

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية



الحماية الإجرائية للمستهلك

بين طرق الإثبات التقليدية والإلكترونية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في قانون المنافسة والاستهلاك

من إعداد:

أحمد بوزينة إيمان

تحت إشراف:

أ.د. شهيدة قادة

لجنة المناقشة:

أ.د. رايس محمد	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. شهيدة قادة	أستاذ	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د. بن عصمان جمال	أستاذ	جامعة تلمسان	مناقشا
أ.د. سكيل رقية	أستاذة	جامعة الشلف	مناقشا
د. خلافي ربيعة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة معسكر	مناقشا
د. عكلي جيلالي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعيدة	مناقشا

السنة الجامعية: 2024 - 2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكروا منّا

شكرا للأستاذ قادة شهيدة،

شكرا للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة،

شكرا لجامعة تلمسان،

شكرا لكل أساتذتي،

شكرا لأهلي،

شكرا لكل من دعمني خلال هذا الماراثون الطويل جدا .

إهداء

إلى روح والدي، لعله علم نافع يُنتفع به.

قائمة المختصرات Liste des abréviations

باللغة العربية:

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

ق.م.ف : القانون المدني الفرنسي.

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.إ.م : قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ق.أ : القانون الأمريكي.

ج.ر : الجريدة الرسمية.

ص : صفحة.

ط : الطبعة.

ع : العدد.

باللغة الفرنسية:

Art : Article.

Bull : Bulletin des arrêts de la cour de cassation.

C.A : Cour d'appel.

C.E : Conseil Européen.

Cass : Cassation (cour de).

Civ. Cass : Arrêts de chambres civiles de la cour de cassation.

Civ. 1er...2e : cour de cassation. 1er chambre civile ...2 chambre civile.

Cour. EDH : cour européenne des droits de l'homme.

مقدمة

مقدمة

بحثاً عن حماية متقدمة للمستهلك بسبب اللامساواة الموجود فيها والضعف والعزلة، أعيد النظر في نظرية العقد والمسؤولية ونظريات أخرى في قانون الاستهلاك والجنائي والدولي الخاص كمحاولات للتكيف أو التصويب، عندها فقط بدأنا نتكلم عن قانون موضوعي لحماية حقوق المستهلك وهذا ما بلغنا فيه شأواً جد متقدم من السبعينات إلى يومنا هذا أو لنكون أكثر دقة إلى أن وصلنا لإلحاح نقطة التكريس.

إذ قدمت الحماية الموضوعية حقوق كبيرة للمستهلك التي بمفهوم المخالفة تعبر عن التزامات صارمة على المتدخل، صحيح أنها بدأت بسيطة متأثرة بكلمة من رئيس الولايات المتحدة الأمريكية أمام الكونغرس في سنة 1962، اعتبر فيها فئة المستهلكين أكبر فئة اقتصادية لها ثقل التأثير والتأثير في وبكل المجالات الاقتصادية معلنا عن حقوق أربعة للمستهلك، لكنها ازدادت وانعكست على التزامات المتدخل بالتشديد المصاحب لتطور العقود السريع، هذا التطور ربما هو ما أدى وبطريقة ما في مرحلة معينة من مراحلها إلى ما يُظهر أن تلك الحقوق مهددة بفقدان مضمونها الملموس.

لأن المستهلك مضطر باستمرار للتعامل مع عقود جديدة، كما فعل مع عقد البيع التقليدي عندما أصبح ينعقد بواسطة الإنترنت، والأسواق الإلكترونية التي لا شك أنها سهلت إبرام العقود من خلالها كما عدت المتاجر الإلكترونية الخيارات أمامه. هذا التغيير التكنولوجي في الاتصالات الإلكترونية ومعلوماتها أدى إلى تحول ثقافي جذري خاصة في المجتمعات الحديثة، حيث حول تحديات الحفاظ على توازن الحقوق التقليدية لأطراف علاقة الاستهلاك مثل الحق في الخصوصية والمساواة أمام القضاء وحياد القاضي إلى بسيطة، مقابل الحاجة الحديثة إلى أمن الطرف الضعيف والسلامة والحيطة وتمكينه من الوصول السريع إلى العدالة.

لذلك اصطدمت حقوقه بفجوة كبيرة بين قواعد الحماية الموضوعية والأخرى الإجرائية، كون الأولى مكنت المستهلك من حقوق كان بحاجة ماسة لها كطرف ضعيف لكنه أيضاً بحاجة لتفعيلها وهذا ما لا يمكن أن يحدث بدون الثانية، فعندما يرفع دعوى ويريد التدليل على حقه أمام القضاء سيجد لا محالة ما أسماه أب قانون الاستهلاك Jean Calais Aulay "بصعوبات" الوصول إلى القاضي وطرق إنفاذ الحق.

تلك الصعوبات جعلت دعوى الحماية الإجرائية تبدو وكأنها لازالت أملا منشودا، أو بواقعية وبعيدا عن عاطفة المستهلك باعتبار أننا كلنا مستهلكين، يمكننا القول لم يتحقق من الحماية الإجرائية جزء كبير فأصبح الحق الموضوعي غير ذي فائدة عمليا على الأقل في الدول التي لم تتطور نظرتها للاستهلاك كفكرة، لأنها استمرت في طرح مسألة الحماية الإجرائية للمستهلك بالنظر إليها من لب الحماية الموضوعية رغم أن هذا يبدو منطقيا وجذابا قبل أن يُطرح سؤال ماذا عن الإثبات؟ ما هي الضمانات القانونية التي تكفل وصول المستهلك إلى حقوقه الموضوعية؟ هل يمكنه ذلك دون توازن المراكز وتعزيز الإثبات؟.

سنة 1968 جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري 25-68: "إن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه" حتى وصف بأن الحق المجرد من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، ولأن الدليل مرتبط بالإثبات يقول الفقيه Planiol "الدليل يعطي الحياة للحق" وقبله قال "الحق يحتاج إلى التدليل ليتمكن المدعي من مزيته"، بعبارة أخرى بدون دليل أو إثبات لن نصل إلى الحديث عن الحق. بالضبط من هذه الزاوية التي لو أردنا قياسها بمقياس قانون الاستهلاك، سيكون علينا التفريق بين الموضوعي والإجرائي، بل أكثر من ذلك علينا التفريق بين الإثبات من الزاوية الإجرائية والأخرى الموضوعية وهذا ليس أبدا بالأمر الهين البسيط. فمن بين الكثير من الفقهاء الفرنسيين قال الفقيه Luis Bergel أن الإثبات له شقين، شق موضوعي وشق إجرائي، الأول يتعلق بموضوع الإثبات وطرقه أو ما يعرف بآلياته، والثاني يتعلق بإقامة الإثبات وتنظيمه مما يخالطه من بعض العوارض والطوارئ.

من هذا الشق الأخير الصغير جدا علينا النظر إلى المدى الممكن لتفعيله على الأقل أكاديميا، والبحث عن الأطر الفكرية والتنظيمية والواقعية المنطقية التي تسمح لنا بنقل هذه الفكرة التي تبدو مثالية في شقها هذا، ووضعها في قوالب وأطر الجامعة وإن كان هذا دور الجامعة أصلا خاصة في الدول التي يكون فيها الفكر الاستهلاكي قد قطع أشواطاً أبعد، لعل هذا الممكن الذي نريد تأطيره نظريا له أن يتجسد على مستوى العدالة القضائية أو العدالة البديلة.

طبعاً في الإطار المعهود، حظي الإثبات باهتمام كبير تأطيراً وإعمالاً، لكنه انصب على شقه الموضوعي خاصة في مجال قانون الاستهلاك فقد قيل فيه ما قيل وكتب فيه ما كتب وما زال، هذا على حساب الحيز الأول الذي تكلمنا عنه ونريد البحث فيه أي الإثبات من منظور الحماية الإجرائية فقد بقي بعيداً عن الاستقرار بقناعة راسخة حوله رغم ذلك القدر من التجاذب الذي لم يقف على ثابت مستقر أو قناعة.

وإن كان البعض يتكلم منذ مدة عن مقدمات قانون إجرائي مدني للاستهلاك كما وصفه أو أراده أب قانون الاستهلاك Jean Calais Aulay، كما نعاش كل يوم جديد دعوى متجددة لنشأة وبلورة قانون إجرائي لحماية المستهلكين حتى تتحقق الحماية الفعلية والواقعية لما يأملون من حقوق. من يدري "ربما نحضر لتشكّل قانون إجرائي مدني للمستهلكين" قول Jean Calais Aulay هذا كان منذ 1980 وما زال لم يُشهد بل بقي عزيزاً على التكريس الكلي، لكن منذ 1980 إلى الآن هل يمكننا على الأقل التساؤل عن إمكانية تحقق ذلك؟.

خاصة وأنا في عهد يشهد فيه العالم طفرة تقنية يرى المحللون أنها الرابعة، لكنها دون شك التابعة للتقنية الرقمية وكل ما نتج عنها من اتصالات الكترونية وغيرها، مما وضع مقابل فكرة الشك والريبة الحالية اتجاه الذكاء الاصطناعي أو كما يُسألونه الفقاعة التي ينادى بها الموردون (لأن المستهلك في نظرهم مازال غير مستعد)، شعور عام باستقرار تقنية الاتصالات الالكترونية، ربما لأن التقنية الرابعة خلقت تحدي هائل مقارنة بما وصلت إليه سابقتها، إلا أن افتقارها إلى الأطر والأنظمة والتشريعات لا يجعلنا ننكر مسارها المتقدم فيما انعكس من بعض فوائدها على أتمّة التعاون بين الأنظمة المختلفة للأعمال وتطبيقاتها المتعددة في المجالات الواسعة كالاتصالات الالكترونية والعقود بقواعدها من بينها عقد الاستهلاك.

في ذلك بحثنا وحللنا محاولين الاستنباط لرد المشتت والمجزأ إلى أصل يحويه، لأن التطور البحثي الذي نشهده في هذه المسألة يتم بفضل سفر وتنقل الأفكار والقوانين من منظومة أو عائلة إلى أخرى وفي الأغلب انطلاقاً من انتقاد ما هو قائم رغبة فيما هو منشود، فالموضوع مازال مغري وحديث، محاط بالرهانات، والمعلومة فيه لازالت عريضة وغير دقيقة، لأن فكرته أساساً وليدة ناشئة وكل جديد ناشئ هو غير واضح

يكفي صاحبه أن يؤطره وينتظمه بشكل منهجي معقول ومقبول وأقصى أمانيه أن يشاركه الآخرين.

لقد اكتنف سياق هذه الأطروحة محطات عديدة فارقة جعلتنا نتعامل معها كواقع لا مناص من التحايل عليه، لعل أهمها قلة وندرة المراجع لكننا انطلقنا من القليل ذاك تحديدا بحث للفقيه François GénY الموسوم بـ "des droit sur les lettres missives" الذي كان أكثر تركيزا على الإثبات كحق إجرائي وبدى فيه الفقيه وكأنه أب لهذه الفكرة التي من بعدها أصبحنا نتكلم عن قرينة سوء التقنية وتحويل عبء الإثبات على عاتق المحترف بعدما كان غير مطالب بأي شيء وعلى المستهلك إثبات العيب الخفي وشروطه صار على المحترف إثبات التزامه.

كما كان الباب الأول الموسوم بالأحكام الإجرائية من أطروحة الأستاذ قادة شهيدة تحت عنوان "المسؤولية المدنية للمنتج" التي حاول فيها الوقوف على بعض القواعد الخاصة للحماية المدنية للمستهلك مخصصا مبحثا في خصوصية الإثبات في مجال هذه الحماية، هذا قد تم طرحه في سنة 2005 في صفحات عشرة تقريبا من الصفحة 243 إلى الصفحة 253، التي كانت لنا منطلق مفيد، لكنها حتما غير كافية لتقديم المطلوب في أطروحة الدكتوراه هاته.

لقد وجدنا أيضا في أطروحة الأستاذ جيلالي بورياش الجديدة في تاريخها وموضوعها الموسومة بـ "آليات حماية المصالح التجارية للمستهلك في القانون الجزائري"، وجدنا حيزا مخصص لدراسة الإثبات من زاوية قانون الاستهلاك لكنها كانت مختلفة عن الزاوية التي يجب النظر منها للبحث في موضوع هذه الأطروحة.

هي بحوث تذكر فتشكر، كما يحمد كون منازعات الاستهلاك لا توجد بكثرة في المحاكم لدينا، ويؤسف على أن هذا ليس مؤشرا على حماية حقوق المستهلك. الحقوق التي قطع شوطا لا بأس به في بعضها كالحق في الوصول إلى العدالة لكنه توقف طويلا أمام مشكلة إقامة الدليل أي حقه الإجرائي، والإثبات كما هو معلوم عصب هذه المشقة وجزء أساسي للمرور إلى حقه الموضوعي الذي أعترف له به وحقق نوعا من العدالة خاصة بعد إيجاد جمعيات حماية المستهلك.

إذا إقامة الدليل من الناحية الإجرائية وليست الموضوعية هو الجزء قليل الاهتمام بحثاً وهذه هي المشكلة التي واجهناها في العمل الجديد هذا، الذي من منظور أحدث يكثر فيه الأسئلة أكثر من الأجوبة. وإذا كان صعباً إيجاد مواصفات السؤال الضام والرحب والحاضن الذي من شأنه توفير المنطلق الحامل للمخطط أكثر من إحاطته بالمعلومات، وضعنا إشكالية قد لا تكون مثالية لكنها إشكالية المُمكِن التي جاءت بحسب ظروف التعقيد والجدة كالتالي: إلى أي مدى يمكن قبول النظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك؟ وأي آليات تُتوسل لبلوغ هذا المنشود؟.

في سعينا لجمع قطع هذا الموضوع وأجزائه المتناثرة هنا وهناك خصصنا بابين اثنين:

حاولنا في الباب الأول رسم خريطة تبلور الطبيعة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك بين فصلين أساسيين، عُني الأول بتطور النظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك بالتركيز على النقلة التي حدثت بمجرد تغير النظرة إلى الإثبات العباء تقليدياً إلى حق إجرائي قائم بذاته بالتوازي مع عناصر التزام الإثبات، والشكلية كوسيلة إجرائية موثوقة ذات هالة خاصة ورمزية استثنائية في الحماية الإجرائية للمستهلك.

من الضروري أيضاً كفصل ثاني تحديد نظام الحماية الإجرائية بفحص أساس الحماية من حيث الأشخاص خاصة بعد استحداث صفة جديدة أضيفت لأطراف الحماية من مستهلك ومتدخل إلى مستهلك إلكتروني ومورد إلكتروني، لم يتوقف التجديد هنا بل امتد لأساس الحماية من حيث المسؤولية وإثباتها كالتزام ثقيل على المستهلك يمكن ربما تخفيفه بأسس أو أنظمة قانونية مختلفة.

أما بالنسبة للباب الثاني لأبد من تتبع خطوات تكريس الحماية الإجرائية، في فصل أول نركز السعي فيه إلى التحقق من التنوع الكبير في القواعد الموضوعية التي أُتخمت شروطاً لدعاوى الإثبات الحمائية للمستهلك دون أن تضع الملعة الذهب في فمه، مازال عليه الخروج من عنق الزجاجة بمواجهة شروط قبول دعواه وتأسيسها الصحيح لمتنحن في النهاية من طرف سلطة القاضي التقديرية.

لنفهم أيضا مكانة الحماية الإجرائية للمستهلك في ظل العدالة البديلة، وسبب اختيارها من بين الحلول المتاحة له، لرسم صورة واضحة وربما متوازنة عن واقعها الذي لم يتوقف عن امتحان المستهلك في الإثبات وكأنه شرط واقف لتحقيق فعالية الحماية الإجرائية للمستهلك.

الباب الأول :

**تبلور الطبيعة الإجرائية للإثبات
في مجال حماية المستهلك**

إن اعتماد أنظمة وقواعد ذات طبيعة وأغراض مختلفة، قد يكون إما تكميل وتأكيد الحماية المقررة أو محاولات ضمان درجة معينة من الحماية، ولاشك أنها عندما تتعلق بالمستهلك لا يمكن القول "إما...أو..." كخيار بين الاثنين بل لابد من "و" جمع بين ما هو مقرر من أنظمة حماية كتأكيد وضمن. لذا اعتمدت التشريعات منذ ظهور فكرة الطرف الضعيف في العقود واعتبار المستهلك مشمول بها، العديد من القواعد ذات الطبيعة الموضوعية والإجرائية. لأن الصلة بين الإثبات وحماية الحق وثيقة؛ وعجز المدعي عن إثبات حقه يعنى بلا شك فقدانته حتى وإن كان معترفاً به ومحمي قانوناً لهذا اعتبرت مسألة الإثبات من المسائل المركزية التي قدمت وسائل فعالة لضمان ذلك الحق بتأسيسها على قواعد قد تختلف مساعيها ومساراتها، إلا أنها في النهاية تعطي المستهلك ليس قوة المتدخل بل التوازن في علاقاته الاستهلاكية.

ولا يمكن تحقق ذلك دون الربط بين قواعد الإثبات العامة وقواعد حماية المستهلك، لتمكين أطراف العلاقة الاستهلاكية من تقديم وسائل الإثبات كعملية إجرائية قد ينتقل المستهلك بها إلى درجات حماية أبعد. ولأن حاجته هذه لا تظهر حصراً في سياق النزاع، بل أحياناً في وقت مبكر من إبرام العقد أو تنفيذه ازدادت المساعي لإضفاء الطابع المادي الخارجي للتصرف الاستهلاكي كحماية إجرائية أوسع من حدود مبدأ الرضائية وحرية الإرادة وأنسب لعالم الاتصالات الإلكترونية وأبعاد العقد العامة والاجتماعية المتأثرة بتطور الفكر الاقتصادي والإيديولوجي (الفصل الأول).

سواء تعلقت الحماية الإجرائية بضمان التوازن في العلاقة الاستهلاكية وتجنب النزاع أم تطويع جزء من عقبات الإثبات أثناء النزاع، كان لابد من تصنيف أشخاص وأطراف هذه العلاقة القانونية، فتم تحديد فئات تعتبر نسبياً جديدة كطرف سمي "بالضعيف"، ممثلاً في شخص المستهلك كمقترض أو مؤمن له تقليدي أو إلكتروني، الذي بني على ضعفه التعاقدية النابع من عجزه المعلوماتي والخبراتي أساساً لتعريف الطرف الآخر المقابل له في العقد ممثلاً في شخص المتدخل مهما كان موضوع وطريقة ومكان إبرام العقد. ذات الضعف الذي ربما على تفاقمه وضع أساساً لمسؤولية هذا الطرف القوي تقوم عليه الحجة والدليل بمجرد إخلاله بأحد التزاماته التي من أجل حماية فعالة

شدت زيادة أو صرامة حسب أيضا موضوع وطريقة ومكان إبرام العقد (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تطور النظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك

تقليديا اعتبرت قواعد الإثبات نظام قانوني مساعد، ذو مكانة يمكن وصفها بالثانوية على هامش فروع القواعد العامة للقانون المدني والإجراءات المدنية والإدارية، متناولة كما لو كانت قسما فرعيا صغيرا من قانون الالتزامات، متناثرة بين أساسين من رموز العدالة المدنية، دون إمكانية لوجود هوية خاصة بها أو حتى لإشارات تشكل معالمها. لعله أمر يمكن تبريره آنذاك بما قبل ظهور مسألة حماية المستهلك وما يتعلق بها من إجراءات، إلا أن الحديث عن ما بعدها لا يمكن أن يستمر على نفس المنطق خاصة وأنها مسألة أخذت أبعاد مهمة متدرجة في وضع أسسها من النصف الثاني للقرن العشرين التي جعلت قواعد الإثبات المصممة على حسب القواعد العامة دون الاهتمام المطلوب بالحماية الإجرائية، جعلتها تبدو متآكلة، لهذا ظهرت مبادئ داعمة لاكتشاف مساحات جديدة ورسم حدود تفرع قانوني مستقل كنوع من التطور الذي شهدته قواعد الإثبات في بداية الألفية الثانية.

كان الواضح من تلك المبادئ ما تعلق بالتزام الإثبات وعناصره الأساسية التي تأرجحت طويلا إلى أن قبلت طبيعتها الإجرائية بجانب الموضوعية، من الفقه الذي أعطاهم مبررات وأسباب حولتها إلى حاجة ملحة، والتشريع الذي أوجدها والقضاء أكمل صورتها الضبابية المجردة وأعلنها كضمان توازن البحث عن الحق، بهذا الشكل دخل حق الإثبات في مجال حماية المستهلك واستمر في التكيف مع ما يحقق المرجو منهما عندما تتعلق النتيجة النهائية على مدى قدرة أطراف عقد الاستهلاك في تقديم وسائل الإثبات المستمدة أحيانا كثيرة من مبادئ أخرى لزيادة حماية الطرف الضعيف، كجعل حرية الإثبات خادما لهم ومهيمن على الإثبات المدني والاعتماد على وسائل دون أخرى كالخبرة أو البريد الإلكتروني، أو عكس عبء الإثبات (المبحث الأول).

تطبيقها أثر أكثر على مبادئ الإثبات ذاتها حيث أصبحت حرية الإثبات مختلطة مع تقييد الإثبات، والشكلية متطلب أساسي في الحماية، بل سبب ومصدر الحماية الإجرائية لدورها في تأكيد الحقوق واقتضاءها، ممتدة إلى أبعد من مجرد التعبير عن الإرادة أو

وضع قيود عليها إلى تحصين الإرادة والحفاظ على الحقوق بحفظ دقة مصادرها وضمن تأثيرها الخاص وإثباتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نمو فكرة الإثبات من الموضوعية إلى الإجرائية

الإثبات وسيلة الوصول إلى الحق، باعتباره الطريق الوحيد التي يعتد بها القانون لتأكيد وجود الواقعة محل النزاع من عدمه، ومن ثم توقيع الآثار القانونية المترتبة عنها، لهذا أخذ على أنه من أهم وأدق المسائل التي تواجه القاضي وهو يؤدي وظيفة تحقيق العدالة. التنظيم القانوني لهذه الوسيلة التي مازالت تسعى إلى الحقيقة، وضعها في إطار قواعد للإثبات، التي طالها كغيرها من القواعد والمبادئ تطور متتالي في مراحل مختلفة من الحضارة الإنسانية وهي تخطو خطواتها الأولى نحو الحداثة، إذ احتاجت إلى نظام إثبات يرافقها ويتناسب مع تطورها الحتمي والذي لا يمكن أن يُعرف سوى على أنه حاجة يمكن تتبعها من الوقت الذي بدأ الإنسان يطلب تسوية نزاعاته أمام أطراف ثالثة.

عندما نصل إلى معنى الإثبات نجد الفقه، يعرفه كل وفق تقديره الخاص وبحسب نظمه القانونية¹، وإن لم يحدث إجماع بقيت المفاهيم متقاربة نسبيا وأحيانا متشابهة، الفرق هو أن أحدهم لم يتوقف عند عمومياته بل اهتم بتفاصيله أيضا بينما لم يفعل الآخرون. ولعل الثقافة الأنجلو-أمريكية كانت تنتظر للإثبات من خلال أساس واحد وهو الحقيقة حيث يعتبر إثباتها جوهر الدعوى، رغم أن السائد آنذاك هو المثل القائل "الحقيقة تصنع القانون"، رغم ذلك مازال يستوجب إثباتها لضمان فعاليتها بالنظر إلى أن الأدلة طريق لإثبات وجود واقعة مدعى بها من عدمه، يكون على الطرف المدعى إثبات وجودها وعلى الطرف المنكر إثبات العكس. والإثبات ليس فقط ما يتعلق بمسألة قبول وسائله أم رفضها، بل هو الإجابة عن مسائل أخرى قد تكون أكثر أهمية مثل ما مصير

¹ نظام أنجلو أمريكي (نظام القانون العام)، ونظام قاري (القانون المدني): جادل البعض بأنه من الصعب التفكير في أن العلاقات القانونية في نظام القانون العام مختلفة بالكامل عن تلك الموجودة في النظام القاري، أكد تميزها عن بعضها بعض النقاط تتعلق في مجملها بالشكل. في نظام القانون المدني يتم غالبا تدوين قواعد الإثبات بقانون. أما في نظام القانون العام، فإن قواعد الإثبات غالبا هي قواعد غير مكتوبة تم تطويرها من قبل القضاة من خلال قراراتهم. فضلا عن دور القاضي: حيث يكون له في نظام القانون المدني دورا أكثر فاعلية في التحقيق وإدارة المحاكمة. بينما في نظام القانون العام، يكون دوره أكثر حيادية حيث يقع على عاتق الأطراف مسؤولية تقديم الأدلة الخاصة بها.

الحقوق إذا لم يتمكن أصحابها من إثباتها؟ ما قيمة وسائل الإثبات إن وجدت؟ وما هي إجراءات تقديمها أمام القضاء؟ إلى غير ذلك.

بالمقابل نجد النظام المدني ينظر إلى الإثبات من زاوية إقامة الدليل على وجود واقعة قانونية محل نزاع أمام القضاء لتكوين قناعته حسب الوسائل القانونية المحددة، والخاص بالتدليل على تلك الواقعة أو نفيها لأن محل الإثبات ليس هو الحق المتنازع عليه المراد الوصول إليه؛ بل مصدره المتمثل في الواقعة القانونية المنشئة لهذا الحق سواء كانت تصرف قانوني كالبيع أو الوكالة، أم كانت واقعة مادية كالولادة أو الوفاة.

ومن بين محاولات البحث عن معنى قانون الإثبات كانت تلك الشاملة الجامعة بين الأنظمة أو المقربة لوجهات النظر عندما تم ربطه بعنصر الإثبات ودرجة الإثبات المطلوبة ونطاق الإثبات وقبول وسائله وغيره من المسائل الإجرائية، باعتباره مجموعة القواعد المنظمة للوقائع ذات الصلة المقدمة أمام القضاء. لهذا اعتبرت مسألة الإثبات سبيل تحقيق التوازن أو التقارب بين الحقيقة الواقعية والأخرى القضائية، الذي مهما اختلفت الأنظمة حول معناها في النهاية أريد بها حماية الحق، بالحصول على قناعة القضاء وتجسيدها في حكم فاصل يصبح عنوان الحقيقة ومظهرها رغم عدم مطابقته لها أحيانا، لأن الحق مرتبط بالقدرة على إثباته وإقامة الدليل على المصدر القانوني المنشئ له ويجرد من كل قيمة في حال انعدمت تلك القدرة والوسيلة، "لأن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه" (المطلب الأول).

ولأن الإثبات له طرق محددة قانونا تحديدا ملزم للخصوم وللقاضى، لا يحق لهم الاستناد في دعواهم على غيرها أو أن يخالفوا ضوابطها القانونية أمام القضاء، باعتبارها من القواعد الإجرائية الجوهرية التي تسهل حماية المستهلك وتضمن فعاليتها، نظمتها التشريعات وفق منهجيات مختلفة إما بقواعد عامة في إطار القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية أو بمقتضى قوانينها الخاصة بحماية المستهلك، كالمشرع الجزائري الذي سار على المنهجية الأولى دون أن يضمنها بأحكام خاصة بالمستهلك نظمها بمقتضى القواعد العامة في إطار القانون المدني بالمواد من 323 إلى 350 منه بالنسبة للأحكام الموضوعية وبالمواد من 70 إلى 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة للأحكام الإجرائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نظرة الفقه والتشريع والقضاء للإثبات في مجال الحماية الإجرائية
إذا كانت نظرية الإثبات في جوهر كل نظام قانوني، فإن الالتزام بالإثبات في صميم كل نظرية إثبات، إذ بين الإثبات كحق وعبء تزداد فعالية قواعده وتحمي حقوق الأطراف ويسأل القاضي من خلال سلطته التقديرية عن وسائله الأكثر صلة.

لذلك غالبا ما تطرح مسألة الإثبات في سياق نزاع، عندما يجد الأطراف أنفسهم ملزمين بإثبات صحة ادعاءاتهم والاعتراف بها، إذ من الشائع التعامل مع الإثبات على أنه عبء على أطراف الخصومة، مرتبط بقناعة القاضي وقبوله بصحة ما قدمه هؤلاء من دلائل تبرهن وتسبب وتبرر إدعاءاتهم تارة بثنيتها وتارة أخرى بإنكارها من خلال عملية إجرائية ولدت وترعرعت في كنف النظريات الفقهية (الفرع الأول).

