول في عالم التجارة الإلكترونية.

لقد تمخض عن سهولة إبرام عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بالإستهلاك وإنتشارها بوتيرة متسارعة، زيادة حجم المنازعات المتولدة عنها، الأمر الذي كان له كبير الأثر على القضاء كآلية لتسوية المنازعات، حيث إصطدم بالعديد من العقبات، أثناء تطبيقه قواعد الاختصاص التقليدية المحددة للاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية على عقود الاستهلاك الإلكتروني، هذه القواعد التي يتم الرجوع إليها لمعرفة القضاء المختص دولياً بتسوية المنازعات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، ماعدا حالة وجود إتفاق مسبق بين الأطراف المتعاقدة يحدد المحكمة المختصة بالنزاع متى توافرت فيه شروط قبوله من الدولة المحال عليها النزاع للنظر فيه.

ولما كانت كل دولة تستأثر بوضع قواعد محددة للإختصاص الدولي فإن التساؤل المطروح هنا مدى ملاءمة هذه الضوابط المحددة للاختصاص القضائي والتشريعي لتسوية منازعات عقود الاستهلاك التي تتم عبر الإنترنت؟، خصوصاً في ظل اختراق كل الحواجز الإقليمية بين الدول[2].

1-CF.Louis F. Del Duca, Albert H. Kritzer & Daniel Nagel : Achieving Optimal Use of Harmonization Techniques In an Increasingly Interrelated Twenty-First Century World of Consumer Sales : Moving the EU Harmonization Process to a Global Plane
https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1261&context=psilr
تاريخ زيارة الموقع :2020/08/20

2- جمال محمود الكردي، مدى ملاءمة قواعد الإختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، دار النهضة العربية القاهرة، د.ط، مصر،2005، ص 14.

لقد وجد القضاء صعوبات كبيرة في تطبيق هذه الضوابط على عقود الإستهلاك الإلكتروني، سواء من حيث تطبيق الضوابط العامة المحددة للإختصاص أو تطبيق الضابط الخاص بمحكمة موطن المستهلك، بالإضافة إلى بروز العديد من الإشكاليات القانونية التي واجهت القاضي عند ثبوت إختصاصه بتسوية تلك المنازعات، خصوصاً أنَّ جل هذه القواعد القانونية جاءت سابقة عن نشأة المعاملات والعقود الإلكترونية، كما أنَّ هذه الضوابط وضعت على أسس مادية لم تراع خصوصيات عالم الإنترنت الرقمي، ولم تكن محل إعتبار عند وضع هذه النظريات المحددة للإختصاص القضائي1.

لذا سنحاول في هذه الدراسة معرفة مدى ملاءمة القواعد الداخلية التي وضعها المشرع الجزائري في مجال الإختصاص القضائي والتشريعي، وضابط محكمة موطن المستهلك الذي تبنته بعض التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية، بخصوص الفصل في منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني، وماهي أهم الإشكاليات القانونية والدفوع التي تواجه القاضي الوطني بعدما يصبح مختصاً دولياً، خاصة وأنَّه يعتمد في ذلك على تطبيق قواعد مادية وذات نطاق إقليمي، مقيد بحدود الدولة في حين أنَّ الإنترنت عالم مفتوح يتجاوز كل الحدود الجغرافية.

تبعاً لذلك قسمنا هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: قواعد الاختصاص القضائي كآلية لتسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني

الفصل الثاني: الإشكاليات المتعلقة بالقواعد التي يطبقها القاضي الوطني على عقود الإستهلاك الإلكتروني

1- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2012 ص 508.

الفصل الأول

قواعد الاِختصاص القضائي الدولي كآلية لتسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني

قد ينتج عن علاقة ذات عنصر أجنبي نزاع معين، يستوجب معرفة المحكمة المختصة للفصل فيه، وهذا ما قد يؤدي إلى خلاف بين محاكم عدة، إذا تدعي أو لا تدعي كل واحدة منها حق النظر فيه، وهذا ما يسمى بتنازع الاِختصاص القضائي الدولي، وهو يختلف عن تنازع الاختصاص التشريعي، فهو لا يظهر إلا بعد نشوب النزاع بين أطراف العلاقة القانونية، وهذه حالة عرضية لا تظهر في جميع الحالات، ولكن بظهورها لابُدَّ من محكمة يحتمي بها أطراف النزاع[1].

ويقصد بالاِختصاص القضائي الدولي" بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبياً إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى"[2].

ووفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص فإنَّ المنازعات الناشئة عن عقود الاِستهلاك الإلكتروني، تدخل في نطاق الاِختصاص القضائي للدولة الوطنية شريطة ألا يتضمن العقد ما ينص على خلاف ذلك، ومباشرة هذا الاِختصاص تعود إلى مبررات ترتبط بالسيادة عن طريق بسط الولاية القضائية للدولة على الأشخاص المقيمين على إقليمها أو وقوع الفعل على أحد الأشخاص المنتمين لها.

وعملية الوصول إلى هذه الضوابط تفرض على القاضي التحقق مما يأتي:

1-أنَّ النزاع يتمتع بالصفة الدولية حتى يستطيع اِستدعاء الضوابط المتعلقة بالاِختصاص القضائي الدولي، وهذه الأخيرة سوف تعينه على التأكد من أنَّ النزاع يدخل ضمن ولايته أم لا.

1 - صفاء اسماعيل وسمى، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2016 ص21.

2-هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، د.ط، مصر، 2005، ص 05.

2-أنَّ تحديد هذه الضوابط يتطلب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: عقد دولي ليس فيه طرف مستهلك، فهنا يستعين القاضي مباشرة بالضوابط العامة المحددة للإِختصاص القضائي الدولي.

الفرض الثاني: عقد دولي أحد أطرافه مستهلك، وهنا يطبق القاضي من هذه القواعد ما يتماشى مع طبيعة وخصوصية هذا العقد.

وعموما فإنَّ القواعد المتعلقة بالإِختصاص القضائي تختلف من دولة لأخرى، وهذا راجع إلى مدى تقدم كل دولة وتطور نظامها القضائي والتشريعي، ومدى إِمتلاكها لقواعد قضائية خاصة لحل المسائل المتعلقة بالمستهلكين، إلا أنَّ المتعارف عليه دولياً أنَّ هناك معايير تقليدية عامة تحدد الإِختصاص الدولي، بالإضافة إلى معيار خاص إِعتمدته جل التشريعات المقارنة يقوم على إِعتبار حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حيث ينعقد الإِختصاص من خلاله لمحكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أخذاً بعين الإِعتبار الطبيعة الخاصة لعقد الإِستهلاك الدولي.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنَّ المشرع الجزائري لم ينظم قواعد الإِختصاص الدولي بقواعد خاصة إلا أنَّ المتفق عليه فقهاً وقضاءاً. هو تمديد العمل بقواعد الإِختصاص القضائي الداخلي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008[1] إلى المجال الدولي.

1- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ج.ر.ج.ج، العدد21، المؤرخة في 23 أفريل 2008 المعدل والمتمم.

كما أنَّه لم ينص على اِعتماد ضابط محكمة موطن المستهلك، غير أنَّه نص على بعض الخصوصيات وهو ما يفهم من نص المادتيـــن (41 و42) من هذا القانون، والتي اعتبرتا اِمتيازا للجزائريين فقط[1].

يفهم من نص المادتين بأنَّه يجوز للجزائري أنْ يستدعي خصمه الأجنبي أمام المحاكم الجزائرية سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، بشأن الاِلتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر أو خارجها[2]، كما يمكن للأجنبي الذي تعاقد مع جزائري بشأن اِلتزامات خارج الوطن أنْ يكلفه بالحضور أمام المحاكم الجزائرية المختصة.

وعليه فإنَّ دراسة الاِختصاص القضائي كآلية لتسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني تتطلب تقسمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: دور المعايير التقليدية في تحديد الاِختصاص القضائي في منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني.

المبحث الثاني: دور ضابط موطن المستهلك في توفير الحماية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني.

1- تنص المادة 41 على أنه " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيماً 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 "

أما نص المادة 42 من ذات القانون" يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

2- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 2009، ص 176، أنظر كذلك سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، -نصا-شرحا-تعليقاً-تطبيقاً القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2011 ص110.

المبحث الأول

دور المعايير التقليدية في تحديد الاِختصاص القضائي في منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني

إذا كان حل تنازع الاِختصاص القضائي الدولي في إطار منازعات العقود التقليدية ينطوي على صعوبة بالغة فإنَّ هذه الصعوبة تبلغ ذروتها في إطار حل تنازع الاِختصاص القضائي الدولي في عقود الاِستهلاك الإلكتروني لغياب التناسب والاِنسجام بين طبيعة العلاقة القانونية ووسيلة حل التنازع من جهة، وطبيعة وخصوصية عقد الاِستهلاك الإلكتروني من جهة أخرى.

هذه الصعوبة تجد مصدرها في تغير المفاهيم التقليدية التي تقوم عليها هذه المعايير، فبعض هذه الضوابط يقوم على أسس شخصية بحتة كضابط جنسية المدعى عليه[1] وضابط موطنه وبعضها الآخر يقوم على ضوابط مكانية كضابط مكان نشأة الاِلتزام وضابط مكان تنفيذه فهي تبنى في الغالب على معايير مادية ملموسة، حيث فرض التعامل عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة عدم الاِعتراف بهذه المفاهيم لأنَّها تتعارض وخصوصية المعاملات الإلكترونية التي ترفض التعامل غالباً في العالم الاِفتراضي مع كل ما هو مادي ملموس2.

وعقود الاِستهلاك الإلكتروني مثلها مثل سائر العقود، فالمنازعات الناشئة عنها تخضع للقواعد العامة للاِختصاص القاضي الدولي للمحاكم الوطنية.

1-صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، د.ط 2004، ص 36.

2 – صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2016، ص 73.

غير أنَّ خصوصية هذه العقود جعلت أغلب التشريعات الوطنية والدولية تعقد الإختصاص بشأنها إما لمحكمة جنسية أو موطن أو محل إقامة المدعى عليه، أو للمحكمة التي يتفق الأطراف على عرض النزاع عليها، أو لمحكمة إبرام أو تنفيذ العقد، حسب طبيعة هذه العقود1.

إنَّ تحديد الإختصاص القضائي الدولي عموما وفقاً للمعايير التقليدية، يقوم على مبادئ وقواعد تُمكِن من تحديد الجهة القضائية المختصة بحل المنازعات الخاصة الدولية، بحيث يكون ذلك إما بإتفاق الأطراف قبل قيام النزاع أو بعده بموجب بند في العقد الأصلي أو بإتفاق مستقل سواء كان ذلك بطريقة صريحة أو ضمنية[2] أو بناء على القواعد العامة كقاعدة الجنسية أو موطن المدعى عليه أو الإستناد لمعايير أخرى أهمها محكمة إبرام أو تنفيذ العقد.

تبعا لذلك سنحاول بحث دور هذه المعايير التقليدية من خلال تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: ضابط جنسية المدعى عليه.

المطلب الثاني: ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته.

المطلب الثالث: ضابط المحكمة التي إتفق الأطراف على اللجوء إليها.

المطلب الرابع: ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه.

1- محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، 2013، ص 83.

2 - حمودي محمد ناصر، مرجع سابق ص509.

المطلب الأول

ضابط جنسية المدعى عليه

لقد اِعتمدت بعض التشريعات الوطنية ضابط الجنسية كأساس لتحديد الاِختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية، على أساس أنَّ الجنسية هي الرابطة القانونية التي تربط الفرد بدولته، وهو ضابط يقوم على الاِعتبار الشخصي الهدف منه حماية الدولة لرعاياها حتى ولو كان لهم محل إقامة في الخارج[1]، حيث ينعقد الاِختصاص القضائي وفق هذا الضابط لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها الشخص.

وعليه سنحاول في هذا المطلب بيان مفهوم ضابط الجنسية بشكل عام (في فرع أول)، ثم نعالج ضابط الجنسية في عقود الاِستهلاك الإلكتروني (في فرع ثان)، لنتوصل إلى مدى ملاءمة ضابط جنسية المدعى عليه لمنازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني (في فرع ثالث).

الفرع الأول

مفهوم ضابط الجنسية بشكل عام

مفاد هذا الضابط أنَّ قاعدة اِختصاص محكمة جنسية المدعى عليه وحده كاف لاِنعقاد الاِختصاص لمحكمة الدولة التي ينتمي لها الشخص بجنسيته دون الحاجة لاشتراط أي رابطة أخرى بين النزاع وبين دولة هذه المحكمة، هذا ما تبناه المشرع الجزائري في المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف ذكرهما، حيث اِعتبر ثبوت الجنسية الجزائرية لأحد المتخاصمين يمنح الاِختصاص للمحاكم الجزائرية متى رفعت الدعوى القضائية أمامها.

1-كريمة تدريست، دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة تيزي وزو الجزائر، المجلد 11، العدد 03، ص ص:102-121، ديسمبر 2020.

الشيئ نفسه أقره المشرع الفرنسي في المادتين 14 و15 من التقنين المدني، الذي اِعتبر ضابط الجنسية اِمتيازاً قضائياً كافياً لتأسيس الاِختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية[1]، حيث يعطي الحق للأجنبي غير المقيم في فرنسا أنْ يرفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية بخصوص تنفيذ أي عقد أبرمه في فرنسا مع فرنسي، وحتى الاِلتزامات التي تعاقد بها في دولة أجنبية[2].

أمَّا المشرع المصري فقد نصَّ على هذا الضابط في المادة 28 من قانون المرافعات والتي جاء نصها" تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية"

لقد تعرض هذا الضابط للنقد من قبل الفقه الحديث الذي تبنى فكرة تحقيق العدالة لجميع المتقاضين مهما كانت جنسياتهم[3]، حيث يرى هذا الفقه أنه لا فائدة من عقد الاِختصاص القضائي لمحكمة الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته دون أنْ يكون له مال أو موطن يتم التنفيذ عليه فيه، لا سيما وأنَّ قواعد الاختصاص القضائي تقوم على مبدأ مهم هو قوة النفاذ.

لذلك تم اِستبعاد هذا الضابط من العديد من الاِتفاقيات الدولية، حيث نجد أنَّ اتفاقية بروكسل، صرحت أنَّ الأشخاص المتوطنين على إقليم دولة عضو لايستطعون أنْ يختصموا أمام هذه المحاكم إلا في حالة وجود اِتفاقية مسبقة، كما أنَّ المادة الثانية والفقرة الأولى من تنظيم المجموعة الأوربية رقم 2001/44 الخاص بالاِختصاص القضائي الدولي والاِعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية أعطى للأشخاص المتوطنين على إقليم دولة من الدول الأعضاء الحق في الاِختصام أمام القضاء بغض النظر عن جنسيتهم.

1- CF. Mayer, Pierre, et Pierre, et Heuze, Vincent, : Droit International Privé, 10 edmontchrestien, Paris, 2010, p, 213.

2- نص المادة 14 من التقنين الفرنسي " أن الأجنبي حتى غير المقيم في فرنسا يمكن أن يرفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية من أجل تنفيذ عقد قد تعاقد عليه مع فرنسي في فرنسا، وممكن أن يرفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية من أجل الاِلتزامات الذي تعاقد عليه في دولة أجنبية مع شخص فرنسي" وأضافت المادة 15 من نفس التقنين " أن الفرنسي بإمكانه أن يرفع دعواه أمام القضاء الفرنسي بالنسبة للاِلتزامات المتعاقد عليها في دولة أجنبية حتى لو كانت مع أجنبي "

3- صفاء فتوح جمعة، قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، دراسة تطبيقية على العقود التجارية الدولية المبرمة على شبكة المعلومات الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، د.ط، القاهرة، مصر،2019 ص222.

الفرع الثاني

ضابط جنسية المدعى عليه في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

إنَّ تطبيق ضابط جنسية المدعى عليه على منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني، يرتبط أساساً بمدى الحماية التي يحققها للمستهلك، فعلى سبيل المثال لو تعاقد مستهلك جزائري مع متدخل فرنسي على سيارة عبر الإنترنت من فرنسا وقام نزاع بينهما، فهنا يطرح السؤال: هل عقد الاِختصاص وفق ضابط اِمتياز جنسية المدعى عليه المنصوص عليه من قبل المشرع الجزائري يحقق المصلحة للمستهلك الجزائري أم لا؟

نلاحظ في هذه الحالة أنَّ عقد الاِختصاص للقضاء الجزائري بالنظر في النزاع القائم سيكون أقل حماية للمستهلك مقارنة مع عقد الاِختصاص للقضاء الفرنسي الذي وصل إلى درجة كبيرة من التطور في مجال حماية المستهلك الإلكتروني، حيث أصبح يفرض على المتدخل العديد من القواعد الصارمة في مجال العقود والمعاملات الإلكترونية التي يتحتم على المتعاملين مع المستهلك الإلكتروني الاِلتزام بها عند التعاقد، لكن إذا كان هناك قضاء آخر يطبق قانوناً أكثر حماية للمستهلك من القانون الفرنسي، فإنَّ تطبيق قانون جنسية المدعى عليه هنا يكون ضاراً بالمستهلك، لذلك لا يكون دائماً تطبيق ضابط الجنسية في منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني يخدم مصلحة المستهلك[1].

1- صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص 177.

الفرع الثالث

مدى ملاءمة ضابط جنسية المدعى عليه لمنازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني

لقد تم إستبعاد تطبيق ضابط جنسية المدعى عليه من قبل العديد من الإتفاقيات الدولية والتنظيمية الحديثة[1]، مما يثبت عدم ملاءمته لمنازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني وهذا يرجع لعدة مبررات منها صعوبة التحقق من شخصية وجنسية المتعاقدين في العالم الإفتراضي لغياب الإلتقاء المادي عند إبرام العقد[2]، فالمتعاقد عبر الإنترنت قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كما أنَّ عملية التعاقد تبرم غالباً عن طريق ملء استمارة إلكترونية لا يوجد فيها ما يثبت جنسية المتعاقدين[3].

كما أنَّ جانباً من الفقه الفرنسي أقر بعدم ملاءمة ضابط جنسية المدعى عليه لمعطيات العالم الإلكتروني، نظراً لصعوبة تحديد جنسية المواقع الإلكترونية، خاصة تلك المواقع التي ليس لموقعها وجود مادي حقيقي كشركة تجارية أو محل تجاري[4].

يتضح مما سبق أنَّ ضابط جنسية المدعى عليه لم يعد ملائماً للتطبيق على منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، خصوصاً في ظل الإتجاه العالمي نحو الوحدة السياسية بين الدول ذات المصالح المشتركة، فلم يعد للمعاملات التجارية في العالم الإفتراضي أي اعتداد بجنسية الأشخاص الذين يتم التعامل معهم، فالعبرة بموطنهم أو محل إقامتهم، وتطبيق القانون أكثر حماية للمستهلك الإلكتروني.

1- لم تول إتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات الإلكترونية2005 في العقود الدولية بضابط الجنسية، واهتمت كثيراً بكفية تحديد موطن ومقر عمل الأطراف، لمزيد من التفصيل الرجوع إلى نص المادة الاولى الفقرة الثالثة من الاتفاقية على الموقع:
http:// www.uncitral.org

2- إلياس ناصيف، العقود الدولية(العقد الالكتروني) في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، بيروت لبنان، 2009، ص 372.

3- العقود الإلكترونية النموذجية لا تتضمن أي بند يتعلق بتحديد جنسية المتعاقدين لمزيد من التفصيل الإطلاع على الموقع:
www.google .com/Apps

4-CF.Frank Reich, J.L. Four Goux. Internet et la Concurrence Déloyale, 2001
https://www.google.com/search?q=frankreich+%3A+internet+et+la+concurrence+d%C3%A9loyale%2C2001%2Cin+http%3A%2F%2Fwww.uni.muenster+de+jura+itm%2Flide&ei=eITfYPWxC7Hngwf-
تاريخ زيارة الموقع 2020/08/20.

المطلب الثاني

ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته

إنَّ هذا الضابط يقوم على أساس المعيار الإقليمي أو الشخصي، لأنَّه يعتمد بالضرورة على الصلة التي تربط بين الشخص وإقليم الدولة، سواء أكان يحمل جنسيتها أم لا[1]. وهو ضابط قانوني، لأنَّه مبني على اِعتبارات قانونية، لا تقتصر على طائفة معينة من المنازعات[2].

وقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة (37) ق.إ.م.إ التي جاءت كما يلـي" يؤول الاِختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اِختصاصها موطن المدعى عليه .....إلخ "

وعليه ينعقد الاِختصاص القضائي الدولي وفق هذا الضابط للمحكمة التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وهي قاعدة أصلية مطبقة سواء في تحديد الاِختصاص القضائي الدولي أو الداخلي، كقاعدة عامة، على اِعتبار أنَّ المدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته.

وقد أخذت بهذا الضابط جل التشريعات الوطنية والدولية[3]، والسبب وراء الأخذ بهذا الضابط هو فرضية براءة المدعى عليه ويقع عبء الإثبات على من يدعي عكس ذلك، كما يقوم هذا الضابط على أساس عملي مؤداه يمكن أنْ يكون المدعي سيئ النية يقوم برفع دعواه أمام محكمة بعيدة فقط من أجل تكبيد المدعى عليه مصاريف كبيرة[4].

1- كوثر مجدوب، تسوية منازعات الاِستهلاك ذات الطابع الدولي بين اللجوء إلى القضاء الوطني والوساطة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 05، جامعة محمد الصديق بن يحيى –جيجل، الجزائر، 2017، ص 201.

2 – صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق ص 38.

3- إن الفقه يكاد يجمع على أن علة تطبيق ضابط موطن ومحل إقامة المدعى عليه بالنسبة للعقود التقليدية يرتكز على اِعتباريين:

الاِعتبار الأول: قيامه على فكرة سيادة الدولة على إقليمها.

الاِعتبار الثاني: هو براءة ذمة المدعى عليه إلى أن يثبت العكس، كما أن محكمة المدعى عليه تكون أقدر على كفالة تنفيذ أحكامها وما ينسجم ومبدأ قوة النفاذ.

4 –حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاِختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، بيروت، لبنان، 2013، ص 57 .

ومن بين التشريعات العربية التي أخذت بهذا الضابط المشرع المصري، حيث نصَّ على ذلك في المادة 29 من قانون المرافعات على أنْ "تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج "[1].

كما أخذ بهذا الضابط القانون الدولي الخاص الفيدرالي السويسري عام 1987، وذلك في الفقرة الأولى من المادة (112) منه التي نصَّت على أنَّه" تتمتع المحاكم السويسرية بالإِختصاص بالإِستناد إلى موطن المدعى عليه، وفي حالة اِنعدام الموطن ينعقد الإِختصاص للمحاكم التي يوجد فيها محل إقامته المعتاد، وذلك بالنسبة إلى الدعاوى الناشئة عن العقد"[2].

كما أخذت بهذا الضابط بعض الإِتفاقيات الدولية ولعل أهمها هي اِتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن الإِختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية بين دول السوق الأوربية في المادة الثانية منها، وهو ما سارت عليه لائحة بروكسل 2001/44 بشأن الإِختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية[3].

ويتسم هذا الضابط بالطابع العام، إذ يطبق على جميع الدعاوى، ويستوي فيه كضابط للإِختصاص الدولي أنْ يكون موطناً للشخص طبيعياً أو معنوياً، ولذلك حدد المشرع الجزائري في المادة 50 من القانون المدني الجزائري موطن الشخص الإِعتباري بنصه على أنَّه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، كما يعتبره كذلك إذا كان يزاول فيه جزءا من نشاطه في الجزائر عن طريق فرع له حتى ولو كان مركز إدارته الرئيسي في الخارج[4].

1 –قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 والمعدل بالقانون رقم 86 لسنة 2008 م نشر في الجريدة الرسمية العدد 22 مكرر6 يونيه 2008م.

2– مشار إلى نص المادة لدى، صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق، ص38.

3 -Art: «1. Sous réserve des disposition du présent réglememt attraites quelle que soit leur nationalité devant les juridictions de cet Etat membre».

4 – يراجع نص المادة العاشرة فقرة 04 من القانون المدني الجزائري.

وبالتالي سنحاول التطرق في هذا المطلب بشيء من التفصيل من خلال بيان مفهوم الموطن أو محل الإقامة بشكل عام (في فرع أول)، ثم نعالج صعوبات تحديد الموطن أو محل الإقامة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني (في فرع ثان)، لنتوصل إلى مدى ملاءمته كضابط في تحديد المحكمة المختصة بنظر مثل هذه المنازعات (في فرع ثالث).

الفرع الأول

مفهوم ضابط الموطن أو محل الإقامة بشكل عام

إنَّ تحديد مفهوم الموطن أو محل الإقامة يساعد على معرفة وتحديد المكان الذي يوجد أو يقيم فيه الشخص، بحيث يسهل على من يريد أنْ يتعامل معه قانوناً مخاطبته فيه.

ويقصد بالموطن – بوجه عام – المكان الذي يستقر فيه الشخص ويتخذ منه مركز مصالحه، ويقصد بالموطن في القانون الدولي الخاص، الرابطة بين الفرد وإقليم دولة معينة، ومن هنا يتضح لنا، أنَّ هناك فرقاً بين مضمون الموطن في القانون الدولي الخاص والقانون الداخلي، حيث أنَّ مفهومه وفق هذا الأخير هو الرابطة بين الفرد ومكان معين[1].

كما أنَّ غالبية فقهاء القانون يؤيدون فكرة اِختلاف الموطن في العلاقات الداخلية عنه في العلاقات الخاصة الدولية فهذه الأخيرة هي عبارة عن اِرتباط الشخص بإقليم دولة معينة أمَّا فكرة الموطن في العلاقات الداخلية فهي تعبير عن الاِرتباط بمكان معين داخل هذه الدولة لذلك فإنَّ بيان الموطن في العلاقات الدولية الخاصة يكفي فيه تعيين إقليم الدولة التي يكون الشخص متوطناً فيها بغض النظر عن تعيين مكان هذا الإقليم[2].

1- هشام خالد، المدخل إلى القانون الدولي الخاص العربي، نشأته-مباحثه-مصادره-طبيعته، دراسة مقارنة، في القوانين العربية: المصري-الكويتي-السعودي-الإماراتي-السوري-الليبي-العراقي-القطري-العماني-الجزائري-السوداني-الأردني-اليمني-البحريني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2003 ص 78.

2- هشام على الصادق، موجز القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين والموطن في العلاقات الدولية الخاصة"، الجزء الأول، الدار الجامعية الإسكندرية، مصر د.ط،1987 ، ص 445.

ومن بين أهم تعريفات الفقه الموطن" أنَّه المحل الذي اِختاره الشخص اِختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً وليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأشغاله، كما عُرفَّ بأنَّه" البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص ولكنه يجوز أنْ يكون في بعض الأحيان البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء كان مقيماً فيه أم لا[1].

ويعتبر تحديد معنى الموطن أو محل الإقامة مرتبطاً أساساً بتفسير إحدى قواعد الاِختصاص القضائي الدولي الوطنية، لذلك يجب الرجوع بشأن تفسيره إلى قانون القاضي المعروض أمامه النزاع باِعتبار أنَّ هذا القانون هو الذي يحكم مسألة التكييف[2].

لقد نصَّ المشرع الجزائري على ذلك في المادة 09 من القانون المدني على أنَّه" يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

لذلك أول ما يجب على القاضي الجزائري البحث فيه عند عرض النزاع عليه مسألة اِختصاصه وفق قانونه الوطني، وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجدُ أنَّ المشرع قسم الموطن كضابط شخصي إلى أربعة أنواع، فهناك الموطن العام، والموطن الخاص، والموطن القانوني، والموطن المختار.

1-**الموطن العام**: لقد نصَّ عليه المشرع الجزائري في المادة 36 من القانون المدنـي بقوله: " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى، يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن ولا يجوز أنْ يكون للشخص الواحد أكثر من موطن في نفس الوقت"[3].

1- صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص 125.

2 -أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، 2000، ص 118.

3 - القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005(المنشور ف ج.ر.ج.ج المؤرخة 28 يونيو سنة 2005، العدد 41) يعدل ويتم الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني (المنشور في ج ر.ج.ج المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، العدد 78، ص990).المعدل والمتمم بآخر تعديل بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 مايو 2007 (المنشور ف ج ر.ج. ج المؤرخة في 13 مايو 2007، العدد 31، ص3.

ومن هنا نجد أنَّ هذا الضابط يقوم على معيار المسكن الرئيسي في إقليم الدولة أو معيار الإقامة الدائمة وبناء على هذين المعياريين يتحدد موطن الشخص شريطة ألا يكون له أكثر من موطن في وقت واحد.

غير أننا نرى على المشرع الجزائري ضرورة النص على حالة الوجود العارض أو المرور العابر للمدعى عليه، حيث نجد أنَّ المشرع المصري نص على ذلك في المادة 29 من قانون المرافعات[1]. واعتبر أنَّ مجرد المرور ببلد ما لا يمثل عنصرا مهماً في العقود الدولية، فالإقامة تتفق مع مبدأ القوة والنفاذ وهي تستقيم مع فكرة العدالة.

2–الموطن الخاص: لقد نصَّ عليه المشرع الجزائري في المادة 37 من القانون المدني بقوله:
" يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً خاصاً بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة".

وعلى هذا فإنَّ أي نزاع مرتبط بممارسة نشاط متعلق بهذه المعاملات ينعقد الإِختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها هذا المحل.

3 –الموطن القانوني: وهو موطن الممثل القانوني الذي ينوب عن الأشخاص الذين لا يستطيعون مباشرة شؤونهم القانونية لوجود عوارض تمنعهم من ذلك، فلابُدَّ من شخص ينوب عنهم في ذلك وهو ما نص عليه المشرع في المادة 38 من القانون المدني "موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا".

غير أنَّ الملاحظ في المادة 2/38 من القانون المدني الجزائري أنَّها قد إِستثنت القاصر المرشد بحيث يكون موطنه الخاص بخصوص التصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها.

1 – إلا أن هناك بعض الدول من تنص في قوانينها على إِختصاص محاكمها في حالة التواجد العابر وعلى سبيل المثال، استراليا الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، إنجلترا، حيث تعطي الاختصاص لمحاكمها على الأشخاص الذين لم يكن لهم محل إقامة على أرضيها وإنما كان لهم مجرد اتصال من خلال المعاملات التجارية عن طريق البريد والاتصالات اللاسلكية أُنظر: محمد محمد حسن الحسني مرجع سابق، ص79.

4-الموطن المختار: لقد نص المشرع الجزائري في المادة 39 من القانون المدني" يجوز اِختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين، يجب إثبات اِختيار الموطن كتابة.

الموطن المختار لتنفيذ تصرف قانوني يعد موطنا بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا التصرف بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، ما لم يشترط صراحة هذا الموطن على تصرفات معينة".

وعليه، فإنَّ الموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين يكون هو الموطن بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل أو النشاط وفق قواعد الاِختصاص الداخلي بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري إلا إذا تم النص صراحة على أنَّ هذا الموطن يخص تصرفات معينة دون سواها[1].

مما سبق يتضح لنا أنَّ اِنعقاد الاِختصاص للمحاكم الجزائرية بالنظر في الدعوى التي ترفع على الشخص الطبيعي أو المعنوي الأجنبي تتحقق بتوافر أحد أنواع المواطن المذكورة آنفاً، كما أنَّ المشرع نصَّ في حالة تعدد مواطن المدعى عليه، يكون للمدعي حرية اِختيار موطن واحد يتم مخاطبته قانونا فيه، وفي حالة اِنعدام موطن المدعى عليه، يشير الفقه الحديث إلى اِستخدام ضابط اِحتياطي وهو محل إقامة المدعى عليه، وهنا يكون المدعي أمام خيارين إمَّا أنْ يرفع دعواه أمام محكمة مختصة وفق الضوابط الأخرى، أو أنْ يرفع دعواه أمام محكمة دولته خوفاً من ضياع حقوقه.

1- جمال محمود الكردي، مرجع سابق ص61.

الفرع الثاني

صعوبات تحديد الموطن أو محل الإقامة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

إذا كانت القواعد التي تم عرضها آنفاً بخصوص مفهوم الموطن تصلح للتطبيق في تحديد اِختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه في المعاملات التقليدية، فهل يمكن تطبيق هذه القواعد دون صعوبات قانونية على منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني؟

يرى جانب من الفقه، أنَّ ممارسة التجارة عبر الإنترنت أصبحت تقلل من فرص إعمال جميع قواعد الاِختصاص ذات الطابع الإقليمي[1]، ومنها قاعدة اِختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، ويرجع السبب في ذلك إلى صعوبة تحديد موطن الأطراف في العقود التي تبرم بِاستعمال الوسائل الإلكترونية، لأنَّ تحديد الموطن على المواقع الإلكترونية عادة لا يكون واضحاً خاصة في العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً، مثل بيع البرامج الإلكترونية، والخدمات المالية على الخط، أو خدمات الإنترنت.

حيث أنَّ فكرة اللامادية، يصعب معها تحديد موطن الأطراف المتعاقدة، عكس العقود التي تبرم إلكترونياً وتنفذ في وسط مادي، إنَّ فكرة الموطن تدل على مكان ثابت ودائم وهو ما يصعب تحققه في العقود الإلكترونية، التي يؤسس فيها الموطن في الغالب عن طريق عنوان إلكتروني قد لا يحمل مؤشرات صحيحة تدل على الموطن الحقيقي أو قد لا يكون محدداً بشكل دقيق.

1 حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص59.

إنَّ التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية نصَّ على أنَّهُ يمكن تحقق نسبي لفكرة الموطن عن طريق المؤسسة الثابتة أو المستقرة،[1] فموطن الموقع الذي يمارس عبره المعاملات والأنشطة التجارية، هي الدولة التي فيها جهاز الكمبيوتر.

أمَّا القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة لعام 1996 فقد نصَّ على كيفية تحديد موطن أو محل إقامة الأطراف في عقد التجارة الإلكترونية، عن طريق مقر عمل الطرف المعني، وإذا تعدد مقر العمل، ففي هذه الحالة يكون المقر الذي له أوثق صلة بالمعاملة المعنية أو المقر الرئيسي.

هذه الصعوبات دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف قيمة التوطين في العناوين الإلكترونية[2]، لقد حاولت إتفاقية الخطابات الإلكترونية المتعقلة بالعقود الدولية التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 2005، تبني بعض الأسس التي من خلالها يمكن تحديد أماكن الأطراف المتعاقدة عبر الوسائل الإلكترونية وخاصة الإنترنت وذلك من خلال المواقع الإلكترونية عن طريق فرض ضرورة وضع الموقع الجغرافي الحقيقي عند أي عرض للتعاقد[3].

إتجه جانب من الخبراء عند وضع هذه الإتفاقية، إلى ضرورة الأخذ بعين الإعتبار أسماء الحقول التي يحملها عنوان البريد الإلكتروني، والتي تدل على إرتباطه بدولة معينة، وهو ما يفيد وجود مقر عمل لهذا الموقع داخل هذه الدولة.

1 –لقد عرف التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية مقدم الخدمة المنشئ أو المؤسس *Le prestataire établi* بأنَّه الشخص الذي يمارس بطريقة أنشطته الإقتصادية بواسطة جهاز كمبيوتر تابت ومستقر في دولة معينة ولمدة غير محدودة، وهذا التعريف مستوحى بشكل مباشر من قضاء محكمة العدل للمجموعة الأوربية حيث أفادت" أنَّ مفهوم المؤسسة *Etablissement stable* يتطلب وجود عنصريين، أولهما: وجود جهاز كمبيوتر ثابت ومستقر في دولة من الدول الأعضاء لفترة غير محدودة، وثانيها: ممارسة فعالة للأنشطة الإقتصادية والتجارية من خلال هذا الجهاز، لمزيد من التفصيل أُنظر: المادة الثانية فقرة (ج) منه .

2 –صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص130.

3 –نص المادة السادسة من هذه الاتفاقية على الموقع: http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral-texte.
تاريخ زيارة الموقع :2020/08/20

غير أنَّ جانباً من الخبراء اِعترض على ذلك كون أنَّ كثيراً من المواقع تضع أسماء حقول لدول دون أنْ يكون لها أي علاقة بهذه المواقع[1].

لذلك تبنت هذه الاِتفاقية معياراً موسعاً للكشف عن موطن ومقر عمل المتعاقدين في هذا العالم الاِفتراضي، يتمثل في المقر الأوثق صلة بالعقد، ومنحت للقاضي سلطة تطبيق هذا المعيار مع الأخذ بعين الاِعتبار الظروف المحيطة بالعقد، فعلى سبيل المثال يمكن للقاضي الاِعتماد على المراسلات أو وصولات دفع المبالغ المالية في الوسط المادي لأحد الأطراف، في تحديد المقر الأوثق صلة بالعقد.

أمَّا بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يتعاقد عبر شبكة الإنترنت فلم تستخدم الاِتفاقية بشأنه فكرة الموطن كدليل على مقر عمل أو تواجد هذا الشخص، بل اِستخدمت فكـرة " مقر الإقامة المعتاد" وهذا في نص المادة السادسة في فقرتها 03.

وقد اِعتمد القضاء الأمريكي على هذا المعيار في أكثر من قضية، حيث اِستخدام أرقام الهاتف للدلالة على اِرتباط الموقع الإلكتروني والذي دائماً يحمل مفتاحا لدولة ما[2].

مما سبق نستنتج أنَّ اِتفاقية الخطابات الإلكترونية 2005 جاءت أكثر وضوحاً من خلال معيارها "المقر الأوثق صلة بالعقد" حيث يساعد هذا المعيار القاضي في تحديد موطن الأطراف على المواقع الإلكترونية، وذلك بالاِعتماد على الظروف والوقائع التي كانت عند التعاقد أو قبله.

وما يلاحظ هنا أنَّه مهما يكن يبقى على القاضي المعروض عليه النزاع دائماً عبء الاِسترشاد بكل المعايير السابقة لتحديد موطن أو محل إقامة الأطراف في منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني.

1 –وهو ما نصت عليه نفس الاِتفاقية في المادة السادسة فقرة خمسة بقولها: أنَّ مجرد اِستخدام شخص اِسم حقل أو عنوان بريدي إلكتروني يرتبط ببلد معين لا ينشئ قرينة على أنَّ مكان عمله يوجد في ذلك البلد.

2 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص 63.

الفرع الثالث

مدى ملاءمة ضابط الموطن أو محل الإقامة في منازعات عقود الإِستهلاك الإلكتروني

إنَّ إخضاع منازعات عقود الإِستهلاك الإلكتروني لولاية محكمة موطن المدعى عليه الأجنبي على النحو السابق بيانه، قد كشف على العديد من الصعوبات القانونية، خاصة أنَّ تحديد الموطن يقوم على ربط الشخص بإقليم أو مكان قانوني في دولة معينة، وهو ما يصعب تطبيقه على العقود التي تبرم بإستعمال الوسائل الإلكترونية، لكونها تعتمد على عناوين إلكترونية تبتعد في بعض الأحيان كثيراً عن مدلول العنوان الحقيقي[1].

كما أنَّ إخضاع المستهلك في عقود الإِستهلاك الإلكتروني لمحكمة موطن المدعى عليه، أمر فيه من المشقة والنفقات التي يكبدها، لأنَّ هذا الوضع يفرض عليه ضرورة الإِنتقال إلى الدولة التي يوجد فيها موطن المدعى عليه، مما يعني إجهاض قواعد الحماية الخاصة التي أولتها التشريعات للمستهلك ما دام لا يستفيد منها[2].

رغم الانتقادات التي وجهت إلى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996م وإتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005م بخصوص تحديد أماكن الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية، والمبني على أساس المعيار "الأوثق صلة بالعقد" يبقى هذا المعيار أكثر مرونة وأقرب إلى الصواب، لأنَّه يعطي للقاضي المعروض عليه النزاع السلطة التقديرية في إِستخلاص ذلك من خلال المراسلات، والمراحل والظروف التي تم فيها التعاقد والهدف من هذا كله هو تحقيق الأمان القانوني وإستقرار الأوضاع القانونية.

1- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 39.

2- طرح البحور علي حسن فرج، عقود المستهلكين الدولية، ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2008، ص262.

كما نرى من جانبنا ضرورة وضع نظام قانوني عالمي يفرض على التجار قبل مباشرة أي نشاط تجاري في العالم الإفتراضي، ضرورة إدراج رقم القيد الرسمي في السجل التجاري للدولة التي ينتمون إليها في العقد، حتى يتسنى للمتعاملين معهم التأكد من عنوانهم إلكترونياً، قبل إبرام أي عقد.

مما تقدم نلاحظ أنَّ الإعتماد على ضابط الموطن أو محل الإقامة، تكتنفه العديد من الصعوبات، التي تحول دون تحقيق اليقين والأمان القانوني، كما أنَّ أهميته تراجعت في العالم الإلكتروني، الذي لا يهتم بموطن المتعامل معه بقدر ما يهتم بجودة ونوع الخدمة والبضاعة وسرعة التوصيل، ومن هنا أصبح من الضروري البحث عن ضوابط أخرى تكون أكثر ملاءمة وتتناسب أكثر مع عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بالإستهلاك.

المطلب الثالث

ضابط المحكمة التي إتفق الأطراف على اللجوء إليها

من الثابت في قواعد فقه المرافعات الدولية، أنَّه ومن أجل تحقيق الحماية القضائية يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على الخروج عن قواعد الإختصاص القضائي في حالة الخصام، وذلك بإتفاقهم على إختصاص محكمة غير محكمة جنسية أو موطن أو محل إقامة المدعى عليه، شريطة أنْ يكون هذا الإختيار مبنياً على رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي تم الإتفاق على إختيارها، كما لا يكون هذا الإختيار منطوياً على غش[1].

حيث نجد أنَّ المشرع الجزائري لم يقيد حرية الأطراف في إخضاع منازعاتهم العقدية لولاية محكمة ما، ويتبين ذلك من نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والادارية والتي جاء نصُّها كمايلي:

"يجوز للخصوم الحضور بإختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا.
يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك.

1- حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 510.

يكون القاضي مختصاً طيلة الخصومة، ويمتد الإختصاص في حالة الإستئناف إلى المجلس القضائي التابع له"[1].

ومن نص المادة نخلص إلى أنَّ هذا الضابط يقوم على أساس مراعاة حماية المصالح المشتركة للمتعاقدين، بحيث يساعد ذلك على حسن سير العلاقات التجارية الدولية بشكل مرن وتحقيق الأهداف الأصلية للقانون الدولي الخاص[2].

غير أنَّ خصوصية عقود الإستهلاك الإلكتروني تتطلب منا تحديد مفهوم هذا الضابط من خلال ما تتجه له غالبية التشريعات الوطنية والدولية (في فرع أول) حتى نتوصل إلى مدى ملاءمته لعقود الإستهلاك الإلكتروني (في فرع ثان).

الفرع الأول

مفهوم ضابط إتفاق الخصوم على قبول ولاية القضاء بشكل عام

إذا اتفقت الأطراف المتعاقدة على إخضاع المنازعات الناشئة بينهم لقانون معين، كانت جميع منازعاتهم خاضعة له طبقاً لما إصطلح عليه في القانون الدولي الخاص بقانون الإرادة، والذي يعتبر في مجال الإختصاص القضائي إمتداداً للقواعد التي تسود الإختصاص التشريعي، حيث يتمتع الأطراف بكامل الحرية في إسناد الإختصاص لمحكمة معينة للفصل في النزاع الدولي الذي يمكن أنْ ينشأ بينهم[3].

ولا يشترط فيما بعد إنْ كان هذا الإختيار سابقاً على ظهور النزاع أم لاحقا له، وسواء كان صريحاً أم ضمنياً[4].

1- القانون رقم 08-09 لسنة 2008 المشار إليه سابقاً.

2 - حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص 133.

3-CF.Juan Pablo Varga :Jurisdiction And Applicable Law, 2004 Available Online: http://www.emarketservices.com/clubs/ems/prod/jurisdiction.pdf, Last Visit the: 26-05-2020

4- حمودي محمد ناصر، مرجع سابق ص 511.

وحتى نتمكن من تحديد مفهوم هذا الضابط لابُدَّ من دراسة الآراء المؤيدة والمعارضة وهذا من أجل معرفة دور هذا الضابط في تحديد الإِختصاص القضائي وتحقيق الحماية للمستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية.

لقد إِختلف الفقه حول الأخذ بهذا الضابط من عدمه، فمنهم من أنكر دور الإرادة في سلب الإِختصاص عن القضاء الوطني، معتمداً في ذلك على مجموعة من الحجج والبراهين على أساس أنَّه لا يمكن الإِعتداد بإرادة الأطراف في تعيين المحكمة المختصة في المنازعات الدولية.

وحجتهم في ذلك أنَّ العدالة هي وظيفة من وظائف الدولة ومظهر من مظاهر سيادتها تحققها بين أفرادها بواسطة أجهزتها، ومن ثم فإنَّه من غير المقبول أنْ يترك للخصوم حرية تعديل قواعد الإِختصاص القضائي الدولي لمحاكم هذه الدولة[1].

كما أنَّ من وجهة نظرهم اعتبار قواعد الإِختصاص القضائي هي من النظام العام ومن ثم لا يجوز الإِتفاق على مخالفتها، فالدولة هي التي ترسم حدود إِختصاص محاكمها، معتمدة في ذلك على مبدأ الملاءمة وفق قواعدها الداخلية التي تهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق المصلحة العامة والعدل مع المحافظة على سيادتها دون تدخل أي سلطة أجنبية[2].

غير أنَّ هذا الرأي وجهت له الكثير من الإِنتقادات، إذ كيف يعترف بدور الإرادة في جانبها الإيجابي عند منحها الإِختصاص للقضاء والوطني، وعلى نقيض ذلك يعتبرها من النظام العام في جانبها السلبي وهو أمر غير منطقي لأنَّ الرفض يفترض أنْ يكون في الحالتين، وهذا غير مقبول في مجال الإِختصاص القضائي الدولي الذي يتسم بالمرونة ويقوم على فكرة الملاءمة ومبدأ المعاملة بالمثل.

كما أنَّ أغلب التشريعات إِستجابت لمقتضيات العلاقات الدولية الخاصة وأقرت بحق الأطراف في اللجوء للتحكيم لحل المنازعات التي تنشأ بينهم.

1- عصام الدين القطبي، القانون الدولي الخاص المصري، دار النشر الذهبي، د.ط، القاهرة، مصر، 2003، ص 920.

2 - محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 89.

كما أننا نرى غالبية الفقه وبعض التشريعات الوطنية[1] وكذلك الاتفاقيات الدولية[2] تبنت الدور الثنائي للإرادة في مجال الإختصاص القضائي الدولي.

غير أنَّ هناك بعض التشريعات قامت بحظر الإتفاق السالب للإختصاص في بعض المنازعات، خصوصاً إذا كانت مرتبطة بقواعد الإختصاص الآمرة في الدولة، مثلا: منازعات الأسرة أو الأحوال الشخصية، الأموال العقارية، التدابير الإستعجالية، لأنَّ هذه المسائل مرتبطة بإقليم الدولة[3]، ولهذا حتى يكون هذا الإتفاق منتجاً لآثاره سواء في شقه الإيجابي أو السلبي، فإنَّ غالبية الفقه نصَّ على ضرورة توفر مجموعة من الشروط، ومن بينها، ضرورة إتصاف النزاع بالصفة الدولية، وأيضاً توفر رابطة جدية بين النزاع ودولة المحكمة التي تم إختيارها، أو على الأقل وجود مصلحة مشروعة للأطراف في إختيار تلك المحكمة، كما يجب أنْ لا يكون هذا الإتفاق منطويا على غش أو تحايل[4].

---

1 – نص علي ذلك المشرع العراقي في قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم 30 لسنة 1928 المعدل، نفس الشيء نصَّ عليه المشرع المصري في المادة 32 من قانون المرافعات ا التي تقضي بأن " تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعوى ولم تكن داخلة في إختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمناً " وكذلك نفس الشيء إنتهجه المشرع التونسي في القانون الدولي الخاص في المادة 04 في تشريع سنة 1999م، كما سارت على نفس النهج إتفاقية بروكسل بشأن الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية في المادتان (17،18) منها هذه الإتفاقية التي أبرمت بين دول المجموعة الأوربية بتاريخ 27 سبتمبر 1968، ودخلت حيز التنفيذ بداية من الأول فيفري 1973 ، هذه الإتفاقية منشورة بالجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية:

-La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, CE 72/454 journal officiel n° L 299 du 31/12/1972, pp 32-42 .

والتي عدلة في 22 ديسمبر 2000 بموجب التوجيه الأوربي رقم 44 /2001

-Le règlement (CE) n° 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, journal officiel n°L 12 DU 16/01/2001, pp1-23

وكذلك إتفاقية لوجانو المبرمة بين دول المجموعة الإقتصادية الأوروبية ودول منظمة الإتحاد الأوروبي للتبادل الحر بتاريخ 16 سبتمبر 1988، هذه الإتفاقية منصوص عليها في الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية:

-Journal officiel n°L 319 DU 25/11/1988 , pp 09-33

2 –للمزيد من التفصيل أُنظر:نصوص إتفاقية لاهاي 2005م على الرابط التالي:

http://www.hcch.net

3 –وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية عام 1985 م حيث ربطة تطبيق الإتفاق الإرادي شريطة أن لا يتصادم مع الإختصاص الإقليمي الآمر لمحكمة فرنسية، حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1985/12/18 م، مشار إليه لدى، محمد محمد حسن حسني، مرجع سابق ص90 و91.

4 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص133.

إلا أنَّه في حالة إعلان المحاكم الأجنبية عدم اِختصاصها أو رفضها الفصل في قضية معينة، تبقى المحاكم الوطنية مختصة اِختصاصاً اِحتياطيا، وهذا كله من أجل الحفاظ على المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة وحتى لا نكون أمام إنكار العدالة[1].

بعد اِستعراض أهم الشروط اللازمة لصحة الخضوع الاِتفاقي لاِختصاص محكمة معينة على مستوى العقود الدولية بصفة عامة، فإنَّ السؤال المطروح هنا مدى صلاحية تطبيق هذا الضابط على عقود الاِستهلاك الإلكتروني، وهل شروط تطبيقه كافية لتحقيق الهدف الحمائي للمستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية؟

الفرع الثاني

مدى صلاحية ضابط اِتفاق الخصوم في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

بناءاً على ما سبقت الإشارة إليه، فإذا تحققت شروط الخضوع الاِتفاقي وعدم تحقق الاِستثناءات التي تمنع من تطبيق هذا الضابط يمكن للأطراف المتعاقدة رفع الدعوى أمام المحكمة المتفق على عقد الاِختصاص لها بشأن العقود الدولية بصفة عامة، سواء كانت هذه العقود مبرمة بطريقة تقليدية أو إلكترونية.

غير أنَّ هذا يصعب تطبيقه على عقود الاِستهلاك الإلكتروني، إذ يعتبرُ ذلك خروُجاً على القاعدة العامة، التي تقضي بضرورة إخراج هذه العقود من قاعدة الخضوع الاِختياري حماية للمستهلك باِعتباره طرفاً ضعيفاً يستحق حماية خاصة وفق ما تنص عليه جل التشريعات الوطنية والاِتفاقيات الدولية[2].

1 – أحمد عبد الكريم سلامة ،فقه المرافعات المدنية الدولية، مرجع سابق، ص 146.

2– اِتفاقية لاهاي لعام 1965 واِتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الاجنبية في المواد المدنية والتجارية 1968م وكذلك الشأن في تشريع بروكسل 2001/44 المعدل لاِتفاقية بروكسل.

كما أنَّ التحفظ أو منع تطبيق هذا الضابط على عقود الإستهلاك يرجع لعدة إعتبارات فمن ناحية، لا يمكن للمستهلك التنازل مسبقا عن إختصاص قاضي موطنه أو محل إقامته، لأنَّه لا يعرف مصلحته، ويمكن أنَّ يتعاقد تحت ضغط الحاجة، كما لا يجوز التنازل عن حق لم يثبت له بعد، ولا يثبت حق المستهلك في هذا إلا عند قيام النزاع[1].

غير أنَّه ونتيجة لإنتشار التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، ودخول المستهلك عالم التجارة الإلكترونية، أصبح الفقه الحديث يتجه نحو إمكانية قبول شرط الخضوع الإختياري الذي يرد في عقود الإستهلاك الإلكتروني شريطة أنْ يكون هذا الإتفاق لاحقاً على نشوء النزاع، وأنْ يكون هذا الشرط في صورة كتابة إلكترونية، ولا يتعارض مع قوانين الدولة التي عقد الإختصاص لصالحها[2].

حيث نجد أنَّ نص المادة 15 من إتفاقية بروكسل أجاز الإتفاق على الإختصاص القضائي في عقود الإستهلاك، بتوفر ثلاثة شروط، إذا كان هذا الإتفاق يمنح الإختصاص لمحكمة الموطن المشترك للمتعاقدين، أو كان قد أعطى للمستهلك حق إختيار المحكمة التي تتماشى وحمايته أو إذا كان هذا الإتفاق لاحقا على نشأة النزاع[3].

1- طرح البحور علي حسن، مرجع سابق، ص 193.

2 – فالمادة (04) من مشروع إتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص، تنص على صحة شروط الإختصاص القضائي، التي ترد بأية وسيلة من وسائل الإتصال، ويرجع ذلك إلى إنتشار عقود التجارة الإلكترونية التي تحتوي على هذه الشروط، كما نصَّت المادة (2/23) من تشريع بروكسل رقم 2001/44، الذي عدل إتفاقية بروكسل، المتعلقة بالإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية لعام 1968، وذلك بقبول شرط الإختصاص القضائي المبرم بالطرق الإلكترونية.

3 –ورد هذا النص كما يلي:

Art.15-"ll ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des convention : 1.postérieures à la naissance du différend ; ou 2. qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section ; ou 3. Qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même Etat contractant, attribuent compétence aux tribunaux de cet Etat sauf si la loi de celui-ci in"

كما أنَّ تشريع بروكسل 2001 جاء بنفس النصوص التي تبنتها اِتفاقية بروكسل لسنة 1968، حيث اِعتُّبِرَ منح الاِختصاص في عقود الاِستهلاك صحيحاً منتجاً لجميع آثاره إذا جاء لاحقاً على نشوء النزاع، وهذا ما أوضحته المادة 17 منه، حيث حددت وعلى سبيل الحصر الحالات الاِستثنائية التي يجوز فيها هذا الاِتفاق[1].

كما أنَّ التوجيه الأوروبي CE/13/93 اِعْتَبَرَ شرط الاِختصاص القضائي الوارد في العقد قبل حدوث النزاع في عقود الاِستهلاك الإلكتروني من الشروط التعسفية التي تعتبر باطلة، إذ لم تتم أي مفاوضات بشأنها بين البائع والمستهلك، كون أنَّ العقد كان في شكل نموذج محدد مسبقاً على موقع البائع، وغير قابل للتعديل[2].

مما سبق نرى أنَّ التعامل مع شرط الخضوع الاِتفاقي في عقود الاِستهلاك الإلكتروني يكون حسب طبيعة كل عقد، ووفق ما يحقق أكبر حماية للمستهلك الإلكتروني، لأنَّ قواعد الحماية المقررة في دولته لا تكون دائماً أكثر حماية له، لذلك نجده يرْغَبُ في منح الاِختصاص لمحكمة غير محكمة موطنه أو محل إقامته لارتفاع نفقاتها أو لطول أو تعقيد الإجراءات بها، لذلك نرى ضرورة إعادة النظر في تشريعات حماية المستهلك الإلكتروني، وذلك بوضع تنظيم قانوني ملائم يمنح القاضي سلطة الاِجتهاد وفق ما يتماشى وطبيعة المعاملات الإلكترونية، وخصوصية عقود الاِستهلاك الالكتروني.

1- بِاستقراء المادة 17 من الاِتفاقية نجدها نصَّت على ثلاث شروط لقبول الاِتفاق من قبل قاضي الفصل في النزاع:

1-أنْ يكون الاتفاق مكتوباً أو شفوياً مع وجود دليل (كتابي) على ذلك.

2-أنْ يبرم الاِتفاق وفق ما يتماشى والعادات والأعراف الموجودة بين الأطراف.

3-أنْ يبرم الاِتفاق في مجال التجارة الدولية، ووفق القواعد التي تتماشى والأعراف والعادات التجارية الدولية.

2- حسام أسامة شعبان مرجع سابق ص .137،138.

المطلب الرابع

ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه

ينعقد الإختصاص وفق هذا الضابط الإحتياطي لمحكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه وذلك في حالة غياب ضابطي الإختصاص القائمين على موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو الخضوع الإتفاقي، كون اللجوء إلى إعتماد هذا الضابط يقوم على إعتبارات موضوعية، بغض النظر عن أطراف العقد، وذلك على أساس الإرتباط الجدي بين الدولة والإلتزام، فيكون بذلك إختصاص قضاء محاكمها أكثر قدرة من غيره من المحاكم في الفصل في النزاع وتنفيذ ما يترتب عليه من آثار قانونية.

ولقد عملت أغلب التشريعات على وضع قواعد قانونية منظمة للتعاملات الإلكترونية وتضمنت نصوصاً توضح المكان الذي ينشأ فيه الإلتزام الإلكتروني، والمكان الذي يتم تنفيذه فيه وفرقت بين العقود التي تبرم وتنفذ على الخط، وتلك التي تبرم على الخط وتنفذ خارجه بالوسائل التقليدية[1].

غير أنَّ السؤال المطروح هنا: كيف يتم تطبيق هذا الضابط على عقود الإستهلاك الإلكتروني، خصوصاً أنَّه من الصعب تحديد محل إبرام أو تنفيذ العقد في العالم الإفتراضي؟ وهل محل التنفيذ هو محل المتدخل؟ أم محل المستهلك؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال تحديد مضمون ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه وفقاً للقواعد العامة، وعرض أهم النظريات المعتمدة في ذلك (في فرع أول) لنتوصل إلى مدى قدرة هذا الضابط على عقد الإختصاص في عقود الاستهلاك الإلكتروني (في فرع ثان).

1- عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في معاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014، ص 295.

الفرع الأول

مفهوم ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه

ينعقد الإختصاص بناء على هذين الضابطين لمحاكم الدولة التي يوجد بها محل نشوء الإلتزام أياً كان مصدره أو ينعقد للمحكمة التي يوجد بها محل التنفيذ[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنَّ المشرع الجزائري، قد وضع نصاً عاماً يمنح بموجبه الإختصاص للقاضي الجزائري بنظر الدعاوى بشكل عام التي يكون محل إبرامها أو تم تنفيذها بالجزائر، وذلك على إعتبار الصلة القائمة بين النزاع وإقليم الدولة، وبالتالي تكون وحدها قادرة على كفالة تنفيذ أحكامها، كما أنَّ قانون الدولة التي أبرم فيها العقد أو تم تنفيذه فيها، تكون المرجع القانوني في تفسيره وتحديد معناه، مع مراعاة نية الأطراف المتعاقدة، وطبيعة العقد، وعادات وأعراف التجارة الدولية[2].

وما نلاحظه هنا أنَّ جميع التشريعات والنظم القانونية وكذلك الإتفاقيات الدولية، رغم إختلاف وجهات نظرها، قد إعترفت بهذين الضابطين وتضمنت نصوصاً تبين كيفية تطبيقهما[3].

فمثلا نصت المادة 46 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على إختصاص المحاكم الفرنسية، وذلك إذا كانت فرنسا هي مكان التسليم الفعلي للبضاعة أو مكان أداء الخدمة[4]، وهو ما كان قد أقره كذلك تشريع بروكسل لعام 2001 في نص المادة 05 منه.

---

1 –حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص58.

2 –عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص 298 .

3– فنجد أنَّ المشرع المصري نص على ذلك في المادة 3 من قانون المرافعات، والمشرع اليمني نصَّ عليه في قانون المرافعات اليمني رقم 40 لسنة 2002 في المادة 2/80 والقانون الدولي التونسي 1999 في المادة 2/5، كما نصَّت على ذلك إتفاقية بروكسل 1968م في المادة 1/5.

4 – ورد النص كمايلي:

Art : 46-1 "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 «Code de procédure civile français - Dernière modification le 01 janvier 2020
https://www.cjoint.com/doc/20_01/JAhm4pSsUZh_cpc.pdf

تاريخ زيارة الموقع:2020/06/30.

وبالرجوع إلى نص المادة 39 في الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي جاء فيها " في مواد المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يؤول الإِختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة إِختصاصها مكان إبرام الإِتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان".

نرى أنَّه لتطبيق هذا الضابط على عقود الإِستهلاك الإلكتروني في مجال الإِختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، ضرورة التمييز بين الدعاوى العقدية المتعلقة بمحل إبرام العقد والدعاوى المتعلقة بمحل تنفيذه.

الحالة الأولى: الدعاوى العقدية المتعلقة بمحل إبرام العقد

يمكن أنْ يتطابق محل إبرام العقد مع مكان تنفيذه في عقود الإِستهلاك التقليدية وذلك لكون تنفيذ معظم هذه العقود سيكون في محل الإقامة المعتاد للمستهلك، إلا أنَّ الصعوبة تكمن في تطبيق هذا الضابط على عقود الإِستهلاك الإلكتروني لكونها تبرم في عالم إِفتراضي بين أشخاص حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان، وبالتالي يكون هناك فارق زمني بين تطابق الإيجاب مع القبول، وعليه يثور التساؤل عن زمان ومكان إبرام هذا العقد.

لقد تباينت مواقف الدول نتيجة لإِختلاف الفقه في ذلك إلى أربع نظريات هي: نظرية إعلان القبول، ونظرية إرسال القبول، ونظرية تسليم القبول، ونظرية العلم بالقبول حاولت كل منها تحديد مكان إبرام العقد بين غائبين[1].

1**–نظرية إعلان القبول**: ينعقد العقد وفق هذه النظرية بمجرد إعلان المستهلك الإلكتروني لقبوله، بغض النظر عن علم المتعاقد معه بهذا القبول، وذلك بمجرد الضغط على زر القبول أو بمجرد تحرير رسالة إلكترونية يبدي فيها رغبته بقبول هذا التعاقد.

1- محمد محمد حسن حسني، مرجع سابق، ص 99.

رغم كون هذه النظرية تتماشى ومقتضيات السرعة التي تتطلبها معاملات التجارة الإلكترونية، إلا أنَّها أغفلت قاعدة عامة هي أنَّ التعبير عن الإرادة يكون دائما بتطابق الإيجاب مع القبول، أي بعلم من وجه إليه حتى يرتب آثاره القانونية، إذ يمكن أنْ ينكر المستهلك صدور القبول منه أو يرجع فيه، ما دام الموجب لم يعلم بالقبول، مما يصعب معه إثبات عكس ذلك.

2-نظرية تصدير القبول: يبرم العقد وفق هذه النظرية عندما يتحقق علم الموجب بالقبول، أي أنَّ العقد يتأخر اِنعقاده إلى الوقت الذي يقوم القابل بإرسال قبوله إلى الموجب عن طريق الضغط على مفتاح القبول[1].

لم تسلم هذه النظرية من النقد على اِعتبار أنَّ عملية القبول على الإنترنت تخضع للعديد من المخاطر، التي من شأنها أنْ تعيق وصول الرسالة الإلكترونية إلى الموجب في وقت اِرسالها بالإضافة إلى الأخطاء التي يمكن أنْ يرتكبها المستهلك بالضغط على مفتاح القبول بطريقة عفوية[2].

3-نظرية تسلم القبول: يبرم العقد حسب هذه النظرية لحظة وصول القبول إلى الموجب وتسلمه له حتى لو لم يعلم بمضمونه، فبمجرد وصول الرسالة إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب يعتبر العقد مبرماً، لقد أخذت بهذه النظرية اِتفاقية فينا 1980م الخاصة بالبيع الدولي للبضائع لقد اِنتقدت هذه النظرية على أساس أنَّ الأثر القانوني للعقد ينتج بتسلم القبول الفعلي بِاعتباره واقعة مادية وذلك بالتقاء إرادة المتعاقدين[3].

1 – محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، د.ط،2005، ص 79 ،80.

2 – صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق، ص52.

3 – محمد حسن قاسم، نفس المرجع السابق، ص91.

4-نظرية العلم بالقبول: يتم إبرام العقد وفق هذه النظرية في اللحظة التي يعلم الموجب بالقبول الموجه إليه ممن وجه إليه الإيجاب، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 61 من القانون المدني " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك."[1]

أمَّا المشرع الفرنسي فقد جاء في المادة 1127-2 من القانون المدني بنظرية جديدة وهي تأكيد القبول بحيث لا يعتبر العقد الإلكتروني مبرماً إلا إذا تم تأكيد القبول من القابل، والهدف من ذلك هو إضفاء نوع من الأمان وحماية للمستهلك في التعاقد الإلكتروني[2].

من وجهة نظرنا نرى أنَّ اِختلاف التشريعات في تطبيق ضابط مكان إبرام العقد المعتمد في النظريات التقليدية على عقود الاِستهلاك الإلكتروني الدولي، أثار العديد من التحديات نظراً للخصوصية التي يتميز بها هذا التعاقد، سواء من حيث الأطراف أو من حيث الوسيلة أو الطريقة التي تم إبرامه بها[3].

وبالتالي أصبحت الحاجة ضرورية إلى وضع قواعد دولية خاصة موحدة تتماشى وطبيعة هذا العقد، وتحقق أكبر حماية للمستهلك يتم الاِتفاق عليها مسبقاً في تحديد مكان إبرامه تخضع لها جميع العقود الإلكترونية وخاصة التي يكون المستهلك طرفاً فيها.

1- وقد أخذ قانون المبادلات والتجارة التونسي بهذا حيث نص في الفصل 28 على أنْ " يبرم العقد الالكتروني في عنوان البائع، وفي تاريخ موافقة هذا الاخير على الإيجاب بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة إلى المستهلك مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

*-2 **Art 1127-2** " Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a 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 définitive.*
L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui été 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 - مما يحتم ضرورة التفرقة بين عقود الاِستهلاك الإلكتروني، بحيث هناك عقود تبرم عبر الفيديو كنفركس حيث يتقابل الطرفان بالصوت والصورة فهنا بعض الفقه يرى أن العقد ينعقد بمجرد اِقتران القبول بالإيجاب، وهناك عقود تبرم من خلال البريد الإلكتروني، والتي يمكن أن تطبق عليها نظرية تسلم القبول، وأخرى تبرم عبر صفحات الإنترنت، وهذه تبرم بمجرد الضغط على زر القبول.

الحالة الثانية: الدعاوى العقدية المتعلقة بمحل تنفيذ العقد

ينعقد الإختصاص للمحاكم الجزائرية إذا كانت هي بلد تنفيذ الإلتزام، فعلى سبيل المثال إذا إتفق أطراف العقد على أنْ يتم تسليم أو دفع ثمن الشيء المبيع في الجزائر، ففي هذه الحالة تكون المحاكم الجزائرية هي صاحبة الإختصاص، سواء كان تنفيذ هذا الإلتزام جزئياً أو كلياً.

وتستمد محكمة دولة محل التنفيذ هذه السلطة من كونها هي مركز الارتباط الاجتماعي والاقتصادي في تنفيذ هذه الرابطة العقدية وبالتالي سيتأثر اقتصادها بها، كما أنَّ الهدف من قيام الأطراف بإبرام أي عقد يكون دائما بقصد تنفيذه[1].

غير أنَّهُ يجمع غالبية الفقه، أنَّ عقود الإستهلاك الإلكتروني تنقسم من حيث تنفيذها إلى قسمين، عقود تبرم وتنفذ إلكترونياً على الإنترنت، (كعقد تحميل برامج الحاسب الآلي) وعقود تبرم على الإنترنت وتنفذ مادياً خارجه (كعقد بيع الملابس على الإنترنت) حيث يبرم العقد إلكترونياً على أنْ يكون تسليم الملابس ماديا في محل إقامة المشتري[2].

لقد سعى الإتحاد الأوروبي إلى التمييز بين مكان التنفيذ بالنسبة إلى البضائع عن الخدمات، وإعْتَبَر أنَّ هذا الوصف نفسه ينطبق على تنفيذ الإلتزامات المتعلقة بتقديم السلع والخدمات الرقمية مثل (الإستشارات القانونية، الطبية، المحاسبية، الهندسية)، وهذا ما يؤكده تشريع بروكسل في المادة 15 منه إذ أنَّ هذه الفقرة تجعل من المادة 16 من هذا التشريع واجبة التطبيق عندما يتعلق الأمر بعقود الإستهلاك الإلكتروني[3].

إذْ تفرض قواعد تشريع بروكسل على المؤسسات التجارية والمهنية التي تتعامل مع المستهلكين أنْ توجه جميع أنشاطها إلى موطنهم، وهذا حتى يستفيدوا من القواعد الحمائية التي توفرها لهم قواعد الإختصاص القضائي الموجودة في هذا التشريع.

1- CF. Loussouaarn et Bourle, Droit international privé Dalloz, 7éme ed, 2001, p459

2- حسام أسامة شعبان، مرجع سابق، ص109.

3 - صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق، ص60.

غير أنَّهُ إذا كان من السهل تحديد مكان التنفيذ في العقود التي تبرم إلكترونياً وتنفذ مادياً، حيث أنَّ مكان التنفيذ محدد بدولة تسليم البضاعة، غير أنَّ الصعوبة تكمن في كيفية تحديد المكان الحقيقي لتنفيذ الإلتزام في مجال عقود الإستهلاك الإلكتروني، عندما يتم إبرام العقد وتنفيذه كلياً بطريقة إلكترونية.

بالرجوع إلى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادرة عن الأمم المتحدة عام 1996م، نجده قد أقر في المادة 15 الفقرة الرابعة منه والمحددة لزمان ومكان إستلام رسالة البيانات، حيث تعتبر أنَّ رسالة البيانات تعد مرسلة من المكان الذي يقع فيه عمل المنشئ أو المرسل، وتعتبر أنَّها إستُلمت في المكان الذي يقع فيه عمل الشخص الذي سيتلقى البرنامج أو محكمة الدولة التي يقع فيها محل إقامته.

الفرع الثاني

مدى ملاءمة ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه لعقد الإختصاص في منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني

لقد إنتُقد هذا الضابط في عقود الإستهلاك بصفة عامة، سواء المبرمة بالطريقة التقليدية أو الإلكترونية، على أساس أنَّ الإعتماد عليه من شأنه الإضرار بالمستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، بحيث يمكن للمتدخل أنْ يجبره على تنفيذ العقد في أي مكان يختاره وفق ما يتلاءم ومصالحه، وهذا ما يؤدي إلى حرمانه من الحماية المقررة له قانوناً[1].

وعلى هذا الأساس إعتُبر ضابط مكان تنفيذ العقد بأنَّه لا يصلح لتحديد المحكمة المختصة في عقود الإستهلاك الإلكتروني نتيجة لما يحققه من أضرار بالمستهلك، إذ كثيراً ما يشترط البائع في هذه العقود أنْ يتم التسليم في موطن المشتري ودفع الثمن في موطن البائع، ما من شأنه أنْ يخضع الإلتزام إلى قانونين مختلفين، وهذا يمثل إجحافاً بالحماية المقررة للمستهلك[2].

1 -أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة،2000م، ص137.

2- صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص 154.

مما تقدم ولتفادي هذه الصعوبات نؤيد الرأي الذي يدعو إلى ضرورة الفرض على المتعاقدين في مجال عقود الإِستهلاك الإلكتروني تضمينها بنوداً صريحة توضح مكان إبرام العقد والذي من شأنه أنْ يقطع أي نزاع مع إمكانية الإِعتماد على الروابط الأخرى التي من شأنها أنْ تساعد القضاء في تحديد المحكمة المختصة التي تحقق مصلحة المستهلك، مع إبطال أي إِتفاق مسبق من شأنه الإضرار به، مع إِلتزام القضاء بتطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك.

المبحث الثاني

دور ضابط موطن المستهلك في توفير الحماية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني.

إذا كانت الضوابط السالف ذكرها ثبت عدم جدوها في تحقيق حماية كافية للطرف الضعيف في عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بالإستهلاك، فأصبحت الحاجة ضرورية في مجال الإختصاص القضائي للبحث على قواعد حمائية خاصة بالمستهلك تتماشى وخصوصيته في هذا العقد، وبما أنَّ المشرع الجزائري لم ينص على ضابط موطن المستهلك سنحاول التركيز على عرض ما توصلت إليه بعض القوانين والاتفاقيات الدولية الحديثة التي حاولت وضع قواعد تقوم على فكرة المواءمة بين المصالح المشتركة للأطراف المتعاقدة، مع مراعاة مصلحة المستهلك كطرف ضعيف وذلك بعقد الإختصاص القضائي الدولي لمحكمة موطنه أو محل إقامته، هذا ما سنحاول بيانه في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مضمون ضابط إختصاص محكمة موطن المستهلك.

المطلب الثاني: موقف التشريعات الدولية والوطنية من ضابط محكمة موطن المستهلك.

المطلب الثالث: تقييم ضابط إختصاص محكمة موطن المستهلك.

المطلب الأول

مضمون ضابط اختصاص محكمة موطن المستهلك

إنَّ المستهلك بوصفه طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية، يحتاج إلى حماية خاصة لذلك حاولت العديد من التشريعات والإتفاقيات الدولية الحديثة إعتماد قاعدة إختصاص محكمة موطنه للفصل في أي نزاع يكون طرفا فيه[1]، وعليه لم يعد موقف القانون الدولي الخاص محايداً، كما كان في السابق بحيث يقتصر دوره على تحديد الإختصاص القضائي الدولي وإنَّما أصبح يسعى إلى تحقيق أهداف موضوعيه، مثل حماية الطرف في العلاقة التعاقدية، وبصفة خاصة المستهلك[2].

1- أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية في التجارة الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، 2003، المجلد الأول، ص 10و ما بعدها.

2- صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق ص64.

إنَّ الهدف الأساسي وراء إقرار هذا الإختصاص هو حماية المستهلك في مواجهة المتدخل الذي تكون له دائماً كافة الإمتيازات الاقتصادية والفنية[1]، خاصة مع المستهلك الإلكتروني، الذي يجد نفسه أمام الكثير من الإغراءات في عالم إفتراضي تعرض فيه الخدمات والسلع بطرق بسيطة وسهلة تدفعه إلى التعاقد وفق عقود نموذجية غالباً ما تكون معدة مسبقاً، وفق ما يتماشى ومصلحة المتدخل.

لذلك فإنَّ عقد الإختصاص لمحكمة موطن المستهلك في منازعات عقود الإستهلاك بصفة عامة، هي قاعدة منطقية وضعت لحمايته على أساس مبدأ حسن النية الذي تقوم عليه هذه العقود، وبالخصوص المستهلك الإلكتروني الذي يتعاقد دائماً وفق المعلومات التي يقدمها له المتدخل أو المهني[2].

ومع ذلك لا يفقد المستهلك حقه في إستخدام الضوابط التقليدية الأخرى، المتعلقة بالإختصاص القضائي الدولي، ولكن يبقى تطبيقها مرهوناً بمدى الحماية التي تحققها له في مجال عقود الإستهلاك الإلكتروني، كما أنَّ الإتفاق الإختياري بشأن هذا الإختصاص يجب أنْ يكون بعد حدوث النزاع، وليس قبله.

1 –محمد محمد حسن حسني، مرجع سابق، ص108.

2 –هذا ما تؤكده محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الاولى في حكمها رقم 844 الصادر في 8 مارس 2012م على إعتبار أن المهني هو الذي يكون دائما ملزماً بتقديم المعلومات اللازمة للعميل عند إبرام العقد وهو نفس الأساس الذي إعتمدته في السابق محكمة العدل الأوربية في حكمها الصادر في 1993 م بخصوص إعتماد ضابط موطن المستهلك المستوحى من تكريس حمايته كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، كونه أقل خبرة من الطرف المتعاقد معه، فليس من العدل إجباره على التقاضي أمام محكمة موطن المهني لمزيد من التفصيل أُنظر:

Court of Justice of the European Communities, Case C-89/91, Shearson Lehman Hutton Inc. v TVB Treuhandgesellschaft fur Vermogensverwaltung und Beteiligungen GmbH, judgment of 19 January 1993. https://www.kluwerlawonline.com/adstract.php?area=journals&id=ERPL 1995045 .

ومن هنا يثور التساؤل: عن كيفية تطبيق قاعدة ضابط موطن المستهلك في عقود الِاستهلاك الإلكتروني في مجال تحديد الِاختصاص القضائي الدولي، بوصفها وسيلة حمائية، يرتبط تطبيقها بالمنازعات المتعلقة بهذه العقود دون غيرها، وما مدى تعلقها بالنظام العام؟ وهو الأمر الذي سنوضحه في الفرعين التالين:

الفرع الأول: التطبيق الِاختياري لضابط محكمة موطن المستهلك

الفرع الثاني: التطبيق الإلزامي لضابط محكمة موطن المستهلك

الفرع الأول

التطبيق الِاختياري لضابط محكمة موطن المستهلك

إنَّ قواعد الِاختصاص القضائي الدولي، أَخَذت على عاتقها حماية المستهلك بِاعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة التعاقدية، فهي تقوم على فكرة الملاءمة وبالتالي فإنَّ المستهلك عندما يكون في مركز المدعي فهو مخيَّر بالنسبة للدعوى التي يرفعها على المتدخل بين اِختصاص محكمة موطنه أو أمام محكمة موطن المدعى عليه طبقاً للقواعد العامة السلف ذكرها، غير أنَّ هذا الِاتفاق يجب أنْ يكون بعد قيام النزاع، من أجل توفير أكبر حماية للمستهلك، خصوصاً في ظل اِستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة في حل المنازعات، فالمستهلك هنا له الحرية في اِختيار المحكمة التي تحقق مصلحته، هذا ما نصَّ عليه القانون الدولي الخاص السويسري[1].

ونظراً لصعوبة التحديد المادي في عقود الِاستهلاك الإلكتروني، فقد تبنت العديد من التشريعات ما نص عليه تشريع بروكسل 2001/44 في نص المادة 15 منه[2].

1 – لقد نصَّت على ذلك المادة 1/114 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، تنص على "..... الدعوى التي يرفعها المستهلك بحسب اِختياره عرضها أمام القضاء السويسري بوصفها: (أ) محكمة موطنه أو محل إقامته (ب) محكمة موطن أو محل الإقامة المعتادة للمورد". مشار لنص المادة لدى طرح البحور على حسن، مرجع سابق ص 180.

2- نص المادة 1/15

Art.15/1-c, " in all other cases, the contract has been concluded with a person who pursues commercial or Professional activitiies in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities " .

كما نصت المادة 05 من تشريع بروكسل المذكورة أعلاه على اِختصاص محكمة دولة موطن المستهلك، إذا كان الأخير قد أبرم عقداً مع متعامل يمارس أنشطة تجارية أو اِحترافية في دولة المستهلك، أو كان قد وجه نشاطه إلى تلك الدولة بأي وسيلة كانت، سواء لتلك الدولة وحدها أو لمجموعة من الدول، وكان توجيهه لهذه الأنشطة سبب في إبرام العقد[1].