ومع ذلك، فإن المبدأ أمام القضاء يستلزم إثبات كل ما يدعى به في حال تم إنكاره، من خلال جمع الدلائل وتقديمها من أجل إقناع القاضي. ولأن مسألة الإثبات لا تنشأ حصرياً في مثل هذا السياق، إذ يمكن أن تولد في مراحل متقدمة، كوقت إبرام العقد أو أثناء تنفيذه من خلال تقديم عناصر تثبت حسن نية الطرف الذي يقدمها إلى الآخر، في الحالة الأولى يتم تشجيع إبرام التصرف وفي الحالة الثانية يتم تجنب النزاع أو الحد من بعض مشاكل الإثبات بتسهيل إثبات المدعى به (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزام بالإثبات في نظر الفقه

إن حق الإثبات من وجهة نظر الغالبية العظمى من أصل فقهي، لقد ولد في فكر Gény الذي كان يعتبره في المقام الأول حق أساسي يمنح الأشخاص القدرة على جمع واستخدام وسائل الإثبات لدعم ادعاءاتهم ومطالبهم، واقترح الاعتراف به على أساس أنه: "قدرة بموجبها يتمكن كل شخص من جمع واستخدام وسائل توفرها العلاقات الاجتماعية والقانونية من أجل تبرير حقوقه والدفاع عنها"¹.

قدم الفقه حق الإثبات بتأسيسه على المبدأ العام القاضي بالالتزام الأطراف المتخاصمة على إثبات الحقائق المدعى بها، باعتباره كل ما يمكن أن يواجه به أحد الطرفين خصمه أمام القضاء عن طريق موازنة المصالح المؤدية إلى الحقوق المطالب

¹ François Gény, Des droits sur les lettres missives, Sirey, Vol 2, paris, 1911, p. 106.

بها. من هذه الرؤية ومن بداية القرن العشرين نشأت فكرة الاعتراف بحق الإثبات لكل شخص مدعي وتمكينه من إثبات ادعاءاته بوسائل قانونية.

تطبيق هذه الفكرة جعل الواقع يظهر أن تحديد الطرف الذي يقع عليه الالتزام بالإثبات يمكن أن يكون صعب نسبياً، لأن المعايير النظرية الفقهية ليست دائماً واضحة، إلى جانب تغير الحلول القضائية مع تغير الظروف والوقت والمجتمع ذاته. غير أن النظر إلى الموارد المتعددة يجعل إمكانية الوصول إلى الحقيقة أكبر بتشجيع الأطراف على تقديم المزيد من الأدلة والإثباتات بمساعدة المحامون وسلطة القضاة التقديرية الواسعة في تحديد كفاية الأدلة المقدمة للإثبات من نقصها، لدرجة أن نفس الفقيه عاد وأكد على أن وجود أي واقعة قانونية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بإثباتها بل يعتبر الشرط الأول لفعالية هذا الواقع¹، الذي دون إثباته حتى وأن كان موجوداً سيكون دون أي جدوى ولا فائدة.

بعدها قدم الفقيه Planiol حق الإثبات كمبدأ يقضي بأن "يكون لأي طرف في الخصومة الحق في إثبات ما يدعيه لمصلحته"²، للأطراف على أساسه حق حقيقي يمكنهم من إثبات ادعاءاتهم، والقاضي لا يستطيع أن يمنع أي أحد من الأطراف من تقديم ما لديه من دلائل على الواقعة أو التصرف وإلا اعتبر إخلال بحق الدفاع ويجعل الحكم مشوباً بعيب يستوجب نقضه³، لهذا يكون المدعي ملزم بإثبات ما يدعيه والمدعى عليه له الحق في تقديم ما يثبت عدم صحة تلك الإدعاءات.

تنفيذ هذا الالتزام يتطلب مواجهة عقبات إنتاج الأدلة التي يحتاج إليها الأطراف في الإثبات، إذ كانت تعترضهم بعض القواعد القانونية يستحيل معها الأمر بتقديم الأدلة والالتزام بواجب وحق الإثبات، ولا يمكن مخالفتها بإجبار أي طرف على تقديم دليل ضد نفسه، كالمادة 17 الفقرة 3 من القانون التجاري الفرنسي القديم التي قضت بأنه "لا يمكن أن يُطلب في المحكمة تقديم المحررات المحاسبية إلا في قضايا الميراث، وتقسيم

¹ François Génys, Science et technique en droit privé positif, Sirey, t. III, Paris, 1921, p. 110 : « l'existence juridique d'un fait dépend tellement de sa preuve, que celle-ci en reste la première condition d'efficacité ».

² Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil, Librairie générale de Paris, 1923, t. 2,

³ عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام؛ المصادر، الأحكام، الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة،

1994، ص 815.

الشركة، وفي حالة التسوية القضائية، وتصفية الأصول". ولعلها كانت الاستثناء الوحيد على القاعدة العامة التي تمنع القاضي من الأمر بتقديم الأدلة.

بالنسبة للمدرسة التقليدية كانت هذه القاعدة مبررة باعتبار قبول الحل المعاكس يعني عكس عبء الإثبات، وتمكين أحد الأطراف المتخاصمة بأمر من القاضي من مطالبة الطرف الآخر بالحصول على أدلة إثبات الواقعة المدعى بها حتى لو كان عبء الإثبات يقع على عاتقه.

لم تحظى هذه النظرية بالإجماع وعورضت بفكرة مؤداه بدلا من زيادة حقوق الأطراف في مجال إدارة الأدلة أمام القضاء زادت واجباتها ومنح القاضي بمقتضى القواعد العامة سلطات جديدة عندما وضعت حد لتطبيق قاعدة لا يلزم أحد بتقديم دليل ضد نفسه.

تلى ذلك ظهور نظرية أخرى في الإثبات تركز على أهمية العدالة في عملية الإثبات، وأكدت على تمكين كل طرف من الوصول إلى كل الأدلة القانونية بما فيها تلك التي يحتفظ بها الطرف الآخر، مما يفيد السماح للمدعي بإثبات الوقائع المدعى بها من خلال أدلة الإثبات الموجودة لدى خصمه والتي تتضمنه¹. إلا أن الفقه حينها حصر الحق في الإثبات على الشق الأول فقط وهو تمكين المدعى من إثبات ما يدعيه أمام المحكمة.

كانت هذه النظرية رد فعل على التطورات في الفكر القانوني، قبلها كان يُنظر إلى القاضي على أنه مجرد وسيط بين المتخاصمين، وحصر دوره في تطبيق القانون على ما قدمه الأطراف من وسائل إثبات للوقائع لتكوين قناعته وفقا لمبدأ حياد القاضي. رغم أن الحلول حينها كانت مستقلة عن عبء الإثبات كان لابد لقبول تمكين القاضي للأمر بتقديم الأدلة من تغيير النظرة للدعوى القضائية تماما.

استمر حق الإثبات في النضج نظريا طوال القرن العشرين إلى أن تم اعتباره حق إجرائي قائم بذاته، نتج هذا عن دراسة أجراها الأستاذ Goubeaux الذي يعتبر أن القانون 75-1123 المتعلق بالإجراءات المدنية الفرنسي لسنة 1975² يقضي بحق إجرائي

¹ محمد المرسي زهره، الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ط 01، الكويت، 1995، ص 158.

² Le décret n 75- 1123 du 05 décembre 1975 instituant le code de procédure civile.

لصالح الأطراف في الحصول على أدلة وإنتاجها¹، ثم قام بتحديد معالمه بتوضيح العناصر المجسدة لهذا الحق المتمحورة حول تقديم وسائل الإثبات الموجودة تحت يدي المدعي بها والحصول على أخرى غير الموجودة بين يديه في آن واحد.

تبنى هذه النظرية غالبية الفقه من بينهم Aurélie Bergeaud² التي خللت عناصر حق الإثبات -طلب الدليل وعرض الدليل- بافتراض وجودها، وتم النظر في العنصر الأول فقط بمقتضى القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية أما عرض الدليل لم يتناول بعد، مما أثار جدلاً واسعاً حول نطاق حق الإثبات إن كان موضوعي أو إجرائي بشقين واجب وحق. فعرفته على أنه "حق إجرائي موضوعي يمنح المدعى مقدم الدليل القدرة على مطالبة القاضي بأداء خدمة إجرائية تتمثل في قبوله، على أن إمكانية الاعتراف به مشروطة بوجود مصلحة مشروعة وفي حدود النظام العام وحقوق الآخرين".

وأشارت أن عدم اعتراف التشريعات صراحة بحق الإثبات، لا يحجب استنتاجه من النصوص كالالتزام قانوني للأطراف على التعاون في إظهار الحقيقة باعتباره واجب على عاتقهم وليس مجرد حق فقط، في حال توافرت جميع شروط الواقعة التي يدعيها الخصم، يكون على القضاء السماح له بإثباتها بكافة وسائل الإثبات، وإلا اعتبر الحكم مخالفاً للقانون وسبياً للطعن فيه بالتمييز³.

ومع تطور الفكر القانوني، أصبح القاضي ضامناً للعدالة ومن واجبه الفصل في النزاع على أساس الحقيقة، لهذا منح الوسائل اللازمة لجمع وسائل الإثبات اللازمة كان من بينها القدرة على الأمر بتقديم الأدلة، ساعد هذا في ظهور الالتزام بالإثبات بعناصره الكاملة كحق الأطراف المتخاصمة في طلب تدخل القاضي للحصول على الأدلة التي يحتاجونها في الإثبات.

بناءً عليه أصبح حق الإثبات موجوداً، وإن كان مقارنة بالحقوق الأخرى في تاريخ قانون الإثبات يعتبر حديث الظهور، لكنه كفكرة نظرية أو التعبير عنها ليس بجديد على

¹ Gilles. Goubeaux, Le droit à la preuve, in Ch. Perelman et P. Foriers, La Preuve en droit, travaux du centre nationale de recherche logique, Bruylant, Bruxelles, 1981, p. 278.

² Aurélie. Bergeaud, le droit à la preuve, L.G.D.J, Paris, 2010, p 125.

³ مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،

الرغم من تأييد أغلبية الفقه لها، ساد انطباع أنها خارج اهتمام التشريعات، لعلها لم تكن سوى فكرة شكلية نظرية محدودة عملياً لأن مظاهر حق الإثبات بدت قاصرة لمدة طويلة¹، كان ذلك قبل أن تملأ الأصوات الداعية إلى الاعتراف بحق الإثبات في الفقه، تأخر الرد وطال انتظار إلى بداية سبعينات القرن الماضي لتتغير الأمور ويبدأ نظامه القانوني في التشكل.

الفرع الثاني: الالتزام بالإثبات تشريعياً وقضائياً

في الطريق لترسيخ مبدأ حق الإثبات، كان من الضروري وضع قواعد تشجع الأطراف المتخاصمة على المشاركة في تقديم الأدلة الموجودة تحت أيديهم، لأن المعايير النظرية لا تتضح إلا عند تطبيقها على فرضيات بسيطة. أدرك هذا الأمر بمجرد انبثاقه عن التشريعات بأسس لم تضعها له القواعد العامة سابقاً، بدأ بالظهور تدريجياً في الاتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان من خلال المساواة بين أطراف النزاع بمنحهم الحق في المحاكمة العادلة وما يشمله من الحق في الحصول على الأدلة الضرورية لإثبات ما يدعى به، بعدها تم الاعتراف به بشكل مستقل، من ثم تم ربطه بحق المحاكمة العادلة المنصوص عليه في المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان² كنوع من إعادة التوازن لقواعد الإثبات قامت بتأكيد الحق في الإثبات دون تحديد دقيق له.

بدت التشريعات واضحة في الاعتراف بالالتزام بالإثبات كحق وواجب، من خلال النصوص التي تلت بعضها البعض من عام 1971 إلى عام 1975 لتتضمنه في قانون الإجراءات المدنية، حيث تم إعلانه بمقتضى المادة 9 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية لعام 1972 بنصها "يجب على كل طرف إثبات الوقائع التي تستند عليها دعواه". وتوسعت سلطات القاضي بحصر قاعدة لا يمكن إلزام أي شخص بتقديم دليل ضد نفسه بمقتضى المادة 11 الفقرة 02 (ق.إ.م.ف) حتى كادت أن تتحول إلى استثناء. ازدادت مسألة الإثبات وضوحاً عندما تم تخفيف إجراءات الإثبات أمام المحاكم المدنية، وإعادة تدقيق وتعديل وتعريف دور القضاء والأطراف في الدعوى ومكانة الواقع والقانون.

¹ Gilles. Goubeaux, Le droit à la preuve, op.cit., p. 119

² Article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendée par les protocoles n 11 et n 14 rome.

ساهمت هذه التطورات في تفعيل التزام الإثبات من قبل القضاء الذي تأخر ليقبله كمبدأ للمتقاضين في عملية الإثبات، بتحفظ شديد اعترف بأهمية تمكين كل طرف من الوصول إلى كافة الأدلة القانونية الموجودة، بما فيها الحصول على تلك التي بين يدي الطرف الآخر، في ذات الوقت وضع المبدأ القاضي بعدم جواز أن يصطنع الشخص دليل لنفسه¹. ثم أكدته بمقتضى حكم صادر بتاريخ 28 مارس 2000² متعلق بحق الخبرة البيولوجية لكل من يطلبها.

لعل قانون العمل كان البيئة الملائمة للتعبير عن الالتزام بالإثبات والأكثر جاهزية لتبنيه، حيث اعترف به القضاء عندما قبل المحررات المقدمة من طرف ممثلو العمال المتحصل عليها بمناسبة ممارسة العمل، ولم ينظر إلى مبدأ احترام الخصوصية قد يشكل عائقا لقبول أدلة الإثبات أمام المحكمة، إلا أن أهميته ظهرت مع بعض المؤشرات على علاقته مع قواعد الإثبات، كان من أبرزها القضية الشهيرة "Nikon" قررت محكمة النقض على أساس المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمواد 9 (ق.م.ف) والمادة 9 (ق.إ.م) بأن الأدلة المتحصل عليها بانتهاك حق العامل في الخصوصية هي أدلة غير قانونية وغير مقبولة³.

أصبح هذا حكم قاطع فاصل في مسألة الخصوصية دون أن يكون معيقا لعملية الإثبات، حيث قضت محكمة النقض في قرار صادر في 9 نوفمبر 2016⁴، بأن المادة L 3171-2 من قانون العمل التي تسمح لمندوبي العمال بالاطلاع على الوثائق اللازمة لحساب ساعات العمل، والاستحقاقات التعويضية المكتسبة واستلامها الفعلي، لا تمنع النقابة من تقديم تلك الوثائق أمام المحكمة؛ إن حق الإثبات يمكن أن يبرر إنتاج عناصر تضر بالحياة الشخصية للعامل بشرط أن تكون هذه الإنتاجية ضرورية لممارسة هذا الحق وأن الضرر متناسب مع الهدف المقصود، خاصة إذا لم يكن هناك بدائل للإثبات.

مع ذلك مازال الأصل هو عدم إلزام أي طرف على تقديم دليل ضد نفسه، لأن قواعد الإثبات تقضي بأن الطرف المكلف به هو الذي يقع عليه تقديم ما يراه مناسبا من

¹ Cass. soc, 23 novembre 1972, n° 71-12.032, Bull. civ. V, n° 651.

² Cass. Civ 1, 28 mars 2000, n° 98-12.806, j.c.p éd. G, 2000, 10 409.

³ Cass. Soc, 2 octobre 2001, n° 99-42.942, 'SA Nikon France', Bull.

⁴ Cass. soc. 9 nov. 2016, n°15-10.203. Bull.

دلائل محققا لمصلحته، وليس على خصمه في الدعوى تقديم دليل ضد نفسه لتأييد دعوى الطرف الواقع عليه عبء الإثبات، دون شك لهما أدوات إثبات أخرى كالشهادة وطلب التحقيق مع الطرف الخصم للحصول على إقراره بالواقعة المنتجة للأثر القانوني المتنازع عليه وله حق توجيه اليمين الحاسمة له، كما يمكن للطرف الخصم الاعتراض على تقديم دليل لا يجيز له القانون تقديمه، وكل دليل إثبات يقدم كان لمنكره الحق في مجابته بالدليل المعاكس كمبدأ عام.

الاتجاه ذاته سارت عليه محكمة النقض المصرية في حكم صادر عام 1960، حيث قضت بأنه "من حق كل خصم أن يحتفظ بالأوراق الخاصة به وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه"، ولا يخرج عن هذا المبدأ حالة ما إذا تقدم أحد الخصوم بدليل لإثبات حقه واستطاع الخصم الآخر أن يستخرج منه دليلا لصالحه، لأن الخصم الأول عندما تقدم بهذا الدليل لم يجبره أحد على تقديمه¹.

بالمقابل نجد مبدأ عدم جواز أن يصطنع الشخص دليل لنفسه، الذي لا يمكن معه تأسيس قناعة القاضي على ما قدمه الشخص من أقوال أو إدعاءات أو محررات أو مذكرات صادرة منه²، رغم أنه مبدأ غير صريح في التشريعات، لقد قبل بشكل عام بتطبيقه لمدة من الزمن على عدد لا بأس به من الحالات كعدم قدرة أي طرف في الدعوى تقديم كشف حسابه المصرفي أو فواتيره أمام المحكمة، ومن غير الممكن أن تشهد الشركة موظفوها لصالحها. كما استثنى منه حالات أخرى، كالوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل، وما يتعلق بالنزاعات التجارية التي تتوفر شروط معينة يمكن تقديم كشف الحسابات والفواتير لتكون وسيلة إثبات بين التجار.

مع ذلك كله لا يمكن غض الطرف عن مبدأ "لا وجود للحق بدون إثبات"، إذ لا بد كقاعدة عامة على الطرف المدعى إثبات جميع عناصر ادعاءاته حتى لو تطلب ذلك الحصول على أدلة الإثبات الموجودة بين يدي الطرف الآخر، مع هذه المرحلة المتطورة التي وصل إليها الالتزام بالإثبات وإن بدى بسمات نظرية، قد اكتسب درجة معينة من

¹ نقض مدني مصري، 11 ابريل 1940، مجموعة عمر، الجزء الثالث، رقم 50.

² عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحلها في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 04، العدد

13، 2018، ص 69.

الثبات في القانون مما فرض أخذه على محمل الجد¹، والتوفيق بينه وبين المبادئ الأخرى على أساس معيار الضرورة والتناسب.

عمليا وضعت اللبنة الأولى للحق في الإثبات في القانون المدني الفرنسي بمقتضى المادة 10 من القانون رقم 72-626 المؤرخ في 5 يوليو 1972²، ووسعت من دور القاضي الإيجابي في الدعوى بتوسيع سلطته لتشمل إمكانية الأمر مباشرة بتقديم الأدلة، بهذا اكتملت عناصر الالتزام بالإثبات وأصبح يقع على كل شخص مدعى أو مدعى عليه في الدعوى التزام قانوني بمساعدة القضاء من أجل الوصول إلى الحقيقة كواجب عام، وفي الوقت ذاته يجبر من امتنع عن تنفيذ التزام تقديم الدلائل الموجودة لديه دون سبب مشروع، على أداء التزامه ذاك تحت طائلة الغرامة لو اقتضت الضرورة دون الإخلال بالتعويض.

في عام 1975، تم إدخال المادة 145 في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السابق ذكره، والتي تسمح للقاضي بالأمر بتقديم الأدلة باعتباره استثناء متوقف على تقديم طلب من أحد أطراف الخصومة ولأنه أمر يدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية عليه تبرير قرار رفض طلب تقديم الأدلة، تم تعديل هذه المادة عدة مرات لتوسيع نطاقها أو الحالات التي تشملها لأن المصلحة العليا تتطلب منح القاضي الوسائل اللازمة لتعزيز حماية الحق، ليتم نقل قاعدة الالتزام بالإثبات بمقتضى المرسوم رقم 75-1123 الصادر بتاريخ 5 ديسمبر 1975 إلى التعديل الإجراءات المدنية الفرنسي في المواد 9 و 11 و 143 و 145 و 146 التي تضمنت بشكل أساسي ذات أحكام المادة 10 (ق.م.ف): أولاً، يلتزم أطراف الدعوى بالمساعدة خلال سريان إجراءات الإثبات وللقاضي سلطة تقدير الرفض ومخالفة الالتزام. ثانياً، إذا امتلك أحد الأطراف دليل إثبات ذي صلة بالدعوى، يمكن للقاضي بالاعتماد على طلب الطرف الآخر أن يأمره بتقديمه إذا لزم الأمر تحت طائلة الغرامة. وله أيضاً بناء على طلب أحد الأطراف الأمر عند الضرورة تحت نفس العقوبة بتقديم جميع المحررات التي يحتفظ بها طرف ثالث.

¹ Gilles Goubeaux, op.cit, p 220

² Art. 10 L. n 72-626 du 5 juill. 1972, «Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts».

تم تأكيد وتوسيع هذا الاختصاص بمقتضى المادة 143 التي جاء فيها: "يمكن للقاضي إجراء بعض التحقيقات الخاصة في المحكمة أو في الموقع؛ أن يأمر الأطراف أو أحدهما بالحضور؛ أن يسمع الشهود؛ أن يعين خبيراً". من النص الأول أو من تعديله لوحظ أن حق الإثبات مرتبط بسلطة القاضي التقديرية ومدى ملائمة للإجراء¹.

نجد مظاهر دور القاضي الجديد والذي اعتبره الفقه إيجابياً، في القانون الإجرائي الجزائري، حيث منحت له سلطات معينة في توجيه الخصومة وفي تقدير الأدلة واستكمالها بهدف الوصول إلى الحقيقة، كما أجاز له بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون تطبيقاً للمادة 75 (ق.إ.م.إ.). وسماع الشهود في الوقائع التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود وفق المادة 150 (ق.إ.م.إ.)، وغيرها من الإجراءات التي شملتها سلطات القاضي ودوره في الإثبات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفصل الأول من الباب الرابع المواد 70 وما بعدها².

تطبيقاً لهذا الالتزام صدر عن المحكمة العليا أحكام اعتبرت من خلالها أن الحكم بما يخالف هذا المبدأ انتهاك لقواعد الإثبات، ومن بينها القرار الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 05 جوان 2014 القاضي بأن: "لا يعتبر إقراراً قضائياً، الإقرار الصادر خارج إجراءات الخصومة حتى ولو تم أمام نفس المحكمة، كما أن حجية الإقرار القضائي محصورة في الدعوى الصادر فيها، إذ لا يعد تصريح شاهد أمام قاضي التحقيق بخصوص دعوى جزائية إقراراً قضائياً في دعوى تجارية"³. وفي قرار آخر صدر عن الغرفة المدنية بتاريخ 18 سبتمبر 2014 قضت بأنه: "يتم الإقرار أمام القضاء نيابة عن الغير بموجب وكالة خاصة"⁴.

¹ Cass. Civ.1, 25 avril 1979, n 78-13.120, Bull. civ, I, n 120 ; Cass. Civ. 2, 14 novembre 1979, n 78-13.120, Bull, D, 1980, p365.

² القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 21. الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 0900687، صادر بتاريخ 05/06/2014، مجلة المحكمة العليا لسنة 2014، العدد 02، ص.222.

⁴ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 0880246، صادر بتاريخ 18/09/2014، مجلة المحكمة العليا لسنة 2014، العدد 02، ص.159.

رغم توسيع سلطة القاضي في إجراءات الإثبات وتمكينه من الوسائل اللازمة لتكوين قناعته على أساس حماية الحق، تتوقف سلطته تلك عند حد حق الأطراف وصفتهم إذ لا يمكنه أخذ محل الأطراف في تقديم الأدلة تطبيقاً للمادة 146 (ق.إ.م.ف) التي قضت بوضوح على أن مثل هذه التدابير لا يمكن أن يأمر بها إلا إذا كان الطرف الذي يدعي الحق لا يملك عناصر كافية لإثباتها، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يأمر بها "لتغطية نقص الأطراف". لا يمكنه سوى احترام مبدأ الحياد ولا يقضي بعلمه الشخصي، دوره يبقى في إطار تأسيس حكمه على ما يضعه الأطراف أمامه من وقائع وما يقدمونه من إثباتات لحقوقهم في النزاع.

بعد علم جميع الخصوم بالأدلة المقدمة من الخصوم الآخرين ومناقشتها ومجابهتها تطبيقاً للمادة 3 (ق.إ.م.إ.)، يلتزم القاضي بتسبيب حكمه مبيناً الوقائع والأدلة التي استند إليها، حيث اعتبر قضاء المحكمة العليا أن عدم الرد على طلبات ودفع الخصوم يترتب عليه قصور في التسبيب وهو ما يؤدي إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه¹.

والالتزام بالتسبيب يعد من الضمانات الهامة التي تكفل رقابة المحكمة العليا على عمل القاضي في تطبيقه للقانون وفي التزامه بمبدأ الحياد وما يفرضه من متطلبات هامة لمصلحة الخصوم²، غير أن إدخال هذا البعد الاستقصائي في القوانين الإجرائية، لم يعفى الأطراف من التزامهم بإثبات وما يقع عليهم من عبء إثبات ما يدعونه. بعبارة أخرى، يكون على القاضي مساعدة الأطراف وتمكينهم وأحياناً تحفيزهم لتقديم الأدلة والتزامهم بالإثبات، بل أبعد من ذلك دعمت الأحكام التي تم إدخالها للقانون المدني الفرنسي والقوانين الإجرائية رأي الفقه في اعتبارها اعترافاً من قبل المشرع بالالتزام الأطراف بالإثبات.

اتسع الأصل في هذا الالتزام ليولد منه استثناء، حيث أجاز القانون لأحد أطراف الخصومة أن يجبر الطرف الآخر على تقديم أي محرر بيده أمام المحكمة على أن يكون

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 1989/07/19 ملف رقم 46255 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1990 العدد الرابع، صفحة رقم 35.

² أسامة روبي عبد العزيز الروبي، الوجيز في القواعد الإجرائية للإثبات المدني، دار النهضة العربية، مصر، ط 5، 2006، ص 32.

منتجا في الدعوى وذلك في إما في حال كان القانون يجيز مطالبتة بتقديمه أو تسليمه كاستثناء تمكين القضاة بموجب القانون التجاري من إجبار التاجر على تقديم دفاتره ليطلع عليها خصمه في الأموال المشاعة بينهما أو في قسمة الشركات أو في حالة الإفلاس. أو في حال كان المحرر مشتركا بين الأطراف أو بين أحدهما والغير، خاصة إذا كان محررا لمصلحتهما معا أو كانت مثبتة لالتزاماتهما أو حقوقهما المتبادلة كأعمال الشركة وآثارها.

أو في حال استند أحد الأطراف على المحرر في أي مرحلة من مراحل سير الدعوى، بمجرد تقديم أحدهما للمحرر أمام المحكمة للإثبات، لا يجوز سحبه بغير رضا الطرف الآخر أو بإذن كتابي من القاضي بعد أن يحتفظ بنسخة منه بملف الدعوى. في الحالات الثلاث المعتبرة استثناء، يستلزم القانون توفر شروط معينة لطلب إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، حيث ينبغي أن يكون الطلب محددا وصريحا على نحو يتضمن أوصاف المحرر الذي يعنيه وفحواه بقدر يمكن من معرفة الواقعة التي يستدل به عليها والدلائل والظروف التي تدل على وجود هذا المحرر تحت يد الخصم. متى استجابت الجهة القضائية أمرت بتقديم المحرر وإيداعه بملف الدعوى ولها أن تلزمه بذلك تحت غرامة تهديدية تحدد قيمتها هي، تطبيقا لمقتضى المواد 70 و 72 (ق.إ.م.إ.).

كما جاء بمقتضى المواد 20 و 21 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 والذي أجاز في أحوال الإرث وقسمة الأموال المشتركة والصلح الوافي والإفلاس أن يقوم الخصم بتسليم الدفاتر أو نسخ عنها إلى القضاء، إلا أن المادة 21 من نفس القانون جعلت من الاستثناء الذي ورد في المادة السابقة أمر جوازي يعود تقديره لقاضي الموضوع، وليس حق مقرر للخصم يجب على المحكمة إجابته إلى طلبه متى تقدم به؛ بل لها في حالة أن رأت عدم تعلقه بموضوع الدعوى رفض الطلب.

ذات الحكم نجده في قانون التجارة المصري، بمقتضى المادة 28 يجوز أن يطلب الخصم من المحكمة أمر التجار بتقديم دفاترهم إلى المحكمة للإطلاع عليها وذلك في أحوال التركات والأموال المشاعة والشركات، هذا بتأكيد محكمة النقض المصرية في أحد الأحكام: "لئن أجازت المادة 20 من قانون الإثبات للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاث

الواردة فيها، إلا أن الفصل في هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لقاضي الموضوع، فله أن يرفضه إذا ما كون عقيدته في الدعوى من الأدلة التي اطمأن إليها¹. في الفرض الذي تقبل فيه المحكمة طلب الخصم بإلزام خصمه على تقديم ما هو موجود تحت يده من محررات للإطلاع عليها، يكون للمحكمة وللخبير المنتدب من طرفها دون سواء تقرير حق الإطلاع، ودون تمكين الطرف الخصم من الإطلاع على المحررات المطلوبة أو الدفاتر. إذا رفض الطرف الملزم قضائياً بتقديم الدفاتر إجابة لطلبه، يمكن للقاضي الحكم ضده في النزاع واعتباره جزاء كافي لرفضه²، في ذات المسألة قضت المادة 4/28 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 بأنه: "إذا امتنع التاجر دون عذر مقبول عن تقديم دفاتره للإطلاع عليها جاز للمحكمة اعتبار ذلك قرينة على صحة الوقائع المطلوب إثباتها من الدفاتر".

استمر القضاء في إخراج العديد من التفسيرات المساهمة في تطوير قواعد حماية حق الإثبات للأطراف في الدعاوى، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية عام 1978 بأن: "القاضي ملزم بإصدار أمر بتقديم دليل يحتفظ به أحد الطرفين عندما يكون هذا الدليل ضروري ولازم في النزاع". اعتبر هذا القرار مهم على القدر الذي تغيرت معه ممارسة حق الإثبات، لقد سهل على المدعين الحصول على دليل من الأطراف الأخرى، مما ساعد على تأسيس الفصل في النزاعات بالاعتماد على كافة وسائل الإثبات الموجودة.

في قرار آخر صادر في 27 أكتوبر 1993، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن "في المنازعات التي تعارض المصالح الخاصة، "مبدأ المساواة بين المتخاصمين" يفترض أن يمنح الالتزام للإطراف إمكانية معقولة ومنطقية لتقديم ادعاءاتهم - بما في ذلك أدلتهم - في ظل ظروف لا تضع أي طرف في وضع غير مواتٍ مقارنة بخصمه³.

¹ نقض مصري 1977/2/27، سنة 28، ص 572.

² محمد المرسي زهره، مرجع سابق، ص 158.

³ Cour. EDH, 27 octobre 1993, n° 14448/88, Dombo Beheer B. V. c/ Pays-Bas, &33.

وتقدير هذه الاستثناءات مسألة موضوع يرجع للمحكمة اعتمادا على واقع الدعوى، كاشتراط أن يكون الدليل مشتركا بين الطرفين لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة، هذا تماما ما جاء في المادة 20/ب من قانون الإثبات المصري. كتقديم عقد بيع أو عقد إيجار والذي يثبت فيه حقوق والتزامات للطرفين، والذي يكون محررا بنسخة واحدة موجودة مع الخصم مما يرتب لخصمه حق الطلب من المحكمة بإلزامه بتقديم هذا المحرر أو العقد¹.

كما بررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الاعتراف بإلزامية الإثبات انطلاقا من الحاجة إلى إثبات الوقائع المدعى بها، على أن يلائم بين هذا الالتزام والحقوق الموضوعية الأخرى كالحق في احترام الحياة الخاصة. في هذه المسألة أقرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ستراسبورغ في 10 أكتوبر 2006، التي كان عليها أن تفصل في قبول وثائق طبية تم تقديمها في إطار دعوى طلاق، حيث كانت الزوجة تسعى إلى إثبات وجود علاقة بين طبيعة زوجها العنيفة وإدمانه الكحولي المرضي. بينما رأت المحكمة بأن هذه الإنتاجية تشكل انتهاكا للحياة الخاصة لهذا الأخير². كما استبعدت المحكمة مرارا وتكرارا محادثات هاتفية أو أدلة أخرى أجريت أو جمعت دون علم أحد أطرافها.

في ذات الوقت وفي حالات أخرى انتقد القضاء استبعاد أدلة دون النظر في ضرورة استخدامها لاحتياجات الدفاع وإنتاجيتها في النزاع، إذا كان الدليل ضروريا لإثبات الحقائق المدعى بها وانعدمت البدائل وتناسب الضرر عن إنتاج ذلك الدليل مع المصلحة التي يدافع عنها المدعى، يمكن غض النظر عن حق احترام الحياة الخاصة وتقديم التزام الأطراف بالإثبات، تماما كالذي استندت عليه محكمة النقض في قرار 25 فبراير 2016³، عندما قضت بأنه "يمكن قبول إنتاج رسالة بريد إلكتروني خاصة في إطار نزاع مدني، إذا كانت الرسالة ضرورية لإثبات واقعة أو تصرف مهم مثل علاقة تعاقدية أو وجود خطأ ينسب إلى أحد الأطراف" في هذه الدعوى كانت الرسالة

¹ أسامة شوقي المليجي، القواعد الإجرائية للإثبات المدني وفقا لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقه، دار

النهضة العربية، مصر، 2000، ص 86.

² Cour. EDH 10 octobre 2006 Requête n° 7508/02, L.L. c/ France, &40.

³ Cass.1ere civ. 25 fevr.2016, n 15-12.403, bull.

الإلكترونية الخاصة وسيلة ضرورية لإثبات توجيه المدعي العرض التعاقدى إلى المدعى عليه، وبالتالي إثبات صحة الحقائق المدعى بها.

عادت محكمة النقض وأكدت على الالتزام بالإثبات باعتباره مبدأ عاماً من مبادئ الإجراءات القانونية حتى لو كان إنتاج الأدلة شكلاً من أشكال انتهاك حق احترام الحياة الخاصة في قرار الغرفة التجارية 4 يوليو 2018¹، بهذا أصبح الالتزام بالإثبات واضح نظرياً راسخ تشريعياً مؤكداً قضائياً

تتفق كل التشريعات اليوم على حق أي شخص طرف في الدعوى بتقديم الأدلة الموجودة لديه أو لدى خصمه بحسب الشروط الخاصة بذلك، لإثبات الواقعة أو إنكارها²، هذا الحق والواجب الذي عرف بالالتزام بالإثبات القائم عليه القضاء وحمايته للحقوق، رتب مبادئ أخرى كمبدأ حياد القاضي وما يستلزمه من الاستناد على ما يقدمه الخصوم من أدلة الإثبات وتقديره لها طبقاً للقانون وإجراءات الملائمة بينها وغيرها من المبادئ المتعارضة.

المطلب الثاني: تمثيلات النقلة

في إطار الدعوى القضائية سيسعى كل طرف إلى إثبات الوقائع أو التصرفات التي تصب في مصلحته وإلا خسر دعواه، هذا الوضع العادي الذي يتفق مع طبيعة الأمور ويمكن من خلاله تحديد الطرف الذي يحمل عبء الإثبات؛ فمن يدعي حقاً في ذمة آخر عليه إثبات الواقعة التي كانت مصدراً له، أكد هذا المشرع الجزائري بمقتضى المادة 323 (ق.م.ج): "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلّص منه"، كما جاء في المادة 77 من القانون المدني الأردني: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وتوضح المادة 1315 (ق.م.ف) المعدلة بمقتضى المادة 1353 من أمر 10 فيفري 2016 بشكل عام أن كل طرف دائن أو مدين يتحمل عبء إثبات الوقائع التي تُظهر أن ادعائه أو دفاعه له ما يبرره حقاً.

¹ Cass.com. 4 juill. 2018 n 17-10.158. Bull.

² قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقرير أدلة الإثبات، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013، ص.180.

على هذا الأساس يمكن لكل طرف تقديم الحقائق بطريقة إيجابية أو سلبية، أي من حيث وجود أو عدم وجود نفس الواقعة أو التصرف كمصدر له، بما يفيد مصلحة الطرف المكلف بالإثبات لدعم "نسخته" من الحقائق المبحوثة. كأن يطلب المدعي من المحكمة أمر المدعى عليه بدفع 100.000 دينار له مقابل القيام بعمل نيابة عن المدعى عليه، محاولاً إثبات أن العمل قد تم وأن المدعى عليه لم يؤدي التزامه بتقديم شهود رأوه يقوم بالعمل أو تقديم محررات تثبت أن المدعى عليه طلب منه القيام بالعمل. والمدعى عليه من جانبه، سيحاول إثبات أن العمل لم يتم أو الأداء الفعلي للمبلغ المستحق، يمكنه في سبيل ذلك تقديم شهود أو محررات تثبت أنه قام بالدفع كفواتير أو شيكات. في النهاية، ستقضي المحكمة لصالح الطرف الذي أثبت ادعائه بالاعتماد على وسائل الإثبات المقدمة من الطرفين من حيث المبدأ.

ولعل هذا ما جعل الاعتراف بالتزام الإثبات كعبء أو حق غير كافٍ لوحده، لذا أضافت التشريعات عدد من المعايير التي توضح الوقائع التي يجب على كل طرف إثباتها، والتي تختلف باختلاف طبيعة الدعوى إما مدنية تحكمها قواعد مدنية، أو تجارية يحكمها القانون التجاري وإما مختلطة كدعوى الاستهلاك تحكمها النصوص الخاصة. بل حتى إجراءات تقديم وقبول وسائل الإثبات قد يختلف في القواعد المدنية المقيدة للقاضي والأطراف بوسائل إثبات معينة دون أخرى، وتجزئ الإثبات المطلق بنصوص قانونية حسب موضوع كل خصومة (الفرع الأول)، وتخضعه في دعوى الاستهلاك لأنظمة خاصة تدير الإثبات الحر فيها مقابل القواعد العامة المدنية والإجرائية التي لم تستغني عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: البدايات الأولى للنظرة الإجرائية للإثبات في القواعد العامة

أسست نظرية الإثبات في مجملها على مجموعة من القواعد تتعلق بحق أي طرف في الخصومة لتقديم دلائل على ثبوت الحق أو نفيه، وبحقهم في الدفاع ومناقشة الإثباتات التي يمكنهم تقديمها وفق نظام الإثبات المتبنى في دولة القاضي، وسلطة هذا الأخير في قبول الأدلة المقدمة واعتمادها لتأسيس حكمه، دون الخروج عن ما وضعته التشريعات من قواعد تنظم الإطار العام لحل النزاعات والوصول بها إلى حكم، من

خلال مبادئ وأنماط للإثبات قد تختلف حسب طبيعة وتكييف التصرفات لكنها في النهاية تسعى إلى تسهيل إثبات الحق (أولاً).

ومن الارتباط الوثيق بين حماية المستهلك وضمان العيوب الخفية أو ضمان التسليم المطابق للمنتوج وضمان الخدمة ما بعد البيع، تظهر أهمية عبء الإثبات وخطورته في الوقت ذاته في مثل هذه المسائل الذي يتحول فيها إلى عائق حقيقي أمام المستهلك في تحقق مطالبه في إلزام المتدخل بالضمان، رغم سعي التشريعات إلى تخفيف العبء من على المستهلك وعكسه على الطرف القوي (ثانياً).

أولاً: في التصرفات المدنية

كقاعدة عامة حددت القواعد العامة في القانون المدني طرقاً لإثبات التصرفات المدنية مبينة قيمة كل طريقة منها من حيث الأهمية لذا عرف بالإثبات القانوني الذي تميز إلى حد ما بالصرامة، إذ لم يقتصر فيه القانون على تحديد قيمة وسيلة الإثبات ودرجة حجيتها، بل حدد وسائل الإثبات التي يمكن قبولها من قبل القاضي مما يعني استبعاد ورفض وسائل أخرى، فهو نظام الاعتقاد فيه بوسائل الإثبات الشكلية الكتابية مبالغ فيه، رغم تلطيفه بصحة اتفاقات الإثبات فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام.

إخضاع التصرفات المدنية لقواعد مقيدة بإلزام الأطراف على إثباتها بوسائل محددة وتفضيل إجراءات الإثبات بالكتابة، أبطل إمكانية قبول القاضي لوسائل إثبات أخرى أو تقديره لحجية وأهمية أكبر من التي حددها القانون لها، اعتبر تقليل من احتمالات إثبات الحقيقة من جهة، وضامن للمرونة واليقين القانوني من جهة أخرى.

تعدد الاتجاهات وعدم وضوح المشرع يؤدي عادة إلى تفسيرات لا حصر لها ويولد جدل فقهي حول أي هدف يجب التمحور والتطبيق، في هذه الحالة هل المرونة أم اليقين القانوني؟. كما أسلفنا الذكر على كل طرف التزام بمساعدة القضاء في إثبات الحقائق، هذا يفسر ميل الإجراءات نحو الإثبات، إلا أن وظيفة الإجراءات عملياً ظهرت كأنها - تضع حد للنزاع - الحد من البحث عن حقيقة الوقائع بافتراضات قضائية تختلف عن حقيقة الواقعة المبحوث عنها، لذلك تماشياً مع هذا النظام الذي فضل دائماً البحث عن

اليقين بدل الحقيقة، لاشك أن أي محرر أو دليل في شكل كتابي تمكن الأطراف من إنتاجه مسبقا سيفوق وسائل الإثبات الأخرى أهمية وألوية.

تطبيقا للقاعدة العامة في الإثبات، قضت المادة 1341 (ق.م.ف) المعدلة بمقتضى المادة 1359 من أمر 10 فيفري 2016¹، أن إثبات التصرفات القانونية يكون بوسائل مكتوبة، كلما كانت قيمة العمل أو التصرف أعلى من 1500 يورو، وفي حالة وجدت هكذا وسيلة لا يمكن قبول أي وسيلة إثبات أخرى. ورغم تعديل المبلغ الذي يلزم الكتابة في قاعدة الإثبات بالكتابة 1341 المعدلة، اصطدم في غالب الأحيان بعدم كافيته مقارنة بالتضخم النقدي، لهذا طبقت القاعدة على غالبية العقود المبرمة في إطار القانون المدني².

كما فعل المشرع الجزائري بمقتضى المادة 323 (ق.م.ج)³ وما بعدها وأوجب على أطراف الدعوى الالتزام بالإثبات ووضع الكتابة أولى وأهم وسائل الإثبات، ثم أكد بمقتضى المادة 333 (ق.م.ج) قاعدة الإثبات بالكتابة صراحة مقيدا للإثبات في التصرفات المدنية بشرط الكتابة إذا زادت قيمة الدين عن نصيب البينة (أي 100.000 دينار) وعدم السماح بإثبات التصرف القانوني بالبينة والقرائن، التي جاءت كما يلي: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار

¹Article 1359 du code civil Ordonnance n° 2016/131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F. n°0035 du 11 février 2016 ; «L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique.

Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique.

Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande.

Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant ».

² في الواقع، اختار قانون نابليون في البداية مبلغا مرتفعاً مقارنة بالقوة الشرائية آنذاك، مما جعل شرط الإثبات بالكتابة مطلوب فقط في العقود ذات القيمة الكبيرة. إلا أن التضخم تسبب في جعل قيمة المتطلبة للكتابة بمقتضى المادة 1341 مطلوبة حتى في العقود الأكثر تواضعاً.

³ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58

المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

ونجد أن كلا من المشرعين الأردني والمصري تبني نفس المبدأ في التصرفات المدنية والتي تجري بين الأفراد العادية في حال كانت قيمة التصرفات التي يبرمونها فيما بينهم لم تتجاوز النصاب القانوني الذي حدده المشرع الأردني بمائة دينار وفقا لآخر تعديل لقانون البيانات لسنة 2001، بحيث رفع هذا النصاب بعد أن كان عشرة دنانير وذلك بنص المادة 28 منه، أما قانون الإثبات المصري فحدد النصاب الذي تجب فيه الكتابة بخمس مائة جنيه وذلك في المادة 60 منه، وكانت نيته من جعله حرا هي التيسير على الأفراد العاديين وعدم تعقيد وتعطيل معاملاتهم اليومية، إضافة إلى أن المشرع كما يرى البعض يراعي مستوى معيشة الأفراد والقوة الشرائية للنقود ومدى انتشار التعليم¹.

واعتبر كل من المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من 333 (ق.م.ج) والمشرع الأردني والمصري أن قيمة التصرف تقدر باعتبار قيمته وقت تمام العقد أي وقت إبرام التصرف لا وقت الوفاء به، لأنها إذا زادت عن النصاب وقت الوفاء وجاءت هذه الزيادة نتيجة لضم الفوائد، فإنها لا تدخل في عملية الإثبات حيث أن قانون الإثبات المصري اعتبر أن احتساب قيمة التصرف بخضوعه لقاعدة الإثبات بالشهادة هي وقت صدوره لا وقت الوفاء به².

من ذلك لوحظ أن قواعد الإثبات أصبحت تميل تدريجيا لصالح البحث عن الحقيقة وليس اليقين كما كانت قبل التعديلات المتتالية التي طالتها، والشاهد هو التخلي التدريجي عن الإثبات القانوني لصالح حرية الإثبات، وزيادة فعالية دور القاضي وإيجابيته عند إدارة الإثبات في الإجراءات المدنية، التي كان لابد أن تصل إلى هنا وتسمح بتسوية النزاعات دون التنازل عن الحقيقة.

¹ حسن عبد الباسط الجميعة، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، ص 57.

² عبد العزيز المرسى، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بدون ناشر، مصر، 1995، ص 218.

ثانياً: في التصرفات التجارية

في الوقت الذي اهتم القانون بتقييد الإثبات في التصرفات المدنية، وإخضاعه لمبدأ الإثبات بالكتابة في التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري، منح للأطراف بعض الاستثناءات التي لا يلزم فيها وجود وسيلة الإثبات بالكتابة، بتمكينهم في التصرفات التجارية من الإثبات بالطريقة التي يتفقون عليها ويرون أنها مناسبة في إثباتهم لما يبرم بينهم. أي إمكانية إثبات العقود التجارية بكافة طرق الإثبات بناءً على مبدأ حرية الإثبات السائد الغالب في المعاملات التجارية، لما تتطلبه من سرعة وائتمان في التعامل وتبسيط الإجراءات والثقة المتبادلة بين التجار.

لقد دافع مؤيدوا هذا النهج من بينهم Bentham طويلاً عن هذه النظرة في الإثبات¹، معتقدين أن أفضل طريقة للوصول إلى حقيقة الوقائع هي من خلال تطبيق نظام الإثبات الحر، بإعطاء الثقة للقاضي في التوصل إلى حكم واقعي صحيح إذا تمكن أطراف الخصومة من الإثبات بكل الوسائل الممكنة دون تقييد، بحسبهم تؤدي الإجراءات المعقدة والمقيدة للإثبات إلى استبعاد الكثير من وسائل الإثبات ذات الأهمية في النزاع، فما جدوى تشديد إجراءات البحث عن ما يثبت الحقيقة وتقلل احتمال الوصول إليها؟.

رغم أن هذا الرأي قد دعا مراراً وتكراراً إلى إلغاء جميع القواعد التي تعطي أهمية لوسيلة إثبات معينة وتستبعد أخرى، لقد اعترف من جهة أخرى بالحاجة إلى بعض القيود الضرورية فقط لمنع التأخير وتقليل النفقات وطول الدعاوى وليس لمنع القاضي من الوصول إلى حقيقة الوقائع المدعى بها باستخدام وسائل إثباتها المختلفة.

الجدير بالإشارة أن المشرع التجاري حدد الأعمال التي تعتبر تجارية، الأمر الذي يجعل الأعمال تبدو كأن الأصل فيها مدنية، إلا إذا نص القانون على اعتبارها من الأعمال التجارية، حيث حددت التشريعات التجارية منها الجزائرية والفرنسية والأردنية والمصرية في نصوصها ما يعتبر من الأعمال التجارية، وقد جاء هذا التحديد في التشريع التجاري الجزائري بمقتضى المواد 2 و3 و4، أما القانون المصري فقد جاء تحديدها من المادة الرابعة حتى المادة الثامنة²، إذ يعد العمل تجارياً بالنسبة لطرفيه إذا

¹ Jeremy. Bentham, Traité des preuves judiciaires, Tome 1, 2^e éd., Paris, 1830, p. 3.

² مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 127.

قصدا تحقيق الربح من ورائه عن طريق تداول الثروة أو المضاربة، طالما كان التصرف تجاريا وتم بين شخصين مكتسبين لصفة التاجر وبمناسبة أعمال تجارية يجوز لهما إثبات حصول التعاقد بينهما بكافة طرق الإثبات (البينة، القرائن والخبرة والمعاينة وغيرها) على أساس مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

تطبيقا لذلك قررت محكمة التمييز الأردنية قبول البينة مهما بلغت قيمة التصرف إذا كانت بمناسبة أعمال تجارية تجري بين طرفين يتمتعان بصفة التاجر وحكمت بالآتي: "تقبل البينة الشخصية لإثبات الدعوى مهما كانت قيمتها إذا ثبت بأن البائع تاجر وبأن المشتري شركة تجارية فتكون المعاملة واقعة بين فريقين من التجار وتقبل البينة الشفوية لإثبات البيع"¹.

لقد تم التأسيس لمبدأ الإثبات الحر في القانون الجزائري، من خلال نص المادة 30 (ق.ت.ج)² إذ بعد تعديد وسائل الإثبات أضافت عبارة "...أو بأية وسيلة أخرى إذ رأت المحكمة وجوب قبولها"، بما يفيد أن الإثبات في المواد التجارية حر من أي قيد خلافا للسائد في التصرفات المدنية.

وهو ما ذهبت إليه المادة 109 قانون تجاري فرنسي و المادة 60 من قانون الإثبات المصري والمادة 28 من قانون البيانات الأردني، التي استثنت الأعمال التجارية من أحكام الإثبات بالكتابة مما يمنح أشخاص العلاقة التجارية إمكانية ممارسة حقهم في إثبات تصرفاتهم بالطريقة التي يرونها مناسبة، ومنها البينة والقرائن أو أي وسيلة أخرى، استنادا على ما تقتضيه طبيعة العمل التجاري من سرعة وحركة والتنفيذ العاجل.

إضافة إلى أن التشريع التجاري عندما فرض على التجار مسك الدفاتر التجارية باشتراط تسجيل كل المعاملات بدقة وانتظام وتنظيم، ولا تبقى الحاجة لتحرير مستندات بما يبرمونه من عقود³، تطبقا لنص المادة 62 الفقرة الأولى إثبات مصري، والمادة

¹ تمييز حقوق 66/477، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، 1967، ص 418.

² الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية عدد 101 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06.02.2005 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 11 سنة 2005، ص 09.

³ حسن عبد الباسط الجميعة، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص

1347 و 1348 (ق.م.ف) والمادة 335 (ق.م.ج) التي جاء فيها: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة...". كما أجازت المادة 1/69 من قانون التجارة المصري للتجار في معاملاتهم والتزاماتهم التجارية حرية الإثبات بالطريقة التي يرونها مناسبة.

إلا أنه وكعادة المشرع عندما يتعلق الأمر بالتصرفات ذات الأهمية والتي تتضمن نوع من الخطورة يعود ويقيد الإثبات بأن لا يترك الحرية فيه مطلقة بوضع استثناء عليها، حيث نجده في بعض التصرفات التجارية اشترط الكتابة في إثبات وجودها أو انقضائها، كعقد الشركة بمقتضى المادة 545 (ق.ت.ج)، والمادة 418 (ق.م.ج) يجب إثباته بالكتابة وإلا كان باطلا، ويجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري وتنتشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة طبقا للمادة 548 (ق.ت.ج).

ذات قاعدة الكتابة تطبق على عقود بيع السفن ورهنها، وبيع المحل التجاري (المادة 79 ق.ت.ج)، ورهنه (المادة 120 ق.ت.ج)، وعقود الإيجار التجارية (المادة 187 مكرر ق.ت.ج)، والأوراق التجارية التي لم يجز المشرع إثباتها بأي وسيلة أخرى غير الورقة التجارية تطبيقا لمبدأ الكفاية الذاتية "Principe de l'autosuffisance" المقرر لحماية حامل الورقة وحفظ الائتمان بعدم السماح لأي مدين في السند التجاري بإثارة أية وسيلة أخرى لإثبات ما يخالف أو يجاوز مضمون الورقة التجارية والتوصل من دفع قيمتها. إلى غير ذلك من الأعمال ذات الأهمية الخاصة التي تتطلب الكتابة لإثباتها.

هذا إلى جانب إمكانية الإثبات بوسائل أخرى متعددة كالفاتورة والدفاتر التجارية المنتظمة التي تعد من جهة أداة ضرورية لتحقيق مصلحة الدولة من خلال مساهمتها في الحد من التهرب والغش الضريبي وتقيد التاجر الحسن النية من الصلح الواقي من الإفلاس، هي من جهة أخرى من أهم الوسائل التي يلجأ إليها التاجر في الإثبات أمام القضاء سواء لمصلحته في مواجهة الغير أو في مصلحة الغير ضد مصلحته، وقد اعترف المشرع الجزائري بحجية الدفاتر التجارية في الإثبات بمقتضى المادة 330 (ق.ت.ج): "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما

تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار، يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة".

الاعتراف بحجية الدفاتر في الإثبات سواء لمصلحة التاجر أم ضد مصلحته، هو في الأصل مخالفة لمبدأين من مبادئ الإثبات السابق ذكرهما (عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه وعدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه)، رغم أن الاعتماد عليها بالنسبة للقاضي أمر جوازي وليس وجوبي، إذ يمكن أن تقدم الدفاتر التجارية أمام القاضي بوضعها تحت تصرفه للاطلاع عليها سواء بناء على طلب الخصوم أو بطلب المحكمة ذاتها¹، أو أن تأمر المحكمة بالتخلي الكلي عنها لتوضع تحت تصرف خصم التاجر للاطلاع عليها حسب شروط المادة 15 (ق.ت.ج).

بالنظر للاستثناء والواقع العملي، يلاحظ أن أعمال التجارية أصبحت تعتمد بشكل متزايد على الكتابة، رغبة من الأشخاص المتعاقدة الممارسة لهذه الأعمال بتوفير وسائل حماية وإثبات الحقوق عند النزاعات خصوصاً في التصرفات ذات القيمة والأثر الكبيرين، مما ينتج بالضرورة تراجع مبدأ الإثبات الحر وتوسع الشككية في العقود التجارية، وإن كانت الشككية الحالية تبدو خادمة للتجارة وعقودها وليست تعقيد لا جدوى منه.

الفرع الثاني: تشكل النظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك

مبدئياً لنتمكن من تطبيق قواعد الحماية الخاصة بالمستهلك، يفترض أن أحد طرفي عقد الاستهلاك مستهلكاً، حيث يكيف العقد الناتج عن هذه العلاقة الاستهلاكية على أنه عمل مختلط تجاري بالنسبة للتاجر المحترف الذي يخضع في إثبات التزامه إلى نظام الإثبات المقيد المنظم بموجب القانون المدني، ومدني بالنسبة للمستهلك الذي يمكنه إثبات تصرفه بكافة طرق الإثبات طبقاً لأحكام الإثبات التجاري الحر باعتباره الطرف الضعيف الجدير بالحماية.

¹ نصت المادة 14 من القانون رقم 75-59 المعدل والمتمم؛ على وجوب مراعاة الأوضاع المقررة قانوناً والتي يجب أن تتوفر في الدفاتر التجارية فيما يخص انتظامها حتى يمكن تقديمها للقضاء وتكون لها حجية الإثبات أمامه لصالح من يمسكونها وذلك، وفقاً للمادة 13 من نفس القانون لا يلزم القاضي بالأخذ بما احتوته الدفاتر من بيانات، فله الحرية في الأخذ بها أو رفضها في إطار سلطته التقديرية في ترجيح بينة عن أخرى.

وتعد القواعد الإجرائية المتعلقة بوسائل وطرق الإثبات، أي مسألة الإثبات عموماً من أهم السبل لتحقيق هذه الحماية، وإن كانت مسألة الإثبات لم تنظم في أغلب تشريعات الاستهلاك بنصوص خاصة بل بموجب قواعد عامة في ظل القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية خصوصاً بالنسبة للأحكام الإجرائية، هذا الأمر لا جدال فيه بل المسألة الأهم إجرائياً هنا هي عبء الإثبات خصوصاً ونحن بصدد علاقة تعاقدية شاملة لطرف ضعيف (أولاً)، وبعض الاستثناءات المطورة من قبل التشريعات والقضاء كتأصيل لقواعد خاصة بالمستهلك وعمل على موازنة الحماية (ثانياً)، وإشكالات الاعتراف الإلكتروني (ثالثاً).