غير أنَّه وتفادياً لتحميل المتعامل مع المستهلك، العديد من الدعوى التي قد ترفع ضده من كل شخص يصل إليه الموقع الإلكتروني الذي يباشر منه المتعامل نشاطه التجاري، فقد اِقترح بعض الفقهاء حلاً منطقياً، يتمثل في ضرورة إشارة المتعامل إلى البلدان التي يقصدها من خلال عرضه الذي يقدمه على شبكة الإنترنت[2].

الفرع الثاني

التطبيق الإلزامي لضابط محكمة موطن المستهلك

يرتبط التطبيق الإلزامي لضابط موطن المستهلك في قواعد الاِختصاص القضائي الدولي وكقاعدة حمائية للمستهلك بالدعاوى التي يرفعها المتدخل أو المهني ضد المستهلك، حيث تخضع هذه الدعاوى وجوبا لولاية محكمة موطن المستهلك، فاِختصاصها يكون اِستئثاري، وذو تطبيق آمر، ومن ثم لا يجوز الخروج عليه باِتفاق الأطراف، هذا ما نص عليه تشريع بروكسل في المادة 2/14 على أنَّ "الدعوى المرفوعة من المتعاقد الآخر ضد المستهلك، لا تعرض إلا أمام محاكم الدولة المتعاقدة التي يتوطن بها المستهلك"[3].

ويُعْدُّ هذا تطبيقاً للقاعدة الأصلية المنصوص عليها في قواعد الاِختصاص العامة المتعلقة باِختصاص محكمة موطن المدعى عليه[4].

---

1 -عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة 2005، ص 340.

2 -عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق ص201 .

3- وقد ورد نص هذه المادة على النحو التالي:

L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

4 -طرح البحور على حسن، مرجع سابق، ص183.

وعلى هذا الأساس نرى أنَّ الدعاوى المرفوعة من المتدخل ضد المستهلك، تتعلق بالنظام العام، وبالتالي ينعقد الإختصاص بشأنها لمحكمة موطن أو محل الإقامة المعتاد للمستهلك، ولا يجوز الإتفاق على مخالفة ذلك، كما يمكن للقاضي أنْ يثيره من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي.

لذا يرى بعض الفقهاء من الضروري تدخل التشريعات الوطنية والدولية بوضع قواعد آمرة وموحدة تتماشى وخصوصية هذا العقد، لحماية المستهلك الإلكتروني، تكون قابلة للتطبيق في البيئة الإلكترونية[1].

المطلب الثاني

موقف التشريعات الدولية والوطنية من ضابط محكمة موطن المستهلك

لقد فرض التطور الذي شهده العالم في مجال تقنيات الإتصالات الحديثة، ودخولها مجال المعاملات التجارية، ضرورة تدخل التشريعات الدولية والوطنية، من أجل وضع حلول للمشاكل الناتجة عن التعامل في هذه البيئة الإفتراضية، ومن ضمنها مشكلة الإختصاص القضائي، خصوصاً في منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني التي أصبحت تحتاج إلى حماية خاصة[2].

هذا ما دفع العديد من التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية إلى تبني قاعدة تفيد إختصاص ضابط موطن المستهلك، أو محل إقامته المعتاد، بخصوص المنازعات التي يكون المستهلك طرفاً فيها، من أجل التأكيد على حمايته، من خلال تجنب مقاضاته من طرف المتدخل أمام محاكم هذا الأخير، خصوصاً في مجال التعاقد الإلكتروني.

1 محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط بيروت، 2009، ص352.

2 –محمد محمد حسن حسني، مرجع سابق، ص118.

لقد فتحت الشبكة الدولية الإنترنت، المجال أمام المستهلك للدخول إلى عالم التجارة الإلكترونية، حيث أصبح يتعاقد من منزله مع محلات اِفتراضية من أي دولة في العالم، وفق عقود نموذجية معدة مسبقاً، تقترب من عقود الإذعان، هذا ما دفع بالتشريعات الوطنية والدولية على التأكيد على ضابط موطن المستهلك في عقود التجارة الدولية[1].

هذا ما سنوضحه في الفرعين التالين:

الفرع الأول: موقف التشريعات الدولية من ضابط محكمة موطن المستهلك.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية من ضابط محكمة موطن المستهلك.

الفرع الأول

موقف التشريعات الدولية من ضابط محكمة موطن المستهلك

إنَّ تحديد الاِختصاص القضائي الدولي، في التشريعات الدولية مر بمراحل تم تعديلها بشكل مستمر وفق ما يتماشى والتطورات الحديثة، خاصة مع دخول الوسائل الإلكترونية مجال المعاملات، وبروز المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، يحتاج إلى حماية خاصة، حيث مرت هذه **الحماية بمرحلتين: المرحلة الأولى**: تمثلها اِتفاقية بروكسل لعام 1968، **والمرحلة الثانية**: يمثلها تشريع بروكسل لعام 2001[2]، **سنتحدث عنهما على النحو التالي:**

1 – اِتفاقية بروكسل لعام 1968 (الاتجاه التقليدي، فكرة العرض الخاص)

يعتبر بعض الفقهاء هذه الاِتفاقية النواة الأساسية التي قامت عليها القواعد القانونية المتعلقة بحماية المستهلك، فيما يتعلق بالاِختصاص القضائي الدولي، ومنها العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت[3].

1 –صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، ص 133.

2–عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص 204.

3– عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي الأنموذجي لمكافحة جرائم الكومبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، د.ط، القاهرة، مصر، 2007، ص326.

تتعلق هذه الإتفاقية بتحديد الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية بصفة عامة، مع ذكر الإستثناءات المتعلقة بقواعد الإختصاص في عقود الإستهلاك حيث نصت الفقرة(3/1) من المادة 13 منها على شرطين لتحديد إختصاص محكمة موطن المستهلك وهي كمايلي:

الشرط الأول: إذا كان إبرام العقد قد سبقه تقديم عرض خاص أو إعلان في دولة موطن المستهلك.

الشرط الثاني: إذا كان المستهلك قد قام في دولته بكل الإجراءات المتعلقة بإبرام العقد.

غير أنَّ الفقه إنقسم إلى قسمين بشأن توفر هذين الشرطين، البعض يرى عدم إمكانية تطبيق هذه الشروط على العقود المبرمة عن طريق شبكة الإنترنت، لأنَّ مصطلح " عرض خاص" المذكور في هذه الإتفاقية يوحي إلى إمكانية التحديد الجغرافي للعقد، وهو ما لا يمكن حدوثه في العقود المبرمة عن طريق الإنترنت[1].

كما أنَّ ربط تطبيق هذا الإختصاص بالإجراءات الضرورية التي قام بها المستهلك في دولته، لا يمكن تصوره في عقود التجارة الإلكترونية، فلكي يتحقق ذلك ينبغي أنْ يكون المشتري قد قام بكتابة البيانات اللازمة فبل الشراء في دولته، وهو ما لا يتفق مع العالم الإفتراضي لأنَّ قيام المستهلك بكتابة معلوماته على الموقع الإلكتروني قبل الشراء تصرف يصعب تركيزه مكانياً في دولة موطن المستهلك[2].

1-CF. SENDER: Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procedure international du régime conventionnel au régime communautaire, journal des tribunaux.17 février ,n 6000,2001,at: http:/www.droit-technologie.org

2 –صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق، ص71.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى إمكانية تطبيق أحكام هذه الإتفاقية على المستهلك الإلكتروني، وذلك على أساس تحديد العرض مسبقاً من طرف البائع على إقليم جغرافي محدد أو أنْ يوجه البائع عرضه مباشرة على الموقع الإلكتروني الخاص بالمستهلكين المقيمين في نطاق محدد وعلى سبيل الحصر[1].

كما أنَّ قيام المستهلك باتِخاذ الإجراءات اللازمة لإبرام العقد على شبكة الإنترنت لا ينفي عنها أنَّها اِتُّخِذت في غير الدولة التي يقيم فيها، مما يسمح بتركيزها مكانياً في هذه الدولة[2].

وبالتالي فإنَّ الشرطين اللذين جاءت بهما اِتفاقية بروكسل في المادة 13، يمكن توفرهما في عقود التجارة الإلكترونية، فيما يتعلق بتحديد قواعد الاِختصاص القضائي في عقود الاِستهلاك الإلكتروني.

غير أننا نرى مع ذلك أنه يصعب في بعض الأحيان تطبيق هذين الشرطين على العقود المبرمة عن طريق الإنترنت، على عكس العرض المبرم عن طريق التليفون، أو الفاكس، فالاِتصال هنا محدد جغرافياً.

هذا ما دفع واضعي المشروع التمهيدي لاِتفاقية لاهاي الدولية بشأن الاِختصاص القضائي الدولي، أنْ يراجعوا ذلك عند صياغة مسائل التجارة الإلكترونية[3].

لذلك لم يستخدموا فكرة " العرض الخاص" التي اِستخدمتها اِتفاقية بروكسل كشرط لتطبيق قواعد حماية المستهلك فيها، حيث نصت في المادة 7 منها على توفر شرطين لاِختصاص محكمة دولة موطن المستهلك وهما:

الشرط الأول: ضرورة أنْ يمارس البائع أنشطة اِحترافية في دولة المستهلك، وأنْ تكون هذه الأنشطة سبباً في التعاقد، سواء بصفة مباشرة أو بواسطة ممثلين، أو بأي وسيلة من وسائل الدعاية والنشر.

1- عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق ص 208.

2 -حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص122.

3 -يمكن الإطلاع على النص الكامل لمشروع الاتفاقية على الموقع الالكتروني: *www.hcch.net*

الشرط الثاني: وهو نفس الشرط الذي نصَّت عليه اِتفاقية بروكسل لعام 1968 في المادة 13 منها، وهو ضرورة اِتمام المستهلك الإجراءات الضرورية التعاقدية في دولته.

لقد تعرض هذا النص، كذلك للنقد من طرف الفقه لكونه أغفل حالة الوجود العابر للمستهلك خارج حدود دولته أو موطنه المعتاد، حيث يمكن أنْ يقوم بجميع إجراءات التعاقد من جهازه المحمول، خارج دولته أو محل إقامته.

كما أنَّ العرض المقدم من طرف التجار عن طريق الإنترنت، ليس موجهاً إلى المستهلكين في دول محددة، حيث اِستخدمت نصوص مشروع اِتفاقية لاهاي عبارة "بصفة خاصة في هذه الدولة"، خصوصاً أنَّ شبكة الإنترنت مفتوحة للجميع، وعلى هذا أصبح المعيار الذي جاءت به اِتفاقية بروكسل، ونسخ من طرف مشروع اِتفاقية لاهاي، غير قادر على توفير الحماية الإجرائية للمستهلك في مجال عقود الاِستهلاك الإلكتروني، نتيجة لهذا قامت المفوضية الأوروبية بتطوير مقترحتها بشأن الاِختصاص القضائي المتعلق بمنازعات عقود التجارة الإلكترونية، بحيث يكون للمستهلك حق رفع دعواه أمام محاكم موطنه حتى لو كان الموقع الإلكتروني لا يستهدف دولته[1].

2 – تشريع بروكسل لعام 2001 (الاِتجاه الحديث، فكرة توجيه النشاط)

حل هذا التشريع رقم2001/44 محل اِتفاقية بروكسل المؤرخة في 27سبتمبر1968، حيث صدر بتاريخ 22ديسمبر2000 آخذاً بعين الاِعتبار المستجدات التي فرضتها التجارة الإلكترونية وقد دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1 مارس2002 في غالبية دول الاِتحاد الأوروبي[2].

1- صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الالكترونية، بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص138.

2 -عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص 212 .

لقد جاء تشريع بروكسل 2001/44 بحماية أوسع للمستهلك، وخاصة للمستهلك الإلكتروني، إذ اِعتَّبرَتْ محكمة دولة المستهلك مختصة بمجرد إبرام هذا الأخير عقداً مع شخص يمارس أنشطة تجارية، أو اِحترافية في هذه الدولة، وبأي وسيلة اِستعملها في توجيه نشاطه إلى تلك الدولة بصفة اِنفرادية، أو إلى مجموعة من الدول، شريطة أنْ يكون هذا التوجيه سبباً في إبرام العقد[1].

مما سبق يتبين لنا، أنَّ تشريع بروكسل قد تبنى فكرة النشاط الموجه نحو دولة المستهلك سواء كان ذلك بطريقة صريحة من خلال أحد فروعه المفتوحة في دولة المستهلك، أو كان له ممثل قانوني في هذه الدولة، أو بطريقة ضمنية يفهم من خلالها توجيه النشاط الإفتراضي للتاجر عبر شبكة الإنترنت لدولة المستهلك.

وبهذا نجد أنَّ تشريع بروكسل، قد جاء بفكرة تتماشى وعقود الاِستهلاك الإلكتروني، حيث اِكتفى بمعيار توجيه النشاط للتحديد الاِختصاص القضائي، ومن ثم فقد اِستبعد ضرورة قيام المستهلك بأي إجراءات للتعاقد في دولته، كما جاء في اِتفاقية بروكسل 1968.

وبناءًا على ذلك إذا ما توافرت فكرة النشاط الموجه هذا، فإنَّ للمستهلك حق الاِستفادة من الحماية المقررة في قوانين الدولة التي فيها موطنه أو محل إقامته، غير أنَّ هذه الاِتفاقية أكدت على أنَّهُ حتى يستفيد المستهلك من هذه الحماية لابُدَّ أنْ يكون قد أبرم العقد عن طريق شبكة الإنترنت، وليس عن طريق الفاكس، أو التليفون، حتى لو كان ظاهر هذا العقد يوحي أنَّهُ مبرم عن طريق الإنترنت[2].

1 –حسام أسامة شعبان، مرجع سابق،124.

2 –صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص 136.

إلا أنَّ جانباً من الفقه الفرنسي يرى أنَّهُ يتوجب على القضاء عند تطبيق فكرة " توجيه النشاط" ضرورة التمييز بين المواقع الإلكترونية السلبية *passif* التي تقوم بتوجيه عروض للتعاقد مباشرة إلى دول محددة، وبين المواقع الإلكترونية الإيجابية *Actif* والتي تقوم بتوجيه عروض للتعاقد إلى كل الدول وبشكل مباشر، وبين المواقع الوسطية *Sites de modération* التي لا يستطيع المستهلك سوى تبادل المعلومات من خلالها دون أنْ تكون له القدرة على التعاقد بصفة مباشرة.

وبالتالي يتضح لنا من هذا أنَّ المواقع الإيجابية هي فقط التي تعتبر قد وجهت نشاطها نحو الدول التي ترغب في التعامل معها، أو تكون قد وَجَّهَتْ دَعْوَةً نحو جميع دول العالم إذا لم تحدد هذه المواقع الدول التي تريد تسليم البضاعة فيها، على عكس المواقع السلبية وكذلك المواقع الوسطية، التي يقتصر دورها على تقديم المعلومات فقط.

إنَّ الفكرة التي تبناها الفقه الفرنسي في التمييز بين المواقع الإلكترونية السلبية *passif* والمواقع الإلكترونية الإيجابية *Actif*، تقترب من المنهج المتبع أمام القضاء الأمريكي في مسألة تحديد الإختصاص القضائي الدولي، في منازعات عقود الاستهلاك المبرمة عن طريق الإنترنت[1].

حيث دعا الفقه الفرنسي إلى الإستعانة بالتطبيقات العملية التي توصل إليها القضاء الأمريكي في هذا المجال[2]، حيث أنَّ القضاء الأمريكي أصبح يعتمد على مدى تأثير الموقع الإلكتروني سلباً أو إيجاباً، في العملية التعاقدية.

ومن هنا نستنتج أنَّ مجرد السماح بالدخول إلى الموقع الإلكتروني في إقليم دولة المستهلك لا يعتبر توجيهاً لنشاط نحو هذه الدولة، وبالتالي يجب الأخذ بعين الإعتبار ما أشار إليه تشريع بروكسل من ضرورة الاستدلال ببعض القرائن، كاللغة التي إستخدمها الموقع الإلكتروني، أو عملة الوفاء، أو مكان تسليم البضاعة.

1 –إن القضاء الأمريكي إعتماد "فكرة الإستهداف " في شأن إثبات العلاقة بين الدولة ونشاط الموقع في الدعاوى المتعلقة بنشاط ذلك الموقع، بحيث يكفي لإختصاص محكمة موطن المستهلك أنْ يكون نشاط البائع قد إستهدف دولة محل إقامة المستهلك، إلا إذا قدم البائع دليلاً للمحكمة، يثب فيه من خلال موقعه أنَّه يقصد مستهلكين من دول معينة، وهو ما نصَّ عليه فيما بعد مشروع القانون النموذجي بشأن الإختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك بين الدول الأمريكية 2008م، لمزيد من التفصيل أُنظر: محمد محمد حسن حسني، مرجع سابق، ص 125 –126.

2 حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص129.

لقد تعرض تشريع بروكسل 2001 كذلك للنقد، على أساس أنَّ فكرة " توجيه النشاط " التي تبناها، قد تعرض المتدخل إلى خطر التقاضي أمام جميع دول الإتحاد الأوروبي، لأن أغلب المواقع الإلكترونية توجه نشاطها بصفة مباشرة أمام جميع الدول الأعضاء.

كما أنَّ الحماية التي وضعها هذا التشريع تقتصر فقط على الحالات التي يكون المدعى عليه لديه موطن في دولة من دول الإتحاد الأوروبي، وبالتالي فإنَّ المستهلك لا يستفيد من هذه الحماية إلا إذا كان للمدعى عليه موطن في دول الإتحاد الأوروبي، وبالتالي لا يطبق تشريع بروكسل بقواعده الحمائية إلا إذا كان للمدعى عليه موطن في دولة من دول هذا الإتحاد.

ومن هنا فقد نادى جانب من الفقه إلى ضرورة وضع إتفاقية دولية عامة، لا يقتصر تطبيقها على نطاق إقليمي محدد، الهدف منها تحقيق الحماية للمستهلك في جميع دول العالم[1].

رغم الانتقادات التي وجهت لتشريع بروكسل 2001 إلا أنَّه يعتبر من وجهة نظرنا من أهم التشريعات التي وضعت اللبنة الأساسية لقواعد الإختصاص القضائي الدولي، في مجال عقود الإستهلاك الإلكتروني، حيث جاءت قواعده أكثر إستجابة من التشريعات الدولية التي سبقته حيث حاول إيجاد نوع من التوازن في العلاقة التعاقدية بين المستهلك الإلكتروني و المتدخل أو المهني من خلال نصه على إنشاء مواقع إيجابية، تسمح للمستهلك التعاقد المباشر من دولته وفي نفس الوقت تعطي الحرية للمتدخل بين تقييد نشاطه في حدود دولة معينة، أو أنْ يكون نشاطه مفتوحاً لجميع دول العالم، وبالتالي يكون مبدئياً مستعداً في حالة حدوث نزاع للمتابعة القضائية أمام محكمة موطن المستهلك.

1- حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص131.

الفرع الثاني

موقف التشريعات الوطنية من ضابط محكمة موطن المستهلك

لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أي قاعدة خاصة مؤيدة للمستهلك في مجال الاِختصاص القضائي الدولي، غير ما هو منصوص عليه في المادة 37 من هذا القانون المشار إليها آنفا[1] وبالتالي يتم في ذلك الرجوع إلى تطبيق قواعد الاِختصاص القضائي العامة.

كما أنَّ المشرع الجزائري لم ينص في قانون التجارة الإلكترونية على أي قاعدة خاصة صريحة بشأن قواعد الاِختصاص القضائي الدولي بخصوص عقود الاِستهلاك الإلكتروني، ولكنَّه نص في المادة 2/2 منه على متى يكون القانون الجزائري واجب التطبيق في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية[2].

ومن هذا نستنتج أنَّ المشرع الجزائري قد اِتبع نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي بعدم وضع قواعد خاصة لتحديد الاِختصاص القضائي الدولي بعقود الاِستهلاك بل اِقتصر على تطبيق القواعد العامة فقط[3].

غير أننا نجد العديد من التشريعات الوطنية التي اِعتمدت على الاتفاقيات الدولية والتوجيهات السابق الحديث عنها، في اِستلهام بعض النصوص القانونية المتعلقة بتحديد الاِختصاص القضائي في منازعات عقود الاِستهلاك ونصت عليها في تشريعاتها الداخلية.

1- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المشار إليه سابقاً.

2- المادة 2: الفقرة 02 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد28. تنص يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطرف العقد الإلكتروني:

– مقيما إقامة شرعية في الجزائر.

3- حيث نجد أن المشرع الفرنسي نص في تقنين الإجراءات المدنية الجديد في المادة (42) أن المحكمة المختصة إقليماً هي المحكمة التي فيها موطن المدعى عليه، وإذا ما وجد عدد من المدعى عليهم، فإن المدعي يمكن أن يرفع دعواه أمام محكمة إحدى المدعى عليهم حسب اختياره، وإذا المدعى عليه لم يكن له موطن أو محل إقامة معروف، فللمدعي أن يرفع دعواه في المحكمة التي فيها موطنه أو المحكمة التي يختارها هو إذا ما كان متوطناً في الخارج، وتنص المادة (46) للمدعي أن يرفع دعواه حسب اختياره – فضلاً عن المحكمة التي فيها موطن المدعى عليه- في (المسائل التعاقدية) أمام المحكمة التي فيها مكان التسليم الفعلي أو مكان التنفيذ الذي تم فيه تقديم الخدمة أو أداء الخدمة : لمزيد من التفصيل أُنظر : صفاء فتوح جمعة ،منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص139.

ومنها المشرع السويسري الذي نص على ضابط اِختصاص محكمة موطن المستهلك في القانون الدولي الخاص الصادر في 18 ديسمبر1987م في المادة 114[1]، هذه المادة التي بينت كيفية تطبيق المادة 120 من ذات القانون، بخصوص الدعوى التي يحركها المستهلك بحسب موطنه أو محل إقامة المورد المعتاد، وبحسب هذه المادة فإنَّ هذا الحق يعتبر كنوع من الحماية لا يمكن التنازل عنه مسبقاً.

ومن هذه المادة نستنتج أنَّ الاِختصاص القضائي الدولي المتعلق بعقود الاِستهلاك الإلكتروني، ينعقد للمحاكم السويسرية بِاعتبارها موطن المستهلك مهما كان موطن المتدخل، كما لا يحق للمستهلك التنازل عن هذا الحق قبل قيام النزاع.

وفي نفس السياق نجد أنَّ المشرع البلجيكي قد نصَّ في القانون الصادر في 18 يوليو 2002م بصورة مباشرة على اِختصاص المحكمة البلجيكية بعقود الاِستهلاك التي تبرم في بلجيكا أو التي تكون واجبة التنفيذ فيها، أو التي جرى عرضها أو الإعلان عنها في بلجيكا، سواء كان ذلك نتيجة علاقات تعاقدية أو شبه تعاقدية متى كان الاِلتزام قد نشأ في بلجيكا مع بإبطال أي شرط يكون سابقاً لقيام النزاع وهو ما نصت عليه المادة 98 من ذات القانون[2].

---

1 –نص المادة 114 المعدل بالمادة 14 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 2008م2

Art. 114 "*1 An action brought by a consumer relating to a contract that complies with Article 120, paragraph 1, may be filed, at the election of the consumer, before the Swiss court :*
A. At the domicile or, in the absence of domicile, at the place of habitual residence of the consumer ; or
B. At the domicile or, in the absence of domicile, at the place of habitual residence of the supplier.
2 The consumer may not waive in advance the venue at his domicile or place of habitual residence".

2 –وقد جاء نص المادة كمايلي:

Art. 97. 1er. *Les juridictions belges sont compétentes pour connaître de toute demande concernant une obligation visée à l'article 96, introduite par une personne physique qui a agi dans un but étranger à son activité professionnelle,c'est-à-dire le consommateur, contre une partie qui a fourni ou devait fournir unbien ou un service dans le cadre de ses activités professionnelles, outre dans les cas prévus à l'article 96, si :*
***1°** le consommateur a accompli en Belgique les actes nécessaires à la conclusion du contrat et avait sa résidence habituelle en Belgique à ce moment ; ou*
***2°** le bien ou le service a été fourni ou devait l'être à un consommateur qui avait sa résidence habituelle en Belgique au moment de la commande, si celle-ci a été précédée d'une offre ou d'une publicité en Belgique.*
***2.** En matière de relation individuelle de travail, l'obligation contractuelle est exécutée en Belgique au sens de l'article 96 lorsque le travailleur accomplit habituellement son travail en Belgique lors du différend.*
***3.** Une convention attributive de compétence internationale ne produit ses effets à l'égard du travailleur ou du consommateur que si elle est postérieure à la naissance du différend. »*

كما أنَّ المشرع المصري لم ينص في مشروع قانون التجارة الإلكترونية في الباب السابع المعنون بـ " حماية المستهلك" على قواعد الإِختصاص القضائي الدولي الخاصة بعقود الإِستهلاك بل إِكتفى بالنص على إبطال أي شرط تعسفي من شأنه الإضرار بالمستهلك[1].

غير أنَّ القضاء الأمريكي قد إِعتمد في تحديد الإِختصاص القضائي بخصوص المنازعات المرتبطة بالعقود التي تبرم عن طريق الإنترنت ثلاث معايير أساسية وفق ما يسميه بفحص الإِختصاص أو الولاية القضائية[2].

هذه المعايير تتمثل في أنه:

- يكفي أنْ يقوم المقيم في الدولة بإبرام بعض التصرفات في إطار النطاق المكاني حتى يستفيد من الإِمتيازات الممنوحة لممارسة هذا النشاط.
- أنْ تكون هذه الإِدعاءات التي يقيمها المدعي مرتبطة بنشاط المدعى عليه.
- لابُدَّ أنْ يُبنى الإِختصاص على قواعد قانونية معقولة.

وبالتالي فإنَّ الإِختصاص القضائي الدولي بخصوص عقود الإِستهلاك الإلكتروني ينعقد للقضاء الأمريكي بناءاً على التفاعل بين الموقع الإلكتروني والنطاق الجغرافي لولاية المحكمة، فهو إذن يرتبط بالمواقع الإيجابية دون السلبية.

بعد إِستعراض القواعد الخاصة بضابط موطن المستهلك كآلية حمائية للمستهلك الإلكتروني، في الإِتفاقيات الدولية، وبعض التشريعات الوطنية، نرى من الضروري على المشرع الجزائري والتشريعات العربية، مواكبة التطورات، والنص في قوانينها الداخلية على قواعد حمائية للمستهلك الإلكتروني، تتماشى ومتغيرات العصر، خاصة في ظل التطور في مجال التقنيات الحديثة، والإِنفتاح على العالم الخارجي، إذ أثبت الإِعتماد على القواعد العامة في تسوية منازعات عقود الإِستهلاك الإلكتروني، العديد من المشاكل القانونية.

95-صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 140-141.

1- محمد محمد حسن حسني، مرجع سابق، ص131.

المطلب الثالث

تقييم ضابط اختصاص محكمة موطن المستهلك.

من أجل تحقيق حماية إجرائية أفضل للمستهلك رأينا أنَّ هناك من التشريعيات والإتفاقيات الدولية من خرج عن القواعد العامة في الإختصاص الدولي، وتبنى قواعد خاصة، ينعقد الإختصاص من خلالها مباشرة لمحكمة موطن المستهلك، وذلك تفادياً لأي تعسف في حقه من قبل المتدخل وحرمانه من الحماية المخصصة له في قانونه الوطني، خصوصاً في الدعاوى التي ترفع ضده، وفي نفس الوقت منحته الخيار بعد وقوع النزاع حق الإتفاق على عقد الإختصاص للمحكمة التي توفر له أكبر حماية قانونية، غير أنَّ إعتماد هذا الضابط في عقود الإستهلاك كان محل نقد، حيث اعْتُبر أنَّ تطبيق هذا الضابط يثقل كاهل المتدخل بتحمل أعباء لا طاقة له بها وبالتالي نكون أمام حالة عدم التوازن العقدي من جديد.

تبعا لذلك تناولنا في هذا المطلب موقف الفقه من ضابط إختصاص محكمة موطن المستهلك (في فرع أول) ثم بعد ذلك تطرقنا إلى ملاءمة ضابط إختصاص محكمة موطن المستهلك لعقود الإستهلاك الإلكتروني (في فرع ثان).

الفرع الأول

موقف الفقه من ضابط إختصاص محكمة موطن المستهلك

لقد إنتَقدَ البعض إعتماد تلك التشريعات الوطنية والدولية لهذا الضابط وحجتهم في ذلك أنَّ المستهلك هو الذي يقوم بالبحث في المواقع الإلكترونية التي تقوم بعرض معلومات ومنتجات عامة على صفحاتها دون أي دعوة للتعاقد، فالمستهلك هو الذي يسعى من أجل أنْ يتعاقد مع المتدخل، ومن ثم فإنَّه يختار من البضائع والخدمات ما يناسب إحتياجاته، وبالتالي تكون له القدرة التامة على حماية مصالحه، وبهذه المثابة يكون تقرير الإعتماد على هذا الضابط في هذه الصورة يشكل اختلالاً في التوازن العقدي[1].

1-أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر، القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة 1-3 ماي 2000 المجلد الأول، الطبعة الثانية 2004م، ص 66.

عير أنَّه تم الرد على هذا النقد، من خلال بيان الهدف من هذه الحماية هو وجود حالة ضعف في العلاقة التعاقدية هي التي دفعت هذه التشريعات و الإتفاقيات الدولية إلى تقرير إعتماد هذا الضابط في عقود الإستهلاك، وبالأخص المستهلك الإلكتروني الذي لا يرى البضاعة و لا يملك القدرة حتى على مناقشة شروط العقد المبرم بينه وبين المتدخل، لأنَّ هذا الأخير يضع الشروط التي تناسبه ولا يكون للمستهلك حق تعديل أو مناقشة هذه الشروط[1]، وليس العبرة في ذلك بمن كان هو السبَّاق بالبحث في المواقع الإلكترونية عن السلعة أو الخدمة، هذا ما أكدته محكمة العدل الأوربية في حكمها الصادر في 2005م، حيث قضت بأنَّ الهدف من ذلك كله هو وضع قواعد حمائية للطرف الضعيف اقتصادياً وفنياً وقانونياً بالمقارنة مع الطرف الآخر بالإضافة إلى وسائل الإغراء والإبهار التي يستخدمها المتدخل والتي تدفع المستهلك إلى التعاقد دون إدراك للعواقب[2].

وفي نفس السياق نجد أنَّ تشريع بروكسل 2001 هو كذلك تعرض للنقد كما تحدثنا آنفاً، على أساس فكرة " توجيه النشاط " التي تبناها، والتي من شأنها أنْ تعرض المتدخل إلى خطر التقاضي أمام جميع دول الإتحاد الأوروبي، لأن أغلب هذه المواقع الإلكترونية توجه نشاطها بصفة مباشرة أمام جميع الدول الأعضاء، وتزداد حدة الخطر بخصوص تطبيق هذا الضابط على المشروعات الصغيرة التي سوف تتحمل تكلفة الإنتقال إلى دولة المستهلك للتقاضي أمام محاكمها.

1- حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص119.

2 - محمد محمد حسن حسني، مرجع سابق، ص 134.

لقد تم الرد على النقد على أساس أنَّ المتدخل أو المهني لدية العديد من الوسائل لمنع بعض المستهلكين من الوصول إلى مواقع الويب الخاصة به، أو منع الانتهاء من إبرام العقود من المستهلكين غير المرعوب فيهم تفادياً لتحمل مخاطر عبء التقاضي أمام محاكمهم وهو ما يعرف بآليات التجنب القضائي[1]، ومن أجل تفادي ذلك يحق للمشروعات الصغيرة أنْ تنشئ مواقع إلكترونية، تحدد فيها الدول التي تتعامل مع المقيمين فيها، وتستبعد الدول التي لا ترغب في التعامل معها.

الفرع الثاني

ملاءمة ضابط اختصاص محكمة موطن المستهلك لعقود الإِستهلاك الإلكتروني

مما لا شك فيه إنَّ تطبيق ضابط إِختصاص محكمة موطن المستهلك يحقق العديد من المزايا للمستهلك سواء التقليدي أو الإلكتروني، حيث يرفع عنه مشقة الإِنتقال إلى موطن المدعى عليه من جهة ومن جهة أخرى يمكن هذا الضابط المشرع من حماية مواطنيه والمقيمين على إقليم دولته من التلاعب بمصالحهم والعمل على الإمعان في غشهم واخداعهم وتضليلهم، فعند وجود هذا الإِختصاص يجعل المتعاقد مع المستهلك دائما يعمل كل ما في وسعه من أجل تجنب مقاضاته أمام محاكم الدول التي يمتد إليها نشاطه[2].

كما أنَّ الميزة التي يتمتع بها هذا الضابط هي أنَّ تطبيقه لا يكون دائماً إلزامياً، بحيث يجوز الخروج عنه، فيكون اللجوء إليه إِختيارياً في الدعاوي التي يرفعها المستهلك في مواجهة المتدخل تبقى فقط تلك الدعاوى التي يرفعها المتدخل في مواجهة المستهلك التي يكون الإِختصاص بشأنها لمحاكم موطن أو محل إقامة المستهلك، مع منح القاضي السلطة التقديرية في تطبيق القانون الذي يوفر أكبر حماية للمستهلك الإلكتروني.

1-CF.Youseph Farah : Jurisdictional rules applicable to Electronic Consumer Contracts، University of Essex, 21st BILETA Conference : globalisation and harmonisation in Technology law à April 2006 malta British and lrish law Education and Technology Association.
https://www.bileta.org.uk/wp-content/uploads/Jurisdiction-over-disputes-relating-to-electronic-consumer-contracts-under-Brussels-I.pdf

2- محمد محمد حسن حسني، مرجع سابق، ص 136.

ويعتبر تشريع بروكسل في الوقت الحالي أكثر التشريعات تناسباً مع عقود الاستهلاك الإلكتروني من خلال تبنيه معيار " توجيه النشاط" الذي وسع من نطاق تطبيق قاعدة اِختصاص محكمة موطن المستهلك، حيث ميزَّ في تطبيق هذا الضابط بين المواقع الإيجابية التي تسمح للمستهلك التعاقد المباشر من دولته، والمواقع السلبية التي لا يستطيع المستهلك من خلالها التعاقد من دولته، فهذه المواقع رغم إتاحتها لجميع الدول، إلا أنَّها لم توجه نشاطها لها، وبالتالي لا تكون محكمة موطن المستهلك في هذه الدول هي المختصة، ويبقى العيب الوحيد أنَّ هذا التشريع يقتصر تطبيقه على دول الاِتحاد الأوروبي.

لذلك نرى من الضروري على المشرع الجزائري والتشريعات العربية، الإسراع في وضع قواعد قانونية حمائية خاصة بالمستهلك الإلكتروني، في مجال الاِختصاص القضائي الدولي، تتماشى وعالمية البيئة الإلكترونية، حتى يستطيع المشرع حماية مواطنيه والمقيمين في دولته، كما يجب أنْ يكون هناك توحيد ولو نسبياً بين القواعد المعمول بها في مجال الحماية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني بين جميع الدول والتشريعات الدولية، حتى يسهل تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية المدنية والتجارية في هذا المجال، والوصول إلى حلول موحدة.

الفصل الثاني

الإشكاليات المتعلقة بالقواعد التي يطبقها القاضي الوطني على عقود الإِستهلاك الإلكتروني

إذا كانت قواعد الإِختصاص القضائي الدولي كآلية لتسوية منازعات عقود الإِستهلاك الإلكتروني، تواجهها العديد من التحديات في تحديد القضاء المختص دولياً في هذا العالم الإِفتراضي، فإنَّ القاضي المختص يجد نفسه أمام إشكاليات قانونية أخرى أشد، والتي ترجع أساساً إلى طبيعة شبكات الإِتصال الإلكترونية التي يجرى من خلالها إبرام مثل هذه العقود والتي تفتقر إلى التواجد المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه، بالإضافة إلى عدم وجود المستندات الورقية التقليدية، كل هذا من شأنه أنْ يثير العديد من العقبات نظراً لكون النظم القانونية قائمة على قواعد مادية، وغياب النصوص القانونية الخاصة التي تطبق على هذا النوع من العقود المبرمة عبر الإنترنت، فأول إشكالية تواجه القاضي تتمثل في كيفية معرفة القانون الواجب التطبيق على عقود الإِستهلاك الإلكتروني ومدى صحة إِلتقاء الإرادة التعاقدية في عقود الإِستهلاك الإلكتروني، وكيف يتم التحقق منها ونسبتها إلى أصحابها، ومشكلة التحقق من أهلية أطرافها، وسلامة المستندات القائمة عليها، و كيف يتم إثباتها، كما أنَّ هناك إِختلافاً بين الدول في تنظيمها، هذه بعض الإشكاليات القانونية التي يثيرها تطبيق قانون القاضي الوطني على منازعات عقود الإِستهلاك الإلكتروني سنحاول في هذا الفصل معالجتها من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق والتراضي في عقود الإِستهلاك الإلكتروني.

المبحث الثاني: تحديد الأهلية والإثبات في عقود الإِستهلاك الإلكتروني.

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق والتراضي في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

بعد أنْ تعرضنا إلى تحديد الاِختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني التي يتخللها عنصر أجنبي، وما ينجم عنها من تزاحم عدة محاكم، وصولاً إلى تحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع، فإنَّ أول إشكالية تواجه القاضي بعدما يصبح مختصاً مشكلة القانون الواجب التطبيق على عقود الاِستهلاك الإلكتروني، خصوصاً وإنَّ إرادة الأطراف شيء داخلي كامن في النفس، يصعب التحقق منه دون وجود مسندات ورقية، مما يشكل سبباً في نزاع أطراف العقد حولها، نظراً لارتباطها بأكثر من نظام قانوني، بالإضافة إلى إشكالية مدى صحة هذا التراضي، نظراً لخصوصية هذا العقد و الوسائل المستعملة في إبرامه، حيث يجد القاضي نفسه أمام صور جديدة من التعامل سواء من حيث البحث عن كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق أو التحقق من تطابق الإيجاب مع القبول، وهي صور لم يسبق له التعامل معها من قبل.

تبعاً لذلك تناولنا من خلال هذا المبحث القانون الواجب التطبيق على عقود الاِستهلاك الإلكتروني (في مطلب أول) ثم تطرقنا إلى التراضي في عقود الاِستهـــلاك الإلكتروني (في مطلب ثان).

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على عقود الاِستهلاك الإلكتروني

إذا كانت عقود الاِستهلاك الإلكتروني لا تثير أي مشكلة من حيث القانون الواجب التطبيق إذا كان أطراف العلاقة التعاقدية في بلد واحد، فإنَّ الإشكال يثور عندما يتسم عقد الاِستهلاك بالطابع الدولي، ومعه تظهر الحاجة إلى اِختيار القانون الذي يوفر أكبر حماية قانونية للمستهلك الإلكتروني.

وفي إطار عقود الاِستهلاك الدولية، فإنَّ حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين تفرض أنْ يكون أطراف عقد الاِستهلاك الدولي طرفين فقط مستهلك ومتدخل، كما تحدثنا آنفاً حتى نكون أمام عقد اِستهلاك، يتمثل بحالة الضعف الملازمة للمستهلك والقوة الملازمة للمتدخل أو المهني[1].

وإذا كانت أكثر قواعد الإسناد[2]، تفقد مفعولها في العلاقات الإلكترونية على أساس فقدان عنصر ضابط الإسناد في هذه البيئة الاِفتراضية، فإنَّ القاعدة الوحيدة التي تظل تعمل بجميع عناصرها هي قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة[3].

1 –أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ص 78.

2– قواعد الإسناد: عبارة عن قواعد قانونية يضعها المشرع الوطني بهدف مساعدة القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتوافر فيها الصفة الأجنبية، ومن المعروف أن قواعد الإسناد تتكون من ثلاث عناصر هي:

1 فكرة الإسناد: وهي عبارة عن مجموعة المسائل المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابط خاص بها، مثل الاِلتزامات التعاقدية التي أخضعها المشرع لقانون الإرادة.

2 ضابط الإسناد: فهو الأداة التي ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه.

3 القانون المسند :إليه وهو القانون الذي يحكم العلاقة القانونية، فهذه العناصر تنظيم هيكلة وعمل قواعد الإسناد في محيط العلاقات ذات العنصر الأجنبي في البيئة المادية أُنظر: ليندة بومحراث، مرجع سابق،ص 311 .

3 –عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص الإلكتروني، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى 2017، ص35.

غير أنَّ الأنظمة القانونية في إطار القانون الدولي الخاص، تختلف بخصوص الإِعتماد على قانون الإرادة كضابط إسناد موجه لحماية المستهلك، فالبعض يذهب إلى تبني هذا الضابط بينما البعض الآخر يرى أنَّ الإِعتماد على تطبيق هذا الضابط من شأنه أنْ يشكل خطراً يهدد حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له القواعد الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية[1].

كما أنَّ هذا الإِختيار قد يكون غير صريح أو منطوياً على غش، الهدف منه تحاشي تطبيق قانون معين على النزاع، من أجل حرمان المستهلك من الحماية المقررة له في قانونه الوطني الأمر الذي يضطر القاضي إلى البحث عن الإرادة الحقيقية بصورة ضمنية[2].

ويبقى السؤال المطروح هنا إلى أي مدى يمكن أنْ يعتمد القاضي على قانون الإرادة في حل مشكلة النزاع المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود الإِستهلاك الإلكتروني؟ وهل الإِعتماد على قانون الإرادة يكون أكثر حماية للمستهلك وتحقيق التوازن العقدي؟ وكيف يتأكد القاضي من توافق إرادة الأطراف حول القانون الواجب تطبيقه على عقد الإِستهلاك الإلكتروني؟ وهل هناك قيود تحد من تطبيق هذا القانون حتى يكون أكثر فعالية في حماية للمستهلك الإلكتروني؟ وما موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من الإِعتماد عليه كضابط حمائي؟

تبعا لذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، تناولنا الإِعتماد على قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق (في الفرع الأول) ثم تطرقنا إلى موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من الإِعتماد على قانون الإرادة (في فرع ثان).

1 – غازي بن فهد بن غازي المزيني، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2018 ، ص 552.

2– محمد سعيد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة 2004، ص 113.

الفرع الأول

الإعتماد على قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق

يُعْتبرُ مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم العقدية الدولية من أهم المبادئ المستقرة في مجال تنازع القوانين، مفاده أنَّ إتصال العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، لا يعني أنَّها توجد في فراغ قانوني، بل يعتبر قانون الإرادة هو الوضع الملائم الذي يخول الأطراف تحديد القانون أو النظام القانوني الذي يحكم هذه العلاقة.

وقد تم ترسيخ مبدأ قانون الإرادة في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص في القرن التاسع عشر من طرف الفقيه(سافيني) ومن ذلك الوقت أصبح لإرادة الأطراف الدور في تعيين القانون الذي يحكم معاملاتهم التعاقدية الدولية، وهو الأمر الذي يحتم على القاضي ضرورة الرجوع إلى تلك الإرادة المعبر عنها بشكل صريح أو ضمني من أجل معرفة القانون الواجب التطبيق[1].

كما إستقر العمل بمبدأ قانون الإرادة في فرنسا بصدور حكم محكمة النقض الفرنسية في 5 ديسمبر 1910م والذي أفاد بأنَّ ((القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو شروطها، هو القانون الذي تتبناه الأطراف))[2].

وقد إستقر مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الداخلي في مختلف التشريعات الوطنية[3].

1 –صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق، ص21.

2–علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2017، ص375.

3– وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني المعدل والمتمم الذي ينص " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون "

ويقابله في العلاقات الخاصة الدولية مبدأ حرية الأطراف في اِختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وعقود الاِستهلاك التي يبرمها المستهلك تقليدياً كان أم إلكترونياً، كأصل عام لا تخرج عن هذه القاعدة[1].

غير أنَّه في بداية القرن العشرين طرأت على قانون الإرادة العديد من القيود، نظراً لتدخل الدولة ومحاولتها إعادة تنظيم العديد من الأنشطة التي لم تكن معروفة من قبل، ومن ضمنها عقود الاِستهلاك الدولية، لأنَّ هذه العقود تتميز عن غيرها بعدم تكافؤ أطرافها، بحيث يعتبر المستهلك طرفاً ضعيفاً مقارنة بالمتدخل الذي يكون دائماً في مركز قوة يفرض ما يشاء من الشروط وخاصة ما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق[2].

هذا كله أدى إلى اِختلاف الفقهاء حول إعمال قانون الإرادة في مجال عقود الاِستهلاك الإلكتروني، على اِعتبار أنَّ إطلاق الحرية للمتعاقدين في اِختيار قانون العقد من شأنه أنْ يؤدي إلى اِختلال في العلاقة التعاقدية وزيادة اتساع الفجوة بين طرفي العقد، وفي ظل الصراع القائم بين إطلاق وتعطيل العمل بقانون الإرادة، ظهر اِتجاه جديد يدعو إلى تطبيق قانون الإرادة في الحالة التي يحقق فيها حماية للمستهلك الإلكتروني واستبعاده في الحالة العكسية.

ومن أجل توضيح ما تقدم سوف نتحدث عن كيفية تحديد قانون الإرادة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني (أولا) ثم دور الإرادة في حماية المستهلك الإلكترونـي(ثانياً).

1- يرجع أساس هذه القاعدة إلى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة في ظل نظرية الأحوال، بعد أن كان سائداً في بادئ الأمر في الفقه الإيطالي قاعدة خضوع العقد من حيث الشكل أو الموضوع لقانون محل الإبرام على اِعتبار أن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يولد فيه التصرف، غير أن التطور الذي طرأ على هذه القاعدة بواسطة الفقيه ديمولان أدى إلى بقاء الشكل محكوماً بقانون بلد الإبرام وخضوع موضوع العقد لقانون الإرادة، حيث تأثر الفقيه ديمولان في القرن السادس عشر بالفقيه ديجاني، وقد شاع تطبيق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر تعبيراً عن الحرية التعاقدية وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة ،يراجع في ذلك طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الالكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2018 ص 113و114.

2- لينذة بومحراث، مرجع سابق، ص 363.

أولاً: كيفية تحديد قانون الإرادة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

إذا كانت أغلب التشريعات قد اِنتهت إلى خضوع عقود الاِستهلاك الإلكتروني لقانون الإرادة[1]، إلا أنَّ المشكلة التي تواجه القاضي هي كيف يتعرَّفُ على هذه الإرادة، ليتوصل لمعرفة القانون الذي يطبق على عقد الاِستهلاك الإلكتروني، خصوصاً وأنَّ الوصول لمعرفة ذلك يحتاج إلى نشاط إيجابي من جانب الأطراف، هذا النشاط يكون بالاِختيار الصريح أو الضمني الذي يشير إلى القانون الواجب التطبيق على العقد[2].

1-الاِختيار الصريح لقانون الإرادة

يتم الاِختيار الصريح لقانون الإرادة في مجال عقود الاِستهلاك الإلكتروني عن طريق اِتفاق الطرفين من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية، والتي من خلالها يتم تحديد اِختيارهم للقانون الداخلي لدولة ما من أجل تنظيم أحكام العقد المبرم بينهم[3].

ويكون تبادل الرسائل الإلكترونية باِستعمال البريد الإلكتروني، أو عن طريق غرف المحادثة والمشاهدة التي يتم من خلالها مناقشة جميع بنود العقد، كما يمكن أنْ يكون عبر صفحات الويب حيث يتم إدراج شرط بالعقد يحدد صراحة القانون المختص لحل النزاع الذي يمكن أنْ يحدث بين المتعاقدين في المستقبل.

ويسمى هذا الشرط المدرج بالعقد " شرط الاِختصاص التشريعي والذي يشدد الفقهاء على أهميته في العقد بقولهم "إنَّه" من الخطورة بمكان بالنسبة لرجل الأعمال أنْ لا يشترط في العقد القانون الواجب التطبيق عليه، لأنَّه سيجد نفسه في ضباب أو في مجهول"[1].

1-غازي بن فهد بن غازي المزيني، مرجع سابق، ص 552، حيث عرف البعض قانون الإرادة بأنه "" السلطة المعترف بها في نظام قانوني معين لواحد أو أكثر من الأشخاص لإنشاء مراكز قانونية يعترف بها هذا النظام الذي لولا تدخله ومنحه إياهم هذه السلطة ما كان لهذه المراكز من وجود، أو لو وجدت ولكن في صورة مختلفة"" عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان،2010-2011، ص212.

2 - صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق ص163.

3-علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 377.

إنَّ إدراج هذا الشرط في العقد من شأنه أنْ يحقق الأمان القانوني لأطراف العقد، إذ إنَّهم يتعرفون مسبقاً إلى القانون الذي سيحكم عقدهم إذا ما نشب نزاع ما بخصوص تنفيذ هذا العقد المبرم بينهم[2].

ويمكن أنْ يكون الإتفاق على القانون الواجب التطبيق بموجب عقد لاحق مستقل عن العقد الأصلي، أو عن طريق عقود نموذجية تتضمن شرطاً متعلقاً بالإختصاص التشريعي، مما يعني أنَّ كل من يختار هذا العقد النموذجي سيكون بالضرورة خاضعاً لهذا الشرط[3].

وتكون هذه العقود النموذجية عبارة عن إستمارات معدة ومطبوعة تصدر عن مراكز وهيئات دولية متخصصة تشرف على كل الأمور التفصيلية التي تخص تجارة أو بيوع بعض الأصناف مثل القمح والأرز والشاي وغيرها، لكن يوضع في هذه العقود شرط الرجوع إلى غرفة تجارة معينة، على سبيل المثال غرفة تجارة لندن للحبوب[4].

غير أنَّ هذه الشروط المدرجة في هذه العقود المعدة سلفاً من طرف المتدخل، لا تكفي وحدها لإبرام العقد إذ لابُدَّ من أنْ يوافق عليها المستهلك، إذ يقع على عاتق مقدم المنتج أو الخدمة عبء توفير كل الوسائل اللازمة لتمكين هذا الأخير، من معرفة كل الشروط المتعلقة بهذا العقد بما فيها شرط القانون الواجب التطبيق[5].

1 –القاضي بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، مكتبة بدران الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2017، ص132.

2 –أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 161.

3 –ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 342.

4– هبه ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية بيروت لبنان، 2011، ص 232.

5– ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 346.

ولا يعتد القاضي بالشروط العامة في العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق، إذ أنَّ المستهلك ليس ملزماً ببنود العقد التي لا يكون على داريه بها، إلا إذا كانت هذه الشروط واضحة دون لبس أو غموض[1].

ومن هنا نستنتج أنَّ الإِعتماد على الشروط العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإِستهلاك الإلكتروني، لا يكون إلا إذا كان بمقدور المستهلك أنْ يطَّلِعَ على الشروط العامة، بشكل أكيد قبل إبرام العقد، وإلا لن يعتبر هذا البند إِتفاقياً لاختيار القانون الواجب التطبيق في حالة نزاع.

هذا بخصوص الإِختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود الإِستهلاك الإلكتروني لكن ماذا لو لم يتفق أطراف هذا العقد على إِختيار القانون بصورة صريحة، هل يمكن للقاضي في هذه الحالة الرجوع إلى إرادتهم الضمنية للبحث عن القانون الواجب التطبيق؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه في الفقرة الموالية:

2-الاختيار الضمني لقانون الإرادة

في كثير من الأحيان لا تهتم الأطراف المتعاقدة في عقود الإِستهلاك الإلكتروني، بإِختيار القانون الذي يحكم عقدهم، خاصة في عقود خدمات المعلومات، لأنَّها عقود تبرم بسرعة عبر قنوات الإِتصال المعلوماتية، مما قد يغفل أطرافها عن النص صراحة على القانون الذي يحكم عقدهم[2].وفي هذه الحالة لابُدَّ على القاضي من فحص الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة.

1- ويمكن الرجوع في ذلك إلى ما أقرته اللجنة الفرعية للتجارة الإلكترونية، بلجنة القضاء الإلكتروني القانونية، بقسم قانون الأعمال في نقابة المحامين الأمريكيين (ABA) حيث وضعت مبادئ لفعالية الشروط العامة في العقد الإلكتروني وهي:

-يجب أن يحاط المستخدم بالعناية بجميع الشروط العامة أو المقترحة.

-يجب أن يعطي للمستخدم فرصة حقيقية لمراجعة هذه الشروط.

يجب أن تكون هناك وسيلة تحدد و تظهر رضى المستخدم بهذه الشروط، لمزيد من التفصيل أُنظر: القاضي بلال عدنان بدر، مرجع سابق ص 143.

2 -القاضي بلال عدنان بدر، نفس المرجع السابق، ص 149.

وهو ما يطلق عليه بالإرادة الضمنية لأنها إرادة حقيقية تبنى عن رغبة واضحة، وإنْ كانت غير معلنة، في تطبيق قانون معين[1].

ففي هذه الحالة ينبغي على القاضي أنْ يستخلص الإرادة الضمنية لطرفي العقد في اِختيار قانون معين، وذلك من خلال أحكام وظروف وملابسات هذا العقد، ولا يخضع القاضي عند بحثه عن هذه الإرادة لرقابة المحكمة، لأنَّ البحث عن الإرادة الضمنية يعتبر مسألة واقع، وبالتالي يتمتع القاضي فيها بالسلطة التقديرية[2].

أما عن الحلول التي سوف يلجأ إليها القاضي للبحث عن القانون المستمد من الاِختيار الضمني للمتعاقدين، فقد اِستقر الفقه والقضاء على عدة قرائن سواء كانت هذه القرائن ذاتية[3]. أو قرائن خارجية[4].

هذه القرائن تساعد القاضي على اِستخلاص الإرادة الضمنية، من خلال تحريك العناصر المختبئة خلف الاِختيار ونذكر على سبيل المثال: اِعتماد طرفي العقد على مجموعة من النصوص المستمدة من قانون دولة ما كشروط في العقد أو اِستعمال لغة معينة في تحريره، أو عملة الوفاء.

كما يمكن الاِستدلال عن الإرادة الضمنية، من خلال منح الأطراف الاِختصاص القضائي أو التحكيم لدولة معينة، مما يعني أنَّ قانون هذه الدولة المختصة بالفصل في النزاع هو القانون الواجب التطبيق، شريطة ألا يكون تطبيق هذا القانون يتعارض مع نصوص العقد أو الوقائع المتعلقة به، بحيث تتولد لدى القاضي قناعة بِانصراف إرادة المتعاقدين إلى تطبيق هذا القانون.

1 –صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق ص 171.

2– ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 347.

3– القرائن الذاتية: وهي القرائن المستمدة من العلاقة التعاقدية، الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك أو القرائن المستمدة من شكل العقد، أو قانون محل إبرام العقد، أو تدخل ضابط عمومي لدولة ما، في تحرير العقد، أو اِتفاق الخصوم على خضوع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم إلى دولة معينة، أو الاِستدلال باللغة أو عملة الدفع.

4 – القرائن الخارجية: القرائن المستمدة من مضمون القوانين المتنازعة، مثلا إذا كان أحد القوانين المرتبطة بالعقد يشير إلى إبطال مثل هذه العقود، فهنا يفترض أن إرادة الأطراف تتجه إلى تطبيق القانون الثاني.

غير أننا نرى من جانبنا أنَّ هذه القرائن يصعب العمل بها في اِستخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين في مجال عقود الاِستهلاك الإلكتروني، لكون معظمها يؤدي إلى تركيز الرابطة العقدية مكانياً، في حين أنَّ أغلب هذه العقود تبرم وتنفذ إلكترونياً، كما أنَّ اللغة العامة في المجال الإلكتروني هي اللغة الإنجليزية وبالتالي لا تكون مؤشراً على أنَّ نية المتعاقدين قد اِنصرفت إلى تطبيق قانون لغة العقد.

كما أنَّ الوفاء أصبح اليوم إلكترونياً عن طريق بطاقة الاِئتمان، أو النقود الإلكترونية، فهذه الطريقة في الوفاء أصبحت لا تشير إلى الدولة صاحبة العملة[1].

من كل ما تقدم نرى من الضروري في عقود الاستهلاك الإلكتروني أنْ يكون الاِفصاح عن الإرادة بخصوص القانون الواجب التطبيق بشكل صريح لا يحتمل أي تأويل، لأنَّ الهدف من هذا كله هو البحث عن القانون الذي يكون أكثر حماية للمستهلك، كما أنَّ تطبيق قانون الإرادة بشكل مطلق لا ينسجم مع الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني، وبالتالي لابُدَّ من البحث عن تأثير قواعد حماية المستهلك على قانون الإرادة ومتى يتم الاِعتماد عليه ومتى يتم اِستبعاده.

ثانياً: دور الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني

الأصل في عقود التجارة الدولية هو خضوعها لقانون الإرادة، أي أنَّ لأطراف العقد الحرية في اِختيار القانون الواجب التطبيق، وهو المفهوم الذي اِستقر عليه فقه القانون الدولي الخاص في مجال تنازع القوانين[2].

لكن إذا كان تطبيق هذه القاعدة يصلح في هذا النوع من العقود، فإنَّ ذلك لا ينطبق على عقود الاِستهلاك الإلكتروني، فحالة الضعف المسيطرة على المستهلك، سوف تمكن المهني أو المتدخل من الاِنفراد بإدارة العملية التعاقدية وفق ما يتماشى ومصلحته[3].

1- القاضي بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص 155و156.

2 -هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014، ص 15.

3- صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق ص 179.

فالمستهلك الإلكتروني يعتبر الطرف الضعيف أمام شركات الإنتاج والخدمات العملاقة والذي عادة ما يكون رضاه منقوصاً في عقوده مع تلك الشركات، بحيث يتعاقد تحت ضغط إغراءات الدعاية والإعلان الخادعة والمبهرة[1].

هذا كله يؤدي إلى اِختلال في التوازن العقدي، مما دفع الكثير من الفقهاء ورجال القانون إلى التنبيه إلى خطورة التسليم بقانون الإرادة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني.

ومن هذا المنطلق كان الخلاف بين الفقهاء، منهم من يرى تعطيل قانون الإرادة من العمليات التعاقدية التي يكون طرفاها مستهلكاً ومتدخلاً أو مهنياً، ومنهم من يرى تقييد تلك الإرادة وفق ما يخدم مصلحة المستهلك[2].

1-تعطيل قانون الإرادة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

لقد توصل جانب من الفقه إلى أنَّ إطلاق حرية الأطراف في اِختيار قانون العقد في عقود الاِستهلاك الإلكتروني يحمل الكثير من المخاطر التي من شأنها أنْ تلقي بآثارها على المستهلك، إذ يؤدي ذلك دائماً إلى تغليب مصلحة المتدخل أو المزود على حساب المستهلك، الذي لا تكون له فرصة التفكير الحر المتأني في قبول العرض وفحص ما ينوي اِقتنائه في هذه العملية التعاقدية[3].

لذلك سارع هذا الرأي إلى القول بتعطيل قانون الإرادة نهائياً، بحيث لا يكون أي دور للإرادة في هذا النوع من العقود، والهدف من وراء ذلك وضع حد للمتدخل أو المهني أو المزود من التعسف في اِستعمال الحق في اِختيار القانون الواجب التطبيق.

وبالتالي، فإن تعطيل قانون الإرادة لن يسمح للمتدخل بتطبيق أي قانون لا يتضمن قواعد حمائية للمستهلك أو من شأنه اِستبعاد القواعد الآمرة من القانون الواجب التطبيق[4].

1 -غازي بن فهد بن غازي المزيني، مرجع سابق، ص 552.

2- ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 363.

3 -القاضي بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص293.

4 -صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق، ص 181.

غير أنَّ هذا الإتجاه وجهت له العديد من الإنتقادات يمكن إجمالها فيما يلي:

- من غير المعقول تعطيل قانون الإرادة بشكل مطلق في عقود الإستهلاك الإلكتروني لوجود طرف ضعيف في هذه العلاقة التعاقدية، لأنَّ ذلك من شأنه الإضرار بتطور التجارة الدولية.

- إنَّ توجه الإرادة إلى إختيار قانون معين لا يمكن وصفه دائماً بأنَّه ضد الهدف الحمائي للمستهلك، فقد تتجه إرادة المتعاقدين إلى إختيار القانون المناسب للمستهلك، وخير مثال على ذلك ما أشار إليه الأستاذ *(Pocar)* بخصوص عقد البيع بالتقسيط الذي جمع بين مستهلك إيطالي مع إحدى الشركات السويدية المتخصصة في مجال التسويق.

فإذا إستبعدنا ما توجهت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة في هذا العقد فيعني ذلك تطبيق القانون الإيطالي، بإعتباره قانون دولة المستهلك، لكن إذا تركنا الإختيار لأطراف العقد لربما إختاروا القانون السويدي الذي يتضمن نصوصاً قانونية أكثر حماية من القانون الإيطالي ومن ضمنها حق الرجوع في فترة زمنية[1].

مما سبق نستنتج أنَّ القانون المختار لا يكون دائما ضد مصلحة المستهلك.

ومن وجهة نظرنا نرى أنَّ قانون الإرادة في عقود الإستهلاك الإلكتروني، لا يجب تطبيقه بشكل مطلق، ولكن يتم تقييده وفق ما يتماشى ومصلحة المستهلك، وهذا ما سنوضحه في الفقرة الموالية:

2-تقييد قانون الإرادة في عقود الإستهلاك الإلكتروني

على خلاف الرأي المتقدم يرى البعض أنَّ حماية المستهلك في عقود الإستهلاك الإلكتروني لا تستلزم تعطيل دور الإرادة بصفة كلية في إختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، ولكن يمكن وضع ضوابط تتماشى وطبيعة هذا العقد والتي من شأنها تحقيق التوازن، والمحافظة على حقوق الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

1 -أحمد محمد الهواري، مرجع سابق، ص 100و101.

ويحمل هذا الإتجاه طابع الإعتدال حيث يخول للمتعاقدين حرية إختيار القانون الواجب التطبيق، عملاً بتطبيق حقهم المقرر في قانون الإرادة، وإحتراماً لتوقعاتهم، ولكنَّه في نفس الوقت يحرص على ألا تصل هذه الحرية إلى إختيار قانون على نحو يؤدي إلى الغش نحو القانون أو إستبعاد الأحكام الآمرة في القوانين المختارة[1].

وبالتالي يشترط لتوفير أكبر حماية للمستهلك في عقود الإستهلاك الإلكتروني تقيد الإرادة عند إختيار قانون العقد، بحيث أنَّ القانون الواجب التطبيق لا يحرم المستهلك من الحماية التي تضمنها له نصوص القواعد الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته، أما إذا كان قانون الإرادة من شأنه الإضرار بالمستهلك ففي هذه الحالة يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس محل إقامة المستهلك.

كما يكون للقاضي دائماً سلطة البحث عن مضمون هذا الإختيار من خلال مقارنته بالقواعد الآمرة الموجودة في القانون الداخلي لمحل إقامة المستهلك، فإذا كانت الحماية التي يحققها القانون المختار أفضل من تلك التي في القانون الداخلي، فهنا يكون قانون الإرادة أكبر حماية للطرف الضعيف، أما إذا كان العكس فإنَّ القاضي يتجاهل قانون الإرادة ويطبق القانون الداخلي[2].

كما أنَّ قانون الإرادة يتقيد في عقود الإستهلاك الإلكتروني بالنظام العام، وهو مبدأ مسلم به لدى مختلف دول العالم، إذ أنَّ السماح بإختيار القانون الأجنبي غايته تحقيق التعايش بين مختلف النظم القانونية، ومراعاة المعاملات الدولية وإعتبارات العدالة، غير أنَّ تحقيق ذلك لا يكون على حساب المبادئ الأساسية للدولة والمثل العليا لبلد القاضي أو للقواعد الإلزامية[3].

فمتى تبين للقاضي أنَّ تطبيق القانون الأجنبي من شأنه زعزعة المبادئ الأساسية للدولة فإنَّه يتعين عليه أنْ يمتنع عن تطبيق هذا القانون بهدف المحافظة على النظام العام والمصالح الجوهرية للدولة.

1- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع-الجزائر، 2012 ص194.

2 -صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق ص 187.

3-القاضي بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص 258.

وعلى ذلك يكون التسليم بقانون الإرادة في عقود الإستهلاك الإلكتروني، مرتبطاً بمدى قدرة ذلك النظام القانوني على توفير الحماية القانونية للمستهلك، شريطة عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة والقواعد الآمرة في قانون دولة المستهلك.

الفرع الثاني

موقف الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من الإعتماد على قانون الإرادة في مجال عقود الإستهلاك الإلكتروني

يعتبر الإعتماد على قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية من المواضيع الحديثة نسبياً فهو حل لم يستقر في فقه القانون الدولي الخاص إلا في نهاية القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين، حيث كان الفقه القديم يسند هذه العقود إلى قانون محدد سلفاً، وهو قانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ، ويعتبر في كلتا الحالتين ضابط إسناد آمر لا تملك الإرادة تغييره[1].

لكن مع تطور الحياة الإقتصادية والقانونية، تم تأكيد حق المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم في فقه القانون الدولي الخاص، وهو المبدأ الذي إستقرت عليه أغلب الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، غير أنَّ التطور المعاصر لعقود التجارة الدولية ودخول الوسائل الحديثة مجال المعاملات، والذي كان أكثر وضوحاً في العقود الإلكترونية، خاصة الاستهلاكية، تغيرت معه كل المفاهيم السابقة، إذ لم تصبح قواعد القانون الدولي قواعد محايدة يقتصر دورها فقط على تحديد القانون الواجب التطبيق، بل أصبحت تبحث على القانون الأكثر حماية خاصة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

والسؤال المطروح هنا ما موقف الإتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من الإعتماد على قانون الإرادة في مجال عقود الإستهلاك الإلكتروني؟

1 –هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ص 19.

هذا ما سنحاول توضيحه من خلال بيان موقف الإتفاقيات الدولية من قانون الإرادة في عقود الإستهلاك الإلكتروني (أولاً)، ثم بيان موقف التشريعات الوطنية من قانون الإرادة في عقود الإستهلاك الإلكتروني (ثانياً)

أولا: موقف الإتفاقيات الدولية من قانون الإرادة في عقود الإستهلاك الإلكتروني

لقد أصبح لقانون الإرادة دوراً مهما في قواعد القانون الدولي الخاص، ويتضح ذلك جلياً من خلال سعي العديد من الإتفاقيات الدولية، إلى تقنينه والإعتراف به كضابط إسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية[1].

حيث نجد أنَّ إتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية المبرمة في سنة 1955م نصت عليه في المادة الثانية منهـــا ((يكون البيع محكوماً بالقانون المختار بواسطة الأطراف، وهذا الإختيار يجب أنْ يكون صريحاً أو ناتجاً حتماً من نصوص العقد))[2].

الشيئ نفسه أكدته إتفاقية روما المبرمة سنة 1980م في المادة 1/3 بشأن القانون الواجب التطبيق في الإلتزامات التعاقدية، غير أنَّ إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المعروفة بإتفاقية فيينا[3]، لم تنص صراحة على الإعتماد عليه كقاعدة مباشرة لكن أشارت إلى سيريان أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص، وبالتالي لم تستبعد قانون الإرادة.

كما أنَّ إتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1986م قد تبنت قانون الإرادة في مادتها 1/7 التي جاء فيها (يخضع عقد البيع الدولي للقانون الذي يختاره الطرفان...).

1- علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص379.

2 -هذه الإتفاقية أبرمت بتاريخ 15 جوان 1955، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 سبتمبر 1964 لمزيد من التفصيل: أنظر نص الاتفاقية كاملاً على الموقع:

http://www.juscom.net/uni/mem/0/ce/pdf

3 -هذه الإتفاقية أبرمت بتاريخ 11 افريل 1980، ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 جانفي 1988، لمزيد من التفصيل: أنظر نص هذه الإتفاقية كاملاً على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال

www.uncitral.org

أما عن الِاعتراف بقانون الإرادة في مجال عقود الِاستهلاك، فقد تباينت وجهات نظر هذه الِاتفاقيات في الِاعتماد عليه كضابط إسناد في هذا النوع من العقود، نظراً لتغير وظيفة قواعد القانون الدولي الخاص، كما أنَّ المستهلك الإلكتروني أصبح يحتاج إلى حماية خاصة.

فنجد أنَّ اِتفاقية لاهاي لسنة 1955م لم تأخذ بعين الِاعتبار صفة الأطراف في العملية التعاقدية، بل نظرت إلى كلا الطرفين (المستهلك–المتدخل) بنفس المنظار، وهو ما دفع أعضاءها إلى اِعتماد توصية أثناء الجلسة الرابعة عشرة لقمة لاهاي حول القانون الدولي الخاص.

جاء نص هذه التوصية: ‹‹ بأنَّ مصالح المستهلكين لم تؤخذ بنظر الِاعتبار عندما تم التفاوض على الِاتفاقية، وتُعبِر عن رغبة بعض الدول التي صادقت على الِاتفاقية بإخضاع البيع المبرم مع المستهلكين لقواعد خاصة للقانون الواجب التطبيق، وتعلن بأنَّ الِاتفاقية لا تضع أية عقبات بالنسبة لتطبيق الدول الأعضاء قواعد خاصة للقانون الواجب التطبيق من ناحية البيع للمستهلكين››[1].

أمَّا اِتفاقية روما لعام 1980م فهي لا تستبعد العمل بقانون الإرادة نهائياً، فنجد أن المادة الخامسة منها تؤكد ذلك من خلال الفقرة الثانية[2].

1–علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص 380.

2 –النص الأصلي للمادة الخامسة الفقرة الثانية من اتفاقية روما 1980 م

***Art5/2**. Notwithstanding the provisions of Article 3, a choice of law made by the parties shall not have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by the mandatory rules of the law of the country in which he has his habitual residence :*

- if in that country the conclusion of the contract was preceded by a specific invitaion addressed to him or by advertising, and he had taken in that country all the steps necessary on his part for the conclusion of the contract,

- or if the other party or his agent received the consumer's order in that country, or

- if the contract is for the sale of goods and the consumer travelled form that country to another country and there gave his order, provided that the consumer's journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to buy.

على أنَّ اِختيار الفرقاء للقانون الواجب التطبيق على العقد، يجب ألا يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية المقررة له بموجب القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك[1].

إلا أنَّ الآراء الفقهية اِختلفت حول تطبيق المادة الخامسة من اِتفاقية روما لعام 1980م على عقود الاِستهلاك الإلكتروني نظراً لاِعتمادها على شروط وضوابط يصعب إعمالها في عقود التجارة الالكترونية[2].

غير أنَّ جانباً آخر من الفقه رأى أنَّه لا يوجد سبب من لاِستبعاد تطبيق أحكام المادة الخامسة من اِتفاقية روما المذكورة آنفاً على عقود الاِستهلاك الإلكتروني، لأنَّها تهدف إلى حماية المستهلك من تطبيق قانون المهني أو المتدخل من جانب واحد.

أمَّا عن اِتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي التي تم اِعتمادها في فرنسا عام 1988م، فقد ربطت سريان تطبيق قانون الإرادة على عقود الاِستهلاك بعلم البائع قبل أو أثناء التعاقد لأنَّ الشراء من أجل الاِستعمال الشخصي، إلا أنَّ هذا الشرط أثبتت المعاملات الإلكترونية أنَّه يصعب اِعتماده في البيئة الاِفتراضية، لأن البائع لا يستطيع معرفة المتعاقد معه مستهلكا أم لا[3].

أمام النقد الذي وجه إلى اِتفاقية روما لعام 1980م بخصوص عقود الاِستهلاك الإلكتروني دفع واضعي تشريع روما لعام 2008م إلى اِستدراك ذلك في التشريع (CE) رقم 2008/593 الصادر بتاريخ 17 جوان 2008 للبرلمان والمجلس الأوروبي المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الاِلتزامات التعاقدية، حيث جاء نص المادة السادسة منه معدلاً لشروط المادة الخامسة من اِتفاقية روما[4].

---

1 -القاضي بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص 297.

2- ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 367.

3 -علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص 381.

4 -حيث نصت المادة الخامسة " دون الأخلال بالمادتين 5 و7، إن العقد المبرم بواسطة شخص طبيعي لغايات يمكن اعتبارها خارج نطاق تجارته أو المستهلك، مع شخص آخر يتصرف في سياق ممارسة تجارته أو مهنته، الممتهن، يخضع لقانون البلد حيث يكون للمستهلك محل إقامة معتاد، شرط أن يكون الممتهن:

أ – يتابع تجارته أو مهنته في البلد حيث يكون للمستهلك محل إقامة معتاد، أو ...../....

كما بينت هذه الإتفاقية بوضوح حالة غياب الإتفاق الصريح بين الأطراف المتعاقدة حول القانون الواجب التطبيق، وعدم إستنتاجه من أحكام العقد، حلاً يكون من خلاله الإستعانة بتطبيق قانون البلد الذي يكون أكثر إرتباطا بالعقد الإلكتروني[1].

ومن بين هذه الروابط، ضابط محل إبرام العقد، وضابط قانون محل التنفيذ، وهي ضوابط تقوم على العلاقة بين العقد والقانون الواجب التطبيق، وهي ما يطلق عليها بضوابط الإسناد الجامدة للرابطة العقدية.

غير أنَّ غالبية الفقه أثبت عدم ملاءمة هذه الضوابط الجامدة لعقود الإستهلاك، حيث أنَّها تفتقر للفاعلية في مجال حماية المستهلك بإعتباره طرفاً ضعيفاً في العقد، إذ من السهل على المهني أو المتدخل تحديدها وفق ما يخدم مصلحته[2].

كما لا يمكن تطبيقها على عقود الإستهلاك الإلكتروني، لكونها تُعقد في عالم إفتراضي غير محدد المعالم، يصعب معه التركيز المكاني لعناصر العقد، وهي ضوابط تعتمد على الإقليم، وهو ما لا يتناسب مع عقود الإستهلاك الإلكتروني، لأنَّ المستهلك قد يبرم العقد وهو عابر في دولة ما وعلى محض الصدفة، أو في منطقة ليست تابعة لأي دولة كأعالي البحار، وبالتالي فإنَّ القبول يتم معالجته إلكترونيا وفي أماكن مختلفة[3].

ب –بأي وسيلة، يدير/ يوجه مثل تلك النشاطات إلى ذلك البلد أو إلى عدة بلدان من ضمنها ذلك البلد، ويقع العقد ضمن نطاق هذه النشاطات.

على الرغم من الفقرة الأولى، يمكن للفرقاء إختيار القانون الواجب على العقد، الذي يفي بمتطلبات الفقرة الأولى، بالتوافق مع نص المادة الثالثة.

إنَّ مثل هذا الإختيار، لا يمكن مع ذلك، أن يحرم المستهلك من الحماية الموفرة له بموجب الأحكام التي لا يمكن مخالفتها بموجب أفضيلة القانون، والذي في ظل غياب الإختيار، يكون واجب التطبيق على أساس الفقرة الأولى.

1 –أنظر المادة 1/4 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق

2 –محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 245.

3- CF. Sylyette Guillemard: Le Droit International Prive Face AU Contrat De Vente Cyberspatial, Thèse de doctorat, de l'Université Laval Québec 2003. op.cit, p.464.

ومن هنا اِتجه البعض إلى ضرورة البحث على ضوابط أكثر مرونة، يكون بمقدورها حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهو ما توصل إليه الفقه من خلال تبني ضابط إسناد موضوعي، لتحديد القانون الواجب التطبيق، يتم من خلاله توطين أو تركيز العقد في دولة معينة تترتب فيه كل آثاره أو جزء منها على الأقل، يطلق عليه ضابط الأداء المميز[1].

ويقصد بضابط الأداء المميز هو أنْ يتم اِختيار القانون الواجب التطبيق حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الاِلتزام الأساسي في العقد، فعند تعدد الاِلتزامات في العقد فلابُدَّ أنْ يكون أحدها هو الذي يميز العقد ويعبر عن مضمونه أكثر من غيره، وبالتالي يتم الاِستعانة به في بيان الأداء المميز وعلى أساسه يحدد القانون واجب التطبيق[2].

ومن ثم يتم تحليل كل عناصر العقد لمعرفة الإقليم الذي يتحقق فيه الأداء المميز، بحيث يكون ذلك حسب طبيعة كل عقد ونوعه، وهو ما لا يتم التوصل إليه إلا بواسطة القاضي المختص بنظر النزاع والذي يكون على دراية بهذا القانون، وهو ما يصعب معرفته من أطراف العقد قبل لحظة الفصل في النزاع[3].

يبدو من هذا التحليل أنَّ فكرة الأداء المميز يمكن اِعتمادها في غير عقود الاِستهلاك الإلكتروني، إذ أنَّ أداء المستهلك يقتصر دائما على دفع ثمن البضاعة أو تكلفة الخدمة المقدمة له فقط، وبالتالي لا يعتبر أداءً مميزاً، لأنَّ هذا الالتزام تشترك فيه جميع العقود، في مقابل الأداء المميز الذي يقوم به المتدخل أو مورد الخدمة، وهذا ما يؤدي في حالة عدم الاِتفاق إلى تطبيق قانون بلد المتدخل أو المورد، وهو الأمر الذي يضر بمصلحة المستهلك[4].

وهو ما دفع اِتفاقية روما إلى وضع اِستثناء اِستبعدت من خلاله تطبيق قانون الإرادة في المادة 2/5 إذا كان من شأنه حرمان المستهلك من الحماية المقررة له في دولته.

1- علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص384.

2- محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 250.

3 -عبد المنعم زمزم، عقود الفرنشايز بين القانون الدولي الخاص وعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، د.ط، 2011، ص 188.

4 -علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص386.

بحيث يجب أنْ يكون قانون البلد محل الإقامة المعتاد للمستهلك هو الواجب التطبيق على اِعتبار أنَّ جميع العروض التي بإمكان المستهلك تلقيها في مكان إقامته عبر الإنترنت، تكون موجهة من البائع إلى ذلك البلد، ما لم يتم إثبات البائع عكس ذلك[1].

ثانياً: موقف التشريعات الوطنية من قانون الإرادة في مجال عقود الاِستهلاك الإلكتروني

لقد تبنت جل التشريعات الوطنية قانون الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، بما في ذلك عقود الاِستهلاك الإلكتروني، كقاعدة عامة، فالمشرع الجزائري نص على ذلك في المادة 1/18من القانون المدني الجزائري (قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005) والتي نصها: " يسري على الاِلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد....." [2]

فمن خلال هذا النص نجد أنَّ المشرع الجزائري كرس مبدأ حرية المتعاقدين في اِختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أنَّه قيده بوجود صلة بين المتعاقدين أو العقد بالنسبة للقانون المختار وهو ذات ما ذهب إليه المشرعان المصري والتونسي إلا أنَّهما لم يقيدا هذه الحرية.

فالمشرع المصري نص على ذلك في المادة 19 من القانون المدني «.... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنَّ قانوناً آخر يراد تطبيقه"[3].

والمشرع التونسي اِعتد بذلك في الفصل 62 من القانون الدولي الخاص من خلال نصه على أنَّهُ " يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف...[4].

1 –القاضي بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص303.