أولاً: في النظرية العامة لقانون الاستهلاك

مع ظهور الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، أصبح من الضروري التعامل مع الإثبات بحذر أكثر من أي وقت سابق، فهناك عدة عناصر مستمدة من خصوصية هذه العلاقات تدعو إلى ذلك صراحة. إذ وبحسب القواعد العامة، جميع التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن نصاب معين يجب أن تمنح شكلاً خارجياً بتحريرها كتابة، فإن كان التصرف أقل من النصاب لا يفرض قانون الاستهلاك أي شكل خاص لإثبات عقد الاستهلاك، وبالتالي يمكن "إثباته بالأشكال التي يقرها الطرفان المتعاقدان" خارج النظام الذي يفرضه القانون، يمكن لهم الالتزام بالإثبات بأي وسيلة قانونية إلا في حالات استثنائية. هذا في حد ذاته تعبير شامل عن الالتزام بالإثبات، واعتناق للمذهب المختلط في إثبات الأضرار التجارية التي قد يتعرض لها المستهلك، كضمان لإثبات الحقيقة القضائية.

إن حدث وارتبط الإخلال بالخطأ الجزائي، يكفي المستهلك بالتأسس كطرف مدني للمطالبة بحقوقه بمناسبة تعاقد مع المتدخل بعدما تضطلع النيابة العامة بتجميع أدلة الإثبات، أما في غير هذه الحالة تتوقف دعوى المستهلك على مدى تمكنه من إثبات مصدر الالتزام الواقع على المتدخل سواء نتج عن واقعة مادية أو تصرف قانوني، وهنا تكمن جدية الدعوى التي يرفعها المستهلك.

تطبيقاً لقواعد الإثبات في القانون المدني والتي أرست دعائم التقيد على مثل هذه المسائل¹، وبالاستناد على المادة 323 منه التي بينت أن الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات هو المدعي، يكون المستهلك المدعي ملزماً بإثبات صحة ادعاءاته وتقديم دلائل على وجود حق في ذمة المتدخل، وإذا أقام المتدخل الدليل بما يفيد إنكار وجود الحق، يصبح مرة أخرى مدعياً ملزماً بإثبات مصادر الالتزام الذي يطالب المتدخل بتنفيذه على اعتبار أنه من الوقائع المادية، حسب مبدأ المجابهة بالدليل وإثبات كل طرف لدفعه ومناقشة الأدلة المقدمة حسب أحكام قانون الإجراءات المدنية في المواد من 21 إلى 23 والمادة 70، سواء كان الدليل كتابة أم وسيلة إثبات أخرى من الشهادة أو القرائن أو إقرار، أو يمين حاسمة أو خبرة فنية أو معاينة.

يبقى المستهلك ملتزماً بالإثبات في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش أيضاً، لأن قلب عبء الإثبات لا يكون سوى في حالات محددة، أما باقي عقود الاستهلاك كعقد القرض الاستهلاكي أو البيع خارج المحلات التجارية أو البيع بالتخفيض، المستهلك هو من يتحمل عبء الإثبات فيها².

بالنظر إلى حالة إثبات العيب الخفي، متى اكتشف المستهلك عيباً في الشيء المباع بحيث ينقص من قيمته أو يجعله غير صالح للاستعمال فيما اعد له وبالاستناد على المواد 376 و380 و381 (ق.م.ج)، للمستهلك الحق في رفع دعوى ضمان العيب الخفي على المتدخل، ويلتزم فيها بإثبات العيب باعتباره الطرف المدعي (المضرور) في دعوى الضمان، وبما أن المشرع لم يبين كيفية إثبات تعيب المنتجات والقاعدة حرية الإثبات، للمستهلك الإثبات بكافة الوسائل حتى تتقرر مسؤولية المنتج ويصير هو الملزم بالإثبات، غالباً ما يتم ذلك بإجراء خبرة تقع على الشيء المباع للتأكد من حصول العيب، بحسب المواد 43 و52 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، القاعدة ذاتها تطبق في حالة إثبات العيب المتعلق بسلامة المنتج بمقتضى المادة 3 الفقرة 06 و13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

¹ بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، 2006، الجزائر، ص 639.

² يونس لعناني، الملزم بالإثبات في قانون الاستهلاك، مجلة الممارس للدراسات القانونية والقضائية، العدد 3،

2019، ص 42.

إلا أن القضاء الفرنسي ميز بين الحالة التي يكون فيها المستهلك يدعي عدم حصول التنفيذ الكلي كعدم الالتزام بالإعلام أو عدم تسليم الشيء المبيع، ويتحمل المتدخل عبء إثبات التزامه بالتنفيذ. وبين الحالة التي يكون المستهلك قد تعرض لضرر تجاري بسبب عيب خفي وجد في المبيع، وفيها يلقي عبء الإثبات على عاتق المستهلك¹.

ثانيا: التقنيات التعاقدية المصاحبة له

حاليا ينظر إلى قانون الاستهلاك كما لو أنه الشريعة العامة لكل عقود الاستهلاك، بعدما أثر اتساع النزعة الاستهلاكية المتبناة تشريعيا على القانون المدني باعتباره الشريعة العامة تقليديا، ليظهر بمظهر التشريع المستقل ولو نسبيا، المنظم لبعض العقود الخاصة في إطار الخدمات المالية التي أصبحت هي الأخرى تحاول الاستقلال لتنظيم هذه الفئة من العقود وما ترتبه من آثار على مستهلكي خدمات البنوك والتأمينات في مواجهة مقدمي الخدمات، لهذا أخذت سمة العقود النموذجية يمكن أن تنفرد ببعض الخصوصية أو الأهمية فيما يتعلق بمسألة الإثبات.

1: في عقد التأمين

التشريع الجزائري نظم أحكام التأمينات بمقتضى الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات²، موضحا في المادة 2 من الأمر: "إن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى".

مع اشتراط في باب التأمينات البرية وبمقتضى المادة 7 من ذات الأمر، أن يكون عقد التأمين محرر كتابيا، ومشملا بعض البيانات كإسم كل من الطرفين المتعاقدين وموطنهما، المؤمن عليه سواء كان شيء أو شخص، وطبيعة المخاطر المضمونة، وتاريخ الاكتتاب، تاريخ سريان العقد ومدته، مبلغ الضمان وغيرها من البيانات.

¹ بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص. 639.

² الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 13، الصادرة بتاريخ 8 مارس 1995.

التشريع الجزائي أو غيره من التشريعات، ترك عقود التأمين مميزة بخاصية الرضائية ومنح إمكانية إثباتها بكافة الوسائل القانونية، ومن جهة أخرى اعتبرها مادة من مواد القانون المدني وأخضعت للقواعد العامة للإثبات، لهذا كان لا بد من البحث عن مكانة الإثبات في عقود التأمين.

بالنظر من الزاوية الثانية أي باعتبار عقد التأمين خاضع للقواعد العامة، وفي حال وقع حادث للمؤمن له الذي يتحمل إثبات تغطية عقد التأمين للحادث، وبما يتماشى مع قواعد القانون المدني يجب تقديم وثيقة مكتوبة لإثبات وجود عقد التأمين، باعتبار الكتابة شرط أساسي لصحة بعض التصرفات القانونية من بينها عقد التأمين طبقاً لأغلب النصوص والاجتهادات القضائية، لزيادة الحماية للمستهلك خاصة وأن الكتابة تمنحه وسائل تيسر إثبات صحة ادعاءاته عند وقوع نزاع بينه وبين المتدخل.

مفاد ذلك أن عقد التأمين مشمول بمتطلبات الكتابة المشار إليها في المادة 3-112 L. والمادة 20-112 L. من قانون التأمين الفرنسي مؤكدة على أنها مطلوبة لإثبات العقد والاحتجاج به، حيث تثبت الالتزامات المتبادلة للمتعاقدين عن طريق مذكرة التغطية المؤقتة أو عن طريق وثيقة التأمين. في هذا الشأن صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرار بتاريخ 7 ديسمبر 2013¹، أعادت فيه التأكيد على ضرورة وجود وثيقة مكتوبة لإثبات وجود العقد أمام المحكمة من خلال تقديم بوليصة التأمين باعتبارها دليل قاطع أو إثبات محتواها بوسائل أخرى مقبولة قانوناً مثل رسائل البريد الإلكتروني أو شهادة الشهود أو تقارير الخبراء أو الفواتير والقرائن².

رفضت شركة التأمين تعويض الضرر للمؤمن له بحجة أن بوليصة التأمين لا تشمل الحادث محل النزاع، كما جادلت الشركة بأن شهادة التأمين المؤقتة لا تعتبر دليل كافي على شروط التغطية، في هذا حكمت محكمة النقض لصالح شركة التأمين، مؤكدة عدم جواز الحد من الالتزامات التعاقدية لشركة التأمين إلا بشروط واضحة، والمؤمن له في قضية الحال لم يقدم بوليصة التأمين الفعلية ولم يثبت محتواها بشكل كافي، إذ لم

¹ Cass. Civ. 7 décembre 2023, n° 22 19.463.

² Jean-Guy Bergeron, Les contrats d'assurance (terrestre), Lignes et entre-lignes; Les problèmes de preuve en droit des assurance, tomes II, SEM, 1992, p 415.

يمكن من إثبات تغطية بوليصة التأمين للضمان "التعويض" وشروط التغطية، وهو ما لم يرجح صحة ادعاءات المؤمن له عن احتمال عدم صحتها¹.

الأصل في عقد التأمين أن عبء الإثبات يتحمله المؤمن له، غير أن هذا العبء قد يعكس استثناءا للتلتزم به شركات التأمين، حيث يقع على عاتق المؤمن له إثبات عناصر ادعاءاته الأساسية كوقوع الحادث وشموله بالتغطية، بينما يقع على عاتق شركة التأمين إثبات أي استثناءات أو شروط تعفيها من المسؤولية وينعكس عبء الإثبات على شركة التأمين كإثبات بعض الوقائع المتعلقة بالحادث المدعى به من طرف المؤمن أو أنه غير مشمول بالتغطية، كما قد يقع عليها في حالة الاشتراطات الجزائية إثبات أن المؤمن له قد أخفى معلومات جوهرية عنها.

2: في عقد القرض الاستهلاكي

نظم عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 مايو 2015 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي²، تطبيقا للمادة 20 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03³، وللمادة 75 من الأمر رقم 09-01 المؤرخ في 22 يوليو 2009 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، وأيضا للمادة 88 من القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 والمتضمن قانون المالية لسنة 2015.

إلحاق التشريعات المتتالية على ضرورة تنظيم عقد القرض الاستهلاكي، هو إدراك منها لاختلال التوازن العقدي في عقد القرض الاستهلاكي الذي غالبا ما تتضارب فيه مصالح المقرض والمقترض، لهذا غالبا ما تشترط إجراءات تسبق إبرام عقد القرض ذاته كالعرض المسبق بمقتضى المادة 5 والمادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

¹ Ibid, p 416

² مرسوم تنفيذي رقم 15-114 مؤرخ في 12 مايو سنة 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية العدد 24.

³ القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2009.

وبالعودة إلى القانون الفرنسي، يحرم المقرض الذي يمنح الائتمان دون أن يسبقه بعرض مسبق مستوفي للشروط المنصوص عليها في المادة 8-311 L إلى 13-311 L من قانون الاستهلاك، من الحق في الفائدة ويلتزم المقرض فقط بسداد رأس المال وفقاً للجدول الزمني المخطط له¹. هذا وبقليل من التفصيل وضح المشرع المغربي، تسلم نسختين من وثيقة العرض المسبق بالمجان إلى المقرض، وعند الاقتضاء نسخة إلى الكفيل في المادة 77 (ق.ج.م).

ولعل هذا ما يجعل هذه الوثيقة المتمثلة في العرض المسبق تبدو كوسيلة إثبات تحت يد مستهلك الخدمة، في حال أخل المقرض بإحدى الشروط والمعلومات الواردة في وثيقة العرض أثناء إبرام عقد القرض وتنفيذه حيث يسهل على المستهلك المقرض إثبات الإخلال المتدخل المقرض فقط بوثيقة العرض المسبق.

وقد اشترط المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 18-311 L من قانون الاستهلاك أن يكون تحرير عقد القرض كتابة أو على أي حامل دائم، وأضاف بمقتضى المادة 311-21 L إذا تغير معدل الفائدة يتم إخطار المقرض كتابة أو على أي حامل دائم آخر قبل دخول التغيير حيز التنفيذ.

ذات المعنى نجده في المادة 20 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش "يجب أن تستجيب عروض القرض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدة الالتزام وكذا أجال تسديده ويحرر عقد بذلك"، وفي المادة 8 من القانون المغربي التي نصت على أنه "يتعين على المورد إذا كان من الواجب إبرام عقد بصفة كلية أو جزئية كتابة أن يحرره في العدد الكافي من النماذج وأن يسلم إحداها على الأقل إلى المستهلك".

كما جاء التوجيه 2008/48/CE² الصادر عن الاتحاد الأوروبي بشأن تنظيم عقد القرض الاستهلاكي بمقتضى المادة 10 يؤكد على ضرورة كتابة عقد القرض على الورق أو أي حامل دائم وحصول جميع الأطراف على نسخة منه.

¹ Ghislain Poissonnier, La clause d'épargne obligatoire est irrégulière en droit du crédit à la consommation, Dalloz, 2009, p.923

² Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, J.O., L 133 du 22 mai 2008.

بل حتى في حال فقد المستهلك المقرض نسخته من العقد، يكون المتدخل المقرض ملزماً بتزويده بنسخة أخرى هذا ما تضمنه حكم صادر في 12 أكتوبر 2023 عن محكمة العدل الدولية¹ CJEU، حيث أوضحت من خلاله أن المادة 16 فقرة 1 من التوجيه CE/2008/48 لم تقضي صراحة بإلزام المقرض على تزويد المقرض بنسخة من العقد في حالة فقدانه وإعلامه بالمعلومات غير المدرجة فيه، والتي قد تكون ضرورية لحساب المبلغ المستحق للمستهلك وتخفيض التكلفة الإجمالية للقرض كحق من حقوقه، التي لا يمكنه ممارستها إلا بنسخة من العقد إذ من الضروري تزويده بها في حالة فقدانها.

بناءً عليه حُسبت كل تلك الوسائل المطلوبة عند التعاقد كعناصر مساعدة للمستهلك في إثبات إدعاءاته في حالة إخلال المتدخل بإحدى التزاماته أو تنفيذها بغير الشكل المتفق عليه، فيواجهه بمضمونها ومقتضياتها كمدعى عليه ملزم بالتخلص مما ألقى عليه لإثبات العكس. ولأن تحمل المستهلك لهذا العبء ليس بالأمر البسيط تم تشديد الالتزامات المتدخل كاللزام بالإعلام الذي جعل بعض الفقه يتساءل هل سترك الإثبات للمتدخل مقدم الخدمة².

كان جواب هذه المسألة قد صدر في أحد قرارات محكمة النقض بتاريخ 10 ديسمبر 2004، الذي اتهمت فيه المقرض بالإخلال بالالتزامه في معرفة وضع المقرض المالي وقدرته على التسديد، مع تحميل المستهلك عبء إثبات تقصير المقرض في أداء التزامه، مع إشراك المقرض مقدم الخدمة في ذات العبء في حدود القانون³.

يبدو أن محكمة العدل لوكسمبورغ في حكم آخر صادر عن محكمة النقض بتاريخ 18 ديسمبر 2014⁴، بدأت بتغيير رأيها وتحميل المتدخل عبء الإثبات بشكل كامل، حيث قضت بأن إبقاء عبء إثبات عدم تنفيذ الالتزامات كالالتزام بالإعلام ودراسة الملاءة المالية للمستهلك الواردة في أحكام المادتين 5 و8 من التوجيه CE/2008/48

¹ CJUE, 12 octobre 2023, n C-326/22.

² **Herve. Jacquemin, Eléonore. de duve**, L'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs, Contrats et protection des consommateurs, Limal, Anthemis, 2016, p-p. 9-46.

³ Cass. 10 décembre 2004, R.C.J.B., 2005, p. 680, note **Jean-Pierre. Buyle**.

⁴ CJUE, 4eme, 18 décembre 2014, n C-449/13, EU, CA consumer finance SA/Ingrid Bakkaus e.a.

على المستهلك من شأنه المساس بفعالية ممارسة الحقوق الممنوحة له، لأن المستهلك لا يملك القدرة والوسائل التي تمكنه من إثبات عدم تنفيذ المقرض لالتزاماته، لهذه الأسباب يجب تطبيق القواعد التي تلزم المقرض مقدم الخدمة بإثبات التنفيذ الجيد لالتزاماته.

هذه المرونة في التعامل مع قواعد الإثبات من أجل الحفاظ على جوهر الحماية المقررة أساساً للمستهلك، سارت عليها التشريعات أيضاً لكي تتمكن من تحديد قواعد تعكس على أساسها عبء الإثبات وتعفى المستهلك من هذا الحمل، كالحالة التي يلجأ فيها إلى القضاء مطالباً بإلغاء الشروط التعسفية المدرجة في العقد الذي هو طرف فيه ويلزم المتدخل بإثبات عدم تعسفية الشروط المضمنة في العقد، بهذا تقلب قاعدة الإثبات لصالح المستهلك رغم وجوده في موقف المدعى.

عموماً قد يكون المتدخل المقرض ملزماً بإثبات تنفيذ التزاماته قبل التعاقدية وكافة المعلومات الضرورية إلى ما يثبت تسليم نسخة من العقد، ويقع على المستهلك المقرض إثبات العكس هذا ما تم تأكيده في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 21 أكتوبر 2020¹.

ثالثاً: في قانون التجارة الإلكترونية

اليوم، تتجاوز مسألة الإثبات في عقود الاستهلاك الإلكترونية الإطار القانوني الصارم، كما أنها مشمولة بقواعد الإثبات الحر، من خلال سمة رئيسية لها علاقة بطبيعة عقد الاستهلاك الإلكتروني كونه عقد مختلط يمنح طرف سلطة وقوة على طرف آخر وبالتالي اختلال توازن عقدي، في مواجهة هذا السلطة طور القضاء والتشريعات مجموعة كاملة من القواعد الحمائية لجعلها عقود متوازنة.

إلى أن بلغت مراحل متقدمة، حيث وبتاريخ 20 يوليو 2023²، أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار يتعلق بإمكانية قبول تقرير طائرة بدون طيار كدليل في المحكمة، حيث كانت جدية هذه الدعوى التي طلبت فيها شركة تأمين الحصول على تعويض أضرار عن حادث تسببت فيه شركة بناء، وقد قدم المدعي تقرير مصور عن موقع

¹ Cass. Civ, 1, 21 octobre 2020, n° 19-18.971, Bull.

² Cass. Civ 3, 15 mai 2019, n° 18/26775, note **Corinne Bléry**, Droit à la preuve: nouvelle pierre à l'édifice jurisprudentiel à propos d'un constat par drone CIVIL I Procédure civile, Dalloz, 2019, Paris, p. 1.

الحادث بواسطة طائرة بدون طيار، هذا ما أسس عليه الاعتراض باعتباره تقرير غير قابل للاعتماد عليه. غير أن المحكمة قضت بأنه دليل مقبول موضوعي ودقيق قدم معلومات مهمة عن مكان الحادث.

اعتبر القرار خطوة محورية في تطوير القواعد المتعلقة بالالتزام بالإثبات، لأن الاعتراف بإمكانية استخدام تقارير الطائرات بدون طيار كوسيلة إثبات أمام القضاء يمنح الأطراف إمكانية حرية الإثبات بكافة الوسائل القانونية، من بينها الناتجة عن التقنيات التكنولوجية كالطائرات بدون طيار، ويساعد القضاء في الوصول إلى حقيقة الوقائع بالاعتماد على دقتها وموضوعيتها في الإثبات أكثر من وسائل الإثبات التقليدية.

هذا الواقع، يجعل التزام الإثبات يبدو الوسيلة المفضلة في ظل التطور التكنولوجي وتنوعه، غير أننا لو فتحنا الباب للحديث عن تاريخه خاصة فيما يتعلق بإجراءات ممارسة هذا الالتزام والوسائل المتاحة في مواجهة الاتصالات الإلكترونية نجد أن البداية لم تكن مجيدة للغاية، لدرجة أن الرؤية السائدة للتقنية بصفة عامة كان حولها قلق كبير من أن يلعب المشرع دوراً في "التعلم بالتجربة"¹، ويبقى في تردد لفترة طويلة دون تقديم حل لمواجهة واقع الاتصالات الإلكترونية السريع والمستمر في التطور، خصوصاً وأن عام 1995 مثل الخطوة الأكبر في تطور التجارة الإلكترونية، حيث تم خلاله فتح الإنترنت للاستخدام التجاري بعدما كانت غير مقبولة في هذه الأعمال².

قبل الاعتراف التشريعي بها، استمرت مساهمات الفقه والقضاء في محاولة استيعاب وسائل الإثبات التقليدية للإثبات الإلكتروني والأخذ بها، رغم ما نتج عنها من تأثير على المبادئ القانونية للإثبات كمبدأ حرية الإثبات في التصرفات التجارية الذي لو بالاستناد عليه تم قبول المحررات الإلكترونية كأدلة إثبات أمام القضاء واستثناءات الإثبات بالكتابة وحالات تعذر الحصول على دليل كتابي، ستكون حينها وسائل الإثبات الإلكترونية الملجأ الأقرب إلى اتفاق الأطراف حول منحها حجية معينة في الإثبات.

¹ Pierre. Leclercq , Conclusion, in Xavier Linant de Bellefonds., Informatique et droit de la preuve, éd. des Parques, 1987, Paris, p. 157.

² Paul. E. Ceruzzi, A history of modern computing, 2^o éd., Cambridge, London, The MIT Press, 2003, p. 320.

لهذا تم تبني إجراءات قضائية مختلفة لتقصي الحقائق مصحوبة بطرق جديدة لتحديد وسائل الإثبات المناسبة وطرق تقديمها، مما انعكس على تغيير المشهد التقليدي للمحكمة والقضاء، الذي كان لمدة طويلة مكان مغمور بالمحررات الورقية يمثل الجزء الأكبر منها وسائل الإثبات ونتائجها.

محاولات لا يمكن إنكار مدى فعاليتها نسبيا، إلا أنها اصطدمت بالسلطة التقديرية لقضاة الموضوع في ظل عدم الاعتراف التشريعي بها أو بالعوائق التي يضعها المشرع في شكل قيود ويمنع من خلالها مخالفة النص القانوني، مما أثر على حجيتها القانونية وقوتها في الإثبات. رغم ذلك حافظ الفقه على رأيه حينها في أن التدخل التشريعي مطلوب وضروري لكنه سابق لأوانه لأن تطور تقنية الاتصالات الإلكترونية لم يكتمل بعد¹.

لهذا استمر التردد التشريعي، إلى أن اشتدت حاجة الدول لمجاراة التطور التجاري الإلكتروني في تشريعاتها وتحدي المبادئ والأعراف التقليدية قبل أن يتحول إلى ضغط زائد على القضاء، إذ كان عليها إعادة النظر في قواعدها وأعرافها المتعلقة بإجراءات الإثبات، والبدء من إزالة العوائق التشريعية التقليدية بإصلاح قواعد الإثبات حتى لا تكون سببا في عرقلة التجارة الإلكترونية وإبطاء فعاليتها، ووضع إطار قانوني داخلي يتناغم ويتكامل مع الإطار التشريعي الدولي للتجارة الإلكترونية وإضفاء الحجية القانونية على هذه التعاملات من خلال الاعتراف القانوني بالمحررات والسجلات الإلكترونية، من حيث صلاحيتها عند إنشاء الالتزامات التعاقدية وقبولها أمام القضاء كوسائل إثبات ذات حجية كغيرها من الوسائل التقليدية القائمة على المحررات التقليدية والكتابة.

بناءا عليه حاول المشرع الإنجليزي على المستوى الفردي ومن بين التشريعات الأوروبية والانجلو أمريكية، من خلال قانون الإثبات المدني لعام 1968، وضع نظام إثبات ملائم لاحتواء تقنية الاتصالات الإلكترونية، إلا أنه اعتبر معقدا وقد تجاوزه تطور الاتصالات الإلكترونية أساسا، هذه المحاولة أكدت رأي الفقه حول مخاطر التشريع المبكر لمواجهة التقنية التكنولوجية المستمرة.

¹ Pierre. Leclercq, Conclusion, in , in Xavier Linant de Bellefonds, Informatique et droit de la preuve, op. cit, p. 168.

لذا بدا كافيا مراجعة تلك القواعد وتعديل بعض القوانين والإجراءات، باعتماد قواعد مرنة وعامة تستطيع مسايرة استمرارية التطور التقني. هذا تحديدا ما حاول المشرع الفرنسي القيام به في تعديل قانون الإثبات الفرنسي 12 يوليو 1980، فظهر بأحكام دون أي تلائم فعلي ويمكن تطبيقها على الاتصالات الإلكترونية، عندها تحول حتى الفقه المؤيد للتفسير الواسع للقواعد الكلاسيكية ضد المبالغة في تطبيق النصوص القديمة على التجارة الحديثة الذي في رأيهم قد يضر بمصداقية وفعالية النصوص، مفضلين إصلاحها¹.

كان من المفترض الانتظار حتى عام 1996، عندما أقر قانون أونسيترال² في المادة التاسعة منه بقبول رسائل البيانات في الإثبات، وتحديد حجيتها في الإثبات، بحيث جاءت الفقرة الثانية من المادة التاسعة من القانون تبين كيفية تقدير حجية إثبات رسائل البيانات، واضعا المفاهيم الأساسية لتيسير استخدام الوسائل الحديثة تاركا للدول إصدار لوائح تنظيمية لاستكمال التفاصيل الإجرائية التي يجيزها هذا القانون، دون تقديم إرشادات محددة حول المسار الذي يجب على الدول إتباعه في قوانينها الوطنية.

استجابة من التشريعات الوطنية، نجد أن المشرع الأردني أجاز في قانون الأوراق المالية المؤقت رقم 23 لسنة 1997 إثبات معاملات الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات من بينها الوسائل الحديثة كمخرجات الحاسوب وتسجيلاته ومراسلات أجهزة الفاكس وغيرها. هذا ما جاء في اغلب التشريعات الوطنية، كالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1998، وسنة 2000 في فرنسا وبلجيكا وإنجلترا وتونس في قانون المبادلات الإلكترونية. والمشرع الجزائري في خطوة متقدمة اعترف بوسائل الإثبات الإلكترونية بمقتضى القانون رقم 05-10، ثم المرسوم التنفيذي رقم 07-162³ المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى

¹ Marcel. Fontaine, La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles, in la preuve, Louvain- la- neuve, Colloque UCL, 1987, p. 41.

² Guide pour l' incorporation en droit interne, de la Loi-type CNUDCI sur le commerce électronique, 1996.

³ المرسوم التنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 مايو 2007، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية العدد 37 الصادرة بتاريخ 7 يونيو 2007.

مختلف خدمات الموصلات السلكية واللاسلكية وبعدها القانون رقم 15-104¹ المحدد للقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

لنغلق الباب التاريخي عند هذا الحد ونعود لإجراءات الإثبات، لقد أكد المشرع الجزائري والمصري والأردني الرأي الراجح في الفقه الذي أجاز حرية الإثبات بكافة الطرق في التصرفات التجارية، ومنح أطراف التصرفات المدنية الحرية في الإثبات ولو زادت قيمتها عن النصاب في حالة الاتفاق مما يفيد أنه اعترف بها مجيزاً، حيث جاء في القانون 18-205²، أحكام كل من العرض التجاري والعقد الإلكترونيين، وألزم المورد الإلكتروني بإرسال نسخة الكترونية من العقد الإلكتروني فور انعقاده إلى المستهلك الإلكتروني، مع التزام تزويده بفاتورة الكترونية أو ورقية.

إن التقيد بالأحكام السابقة مع الأخذ في الاعتبار طبيعة العمل المختلطة يضع بين أطراف العقد وسيلة إثبات كاملة يمكنهم الاحتجاج بها أمام القضاء، خاصة إذا كان ممهوراً بالتوقيع الكتروني، الذي يعطيها درجة وحجية المحرر العرفي في الإثبات. كما أن الإخلال بتلك الأحكام يرتب قابلية العقد للإبطال لصالح المستهلك الإلكتروني فقط، الذي يمكنه إثباته بكافة وسائل الإثبات التقليدية أو التي تقابلها في الشكل الإلكتروني تطبيقاً لمبدأ حرية الإثبات.

أما المورد الإلكتروني فلا يمكنه الإثبات إلا بالكتابة كقاعدة عامة المادة 333 (ق.م.ج) أو ما يقوم مقامها كالإقرار المادة 341 (ق.م.ج) أو اليمين المادة 343 (ق.م.ج)، ويمكنه استثناء الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت قيمة الالتزام أقل من 100.000 دج، أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة المادة 335 (ق.م.ج)، أو وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على الدليل الكتابي، أو فقد المورد الإلكتروني السند الكتابي لسبب لا يد له فيه المادة 336 (ق.م.ج).

¹ القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06.

² القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 28، الصادرة بتاريخ 16 مايو 2018.

أما الحديث عن المحررات الرسمية مازال مبكرا بالنسبة للمشرع الجزائري، الذي اكتفى بالتمهيد للرسمية الإلكترونية بمقتضى القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، بعدها استمر في التحفظ مانعا إبرام أي معاملة قد تستلزم تحرير عقد رسمي باستخدام الاتصالات الإلكترونية تطبيقا للمادة 03 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، عكس المشرع الفرنسي الذي اعترف بإمكانية إنشاء المحرر الرسمي على دعامة الكترونية، واعتبر توقيع الموظف العام على المحرر الورقي أو الكتروني مضافي للصفة الرسمية.

وفيما يتعلق بالتزام الإثبات قرر المشرع الجزائري إجراءات حمائية جديدة خرج بها عن القواعد العامة التي تحمل المدعى عبء الإثبات، بمقتضى المادة 33 من القانون رقم 05-18 وفي حالة خاصة يقع على المورد الإلكتروني إثبات أن إرسال الإعلانات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرّة، دون وجود لأي نص آخر يجعل المورد حاملا لعبء الإثبات بشكل عام.

مما يفيد أن المستهلك مازال متحملا لعبء إثبات عدم تنفيذ المتدخل لالتزاماته طالما أنه في موقف المدعي حتى لو كانت وسيلة التعاقد الكترونية، متوافقا أيضا مع القواعد العامة وأحكام المادة 1315 (ق.م.ف) المعدلة بمقتضى المادة 1353 من أمر 10 فيفري 2016.

وتطبيقا لأحكام المادة L.121-7 كقاعدة خاصة المعدلة للمادة L.121-17 من قانون الاستهلاك في أمر 14 مارس 2016¹، خالفت المبدأ العام المنصوص عليه في المادة 1353 (ق.م.ف) بعكس عبء الإثبات على المورد وإلزامه بإثبات تنفيذ التزاماته وجميع شروط العقد، كما اعتمد القاضي في نزاع يتعلق بفواتير استهلاك الطاقة (الغاز)²، ادعى المورد أن العقد تم إبرامه الكترونيا باستخدام الانترنت، أنكر المستهلك هذا الادعاء، وقرر القاضي أن العقد فيما يتعلق بتوريد الغاز والكهرباء غير مثبت، ولا يمكن مطالبة المستهلك بالإثبات لوجود شك في صحة العقد والشك يفسر لصالح من يتحمل عبء

¹ Ordonnance n° 2016-301 du 14 Mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

² J.P. Bruxelles, 18 septembre 2015, J.J.P., 2016, P. 462.

إثبات وجود العقد. في قرار صادر بتاريخ 3 نوفمبر 2015¹، تم تحميل مزود خدمة الاتصالات الالكترونية عبء إثبات وجود العقد.

تم حسم هذه المسألة أمام القضاء الفرنسي بعدما قضت محكمة النقض بتاريخ 1 فيفري 2023² بأن المورد هو الطرف الذي يقع عليه التزام إثبات أداء التزاماته كلها ولا يكفي تقديمه دليل على تسليم محرر متضمن شروط عامة على ظهره باعتباره إثبات مبدئي يتعين تعزيزه بعناصر إثبات إضافية تفيد بشكل أساسي امتثاله لما يفرضه عليه قانون حماية المستهلك.

حتى لو تم غض النظر عن كل ذلك، لعل هذا هو الوقت والحال المناسب لتطبيق المادة 11 (ق.إ.م.ف) السابق ذكرها، لتلعب دورها الذي أشير إليه كذلك بمقتضى المادة 7- L.121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث يجوز للمحكمة طلب تقديم كافة أدلة الإثبات ذات الصلة الموجودة تحت يدي الأطراف، بل يمكنها في حالة رفض أحدهما تقديم عناصر الإثبات الحصول عليها بأي إجراء تحقيق مناسب تحت طائلة الغرامة عن كل يوم تأخير.

¹ J.P. Wavre, 3 novembre 2015, J.J.P., 2016, P. 463.

² Cass. Civ, 1re, 1 février 2023, n 20-22.176, Bull.

المبحث الثاني: ربط الشكلية بالنظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك

الملاحظ في العقود، أن ما يشغل التشريعات الحديثة بشأنها ليست الحرية العقدية التي أرسيت بعد جدل طويل كمبدأ إلى الحد الذي صارت معه أي فكرة أخرى وبلا شك استثناء، بل الحاجة إلى حماية التوازن العقدي وبالتالي ضمان العدالة العقدية في تكوينها هو المسعى الحالي للمشرع.

رغم التناقض الظاهري بين الحرية العقدية والشكلية، كانت أول الحلول الجاهزة أمام التشريعات هي الشكلية التقليدية التي وُضعت في خدمة الإرادة، باعتبارها أكثر ثقة ووضوحا وحجية في حال وجهت للفعالية وخاصة للإثبات، تدريجيا أصبح هذا الحل المبدئي حركة واسعة داعية لإعادة بعثها، رغم غلبة التردد والخوف وأحيانا الرفض التام على تفسيرها، ربما لتاريخها الروماني الطويل الذي أنجبها ورعاها في ظل التعبير البسيط المنفصل تماما عن أي مفهوم للإرادة، هاته السمة التي رافقتها متأرجحة بين المرونة والصرامة حتى صارت تسمى اليوم "التقليدية"¹. مقابل ذلك تم منح الثقة لمبدأ الرضائية ببناء رابطة قوية بين الحرية العقدية والتراضي، وإن كان هذا الأخير قد أقصاها مرة واعتبرها هامشية مرات أخرى، بقيت إلى جانبه في إطارها الشبه التقليدي (المطلب الأول).

مع الإصرار وتوسيع المحاولات، نجحت التشريعات في إعادة بعث الشكلية في المعاملات القانونية في إطار حديث وظيفي نفعي وقائي، وإن لم يُزال عنها الغموض تماما، منحت مكانة في العقود تبررها دائما بحماية الطرف الضعيف. متأثرة بذلك الغموض، سارت أغلب الدراسات نحو الشكلية بنظرة تلك الأداة المقيدة للحرية العقدية وسلطان الإرادة عموما.

¹ دراسة الشكلية في المجتمع اليوناني مثلا لن تكون ذات معنى كدراستها وهي في كنف القانون الروماني من سيادتها إلى تجرؤ الفقه والقضاء عليها بقبولهما الرضا في بعض العقود كالبيع والإيجار والوكالة، وتأثير المقرضين عليها باسم حسن النية وبدافع من القانون الكنسي اكسب الرضا طابعه الإلزامي رغم ذلك بقي بعيدا عن حرية الإرادة. لأكثر تفصيل في تاريخها أنظر:

Philippe. Levy, Andre. Castaldo, Histoire du droit civil, 1ere éd, Dalloz, 2002, p. 656;
Jean. Bart, Histoire du droit privé, Montchrestien, 2ème éd., Dalloz, 2009, p. 358

لكننا سنحاول في هذه الدراسة النظر إلى الشكلية من زاوية أخرى هل ممكن أن تكون مكمل لا غنى عنه خصوصا عندما تتقرر للإثبات المرشد للحق الذي استمر في تفضيل شكلية الكتابة، وحقق الغاية من وجودها في عقود الاستهلاك التي تأسست على حماية الطرف الضعيف ونتساءل هل الشكلية ضرورية للإثبات في عقود الاستهلاك؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النظرة التقليدية

إلى جانب الجدل الفقهي الواسع حول معنى الشكلية وطبيعتها القانونية، وُجد دائما تساؤل جوهري حول غايتها، رغم أن التشريعات واضحة بشأن تكييفها ومحاولة تبسيطها والتأسيس لها. لكن تصادمها مع الرضائية المتأصلة في العقود جعل الفقه مازال لم يتخطى السؤال، حتى وجد نفسه أمام أسئلة أخرى فرضها النظام العام الحمائي الذي ألزمته إرادة المشرع في حماية الطرف الضعيف وحماية الاقتصاد والاستثمار (الفرع الأول).

أدى هذا إلى تغيير مسائل كثيرة، إذ أصبح للشكلية مدلول تقليدي غايتها بحسبه لا تخرج عن قواعد القانون المدني إما إثبات التصرف أو انعقاده. بل ابعد من ذلك باعتبار أن تحديد طرق الإثبات نوع من الشكلية في القانون، وهي بذلك تمس الحق ذاته في وجوده فإن كان مبدأ الرضائية قد ساد في الوقت الحاضر، ولم يعد القانون يشترط شكلا خاصا لانعقاد التصرف، إلا أنه اشترط طريق من طرق الإثبات كالكتابة، وهذا يكاد لا يقل أثرا من الناحية العملية من اشتراط شكل خاص لانعقاد التصرف. إذ يؤدي تخلف الدليل المحدد للإثبات إلى وجود التصرف من الناحية النظرية، دون أي إمكانية لإثبات وجوده عمليا إذا لم ينجح ذو المصلحة في العثور على طريق آخر يقوم مقام الكتابة كالإقرار أو اليمين، لهذا كانت العلاقة دائما وثيقة بين قواعد الإثبات وقواعد الشكل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور الإثبات في ظل مبدأ الرضائية

يخضع العقد في تكوينه لمبدأ الرضائية، فلسفيا بررت هذه القاعدة الراسخة بالاعتماد على حرية الإنسان في التعبير عن إرادته بصفة عامة، واقتصاديا استندت على المذهب الليبرالي واعتقاده أن التفاوض بحرية يضمن نتائج أفضل وتطور أكبر، أما

قانونيا دخل من باب الأخلاق ومدى أهمية الالتزام بالعهود. مع ذلك قد تحتاج بعض الحالات ربط التعبير عن الإرادة لتكوينها بأشكال معينة، لهذا لابد من الإبقاء عليها كاستثناء على الهامش (أولا).

رغم وضع الشكالية تقليديا في إطار ضيق وربطها بالبطء والتعقيد، لم تبقى مجرد وسيلة تعبير عن الإرادة بل اتسعت لتشمل عقود مختلفة بمراحل تكوينها وتنفيذها وإثباتها، مما يفيد اكتسابها الطابع الإجرائي في تأكيد الحقوق واقتضاءها تحقيقا للغاية الأساسية "حماية الإرادة" (ثانيا).

أولا: الرضائية والشكالية الإجرائية

يفترض أن يحكم العقود مبدأ الرضائية، لهذا رأى بعض الفقه، كالفقيه جاك غستان أن مبدأ الرضائية هو مظهر من مظاهر التفسير الواسع لمبدأ حرية التعاقد¹، فإذا كان مبدأ الحرية العقدية من حيث الموضوع هو حرية اختيار مضمون العقد، فهو من حيث الشكل حرية المتعاقدين في اختيار شكل العقد. إذ لا يُقصد بالرضائية غياب الشكل بل حرية الشكل، لأن الأطراف أحرار في اختيار طريقة إظهار إرادتهم².

الرضائية المقصودة هنا هي التي تمنح للأطراف حرية اختيار شكل العقد دون أن ينقلب العقد إلى شكلي، وإنما يحتفظ بطبيعته الرضائية رغم إفراغه في الشكل المختار من الأطراف. بهذا المعنى، يمكن التعبير عن الإرادة صراحة أو ضمناً، بأي إجراء شفهي أو كتابي، وإن كان كتابي قد يوضع في شكل رسمي أو عرفي، مكتوب بخط اليد أو مطبوع، عن طريق النسخ أو الإرسال. يمكن أن ينتج أيضاً عن جميع العلامات والأفعال التي تظهر الإرادة بطريقة لا لبس فيها، أو تفترضها بالضرورة³.

عارض الأستاذ Jack Flour اعتبار حرية اختيار شكل العقد مظهر الحرية التعاقدية⁴، ورأى أن مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ الرضائية مظهران لمبدأ سلطان الإرادة

¹ **Jacque Ghestin, Gregoire. Loiseau, Yves-Marie Serinet**, Traité de droit civil, La formation du contrat; L'objet et la cause-les nullité, 4eme éd, L.G.D.J, Paris, 2013, P. 156.

² **François. Geny**, Science et technique en droit privé positif, op.cit, p-p. 103-104.

³ **Marcel. Planiol, Georges. Ripert**, Traite pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, 2^e éd, par **Paul Esmein**, paris, L.G.D.J., 1952, p. 111.

⁴ **Jacques Flour**, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in Le droit privé français au milieu du XX eme siècle. t. I, Études offertes à Georges Ripert, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 95,

أثناء تكوين العقد غير أنهما مستقلان، حيث يعبر الأول عن موضوع العقد بينما يعبر الثاني عن شكل العقد.

وعليه وجب التمييز بين الرضائية التي يقصد بها حرية الأطراف في تحديد شكل العقد، وبين الشكلية التي يقصد بها تدخل القانون في تقييد هذه الحرية بفرض شكلية معينة، باعتبار أن التشريع يقتضي عدة شكليات وأساس التفرقة هو صحة العقد، أي إذا رتب المشرع على مخالفتها بطلان العقد فهي شكلية، أما إذ لم يرتب على مخالفتها البطلان فهي ليست شكلية، وبذلك تم تصنيفها إلى صنفين:

شكلية مباشرة وهي تلك التي تكون ركنا في العقد، وتسمى كذلك لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب على غيابها بطلان التصرف. بعبارة أخرى هي شكلية وظيفية ضامنة لصحة العقد تحدث عندما تحيط القوانين العقد نفسه ببعض الإجراءات الشكلية، وفي حالة عدم الالتزام بها اعتبر باطلا تعرف هذه "العقود بالرسومية" أو "الشكلية"، على عكس العقود الرضائية.

لهذا تمثل الشكلية للصحة استثناء حقيقيا لمبدأ الرضائية، حيث لا تكفي إرادة الأطراف وحدها لإبرام العقد، بل لا بد من الشكلية لحماية إرادة الأطراف من خلال فرض إجراءات قانونية في العقود التي تتطوي على خطورة معينة تنبه المتعاقد بخطورة التصرف المقدم عليه، كأن يشترط لصحة العقد في القواعد العامة تدخل موظف عام وكتابة عقد رسمي أو عرفي، وتضمنه التاريخ، والإشارات الإلزامية.

أما الشكلية غير المباشرة هي تلك الإجراءات الضرورية لنفاذ العقد أو إثباته، يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد، دون أن تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فهي لا تؤثر على صحته وإنما قد تؤدي إلى عدم إنتاجه لكافة أثاره أو إلى صعوبة إثباته حسب الغرض المقصود بها، حيث عدد الفقهاء تقليدياً أنواع من الشكلية على أساس أغراضها.

في الحالات التي يتطلب القانون إجراءات شكلية لغرض الإثبات ولم يتم الامتثال لها، يكون العقد صحيحاً دون إمكانية إثباته إذا تم الطعن فيه. وعليه شكلية الإثبات تخول صاحب الحق إمكانية الاعتداد بحقه، وإثبات وجوده وقيامه¹.

وحالات أخرى، يفرض المشرع إجراء الشهر لحماية حقوق الغير بالدرجة الأولى الأطراف لتمكينهم من معرفة وجود بعض الحقوق وهي ما يعرف بشكلية الإشهار، كوجوب تسجيل الامتيازات والرهون الواردة على الحقوق العينية العقارية.

إضافة لشكلية تحقيق أغراض ضريبية، كالتسجيل والطابع ودفع الرسوم المقررة لتلك الإجراءات وهي شكلية يمكنها أيضاً أداء وظيفة إثباتية، لتسوية نزاعات محتملة كأن تستخدم كدليل على التزامات المورد، ووجود العقد. كما يتطلب القانون أحياناً إخطاراً إلى الإدارة قبل إبرام العقد، أو طلباً للحصول على تصريح أو ترخيص أو إعفاء، أو التسجيل للمهني لدى السلطة المختصة، وهو ما يسمى بالشكلية الإدارية، المشترطة كإجراءات إدارية لتكوين العقود من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق المصلحة العامة من خلال تحديد الدولة باعتبارها السلطة العامة الأعمال الموجودة على إقليمها.

حتماً أغراض الشكلية مختلفة وليست حصرية، من حماية الإرادة أو المصلحة العامة أو توفير وسيلة إثبات أو ممارسة رقابة على العقود، مع إمكانية أن تسعى شكلية واحدة إلى تحقيق أغراض مختلفة وتأدية عدة وظائف، لأن معظم الإجراءات الشكلية المنصوص عليها من أجل صحة العقد أو من أجل أغراض أخرى تصلح أيضاً كوسيلة إثبات معدة مسبقاً.

اختصر هذه التصنيفات اتجاه موسع رأى، أن شكل الإرادة لا يقتصر على وسيلة التعبير عنها، بل يشمل كل ما يؤدي إلى تكوين الإرادة، لأن تكوين الإرادة ثم التعبير عنها ليسا سوى مراحل متتابعة في التصرفات أو المعاملات القانونية بصفة عامة لتوجد مادياً، والإرادة تحتاج غالباً في تكوينها والتعبير عنها لسلسلة من الأشكال، مثلاً يحتوي القانون المدني على أكثر من إشارة للشكلية.

¹ بوراس لطيفة، الشكلية في الحياة التجارية إلى أين؟، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تيزي وزو، العدد 2،

إذ نجد شروط شكلية مطلوبة من أجل صحة العقد، لاسيما بالنسبة للبيوع العقارية والرهن، وإن كانت هذه الأشكال تعتبر استثناءات بل وشبه هامشية مرتبطة برسمية العقد¹. وأقل هامشية هي تلك المتعلقة بقواعد الإثبات، والتي يمكن اعتبارها من بين تطبيقات الشكلية²، بدءاً من قاعدة الإثبات بالكتابة الواردة في اغلب التشريعات والتي تضع الكتابة على قمة هرم وسائل الإثبات في القواعد العامة.

بناءً عليه مازال الأصل في التصرفات القانونية هو التراضي، المحصن لإعلان الإرادة واقترائها بأخرى دون حاجة إلى صحتها في قالب محدد³. غير أن بعض التصرفات لا يكفي فيها مجرد التراضي، بل لابد من ترجمتها إلى مظهر خارجي والتعبير عنها وفقاً لشكل معين، يكفي هذا للوصول إلى فكرة أن الرضائية لا تميز قانون العقود بطريقة مطلقة كما يقال غالباً، لكنها مازالت الجوهر الذي لا يترك مجالاً للشك أن فكرة عامة غير الشكلية تهيمن على العقود.

ثانياً: الشكلية الاستثناء في تأدية الوظيفة الحمائية

استمرت الشكلية مهما اختلفت الأطر التي وضعت فيها والمظاهر التي حددتها، وإن خفي سطوعها في مراحل وعادات في أخرى، ظلت في مركز الأداة الضرورية يُلَفُّ الإرادة في غلاف قانوني لترتيب آثارها الصحيحة الحقيقية المبتغاة.

يمكن أن تختار الإرادة مظهراً من بين مظاهر الشكلية المختلفة لتظهر به، هذا تماماً ما يفسر بروز الشكلية في مرحلة تكوين العقد، رغم أنها ليست دائماً في دور المفعول به، قد تأخذ دور الفاعل وتقيد حرية الاختيار تلك بحسب القواعد لينشأ عنها مسائل أخرى تمتد لمرحلة التنفيذ والإثبات والحكم القضائي.

¹ ولأن هذا الموضوع لازال في إرهاباته الأولى في الكتابات العربية فغالبا يكثر التحليل والدراسة للشكلية التعاقدية، دون شكلية الإثبات. وأحيانا نجد خلطاً كبيراً بينهما.

² François. Gény, op. cit., p. 110.

³ Ali Bencheneb, Le droit algérien des contrats; données fondamentales, Ajed, Alger, 2011, p16.

1: في القواعد العامة؛ للقانون المدني

يحكم قانون العقود أصل واستثناء، الأول هو الرضائية والثاني هو الشكلية، هكذا رأى مفسرو القانون المدني نظام العقود، سواء في الجزائر¹ أو في فرنسا²، وهو ما تأكده المادة 59 (ق.م.ج) التي لا تخضع العقود في تكوينها لأي شكلية، كما أن المادة 60 الفقرة 01 (ق.م.ج) تسمح للمتعاقدین بالتعبير عن إرادتيهما بمختلف الوسائل. بينما القانون الفرنسي، ورغم عدم اعترافه الصريح بمبدأ الرضائية، إلا أن الفقه رأى رجوع ذلك إلى كون المبدأ قد تم إقراره إلى الحد الذي لم يرى المشرع معه ضرورة لتأكيد صراحة³ استنتاج هذا بالمفهوم المخالف للنصوص كالمادة (1101 ق.م.ف) عند تعريف العقد، ومن المادة 1107 (ق.م.ف) عند تحديد العناصر التأسيسية للعقد، ولعل المادة 1138 (ق.م.ف) كانت أكثر مباشرة عند وضع أحكام الأثر الفوري للإرادة في تكوين العقود بشكل عام، والمادة 1583 (ق.م.ف) الخاصة بعقد البيع بشكل خاص.

مبدأ الرضائية وكأي مبدأ قانوني تدرج الفقه المدني في قبوله وتبنيه، حيث التزم به بعض الفقه منذ بداية القرن السادس عشر، وأخذ آخرون على محمل الجد في القرن السابع عشر مثل "Loysel" و "Domat" منظمين بذلك إلى فقه القرن السابق، و "Pothier" في القرن الثامن عشر تماما سنة 1804، عشية بدأ تنفيذ ما يعرف بقانون نابليون.

اعتبر هذا القانون رضائيا رافضا إخضاع العقد للإجراءات التي تلزم الأطراف على إفراغ إرادتهم في أشكال محددة مسبقا، لكنه ليس معاديا للشكلية. بعبارة أخرى، إضافة للرضائية لازال القانون المدني يخضع بعض العقود لأشكال معينة كعقود التبرع مثالها المادة 931 (ق.م.ف)، أو عقد الرهن العقاري ومثاله المادة 2127 (ق.م.ف).

وهي شكلية خاصة بالتصرفات ذات المخاطر المتأصلة والتي تقع على الحدود بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية والتي تلزم الشخص بقدر ما تلزمه ممتلكاته، ويرجع

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط.3، موفم للنشر، 2013، ص 76.

² Muriel. Fabre-Magnan, Droit des obligations, 7ed, L.G.D.J, Paris, p219; Bertrand. Fages, Droit des obligations, 4éd, L.G.D.J, paris, 2013, p105; Alain. Bénabent, Droit des obligations, 14éd, L.G.D.J, 2014, p81.

³ Benoit. Nuytten et Laurent. Lesage, Regards sur les nations de consensualisme et de formalisme, Rep. Defrénois, 1998, p. 502.

ذلك بشكل أكثر تحديداً إلى تغيير الحالة الشخصية التي يفترضونها، هذا جعل من السهل أن نفهم أنها محل متطلب قانوني كشكلية الكتابة¹.

قد يستلزم القانون شكلاً خاصاً يفرغ فيه التعبير عن الإرادة كالكتابة الرسمية اللازمة في عقد الهبة وعقد الرهن الرسمي، في هذه الحالات تكون الكتابة لازمة لانعقاد بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلاً لتخلف ركن من أركانه. تطبق هذه القاعدة أيضاً على المرتب مدى الحياة² بمقتضى المادة 615 (ق.م.ج) اشترطت فيه الكتابة التي يستوي أن تكون عرفية أو رسمية، الأهم هو إفراغ التصرف في محرر مكتوب لتسهيل إثباته.

لا يختلط ذلك باستلزام الكتابة لإثبات التصرف، سواء كقاعدة عامة حسب قيمة التصرف كما في عقد الكفالة في المادة 645 (ق.م.ج) وعقد الصلح، سواء بنص خاص مهما كانت قيمة الالتزام تخلف الكتابة فيها لا يؤثر على وجود التصرف ويمكن إثباته بما يقوم مقامها من إقرار ويمين، في كل الأحوال لا يحول عدم استيفائها دون انعقاد التصرف.

عندما تكون الكتابة شرطاً من شروط صحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه، ولو كانت قيمته أقل من نصاب الإثبات بالبينة، ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون في هذه الحالة مجرد وسيلة إثبات، بل تعتبر ركناً أو شرطاً من شروط الصحة كعقود الرهن الرسمي المادة 1031 (ق.م.ج) والشركة المادة 507 (ق.م.ج) والرهن الحيازي المادة 1114 (ق.م.ج).

كما أن استلزام القانون أو الاتفاق الكتابة بغير إفصاح عن دلالة تطلبها لانعقاد أم الإثبات، يفسر الشك في هذه الحالة على تقدير استلزامها للإثبات بالرجوع للأصل المقرر برضائية التصرف، الذي لم يقدّم دليل يوصل إلى ما يغيره.

¹ Demoulin. Marie et Montero. Etienne, Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique; de La théorie générale des obligations, Bruxelles, 2002 p.5.

² هو إيراد يدفعه شخص يسمى المدين بالإيراد إلى شخص آخر يسمى الدائن بالإيراد أو المستفيد. ويحدد عادة لمدى الحياة "مدى حياة المستفيد"، والمرتب لمدى الحياة هو مال منقول قد يكون أصله تصرف قانوني أو واقعة مادية كحوادث العمل، تنص المادة 615 من القانون المدني على: العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع.

في عقد الإيجار مثلاً، وضع المشرع الجزائري في القانون المدني بمقتضى المادة 467 مكرر شرط الكتابة صراحة، إلا أن هذه المادة لم تبين نوع الكتابة ما إذا كانت رسمية أو عرفية، مع ذلك يمكن للمتعاقدین إفراغ العقد عند الموثق في شكل رسمي حسب ما نصت عليه المادة 03 من القانون 06-02. إلى جانب الكتابة اشترط المشرع في ذات المادة أن يكون تاريخ العقد ثابتاً؛ يترتب على تخلفه بطلان العقد، كما اشترط تسجيل العقد في مصلحة الضرائب وهو بغض النظر عن كل ما اشترط قبله يعطي لعقد الإيجار تاريخ ثابت.

بالمقابل كان المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري¹ ضمن بمقتضى المادة 21 منه على "تجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد الإيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى"، ثم عاد المرسوم التنفيذي 94-69² بتأكيد المصادقة على النموذج الذي يجب أن يكتب وفقه عقد الإيجار دون أن يترتب تخلف هذه الإجراءات بطلان العقد.

وبالنظر لشكلية شهر عقد الإيجار، اشترط المشرع شهره إذا زادت مدته عن 12 سنة بمقتضى المادة 17 من الأمر 74-75 والتي نصت: "الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها وذلك مع مراعاة أحكام المادة 165 من الأمر 71-73..."، نجد هنا تعارض بين تلك الأحكام وأحكام المادة 896 (ق.م.ج) التي نصت على أنه يجب شهر الإيجارات التي تزيد مدتها عن 9 سنوات لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن، غير أنه في حالة كهذه يأخذ بقاعدة الخاص يقيد العام.

مما تم ذكره بالنسبة لعقد الإيجار، يلاحظ صعوبة نزع الرضائية عن هذا العقد ولو لم تكفه لانعقاده، لابد كشرط جوهري حصول التراضي على الشيء المؤجر والمدة والأجرة، أما أن الكتابة المقررة بموجب المرسوم التشريعي 93-03 ليست ركنا لانعقاد

¹ المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية عدد 14، مؤرخة في 03 مارس 1993. ملغى بموجب القانون 11-04 المؤرخ في 7 فيفري 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14، 2011.

² المرسوم التنفيذي 94-69 مؤرخ في 19 مارس 1993 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار.