2 –الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني (المنشور في ج ر ج ج، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، العدد 78، ص990).المعدل والمتمم بآخر تعديل بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 مايو 2007 (المنشور ف ج ر ج المؤرخة في 13 مايو 2007، العدد 31، ص3).

3 –صفاء اسماعيل وسمى، مرجع سابق ص 165.

4 –أنظر: نصت المادة كاملا من قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على الموقع:

http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_droit_intern_prive.pdf

تاريخ زيارة الموقع 2020/08/20

كما نجد أنَّ المشرع الكندي لإقليم كيبيك إعترف هو كذلك بقانون الإرادة كضابط إسناد في قانونه المدني من خلال نص المادة 1/3111، حيث إعتبر أنَّ القانون المحدد صراحة في العقد أو الذي يمكن إستنباط أحكامه من العقد هو الذي يحكم العلاقة التعاقدية، سواء كانت هذه العلاقة وطنية أو تحتوي على عنصر أجنبي[1].

الشيئ نفسه إعتمده المشرع الفرنسي في قانون العقود الفرنسي الجديد، من خلال نص المادة 1103 منه، حيث إعتبر أنَّ العقود المبرمة على الوجه الشرعي بين الأطراف المتعاقدة تقوم منزلة القانون بالنسبة لهم[2].

ولو دققنا النظر في هذه التشريعات، لوجدنا أنَّ أغلبها إتفقت على حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، إلا أنَّها إختلفت في كيفية إعمال قانون الإرادة في مجال عقود الاستهلاك سواء التقليدية أو الإلكترونية، لأنَّ هذه العقود تتميز بعدم التكافؤ بين طرفي العقد[3].

إنَّ مركز المستهلك في العلاقة التعاقدية، دعا أغلب التشريعات إلى إعتبار الإعتماد على قانون الإرادة بشكل مطلق في مجال عقود الإستهلاك، من شأنه أنْ يؤدي إلى نتائج غير مقبولة خاصة إستبعاد تطبيق قانون محل إقامة المستهلك الذي يعتبر البيئة الحمائية له، لذلك حرصت أغلب التشريعات على وضع قواعد خاصة لحماية المستهلك وإعتبارها من النظام العام وحظر كل ما من شأنه أنْ يؤدي إلى إستبعادها[4].

1 -أنظر: نصت المادة1/3111 باللغة الفرنسية

Code civil du Québec, indique à son Art. 3111–1 : L'acte juridique, qu'il présente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte ou dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte ». Chiheb GHAZOUANI, le contrat de commerce électronique international, Latrach Editions, 2011, op.cit, p249

2 -أنظر: نصت المادة1103 باللغة الفرنسية ترجمة محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، ص 29.

Art.1103 Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les on faits.

3- ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 363.

4- محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 230.

لذلك نجد أنَّ التشريعات الوطنية قد اِختلفت في درجة حماية المستهلك في العقود الإلكترونية الدولية فهي تتراوح ما بين الاِستبعاد الكلي لقانون الإرادة وبين تقييده بالقواعد الآمرة في قانون دولة القاضي، أو تطبيق القانون الأصلح للمستهلك، وهو عادة ما يكون قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك[1].

ومن التشريعات التي تبنت اِستبعاد قانون الإرادة مطلقاً في عقود الاستهلاك نذكر على سبيل المثال:

القانون الموحد للعقود الصادر في انجلترا عام 1977 نص في الفقرة الثانية من المادة 27 منه على أنَّ أي اِتفاق على تطبيق قانون غير القانون الإنجليزي يعتبر كأن لم يكن في العقود التي تتضمن مستهلكاً، خاصة عندما يكون له محل إقامة في إنجلترا وبالتالي وجب تطبيق القانون الإنجليزي[2].

وكذلك القانون النمساوي الصادر في 1978/06/15 اِعتبر كل العقود التي يبرمها المستهلكون تخضع لقانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك، الشيئ نفسه أقره القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987م، حيث نجد نص المادة 2/120 منه حظرت اِختيار القانون في عقود الاِستهلاك، حيث ألغى هذا النص أي دور للإرادة في مجال عقود الاِستهلاك وفرض تطبيق قانون محل إقامة المعتاد للمستهلك[3].

---

1 –مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، المجلد 41، العدد 2، 2014، ص1363–1364

2– نص الفقرة الثانية من المادة 27 من القانون الانجليزي

Art. 27/2 *of the Unfair Contract Terms provides an example of a rule of this nature.*
"(2) This Act has effect notwithstanding any contract term which applies or purports to apply the law of some country outside the United Kingdom, where (either or both) :
a) the term appears to the court, or arbitrator or arbiter to have been imposed wholly or mainly for the purpose of enabling the party imposing it to evade the operation of this Act ; or
b) in the making of the contract one of the parties dealt as consumer, and he was then habitually resident in the United Kingdom, and the essential steps necessary or the Making of the contract were taken there, whether by him or by others on his behalf".

3 –نص الفقرة الثانية من المادة 120 من القانون الدولي الخاص السويسري

Art *: 120/ 2 "A choice of law by the parties is precluded".*

كما أنَّ قانون مقاطعة الكيبك الكندية الخاص الصادر في 2010/06/30 المتعلق بحماية المستهلك، قضى هو الآخر في المادة 19 منه ببطلان أي شرط من شأنه إخضاع عقود الإِستهلاك كلياً أو جزئيا لقانون آخر ... غير قانون مقاطعة الكيبك[1].

والمشرع الجزائري هو الآخر قد إِستبعد تطبيق قانون الإرادة في مجال عقود الإِستهلاك الإلكترونية الدولية، حيث إِعتبر خضوعها إلزامياً للقانون الجزائري متى كان أحد أطراف العلاقة القانونية جزائرياً، أو مقيماً في الجزائر، أو كان شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون الجزائري، أو كانت الجزائر محل إبرام أو تنفيذ هذا العقد[2].

وهو ما يفهم من تحليل نص المادة الثانية من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، حيث إِعتَّبرت كل المعاملات التجارية الإلكترونية تخضع للقانون الجزائري، متى تحققت الحالات التي حددتها هذه المادة على سبيل الحصر، تكون عقود الإِستهلاك الإلكتروني الدولية، خاضعة للأحكام المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك الجزائري، وبالتالي تعتبر هذه المادة إِستثناء على القاعدة العامة الواردة في المادة 18 من القانون المدني الجزائري لتعلقها بالعقود الدولية الإلكترونية دون غيرها[3].

---

1 –نص المادة 19من قانون مقاطعة الكيبك الكندية

***Art: 19**, "Any stipulation in a contract that such contract is wholly or partly governed by a law other than an Act of the Parliament of Canada or of the Parliament of Québec is prohibited".The law is Available online:http://www.canlii.org/en/qc/laws/stat/rsq-c-p-40.1/latest/rsq-c-p-40.1.html Dernière visite: 20/08/2020*

2– المادة 02 من القانون رقم 18–05 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج. ر.ج ج العدد 28 والتي نصها: يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

- متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو
- مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو
- شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر.

3 –سعدي فتيحة، تنازع القوانين في مجال العقود الإِستهلاكية الدولية في القانون الجزائري مقارنا، مقال نشر في مجلة جيل الدراسات المقارنة، العدد 9، الصفحة 61، بدون ذكر سنة النشر، ص 05 .

غير أنَّ أغلب التشريعات الحديثة في مجال عقود التجارة الإلكترونية نصَّت على ضرورة البحث على القانون الأكثر حماية للمستهلك، حتى لا يقع هذا الأخير فريسة لرغبات المتدخل في عقود الإستهلاك، فإذا كان قانون الإرادة يحقق للمستهلك حماية أفضل من قانون محل الإقامة المعتاد فإنَّه يتعين الأخذ بقانون الإرادة، مع إعطاء القاضي دائماً سلطة إختيار القانون الأصلح للمستهلك، وفي حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق، فلا مفر من تطبيق قانون محل إقامة المستهلك[1].

فنجد أنَّ المادة 17 الفقرة الثانية من قانون الثقة بالاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 2004-575 الصادر في 2004/06/21، قد نصَّت على أنَّ حرية إختيار القانون الواجب التطبيق تكون مرهونة بعدم حرمان المستهلك بالحماية التي توفرها النصوص الآمرة للقاضي الفرنسي خاصة في مجال الإلتزامات التعاقدية، إذا كان له مقر إعتيادي في فرنسا[2].

الشيئ نفسه إنتهجه المشرع الأمريكي في التقنين الأمريكي الثاني *Restatement Second* والذي نص فيه من خلال المادة 2/187 على إستبعاد تطبيق القانون الذي إختارته الأطراف إذا كان يخالف سياسة جوهرية للولاية ذات مصلحة أكبر في تطبيق قانونها مقارنة مع ما إتجهت إليه إرادة الأطراف المتعاقدة في تطبيق قانون ولاية أخرى، خصوصاً عندما يكون قانون الولاية الأولى هو الواجب التطبيق عند عدم تعبير الأطراف عن إرادتهم في هذا الصدد وفق المادة 188 من هذا التقنين[3].

---

1 -علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص389.

2 – نشر هذ القانون بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم 143 بتاريخ 2004/06/22، 1168 وهو متاح على الموقع التالي:
https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000801164 /
JORF n°0143 du 22 juin 2004 Dernière modification : 26 février 2008 تاريخ زيارة الموقع 2020/08/20

3 نص المادة 2/187 من قانون التقنين الأمريكي

Art 187/2 "*The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either…(b) application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of s 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.*"

وعلى العموم من كل ما سبق دراسته في هذا المبحث، نرى من جانبنا أنَّه في مجال عقود الإستهلاك الإلكتروني الدولية، لكي تتمكن التشريعات الوطنية من تحقيق أكبر حماية للمستهلك الإلكتروني، ضرورة النص في قوانينها على تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحمايته، مع منح الأطراف المتعاقدة حرية إختيار قانون العقد، وإعطاء القاضي سلطة البحث في هذا الإختيار من خلال الموازنة بين إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق، والإستناد إلى القانون الأكثر حماية للمستهلك الإلكتروني، سواء كان القانون وطنياً أو أجنبياً، على إعتبار أنَّ قانون الإرادة هنا يلعب دوراً مهماً في حماية الطرف الضعيف، وهذا الحل من شأنه أنْ يعطي المستهلك الإلكتروني حماية كبيرة في تعاقده مع المتدخل أو المهني ويمنحه الثقة في معاملات التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني

التراضي في عقود الإستهلاك الإلكتروني

الأصل الذي تُبنى عليه كل العقود كقاعدة عامة في جميع المعاملات، أنَّها تنعقد بعمل إرادي يصدر عن المتعاقدين أنفسهم، أو من يمثلهم قانوناً وهو ما يعبر عنه بالتراضي[1]، ولما كانت حقيقة التراضي أمراً وضميراً قلبياً إقتضت الحكمة رده إلى ضابط جلي يستدل به عليه، وهو الإيجاب والقبول اللذان يعبران على رضا المتعاقدين[2]، وعقود الإستهلاك الإلكتروني، شأنها شأن نظيرتها في العالم التقليدي، تنعقد بتراضي طرفيها -إيجاباً وقبولاً- وأنْ تكون سالمة من العيوب وأنْ تتطابق حول جميع المسائل الجوهرية عن بعد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، والتي تعتمد في إستخدامها على دعائم إلكترونية.

1 -التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول عن إرادتي طرفي العقد، ويلزم لتوافر الرضاء بالعقد حتى ولو كان الكترونيا أن توجد الارادة في كل طرفيه، وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، وقد نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على التراضي بقولها ا" يتم العقد بمجرد أن يبادل الطرفان التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية "

2 -إسماعيل يوسف حمدون، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المصرية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، مصر 2018 ص 419.

غير أنَّه في حالة وجود نزاع ونظراً لغياب تكامل القواعد المادية الإلكترونية، يجد القاضي المختص قانون دولته بالفصل في مثل هذه المنازعات نفسه أمام إشكالية مدى إمكانية وجود التراضي في مثل هذه العقود، خاصة أنَّها تبرم عن بعد، بِاستعمال وسائل إلكترونية، وبين طرفين غير متكافئين.

يعتبر المستهلك طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية الإلكترونية سواء من حيث قلة علمه ودرايته بالمعلومات المتعلقة بالخدمة أو المنتوج، أو فيما يتعلق بتفوق المتدخل في العملية الإِستهلاكية بحيث يملك الخبرة الفنية والقانونية والإقتصادية[1].

كما أنَّه في كثير من الأحيان يصعب على القاضي التحقق من وجود الإرادة وإسنادها للمتعاقد، نظراً لكون أغلب هذه العقود أصبحت تبرم عن طريق حواسيب آلية تعمل تلقائياً ودون تدخل إنساني مباشر في إتمامها، حيث يتم برمجتها إلكترونياً لصالح شخص ما[2].

وهو ما يثير العديد من المشكلات القانونية أهمها إشكالية كيفية التحقق من وجود إرادة خالية من العيوب في عقود الإِستهلاك الإلكتروني؟

بالإضافة إلى مدى قدرة القواعد العامة وقوانين حماية المستهلك التقليدية من التلاؤم مع الطرق الحديثة لإبرام هذه العقود؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا المبحث، من خلال التطرق إلى مشكلة التراضي في عقود الإِستهلاك الإلكتروني من خلال بيان مدى إمكانية وجود التراضي في عقود الإِستهلاك الإلكتروني (في فرع أول) ومدى قدرة القواعد العامة وقوانين حماية المستهلك التقليدية من إِستيعاب صور عيوب الإرادة في عقود الإِستهلاك الإلكتروني (في فرع ثان).

1 – برابح منير، حماية رضا المستهلك الالكتروني بين نصوص القانون المدني ونصوص حماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي بريكة، العدد الخامس مارس 2017، ص 75.

2 –صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، د.ط، 2008، ص373.

الفرع الأول

وجود التراضي في عقود الِاستهلاك الإلكتروني

التراضي هو تطابق الإرادتين، وهو أساس نشوء أي عقد بما في ذلك عقود الِاستهلاك الإلكتروني، فالإرادة بِاعتبارها مكونة للرضا ليس لها أي قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها، فالعقد يتم بمجرد أنْ يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لِانعقاد العقد، والإرادة التي تصدر أولاً متضمنة عرض إبرام العقد تسمى بالإيجاب والإرادة التي تليها متضمنة الموافقة عليه تسمى بالقبول[1].

والتعبير عن الإرادة طبقاً للقواعد العامة في القانون الجزائري يكون باللفظ، وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عُرفاً، كما يكون بِاتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة مقصود صاحبه[2]، غير أنَّه بظهور شبكة الإنترنت، وعقود الِاستهلاك التي أصبحت تبرم من خلالها، أخد شكل التعبير عن الإرادة شكلاً مختلفاً.

وإذا كانت شروط إنعقاد العقد التقليدي وجود إرادة تعاقدية، وضرورة التعبير عنها بأية وسيلة تدل على وجودها، فإنَّ الخصوصية التي تتميز بها عقود الِاستهلاك الإلكتروني أنَّها تتسم باللامادية، الأمر الذي أصبح يثير العديد من الشكوك حول إمكانية اِستخدام الوسائط الإلكترونية للتعبير عن الإرادة بغرض إبرام هذا العقد.

وبالتالي سنحاول في هذا الفرع تناول وجود التراضي في عقود الاستهلاك الإلكتروني من خلال بيان بعض صور التعبير عن الإرادة في عقود الِاستهلاك الإلكتروني(أولاً) ثم بيان مراحل التعبير عن الإرادة في عقود الِاستهلاك الإلكتروني(ثانياً)

1 –صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص 186.

2 – هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 60 من الأمر رقم 75-58 لسنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم سبقت الإشارة إليه.

أولاً: بعض صور التعبير عن الإرادة في عقود الإِستهلاك الالكتروني

إنَّ التعبير عن الإرادة عند إبرام عقود الاستهلاك الإلكتروني لا يتخذ صورة واحدة، وإنَّما يختلف حسب الطريقة التي يلجأ إليها المستهلك الإلكتروني، فنجد أنَّ هذا العقد يتم بعدة طرق فقد يتم عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق موقع الشبكة، أو عن طريق المحادثة أو التنزيل[1].

1-التعبير عن الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني *E-mail*

يعد البريد الإلكتروني[2]، من أكثر وسائل تبادل المعلومات والرسائل سرعةً ودقةً وأمناً وتوفيراً للوقت والأموال.

فلم يعد البريد الإلكتروني نوعاً من الرفاهية أو الكماليات، لكنَّه أصبح اليوم وبحق من أهم وأسرع وأوثق وسائل الإِتصال، حيث أصبح في بعض البلدان الأوروبية يأخذ صفة الرسمية في المعاملات التجارية[3].

---

1 – بوقرط أحمد، إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، جامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم المجلد 02، العدد 06 شهر أفريل سنة 2019، ص 100.

2 –البريد الإلكتروني يتم إستحداثه بأحد الوسيلتين: الوسيلة الأولى تسمى المنح : وفيها لا يكون للمستخدم الحرية في إختيار مكونات عنوان بريده الإلكتروني، إذ يتكون العنوان في الغالب من إسم المستخدم إلى جانب إسم مورد الخدمة، وهذه الطريقة دائماً ما يتم إعتمادها من الجهات الحكومية والجامعات، بحيث تخصص عنوان إلكتروني خاص للعاملين بها، أو المتعاملين معها فقط، أما الوسيلة الثانية: تسمى بالاختصار، فنجد أنَّ مورد الخدمة يترك للمستخدم الحرية الكاملة في تكون العنوان وبالطريقة التي تناسبه حيث لا يحد من ذلك سوى ما تقضيه الشبكة، منها عدم قبول التسجيل بإسم تم تسجله سابقاً، وقد يكون الإِشتراك بمقابل أو مجاناً، والعناوين البريدية الإلكترونية في شكلها تتكون من ثلاثة أجزاء:

- الجزء الأول يعرف بـ *conlglin name*
- الجزء الثاني: علامة @
- الجزء الثالث: إسم الحقل *domain name* *(hotmeil, yahoo….ect)* لذلك الشخص، أما إمتداد عنوان البريد الإلكتروني الذي يتألف من حرفين أو ثلاثة، فهو يبين نوع المضيف، فمثلا يقدم موفر الخدمات الشبكية عنوان بريد إلكتروني ينتهي بالامتداد ، *(net)*، بينما تقدم الشركات التجارية عناوين تنتهي بالامتداد *(com)*، والرمز *edu* للجامعات ، أما *gov* فيشير إلى الهيئات الحكومية، ويدل الرمز org على المنظمات العالمية وهكذا. العيشي عبد الرحمان، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم–تخصص قانون–قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر1 كلية الحقوق، الموسم الجامعي 2016م/2017م، ص72

3–اسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص 243.

ويعرف البريد الإلكتروني بأنَّه" اِستخدام شبكة الإنترنت كمكتب للبريد حيث يخصص مقدم الخدمة للعميل حيزاً معيناً، على جهاز الكمبيوتر الخاص به والمتصل بشبكة الإنترنت من أجل صندوق خطاباته، بحيث يستطيع مستخدم الإنترنت بواسطة هذه الخدمة تلقي الرسائل من أي مستخدم آخر للإنترنت، كما يمكنه أيضاً إرسال الرسائل إلى أي شخص له عنوان بريد إلكتروني، وتتم هذه الخدمة مجاناً، ولا يستغرق إرسال الرسالة واِستقبالها سوى بضع ثوان"[1].

والبريد الإلكتروني من الوسائل الشائعة في إبرام عقود الاِستهلاك الإلكتروني، حيث يقوم المستهلك بالتعبير عن إرادته من خلال الدخول إلى العنوان الذي يرغب في التعامل معه وإرسال رسالة إلكترونية إليه، وذلك بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة، ثم الضغط على مفتاح الإرسال، فيقوم برنامج البريد الإلكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى الخادم *Mail server* الذي يقوم بتوصيل الرسالة إلى جهاز المرسل إليه، ليتم تخزينها في صندوق بريده الذي يسمى الوارد *Inbox*، وبذلك يستطيع المرسل إليه قراءة الرسالة بمجرد فتحه لصندوق بريده والرد عليها[2].

غير أنَّ التعبير عن الإرادة بِاستخدام البريد الإلكتروني في اِبرام عقود الاِستهلاك الإلكتروني أثار مسألة ما إذا كان الإعلان عن المنتجات والخدمات عبر البريد الإلكتروني يشكل إعلاناً للتعاقد من عدمه، خصوصاً أنَّ اِستخدم البريد الإلكتروني غالباً يتم بين أشخاص معروفين وللإجابة على ذلك لابُدَّ أنْ نوضح أنَّ الإعلان عن التعاقد يكون عن طريق ترويج المنتجات والخدمات إلى جمهور المستهلكين، أي إلى أشخاص غير معروفين.

1 – عادل حسن، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية (الجزء الثاني) – مجلة مركز بحوث الشرطة–تصدر عن مركز بحوث الشركة بأكاديمية مبارك للأمن – العدد الثالث والثلاثون–يناير 2008م–ص 299.

2 – بوقرط أحمد، إشكالية التراضي في العقود الالكترونية، مرجع سابق، ص 102.

لكن برغم من أنَّ الإعلانات الموجهة بواسطة البريد الإلكتروني، توجه إلى صناديق بريد معروفة مسبقاً، إلا أنَّها تأخذ شكل نموذج موحد، فهي تخرج من نطاق الرسائل الخاصة، وبالتالي تدخل في نطاق الإعلانات التجارية وتخضع لقواعدها وأحكامها، وهذا ما توصل إليه القضاء في فرنسا[1].

2-التعبير عن الإرادة من خلال شبكة الموقع الإلكتروني ويب *Web*

تعتبر الشبكة العنكبوتية العالمية والتي يرمز لها اختصارا بـ *WWW*، من أهم الخدمات التي يقدمها الإنترنت على الإطلاق، وهي أداة أو مجموعة برامج يتم من خلالها اِستعراض المعلومات المتاحة على شبكة الإنترنت، فهي أكثر الخدمات اِنتشارا لسهولة اِستخدمها، وكذلك لثراء ما تقدمه من الوثائق والصور والأفلام، فالإعلان عن طريق الويب يسمح بوصول الرسالة الإعلانية إلى المستهلكين في شتى أنحاء العالم، كما يسمح بتعديل محتوى الرسالة بِاستمرار كما يأخذ الإعلان عن طريق شبكة الويب أشكالاً مختلفة منها لوحة الإعلان *Banner*[2].

ويتم التعبير عن الإرادة عبر شبكة الويب من خلال بحث المستهلك أو المستخدم عن السلعة أو الخدمة التي يريدها، وبعد ذلك يقوم بِاستخدام الرمز الذي يوصله إلى الشركة العارضة فيختار الجناح العارض للسلعة التجارية، ثم ينتقي ما يحتاجه من اللائحة النهائية التي تظهر على شاشة الحاسوب وبنقره على أيقونة الموافقة يجد المستهلك أو المستخدم نفسه أمام العقد النموذجي المتضمن شروط وبنود التعاقد، وفي حالة موافقته على العقد يقوم بالضغط في المكان المخصص للقبول[3].

1 – هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 5 مايو 1981 عندما اِعتبرت أنَّ الخطاب الدوري الموجه من المشروع إلى مختلف عملائه يشكل أداة إعلان، وبالتالي تخرج الرسالة التجارية التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني بين شخصين فقط من نطاق الإعلان.

2 – وهي الوسيلة الأكثر اِستخداماً على موقع الإنترنت، وهي عبارة عن لوحة عرض تحتوي على رسومات توضع في صفحة الويب بغرض الإعلان، وترتبط هذه اللوحة بصفة المعلن على الإنترنت، وعندما يقوم المستهلك بالضغط على اللوحة يتم تحويله إلى صفحة في موقع المعلن، والتي تمكنه من معرفة جميع المعلومات عن الخدمة أو المنتج المعلن عنه.

3 – العيشي عبد الرحمان، ركن الرضا في العقد الالكتروني، مرجع سابق ص 72.

وتفادياً للخطأ الذي يمكن أن يقع فيه المستهلك في الضغط على أيقونة القبول سهواً أو عن غير قصد، فإنَّ أغلب المواقع الإلكترونية للشركات التجارية أصبحت مزودة ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في التعاقد من خلال الضغط مرتين على أيقونة القبول *Double click* وليس مرة واحدة ويطلق عليها اللمسة الأخيرة للقبول *Clic final d'acceptation*[1].

3-التعبير عن الإرادة عبر المحادثة والمشاهدة *Vidéo-Conférence*

التعبير عن الإرادة بطريقة المحادثة الإلكترونية هو نظام معين يسمح للمشتركين بتبادل الرسائل مباشرة عبر شبكة الإنترنت، عبر أماكن اِفتراضية تجمع مجموعات من الأفراد ذات اِهتمامات مشتركة للمحادثة وتبادل الرسائل عبر الشبكة،[2] ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أنْ تكون الأطراف المتعاقدة متصلة بأحد أجهزة خدمة *Internet Replay Chat – IRC*– فيقوم البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزئيين، بحيث يقوم الطرف الأول بالكتابة على جزء من الشاشة وفي نفس الوقت يرى ما يكتبه الطرف الثاني في الجزء المخصص له.

ويطلق على هذه الطريقة بالتعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين بالصوت والصورة كما تتميز هذه الطريقة بإمكانية الدعاية الأحادية، إذ بإمكان أي شركة مختصة الدخول في مناقشات ومحادثات فردية مع أحد المشتركين من أجل الدعاية لمنتج أو خدمة ما.

ثانياً: مراحل التعبير عن الإرادة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

يعتبر عقد الاِستهلاك الإلكتروني الشريان الحيوي للتجارة الإلكترونية التي يتم من خلالها تبادل السلع والخدمات وإبرام العقود بِاستعمال وسائط إلكترونية، وذلك دون أنْ يعرف كل من المتعاقدين الآخر، بل وبدون معرفة الموقع أو التأكد من البضاعة أو الخدمة المعلن عنها، وهل هذا العرض حقيقي أو وهمي[3].

1 بوقرط أحمد، إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 101.

2 – إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص 251.

3 – قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص 53.

لذلك نجد أنَّ التعبير عن الإرادة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني، يحتاج إلى بحث دقيق، وذلك نظراً لتعدد طرق التعاقد بِاستعمال الوسائل الإلكترونية، وغياب التواجد المادي للأطراف المتعاقدة، كما أنَّ المتدخل في كثير من الأحيان يكون عرضه دعوة إلى التعاقد أو أنْ يكون عرضه في صورة عبارات تحتاج إلى تكييف قانوني، خصوصاً في ظل كثرت الإشهارات التجارية الهجومية، التي يمكن أنْ تؤدي حتماً إلى خداع المستهلك.

وإذا كان إبرام عقود الاِستهلاك التقليدية قد لا يمر بمرحلة تمهيدية، وإنَّما يدخل الطرفان إلى المرحلة التعاقدية مباشرة فإنَّ المرحلة التمهيدية تبدو ضرورية ولا غنى عنها في عقود الاِستهلاك الإلكتروني، وفي جميع الأحوال فإنَّ التعبير عن الإرادة يمر بمرحلتين: مرحلة تمهيدية، ومرحلة تعاقدية "نهائية"[1].

1: المرحلة التمهيدية

تستلزم عقود الاِستهلاك الإلكتروني ضرورة المرور بمرحلة تمهيدية وهي التي تتميز بدورها البارز والفعال لغرض التحضير لإبرام العقد النهائي، فأولى الخطوات الواجب إتباعها من المستهلك هو البحث على موقع تجاري " معرض اِفتراضي" لعرض السلع أو الخدمات، مع وجوب التأكد منه هل هو موقع حقيقي أم وهمي؟ واتباع كل الأساليب التي من شأنها أنْ تساعده على التأكد من هوية المتعاقد معه، ومعرفة عرضه هل هو دعوة إلى التعاقد أم إيجاباً ملزماً للتعاقد[2].

لأنِّ الدعوة إلى التعاقد في العقود المبرمة بِاستعمال الوسائل الإلكترونية، تختلف عن الإيجاب في كونها لا تتضمن تحديد جميع المسائل الجوهرية الخاصة بالعقد، ولا تتوفر على نية الاِرتباط القانوني، حتى إذا كانت المسائل الجوهرية محددة[3].

1-رامي محمد علوان،" التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، 26 ديسمبر 2002، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص 237 وما بعدها.

2 – قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص54.

3 – خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية الإسكندرية، د.ط، 2007، ص 247.

كما أنَّه بعد الدعوة إلى التعاقد غالباً ما يدخل طرفا عقد الإستهلاك الإلكتروني في مفاوضات عن طريق التفاعل المباشر عبر الإنترنت، بإستعمال وسائل الإتصال الإلكترونية من خلال تبادل الإقتراحات والمساومات التي قد تنتهي بالإتفاق على تحديد إلتزامات كل طرف أو بعدم الإتفاق.

ويقصد بالتفاوض على العقد، كل إتصال أو تشاور أو تحاور بين الطرفين من أجل الوصول إلى إتفاق نهائي وإبرام العقد[1]، وتعتبر مرحلة التفاوض في عقود الإستهلاك الإلكتروني مرحلة سابقة على التعاقد ومن أخطرها، لما تحتويه من تحديد إلتزامات طرفي العقد، والمسؤولية القائمة في حالة الإخلال بهذه الإلتزامات.

وينصرف وصف التفاوض الإلكتروني، إلى كل العقود التي ترد على محل إلكتروني مثل عقود الخدمات والمعلومات الإلكترونية، كما ينصرف هذا الوصف إلى كل أداة تفاوض إلكترونية حيث وفرت التكنولوجيا الحديثة وسائل إتصال مباشرة بالغة التقدم بفضل الأقمار الصناعية والألياف البصرية[2].

يدخل المتعاقدان في هذه المرحلة في مفاوضات ترتكز أساساً على مبدأ الحرية والوضوح وحسن النية الذي يجب أنْ يسود العملية التفاوضية وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في الأمر رقم 131-2016 الصادر في 10 فيفري 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي في المادة 1112 الفقرة الأولى[3].

1 – أكرم محمود حسن البدو، محمد صديق محمد عبد الله " أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات" مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثالث عشر، العراق، العدد، 49 2012 ،ص.127.

-2 *Christian LARROUMET، Droit civil، Les obligations، le contrat، Tome 3, Economica, Paris, 6ème edition, 2007, p81.*

-3 ***Art: 1112 d 'ordonnance n 2016- 131 du 10 février portant réforme du droit des Contrats, du régime général et de preuve des obligations: «*** *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ».*

2-المرحلة التعاقدية

من المعروف كقاعدة عامة أنَّ أي عقد لا يبرم إلا بإيجاب صادر من أحد المتعاقدين يقابله قبول صادر من الطرف الآخر، بأية وسيلة كانت، من أجل إحداث أثر قانوني، يتمثل في إنشاء اِلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، غير أنَّ معظم التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية لم تضع مفهوما للإيجاب الإلكتروني، وإنَّما اِكتفت بجواز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، على أساس أنَّ الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي، فقط من حيث الوسيلة، ولا تخرج عقود الاِستهلاك الإلكتروني عن هذه القاعدة، بحيث أنَّ الإيجاب والقبول يتحققان فيها عادة بِاستخدام الوسائل الإلكترونية، كما تحدثنا آنفاً، إذن فالإيجاب هو الخطوة الأولى في المرحلة التعاقدية لإبرام عقود الاِستهلاك الإلكتروني، ويليه صدور قبول مطابق له كخطوة ثانية.

ولقد عرَّفت محكمة النقض المصرية الإيجاب بأنَّه "العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اِقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"[1].

والإيجاب في عقود الاِستهلاك الإلكتروني، لا يختلف عن معناه الأصلي الوارد في النظرية العامة للاِلتزامات، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب مركز الطرف الضعيف في الرابطة العقدية ووسيلة التعبير عن الإرادة عبر وسيلة إلكترونية.

وقد عرفه التوجيه الأوروبي رقم 98-8 الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد الصادر في 20 ماي 1998 الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنَّه:" كل اِتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أنْ يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[2].

1- صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص 191.

2 - قدري محمد محمود، مرجع سابق ص 58.

والإيجاب في عقود الاستهلاك الإلكتروني، قد يكون إيجاباً خاصاً موجهاً إلى مجموعة محددة من الأشخاص، ويكون ذلك في غالب العقود التي تبرم بواسطة البريد الإلكتروني أو عن طريق برامج المحادثة، أو منصات التسوق الإفتراضية[1]، وقد يكون إيجاباً موجهاً إلى جمهور المستهلكين بدون تحديد، أو إلى كل زائري الموقع عبر صفحات الويب.

وتطبق على عقود الإستهلاك الإلكتروني القواعد العامة في القانون المدني الخاصة بالإيجاب، بالإضافة إلى القواعد الواردة في قوانين الإستهلاك والمتعلقة بالإعلام حول المنتجات والخدمات، أو بتعبير آخر ضرورة تحديد العناصر الجوهرية للعقد، أما المسائل الثانوية فلا تؤثر في الإيجاب، إلا إذا كانت شرطاً للتعاقد[2].

وأنْ يكون هذا التعبير عن الإرادة نهائياً أي باتاً جازماً في دلالته على إرادة الإرتباط بالعقد[3].

وقد نصت المادة 1127-1 من القانون الفرنسي على خمسة بيانات يجب أنْ تتوفر في الإيجاب الإلكتروني الصادر من المتدخل وهي:

1-المراحل المختلفة واجبة الاتباع لإبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية.

2- الوسائل التقنية التي تسمح لمن وجه إليه الإيجاب، قبل إبرام العقد بتحديد الأخطاء المحتمل الوقوع فيها عند إدخال البيانات وتصحيحها.

3- اللغات المقترحة لإبرام العقد على أنْ يكون من بينها اللغة الفرنسية.

4- عند الاقتضاء، طرق حفظ العقد من قبل صاحب الإيجاب وشروط الإطلاع عليه بعد حفظه.

---

1 -وبهذا يكون التمييز فيما يتعلق بالإيجاب الإلكتروني بين الإيجاب الصادر من المواقع التجارية والإيجاب الصادر من المحلات الإفتراضية، فالدخول إلى المواقع التجارية يكون عادة مفتوحاً للجمهور عامة، أما المحلات الإفتراضية فبعضها يقصر دخولها والإتصال بها على عملائه الحاصلين على إشتراك خاص، لذلك فإنَّ هذه المحلات لا تكون دائماً متاحة للعامة، وتكون أكثر دقة في إعلاناتها بخلاف المحلات الإفتراضية.

2 - إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص 467.

3 - هبة ثامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص169.

5- وسائل الاطلاع بالطريقة الإلكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي ينوي صاحب الإيجاب، عند الاقتضاء الخضوع لها. مع القواعد المهنية والتجارية التي يقبل مؤلف العرض الخضوع لها إذ لزم الأمر[1].

كما تناولت المواد 1/111، 1/114، 18/121 من قانون الإستهلاك الفرنسي الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني، والمادة العاشرة من التوجيه الأوروبي رقم 9/98 بشأن البيع عن بعد، وكذلك المادة العاشرة من التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية[2].

غير أنَّ بعض التشريعات لم تكتفِ بالقواعد العامة المتعلقة بالإيجاب، بل إشترطت عدة أمور لحماية المستهلك الإلكتروني[3].

1- ***Article 1127-1*** *Quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. L'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.*
L'offre énonce en outre :
1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;
2° Les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;
3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit figurer la langue Française ;
4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;
5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.

2 – مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر،2012 ص212.

3 – حيث نجد أن الإتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية (غرفة التجارة والصناعة في باريس أكتوبر 1988) نص على ضرورة أن يتضمن الإيجاب بيانات محددة ومفصلة، من أجل إعطاء أكبر حماية للمستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في المعاملات والعقود الإلكترونية فيجب أن يتضمن الإيجاب البيانات الكافية على شخصية الموجب، السلعة المقدمة وأوصافها وطبيعتها وخصائصها، السعر ونفقات التسليم، المدة المحددة للعرض، كيفية الوفاء والتسليم، حق المشتري في الرد وإعادة النظر، كما يجب أن يكون العرض واضحاً وعبارته سهلة تفهم دون تكلف، كما نجد أن المشرع التونسي نَصَّ في التشريع رقم 83 لسنة 2000 الصادر في 9 أغسطس، على ضرورة توافر بعض البيانات والمعلومات في العرض المقدم من الموجب.

ومما سبق يمكن تعريف الإيجاب في عقود الإستهلاك الإلكتروني بأنَّه:" تعبير الراغب في التعاقد عن بعد بإستخدام وسيلة من وسائل الإتصال الإلكترونية أو التقنية الحديثة يتضمن تحديد كافة العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد، دون تأويل أو غموض، بحيث يستطيع من وجه إليه أنْ يقبل التعاقد مباشرة".

أما الخطوة الثانية في المرحلة التعاقدية هي أنَّ العقد لا يكتمل إبرامه إلا إذ عبر الموجب له عن قبوله للشروط الواردة في عرض الإيجاب دون تعديل، أو تحفظ وإلا أُعتبِر إيجاباً جديداً وليس قبولاً[1].

ويعرف القبول بصفة عامة بأنَّه:" التعبير اللاحق والذي يصدر ممن يوجه إليه هذا الإيجاب، حاملاً إرادة مطابقة أو موافقة لإرادة الموجب"[2].

ويعتبر القبول الإرادة الثانية في العقد الصادرة عمن وجه إليه الإيجاب معبراً من خلالها بصفة قاطعة وجازمة على التعاقد وفقاً للعناصر الجوهرية المعبر عنها في الإيجاب[3].

بحيث يشترط في القبول أنْ يكون مطابقاً للإيجاب في جميع المسائل، سواء جوهرية أو تفصيلية حيث تنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري على أنَّه" أذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وإحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أنْ لا آثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها، أُعْتبِر العقد مبرماً وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها، فإنَّ المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[4].

1 – وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 66 من القانون المدني " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً "

2 – جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، د.ط، مصر، 1976، ص 169.

3 – حمودي محمد ناصر، مرجع سابق ص 197.

4 – تقابلها المادة 95 من التقنين المدني المصري.

والتعبير عن القبول في عقود الإستهلاك الإلكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي في عقود الإستهلاك من حيث خضوعه للقواعد العامة والقوانين المتعلقة بحماية المستهلك فالخصوصية التي يتميز بها هي كونه يتم عن بعد بإستخدام وسائط ودعائم إلكترونية.

لذلك نجد أغلب التشريعات التي نظمت التجارة الإلكترونية لم تضع للقبول تعريفاً محدداً وقد إعترف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة اليونسترال في عام 1996 في المادة 11 منه بجواز أنْ يكون التعبير عن القبول بإستخدام رسائل البيانات، وأنَّ هذا العقد لا يفقد صحته، أو قابليته للتنفيذ لمجرد إستخدام رسالة بيانات لهذا الغرض.

وبالتالي يمكن تعريفه بأنَّه: « تعبير يصدر ممن وجه إليه الإيجاب بإستخدام وسيلة إلكترونية يفيد موافقته على إبرام العقد طبقاً للشروط الواردة في الإيجاب»[1].

والتعبير عن القبول في عقود الإستهلاك الإلكتروني لا يكون إلا صريحاً، سواء بإستخدام اللفظ الذي يدل مباشرة على المعنى المقصود منه، ويظهر بوضوح شكل التعبير عن إرادة المستهلك، وهناك من البرامج الإلكترونية من يوفر أكبر حماية للمستهلك في هذا المجال إشترطت من أجل تأكيد صحة القبول ضرورة الإجابة على بعض الأسئلة مع تكرار النقر على أيقونة القبول *double click* حتى يكون القبول في صورة أكثر فعالية[2].

وإذا كان الإيجاب بإعتباره موقفاً إيجابياً، لا يمكن التعبير عنه بمجرد السكوت بإعتباره موقفاً سلبياً، فإنَّ التعبير عن القبول قد يكون –على سبيل الإستثناء–في حالات معينة.

هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 68 الفقرة الثانية من القانون المدنـي " ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

1 – ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 225.

2 –إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص 453.

وفي نفس السياق قضت محكمة النقض المصرية في طعن لها بتاريخ 1984/11/27 بأنَّه: " من المقرر وفقاً لنص المادة 2/98 من القانون المدني أنَّ مجرد السكوت لا يصلح بذاته تعبيراً عن الإرادة ولا يعتبر قبولاً إلا إذا كان متعلقاً بتعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل بأن كان مكملاً أو منفذاً أو معدلاً أو ناسخاً له"[1].

غير أنَّ هذه القاعدة العامة لا يمكن إعمالها في مجال عقود الاِستهلاك الإلكتروني حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فلا مجال للكلام عن العرف والعادة، في هذا النوع من العقود، خصوصا أنَّ العقد يبرم بين طرفين غير متكافئين، وعليه لا يمكن اِستنتاج القبول من مجرد السكوت، كما أنَّه لا يوجد أي نص قانوني في التشريعات المقارنة التي تناولت موضوع التجارة الإلكترونية ما يفيد اِعتبار السكوت قبولاً، كما أنَّ التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 2000، وفي مادته التاسعة لم يعتبر السكوت قبولاً[2].

وبالتالي فإنَّ عقد الاِستهلاك الإلكتروني لا ينعقد إلا بتطابق الإيجاب والقبول الإلكترونيين، وهذه هي المشكلة الأساسية التي تواجه القاضي المختص بالفصل في النزاع نظراً لاِختلاف صيغ التعاقد الإلكتروني من جهة، ومن جهة أخرى أنَّ أغلب هذه العقود نموذجية معدة مسبقاً، مما يشكك في وجود التراضي الإلكتروني فيها.

إذ يجد القاضي المختص نفسه أمام إشكالية عدم تطابق الإيجاب مع القبول، لأنَّ في كثير من الأحيان يختلف الإيجاب الإلكتروني عن القبول الإلكتروني، كون المستهلك يبدي موافقته على العقد المعد سلفاً من المتدخل، وفق شروط جديدة يحددها هو تختلف تماماً عن شروط الصيغة المرسلة إليه، دون أنْ يولِ أي اِهتمام بملحق الرسالة الإلكترونية المرفقة مع أصل العقد.

1 – مشار إليه لدى: حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 203.

2 -L'absence de réponse ne vaut pas consentement

وتتضح هذه الإشكالية بصورة جلية في التعاقد بواسطة العقود النموذجية بحيث لا يستطيع أي من المتعاقدين إدخال أي تعديل على العقد، فنجد المستهلك يقبل التعاقد وحتى دون مراجعة شروط ملحق الرسالة الإلكترونية، وبشروط مغايرة.

وللوصول إلى حل لهذه المشكلة نجد أن المادة الخامسة (مكرر) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية نصت على الِاعتراف القانوني بملحق الرسالة الإلكترونية الملحقة بالعقد الأصلي، مع منح القاضي السلطة التقديرية، فإذا كانت المسائل التفصيلية موجودة بملحق الرسالة الإلكترونية و تم الِاتفاق على المسائل الجوهرية عند إبرام العقد، فهنا يقوم القاضي بإكمال العقد طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، أما إذا لم يتم الِاتفاق على المسائل الجوهرية ففي هذه الحالة لا يبرم العقد ويعتبر القبول بمثابة إيجاب جديد يحتاج إلى قبول حتى يتم العقد[1].

الفرع الثاني

عيوب التراضي في عقود الِاستهلاك الإلكتروني

لا يكفي لانعقاد العقد طبقاً للقواعد العامة وجود الأهلية للمتعاقدين وتطابق الإيجاب مع القبول، بل لابُدَّ أنْ يكون هذا العقد صحيحاً حتى ينتج آثاره القانونية، ولا يكون كذلك إلا إذا كانت إرادة المتعاقدين سليمة حرة وخالية من العيوب، غير أنَّ القوانين المدنية لم تتفق على حصر عيوب الإرادة كما اِختلفت في التفرقة بين وجودها أصلاً أو وجودها معيبة تجيز إبطال العقد ولا تعدمه[2].

1-عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بين القوانين المدنية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد، دار الكتب العلمية، د.ط، بيروت لبنان 2015، ص 166.

2 - حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 220 .

ولا شك أنَّ عيوب الإرادة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني تخضع لنفس القواعد العامة المحددة لها، والتي حصرتها أغلب التشريعات المدنية بما في ذلك المشرع الجزائري في أربعة عيوب هي: الغلط، والتدليس، والإكراه، والاِستغلال، إلا أنَّ البيئة الاِفتراضية الدولية واللامادية التي ينعقد فيها هذا العقد، وما تتسم به من تعقيدات من جهة، وعدم التكافؤ بين أطراف العلاقة التعاقدية من جهة أخرى أدى إلى ظهور تطبيقات جديدة لعيوب الرضاء لم تكن مطروحة على نظرية العقد التقليدية ولا على ساحة القضاء[1].

الأمر الذي دفع بالفقه والقضاء إلى التوسع في فهم عيوب الإرادة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني بهدف تحقيق أكبر حماية للطرف الأقل خبرة أو قدرة، وذلك من خلال فرضه على المتعاقد الأكثر خبرة ودراية فنية، ضرورة إعلام وتبصير المستهلك بكل المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاءه بالعقد[2].

وهو ما جعل المشرع الجزائري رغبة منه في حماية رضاء المستهلك في إطار التعاقد الإلكتروني من عيوب الإرادة التأكيد في قانون التجارة الإلكترونية[3]، على إلزام المورد الإلكتروني بوضوح عرضه التجاري، وتقديم كل ما من شأنه أن يسمح من التأكد من صحته، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة، وذلك تفادياً لوقوعه في أي غلط، بالإضافة إلى مسألة الإشهارات المضللة التي من شأنها أن تؤثر على إرادته، غير أنَّه لم يتطرق بالتفصيل لعيوب الإرادة وهذا ما يدفعنا إلى الرجوع إلى القواعد العامة ومحاولة إسقاطها على عقود الاِستهلاك الإلكتروني مركزين في ذلك على أوجه الخصوصية.

1 – أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الاليكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 2009، ص 196.

2 – إسماعيل يوسف حمدون، مرجع سابق، ص 342.

3 – المادتين 10-11 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق .

أولا: خصوصية الغلط والتدليس في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

1-خصوصية الغلط *(L'erreur)*

لم يعرف المشرع الجزائري الغلط في القانون المدني غير أنَّ الفقه عرَّفه بأنَّه" وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته، وهو يؤدي إلى إبطال العقد إذا اِنصب على ماهيته، أو شرط من شروط الانعقاد أو محل العقد"[1].

ولقد نظم المشرع الجزائري الغلط في المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني بحيث يشترط للتمسك بالغلط أنْ يكون جوهرياً، وذلك كما ورد في نص المادة 81 منه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أنْ يطلب إبطاله".

ويقصد بالغلط هنا الذي من شأنه ألا يمنع من وجود الرضا وإنمَّا يعيبه، ومن ثم فهو لا يؤثر على وجود العقد، وإنَّما يجعله قابلاً للإبطال أو باطلاً بطلاناً نسبياً[2].

كما وضح المشرع الجزائري في المادة 82 من القانون المدني متى يكون الخطأ جوهرياً في الحالات التالية:

- إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.
- إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اِعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية.
- إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

1 – فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2010، ص 98.

2 –عبد الله عبد الكريم عبد الله، أثر التغيرات التكنو–قانونية في إبرام العقد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد3– العدد التسلسلي 23– ذو الحجة 1439 هـ/محرم 1440 هـ – سبتمبر 2018م، ص 182.

ومن هذه المادة يتضح أنَّ المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الذاتي في تحديد الغلط وبالتالي يخرج من نطاق الغلط في عقود الإستهلاك الإلكتروني الغلط المانع والغلط المادي[1]، كما اِعتَّبر الشرط الوحيد للغلط المعيب للإرادة هو الغلط الجوهري، وبيَّن الحالات التي يكون فيها الغلط جوهرياً.

والغلط في عقود الإستهلاك الإلكتروني أمر وارد كما في العقد التقليدي وبالتالي يخضع في تحديده إلى نفس القواعد العامة.

غير أنَّ خصوصيته، تكمن في كونه تعاقداً يتم من خلال وسائط إلكترونية عن بعد بين طرفين غير متكافئين من حيث الخبرات الفنية والقانونية والاقتصادية من جهة.

كما أنَّ عدم التواجد المادي في مجلس عقد واحد يجعل المستهلك الإلكتروني أكثر عرضة للوقوع في الغلط من نظيره المستهلك التقليدي[2]، من جهة أخرى

والغلط كعيب يدعى به كثيرا في العقود التي تبرم عن بعد، لذا لا يمكن حصر أنماط أو صور الوقوع في الغلط في عقود الإستهلاك الإلكتروني

وأغلب حالات الإبطال في عقود الإستهلاك الإلكتروني للغلط، تكون بشأن الغلط في شخص المتعاقد الآخر أو الغلط في الباعث، فضلاً عن الدعايات الإلكترونية السلبية التي من شأنها أنْ تؤدي إلى الوقوع في مثل هذا الغلط المعيب للإرادة، كأن يتعاقد المستهلك مع بائع الأجهزة الإلكترونية على أنَّه ذو خبرة في برامج الحاسب الآلي ثم يكتشف عدم خبرته وبيعه برامج لا تتناسب ورغباته.

1 –الغلط المانع: وهو الذي يكون مانع من التعاقد أصلا، بحيث يؤدي إلى عدم إنعقاد العقد، لا مجرد قابليته للإبطال لأنه يمس وجود أركان العقد أو يمس ماهيته ووجوده، فمثلاً يبرم المستهلك الإلكتروني العقد، بقصد تأجير برنامج أو جزء منه على موقع إلكتروني، فيقبل المتعاقد الآخر العقد على أساس أنه بيع وليس إيجاراً، فهنا يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

الغلط المادي: هذا الغلط لا يتعلق بصفة جوهرية في العقد، وبالتالي لا يبطل العقد لأنَّه يعد من عيوب الإرادة، كغلط في الحساب أو الكتابة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 84 من القانون المدني الجزائري على أنَّه:" لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط "

2 – عدو حسين، الحماية المدنية لرضا المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري مجلة القانون العدد الأول، 2018/12/30، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، ص 206 .

كما أنَّ قلة الخبرة في اِستعمال المستهلك للإنترنت قد تتسبب في الغلط في شخص المتعاقد معه لتشابه الأسماء، أو لتشابه مواقع الإنترنت التي تصادف عرض نفس السلعة، أو لعدم مطابقة السلعة المعروضة بالصورة لحقيقتها في الواقع الخارجي، حيث يعتمد المتعاقد على المواصفات الاِفتراضية لإبرام العقد[1].

وبالتالي إذا أردنا تطبيق الشروط التي جاء بها المشرع الجزائري في القانون المدني، وقانون التجارة الإلكترونية على عقود الاِستهلاك الإلكتروني، فإنَّ الغلط الذي يعيب رضا المستهلك الإلكتروني ويمنحه الحق في أنْ يطلب إبطال العقد، مرتبط بوجود متعاقدين إلكترونيين مختلفين من حيث الواقع، الأمر الذي من شأنه أنْ يؤثر على قدرتهما في الحكم بدقة على الشيء المبيع وكذلك تحديد أوصاف هذا الشيء المبيع خاصة في ظل تطور الإعلانات التي قد تكون خادعة أو مضللة في كثير من الأحيان، وأنْ يكون هذا الغلط جوهرياً، ومن هنا كان لزاماً على المتدخل أو التاجر ضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني بكافة البيانات الضرورية التي تجعله على بينة من أمره.

لذلك نجد أن المادة (11) من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري اِشترطت من أجل حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة عيب الغلط المعيب لرضاه عدة شروط يلتزم بها المورد الإلكتروني حيث نصت أنَّه: «يجب أنْ يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أنْ يتضمن على الأقل ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية...».

وهذا يعني أنَّه لابُدَّ من تنوير وتبصير المستهلك الإلكتروني بجميع المعلومات الضرورية والجوهرية المتعلقة بوصف السلعة أو الخدمة محل التعاقد بشكل دقيق يتحقق بموجبه العلم الكافي النافي للجهالة، علاوة على تحديد شخصية المتدخل أو التاجر، وتحديد الثمن تحديداً دقيقاً، إضافة إلى المدة التي يبقى فيها العرض قائماً بحيث إذا صادفه قبول من المستهلك تم العقد، وبالتالي يقع على عاتق المهني تزويد المستهلك الإلكتروني بكافة المعلومات الكافية التي تمكنه من اِتخاذ قراره بالتعاقد[2].

1 – أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 197.

2 – عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 183.

كما ألزم التوجيه الأوروبي رقم 36/2000 بشأن التجارة الإلكترونية من خلال نص المادة 11 منه" مقدمي الخدمات بعرض الخدمات على العميل بالتفصيل الدقيق وأنْ يوفروا له كل المعلومات بكافة الطرق لفهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في الغلط"[1].

والمشرع الجزائري قد نص في المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية على مراحل إلزامية تمر بها طلبية منتوج أو خدمة، من أجل تبصير إرادة المستهلك بالمعلومات والبيانات المتصلة بالعقد لتنوير إرادته، حتى يتم التوصل إلى تقرير جوهرية الغلط.

إنَّ تقرير هذا الإلتزام على عاتق المتدخل هو إجراء وقائي من شأنه أن يؤدي إلى حماية المستهلك الإلكتروني وإستقرار التعاملات وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية، كما يخفف من عبء إثبات الغلط في عقود الإستهلاك الإلكتروني، لأنَّ إثبات جوهرية الغلط، وأنَّه هو الدافع للتعاقد هو أمر نفسي يصعب إثباته مالم يتأيد بمظاهر خارجية، بالإضافة إلى صعوبة إثبات إتصاله بالمتعاقد الآخر على إعتبار أنَّ العرض الإلكتروني لا يكون متاحاً دائما، فقد يزول أو يتم تعديله من طرف المهني وبالتالي يكون من المتعذر على المستهلك الإلكتروني إثبات البيانات التي تم عرضها حول السلعة أو الخدمة التي تضمنها الإعلان أو الرجوع إليها لأنَّه يسهل على المتدخل تعديل العرض أو إزالته من على شبكة الإنترنت، فكلما زاد إلتزام المتدخل بهذا الإلتزام قلت عرضة وقوع المستهلك الإلكتروني في الغلط.

وعلى هذا يكون لجوء المستهلك إلى نظرية الغلط في عقود الإستهلاك الإلكتروني وسيلة محدودة لتحقيق الحماية، نظراً لطبيعة الشروط والقيود التي تحكم تمسك المستهلك بالغلط بالإضافة إلى صعوبة إثبات ذلك في البيئة الإفتراضية.

1 – عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب" دراسة تحليلية مقارنة لتقرير حماية فعالة للمستهلك لمواجهة القوة الإحتكارية لشركات إنتاج برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، د.ط، 2015، ص 303.

2-خصوصية التدليس[1]. *(Le Dol)*

يعد التدليس من العيوب التي قد تلحق برضا المستهلك الإلكتروني فتجعل إرادته معيبة الأمر الذي يؤثر في مدى صحة عقود الإستهلاك الإلكتروني، ويجعلها قابلة للإبطال أو البطلان النسبي، ويعرف هذا العيب بأنَّه " إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة، عن طريق إستعمال طرق إحتيالية، بقصد دفعه إلى التعاقد"[2].

ولقد نصت المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنَّه " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنَّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة".

ويتضح من هذا النص أنَّ التدليس طريقتين، الأولى: إيجابية تتمثل في القيام بوسائل إحتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، والثانية سلبية وهي سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأن العلم بها إحجام المتعاقد الآخر عن إبرام العقد[3].

وبتطبيق ذلك في مجال عقود الإستهلاك الإلكتروني، فإنَّ التدليس يتجلى من خلال الإعلانات والدعايات الإلكترونية الخادعة للمنتجات والخدمات، عبر الإنترنت على المواقع الإلكترونية أو عبر وسائل التواصل الاجتماعي التي يستعملها المهنيون أو من ينوب عنهم لدفع المستهلكين للتعاقد، بتقديم معلومات غير صحيحة أو كتمان بيانات مهمة حول منتج معين بإستعمال الوسائل الإحتيالية المتمثلة بالدعاية الكاذبة أو المضللة، أو إنشاء مواقع وهمية على شبكة الإنترنت[4].

---

1 – يطلق عليه التغرير في القانون العراقي، والخداع في القانون اللبناني

2 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط، 1998م، ص 391.

3 –عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، د.ط 1981، ص 267.

4 – أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 199 وما بعدها.

وغالباً ما يحدث التدليس في عقود الإستهلاك الإلكتروني من خلال الإعلانات الكاذبة والمضللة، لذلك سوف نتعرض إليها بشيء من التفصيل.

يقصد بالإعلانات الكاذبة والمضللة " كل أعمال دعائية تعتمد على الكذب والخداع والتضليل، سواء أكان ذلك كلياً أو جزئياً، والتي تهدف-الإعلانات-إلى خلق إنطباع غير حقيقي لدى المستهلك حول عنصر أو أكثر من عناصر السلعة موضوع الإعلان سواء كان هذا العنصر من العناصر الأساسية أم غير الأساسية"[1].

كما تم تعريف الإعلان الكاذب في مجال التعاملات الإلكترونية الحديثة بأنّه " الإعلان الإلكتروني المضلل الذي يقدم بأي وسيلة من وسائل الإتصال الحديثة، ويتبع أساليب دعائية من شأنها خداع أو تضليل المستهلك أو إغفال أو إخفاء ذكر أي عنصر من العناصر الجوهرية المتعلقة بالمعاملة التي سيشرع المستهلك في التعاقد عليها والتي تؤدي إلى وقوعه في اللبس أو الخطأ"[2].

وللتمسك بالتدليس في عقود الإستهلاك الإلكتروني طبقاً للقواعد العامة ضرورة توافر ثلاثة شروط هي: إستعمال طرق إحتيالية، وأنْ يكون التدليس دفعاً إلى التعاقد، وصدور التدليس من المتعاقد الآخر أو من ينوب عنه أو علمه به أو إمكان العلم به.

والحكمة من تطلب إتصال الإحتيال أو التدليس، بالطرف الآخر في العقد، هي رغبة المشرع في التقليل من حالات الإبطال وإستقرار المعاملات[3].

---

1 – قدري محمد محمود، مرجع سابق، ص 154.

2 – خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) –رسالة دكتوراه في الحقوق–كلية الحقوق جامعة عين شمس–القاهرة، 2011م، ص 273.

3 – خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2010م، ص 58.

بحيث لا يكفي الكذب وحده حتى يتكون عنصر الحيلة في التدليس، كإمتداح التاجر بضاعته في حدود المألوف في التعامل، بحيث لابُدَّ من توافر العنصر المعنوي والمتمثل في نية التضليل والخديعة، غير أنَّه إذا تجاوز ذلك الحد المألوف وكان مؤثراً في إرادة المستهلك الإلكتروني وكان دافعاً للتعاقد، جاز له الحق في طلب إبطال العقد لتعيب إرادته، على إعتبار أنَّه لا يستطيع معاينة الشيء المبيع من خلال شاشة الكمبيوتر[1].

غير أنَّ الفقه والقضاء الفرنسي توسع في نظرية التدليس، ليشمل الكذب على المشتري زيادة عن كتمان الحقيقة، ففي قضية تم الفصل فيها أمام محكمة الاستئناف بباريس، تتجلى وقائعها حول شركة أعلنت إمتلاكها لحاسب آلي ذي تقنية عالية قدمته على أساس أنَّه ثورة في عالم المعلوماتية، يسمح للمستخدم إستعماله لغرض البرمجة بعد أسبوعين فقط من التدريب دون الحاجة إلى مساعد أو برنامج تشغيل، مما جعل المستهلكين يتهافتون لشرائه، إلا أنَّه بعد فترة من الزمن تبين أنَّ تشغيله يحتاج إلى برنامج لتنصيبه، وبالتالي فهو لا يختلف عن غيره من الأجهزة العادية، مما جعل المحكمة تقضي بأنَّ هذا الإعلان هو مجرد كذب ولا يمت للحقيقة بصلة لهذا يعتبر أنَّ المستهلك الذي إقتناه قد وقع ضحية للتدليس[2].

لذلك نجد أنَّ المشرع الفرنسي في سنة 2016 قد أدخل تعديلاً في قانون العقود الفرنسي الجديد، نص فيه على تعريف التدليس في الفقرة الأولى من المادة 1137 قانون مدنـي " التدليس هو حصول أحد المتعاقدين على رضاء الآخر بإستخدام الطرق الإحتيالية أو الأكاذيب"[3].

1- صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص 204.

2 – علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص328.

3 - Art.1137-01 modifiée par l'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 «Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manoeuvres ou des mensonges».

هذا وأنَّ التدليس يمكن أنْ يحصل حتى في حالة الكتمان، ودون حاجة إلى صدور أقوال أو أفعال إيجابية من المتعاقد الآخر[1]، حيث يحصل هذا بفعل سلبي محض يتمثل في إخفاء العيب وعدم إظهاره للمستهلك الإلكتروني، بحيث لا يتضمن طرقاً اِحتيالية، وإنَّما يقوم على أساس أنَّ المهني، قد أخفى عن المستهلك الإلكتروني في العقد ما كان يجب التصريح به شريطة ألا يكون بمقدرة هذا الأخير معرفة الأمر الذي تم التكتم عليه بنفسه، ولا يشترط لكي يكون الكتمان العمدي تدليساً أنْ يتعلق بكتمان معلومة كاملة فحسب، بل أيضاً حبس أي جزء من معلومة.

فالتدليس يكون واقعاً في عقود الاِستهلاك الإلكتروني في أية حالة يكون فيها من واجب المهني أنْ يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج، أو الخدمة ويمتنع عن ذلك من أجل دفعه إلى التعاقد، ويستند هذا الحكم إلى القواعد العامة التي تقضي بعدم جواز الغش فإذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق اِستخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش، فالغش يفسد كل التصرفات[2].

هذا ومن أجل تفادي الدعاية والإعلانات الإشهارية المضللة وحماية المستهلك في عقود الاِستهلاك الإلكتروني، فقد نص المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية، على الضوابط التي تحكم الإشهار الإلكتروني، وما يجب أن يتوفر فيه من شروط[3].

لذلك نجد بعض التشريعات نصت على حق المستهلك في العدول واِرجاع المنتج خلال مدة قانونية محددة، وهذا ما أقره المشرع الفرنسي في قانون الاِستهلاك والقانون الأمريكي وقانون المعاملات الإلكترونية التونسي، وهذا من أجل توفير حماية أكبر للمستهلك، وهو ما أغفله المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية، لأن هذا الحق من شأنه يحميه من التسرع في قبوله للتعاقد إلا أنَّ المستهلك يعفى من تحمل مصروفات الرد لو تمسك بالتدليس إضافة إلى حقه في طلب إبطال العقد مع التعويض[4].

1 – زياد إبراهيم النجار، قواعد حماية المستهلك من التغرير والغبن في العقود الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2017م، ص 56.

2 – صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص 204.

3 – وهو ما نصت عليه المادة 30 من القانون رقم 05/18 المتضمن قانون التجارة الإلكترونية السالف الذكر.

4 – محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، 2004 ، ص 71.

غير أنَّ الصعوبة تبقى قائمة فكما يصعب إثبات الغلط في عقود الاِستهلاك الإلكتروني يصعب كذلك عملاً إثبات التدليس الذي يقع عبر شبكة الإنترنت نظراً للطبيعة الخاصة للمعلومات والبيانات التي يمكن نقلها عبر هذه الشبكة، وذلك لكون المدلس غاية في الدهاء والفطنة[1].

كما يَعْمِدُ المدلس غالباً إلى إخفاء عمليات التدليس من خلال التلاعب في البيانات الإلكترونية من خلال البرنامج الذي يحكم العقد دون كشط أو شطب، دون أنْ يترك دليلاً مادياً خاصة إذا كان متواجداً بدولة أخرى، مما يتعذر معه ملاحقته وتفتيش مكانه، فهو يتستر وراء سيادة الدولة المتواجد بها، والخاضع لجنسيتها، بالإضافة إلى تطور وسائل القرصنة الإلكترونية، التي يصعب معها تحديد هوية المدلس[2].

وإزاء هذا فقد جرى البحث عن وسائل بديلة للحد من ظاهرة الغش والتدليس في عقود الاِستهلاك الإلكتروني من خلال تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق للتحقق من هوية المتدخل أو المهني ومن جدية العقد المبرم إلكترونياً.

وذلك عن طريق تعقب المواقع التجارية عبر الإنترنت، وذلك بالاِستعانة ببرامج معلوماتية ذكية قادرة على كشف عمليات التدليس الإلكتروني، وتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة توضح فيها عدم مصداقية الموقع أو أنَّه موقع وهمي[3].

1 – أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الانترنت، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع الطبعة الأولى 2017، ص 45.

2–أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق ص201 .

3 – جابر محجوب، النظرية العامة للاِلتزام، الجزء الأول، مصادر الاِلتزام في القانون القطري، منشورات كلية القانون، جامعة قطر 2016، ص 208.

ومع هذا فإنَّ نظرية التدليس لا تمنح المستهلك الإلكتروني تلك الحماية الفعالة، لأنَّ المستهلك سيجد حتماً صعوبة بالغة في تحقيق ذلك، حيث يجد نفسه أمام عدد من العقبات الإجرائية، في الوقت الذي نشهد فيه عزوف المستهلك الفرد عن اللجوء إلى القضاء إمَّا بسبب الجهل أو طول إجراءات التقاضي أو اِرتفاع تكليف التقاضي أو هما معاً[1].

ثانياً: خصوصية الإكراه والاِستغلال في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

1-خصوصية الإكراه *(La Violence)*

يعرف الإكراه بأنَّه" ضغط غير مشروع يبعث في نفس المتعاقد رهبة تحمله على إبرام العقد"[2].

ولقد نظم المشرع الجزائري الإكراه المعيب للإرادة في المادتين 88 و89 من القانون المدني حيث نصت المادة 88 على أنَّه "1 -يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.2 –وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أنَّ خطراً جسيماً يهدده هو أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. 3-ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه".

كما نصت المادة 89 على أنَّه:" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أنْ يطلب إبطال العقد إلا إذا أثبت أنَّ المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أنْ يعلم بهذا الإكراه".

1 – محمد بودالي –حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الجديد، د.ط، القاهرة، مصر 2006م، ص 191.

2 – فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 98.

وبالتالي حتى يعتبر الإكراه عيباً من عيوب الرضا في عقود الإستهلاك الإلكتروني يتعين أنْ تتوافر فيه ثلاثة شروط وهي، أنْ يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المستهلك الإلكتروني بدون وجه حق، وأنْ تكون هذه الرهبة الدافعة إلى التعاقد، وإتصال المتعاقد الآخر بالإكراه.

وإذا أردنا تطبيق هذه الشروط العامة على عقود الإستهلاك الإلكتروني، يبدو للوهلة الأولى أنَّه من غير المتصور وقوع الإكراه في مثل هذه العقود، لأنَّ المتعاقدين يفصل بينهما مكان ومجلس العقد، ولا يجمعهما إلا مجلس عقد حكمي وليس حقيقياً، حتى يستطيع أنْ يمارس أحدهما على الآخر وسائل الضغط والتهديد من أجل إبرام العقد[1].

إلا أنَّه يمكن تصور الإكراه في عقود الإستهلاك الإلكتروني، ولكن في أضيق نطاق وهو الإكراه الناتج عن إستغلال الظروف المالية والإقتصادية للمستهلك التي تجعله يضطر إلى إبرام العقد تحت ضغط الحاجة الإقتصادية، كإحتكار أحد المنتجين أو الموردين لسلعة معينة ويعرضها للبيع بشروط مجحفة فيضطر المستهلك إلى قبول التعاقد[2].

لقد تطور مفهوم لإكراه وفقاً للقواعد العامة، خاصة بعد تعديل القانون المدني الفرنسي الجديد، حيث تبنى المشرع الفرنسي في ذلك معياراً موضوعياً للإكراه، بالإضافة إلى الأخذ بفكرة الإكراه الناشئ عن الظروف الاقتصادية المرتبطة بإساءة إستغلال أحد المتعاقدين حالة التبعية لدى المتعاقد الآخر[3].

1 – أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 201.

2 – محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعرف الإسكندرية، د.ط 2006م، ص 75.

3 – أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صياغة قضائية و صياغة تشريعية، بحث ضمن أعمال المؤتمر السنوي الرابع لكلية القانون الكويتية العالمية، والذي انعقد بتاريخ 09-10 ماي 2017 بالكويت، منشور في ملحق خاص بالعدد 2 من مجلة كلية القانون الكويتية العالمية–عدد نوفمبر 2017، ص 308، بحث منشور على الموقع :

https://journal.kilaw.edu.kw/wp-content/uploads/2018/12/%D8%A7%D8%AF-%D8%A7%D8%B4%D8%B1%D9%81-%D8%AC%D8%A7%D8%A8%D8%B1285-340.pdf

تاريخ آخر زيارة للموقع: 2020/06/06

ويكون الإكراه كذلك عندما يحصل أحد المتعاقدين نتيجة اِستغلال حالة التبعية التي يكون فيها المتعاقد الآخر للحصول منه على تعهد ما كان ليرضى به لولا هذا الضغط، وذلك لتحقيق مزية زائدة بشكل واضح[1]، وكانت محكمة النقض الفرنسية قد قضت في العديد من المناسبات بإبطال العقد للإكراه الاقتصادي، حيث فتحت المجال أمام القضاء لتأسيس أحكامه على فكرة قلما كان يلجأ إليها في ظل غياب النصوص التنظيمية[2].

2-خصوصية الاِستغلال (الغبن) *(L'exploitation)*

يقصد بالاِستغلال هو اِستفادة أحد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين من الضعف الذي يعتري المتعاقد الآخر، بحيث تؤدي هذه الاِستفادة إلى عدم التعادل في الاِلتزامات المتقابلة وعلى هذا يكون للاِستغلال عنصر مادي يتمثل في الغبن[3].

غير أنَّه طبقاً للقواعد العامة والسائدة في الفقه الإسلامي، أنَّ مجرد الغبن، لا ينهض سبباً للطعن في العقود، فالغبن وحده، من دون أنْ يكون ملتصقاً بأحد عيوب الإرادة، لا يكون له أي تأثير على العقد.

ولقد نصَّ المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني على عيب الغبن المعيب لرضا المتعاقد بقوله" إذا كانت اِلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع اِلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنَّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأنَّ المتعاقد الآخر قد اِستغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أنْ يبطل العقد، أو أن ينقص اِلتزامات هذا المتعاقد.

-1 Art.1143- Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.

-2 Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mardi 30 mai 2000, N° de pourvoi : 98-15242

https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007043709

تاريخ آخر زيارة للموقع: 2020/07/06

3 – علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص335.

ويجب أنْ ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ويجوز في عقود المعاوضة أنْ يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن"، مراعاة بعض الأحكام الخاصة ببعض العقود (المادة 91).

وبالتالي إذا ما أردنا تطبيق ذلك على عقود الإستهلاك الإلكتروني، فإنَّه من الممكن أنْ يقع المستهلك الإلكتروني في الإستغلال، أثناء شرائه للمنتجات والخدمات إلكترونياً، نتيجة لضعفه الواضح تجاه مغريات تقنيات الإتصال الحديثة التي يستعملها المتعاقد الآخر في عرض السلع والخدمات الجديدة، تدفعه إلى التعاقد عبر الإنترنت دون وعي أو تروٍ كاف، ففي هذه الحالة يكون عرضة لوقوعه في الإستغلال[1].

ومن التشريعات العربية التي إهتمت بحماية المستهلك الإلكتروني في هذا المجال ونصت على حالة الإستغلال المشرع التونسي في قانون المعاملات الإلكترونية حيث نصت المادة 50 منه على أنَّه " يعاقب كل من إستغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للإلتزام حاضراً أو أجلاً بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين 1000، 20000 دينار وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أنَّ هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالإلتزام أو ثبت أنَّه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية"[2].

وتبين من نص هذه المادة أنَّ المشرع التونسي أعطى حماية للمستهلك في عقد الإستهلاك الإلكتروني، على أساس أنَّ دافع المستهلك للتعاقد وإستغلال عدم مقدرته على التمييز ينطوي على غبن، وبالتالي رتب على ذلك جزاء جنائياً، لأن المهني إستعمل طرقاً إحتيالية لدفع المستهلك للتعاقد[3].

1 –عبد الله عبد الكريم عبد الله، مرجع سابق، ص 193.

2 – نص المادة 50 من القانون الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 متاح على العنوان:
http://www.legislation.tn/detailtexte/Loi-num-2000-83-du-09-08-2000-jort-2000-064__2000064000831
آخر زيارة للموقع كانت بتاريخ:2020/06/06.

3 – فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 105.

المبحث الثاني

الأهلية والإثبات في عقود الِاستهلاك الإلكتروني

عقد الاستهلاك الإلكتروني شأنه كسائر العقود يلزم لِانعقاده صدور الإرادة ممن يملكها قانوناً بتوافر الأهلية المتطلبة في التصرف محل العقد في المتعاقدين عبر الإنترنت، إلا أنَّ صعوبة الأمر تكمن في أنَّ هذا العقد يبرم عن بعد بين غائبين، مما يصعب معه التأكد من أهلية المتعاقد الآخر، لاسيما أنَّ الأنترنت اليوم أصبحت متاحة للجميع وفي كل الأعمار، بالإضافة إلى اِختلاف الأنظمة القانونية للدول في تنظيمها مما يثير إشكاليات كبيرة بالنسبة للقاضي المختص بتسوية النزاع، بالإضافة إلى مدى حجية هذه البيانات المنقولة إلكترونياً بين الأطراف والمخزنة على دعامات غير ورقية ومخرجاتها في الإثبات تبعاً لذلك، تناولنا في هذا المبحث الأهلية في عقود الِاستهـلاك الإلكتروني (في مطلب أول) من أجل معرفة الحلول المناسبة لهذه الإشكالية في ضوء التجارب التي توصلت بعض التشريعات الوطنية والِاتفاقيات الدولية، ثم تطرقنا إلى الإثبات في عقود الِاستهلاك الإلكتروني (في مطلب ثان)، لمعرفة مدى استجابة قواعد الإثبات القائمة في القانون الوطني لمقتضيات التعامل الإلكتروني وحماية المستهلك في هذا المجال.

المطلب الأول

الأهلية في عقود الِاستهلاك الإلكتروني

تثير عقود الِاستهلاك الإلكتروني بِاعتبارها عقوداً تبرم عن بعد مشكلة تتعلق بكيفية تحديد أهلية طرفي العقد، حيث تشكل عائقاً كبيراً في إعمال قواعد التنازع لأنَّ تحديد أهلية المتعاقدين له أهمية بالغة في صحة التعاقد، فعقد الِاستهلاك الإلكتروني كغيره من العقود طبقاً للقواعد العامة لا يكون صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية إلا إذا كان صادراً عن متعاقدين تتوفر فيهما الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات.

إذا كان اِشتراط الأهلية في العقد التقليدي أمراً يسهل التحقق منه لكونه ينعقد بين حاضرين في مجلس عقد واحد، يستطيع كل منهما التحقق من شخصية وأهلية الطرف الآخر عن طريق البطاقات الشخصية بالنسبة للأشخاص الطبيعية، أو بالسجل التجاري بالنسبة للأشخاص المعنوية، فإنَّ الصعوبة تكمن في الفرض العكسي، عندما يجري التعاقد عن بعد في بيئة اِفتراضية دولية بواسطة تقنيات اِتصال حديثة، يتعذر من خلالها على طرفي العقد التحقق من أهليتهما خاصة في ظل تباين الأنظمة القانونية بين دول العالم، إذ قد يدعي أحدهما كمال أهليته بينما هو ناقص الأهلية أو عديمها[1]، لاسيما في يومنا هذا الذي أصبح فيه اِستخدام الإنترنت متاحاً للجميع وفي كل الأعمار، فقد يكون المتعاقد قاصراً لديه حساب بنكي مستقل وفي حوزته بطاقة اِئتمان رقمية تخوله الدفع الإلكتروني، أو يبرم التصرف بِاستعمال بطاقة الاِئتمان الخاصة بوالده.

كما أنَّ مشكلة الأهلية تفاقمت مع تزايد إنشاء المواقع التجارية عبر الإنترنت بفضل البرامج المعلوماتية الحديثة، حيث فتحت المجال أمام المهنيين لاِمتلاك مواقع تجارية يسهل الدخول إليها من أي شخص كان ومن أي دولة، ناهيك عن كون هذه المواقع أصبحت عرضة للقرصنة الإلكترونية والاِختراق الأجنبي مما يخلف مشاكل عويصة في مجال التعاقد الإلكتروني[2].

ومما يزيد الأمر تعقيداً قد يكون أحد طرفي العقد كامل الأهلية حسب قانون دولته ويكون الطرف الثاني غير ذلك حسب قانون دولته، فاِختلاف التشريعات في تنظيمها لمسائل الأهلية قد يترتب عنه تنازع في القوانين، وبالتالي معرفة هوية وحالة الشخص وأهليته تمكن من معرفة أي القانونين هو الواجب التطبيق، ومن هنا يثور التساؤل عن مدى صحة التصرفات التي يبرمها ناقصو أو عديمو الأهلية في عقود الاِستهلاك الإلكتروني؟ وهل يجوز لهم التمسك بإبطالها؟ وعن الحلول المقترحة للتأكد من أهليه المتعاقدين قبل إبرامها؟

1 – صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديد، الاسكندرية، مصر، د.ط 2008م، ص 379.

2 – سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط 2006م ص 153.

سنحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال التطرق إلى الأهلية في عقود الإستهلاك الإلكتروني والخصوصية التي تتميز بها (في فرع أول) وعن الوسائل المقترحة لحل مشكلة التأكد من أطرافها فـــي عقود الإستهلاك الإلكتروني (في فرع ثان)

الفرع الأول

تحديد الأهلية في عقود الإستهلاك الإلكتروني

لا تحتاج عقود الإستهلاك الإلكتروني إلى أهلية خاصة[1]، تختلف عما ورد في القواعد العامة، لذلك نجد أنَّ معظم التشريعات المدنية في مجال التعاقد الإلكتروني تعتمد على مبدأ جوهري ضمن الأحكام العامة للأهلية، مفاده هو أنَّ كل شخص طبيعي بلغ سن الرشد يكون أهلا للتعاقد، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون[2].

وتثبت أهلية الأشخاص المعنوية ضمن الحدود والغاية التي تنشأ من أجلها أو التي يقرها القانون[3].

1-تنقسم الأهلية إلى نوعين: 1-أهلية وجوب: *Capacité de Jouissance* وهي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وتثبت أهلية الوجوب للشخص بمحرد وجوده طبيعيا كان أو معنوياً وتكون ناقصة بالنسبة للجنين حتى قبل ولادته، وتستمر هذه الأهلية حتى وفاة الشخص، بل قد تمتد إلى ما بعد وفاته، إلى حين تصفية التركة وتسديد الديون المترتبة في ذمته.2 أهلية أداء: *Capacité de Jouissance* وهي المقصودة هنا والتي تعني صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية على نحو يعتد به القانون، أو هي قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية، فيباشر بنفسه عملاً قانونيا بحق أو إلتزام، وأهلية الأداء حسب المشرع الجزائري تمر بثلاث مراحل: الأولى منعدمة: وهي حتى سن ثلاثة عشر(13) سنة ما لم يكن مجنوناً أو معتوهاً حسب المادة 42 ق م، والثانية ناقصة: بالنسبة للصبي المميز الذي بلغ سن ثلاثة عشر سنة(13) ومن بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة حسب نص المادة 43 ق م، والثالثة كاملة: وهي بلوغ سن الرشد وهو تسعة عشر سنة(19) حسب المادة 40 ق م، ويكون في حكمه القاصر المؤذن أو المرشد في حدود التصرفات المؤذن له بها حسب نص المادة 05 من القانون التجاري الجزائري.

2 – المادة 40 من القانون المدني الجزائري والتي جاء نصها: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل لأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"

بالإضافة إلى ما أقره المشرع في نص المادة 78 من نفس القانون والتي جاء نصها "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون.

3 – المادة 50 من القانون المدني الجزائري والتي تقابها المادة 1145 من القانون المدني الفرنسي.

والأهلية بِاعتبارها شرطاً لصحة العقد مناطها التمييز، فمن كان كامل التمييز اِكتملت أهليته ومن نقص تمييزه نقصت أهليته، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية[1].

فإذا لم تكتمل أهلية أحد طرفي عقد الاِستهلاك الإلكتروني، كان هذا العقد مهددا بالإبطال والأهلية المقصودة في هذا المقام أمران: الأول صفة المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها، ثانياً ثبوت هذه الأهلية على النحو الذي يتطلبه القانون[2].

ومشكلة التعاقد مع ناقص الأهلية، أو من في حكمه، في عقود الاِستهلاك الإلكتروني يمكن أنْ تطرح من جانب المستهلك، كما يمكن أنْ تطرح من جانب المتدخل في الحالة التي يقوم فيها ناقص الأهلية بإنشاء متجر إلكتروني، أو ادعاء شخص قاصر بأنَّه ممثل شركة تجارية خلافاً للحقيقة.

ولكن السؤال المطروح هنا: هل يجوز لناقصي أو عديمي الأهلية أو من في حكمهم في عقود الاِستهلاك الإلكتروني التمسك بإبطالها طبقاً للقواعد العامة[3]، في قوانينها الوطنية؟

للإجابة عن هذا التساؤل سنحاول التطرق إلى موقف بعض الاِتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة من الأهلية (أولاً)وخصوصيتها في عقود الاِستهلاك الإلكتروني(ثانياً).

1 – فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 94.

2 – منية نشناش، تأثير التقنية الرقيمة على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السادس، جوان 2018، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، الجزائر.

3– طبقاً للقواعد العامة المكرسة في كل من القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري بخصوص تصرفات القاصر وناقص الأهلية ومن في حكمهما، فإن المادة 79 من القانون المدني تقضي بأنه " تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"، وتقضي المادة 83 من قانون الأسرة بأنَّه" من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الوالي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي ".

أولاً: موقف بعض الاِتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة من الأهلية في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

في ظل اِزدهار التجارة الدولية وسرعة تبادل السلع والخدمات على الصعيد الدولي بفضل تقدم وسائل الاِتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت التي تتميز بعالميتها، حيث ألغت جميع الحواجز الجغرافية بين الدول، وبالتالي أضحت مسألة تحديد هوية وأهلية المتعاقدين تثير مشكلة حقيقية في مجال العقود الإلكترونية، وعائقاً كبير في إعمال قواعد تنازع في القوانين.

لذلك ومن أجل ضمان اِستقرار التعاملات التجارية الإلكترونية وحماية طرفي العقد خاصة بعد تغير جميع المفاهيم التقليدية التي كانت سائدة، بما في ذلك قواعد القانون الدولي الخاص التي لم تصبح محايدة، والتي بدورها أولت عناية خاصة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية على إثر ذلك حرصت العديد من الاِتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من أجل تفادي إشكالية الأهلية في العقود الإلكترونية، تأطير العلاقة القانونية والتشديد على إلزامية تحديد أهلية وهوية المتعاقدين قبل إبرام أي عقد إلكتروني.

حيث نجد أنَّ القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 في المادة (13) منه نص على ضرورة التأكد من هوية الأطراف بشأن إسناد رسالة البيانات لا سيما إذا كان الإيجاب موجهاً إلى المستهلك[1].

كما أنَّ التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد رقم (7/97) المؤرخ في 1997/05/20 نص في المادة (1/4) منه على المهنيين ضرورة الإفصاح عن كل البيانات الضرورية التي تمكن المتعاقد من معرفة جميع المعلومات المتعلقة بالتعريف بهم.

الشيئ نفسه أكدَّهُ التوجيه الأوروبي رقم (31/2000) المؤرخ في 2000/01/08 بشأن التجارة الإلكترونية، الذي اِشترط على المتعاقدين ضرورة تحديد جميع البيانات التي تحدد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية[1].

- 1- The UNCITRAL Mode Law on Electronic Commerce (1996) available at: http:/ www.jus.uio.no/lm/un.Electronic.commerce.model.law.1996/doc.html

أمَّا بخصوص بعض التشريعات الداخلية المنظمة لعقود الإستهلاك، نجد أنَّ المشرع الفرنسي نص في قانون الإستهلاك الجديد في الفصل الأول: المتعلق بالإلتزام العام بالإبلاغ قبل التعاقد في المادة L111-1-4، على أنَّ إلتزام المستهلك بعقد بيع السلع أو الخدمات، يكون دائما مرتبطاً بمدى تقديم المحترف للمستهلك جميع المعلومات المتعلقة بهويته، بما في ذلك أهليته القانونية، وهو إلتزام متقابل يتضمن تحديد كافة العناصر المادية وكذلك الإلكترونية[2].

وينص أيضاً قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على إلزامية الإفصاح قبل إبرام العقد الإلكتروني على الهوية بطريقة واضحة ومفهومة وصفاً كاملا وفي جميع مراحل إنجاز المعاملة[3].

كما نص قانون حماية المستهلك المصري رقم 181 لسنة 2018 في المادة 05 منه على أنَّه:"يلتزم المورد بأن تكون....كما يلتزم بأنْ يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحررات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقده مع المستهلك – بما في ذلك المستندات والمحررات الإلكترونية– البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته، وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إنْ وجدت" كما أكد في المادة 37 من نفس القانون على أنْ يلتزم المورد قبل إبرام العقد عن بعد بأنْ يمد المستهلك بشكل جلي وصريح بالمعلومات التي تمكنه من إتخاذ قرار التعاقد.

كما نجد أنَّ المشرع الجزائري هو كذلك أكَّد ذلك من خلال نص المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية حيث ألزام المورد الإلكتروني أنْ يضع في متناول المستهلك الإلكتروني أثناء عرضه التجاري وذلك على سبيل المثال لا الحصر كل المعلومات التي تمكن من تحديد هويته والتعرف على أهليته القانونية.

---

1 – Guigou Catherine Les contrats avec les consommateurs un outil de développement du commerce electronique، presse universitaire D'AIX، Marseille, 2002، p 145

2-Art L111-1- 4- Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte

Code de la consommation -Dernière modification Version consolidée au 19 juin 2020

3 – نص على ذلك في القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 الصادر 9 أغسطس2000، الباب الخامس في المعاملات التجارية الإلكترونية الفصل 25 أنظر على الرابط:

http://www.legislation.tn/sites/default/files/journal-officiel/2000/2000A/Ja06400.pdf

سبقت الإشارة إليه تاريخ زيارة الموقع 2020/06/22

بعد عرض النظام القانوني الذي سعت من أجله بعض الإتفاقيات الدولية وكذلك بعض التشريعات الوطنية الخاصة بحماية المستهلك للحد من إشكالية تحديد الأهلية في العقود الإلكترونية من خلال النص على إلزامية تحديد هوية الأطراف المتعاقدة قبل إبرام العقد من أجل تفادي الوقوع في حالة تنازع القوانين، إلا أننا نرى أنَّها لم توضح حالة تحايل أحد أطراف العقد من خلال إعطاء بيانات خاطئة تتعلق بأهليته، كما أنَّ خصوصية عقد الإستهلاك الإلكتروني تقتضي الإعمال القانوني للقانون الموضوعي وقواعد التنازع من أجل تطبيق القانون الذي يكون أكثر حماية للمستهلك الإلكتروني.

ثانياً: خصوصية الأهلية في عقود الإستهلاك الإلكتروني

لما كان التصرف القائم مع فاقد الأهلية أو ناقصها قد يعرض العقد للأبطال، فإن الأصل في عقود الإستهلاك الإلكتروني هو قيامها على مبدأ حسن النية بين الطرفين، فكل من المورد والمستهلك ملزم بالإفصاح عن بياناته كاملة، غير أنَّ هذا لا يمنع من إحتمال تحايل بعض القصر الذين يعمدون إلى إخفاء نقص أهليتهم، أو يكون أحدهما كامل الأهلية وفقاً لقانون دولته والآخر ناقص الأهلية وفقا لقانون دولته ثم يتذرع بذلك لإبطال العقد.

والمشرع الجزائري لم يعالج مسألة إخفاء الأهلية في التعاقد الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية، وبالتالي سنحاول عرض أراء الفقه المقارن وكذلك محاولة تطبيق أحكام القواعد العامة في هذا الشأن، حيث نجد أنَّ الفقه المقارن قد إختلف في صحة التصرفات الإلكترونية فذهب رأي من الفقه[1] إلى القول بأنَّه إذا كان أحد أطراف العقد كامل الأهلية وفقاً لقانون دولته والطرف الآخر ناقص الأهلية وفقاً لقانون دولته أو وفقاً لقانون دولة المتعاقد الآخر، فإنَّه في هذه الحالة ينبغي ترجيح مصلحة كامل الأهلية إعمالا لقاعدة إحترام الوضع الظاهر وإستقرار المعاملات التي تمليها حماية الغير حسن النية[2].

1 – إنَّ الفقه المصري والفرنسي يرى صحة التصرفات الإلكترونية المبرمة من القصر، ولو بشأن عقود تستلزم الأهلية الكاملة كالعقود المتعلقة بنقل الملكية، حيث يلتزم بتلك العقود أباهم أو من يمثلهم قانوناً كالولي أو الوصي

2 – أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص113

تطبيقاً لذلك فإنَّه إذا ما قام القاصر أو فاقد الأهلية أو من في حكمهم بإبرام عقد اِستهلك الإلكتروني، ففي هذه الحالة يتعين ترجيح مصلحة المتعاقد معه وعدم السماح بإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد الآخر، على أساس أنَّ تصرفات القصر طبقاً للقواعد العامة هي تصرفات صحيحة منتجة لجميع آثارها القانونية، وليست باطلة ولكن قابلة للإبطال، إلى أنْ يتقرر إبطالها، أو يسقط التمسك بإبطالها بالتقادم، أو يتم إجازتها من ولي أو وصي القاصر أو من القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد[1]، وخلافاً للأصل يكون أولياء القصر ملزمين بالعقد، الذي تم إبرامه من قبل أبنائهم، وذلك لإجبارهم على مراقبة أبنائهم[2].

وهناك بعض التشريعات التي أجازت للقاصر منفرداً بممارسة بعض الأعمال اليومية والاِعتيادية التي يجيزها القانون أو العرف، شريطة أنْ تبرم وفق الشروط المعتادة ويجد هذا الرأي سنداً له في المادة 1148 من القانون المدني الفرنسي[3].

أمَّا القانون الإنجليزي فإنه أعطى للقاصر كأصل عام إبرام العقود الضرورية أو التي تحقق له منفعة، وقد ميز القضاء في ذلك بين نوعين من العقود، **عقود بسيطة** يمكن للقاصر إبرامها عن طريق الإنترنت وهي التي لا يجوز إبطالها، مثل شراء الكتب أو الأسطوانات أو الأطعمة **وعقود ذات قيمة كبيرة** مثل شراء السيارات أو العقارات، فهي تطبيقاً لأحكام النظام العام تخضع للإبطال حتى لو تضرر منها المتعاقد معه[4].

1 – أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 85

2 –المادة 134 من القانون المدني الجزائري " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى رقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار

3 - Art 1148" :*Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage، pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales."*

4 – كوسام أمينة، خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، العدد السادس جوان 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، ص 352.

ومن أجل تأمين هذه العقود المبرمة بِاستعمال الوسائل الإلكترونية خاصة الِاستهلاكية وحمايتها من الإبطال في مواجهة هذا الحق الممنوح لناقص الأهلية–الدفع بعدم الأهلية–فإن بعض التشريعات ربطت اِستعمال القاصر لهذا الحق بشرط الِالتزام بالتعويض[1]، على أساس المسؤولية التقصيرية.

والمشرع الجزائري اِعتمد ذلك في المادة 10 الفقرة الأولى من القانون المدني حيث أخضع الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ونص في الفقرة الثانية " ومع ذلك، ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة".

مما سبق نرى أنَّ خصوصية الأهلية في عقود الِاستهلاك الإلكتروني، تقتضي حماية القاصر وإعطاءه حق الرجوع في العقد بِاعتبار أنَّ له صفة المستهلك–حتى ولو كان كامل الأهلية–مع اِلتزامه بتعويض يكون عادلاً للمتعاقد حسن النية الذي لحقه ضرر بسبب إبطال العقد، وهذا من أجل تحقيق التوازن بين مصلحتي العاقدين المتعارضة[2]، كما نرى ضرورة توحيد الجهود الدولية في مجال العقود الإلكترونية، والنص على أهلية خاصة تختلف عن القواعد العامة.

1 – فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق ص96.

2 – أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 87.

الفرع الثاني

الوسائل المقترحة لحل مشكلة تحديد الأهلية في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

يعتبر التحقق من أهلية المتعاقد في مجال عقود الاِستهلاك الإلكتروني، مسألة فنية تحتاج إلى خبراء ومختصين في مجال تقنية الاِتصالات الحديثة، بغية الوصول إلى حلول متطورة تساعد على حل هذه المشكلة والوصول إلى تحقيق التوازن في العلاقة العقدية وحماية الطرف الضعيف، على الرغم من أنَّه إلى حد الآن لم يتم التوصل إلى وسائل حاسمة في هذا المجال إلا أنَّ هناك بعض المحاولات باِستخدام بعض الوسائل التقنية والفيزيولوجية للوصول إلى حلول تساعد على التأكد من أهلية أطراف هذه العقود قبل إبرامها.

أولا: الوسائل التقنية لتحديد الأهلية

هناك بعض الوسائل التقنية الاِحتياطية التي يمكن الاِستعانة بها في هذا المجال من أهمها: البطاقات الإلكترونية-جهات التوثيق الإلكتروني-الرسائل التحذيرية-التوقيع الإلكتروني -تقنية الجدار الناري أو حاجز النار-.

1-البطاقات الإلكترونية: (الهوية الإلكترونية)

هي: " كروت ذكية" تتمثل في رقائق إلكترونية يتم تصنيعها من لدائن معالجة بكثافة من السليكون، ومن وحدات وشرائح فائقة القدرة، والتي يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل: الاِسم، والسن، ومحل الإقامة، والمصرف المتعامل معه وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة"[1].

1 بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية-تخصص: قانون الأعمال جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الموسم الجامعي 2014م/2015م ص129.

هذه البطاقة يخزن عليها بطريقة مضغوطة جميع المعلومات الشخصية المتعلقة بصاحبها وتلعب دوراً كبيراً في تحديد هويته وأهليته، بالإضافة إلى أنَّها مزودة بكل عناصر الحماية ضد السرقة أو التزوير أو التقليد، كما لا يمكن اِختراقها بسهولة أو فتح غلافها الخارجي وتستخدم عن طريق الرقم السري، وتعتبر هذه البطاقة أكثر تداولاً في الدول الكبرى مثل دول الاِتحاد الأوروبي واليابان والولايات المتحدة الأمريكية.

غير أنَّ ما يعاب على هذه البطاقة الذكية أنَّها لم تحقق اِنتشاراً واسعاً، بحيث أنَّ اِستخدامها بقي محصورا في بعض المؤسسات والبنوك، فهي بحاجة إلى تعميمها على المستوى الدولي بتنسيق بين الحكومات[1]، كما أنَّها في الآونة الأخيرة أصبحت عرضة للقرصنة من بعض أصحاب الدهاء الإلكتروني.

2-جهات التوثيق الإلكتروني:(الوسيط الإلكتروني)

يمكن لأطراف عقد الاِستهلاك الإلكتروني الاِستعانة بطرف ثالث محايد، يسند إليه مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد، يتم اللجوء إليه للتحقق من هوية الطرفين وأهليتهما وإصدار شهادة مصدق عليها[2]، مهمته توثيق العقد فيتم الحصول منه على شهادة رسمية تؤكد أهلية المتعاقد.

ولقد نظمت أغلب التشريعات هذه الخدمة، فلقد نص قانون الأمم المتحدة للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001 في المادة/هـ " مقدم خدمة التصديق يعني شخصاً يصدر الشهادات ويجوز أنْ يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية".

1 – منية نشناش، تأثير التقنية الرقيمة على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص256.

2 عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، مرجع سابق، ص 208.

ولقد أورد المشرع الفرنسي تعريفاً لشهادة التصديق الإلكترونية في المرسوم رقم 272-2001 الصادر في مارس 2001 ضمن المادة الأولى حيث عرفها في الفقرة 9 بأنَّها " مستند في شكل إلكتروني تثبت توافر الرابطة بين بيانات التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني وبين الموقع"[1].

والمشرع التونسي نص على ذلك في الباب الثالث الفصل الثامن من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية، حيث أطلق عليها تسمية " الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية" تخضع في علاقتها مع الغير إلى التشريع التجاري، ومقرها تونس العاصمة".

من ضمن صلاحيتها حسب الفقرة الخامسة –إصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة الإلكترونية الخاصة بالأعوان العموميين المؤهلين للقيام بالمبادلات الإلكترونية، ويمكن أنْ يتم ذلك مباشرة أو عبر مزودي خدمات مصادقة إلكترونية عمومين"[2].

أمَّا المشرع الجزائري فقد نصَّ على ذلك في المادة 2 فقرة 07 من القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين " وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع"[3].

3–الرسائل التحذيرية:

هي طريقة يتم من خلالها وضع تحذيرات تمنع الدخول إلى مواقع الإنترنت من قبل الشخص الذي لا تتوفر فيه الأهلية القانونية الكاملة، بحيث يكون ملزماً بالكشف عن جميع المعلومات الخاصة به بما في ذلك الحالة المدنية والأهلية إجبارياً بملء نموذج معد مسبقاً.

1 – نص المادة بلغته الأصلية:

"un document sous forme électronique attestant du lien entre les données de verification de signature électronique et un signataire "

2 –القانون رقم 83 لسنة 2000 الصادر 9 أغسطس2000 المشار إليه سابقاً .

3 –القانون رقم 15–04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق لـ 01 فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين (المنشور في ج. ر.ج. ج المؤرخة في 10 فبراير 2015، العدد 06، ص 07).

وبالتالي لا يستطيع الدخول إليه إلا من كان مكتمل الأهلية، وهناك العديد من التشريعات الدولية والوطنية التي إستعانت بالعقود النموذجية على النطاقين الدولي والوطني، فنجد العقد النموذجي الفرنسي، الذي ينظم المعاملات بين التجار والمستهلكين في فرنسا، وكذلك مشروع العقد النموذجي الخاص بالمعاملات الإلكترونية الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري اليونسيترال *UNCITRAL*، حيث يكون هذا العقد مكتمل العناصر بما في ذلك هوية الطرفين[1].

4-التوقيع الإلكتروني:

يتخذ التوقيع الإلكتروني عدة صور إذ يجوز أنْ يكون في شكل صورة أو حرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو حتى أصوات شريطة أنْ يكون لهذه الأشكال طابعاً منفرداً يتم من خلاله معرفة صاحبه وتحديد هويته وإظهار رغبته في إبرام التصرف القانوني.

وقد عرَّفه المشرع الجزائري في القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين في المادة 2 فقرة 01 بأنَّه "بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا بيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

أمَّا المشرع الفرنسي فقد عرَّف التوقيع الإلكتروني في المادة 1367 من القانون المدني على أنَّ التوقيع ضرورة لإتمام عقد قانوني يكشف عن هوية الشخص الذي وضع التوقيع كما يعلن عن رضا الأطراف بالإلتزامات الناجمة عن هذا العقد، وحينما يوضع التوقيع بواسطة موظف عام فإنَّ هذا التوقيع يضفي على العقد الطابع الرسمي.

1 – كوسام أمينة، خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، مرجع سابق، ص348.

وكذلك اِشترط المشرع في الطريقة التي تستخدم في إحداث التوقيع الإلكتروني أنْ تجتمع لها شروط الموثوقية إلى أنْ يثبت خلاف ذلك، وهذا ما يتحقق عندما تحدد هوية الموقع وتكفل سلامة التصرف المرتبط بالتوقيع، وذلك وفقاً للمرسوم الذي يحدده مجلس الدولة[1].

وتعد تقنية التوقيع الرقمي[2]، أكثر صور التوقيعات الإلكترونية اِنتشاراً في العالم ذلك لأنَّها تحمل قدرا كبيراً من الأمان في المعاملات الإلكترونية، حيث يسمح اِستخدام التشفير اللامتماثل في أغراض التوقيع بأداء وظيفة تحديد الهوية بفاعلية وبصورة مؤكدة[3].

ويعتبر التوقيع الإلكتروني أفضل وسيلة للتحقق من أهلية المتعاقدين وحتى تكون له قوة في الإثبات يجب أنْ يكون موثقاً من جهة معتمدة هي التي تضمن سريته وعدم تعرضه لتشفير من قبل الغير.

5-تقنية الجدار الناري أو حاجز النار:"Firewal " لتجميع الآليات البرمجية والتي عن طريقها يمكن بث رسالة تحذيرية عندما تكون الشبكة معرضة للاِختراق أو التدخل الأجنبي"[4]. كما تستطيع الكشف على هوية المستخدمين والمتعاملين من خلال الرقم السري المعتمد[5].

---

[1]- ***Art: 1367*** *La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur. Elle manifeste son Consentement 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 التوقيع الرقمي يقوم على فكرة تعتمد على استحواذ الموقع على مفتاح خاص أو سري يستخدمه في انشاء التوقيع الرقمي، ومفتاح عام يستخدمه المرسل إليه للتحقق من صحة التوقيع وبهذا فإن استخدام التوقيع الرقمي يؤدي إلى خفض مخاطر التزوير.

3 -صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص 234.

4 - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 308.

5 - منية نشناش، تأثير التقنية الرقيمة على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 256.

ثانياً–الوسائل الفيزيولوجية لتحديد الأهلية

تعتبر هذه الوسيلة صورة من صور التوقيع البيومتري تعتمد على الخصائص الطبيعية الفيزيولوجية والسلوكية للأشخاص بطريقة منفردة للتحقق من هويتهم وأهليتهم وتشمل هذه المواصفات الفيزيولوجية أنواعاً عديدة أهمها: –بصمة اليد أو الأصبع–بصمة العين–بصمة الصوت.

1–بصمة اليد أو الأصبع:

هي نتوءات بارزة في بشرة الجلد تجاورها منخفضات، ولكل شخص شكل مميز، وقد ثبت أنَّه لا يمكن للبصمة أنْ تتطابق وتتماثل في شخصين في العالم حتى التوائم المتماثلة التي أصلها من بويضة واحدة، وهذه الخطوط تترك أثرها على كل جسم تلمسه وعلى الأسطح الملساء بشكل خاص. لذلك فإنَّ التعرف على بصمة الأصبع يشير إلى آلية التحقق من تطابق بصمتي الإنسان.

وتعتبر بصمة الأصابع أحد أنواع المقاييس الحيوية المستخدمة في التحقق من الهوية وتوثيقها[1]، عن طريق وضع الشخص لأصبعه أو يده على ماسح ضوئي صغير يسجل أو يقرأ البصمة بِاستخدام الموجات فوق الصوتية والذي يكون متصلاً بالكمبيوتر الذي يأخذ المعلومات من الماسح ويقوم بتخزينها والتي يتم الرجوع إليها عند الحاجة.

غير أنَّ الفقه[2]، قد حذر من هذا النوع من التوقيع لأنَّ اِستعماله يثير العديد من المشكلات القانونية، منها مشكلة إثبات العلاقة بين التوقيع ورسالة البيانات المحررة، حيث يصعب التأكد من ذلك، لأنَّه بإمكان المرسل إليه الاِحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع من إحدى المعاملات السابقة، ثم يعيد وضعها على أي وثيقة إلكترونية أخرى، مما يؤدي إلى فقدان الثقة والأمان.

---

1 – لمزيد من التفصيل أُنظر المقال منشور على الموقع:
https://www.marefa.org/%D8%A8%D8%B5%D9%85%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B5%D8%A8%D8%B9
تاريخ زيارة الموقع :2020/06/22.

2–سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د.ط، 2004، ص 66.

2-بصمة العين:

تعتبر هذه الوسيلة من أفضل الطرق الأمنية للتأكد من هوية الأشخاص وأهليتهم ويطلق عليها بصمة قزحية العين، كما أنَّها تعتبر الأسهل تطبيقاً على الأشخاص من بين أنواع البصمات الأخرى، وذلك لعدم علم أو حتى شعور الشخص أنَّه يتم قراءة بصمة عينه بواسطة كاميرات الفيديو ذات الدقة العالية، كما أنَّ الدراسات أكَّدت على اِستحالة أنْ توجد عينان في العالم متشابهتان في كل شيء، حيث يتم أخذ بصمة العين عن طريق النظر في عدسة الجهاز الذي يقوم بدوره بالتقاط صورة لشبكية العين، وعند الاِشتباه في أي شخص يتم التأكد عن طريق الضغط على زر معين بالجهاز فتتم مقارنة صورته بالصورة المختزنة في ذاكرة الجهاز[1].

3-بصمة الصوت:

يتم تحديد هوية الأشخاص وأهليتهم من خلال أصواتهم –أو ما يعرف بـ "البصمة الصوتية –من خلال اِستعمال وسائل بصرية تتمثل في آلة لتحويل الصوت إلى رسم بياني. فكانت تحلل الذبذبات الصوتية لإنتاج شكل مرئي للصوت، معتمدة في ذلك على الذبذبات والقوة والوقت أو من خلال وسائل سمعية عن طريق الاِستماع ومضاهاة أصوات المتحدثين للوصول إلى مدى مطابقتها مع الأصوات المخزنة داخل قاعدة بيانات الكمبيوتر من خلال اِستعمال بعض التقنيات[2].

نرى أنَّ هذه التقنية لم تتطور بعد، ولم تصل إلى نحوٍ كافٍ حتى يمكن القول بأنَّها توازي بصمات الأصابع في عدم إمكانية تشابهها مع شخص آخر، رغم إصرار الخبراء والمتخصصين بأنَّها تقنية لها نتائج عالية الدقة.

1 – لمزيد من التفصيل أُنظر المقال منشور على الموقع:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A8%D8%B5%D9%85%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%8A%D9%86
تاريخ زيارة الموقع 2020/06/23.

2 – منية نشناش، تأثير التقنية الرقيمة على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية، مرجع سابق ص 258.

بعد دراسة الأهلية في عقود الاستهلاك الإلكتروني وكذا موقف بعض الاتفاقيات الدولية والتوجيهات الأوروبية والتشريعات الوطنية من هذه الإشكالية وأهم الوسائل التقنية والفيزيولوجية التي تم اِقترحها للوصول إلى تحديد أهلية الأطراف في عقد الاِستهلاك الإلكتروني، نرى من الضروري توحيد الجهود الدولية والوطنية، من أجل تفادي أوجه النقص التي تعتري هذه القواعد وتكملة النقص عن طريق قواعد تكاملية من أجل حماية الطرف الضعيف ولاسيما في مجال تنازع القوانين حتى يتم إضفاء نوع من المصداقية على هذه العقود.

المطلب الثاني

إثبات عقود الاِستهلاك الإلكتروني

لقد أدى اِستخدام التقنيات الحديثة في إبرام عقود الاِستهلاك الإلكتروني عن طريق تبادل البيانات على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الاِتصال أو خارجها إلى بروز إشكالية كيفية إثبات هذه العقود في العالم الاِفتراضي؟، فقد ينازع أحد طرفي العقد في وجوده أو مضمونه، خاصة المستهلك باِعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، مقارنة مع المتدخل وما يملكه من خبرة تمكنه من التلاعب بمحتوى العقد أو حتى إتلافه، علاوة عن تباين التشريعات الوطنية في تنظيم أدلة الإثبات، مما قد يجعل من الصعب على المستهلك التمسك بهذا الحق، لأن الدليل هو قوة الحق، وكل حق لا دليل عليه هو و العدم سواء[1].

لذلك أصبح من الضروري الاِنتقال من البحث في وسط الإثبات العادي بالورق إلى الإثبات بواسطة المستند الإلكتروني مع خصوصية هذا العقد.

ومن أمثلة المستندات الإلكترونية المعتمدة في مجال عقود الاِستهلاك المخرجات الورقية التي تستخرج بواسطة الطابعات والأشرطة الممغنطة، وأسطوانات الفيديو، وجميع الدعامات المنبثقة عنها[2].

1 – أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان بيروت، د.ط، 1984م، ص 05.

2 –لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 130.

تبعاً لذلك قسمنا هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتطرق إلى حجية الرسائل والمحررات الإلكترونية في إثبات عقود الاستهلاك (في فرع أول) وموقف القوانين النموذجية وبعض التشريعات المقارنة من الكتابة الإلكترونية (في فرع ثان) والتعارض بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية في إثبات عقود الإستهلاك (في فرع ثالث)

الفرع الأول

حجية الرسائل والمحررات الإلكترونية في إثبات عقود الإستهلاك

من أجل تحقيق التوازن العقدي وضمان إستقرار المعاملات الإلكترونية، تتطلب عقود الإستهلاك الإلكتروني، ضرورة تظافر الجهود من أجل تطوير التشريعات القائمة التي صيغت نصوصها على أساس قواعد مادية مبنية على إستخدام الأوراق في كتابة العقود، ووضع ضوابط وقواعد قانونية تتماشى وخصوصية هذه العقود، من أجل تحقيق أكبر حماية لطرفي العلاقة التعاقدية، خاصة المستهلك و تهيئة المناخ المناسب لنمو التجارة الإلكترونية وإزالة كل الصعوبات القانونية التي تعتريها مما دفع معظم التشريعات والتوصيات والتوجيهات المعاصرة إلى الحث على الخوض في غمار التقنية الحديثة لإثبات هذه العقود وفق صيغ قانونية جديدة تأخذ بعين الإعتبار التقدم التقني[1]، خاصة و أنَّ هذه العقود تتم كتابتها وتوقيعها وإرسالها وحفظها في عالم إفتراضي ودون تدخل أدوات الكتابة الورقية التقليدية المعتمدة على الإمضاء الخطي أو بصمة الأصبع أو الختم، مما يصعب مهمة القاضي في قبول المستندات الإلكترونية كدليل إثبات للمعاملة مصدر الحق المدعى به أمامه[2].

1. التوصية الصادرة عن البرلمان الأوروبي بتاريخ :2000/05/04، التي دول الإتحاد على ضرورة الإسراع في الإستجابة لمتطلبات التجارة الإلكترونية، أهمها في مجال الإثبات، من جهة، نظراً لما يجب أن ينطوي عليه من سرعة وثقة وأمان لمزيد من التفصيل أُنظر: حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص265.

2- صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 279.

وبالتالي يثور التساؤل عن مدى قبول هذه الكتابة الإلكترونية الثابتة على ذاكرة جهاز الحاسب الآلي أو الثابتة بمستخرجات الحاسب الورقية[1]، كدليل قانوني في إثبات عقود الإستهلاك الإلكتروني؟ وهل لها شروط خاصة لقبولها؟ وما هو موقف القوانين الدولية والإقليمية وبعض التشريعات المقارنة منها؟ كل هذه التفصيل سنتحدث عنها في الفقرات التالية:

1-الكتابة والمحررات الإلكترونية

تعد الكتابة من أقوى طرق الإثبات التقليدية والوسيلة الأكثر شيوعاً في هذا المجال، لما توفره من ضمانات للأشخاص، رغم أنَّ الفقه التقليدي كان يربطها بالمحررات التقليدية الورقية المحررة بخط اليد أو بالآلة، وقد ظلت هذه العلاقة بين الكتابة والمحررات الورقية وثيقة لفترة طويلة من الزمن، حيث أنَّه كان يسود الإعتقاد بأنَّ الكتابة مرادف لمصطلح الورق[2].

غير أنَّه لا يوجد في النظم القانونية المتعلقة بالإثبات ما يلزم الإعتقاد بأنَّ شكل الكتابة لا يكون إلا على الورق حتى يتم قبوله كدليل إثبات، وقد تأكد هذا المعنى في مرجـــع " LAMY" في قانون المعلوماتية حيث أشار إلى أنَّ المشرع لم يشر إلى دعامة من نوعية معينة[3].

وبهذا نستنتج أنَّ شكل الدليل الكتابي قد تأثر فقط بما أفرزه التقدم العلمي والتكنولوجي من وسائل وأجهزة صارت قادرة على تخزين الوثائق وكتابتها واسترجاعها على دعامات إلكترونية ومنه تم التوصل إلى أنَّ الكتابة الإلكترونية أو الرقيمة هي التي تتجسد من خلال المستندات أو المحررات الإلكترونية[4].

1 – أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 204.

2 – حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 269.

3 – صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 279.

4 – حسان سعاد، إثبات التعاملات الإلكترونية وفقا للقانون الجزائري والتشريعات المقارنة، الطبعة الأولى 2019-الإسكندرية مكتبة الوفاء القانونية، ص51.

إلا أنَّ ما نلاحظه هو عدم الإتفاق الدولي على تسمية موحدة للمستند أو المحرر الإلكتروني فقد أطلقت عليه عدة تسميات، فهناك من أطلق عليه تسمية رسالة البيانات أو المعلومات، أو الرسالة الإلكترونية، أو الوثيقة الإلكترونية رغم أنَّ كل المصطلحات تصب في نفس المعني.

فنجد على سبيل المثال أنَّ قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، قد إستخدم في نص المادة 2/أ مصطلح" رسالة البيانات" حيث جاء نصها" يراد بمصطلح " رسالة البيانات" 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".

أمَّا المشرع التونسي بإعتباره أول التشريعات العربية صدوراً في مجال التجارة الإلكترونية فقد أطلق على هذا المحرر لفظ الوثيقة الإلكترونية في الفصل الثاني من الباب الأول من القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية تحت عنوان "في الوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني"[1].

أمَّا المشرع المصري فقد أطلق عليه تسمية " محرر إلكتروني" ويتضح ذلك من نص المادة 1/ب " المحرر الإلكتروني: رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"[2].

غير أنَّ المشرع الجزائري رغم التعديلات التي أدخلها على القانون المدني والتي إعتَّرف من خلالها بالكتابة الإلكترونية بموجب القانون رقم 05-10 المذكور آنفاً، حيث عرَّف الكتابة في المادة 323 مكرر "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

1 – القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 الصادر 9 أغسطس2000 المشار إليه سابقاً

2 – القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات لمزيد من التفصيل الإطلاع على الموقع:

https://dcm.com.eg/files/files/laws/L111.pdf

تاريخ زيارة الموقع 2020/07/19

كما أصدر المشرع مؤخراً قانون التجارة الإلكترونية، والذي كان قد سبقه قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين غير أنَّه لم يعرف المحرر الإلكتروني لا في التعديلات ولا في القانون الحالي المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

أمَّا الفقه فقد عرف الكتابة بشكل عام بأنَّها" مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر، بغض النظر عن الوسيط المدونة عليه".

والكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات، شأنها شأن كل دليل كتابي، تتضمن عنصرين:

أ- الكتابة-نفسها بما تحتويه من كلمات وحروف وسطور. المعبرة عن مضمون العقد.

ب- التوقيع-في نهاية الكتابة التي تنسب مضمون هذا العقد إلى طرفيه.

إذن فالكتابة تثبت مضمون العقد، في حين يكون للتوقيع دور في نسبة هذا العقد إلى الملتزمين به[1].

ومن هنا يتبين لنا أنَّ الكتابة كدليل إثبات ليست مرتبطة بدعامة معينة أو وسيط بل ينظر إليها من حيث قدرتها على إقامة الدليل القانوني على وجود التصرف الذي يتم الرجوع إليه في حالة قيام نزاع بين أطراف العقد.

وبهذا يتم التوصل إلى تعريف المحرر الإلكتروني بعد توضيح معنى الكتابة الإلكترونية بأنَّه مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الرموز أو الأصوات أو أية علامات أخرى يمكن أنْ تثبت على دعامة إلكترونية، بحيث يسهل قراءتها والتأكد منها دون إمكانية العبث بمحتوها، محفوظة بطريقة يمكن الرجوع إليها في إي وقت ممكن.

1 -أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق ص205.

2-شروط الاحتجاج بالكتابة والمحررات الإلكترونية

حتى يمكن أنْ يعتد قانوناً بالكتابة والمحررات الإلكترونية كدليل إثبات، لابُدَّ من توفر مجموعة من الشروط، أجمع الفقه على حصرها في الآتي:

أ-أنْ تكون قابلة للقراءة: يقصد بذلك أنْ يكون المحرر المتضمن الكتابة المراد تقديمها كدليل ناطقاً بما فيه، أي مفهوماً وواضحاً من خلال حروفه وأرقامه وكل رمز أو إشارة ليتسنى فهمه وإدراك محتواه[1]، إذ بدون ذلك ليس للكتابة الإلكترونية أي قيمة في إثبات العقد، وهذا شرط منطقي حتى لو لم يستلزمه الفقه صراحة[2]، نفس الشيء أكدته المنظمة الدولية للمعايير" ISO "[3].

وتختلف الكتابة الإلكترونية عن الكتابة التقليدية في كونها تدون في أغلب الأحيان على وسائط أو دعامات لا يمكن قراءتها إلا عن طريق إستخدام جهاز الكمبيوتر، حتى يتم إخراجها إلى الشكل المسموح بقراءتها بعد المرور بعمليات تقنية معقدة[4].

---

1 – حمودي محمد ناصر، مرجع سابق ص 278.

2 – أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق ص208.

3 -**المنظمة الدولية للمعايير** *International Organization for Standardization***أيزو** *(ISO)*هي منظمة غير حكومية لا تهدف للربح تعمل على رفع المستويات القياسية ووضع المعايير والأسس والإختبارات ومنح الشهادات المتعلقة بها من أجل تشجيع تجارة السلع والخدمات على مستوى عالمي في شتى المجالات ماعدا الإلكترونيات حيث توجد هيئة خاصة بهذا المجال تسمى *IEC* ، وتضم هذه المنظمة ممثلين من معظم دول العالم، أنشئت هذه المنظمة عام 1947 بعضوية هيئات المواصفات والتوحيد القياسي للدول الأعضاء ، وتوجد الأمانة المركزية للمنظمة في جنيف، سويسرا .حيث تسهم كل دولة عضو باشتراك مالي لتمويل أنشطة المنظمة وترشح كل دولة مندوبيها للمنظمة من الخبراء العاملين في مجالات النشاط الفني والاقتصادي المتعددة. وبعد أن تقبل المنظمة ترشيحاتهم يعمل هؤلاء الخبراء في العديد من اللجان الفنية المتخصصة في شتى المجالات، وتقسيم المعايير المعتمدة في الأيزو إلى ثلاثة، معايير تقنية معايير تصنيفية مثل (رمز الانترنت بالنسبة للجزائر DZ، فرنسا FR ....إلخ) ومعايير عملياتية مثل (أنظمة التحكم في الجودة المدونة في أيزو 9000) وهذه الأخيرة عبارة عن سلسلة من معايير إدارة الجودة وتوكيدها وضمانها، طوّرتها المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس وتعد هذه المعايير القياسية الأساس العام للتجارة العالمية ويمكن من خلالها تحقيق تجانس السلع والخدمات وإرضاء المستهلكين وتحقيق جودة الإنتاج. ولا يتم تحقيق التطابق مع هذه المواصفات القياسية دفعة واحدة، بل من خلال فترة من الزمن للوصول إلى إنتاج عالي الجودة.لمزيد من التفصيل أُنظر على موقع: *https://www.marefa.org*

تاريخ زيارة الموقع: 2020/07/10

4 – سليماني مصطفى، وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق، جامعة أحمد دراية أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق السنة الجامعية: 2019– 2020م، ص95-96.

غير أنَّ المحرر الإلكتروني قد يكون مشفراً فلا يظهر على جهاز الكمبيوتر سوى أرقام ورموز لا معنى لها، وبالتالي لا يكون هذا المحرر مقروءاً أو مفهوماً إلا بعد فك هذه الشفرة، ومتى تم الحصول على مفتاح الشفرة، اعتُبِر هذا المحرر قابلاً للقراءة والفهم والوضوح، حينئذ لا يوجد فارق في حجيته في الإثبات أياً كانت دعامته ورقية أو الإلكترونية[1].

ب–التمتع بالاِستمرارية والدوام: يقصد بذلك أنَّ المحرر الإلكتروني يكون قابلاً لِاسترجاع البيانات والمعلومات الثابتة فيه كلما لزم الأمر، أو بمعنى آخر أنْ يكون هذا المحرر وما يحتويه من كتابة وبيانات قابلة للحفظ وعدم الزوال[2]، ويستوي في ذلك أنْ تكون على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية مثل: حفظها على ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة، أو البريد الإلكتروني.

غير أنَّ الخصائص المادية للوسيط الإلكتروني، قد أوجدت بعض العقبات لتحقق هذا الشرط كون أنَّ التكوين الكيميائي للشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل المستخدمة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني تتميز بقدر من الحساسية، بما قد يعرضها للتلف السريع عند اِختلاف درجة حرارة التخزين أو اِختلاف قوة التيار الكهربائي، وبالتالي تكون أقل قدرة على الاِحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة[3].

وبالتالي يكون هنا التساؤل عن كيفية ضمان المحافظة على سلامة المحرر الإلكتروني حتى يبقى محتفظاً بقيمته كدليل في الإثبات؟

يرى جانب من الفقه أنَّه من أجل التغلب على هذه الصعوبات الفنية، يجب اِستخدام أجهزة وتقنيات حديثة لديها، خاصية حفظ الكتابة الإلكترونية دون المساس بها ولمدة طويلة، كما يمكن في هذا المجال الاِستعانة بجهات التصديق الإلكتروني، التي تمتلك أجهزة أكثر تطوراً لحفظ هذه المحررات، وبالتالي تعزيز قيمة هذا المحرر كدليل كتابي كاف للإثبات.

1– أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق ص205.

2- CF.THIBAULT verbes, la protection juridique du cyber consommateur, p.80, litec.paris, 2002.

3 –فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 187.

ج–عدم قابلية المحرر للتعديل: حتى يتم قبول المحرر كدليل إثبات يجب أنْ يكون سليماً من أي عيب يؤثر في شكله الخارجي، كالمحو والكشط والتحشير، أو أي علامات من شأنها الدلالة على تعديل في بيانات المحرر[1].

هذا يعني أنَّه لا يكفي أنْ يكون المحرر الإلكتروني قابلاً للقراءة والفهم، ومخزناً لفترة طويلة يتم الرجوع إليه فيها، بل لابُدَّ أنْ يكون هذا المحرر خالياً من كل ما يثير الريبة من تعديل أو تزوير أو تحريف[2].

لقد أدى التطور التكنولوجي إلى حل هذه المشكلة عن طريق اِستحداث وسائل تقنية تؤدي إلى حفظ المحرر الإلكتروني بحيث يمكن اِكتشاف أي تعديل فيه وذلك بِاستخدام التشفير والتوقيع الإلكتروني[3]، كما يمكن تحويل النص الإلكتروني إلى صورة ثابتة لا يمكن إدخال إي تعديل عليها أو اِتلافها، ويؤكد الفقه في هذا المجال ضرورة تدخل المشرع من خلال اِعتماد تكنولوجيا تأمين بيانات المحرر الإلكتروني حتى يكون القاضي ملزماً بقبوله كدليل إثبات، وإلا أدى ذلك إلى إضعاف الثقة في المحررات الإلكترونية[4].

ومن أجل حماية المستهلك الإلكتروني بِاعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية اِعتمدت العديد من التشريعات قواعد حمائية لتوفير نوع من الثقة والأمان في المستندات والمحررات الإلكترونية من خلال تبني أنظمة التشفير وهيئات التصديق الإلكتروني الوطنية والدولية[5].

1 – لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص147

2 – أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص210.

3 – حسان سعاد، مرجع سابق، ص63.

4 –ضفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص285.

5–علي عبد العالي خشان الاسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى سنة 2013، ص21.

الفرع الثاني

موقف القوانين النموذجية وبعض التشريعات المقارنة من الكتابة الإلكترونية:

أَقَرَّتِ القوانين النموذجية وغالبية التشريعات الحديثة بحجية الكتابة الإلكترونية، وأضفت عليها قيمة قانونية كاملة في الإثبات شأنها شأن الكتابة التقليدية، اِستجابة لمتطلبات التعامل بوسائل الاِتصال الحديثة، خاصة في الوقت الذي برزت فيه عقود الاِستهلاك الإلكتروني وأصبحت ذات أثر وقيمة إقتصادية، مما شكل عبئاً ثقيلاً على كاهل القانونيين في ظل غياب نصوص تشريعية تعتَّرف لهذه الوسائل المبتكرة بقدرتها على إنجاز هذه المعاملات الإقتصادية[1].

لقد فرض هذا التطور ضرورة مسايرة النصوص القانونية للمستجدات، والاِعتراف بحجية هذه المحررات الإلكترونية في الإثبات سواء على النطاق الداخلي أو الدولي وهو ما تم تجسيده فعلاً على أرض الواقع من خلال صدور نصوص قانونية في المجال الدولي من أجهزة متخصصة، حاولت وضع معايير أو نماذج يهتدى بها لقبول مخرجات الحواسب الآلية كأدلة في الإثبات، وصولا إلى التشريعات المقارنة بما فيها المشرع الجزائري، هذا ما سنحاول من خلال دراسة موقف القوانين النموذجية الدولية والإقليمية من الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات لنتوصل إلى موقف التشريعات المقارنة.

1-موقف القوانين النموذجية الدولية والإقليمية:

من أجل التغلب على هذه المشكلة عملت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال[2]، المعتمدة رسمياً بموجب القرار 162/51 الصادر بتاريخ 1996/12/16 على وضع بعض القواعد محاولة منها لإزالة جميع العقبات القانونية التي تحول دول اِستخدام المحررات الإلكترونية كوسيلة للإثبات في العقود الدولية.

1 – فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 173.

2 – وتسمى بالإنجليزية *United Nation Commission on International Treade Law*

خصوصاً العقبات الناتجة عن اِستخدام القواعد التقليدية في الإثبات من خلال اِعتماد مبدأ "النظير الوظيفي" والذي يقصد به المعاملة المتساوية في الإثبات بين رسائل البيانات الإلكترونية والمستندات الورقية[1].

بحيث يقوم المستند الإلكتروني بنفس وظيفة المستند الورقي متى توفرت فيه الوظائف الأساسية المشترطة في الشكل الورقي، من حيث وضوحه وقراءته وفهمه مع إمكانية اِستخراجه في أي وقت.

ولقد بذلت اللجنة جهوداً كبيرة في هذا المجال، ويتضح هذا من خلال التوصية التي تبنتها في دورتها الثامنة عشرة، لأمانة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[2]، التي أكَّدت فيها على ضرورة الاِحتواء التشريعي لتنظيم الإثبات في المحررات الإلكترونية، وعدم ترك المسألة للاجتهاد[3]. كما أوصت الدول بالدراسة المتأنية للقانون النموذجي عند القيام بالتصديق عليه، مع مراجعة قوانينها الداخلية على ضوء الحاجة لتوحيد القوانين المتعلقة بهذا الشأن، مع ضرورة التوسع في مفهوم عناصر الدليل الكتابي المتمثلة أساساً في الكتابة والتوقيع والصور الأصلية على نحو يجعلها تشمل نظرتها في البيئة الاِفتراضية، ما دامت تؤدي نفس الوظيفة في الإثبات، ومن ثم الاِعتراف بذات الحجية القانونية لها بهدف الحفاظ على حقوق المتعاملين وتحقيق نوع من الثقة والاِستقرار في هذه المعاملات الإلكترونية.

ويتجلى هذا التوسع من خلال التعريف الوارد في المادة 2/أ من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المذكور آنفاً، والتي يلاحظ منها أنَّها جاءت شاملة إذ لم تحصر الكتابة الإلكترونية في شكل معين، بل تركت المجال مفتوحاً حتى للوسائل الحديثة التي يمكن أنْ تكتشف في المستقبل.

1 - صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 290.

2-*rapport de la CNUDCI Sur les travaux de sa18 eme session, doc. Officiels de l'assemblée générale, 40 eme session, suppl. n°17, A/40/17, ss 360, lamy droit de l'informatique, 41996 ; n° 2417, p : 1474*

3 -فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق ص 178.

كما أوضحت اللجنة بموجب قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية المعتمد رسمياً بموجب القرار 80/56 الصادر بتاريخ 2001/12/12، معنى التوقيع الإلكتروني مع إضفاء صفة الحجية القانونية الكاملة عليه بهدف مسايرة مستجدات التجارة الإلكترونية[1].

كما أنَّ اِتفاقية الأمم المتحدة لعام 2005 بخصوص الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية هي الأخيرة كذلك نصَّت في المادة 08 منها ضرورة الاِعتراف القانوني بالخطابات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات[2].

أمَّا على الصعيد الإقليمي فنجد أنَّ جهود المجلس الأوروبي كانت قد سبقت لجنة الأونسترال، في هذا المجال حيث أصدر توصيته للدول الأعضاء مؤرخة في 1981/12/11 نص فيها على ضرورة تنسيق الجهود الدولية في قبول المستندات والتسجيلات الإلكترونية، والاِعتراف بها كدليل إثبات في القيمة القانونية مثل المحررات الورقية وتبني مفاهيم حديثة بشأن الكتابة والتوقيع والأصل[3].

وقد تحقق ذلك بصدور التوجيه الأوروبي رقم :1999-93 بشأن التواقيع الإلكتروني الصادرة بتاريخ 1999/12/13 الذي سوى بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية من حيث القيمة القانونية في الإثبات متى توفرت فيها الشروط اللازمة لذلك.

والشيئ نفسه أكَّدته اِتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع والتي اِعترفت بقبول الكتابة والمحررات الإلكترونية من بين أدلة إثبات عقد البيع الدولي للبضائع من خلال المادة 11 منها التي نصت أنَّه "لا يشترط أن يتم اِنعقاد عقد البيع أو إثباته كتابة، ولا يخضع لأية شروط شكلية، ويجوز إثباته بأي وسيلة بما في ذلك الإثبات بالبينة".

1 – حسان سعاد، مرجع سابق ص 53

2 –أُنظر: نص الاِتفاقية على موقع الأونسترال على الرابط *www.uncitral.org*

3 - حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 286.

غير أنَّ أحكام هذه الإتفاقية لا تطبق على عقود الإستهلاك الإلكتروني الدولية، والغرض من الإشارة إليها فقط للتأكيد على الإعتراف الدولي والإقليمي بالحجية القانونية للمحررات الإلكترونية في الإثبات، خصوصاً أنَّ غالبية التشريعات المعاصرة بدأت في العدول عن تلك المفاهيم التقليدية في الإثبات، وأصبحت تأخذ بوسائل الإثبات أكثر تقدماً، بل ذهبت إلى أكثر من ذلك حيث أصبحت تعتمد على الصور المستخرجة من وسائل الإتصال الحديثة كدليل إثبات[1].

2-موقف التشريعات الوطنية

إنَّ دخول التقنيات الحديثة في إنجاز التصرفات القانونية، وإبرام عقود الإستهلاك الإلكتروني فرض على التشريعات الوطنية ضرورة الإستجابة لمعطيات هذه التطورات، خاصة ما يتعلق بالقيمة القانونية للمخرجات الناتجة عن هذه العقود في الإثبات، من أجل إعادة التوازن و حماية حقوق طرفي العلاقة التعاقدية، من خلال إستحداث نصوص قانونية جديدة أو تطويع القواعد العامة للإثبات حتى تتماشى وخصوصية هذه العقود، لذلك سنحاول في هذه الفقرة البحث عن كيف تعاملت بعض الدول الغربية مع المحررات الإلكترونية كدليل إثبات، كونها كانت هي السابقة في التعاملات الإلكترونية، ثم نتعرض بعد ذلك إلى موقف بعض القوانين العربية من هذه المحررات الإلكترونية في الإثبات.

1 – رضا متولي وهدان، الضرورة العملية للإثبات بصورة المحررات، في ظل تقنيات الإتصال الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ط،2003، ص 45 و46.

أ–موقف بعض الدول الغربية:

يُعْتبرُ المشرع الفرنسي هو السباق في هذا المجال، إذ أخذ العديد من المبادرات[1]، أهمها ما قامت به الحكومة بخصوص تكليف مجلس الدولة الفرنسي بإعداد تقرير بخصوص تنظيم الإثبات المتعلق بالمحررات الإلكترونية، والذي بدوره كلف مجموعة من كبار أساتذة القانون بإعداد مشروع يعدل أحكام القانون المدني بِاعتباره الشريعة العامة، حتى يستوعب التقنيات الحديثة في مجال الإثبات[2].

بفضل هذا المشروع الذي أخذ الكثير من الجهد والوقت، قام المشرع الفرنسي بتعديل جدري في الأفكار التي كانت سائدة في القانون المدني، ليدخل في نطاقه الِاعتراف بالأدلة الإلكترونية ويزيل عقبات قبول الكتابة والتوقيعات الإلكترونية في الإثبات[3]، حيث تم توضيح أحكام قبولها كأدلة إثبات بصدور القانون رقم:230/2000 الذي تم اِعتماده رسمياً بتاريخ:2000/03/13.

1 – لقد ساير المشرع الفرنسي جميع مراحل اِستعمال الوسائل الحديثة في إبرام العقود و المعاملات، ويتجلى ذلك بداية من الِاعتراف بالميكرو فليم في بموجب القانون المؤرخ في 1980/07/12، ثم تله بعد ذلك صدور القانون رقم 83–353 المؤرخ 1983/04/30 الذي اِعترف في مادته الثالثة للوسائط والدعامات الإلكترونية المسجلة بها حسابات التجار والشركات وإعطاءها نفس حجية الدفاتر التقليدية في الإثبات، كما عدل قانون الضرائب ليتماشى وهذه التطورات ، حيث نصت المادة 47 منه، على قبول الإيصالات والفواتير المدونة بطريقة الإلكترونية المقدمة أثناء المعاينات، كما أصدر القانون 99–337 المؤرخ في 1999/05/03 الذي عدل المادة 289 من نفس القانون الذي أجاز التصريحات الضريبية وإرسالها رقمياً للإدارة الضرائب، لمزيد من التفصيل راجع: حمودي محمد ناصر، مرجع سابق ص 289.

2 –فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص180.

3 – صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 292.

على هذا الأساس وبناءاً على التوجيهات الدولية بشأن الإعتراف بالوسائط غير الورقية في الإثبات أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم:230/2000 الذي تم إعتماده رسمياً بتاريخ:2000/03/13 حيث بموجبه عدل التقنين المدني الفرنسي حيث نص في المادة 1316 المعدلة بالمادة 1365 من القانون المدني الجديد حيث إعتبر الدليل الكتابي هو عبارة تسلسل لحروف مكتوبة أو مطبوعة أو أرقام أو علامات أو رموز لها مدلول واضح، أياً كانت الدعامة التي تحويها وأياً كانت طريقة نقلها[1].

ومن هنا يتبين أنَّ المشرع الفرنسي قد سوى بين المحررات الورقية والمحررات الإلكترونية في الإثبات شريطة أن تكون مقروءة وواضحة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالشخص الذي صدرت منه ومحفوظة بطريقة يسهل الرجوع إليها في أي وقت.

وفي القانون الإنجليزي نجد أنَّ قانون الإتصالات والتجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 2000/05/25 قد إعترف بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كدليل إثبات دون أن يحدد الشروط الواجب توفرها رغبة منه إلى رفع العوائق والتسهيل على المتعاملين طرق الوصول إلى إثبات حقوقهم[2].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، عمل المشرع على توحيد قواعد الإثبات من خلال إصداره لقانون الإثبات الفيدرالي الخاص بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2000 والذي نص في مادته 1/1001 صراحة على أنَّ التسجيلات الإلكترونية وكل ما يستخدم في جمع البيانات يعتبر بمثابة صيغة خطية[3].

---

1 – ***Décret*** *n ° 2016-131 du 10 février 2016, contenant le code civil, Art 1365"L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support".*

2 – حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 290.

3 –فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص181.

وبهذا يكون قد كرس مبدأ هاماً وهو التكافؤ بين الرسائل والعقود الإلكترونية والسجلات الإلكترونية الحافظة بها وبين نظائرها الورقية شريطة أنْ تكون مستوفية للبيانات المطلوبة ويمكن الإطلاع عليها والحصول على نسخة مطابقة لها[1].

كما أنَّ قانون مقاطعة الكيبك الكندي هو كذلك أعطى لرسالة البيانات المسجلة على دعائم إلكترونية نفس الحجية في الإثبات شأنها شأن المحررات التقليدية، بشرط أنْ تتوفر فيها جميع الضمانات الكافية، وتكون محمية بطريقة يسهل الرجوع إليها، مع منح السلطة التقديرية للقاضي في الاِعتماد عليها عند وقوع النزاع والتأكد من مدى حجيتها في الإثبات[2].

ب–موقف بعض الدول العربية:

يعتبر المشرع التونسي هو أول تشريع عربي يمنح مخرجات الحاسوب الحجية القانونية الممنوحة للمحررات التقليدية في الإثبات، متى تم حفظها وفق القواعد والشروط المنصوص عليها قانوناً[3].

كما أنَّ المشرع الأردني هو كذلك نص في المادة 7 من قانون التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 عن القيمة القانونية للمحررات الإلكترونية " يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات".

1- صفاء فتوح جمعة، ص 303و304.

2 – حمودي محمد ناصر، مرجع سابق ص 291.

3 – ويتضح ذلك من خلال ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل 04 من قانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية المذكور آنفاً والتي جاء نصها كمايلي: " يعتمد قانوناً حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة بالشكل الذي تسلمها به، ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يتح الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتوها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو اِستلامها".

يستفاد مما سبق أنَّ المشرع الأردني قد ساوى في الحجية القانونية بين المحررات الإلكترونية والتقليدية سواء تعلق الأمر بإلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات.

وفي نفس السياق نجد أنَّ المشرع المصري هو كذلك قد اِعترف بحجية الكتابة الإلكترونية بصدور قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 حيث حدد في المادة الأولى /1 مفهوم الكتابة الإلكترونية كما أنَّه في الفقرة "ب" من نفس المادة عرَّف معنى المحرر الإلكتروني، وقد منح هذا القانون الحجية الكاملة للمحررات والتوقيعات الإلكترونية مساوياً بينها وبين المحررات التقليدية في هذا الشأن[1].

أمَّا المشرع الجزائري فقد واكب هو كذلك المستجدات القانونية كباقي التشريعات المختلفة، غير أنَّه لم يصدر نصاً خاصاً متعلقاً بالإثبات في قانون التجارة الإلكترونية بل اِكتفى بتعديل القواعد العامة مسايراً بذلك التشريع الفرنسي حيث قام بتعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05 لسنة 2005 حيث أضاف المادة 323 مكرر1 التي تم الحديث عنها آنفاً عند تعريف الكتابة الإلكترونية، حيث اِعتبر الإثبات بالكتابة الإلكترونية كالإثبات بالورق وبالتالي لهما نفس القوة القانونية.

هذا ما نستشفه بشكل ضمني من خلال مراجعة بعض النصوص القانونية فعلى سبيل المثال نجد المادة 02 من الأمر رقم 05-06 المتعلق بمكافحة الإرهاب نصت" كل المعطيات المعالجة أو غير المعالجة، المحللة أو غير المحللة، وكل وثيقة أو تقرير، وكذلك الاِتصالات الأخرى بمختلف أشكالها بما في ذلك الإلكترونية ونسخها المحقق في صحتها والمصادق على مطابقتها"[2].

1 – راجع نص المادتين 14و15 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لعام 2001.

2 – الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة الإرهاب، ج.ر.ج.ج، العدد59، الصادرة في 2005/08/26م، المعدل والمتمم.

كما أنَّ المشرع الجزائري اِعترف بطريقة غير مباشرة في القانون التجاري حيث نص في المادة 414 على إمكانية التقديم المادي للسفتجة للوفاء بأية وسيلة إلكترونية[1]، كما نص نفس القانون على بطاقات السحب الإلكتروني، والدفع الإلكتروني.

وهذا ما كان قد أكَّده قانون النقد والقرض رقم 03-11 حيث نص في المادة 69 منه على أنَّه" تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"[2].

وبهذا يكون المشرع الجزائري هو كذلك قد أخذ بالمفهوم الموسع للكتابة في الإثبات حيث ترك المجال مفتوحاً أمام جميع الوسائل الإلكترونية، حيث اِعترف بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وسوى بينهما وبين المحررات التقليدية في الإثبات.

نخلص مما تقدم أنَّ أغلب التشريعات والتنظيمات الدولية تتجه إلى المساواة بين المحررات والتوقيعات الإلكترونية والمحررات التقليدية وتمنحها نفس الحجية في الإثبات، غير أننا نرى حتى يستطيع المستهلك الإلكتروني أنْ يتعاقد وهو في مأمن من ضياع حقوقه ضرورة توحيد الجهود الدولية في مجال إثبات هذه العقود، وتعديل كل الأنظمة القانونية الوطنية حتى تتماشى وعالمية هذه العقود والسماح للأطراف المتعاقدة بالاِتفاق على اِعتماد كل البيانات الإلكترونية كأدلة إثبات مع منح القاضي سلطة واسعة للاِجتهاد والبحث والتحري معتمداً في ذلك على مبدأ النظير الوظيفي في الإثبات، من أجل الوصول إلى حلول تتماشى وخصوصية هذه العقود و تحقيق الحماية للمستهلك بِاعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

1 – قانون 02/05 الصادر في 2005/02/05 المعدل والمتم للأمر 59/75 الصادر بتاريخ 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري الجزائري، ج.ر. ج.ج، العدد11 الصادر في 2005/02/09م.

2 – الأمر رقم 03-11 يتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 26 غشت 2003، ج.ر.ج.ج، العدد 52، الصادر في 2003/08/27م، المعدل والمتمم.

الفرع الثالث

التعارض بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية في إثبات عقود الإِستهلاك

بعد أنْ إِعترفت جل التشريعات والتنظيمات الدولية بالحجية القانونية للمحررات الإلكترونية مساواة لها مع المحررات الورقية بدون أي هرمية، يعد المحرر الإلكتروني من قبيل الأدلة الكتابية في الإثبات سواء أكان هذا المحرر رسمياً أم عرفياً متى توفرت فيه الشروط والضوابط القانونية اللازمة لذلك[1].

مفاد ذلك أنَّ للمحررات الإلكترونية حجية كاملة فيما يتعلق بالبيانات والمعلومات المدونة فيها، إلى أنْ يثبت عكسها بالطرق المقررة قانوناً، وبالتالي يكون للمحرر الإلكتروني نفس حجية المحرر الورقي في الإثبات، غير أنَّ هذه المساواة أدت إلى بروز شكل جديد من أشكال التنازع بين الأدلة الكتابية في عقود الإِستهلاك الإلكتروني.

ويتجلى ذلك في الحالة التي يقدم فيها أحد الخصوم في عقد الإِستهلاك الإلكتروني أمام القضاء محرراً إلكترونياً، ويقدم الآخر محرراً ورقياً ويكون كلاهما متضارب مع الآخر، وبالتالي تثور هنا مسألة الترجيح بين هذه المحررات أي منهما تكون له الأفضلية كدليل إثبات يحسم النزاع؟

وإذا كانت مسألة تعارض الأدلة ذات القيمة الثبوتية الأدنى من بعضها محسومة وفقاً للقواعد العامة، فالأمر هنا ليس بهذه بالسهولة لكون التعارض بين أدلة إثبات ذات حجية من مرتبة واحدة، إذ تتوازن حينئذ كفتا الميزان وليس للقاضي ترجيح كفة المحرر الورقي لكونه تقليدياً "مؤلوفاً"[2].

1 – صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم، ص 305.

2 –أمل كاظم كريم الصدام، حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات المدني، مقال منشور على الموقع:
https://www.almerja.com/reading.php?idm=7332
تاريخ الزيارة 2020/07/24.

ولا يملك القاضي إزاء ذلك سوى ترجيح الدليل ذي القوة الثبوتية الكاملة لكن السؤال المطروح هنا: كيف يمكن للقاضي أنْ يرجح بين هذه الحجج المتعارضة؟ وهل هناك ضوابط تقيده في ذلك؟ وماهي أهم صور هذا التعارض؟ وكيف تعامل المشرع الجزائري مع هذه الإشكالية؟

هذا ما سنوضحه من خلال الجزئية الموالية:

1-ضوابط الترجيح بين الأدلة المتساوية في القيمة الثبوتية:

بعد تكريس مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات في الإثبات أضحى من المتصور أنْ يحدث تعارض بين الأدلة الثبوتية التي تتضمنها قضية واحدة، وهنا يظهر الدور الإيجابي للقاضي في المفاضلة بين تلك الأدلة لاسيما ما كان منها ذا قوة ثبوتية غير كاملة، غير أنَّه بِاستقراء التشريع الجزائري نجد أنَّ المشرع لم يتطرق لهذه المسألة بخلاف المشرع الفرنسي الذي تنبه إلى ذلك معالجاً إياها ضمن الفقرة الثانية من المادة (1316) من القانون المدني المستحدثة بموجب القانون رقم 2000/230، والتي تم تعديلها مؤخراً بالمادة (1368) من التقنين المدني الفرنسي الجديد[1].

حيث ترك المشرع الفرنسي الحرية للقاضي للِاستعانة بكافة الوسائل الممكنة بغض النظر عن دعامة المحرر، وإعطائه سلطة تقديرية واسعة لفض النزاع حول الإثبات بالكتابة وتوضيح الدليل الأكثر ملاءمة ويجعل الحق المدعى به الأقرب إلى الِاحتمال، وله في سبيل ذلك اللجوء إلى جميع ما من شأنه تعزيز ثقته بأحد المحررين المتعارضين، بما فيها الشهادة والقرائن، على أساس أنَّه لا يوجد أي تدرج بين الكتابة الإلكترونية والورقية في الإثبات.

غير ما يمكن ملاحظته على هذه القاعدة أنَّها جاءت تكميلية، إذ يجوز اِستبعاد تطبيقها متى وجد نص قانوني أو اِتفاق نافذ بين الأطراف يمنح ترتيباً معين للأدلة الكتابية[2].

---

[1]- *Art.1316-2: " Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes، et à défaut de convention valable entre les parties، le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable، quel qu' en soit le support "*

-*Art 1368 "A défaut de dispositions ou de conventions contraires، le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable ".*

2 – محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات" مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية"، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، 2002م، ص273.

ومع ذلك يستنتج من هذه المادة أنَّ سلطة القاضي مقيدة بضابطين:

أ-في حالة وجود اِتفاق أو نص يقضي بعدم المساواة:

-قد يتفق أطراف عقد الاِستهلاك الإلكتروني مسبقاً على تفضيل أحد المحررين على الآخر في حالة حدوث نزاع بينهما، فإذا وجد مثل هذا الاِتفاق يكون القاضي ملزماً بأنَّ يحسم النزاع بموجب أدلة الإثبات المتفق عليها، على أساس أنَّ القواعد الموضوعية في الإثبات ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاِتفاق على مخالفتها عكس القواعد الإجرائية[1].

-نفس الأمر يتأكد في حالة وجود نص قانوني يشترط بموجبه المشرع نوعاً من الكتابة لاِنعقاد بعض التصرفات القانونية، فهنا يتعين على القاضي التقيد بالنص، مثل ما نصت عليه بعض القوانين في المعاملات عبر الإنترنت حيث أعطت للمستهلك حق طلب الدليل الورقي في حالة التعامل مع المهني فهنا يكون للدليل الورقي الأفضلية في الإثبات على المحرر الإلكتروني[2].

ب-في حالة كون أحد المحررين غير كاملٍ:

إنَّ القاضي عند تطبيقه مبدأ المساواة بين المحررات في الإثبات، يفترض في هذه المحررات أنْ تكون في نفس المستوى، وهو الأمر الذي يقتضي بطبيعة الحال أنْ تكون موقعة من أطرفها وتتوفر فيها جميع الشروط المتطلبة قانوناً لاِعتبارها دليلا كتابياً كاملاً[3].

فإذا كان المحرر الورقي لا يحمل مثلاً توقيع محرره، بينما يحتوي المحرر الإلكتروني على جميع مقومات الإثبات، فهنا لا نكون أمام تنازع بين محررين لأنَّ أحدهما ناقص فيقوم القاضي مباشرة باِستبعاده، ويعتد بالمحرر الكامل وبالتالي فإنَّ مسألة التنازع بين المحررات لا تكون إلا بين المحررات المتساوية التي يكون بينها تعارض مما يستدعي سلطة التقدير والترجيح.

1- منيرة عبيزة،بوبكر مصطفى، الدليل الإلكتروني والسلطة التقديرية للقاضي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد03 ديسمبر 2018، ص 580.

2 - محس عبد الحميد إبراهيم البيه، دور المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون المصري، مدونة العلوم القانونية، ص 138، متاح على الموقع: https://cdn-cms.f-static.com/uploads/756335/normal_5d212c8b0e654.pdf
تاريخ الإطلاع 2020/07/25.

3 - صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، ص 311.

مما سبق نرى أنَّ السلطة التقديرية التي منحها المشرع الفرنسي للقاضي بخصوص الترجيح بين المحررات وتحديد الدليل الأقرب للحق وإعطائه الأفضلية عند الفصل في النزاع من شأنه أنْ يساهم في وضع حلول قانونية تتماشى والمعاملات الإلكترونية التي تمتاز بالسرعة والتطور المستمر ومنح القاضي فرصة الإجتهاد في الترجيح والبحث عن وسائل الإثبات الأكثر إحتمالاً في دلالتها على الحقيقة بصرف النظر على الدعامة المثبت عليها.

إنَّ إعطاء هذه السلطة للقاضي وضبط مجالها القانوني من شأنه أنْ يساهم في الحفاظ على الحقوق وإزالة كل مخاوف التعاقد في البيئة الإلكترونية وإضفاء نوع من الحماية القانونية للأطراف المتعاقدة خصوصاً المستهلك بإعتباره طرفاً ضعيفاً يحتاج إلى حماية خاصة.

2-أهم صور التعارض بين هذه الأدلة المتساوية في القيمة الثبوتية:

إنَّ مسألة التعارض بين الأدلة ذات القيمة الثبوتية المتساوية، لم تكن معروفة من قبل لكون أنَّ هرمية أدلة الإثبات كانت محددة مسبقاً وفقاً للقواعد العامة، لكن بظهور الوسائل الإلكترونية، وإنتشار المعاملات الإلكترونية حتم ذلك على التشريعات الإعتراف بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات العقود والتصرفات القانونية[1]، وبالتالي أصبح من الممكن حدوث تعارض بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني كما تحدثنا آنفاً.

1 – منيرة عبيزة، بوبكر مصطفى، مرجع سابق، ص576.

وتتجلى أهم صور التعارض التي يمكن أنْ تثور في هذا الصدد، وفق تصور بعض الفقهاء على النحو التالي:

أ–محرر إلكتروني مؤمن ومحرر عرفي ورقي:

حتى نكون أمام تعارض قانوني حقيقي بين محرر إلكتروني مؤمن ومحرر عرفي ورقي، لابُدَّ أنْ تتوفر في هذا الأخير الضمانات القانونية الكافية التي تجعله يضاهي المحرر الإلكتروني المؤمن في الإثبات لأنَّ اِقترانه بتوقيع مؤمن يعتبر دليلاً قانونياً كافياً على صحته، ويمكن التأكد من ذلك بشهادة التصديق التي يصدرها مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، إذا ما تمت مقارنته بالمحرر العرفي الذي يحرر بمعرفة ذوي الشأن لوحدهم ويوقعون عليه دون حضور موظف عام يشهد على توقيعهم، وبالتالي يمكن إهدار حجته بمجرد إنكارهم له[1].

وبناءاً على ذلك فإن مسألة الترجيح بين المحرر الإلكتروني المؤمن والمحرر العرفي الورقي تقتضي ضرورة توافر كل منهما على مقومات الدليل الكامل، حتى تبدأ مهمة القاضي فيرجح بينهما اِعتماداً على خبرته وتقديره للأمور وفق مقتضيات القانون، مادام لم توجد معايير واجبة التطبيق يتم الاِستناد عليها[2].

ب–محرر إلكتروني عرفي غير مؤمن ومحرر ورقي:

يعتبر المحرر الإلكتروني العرفي غير المؤمن أو ما يصطلح عليه بالمحرر البسيط أقل حجية في الإثبات من المحرر الإلكتروني المؤمن، لكونه يحتوي على توقيع إلكتروني غير مؤمن، ما من شأنه أنْ يقلل من مصداقيته، بحيث لا يتساوى في قيمته الثبوتية حتى مع المحرر العرفي الورقي لأنَّه لا يتوفر على ضمانات كافية للتأكد من سلامته مقارنة بالمحرر الإلكتروني المؤمن، ويقع على من يتمسك به عبء إثبات خلاف ذلك.

1 –صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، ص 314، 315.

2– محس عبد الحميد إبراهيم البيه، دور المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون المصري، مرجع سابق، ص140.

كما أنَّ المشرع الفرنسي ونظيره المصري ربط مسألة المساواة بين المحرر العرفي الورقي والإلكتروني بمدى توفر الشروط القانونية خصوصاً المتعلقة بموثوقية التوقيع الإلكتروني، والذي يترتب على عدم توفره في المحررات الإلكترونية البسيطة، اِعتبار المحرر العرفي الورقي ذا قيمة ثبوتية تفوقه في الإثبات، مع ربط كلا المشرعين حجية هذين المحررين بعدم إنكار توقيعهما ممن نسب إليه حتى يتولى القاضي فض التنازع بينهما وترجيح أحدهما على الآخر[1].

ج–محرر إلكتروني مؤمن ومحرر رسمي ورقي:

رغم اِعتراف المشرع الجزائري بالمساواة بين المحررات الإلكترونية والورقية في الإثبات إلا أنَّه لم يضع نصوصاً خاصة تنظم المحررات الإلكترونية العرفية والرسمية، بخلاف المشرع الفرنسي الذي أضفى على التوقيع الإلكتروني المؤمن صفة الموثوقية ونظمه بإجراءات دقيقة ومشددة يكفل بموجبها سلامة الدليل وصحته[2].

إنَّ إضفاء الموثوقية على المحرر الإلكتروني من خلال التوقيع الإلكتروني المؤمن يجعله في مستوى عال من الأمان، ويعتبر قرينة على صحة ما ورد فيه، ويقع عبء إقامة الدليل على من يدعي خلاف ذلك[3].

نفس الشيء يتقرر بالنسبة للمحرر الرسمي، لأنَّه من الثابت قانوناً أنَّ لهذا المحرر حجية ذاتية لوجوده وصحته كونه صادراً من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن في حدود سلطته واختصاصه[4]، ولا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير، كما لا يمكن أنْ يتكلف من يتمسك به، بإقامة الدليل على ذلك.

1 –صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، ص 318.

2 –بلقنيشي حبيب، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص بعنوان إثبات التعاقد عبر الإنترنت (البريد المرئي)–دراسة مقارنة–، (جامعة وهران –السانيا، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص)، تحت إشراف بولنوار مليكة، 2010–2011، ص100.

3 – محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات" مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية"، مرجع سابق، ص280.

4– هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 324 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتم، مرجع سابق.

إلا أنَّ ما تتميز به المحررات الرسمية الإلكترونية المؤمنة هو ازدواجية الضمانات، والمتمثلة في موثوقية التوقيع من جهة وتدخل موظف أو مكلف بخدمة عامة في إنشاء المحرر من جهة أخرى وهو ما يجعلها في مركز أقوى من المحررات الرسمية الورقية من حيث درجة الحجية في الإثبات.

هذا وقد اِنفرد المشرع الفرنسي عن باقي التشريعات بوضع أحكام خاصة بالمحررات الإلكترونية، بإصدار مرسومين بتاريخ 10أوت 2005م، المرسوم 2005/972 المتعلق بنظام المحضرين، والمرسوم 2005/973 المتعلق بالموثقين حيث حدد هذين المرسومين شروط حفظ صور المحررات على دعامة إلكترونية، حيث دخلا حيز التنفيذ بتاريخ 01أفريل 2006[1].

وعليه فلا مجال للقول بتفوق المحرر الرسمي الإلكتروني على نظيره الورقي فنحن أمام محررين متساوين في الحجية، حينئذ تظهر الحاجة لدور القاضي في البحث والتحري وترجيح أيهما يكون الأفضل كدليل لتسوية النزاع القائم أمامه، هذا ما نتمنى من المشرع الجزائري الأخذ به فهذا المجال.

1-بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص87-88.

خلاصة الباب الأول

يتضح من خلال هذا الباب أنَّ تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني قضائياً، تدخل في نطاق الإِختصاص القضائي للدولة شريطة ألا يتضمن العقد خلاف ذلك، حيث يقوم القاضي بحل مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي، من خلال الإِستعانة بالضوابط العامة المحددة للاختصاص الدولي أو تطبيق ضابط موطن محكمة المستهلك، وعقود الاستهلاك الإلكتروني مثل سائر العقود فالمنازعات الناشئة عنها تخضع للقواعد المحددة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، و التي من شأنها تحديد القضاء المختص بالفصل في هذه المنازعات، وقد تبين لنا من هذه الدراسة أنَّ المشرع الجزائري لم ينظم قواعد الاختصاص الدولي بقواعد خاصة بل اكتفى فقط بتمديد العمل بقواعد الاختصاص القضائي الداخلي، كما أنَّه لم ينص على ضابط محكمة موطن المستهلك، مما آثار العديد من التحديات.

كما أنَّ القاضي الوطني بعد ما يصبح مختصاً بالفصل بهذه المنازعات واجهته العديد من الإشكاليات القانونية في أولها مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق وصحة التراضي في عقود الاستهلاك الإلكتروني، بالإضافة إلى مشكلة التأكد من أهلية المتعاقدين وإثبات العقد، نظراً لغياب المستندات الورقية، بالإضافة إلى تفاوت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بخصوص القواعد المنظمة لحماية المستهلك الإلكتروني، مما حتم على المشرع الجزائري ضرورة إعادة النظر في قواعد الاختصاص القضائي الدولي، بالإضافة إلى مراجعة التشريعات والاتفاقيات الدولية وتعديل النصوص القانونية من أجل الوصول إلى قواعد موحدة تتماشى وعالمية عقود الاستهلاك.