هذا العقد، لأنه في حال عدم وجود الكتابة يبقى صحيحا وكجزء يعاقب المؤجر باستمرار العقد الشفوي لمدة سنة من يوم اكتشاف المخالفة، بعكس الكتابة التي نصت عليها المادة 467 (ق.م.ج) وفسرت على أنها ركن لانعقاده تخلفها يرتب البطلان ومن ثم إثبات عقد الإيجار لا يمكن إلا وفق الشكل القانوني المتطلب في الكتابة.

كما نجد التشريع الفرنسي فيما يتعلق بشكلية الإثبات، يحسبها من بين الإجراءات الشكلية المطلوبة كوسيلة إثبات، مثالها الأكثر نموذجية هو المادة 1341 (ق.م.ف) المعدلة بمقتضى المادة 1359 أمر 10 فيفري 2016، والمادة 10 الفقرة 1 من قانون التأمين والتي جعلت عقد التأمين وتعديلاته لا يتم إثباتها إلا بالكتابة، بغض النظر عن قيمة الالتزام¹.

قد يستلزم شكليات أخرى لأغراض الإثبات غير الكتابة الرسمية، كالحالة التي يفرض فيها بعض الإشارات المكتوبة بخط اليد أو التشديد على أهمية تاريخ العقد (كأن يتطلب القانون توقيع الأطراف وكتابة التاريخ وتضمين بعض المعلومات المحددة مثل توقيع الشهود أو وصف العقار المباع من طرف الشاهدين على العقد، أو تاريخ العقد). تضيف المادة 10 الفقرة 3 من قانون التأمين، التزام على المؤمن بتسليم المؤمن له في موعد لا يتجاوز وقت إبرام العقد، نسخة مصدقة من المعلومات التي قدمها هذا الأخير كتابة بشأن الخطر المؤمن عليه.

ترجع أهمية شكلية الإثبات إلى ما توفره من أدوات ووسائل لضمان إمكانية إثبات العقد في حالة النزاع، خاصة عندما يكون التعاقد بشأن قيمة كبيرة أو يكون من الصعب إثبات العقد بطرق أخرى، رغم تميز أشكال القانون المدني بحسب "Lagarde"²، بالبساطة؛ كأن يلزم الأطراف بالكتابة أيا كانت رسمية أو عرفية، والإجماع؛ غالبا ما تعكس التصرف من جميع جوانبه: حماية الإرادة والإعلام والإثبات)، يتعلق الأمر بشكل أساسي بالشكلية كركن في بعض التصرفات القانونية والشكلية كأداة إثبات.

¹ Marcel. Fontaine, Droit des assurances, 2éd, Larcier, Bruxelles, 1996, p. 207.

² Xavier. Lagarde, Observations critique sur la renaissance du formalisme, J.C.P., G., 1990, p-p. 1770 -1773.

2: في القواعد العامة؛ للقانون التجاري

مقارنة السمات التي طبعت بها شكلية القانون المدني مع الأخرى المتعلقة بالقانون التجاري، نجد أن المتعلقة بهذا الأخير ليست بذات الطابع، أساسا أثارت الشكلية الجدل أكثر عندما اقتحمت المعاملات التجارية، باعتبار أن هذه الأخيرة تقوم على السرعة والائتمان، والشكلية نقيض لذلك، فكيف لهما أن يلتقيان ويتكيفان.

لقد سبق الحديث في المبحث الأول بأن الإثبات حر بين التجار، لكنه استثنى بعض الأعمال بإخضاعها للشكلية، التي بدأت بالاتساع مع تطور الفكر الاقتصادي وتنظيم أغلب المعاملات بقواعد أمرة واتساع تدخل القاضي في الحياة التجارية، هذا جعل مسألة اعتبارها استثناء عن مبدأ الرضائية في العقود التجارية محل تساؤل إن كانت الرضائية مازالت في مكانتها الملزمة للمتعاقد أم الشكل؟.

فقد فرض المشرع التجاري حماية للدائن التجاري، نوع من الشكلية الصارمة أحيانا والمرنة أحيانا أخرى من بداية العمل التجاري حتى نهايته، حيث اعتبرت هذه الشكلية مميزة بعيدة عن الشروط الشكلية الغالبة في الأعمال المدنية. وإن كانت تصنف بالنظر للالتزامات التاجر الإجرائية إلى شكلية الإثبات وشكلية الشهر، إلا أنها صنفتم أيضا إلى شكلية سلبية تارة، كونها تعرقل النشاط التجاري، ومع إمكانية تطويعها وتبسيطها إلى شكلية إيجابية تارة أخرى¹.

بالنظر للأحكام المنظمة للشركات مثلا، نجد أن كل مرحلة من مراحل حياتها متضمنة قواعد إجرائية عديدة اعتبرت في مجملها قيود شكلية، كاختيار نوع الشركة ورأسمالها وشكل مساهمة الشركاء وطبيعة حصصهم ونظامها الأساسي وعلاقاتها التعاقدية ونشاطها التجاري هذه الإجراءات والبيانات الواجب تضمينها في النظام الأساسي جاءت في كل من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري وتعديلاته المتتالية خاصة بالنسبة للأحكام المتعلقة بالشركات التجارية، ولأن ذمتها المالية تهم كل دائن متعامل مع الشركة كما تهم الشركاء أنفسهم خصوصا في شركات الأموال، تدخل المشرع من خلال قواعد شكلية لتنظيم إدارة الشركة وتعيين المسيرين فيها وإكسابهم

¹ لتفصيل أكثر أنظر؛ حسناوي روابحية فاطمة، الشكلية في القانون التجاري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2018/2019، ص 27 وما بعدها.

الصفة التجارية ليس لاحترافهم العمل التجاري بحسب المادة الأولى من القانون التجاري وإنما لأسباب اقتصادية واجتماعية حماية لرأسمال الشركة وأصحابه.

ولأن العقد شريعة المتعاقدين وأساس علاقتهم القانونية، وحماية للشركاء باعتباره المحدد لطريقة تأسيسها وتسييرها وانقضائها، ولحقوق الشركاء والتزاماتهم وبدون شك الأكثر موثوقية في حالة النزاعات. خاصة وان عقد الشركة من العقود التي يحتاج تنفيذها فترات قد تطول بطول الوصول لغرضها المحدد فيها، فقد اشترط المشرع بالإضافة لإخضاعه لقواعد إجرائية خاصة بصياغته، بوضوح وبمقتضى المادة 418 الفقرة 01 (ق.م.ج) كتابته لتسهيل إثبات مضمونه¹، ماعدا شركة المحاصة التي يحوز إثباتها أن بين الشركاء بكافة طرق الإثبات.

بعدما اعتبر القانون المدني كل تعديل يدخل على العقد، باطلا إذا لم يكن له نفس الشكل الذي صيغ به العقد، في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بوجوب تحرير كل الوثائق المنشأة والمعدلة للشركات في عقد رسمي تحت طائلة البطلان².

رغم أن المشرع الجزائري أوجب كتابة عقد الشركة ليس من أجل الإثبات فقط بل جعل شرط الكتابة يبدو وكأنه شرط انعقاد بحيث إذا لم يطبق الشرط اعتبر العقد باطلا، جعلها المشرع الأردني إلزامية مكتفيا بالنص في المادة 584 على أنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا" دون أن يوضح الغاية من الكتابة المشترطة وعليه اختلف تفسير الفقه حول غايتها.

بالرجوع للمادة 1/545 (ق.ت.ج) نجد أن الكتابة شرط للإثبات في الشركات التجارية، هذا المعنى جاء أيضا بمقتضى المادة 43 من قانون التجارة اللبناني عندما نصت على أن: "جميع الشركات التجارية، عدا شركة المحاصة يجب إثباتها بعقد مكتوب

¹ المحكمة العليا، الغرفة التجارية، قرار رقم 38060، مؤخر في 1989/12/07، م.ق.، 1989، عدد 4، ص 159، حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا، أن جميع الوثائق التي تنشأ أو تعدل الشركات، يجب أن تحرر في عقد رسمي تحت طائلة البطلان". أنظر في هذا الشأن كذلك، المحكمة العليا، الغرفة التجارية، قرار رقم 142806، مؤرخ في 1996/03/26، م.ق.، 1999، عدد خاص، ص 141، حيث جاء فيه: "إن إنشاء وإثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلاً" أنظر كذلك في نفس الشأن، المحكمة العليا، الغرفة التجارية، قرار رقم 148423، مؤرخ في 1997/03/18، م.ق.، 1999، عدد خاص، ص 145.

² Cass. Civ, 07decembre 1985, n 87-42.430, Bull, P. 15.

على أنه يجوز للغير عند الاقتضاء أن يثبت بجميع الوسائل وجود الشركة أو وجود أي نص يختص بها".

شكلية القانون التجاري هاته تؤكد أيضا بالنظر لاستثناء جواز أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه ومن مقبولة الدفاتر التجارية في الإثبات وبالضبط من المادة 9 (ق.ت.ج) التي نصت على أنه "كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك الدفاتر اليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاوله، وان يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا". من قراءة المادة نجد أنه إضافة إلى إلزامية تقييد العمليات القانونية يوما بيوم بالنسبة للتاجر ومراجعة نتائج هاته العمليات مرة على الأقل في الشهر مع الاحتفاظ بكل ما يمكن الاستدلال به لمعرفة صحة ما هو مدون في هذا الدفتر.

استمر المشرع التجاري في اشتراط إفراغ الإرادة في شكل خاص في بعض العقود التجارية، إلى الحد الذي جعل الاتجاه الموسع للشكلية يرى أن التعبير عن الإرادة في حد ذاته هو شكل بالمعنى القانوني. لأن الشكلية في التشريع التجاري تتمثل في، الشكلية كشرط لوجود بعض الأعمال التجارية والشكلية كشرط في بعض العقود التجارية، الأولى تتجسد في الالتزامات القانونية المتمثلة عن شكليات يقوم بها التاجر إزاء المصالح العمومية كي يمارس التجارة بطريقة قانونية وهي: الالتزام بشكلية مسك الدفاتر التجارية، والشكلية بالقيد في السجل التجاري¹.

من الواضح أن المشرع أراد التكيف مع سرعة ومرونة الحياة التجارية بتوفير نظام إثبات أكثر مرونة مثل المادة 109 من القانون التجاري الفرنسي التي كانت تحدد كيفية إثبات العقد التجاري وطرقه القانونية، وترك للفقه والقضاء إعطاء هذا النظام نطاقا عاما ينظم وسيلة العمل الإجرائي، مما يؤكد مبدأ الإثبات الحر في المسائل التجارية².

الذي لم يترك مطلقا، فقد تضمن استثناءات لعدد من الأعمال بما فيها الأوراق التجارية³، مع تأكيد القضاء من فترة لأخرى على اعتبار الشكلية استثناء عن المبدأ،

¹ بوراس لطيفة، الشكلية في الحياة التجارية إلى أين؟، المرجع السابق، ص 213.

² Joseph. Hamel, Gaston. Lagarde et A. Jauffret, Traité de droit commercial, t. II, Dalloz, Paris, 1966 , p. 295.

³ Joseph. Hamel, Gaston. Lagarde et A. Jauffret, Traité de droit commercial, op. cit., p. 297.

كالقرار الصادر عن قضاة المجلس الأعلى بتاريخ 18 ديسمبر 1982 قضى بكفاية اتفاق الإرادتين وتراضيهما لإبرام العقد، إلا إذا اشترط القانون استثناءا توفر شكل من الأشكال الرسمية، حيث يصبح تدخل الموثق تحت طائلة البطلان واجبا¹.

مع ذلك، يعتقد بعض الفقه أن القاضي يميل إلى تفضيل محرر مكتوب رسمي حتى في الحالات المتعلقة بالقانون التجاري، خاصة في الأعمال ذات الأهمية من حيث قيمتها أو خطورتها على المتعاقد الضعيف². لهذا تكون الإرادة قاصرة على إحداث أي أثر إذا تطلب القانون مقتضيات معينة تجسد التعبير عنها، باعتبار الشكلية الإجرائية ركنا من أركان العمل القانوني³.

بناءا عليه أكد الفقه نظريته للشكل على أنه حصيلة العمل القانوني وهو في حالة حركة، هذه الحركة هي ما يمثل جانبه المادي، لأن الإرادة لا تخرج عن حقيقة أنها لا ترتب آثارها إلا بعد إعلانها. والشكل إما يُعنى بتأمين وجود العقد، أو بتأمين مشروعيته وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية⁴. بتجاوز المشرع لمحاولة تبين العمل القانوني الإجرائي ومضمونه كما هو الحال في القانون المدني إلى وسيلة تحقيق هذا العمل.

الفرع الثاني: المحاولات التقليدية لوضع الشكلية الإجرائية في خدمة الإثبات

رغم سيادة مبدأ الرضائية، كان للشكلية إن أعلن الاعتراف بها أم لا دورا هاما في ضمان فعالية العقد، لهذا حاولت التشريعات حماية العقود المختلفة بموجب شكلية القواعد العامة التقليدية المتمحورة حول إثبات التصرفات القانونية وأحيانا حول اعتبارها ركن لانعقاد بعض العقود (أولا).

ولأن التكنولوجيا التي سميت حينها "الحديثة" لم تكن تستخدم في العقود إلا بشكل نادر، في بعض المجالات وفي بعض المناسبات أو في بعض مراحل عملية التعاقد، حتى أن العمل الإلكتروني في بدايته كان محصور في دائرة المهنيين، لسهولة الاتفاق فيما

¹ قرار رقم 25016، منشور في مجلة الاجتهاد القضائي 1987، ص 17.

² Xavier. Dieux, La preuve en droit commercial belge, R.D.C., 1986., p. 84.

³ عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار هوم، الجزائر، 2021، ص 411.

⁴ Victoire. Lasbordes, Les contrats déséquilibres, Thèse de doctorat, Toulouse 1, 2000, p.152.

بينهم على التعاقد بوسيلة إلكترونية. من ناحية أخرى كانت الشكلية لا تكاد تذكر، مما حد أو أخر من التحديات التي يجب التعامل معها (ثانياً).

أولاً: في النظرية العامة لقانون الاستهلاك

تتابعت التشريعات في تبني النظرة التقليدية -الشكلية الاستثناء- خاصة خلال القرن التاسع عشر، إذ فرضت الكتابة ووضعت إجراءات إعلام جديدة لعقود مختلفة وأحاطت الأوراق التجارية بأشكال محددة، كانت هذه الإجراءات ضد مبدأ الرضائية رغم أن التحرك التشريعي الشكلي كان لا يزال معتدلاً في بداياته، مقارنة بالنمو الكبير الذي شهدته لاحقاً¹. في هذه المرحلة، تم تحديد الحماية القانونية التقليدية للإرادة وتنظيمها، تنظيمًا ضيقاً مشدداً في شروط تطبيقها مما أدى إلى صعوبة إثباتها، لذلك بقي قانون الإثبات هو الذي أثار الكثير من التحديات.

إذ نجد المشرع الجزائري، بالإضافة للقاعدة العامة لشرط الكتابة كالتصرفات غير التجارية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج وفقاً لنص المادة 333 (ق.م.ج)، وشرط التسجيل والشهر في بعض التصرفات القانونية نموذجها شهر التصرفات الواردة على العقار وفقاً للمادة 793 (ق.م.ج)، واعتبار التسليم في العقود العينية صورة من الشكلية، والتأكيد على المعاملات ذات الشكلية المباشرة للانعقاد المذكورة في المادة 324 مكرر 1 (ق.م.ج) كالعقود المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو تنازل عن أسهم شركة وغيرها.

حاول أيضاً حماية رضا المستهلك من خلال التمسك بعبء التدليس في المادة 2/86 (ق.م.ج)، كما استلزم توافر قيود معينة للحصول على الحماية من التدليس وفقاً للمادة 87 (ق.م.ج)، ووضع بعض القيود على استعمال وتطبيق أحكام المادة 81 (ق.م.ج) المتعلقة بالغلط تفادياً للتعسف الذي قد تحدث.

وأعطت قواعد ضمان العيوب الخفية حسب المادة 379 (ق.م.ج) وسائل إجرائية للمتعاقد منها رد المبيع أو استبقاء المبيع مع التعويض، بحسب تفسير الكثيرين لا تشكل هذه الإجراءات الحماية الفعلية للمستهلك بالنظر لصعوبة إثبات العيب إن كان مؤثراً

¹ Herve. Jacquemin, Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 320.

وقديما وخفيا وطبيعة المنتجات الفنية المركبة في غالبيتها، وأن إعمال أحكام القانون المدني بشأنها يعطي وسائل قد تكون غير ملائمة له.

لم يتوقف المشرع الجزائري عند تلك الإجراءات بل نظم عقود الإذعان وفق المادة 70 (ق.م.ج)، بالتركيز على طبيعة إرادة الطرف الضعيف المذعن جعلت الحماية في سلطة القاضي وإمكانية تعديل الشروط وإعفاءه منها بموجب المادة 110 (ق.م.ج). وبمقتضى المادة 386 (ق.م.ج) المتعلقة بقواعد صلاحية المبيع، لم يتم ضمان سوى صلاحية المبيع المقتني من طرف المشتري المتعاقد دون الأضرار الناتجة عن المبيع التي تمس الغير ممن لا تربطه علاقة تعاقدية بالبائع، وكذا الطبيعة العقدية للالتزام بالضمان التي تجيز الاتفاق على مخالفتها بزيادة الضمان أو إنقاصه أو إسقاطه¹.

بالنظر أبعد من ذلك للتوضيح أكثر، تسري على عقد التأمين القواعد السابق ذكرها باعتباره عقد مدني رضائي، غير أن الواقع والمراحل العملية التي يمر بها العقد قبل انعقاده من طلب التأمين ومذكرة التغطية المؤقتة وتوقيع وثيقة التأمين الأصلية، وكذا إمكانية إثبات التزام الطرفين إما بوثيقة التأمين نفسها أو بمذكرة التأمين، أو بأي سند مكتوب وقعه المؤمن طبقاً لأحكام المادة 324 مكرر 7 (ق.م.ج) يفيد ضرورة شكلية الكتابة في إثبات عقد الاستهلاك.

بل قبل ذلك فيما يتعلق بشكلية الإثبات، استلزم القانون الفرنسي الصادر في 13 جويلية 1930 بمقتضى المادة 8 منه المعدلة بالمادة L112-3 من قانون التأمين المؤرخ في 20 ديسمبر 2005، كتابة عقد التأمين، وفسر القضاء والفقه هذا الإجراء على أنه غير مفروض لصحة العقد بل لإثباته وهي قاعدة إثبات خاصة تقيد قواعد الإثبات العامة².

¹ للتفصيل أكثر أنظر: حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد دراسة لبعض العقود الخاصة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015، ص - ص 116 - 117؛ نساخ فطيمة، النظرية العامة للعقد والتشريعات: فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، 2020، ص 257؛ صابر بن صالحية، أحمد حسين، خصوصية تكوين عقد التأمين في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 10، العدد 2، سنة 2023، ص 67 وما بعدها.

² Cass. Civ, 2, 24 mars 2022, n 20-12.210, Bull; Cass. Civ 1, 13 mars 2007, n 06-12.774. Bull.

بعبارة أخرى، إذا لم يتم استيفاء شكلية الإثبات بالكتابة التي فرضتها القاعدة الخاصة، فلا ينبغي قبول الشهادات والقرائن كقاعدة من القواعد العامة، غير أن القضاء عاد وغير منطق الذي بعد أن استقر على تفسير هذه القاعدة الخاصة على أنها قاعدة إثبات، استند إلى القواعد العامة تحديدا المادة 1347 (ق.م.ف) المعدلة بمقتضى المادة 1362 و 1361 من أمر 10 فيفري 2016 للاعتراف بوجود بداية إثبات بالكتابة¹.

طبقت هذه القواعد لكن بتحفظ، فقد حكم مرارا وتكرارا أن عدم الامتثال لبعض شكليات الإثبات، مثل تلك الخاصة بالنسخة الأصلية المزدوجة المنصوص عليها في المادة 1375 (ق.م.ف) والمادة 1376 (ق.م.ف) لا ينقص من صحة التصرف وإمكانية إثباته، والذي يمكن أن يستخدم بعد ذلك كبداية إثبات بالكتابة² كما لو تم استيفاء شروطه. مهما كان القضاء صارما في تفسير متطلبات الشكل عموما، فقد أثبت أنه أكثر ليبرالية فيما يتعلق بالإثبات³. هذه المواقف ليست بالضرورة متناقضة حيث يمكن للقضاء أن يكون حازما، حتى يلعب الشكل وظيفته الوقائية، ومرنا في الوقت ذاته من أجل مواجهة سوء نية طرف يريد التهرب من التزاماته بمجرد مخالفة بسيطة من الناحية المادية⁴.

التبسيط القضائي لشكلية الإثبات، لا يتعلق بتخفيف قواعد الشكل من خلال السماح باللجوء إلى إجراءات بديلة، بل تقليل نطاقها عن طريق تخفيف العقوبة في حالة انتهاك متطلبات الشكل وتقليص نطاق تطبيقها قدر الإمكان. رأى الفقه أن هذا التبسيط يكون عند ممارسة القضاء سلطته التقديرية في تحديد جزاء الإخلال بالشرط الإجرائي المتطلب للشكلية، خاصة إذا سكت القانون عن وضع

¹ **Alain. Piedelievre**, Les transformations du formalisme dans les obligations civiles, paris, 1959, p-p. 57-70

² **Jacques Flour**, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in Le droit privé français au milieu du XX siècle, op. cit., p-p. 107-108

³ **Jacques. Flour, Jean.-Luc. Aubert**, Droit civil; Les obligations, vol 1, sirey, L.G.D.J, Paris, 1975, p-p. 229-230.

⁴ **Alain. Piedelievre**, Les transformmations du formalisme dans les obligations civiles, op. cit., p. 144.

التصرف تحت طائلة البطلان في حال خرج عن الشكلية التي تطلبها، يميل القضاء غالبا إلى تفسير هذا الغموض على أنه شكلية إثبات لتجنب بطلان العمل غير¹.

انعكست مرونة الفقه والقضاء في تفسير شكلية الإثبات بشكل واضح على إثبات التصرفات القانونية، فقد استطاعت حسم جدل مهم وطويل متعلق بشرط الإثبات بالكتابة المنصوص عليه بمقتضى المادة 1341 (ق.م.ف) المعدلة بالمادة 1359 من أمر 10 فيفري 2016، تم على أثره إعلان الطابع التكميلي لقواعد الإثبات العامة، التي يمكن تطبيقها على العقود الرضائية التي لا تشترط أي شكلية حتى لو نص القانون على ما يخالف ذلك. كما قلص نطاق تطبيق القواعد الإثبات بالكتابة باستبعاد بعض العقود من جهة، وتوسيع استثناءاتها، لتشمل الحالات التي يستحيل فيها الحصول على محرر وغيرها من حالات الاستحالة الأخلاقية² والأخرى الناتجة عن العرف³.

كل ذلك جعل الفقه يعتاد على المرونة عندما تتعلق المسألة بالإثبات لدرجة تبسيط الشكلية، ولأن هذا الأخير هو الركيزة الأساسية أثارت بعض الآراء الفقهية تحفظات كثيرة، خاصة عندما اعترف التفسير الفقهي والقضائي بإمكانية أن تكون رسائل البريد شكل من أشكال الإثبات بالكتابة⁴، الذي اعتبر كتأكيد على التوجه نحو تكييف شكلية الإثبات التقليدي لتلائم الإلكتروني وإصلاح النصوص، كان التحفظ الذي تطور إلى جدل الشك أو أكثر حماسا من الشك، متمحورا حول الإثبات بالكتابة كنظام وآلياته بدلا من الشكلية في حد ذاتها.

ثانيا: شكلية الإثبات الإلكتروني

كانت العديد من الإجراءات الشكلية إن اجتازت امتحان قبولها إلى جانب الرضائية، مرتبطة باستخدام الورق كحامل للأعمال القانونية، والذي كان يحظى بأهمية كبيرة لفترة طويلة من الزمن لتعدد خصائصه. وبظهور الكمبيوتر والتجارة الإلكترونية واجهت الشكلية تحدي آخر وهو الحاجة إلى تكييفها مع البيئة الرقمية لأنها تنتج عقود افتراضية

¹ Jacques. Flour, op. cit., p-p. 104. ; François . Terre, Philippe. Similer et Yves. Lequette, Droit civil; Les obligations, 6° éd, Paris, Dalloz, 1996, p-p. 117-120.

² Rapport de Rene. Savatier, in Les progrès de la science et le droit de la preuve, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. VII, 1952, Montréal, Eugène Doucet, 1956, p-p. 610-611.

³ Dominique. Mougenot, La preuve; évolution et révolution, 3° éd, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 155.

⁴ R. Meurisse, Le déclin de la preuve par écrit, Gaz. Pal., 1951, p. 50.

مزيلة للورق، ليس للإرادة فيها شكلا ماديا مجسدا. في حين كانت العقود التقليدية تأخذ أشكالاً تقليدية معروفة، مرتبطة عموماً باستخدام الورق كدعم للتصرفات القانونية.

مبدئياً تجدر الإشارة، أن تكنولوجيا الاتصال والإعلام كانت عبارة عن وسائل إلكترونية محدودة للغاية تشمل نطاق ضيق من المنتجات، لذلك كان بالإمكان حصر شكلية تشريعات الاستهلاك على أنواع العقود غير المقبول إبرامها إلكترونياً مثل عقد القرض، وعليه كان أي حديث عن تنظيم الشكالية وتقنية الاتصال الإلكتروني لا يجادل بل يعتبر سابق لأوانه.

غير أن عدم دخولها عقود الاستهلاك لا يعني عدم وجودها المطلق في مجال التجارة، فقد بلغت الشكالية تقريبا في الخمسينات أوجها في التجارة الدولية، للحد الذي اعتبرت معه قيда على تلك الأعمال، بل إلى أن ظهرت محاولات لتبسيطها وتحقيق قدر من التجانس بينها وبين التجارة الدولية.

طبعاً لم يكن هنالك مجال للحديث عن إلغائها، حيث كانت ضرورية لضمان ثقة المتعامل التجاري ومهمة لرقابة السلطات العامة، فقد كان الحديث عن التبسيط لا يخرج عن إطار إلغاء الأشكال غير الضرورية أو تخفيف الأشكال الصارمة تدريجياً في ذات الوقت اتسعت تقنية الاتصال الإلكتروني، لهذا تم دمجها مع الشكالية باتخاذ تدابير ذات أبعاد فنية وقانونية.

أما بالنسبة للتجارة الوطنية وانطلاقاً من قاعدة حرية الإثبات بين التجار، قبل الفقه وسائل الإثبات التي تقدمها الاتصالات الإلكترونية، مشيراً إلى عدد من القيود المرتبطة بالشكل الضريبي للوثائق المطلوبة من طرف الإدارة مثل الفاتورة، والالتزام بحفظ بعض المحررات. من جانب آخر كانت الشكالية الإعلامية تثير شكوكاً أقل جوهرية إذ لم يعتبر تراجع لشكالية الكتابة عندما بدأ تنفيذ فكرة إنشاء السجل التجاري بالاعتماد على السجلات الإلكترونية.

بعكس شكالية الإثبات، التي لم تستطع تجاوز فكرة أنه مهما يكن فإن المعلومات والبيانات والمحررات المتبادلة بكل مضامينها واتفاقات الإرادة ستنتهي في ذاكرة الكمبيوتر على دعم ليس ورقاً، حين كان الكمبيوتر كوسيلة اتصال إلكتروني وميدان تلاقي الإرادة يعمل مكتفياً بتسهيل إدارة المعلومات المركزية عند إبرام العقود، بالنظر

لما ينشأ عنها من مخاطر كاستبدال هوية صاحب الرسالة، أو تغييرها أثناء الإرسال أو رفضها من طرف المتلقي، يعتبر هدم لأساس الثقة والإلتزام الذي قام عليه القانون التجاري.

1: في النظام اللاتيني

رغم التعايش النسبي بين تطور وسائل الاتصال الإلكتروني والشككية حينها، استمرت التشريعات في الشك والحذر اتجاه تلك الوسائل التقنية¹. مع ذلك حاول الفقه في مراحل متقدمة البحث في تأثيرها على العقود الشككية خاصة على الإثبات²، لأنها لم تغير نطاق تحدياتها الكمي فقط من خلال تقديم أعمال وتصرفات مضاعفة، بل حتى طبيعتها تغيرت بالقضاء على فكرة الدعم أو على أقل تقدير جعلته نسبي وعجلت أزمة كانت تتعاضد منذ وقت ليس بقصير، لقد اصطدم التجريد المادي والافتراضي للبيانات الإلكترونية التي لم تتوافق مع أي نوع معروف من العقود وجها لوجه بمفهوم الشككية الذي يهيمن عليه الدعم الورقي ويعززه غالبا أحكام متهاكة.