ونظراً لغياب التناسب والانسجام بين هذه القواعد والبيئة الإلكترونية، وإن أمكن تطبيق بعضها في بعض الأحيان، إلا أنَّ القضاء وجد صعوبات وإشكاليات كبيرة في تطبيقها، كونها مبنية على قواعد مادية، كما أنَّها ترتكز على مفاهيم لم تعترف بها هذه البيئة الإلكترونية، رغم العديد من المحاولات إلا أن التعامل أثبت قصورها في تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، مما دفع الفقه وكذا التوجيهات والإِتفاقيات الدولية إلى المناداة بضرورة إيجاد قواعد جديدة، بموجب تشريعات خاصة، أو اللجوء إلى الوسائل البديلة بِاستخدام نفس التقنيات الحديثة في العالم الإلكتروني لفض المنازعات الناجمة عن هذه العقود.

الباب الثاني

تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني تحكيمياً

الباب الثاني

تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني تحكيمياً

إنَّ الذاتية التي تتمتع بها عقود الإستهلاك الإلكتروني سواء على المستوى الداخلي أو الدولي جعلت من القضاء العادي يواجه العديد من الصعوبات في تسوية المنازعات الناجمة عنها من خلال تطبيق قواعد الإختصاص القضائي التقليدية أو حتى الإعتماد على ضابط موطن المستهلك، لكون هذه الضوابط وضعت أصلاً لحكم علاقات ذات طابع مادي، كما أنَّ أغلب منازعات هذه العقود تعتبر ذات قيمة ضئيلة ومحدودة مقارنة مع إرتفاع تكلفة التقاضي وتعقد إجراءاتها، كل هذا من شأنه أن يؤدي حتماً إلى عدم مطالبة المستهلك بحقه حتى لوكان أمام محكمة موطنه.

كما ساهم إستخدام تقنيات الإتصال الحديثة في مجال إبرام عقود الإستهلاك الإلكتروني وتنفيذها إلى إتساع رقعة المنازعات الناشئة عنها، مما أثبت قصور القضاء العادي في مواكبة حجم مشكلات هذه البيئة الإفتراضية، إذ لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد، نتيجة لذلك إتجهت العديد من التشريعات إلى إستحداث وتطوير آليات قانونية جديدة تسمح للأطراف من خلالها الحصول على حل عادل وسريع وفعال لحل منازعاتهم، فضلاً عن الحرية والمرونة غير الموجودة في القضاء العادي[1].

هذا ما جعل المهتمين والعاملين في هذا المجال يفضلون اللجوء إلى نفس الوسط الذي تمت فيه المعاملة لتسوية المنازعات بطريقة إلكترونية، إعتماداً على وسائل الإتصال الحديثة وفي مقدمتها الإنترنت[2].

1 -علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص394.

2 - ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 507.

إنَّ اِنتشار هذه المعاملات الإلكترونية، دفع الفقه إلى المناداة بضرورة البحث عن وسائل إلكترونية تتلاءم وخصوصية هذه العقود لتسوية المنازعات الناجمة عنها، نظراً لما يمثله اللجوء إلى القضاء العادي من عبءٍ كبير على المتعاقدين في هذا المجال بحيث لم يعد وسيلة مقبولة لفض المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية[1].

ومن هنا بدأت فكرة إنشاء مواقع إلكترونية متخصصة في تقديم خدمات تسوية المنازعات عن طريق الإنترنت، حيث تم في عام 1995 إنشاء مشروع القاضي الِافتراضي في أمريكا الشمالية، تلاه في عام 1996 المشروع الذي تبنته جامعة ماساشوستس، ثم في عام 1998 أنشأت جامعة مونتريال بكندا نظام المحكمة الِافتراضية، وبعدها توالت العديد من المشروعات المهتمة بخدمات تسوية المنازعات عبر الإنترنت[2].

كما نجد أنَّ التوجيه الأوروبي رقم 2000/21 بشأن التجارة الإلكترونية وخدمات المعلومات قد أولى اِهتماما كبيراً بوسائل التسوية الإلكترونية، من خلال حثه الدول الأعضاء في الاِتحاد الأوروبي على العمل بها، هذا ما يتضح من نص المادة 1/17 منه" تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيداً عن أروقة المحاكم وبِاستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني وفي مجتمع المعلومات وفض المنازعات" كما نصت الفقرتين الثانية والثالثة من نفس المادة على تشجيع مؤسسات التسوية الإلكترونية وإزالة كل الصعوبات التي يمكن أن تواجهها في ذلك[3].

1- CF.CAPRIOLI Eric A, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du juris-Classeur, Litec, Paris, 2002, p12.

2- حسام أسامة شعبان، الِاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ص152.

[3]**-Art. 17** Out-of-court dispute settlement "*1. Member States shall ensure that, in the event of disagreement between an information society service provider and the recipient of the service, their legislation does not hamper the use of out-of-court schemes, available under national law, for dispute settlement, including appropriate electronic means. 2. Member States shall encourage bodies responsible for the out-of-court settlement of, in particular, consumer disputes to operate in a way which provides adequate procedural guarantees for the parties concerned.3. Member States shall encourage bodies responsible for out-of-court dispute settlement to inform the Commission of the significant decisions they take regarding information society services and to transmit any other information on the practices, usages or customs relating to electronic commerce".*

ومن أجل ذلك إتجهت معظم التوصيات والآراء إلى ضرورة اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية[1]، بحيث يتم تسوية النزاع إلكترونياً على الخط، خاصة بعد أنْ تأكدت الحاجة لابتداع آليات تتماشى وخصوصية هذه العقود، ولعل من بين أهم هذه الآليات نجد التحكيم الإلكتروني الذي أخذ العالم في الوقت الحاضر بالتركيز عليه كبديلٍ للقضاء العـادي وإعتبره الفقه الحديث أبرز الوسائل البديلة في مجال تسوية منازعات العقود الدولية وأنجعِها إنطلاقاً من كونه يتناسب مع طبيعتها ويمتاز بالسرية والسرعة وفي نفس الوقت من شأنه أنْ يحقق الأمان والإستقرار الذي يساهم في ثقة المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية[2].

ولبيان المقصود بالتحكيم الإلكتروني وصولاً إلى بيان جدواه القانونية كوسيلة بديلة من وسائل تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، يتحتم علينا في هذا الباب دارسة ماهية التحكيم الإلكتروني كقضاء بديل، خصوصاً وقد واجهت هذا القضاء العديد من الإعتراضات بشأن إدراجه كشرط ضمن بنود عقود الإستهلاك، إذ أنَّ غياب التكافؤ في العلاقة بين المستهلك والمتدخل من شأنه أنْ يجعل هذا الشرط موصوفاً بالتعسفية من جانب المتدخل.

تبعاً لذلك سنقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصلين نتناول في الفصل الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني كقضاء بديل وفي الفصل الثاني: دور إتفاق التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني.

---

1 –يطلق عليها تسمية وسائل التسوية الإلكترونية للمنازعات يصطلح عليها بالإنجليزية ***(ODR) Online Dispute Resolution*** ويصطلح عليها بالفرنسية ***Mode Electronique de Règlement de Litiges(MERL)*** تعرَّف بأنَّها كل آلية غير قضائية تسمح للمتنازعين بالإلتقاء عبر شبكة الإنترنت، بغرض حسم النزاع إمَّا بإتفاق بين الأطراف أو بحكم يلزم الطرفين، وتتنوع آليات تسوية المنازعات عبر الإنترنت، فقد تتخذ شكل المفاوضات الإلكترونية، أو الوساطة عبر الإنترنت، أو التحكيم عبر الإنترنت، ويرى جانب من الفقه أنَّ تسوية المنازعات عبر الإنترنت نتجت عن تزاوج الوسائل البديلة للتسوية ***Alternative Dispute Résolution (ADR)*** مع وسائل تكنولوجيا المعلومات.

2 – ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 507.

الفصل الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني كقضاء بديل

إنَّ تزايد حجم عقود الاِستهلاك الإلكتروني أدى إلى زيادة المنازعات الناتجة عنها مما فرض ضرورة البحث عن وسائل للتسوية تتلاءم و خصوصيات هذه المعاملات من حيث السرعة وكذلك من حيث الوسيلة الإلكترونية المبرمة بها، ونتيجة لذلك ظهر ما يعرف "بالتحكيم الإلكتروني" والذي هو عبارة عن مزيج من القواعد المتعلقة بالمفهوم العام للتحكيم من جهة وبالتقنيات الإلكترونية من جهة ثانية، وبالتالي فهو لا يخرج عن القواعد الأساسية للتحكيم، ولكنَّه يمتاز فقط بتطبيق تقنيات العالم الإلكتروني على هذه القواعد[1]، ولا شك أنَّ اِستخدام التحكيم التقليدي في تسوية منازعات التعاملات الإلكترونية قد حقق نتائج في العديد من القضايا، إلا أنَّه واجهته العديد من العقبات التي فرضت ضرورة تطويره ليواكب العالم الإلكتروني، حتى يتناسب مع متطلبات التجارة الدولية القائمة على دعائم إلكترونية[2]، وخصوصية عقود الاِستهلاك.

ولقد تم الاِعتراف بالتحكيم الإلكتروني منذ مطلع عام 1996 كوسيلة لتسوية منازعات التعاملات الإلكترونية رغم الصعوبات التي واجهته هو كذلك، إذ تتم التسوية من خلاله بِاستخدام البريد الإلكتروني *E-mail* أو عن طريق الموقع الإلكتروني *Website* أو من خلال الفيديو كون فرنس *Videoconference*[3].

يعيش التحكيم الإلكتروني الآن أزهى عصور ازدهاره، إذ لم يعد مجرد نظام اِستثنائي لمنافسته للعدالة التي تؤديها الدولة، أو نظاماً قانونياً مصاحباً لها، بل أصبح في الآونة الأخيرة نظاماً بديلاً عن قضاء الدولة وهذا يعود إلى المزايا التي أصبح يقدمها هذا القضاء الخاص في حل المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية الدولية[4].

1- إلياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2012، ص 07.

2 -صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، 326.

3 - محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 146.

4 - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط 2010، ص 09.

فلم يعد هناك مجال للورق أو الحضور المادي للأطراف، حتى أنَّ الأحكام يتم الحصول عليها إلكترونياً وموقع عليها إلكترونياً، كما يمكن ممارسه التحكيم عبر وسائط إلكترونية من أي مكان في العالم، مما جعله طريق التسوية المفضل لدى المتعاملين في مجال التجارة الدولية عموماً[1].

وعليه سنحاول في هذ الفصل بيان ماهية التحكيم الإلكتروني من خلال التطرق لمفهومه (وهذا في مبحث أول) ثم بيان مصادره (وهذا في مبحث ثان) حتى نتمكن من معرفة مدى إمكانية قبول الاتفاق على اللجوء إليه كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم الإلكتروني

يعد التحكيم بشكل عام وسيلة من وسائل تسوية المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، فهو يمثل عدالة بديلة، حيث يقوم به أشخاص ليسوا قضاة يثق فيهم أطراف النزاع، ولا يتقيدون بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم، ويقومون بتسوية النزاع في وقت قصير وبحكم واجب النفاذ ملزم للخصوم ويقبل التنفيذ الجبري[2]، ويكتسب التحكيم صفة الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها، حيث يتم بطريقة بصرية وسمعية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد دون حاجة إلى اِلتقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين[3].

وبذلك فإنَّ مفهوم التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي " فهو نظام خاص للتقاضي ينشأ من اِتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي"[4].

1- ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 508.

2 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، الإجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2018 ص 24.

3 – عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ماهيته، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د.ط، 2009، ص04.

4 – حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي، عمان، لبنان، د.ط، 2004، ص 44.

وعليه سنحاول في هذا المبحث بيان مفهوم التحكيم الإلكتروني من خلال تعريف التحكيم الإلكتروني (في مطلب أول) وتمييزه عن غيره من وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية (في مطلب ثان).

المطلب الأول

تعريف التحكيم الإلكتروني

حتى نتمكن من تعريف التحكيم الإلكتروني كأحد الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني لابُدَّ أنْ نبدأ أولاً بتعريف التحكيم التقليدي بِاعتبار أنَّ هذا الأخير ميلاد للأول أفرزته اِنعكاسات اِستعمال تقنيات الاِتصال الحديثة في مجال المعاملات، لنتعَّرف على متى يكون التحكيم إلكترونياً، من خلال المقارنة بينهما في (فرع أول) للوصول إلى معرفة مزايا ومعوقات التحكيم الإلكتروني في (فرع ثان).

الفرع الأول

تعريف التحكيم الإلكتروني ومقارنته بالتحكيم التقليدي

يعتبر التحكيم الإلكتروني آلية جديدة برزت الحاجة إليها لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، حيث فرضت هذه البيئة الاِفتراضية ضرورة تطوير نظام التحكيم التقليدي تماشيا مع تطور وسائل الاِتصال الحديثة، مما يحتم علينا ضرورة تعريف التحكيم التقليدي(أولا) ثم تعريف التحكيم الإلكتروني(ثانيا) حتى نستطيع التفرقة بينهما، وزيادة فهم هذا الأخير كونه امتداداً للأول تم تطويره حتى يتماشى وخصوصية البيئة الإلكترونية.

أولاً: تعريف التحكيم التقليدي:

التحكيم آلية خاصة تهدف إلى تسوية منازعات الأفراد وتحقيق نوع من العدل المتحرر من أغلال إجراءات وقواعد قانون الدولة[1]، ويقصد بالتحكيم في الإصطلاح القانوني الإتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به بمقتضى هذا الإتفاق على طرح النزاع على محكم ليفصل فيه بحكم ملزم للخصوم بموجبه يتنازل الخصوم عن حقهم في اللجوء إلى القضاء[2].

ويعرفه البعض بأنَّه "نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاءهم، ويعهدون إليهم بمقتضى إتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم"[3].

وهناك من يعرف التحكيم بأنَّه: "الإتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة وذلك بحكم ملزم شريطة أنْ يقر المشرع هذا الإتفاق شرطاً كان أم مشارطة"[4].

وقد عرّف بعض الفقه التحكيم بأنَّه " متوالية من الأعمال تبدأ بعمل من المتنازعين يتمثل في إختيار طرف محايد يكلان إليه مهمة الفصل في نزاعهما ويتواصل بقبول هذا الطرف للمهمة التي إنتدب لها وتحريه لوقائع النزاع والقانون الواجب التطبيق"[5].

1 –ضفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق، 331.

2 – جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني، ودور القضاء الوطني بتفعيله، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2014، ص 31.

3 – عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 38.

4 – أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني (ماهيته، إجراءاته) ص 02 متاح للإطلاع عبر الموقع:
Disponible sur le site : https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t1885-topic Dernière visite : 10/08/2020

5 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 25.

و رغم تعدد تعريفات التحكيم إلا أنَّها كلها تصب في معنى واحد، هو أنَّ التحكيم وسيلة بديلة يقوم بواسطها أطراف النزاع بمحض إرادتهم بإحالة النزاع سواء في العلاقات الوطنية أو الدولية إلى طرف ثالث محايد يكون محكماً يقوم بإصدار قرار ملزم لهم بدلًا من اللجوء إلى القضاء.

ويفهم من هذه التعاريف السابقة أنَّ التحكيم عقد رضائي يختاره أطراف العقد بعيداً عن إشراف ورقابة المحاكم الوطنية، حيث يقوم الأطراف بأنفسهم بِاختيار المحكمة التحكيمية التي تفصل في أي نزاع نشأ أو قد ينشأ بينهم، مع اِرتباط هذه الإرادة بالإقرار المسبق للمشرع لها، بمعنى أنَّ الإرادة لا تكفي دائما بل لابُدَّ أنْ يجيز المشرع للخصوم اللجوء إلى التحكيم، فإرادة الخصوم مع إقرار المشرع هي الجوهر القانوني للعملية التحكيمية[1].

ثانياً: تعريف التحكيم الإلكتروني:

نظراً للصعوبات التي واجهت التحكيم التقليدي في حل منازعات العقود الإلكترونية اِتضح عدم جدوى هذا النظام لكونه لا يتماشى وخصوصية هذه العقود المبرمة في العالم الاِفتراضي وبالتالي ظهرت الحاجة إلى البحث عن وسائل لحل المنازعات الناجمة عنها بما يتناسب مع أوضاع ووسائل التكنولوجيا الحديثة ومن هنا برز التحكيم الإلكتروني[2].

والتحكيم الإلكتروني لا يختلف في جوهره عن التحكيم التقليدي فكلاهما وسيلة بديلة لتسوية المنازعات سواء كان ذلك إلكترونياً أو تقليدياً، وكلاهما طريق خاص لتسوية المنازعات قوامه إرادة الخصوم ولا يتم إلا إذا اِتفق الأطراف على تحديده كوسيلة للفصل في المنازعة القائمة بينهم، فالتحكيم الإلكتروني لا يقوم على حساب التحكيم التقليدي بل العلاقة تكاملية بينهما وليست تنافسية[3].

1- أسامة إدريس بيد الله، مرجع سابق ص 02.

2 - محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 148.

3 -رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 27.

ويعرف التحكيم الإلكتروني بأنَّه" التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اِتصالات دولية بطريقة سمعيه بصرية دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين"[1].

وقد ثار الخلاف بين الفقه بشأن التمييز بين التحكيم التقليدي والتحكيم الإلكتروني فهل مجرد اِستخدام الوسائل الإلكترونية في إدارة النزاع يكفي للقول بأنَّ التحكيم إلكتروني كالنظام الذي تستعمله غرفة التجارة بباريس ICC[2]، أم أنَّ عملية التحكيم من البداية إلى غاية صدور الحكم تكون إلكترونياً؟

يرى جانب من الفقه وهو الاِتجاه الموسع أنَّ الوسيلة المستخدمة في اِتفاق وإجراءات التحكيم هي من يضفي عليه صفة الإلكترونية، على خلاف الاِتجاه المضيق الذي اِعتَبرَ مجرد اِستخدام الوسائل الإلكترونية لا يضفي على التحكيم هذه الصفة، لأنَّه عادة ما نرى في إجراءات التسوية بالوسائل التقليدية البديلة تبادل العديد من الرسائل عبر البريد الإلكتروني، غير أنَّ هذا السبب الوحيد لا يضفي صفة الإلكترونية، و عليه يرى أنصار هذا الاِتجاه حتى نكون أمام تحكيم إلكتروني فإنَّه يجب أنْ تتم الصفقات أو المعاملات محل التحكيم كلها باستعمال الوسائل الإلكترونية[3].

هذا هو الرأي الذي نؤيده من وجهة نظرنا لأنَّ مجرد اِستعمال الوسيلة الإلكترونية في تبادل الرسائل والمعلومات، لا يمكن أنْ يضفي على التحكيم صفة الإلكترونية وهذا أمر منطقي خصوصاً في وقتنا الحالي الذي أضحى فيه اِستعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة في حياتنا اليومية لا غنى عنه، وبالتالي لا يعد التحكيم إلكترونيا إلا إذا تمت جميع إجراءاته بِاستعمال تقنيات الاِتصال الحديثة، اِبتداء من اِتفاق التحكيم إلى غاية صدور قرار حائز قوة الشيء المقضي فيه.

1 – خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط ،2009 ص248.

2 – وهو اختصار للمصطلح الاجليزي: *The International Chamber of Commerce*

3 –صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، 336.

وعليه فإنَّ التعريف المقترح من وجهة نظرنا هو أنَّ" التحكيم الإلكتروني هو نظام قضائي اِستثنائي اِتفاقي خاص يتم بموجبه الاِتفاق على عرض تسوية المنازعات التي نشأت أو ستنشأ في جميع مراحلها بِاستعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة على طرف ثالث محايد يفصل في النزاع بنفس الطريقة التي نشأ بها ودون الحضور المادي من أجل الحصول على قرار ملزم للطرفين"[1].

الفرع الثاني

مزايا وعيوب التحكيم الإلكتروني

لقد أصبح للتحكيم الإلكتروني أهمية بالغة في تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني خاصة الدولية، وذلك بالنظر إلى ما يتميز به من سهولة إجراءاته، والسرعة في الفصل في المنازعات وقلة التكاليف مقارنة بالإجراءات القضائية العادية وما تتسم به من تعقيدات وتعدد درجات التقاضي، ويؤكد ذلك الإقبال المتزايد بين المتعاملين في هذا المجال لاِختياره كطريق بديل لحل المنازعات، وذلك لما يتمتع به من مزايا إضافية كعدم اِلتزام الأطراف بالاِنتقال من بلد إلى آخر حيث يتم تبادل المستندات إلكترونياً.

كما يساعد هذا النظام على الاِتصال المباشر بالخبراء وتبادل الحديث معهم[2]، مما يقلل النفقات ويحافظ على سرية التحكيم، هذا بالإضافة إلى المميزات التي يمتاز بها عن التحكيم التقليدي[3].

1 – نستنتج من هذا التعريف عناصر التحكيم الإلكتروني والمتمثلة فيما يلي:

1–يعتبر التحكيم الإلكتروني نظاماً خاصاً وهذا يعني أن اللجوء إليه لا يكون إلا بناءاً على إرادة طرفيه.

2–حتى نكون أمام تحكيم إلكتروني لابُدَّ أن تتم عملية التحكيم في كل مراحل تسوية النزاع بطريقة إلكترونية.

3–تدار كل عملية التحكيم بطريقة إلكترونية ودون الحضور المادي إلى غاية صدور الحكم وتنفيذه.

4–يعتبر التحكيم الإلكتروني أكثر ملاءمة لمنازعات العقود الإلكترونية لما له من خصائص يتميز بها عن غيره.

2– عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 53،54.

3 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 29.

إلا أنَّه رغم هذه المزايا التي بها يتميز التحكيم الإلكتروني تعترضه بعض المشكلات والصعوبات وبالتالي سنحاول في هذا الفرع معالجه مزايا التحكيم الإلكتروني(أولا) ثم عيوب التحكيم الإلكتروني (ثانيا).

أولاً: مزايا التحكيم الإلكتروني

يتميز التحكيم الإلكتروني بالعديد من المزايا والخصائص التي تدفع بالمتعاملين في مجال المعاملات وعقود الاِستهلاك الإلكتروني إلى اللجوء إلية كقضاء بديل لتسوية المنازعات القائمة بينهم ومن أبرز هذه المزايا التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني مايلي:

1 –سهولة الإجراءات وسرعة الفصل في المنازعات:

إنَّ هذه الميزة هي التي جعلت التحكيم الإلكتروني ينتشر بوتيرة متسارعة في ظل نمو وازدهار التجارة الإلكترونية وزيادة حجم المنازعات المتولدة عنها، وذلك لأنَّ أغلب التعاملات التي تتم بين الأطراف تكون تجارية وتتطلب سرعة الفصل فيها[1]، كما أنَّ التحكيم الإلكتروني قد فاق التحكيم التقليدي سرعة وسهولة حيث نجد أنَّ المدد التي يتم فصل النزاع فيها تتراوح بين 4 ساعات إلى 60يوماً والبعض يتم الفصل فيه خلال 40 يوما وفق التقويم الميلادي[2].

1 – أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر د.ط، 2017، ص 128.

2 – محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 151.

كما أنَّ أطراف النزاع غير ملزمين بالإِنتقال والحضور المادي أمام هيئة التحكيم بل يكفي فقط الحضور عن بعد عبر وسائل الإِتصال الإلكترونية، مع تبادل المستندات بطريقة إلكترونية، إضافة إلى صدور القرار إلكترونياً[1]، ويكون هذا القرار على درجة واحدة، على خلاف قضاء الدولة الذي يعتمد على مبدأ التقاضي على درجتين، كما أنَّ قرار التحكيم يتمتع بحجية الأمر المقضي به، ولا يمكن الطعن فيه بالطرق العادية[2].

2-السرية:

من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القضاء العادي مبدأ علنية الجلسات والأحكام وهو إحدى الأسباب التي تؤدي إلى عزوف الأفراد عن اللجوء إلى القضاء، خصوصاً التجار لأنَّ العلانية من شأنها أنْ تضر بسمعتهم التجارية، فيلجؤون إلى التحكيم كطريق بديل لما يتميز به من سرية، لأنَّ كل عملية التسوية تتم بطريقة إلكترونية وعن طريق أرقام مشفرة خاصة بأطراف النزاع فقط.

3-الكفاءة والخبرة:

إنَّ غالبية القضاة في المحاكم العادية ليس لديهم الخبرة الكافية في مجال المعاملات الإلكترونية خصوصاً الدولية، بخلاف المحكمين في التحكيم الإلكتروني هم أهل خبرة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بالإِستهلاك بحكم الممارسة والتكوين، مما يعني حل المنازعة سيكون مقبولاً ومناسباً ويمكن تنفيذه بسهولة[3].

1 -ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 533.

2 - جعفر ذيب المعاني، مرجع سابق، ص39.

3 - محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 152.

4-تجاوز مشكلة الإختصاص القضائي وتنازع القوانين:

إنَّ إستخدام الإنترنت كفضاء مفتوح دولياً ليس له حدود جغرافية يصعب معه توطين العلاقات القانونية، نظراً لعدم وجود قواعد قانونية موحدة تلتزم بها الدول ولا قواعد تحدد المحكمة المختصة أو القانون الواجب التطبيق[1]، الأمر الذي يترتب عليه تنازع في القوانين يصعب حله نظراً لإختلاف قواعد الإسناد بين الدول، لذلك فإنَّ اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني من شأنه أنْ يخدم المستهلك الإلكتروني في مجال إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع شريطة ألا يتعارض مع القواعد الخاصة بحمايته كطرف ضعيف في العلاقة العقدية.

ثانياً: عيوب التحكيم الإلكتروني

رغم المزايا التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني والمشار إليها آنفاً، إلا أنَّه لا يخلو من بعض المثالب والعيوب ومن أهمها ما يلي:

1-صعوبة التأكد من أهلية أطراف النزاع:

تعتبر الأهلية أساس قبول كل التصرفات القانونية، حيث يترتب عن إنعدامها إبطال هذه التصرفات، وبالتالي يعتبر إتفاق التحكيم الإلكتروني باطلاً في حالة عدم توفر الأهلية الكاملة، مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم، ومسألة التأكد من الأهلية في المعاملات الإلكترونية تثير العديد من الإشكاليات القانونية كما تحدثنا آنفا، وهي نفسها تنطبق على إتفاق التحكيم.

1 رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 34.

غير أنَّه مع الوقت بدأ التغلب على هذه الإشكالية تدريجياً، خصوصاً بعد التصميم بذات المواقع الخاصة بمراكز التحكيم الإلكتروني تقنيات تلزم الطرف الذي يريد اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وفي حالة أغفل ذلك يمنع من اِستكمال إجراءات التحكيم[1]، ويتم التأكد من ذلك خلال التقنيات التي تم الإشارة سابقاً والمتمثلة في التوقيع الإلكتروني، وشهادة التصديق[2].

2-عدم ضمان السرية:

إنَّ السرية في التحكيم الإلكتروني سلاح ذو حدين، لأنَّ عملية التحكيم تتم من الدخول إلى مراكز التحكيم الإلكتروني عن طريق الاِستعانة بكلمة السر *(password)* خاصة بين الأطراف لإتمام جميع الإجراءات الخاصة بالقضية إلى غاية صدور قرار حائر قوة الشيء المقضي فيه إلا أنَّ هناك أطرافاً أخرى هم على دراية بهذه الأرقام السرية مثل الشهود والخبراء وغيرهم وهذا من شأنه أنْ يهدد سرية التحكيم[3]، كما يمكن قرصنة هذه المواقع من محترفي الجرائم الإلكترونية.

صحيح أنَّ هذه المشكلة تمثل تحدياً آخر، غير أنَّه للتخفيف من هذه الإشكالية قد عملت مراكز التحكيم الإلكتروني على وضع نصوص صارمة تحفظ سرية أية معلومة تتعلق بالنزاع مع وضع قواعد حمائية تمكن من تشفير البيانات المحفوظة بطريقة تمنع قراءتها إلا من أطرافها[4].

1 – عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 56.

2 – ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 533.

3 –ضفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،359 –360.

4 – عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 57.

3-عدم ملاءمة القوانين:

إنَّ الخضوع للتحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني، يحتاج إلى ضرورة وضع نصوص قانونية خاصة تتماشى وخصوصية عقود الإستهلاك، كما أنَّ المشكل الذي يواجهه هو عدم توفر نظام قانوني موحد بين الدول تخضع له جميع المعاملات وعقود الإستهلاك الإلكتروني الدولية، بالإضافة إلى عدم مواكبة العديد من الدول لهذه التطورات وإختلاف أنظمتها القانونية في القواعد المنظمة للتحكيم الإلكتروني.

لتلافي ذلك نؤيد الرأي القائل بضرورة تدخل المشرع في مختلف الدول لإقرار قواعد جديدة أو تطويع النصوص القانونية السابقة وفق ما يتماشى وخصوصية التحكيم الإلكتروني الذي أصبح اليوم وسيلة أكثر ملاءمة ولا غنى عنها في تسوية المنازعات التي تثار بشأن التعامل عبر الإنترنت[1]، خاصة عقود الاستهلاك الإلكتروني.

4-التفاوت التكنولوجي:

إنَّ مشكلة التفاوت بين الدول في إستخدام التكنولوجيا أو ما يعرف بالفجوة الرقمية "*digital divide* " من إحدى العوائق الرئيسية للتحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الإستهلاك، لأن مشكل الإتصالات من شأنه يؤثر على حق المواجهة والاستماع بين الأطراف المتنازعة وبالتالي حرمانهم من المحاكمة العادلة[2].

بالإضافة إلى الحواجز اللغوية، حيث أنَّ مراكز التحكيم لا تولِ إهتماماً كافياً لمشكل إختلف الثقافات اللغوية، لأنَّ عدداً قليلاً يوفر خدمة ثنائية اللغة والغالب منها يعتمد اللغة الإنجليزية فقط[3].

1- أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 138-139.

2 - رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 37.

3 - صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،362.

وعليه من وجهة نظرنا نرى من الضروري على مراكز التحكيم الإلكتروني، الاِلتزام بالحياد واِعتماد كل الطرق التي تحقق التوازن والمساواة بين الأطراف المتنازعة، من خلال اِستعمال التقنيات التي من شأنها إعطاء الفرصة لكل أطراف النزاع من عرض قضيته كاملة من أجل الوصول إلى تسوية عادلة، والبحث عن القواعد التي تحقق أكبر حماية للمستهلك الإلكتروني، مع ضرورة ترجمة قرارات التحكيم حسب لغات الأطراف المتنازعة حتى يسهل تنفيذها.

المطلب الثاني

تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره

من بعض وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية

لقد أصبح التحكيم الإلكتروني الوسيلة الأكثر لجوءاً إليه في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بالاِستهلاك، والذي ظهر نتيجة التطور التكنولوجي في إبرام العقود و الصفقات الإلكترونية، خصوصاً على المستوى الدولي، وهذا يعود إلى ما يتميز به من سرعة وفعالية في تلبية الحاجات المتزايدة للأعمال القانونية الحديثة التي لم يعد القضاء العادي قادراً على التصدي لها بشكل منفرد، غير أنَّه لا يعتبر الوسيلة البديلة الوحيدة التي تمخضت عن هذا التطور بل ظهر إلى جانبه وسائل أخرى نذكر منها على سبيل المثال: المفاوضات الإلكترونية والوساطة الإلكترونية، والتوفيق الإلكتروني، بِاعتبارها الوسائل الأكثر اِعتماداً من هيئات ومراكز تسوية المنازعات الإلكترونية.

تبعا لذلك حاولنا في هذا المطلب شرح هذه الوسائل الإلكترونية البديلة حتى يتم التفرقة بينها وبين التحكيم الإلكتروني في الفروع التالية: المفاوضات الإلكترونية (في فرع أول) الوساطة الإلكترونية (في فرع ثان) التوفيق الإلكتروني (في فرع ثالث).

الفرع الأول

المفاوضات الإلكترونية

للمفاوضات الإلكترونية أهمية كبيرة في تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني، لأنَّها تلعب دوراً وقائياً في مرحلة إبرام العقد، نظراً لكونها وسيلة تعتمد على التحاور والمناقشة بين أطراف النزاع بغية الوصول إلى إتفاق حول مصلحة أو مشكلة معينة، كما لا تتطلب الحضور المادي لأطراف النزاع[1].

ويرى البعض بأنَّها" حدوث إتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى إتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل إلى إتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه"[2].

والتفاوض عموماً هو عبارة عن تبادل وجهات النظر بين أطراف النزاع أو من ينوب عنهم من أجل الوصول إلى تسوية نهائية دون تدخل طرف ثالث، أمَّا التفاوض الإلكتروني فيتم بنفس الطريقة إلا أنَّه يتم عبر شبكة الإنترنت، ودون لقاء مادي[3].

كما تم تعريفها بأنَّها «تبادل الإقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف والتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق من حقوق وإلتزامات لطرفيه"4، إلا أنَّ ما يجب ملاحظته بأنَّه ليس كل نزاع قابلاً للتفاوض، خصوصاً إذا وصل النزاع إلى درجة من التوتر التي تتسم بعدم توازن القوة بين الأطراف المتعاقدة5.

---

1 – علاء عبد الأمير موسى النائلي، بحث حول المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، كلية القانون جامعة القادسية، العراق، د.ط، 1436هـ، 2015م، ص 05.

2 – رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة إستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2009، ص 22.

3 – ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 489.

4 –حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط،2000، ص50.

5– زينب وحيد دحام، الوسائل البديلة عن القضاء، الصلح–التحكيم–التوفيق–الوساطة لحل النزاعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2017، ص45.

وتزداد أهمية التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بالإستهلاك في ظل عجز الطرق التقليدية عن إيجاد حلول تتلاءم وظروف هذه التجارة وما تتطلبه من سرعة وإئتمان في إنجاز المعاملات والصفقات، لذلك يتم اللجوء إلى التفاوض الإلكتروني عن طريق تبادل رسائل البريد الإلكتروني أو عبر شبكة الإنترنت أو بواسطة أحد المراكز المتخصصة[1].

وتعتمد مراكز التسوية الإلكترونية هذه الآلية تبعاً لنوع التفاوض الإلكتروني الذي ينقسم إلى نوعين: أولهما التفاوض الآلي وثانيهما التفاوض بمساعدة جهاز الكمبيوتر، وسوف نتعرض لهما بشيء من التفصيل.

أولاً: التفاوض الآلي *(La Négociation Automatisée)*

«تكمن هذه الآلية في البحث عن مصالحة عرفية بين طرفين دون الرجوع إلى شخص ثالث، دون تدخل بشري في عملية التسوية وذلك عن طريق عروض مرموزة مقدمة من جانب طرفي النزاع والتي يقوم الحاسوب الآلي بإجراء المقارنة بينها للتوصل إلى حل وسط توفيقي بينهما ويلتزم الطرفان مسبقاً بالحل الذي ستسفر عنه هذه المفاوضة»[2].

ويعتبر مركز *(Cybersttle)* أول وأهم المراكز إستخداماً لهذا النوع من التفاوض بخصوص تسوية المنازعات المالية، عن طريق منح رقم سري لأطراف النزاع يتم من خلاله الدخول إلى الموقع الإلكتروني، ويطلب من كل طرف إدخال ثلاثة أرقام مختلفة عن المبالغ المالية المقبولة للتفاوض وبعدها يقوم الكمبيوتر بإجراء مقارنة بين هذه المبالغ في حدود 30%، فيقوم بحساب متوسط هذين المبلغين، ثم يرسله إلى الطرفين، فإنْ قبلاه إعتبرت التسوية قد تمت[3].

1 – رجاء نظام حافظ بني شمسه، مرجع سابق، ص22–23.

2 – سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، 2004، ص22.

3 – ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 491.

وإذا كان المركز المذكور آنفاً مختصاً بتسوية المنازعات المالية فإنَّ هناك مراكز أخرى تختص بتسوية جميع المنازعات من بينها مركز *(smart settle)* يقوم هذا الأخير بالتسوية عن طريق برنامج يقوم بطرح بعض الأسئلة المتعلقة بموضوع النزاع على الأطراف المتنازعة وعن معدل التنازلات المقبولة، ومن خلال النقاط المشتركة بين الطرفين ومقدار التنازل، يتوصل البرنامج إلى تسوية تقديرية توقعية مناسبة للطرفين، كما يمنح هذا النظام للأطراف المتنازعة القدرة على التفاوض مباشرة من خلال صفحة الموقع أعلاه لتعديل بنود التسوية التي توصل إليها البرنامج الخاص بهذا المركز[1].

غير أنَّ ما يجب توضيحه، أن هذه المراكز مقيدة بفترة زمنية يجب على الأطراف المتنازعة خلالها إنهاء التفاوض إما بطريقة إيجابية أو سلبية، تتراوح هذه المدة في أغلب المراكز من 10أيام إلى 30 يوماً من تاريخ بدء المفاوضات، حيث يتم غلق صفحة التفاوض بطريقة تلقائية عند اِنتهاء هذه المدة، وبالتالي يتم اللجوء إلى وسيلة أخرى في حالة عدم التسوية[2].

ثانياً: التفاوض بمساعدة جهاز الكمبيوتر (*La Négociation en Lige Assistée par Ordinateur)*

هذا النوع من المفاوضات يدعى بالمفاوضات المساعدة أو المعاونة، حيث يتم التفاوض بين المتدخل والمستهلك مباشرة عبر جهاز الكمبيوتر من شبكة الإنترنت، ودون اِستخدام أي برنامج خاص للتسوية أو تقديم أي حلول للتسوية كما هو الحال في التفاوض الآلي، فهنا دور جهاز الكمبيوتر لن يكون سوى وسيلة اِتصال بين طرفي النزاع لتبادل مقترحات التسوية، عن طريق تبادل الرسائل والحلول عبر البريد الإلكتروني، أو باللقاء الاِفتراضي المباشر على الإنترنت بين المتدخل والمستهلك من خلال الفيديو كونفرنس[3].

1 – علاء عبد الأمير موسى النائلي، مرجع سابق، ص18.

2 – ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 492.

3 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص 164.

ويعتبر من أشهر مراكز التسوية الذي حقق نجاحاً في إستخدام طريقة التفاوض بمساعدة الكمبيوتر *(Square Trade)*[1]، الذي تم الحديث عنه آنفاً، لكونه يقدم خدمات مجانية في هذا المجال، ويقتصر دور هذه المراكز في تقديم وسيلة الإتصال فقط.

مما سبق يتبين لنا أنَّ التفاوض بمساعدة الكمبيوتر، هو الطريق الأكثر فعالية في تسوية المنازعات الإلكترونية في مرحلة المفاوضات لكونه يعتمد على المشاورات المباشرة بين المتدخل والمستهلك يناقشون من خلاله جميع المسائل التي من شأنها حل النزاع، بعملية تقديرية من جهاز آلي –التفاوض الآلي–يعكس حقيقة المعاملة، كما يتميز بالتسوية المجانية، مما يخفف على المستهلك الكثير من الأعباء بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

غير أنَّ ما نستنتجه هو الطابع غير الإلزامي بما ورد في المفاوضات الإلكترونية بين المستهلك والمتدخل، كونها أساساً مبنية على قواعد عرفية ودون تدخل طرف ثالث يساعدهما على الوصول إلى حلول توافقية، مما من شانه أن يؤدي لعدم نجاح المفاوضات بصفة عامة، وهذا هو الفارق الجوهري بينها وبين التحكيم الإلكتروني، الذي يخضع طرفي النزاع لسلطة إصدار قرار تحكيمي ملزم لهما إلى طرف ثالث، غالباً ما يستعمل قواعد قانونية لتسوية النزاع، غير أنَّهما يتفقان من حيث الوسيلة المعتمدة لتسوية النزاع[2].

1 – وهناك العديد من المراكز التي تستخدم التفاوض بمساعدة الكمبيوتر نذكر على سبيل المثال:

مركز *(Intersettle)* وموقعه الإلكتروني: http://www.intersettle.co.uk

مركز تسوية منازعات المستهلك الأوروبي *(ECODIR)* موقعه الإلكتروني: http://www.ecodir.org

2 – ضفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،346.

الفرع الثاني
الوساطة الإلكترونية

الوساطة الإلكترونية طريق ودي لحل المنازعات بعيداً عن ساحة المحاكم، إذ تعتبر وسيلة هامة من الوسائل البديلة عن القضاء الرسمي، يقوم بها أشخاص ليسوا قضاة يثق بهم أطراف النزاع ولا يتقيدون بأي إجراءات تقوم على عدالة متأتية من اِتفاق الأفراد، وذلك بالنظر لما لها من آثار إيجابية حيث تقوم على إجراءات معينة تتمثل في التقريب بين وجهات نظر بين المتدخل والمستهلك، وتهدف إلى إيجاد حلول للنزاع القائم بينهما، عن طريق تدخل شخص ثالث يسمى الوسيط[1]، وتعتبر الوساطة عوناً للقضاء، كونها شكلاً اِستثنائياً من أشكال نشاط حل المنازعات وليست شكلاً لنشاط قضائي أو تحكيمي[2].

في أغلب الحالات تبدأ عملية الوساطة الإلكترونية، بعد فشل المفاوضات الإلكترونية في تسوية المنازعات على النحو الذي تقدم، لكونها تتميز بطبيعتها الرضائية الإرادية وقيامها على الحوار الهادئ، مما يجعلها وسيلة مرغوبة من قبل الأطراف المتنازعة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني لما تتمتع به من ثقة وأمان وسرعة في تسوية المنازعات، كما أنَّها تحد من حجم الضرر الذي يمكن أنْ يصيب طرفي النزاع، من خلال مراعاة المصالح المتبادلة والحفاظ على العلاقات الودية[3].

ونظراً لهذه المزايا التي تتمتع بها الوساطة الإلكترونية، جعلت المتعاملين في هذا المجال يولون لها أهمية كبرى ويعتبرونها واحدة من أهم الطرق البديلة لتسوية عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بالاِستهلاك، حيث نظمتها جل مراكز التسوية، وجعلتها في مقدمة خدمات التسوية البديلة في هذه البيئة الافتراضية[4].

---

1 – أزوا محمد، مسعودي يوسف، الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل إلكترونية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار–الجزائر، العدد 02، 2018، ص145.

2– أبو الخير عبد العظيم، الوساطة في تسوية المنازعات بدليل عملي للتغلب على مشكلات التقاضي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2017، ص 37.

3 – ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، الوساطة الإلكترونية وسيلة في تسوية المنازعات، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، جامعة كربلاء، كلية القانون، العدد:05 الجزء:01، 2015، ص 541.

4 – ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 496.

ويقصد بالوساطة الإلكترونية، اِتصال طرف ثالث محايد مع طرفي النزاع على شبكة الإنترنت من خلال اِستخدام وسائل التواصل الحديثة في لحظة زمنية واحدة، من أجل الوصول إلى تسوية نهائية للنزاع القائم بينهما[1].

كما يعرفها البعض بأنَّها (آلية تدخل طرف ثالث يسمى ب (الوسيط) بين طرفي النزاع لتقريب وجهات النظر بصورة محايدة ونزيهة، ووفقاً لطبيعة العلاقة فيما بينهما وصولا إلى تسوية النزاع بصورة ودية ومرضية للطرفين بإجراءات إلكترونية)[2].

ومن هنا يتضح لنا أنَّ الوساطة الإلكترونية لا تختلف عن الوساطة العادية، سوى من حيث اِستخدام مراكز التسوية الإلكترونية ووسائل الاِتصال الحديثة (البريد الإلكتروني، غرف المحادثة، السكايب، الفيديو كونفرنس.... إلخ) في تبادل وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة وكذلك يمكن الاِستعانة بمحاميهم واِقتراح حلول للتسوية.

وتنقسم الوساطة إلى نوعين، وساطة بسيطة يلعب فيه الوسيط دور إيصال العروض والمقترحات ووجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، ووساطة فعالة إيجابية يكون للوسيط فيها دور حيث يكون له صلاحية تقديم حلول للتسوية، ويسعى للحصول على موافقة الأطراف.

ولقد ظهرت على الساحة الإلكترونية العديد من الهيئات التي تقوم بتسوية المنازعات عن طريق الوساطة الإلكترونية، نذكر على سبيل المثال مكتب الوساطة على الخط *(OOO)*.

وقد تم تأسيس هذا المكتب عام 1996 بواسطة كل من مركز تكنولوجيا المعلومات وتسوية المنازعات، *Centre for information Technology and Dispute Resolution*.

1 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص 167.

2 – ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، نفس المرجع السابق، ص 454.

ويجب أنْ تتوفر في الوسيط مجموعة من الشروط ومن أهمها أنْ يكون الوسيط شخصاً طبيعياً[1]. قابلاً بالمهام المسندة إليه، متمتعاً بالأهلية الكاملة لمباشرة مهامه، ملتزماً بالحياد، متمتعاً بالكفاءة الضرورية لتلبية رغبات وأهداف طرفي النزاع، وأنْ تكون له الخبرة والقدرة على الإستماع والتفهم والثقة، والإلمام بجميع جوانب النزاع، وأنْ يكون جديراً بثقة الأطراف[2].

وتبدأ إجراءات الوساطة في عقود الإستهلاك الإلكتروني، عادة بطلب أحد الأطراف المتنازعة، إلى مركز التسوية بحيث يحدد في هذا الطلب طبيعة النزاع، وأطرافه، بعدها مباشرة يقوم المركز بالإتصال من خلال الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز بالأطراف للحصول على موافقتهم على الإشتراك في جلسات التسوية، حيث يبقى الخيار متروكاً لهم بالموافقة على الوساطة أو الرفض وفي حالة الموافقة تبدأ مهمة الوسيط بإستخدام الوساطة البسيطة المذكورة آنفاً، فإذا إنتهت المدة المحددة من المركز، يتحول الوسيط إلى الوساطة الفعالة، والتي من خلالها يقوم بصياغة مشروع التسوية وعرضه على الأطراف[3].

يتضح لنا مما سبق أنَّ الوساطة الإلكترونية أكثر مرونة، وقد تفادت الإنتقادات التي وجهت للمفاوضات الإلكترونية، غير أنَّه يبقى الطابع غير الإلزامي لما يتوصل إليه الوسيط في تسوية النزاع أكبر نقد موجه لها، حيث يكون ذلك سبباً في إطالة مدة النزاع، وعدم الوصول إلى نتيجة كما يمكن لأطراف النزاع الإنسحاب منها في أي مرحلة، هذا ما يجعل التحكيم الإلكتروني أكثر إلزامية لما يتمتع به من سلطة قضائية تمنحه القدرة على إصدار أحكام وقرارات وهذا هو الفارق الجوهري بينه وبين الوساطة سواء من حيث الإجراءات أو ناحية قرار التحكيم يتشابهان في كونهما نظامين لا يتم اللجوء إليهما إلا بناءاً على إتفاق الأطراف المتنازعة سواء قبل نشوب النزاع أو بعده[4].

1 – معتز حمدان بدر، الوساطة ودورها في تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية مصر، 2018 ص 201.

2 – أزوا محمد، مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص 150.

3 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص171.

4 –صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،348.

وعليه فإنَّ الفارق الجوهري بين الوساطة التحكيم، يكمن في أنَّ الوسيط تقتصر مهمته على تقريب وجهات النظر بين المتدخل والمستهلك الإلكتروني حول حق معين، فهو يصدر مجرد اِقتراحات أو توصيات، يحق لأيهما التقيد بها أو رفضها، بينما التحكيم يمارس وظيفة قضائية فهو يصدر قراراً ملزماً للأطراف وواجب التنفيذ[1].

الفرع الثالث

التوفيق الإلكتروني

يعتبر التوفيق الإلكتروني من الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني، وهو بصفة عامة عبارة عن عملية إجرائية يقوم بمقتضاها أطراف النزاع بالاِستعانة بشخص أو هيئة من الغير لمساعدتهم بطريقة محايدة، بالتشاور معهم والتعرف على وجهات نظرهم، واِقتراح أفضل الحلول الودية، دون فرض رأي أو إصدار قرار ملزم[2].

وبمقتضى اِتفاق التوفيق، يقع على عاتق أطراف العقد إحالة ما يثيره من منازعات في المستقبل على أشخاص محددين في العقد بغرض التخفيف من وطأة الشقاق والتوصل إلى حل مناسب للنزاع[3].

والتوفيق الإلكتروني كالوساطة الإلكترونية، تتم تسوية النزاع من خلاله باِستخدام الوسائل الإلكترونية بتدخل شخص ثالث يسمى الموفق، يقوم بالتوفيق بين المتدخل والمستهلك عن طريق تقديم مقترحات غير ملزمة ودون التواجد المادي.

1- القاضي آزاد حيدر باوه، دور الوساطة القضائية في تسوية المنازعات المدنية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان الطبعة الأولى، 2016، ص 66.

2 – احمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 149.

3 – ختام عبد الحسن شنان، مرجع سابق، ص 549.

مما سبق يتضح لنا أنَّ التوفيق الإلكتروني يتشابه كثيراً مع الوساطة الإلكترونية، غير أنَّ المتمعن في الأمر يكتشف أنَّهما مختلفان، بحيث أنَّ الموفق دوره مقتصر على تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، دون اِقتراح أي حلول للتسوية، بينما عمل الوسيط هو أوسع من ذلك فهو يستغرق عمل الموفق حيث تكون لديه القدرة على التدخل بطريقة فعالة وإيجابية من خلال المناقشات والآراء والحلول التي يقدمها للأطراف، إلا أنَّهما يتفقان في عدم قدرتهما على إنهاء النزاع إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك وأقروه.

وبالتالي لا نرى من وجهة نظرنا أي جدوى من التفرقة بينهما من الناحية القانونية وهذا ما سارت عليه معظم القوانين والمنظمات الدولية وأكَّد ذلك قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوفيق الدولي 2012 حيث اِعتبر التوفيق مرادفاً للوساطة[1].

ومن هنا يكون للوساطة الإلكترونية والتوفيق الإلكتروني مدلولاً واحداً، فالاِختلاف بينهما في الدرجة، وليس في الطبيعة، ذلك أنَّ عملية التوفيق هي عملية توافقية كلياً، يحدد فيها طرفاً النزاع كيف يجدر بهما تسوية النزاع بمساعدة طرف ثالث محايد، وليس للطرف أي سلطة لفرض حل للنزاع على الطرفين[2].

لذلك يمكن اِعتبار التوفيق شكلا من أشكال الوساطة، وبالتالي يتفق التحكيم الإلكتروني مع التوفيق من حيث اللجوء الاِختياري ويختلفان من حيث القرارات الإلزامية التي يصدرها المحكم على عكس الموفق الذي يقتصر دوره على التقريب بين وجهات النظر.

1 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 48.

2– أكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الإلتجاء إلى الوساطة كحل بدليل للنزعات المدنية والتجارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى،1439هـ -2018 م، ص 82.

المبحث الثاني

مصادر التحكيم الإلكتروني

لا يختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي من حيث الأسس والمصادر التي يستقي منها أحكامه، بل يعتبر اِمتدادا له، تبقى فقط بعض الخصوصيات الناتجة عن الوسيلة المستعملة في إبرام هذا العقد كما تحدثنا آنفاً، بحيث يستمد شرعيته من اِتفاق الأطراف المتنازعة بالإضافة إلى القواعد الخاصة التي تولدت نتيجة تظافر جهود العديد من المراكز و المنظمات الدولية والإقليمية المتخصصة، وحتى التشريعات الوطنية في هذا المجال، مما يعني أنَّ معظم المصادر التي يستقي منها التحكيم الإلكتروني أحكامه مستمدة من التحكيم التقليدي مع إدخال بعض التعديلات عليها حتى تتلاءم مع هذه البيئة الاِفتراضية[1]، خاصة بعد دخول المستهلك كطرف ضعيف عالم التجارة الإلكترونية.

ونظراً لتعدد المصادر التي يستقي منها التحكيم أحكامه سنحاول في هذا المبحث التركيز على أهم المصادر التي يستقي منها قواعده من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول بعض المصادر الرسمية العامة التي تعتبر الشريعة العامة للتحكيم التجاري الـدولي (في مطلب أول) ونتناول بعض المصادر الرسمية الخاصة بالتحكيم الإلكتروني والتي تتماشى وطبيعة البيئة الإلكترونية (في مطلب ثان).

1 –صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،363.

المطلب الأول

المصادر الرسمية العامة

تلعب الإتفاقيات الدولية والمعاهدات دوراً كبيراً وفعالاً في إرساء قواعد التحكيم التجاري الدولي، حيث يرجع لها الفضل في بناء قواعده سواء من حيث الإجراءات أو القانون الواجب التطبيق[1] وكيفية الإعتراف بأحكامه، ومن هنا سوف نحاول التعرض لأهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي ساهمت في وضع الأسس والضوابط التي تعتبر الشريعة العامة للتحكيم التجاري الدولي، والتي تم إدخال بعض التعديلات عليها حتى تتناسب من التقنيات الحديثة في مجال الإتصالات التي يجرى بواسطتها التحكيم الإلكتروني.

وعليه قسمنا هذا المطلب إلى أربع فروع تحدثنا فيها عن بعض أهم المصادر التي تعتبر الشريعة العامة للتحكيم الإلكتروني ويستقي منها أحكامه (الفرع الأول) إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (الفرع الثاني) الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961(المبرمة في جنيف 21 أبريل 1961) (الفرع الثالث) القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعتمد من اليونسترال سنة 1985 (الفرع الرابع) إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري سنة 1987.

1 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 162.

الفرع الأول

اِتفاقية نيويورك لسنة 1958

بشأن الاِعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[1].

تعتبر هذه الاِتفاقية من أهم وأنجح معاهدات الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي وحجر الزاوية في نظام التحكيم الدولي، تم اِعتمدها في أعقاب المؤتمر الدبلوماسي الذي عقد في أيار/مايو وحزيران/ يونيه1958، وبدأ نفاذها في 7 حزيران /يونيه 1958[2].

بمجرد دخول هذه الاِتفاقية حيز التنفيذ أنهت العمل ببروتوكول جنيف المتعلق بالشروط التحكيمية لسنة 1923، وكذا اِتفاقية جنيف المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لعام 1927 فيما بين الدول المتعاقدة لكونهما لم تعدا قادرتين على تسوية المنازعات التجارية الدولية حيث جاءت هذه الاِتفاقية بقواعد وسعت من الأحكام المطبقة في مجال الاِعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية[3].

---

1 – يعتبر البروفيسور *SANDERS* هو من وضع نص ورح اِتفاقية نيويورك، ووضع تلميذه *Albert Jan Van Den Berg* كتاباً حولها.

2 – الأمم المتحدة، مجموعة المعاهدات، المجلد 330، الرقم 4739؛ *UN DOC E. / CONF .26/ SR-1-25,*

Summary Records of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration. New York.20 May10 June1958

متاح للإطلاع على الموقع :

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1604037_ebook-a.pdf

تاريخ زيارة الموقع: 2020/08/20

3 –« اِنضمت الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بموجب المرسوم رقم 88–233، المؤرخ في 05–11–1988 الذي تضمن الاِنضمام بتحفظ إلى الاتفاقية»، بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداوي الجزائر،2009 ص550.

ومن أهم ملامح هذه الإتفاقية أنَّها تأخذ بمعيار المكان الذي صدر فيه الحكم لمعرفة الحكم الأجنبي بالنسبة للدولة المراد الإعتراف وتنفيذ الحكم فيها، كما لا تشترط هذه الإتفاقية لتطبيقها أنْ يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة منضمة إليها، وفرقت في نفس الوقت بين شرط التحكيم السابق واللاحق للنزاع واعتبرتهما شكلين مشروعين للعقد التحكيمي، واعتبرت أنَّ العقد التحكيمي ينزع إختصاص محاكم الدولة، وأقرت بتنفيذ الأحكام التحكيمية وفقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب التنفيذ فيه بنفس طرق تنفيذ الأحكام الداخلية[1].

ويعتبر حكم التحكيم أجنبياً حسب هذه الإتفاقية في حالتين:

الحالة الأولى: صدور الحكم في دولة ويراد تنفيذه في دولة أخرى، حيث تكون العبرة هنا بمكان صدور الحكم، ولا عبرة بجنسية الأفراد إطلاقاً.

الحالة الثانية: صدور الحكم في نفس الدولة المطروح أمامها الإعتراف أو التنفيذ ومع ذلك يعتبر أجنبياً، لكون تلك الدولة لا تعتبره من الأحكام الوطنية طبقاً لقوانينها[2].

1 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 164.

2 – بوقرط أحمد، إتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية–دراسة مقارنة–أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص قانون مدني معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس–مستغانم–كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص،2018–2019، ص35.

الفرع الثاني

الاِتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961(المبرمة في جنيف 21 أبريل 1961)[1].

جاءت هذه الاِتفاقية بقواعد أكثر تسهيلاً لتنظيم التحكيم مقارنة مع اِتفاقية نيويورك حيث عالجت كافة قواعد التحكيم وفي جميع مراحله، التي تسري بشكل واضح على كل العمليات التجارية الدولية، بلغ عدد الدول الموقعة على هذه الاِتفاقية اِثنين وثلاثين دولة.

كما اِشترطت هذه الاِتفاقية أنْ يكون اِتفاق التحكيم مكتوباً، إلا أنَّها لم ترتب على ذلك البطلان، حيث أكَّدت على صحة اِتفاق التحكيم غير المكتوب في الدول التي لا تشترط قوانينها الكتابة لصحة اِتفاق التحكيم[2]، إلا أنَّ ما يتم ملاحظته أنَّ هذه الاِتفاقية جاءت مكملة لاِتفاقية نيويورك، إذ لم تتناول الاِعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها إلا بشكل غير مباشر.

إنَّ الاِنضمام إلى هذه الاِتفاقية لا يقتصر على الدول الأوروبية كما يبدو من تسميتها فلا يوجد نص يمنع غير الدول الأوروبية من الاِنضمام إليها، حيث صادقت وأصبحت طرفاً فيها العديد من الدول مثل كوبا وفولتا العليا[3].

1 –تنطبق الاِتفاقية الأوروبية عملا بالمادة الأولى منها على اِتفاقية التحكيم المبرمة بغرض تسوية المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يكون مكان إقامتهم المعتاد أو الدائم، وقت إبرام العقد في دول متعاقدة مختلفة"وعلى" إجراءات وقرارات التحكيم القائمة على" هذه الاِتفاقات، وبذلك يختلف تطبيقها عن تطبيق اِتفاقية نيويورك من ناحيتين "1" تنطبق الاِتفاقية الأوروبية فقط على المنازعات الناشئة عن التجارة الدولية "2" تشترط الاِتفاقية الأوروبية أن تنتمي أطراف اِتفاقات التحكيم إلى دول متعاقدة مختلفة، ولا يشمل نطاق تطبيق اِتفاقية نيويورك على أي من هذين الشرطين ومن ثم فهو أوسع منها، متاح للإطلاع على الموقع : https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1604037_ebook-a.pdf تاريخ زيارة 2020/08/20.

2 – بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 36.

3 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 168.

الفرع الثالث

القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي

المعتمد من اليونسترال سنة 1985

لقد عملت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[1]، على إرساء القواعد التي يستقي منها التحكيم أحكامه، ووضعت الضوابط التي من شأنها مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والإحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي، في جميع مراحله، ابتداء من إتفاق التحكيم، وتكوين هيئة التحكيم وإختصاصها، ونطاق تدخل المحكمة من خلال الإعتراف بقرار التحكيم وإنفاذه من أجل تحقيق توافق عالمي في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسات التحكيم الدولي، بعد أنْ قبلت به دول من جميع المناطق ومن مختلف النظم القانونية أو الاقتصادية في العالم[2]، إحتوى هذا المشروع على العديد من القواعد التي تجعل التحكيم أكثر فاعلية من أجل مساعدة المحكمين على أداء مهامهم من أهم هذه المبادئ[3]:

1-النص صراحة على أنَّ قواعده خاصة فقط بتحكيم التجارة الدولية ولا تتعلق بأي من الأحوال بالتحكيم الداخلي.

2-يمكن أنْ يكون شرط التحكيم سابق للنزاع منصوص عليه في عقد التحكيم أو أنْ يكون إتفاق لاحق للنزاع ولا يشترط تسمية المحكمين في العقد.

3-يكرس هذا القانون قاعدة إستقلالية الإتفاق التحكيمي عن العقد الأصلي.

---

1 -بموجب القرار رقم 2205 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الحادية والعشرين بتاريخ 1966/12/17 تم إنشاء القانون التجاري الدولي من أجل تحقيق التعاون الدولي وتطوير وتوحيد القوانين في مجال التجارة الدولية، وقد عهدت لجنة الأمم المتحدة إلى مجموعة عمل تكونت عام 1981 مهمة إعداد مشروع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والذي تم اقراره في سبتمبر 1985 والذي من خلاله دعت الدول الأعضاء إلى ضرورة موائمة قوانينها الداخلية لهذا التشريع عند سن أي نص متعلق بالتحكيم من أجل التوصل إلى قواعد موحدة في هذا المجال.

2 – دليل اليونسترال حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي متاح للإطلاع على الموقع :
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/12-57489-guide-to-uncitral-a.pdf

تاريخ زيادة الموقع :2020/08/28.

3 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 173.

الفرع الرابع

اِتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري سنة 1987

تعتبر أول اِتفاقية عربية وضعت لتنظيم شؤون التحكيم التجاري، من خلال نصَّها على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي، وهذا ما وافق عليه مجلس وزراء العرب في الدورة الخامسة التي اِنعقدت في عمان في الفترة من 11-14 أبريل 1987، كما حدد نطاق تطبيقها على المنازعات التجارية الدولية، هذا ما وضحته المادة الثانية من هذه الاِتفاقية، ولم تتبن أي معيار لدولية النزاع، كما أنَّها لم تأخذ بجنسية الأطراف أو مكان العقد الذي نشأ فيه النزاع[1].

وقد حددت المادة الثالثة الفقرة الأولى من هذه الاِتفاقية طريقتين للخضوع للتحكيم "الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة، والثانية بِاتفاق لاحق على نشوء النزاع"، كما تم بموجب هذه الاِتفاقية إنشاء مركز عربي للتحكيم يتمتع بالشخصية الاِعتبارية ويكون مرتبط إداريا وماليا بالأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، يكون مقر المركز بمقر الأمانة العامة للمجلس بالرباط عاصمة المملكة المغربية.

وقد أوضحت هذه الاِتفاقية كيفية عمل المحكمين والطريقة التي يتم اِنتقاؤهم بها، والشروط التي يجب أنْ تتوفر فيهم، وكذلك جميع الإجراءات المتبعة في عملية التحكيم، وكيفية إصدار قرار التحكيم وطرق الطعن فيه.

1 -نص المادة الثانية من الاِتفاقية " تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أياً كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقار رئيسية فيها".

المطلب الثاني

المصادر الرسمية الخاصة

ترجع نشأة و تطور نظام التحكيم الإلكتروني إلى الجهود الخاصة للعديد من المراكز والهيئات المتخصصة في مجال حل المنازعات إلكترونياً، حيث بفضلها تم تفعيل و إرساء أغلب القواعد التي يستقي منها أحكامه، لذلك سوف نتعرض في هذا المطلب لأهم المبادرات الخاصة التي تبنتها بعض المراكز و الهيئات و التي تعتبر المصدر الأول الذي يعتمد عليه التحكيم الإلكتروني في اِستنباط قواعده وأحكامه، وقد تجلى ذلك أولاً في المحاولة الأكاديمية التي قام بها مركز البحوث بكلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا حيث توصل إلى إنشاء ما يعرف بالمحكمة الفضائية أو الاِفتراضية، كما توصل بعض أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات في أمريكا إلى مشروع نظام القاضي الاِفتراضي، بالإضافة إلى ما توصلت إليه منظمة الإيكان في مجال محاربة الجريمة الإلكترونية المتعلقة باِختطاف العناوين الإلكترونية، لهذا سنحاول في هذا المطلب الحديث عن هذه المراكز والهيئات من خلال التركيز عن نظام المحكمة الاِفتراضية (في فرع أول) لنتناول نظام القاضي الاِفتراضي (في فرع ثان) لنتناول نظام منظمة الإيكان (في فرع ثالث).

الفرع الأول

نظام المحكمة الاِفتراضية *Cyber Tribunal*

يعتبر نظام المحكمة الافتراضية أحد أهم المشاريع التي تستخدم الوساطة والتحكيم على حد سواء لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات الدولية بصفة عامة، هذه المحكمة عبارة عن تجربة وضعها مركز البحوث في القانون العام *Centre de recherche en droit public* في مونتريال بكندا عام 1996[1].

83-رجاء نظام حافظ بني شمسه، مرجع سابق، ص50.

تستمد المحكمة الإفتراضية قواعدها من قانون التحكيم النموذجي الأونسيترال، وقواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس اللذين تم الحديث عنهما آنفاً، مع إدخال بعض التعديلات عليهما، وتعد هذه المحكمة نموذجاً واضحاً لهيئات التحكيم عبر الوسائل الإلكترونية حيث تتم جميع مراحل التحكيم الإلكتروني عبرها، حيث تتم عملية التحكيم أمام هذه المحكمة من خلال طلب التسوية المقدم من طرف المعني عن طريق ملء الاستمارة مباشرة من الموقع الإلكتروني للمحكمة[1].

يحتوي هذا الطلب على جميع البيانات الخاصة بأسماء الأطراف وعناوينهم المادية والإلكترونية، بالإضافة إلى الوصف الكامل لطبيعة النزاع، كما يرسل الأطراف نسخة من صورة العقد، تنظر هذه المحكمة جميع المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية، سواء تعلق الأمر بالعقود أو العلامات التجارية أو التعويضات الناشئة عن الإعتداء عن الحق في الحياة الخاصة[2]، غير أنَّه لا يجوز للمحكمة النظر في المسائل المتعلقة بالنظام العام، كما يخرج عن إختصاصها المنازعات المتعلقة بعقود التجارة التقليدية.

تضم هذه المحكمة رجال القانون وغيرهم من أساتذة الجامعات والمحامين المتخصصين في الوساطة والتحكيم التجاري وقانون تكنولوجيا المعلومات وللمحكمة أجهزة إلكترونية لتنظيم سرية عملية التحكيم بحيث لا يمكن الوصول إلى المعلومات إلا الأشخاص المعنيين بها، كما تستند المحكمة على مجموعة من المسلمات [3]أهمها:

1- عدم قدرة القانون التقليدي على التعامل مع النزاعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية.
2- لا يمكن لأي دولة أنْ تدعي أنَّ قواعدها هي التي تطبق على هذه البيئة الإلكترونية.

1- CF.SCHULTZ(TH) : Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne : une Approche critique, Bruxelle, 2005, p.192

2 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص186.

3 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 203.

3- آليات تسوية المنازعات لا تستند على لوائح حكومية ولكن على آليات أخرى مصممة خصيصاً بهدف الوصول إلى تنظيم يتماشى والمنازعات الإلكترونية.

وفي الوقت الحالي أصبحت معظم الدول تسعى إلى إصدار قوانين لإنشاء محاكم فضائية نذكر على سبيل المثال، محكمة التحكيم الفضائية التي أنشأت بولاية *Michigan* بالولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون *Public Act* رقم 262 لسنة 2001م، دخل حيز التنفيذ في 9 يناير 2002م[1].

تتميز المحكمة بتقديم خدمتها باللغتين الإنجليزية والفرنسية، وذلك لكون كندا مقاطعة ذات طبيعة لغوية تجمع بين نظامين الإنجلوسكسوني واللاتيني، مما يفرض ضرورة توحيد القواعد القانونية بين هذه الأنظمة القانونية المختلفة من أجل الوصول إلى حلول للمنازعات المتعلقة بها، وقد دخلت لائحة التحكيم التي وضعتها هذه المحكمة حيز التنفيذ في 2005/12/20[2].

لأطراف النزاع أمام هذه المحكمة الحرية في الِاتفاق على طرح النزاع مرة أخرى أمام القضاء الوطني إذا لم يرض أحد الطرفين بالحكم، كما يحق للأطراف الِاتفاق على قابلية الطعن في حكم المحكمة الإلكترونية أمام المحاكم العادية[3].

ومن أجل بث الثقة في نفوس المتعاملين فقد أصدرت المحكمة شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتعامل بالتجارة الإلكترونية والتي تستوفي شروط المحكمة المطلوبة وذلك تعبيراً عن الِتزام هذه المواقع بتسوية منازعاتهم وفقاً لنظام هذه المحكمة.

1 -صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،364.

2- CF.SCHULTZ (TH) : Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne .Op.cit, p.193.

3 - رجائي عبد الرحمن عبد القادر، مرجع سابق، ص 204.

كما أنَّه في حالة سكوت الأطراف عن اِختيار القانون الذي يطبق على النزاع، تطبق المحكمة القانون الأوثق صلة بالنزاع، ما عدا الحالة التي يكون فيها أحد أطراف النزاع من المستهلكين ففي هذه الحالة تطبق المحكمة قانونه الوطني، مع مراعاة شروط العقد والأعراف السارية المفعول في هذا المجال، كما حرصت المحكمة دائماً على تطبيق القانون أكثر حماية للمستهلك[1].

تصدر المحكمة الاِفتراضية حكمها في النزاع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إغلاق باب المرافعات، ويضع المحكمون توقيعهم، ويرسل للأطراف عبر بريدهم الإلكتروني[2]، ويكون الحكم الصادر عن المحكمة نهائياً، ويتعهد الأطراف بتنفيذه دون تأخير ويعرض هذا الحكم على موقع المحكمة لمدة ستين يوماً من إصداره ما لم يعترض أحد الأطراف على ذلك، غير أنَّه رغم النجاح الذي حققه نظام المحكمة الاِفتراضية إلا أنَّه تم التوقف عن العمل به منذ ديسمبر1999 تمهيداً لظهور نظام جديد يحل محله هـــو *E-Résolution* [3].

الفرع الثاني

نظام القاضي الافتراضي *Le Virtual Magistrature*

يعتبر هذا النظام من أولى التجارب العملية في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الإنترنت، نشأ هذا النظام في الولايات المتحدة الأمريكية بواشنطن في 1995/10/25 بواسطة مركز فيلا نوفا لقانون المعلومات والسياسة *Villanova Centre For Information Law and Policy* بالاشتراك مع معهد القانون المتخصص في مجال تسوية المنازعات إلكترونياً، *(CLI)* والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي*(NCAIR)*بتعاون مع الجمعية الأمريكية للتحكيم.

1 – بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 44.

2 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص188.

3– بوقرط أحمد، نفس المرجع السابق، ص 46.

تم الإعلان رسمياً على هذا المشروع في 1996/10/25 من خلال نشرة صحفية تم توزيعها من خلال البريد الإلكتروني، يهدف هذا المشروع إلى إيجاد حلول سريعة وفعالة ومحايدة لتسوية المنازعات التي تنشأ في البيئة الإلكترونية[1]، عن طريق وسيط معتمد من المركز له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وكل المواضيع التي لها علاقة بهذه التجارة.

يقوم هذا النظام بتلقي الشكاوى بشأن الرسائل المنشورة أو الملفات التي يزعم أنَّها تنطوي على اِنتهاك حقوق النشر أو العلامات التجارية، والتشهير والتدليس والمخادعة، ومواد الغزو والخصوصية، وغيرها من المحتويات غير المشروعة[2]، غير أنَّه لا يجوز لهذا النظام النظر في المنازعات المتعلقة بالاِلتزامات المالية أو المحاسبية بين مستخدمي شبكات الاِتصالات الحديثة أو القائمين عليها[3].

إلا أنَّ المشكلة التي تواجه هذا النظام القضائي هي القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، حيث كان من ضمن الحلول بصدد هذه المشكلة، هو تطبيق قواعد القانون المختار من الأطراف غير أنَّها فكرة غير واضحة، لأنَّ أي قانون وطني سيحكم تلك المنازعة، كما أنَّ القوانين الحديثة ليست بالقدر الكافي لحل مثل هذه المنازعات[4].

1 –صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،365.

2 – وائل حمدى أحمد علي، التقاضي الإلكتروني في العقود الدولية «دراسة تحليلية مقارنة في ضوء» –قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اِعتمدت في عام 2006–اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها والمعدلة عام 2006–اِتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية عام 2006، دار الكتب، د.ط، مصر 2009، ص 17.

3 - *Vincent TILMAN, Arbitrage et nouvelles technologies, altrnative cyber dispute résolution, p54, sur le site internet : http:/www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/default.htm*

4 – وائل حمدى أحمد علي، مرجع سابق ، ص.20.

تم الفصل في أول قضية وفق نظام القاضي الإفتراضي بين *Tierney vs Email America* بتاريخ 1996/05/21، يتلخص موضوع هذه القضية في أنَّ السيد *Tierney* بصفته مشتركاً في خدمة*America Online* تلقى في أحد الأيام كغيره من المشتركين في هذه الخدمة رسالة من *Spam* دون أي تدخل أو طلب منه، فقام برفع شكوى ضد*America Online* أمام نظام القاضي الإفتراضي، فقامت هذه الأخيرة بالرد على الشكوى بإقرارها أنَّ سياستها تحظر إرسال الرسائل بصفة جماعية، بناءاً على ذلك أصدر المحكم المختص قرار يلزم فيه *America Online* بسحب الرسالة موضوع الشكوى[1].

تتكون هيئة التحكيم وفق هذا النظام من محكم واحد أو ثلاثة يتم تعينهم من طرف جمعية التحكيم الأمريكية من ضمن قائمة معدة مسبقاً من خبراء، تجري جميع مراحل التحكيم بطريقة إلكترونية[2]، تبدأ إجراءات هذا النظام بعد إرسال الطرف المدعي شكواه إلى المحكمة عن طريق النموذج المعد سلفاً يضمنه شرحاً كاملاً لدعواه وإعتراضاته ضد الطرف الآخر، بعدها تقوم هيئة المحكمين بمراجعة الشكوى، على أنْ يكون لها طلب أي معلومة تفسيرية عن موضوع الشكوى، بعد الحصول على موافقة الأطراف، وإرسال كل المستندات الضرورية، يتم إختيار القضاة الإفتراضين بطريقة عشوائية، ويكون عملهم تطوعياً، وتبدأ المحكمة في النظر في النزاع وتصدر حكمها خلال 72 ساعة[3].

نظراً لكون هذا النظام مازال حديث العهد بالعالم عموما، فقد واجهته العديد من الصعوبات لأنَّ تطبيقه مرتبط بتحقيق مجموعة من الشروط والمتعلقة برضا الأطراف على تطبيق قواعده، بالإضافة إلى إقرار المحاكم لصحة شرط الإتفاق، والتنفيذ القضائي لقواعد هذا النظام وبالتالي يصعب تطبيقه، ما دام لم يتم تعديل الإتفاقيات الدولية المتعقلة بتنفيذ الأحكام الأجنبية بالإضافة لعدم توحيد القوانين الوطنية بنصها على ضرورة أنْ يكون إتفاق شرط التحكيم كتابياً حتى يسهل تطبيق هذا النظام.

1- Alexia ROUSSOS، La résolution des différends، lex Electronica، vol 6,n° 1, printemps 2000, p10 sur le site internet : http:/www.lex-electronica.org/files/sites/103/6-1_roussos.pdf

2- بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 42.

3 – وائل حمدى أحمد علي، نفس المرجع السابق، ص.22.

الفرع الثالث

نظام التحكيم الخاص بمنظمة الإيكان[1](ICANN)

هي منظمة غير ربحية تأسست عام 1998 يقع مقرها في كاليفورنيا تختص بحماية أسماء الدومين والمواقع الإلكترونية، وذلك وفقاً للائحة التي وضعتها الهيئة(*UDRP*)[2]، الهدف من نظام التحكيم الخاص بهذه المنظمة هو محاربة الجريمة" *cybersquatting*" أي إختطاف العناوين الإلكترونية وأسماء العلامات التجارية والإستفادة منها[3]، وتنظم هذه اللائحة قواعد تسجيل أسماء المواقع عالمية النطاق التي تنتهي عادة بـ(*Com, Net, Org*) حيث أنَّ هذه اللائحة وضعت من أجل مواجهة جميع الإعتداءات على العلامات التجارية من المواقع الإلكترونية ويرمز لها بـ(*GTLD*)[4]. كما تمتلك المنظمة العديد من المواقع الفرعية[5].

تعمل هذه الهيئة على توفير آلية إدارية لأصحاب الحقوق على العلامات التجارية وغيرها من حقوق الملكية الفكرية لتسوية المنازعات الناشئة عن التسجيل بسوء نية وإستخدام أسماء الدومين على الإنترنت والتي تتطابق أو تتشابه مع علامات أخرى[6].

---

1 - (*ICANN*) إيكان هي اختصار لـ *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*

2 - (*UDRP*) هي اختصار لـ *Uniform Dispute Resolution policy* أي القواعد الموحد لتسوية المنازعات

3 –صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،366.

4 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص176.

5 – من أجل مباشرة المنظمة لعملها على أحس وجه تساعدها في ذلك بعض المنظمات والهيئات الاستشارية، نذكر منها على سبيل المثال اللجنة الاستشارية الحكومية *Governmental adevisory Committee (GAC)* وموقعها: www.gac.icann.org اللجنة الاستشارية العامة *(ALAC) AT-Larg Advisory Committee* موقعها: www.alac.icann.org المنظمة الخاصة بالعناوين *(ASO) Address Supporting Organization* موقعها: www.aso.icann.org المنظمة الخاصة بأسماء المواقع لرمز الدولة *(CCNSO) Country Code Domain Name Suppoting Organization* موقعها : www.ccnso.icann.org:

6 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 191.

تنظر هذه اللجنة في المنازعات التي تنطوي على غش في اِستخدام أو اِستغلال أسماء أو عناوين إلكترونية من قبل أشخاص ليس لهم الحق في ذلك بهدف خلق اللبس لدى الجمهور والإعتقاد بأنَّ هذه المواقع هي التي تقوم ببيع المنتجات التي تحمل هذه العلامات التجارية[1].

تقوم هذه الهيئة بعملها بناءاً على طلبات تسجيل أسماء المواقع من خلال النموذج المعروض على موقعها الإلكتروني، حيث تقوم بمباشرة إجراءات التسوية بمجرد تقديم شكوى من أحد الأشخاص الذي يدعي فيها أنَّ اسم الموقع المراد تسجيله أو قد تم تسجيله يختلط مع علامته التجارية التي يمتلكها حيث يقدم الشاكي دعواه إلى أحد أربع جهات حددها هيئة الأيكان مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية الفكرية *WIPO*، محكمة التحكيم الوطنية *NAF* مركز التحكيم*E RESOLUTION* مركز تحكيم*CPR* [2].

غير أنَّ ما يتم ملاحظته على هذه الهيئة أنها لا تقوم بإجراءات التسوية بنفسها بل يجب اللجوء إلى أحد الجهات الأربعة المذكورة آنفاً، كما أنَّ عملية التسوية لا تكون إلا بناءاً على طلب الشخص المضرور ودون الحاجة إلى موافقة المدعى عليه، ولا يمنع من إخطاره بمضمون الشكوى وليس لرده أو عدم رده معنى، فبعد اِنتهاء مهلة 20 يوماً من اِخطاره تبدأ اللجنة بالنظر في الشكوى.

كل هذه الإجراءات تتم عبر وسائل الإتصال الإلكترونية، لأنَّ أطراف النزاع غير ملزمين بالحضور المادي، حيث تتم جميع مراحل العملية عبر البريد الإلكتروني، ولا يحرم اللجوء إلى الجهات المعتمدة لدى الأيكان المدعي من حقه في اللجوء إلى القضاء الوطني في أي مرحلة من مراحل الشكوى، وهو ما جعل البعض يستخلص أنَّ الإجراءات التي تقوم بها الهيئات المعتمدة من طرف الأيكان لا يمكن أنْ يطلق عليها وصف التحكيم.

1 –صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،367.

2– لمزيد من التفصيل أنظر : حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص177. 178.

الفصل الثاني: اِتفاق التحكيم الإلكتروني وعقود الاِستهلاك الإلكتروني

إنَّ التحكيم الإلكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي يقوم على آلية أساسية هي اِتفاق التحكيم بمقتضاها يتم التعاقد بين أطراف النزاع، لتسوية ما قد يثور بينهم من نزاعات يولدها العقد، وذلك باللجوء إلى التحكيم الإلكتروني[1]، على اِعتبار أنَّ مراكز تسوية المنازعات الإلكترونية لا تكون صاحبة الاِختصاص إلا بناءاً على اِتفاق يمنحها سلطة الفصل في المنازعات محل العقد[2].

ومن ثم تعتبر أحكام وقواعد اِتفاق التحكيم الإلكتروني العمود الفقري الذي يقوم عليه نظام التحكيم الإلكتروني، ولا يختلف هذا الاِتفاق في تنظيمه عن باقي العقود فهو يخضع للأحكام والقواعد التي تنظمها النظرية العامة للعقد بالإضافة إلى بعض القواعد الخاصة به.

غير أنَّ هذا الاِتفاق يثير العديد من الإشكاليات في مجال تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني خصوصاً ما يتعلق بمدى توفر الشكل الكتابي في هذا الاِتفاق من جهة ومن جهة أخرى إشكالية مدى جواز اللجوء أصلا إلى مثل هذا الاِتفاق في منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني الدولي؟ خصوصاً أنَّ الفقه قد اِستقر على بطلان التحكيم الذي يرد مسبقاً في عقود الاِستهلاك التقليدية[3]، ذلك لكون المستهلك بحاجة ماسة إلى حماية خاصة من الشروط التي يفرضها المتدخل بوساطة اِتفاق التحكيم، كما أنَّ التحكيم التقليدي كان يتميز بتكاليفه الباهظة مقارنة مع القيمة الضئيلة لعقود الاِستهلاك.

---

1 – صفاء اسماعيل وسمى، الإطار القانوني لاِتفاق التحكيم الإلكتروني، كلية القانون، جامعة أهل البيت(ع) متاح للإطلاع على الموقع:

https://abu.edu.iq/sites/default/files/research/journals/ahl-al-bayt/issues/21/180613-041848.pdf

تاريخ زيارة الموقع 2020/08/28

2 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص195.

3 – طرح البحور علي حسن فرج، مرجع سابق، ص211.

وعليه سنحاول في هذا الفصل دراسة أحكام اِتفاق التحكيم الإلكتروني وعقود الاِستهلاك الإلكتروني من خلال تحديد الإطار القانوني لاِتفاق التحكيم الإلكتروني، وإذا كانت الإرادة أساس اللجوء إلى هذا الاِتفاق فهل القواعد الخاصة بحماية المستهلك تجيز الاِتفاق على التحكيم لتسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني؟ وإن كان كذلك فما مدى فاعلية قرار التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني؟

تبعاً لذلك سنقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: الإطار القانوني لاِتفاق التحكيم الإلكتروني.

المبحث الثاني: مدى ملاءمة الاِتفاق على التحكيم الإلكتروني في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

المبحث الثالث: قرار التحكيم وفاعليته في تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني.

المبحث الأول

الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يعتبر اِتفاق التحكيم جوهر العملية التحكيمية، وإنْ كان عقد له كل الخصائص العامة للعقود كما تحدثنا آنفاً، غير أنَّه يختلف عنها من حيث الهدف والموضوع، فهدفه ليس إقامة علاقة قانونية كما هو الحال في غيره من العقود، وإنَّما تسوية الآثار الناشئة عن هذه العلاقة القائمة مسبقاً، كما أنَّ موضوعه ليس التراضي على تسوية نهائية محددة بذاتها للنزاع، وإنَّما إنشاء كيان عضوي جديد يتمثل في فرد أو هيئة مستقلة يعهد إليها الفصل في موضوع النزاع[1].

على هذا الأساس يعتبر اِتفاق التحكيم نقطة البداية قبل اللجوء إلى التحكيم سواء كان إلكترونياً أم تقليدياً[2]، اِنطلاقاً من ذلك سنحاول في هذا المبحث دراسة اِتفاق التحكيم الإلكتروني (وهذا في مطلب أول) ثم نقوم بدارسة خصومة التحكيم الإلكتروني (وهذا في مطلب ثان).

1 – عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 65

2 – ليندة بومحراث، مرجع سابق،ص 559 .

المطلب الأول

اِتفاق التحكيم الإلكتروني

يعتبر اِتفاق التحكيم بصورة عامة، أساس مشروعية التحكيم، ومنه يستمد المحكَّم سلطته في الفصل في النزاع، كما يعد الأساس القانوني المباشر الذي بموجبه يتم إخراج موضوع النزاع من ولاية القضاء صاحب الإختصاص العام، مما يعني عدم وجود اِتفاق التحكيم يعني اِنعدام حكم التحكيم هذا ما أخذ به اِجتهاد المحاكم لتعلق ذلك بالنظام العام[1].

وعليه سنحاول في هذا المطلب دارسة مفهوم اِتفاق التحكيم الإلكتروني (وهذا في فرع أول) اِعتماداً على أنَّ اِتفاق التحكيم هو عقد كسائر العقود يخضع لأحكام الأركان العامة للعقد من رضى وأهلية ومحل وسبب، وفقاً للشروط الموضوعية بشكل عام لذلك سوف نقتصر في هذه الدارسة على شكل عقد اِتفاق التحكيم الإلكتروني وذلك تجنباً للمنازعات التي يمكن أنْ تطرأ بعد إبرام عقد الإستهلاك الإلكتروني (وهذا في فرع ثان).

الفرع الأول

مفهوم اِتفاق التحكيم الإلكتروني

حتى نتمكن من معرفة مدى ملاءمة قواعد وأحكام اِتفاق التحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، لابُدَّ من بيان مفهوم اِتفاق التحكيم الإلكتروني، وحتى نتوصل لذلك قمنا بعرض بعض التعريفات التي توصل إليها الفقه والتشريعات الوطنية والدولية (أولا) ثم توضيح صور اِتفاق التحكيم الإلكتروني (ثانيا).

1 – إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 53،54.

أولاً: تعريف اِتفاق التحكيم الإلكتروني

لقد عرَّف بعض الفقه اِتفاق التحكيم بأنَّه" ذلك الاِتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأنَّ الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوئها يتم من خلال التحكيم"[1].

أما عن التشريعات الوطنية فالمشرع الجزائري قد عرَّفه في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " اِتفاق التحكيم الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"[2].

ولقد عرَّفه قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 في المادة (1) الفقرة الأولى «اِتفاق التحكيم هو اِتفاق بين طرفين أو أكثر بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أوقد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أنْ يكون اِتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اِتفاق منفصل»[3].

أما المشرع الأردني فقد عرفَّه في المادة 9من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 الفقرتين "أ"و"ب" على أنَّه " لا يجوز الاِتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاِعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"[4].

---

1 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 126.

2 – يلاحظ أن المادة 1011 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية السلف الذكر أن المشرع الجزائري قد عرف صورة من صور التحكيم (مشارطة التحكيم) وليس اتفاق التحكيم حيث ربط الاتفاق بنشأة النزاع.

3 – قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 متاح للإطلاع على الموقع:
https://maqam.najah.edu/legislation/12/
تاريخ زيارة الموقع 2020/09/02.

4 – قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001 وتعديلاته في 2018 متاح للإطلاع على الموقع:
https://althunibat.com/ar/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B1%D8%AF%D9%86%D9%8A
تاريخ زيارة الموقع 2020/09/02.

وفي مصر فقد عرَّف قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 اِتفاق التحكيم في المادة (10) الفقرة الأولى " اِتفاق التحكيم هو اِتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أنْ تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"[1]، لعل المشرع الفلسطيني ناقل هذا التعريف عن المشرع المصري.

أمَّا المشرع الفرنسي قد عرَّف اِتفاق التحكيم من خلال النص على أشكاله في المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية المعدلة بموجب المرسوم الصادر في سنة 2011 في الفقرتين 1و2 على أنَّه: «يتخذ اِتفاق التحكيم شكل شرط تحكيم أو مشارطة.

وشرط التحكيم هو اِتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف عقد أو أكثر بأنَّ يقدم إلى التحكيم النزاعات التي قد تنشأ فيما يتعلق بالعقد أو العقود .ومشارطة التحكيم هي اِتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف منازعة وقعت بإخضاعها للتحكيم»[2].

وتعرف المادة 1020 الفقرة الثانية من قانون التحكيم الهولندي اِتفاق التحكيم بأنَّه العقد الذي يلتزم الأطراف بموجبه، بإحالة المنازعات التي ستنشأ بينهم على التحكيم[3].

---

1 – قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 المعدل والمتمم متاح للإطلاع على الموقع:
http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/arbitrationlawar.pdf
تاريخ زيارة الموقع 2020/09/02.

2-Art.**1442:** *«La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.*
La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à Soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.
Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage».
NOTA: Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 article 3 1°: Ces dispositions s'appliquent lorsque la convention d'arbitrage a été conclue après le 1er mai 2011.

متاح للإطلاع على الموقع:
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FD382C0671BA9E19F4FBE4A2A1B998C5.tplgfr36s_2?idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20261231
تاريخ زيارة الموقع 2020/09/05.

3 – قانون التحكيم الهولندي لسنة 1986 متاح للإطلاع على الموقع:
https://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1735189&MasterID=1735189
تاريخ زيارة الموقع 2020/09/05.

وفي ألمانيا، فقد عرَّفته المادة 1/1029من قانون الإجراءات المدنية بأنَّه " الإتفاق الذي يقرر فيه الأطراف إخضاع كل أو بعض المنازعات التي نشأت بينهم في شؤون قانونية معينة، غير عقدية أو عقدية للتحكيم[1].

والملاحظ أنَّ أغلب هذه التعاريف الوطنية مأخوذة في الأصل من قانون تحكيم الأونسيترال وهذه القوانين كلها تتفق على تكريس المبدأ وهو حرية الأطراف في الإتفاق على حل منازعاتهم الناشئة أو التي قد تنشأ عن طريق التحكيم[2].

مما سبق يتضح أنَّ تعريف إتفاق التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن إتفاق التحكيم العادي، إلا من حيث الوسيلة الإلكترونية، وعدم التواجد المادي للأطراف أثناء إبرام الإتفاق.

وعلية نرى أنَّ تعريف إتفاق التحكيم الإلكتروني «بأنَّه إتفاق مكتوب بطريقة إلكترونية يتم بين فريقين على عرض كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أنْ تنشأ، بمناسبة علاقة قانونية إلكترونية سواء أكانت عقدية، أو غير عقدية، على محكمين بدلاً من القضاء، والقبول بتنفيذ قرارهم أو حكمهم».

غير أنَّ التساؤل الذي يطرح هنا ما الفرق بين عقد التحكيم وإتفاق التحكيم؟

فالجواب هنا: أنَّه يوجد فرق بين إتفاق التحكيم وعقد التحكيم ويتجلى ذلك فيما يلي:

فإتفاق التحكيم يكون دائماً بين الطرفين على إحالة ما قد ينشأ بينهما من منازعات إلى التحكيم بعيداً عن القضاء العادي، فأطراف هذه العلاقة القانونية هما المتعاقدان.

1 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 224.

2 – حيث عرفت المادة 07 من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اتفاق التحكيم بأنَّه «"اتفاق التحكيم" هو إتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية».

أمَّا عقد التحكيم فإنعقاده بشكل صحيح يقود المحكَّم إلى أنْ يتولى إجراء عملية التحكيم التي من خلالها يصل إلى إصدار قراره في تسوية النزاع، فأطراف هذا العقد تختلف عنه في إتفاق التحكيم، فالطرف الأول في عقد التحكيم هم أطراف النزاع والطرف الثاني يختلف حسب نوعية التحكيم، ففي التحكيم الحر يكون العقد بين طرفي النزاع والمحكم، وفي التحكيم المؤسسي، يكون العقد بين طرفي النزاع ومركز التحكيم أو المؤسسة التحكيمية، ويعتبر عقد التحكيم الآلية التي يتم بموجبها تنفيذ إتفاق التحكيم المبرم بين طرفي النزاع[1].

ثانياً: صور إتفاق التحكيم الإلكتروني

إنَّ اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني بصفة عامة يتم عن طريق إتفاق التحكيم، كما تحدثنا آنفاً، ولكن هذا الإتفاق قد يكون قبل نشوء النزاع وهو ما يسمى بشرط التحكيم، وهو الأكثر شيوعاً من الناحية العملية سواء ورد كبند من بنود العقد، أو ورد مستقلا بذاته، وإمَّا أن يكون بعد نشوب النزاع وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم، وفي الأخير قد يكون بالإحالة إلى عقد سابق أو قانون نموذجي، وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم بالإحالة[2]، تبعاً لذلك سوف نتعرض لهذه الصور على الوجه التالي:

1-شرط التحكيم(*clause compromissoire*) :

يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن نصوص العقد، أو بعقد لاحق، بموجبه يتفق الأطراف قبل نشوب أي نزاع على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم[3].

ويشمل هذا المحرر على عدة بيانات منها، تحديد موضوع النزاع والمسائل المطلوب الفصل فيها، بالإضافة إلى تحديد أتعاب وأسماء وعناوين المحكمين، ومكان التحكيم، وصفة وعناوين الأطراف، مع عرض موجز لادعاءات الأطراف، والقانون الواجب التطبيق[1].

1 – مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق جامعة الموصل، المجلد 12 العدد 43، السنة 2010، ص117 متاح على الموقع: https://www.iasj.net/iasj/download/ad8202379d6477fc
تم الإطلاع عليه بتاريخ 2020/10/05

2 –صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،371.

3 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 226.

ويرى جانب من الفقه أنَّ شرط التحكيم بمعناه هذا هو نوع من الإلتزام المعلق على شرط واقف هو حصول النزاع وهذا النزاع قد يحدث أو لا يحدث أي أنه محتمل الوقوع، وعليه لا يجوز لأحد طرفي النزاع أنْ يستقل بنقضه دون موافقة الطرف الآخر[2].

كما أنَّ "شرط التحكيم" ليس بالضرورة أنْ يتم النص عليه في العقد الأصلي لأنَّه لا يوجد ما يلزم الأطراف بذلك، بحيث يمكن أنْ يبرم العقد الأصلي دون الإشارة إليه، لأنَّ الضابط هو إبرام الإتفاق قبل نشوب النزاع بين الطرفين، وهذا ما أقرته أغلب التشريعات الوطنية والدولية[3].

ونجد أنَّ المشرع الجزائري قد نصَّ على شرط التحكيم بصفة عامة في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء نصها كمايلي «شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم»[4].

كما نجد أنَّ المشرع المصري قد نصَّ على ذلك في المادة 2/10 قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنَّه" يجوز أنْ يكون إتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين"[5].

1- عصام أحمد البهجى، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، د.ط، الإسكندرية ،مصر،2017 ص178.

2 - أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 327.

3 - ليندة بومحراث، مرجع سابق،ص572.

4 - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع مشار إليه سابقاً.

129-قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 مرجع سابق.

وبالتالي يتضح أنَّ شرط التحكيم يتعلق بتسوية المنازعات المستقبلية المحتملة الوقوع الناشئة عن العقد، سواء كان ذلك في العقد الأصلي، أو بموجب عقد للحق، المهم أنْ يكون الإتفاق قبل حدوث النزاع، كما يمكن أنْ يرد بوصفه شرطاً عاماً يصدر عن إحدى الجهات الحكومية أو غيرها عندما يتعاقد الشخص معها، مثل الشروط التي تفرضها بعض مقاولات أعمال الهندسة المدنية والمعمارية الخاصة[1].

2-مشارطة التحكيم*(Compromis d'arbitrage) :*

يقصد بها الإتفاق الذي يبرم بين طرفي العقد الأصلي، بموجب عقد مستقل بعد نشوب النزاع على أنْ يتم عرضه على التحكيم طبقاً لإتفاق مكتوب يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومكان التحكيم وإجراءات التحكيم، وقد تم إطلاق هذه التسمية عليه (مشارطة التحكيم) من طرف الفقه[2]، لكونها لا يتم الاتفاق عليها إلا بعد وقوع النزاع بين أطراف العلاقة القانونية كما لا يتم اللجوء إليه إلا في حالة خلو العقد الأصلي من شرط التحكيم في تسوية النزاع[3].

وطالما أنَّ هذا العقد جاء مستقلاً عن العقد الأصلي مستوفياً لجميع الشروط الموضوعية والشكلية فلا يؤثر إبطال العقد الأصلي عليه، حيث تعتبر مشارطة التحكيم الإلكترونية صحيحة تطبيقاً لمبدأ إستقلالية شرط التحكيم[4].

1-علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص406.

2 - أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 331.

3 - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص251.

4 - صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 431.

ويقصد بِاستقلال شرط التحكيم هو أنَّ عدم مشروعية العقد الأصلي، أو فسخه أو إنهائه أو عدم صحته لا يؤثر على شرط التحكيم، وهو ما اِستقرت عليه غالبية قوانين وتشريعات التحكيم[1]، والعكس بالعكس، فإذا كان شرط التحكيم باطلاً فلا يؤثر على صحة العقد الذي يتضمنه حيث يبقى العقد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية، وعليه فإنَّ اِتفاق التحكيم عقد قائم بذاته له كيانه القانوني المستقل ومصيره يختلف تماماً عن العقد الأصلي.

كما نجد أنَّ المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي قد أشارا إلى مشارطة التحكيم من خلال تعريف التحكيم، فالمشرع الجزائري قد نصَّ على ذلك في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة سابقاً على أنَّه" اِتفاق التحكيم الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

كما رخص المشرع الجزائري لأطراف النزاع حق اللجوء إلى التحكيم حتى أثناء عرض الخصومة على القضاء المهم قبل صدور حكم نهائي وهو ما أوضحته المادة 1013 من نفس القانون والتي جاء نصُّها كمايلي «يجوز للأطراف الاِتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية»، أمَّا المشرع الفرنسي فقد اِعتمد ذلك في الفقرة الثانية من المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المذكورة آنفاً تنص على مايلي «ومشارطة التحكيم هي اِتفاق يلتزم بمقتضاه أطراف منازعة وقعت بإخضاعها للتحكيم»[2].

وفي مصر نصَّ قانون التحكيم في المادة 2/10 على تعريف مشارطة التحكيم بنصها «يجوز أنْ يتم اِتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أنْ يحدد الاِتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاِتفاق باطلاً».

1 – المادة 23 من قانون التحكيم المصري، المادة 22 من قانون التحكيم الأردني، المادة 21 من قانون التحكيم السعودي المادة 15 من جمعية التحكيم الأمريكية 1992، المادة 16 من لائحة المحكمة الإلكترونية، لمزيد من التفصيل أُنظر: رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 126.

2 –قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

أمَّا في تونس فإنَّ قانون التحكيم قد عرَّف مشارطة التحكيم بنصه «الِالتزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض هذا النزاع على هيئة التحكيم، ويجوز إبرام الِاتفاق على التحكيم ولو أثناء قضية منشورة أمام المحكمة»[1].

وتخضع مشارطة التحكيم الإلكترونية لنفس الأحكام المطبقة في مشارطة التحكيم التقليدي الِاختلاف فقط من حيث الوسيلة الإلكترونية المستعملة والخصوصية التي تتمتع بها، ومما سبق يتضح لنا أنَّ اللجوء إلى مشارطة التحكيم الإلكتروني بعد نشوب النزاع في عقود الاستهلاك الإلكتروني، يكون أفضل من النص على شرط التحكيم في العقد الأصلي الذي هو سابق على وقوع النزاع، حيث يكون المستهلك على دراية تامة بموضوع النزاع وبالتالي يكون له الخيار بين عرض النزاع على القضاء أو اللجوء إلى التحكيم، ومعرفة أيهما يكون أكثر حماية.

3-شرط التحكيم بالإحالة *(Clause d'arbitrage par Référence):*

يقصد بشرط التحكيم بالإحالة أنَّ الأطراف تشير في العقد الأصلي المبرم بينهما إلى وثيقة أخرى مكتوبة تشتمل على شرط التحكيم تطبق أحكامها بين الطرفين، وتعتبر هذه الوثيقة التي تم الإحالة عليها جزءاً من العقد وتكون في غالب الأحوال عبارة عن عقد نموذجي يتم الإحالة عليه عند إبرام العقد[2].

ويشترط في هذه الوثيقة المحال عليها أنْ تكون واضحة مبينة لِاختيار الأطراف للتحكيم قاصدين بذلك تسوية نزاعهم باللجوء للتحكيم دون القضاء[3].

1 – قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 متاح للإطلاع على الموقع:
http://www.aifica.com/2017/04/14/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-8
تاريخ زيارة الموقع 2020/09/02.

2 – ليندة بومحراث، مرجع سابق،ص575.

3 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 137.

وقد نصَّت على شرط التحكيم بالإحالة العديد من التشريعات الوطنية والدولية:

فنجد المادة6/7 من القانون النموذجي الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تنص على أنَّه «تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بندا تحكيميا مكتوباً شريطة أنْ تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءا من العقد»[1].

وفي الأردن فقد نصَّ قانون التحكيم في المادة 07/ب على أنَّه «تعد في حكم الاِتفاق المكتوب كل إشارة أو إحالة في العقد الأصلي بين الطرفين إلى وثيقة أخرى كعقد نموذجي أو اِتفاقية دولية تتضمن شرط تحكيم ما لم يستبعده الطرفان صراحة»[2].

وفي فرنسا نجد أنَّ المشرع قد نص في المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية على اِتفاق التحكيم بالإحالة والتي جاء فيها «يمكن أنْ يستنتج من خطابات متبادلة أو مستند أو وثيقة أحال إليها الاِتفاق الأساسي»[3].

غير أننا نجد أنَّ المشرع الجزائري لم ينص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على شرط التحكيم بالإحالة.

ومما سبق يتضح أنَّ شرط التحكيم الإلكتروني بالإحالة يتحقق بتوافر شرطين:

1-لابُدَّ أنْ يتضمن العقد الإلكتروني الأصلي إشارة واضحة ومتاحة لشرط التحكيم في ملف إلكتروني مستقل يسهل الإطلاع عليه في أي وقت ويعتبر قبول المتعاقد إبرام العقد الأصلي قبولاً ضمنياً لهذا الشرط ما دام عالماً به.

1- قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985 مع التعديلات التي اِعتمدت في عام 2006، مشار إليه: لدى وائل حمدى أحمد على، مرجع سابق، ص 05.

2 - قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001 وتعديلاته في 2018، مرجع سابق، متاح للإطلاع على الموقع:
https://www.jea.org.jo/portal/wp-content/uploads/2019/07/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%AF%D9%84-%D8%B1%D9%82%D9%85-16-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-2018.pd

*142-Art.**1443**:«A peine de nullité، la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale» .*
NOTA: Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 article 3 1°: Ces dispositions s'appliquent lorsque la convention d'arbitrage a été conclue après le 1er mai 2011.

2-الوصول الفعلي للملف الذي يتضمن شرط الإحالة على شرط التحكيم الإلكتروني وقراءة جميع المعلومات الواردة به بكل وضوح مع إمكانية اِسترجاعها عند الحاجة[1].

وصفوة القول إنَّ اِتفاق التحكيم الإلكتروني لا يخرج عن الصور الثلاثة المتعلقة بالتحكيم التقليدي المذكورة آنفاً، غير أننا نرى أنَّ اللجوء إلى اِتفاق التحكيم الإلكتروني بعد نشوء النزاع عن طريق مشارطة التحكيم أفضل طريقة لحماية الأطراف المتعاقدة، خصوصاً إذا كان أحد أطرافها مستهلكاً إلكترونياً، ليس لديه الخبرة الكافية لمعرفة أهمية النزاع وهل اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يحقق له الأفضلية من اللجوء إلى القضاء الوطني ،لذلك يكون من الأفضل له اللجوء إلى مشارطة التحكيم حتى يستطيع تحليل جميع بنود العقد مع اِمكانية الاِستعانة بمختصين لمعرفة جميع جوانب النزاع، وتقدير أين تكمن الأفضلية، هل باللجوء إلى القضاء الوطني أو التحكيم الإلكتروني؟

الفرع الثاني

الشكلية في عقد اِتفاق التحكيم الإلكتروني

يعتبر اِتفاق التحكيم، أياً كان نوعه تقليدياً أو إلكترونياً، تصرفاً قانونياً، تترتب عليه آثار خطيرة لا تتوافر في آليات التسوية البديلة الأخرى، أهمها المنع من اللجوء إلى القضاء الوطني بالإضافة إلى الطبيعة القضائية للتحكيم، لذلك تشرط غالبية التشريعات لاِنعقاده صحيحاً أنْ يكون مكتوباً[2]، وأنْ يكون موقعاً عليه من الأطراف، مما يثير إشكالية مدى توافر الشكل في اِتفاق التحكيم الإلكتروني، مما يحتم علينا معرفة الأساس القانوني لاشتراط الكتابة في اِتفاق التحكيم في بعض التشريعات الدولية، وهل ينطبق ذلك على اِتفاق التحكيم الإلكتروني خصوصاً و أنَّ نقطة الاِختلاف بين التحكيم الإلكتروني، والتحكيم العادي في اِتفاق التحكيم المبرم إلكترونياً، حيث يتم الاِتفاق كاملاً في عالم اِفتراضي ليس فيه كتابة على دعامة مادية[3]، كما أنَّ بعض التشريعات قد اِختلفت في عد الكتابة شرطاً لاِنعقاد العقد أم لإثباته[4].

1 - رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 138.

2 - حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص.195،196.

3 - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص252.

4-علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق ص413.

تبعاً لذلك سنتناول في هذا الفرع الأساس القانوني لِاشتراط الكتابة في اِتفاق التحكيم في التشريعات الدولية والتشريعات الوطنية (أولاً) مدى توافر شرط الكتابة في اِتفاق التحكيم الإلكتروني (ثانياً) أنْ يكون اِتفاق التحكيم الإلكتروني موقعاً من الأطراف(ثالثاً)

أولاً: الأساس القانوني لِاشتراط الكتابة في اِتفاق التحكيم في التشريعات الدولية والتشريعات الوطنية

الأصل في إبرام العقود هو الرضائية بمعنى أنَّه بمجرد أنْ يبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما دون الحاجة إلى إجراء آخر يتعقد العقد، لكن من أجل حماية الأطراف المتعاقدة قد يشترط القانون إفراغ التراضي في شكل محدد، كاشتراط مثلا أنْ يكون العقد مكتوباً، وهو ما ينطبق على عقد اِتفاق التحكيم حيث نجد أنَّ غالبية القوانين التي تنظمه سواء الوطنية أو الدولية أكَّدت على كتابة عقد اِتفاق التحكيم غير أنَّها اِختلفت بشأن شكل هذا العقد.

فهناك من اِشترط أنْ يفرغ هذا الاِتفاق في شكل معين، والبعض يري أنَّ هذه الكتابة شرط لصحته، وهناك من يعتبرها شرطاً لإثباته، والبعض لم يربط هذا العقد بشكل معين، لذلك سنحاول عرض بعض التشريعات الدولية وأنظمة التحكيم والتشريعات الوطنية التي ناقشت هذا الموضوع لمعرفة ما إذا كان ممكناً تطبيق هذه النصوص على التحكيم الإلكتروني في عقود الاستهلاك.

1-بعض التشريعات الدولية وأنظمة التحكيم:

تعتبر إتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 كما تحدثنا آنفاً، اللبنة الأساسية لإرساء قواعد التحكيم الدولي، حيث ألزمت الدولة المتعاقدة بتنفيذ إتفاق التحكيم[1]، حيث إشترطت ذلك في الفقرة الأولى من المادة الثانية وعرَّفت الإتفاق المكتوب في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه يشمل مصطلح " إتفاق مكتوب" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي إتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة[2].

يتضح من نص هذه المادة أنَّها إعتمدت الكتابة كشرط أساسي حتى يكون إتفاق التحكيم صحيحاً، غير أنَّها لم تشر إلى المقصود بالكتابة كما لم توضح الشكل الذي يفرغ فيه هذا الإتفاق، وهل يكون موقعاً تقليدياً أم إلكترونياً[3].

وقد نصَّت المادة الرابعة من إتفاقية نيويورك على أنَّه يجب تقديم أصل الإتفاق أو صورة تتوفر فيها الشروط المطلوبة.

كما أنَّ الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 المعروفة بإتفاقية جنيف جاءت أكثر تحرراً، حيث أوجبت إثبات إتفاق التحكيم بالكتابة، غير أنَّها أجازت إثباته بغيرها إذا كان أحد المتعاقدان أو أحدهما ينتمي إلى دولة لا توجب أنْ يكون الإتفاق مكتوباً، خصوصاً إذا أبرم هذا الإتفاق وفق قانون تلك الدولة، حيث نصت المادة الثانية الفقرة "أ" من هذه الإتفاقية على أنَّ إتفاق التحكيم هو شرط التحكيم المدرج في عقد، أو مشارطة أو عقد موقع من الأطراف، أو برسائل متبادلة، أو بالبرقيات، أو الإتصال بالتلكس[4].

1 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 310.

2 – إتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 نسخة منقحة ص 09 متاح على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال:

https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-A.pdf

تاريخ زيارة الموقع: 2020/09/07

3 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 153.

4- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 69.

ويتجلى التحرر في هذه المادة من خلال تقريرها صحة اِتفاق التحكيم في العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها توافر شكلية معينة في اِتفاق التحكيم، حيث اِعتبرت هذا الاِتفاق صحيحاً وفق الشكل المقرر في قوانين تلك الدول.

ولقد نصَّ على ذلك قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة السابعة في فقرتها الثانية والثالثة والرابعة[1]، يفهم من فقرات هذه المادة أنَّ اِتفاق التحكيم يجب أنْ يكون مكتوباً في أي شكل المهم يكون مدوناً في وثيقة موقعة من الطرفين، أو عن طريق تبادل رسائل أو تكلسات وبِاستخدام أي وسيلة إلكترونية يسهل الرجوع إليها عند الحاجة.

أمَّا عن لوائح هيئات التحكيم فنجد أنَّ لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس السارية المفعول اِبتداء من 1988/01/01 لم تفترض شروطاً شكلية في اتفاق التحكيم، حيث تركت الحرية للأطراف المتعاقدة، على عكس نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم لسنة 1992 التي فرضت الكتابة من خلال نص مادتها الأولى التي تقرر عندما يتفق الأطراف كتابة العقد على إحالة نزاعهم على التحكيم[2].

كما نجد أنَّ نظام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قد نصَّ على أنْ يتم اِتفاق التحكيم كتابة في المادة الأولى وفي الفقرة الأولى «إذا اتفق الأطراف كتابة على إحالة ما ينشأ بينهم من منازعات بشأن علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أم غير عقدية، إلى التحكيم وفقاً لقواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي("القواعد") تحسم هذه المنازعات عندئذ وفقاً لهذه القواعد مع مراعاة أية تعديلات قد يتفق عليها الأطراف كتابة»[3].

---

1 – الفقرة الثانية – يتعين أن يكون اِتفاق التحكيم مكتوباً، الفقرة الثالثة – يكون اِتفاق التحكيم مكتوبا إذا كان محتواه مدوناً في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اِتفاق التحكيم أو العقد قد أبرم شفويا أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى، الفقرة الرابعة–يستوفي اِشتراط أن يكون اِتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً، .....إلخ.

2– إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 70.

3 – نظام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) 2011 متاح للإطلاع على الموقع:
https://crcica.org/rules/arbitration/2011/cr_arb_rules_ar.pdf
تاريخ زيارة الموقع: 2020/09/07.

2-بعض التشريعات الوطنية العربية والأوروبية:

لقد اِشترط المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنْ يكون اِتفاق التحكيم مكتوباً ورتب على تخلفها البطلان، ويتضح ذلك من المادة 2/1040 منه والتي جاء نصُّهـــــا «يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أنْ تبرم اِتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اِتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة»[1]، وعليه يعتبر المشرع الجزائري الكتابة شرطاً شكلياً لازماً لوجوده في ذاته، وليس فقط لإثباته.

وهو نفس ما اِعتمده المشرع المصري في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 إلا أنَّ المشرع المصري قد توسع في ذلك وكان أكثر وضوحاً حيث نص في المادة 12 منه على أنــَّه «يجب أنْ يكون اِتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اِتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاِتصال المكتوبة»[2].

ولم يضع المشرع الفرنسي[3] واللبناني، شكلاً معيناً لاِتفاق التحكيم على المستوى الدولي وأوجبت المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري (L.D.I.P) على الأطراف إثبات اِتفاقهم التحكيمي بشكل مكتوب[4].

ولقد اِشترط المشرع الأردني كذلك في قانون التحكيم رقم 21 لسنة 2001 أنْ يكون اِتفاق التحكيم مكتوباً حيث نص في المادة 07/ب منه على أنَّه «يجب أنْ يكون اِتفاق التحكيم مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف، أو في صورة مخاطبات أو مراسلات ورقية أو إلكترونية أو غيرها من وسائل الاِتصال المكتوبة الثابت تسلمها والتي تعد بمثابة سجل للاِتفاق»[5].

---

1 – القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، ج.ر.ج.ج، العدد،21، مرجع سابق.

2 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 306.

3 – المادة 1507 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل سنة2011«اتفاقية التحكيم لا تخضع لأي شرط من حيث الشكل».

4- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 58.

5- –قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001 وتعديلاته في 2018 مرجع سابق، متاح للإطلاع على الموقع:

https://www.jea.org.jo/portal/wp-content/uploads/2019/07/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%AF%D9%84-%D8%B1%D9%82%D9%85-16-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-2018.pd

تاريخ زيارة الموقع: 2020/09/07.

كما اِشترطت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1992 الكتابة لإبرام اِتفاق التحكيم وأجاز في الفقرة الثانية منه وسائل الاِتصال المكتوبة، وتشمل الكتابة كل وسيلة مسجلة بموجب الفقرة السادسة من نفس المادة.

وتتضمن المادة 05 الخامسة من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م[1].

في الفقرة الثانية التي جاء نصُّها «يجب أنْ يكون اِتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاِتصال المكتوبة»[2].

بعد عرض مختلف التشريعات الدولية والوطنية يتبين لنا أنَّ الكتابة شرط أساسي وضروري في عقد اِتفاق اللجوء إلى التحكيم في عقود الاِستهلاك الإلكتروني من أجل الحفاظ على المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، خصوصاً المستهلك بِاعتباره طرفاً ضعيفاً، قد يؤدي ذلك إلى حرمانه من الحماية المقررة له في الأنظمة الداخلية، كذلك تفادياً للمنازعات الجانبية نظراً لكون التحكيم نظاماً قضائياً خاصاً، وخطيراً في نفس الوقت، لأنَّ اللجوء إليه يؤدي إلى غل يد القضاء عن النظر في تسوية النزاع، لذلك نرى أنَّ اِشتراط الكتابة والتوقيع في اِتفاق التحكيم، يعكس الإرادة الحقيقية لأطراف العقد، وهذا من شأنه أنْ يحقق الأمان والثقة المطلوبة في معاملات التجارة الدولية ويشجع المستهلك للدخول في عالم التجارة الإلكترونية بكل أريحية.

1 – هذه المادة مشروع تعديل لسنة 2020 لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000م حيث جاء نصها في مشروع التعديل بموجب المادة 02 « يكون اِتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الاِتصال المكتوبة الورقية أو الإلكترونية» متاح للإطلاع عليه في الموقع :
http://www.plc.ps/ar/home/proposal/6 تاريخ زيارة الموقع : 2020/09/07.

2– قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 متاح للإطلاع عليه في الموقع:
http://www.adaleh.info/Art.aspx?Typ=2&Id=1184

تاريخ زيارة الموقع: 2020/09/07.

ثانياً: مدى توافر شرط الكتابة في اِتفاق التحكيم الإلكتروني

لقد اِعترفت جل التشريعات السابقة بتوافر الشكل الكتابي في اِتفاق التحكيم، لكنَّها لم تتحدث عن اِستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة خصوصاً الإنترنت التي أضحت وسيلة لإبرام المعاملات بِاستعمال البريد الإلكتروني، أو الاِتفاق عبر المواقع الإلكترونية، حيث تحدثت فقط عن الفاكس وتبادل الرسائل أو البرقيات أو الاِتصال بالتلكس، ويعود السبب في ذلك إلى كون هذه النصوص وضعت قبل ظهور الإنترنت[1].

غير أنَّه كما تقدم ما دام التحكيم الإلكتروني يخضع لنفس أحكام التحكيم التقليدي تبقى فقط مراعاة خصوصيته المتعلقة بالوسيلة المستخدمة في إبرامه، وبالتالي يشترط فيه هو كذلك أنْ يكون مكتوباً غير أنَّ هذه الكتابة تكون بمفهومها الحديث الذي يتماشى مع التطورات التكنولوجية الحديثة، التي أصبحت تعترف بالكتابة على الدعامة الإلكترونية ومساواتها في القيمة القانونية بالكتابة الورقية، وهو ما يطلق عليه (الدور الوظيفي للكتابة)[2].

1 – حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص200،201.

2 لقد تم تفصيل الدور الوظيفي للكتابة من خلال التعليق الوارد على المادة 6 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر 1996م عن لجنة التجارة التابعة للأمم المتحدة وهي:

- ضمان وجود دليل ملموس على نية الاِلتزام لدى الطرفين وعلى طبيعة هذه النية.
- مساعدة الطرفين على إدراك تبعات إبرامها العقد.
- كفالة أن يكون المستند مقروءا للجميع.
- كفالة بقاء المستند بلا تحريف بمرور الزمن وأن يوفر مسجلا دائما للمعاملة.
- إتاحة المجال لاستنساخ المستند لكي يحتفظ كل طرف بنسخة من البيانات نفسها.
- إتاحة المجال لتوثيق البيانات بواسطة التوقيع.
- كفالة أن يكون المستند في شكل مقبول لدى السلطات العامة والمحاكم.
- تجسيد قصد محرر"الكتابة" وتوفير سجل بذلك القصد.
- إتاحة المجال لتيسير تخزين البيانات في شكل ملموس
- تيسير المراقبة اللاحقة لأغراض محاسبية أو ضريبية أو تنظيمية.
- إدخال الحقوق والالتزامات القانونية إلى حيز الوجود في الحالات التي تكون فيها الكتابة مطلوبة لأغراض إثبات الصحة، لمزيد التفصيل أُنظر: صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص،393،394.

طالما هذه الكتابة تحقق نفس الهدف ويمكن الإحتفاظ بها والرجوع إليها في أي وقت ممكن دون تعديل أو تحريف، وبالتالي لا مانع من التوسع في مفهوم الشكل الكتابي لعقد إتفاق التحكيم، بحيث يمتد ليشمل جميع وسائل الإتصال الحديثة، مع معادلة الكتابة الإلكترونية بالكتابة الورقية.

هذا ما فعله القانون النموذجي المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة القانون الدولي لدى الأمم المتحدة من خلال تنقيح وتعديل بعض مواد هذا القانون، نذكر على سبيل المثال نص المادة 4/7 «يستوفي إشتراط أنْ يكون إتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً، ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي»[1].

هذا ما تبناه المشرع الجزائري في تعديل القانون المدني لسنة 2005 حيث وسع هو كذلك في مفهوم الكتابة الورقية ليشمل الكتابة الإلكترونية، والمساواة بينهما في الحجية مثل ما تحدثنا عليه آنفاً.

وهو ذات النهج الذي سار عليه المشرع المصري، حيث أجاز في قانون التجارة البحرية بأنَّ" التوقيع على سند الشحن بأية وسيلة تقوم مقام الكتابة، والتوقيع، كما أجاز قانون التجارة في الحالات الإستعجالية أنْ يكون الإعذار أو الإخطار في المواد التجارية بأية وسيلة من وسائل الإتصال[2].

1-دليل الأونسترال حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي متاح للإطلاع على الموقع :
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/12-57489-guide-to-uncitral-a.pdf
تاريخ زيادة الموقع :2020/08/28. .

2-صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 394.

ثالثاً: أنْ يكون اِتفاق التحكيم الإلكتروني موقعاً من الأطراف

يتطلب اِتفاق التحكيم الإلكتروني حتى يعكس ما اِتجهت إليه إرادة أطرافه أنْ يكون موقعاً، على أساس أنَّ التوقيع هو العلاقة التي تثبت رضاء الشخص بالمحرر وما ورد في مضمونه وهو ما يمنح المستند الإلكتروني حجية في الاثبات، ومن ثم يمكن نسبته إلى من صدر عنه لذلك تطلب الأمر تفعيل دور التوقيع الإلكتروني حتى يتم التعرف على أصحاب العلاقة لقانونية من خلال توقيعهم على المستندات الإلكترونية المتبادلة[1].

وبذلك يكون للتوقيع الإلكتروني دوراً أساسياً في اِتفاق التحكيم في عقود الاِستهلاك الإلكتروني، لما يرتبه من الاِلتزام بأحكامه، لذلك وضعت جل التشريعات ضوابط للأخذ بحجيته منها: اِرتباط التوقيع بالموقع دون غيره، وسيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني، وقابليته لاِكتشاف أي تعديل يمكن أن يطرأ عليه[2]، مما دفع العديد من التشريعات إلى الاِعتراف به وإعطائه مفهوماً واسعاً والتركيز على دوره الوظيفي وليس شكله.

وعليه نرى مثل ما اِتجه البعض[3]، إلى ضرورة التوسع في تفسير مفهوم الشكل الكتابي في اِتفاق التحكيم الإلكتروني، وكذلك التوقيع الإلكتروني، والتركيز على الدور الوظيفي الذي يقومان به بغض النظر عن الدعامة التي يفرغان فيها سواء كانت إلكترونية أو ورقية، وذلك لكون العديد من القوانين والتشريعات الدولية لم تشترط لهما شكلا خاصاً، كما نرى من الضروري تبنى فكرة الاِعتماد على القياس عند تفسير نصوص القوانين والتشريعات والاِتفاقيات الدولية، لأنَّ أغلبها لم ينص على وسائل الاِتصال والتكنولوجيات الحديثة مثل الإنترنت لأنَّها وضعت قبل ظهور هذه التقنيات، ولكن يتم تفسرها قياسياً على اِستخدام الفاكس والبرقيات وغيرها.

1 – محمود محمد الشيخ، القانون الواجب التطبيق على اِتفاق التحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ط الأردن، 1436هـ، 2015م، ص70.

2–صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 394.

3 – أخذت بذلك جمعية التحكيم الأمريكية بالمفهوم الواسع للكتابة وقررت أنَّه لا يقتصر معنى الكتابة على مفهومها التقليدي بل يشمل المستندات الإلكترونية بمفهومها الوارد في قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي، نفس الشيء أقره قانون التوقيع المصري لمزيد من التفصل أُنظر: في ذلك: رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 157.

كما نرى من الأفضل في مجال العلاقات الدولية الإبتعاد على تطبيق القواعد الوطنية والتركيز على القواعد الدولية لأنَّها وضعت خصيصاً لذلك، مع ضرورة البحث على القواعد الأكثر حماية للمستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

المطلب الثاني

خصومة التحكيم الإلكتروني

يتميز التحكيم بمصدره الإتفاقي وصفته الخاصة بإعتباره قضاءاً إستثنائياً عن الأصل وخصومة التحكيم هي المجال الرئيسي الذي تظهر فيه هذه الطبيعة القضائية وخصوصيتها، نظراً لكون هذه الخصومة تخضع لنفس المبادئ الأساسية للتقاضي من جهة، غير أنَّها من جهة أخرى تعتمد في تطبيق هذه المبادئ على خصوصيات وأهداف التحكيم[1].

ويقصد بخصومة التحكيم الإلكتروني في عقود الاستهلاك الإلكتروني جميع مراحل العملية التحكيمية، بداية من تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني، والإجراءات المتبعة أمام هذه الهيئة، وصولاً إلى تحديد القانون الواجب التطبيق من الجانب الإجرائي والموضوعي.

تبعاً لذلك سنحاول تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتحدث عن تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني (في فرع أول) إجراءات التحكيم الإلكتروني (في فرع ثان) القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني (في فرع ثالث).

1- عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 139.

الفرع الأول

تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني

إنَّ تشكيل هيئة التحكيم يعتبر من الإجراءات المهمة في عميلة التحكيم الإلكتروني وذلك لكون هذه الهيئة تقوم بمباشرة العملية التحكيمية منذ بدايتها وحتى نهايتها بصدور حكم في المنازعة المنظورة أمامها، وبالتالي من الضروري توافر صفات معينة في أعضائها، خصوصاً ما تعلق بالخبرة في مجال التجارة الإلكترونية المتعلقة بالإِستهلاك[1].

لذلك عادة ما تقوم التشريعات التحكيمية بتحديد أصول تشكيل الهيئة التحكيمية وهذه الأصول تطبق على جميع أنواع التحكيم، بما في ذلك التحكيم الإلكتروني، مع تطبيق القواعد التي تتماشى وخصوصية هذا الأخير، وتطبيقاً للقواعد العامة يمكن إِعتماد عدة طرق لتشكيل الهيئة التحكيمية[2]، كما يوجد مبدأ عام أشارت إليه غالبية التشريعات هو وترية تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني[3]، بحيث يتكون عدد الهيئة من محكم واحد أو ثلاثة أو خمسة أو سبعة، الهدف وراء النص ذلك هو الحصول على الأغلبية في حالة الإِنقسام بين المحكمين فلا يحدث تساو بينهم في الأصوات.

فمثلاً نجد المشرع المصري قد نص في المادة 15 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م بأن" تشكل هيئة التحكيم بإِتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، وإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وإذا تعدد المحكمون وجب أنْ يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً"[4].

1 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 379.

2 – إلياس ناصيف، ، مرجع سابق، ص155.

3 – بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 198.

4 – قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

وهو نفس ما نصَّ عليه المشرع القطري في المادة 193 الفقرة الثانية من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنَّه" إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أنْ يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً[1].

كما نصَّ المشرع الفرنسي على ذلك في المادة 1451 من قانون الإجراءات المدنية الجديد على وترية عدد المحكمين، حيث ربط تشكيل هيئة التحكيم من عدد فردي، وإذا كان الإتفاق ينص على تعيين محكمين من عدد زوجي وجب تكملته إلى عدد فردي[2].

ونجد أنَّ المواثيق الدولية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم هي كذلك نصَّت على التشكيل الوتري لهيئة التحكيم فالمادة 10 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي نصَّت على أنَّه"

1 – للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين.

2–فإن لم يفعلا ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة.

ونصَّت المادة 23 من نظام المركز للتوفيق والتحكيم على أنَّه" تتكون الهيئة من محكم فرد أو ثلاثة محكمين أو أكثر بحسب عدد أطراف النزاع شريطة أنْ يكون عدد الهيئة وتراً[3]".

تبعاً لذلك سنحاول في هذا الفرع البحث عن كيفية تعيين المحكمين(أولاً) الشروط الواجب توافرها في إختيارهم (ثانياً) ضمانات الخصوم في مواجهة هيئة التحكيم (ثالثاً).

1- عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، 281.

2 *-Art: 1451-Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.*
Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.
Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459.
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FD382C0671BA9E19F4FBE4A2A1B998C5.tplgfr36s_2?idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20261231
تاريخ زيارة الموقع 2020/09/05.

3- عصام أحمد البهجي، نفس المرجع، ص 283.

أولاً: كيفية تعيين المحكمين:

لقد نظَّم المشرع الجزائري طريقة تشكيل هيئة التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة 1043 ونصها: «يمكن أنْ تضبط في اِتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو اِستناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اِتفاقية التحكيم إذا لم تنص الاِتفاقية على ذلك وتتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو اِستناداً إلى قانون أو نظام تحكيم»[1].

قبل البحث عن كيفية تشكيل هيئة التحكيم، وجب بداية أنْ نفرق بين نوعي التحكيم الإلكتروني وهما: التحكيم الحر[2]، الذي يعتمد على إرادة طرفي المنازعة في اِختيار المحكمين ومكان وطريقة التحكيم ويطلق على هذا النوع التحكيم الخاص، أمَّا النوع الثاني فيقصد به التحكيم المؤسسي أو النظامي[3].

حيث يتفق أطراف المنازعة على اِختيار إحدى المؤسسات المتخصصة للفصل في النزاع فهنا تكون هذه المؤسسة هي صاحبة الاِختصاص في اِختيار المحكمين[4].

1 – القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، مرجع سابق.

2 – يعرف نظام التحكيم الإلكتروني الحر: بأنَّه نظام يقوم على مضمون واحد وهو قيام أطراف عقود التجارة الإلكترونية بالاِعتماد على اِستخدام وسائل الاِتصال الحديثة مثل شبكة الإنترنت الدولية في الاِتفاق على العملية التحكيمية بأكملها وذلك منذ بدايتها بتشكيل هيئة التحكيم الإلكترونية، والتي يتم تشكلها من قبل الأطراف حتى نهايتها والفصل في النزاع.

3 – يعرف نظام التحكيم المؤسسي بأنَّه" التحكيم الذي يجرى تحت رعاية إحدى المؤسسات أو المراكز وفقاً للائحتها الداخلية التي تحدد كيفية اِختيار المحكمين وكيفية سير الإجراءات أمامها ومدى سلطاتهم عند نظر النزاع وعند إصدار الحكم" أُنظر: محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس اِلتزام المرسل إليه بشرط التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2006 ص40.

4 –عصام أحمد البهجى، مرجع سابق، ص278.

ومن هنا نستنتج أنَّ هناك ثلاث طرق اِنتهجتها أغلب التشريعات الدولية والوطنية في تعيين هيئة التحكيم الإلكتروني وهي:

أ-تعيين المحكمين بِاتفاق الأطراف (نظام التحكيم الحر):

يقوم الأطراف وفقاً للقواعد العامة، وتماشياً مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتبر السبب الرئيسي وراء لجوء الأطراف للتحكيم، حيث نجد أنَّ غالبية التشريعات منحت الخيار للأطراف بِاختيار أعضاء هيئة التحكيم وفقاً لإراداتهم، على أساس أنَّ الإرادة هي المرجع الأساسي في بناء الروابط التعاقدية، مع مراعاة مبدأ المساواة بين طرفي النزاع من حيث اِختيار المحكمين فلا يكون لأحدهما أفضلية على الآخر وإذا ما تم الاِتفاق على ذلك وجب الاِلتزام بهذا الاِتفاق، وهو ما يطلق عليه «مبدأ سمو اِتفاق التحكيم».

ولقد حرصت جل التشريعات الدولية والداخلية على تنظيم تشكيل هيئة التحكيم وفقاً للنظام الحر، فنجد مثلاً اِتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 قد نصَّت في المادة 04 الفقرة الأولى منها أنَّ للأطراف الحرية في اِختيار إمَّا التحكيم الحر أو التحكيم من خلال مركز دائم للتحكيم وإذا ما اِختاروا التحكيم الحر ففي هذه الحالة يكون لهم الحرية في اِختيار جميع الإجراءات المتعلقة بتعيين المحكمين، كما حددت في فقرتها الثانية الإجراءات الواجب اِتباعها في حالة تقاعس أحد الأطراف عن تعيين المحكم وفق هذا النظام[1].

كما نجد أنَّ القانون النموذجي الأونسترال للتحكيم التجاري الدولي هو كذلك أعطى الحرية للأطراف في اِختيار المحكمين من خلال نص المادة 10 الفقرة الأولى «للطرفين الحرية في تحديد عدد المحكمين»[2].

1- ليندة بومحراث، مرجع سابق،ص 590.

2- قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، مرجع سابق.

الشيئ نفسه أقرته المادة 18 الفقرة الأولى من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي على أنَّه «يختار أطراف النزاع محكماً فرداً أو هيئة من ثلاثة محكمين أو أكثر وذلك وفقاً لما يتفقون عليه»[1].

أمَّا عن التشريعات الوطنية فنجد المشرع الجزائري قد نصَّ على حرية الأطراف في اِختيار المحكمين في المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء نصها كمايلي «يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو اِستبدالهم»[2].

أمَّا المشرع المصري فقد نصَّ على ذلك في المادة 17 الفقرة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 على أنَّه «لطرفي التحكيم الاِتفاق على اِختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اِختيارهم»[3].

وفي تونس، نجد المشرع قد نظَّم ذلك في الفصلين 55و56 من قانون التحكيم أعطى للأطراف حرية الاِتفاق على الإجراءات الواجب اتباعها في تعيين المحكم أو المحكمين، لكن يجب أنْ يكون العدد وتراً، فإذا لم يفعلوا كان عدد المحكمين ثلاثة[4].

ب–تعيين المحكمين من قبل الغير (نظام التحكيم المؤسسي):

في هذه الحالة يتم تعيين المحكمين من قبل الهيئة أو المركز الذي وافق الأطراف على اللجوء إليه بخصوص تسوية النزاع، حيث يقوم هذا المركز بتعيين المحكمين من القائمة المعدة مسبقاً من طرفه، والتي تتضمن أسماء محكمين وبالتالي فإنَّ دور الأطراف هنا ينحصر فقط في الاِتفاق على اللجوء إلى أحد المؤسسات أو هيئات التحكيم الدائمة، التي تتولى عملية التحكيم من البداية حتى النهاية.

1 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 380.

2 – القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع مشار إليه سابقاً.

3 –قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

4 – إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص166.

وإذا لجأت الأطراف إلى هيئة أو مركز التحكيم اِلتزموا بقواعده، وصارت هذه القواعد تأخذ حكم بنود الاِتفاق على التحكيم المبرم بينهم، وتطبق على كافة إجراءات التحكيم بما فيها تعيين المحكمين، وفي حالة تعارض بنود الاِتفاق مع لوائح مركز التحكيم فإنَّ بنود الاِتفاق تعلو على لوائح مركز التحكيم وفقاً للقضاء الفرنسي وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة[1].

ومن أنظمة التحكيم المؤسسي نجد مثلاً نظام غرفة التجارة الدولية بباريس CCI التي تم الحديث عنها آنفاً، والتي يمنحها نظامها الداخلي سلطة واسعة في تعيين المحكمين حتى ولو اِتفق الأطراف على عدد المحكمين وتمت تسميتهم، فلا يمكن اِعتمادهم إلا بعد تثبيتهم من قبل الهيئة حيث يبقى أمر اِعتمادهم جوازاً مرتبطاً بعدم ظهور أي اِعتراضات عليهم من قبل الأمين العام للهيئة[2].

ووفقاً للائحة المحكمة الاِفتراضية فإن المادة 07 منها تقرر في فقرتها الأولى، أنْ يتم تشكيل محكمة التحكيم، بتسمية محكم وحيد أو ثلاثة محكمين، على أنْ يتم هذا الاِختيار بمعرفة سكرتارية المحكمة[3]، وإذا تعدد المحكمون يتولى هؤلاء تعيين محكم ثالث لرئاسة هيئة التحكيم، فإذا تعذر عليهم ذلك، تقوم السكرتارية بهذه المهمة، وبعد ذلك تمنح كل محكم كلمة المرور(*password*) للدخول إلى موقع القضية.

1 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 167.

2 – المادة 13 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس لمزيد من التفصيل الاطلاع على موقع غرفة التجارة الدولية – نشرة عدد ARA 4-880 صفحة 21، تاريخ النشر فبراير/ شباط 2018:

https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-arabic-version.pdf.

تاريخ زيارة الموقع 2020/09/05.

3 – إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 156.

أمَّا جمعية التحكيم الأمريكية "*AAA*" فقد تركت للأطراف الحرية الكاملة في تشكيل هيئة التحكيم، إلا إذا لم يتفقوا ففي هذه الحالة تقوم الجمعية بتعيين المحكمين من القائمة المعدة لهذا الغرض، على أنْ يتم تشكيل الهيئة من محكم واحد أو من ثلاثة محكمين[1]، وكذلك الأمر بالنسبة لمشروع القاضي الإفتراضي يتولى هذا النظام تشكيل هيئة التحكيم وإختيار أعضائها من بين قائمة معدة سلفاً بأسماء المحكمين دون أنْ يكون أي تدخل من الأطراف في ذلك[2].

ج–تعيين المحكمين عن طريق القضاء:

عندما يذكر في الإتفاق اللجوء إلى التحكيم دون تعيين المحكمين، أو مراكز التحكيم يكون تدخل القضاء في هذه الحالة كعملية إستثنائية عن الأصل، من أجل إنجاح عملية التحكيم بحيث لا يكون هناك مانع من إتمام عملية التحكيم، لذلك أقرت مختلف التشريعات المقارنة والإتفاقيات الدولية المنظمة لعملية التحكيم، تدخل القضاء كحالة إستثنائية في حالة عدم إتفاق الأطراف من أجل حماية إتفاق التحكيم وضمان فعاليته وهذا ما يسمى بالشرط الأبيض[3].

«يعرف الشرط الأبيض بأنَّه شرط التحكيم الذي لا يتضمن تحديداً لعدد المحكمين أو لكيفية إختيارهم»[4].

1 –الموقع الإلكتروني لجمعية التحكيم الأمريكية على موقع: http://www.adr.org/ تاريخ زيارة الموقع 2020/08/02.

2 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 384.

3 – بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 204.

4- *«La clause blanche est la clause qui se borne a prévoi la solution du litige par voie d'arbitrage sane préciser les modalités de désignation des arbitres، fut ce par référence a un règlement d' arbitrage»*

ولقد نصَّت المادة 12 الفقرة الثامنة من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) على اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكمين بقولها: ... وفي حالة عدم قدرة جميع الأطراف على الإتفاق على طريقة تشكيل هيئة التحكيم، يجوز «للمحكمة» تعيين جميع أعضاء هيئة التحكيم وتعيين أحدهم لتولي رئاستها، وفي هذه الحالة تكون «للمحكمة» الحرية في إختيار أي شخص تراه مناسباً كمحكم، تطبيقاً للمادة الثالثة عشرة متى رأت ذلك ملائماً[1].

هذا ما نجد المشرع الجزائري قد نصَّ عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بخصوص التحكيم الدولي[2]، حيث أعطى المشرع للقضاء سلطة تعيين المحكمين في حالة غياب التعيين، كما فتح المجال أمام من يهمه الأمر في حالة الإستعجال اللجوء إلى القضاء عن طريق تقديم طلب إلى رئيس المحكمة التي يقع بدائرة إختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يقع بالجزائر من أجل تعيين محكم أو محكمين، ولهم نفس الحق إذا كان التحكيم يجرى خارج الجزائر، غير أنَّ ذلك مقترن بقبول تطبيق الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

ولقد إعتمد المشرع المصري كذلك هذه الطريقة الإستثنائية، من خلال نص المادة09 ففي الفقرتين الأولى والثانية من قانون التحكيم لمصري رقم 27 لسنة 1994 ينص على أن « 1-يكون الإختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجاريا دولياً سواء جرى في مصر أو الخارج فيكون الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في مصر2- وتظل المحكمة التي ينعقد لها الإختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الإختصاص إنتهاء لجميع إجراءات التحكيم».

---

1 – المادة 12 من نظام غرفة التجارة الدولية متاح للإطلاع على الموقع:
https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-.arabic-version.pdf
تاريخ زيارة الموقع 2020/09/05.

2 –تنص المادة 1041من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري «.... في غياب التعيين وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:
1-رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري بالجزائر.
2-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر».

وحددت المادة 17 من نفس القانون المصري الحالات التي يكون القضاء فيها صاحب الإختصاص بصفة إستثنائية في حالة عدم إتفاق الأطراف على تعيين المحكمين، أو وجد أي خلاف حول ذلك، بناءاً على طلب أحد الأطراف[1].

مما سبق نلاحظ أنَّ جل التشريعات قد نصت على الطرق التي يتم من خلالها تأمين عملية التحكيم، لأنَّ أي تشكيل لهيئة التحكيم الإلكتروني لا يكون إلا بعد الإتفاق على اللجوء إليه و لا يقوم هذا الإختيار على طريقة واحدة فقط، بل كل هذه الطرق تعمل جنباً لجنب من أجل إنجاح هذه العملية، لأنَّ فشل الإعتماد على طريقة أو عدم الإتفاق أو التقاعس في ذلك يؤدي حتماً إلى اللجوء إلى الطرق الأخرى كبديل لتسوية النزاع حسب هذا الإتفاق و النصوص القانونية المعمول بها في هذا الاطار، إلا أننا نرى في مجال عقود التجارة الإلكترونية، خاصة الإستهلاكية من الأفضل الإعتماد على نظام التحكيم المؤسسي أو النظامي، لأنَّ أغلب مراكز وهيئات التحكيم الإلكتروني الدائمة، تتكون من مختصين في مجال عقود الاستهلاك المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وهم على دراية واسعة بجميع الجوانب القانونية الأكثر حماية للمستهلك بإعتباره طرفاً ضعيفاً في هذه العلاقة، و بالتالي تطبق عليه القواعد الأكثر تحقيقاً للتوازن، بالإضافة إلى سعي هذه المراكز دائماً إلى عمل كل ما من شأنه كسب ثقة المتعاملين، من أجل الحفاظ على سمعتهم في هذا المجال.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المحكمين:

إنَّ الدور الذي يمارسه المحكَّم مشابهاً للقاضي، لذلك يلزم في المحكَّم ما يلزم في القاضي من كفاءه مهنية ومهارة وإختصاص فني، كما أنَّ القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو الذي يحدد الصفات والمهارات الواجب توافرها في الشخص الذي يختار محكَّماً، بالإضافة إلى نوع الأهلية التي يتطلبها هذا القانون[2].

1 – قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2 – صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 456.

وبالتالي يتدخل في عملية نجاح التحكيم الإلكتروني في عقود الإستهلاك الإلكتروني العديد من العوامل والأدوات التي لابُدَّ من تحققها في هيئة التحكيم، حيث تعتبر هذه الهيئة عصب العملية التحكمية فالتحكيم يستمد قوته من المحكَّم وثقة الأطراف فيه وفي قرارته ومن نزاهته في تطبيق القانون[1]، وهذه الثقة يجب أنْ تبقى مستمرة طيلة إجراءات التحكيم، وليس فقط وقت إختياره.

لذلك حرصت كافة التشريعات المختلفة المتعلقة بالتحكيم على بيان ضوابط تشكيل هيئة المحكمين، وإشترطت جملة من الشروط الواجب توافرها حتى يستطيع المحكَّم مباشرة المهام الموكلة إليه، حيث يعتبر حسن إختيار المحكَّم ضمانة أساسية لأطراف التحكيم أنفسهم، وعليه وجب التدقيق في إختيارهم حتى لا تفشل العملية التحكمية، وهذه الشروط تمثل الحد الأدنى والضروري لمباشرة مهمة الفصل في المنازعة، ولا يخلو نظام تحكيم من النص على هذه الشروط ضماناً لنزاهة وحيادية أعضاء التحكيم، لأنَّ مهمة المحكَّم في الخصومة مثله مثل القاضي[2].

لم يعرِّف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ولا غيره من قوانين التحكيم، المحكَّم غير أننا نجد أنَّ غالبية التشريعات وضعت شروطاً، يتعين توافرها فمن يتم اختياره محكَّماً-سواء من الأطراف أو أحدهم أو مؤسسة التحكيم أو من المحكمة في حالة غياب الإتفاق على تعينهم وبدون هذه الشروط لا يمكن للمحكَّم أنْ يقوم بعملية التحكيم بصورة سليمة وناجحة، سواء كان التحكيم تقليدياً أو إلكترونياً، ويمكن تقسيم هذه الشروط حسب بعض الإجتهادات الفقهية إلى قسمين: شروط قانونية وأخرى إتفاقية، سنحاول عرضها على النحو التالي:

1 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر، مرجع سابق، ص 171.

2 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 388.

1 – الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكَّم:

تعتبر هذه الشروط من النظام العام، لذلك لا يترك تقديرها لسلطة الأطراف المتعاقدة ولا يجوز لهم الإتفاق على مخالفتها، لأنَّ لهذه الشروط أثراً كبيراً في صحة الحكم أو إبطاله، وهي بهذه المثابة تخضع للقانون الذي يحكم هذه الإجراءات[1]، ويمكن بيان هذه الشروط فيمايلي:

أ–الأهلية القانونية والمدنية

تجمع الأنظمة القانونية على ضرورة توافر الأهلية القانونية والمدنية في المحكَّم، إذ لا يجوز أنْ يكون المحكَّم قاصراً أو محجوراً عليه، أو محروماً من حقوقه المدنية[2]، وذلك بسب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف، أو شهر إفلاسه، غير أنَّ هذا الشرط الأخير، قد إختلفت التشريعات العربية فيه، فمنهم لا يقبله حتى لو رد إليه إعتباره ومنهم من يقبله محكَّماً بعد أنْ يرد إليه الإعتبار[3]، كما يجب أنْ يكون المحكَّم بالغاً سن الرشد وليس مميزاً ولا يعتريه عارض من عوارض الأهلية كالسفه والعته والغفلة أو الجنون، وفقاً للقواعد العامة، إلا أنَّ سن الرشد يختلف من تشريع إلى آخر[4]، فهو في القانون المدني المصري واحد وعشرون سنة كاملة، وفي قانون الموجبات والعقود اللبناني ثمان عشرة سنة، وفي القانون المدني التونسي عشرون سنة.

---

1 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 172.

2 – المادة 1014 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية". مرجع سابق.

3 – تنص المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنَّه" لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد إليه إعتباره"، تنص المادة 15/أ من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة2001 وتعديلاته إلى 2018 " لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر افلاسه ولو رد إليه إعتباره، مراجع سابقة.

4 – تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري 1–" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية 2–وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة"، كما تنص المادة 42 من نفس القانون 1–" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون".

رغم توافر الأهلية المدنية، إلا أنَّ المشرع قد يضع قيوداً على بعض الأشخاص من ممارسة التحكيم، حيث يشترط في المحكَّم ألا يكون ممنوعاً من ممارسة هذه المهمة بقوة القانون، لأنَّ هناك بعض حالات تنافي تولي بعض موظفي الدولة مثل القاضي[1]، أو بعض الموظفين العمومين من مباشرة مهنة التحكيم لإعتبارات معينة، وهناك من التشريعات من تربط ذلك بضرورة الحصول على ترخيص. حتى يتمكن القاضي أو الموظف العمومي من القيام بهذه المهمة بشرط عدم إخلاله بوظيفته المسندة إليه، بعد موافقة السلطة المختصة، أو الجهة التابع لها[2].

ب–أنْ يكون شخصاً طبيعياً

يجب أنْ يكون المحكَّم شخصاً طبيعي، بمعنى أنَّ الإنسان هو الشخص الوحيد الذي يباشر عملية التحكيم، وليس الشخص المعنوي، لكون شخصية الإنسان هنا محل إِعتبار، كما أنَّ نظام التحكيم مبني على الثقة التي يتوسمها الأطراف في المحكَّم لتسوية النزاع القائم بينهم، و هو ما نصَّ عليه المشرع الفرنسي في المادة 1450 من قانون الإجراءات المدنية الجديد[3]، بمعنى أنَّ جميع مراحل التحكيم من مشاورات وتقديم التوضيحات إلى غاية الفصل في النزاع تتم تحت إشراف محكمين أشخاص طبيعيين غير أنَّ ذلك لا يمنع من أنْ يكون المحكَّم شخصاً معنوياً يتولى هذه المهمة التحكيمية من خلال ممثليه القانونين كأشخاص طبيعيين[4].

1 – تنص المادة (63) من قانون السلطة القضائية رقم 46 المصري لسنة 1972 على أنه " لا يجوز للقاضي، بغير موافقة مجلس القضاء الأعلى أن يكون محكما ولو بغير أجر، ولو كان النزاع غير مطروح على القضاء....."كما لا يجوز بغير موافقة المجلس المذكور ندب القاضي ليكون محكماً عن الحكومة أو إحدى الهيئات العامة متى كانت طرفا في نزاع يراد فضه بطرق التحكيم"، لمزيد من التفصيل أُنظر: صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 457.

2– ينص الفصل 3/10 من قانون التحكيم التونسي " لا يجوز أن يكون المحكم من رجال القضاء إلا بإذن من مجلس القضاء".

3 - *Art : 1450-1La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits.*
Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser L'arbitrage.

4 – تنص المادة 1014 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" إذا عينت إتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم".

على أساس أنَّ كل تصرفاتهم تنسب إلى هذا الشخص المعنوي ويكون هو المسؤول عنها في جميع مراحل التسوية، وإذا كانت نصوص قانون الإجراءات المدنية تسمح للأطراف المتعاقدة بتعيين شخص معنوي كمركز تحكيم أو مؤسسة تحكيمية، فإنَّ مهمة هذا الشخص المعنوي ليست الفصل في منازعة التحكيم وإنَّما تنظيم عملية التحكيم.

ج-أنْ يكون محايداً ومستقلاً

لقد حرصت جل قوانين التحكيم على النص على ضرورة أنْ يكون المحكَّم متمتعاً بهاتين الصفتين الإِستقلال والحيدة. بحيث يتعامل المحكَّم مع الأطراف بأمانة وتجرد دون إبداء أي تعاطف أو كراهية لأحدهم، ودون أنْ تكون له أي مصلحة مادية أو معنوية، أو علاقة مع أحد الأطراف تؤثر على حكمه[1]، وعلى سبيل المثال نجد أنَّ المشرع المصري قد نص على ذلك في المادة 16 الفقرة الثالثة من قانون التحكيم المذكور آنفاً على أنَّه" على المحكَّم أنْ يفصح عند قبوله لمهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول إِستقلاله أو حيدته"، سواء حدث ذلك قبل إسناد هذه المهمة إليه، أم حدث ذلك أثناء إجراءات التحكيم.

كما نجد أنَّ المشرع الجزائري قد نصَّ في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثالثة على جواز رد المحكم "عندما تتبين من ظروف شبهة مشروعة في إِستقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".

1 – غسان علي، الأحكام الخاصة بالمحكَّم، محكم دولي معتمد، ورقة بحثية متاحة على الموقع:

http://www.aradous-aca.com/blog/article/263

تاريخ زيارة الموقع 2020/09/21.

وهو أيضاً ما نصَّت عليه غالبية لوائح هيئات ومراكز التحكيم[1]، ويتجلى ذلك في المادة 07 الفقرة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس على أنَّه" يجب أنْ يكون المحكَّم مستقلاً عن الأطراف في القضية، كما أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنَّ " على المحكَّم المرشح قبل تعيينه وتثبيته أنْ يوقع إعلان اِستقلاليته[2]، ويبلغ هذا الإعلان إلى السكرتارية كتابة بالوقائع أو الظروف التي يمكن أنْ تكون ذات طبيعة تؤثر على اِستقلاله بنظر فرقاء النزاع، وهذه كلها تدابير وقائية الهدف منها التخفيف من الصعوبات التي قد تثور حول حياد المحكَّم واِستقلاليته في ممارسة عمله، وكذلك وضعه أمام المسؤوليات التي قد تترتب عن مخالفة ذلك.

2 – الشروط الاِتفاقية الواجب توافرها في المحكَّم:

بالإضافة إلى الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكَّم والتي لا يمكن الاِتفاق على مخالفتها هناك شروط اِتفاقية ترك الخيار فيها للأطراف المتعاقدة والتي سنحاول التعرض لبعضها فيمايلي:

أ–شرط الكفاءة والخبرة

لقد أكَّدت بعض الأنظمة، والاِتفاقيات الدولية[3]، على ضرورة توافر الكفاءة والخبرة في المحكَّم لكونها تلعب دوراً هاما خصوصاً في مجال التحكيم الإلكتروني، حيث أنَّ هذه المنازعات تتم في بيئة إلكترونية، تحتاج إلى شخص ملم بجميع الأمور المتعلقة بها.

1 – المادة 15/ج من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، المادة (6) من قانون التحكيم اليمني، المادة (3/16) من قانون التحكيم العماني، المادة (1/17) من قانون التحكيم السوري....الخ.

2 – أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 389.

3 –نصت اتفاقية عمان العربية لعام1987، على أن يكون المحكَّمون من "كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال ومتمتعين بالأخلاق العالمية والسمعة الحسنة"، نفس الشيء أقرته المادة 13 الفقرة الثانية من القانون النموذجي اليونسترال المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، حيث خولة للأطراف المتعاقدة الحق في رد المحكَّم إذا تبين أنه ليس لدية المؤهلات والخبرة التي اِتفق عليها الأطراف، لمزيد من التفصيل أُنظر: ناصر محمد الشرمان، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، د.ط، 2015 ، ص 176.

حتى يستطيع تحقيق التوازن بين الأطراف المتعاقدة، والكشف على جميع الخبايا وأساليب التحايل، إلا أنَّ أغلب التشريعات لم تتضمن نصوصها مثل هذا الشرط، على أساس أنَّ هذا الأمر متروك لِاتفاق طرفي التحكيم[1].

لذلك تجدر الإشارة إلى أنَّ شرط الكفاءة والخبرة شرط معنوي، لا يترتب عليه بطلان اِتفاق التحكيم، لذلك يجوز أنْ يكون أو لا يكون المحكَّم خبيراً في موضوع النزاع المطروح، أو ملماً بالقانون أو غير ملم به[2]، كما لا يشرط أنْ يكون المحكَّم ذا تخصص يتناسب مع القضية التي يريد الفصل فيها على أساس أنَّه قاض اِختاره الأطراف، لكن يمكن له الاِستعانة بخبير متخصص في مجال عقود التجارة الإلكترونية المتعلقة بالاِستهلاك يساعده في موضوع النزاع المطروح للتحكيم غير أنَّه يستحسن أنْ يكون أحد أعضاء هيئة التحكيم ذا خبرة لأنَّ ذلك سوف يقلل من الاِستعانة بالخبراء، ويؤدي إلى سرعة الفصل في النزاع[3].

كما أنَّ توافر الكفاءة والخبرة من شأنه تمكين المحكَّم من إدارة العملية التحكيمية وعدم وقوعه في الخطأ الذي من شأنه أنْ يؤدي إلى بطلان الحكم، لذلك من الأفضل أنْ يكون المحكَّم ذا خبرة وكفاءة تمكنه من معرفة القواعد التي تحكم النزاع، وحتى كيفية اِستعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة.

1 – بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 224.

2 – إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص199.

3 –فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2007، ص 235.

ب–شرط الجنس والجنسية والدين

لا يشترط في المحكَّم أنْ يكون من جنس محدد أو جنسية أو دين معين، إلا إذا اِتفق أطراف التحكيم أو كان هناك نص قانوني يحدد ذلك، ولا يوجد ما ينص على ذلك في التشريع الجزائري، ونظراً لاتجاه العالم نحو العولمة بما تعنيه من عدم الإعتراف بالحدود والعلامات المصطنعة فإنَّ غالبية الأنظمة أصبحت لا تشترط تمتع المحكَّم بجنسية أو جنس معين، ولقد نصَّ المشرع المصري على ذلك في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 السالف الذكر في المادة 16 الفقرة الثانية على أنَّه " لا يشترط أنْ يكون المحكَّم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اِتفق طرفا التحكيم أو نصَّ القانون على غير ذلك"[1].

وبالتالي يجوز تولي المرأة مهمة التحكيم ما لم يمنعها قانون جنسيتها من ذلك، إذا حظيت بثقة الخصوم وذلك قياساً على تمتعها بجميع الحقوق السياسية العامة، غير أنَّ بعض الأنظمة تتحفظ على أنْ تكون المرأة محكَّما وحيداً، وهناك من يحظر على المرأة أنْ تكون محكَّماً، غير أنَّ الرأي الراجح أنَّ مسألة تولي مهمة التحكيم تنطلق من ثقة الأطراف في المحكَّم سواء كان رجلاً أو اِمرأة ما دامت توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك.

كما تركت بعض مراكز التحكيم الإلكترونية للأطراف حرية تشكيل هيئة التحكيم دون تقيدها بجنسية محكمين معينين، وهو ما تنص عليه المادة 15 من نظام تحكيم الويبو المعجل 2014 والتي تنص على " اِحترام اِتفاق أطراف النزاع لتحديد جنسية المحكَّم وفي حالة إغفال ذلك يتم تعيين المحكَّم من غير دول الأطراف المتنازعة مالم تكن هناك ظروف خاصة لتعيين محكَّم له مؤهلات معينة".

1 – تقابلها المادة 15 الفقرة ب من القانون الأردني، هي كذلك لا تشترط أن يكون المحكم من جنسية معنية، إلا بإتفاق الاطراف كما يمكن للمرأة أن تكون محكماً.

غير أنَّ هناك بعض الأنظمة القانونية مثل قانون كولومبيا وقانون الإكوادور اِعتبرت نظام التحكيم نوعاً من القضاء مرتبطاً بنظام الدولة، وعليه لابُدَّ أنْ يكون المحكَّم وطنياً، ولا يمكن بأي حال من الأحوال إسناد هذه المهمة إلى الأجانب، وبعض الأنظمة مثل النظام السعودي اِشترطت أنْ يكون المحكَّم مسلماً، سواء كان وطنياً أم أجنبياً[1].

مما سبق يتضح أنَّ مهمة المحكَّم في تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، ليست مرتبطة بجنسية أو جنس أو دين معين، خصوصاً في نظام التحكيم الإلكتروني الذي تتم فيه التسوية في عالم اِفتراضي، لا يتعرف بهذه الأمور المصطنعة، حيث يمكن لأي شخص يمتلك المؤهلات ويثق به الأطراف القيام بذلك، إذ يبقى الضابط الوحيد في ذلك الإرادة والقانون وكذلك مركز التحكيم المتفق اللجوء إليه، طالما توافرت في هذا المحكَّم جميع الشروط لتولي هذه المهمة.

ج-شرط اللغة

ما دامت إجراءات التحكيم الإلكتروني تتم بين أطراف من دول مختلفة، فيمكن أنْ تكون لغاتهم مختلفة هي كذلك، وبالتالي يكون من الأفضل أنْ يجيد المحكَّم أكثر من لغة خصوصاً اللغات الأجنبية العالمية حتى يكون قادراً على الإطلاع على القوانين والأنظمة الأخرى واِستنباط بعض القواعد والحلول منها، كما يمكِّنه ذلك من المحادثة مع الأطراف المتنازعة بكل أريحية، وفهم المعنى الصحيح لما يريدون التعبير عنه.

1 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 174.

إنَّ إتقان المحكَّم لعدة لغات يسهل عليه فحص الوثائق المقدمة إليه من قبل الخصوم وفي حالة الاِتفاق على لغة معينة يكون المحكَّم ملزماً بِاستعمالها خلال جميع مراحل التسوية، وفي حالة عدم الاِتفاق على تحديد لغة معينة تولت بعض هيئات التحكيم الإلكترونية ذلك مع الأخذ بعين الاِعتبار لغة العقد وهو ما نصَّت عليه غرفة التجارة الدولية بباريس في جانبها المتعلق بقواعد التحكيم[1].