أمام التقنية الحديثة هذه بدأت الرضائية بالتراجع ووضعت الشككية التقليدية موضع تساؤل، فتم كحل مبدئي البحث عن أوجه تقارب محتملة بين وسائل الاتصال الإلكتروني والشككية، إلا أن تزامن تطورها واتساعهما إلى نفس العلاقات التعاقدية مع المستهلك وضعهما في تناقض³.

ثم تم نقل القواعد العامة للشككية كما هي إلى وسائل الاتصال الإلكتروني كمحاولة تكييف حتى دون التفكير في تبسيطها أو عقلنتها، لأن فكرة الشككية أساسا أتت لزيادة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وأي خطوة نحو مراجعة قواعدها يمكن تفسيرها على أنها رغبة في التراجع عنها لصالح الرضائية.

¹ **Rapport de Rene. Savatier**, in Les progrès de la science et le droit de la preuve, op. cit, p. 613.

² **Rapport de Rene. Savatier**, in Les progrès de la science et le droit de la preuve, op. cit, p. 607.

³ **Marcel. Fontaine**, Fertilisations croisées du droit des contrats, in Études offertes à **Jacques. Ghestin**, Le contrat au début du XXIe siècle, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 357.

رغم عدم توقف تلك المحاولات وبعد تحول الشكلية الالكترونية إلى ظاهرة جماهيرية لا يمكن للمشرع تجاهلها¹، استمرت في إثارة أسئلة ليست جديدة لكنها أكثر حدة وإلحاحا، كإمكانية إخفاء الهوية أو انتحالها، ومخاطر الأخطاء في التعامل وصعوبة الكشف عن الاحتيال، وحفظ المعلومات كالتقادم السريع والسلامة.

تم التعامل مع هذه المسائل بجدية، كونها أصبحت شاملة وخاصة بعقود الاستهلاك التي تتعدد حسب القواعد العامة بالتراضي بين أطرافها وبشكليات معينة عند تكوينها، هذا معناه إخضاع تلك العقود للقواعد العامة وأشكالها التقليدية حسب المادة 60 (ق.م.ج)، واعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط توفر إمكانية تأكيد هوية الشخص المصدر وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، تطبيقا للمادة 323 مكرر 1 (ق.م.ج) وما يقابلها في القانون الفرنسي المادة 1316 (ق.م.ف) المعدلة بمقتضى المادة 1365 من أمر 10 فيفري 2016.

تبنى الشكلية التقليدية في عقود الاستهلاك الالكترونية كأفضل الحلول، جعل الأمر يبدو للوهلة الأولى أنه تهرب من شرط الكتابة من خلال استثناءات الإثبات الكتابي أو نظام حرية الإثبات، وفي رأي غالبية الفقه أنه حل مثالي يتيح إمكانية إدخال المحررات الإلكترونية من الباب الصغير حتى وإن كان فعليا بمثابة تهرب أو ربح للوقت².

بالمقابل رأى البعض الآخر من الفقه، بضرورة قبول استحالة الحصول على محرر مكتوب عندما يتعلق الأمر بالعقود الافتراضية غير المادية³. بشكل خاص، ستكون إمكانية تطبيق المادة 1348 (ق.م.ف) المعدلة بمقتضى المادة 1360 من أمر 2016 مقبولة إذا نتجت الاستحالة عن استخدام راسخ في عمليات نقل البيانات الآلية، بشرط أن يكون مثل هذا الاستخدام مؤكدا ومتابعا بطريقة عامة ودائمة.

بالنسبة للأستاذ Chamoux فإن المادة 1348 (ق.م.ف)، سمحت للقاضي وبطريقة غير مباشرة بإدخال طرق إثبات جديدة تنتجها التقنية الإلكترونية ومنحت له آليات

¹ Jérôme. Huet, La modification du droit sous l'influence de l'informatique, J.C.P. G, 1983, p. 2.

² Jacques. Larrieu, Les nouveaux moyens de preuve ; pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé?- Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature, 1988, p. 8.

³ François. Chamoux, La loi du 12 juillet 1980: une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, J.C.P. G, 1981, p. 381.

تساعده في تجاوز شرط الكتابة. ولا يمكن في رأيه الاعتراف بالمحررات الشكلية الكترونية إلا خارج قواعد الإثبات بالكتابة، إذ بالنظر للواقع العملي المستند على ضرورة حماية المستهلك لم تكن شكلية الكتابة دائما مجدية في الوصول إلى تلك الحماية "إن الشكلية المفرطة التي تفرضها كتابة محرر في عصر لا يكتب فيه أحد، وحيث تتوسط الآلة عادة بين المدين والدائن، تؤدي في الغالب إلى معاقبة من أردنا حمايته، وفي أحسن الأحوال يجد نفسه حاملا لحق دون أن يتمكن من إثباته"¹.

غير أن رأيه هذا اعتبر متناقض وقد يؤدي إلى إفراغ الاستثناء من معناه²، لهذا اقترح بعض الفقه الآخر بالاعتماد على التفسير المرن للمادة 1347 (ق.م.ف) المعدلة، اعتبار المحررات الإلكترونية التي يمكنها تلبية الشروط الثلاثة القانونية (الحفظ والتخزين والتوقيع والاعتراف) كبداية للإثبات الكتابي، بالنظر إلى استجابة المحرر الإلكتروني الموقع بشكل مثالي لشروط بداية الإثبات الكتابي، وليس لشروط المحرر الرسمي³.

بدت حلول الاستثناءات من شكلية الإثبات بالكتابة مقيدة لدى أنصار تقنية الاتصال الإلكتروني، الذين فضلوا أن يتوسع نطاق حرية الإثبات للسماح بقبول ما تنتجه التقنية الاتصالات الإلكترونية من وسائل إثبات، بتعديل قاعدة قيمة التي تتطلب الإثبات بالكتابة. عمليا قام المشرع الفرنسي برفع القيمة التي تطلب الكتابة بمقتضى قانون 80-525 الصادر في 12 جويلية 1980، رغم خطورة هذه الخطوة التي يمكن أن تفسر على أنها ثغرة تمكن من إلغاء الشكلية وتراجع قانوني حتمي عن الكتابة، بقيت الأولوية للكتابة رغم تضيق نطاق تطبيقها، إذ حتى في حالة الإثبات حر مازالت الأفضلية للمحرر الكتابي الموقع باعتباره مقنع وكافي وذو حجية أمام القاضي⁴.

في عام 1987، صدر أول حكم قضائي يقبل الإثبات بالمحررات الإلكترونية الموقعة توقيعاً إلكترونياً (في هذه الحالة بطاقة البنك ورمزها السري) للقروض التي تقل

¹ François. Chamoux, La preuve par écrit: un anachronisme pour les entreprises, op. cit., p. 132.

² Pierre. Leclercq, op. cit, p. 157.

³ Pierre. Leclercq, Faut-il réformer le droit de la preuve?, D.I.T., 1991/1, p-p. 10-11.

⁴ Jacques. Larrieu, Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé? Op. cit, 9.

عن المنصوص عليه في المادة 1341 من القانون المدني¹، دون توضيح عن ما إذا كانت وسيلة الإثبات هذه قد تم قبولها بما يتجاوز القيمة الإثبات بالكتابة المحددة قانوناً. بقي الجدل قائماً إلى أن ظهر مفهوم النسخ الدائم في القانون، الذي استلهم من فكرة منح وسائل الاتصالات الإلكترونية مكانة معينة تزيد من إمكانية قبول ما ينتج عنها من محررات على أن لا تتجاوز درجة التساوي مع السند العرفي، بعدما أضاف قانون 1980 الفرنسي استثناء جديد لقاعدة الإثبات الكتابي في المادة 1348 يُمكن للأطراف من خلاله في حال تلف المحرر الأصلي تقديم نسخة عنه بشرط المطابقة والديمومة. هذا الشرط كان باباً لانتقادات وتفسيرات متعددة لكنه اعتبر تردد اتجاه إجراءات الإثبات وليس تراجع للشككية². ولتجاوز هذه المسألة حاول الفقه قبولها طالما بقيت الإجراءات المستحدثة على نفس صفات التقليدية يمكن قبولها واعتبار الوثيقة الإلكترونية الموقعة محرر عرفي قابل للطعن فيه بالإجراءات التقليدية³.

بصفة عامة غاب الإجماع حول المفاهيم التي تشكل أساس الشككية، مما زاد التردد من حقيقة أن القانون والتقنية قد يستخدمان المصطلحات نفسها لوصف حقائق مختلفة كالتوقيع، كما كثرت التساؤلات عن إمكانية الحديث عن كتابة إلكترونية، دون توضيح عما إذا كان يقصد بيانات إلكترونية مخزنة في ذاكرة الكمبيوتر أو المرسلة إلكترونياً أو محررات مطبوعة على الورق أو رقمية، أثر هذا الغموض على إمكانية التوصل إلى اتفاق تنظم من خلاله الشككية الإلكترونية بسبب تعقيد الشككية التقليدية في قواعد الإثبات.

2: في النظام الأنجلو-أمريكي

بالمقارنة مع الشككية في القانون الأنجلو-أمريكي التي بدت أقل صرامة، نجد فكرة الرضائية في هذه البلدان ذات القانون العام والتي تفترض غياب الشكل عادة⁴، دون إقصائه التام إذ يمكن استلزام الشككية في بعض العقود لأغراض الصحة أو الإثبات.

¹ Montpellier, 9 avril 1987, J.C.P., G, 1988, II, 20984

² Jacques. Ghestin, Gilles. Goubeaux et Muriel. Fabre-Magnan, Traité de droit civil; Introduction générale, 4 éd., Paris, L.G.D.J., 1994, p-p. 651-652

³ Jacques. Larrieu, op. cit., p. 34.

⁴ P.S. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, 4^o éd., Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 172

فيما يتعلق بشكالية الإثبات ظهر اهتمام المشرع بها بوضوح في قانون 1677 الذي استلزم كتابة بعض العقود وتوقيعها، كان من بينها عقد بيع السلع التي تزيد قيمتها عن حد معين. وهي إجراءات شكالية للإثبات، بالنظر لما ينتج عن مخالفتها من عدم قابلية العقد للتنفيذ وليس البطلان¹.

تم فيما بعد وضع بعض الاستثناءات من قبل القضاء لإلزام المتعاقد سيء النية بالتنفيذ حتى في حال غياب عقد مكتوب، وفي عام 1954 قلص المشرع الانجليزي نطاق تطبيق قاعدة الشكالية بإلغاء شرط الكتابة لعقود البيع ذات قيمة معينة، ومن ثم أصبحت معظم عقود البيع في القانون الإنجليزي بغض النظر عن قيمتها عقود رضائية لا تتطلب أي شكالية².

بالنسبة للتشريع الأمريكي كان الفقه هو من وضع الاستثناءات حين قرر المشرع الإبقاء على الشكالية البسيطة بالنظر إلى إجراءات المحاكمة الأمريكية³، التي يستوي فيها عقد رسمي أو عرفي، وقد يُطلب صراحة كتابة العقد أو يكفي فيها مذكرة بسيطة كإشارة على شيك أو إيصال أو رسالة بسيطة. قام الفقه بتوسيع استثناءاتها خاصة ما يتعلق بالتوقيع الذي لابد أن يشمل رسائل البريد الإلكتروني والرسائل النصية من باب تقليص القاعدة الشكالية.

بناءً عليه كانت الشكالية في القانون الأنجلو أمريكي بين اتجاهين، الأول يسير نحو حرية الإرادة وتبسيط إبرام العقود باعتبار الشكالية إن وجدت استثناء، والثاني رأى الشكالية إجراء من إجراءات حماية الطرف الضعيف في العقود⁴.

كما اعترفت التشريعات مثل تشريع الإثبات الإنجليزي المدني لعام 1968 صراحة بالمحررات التي تنتج عن الاتصالات الإلكترونية⁵ مؤسسا لمبدأ قبولها كوسيلة إثبات، في

¹ Konard. Zweigert and Hein. Koetz, An introduction to comparative law, 3^o éd., Oxford, Clarendon Press, 1998, p-p. 366-367

² P.S. ATIYAH, Jon N. Adams et Hector. MacQueen, The Sale of Goods, 10^o éd., Harlow, Pearson Education, 2001, p. 46.

³ Edward. Allan. Farnsworth, United States Contract Law, Ardsley-on-Hudson, Transnational Juris Publications, 1991, p. 37

⁴ Susan. Silbey, Who speaks for the consumer? Nader's No Access to Law and Best's When Consumers Complain, American Bar Foundation Research Journal, 1984, p. 429, republished in Lain. Ramsay (éd.), Consumer Law, Aldershot, Dartmouth, 1992, p. 427.

⁵ Chris. Reed, The admissibility and authentication of computer evidence - A confusion of issues, Computer Law and Security Report, 1990, vol. 6, p. 14

حال كان الشخص صاحب البيانات المدخلة للكمبيوتر على علم بها (first hand hearsay)، بمفهوم المخالفة لا يقبل المحرر أمام القضاء إذا تم استدعاء صاحبه للإدلاء بالشهادة المباشرة ولم يكن له علم بالبيانات والوقائع المضمنة فيه. رغم ذلك يمكن اعتبار المحرر الدرجة الثانية (second hand hearsay) مقبولا، بشرط أن تكون هوية الشخص الذي قام بترميز البيانات قابلا للتحديد وقد تصرف في إطار تخصصه وحصل على المعلومات التي قام بترميزها من شخص شهد الواقعة بذاته، ويرجع للقاضي تقدير حجيته.

لم تعترف تلك التشريعات بالمحركات الإلكترونية فحسب، بل قد تجاوزت مسألة قبولها من عدمه إلى البحث في مسألة تقدير حجيتها، خاصة بعد تعديل عام 1995، إذ تم وضع قواعد تساعد القاضي في مسألة تقدير حجية المحركات الإلكترونية¹.

عندما فصل القانون الإنجليزي استثناء خاص للمحركات الإلكترونية، ضمن القانون الأمريكي في الاستثناء التقليدي لسجلات الأعمال، معتمدا على التفسير الواسع للاستثناءات التقليدية التي أنشأها القضاء محاولا تجنب أي معالجة خاصة لوسائل الإثبات الإلكترونية².

يمكن الاستناد في هذه الحالة على استثناء الدفاتر التجارية المنتظمة، الذي كان يجيز قبولها كوسيلة إثبات بغض النظر عن شكلها ودون الحاجة إلى شهادة منتجها، طالما تم تسجيل ما تتضمنه من بيانات لحظة وقوعها، بما أن الاستثناء لم يهتم بالشكل سواء الكتروني أو تقليدي، تم قبول السجلات والدفاتر الإلكترونية في قواعد الإثبات الفيدرالية سنة 1974 بمقتضى المادة 803.

يمكن أن يرى بوضوح أن الجدل لم يكن متعلق بالشكلية في حد ذاتها بل كان حول إجراءات قبول المحركات الإلكترونية أمام القضاء، إذ اعتبر اقتناع القاضي بها ومنحها حجية إثبات معينة هو جوهر التساؤلات. رغم تقدير الفقه أن موقف القضاء اتجاه تقنية الاتصالات الإلكترونية أصبح منفتحا، إلا أن القضاء أكد العكس، إذ كانت

¹ Craig. Osborne, Civil Litigation, 5^e éd., Londres, Blackstone Press, 1997, p. 182.

² Robert. Bradgate, Evidential issues of EDI, in I. Walden (éd.), EDI and the Law, Londres, 1989, p. 27.

إمكانية حدوث عطل في النظام كفيلة برفض القاضي لوسيلة الإثبات الالكترونية كلياً¹، "بصفتي واحد من الذين وصلتهم رسائل تذكير بفواتير إلكترونية لحسابات تم تسديدها منذ وقت طويل، فأنا غير مستعد لقبول ما ينتجه الحاسوب على أنه كتاب مقدس"².

عموماً لقد أعلن Savatier عام 1952: "يبدو أن قوتين قد قادتا تطور قانون الإثبات خلال القرن الماضي؛ الأولى تبدو وكأنها منحني مقطوع بتفاعلات سلطوية، تمثلت في تخفيف الشكالية التدريجي من قبل القاضي واعتبارها استثناء عن الرضائية كما لو أنه أمر بديهي. والثانية لها طابع أكثر حداثة وتطرح على المراقب تحدي أعمق موجه للمستقبل بشكل يصعب تخيله وضبطه ضبط دقيق، إنها توسع تكنولوجيا الاتصالات الإلكترونية، لكل منهما إستراتيجية مشروعة وحدود ضرورية³.

في نفس المعنى جادل الفقيه في مقال "الآلة والقانون الخاص الفرنسي المعاصر"؛ بأن العلوم الإنسانية كالفلسفة والتاريخ هي التي حكمت الفقه في القرن التاسع عشر، مما انعكس على تركيزهم المنصب حينها على الأفكار والقيم التقليدية المتأثرين بها، مهملين كل التغيرات الاجتماعية والاقتصادية. إهمال يمكن تأكيد تأثيره السلبي المباشر على القانون، حيث أنتج قواعد غير قادرة على مجارات التطور الحاصلة في المجتمع، رغم ظهور مؤشرات على بداية التغيير في القرن العشرين مازال على الفقه الانفتاح أكثر على الأفكار المرافقة للتطور التقني⁴.

لا داعي للقول أكثر من ذلك لقياس حجم التحدي الذي واجه القانون الذي أسس على النظرة التقليدية التي أرادت حماية المستهلك بشرط عدم الخروج عن القواعد العامة، فوضعت في ذات سياق الرضائية المسيطرة على العقود استثناء للشكالية -الفكرة التي دارت حولها الشكالية-، بعبارة أخرى في إطار السياق العام لمبدأ الرضائية أوجدت استثناء، على أساس أن الرضائية هي التي تحمي العقود. وهي نظرة بدأت أساساً كثورة

¹ Ibid, p. 29.

² Juge Van Graafeiland in Perma Research and Development v. Singer Co., 542 F.2d 111, 121, 2d Cir. 1976, cité par W.A. Fenwick et G.K. Davidson, Use of computerized business records as evidence, Jurimetrics, 1978, vol. 19, p-p. 10-11.

³ **Rapport de Rene. Savatier**, op. cit, p. 607; **Rene. Savatier**, Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui – Structures matérielles et structures juridiques, in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. t. I, L.G.D.J., Paris, 1950, p. 85.

⁴ **Claude-Albert. Colliard**, La machine et le droit privé français contemporain », in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. t. I, L.G.D.J., Paris, 1950, p. 116.

على القانون الروماني الذي كان العكس تماما، لهذا قام بصناعة مبدأ خادم لحرية الإرادة وسلطانها.

رغم ما أدته من وظائف تفسر الإصرار على إيجادها كأداة إجرائية، بقيت في إطار النظرة التقليدية مجرد أبواب صغيرة في النطاق الضيق قضائيا وتشريعيًا، مما أدى إلى قصورها في تحقيق الحماية الإجرائية للإثبات والتوازن بقي شكلي، حيث حصر الإثبات كأصل عام في الزاوية الموضوعية مستمرا في كونه عقبة لا يخدم الحماية الإجرائية للطرف الضعيف. مكتفيا بتقديم الشكلية كحماية ثانوية تكاد لا تذكر مما يبعدها عن بلوغ درجة تعتبر فيها وسيلة الحماية الإجرائية للإثبات.

المطلب الثاني: النظرة الحديثة

لعل من قوانين الحياة التي استلهم منها القانون الوضعي الكثير من مبادئه وقواعده، كان حتمية التغيير كما عبر عنه ابن خلدون، هذا القانون الذي انعكس على كافة القواعد وجعلها على قدر ثباتها تخلق استثناءات عنها، هذه الاستثناءات قد تجعلها تتسع لتشمل مسائل جديدة فيرى قصورها لتدخل حينها في أزمات تزعزع أسسها والعقود معها، مما يتسبب في إعادة النظر فيها إما بإصلاحها أو تراجعها إلى درجة الاستثناء أو اختفاءها، فاسحة المجال لنظرة واقعية أكثر صلة بالواقع العملي. رغم حتمية التغيير لا يمكن أن يكون مفاجئا أبدا، إذ لا بد أن يحدث متدرجا خافتا، هذا ما حدث في العقود التقليدية والمبادئ التي سادتها، كان تحولها وتعددتها مسألة وقت فقط لأن تغير النظرة إليها قد بدأ فعليا منذ زمن.

إن حماية المستهلك كطرف ضعيف في العقد بكافة القوانين والقواعد التي شمل بها كقدرة تمكنه من حقوقه، كانت أثقل من أن يحملها مبدأ الرضائية على الأقل ليس لوحده، كان لابد أن تكون الشكلية إلى جانب المبدأ الذي لا يتحقق إلا بتفعيلها كأداة ضامنة للحماية وتقنية تسمح للإرادة في الظهور كما لو كانت محتوى لها، حتى تغيرت النظرة التي عادت وأكدت استحالة وجود العقود دون اتفاق وتراضي الإرادة مع الإقرار بتعدد الوسائل التي يمكن الوصول بها إلى ذلك، وتصبح أساسا للرضائية والشكلية في الوقت ذاته، في مظهر شكلية حديثة نفعية وقائية ضم فيه الإثبات قواعد إجرائية وموضوعية في متن واحد أريد به الوصول للحقيقة والابتعاد عن التطبيق الآلي للقانون، والأسمى من هذا

وذلك حماية إرادة الأطراف المتعاقدة خاصة الطرف الضعيف بأشكال كلاسيكية نقلتها وطورتها لتلائم المجالات التي أدخلت فيها خاصة الشكلية الالكترونية (الفرع الأول).

من عمق غاية الشكلية الحديثة في حماية الإرادة، لم تعد بحاجة لأن تفرض تشريعا بل غالبا ما يلجأ إليها الأطراف بمقتضى اتفاق مستنديين على حريتهم في اختيار شكل التعبير عن الإرادة المقررة لهم قانونا، حتى في العقود الرضائية دائما هناك اتفاق ضمني على إلباس العقد شكل معين، بهذا أصبح إلى جانب الشكلية القانونية شكلية اتفاقية تفيد الأطراف في الإثبات والحماية الإجرائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تجليات الشكلية التقليدية الحديثة

مهما اختلفت الشكلية عبر التطورات التي طالتها، مازالت تشترك في كل الأنظمة على هدف واحد، هو صحة الإرادة في العقود. لهذا فُرضت في نظر الفقه الحديث بصورة واسعة مكررة أساسا من التشريعات التي كانت سابقا توجب وجودها في العقود، واستمرت في التوسع إلى أن بلغت حدا ولد من يُسألها إلى أين؟ لقد تم اعتبارها أحيانا ناقصة بدون توفر متطلبات أخرى تكملها لتتوسع إلى حيث تخضع مجمل العقود الاستهلاكية لشكلية أكثر صرامة (أولا)، غير مكثفة بهذا الحد أخذت مظهرا آخر تحكم به عقود الاستهلاك بعقد إثبات خاص ينشئها تارة ويخففها تارة أخرى (ثانيا).

أولا: الكتابة كشكل تقليدي في خدمة عقد الاستهلاك وإثباته

تكتسب بعض العقود أهميتها من الشكلية، إذ يتوقف تحقق أثر الالتزامات التي تتضمنها على إفراغها في شكل كتابي من باب حماية الإرادة التي تمتد إلى التنفيذ أو ما بعده بضمان استمرار المعلومات المدونة في العقد وسلامتها وقابليتها للقراءة يمنح قوة في الإثبات. بهذا انتشرت الكتابة كشكل ذو مزايا عديدة وأعيد استخدامها لحماية إرادة أطراف في عقود مثل عقد الاستهلاك مرارا وتكرارا.

1: أداة تطوير الشكلية

بالنظر إلى تتابع التشريعات التي اعتمدت الكتابة كشكل من أشكال العقد منذ عقود طويلة منحت الثقة دون أن يكون مدلولها محل جدل كبير، عدت الكتابة مهمة للأدوار والغايات المتعددة التي جسدتها فيه. هذا ما يفسر اعتبارها من أكثر الصيغ استخداما في

القانون الحديث، إضافة إلى أن الكتابة أداة أساسية في تطور ما يسمى قاعدة الإثبات الكتابي وجميع أشكالها التقليدية.

عندما نتحدث عن الكتابة في العقود، لا نقصد فقط الورقة المكتوبة، التي تأسست على الحاجة إلى جعل محتوى العقد في صورة مرئية وقابلة للقراءة ومستمرة، والتي بدأت من ضرورة ضمان تنفيذه في حال نشأ نزاع بين الأطراف، لما توفره من دقة ووضوح لشروطه. بل ننظر أيضا إلى تطورها في ميادين عديدة وصلت معها إلى تغيير الدعامة بالكامل من المادية إلى الافتراضية.

أدى الحفاظ على الشكلية إلى وقت قريب "الستينيات"، لزيادة حجم المحررات المحيطة بالمبادلات في التجارة الدولية بدافع السيطرة على الواردات والصادرات، لدرجة أن "الورق أصبح يزن نفس وزن الشحنة". رغم انقلاب هذا الاعتماد الكبير على الورق إلى نتيجة عكسية بتسببه في إعاقة حركية وسرعة التجارة لأنه كان يتحرك أبطأ من البضائع¹، حيث تحولت الشكلية إلى مجرد إجراءات ثقيلة، واختفت المصلحة المراد حمايتها. إلا أن استمرارها خاصة في إضفاء الشرعية على العقود في بعض الأنظمة القانونية، التي لم تكن تعتبر العقود ملزمة إلا إذا تم تحريرها كتابة، والسماح بإثبات صحتها أمام القضاء حصن بقاءها كمتطلب أساسي فيها.

لعل الحل لإزالة بعض من القيود التي صنعها الاعتماد المتزايد على شكلية الكتابة، كان تصنيفها إلى شكلية مطلوبة للانعقاد وشكلية مطلوبة للإثبات، الأول يستلزم الكتابة سواء كانت رسمية، تتم بمعرفة موظف عام مختص، مثل عقد الرهن الرسمي المنصوص عليه في المادة 883 (ق.م.ج.)، أو كتابة عرفية تتم بين المتعاقدين مثل عقد الشركة الوارد في نص المادة 507 (ق.م.ج.). أما الثانية، الكتابة لازمة لنفاذ التصرف في مواجهة الغير، مثل الرهن الحيازي الوارد في نص المادة 948 (ق.م.ج.).

وهناك من يسميها شكلية غير مباشرة، عندما تكون مطلوبة لأجل إثبات وجود عقد ما أو إثبات مضمونه للحد الذي تصعب معه هذه العملية عند غيابها. وشكلية مباشرة عندما تكون ركن في العقد وبوجودها يسمى العقد عقدا شكليا، وبتخلفها يصبح العقد كأن

¹ Lan. Waldan and Nigel. Savage, The legal problems of paperless transactions, Journal of Business Law 3, 1989, p. 102.

لم يكن¹. هذا الأخير لا يكفي في انعقاده توافر رضا الأطراف المتعاقدة فيه، بل يجب التقيد بما يفرضه القانون من أشكال، تحذيرا للمتعاقد من خطورة التصرف المقدم عليه، وحماية للغير حسن النية. من بين تلك الأشكال كانت كتابة العقد.

ولأن الشكلية استطاعت مجازاة تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ألّبت قوالب أخرى لتبعث في القوانين ذات النزعة الشكلية وسُميت شكلية حماية الطرف الضعيف، كقانون حماية المستهلك، الذي اعتبرها وسيلة أساسية لحماية رضا المستهلك وأحيانا دون أن يرتب البطلان على مخالفتها. الذي جسدها في إلزام المتدخل بتقديم المعلومات الضرورية وتزويد المستهلك بالعقود الأصلية أو نسخ عنها. من خلال التوسع في استخدام الكتابة التي بفضلها، يكون لدى المستهلك إمكانية العلم بطريقة محددة ومؤكدة، نطاق حقوقه والتزاماته منذ إبرام العقد والتعديلات التي يمكن أن تحدث في أثناء تنفيذه.