ثالثاً: ضمانات الخصوم في مواجهة هيئة التحكيم (المحكَّم):

لا يكتمل تشكيل هيئة التحكيم ولا يعد صحيحاً إلا بقبول المحكَّم المهمة المسندة إليه لأنَّ اِتفاق الأطراف على تعينه في صلب العقد أو بواسطة عقد مستقل، لا يعتبر سوى ترشيح لهذه المهمة يحتاج إلى قبول المحكَّم حتى ينعقد الاِتفاق بين الطرفين من جهة والمحكَّم من جهة أخرى، ويعتبر قبول المحكَّم لمهمته هو الخطوة الأخيرة في تشكيل هيئة التحكيم، ويرد قبول المحكَّم في أسفل اِتفاق التحكيم، أو مستقلا عن مشارطة التحكيم، ولا يلزم أنْ يكون في شكل معين بل غالباً ما يكون قبوله كتابة[2]، أو بإثبات قبوله في محضر الجلسة أو بتوقيعه على اِتفاق التحكيم وتعتبر هذه الكتابة شرطاً لإثبات قبول مهمة التحكيم وليس شرطاً لانعقاد مشارطة التحكيم[3].

وإذا قبل المحكَّم المهمة الموكلة إليه من طرف الخصوم صح تشكيل هيئة التحكيم، ووقع الاِلتزام عليه بكل ما من شأنه أنْ يؤدي إلى الحفاظ على حقوق الأطراف المتنازعة، لكن إذا ما طرأت ظروف أدت إلى التشكيك في نزاهته وحياده، أو رفضه القيام بالمهمة الموكلة إليه، وجب اِتخاذ جملة من الإجراءات التي حرصت معظم التشريعات ولوائح التحكيم على توفيرها كضمانات إجرائية للخصوم نوردها فيمايلي:

1 – المادة 20 من قواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) التي تنص على أنَّه " إذا لم يتفق الأطراف على لغة التحكيم، تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات التحكيم، مع أخذ جميع الملابسات ذات الصلة بعين الاِعتبار، بما في ذلك لغة العقد " ص27 متاح على الموقع:
https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-arabic-version.pdf.

تاريخ زيارة الموقع 2020/09/05.

2–فتحي والي، مرجع سابق، ص 226.

3 – إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 200،201.

1 – رد المحكَّم وتنحيه:

يعتبر نظام رد المحكَّم *"la récusation de l'arbitre "* أو رد الهيئة القضائية من أهم النظم الإجرائية، وضمانة حمائية للخصوم وكذلك المحكَّم من نفسه، لأنَّ هذا الإجراء يمنع المحكَّم من النظر في النزاع[1]، ويقصد برد المحكَّم إقصاؤه من تشكيل هيئة التحكيم، وبالتالي منعه من الفصل في النزاع[2]، غير أنَّ هذا الرد والتنحي يجب أنْ يكون مبرراً، وقد أجمعت غالبية التشريعات على أنَّ أسباب الرد تعود إلى وجود شكوك حول حياد وإستقلالية المحكَّم[3].

ويقدم طلب الرد إلكترونياً إلى نفس هيئة التحكيم شريطة أنْ يكون مكتوباً وتبين فيه جميع مبررات وأسباب الرد مع أدلتها، ومن أسباب رد المحكَّم كذلك عدم كفاءته، والإرتياب المشروع في إستقلاليته، ولا سيما بسبب وجود علاقات اقتصادية، أو سواها مع أطراف النزاع[4].

كما يمكن للمحكَّم أنْ يتنحى عن المهمة التحكيمية، مباشرة ومن تلقاء نفسه، دون تدخل من أي جهة أخرى، وينتج هذا التنحي جميع آثاره القانونية، المهم أنْ يرتكز هذا التنحي على سبب جدي، وإلا جاز الحكم عليه بالتعويض.

2 – عزل المحكَّم:

للأطراف الحرية في عزل المحكَّم، أو أنْ تقضي المحكمة بذلك بناءاً على طلب كل من له مصلحة، شريطة موافقة جميع الأطراف متى وجد سبب جدي يبرر ذلك.

---

1 – صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 463.

2 – مجدى عبد الغنى خليف، أوجه الرقابة على آلية التحكيم الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوارة مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية 2016، ص 236.

3 – المادة 18 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 الفقرتين الأولى والثانية، وهو نفس ما أكدته المادة 12 الفقرة الأولى من قواعد الأونسترال" يجوز الاعتراض على أي محكم إذ وجدت ظروف تشير شكوك لها ما يبررها بشأن حياده واستقلاله، كذلك المادة 17 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المعدل بسنة 2018.

4 – المادة 11 الفقرة الأولى من نظام غرفة التجارة الدولية.

ج – إنتهاء مهمة المحكَّم:

تنتهي مهمة المحكَّم لعدة أسباب كإنهاء المهمة الموكلة إليه، أو عزله من قبل الأطراف أو وفاته أو عجزه، أو تنحيه أو مرضه أو بحكم من المحكمة لسبب مبرر[1]، وعليه إذا لم يستطيع المحكَّم مباشرة المهمة الموكلة إليه للأسباب السالفة الذكر وجب إستبداله كضمانة أساسية للخصوم طبقاً للإجراءات المتبعة في إختيار المحكَّم الذي إنتهت مهمته.

الفرع الثاني

إجراءات التحكيم الإلكتروني

يقصد بإجراءات التحكيم الإلكتروني "مجموعة المبادئ المنظمة للإجراءات المتبعة في إتمام التحكيم وتتعلق بالمواجهة والدفاع والإثبات وإحترام النظام العام، ويضاف إلى تلك المبادئ الخاصة بالتحكيم التقليدي قواعد إضافية خاصة بالتحكيم الإلكتروني، أبرزها كيفية التواصل بين الأطراف والمحكمين عبر الوسائل الإلكترونية، وكيف يتم تقديم المستندات والحفاظ على سرية المعلومات المتعلقة بموضوع النزاع[2].

وتبتدئ الدعوى التحكيمية إلكترونياً بتقديم طلب التحكيم وتنتهي بصدور الحكم أو القرار التحكيمي وتوثيقه إلكترونياً، وما تتميز به هذه الإجراءات أنَّها كلها تتم عبر وسائط إلكترونية بدءاً من طلب التحكيم ومروراً بجلسات التحكيم وتبادل المستندات وإنتهاء بصدور الحكم، مما يجعلها أكثر فاعلية[3].

وما يجب التنويه به أنَّ إرادة الأطراف تلعب دوراً مهما في تحديد سير إجراءات التحكيم وهو مبدأ مسلم عالمياً، فالتنظيم القانوني للتحكيم ينطلق أساساً من إرادة المتعاقدين، فمتى تخلف الإتفاق إمتنع القول بقيام التحكيم، حيث تخول معظم القوانين الدولية والوطنية والإتفاقات الدولية للفرقاء الإتفاق على إجراءات التحكيم باعتباره قضاء إتفاقياً.

1 – إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 208.

2 – غازي بن فهد بن غازي المزيني، مرجع سابق، ص511.

3 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، المرجع السابق، ص 245.

وفي حالة الاِتفاق على اللجوء إلى التحكيم وعدم تحديد الإجراءات الواجب اتباعها فقد أناطت أغلب التشريعات لهيئة التحكيم تحديد إجراءات الخصومة التحكيمية[1].

وبالتالي حتى يختص مركز من المراكز التي تقدم خدمات التحكيم الإلكتروني بنظر منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، لابُدَّ أنْ يكون هناك اِتفاق مسبق بين أطراف النزاع يمنحه سلطة الفصل فيه، وذلك بحكم أنَّ إرادة الأطراف هي المحرك الرئيسي لِاختصاص مركز التحكيم[2].

وعليه يمكن إيجاز إجراءات التحكيم الإلكتروني في الخطوات التالية: تقديم طلب التحكيم (أولاً) جلسات الاِستماع والمناقشة(ثانياً).

أولاً: تقديم طلب التحكيم

يقصد بطلب التحكيم: الطلب الذي يقوم بتقديمه أحد طرفي اِتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه، أو إلى الطرف الآخر، يخطره فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم، ويطلب منه اِتخاذ الإجراءات الواجب إتباعها لتحريك خصومة التحكيم[3].

وقد عرَّف البعض طلب التحكيم عبر الوسائط الإلكترونية بأنَّه" خطاب إلكتروني صادر من جانب شخص المدعي عن طريق البريد الإلكتروني أو أي وسيلة اِتصال للطرف الآخر أو مؤسسة التحكيم الإلكترونية بإحالة النزاع القائم بينهم إلى قضاء التحكيم المتفق عليه وإنَّ إجراءات التحكيم في طريقها للاِنطلاق[4].

1 – المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر والتي تقابلها المادة 1464 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السالف الذكر والتي جاء نصها:

Art : 1464 A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques. Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1. Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure. Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité.

2 – محمد حسن الحسني، مرجع سابق، ص 171.

3 –غازي بن فهد بن غازي المزيني، مرجع سابق، ص 512.

4 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، المرجع السابق، ص 270.

وتبدأ إجراءات التحكيم من لحظة تقديم الطلب إلى مركز التحكيم عبر شبكة الإنترنت عن طريق النقر على مفتاح إحالة النزاع والذي يطلق اسم *Create Case* في لائحة التحكيم المحكمة الإلكترونية، أو مفتاح *File a Case* وفق لائحة تحكيم جمعية التحكيم الأمريكية AAA، أو مفتاح *Fill a Complaint* وفق لائحة تحكيم المحكمة الإفتراضية بعدها مباشرة يظهر على الشاشة النموذج المعد سلفاً من قبل المركز فيتم ملء الفراغات الموجودة في النموذج ثم الضغط على زر *Send* لإرسال طلب التحكيم إلى المركز، أو النقر على زر *Submit Dispute* في تحكيم القاضي الإفتراضي[1].

ويتبع في تقديم طلب التحكيم إجراءات تختلف من تشريع لآخر[2]، غير أنَّ غالبية مراكز التحكيم الإلكتروني[3]، تشترط أنْ يتضمن طلب التحكيم البيانات التالية:

- أسماء الأطراف وطبيعة أعمالهم وعناوينهم البريدية والإلكترونية.
- عرض موجز حول طبيعة النزاع.
- الغرض من الطلب ومتطلبات التسوية.
- تقديم الأدلة التي تثبت الادعاءات.
- نص بند التحكيم أو مشارطة التحكيم وأي معلومات أخرى مفيدة.
- القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وإذا أغفل تحديد الإجراءات المطبقة على النزاع يعتبر الخصم قد رضي بإجراءات هيئة التحكيم.
- أي بيانات أخرى يرى المدعي أنَّها لازمة للفصل في موضوع الدعوى.

1 – رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 271.

2 – إلياس ناصيف، مرجع سابق،ص 221.

3 – لمزيد من التفصيل راجع المادة الرابعة من نظام غرفة التجارة الدولية متاح على الموقع:
https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-arabic-version.pdf.

تاريخ زيارة الموقع 2020/09/05

بالإضافة إلى ذلك يشترط في مقدم الطلب تقديم عدد من النسخ مساوٍ لعدد الأطراف وعدد المحكمين ودفع المصاريف الإدارية مسبقاً[1]، ويجب أنْ يذكر في الِاستمارة تاريخ تقديم الطلب لأنَّه بهذا التاريخ تحسب بداية إجراءات التحكيم.

نذكر على سبيل المثال كيفية تقديم طلب التحكيم وفق لائحة المحكمة الِافتراضية حيث نصت المادة 05 الفقرة الأولى منها على من يرغب في اللجوء إلى التحكيم وفق نظامها ملء الاستمارة المعدة مسبقاً والموجودة على موقعها الإلكتروني المتضمنة جملة من البيانات[2].

وبعد تقديم الطلب تقوم أمانة سر المحكمة بفحصه والتأكد من مدى مطابقته للبيانات المذكورة في الطلب، وبعدها تقوم بإعلان المدعى عليه إلكترونياً بجميع المعلومات التي تقدم بها المدعي بواسطة بريده الإلكتروني الموجود بطلب التحكيم المقدم من المدعي أو بأي وسيلة من وسائل الِاتصال التي تثبت حدوث ذلك[3]، ويعتبر تاريخ تسلمه الإخطار أو الإعلان هو تاريخ علمه بالطلب، وبعد رد المحكَّم ضده أو تقديمه ما يفيد قبوله يقوم موقع المحكمة بإنشاء موقع إلكتروني خاص بهذه القضية ويقدم للطرفين والمحكَّم وكل من له علاقة بالنزاع الكود السري الذي يخولهم الدخول إلى الموقع والإطلاع على صفحة النزاع، ويكون هذا الموقع مجهزاً لِاستيعاب طلبات ومذكرات مستندات ووثائق أطراف التحكيم، كما يكون مؤمناً من أي اِختراق من الغير، ومزود بآلية رقابية من جانب هيئة التحكيم[4].

1 – حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات التجارية الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو المجلد ب،ص، العدد 48 ديسمبر2017 ص 235.

2–لمزيد من التفصيل أنظر: محمد حسن الحسني، مرجع سابق، ص 171.

3 –فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص233.

4 – سيد أحمد محمود، جمال الدين مبروك موسى، النظام الإجرائي لإلكترونية التحكيم، في ضوء الفقه وأحكام القضاء ووفقاً لأحدث لوائح التحكيم العالمية(محكمة لندن للتحكيم لعام 2014، جمعية التحكيم الأمريكية 2014، غرفة التجارة الدولية 2012، نظام المحكمة الفضائية، ونظام القاضي الافتراضي، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، هيئة الإنترنت للأسماء والأرقام) شركة ناس للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى 2016، ص 10،11.

ويكون تبادل هذه الرسائل والوثائق والإعلانات عن طريق الإستمارات المعدة لذلك وفق نظام المراسلات المكتوبة الموجود على الإنترنت على الموقع الذي تم فتحه خصيصاً للقضية بأمانة سر هيئة التحكيم، من أجل تسهيل إجراءات التحكيم، وتمكين أطراف خصومة التحكيم من إيداع وتقديم ما يريدونه عبر شبكة الإنترنت في أي وقت ومن أي مكان خلال 24 ساعة[1].

لقد بذلت المحكمة الإفتراضية كل ما في وسعها من أجل تقديم أكبر حماية للمستهلك فهي تجتهد دائماً من أجل تفسير العقود التي يكون أحد أطرفها مستهلكاً لصالح المستهلك، كما فتحت المجال للمحكم من أجل الإجتهاد في تطبيق القانون الذي يحقق أفضل حماية للمستهلك وذلك من خلال معلومات تكميلية وأدلة الإثبات[2].

غير أنَّ ما يعاب على نظام المحكمة الإفتراضية أنَّ الحكم الصادر من هذه المحاكم لا يصدر إلا بإتفاق جميع الأطراف على الخضوع لهذا النظام، ولا يتعامل إلا مع المنازعات المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات، كما لا يفصل في الموضوعات المتعلقة بالنظام العام.

ثانيا: جلسات الإستماع والمناقشة

بعد مراجعة ملف الدعوى والطلبات المقدمة من الأطراف، تأتي مرحلة إدارة جلسات التحكيم الإلكتروني، لقد أجازت لائحة المحكمة الإفتراضية لهذه الأخيرة أنْ تقرر سماع الشهود أو الخبراء المختارين من الأطراف وكل من له علاقة بالقضية[3]، وذلك بإستعمال كل وسيلة متاحة في هذا المجال من خلال تبادل الأصوات والصور والنصوص والمستندات المسموعة والمرئية عبر شبكة الإنترنت.

1 -لزهر بن سعيد، مرجع سابق، 269.

2 - عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص165.

3- المادة 21 الفقرة الأولى من لائحة والتي جاء نصها الأصلي

(1) Après avoir examiné les documents soumis par les Parties, le Tribunal arbitral peut décider d'entendre les témoins ou les experts désignés par les Parties, ou toute autre personne, avec ou sans la participation des Parties si elles ont été régulièrement convoquées.

تعقد المحكمة جلساتها عبر الفيديو كنفرنس أو عبر البريد الالكتروني أو أي وسيلة اتصال من شأنها أنْ تحقق سرعة الفصل في النزاع، ويكون ذلك حتى لو رفض أحد الأطراف المشاركة في جلسة التحكيم، كما يمكن لأي من الخصوم طلب جلسة إضافية متحملاً بذلك ما يترتب عنها من مصاريف للمحكَّم، غير أنَّ تشكيل هذه الجلسة مرهون بقبول هيئة التحكيم دون أي إلزام[1].

كما يمكن اِستخدام برنامج التواصل الإلكتروني، مثل برنامج *(EDAR)* حيث يسمح هذا البرنامج بفتح قنوات الاِتصال بين أطراف النزاع والمحكمة التحكيمية من خلال نظام النافذة الإلكترونية الذي يتم من خلاله إرسال المستندات وتسديد رسوم القضية[2].

فإذا تأكَّدت المحكمة من تقديم الأطراف كل ما لديهم من مستندات تحقيقاً لمبدأ المساواة، واِحتراماً لحقوق الدفاع وتأميناً لمبدأ المواجهة، تقفل باب المرافعة، وتقوم المحكمة بإجراءات المداولات المرئية باِستخدام الفيديو كنفرنس تمهيدا لا إصدار الحكم أو القرار[3].

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق

على التحكيم الإلكتروني

وفقاً للقواعد المنظمة لإجراءات التقاضي تخضع جميع مسائل الإجراءات إلى قانون القاضي، أي قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفق التشريع الجزائري أو قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات، ولما كان المحكَّم ليس له قانون خاص على أساس أنَّ المحكمين لا يعملون باِسم أو لحساب دولة معينة، وإنَّما يباشرون مهامهم بطلب من الخصوم أنفسهم ويستمدون سلطهم من اِتفاقهم ويتولون مهمة الفصل في المنازعة تحقيقاً للسلام الخاص بين هؤلاء الخصوم.

1 – محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق، ص 171.

2 –غازي بن فهد بن غازي المزيني، مرجع سابق، ص 517.

3 –لزهر بن سعيد، مرجع سابق، 271.

وما دام القانون قد اِعترف بحق أطراف المتنازعة في اللجوء إلى قضاء التحكيم، واِستبعاد قضاء الدولة فإنَّه يكون قد اعترف في ذات الوقت بحق التنظيم الاِتفاقي لمسائل التحكيم[1]، وعليه يكون لأطراف عقد الاستهلاك الحق في الاِتفاق على القانون الواجب التطبيق مع مراعاة النصوص القانونية الوطنية الآمرة، ونصوص الاِتفاقيات الدولية المتعلقة بالنظام العام، والحديث عن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اِتفاق التحكيم الإلكتروني يتضمن شقين الأول متعلق بالإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم والثاني متعلق بالقواعد القانونية التي يعتمد عليها المحكَّم أو هيئة التحكيم في فصل في موضوع النزاع[2].

لذلك أُعتبر تحديد هذا القانون من المسائل الجوهرية، لأنَّ بفضله يحدد وجود هذا الاِتفاق وصحته ونفاذه والآثار المترتبة عنه من حقوق واِلتزامات[3]، وعليه فإنَّ تحديد القانون الواجب التطبيق لا يكون إلا بإحدى الطريقتين، الأولى أنْ يكون محدداً باِتفاق الطرفين والثانية أنْ يحدد من طرف هيئة التحكيم في حالة عدم وجود اِتفاق[4].

وبالتالي يجب على هيئة التحكيم الإلكتروني التقيد بالقانون الموضوعي والإجرائي المطبق على اِتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال إعمال مبدأ سلطان الإرادة، وإلا كان حكمها معرضاً للإبطال، وعليه فإنَّ مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني مرتبطة بشقين أحدهما موضوعي والآخر إجرائي.

وعليه سنتناول في هذا الفرع القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني (أولاً) والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني (ثانيا)

1- عصام أحمد البهجى، مرجع سابق 350.

2- ليندة بومحراث، مرجع سابق،ص 595.

3 -فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص227.

4 - صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 469.

أولاً: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني

يتحتم على هيئة التحكيم الإلكتروني قبل الفصل في موضوع النزاع القائم أمامها الرجوع أولاً إلى ما اِتفقت عليه إرادة الخصوم، وإعمال القواعد التي ارتضوا أنْ يخضعوا لها، ولا يتأتى لهذه الهيئة تحديد القواعد الواجبة التطبيق إلا في حالة إهمال الأطراف ذلك، ونجد أنَّ أغلبية التشريعات الوطنية والدولية، قد أرست قواعد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في خصومة التحكيم الإلكتروني على مبدأ سلطان الإرادة[1].

تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك نظراً لتعدد القوانين القابلة للتطبيق على هذه المنازعة، ويرجع سبب ذلك كله إلى وجود أكثر من قانون يعالج العلاقات الخاصة الإلكترونية بين الأطراف، وبما أنَّ المحكَّم يستمد سلطته من إرادة الطرفين، فإنَّ الأطراف يتمتعون بحرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء كان تطبيق نصوص قاعدة دولية أو اِتفاقية دولية أو لوائح هيئات التحكيم[2]، بشرط عدم مخالفتها للنظام العام[3].

ونجد على المستوى الدولي على سبيل المثال ما نصَّت عليه المادة 21 من نظام غرفة التجارة الدولية، الذي أعطى للأطراف الحرية في اِختيار القواعد التي يتوجب على المحكمة تطبيقها على موضوع المنازعة[4].

1 – صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 469.

2 – محمود محمد الشيخ، مرجع سابق، ص30،29.

3 – بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 162.

4 – المادة 21 من نظام غرفة التجارة الدولية –1 يتمتع الأطراف بحرية الاِتفاق على القواعد القانونية الواجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع المنازعة، وفي غياب مثل هذا الاِتفاق، تطبق هيئة التحكيم قواعد القانون التي تعتبرها ملائمة،–2 تأخذ هيئة التحكيم بعين الاِعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين إن وجد، كما تأخذ بعين الاعتبار أي أعراف تجارية ذات صلة،–3 تتمتع هيئة التحكيم بالصلح، أو تقرر وفقاً لقواعد العدل والإنصاف ويكون ذلك فقط في حالة اِتفاق الأطراف على منحها تلك الصلاحيات.

هذا الحل نفسه أقرته أيضاً المادة 1/7 من اتفاقية جنيف: " الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي"، الموقعة سنة 1961 التي تنص على «أنَّ الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع، وفي حال إغفال الإشارة من قبل الفرقاء إلى القانون الذي يقتضي تطبيقه، يعمد المحكَّمون إلى تطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين، التي يرون أنَّها مناسبة بهذا الصدد، وفي الحالتين فإنَّ المحكمين يأخذون بعين الإعتبار أحكام العقد والأعراف التجارية».

كما أنَّ المادة 28من قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي إعتمدت في عام 2006 هي كذلك أقرت بنفس الحل[1].

أمَّا على مستوى التشريعات الوطنية فنجد أنَّ المشرع الجزائري قد إعتراف بذلك من خلال المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء نصُّها" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي إختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة "[2].

أمَّا المشرع المصري فقد نصَّ على ذلك في المادة 1/39 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 والتي جاء نصُّها" تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع، القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة، إتُبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك"[3].

1 – نص المادة 28 –1 تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي إختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنَّه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك.2–إذا لم يعين الطرفين أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنَّها واجبة التطبيق.

2 – القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع مشار إليه سابقاً.

3 قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، مرجع سابق.

وقد أخذ المشرع الفرنسي هو كذلك بهذا المبدأ وهو ما يتضح من نص المادة 1509 من قانون الإجراءات المدنية الجديد[1].

يفهم من خلال عرض نصوص بعض التشريعات المختلفة والتي لا يمكن ذكرها جميعاً أنَّ أغلبيتها أعطت الحرية لأطراف النزاع في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على اِتفاق التحكيم الإلكتروني سواء كان هذا الاتفاق صريحاً، كأن ينص عليه في العقد الأصلي أو بِاتفاق عليه بعقد لاحق عند حدوث النزاع.

ولا يحق لهيئة التحكيم الموكول إليها الفصل في النزاع تطبيق قواعد أخرى، كما يجوز للمحكمة المختصة الاِعتماد على الاِتفاق الضمني الذي تستمده من ظروف الواقع وملابساته من دون أنْ يكون هناك شك أو اِلتباس.

وعلى سبيل المثال نجد تطبيقاً لهذا فيما قضت به محكمة النقض المصرية بأنَّ القانون الواجب التطبيق بشأن عقد الإيجار التمويلي بين الطرفين الذي تضمن شرط التحكيم، هو القانون السويدي، على أساس أنَّه القانون الذي اِتفق عليه أطراف العقد الأصلي، وليس القانون المدني المصري[2].

كما أوضحت هذه المواد حالة غياب اِتفاق الأطراف أو حالة ترك أطراف النزاع الخيار لهيئة التحكيم تحديد القانون الذي يحكم موضوع العلاقة وما ثار من نزاع بشأنها ففي هاتين الحالتين يكون لهيئة التحكيم تطبيق القانون الأكثر اِتصالا بالنزاع، أو القواعد ذات التطبيق الضروري، أو الفصل في موضوع النزاع وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف إذا أجاز لها أطراف النزاع ذلك صراحة، مع مراعاة العادات المتبعة أو المنطبقة على نفس هذه المعاملة[3].

1-*Art: 1509 -La convention d'arbitrage peut، directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure، régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale.*
Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit Directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.

2 – لمزيد من التفصيل أُنظر: إلياس ناصيف، مرجع سابق،ص 143،144.

3– المادة 28 الفقرتين 3 و4 من قانون الاونستيرال للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اِعتمدت في عام 2006 مرجع سابق،ص17.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني

يعتبر الجانب الإجرائي الركيزة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم بنوعيه سواء التقليدي أو الإلكتروني، لأنَّ تحديد القانون الإجرائي من شأنه أنْ يضفي الشرعية القانونية على ما تستند عليه هيئة التحكيم من قوانين وقواعد، ويسهم إلى حد كبير في تحديد مستقبل حكم التحكيم في النزاع المطروح، على اِعتبار أنَّ هذا القانون هو الذي يحدد بصورة خاصة، طرق الإثبات، والوسائل التقنية التي من شأنها اِحترام حقوق الدفاع، كالوجاهية ومبادئ السرية، والعلانية، وغيرها[1].

لذلك أقرَّت جل التشريعات الوطنية واِتفاقيات التحكيم الدولية ومراكز التحكيم ضرورة مراعاة المسائل الإجرائية المتفق عليها تفادياً لبطلان حكم التحكيم أو عدم الاِعتراف به أو تنفيذه[2].

لأنَّ من المبادئ المستقر عليها في الفقه والقضاء خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة حيث يمتلك أطراف النزاع الحرية الكاملة في تنظيم جميع إجراءات التحكيم بداية من تقديم طلب التحكيم من أحد أطراف النزاع إلى غاية صدور قرار التحكيم بصيغة نهائية[3].

حيث يمتلك الخصوم عدة إمكانيات يمكن الاِتفاق من خلالها عند اِختيار إجراءات التحكيم تتمثل فيمايلي:

1- الاِتفاق على الخضوع إلى نظام تحكيمي معين، أو النص على اتباع إجراءات منصوص عليها في قانون وطني معين.

1 - إلياس ناصيف، مرجع سابق،ص 136.

2 - صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 479.

3 - محمود محمد الشيخ، مرجع سابق، ص 107.

2- أنْ يتولى الخصوم بأنفسهم تنظيم إجراءات التحكيم، ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم الطليق، ويقصد به "التحكيم الذي يتحرر فيه الأطراف من كل القواعد الوطنية حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة بشكل مفصل"[1].

3- أنْ يتفق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم التي تتولى بنفسها جميع إجراءات التحكيم.

وتعتبر الإرادة المعتد بها في هذا المقام هي الإرادة الصريحة، التي تدل على اِختيار قانون إجرائي معين، ولا يحق للمحكم استخلاصها بشكل ضمني، والسبب يرجع في ذلك إلى أهمية الجانب الإجرائي في عملية التحكيم[2].

كما يجب على الخصوم قبل الاِتفاق على اللجوء إلى أي نظام قانوني معين، التأكد مبدئياً من مدى قبوله تطبيق نظام التحكيم الإلكتروني، لأنَّ هناك بعض الأنظمة التي لم تنص صراحة على تطبيق التقنيات الإلكترونية ولم تستبعدها، نذكر على سبيل المثال القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1958 وكذلك نظام غرفة التجارة الدولية[3].

وإذا كانت عملية تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم مبنية أساساً على قانون الإرادة، إلا أنَّ دور هذه الإرادة يكون أكثر أهمية في التحكيم الحر عنه في التحكيم المؤسسي كما تحدثنا آنفاً، لأنَّ الاِتفاق على اللجوء لهذا الأخير معناه الإذعان والخضوع للإجراءات المحددة مسبقاً من طرف مركز التحكيم دون تدخل أطراف النزاع ويكون عرض النزاع إلكترونياً، وفق ما يحدده المركز مما لا يثير أي إشكال.

1 – فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 227،228.

2 – ليندة بومحراث، مرجع سابق،ص 597 .

3 – إلياس ناصيف، مرجع سابق،ص 138.

غير أنَّ هذه الإرادة قد يشوبها قصور أو تتخلف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني.

وبالتالي نكون أمام ضرورة حتمية هي البحث عن ضوابط تقنية أخرى تتماشى وخصوصية التحكيم الإلكتروني يتم الإستناد عليها من أجل الحفاظ على حقوق الأطراف المتعاقدة وعدم فشل العملية التحكيمية.

نجد أنَّ الرأي الراجح الذي توصل إليه الفقه والقانون المقارن ولوائح مراكز التحكيم في هذا الشأن هو الخضوع الإحتياطي لقانون مقر التحكيم[1]، أو إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم.

هذا يعني أنَّ تطبيق قانون مقر التحكيم لايكون إلا بطريقة إحتياطية بعد قانون الإرادة لذلك يرى جانب من الفقه أنَّ تطبيق هذا الضابط كأصل عام يكون في ثلاث حالات محددة على التوالي أولا: في حالة غياب تحديد الإجراءات من قبل الأطراف المتعاقدة.

ثانياً: في حالة عدم كفاية القواعد المتفق على تطبيقها.

ثالثاً: في الحالات المتعلقة بالإجراءات الوقتية والتحفظية[2].

غير أنَّ الصعوبة تكمن في كيفية تحديد مكان التحكيم الإلكتروني، وهل يتم تطبيق القواعد الإجرائية لقانون مكان التحكيم أم قواعد الإسناد؟

1 – المادة الخامسة الفقرة الثانية من إتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية التي جاء نصها" رفض الإعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي إذا لم يكن إتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف وفي حالة عدم وجود إختيار من قبلهم فيكون ذلك وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم"، نفس الشيء أقرته معاهدة جنيف لسنة 1961 في مادتها التاسعة الفقرة "أ" التي جاء نصها" إذا تعلق الأمر بوجود وصحة إتفاق التحكيم فإنَّ محاكم الدول المتعاقدة تفصل في هذه المسألة وفقاً للقانون الذي إختاره الأطراف ليسري على إتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود تقنين أو إشارة في هذا الشأن فإن إتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي"

2 – صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 488.

لقد تباينت الآراء الفقهية في مجال تحديد مقر التحكيم الإلكتروني، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أنَّ مقر التحكيم يتحدد بمكان وجود المحكَّم، بينما رأى جانب آخر أنَّ مقر التحكيم الإلكتروني يتحدد بالمكان الجغرافي لخادم التحكيم، أما الرأي الثالث فقد اِعتبر أنَّ التحكيم الإلكتروني غير مرتبط بأي مكان معين،-نظرية التحكيم غير التوطيني- التي توجب الاِعتراف بالتحكيم الإلكتروني غير الوطني إلا أنَّ خصوصية التحكيم الإلكتروني جعلت كل هذه النظريات تتعرض للنقد في مجال المعاملات الإلكترونية، نظراً لصعوبة تحديد مقر المحكَّم إلكترونياً خصوصاً في حالة تعدد المحكمين وكذلك في حالة تعدد مقدمي خدمة التحكيم حيث يكون لكل واحد منهم موطن في بلد مختلف عن الآخر.

رغم هذه الاِختلافات الفقهية إلا أننا نجد أنَّ الأنظمة الدولية وكذلك المراكز المتخصصة في مجال التحكيم الإلكتروني لم تضع حلاً لهذه المشكلة، فلم يشر إلى ذلك نظام المحكمة الإلكترونية، ولا نظام الوساطة والتحكيم[1].

وعليه يبقى الحل الأنسب للخروج من هذه الإشكالية هو حث الأطراف المتعاقدة على ضرورة تحديد مقر التحكيم الإلكتروني مسبقاً في العقد، على أساس عدم وجود مقر مادي للمحاكم الإلكترونية، لكون فكرة مقر التحكيم الإلكتروني قانونية وليست مادية.

كما أنَّ الفقه الراجح توصل إلى أنَّ المقصود بتطبيق قانون مقر التحكيم هو الرجوع إلى القواعد الإجرائية فيه دون قواعد الإسناد، لأنَّ تطبيق قواعد الإسناد المتعقلة بقانون مقر التحكيم من شأنه أنْ يجعلنا ندور في حلقة مفرغة والدخول في إشكالية جديدة نحن في غنى عنها.

أمَّا عن خضوع إجراءات التحكيم الإلكتروني لإرادة هيئة التحكيم يكون كحل اِستثنائي الهدف منه ضمان فعالية العملية التحكمية كما تحدثنا آنفاً، ملتزمة في ذلك بضرورة اِحترام القواعد الإجرائية الآمرة في قانون الدولة المرجح تنفيذ الحكم فيها، حيث تتولى هذه الهيئة القيام بتطبيق القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة وتتماشى مع طبيعة النزاع وخصوصية العلاقة التعاقدية، بناءاً على ما تتمتع به من خبرة في هذا المجال.

1 - إلياس ناصيف، مرجع سابق،ص 141.

تمتلك في ذلك نفس الحرية والإمكانيات التي يتمتع بها الخصوم، والتي تمكنها من وضع نظام إجرائي خاص بها من خلال الإستعانة بأكثر من قانون أو إتفاقية أو مركز تحكيمي، غير أنَّها في أغلب الأحيان تستند في ذلك على إختيار مركز تحكيمي تتقيد بنظامه وفق السلطة المخولة في اتِفاق التحكيم[1].

إن الحل الأنسب الذي توصلت إليه أغلب أنظمة التحكيم الإلكتروني، هو اتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين، أو لائحة مركز تحكيم، أو أنْ تتفق الأطراف المتنازعة على تنظيم خاص لإجراءات التحكيم، أو إعطاء الخيار لهيئة أو مركز تحكيم بأنْ يتولى تنظيم جميع إجراءات التحكيم الإلكتروني.

1 – محمود محمد الشيخ، مرجع سابق، ص136.

المبحث الثاني

مدى ملاءمة الاِتفاق على التحكيم الإلكتروني في عقود الاِستهلاك الإلكتروني

يجد كل نظام تحكيمي شرعيته في الاِتفاق المبرم بين أطراف العقد، إذ هم الذين يثبتون فيه تراضيهم على اِختيار أي نظام تحكيمي واِلتزامهم به كطريقة لحسم أي نزاع، في صوره الشائعة التي تحدثنا عنها آنفاً، لكن إذا كان هذا الاتفاق قد أجمع الفقه على صحته بين المحترفين، فإنَّ خصوصية عقود الاِستهلاك الإلكتروني كونها عقوداً مختلطة، وما يحتاجه المستهلك من حماية خاصة، جعلت هذا الاِتفاق محل خلاف فقهي.

إذْ يرى الفقه التقليدي جواز هذا الاِتفاق فقط إذا جاء في شكل المشارطة، لكونها تبرم بعد قيام النزاع حيث يكون في هذه الحالة الخيار للمستهلك بين قبول التحكيم أو رفضه مما ينفي عنها الطابع التعسفي، بخلاف شرط التحكيم المتفق عليه قبل قيام النزاع الذي اِعتبره هذا الفقه باطلاً[1]، وذلك تفادياً لأي شرط يمكن أنْ يحرم المستهلك من الحماية المخصصة له في قانونه الوطني.

1 – لقد اِستند الفقه التقليدي الذي يرى بطلان شرط التحكيم في عقود المستهلكين على حجتين: الأولى: تتعلق بالطبيعة المختلطة لهذه العقود لإبرامها بين طرفين غير متكافئين المتدخل والمستهلك، فالمستهلك لا يملك القدرة على التفاوض ومناقشة شروط العقد فيقبل العقد كله أو يرفضه كله بما في ذلك شرط التحكيم، وقد كان القانون المدني وقانون الاِستهلاك الفرنسي لسنة 1995 قد حظر ذلك بنص صريح على بطلان الشروط التعسفية التي ترد في هذه العقود، على الرغم من أن هذه النصوص متعلقة بعقود الاِستهلاك الداخلية فكما أن البعض طالب بضرورة تطبيقها على عقود الاِستهلاك الدولية، أما الحجة الثانية: هي عدم ملاءمة نظام التحكيم للحاجات الملحة للمستهلكين على أساس أن اللجوء إلى التحكيم من شأنه أن يؤدي إلى إرهاق المستهلك بتكاليف زائدة قد تفوق قيمة البضاعة أو الخدمة محل النزاع، بالإضافة إلى ضرورة البحث على محام متحصص في مجال التحكيم، ناهياك عن تكاليف السفر أو الاِنتقال إلى فير موطنه، كل هذا من شأنه أنَّ يؤدي إلى عزوف عن الاِدعاء ضد المتعاقد الآخر، لمزيد من التفصيل أُنظر: طرح البحور علي حسن فرج، مرجع سابق، ص209، وما بعدها، حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص212.

لكن مع التطورات التي شهدها العالم في مجال تكنولوجيا الإتصال والمعلومات، بدأت هذه المفاهيم تتغير تدريجياً، حيث ظهرت هيئات ومراكز تحكيم إلكترونية متخصصة في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية تهدف إلى حماية المستهلك من أي إتفاقيات تعسفية تستخدم تقنيات تتخذ في الغالب صورة إتفاق مشارطة التحكيم سنحاول معرفتها في هذا المبحث من خلال عرض أهم الطرق التي إعتمدتها هذه المراكز في عقود الإستهلاك الإلكتروني في (مطلب أول) لنتوصل لملاءمة التحكيم الإلكتروني لعقود الإستهلاك الإلكتروني في (مطلب ثان)

المطلب الأول

طرق الإتفاق على التحكيم الإلكتروني في عقود الإستهلاك الإلكتروني

تحتاج عقود الإستهلاك الإلكتروني إلى تقرير حماية خاصة دولية لأطرافها من قبل الهيئات والمراكز المعنية بالأمر خصوصاً بعد قدوم الثورة المعلوماتية، حيث ترتب عن ذلك إنتشار العقود الإلكترونية والتي معظمها عقود إستهلاك، زيادة في اتساع الفجوة بين المتدخل والمستهلك، كل هذا جعل من موضوع حماية المستهلك أكثر اهتماماً من ذي قبل، حيث تغيرت كل المفاهيم التقليدية التي كانت سائدة، حتى وظيفة قواعد القانون الدولي الخاص كما تحدثنا آنفاً، مما أدى إلى ظهور هيئات ومراكز للتحكيم الإلكتروني متخصصة تعمل جاهدة على صياغة قواعد وطرق تتوافق مع طبيعة عقود الإستهلاك الإلكتروني تأخذ في أغلبها شكل مشارطة تحكيم من أجل تحقيق أكبر حماية للمستهلك.

سنحاول بيان هذه الطرق من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتحدث عن إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني بإستخدام علامات الثقة (في فرع أول) ثم إبرام إتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال مراكز التسوق الإلكتروني (في فرع ثان) وفي الأخير إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني بطريقة فردية (في فرع ثالث).

الفرع الأول

إبرام اِتفاق التحكيم الإلكتروني بِاستخدام علامات الثقة (Trust Mar*k*)

من أجل زيادة ثقة المستهلك في سوق الإنترنت وتعزيز العلامات التجارية للبائع تم إنشاء مراكز متخصصة موثوق بها عالميا[1]، تباشر عملها عبر الإنترنت بوضع آليات لتعزيز التنظيم الذاتي وثقة المستهلك في التجارة الإلكترونية، من خلال منح شهادة مصادق عليها تسمى أختام الموافقة أو "علامات الثقة" ترخص للبائع المعتمد لدى هذه المراكز عرض علامة الثقة على موقع الويب الخاصة به من أجل كسب ثقة العملاء، كما تفرض علية التزامات وضمانات معينة[2].

تبين هذه العلامة للمستهلك أنَّ البائع قد تعهد بالمشاركة في مخطط التسوية، كما تثبت عضويته لدى هذه المراكز، وفق عقد مبرم بينهما، يرتب على البائع دفع رسوم تغطي تكاليف التسوية وعضويته لدى هذه المراكز، وفي نفس الوقت تخول هذه المراكز مراجعة جميع العروض المقدمة من البائع قبل عرضها للمستهلك الإلكتروني والتحقق من سلامتها فنياً ومالياً من خلال قواعد قانونية محددة مسبقاً لا يجوز مخالفتها في جميع العروض التي يقدمها عبر الإنترنت، كما تحتم عليه ضرورة اللجوء إلى هذه المراكز لتسوية أي نزاع بينه وبين المستهلك[3].

---

1 –أنشأت جمعيات المستهلكين والجمعيات التجارية مراكز لتسوية من أهمها:

- *Webtrader* لمزيد من التفصيل أنظر الموقع التالي : http://www.webtrader.com
- *Truste* لمزيد من التفصيل أنظر الموقع التالي: http://www.truste.com
- *Syberconsumer* لمزيد من التفصيل أنظر الموقع التالي: http://Kenostar.edublogs.org

تاريخ زيارة الموقع 2021/05/19

2- CF.Alan Wiener : Regulations and Standards for Online Dispute Resolution: A Primer for Policymakers and Stakeholders (Part 2) https://www.mediate.com/articles/awiener3.c

تاريخ زيارة الموقع 2021/05/19

3– محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 193.

ومؤدى هذا أنْ يلتزم البائع بقبول تسوية منازعاته مع المستهلك أمام هذه المراكز، بمجرد أنْ يعلن المستهلك رغبته في تسوية النزاع القائم مع البائع، ويكون بذلك للمركز كل السلطة لإجبار البائع لتنفيذ الأحكام التي تصدر عن المركز، وإلا تسحب منه علامة الثقة ويمنع من وضعها على موقعه الإلكتروني[1].

هذا كله من أجل الوصول إلى عدالة فعالة وقليلة التكاليف تتماشى مع القيمة الضئيلة للنزاع في عقود الاِستهلاك الإلكتروني، كما أنَّ أغلب هذه المراكز تبدأ عملية التسوية الإلكترونية بعملية التفاوض بين الطرفين كمرحلة أولية، وإذا لم تتوصل إلى حل تنتقل إلى الوساطة، وإذا فشلت يكون اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني هو الملاذ الأخير[2].

يتبين لنا مما سبق أنَّه لا يوجد أي اِتفاق مسبق بين البائع والمستهلك على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، إذ أنَّ العقد يتم إبرامه بين البائع ومركز التسوية وعليه فإنَّ الاِلتزام يقع على عاتق البائع، ويبقى المستهلك خارج العلاقة التعاقدية، فهو مخير بعد قيام النزاع بين قبول إجراءات التسوية الإلكترونية أو اللجوء إلى القضاء[3].

وبالتالي فإنَّ هذه الصورة تأخذ دائماً شكل مشارطة التحكيم وليس شرط التحكيم، مما ينفي عنها صفة التعسف ويجعها مقبولة في عقود الاِستهلاك الإلكتروني.

1- حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص215.

2- CF.-Julia Hörnle : Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions، journal of information، law and Technology.
https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002_2/hornle/

تاريخ زيارة الموقع 2021/05/19.

3 –حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص216.

الفرع الثاني

إبرام اِتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال مراكز التسوق الإلكتروني (Mar*ket places*)

لقد تم تأسيس مراكز تجارية عبر الإنترنت في شكل مواقع إلكترونية يطلق عليها تسمية مراكز التسوق الإلكتروني[1]، تأوي العديد من البائعين والعارضين تعمل ضمن مجموعة واحدة تستفيد من مزايا هذا المركز وفي نفس الوقت تلتزم بجميع القواعد والنصوص التي يضعها، وتسعى هذه المراكز الإلكترونية بالدرجة الأولى إلى خدمة المستهلكين من خلال مشاركة البائع في تنظيم متجره الإلكتروني وتقديم أفضل العروض وبأسعار معقولة مع ضمان مواجهته فأي خروج عن القواعد التي يضعها المركز، كما تلزمه بقبول التسوية الإلكترونية عند إبداء المستهلك رغبته في تسوية النزاع مباشرة بعد الضغط على أيقونة الموافقة *Accept* حينها يقوم المركز بالرد في البريد الإلكتروني على قبول التسوية الإلكترونية وبها اسم المستخدم *username* وكلمة السر *password*[2].

ففي هذه الحالة كذلك يكون المستهلك مخيراً بعد قيام النزاع بين التسوية أمام المركز الإلكتروني أو اللجوء إلى القضاء المختص، مما يعني أنَّ هذا الإتفاق أخذ صورة مشارطة التحكيم التي اِعتبرها الفقه مقبولة في عقود الإستهلاك ولا يوجد فيها أي تعسف من جانب البائع.

1 – تسمى باللغة الإنجليزية: *Internet Shopping Malls* من أهم هذه المراكز الإلكترونية: موقع (E-bay)

2– محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 195.

الفرع الثالث

إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني بطريقة فردية

يتم الإتفاق في هذه الحالة بين البائع والمستهلك من خلال تقديم طلب في شكل مشارطة تحكيم إلكتروني بعد قيام النزاع على اللجوء إلى أي مركز من مراكز التسوية الإلكترونية المتاحة للجميع بدون إستثناء (Open Access) غير أنَّ الإتفاق في هذه الحالة يختلف عن سابقيه كون أنَّ مركز التسوية الإلكترونية يتم تحديده بعد قيام النزاع[1].

كما أنَّ نفقات التسوية ليست مجانية بالنسبة للمستهلك، لذلك إعْتُبِر أنَّ هذا الطريق أقل فعالية من الطرق السابقة، خصوصاً أنَّ مركز التسوية الإلكترونية لا يمتلك أي ضمانات فعلية كافية بين يده تمكنه من إجبار البائع على تنفيذ الأحكام والقرارات التي يصدرها على عكس الطرق الأخرى، وبالتالي فإنَّ هذا المركز يبقى دائما يبحث عن وسائل أخرى تمكنه من تنفيذ الحكم أو القرار الصادر عنه.

1 –حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص218.

المطلب الثاني

ملاءمة التحكيم الإلكتروني لمنازعات عقود الاستهلاك الإلكترونية

لقد أسس الفقه القائل بعدم صحة اِتفاق التحكيم في عقود الاِستهلاك التقليدية بصفة عامة، على مجموعة من الحجج، منها اِعتبار إدراج شرط التحكيم في هذه العقود من قبيل الشروط التعسفية، بالإضافة إلى تركيزه على عدم ملاءمة نظام التحكيم من حيث القواعد المطبقة من طرف هيئات التحكيم، نظراً لكونها وضعت من أجل تنظيم عقود التجارة الدولية، وبالتالي تنظر إلى أطراف العقد بصورة متساوية، و عليه لن يسهل عليها اِحترام القواعد التي وضعت من أجل حماية الطرف الضعيف، كما أنَّ تكاليف ومصاريف التحكيم من شأنها أنْ تثقل كاهل المستهلك من جهة أخرى[1].

غير أنَّه بظهور وسائل الاِتصال الحديثة ودخول تكنولوجيا المعلومات مجال المعاملات اِختلف الوضع تماماً بالنسبة لعقود الاِستهلاك الإلكتروني، حيث أثبت اِستخدام الطرق الحديثة أنَّ اِعتبارات الملاءمة التي كانت سبباً في رفض التحكيم في عقود الاِستهلاك التقليدية، وهي التي كانت سبباً في تطويع قواعد التحكيم الإلكتروني كآلية لخدمة مصالح المستهلكين، وإنشاء مراكز متخصصة لتسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني.

هذا ما سنحاول الإجابة عنه في هذا المطلب من خلال بيان ملاءمة التحكيم الإلكتروني لمنازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني من حيث القواعد المطبقة (في فرع أول) ملاءمة قيمة النزاع وتكاليف التحكيم الإلكتروني مع عقود الاِستهلاك الإلكتروني (في فرع ثان).

1- CF. Susan Lott, Marie Hélène Beaulieu and Jannick Desforges : Mandatory Arbitration and Consumer Contracts ISBN 1-895060-66-4, November 2004, p25.
https://www.piac.ca/wp-content/uploads/2014/11/manditory_arbitration.pdf
تاريخ زيارة الموقع :2021/05/23

الفرع الأول

ملاءمة التحكيم الإلكتروني لمنازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني من حيث القواعد المطبقة

لقد آثار لجوء المستهلك إلى التحكيم الإلكتروني في بادئ الأمر مخاوف العديد من النظم القانونية والتشريعات المختلفة[1]، التي حظرت تطبيقه في عقود الاِستهلاك الداخلية وطالبت امتداد أثر هذا الحظر إلى عقود الاِستهلاك الدولية نظراً لحاجة المستهلك إلى الحماية من الشروط التي يفرضها المتدخل.

غير أنَّه مع تطور وسائل الاِتصال الحديثة، وخصوصاً الإنترنت أثبت نظام التحكيم الإلكتروني أنَّه نشأ خصيصاً لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية والتي هي في أغلبها عقود اِستهلاك، من خلال ظهور مراكز متخصصة، ولعل أبرزها ما تم عرضه سابقاً، تعمل من خلال علامات الثقة ومراكز التسوق على صياغة قواعد خاصة تصب في مصلحة المستهلك، بعكس التحكيم العادي الذي نشأ لتسوية منازعات التجارة الدولية، وبظهورها أصبح بمقدور المستهلك من أي مكان في العالم أنْ يمارس حقه في اللجوء إلى التحكيم والحصول على حقه بأقل التكاليف[2].

لقد أصبحت هذه المراكز تستعمل تقنيات تصب في مصلحة المستهلكين في تسيير المنازعات حيث تبدأ أولاً بالوساطة وفي حالة فشلها تنتقل إلى التحكيم الإلكتروني في مدة معقولة وتمتاز الوساطة أنَّها غير ملزمة للمستهلك ويبقى له خيار اللجوء إلى التحكيم أو القضاء[3].

---

1 –حيث نجد أن المشرع الفرنسي كان من أكثر المتشددين على حظر مثل هذا اللجوء في العقود الداخلية في القانون المدني المادة2061 و في قانون الاستهلاك الصادر في أول فبراير 1995 المادة 1/132، لمزيد من التفصيل أُنظر: صفاء اسماعيل وسمى مرجع سابق ص 103 وما بعدها.

2– محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق ص 198.

3 –حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص218.

كما أنَّ قراراتها في أغلبها تكون ملزمة من جانب واحد تلزم البائع على أساس العقد المبرم بينه وبين المركز ويبقى للمستهلك خيار قبول أو رفض ذلك واللجوء إلى القضاء، كما ظهر نوع جديد يسمى بالتحكيم غير الملزم فهو غير ملزم للطرفين إلا بعد موافقتهما عليه معاً ليصبح واجب التنفيذ.

وبالتالي نلاحظ أنَّ قرارات التحكيم الإلكتروني تبقى دائماً موقوفة النفاذ على قبول ورضا المستهلك، حيث يبقى دائماً حقه في اللجوء إلى القضاء محفوظاً، ولا يجبر على التنازل إلا إذا هو قبل بذلك، كما أنَّ قرار التحكيم يخضع لرقابة القضاء في حالة مخالفته لما يخدم مصلحة أطراف النزاع وعليه يحق للمستهلك الإلكتروني رفع دعوى الإبطال التي تعتبر وسيلة يباشرها القضاء على قرارات التحكيم، وهذا ما جعل البعض يقول إنَّ التحكيم الإلكتروني يحقق من خلال القواعد المطبقة من قبل مراكز التسوية الإلكترونية حماية أفضل من تلك التي تضعها القوانين الوطنية كونَّها لا تراعي متطلبات التجارة الإلكترونية.

الفرع الثاني

ملاءمة قيمة النزاع وتكاليف التحكيم الإلكتروني مع عقود الاِستهلاك الإلكتروني

لقد سهل ظهور مراكز متخصصة في تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني على المستهلك المطالبة بحقه من أي مكان في العالم دون أنْ يتحمل أي تكاليف وحتى وإنْ كانت فهي معقولة مقارنة مع قيمة النزاع، حيث أنَّ هذه المراكز تستخدم آليات–علامات الثقة، مراكز التسوق– وتضع لوائح قانونية من شأنها إجبار البائعين على تنفيذ اِلتزاماتهم، كما تحتم عليهم اللجوء إلى هذه المراكز من أجل تسوية منازعاتهم مع المستهلكين مع تحمل جميع الأعباء التي تقتطع من اِشتراكاتهم المالية لدى هذه المراكز[1]، كل هذا من شأنه أنْ يعزز ثقة المستهلك الإلكتروني ويشجعه على الاِستمرار في هذه المعاملات دون تخوف .

1- محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق نفس ص198.

بالإضافة إلى أنَّ لجوء المستهلك الإلكتروني إلى مراكز التسوية الإلكترونية من شأنه أنْ يوفر له سرعة الفصل في النزاع وحصوله على حقه مقارنة مع القضاء العادي ولا سيما في الحالة التي تكون فيها السلعة الاِستهلاكية سريعة التلف أو الأمر يحتاج إثبات عيب خفي[1].

هذا كله دفع العديد من التشريعات إلى العدول عن فكرة عدم معقولية شروط التحكيم في عقود الاِستهلاك، حيث اِعتبرت بعض المحاكم الأمريكية شرط التحكيم الذي يرد في عقود الاِستهلاك الإلكتروني مقبولاً إذا كان البائع يتحمل جميع التكاليف المترتبة عن عملية التحكيم[2].

وصفوة القول إنَّ اتفاق التحكيم الإلكتروني، في ظل وجود مراكز متخصصة في تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني تعمل جاهدة لمسايرة التطورات التي تتطلبها هذه التجارة من خلال خلق قوانين تتماشى وخصوصية العلاقة التعاقدية و البيئة الإلكترونية وتطبيقها بنفسها[3]، أثبت نجاعته في إضفاء نوع من التوازن و توفير حماية خاصة للطرف الضعيف مهما كانت الصورة التي تم الاِتفاق من خلالها- شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم أو بالإحالة-، ما دام لا يثقل كاهل المستهلك الإلكتروني، ويحقق له أفضل حماية وبهذه المثابة تكون مصالحة المستهلك هي أساس معقولية الشرط من عدمه، مما جعل التحكيم الإلكتروني، على العكس يحقق مزايا للمستهلك الإلكتروني ، لا تتحقق له حتى لو لجأ إلى القضاء الوطني.

1- طرح البحور علي حسن فرج، مرجع سابق، ص231

2 -حسام أسامة شعبان، مرجع سابق ص221.

3 - وهو ما يعرف بالقدرة على التشريع الذاتي .

المبحث الثالث

قرار التحكيم الإلكتروني وفاعليته في تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني

يجب أنْ ننوه بداية على أنَّه لا يعد صدور قرار التحكيم هو الطريق الوحيد لإنهاء إجراءات التحكيم، حيث يجوز إنهاء الخصومة التحكيمية بإرادة الأطراف عن طريق التسوية الودية للنزاع في أية مرحلة كانت عليها الإجراءات، بشرط أنْ يسبق طلبها هذا صدور قرار حكم التحكيم[1].

ويعتبر قرار التحكيم النهاية الطبيعية لخصومة التحكيم، إذ يمثل ثمرة جميع إجراءات العملية التحكيمية بمجملها، لأنَّ الهدف الأساسي من اللجوء إلى التحكيم إلكترونياً كان أم تقليدياً هو تسوية النزاع القائم بين الأطراف –كأي خصومة أمام القضاء العادي–عن طريق حكم أو قرار ينهي الخصومة ويكون حاسماً وملزماً للأطراف ويتعين عليهم تنفيذه[2].

ونظراً لكون أهمية قرار التحكيم تكمن في تنفيذ ما توصلت إليه هيئة التحكيم وتطبيقه على أرض الواقع، يتحتم علينا بيان مفهوم قرار التحكيم الإلكتروني (وهذا في مطلب أول) لمعرفة فاعليته في تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني (وهذا في مطلب ثان)، خصوصاً أنَّ البعض قد شكك في قرارات التحكيم الإلكتروني وعدم فعاليتها في خدمة المستهلك الإلكتروني واِعتبر أنَّ هناك صعوبة في تنفيذها من حيث الإجراءات الرسمية[3].

1–عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص 478–479.

2– أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 409.

3– محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق، ص202.

المطلب الأول

مفهوم قرار التحكيم الإلكتروني

من المعلوم أنَّه بعد الإِنتهاء من العملية التحكيمية من سماع الإِدعاء والدفاع من الأطراف وفحص وسائل الإثبات وإغلاق باب المرافعات، فإنَّ هيئة التحكيم تكون ملزمة بأنْ تصدر حكماً وفق قرار ينهي موضوع النزاع المعروض عليها، بعد إجراء مداولات مع أعضائها، وهو خلاصة التحكيم، غير أنَّ الطابع الإلكتروني لقرار التحكيم الإلكتروني يجعله يختلف في بعض الأمور عن قرار التحكيم التقليدي بالرغم أنَّ لهما نفس المفهوم، مما يتطلب منا بيان معنى قرار التحكيم الإلكتروني من خلال التعريف به حتى يتسنى لنا معرفة القواعد الخاصة به (وهذا في فرع أول) لنتوصل إلى بيان شروط صحته لضمان تنفيذه (وهذا في فرع ثان)

الفرع الأول

تعريف قرار التحكيم الإلكتروني

إنَّ مضمون قرار التحكيم الإلكتروني لا يختلف بطبيعة الحال عن قرار التحكيم التقليدي وإنْ اِختلفت وسيلة إصداره، إذ لا تؤثر هذه الوسيلة الإلكترونية المستعملة على معنى قرار التحكيم، حيث الإِتفاق واضح بينهما رغم وجود بعض الإِختلافات فالمعنى واحد[1]، لأنَّ المعنى يعتمد على مضمون القرار، وتحديد تعريف قرار التحكيم بشكل عام نجد أنَّ فيه خلافاً فقهياً حيث تناوله البعض بنوع من التوسع، بينما البعض الآخر ضيق منه، ونتعرض لهذين الإِتجاهين فيما يلي: الإِتجاه الموسع لتعريف قرار التحكيم (أولاً) الإِتجاه المضيق لتعريف قرار التحكيم(ثانياً).

1 – أحمد محمود المساعدة، التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم (دراسة مقارنة)، جامعة المجمعة المملكة العربية السعودية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12 العدد 02 ،2015، ص 37.

أولاً: الإتجاه الموسع لتعريف قرار التحكيم:

يقصد بالقرار التحكيمي حسب هذا الإتجاه «كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم، وأيضاً كل قرار آخر صادر عن محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع أياً ما كانت طبيعتها أو الفصل في مسألة إختصاص محكمة التحكيم أو أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات، ولكن في هذه الحالة الأخيرة، يعد قرار المحكمة حكماً تحكيمياً فقط إذا قامت محكمة التحكيم بتكييف القرار الصادر عنها بأنَّه كذلك»[1].

وأيضاً عُرف بأنَّه "قرار يصدره المحكمون الذين إتفق المتنازعون على إختصاصهم بحل نزاعهم"[2].

يؤخذ على هذا الإتجاه أنَّه وسع مفهوم قرار التحكيم حيث جعله يشمل جميع المسائل الإجرائية حتى التي لم تفصل في موضوع النزاع ولا يمكن إعتبارها أحكاماً يمكن الطعن فيها بالبطلان، لذلك إعتبر البعض الآخر أنَّ تعريف قرار التحكيم يجب أنْ يكون أكثر تحديداً وهو ما أطلق عليه بالتعريف الضيق، وهو ما سنتعرض إليه الآن.

ثانياً: الإتجاه المضيق لتعريف قرار التحكيم:

يذهب جانب مخالف للإتجاه السابق يتزعمه الفقه السويسري ممثلا في كل من الأساتذة *Poudret*، *Lalive* و *Reymond* "على أنَّ القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم حتى تلك المتصلة بموضوع المنازعة والتي لا تفصل في طلب محدد لا تعد أحكاماً تحكمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم"[3].

1 أنظر: حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص289.

2- أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق، ص 411.

3 -حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص297.

يبدو لنا بعد عرض التعريف الموسع والضيق، أنَّ إعتبارات الملاءمة هي التي دفعت بالأطراف إلى إختيار التحكيم الإلكتروني كوسيلة للفصل في المنارعات الناشئة بينهما بعيداً عن طرق التقاضي العادية لما يمتاز به من سرعة ومرونة، وبالتالي نرى ترجيح التعريف المضيق لقرار التحكيم لكونه يتماشى والهدف الأساسي من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني وهو صدور حكم بقرار قطعي في المنازعة المعروضة سواء كان كلياً أو جزئياً يحسم النزاع القائم، بدلاً من الخوض في المسائل الإجرائية.

وإستلهاماً لما تقدم يمكن تعريف قرار التحكيم الإلكتروني بأنَّهُ: «كل قرار يصدر عن المحكَّم عبر وسائل الإتصال الإلكترونية دون التواجد المادي والذي يفصل في موضوع النزاع جزئياً أو كلياً وبشكل قطعي».

الفرع الثاني

شروط صحة قرار التحكيم الإلكتروني

لكي ينتج قرار التحكيم الإلكتروني آثاره القانونية في تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني، لابُدَّ على المحكَّم أنْ يراعي توافر جملة من الشروط والإجراءات الإلزامية المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم، لأنَّ قرار التحكيم مثله مثل القرار الصادر عن القضاء العادي حتى يكون واجب التنفيذ لابُدَّ أنْ تتوافر فيه جملة من الشروط، وإلا كان عرضة للإبطال، ولقد إختلفت هيئات التحكيم الإلكتروني حول البيانات الواجب توافرها في قرار التحكيم الإلكتروني، لذلك يتم الرجوع إلى إجتهاد هيئات التحكيم التقليدي في هذا المجال فقد نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسترال في المادة 34 منه على شكل قرار التحكيم ومحتوياته بقوله: « 1-يجوز لهيئة التحكيم أنْ تصدر قرارات تحكيم منفصلة بشأن مسائل مختلفة في أوقات مختلفة».

2-تصدر كل قرارات التحكيم كتابة، وتكون نهائية وملزمة للأطراف وينفذ الأطراف كل قرارات التحكيم دون إبطاء.

3-على هيئة التحكيم أنْ تبين الأسباب التي إستند إليها القرار، مالم يكن الأطراف قد إتفقوا على عدم بيان الأسباب.

4-يكون قرار التحكيم ممهوراً بتوقيع المحكمين، ويذكر فيه التاريخ الذي أصدر فيه ومكان التحكيم. وفي حال وجود أكثر من محكَّم واحد وعدم توقيع أحدهم، تذكر في القرار أسباب عدم التوقيع

5- يجوز نشر قرار التحكيم علناً بموافقة كل الأطراف أو متى كان أحد الأطراف ملزماً قانوناً بأنْ يفصح عن ذلك القرار من أجل حماية حق قانوني أو المطالبة به أو في سياق إجراءات قانونية أمام محكمة أو هيئة مختصة أخرى.

6-ترسل هيئة التحكيم إلى الأطراف نسخاً من قرار التحكيم ممهورة بتوقيع المحكمين»[1].

من خلال هذه المادة تتضح لنا جملة من الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها في قرار التحكيم الإلكتروني والمتمثلة في الكتابة والتوقيع، وتاريخ ومكان صدور التحكيم، وموجز الوقائع وتسبيب الحكم، وأنْ يكون هذا القرار مستوفياً لجميع البيانات الضرورية الخاصة بعملية التحكيم[2]. وهي نفس الشروط التي إستلهمتها جل التشريعات الوطنية من هذا القانون[3]، كما سنرى: الشروط الشكلية لقرار التحكيم (أولاً) والشروط الموضوعية لقرار التحكيم (ثانياً).

1 -قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات المعتمدة سنة 2006، مرجع سابق، ص 18.

2 - صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مرجع سابق ص 531.

3 -ويتضمن حكم التحكيم حسب المادة 1028 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري البيانات الآتية: -اسم ولقب المحكَّم أو المحكمين، -تاريخ صدور الحكم، -مكان إصداره، -أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي، -أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الاقتضاء.

أولاً: الشروط الشكلية لقرار التحكيم:

يستمد المحكمون سلطتهم في التحكيم الإلكتروني من الإتفاق المبرم بين الطرفين، وبالتالي يتحتم على المحكمين التقيد بما تم الإتفاق عليه لإصدار قرارتهم التحكيمية، ويعتبر مضمون قرار التحكيم هو السبيل الوحيد لمعرفة مدى تقيد هيئة التحكيم بذلك، بالإضافة إلى ضرورة توفر الشروط الشكلية التي يترتب عليها بطلان قرار التحكيم، وتتمثل الشروط الشكلية التي يتم إستلهامها من نص المادة المذكورة أعلاه والتي إعتمدتها جل التشريعات الوطنية فيمايلي: كتابة قرار التحكيم وتوقيعه من المحكمين، وتاريخ ومكان صدوره، والبيانات الخاصة بهيئة التحكيم والخصوم .

1-كتابة قرار التحكيم وتوقيعه من المحكمين:

كما يجب أنْ يكون إتفاق التحكيم الإلكتروني مكتوباً وموقعاً، والشيئ نفسه ينطبق على قرار التحكيم، بمعنى أنَّه يجب كتابة قرار التحكيم والتوقيع عليه من قبل أعضاء لجنة أو هيئة التحكيم بصورة إلكترونية[1]، لكي يتسنى للمحكمة المختصة إضفاء الصيغة التنفيذية عليه لأنَّه لا يتصور مباشرة إجراءات تنفيذية على قرار غير مكتوب، هذا ما أكَّدته جل القوانين المنظمة للتحكيم، لأنَّ الكتابة تعد شرطاً لوجود الحكم وليس لإثباته، وبالتالي فإنَّ صدوره بأي وسيلة أخرى غير الكتابة لا يعطيه وصف حكم التحكيم.

ولقد أضاف الفقه الحديث إلى ذلك عدم تجزئة كتابة قرار التحكيم الإلكتروني، بحيث يكون جزء من منطوق القرار مكتوباً والباقي بوسيلة إلكترونية أخرى صوتية أو مرئية، غير أنَّه يستوي أنْ تكون هذه الكتابة بخط اليد أو مطبوعة بطريقة آلية أو الجمع بينهما على أساس أنَّ حكم التحكيم مرتبط ببعضه ولا يقبل التجزئة[2].

1- أحمد محمود المساعدة، مرجع سابق ص 45.

2 - حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة، 2014، ص 381.

أمَّا المشرع الجزائري فقد نصَّ على توقيع حكم التحكيم في المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية «توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين. وفي حالة اِمتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك ويرتب الحكم أثره بإعتباره موقعاً من جميع المحكمين»[1].

فنجد أنَّ المشرع الجزائري أقر ضمنياً بشرط كتابة حكم التحكيم في المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر بقوله «يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقاً بإتفاق التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها».

كما نجد اتفاقية نيويورك لسنة 1958 هي الأخرى لم تنص صراحة على شرط الكتابة للاِعتراف بقرار التحكيم إلا أنَّ هذا يفهم ضمنياً من نص المادة 4 الفقرة الأولى منها: -1من أجل الحصول على الاِعتراف والتنفيذ المبحوث عنهما في المادة السابقة يتوجب على الفريق الذي يطلب مثل ذلك الاِعتراف والتنفيذ أنْ يبرز ما يلي عند تقديمه الطلب: أ-قرار التحكيم الأصلي المصدق، أو صورة مصدقة عنه، ب-الاِتفاقية الأصلية المبحوث عنها في المادة الثانية، أو صورة مصدقة عنها[2].

ويشترط قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 43 الفقرة الأولى على أنْ يصدر حكم التحكيم كتابة وأنْ يكون موقعاً من المحكمين[3].

1 – نفس الشيء أقره المشرع الأردني في المادة (41/أ) من قانون التحكيم والتي جاء نصها «يتم تدوين حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون، وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم يكتفي بتوقيع أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية».

2 -أنظر: اِتفاقية نيويورك لسنة 1958بشأن الاِعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها على الموقع:
https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/new-york-convention-a.pdf
تاريخ الزيارة :2021/06/08

3 -قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 المعدل والمتمم متاح للإطلاع على الموقع:
http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/arbitrationlawar.pdf
تاريخ زيارة الموقع 2020/09/02.

و يمتلك قرار التحكيم المكتوب والموقع إلكترونياً نفس الحجية المقررة للكتابة والتوقيع في المحررات الرسمية، خصوصاً بعد اِعترف جل التشريعات الوطنية والاِتفاقيات الدولية بالمساواة على أساس مبدأ النظير الوظيفي في الإثبات بين الكتابة الإلكترونية والتقليدية كما تحدثنا آنفاً متى اِستوفت الشروط القانونية المطلوبة، لذا فإنَّ صدور قرار التحكيم بالكتابة الإلكترونية لم يعد إشكالاً بالنسبة للدول التي أعطتهما نفس الحجية، يبقى فقط وضع ضمانات حمائية للمستهلك تفادياً للتحريف والتزوير، من خلال تأمين المحرر بِاستعمال تقنيات التشفير، زيادة على اللجوء إلى جهات التصديق الإلكتروني[1].

2-: تاريخ ومكان صدور القرار:

أ-تاريخ صدور القرار: يعتبر تاريخ صدور قرار التحكيم من البيانات الشكلية الإلزامية التي يترتب عن إغفالها إبطال قرار التحكيم بصفة عامة، وقرار التحكيم الإلكتروني بصفة خاصة لأنَّ كل الآثار القانونية المترتبة عن قرار التحكيم، تتحدد بداية من هذا التاريخ، فمن خلاله يمكن معرفة ما إذا كان القرار قد صدر خلال المدة المحددة للتحكيم أو خارجها[2]، وعلى أساسه يتم اِحتساب المدد القانونية لمباشرة إجراءات التنفيذ، أو الطعن، أو الوفاة أو التنحي أو عزل أحد أعضاء هيئة التحكيم كما أنَّه يبين من تاريخ قرار التحكيم مدى اِحترام هيئة التحكيم للمهلة المحددة التي اِستلزم فيها إصدار الحكم، خاصة أنَّه اِعتبر تجاوز هذه المهلة من أسباب إبطال القرار التحكيمي[3]،لأنَّه في حالة اِنتهاء هذه المدة دون الاِتفاق على تمديدها، يعتبر قرار التحكيم باطلاً كونه صدر عن هيئة غير مختصة بالفصل في النزاع، مع إمكانية الرجوع على المحكمين بالتعويض ويعتبر قرار التحكيم صادراً في التاريخ الذي يوقع فيه آخر محكَّم[4].

1 - ليندة بومحراث، مرجع سابق،ص 619.

2 -محمد شفيق يوسف فريحات، حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد 2، العدد 1، 2012/01/26، ص 69.

3 - بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، تخصص قانون التعاون الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 167.

4- خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 2010، ص468.

لذلك نجد أنَّ جل التشريعات الدولية والوطنية[1]، وكذا مراكز التحكيم الإلكتروني نصَّت على ضرورة ذكر تاريخ قرار التحكيم[2]، لما له من أهمية بالغة في مباشرة جميع الإجراءات التنفيذية لأنَّ إغفاله يؤدي لوجود العديد من المشكلات خصوصاً أنَّ تحديده يتم إلكترونياً، مما يترتب عليه إبطال قرار التحكيم.

غير أنَّ الفقه قد اِختلف حول مسألة تحديد تاريخ صدور حكم التحكيم الإلكتروني إلى ثلاثة اتجاهات، حيث يرى الاِتجاه الأول أنَّ تاريخ صدور قرار التحكيم هو ذلك اليوم الذي يغلق فيه باب المداولة بعد موافقة أغلبية أعضاء هيئة التحكيم، ولقد أخذ بهذا الرأي المشرع الفرنسي أمَّا أنصار الاِتجاه الثاني فيرون بأنَّه التاريخ الذي يوقع فيه آخر محكَّم، بينما يرى أنصار الاِتجاه الثالث بأنَّه التاريخ الذي تثبته هيئة التحكيم وهو الرأي الذي أخذت به غرفة التجارة الدولية بباريس، وكذلك جمعية التحكيم الإلكترونية[3].

ب–مكان صدور قرار التحكيم: لمكان صدور قرار التحكيم نفس الأهمية التي يكتسبها تحديد تاريخ قرار التحكيم، لذلك نجد أنَّ جل التشريعات الدولية قد نصَّت على ضرورة تحديده[4]، نظراً لطبيعة قرار التحكيم الإلكتروني، إذْ من خلاله تتحدد الجهات القضائية التي تسهر على تنفيذه، وكذلك جنسية هذا الحكم.

---

1 – حيث نص على ذلك قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1481 منه:

La sentence arbitrale contient l'indication :
1° Des nom, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social ;
2° Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ;
3° Du nom des arbitres qui l'ont rendue ;4° De sa date ; 5° Du lieu où la sentence a été rendue.

2 – المادة 3/25 من لائحة تحكيم المحكمة الفضائية (*cyber tribunal*) على أن :"حكم التحكيم يكون موقعاً، ويجب أن يشير إلى التاريخ الذي صدر فيه".

3–بوقرط أحمد قماري نضرة بن ددوش ،البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة المدية، المجلد الرابع العدد الأول جانفي 2018، ص 250.

4–نصت على ذلك المادة 1/25 من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية و المادة 33/ج و المادة 55/ب من نظام الويبو للتحكيم المعجل والمادة 4/43 من قواعد الأونسيترال بصيغتها المنقحة عام 2010 ويعتبر حكم التحكيم قد صدر في دولة مقر التحكيم، لمزيد من التفصيل أُنظر: رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق، ص 415.

غير أنَّه يصعب تحديد مكان صدور قرار التحكيم في هذا العالم الِافتراضي، لذلك من الضروري نص الأطراف على مكان التحكيم الإلكتروني من البداية وفي حالة عدم الاتفاق تتولى هيئة التحكيم تحديد مكان صدور التحكيم الإلكتروني[1]، ولا يشترط وجود علاقة بين المكان المختار والمكان الخاص بالعملية التحكيمية الإلكترونية سواء المحددة من قبل الأطراف أو هيئة التحكيم على أساس أنَّ قرار التحكيم يتم عبر الإنترنت، وفي الغالب يتم اِختيار المدن التي بها مراكز عالمية للتحكيم مثل لندن وباريس ونيويورك[2].

ولقد نصَّت المادة 13 من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية، على أنَّه يمكن للأمانة العامة للمحكمة الإلكترونية أنْ تحدد مقر التحكيم مؤقتاً بناءاً على طلب الأطراف ليتم بعد ذلك تأكيده من طرف هيئة التحكيم بصفة نهائية، وإذا كان تحديد مكان صدور حكم التحكيم الإلكتروني يثير صعوبة عند تحديده فإنَّ البعض يرى تفادياً لذلك على الأطراف ضرورة تحديده مسبقاً صراحة أو ضمناً.

3: البيانات الخاصة بهيئة التحكيم والخصوم:

لقد فرضت جل التشريعات والِاتفاقيات الدولية[3]، السابق ذكرها أنْ يتضمن قرار التحكيم جميع البيانات المتعلقة بهيئة التحكيم من بيان أسمائهم وألقابهم وصفاتهم وعناوينهم وجنسياتهم نفس الشيء ينطبق على الأطراف المتخاصمة، سواء كانوا أشخاصاً طبعيين أو معنويين[4].

1 -أحمد محمد فتحي الخولي، مرجع سابق،ص 424.

2- محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 305.

3- لقد أكدت على ذلك هيئات التحكيم الإلكتروني الدائمة نذكر على سبيل المثال: محكمة التحكيم الإلكتروني التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية O.M.P.I التي أكدت على ضرورة اشتمال قرار التحكيم على جميع البيانات المتعلقة بالخصوم.

4-أنظر في ذلك: نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، د.ط، 2004 .183-182

إنَّ الهدف الأساسي من وراء ذلك هو التأكد من أنَّ المحكمين الذين أصدروا الحكم هم نفسهم الذين تم اِختيارهم من قبل الأطراف، والتأكد من خلوهم من أي مانع يحول دون إصدارهم لقرار التحكيم[1].

والشيئ نفسه ينطبق على الخصوم، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، لابُدَّ أنْ يتضمن قرار التحكيم أسماءهم وعناوينهم وموطنهم وجنسياتهم، وأسماء المحامين أو المستشارين، والهدف من ذلك كله هو التأكد من صفتهم عند تنفيذ قرار التحكيم، لأنَّ أي نقص في هذه البيانات من شأنه أنْ يعيق تنفيذ قرار التحكيم، سواء كان في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم لمعرفة مدى اِلتزام هيئة التحكيم بما تضمنه اِتفاق التحكيم، لأنَّها تخضع في ذلك لرقابة القضاء.

ثانياً: الشروط الموضوعية لقرار التحكيم:

من الضروري أنْ تتوافر في قرار التحكيم الإلكتروني مجموعة من الشروط الموضوعية والتي لا تقل أهمية عن الشروط الشكلية، تتعلق أساساً بصلب النزاع المعروض على هيئة التحكيم الإلكتروني، حيث تعتبر العناصر الجوهرية التي يتأسس عليها قرار التحكيم والمتمثلة في: أقوال الخصوم ودفوعهم والمستندات المقدمة من قبلهم، ومنطوق قرار التحكيم، والتي سنبينها كالآتي:

1- أقوال الخصوم والمستندات المقدمة من قبلهم:

يشترط وجوباً في قرار التحكيم سواء كان تقليدياً أو إلكترونياً كما تحدثنا آنفاً، أنْ يتضمن عرضاً موجزاً لوقائع النزاع من أقوال ودفوع ومستندات، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء نصها «يجب أنْ تتضمن أحكام التحكيم عرضاً موجزاً لِادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم...»[2].

1- بوقرط أحمد قماري نضرة بن ددوش، مرجع سابق، ص 253.

2- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المشار إليه سابقاً.

إنَّ اِشتراط ذكر هذه البيانات الهدف منه معرفة مدى اِلتزام هيئة التحكيم الإلكتروني بالفصل في طلبات الخصوم في الميعاد المحدد لها، وعدم تجاوزها لمضمون اِتفاق التحكيم، لأنَّ قرار التحكيم مبني أساساً على طلبات الخصوم، وأي إغفال لما تم الاِتفاق عليه من شأنه أنْ يؤدي إلى بطلان قرار التحكيم الإلكتروني، ولقد اِختلفت الآراء الفقهية حول ذلك إلا أنَّ الرأي الراجح يعتبر هذا القرار مشوباً بالقصور ويترتب على ذلك بطلانه[1].

2- تسبيب قرار التحكيم الإلكتروني:

التسبيب هو بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي يبنى عليها الحكم[2]، والقاعدة المستقر عليها في قوانين الإجراءات المدنية والإدارية وجوب تسبيب الأحكام والقرارات القضائية وإلا كانت باطلة، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية «.... يجب أنْ تكون أحكام التحكيم مسببة»، ويعتبر تسبيب حكم التحكيم الإلكتروني من الضمانات الجوهرية لخصومة التحكيم، حيث يضمن حسن أداء المحكمين لمهمتهم والتحقق من حسن اِستيعابهم لوقائع النزاع، وتنفيذ كل حجج الخصوم والرد عليها.

وقد اِختلفت التشريعات الدولية والقوانين الوطنية في اِشتراط تسبيب قرار التحكيم من عدمه، حيث اِشترط البعض تسبيب الحكم دون الاِعتماد على إرادة الخصوم، نذكر على سبيل المثال: لائحة تحكيم المحكمة الاِفتراضية المادة 2/25، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1027، على عكس البعض ممن أعطى الخيار للخصوم في تسبيب قرار التحكيم نذكر على سبيل المثال: قواعد الأونسترال للتحكيم 2013 في المادة 01 الفقرة 04، وقانون التحكيم المصري في المادة 43.

ويشترط في أسباب قرار التحكيم أنْ تكون شاملة لجميع طلبات الخصوم وغير متناقضة مع بعضها، لأنَّ ذلك من شأنه أنْ يؤدي لإبطال قرار التحكيم، وأنْ يكون مرتبطاً بالمسائل التي اِتفق الأطراف على عرضها على هيئة التحكيم الإلكتروني.

1-لمزيد من التفصيل أُنظر: بوقرط أحمد، قماري نضرة بن ددوش، مرجع سابق، ص 257.

2-على اسماعيل دياب غازي المحكم: (شروطه، صلاحيته، تعيينه، التزاماته، حقوقه، سلطاته، مسئوليته) (دراسة تحليلية ومقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق تحت إشراف أحمد عوض هندي، كلية الحقوق الإسكندرية، مصر، 2014، ص 164.

ومن هذا كله نرى ضرورة تسبيب قرار التحكيم الإلكتروني، دون الإعتماد في ذلك على إرادة الأطراف، لأنَّ هيئة التحكيم هي المخول لها قانوناً الفصل في موضوع النزاع المعروض عليها وتسبيب قرار التحكيم من المسائل الجوهرية التي يبنى عليها منطوق قرار التحكيم الإلكتروني وضمان حقوق الأطراف وحسن تنفيذ قرار التحكيم يقتضي بيان الأدلة التي إستند عليها.

3- منطوق قرار التحكيم الإلكتروني:

منطوق القرار هو ما قضت به هيئة التحكيم الإلكتروني في الطلبات المقدمة من الخصوم، ويعرف بأنَّه قرار المحكمة الحاسم في النزاع، والذي يتم تنفيذه جبراً ويحدد حقوق الخصوم، كما يعد منطوق الحكم من أهم الشروط الواجب توافرها في قرار التحكيم الإلكتروني، لأنَّه الغاية التي يسعى إليها الخصوم، كما أنَّ العبرة في الأحكام بمنطوقها[1].

ويعتبر منطوق قرار التحكيم الإلكتروني الأساس الذي يتم تنفيذه لذلك يجب أنْ يكون واضحاً وليس ضمنياً ولا متناقضاً، لأنَّ ذلك من شأنه أنْ يؤدي إلى إبطال قرار التحكيم[2].

وبصدور قرار التحكيم الإلكتروني وإبلاغه للطرفين تنتهي مهمة هيئة التحكيم الإلكتروني ويبقى لها حق إعادة النظر فقط في مسألة تفسير القرار أو تصحيح الأخطاء المادية التي قد ترد فيه، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء نصها «يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه، غير أنَّه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون».[3]

1- رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض مرجع سابق، ص 422.

2- ليندة بومحراث، مرجع سابق، ص 624.

3- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المشار إليه سابقاً.

المطلب الثاني

فاعلية قرار التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني

إنَّ الهدف الأساسي من اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني هو إصدار قرار ينهي الخصومة كما تحدثنا آنفاً، بالإضافة إلى توفير جميع ضمانات تنفيذه بطريقة سلسة تحفظ حقوق الأطراف المتنازعة وتحقق الغاية التي يصبو إليها المتخاصمون، وبدون تحقيق ذلك يفقد قرار التحكيم قيمته وفاعليته في تسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني.

تبعاً لذلك سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى كيفية تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني (في فرع أول) ثم تقييم التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني (في فرع ثان).

الفرع الأول

تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني

الأصل في قرار التحكيم الإلكتروني أنْ ينفذ طواعية، متى اِستوفى الشروط السابقة الإشارة إليها، على أساس أنَّ الاِتفاق على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يكون بطريقة اِختيارية، فإذا اِمتنع المتدخل عن تنفيذ ما ورد في حكم أو قرار التحكيم الإلكتروني، فهنا يكون بمقدور المستهلك في العقود الإلكترونية اللجوء إلى القضاء المختص من أجل مباشرة الإجراءات التنفيذية، أو إجباره من خلال تطبيق القواعد الخاصة التي تطبقها مراكز التحكيم الإلكتروني.

حيث تباشر هذه المراكز عملية تسوية المنازعات كما تحدثنا آنفاً من خلال ثلاث آليات تبدأ بالتفاوض ثم الوساطة لتصل إلى إصدار قرار تحكيمي، تنتهي الحالات الأولى والثانية عادة بالتوقيع على وثيقة التسوية، والتي تكون بمثابة عقد تمكن الطرف المضرور من اللجوء إلى القضاء المختص لإجبار الطرف الآخر على تنفيذ ما تم الاتفاق عليه[1].

1- حسام أسامة شعبان، الاختصاص بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ص 231

أمَّا عن قرار التحكيم فهو يختلف من حيث قوته الإلزامية حيث يفترض تنفيذه طواعية من طرف البائع، وفي حالة الإمتناع عن التنفيذ، يلجأ المستهلك إلى القضاء المختص للحصول على أمر تنفيذي يتمكن من خلاله إجبار المحكوم عليه على التنفيذ، ولقد تباينت مواقف التشريعات والإتفاقيات الدولية بِشأن الشروط الواجب توافرها في حكم أو قرار التحكيم الأجنبي والتي يأتي في مقدمتها اِتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية التي تعتبر أشهر الإتفاقيات ذات الطابع العالمي لذلك سوف نركز (أولاً) على التنفيذ القضائي لقرار التحكيم وفق اِتفاقية نيويورك الدولية 1958 بإعتبارها أهم الاتفاقيات في هذا المجال، ثم نعالج (ثانياً) التنفيذ الذاتي لقرارات وأحكام التحكيم الإلكتروني.

أولا: التنفيذ القضائي لقرارات التحكيم وفق اِتفاقية نيويورك الدولية 1958

تعتبر هذه الإتفاقية العمود الفقري وحجر الزاوية للتحكيم التجاري الدولي والمعيار الأساسي الذي يعتمد عليه للحكم على فعالية النظام القانوني للتحكيم في كل دولة وفيما كان هذا النظام يشجع التحكيم التجاري أم لا[1].

فقد اِهتمت هذه الإتفاقية بمشكلة الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، حيث حددت المادة 1/1 من الإتفاقية المقصود بأحكام التحكيم الأجنبية والخاضعة لنطاق تطبيقها والتي جاء نصها " تطبيق الإتفاقية الحالية للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الإعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها، وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعيين أو معنويين، تطبق أيضاً على أحكام المحكمين التي تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الإعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام..."

1-فضل محمد أحمد الفهد، شروط تنفيذ أحكام التحكيم (دراسة مقارنة) دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، د.ط، 2019، ص 215.

وقد نصت هذه الإتفاقية على جملة من الشروط يتحتم على الدولة المطلوب تنفيذ قرار التحكيم أمامها التقيد بها، وهي ضرورة التأكد من صحة الإتفاق على التحكيم وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف، أو وفقاً لقانون دولة مقر التحكيم في حالة سكوت الأطراف عن الإختيار[1].

بالإضافة إلى عدم مخالفة إجراءات التحكيم، حيث بينت هذه الإتفاقية الإجراءات الواجب إتباعها للحصول أمر تنفيذ القرار محل التنقيد، ويجب التنويه هنا أنَّ قرارات التحكيم لا تمهر بالصيغة التنفيذية كما في الأحكام والقرار القضائية، وقد أوضحت المادة 4 من هذه الإتفاقية كيف تتم هذه الإجراءات، بحيث يقدم طالب التنفيذ طلباً مرفقاً بالقرار الأصلي مع نسخة من إتفاق التحكيم، مع ضرورة إرفاق ملحق نسخة مترجمة رسمياً لهاتين الوثيقتين مع هذا الطلب في حالة إختلاف لغة بلد التنفيذ، وهذه الإجراءات هي نفسها التي تطبق على قرار التحكيم الإلكتروني.

وما تتميز به هذه الإتفاقية أنَّها لا تشترط صدور قرار التحكيم الأجنبي المطلوب تنفيذه من دولة عضو في الإتفاقية كما تحدثنا آنفاً، بل يكفي فقط أنْ تكون الدولة المطلوب التنفيذ فيها متعاقدة، ما لم تتحفظ إحدى الدول على هذا الشرط[2]، كما أنَّ هذه الإتفاقية منحت المحكمة المختصة حق رفض تنفيذ القرار التحكيمي إذا ما توفرت إحدى الشروط التي ذكرتها هذه الإتفاقية على سبيل الحصر في المادة 05 من هذه الإتفاقية.

1- راجع نص المادة 5 الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية.

2-فضل محمد أحمد الفهد، مرجع سابق، ص 218.

ثانياً: التنفيذ الذاتي لقرارات التحكيم الإلكتروني

لقد حرصت مراكز التحكيم الإلكتروني على إيجاد آليات لتنفيذ قرارات التحكيم الإلكتروني طواعية بعيداً عن القضاء، خصوصاً بعدما ظهرت العديد من الإشكاليات التي إستحال معها تنفيذ هذه الأحكام والقرارات، نظراً إلى عدم مسايرة بعض القوانين الوطنية للإجراءات الإلكترونية، بالإضافة إلى إرتفاع التكاليف مقارنة مع قيمة النزاع في عقود الإستهلاك الإلكتروني مما أدى في كثير من الأحيان لعدم فعالية قرارات التحكيم الإلكتروني، لذلك إبتكرت هذه المراكز آليات ذاتية تجبر البائع على التنفيذ دون اللجوء إلى القضاء، تنقسم إلى قسمين: وسائل ذاتية غير مباشرة وهي التي يقوم المركز من خلالها بالضغط على البائع من أجل تنفيذ الحكم، ووسائل ذاتية مباشرة وهي التي يكون للمركز دور فعال في تنفيذها[1]. سنعرض بعض هذه الوسائل فيمايلي:

1- وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر

تتمثل هذه الوسائل فيمايلي:

أ-التهديد بسحب العلامة على الموقع الإلكتروني: ترجع هذه الوسيلة إلى فكرة علامات الثقة التي تحدثنا عليها سابقاً، التي تمنحها هذه المراكز للمتعاملين معها علامة ثقة توضع على مواقعهم الإلكترونية من أجل كسب ثقة المستهلكين، والتي بموجبها يلتزم البائع بالخضوع إلى النصوص القانونية المحددة للتسوية من قبل هذه المراكز، بالإضافة إلى إحترام الأحكام والقرارات التي تتوصل لها، متى إمتنع البائع عن تنفيذ هذه الإلتزامات تسحب منه هذه العلامة[2]، ويشطب موقعه التجاري، وبالتالي يبقى البائع دائماً يبذل ما في وسعه من أجل المحافظة على سمعته التجارية تفادياً لأي متابعة من المركز.

1-محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق، ص 202.

2- حسام أسامة شعبان، مرجع سابق، ص 247 وما بعدها.

ب–نظام إدارة السمعة: يقوم هذا النظام على وجود مواقع إلكترونية للتسوق عبر الإنترنت، تضم في عضويتها العديد من البائعين والمستهلكين، هذه المواقع تكشف للمستهلك السيرة الذاتية للبائع قبل أنْ يبدي رغبته في الشراء، بالإضافة إلى آراء المستهلكين الذين تعاملوا مع هذه المواقع من قبل، حيث تقوم هذه المواقع بتقييم سمعة هؤلاء البائعين من خلال النقاط الإيجابية والسلبية، مما يجعلهم يميلون إلى تنفيذ قرارات وأحكام التسوية حتى لا توضع لهم نقاط سلبية.

ج –نظام القائمة السوداء: بموجب هذا النظام إذا لم يقم البائع بتنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني يتم وضع اِسمه في القائمة السوداء الأمر الذي من شأنه أنْ يؤثر على سمعته التجارية[1]، والجدير بالذكر أنَّ هذه القائمة تشير صراحة إلى اِسم البائع الذي لم يلتزم بتنفيذ قرارات مركز التسوية الإلكتروني[2]، ويترتب على نشر هذه القائمة السوداء على المواقع الإلكترونية فقدان البائع الكثير من العملاء، وبالتالي تعتبر وسيلة فعالة تحثه على تنفيذ أحكام وقرارات التسوية مخافة نشر اِسمه في القائمة السوداء[3].

2–وسائل التنفيذ الذاتي المباشر

تتمثل هذه الوسائل فيمايلي:

أ–إيداع ضمان مالي مغلق: لكي تضمن مراكز التسوية الإلكترونية تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عنها تحتم على البائع قبل بدء إجراءات التحكيم إيداع مبلغ مالي نقدي بقدر قيمة النزاع في الحساب المفتوح بِاسم المركز، ويبقى هذا المبلغ مغلقاً لا يمكن التصرف فيه إلا بعد مرور مدة معينة، وبذلك يسهل على المركز تنفيذ حكمه الصادر ضد البائع بكل سهولة، ودون إذن منه[4].

1– أحمد مصطفى الدبوسى السيد: التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمامول، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية المنصورة، مصر، د.ط، 2015، ص 645.

2– حسام أسامة شعبان، مرجع سابق، ص 250.

3– رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق 492.

4––محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق، ص 208.

ب –التحكم في بطاقات الاِئتمان: يتم الاتفاق مع مراكز التسوية الإلكترونية على منحها سلطة التحكم ببطاقة الدفع الإلكتروني، بحيث يكون لها حق إعادة المبالغ التي تدفع بهذه البطاقات عن طريق الخطأ أو في حالة اِستعمال اِحتيالي لهذه البطاقة[1]، وبهذه الوسيلة يستطيع مركز تسوية المنازعات أنْ ينفذ قراراته مباشرة بإعادة المبالغ المالية المستحقة إلى حساب المستهلك من خلال بطاقة الاِئتمان.

ج–شطب المواقع الإلكترونية بواسطة ICANN: تطبق هذه الوسيلة من قبل منظمة إيكان المختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن استعمال أسماء الدومين والمواقع الإلكترونية حيث يكون لها القدرة على تنفيذ حكمها مباشرة على الإنترنت، حيث تقوم هذه الهيئة مباشرة وخلال 10 أيام من صدور قرار التحكيم، إذا لم يتبين لها ما يفيد أنَّ المتعامل باشر الإجراءات القضائية أمام المحكمة الوطنية المختصة، تقوم بشطب الموقع بطريقة إلكترونية بحيث لا يمكن فتح هذا الموقع من أية دولة[2].

1- أحمد مصطفى الدبوسى السيد، مرجع سابق، ص350.

2- رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، مرجع سابق 494.

الفرع الثاني

تقدير التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الإِستهلاك الإلكتروني

بالنظر للمزايا التي يوفرها التحكيم الإلكتروني للمستهلك في مجال العقود الإلكترونية المتعلقة بالإِستهلاك، من سرعة وإنخفاض التكاليف، أصبح اليوم يشكل وسيلة فعالة في تسوية المنازعات الناجمة عن هذه العقود، خصوصاً بعد إِستحداث مراكز إلكترونية متخصصة تعمل على مواجهة المتعاقدين مع المستهلك الإلكتروني بصورة مباشرة تجبرهم على تنفيذ إِلتزاماتهم، مما زاد في منح الثقة والأمان القانوني للمستهلك في إبرام عقود التجارة الإلكترونية.

وكأي نظام قانوني فقد وجهت للتحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، العديد من الإِنتقادات بخصوص صعوبة تنفيذ قرارات هيئة التحكيم الإلكتروني، عند اللجوء إلى القضاء، إلا أنَّ هذه الإِنتقادات كانت سبباً في تطوير قواعده، التي أصبحت تتماشى وخصوصية عقود الإِستهلاك الإلكتروني، حيث إِستطاع التغلب على ذلك من خلال إِبتكار وسائل التنفيذ الذاتي التي تفرض على المتعاملين مع المستهلك تنفيذ قرارات التحكيم بعيداً عن القضاء وإجراءاته المعقدة.

لقد أثبت نظام التحكيم الإلكتروني نجاعته في تسوية منازعات عقود الإِستهلاك الإلكتروني، من خلال وضعه قواعد حمائية مرنة تراعي خصوصية عقود الاستهلاك الإلكتروني تجعل المستهلك مخيراً بين اللجوء للقضاء أو التحكيم الإلكتروني، وفق ما يحقق له أكبر حماية قانونية.

خلاصة الباب الثاني

يتضح من الباب الثاني وبعد دراسة وافية للتحكيم الإلكتروني كقضاء بديل في حل منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني الذي انتهجته جل التشريعات المقارنة من خلال بيان ماهيته وتحديد مفهومه والمصادر التي يستمد منها قواعده وتميزه عن الطرق البديلة الأخرى، وما تبع ذلك من تنمية معلوماتية ألقت بظلالها إيجاباً وسلباً على التحكيم الإلكتروني، وصولاً إلى تحديد الإطار القانوني والاتفاق والتحكيم الإلكتروني والخصومة التحكيمية وصدور قرار التحكيم الإلكتروني.

لقد توصلت هذه الدراسة إلى أنَّ التحكيم الإلكتروني يعتبر الأفضل والملائم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستهلاك الإلكتروني، فهو طريق سريع وفعال يمتاز بقلة التكاليف يسمح للأطراف القيام بجميع إجراءات التسوية عن بعد ودون الحضور المادي، كما أن تقديم الوثائق وسماع الشهود وكل التبليغات تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة.

لقد اِستحدث نظام التحكيم الإلكتروني مراكز متخصصة تعمل جاهدة من أجل حماية المستهلك الإلكتروني من خلال تطبيق آليات تجبر المتعامل معه على تنفيذ جميع الالتزامات مع تحمل جميع المصاريف المترتبة عن ذلك حفاظاً على سمعته التجارية، كما أنَّ كل الِانتقادات التي وجهت إلى التحكيم الإلكتروني هي كانت سبباً في تطوير قواعده، إذ لم يعد هناك مشكل يطرح بخصوص الصورة التي تم الاِتفاق من خلالها- شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم أو بالإحالة- ما دام ذلك لا يثقل كاهل المستهلك الإلكتروني، ويحقق له أفضل حماية وبهذه المثابة تكون مصلحة المستهلك هي أساس معقولية الشرط من عدمه، كما أرست اِتفاقية نيويورك 1958 أسس الاِعتراف بتنفيذه، بالإضافة إلى ابتكاره آليات التنفيذ الذاتي لقرارات التحكيم الإلكتروني بعيداً عن إجراءات القضاء المعقدة، مما جعل التحكيم الإلكتروني، على العكس يحقق مزايا للمستهلك الإلكتروني، لا تتحقق له حتى لو لجأ إلى القضاء الوطني.

.

خاتمة

خاتمة

لقد حاولنا في هذه الأطروحة دراسة الآليات القانونية لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، والبحث عن الوسائل الحمائية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني في العلاقات الدولية الحاصة، التي تقتضي ضرورة مسايرة التطورات و تفعيل جهاز حمائي يتماشى وتكنولوجيا المعلوماتية التي أحدثت تغييراً كبيراً في طبيعة ونمط الحياة الاقتصادية لكافة المستهلكين حول العالم ، مقارنة مع العقود التقليدية، فأصبح اليوم شيئاً عادياً إقتناء السلع والخدمات عبر العالم بسرعة تفوق الخيال بمجرد الضغط على أحد المفاتيح، تجد نفسك في علاقة تعاقدية لا تعلم أي شيء عنها، حيث فرضت الوسائل التكنولوجية الحديثة على قواعد القانون الدولي الخاص الخروج من الحياد والبحث عن القواعد التي تتماشى وخصوصية هذا العقد.

لقد حاولنا من أجل تشخيص الآليات القانونية لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني بيان الإطار المفاهيمي للدراسة من خلال تحديد مفهوم عقود الاستهلاك الإلكتروني و بيان أطراف هذا العقد و المعيار المعتمد في دوليته، لكي نتوصل لمعرفة مستحق هذه الحماية الإجرائية، كما قمنا بدراسة تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني قضائياً بإعتبار أنَّ القضاء هو صاحب الإختصاص الأصلي ومدى قدرته على تسوية هذه المنازعات من خلال تطبيق قواعد الاختصاص القضائي والتشريعي و دراسة أهم الاشكاليات التي واجهته في تطبيق هذه القواعد نظراً لصعوبة التركيز المكاني لأطراف العلاقة التعاقدية، وفقا للمعايير المتعلقة بتحديد الإختصاص القضائي والتشريعي، خصوصاً في ظل غياب التناسب والإنسجام بين طبيعة العلاقة القانونية ووسيلة حل النزاع وخصوصية عقود الاستهلاك الإلكتروني، وصولاً لدراسة التحكيم الإلكتروني كقضاء بديل والذي انتهجته جل التشريعات المقارنة.

وبعد أن أنهينا هذه الدراسة خلصنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

– النتائج

1– لقد تبنى المشرع الجزائري المعيار الضيق لتحديد مفهوم المستهلك الإلكتروني وبالتالي لا يدخل في نطاق الحماية الإجرائية المتدخل أو المهني الذي يقتني السلع والخدمات من أجل أغراض نشاطه المهني وعليه حتى نكون أمام عقد استهلاك إلكتروني لابُدَّ أنْ يكون أطراف العقد متدخل ومستهلك وعليه تخرج أطراف عقود التجارة الإلكترونية الأخرى من هذه الحماية.

2––لا توجد عقود خاصة محددة يطلق عليها اِصطلاحاً عقود استهلاك إلكتروني، فالعقد قد يكون عقد استهلاك وعقداً من نوع آخر، الهدف من هذه التسمية هو إعطاء المستهلك نوعاً من الحماية القانونية في سوق المعاملات.

3 –إن الخصوصية التي تتمتع بها عقود الاِستهلاك الإلكتروني كونها تبرم عن بعد، وتفتقر للحضور المادي، هي التي زادت من اِتساع الفجوة بين المستهلك والمتدخل، مما فرض ضرورة وضع قواعد إجرائية خاصة تختلف عن عقود الاِستهلاك التقليدية لحماية المستهلك في مجال العقود الإلكترونية.

4–لا يمكن القول بأن عقود الاِستهلاك الإلكتروني دولية بطبيعتها بمجرد اِنعقادها بوسيلة إلكترونية. كما أنَّ المعيار القانوني أثبت صلاحيته لإضفاء الصفة الدولية على عقود الاِستهلاك الإلكتروني بدلاً من المعايير الأخرى وذلك لقيامه على توافر العنصر الأجنبي في أي عنصر من عناصر العقد، وهي الصفة الثابتة التي يسهل من خلالها الكشف على دولية العقد، خصوصا في العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً.

5–إن اِستخدام الوسائل الحديثة خاصة الإنترنت في إبرام عقود الاستهلاك الإلكتروني كان له كبير الأثر على القواعد القانونية السابقة لظهوره، إذ أصبح من الضروري وضع قواعد جديدة إذ لم يعد يكفي تطويع القواعد السابقة حتى تتماشي وخصوصية هذا العقد في العالم الاِفتراضي من أجل تحقيق عدالة قائمة على الأمان القانوني والمحافظة على حقوق الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

6-يعتبر القضاء هو صاحب الاختصاص الأصلي في تسوية جميع المنازعات، إلا أنَّ الواقع العملي أثبت عجزه عن تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني من عديد النواحي، خصوصاً إذا ثبتت دولية العقد لأنَّ المشرع الجزائري لم يضع نصوصاً قانونية خاصة بحماية المستهلك الإلكتروني في مجال الاختصاص القضائي والتشريعي، كما أنَّه مدد العمل فقط بقواعد الإختصاص الداخلي على العلاقات الدولية الخاصة، ولم ينص على تطبيق ضابط محكمة موطن المستهلك.

7-إن القواعد التقليدية المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي والتشريعي، لا تتماشى وخصوصية هذا العقد ولا تتوافق مع البيئة الافتراضية التي لا تقوم على الضوابط المادية خصوصا ما تعلق بإعمال الضوابط التقليدية المتعلقة بتحديد الموطن، والجنسية، ومكان إبرام العقد وتنفيذه التي أثبت التعامل في البيئة الافتراضية عدم جدواها ولا يمكن الركون إليها دائما إلا في حالات معينة.

8-إن المشرع الجزائري لا يزال بعيداً عن توفير الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني لأنَّه لم ينص على قواعد إجرائية لحمايته في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بالإضافة لعدم وجود نصوص تنظيمية خاصة بالقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية يستطيع القاضي عند تصديه للنزاع الرجوع إليها كذلك غياب النصوص التي تعالج القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، كما أنَّه لا وجود لقواعد إسناد تراعي مصلحة المستهلك الإلكتروني.

9- لقد أثبت ضابط محكمة موطن المستهلك الذي اعتمدته بعض التشريعات المقارنة والإتفاقيات الدولية، جدارته في توفير الحماية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني، خصوصاً ما نص عليه تشريع بروكسل الذي وسع من تطبيق هذا الضابط من خلال تبنيه -فكرة توجيه النشاط- لأن وجود هذا الضابط يجعل المتدخل دائماً يتفادى توجيه نشاطه لدولة المستهلك حتى لا يتعرض للمقاضاة أمام محاكمه.

10 –أما بالنسبة للمسائل المتعلقة بالتراضي والأهلية والإثبات في العقود الإلكترونية، فإنها تعتبر من أهم الصعوبات التي تواجه القاضي في إطار منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني، وبصفة خاصة إذا لم يتضمن القانون الواجب التطبيق تنظيماً محكماً لهذه العقود وآليات حل منازعتها على غرار المشرع الجزائري، حيث أن هذا الأخير لا زال متأخرا في تنظيمها، فلم ينص على تنظيم هذه المسائل التي تأثرت بالتكنولوجية الحديثة في إبرام العقود، لأن اختلاف التشريعات في تنظيمها من شأنه أنْ يؤدي إلى تنازع القوانين، بل اِكتفى المشرع بالتعديل الذي خص به القانون المدني حيث نص على المساواة بين الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وأعطاهما نفس الدور الوظيفي للكتابة الورقية والتوقيع العادي في الإثبات، ولم ينص في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 سوى على تعريف المحرر الإلكتروني.

11- في ظل غياب المحددات الجغرافية والمكانية التي تفقد معها قواعد الإسناد مفعولها في العلاقات الإلكترونية أثبت قانون الإرادة دوره في توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني، ويبقى فقط التمييز بين الدعاوى المرفوعة من المتدخل ضد المستهلك، ومدى تعلقها بالنظام العام حيث ينعقد الاختصاص بشأنها لمحكمة موطن أو محل الإقامة المعتاد للمستهلك، ولا يجوز الاتفاق على مخالفة ذلك، كما يمكن للقاضي أنْ يثير ذلك من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة من مراحل التقاضي وبالتالي من الضروري تدخل التشريعات الوطنية والدولية من خلال وضع قواعد آمرة وموحدة تتماشى وخصوصية هذا العقد، لحماية المستهلك الالكتروني، تكون قابلة للتطبيق في البيئة الإلكترونية، غير أنَّه من الضروري منح القاضي السلطة التقديرية في البحث عن القانون الذي يوفر أكبر حماية للمستهلك الإلكتروني.

12– لقد اعترف المشرع الفرنسي بالشكل الرسمي في عقود التجارة الإلكترونية من أجل إضفاء الثقة والائتمان، حيث نص في قانون التوثيق على إمكانية إضفاء الموثق الرسمية على العقود الإلكترونية، في المقابل نجد أنَّ المشرع الجزائري منع كل معاملة متعلقة بخدمة أو سلعة تستوجب عقداً رسمياً.

13- لقد أثبت الدراسة أنَّ التحكيم الإلكتروني وسيلة فعالة وأنَّه الأفضل والملائم لتسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني لما يتميز به من مرونة وسرعة في الفصل في النزاع، بالإضافة إلى قلة التكاليف، أو اِنعدامها في بعض الأحيان، خصوصاً في ظل إنشاء مراكز متخصصة تسعى جاهدة من أجل تسوية هذه المنازعات، من خلال اِستخدام وسائل وآليات تفرض على المتدخل ضرورة الالتزام بما تنص عليه هذه المراكز من أجل الحفاظ على حقوق المستهلك، بالإضافة إلى اعتماد آليات التنفيذ الذاتي لقرار التحكيم الإلكتروني، وحتى دون اللجوء إلى القضاء.

-التوصيات:

أما فيما يخص اِقتراحاتنا في هذه الدراسة نأمل من المشرع الجزائري إعادة النظر في بعض النصوص القانونية الخاصة بهذا المجال ونقترح:

1-توحيد المصطلحات بين النصوص القانونية والاِعتماد في ذلك على التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، خصوصاً في ظل الانفتاح على العالم الخارجي والاِتجاه العالمي للعديد من الدول ذات المصالح المشتركة نحو الوحدة السياسية، مما فرض ضرورة توحيد جميع النصوص القانونية من أجل المحافظة على حقوق المواطنين والمقيمين داخل الدولة.

2-وضع قواعد قانونية حمائية خاصة بالمستهلك الإلكتروني، ضمن قانون التجارة الإلكترونية 18-05 مع ضرورة النص على أنَّ القانون الواجب التطبيق هو قانون بلد المستهلك أو بلد المتدخل إذا كان يوفر أفضل حماية للمستهلك، لأن القواعد العامة لم تعد لوحدها كافية لحماية المستهلك وخاصة في الجانب المتعلق بتحديد الاختصاص القضائي الدولي، كما أن تمديد العمل بقواعد الاختصاص القضائي الداخلي الذي يعتمده المشرع الجزائري، لم يعد يتماشى والتطورات التكنولوجية التي فرضت ضرورة إعادة النظر في القواعد العامة، التي لا يمكن الركون إليها إلا في حالات معينة.

3-النص على حالة الوجود العارض أو المرور العابر للمدعى عليه مثل ما نص عليه المشرع المصري، حيث اِعتبر أنَّ المرور العابر لا يمثل عنصراً مهماً في العقود الدولية، خصوصاً في ظل اِستعمال التكنولوجية الحديثة في إبرام العقود، فالإقامة تتفق مع مبدأ القوة والنفاذ الذي تستقيم معه فكرة العدالة، التي تقتضي ضرورة وجود مال أو موطن يتم التنفيذ فيه.

4-النص على ضابط موطن المستهلك في مجال الاختصاص القضائي والتشريعي من أجل توفير أفضل حماية إجرائية لمواطنيه والمقيمين في دولته، كما يجب الإعتماد عند تعديل هذه النصوص على التشريعات والإتفاقيات الدولية المتخصصة في هذا المجال حتى يكون هناك نوع من التوافق التقريبي بين القواعد المعمول بها بين جميع الدول، وبالتالي يسهل تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية المدنية والتجارية في هذا المجال، والوصول إلى حلول نسبية موحدة.

5-فرض على المتعاقدين في مجال عقود الاستهلاك الالكتروني تضمين العقد بنوداً صريحة توضح زمان ومكان إبرام العقد والذي من شأنه أنْ يقطع أي نزاع مع إمكانية الإعتماد على الروابط الأخرى التي من شأنها أنْ تساعد القضاء في تحديد المحكمة المختصة التي تحقق مصلحة المستهلك، مع إبطال أي اتفاق مسبق من شأنه الإضرار به، مع منح القاضي السلطة التقديرية والإجتهاد في البحث على القانون الأكثر حماية للمستهلك.

6-إعتماد نظرية تأكيد القبول في مجال إبرام عقود الاستهلاك الإلكتروني مثل ما فعل المشرع الفرنسي بدلاً من نظرية العلم بالقبول المعمول بها في إبرام العقود التقليدية، بحيث لا يعتبر عقد الاستهلاك الإلكتروني مبرماً إلا إذا تم تأكيد القبول من أجل حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني.

7-الاستعانة بالقوانين النموذجية وتعديل القوانين الداخلية وفق ما يتماشى والتطورات التكنولوجية التي حولت المعاملات والعقود من نطاق الإقليمية إلى العالمية حيت تلاشت العلاقات الداخلية في كثير من الأحيان لصالح العلاقات الدولية وبالتالي أصبح من الضروري تعديل جميع النصوص القانونية خصوصاً ما تعلق بالأهلية والتراضي والإثبات وجعلها تتماشى وعالمية التعاملات في هذه البيئة الافتراضية.

8-تبني نظام الطرق البديلة باستعمال الوسائل الإلكترونية إلى جانب القضاء الرسمي في تسوية المنازعات، مع ترك الحرية لأطراف النزاع في إختيار ما يلائمهم تحت إشراف ورقابة القضاء الرسمي من أجل إرساء نظام قضائي متكامل وإكتساب خبرة في هذا المجال تشجع في المستقبل على إعتماد نظام القاضي الإلكتروني.

9-العمل على تأسيس نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني وتطويره ليتماشى مع المستجدات الدولية والإعتراف بإجراءات التحكيم الإلكتروني، كما نقترح إنشاء محاكم إلكترونية في المدن الكبرى والعمل على تكوين أكاديمي للقضاة والطلبة داخل الجامعات، مع إدخال التحكيم الإلكتروني كمقرر في مرحلة الليسانس والدراسات العليا من أجل توفير أكبر حماية قانونية للمعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة.

10-النص على إنشاء مراكز متخصصة في الجامعات لإعداد محكمين مختصين في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية خصوصا المتعلقة منها بالاستهلاك، وإجراء الدراسات والبحوث في هذا المجال مع اعتماد نظام تسوية المنازعات إلكترونياً، من أجل الوصول إلى التطور الذي يشهده التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات.

11-تعديل قانون التجارة الإلكترونية 18-05، بإضافة مواد، تعالج المسائل المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي في مجال عقود الاستهلاك الإلكتروني مع ضرورة مسايرة التطورات التي توصلت إليها التشريعات والاتفاقيات الدولية المتخصصة، نظراً لكون هذا القانون جاء خالياً من النص على المسائل الإجرائية في مجال العقود والمعاملات الإلكترونية.

12-تعديل القانون المدني الجزائري بحيث تضاف إليه مواد تنص على رسمية العقود الإلكترونية وخاصة في مجال العقود المتعلقة بالحقوق العينية، وكيف يتم حفظها إلكترونياً، حتى يسهل الرجوع إليها في حالة النزاع.

13-تعديل القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بإضافة تتضمن النص على نظام التوقيع الإلكتروني المؤمن والذي تم النص عليه من قبل جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية خاصة القانون النموذجي الأونسيترال للتوقيع الإلكتروني واللائحة الأوربية رقم 2014/910، مع ضرورة وضع نصوص خاصة بتنظيم التصديق الإلكتروني بخصوص العقود الرسمية المحررة من طرف الموثقين والمحضرين مثل ما فعل المشرع الفرنسي.

14-إصدار المراسيم المنظمة لقانون التجارة الإلكترونية 18-05، من أجل مسايرة التطورات المستجدة في عالم التجارة الإلكترونية، وتحديد شروط وكيفيات تطبيق المواد التي بحاجة إلى تنظيم مع التركيز على النصوص الآمرة التي من شأنها حماية الطرف الضعيف في التعاملات التجارية عبر وسائل الاتصال الحديثة، حتى يتوفر اليقين القانوني للمستهلك بهذه التجارة.

15-تطوير النظام المصرفي بحيث يتماشى وعالمية نظام الدفع الإلكتروني ووضع نظام معلوماتي يحمي المستهلكين من كل أساليب الإِحتيال والقرصنة، وفرض عقوبات مشددة على من يخترق المعلومات الإلكترونية لمنازعات التجارة الدولية، والاقتداء في ذلك بتجارب الدول التي سبقتنا في هذا المجال من خلال إبرام اتفاقيات دولية تتضمن تبادل التجارب والخبرات حتى نتوصل إلى وضع نظام قانوني متكامل.

16-تعديل إِتفاقية نيويورك سنة 1958 والمعاهدات والقوانين المتعلقة بالتحكيم وتطويرها بما يتلاءم والتكنولوجية الحديثة أو إبرام اتفاقيات جديدة لا يقتصر تطبيقها على دول معينة بل تتماشى وعالمية وسيلة إبرام هذه العقود، حتى نتفادى مشكلة تنفيذ أحكام التحكيم الصادر بِإستخدام الوسائل الإلكترونية.

17- إن البيئة الافتراضية العالمية التي أسستها تكنولوجية المعلوماتية أصبحت تفرض ضرورة توحيد النصوص القانونية، خصوصاً ما يتعلق بقواعد الإِختصاص القضائي والتشريعي الدولي، و إِستعمال الطرق البديلة وذلك في اطار قوانين نموذجية و إِتفاقيات دولية موحدة يتم تعديل القوانين الوطنية وفقها، ويتم تحيينها بصفة دورية تتماشى والتطورات المستجدة، مع ضرورة الفرض على المتعاقدين في مجال العقود الإلكترونية تضمين العقود بنوداً صريحة من شأنها أنْ تقطع أي نزاع مع إِمكانية الإِعتماد على جميع الروابط التي من شأنها أنْ تساعد القضاء في تحديد المحكمة المختصة التي تحقق مصلحة المستهلك، مع بطلان أي اتفاق مسبق من شأنه الإضرار به، مع إِلتزام القاضي بتطبيق القانون الأكثر حماية للمستهلك ومنحه في ذلك السلطة التقديرية.

تمت بحمد الله وعونه

قائمة المراجع

-القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

أولاً: المراجع العامة

-باللغة العربية

1-إلياس ناصيف، العقود الدولية (العقد الإلكتروني) في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، بيروت لبنان، 2009.

2-أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، بيروت، د.ط، 1984.

3-أحمد عبد الكريم سلامة: فقه المرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، .2000

4-أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية القاهرة، د.ط، مصر، .2003

5-أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الاليكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 2009

6-أحمد مصطفى الدبوسى السيد: التحكيم في العمليات المصرفية بين الواقع والمأمول، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، المنصورة، مصر، د.ط، 2015.

7-أكرم فاضل سعيد قصير، المعين في دراسة التأصيل القانوني لحق الالتجاء إلى الوساطة كحل بديل للنزعات المدنية والتجارية، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى،1439هـ -2018.

8-بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداوي الجزائر،2009.

9-جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، د.ط، مصر، 1976.

10-جابر محجوب، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام في القانون القطري، منشورات كلية القانون، جامعة قطر، 2016.

11–حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى 2012.

12–حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط،2000.

13–حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي، عمان، لبنان، د.ط، .2004

14–حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط 2010.

15–حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، بيروت، لبنان، .2013

16–حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثالثة، 2014.

17–خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية الإسكندرية، د.ط، .2007

18–خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، دارسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، .2010

19–خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة 2010.

20–سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د.ط، .2004

21–سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط .2006

22–سنقوقة سائح، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، –نصا–شرحا–تعليقاً–تطبيقاً القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر سنة 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار الهدى عين مليلة الجزائر، .2011

23–طالب حسن موسى، قانون التجارة الإلكترونية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2016م1437هـ.

24–عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 1981.

25–عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط، 1998.

26–عصام الدين القطبي، القانون الدولي الخاص المصري، دار النشر الذهبي، د.ط، القاهرة، مصر، .2003

27–عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي الأنموذجي لمكافحة جرائم الكومبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، د.ط، القاهرة،.2007

28–عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بين القوانين المدنية ومشروع القانون المدني العربي الموحد مع الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي ودور تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقد، دار الكتب العلمية، د.ط، بيروت لبنان، .2015

29–عبد العزيز غرم الله جار الله آل جار الله، أحكام وضوابط العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي والقانون بالتطبيق على نظام التعاملات الإلكترونية السعودي دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 1438هـ–2018.

30–فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط،2007.

31–فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2010.

32–محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة،2004.

33–محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط،.2005

34–محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعرف الإسكندرية، د.ط .2006

35–محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى 2009.

36–محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، بدون رقم طبعة، سنة 2018.

37–نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، د.ط، 2004.

38–**ناصر محمد الشرمان**، المركز القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، د.ط،2015 .

39–هشام علي الصادق، موجز القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين والموطن في العلاقات الدولية الخاصة"، الجزء الأول، الدار الجامعية الإسكندرية، مصر د.ط،1987.

40–هشام خالد، المدخل إلى القانون الدولي الخاص العربي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، الطبعة الأولى، 2003.

41–هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، د.ط، مصر، 2005.

–باللغة الأجنبية

***42–Christian LARROUMET**: Droit civil، Les obligations، le contrat، Tome 3, Economica، Paris, 6ème edition, 2007.*

***43-Loussouaarn et Bourle**: Droit international privé Dalloz, 7éme ed, 2001.*

***44-Mayer، Pierre، et Heuze، Vincent**: Droit International Privé, 10 edmontchrestien، Paris, 2010.*

ثانياً: الكتب المتخصصة

1-إلياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2012.

2-القاضي آزاد حيدر باوه، دور الوساطة القضائية في تسوية المنازعات المدنية (دراسة مقارنة) منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2016.

3-**القاضي بلال عدنان بدر**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، مكتبة بدران الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2017.

4-**إسماعيل يوسف حمدون**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المصرية لتوزيع والنشر، الطبعة الاولى ،2018.

5-**أحمد محمد الهواري**، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية د.ط، القاهرة،2000.

6-أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الإلكتروني (ماهيته، إجراءاته) ص 02 متاح للإطلاع عبر الموقع: https://alhoriyatmaroc.yoo7.com/t1885-topic: *Dernière visite: 10/08/2020*

7-أبو الخير عبد العظيم، الوساطة في تسوية المنازعات بدليل عملي للتغلب على مشكلات التقاضي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2017.

8-أحمد محمد فتحي الخولي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل المنازعات المدنية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2017.

9-أشرف محمد رزق فايد، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكة الأنترنت مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2017.

10-تريكي هدى، الحماية المدنية الإجرائية للمستهلك دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2017.

11-جمال محمود الكردي، مدى ملاءمة قواعد الإختصاص القضائي الدولي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، دار النهضة العربية القاهرة، د.ط، مصر،2005.

12–جعفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني، ودور القضاء الوطني بتفعيله، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2014.

13–حسان سعاد، إثبات التعاملات الإلكترونية وفقا للقانون الجزائري والتشريعات المقارنة الإسكندرية مكتبة الوفاء القانونية الطبعة الأولى 2019.

14–خالد إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية د.ط مصر، 2008.

15–خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د.ط ،2009.

16–رضا متولي وهدان، الضرورة العملية للإثبات بصورة المحررات في ظل تقنيات الإتصال الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، د.ط،2003.

17–رجائي عبد الرحمن عبد القادر عوض، الإجراءات المتبعة في التحكيم عبر الوسائط الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2018.

18–زينب وحيد دحام، الوسائل البديلة عن القضاء، الصلح–التحكيم–التوفيق–الوساطة لحل النزاعات، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2017.

19–زياد إبراهيم النجار، قواعد حماية المستهلك من التغرير والغبن في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2017.

20–سيد أحمد محمود، جمال الدين مبروك موسى، النظام الإجرائي لإلكترونية التحكيم في ضوء الفقه وأحكام القضاء ووفقاً لأحدث لوائح التحكيم العالمية (محكمة لندن للتحكيم العام 2014، جمعية التحكيم الأمريكية 2014، غرفة التجارة الدولية 2012، نظام المحكمة الفضائية، ونظام القاضي الافتراضي، المنظمة العالمية للملكية الفكرية، هيئة الإنترنت للأسماء والأرقام) شركة ناس للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى 2016.

21–صلاح الدين جمال الدين، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، د.ط، 2004.

22–صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ط ،2008.

23–صفاء إسماعيل وسمى، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2016.

24–صفاء فتوح جمعة، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2016.

25–صفاء فتوح جمعة، قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمنازعات الدولية المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية، دراسة تطبيقية على العقود التجارية الدولية المبرمة على شبكة المعلومات الدولية، المركز القومي للإصدارات القانونية، د.ط، القاهرة، مصر،2019.

26–طرح البحور علي حسن فرج، عقود المستهلكين الدولية، ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، مصر، 2008.

27–طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الالكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2018.

28–عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005.

29–عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، ماهيته، إجراءاته، وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، د.ط، 2009.

30–عبد المنعم زمزم، عقود الفرنشايز بين القانون الدولي الخاص وعقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، د.ط، 2011.

31-علي عبد العالي خشان الاسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى سنة 2013.

32–عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في معاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014.

33–عبد المنعم أحمد خليفة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود توريد برمجيات الحاسوب" دراسة تحليلية مقارنة لتقرير حماية فعالة للمستهلك لمواجهة القوة الاِحتكارية لشركات إنتاج برمجيات الحاسوب، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، د.ط، 2015.

34-عبد الرسول عبد الرضا جابر، القانون الدولي الخاص الإلكتروني، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى 2017.

35-عصام أحمد البهجى، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي د.ط، الاسكندرية، مصر،2017.

36-علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2017.

37-غسان ربح، قانون حماية المستهلك الجديد، مكتبة زين الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2006.

38-غازي بن فهد بن غازي المزيني، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض المملكة العربية السعودية، 2018.

39-فضل محمد أحمد الفهد، شروط تنفيذ أحكام التحكيم (دراسة مقارنة) دار الفكر الجامعي الإسكندرية، د.ط، مصر، 2019.

40-قدري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، د.ط القاهرة، مصر، 2014.

41-لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع-الجزائر، 2012.

42-محمد أبو زيد، تحديث قانون الإثبات" مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية"، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، 2002.

43-محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دارسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، دار الجامعية بيروت، د.ط، 2003.

44-محمد سعيد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة 2004.

45-محمد بودالي –حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الجديد، د.ط، القاهرة، مصر، 2006.

46–محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ط، بيروت، 2009.

47–محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، 2013.

48–محس عبد الحميد إبراهيم البيه، دور المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون المصري، مدونة العلوم القانونية، متاح للإطلاع على الموقع:
https://cdn-cms.f-static.com/uploads/756335/normal_5d212c8b0e654.pdf Dernière visite : 25/07/2020

49–معتز حمدان بدر، الوساطة ودورها في تسوية منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية مصر، 2018.

50–هبه ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، د.ط، بيروت، لبنان، 2011.

51–هشام على صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2014.

52–هيثم حامد المصاروة، أحمد عبد الرحمن المجالي، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية دراسة تحليلية في الفقه الإسلامي والقانون السعودي، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، الطبعة الأولى، 1436هـ، 2015.

53–وائل حمدى احمد علي، التقاضي الإلكتروني في العقود الدولية «دراسة تحليلية مقارنة في ضوء» –قانون الاونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اِعتمدت في عام 2006–اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاِعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها والمعدلة عام 2006–اِتفاقية الأمم المتحدة بشأن الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية عام 2006، دار الكتب، د.ط، مصر 2009.

–باللغة الأجنبية

54-CAPRIOLI Eric A : *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du juris-Classeur, Litec, Paris, 2002.*

55-Chiheb GHAZOUANI : *le contrat de commerce électronique international, Latrach Editions, 2011.*

***56-SENDER** : Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procedure international du régime conventionnel au régime communautaire, journal des tribunaux.17 février ,n 6000, 2001, at : sur le site internet : http : /www.droit-technologie.org, Dernière visite 20/07/2020*

***57-SCHULTZ(TH)** : Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne : une Approche critique, Bruxelle, 2005.*

***58-Sabine Brenheim-Desvaux**, Droit De La Consommation entre Protection Du Consommateur Et Régulation Du Marché, Revue Lamy Droit Des Affaires, Edition Wolters Kluwer, Paris, France, 2012.*

***59-THIBAULT verbes :** la protection juridique du cyber consommateur، litec.paris, 2002.*

***60-Vincent TILMAN:** Arbitrage et nouvelles technologies, altrnative cyber dispute résolution, Available on the site: http:/www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/default.htm Last Visit the: 17/09/2020*

***61-Yan Zhao :** Dispute Resolution in Electronic Commerce، Martinus Nijhoff Publishers، Boston, 2005.*

ثالثاً–الرسائل العلمية

1–اطروحات الدكتوراه:

–باللغة العربية:

1–العيشي عبد الرحمان، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم–تخصص قانون–قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق، الموسم الجامعي، الجزائر، 2017.

2–بلقنيشي حبيب، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص بعنوان إثبات التعاقد عبر الإنترنت (البريد المرئي) –دراسة مقارنة–، (جامعة وهران –السانيا، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص)، تحت إشراف بولنوار مليكة، 2011.

3–بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية–تخصص: قانون الأعمال جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، الموسم الجامعي 2014م/2015.

4–بوقرط أحمد، اِتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية–دراسة مقارنة–أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص قانون مدني معمق، جامعة عبد الحميد بن باديس–مستغانم–كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص،2019.

5–خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) – رسالة دكتوراه في الحقوق–كلية الحقوق جامعة عين شمس–القاهرة، 2011.

6–سليماني مصطفى، وسائل الإثبات وحجيتها في عقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق، جامعة أحمد دراية أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق السنة الجامعية: 2020.

7–**عدلي محمد عبد الكريم،** النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، الجزائر 2011.

8–على إسماعيل دياب غازي المحكم: (شروطه، صلاحيته، تعيينه، التزاماته، حقوقه، سلطاته مسئوليته) –دراسة تحليلية ومقارنة–رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق الإسكندرية، مصر، 2014.

9–محمد الأمين نويري، خصوصية عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوارة (ل.م.د) تخصص قانون خاص، جامعة العربي التبسي–تبسة–الجزائر،2021.

10–مجدى عبد الغنى خليف، أوجه الرقابة على آلية التحكيم الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوارة مقدمة لكلية الحقوق جامعة الإسكندرية 2016.

-باللغة الأجنبية

12-Sylyette Guillemard: *Le Droit International Prive Face AU Contrat De Vente Cyberspatial، Thèse de doctorat، de l'Université Laval Québec 2003.*

13-Youseph Farah : *Jurisdictional rules applicable to Electronic Consumer Contracts، Université of Essex, 21st BILETA Conference : globalisation and harmonisation in Technology law a April 2006 malta British and lrish law Education and Technology Association. , Available on the site: https://www.bileta.org.uk/wp-content/uploads/Jurisdiction-over-disputes-relating-to-electronic-consumer-contracts-under-Brussels-I.pdf ,Last Visit the:19/05/2020*

2-رسائل الماجستير:

-باللغة العربية

1-بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، تخصص قانون التعاون الدولي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.

2-رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة إستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2009.

3-مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر،2012.

رابعاً–المقالات العلمية:

–باللغة العربية

1–أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة 1–3 ماي 2000 المجلد الأول، الطبعة الثانية 2004.

2–أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها المجلة المصرية للقانون الدولي، مصر، المجلد 57، 2001.

3–أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية في التجارة الإلكترونية أكاديمية شرطة دبي، المجلد الأول، 2003.

4–أكرم محمود حسن البدو، محمد صديق محمد عبد الله " أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات" مجلة الرافدين للحقوق، المجلد الثالث عشر، العراق، العدد، 49، 2012.

5–أحمد محمود المساعدة، التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم (دراسة مقارنة)، جامعة المجمعة المملكة العربية السعودية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12 العدد 02، 2015

6–أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد، صياغة قضائية وصياغة تشريعية بحث ضمن أعمال المؤتمر السنوي الرابع لكلية القانون الكويتية العالمية، والذي انعقد بتاريخ 09–10 ماي 2017 بالكويت، منشور في ملحق خاص بالعدد 2 من مجلة كلية القانون الكويتية العالمية–عدد نوفمبر 2017، بحث متاح للإطلاع على الموقع:

https://journal.kilaw.edu.kw/wp-content/uploads/2018/12/%D8%A7%D8%AF-%D8%A7%D8%B4%D8%B1%D9%81-%D8%AC%D8%A7%D8%A8%D8%B1285-340.pdf

Dernière visite: 06/06/2020

7–أمل كاظم كريم الصدام، حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات المدني، مقال منشور على الموقع متاح للإطلاع على الموقع: https://www.almerja.com/reading.php?idm=7332

Dernière visite: 24/07/2020

8-أزوا محمد، مسعودي يوسف، الوساطة الإلكترونية كآلية لتسوية منازعات الاستهلاك المبرمة بوسائل إلكترونية، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار-الجزائر العدد 02، 2018.

9-برابح منير، حماية، رضا المستهلك الإلكتروني بين نصوص القانون المدني ونصوص حماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي بريكة، العدد الخامس مارس 2017.

10-بوقرط أحمد قماري نضرة بن ددوش، البيانات الواجب توافرها في حكم التحكيم الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة المدية، المجلد الرابع العدد الأول جانفي .2018

11-بوقرط أحمد، إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات جامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم، المجلد 02، العدد 06 شهر أفريل سنة 2019.

12-حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات التجارية الإلكترونية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو المجلد ب، ص، العدد 48 ديسمبر2017.

13-ختام عبد الحسن شنان، حسن علي كاظم، الوساطة الإلكترونية وسيلة في تسوية المنازعات، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، جامعة كربلاء، كلية القانون، العدد:05 الجزء:01 2015.

14-رامي محمد علوان،" التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة الكويت. 26 ديسمبر .2002

15-صفاء اسماعيل وسمى، الإطار القانوني لِاتفاق التحكيم الإلكتروني، كلية القانون، جامعة أهل البيت(ع) متاح للإطلاع على الموقع:
https://abu.edu.iq/sites/default/files/research/journals/ahl-al-bayt/issues/21/180613-041848.pdf
Dernière visite: 28/08/2020

16-عادل حسن، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية (الجزء الثاني) – مجلة مركز بحوث الشرطة-تصدر عن مركز بحوث الشركة بأكاديمية مبارك للأمن – العدد الثالث والثلاثون-يناير 2008.

17–علاء عبد الأمير موسى النائلي، بحث حول المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، د.ط، 1436هـ، 2015.

18–عبد الله عبد الكريم عبد الله، أثر التغيرات التكنو–قانونية في إبرام العقد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السادسة، العدد 03–العدد التسلسلي 23–ذو الحجة 1439 هـ/محرم 1440 هـ –سبتمبر 2018.

19–عدو حسين، الحماية المدنية لرضا المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري مجلة القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، العدد الأول 2018/12/30.

20–غسان علي، الأحكام الخاصة بالمحكَّم، محكم دولي معتمد، ورقة بحثية متاح للإطلاع على الموقع: *Dernière visite: 21/09/2020* http://www.aradous-aca.com/blog/article/263

21–كوسام أمينة، خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، العدد السادس جوان 2015.

22–كوثر مجدوب، تسوية منازعات الاستهلاك ذات الطابع الدولي بين اللجوء إلى القضاء الوطني والوساطة، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد 05، جامعة محمد الصديق بن يحي – جيجل، الجزائر، 2017.

23–كريمة تدريست، دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة تيزي وزو الجزائر، المجلد 11، العدد 03، ديسمبر 2020.

24–محمد شفيق يوسف فريحات، حكم التحكيم الذي ينعقد بواسطة الأجهزة التكنولوجية الحديثة، مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد 2، العدد 1، 2012/01/26.

25–مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، المجلد 41، العدد 2، 2014.

26–منية نشناش، تأثير التقنية الرقيمة على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تيزي وزو، الجزائر. العدد السادس، جوان 2018.

27–منيرة عبيزة، بوبكر مصطفى، الدليل الإلكتروني والسلطة التقديرية للقاضي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، ديسمبر 2018.

28–مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق جامعة الموصل، المجلد 12 العدد 43، السنة 2010، ص117 متاح للإطلاع على الموقع: https://www.iasj.net/iasj/download/ad8202379d6477fc *Dernière visite: 05/10/2020*

–باللغة الأجنبية

*29-**Alan Wiener:** Regulations and Standards for Online Dispute Resolution: A Primer for Policymakers and Stakeholders (Part 2)، Available Online: https://www.mediate.com/articles/awiener3.cfm. Last Visit the 19/05/2020.*

*30-**Alexia ROUSSOS**: La résolution des differends، lex Electronica، vol 6, n° 1, printemps 2000, Available Online: http:/www.lex-electronica.org/files/sites/103/6-1_roussos.pdf Last Visit the :15/05/2020*

*31-**Juan Pablo Varga**: Jurisdiction And Applicable Law, 2004, Available Online: http://www.emarketservices.com/clubs/ems/prod/jurisdiction.pdf Last Visit the : 17/05/2020*

*32-**Julia Hörnle** : Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions، journal of information، law and Technology، Available Online : https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002_2/hornle/ Last Visit the : 19/05/2021.*

*33-**Louis F. Del Duca, Albert H. Kritzer & Daniel Nagel** : Achieving Optimal Use of Harmonization Techniques In an Increasingly Interrelated Twenty-First Century World of Consumer Sales : Moving the EU Harmonization Process to a Global Plane , Available Online :*

https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1261&context=psilr Last Visit the : 20/08/2020.

*34-**Susan Lott, Marie Hélène Beaulieu and Jannick Desforges** : Mandatory Arbitration and Consumer Contracts ISBN 1-895060-66-4, November 2004, Available Online ::https://www.piac.ca/wp-content/uploads/2014/11/manditory_arbitration.pdf Last Visit the :23/05/2020.*

خامساً –النصوص القانونية

1–التشريع الجزائري

أولاً: الدستور

1–**التعديل الدستوري لسنة 2020**، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم:20–442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المصادق عليه في استفتاء 01 نوفمبر 2020، ج.ر. ج. ج، عدد 82 المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

ثانياً: القوانين

1–**الأمر** رقم: 75–58، المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، ج. ر. ج. ج العدد 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون 07–05 المؤرخ في 13 ماي 2007 ج. ر. ج. ج، العدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.

2–**الأمر** رقم: 75–59، المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05–02، المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج. ر. ج. ج العدد 11، المؤرخة في 09 فيفري 2005، المعدل والمتمم.

3–**القانون** رقم: 89–02 المؤرخ في 1989/02/07، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ج. ر. ج. ج العدد 06، المؤرخة في 08 فيفري 1989(ملغى).

4–**الأمر** رقم: 03–11 يتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 26 غشت 2003، ج.ر.ج.ج العدد 52، الصادر في 2003/08/27، المعدل والمتمم.

5-**القانون** رقم: 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر. ج. ج العدد 41، المؤرخة في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج. ر. ج. ج العدد 46 المؤرخة في 18 فيفري 2010.

6-**الأمر** رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة الإرهاب، ج.ر.ج.ج العدد 59، الصادرة في 2005/08/26، المعدل والمتمم.

7-**القانون رقم**: 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

8- **القانون** رقم: 06-02، المؤرخ في 20فبراير 2006، المتضمن مهنة الموثق ج.ر.ج.ج العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006.

10-**القانون** رقم: 08 – 09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، العدد 21 المؤرخ في 17 ربيع الثّاني عام 1429 الموافق ل : 23أبريل سنة 2008.

11-**القانون** رقم: 08-12 المؤرخ في 21 جمادى الثانية عام 1429هـ الموافق 25 جوان 2008، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، عدد 36، يعدل ويتمم الأمر رقم:03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424هـ الموافق 19 يونيو 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج، العدد 43، المؤرخة في 20 جويلية 2003.

12-**القانون** رقم: 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1340هـ الموافق 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، العدد 15، الصادرة في 18 مارس 2009.

13-**القانون** رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ج.ج، العدد، 06، بتاريخ 2015/02/10.

14-**القانون** رقم: 18-09 المؤرخ في 10 جويلية 2018، ج.ر.ج.ج، العدد 35 الصادرة في 03 جويلية 2018، يعدل ويتمم القانون رقم: 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1340هـ الموافق 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

15-**القانون** 18-04 المؤرخ في 27 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 ماي 2018 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 27 الصادرة في 13 ماي 2018.

16-**القانون** رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 مايوسنة2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 28 الصادرة في 16 ماي 2018.

ج-المراسيم

- **المرسوم** رقم 16-134 مؤرخ في 25 أبريل 2016 المحدد لطبيعة السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها ج.ر.ج.ج، العدد 26، المؤرخة في 28 أفريل2016.

- **المرسوم التنفيذي** رقم 16-142، **المحدد** لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، المؤرخ في 5 ماي 2016، ج.ر.ج.ج العدد 28، المؤرخة في 8 ماي 2016.

2-قوانين وتنظيمات بعض الدول:

1- قانون التحكيم الهولندي لسنة 1986 متاح للإطلاع على الموقع :

https://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1735189&MasterID=1735189

Dernière visite: 05/09/2020 .

2- قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993 متاح للإطلاع على الموقع :

http://www.aifica.com/2017/04/14/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-8

Dernière visite: 02/09/2020.

3-قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 المعدل والمتمم، متاح للإطلاع على الموقع :

http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/Egypt/arbitrationlawar.pdf

Dernière visite: 02/09/2020 .

.

4-قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي متاح للإطلاع على الموقع :

http://www.e-justice.tn/fileadmin/fichiers_site_arabe/codes_juridiques/code_droit_intern_prive.pdf
Dernière visite: 20/08/2020

5- قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 متاح للإطلاع على الموقع :

http://www.adaleh.info/Art.aspx?Typ=2&Id=1184

Dernière visite: 05/10/2020 .

6-القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 متاح للإطلاع على الموقع :

http://www.legislation.tn/detailtexte/Loi-num-2000-83-du-09-08-2000-jort-2000-064__2000064000831

Dernière visite: 06/06/2020 .

8-القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات متاح للإطلاع على الموقع:

https://dcm.com.eg/files/files/laws/L111.pdf *Dernière visite: 19/07/2020*

9-قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 والمعدل بالقانون رقم 86 لسنة 2008 م نشر في الجريدة الرسمية العدد 22 مكرر6 يونيه 2008م.

10-نظام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) 2011 متاح للإطلاع على الموقع :

https://crcica.org/rules/arbitration/2011/cr_arb_rules_ar.pdf *Dernière visite: 07/09/2020*

11-قانون التحكيم الأردني رقم (31) لعام 2001 وتعديلاته في 2018، مرجع سابق، متاح للإطلاع على الموقع:

https://www.jea.org.jo/portal/wp-content/uploads/2019/07/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B9%D8%AF%D9%84-%D8%B1%D9%82%D9%85-16-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-2018.pd
Dernière visite: 02/09/2020

12-مشروع تعديل لسنة 2020 لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م متاح للإطلاع عليه في الموقع: http://www.plc.ps/ar/home/proposal/6 *Dernière visite: 07/09/2020*

13-قانون مقاطعة الكيبك الكندية متاح للإطلاع على الموقع:

:http://www.canlii.org/en/qc/laws/stat/rsq-c-p-40.1/latest/rsq-c-p-40.1.html

Dernière visite: 20/08/2020

3-التشريع الفرنسي:

-Code civil - Dernière modification le 01 janvier 2020 - Document généré le 31 janvier 2020.

- Code de la consummation - Dernière modification le 19 juin 2020 - Document généré le 19 juin 2020.

-Code de procédure civile -Dernière modification le 01 janvier 2020 -Document généré le 06 janvier 2020.

-قانون الثقة بالإقتصاد الرقمي الفرنســـــــي رقم 2004-575 الصادر في 2004/06/21، نشر هذ القانون بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم 143 بتاريخ 2004/06/22، 1168 متاح للإطلاع على الموقع:

https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000801164 /

JORF n°0143 du 22 juin 2004 Dernière modification: 26 février 2008 *Dernière visite: 20/08/2020* .

-Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE.

- Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 article 3 1°: Ces dispositions s'appliquent lorsque la convention d'arbitrage a été conclue après le 1er mai 2011.

- Ordonnance n ° 2016-131 du 10 février 2016, contenant le code civil français, dernière modification : 31 janvier 2020.

-Décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017 relatif à la signature électronique, JORF n°0229 du 30 septembre 2017.

- Arrêté du 12 avril 2018 relatif à la signature électronique dans la commande publique et abrogeant l'arrêté du 15 juin 2012 relatif à la signature électronique dans les marchés publics.

JORF n°0092 du 20 Avril 2018.

4-الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية لاهاي 1955م بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة.

- اتفاقية بركسل 1968م بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام في المسائل المدنية والتجارية:

-La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, CE 72/454 journal officiel n° L 299 du 31/12/1972, pp 32-42.

عدلت هذه الاتفاقية في 22 ديسمبر 2000 بموجب التوجيه الأوربي رقم 44 /2001

-Le règlement (CE) n° 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, journal officiel n°L 12 DU 16/01/2001, pp1-23

-اِتفاقية لوجانو المبرمة بين دول المجموعة الاقتصادية الأوروبية ودول منظمة الاِتحاد الأوروبي للتبادل الحر بتاريخ 16 سبتمبر 1988، هذه الاِتفاقية منصوص عليها في الجريدة الرسمية للمجموعة الأوروبية:

-Journal officiel n°L 319 DU 25/11/1988 , pp 09-33

-اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية (نيويورك)، 2005، المعتمدة في 23 نوفمبر 2005.

-اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، يناير 2011.

5-القوانين والتوجيهات الأوربية

- القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل تشريعه المعتمد من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في الجلسة العامة رقم 85 في 6 كانون الأول / ديسمبر 1996.

– القانون النموذجي بشان التوقيعات الإلكترونية مع دليل تشريعه المعتمد من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بناء على القرار رقم85/56، في جلستها العامة 85 ، في 12 كانون الأول ديسمبر2001.

*-**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, Journal officiel des Communautés européennes, N L144/19 Le 4 juin 1997.*

*- **Directive** 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électronique.*

*- **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.*

سابعاً–قرارات وأحكام قضائية:

-Court of Justice of the European Communities، Case C-89/91, Shearson Lehman Hutton Inc. v TVB Treuhandgesellschaft fur Vermogensverwaltung und Beteiligungen GmbH, judgment of 19 January 1993.

-Cour de cassation، chambre civile 1، Audience publique du mardi 30 mai 2000, N° de pourvoi : 98-15242.

-Cour de cassation française, première chambre civile, dans son arrêt n°844 rendu le 8 mars 2012.

ثامناً–القواميس:

1–ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط، ص 4687–4688.

2–الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، الطبعة الثالثة، دار الفكر، لبنان،2003.

تاسعاً–مواقع الإنترنت:

1-http://www.ecodir.org
2-http://www.gac.icann.org
3-http://www.alac.icann.org
4-http://www.aso.icann.org
5-http://www.ccnso.icann.org
6-https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1604037_ebook-a.pdf
7https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=FD382C0671BA9E19F4FBE4A2A1B998C5.tplgfr36s_2?idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20261231
8-http://www.intersettle.co.uk
9-http://www.balagh.com/pages/tex.php?tid=3284
10-http:// www.uncitral.org
11-http://www.google .com/Apps
12-https://www.hcch.net
13-https://www.cjoint.com/doc/20_01/JAhm4pSsUZh_cpc.pdf
14-http://www.juscom.net/uni/mem/0/ce/pdf
15https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A8%D8%B5%D9%85%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%8A%D9%86
16-https://www.marefa.org
17-http:// www.jus.uio.no/lm/un.Electronic.commerce.model.law.1996/doc.html
https://www.marefa.org/%D8%A8%D8%B5%D9%85%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%B5%D8%A8%D8%B9
18-https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-arabic-version.pdf.
19-http://www.webtrader.com
20-http://www.truste.com
21-http://Kenostar.edublogs.org
22-https://www.marocdroit.com.

الفهرس

الفهرس

إهـداء ..... ب

شكر وعـرفان ..... ج

قائمة بأهم المختصرات ..... د

مُقدِمة 1

الباب الأول:تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني قضائياً 17

الفصل الأول: قواعد الاِختصاص القضائي الدولي كآلية لتسوية منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني 20

المبحث الأول:دور المعايير التقليدية في تحديد الاِختصاص القضائي في منازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني 23

المطلب الأول:ضابط جنسية المدعى عليه 25

الفرع الأول:مفهوم ضابط الجنسية بشكل عام 25

الفرع الثاني:ضابط جنسية المدعى عليه في عقود الاِستهلاك الإلكتروني 27

الفرع الثالث:مدى ملاءمة ضابط جنسية المدعى عليه لمنازعات عقود الاِستهلاك الإلكتروني 28

المطلب الثاني:ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته 29

الفرع الأول: مفهوم ضابط الموطن أو محل الإقامة بشكل عام 31

الفرع الثاني:صعوبات تحديد الموطن أو محل الإقامة في عقود الإستهلاك الإلكتروني.. 35

الفرع الثالث:مدى ملاءمة ضابط الموطن أو محل الإقامة في منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني..... 38

المطلب الثالث:ضابط المحكمة التي إتفق الأطراف على اللجوء إليها..... 39

الفرع الأول:مفهوم ضابط إتفاق الخصوم على قبول ولاية القضاء بشكل عام 40

الفرع الثاني: مدى صلاحية ضابط إتفاق الخصوم في عقود الإستهلاك الإلكتروني .. 43

المطلب الرابع:ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه 46

الفرع الأول:مفهوم ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه..... 47

الفرع الثاني: مدى ملاءمة ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه لعقد الإختصاص في منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني..... 52

المبحث الثاني:دور ضابط موطن المستهلك في توفير الحماية الإجرائية للمستهلك الإلكتروني. 54

المطلب الأول:مضمون ضابط اختصاص محكمة موطن المستهلك 54

الفرع الأول:التطبيق الإختياري لضابط محكمة موطن المستهلك 56

الفرع الثاني:التطبيق الإلزامي لضابط محكمة موطن المستهلك..... 57

المطلب الثاني:موقف التشريعات الدولية والوطنية من ضابط محكمة موطن المستهلك 58

الفرع الأول:موقف التشريعات الدولية من ضابط محكمة موطن المستهلك 59

الفرع الثاني:موقف التشريعات الوطنية من ضابط محكمة موطن المستهلك 66

المطلب الثالث:تقييم ضابط اختصاص محكمة موطن المستهلك. 69

الفرع الأول:موقف الفقه من ضابط اِختصاص محكمة موطن المستهلك 69

الفرع الثاني:ملاءمة ضابط اختصاص محكمة موطن المستهلك لعقود الاِستهلاك الإلكتروني 71

الفصل الثاني:الإشكاليات المتعلقة بالقواعد التي يطبقها القاضي الوطني على عقود الاِستهلاك الإلكتروني..... 73

المبحث الأول:القانون الواجب التطبيق والتراضي في عقود الاِستهلاك الإلكتروني ... 74

المطلب الأول:القانون الواجب التطبيق على عقود الاِستهلاك الإلكتروني 75

الفرع الأول:الاِعتماد على قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق..... 77

الفرع الثاني:موقف الاِتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية من الاِعتماد على قانون الإرادة في مجال عقود الاِستهلاك الإلكتروني 87

المطلب الثاني:التراضي في عقود الاِستهلاك الإلكتروني 98

الفرع الأول:وجود التراضي في عقود الاِستهلاك الإلكتروني 100

الفرع الثاني:عيوب التراضي في عقود الاِستهلاك الإلكتروني..... 113

المبحث الثاني:الأهلية والإثبات في عقود الاِستهلاك الإلكتروني 128

المطلب الأول:الأهلية في عقود الاِستهلاك الإلكتروني..... 128

الفرع الأول:تحديد الأهلية في عقود الاِستهلاك الإلكتروني 130

الفرع الثاني:الوسائل المقترحة لحل مشكلة تحديد الأهلية في عقود الاِستهلاك الإلكتروني 137

المطلب الثاني:إثبات عقود الاِستهلاك الإلكتروني 144

الفرع الأول:حجية الرسائل والمحررات الإلكترونية في إثبات عقود الاِستهلاك 130

الفرع الثاني:موقف القوانين النموذجية وبعض التشريعات المقارنة من الكتابة الإلكترونية 152

الفرع الثالث:التعارض بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية في إثبات عقود الاِستهلاك 130

خلاصة الباب الأول..... 168

الباب الثاني:تسوية منازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني تحكيمياً..... 170

الفصل الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني كقضاء بديل..... 173

المبحث الأول:مفهوم التحكيم الإلكتروني 174

المطلب الأول:تعريف التحكيم الإلكتروني 175

الفرع الأول:تعريف التحكيم الإلكتروني ومقارنته بالتحكيم التقليدي 175

الفرع الثاني:مزايا وعيوب التحكيم الإلكتروني 179

المطلب الثاني:تمييز التحكيم الإلكتروني عن غيره من بعض وسائل تسوية المنازعات الإلكترونية..... 185

الفرع الأول:المفاوضات الإلكترونية 186

الفرع الثاني:الوساطة الإلكترونية 190
الفرع الثالث:التوفيق الإلكتروني 193
المبحث الثاني:مصادر التحكيم الإلكتروني..... 195
المطلب الأول:المصادر الرسمية العامة 196
الفرع الأول:اِتفاقية نيويورك لسنة 1958بشأن الاِعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية. 197
الفرع الثاني:الاِتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة1961(المبرمة في جنيف 21 إبريل 1961). 199
الفرع الثالث:القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعتمد من اليونسترال سنة 1985 200
الفرع الرابع:اِتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري سنة 1987 201
المطلب الثاني:المصادر الرسمية الخاصة 202
الفرع الأول:نظام المحكمة الاِفتراضية *Cyber Tribunal* 202
الفرع الثاني:نظام القاضي الافتراضي *Le Virtual Magistrature* 205
الفرع الثالث:نظام التحكيم الخاص بمنظمة الإيكان(ICANN) 208
الفصل الثاني: اِتفاق التحكيم الإلكتروني وعقود الاِستهلاك الإلكتروني..... 210
المبحث الأول:الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني..... 211
المطلب الأول:اِتفاق التحكيم الإلكتروني 212

الفرع الأول:مفهوم اِتفاق التحكيم الإلكتروني 212

الفرع الثاني:الشكلية في عقد اِتفاق التحكيم الإلكتروني 222

المطلب الثاني:خصومة التحكيم الإلكتروني 231

الفرع الأول:تشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني 232

الفرع الثاني:إجراءات التحكيم الإلكتروني 251

الفرع الثالث:القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني 256

المبحث الثاني:مدى ملاءمة الاِتفاق على التحكيم الإلكتروني في عقود الاِستهلاك الإلكتروني 266

المطلب الأول:طرق الاِتفاق على التحكيم الإلكتروني في عقود الاِستهلاك الإلكتروني 267

الفرع الأول:إبرام اِتفاق التحكيم الإلكتروني بِاستخدام علامات الثقة *(Trust Mark)*:..... 268

الفرع الثاني:إبرام اِتفاق التحكيم الإلكتروني من خلال مراكز التسوق الإلكتروني *(Market places)*: 270

الفرع الثالث:إبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني بطريقة فردية 271

المطلب الثاني:ملاءمة التحكيم الإلكتروني لمنازعات عقود الاستهلاك الإلكترونية . 272

الفرع الأول:ملاءمة التحكيم الإلكتروني لمنازعات عقود الاستهلاك الإلكتروني من حيث القواعد المطبقة 273

الفرع الثاني:ملاءمة قيمة النزاع وتكاليف التحكيم الإلكتروني مع عقود الإستهلاك الإلكتروني 274

المبحث الثالث:قرار التحكيم الإلكتروني وفاعليته في تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني 276

المطلب الأول:مفهوم قرار التحكيم الإلكتروني 277

الفرع الأول:تعريف قرار التحكيم الإلكتروني 277

الفرع الثاني:شروط صحة قرار التحكيم الإلكتروني..... 279

المطلب الثاني:فاعلية قرار التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني 289

الفرع الأول:تنفيذ قرار التحكيم الإلكتروني 289

الفرع الثاني:تقدير التحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود الإستهلاك الإلكتروني 295

خلاصة الباب الثاني 296

خاتمة 298

قائمة المراجع..... **Erreur ! Signet non défini.**

الفهرس..... 338

– الملخص باللغة العربية

إن دخول تقنيات المعلومات والاتصالات مجال عقود الاستهلاك غير كل المفاهيم التقليدية وأزال كل الحواجز، حيث أصبح العالم أسواقاً مفتوحة للجميع، يستطيع من أراد أن يتجول فيها كيف يشاء وأضحى إحلال هذه العقود محل العقود التقليدية يجري بوتيرة متسارعة، وهو ما نتج عنه العديد من المنازعات والإشكاليات القانونية التي حاول القضاء تسويتها من خلال تطبيق قواعد الاختصاص القضائي التشريعي، إلا أنه عجز في كثير من الأحيان عن إيجاد حلول مناسبة لها، مما دفع الفقه وكذا التوجيهات والاتفاقيات الدولية إلى المناداة بضرورة اللجوء إلى الوسائل البديلة في العالم الإلكتروني لفض المنازعات الناجمة عن هذه العقود من خلال تشجيع الدول على إنشاء مؤسسات التسوية الإلكترونية لتسوية النزاع على الخط.

ويعتبر التحكيم الإلكتروني من أهم الوسائل البديلة الإلكترونية، الذي لجأت إليه العديد من التشريعات المقارنة كوسيلة لتسوية المنازعات الناجمة عن العقود من خلال إنشاء مراكز للتحكيم متخصصة تعمل جاهدة من أجل توفير أفضل حماية إجرائية للمستهلك الإلكتروني، لكن رغم الانتقادات التي وجهت له كقضاء بديل إلا أنها كانت سبباً في تطوره كوسيلة للفصل في هذه المنازعات.

– الكلمات المفتاحية: عقود التجارة الإلكترونية-عقود الاستهلاك الإلكترونية – المستهلك الإلكتروني المحرر الإلكتروني – التوقيع الإلكتروني –التصديق الإلكتروني-التحكيم الإلكتروني-البريد الإلكتروني-

Abstract

The entry of information and communication technologies into the field of consumer contracts changed all traditional concepts and removed all barriers, as the world became open markets for everyone, who could roam in them however he wanted, and the replacement of these contracts with the traditional contracts is taking place at an accelerating pace, which resulted in many disputes. And the legal problems that the judiciary tried to settle through the application of the rules of legislative jurisdiction, but it often failed to find appropriate solutions to them. By encouraging states to establish electronic settlement institutions for on-line dispute resolution.

Electronic arbitration is considered one of the most important electronic alternative means, which many comparative legislations have resorted to as a means of settling disputes arising from contracts through the establishment of specialized arbitration centers that work hard to provide the best procedural protection for the electronic consumer, but despite the criticisms leveled against him as an alternative judiciary, it was The reason for its development as a means of settling these disputes.

- Keywords: e-commerce contracts - electronic consumption contracts - electronic consumer - electronic editor - electronic signature - electronic certification - electronic arbitration - e-mail -