كان من بين تحدياتها الكثيرة حينها، هو إعطاء مفهوم وظيفي لمتطلبات الشكل الإلكتروني، من خلال وضع إجراءات تحافظ على الوظائف القانونية المرتبطة بالمحرر الورقي وتسمح بالحصول على نفس الآثار القانونية. بغض النظر عن الطريقة التي تحقق بها ذلك، المهم هو الحفاظ على جميع وظائفها القانونية أولها حماية المستهلك.

انطلاقا من الشك حول إمكانية وصف المحررات المفرغة على قرص صلب لجهاز الكمبيوتر أو المسجلة على أشرطة مغناطيسية أو المتبادلة على الأنترنت بصفة الكتابة، اعترف القانون الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم 575-2004 المؤرخ في 21 يونيو 2004 بإمكانية استخدام الكتابة الإلكترونية في العقود التي تطلب الشكل الكتابي.

وأكدت المادة 1174 من مشروع المرسوم المتعلق بإصلاح قانون العقود الذي قدمته وزارة العدل 25 فبراير 2015 على أنه في الحالة التي تشترط شكل كتابي للتصرف القانوني، يمكن إعداده وحفظه في شكل إلكتروني وفقا للشروط الواردة بمقتضى المواد 1366 و1367 و1369 من ذات القانون.

¹ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 303.

2: الكتابة قاعدة إثبات تشريعية

لتحقيق غاية الشكلية في الإثبات، اشترطت غالبية التشريعات الكتابة باعتبارها الوسيلة الأكثر حجية عن غيرها من وسائل الإثبات. كالقانون المدني الجزائري بمقتضى المادة 333، والقانون المدني الفرنسي بمقتضى المادة 1359، والقانون الموحد لمعاملات المعلومات الحاسوبية الأمريكية في المادة 1201¹، هذه المواد القانونية نصت كأصل عام على ضرورة الكتابة لإثبات التصرفات المدنية التي تتجاوز قيمتها مبلغاً معيناً، أو إذا كانت غير محددة القيمة.

بالمقارنة مع الشكلية التقليدية، فإن الشكلية الحديثة التي تريد حماية المستهلك فيها نوع من التبسيط، حيث لا يفرض أن تكون الكتابة رسمية بل تكفي الكتابة العرفية. لكن ومن وجهة نظر أخرى ضاعفت الإجراءات في كل مراحل العقد، إذ إلى جانب الكتابة الضمنية أو الصريحة، بالتوقيع أو بدونه، للصححة أو للإثبات. يُطلب شكليات إضافية، كالإشارات الإلزامية الدقيقة، التي يمكن أن تصل إلى فرض أسلوب كتابة معين، والتوقيع والتاريخ وعدد النسخ.

هذه الشروط وأكثر طالت شكلية التصرفات الالكترونية أيضاً، لو بدأنا من قانون التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في العقود التي تتم عن بعد الصادر سنة 1997، الذي ألزم المورد بالإثبات الخطي في مقابل المستهلك وقت تنفيذ العقد أو عند التسليم، لهويته والتمن وكلفة التسليم والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة وطرق الدفع والتنفيذ. هذا الوعي المبكر بالدور العام للكتابة في المجال الالكتروني جعل الكتابة تبدو ضرورة تشريعية² ويفرض بناءاً عليه وبمقتضى مراسيم عديدة تحرير العقد في الشكل الكتابي.

يضرب الفقه أمثلة في هذا الشأن، بالمرسوم المتعلق بالانتماء الاستهلاكي الصادر في 22 ديسمبر 1986، المعدل، الذي يتطلب كتابة محددة لسعر الفائدة السنوي الإجمالي، عناصر تكلفة القرض. ومرسوم 20 ماي 1997 الخاص بالتعاقد عن بعد، الذي يفرض كتابة تظهر الثمن ومصاريف الشحن ومدة العدول. وينص مرسوم 23

¹ Article 201- 2 Globale Electronic Commerce at the Millennium, American law, Nov 15-99,

² Yves. Picod, Helene. Davo, Droit de la consommation, 2 éd, Sirey, Paris, 2005, p.122.

سبتمبر 2002 الخاص بالبيع عن بعد للخدمات، على أحكام مشابهة لمرسوم 13 يونيو 1990 بشأن السفريات بالمقولة، الذي يتطلب عددا من البيانات المتعلقة بوصف الرحلة، المواعيد، النزعات وغيرها من الإجراءات. ومرسوم 25 مايو 1999 الخاص بضمان أموال الاستهلاك، الذي يفرض أن يكون الضمان التعاقدي مكتوبا مع بيان محدد لحقوق المستهلك. من هذه المراسيم التي وضعت الكتابة في لب القواعد الحمائية، صارت نية التشريعات واضحة بخصوصها.

زاد الوضوح أكثر بداية الألفينات عندما تبنت القوانين الوطنية نفس النية، وأظهرتها بموجب قوانين سميت حينها بقوانين الثقة في الاقتصاد الرقمي، التي اعتبرت الكتابة شكلا أساسيا لإبرام التصرفات دون وضع فوارق كبيرة في حال اختلفت الدعامة التي تحتويها، وأحيانا لا يتطلب حتى بيانات إلزامية. يكفي مبدأ التكافؤ الذي اعترف التشريع الفرنسي بمقتضى قانون 13 مارس 2000 رقم 2000-230 المتعلق بتكييف الإثبات مع تقنيات المعلومات والتوقيعات الإلكترونية، جاعلا الكتابة الإلكترونية تكافؤ الكتابة التقليدية في الإثبات، رغم رأي الفقه عن اختلاف الوضع إذا تعلق الأمر بشكالية الصحة الذي تحدث عن عدم تكافؤ المحرر التقليدي والإلكتروني بينما دافع البعض عن العكس¹.

إذ فُسر القبول التشريعي للكتابة الإلكترونية بمقتضى المادة 323 مكرر 1 (ق.م.ج) وما يقابلها المادة 1366 (ق.م.ف) باعتباره إقرار بوسيلة للإثبات فقط، نظرا لاستثناء بعض التصرفات من إمكانية استعمال الوسائل الإلكترونية لإبرامها، محافظا على الكتابة الخطية الورقية كشرط أساسي في إظهارها مثل المنتوجات التي تستوجب إعداد عقد رسمي بشأنها بحضور الضابط العمومي والأطراف، فضلا عن عدم توفر الإمكانات التقنية التوثيقية الإلكترونية، الذي يتطلب اعتماد نظام التوقيع الإلكتروني بالنسبة للموثقين والمحضرين القضائيين².

¹ Jerome. Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, Dalloz, 2002, p. 555.

² سكيل رقية، الإثبات بالكتابة الإلكترونية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 6، العدد 4، 2021، ص 254.

رغم ذلك تم قبول الكتابة الإلكترونية وسمح مبدأ التكافؤ الوظيفي بتوسيع نطاق العقود في التجارة الإلكترونية، مع تحديد شروط الكتابة في قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي لسنة 2004 كنوع من جعل قبولها مرتبط بدرجات الشكلية، كشرط إمكانية تحديد هوية الشخص المنسوبة إليه بصفة قاطعة وشروط الإنشاء والحفظ الضامنة للسلامة والدالة على صحته وصلاحيته لمدة زمنية طويلة دون تلف أو تعديل.

مع ذلك تبقى الكتابة في هذه العقود محل شك حتى يضاف لها التوقيع الإلكتروني كعنصر جوهري آخر في أشكال الكتابة يمنحها الحجية القانونية، المقررة بمقتضى المادة 6 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين والمادة 1367 من أمر 10 فيفري 2016 رقم 2016-131.

منح التوقيع كشكل كتابة آخر أهمية خاصة لكونه يضيف قيمة للتصرف، ولكن ماذا نعني بالتوقيع هنا؟ غير ذلك الشرط الشكلي والموضوعي الهادف إلى تحديد هوية الشخص مصدر الإرادة ونيته في توجيه التصرف¹، ودليل على وجود أنواع شكلية مختلفة لحماية الإرادة يمكن أن تجسد الشكلية الحديثة.

ولافتراض صحة شكلية التوقيع لابد أن تستخدم لإنشائه وسيلة موثوقة تضمن تحديد هوية الشخص المنشأ له وارتباطه بمحتوى المحرر ذاته، تطبيقا للمادة 2/أ من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 2001، والمادة 6 من القانون 04-15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني التي جاء فيها: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع، وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني"، أضافت المادة 8 من نفس القانون تفصيلا دقيقا آخر حينما نصت على: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي". بحيث لا يمكن تجريده من فعاليته القانونية أو رفضه كوسيلة إثبات أمام القضاء حسب المادة 9 من نفس القانون بسبب شكله الإلكتروني أو أنه غير معتمد على شهادة الكترونية موصوفة أو اعتباره لم ينشأ بواسطة آلة مؤمنة خصيصا لهذا الغرض.

¹ Mrie-Antionette. Guerriero, L'acte juridique solennel, these, toulouse, 1975, p. 326.

أما بالنسبة للمتطلبات الشكلية الأخرى، نجد القانون المدني الجزائري في المادة 323 مكرر المضافة بمقتضى القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، والقانون المدني الفرنسي في المادة 1365 من أمر 10 فيفري 2016، اشترط أن يضاف إلى الكتابة الالكترونية كل الأوصاف أو الرموز أو الأرقام أو العلامات التي تؤدي إلى معنى متفق عليه من طرف المتعاقدين، وكذلك بأي وسيلة مهما كانت طريقة الإرسال. بعبارة أخرى لكي يقبل المحرر الالكتروني كوسيلة إثبات يستلزم تشريعيا أن تؤدي الكتابة الالكترونية -كدعامة غير مادية- نفس وظائف الكتابة التقليدية، وأن تكون مقروءة ومفهومة، ودائمة مستمرة في الحفظ والاسترجاع دون أي قابلية للتعديل.

بالنتيجة يتبع وجود التوقيع إلى جانب الكتابة الإلكترونية، اعتبارها صالحة لإثبات التصرف القانوني الوارد فيها، مما يعني قدرة التوقيع على إصباغ المحرر الالكتروني بالحجية ليساويها بالمحررات التقليدية، ويجعل القاضي يحكم بحجيتها في إثبات النزاع المعروض أمامه.

هذه الدقة في ضبط الإجراءات المتعلقة بالكتابة الالكترونية والمتطلبات الأخرى، رأى بعض الفقه أنها طبعت الشكلية بالصرامة أكثر من سابقها، مبررها حماية التعاقد عندما يقوم بالتصرفات التي تنسم بالخطورة خاصة فيما يتعلق بالحقوق المالية، لذلك تكفلت هذه الشكلية الرسمية بمنع إبرام العقود الخاصة دون تفكير¹.

ثانيا: تجليات الشكلية لحماية المستهلك

من الواضح حاليا أن قانون حماية المستهلك بات شبه القاعدة العامة بالنسبة لبعض القوانين الخاصة، كقوانين مستهلك الخدمة المالية التي أدخلت شكلية الكتابة من الباب الواسع، باعتبارها أداة لحماية رضا الطرف الضعيف في عقود الخدمات المالية كالعقود البنكية وعقود التأمين.

بهذا يكون قانون الاستهلاك من التشريعات الحديثة التي استلزمت في حالات معينة تحرير عقد الاستهلاك كتابة كالالتزام يقع على المتدخل، ليكون المستهلك عالما بحقوقه والتزاماته المضمنة فيه، ومن ثم يتعاقد وهو على بينة من أمره².

¹ Tien.-Dien. Nguyen, Le formalisme en matière contractuelle, thèse, Paris, 2001, p. 82.

² Dalila. Zennaki, Droit de la consommation, les cours de magistère, These, Faculté de droit, Université d'Oran 2010-2011.

1: الشكالية في العقود البنكية

الشكالية وإجراءاتها الدقيقة في العمليات المصرفية عموما استلزمها الطبيعة الخاصة لهذه العقود، بالنظر إلى دورها الكبير في منح مستهلك الخدمة توضيحات دقيقة حول مضمون الالتزام، والتقليل من المنازعات بين أطرافه¹، باعتبارها وسيلة إثبات فقط وليس شرط لصحة تكوين العقد بسبب خطورته.

حيث ألزمت التشريعات المتدخل المهني على تحرير عقود العمليات المصرفية كتابة من خلال تضمينها المعلومات التي يحتاجها المستهلك، وهو ما يظهره المشرع الفرنسي في المادة 1-1-312، من القانون المالي والنقدي بإلزام المؤسسة الائتمانية على إبرام عقود الائتمان في وثيقة مكتوبة، وعند إخضاع عملية فتح الحساب البنكي لمجموعة من الشروط الشكالية من خلال المادة 01-312.

كما تحتل المادة 119 مكرر 01، من الأمر 11-03 المتعلق بقانون النقد والقرض، المعدل والمتمم بالأمر 04-10، المؤرخ في 26 أوت 2010، التي جاء فيها إمكانية تراجع مكتب التعهد في مدة معينة من تاريخ التوقيع على العقد، أن يفسر مصطلح الاكتتاب والتوقيع على أن عقد الائتمان لابد أن يتخذ شكلا معينا. هذا الرؤية أكدتها المحكمة العليا في قرار صدر عنها بتاريخ 07 جانفي 2010 عندما قضت بأن القرض يُمنح بموجب عقد مكتوب بين البنك والمستخدم².

نجد الشكالية أيضا واضحة في عقود من حيث الأصل اعتبرت رضائية، كعقد الوديعة النقدية، وقبل فتح الحساب المصرفي وعند أي عملية إيداع أو السحب أو تقييد الفوائد، مما يفيد تطلب شكالية الكتابة في العمليات المصرفية حتى الإلكترونية منها.

إذ تم بمقتضى المادة 10 و 11 من قانون التجارة الإلكترونية 05-18 إلزام البنك باعتباره المورد الإلكتروني بتقديم عرض تجاري إلكتروني مقروءا مرئيا مفهوما، متضمنا مجموعة من المعلومات والبيانات التعريفية بالبنك مقدم الخدمة وهويته وكل ما

¹ الزهرة رزايقية، عصام بنجاح، الشكالية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 10، العدد 02، 2019، ص 98.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية ملف رقم 590758، قضية (ج.ر) و(ا.ر) ضد مدير القرض الشعبي الجزائري، مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 01، ص 173.

يتعلق بالخدمة ذاتها من حيث طبيعتها وكيفية الحصول عليها وشروط العقد وأسعار الخدمة وطريقة حسابها إلى غير ذلك من البيانات اللازمة وأن يوثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني. كما يلزم البنك بموجب المادة 19 من نفس القانون في حال إبرم اتفاق الحصول على الخدمة، بإرسال نسخة إلى المستهلك، التي يشترط فيها أن تحرر بلغة المستهلك الأصلية¹ مع إمكانية استعمال لغات أخرى، بطريقة واضحة ومفهومة.

ولأن الشروط والأسعار والرسوم تكون ضمن بنود العقد، تخضع الفوائد والعمولات وأي تعديل جديد أيضا لشرط الكتابة في الاتفاق أو في أي مستند يتم إرساله في إطار التزام البنك اتجاه مستهلك الخدمة. هذه الشكالية لم ينظر إليها إلا باعتبارها وسيلة للإثبات وليست شرط للصحة².

2: الشكالية في عقود التأمين

لم ينتظر قانون التأمين ظهور قانون الاستهلاك من أجل حماية المؤمن لهم، إذ لم يتردد قانون التأمين الفرنسي لسنة 1930 في تضمين نصوصه أحكام ذات طابع استهلاكي، ولم يتوانى في دعم الشكالية كآلية لحماية وتبصير المستهلك³، بمقتضى المادة 08 منه فرض صراحة كتابة عقد التأمين وأي تعديل يلحق إبرامه، هذا النص نجد مقابل له في الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات وبمقتضى المادة 7 منه تطلب كتابة العقد باعتبارها شرط إثبات وليس لتحويل عقد التأمين إلى العقود الشكالية، ولكي تحقق غايتها وجب أن تكون واضحة بحروف مفهومة وتجنب العبارات الغامضة، مما يتيح للمؤمن له قراءتها دون أي صعوبة من باب التزام مكتب التأمين بإعلام حوله مضمون العقد.

¹ فرض المشرع الجزائري بموجب المادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، تحرير المعلومات باللغة العربية، تأكيدا لما جاء في القانون 91-05 المؤرخ في 16 جانفي 1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، الجريدة الرسمية عدد 3، صادر في 16 جانفي 1991.

² مسعودي عبد الرحيم، الحماية المدنية لمستهلكي خدمات البنوك والتأمينات؛ دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2022/2023، ص 193.

³ قادة شهيدة، آليات حماية مستهلك خدمة التأمين: دراسة لمستحدث القانون الجزائري وبعض التجارب المقارنة، دار كنوز للإنتاج والنشر والتوزيع، الجزائر، 2021، ص 31.

ويرجع لقاضي الموضوع تقدير مدى وضوح الحروف المستخدمة لكتابة الشرط وأنها لا تخرج عن المعايير التي بموجبها يحقق المؤمن شكلية الكتابة، حينما قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار بتاريخ 14 مايو 1946، بأنها لا تستجيب لمتطلبات الشكل القانوني للكتابة تلك الشروط المؤدية للسقوط، والمحركة بخط مختلف عن باقي الشروط الواردة في العقد إلا بقدر ما يكون حجم الحروف التي كتبت بها واضحة بحيث يمكن وضوحها الكبير المؤمن له من الانتباه لها¹. كما أكدت في قرار صادر بتاريخ 27 فيفري 1996 أن على قضاة الموضوع تسبيب أحكامهم بتبيين ما إذا كانت الكتابة واردة بأحرف واضحة².

رغم ما أثاره عدم وضوح الضوابط التي يركز عليها القاضي في تقديره لتحقيق ووضوح شكل الكتابة في العقد، تبنى أحيانا معيار الطباعة، وفي قرارات أخرى تبنى معيار قابلية البند للقراءة. تطبيقا للمعيار الأول لابد من كتابة بنود عقد التأمين ذات التأثير الخطير على المؤمن له بخط لافت للانتباه بمجرد القراءة السطحية للعقد، هذا ما عملت به محكمة النقض في قرار صادر بتاريخ 11 ديسمبر 1990، عندما قررت أن شرط الطابع البارز لشكل الكتابة يعتبر غير محقق إذا ما لفت انتباه المؤمن له إلى بنود ليست أساسية³. أما في تطبيقها للمعيار الثاني قررت بتاريخ 28 جوان 1988، عدم أهمية كتابة البند الأساسي بحروف مختلفة عن باقي البنود يكفي أن يستعمل في تشكيله ما يلفت انتباه المؤمن له⁴. هذا وقد أوصت الفيدرالية الفرنسية لشركات التأمين سنة 1993، بضرورة تجنب أكبر قدر من بنود الإحالة مع وضع نطاق محدد لها⁵.

اختلفت المعايير القضائية المتعلقة بتحقيق شكلية الكتابة، ولا يمكن القول بصحة أحدها وعدم صحة الآخر، سواء أثبت أن المؤمن له تمكن من التمييز بين بنود العقد

¹ Cass. Civ. 1er, 14 mai 1946

² Cass. Civ. 1er, 27 février 1996.

³ Cass. Civ. 1er, 11 décembre 1990.

⁴ Cass. Civ. 1er, 28 juin 1988. ASSURANCE (règles générales) – Police- Clause – Clause de déchéance - impression - Caractères très apparents - Caractères différents de ceux employés pour les autres clauses - Nécessité (non). 2° L'article L. 112-4 du Code des assurances.

⁵ مسعودي عبد الرحيم، الحماية المدنية لمستهلكي خدمات البنوك والتأمينات؛ دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص

المختلفة في أول قراءة لمضمون النص، أو ركز الإثبات على وضوح البند للقراءة باستعمال عند كتابته وسيلة لم يكتب بها باقي البنود. يكفي أنها قادرة على تحقيق الحماية الإجرائية للمستهلك المؤمن له، مع ذلك نجد المشرع الجزائري بمقتضى الماد 07 سابقة الذكر في الفقرة 01 منها، والمادة 622 فقرة 03 (ق.م.ج)، قد تبنى معيار الكتابة الواضحة بالنسبة لكل بنود العقد، ومعيار الكتابة الظاهرة بالنسبة للبنود التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

الفرع الثاني: الشكلية الاتفاقية؛ عقد الإثبات الخاص

وصلنا في المطلب الأول من هذا المبحث إلى ما يفيد أن شكلية الكتابة التي وردت في التشريعات لحماية الحرية العقدية خاصة عند الإثبات اتسمت بالوظيفية والصرامة في تحقيق غايتها تلك، حتى هذا الحد يمكن التعامل مع الجدل الناتج عنها. إلا أن البحث في الشكلية الاتفاقية من شأنه توسيع الجدل أكثر فأكثر، لمجرد تعلقها بالعقود الرضائية أو عندما تحل محل الأشكال القانونية في العقود الشكلية، طالما بقيت العقود بين مد التبسيط الراعي للحرية العقدية وبالتالي تخفيف الشكلية (أولا)، وبين جزر الصرامة الوافية لتلبية حاجة حماية الطرف الضعيف وبالتالي زيادة متطلبات الشكل (ثانيا).

أولا: نظامية الحماية من خلال فكرة الشكلية الاتفاقية

عند تحليل إمكانية اتفاق أطراف العقد على أساس الحرية العقدية، بإخضاع العقد والالتزامات المضمنة فيه لشكلية معينة كانت غير مطلوبة أصلا، لا يمكننا ترك بعض التساؤلات دون أجوبة، من بين الأكثر إلحاحا هي ما مدى صحة هذه الاتفاقات؟ هل لها حدود؟؛ خصوصا ونحن نعلم أن اختيار الشكل هو نتيجة طبيعية لمبدأ الرضائية هل يبرر هذا إبقاءها مطلقة أو ما مدى حرية الأطراف في اختيار الشكلية؟

الأمر في هذه المسألة يتعلق باحترام نية الأطراف المعبر عنها في الاتفاق صراحة أو ضمنا في تعديل قواعد الإثبات وتنظيم أخرى خاصة بعقدتهم يطبقونها لإثبات حقوقهم أمام القضاء كما لو أنهم ارتقوا إلى مرتبة المشرع، حتى لو كانت مخالفة لقاعدة قانونية، مثل قاعدة الإثبات الكتابي التي قيدت الإثبات في بعض التصرفات القانونية، مستثنية الأعمال التجارية وحالات أخرى يقضي فيها القانون أو الاتفاق بخلافها، من هذا الباب

دخلت اتفاقات الإثبات الصريحة لتعطيل القاعدة أو مخالفة حدودها، واتسعت من ارتباط الشكلية بالإثبات باعتبارها وسيلة الحماية الإجرائية، ليصبح العقد مصدر قاعدة الإثبات.

1: مدى صحة اتفاق الإثبات

بدأت الاستثناءات من الكتابة في جوهر القاعدة التي أسست لها (المادة 333 ق.م.ج وما يقابلها في القانون الفرنسي 1359)، والتي أكدها فيما بعد المشرع التجاري الجزائري بمقتضى المادة 30 والفرنسي بمقتضى المادة L110-3 بتمكين الأطراف من إثبات الأعمال التجارية بكل الوسائل القانونية الممكنة بما فيها البيئة والقرائن وشهادة الشهود والفواتير والدفاتر التجارية مهما بلغت قيمة التصرف. وجواز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة الوارد بمقتضى المادة 336 (ق.م.ج) والمادة 1360 (ق.م.ف)، في حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو في حالة فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي خارج عن الإرادة.

وصولاً إلى حرية الأطراف في الاتفاق في عقد إرادي صريح أو ضمني ملزم لهم على إثبات العقد بقواعد أخرى تخرج عن قواعد الإثبات القانونية، بتخفيفها أو بالزيادة في صرامتها وضح هذا أكثر في اعتراف المادة 1356 (ق.م.ف) بصحة اتفاقات الإثبات عندما تتعلق بحقوق قابلة للتصرف.

هذا يعني أن المادة التي أسست لقاعدة الإثبات الكتابي هي ذاتها مكنت الأطراف المتعاقدة من مخالفتها، بالاستناد على حريتهم العقدية والإرادة في إبرامها وإنشاء قواعد إثبات خاصة بعقدتهم، لتتحول إلى قانون بالنسبة لهم. النموذج الشائع عنها نجده في المعاملات البنكية التي يضع بموجبها البنك بنود تحدد حجية المحرر الصادر عنه وكيفية الاحتجاج به، إضافة إلى عقود توريد الغاز والكهرباء المتضمنة اتفاق بين الطرفين على دليل إثبات العقد هو ما ينتج عن تسجيلات العداد¹ وغيرها من عقود الإستهلاك.

لقد أكدت محكمة النقض في عدة أحكام دعماً لصحة اتفاقات الإثبات، لأن أطراف العقد هم في الأساس أصحاب الحق مما يفيد أنهم بالضرورة أصحاب قرار إثباته لأنها مسألة متعلقة بمصالحهم الخاصة²، حيث يمكنهم التنازل عن قاعدة الإثبات بالكتابة

¹ Cass. civ. 1^o, 30 mars 1999, II. 10 334, J.C.P, 2000.

² Cass. Civ. 3^e, 16 novembre 1977, Bull, Civ, III, n° 393, p.300; **Depadt. Sebag. C. Duiglier**, Les conventions sur la preuve, in la preuve, economica éd, 2004, p. 14

الراسخة كمبدأ عام في القواعد العامة، وتقديم الإثبات بوسائل أخرى غير الكتابة حتى في حال تجاوزت قيمة التصرف محل النزاع الحد المحدد قانوناً. استقرار القضاء على تطبيق هذا الرأي دليل واضح على الطابع التكميلي لقاعدة الإثبات بالكتابة وإمكانية مخالفتها باتفاق بين الأطراف على قاعدة إثبات خاصة بهم¹.

لعل ذلك ما كان سبباً في اتساعها لدرجة أن هناك من رأى انحرافها عن المبدأ الذي تأسست من أجله²، منتقداً شكلية اتفاقات الإثبات ومشككاً في صحة تعديل قواعد الإثبات القانونية، خاصة بعد تصنيفها إلى اتفاقات إثبات مخففة من صرامة شكلية الإثبات القانوني وأخرى مشددة من شكلية الإثبات، وقبل صدور قوانين المعاملات الإلكترونية التي غيرت اتجاه الجدل الفقهي إلى مدى حجية مخرجات تلك الوسائل الحديثة في إثبات التصرفات حينما أجازت هذه الأخيرة إبرام اتفاقات وإثباتها بالوسائل الحديثة، هنا بدأت غالبية الفقه الفرنسي يسميها بالطريق الاتفاقية ويقر بمساهمتها المحورية في منح المحررات الإلكترونية حجية في الإثبات، حتى قبل إقرار النصوص التشريعية المنظمة لها.

صادق المشرع الفرنسي على صحة اتفاقات الإثبات في قانون 13 مارس 2000 بمقتضى المادة 1316-2 (ق.م.ف) المعدلة بمقتضى المادة 1368 من أمر 10 فيفري 2016، حيث سمح للقاضي في حال عدم وجود اتفاق إثبات بين أطراف الخصومة بالفصل بناءً على أقرب افتراض ممكن للحقيقة، أما في حال اتفاقاً مسبقاً على قواعد إثبات معينة للعقد، على القاضي قبولها حتى لو تعلق بالإثبات الشفوي بعدما كانت شكلية الكتابة ضرورية، أو الإثبات بمحرر غير موقع كالإثبات برقم بطاقة الائتمان التي بالاتفاق أصبحت مكافئة للتوقيع الإلكتروني.

بالعودة لقراءة المادة 1356 (ق.م.ف) نجد إلى جانب الإقرار بصحة اتفاقات الإثبات، تحديد للنطاق الذي يبطلها في حال خرجت عنه هذا ما يضعنا أمام السؤال الآخر وهو ما هي حدود شكلية اتفاقات الإثبات؟

¹ Cass. civ. 1, 29 juin 1960, Bull. civ. I, n°. 355, p. 292; Cass. civ. 2°, 5 avril 1965, II, Bull, n°. 349 ;Cass. Civ. 1, 7 avril 1980 , Bull. I, n°. 142, p. 115.

² **Vincent. Forray**, Le Consensualisme dans la théorie générale du contrat, thèse, éd, L.G.D.J, 2007, p. 132.

2: حدود قانون الأطراف

للهولة الأولى يبدو تخلي الأطراف عن قواعد الإثبات التي نظمها القانون لصالح الوصول إلى الحقيقة المتنازع حولها، سواء كان تخلي جزئي أو كلي وإنشاء أخرى بمقتضى قانونهما الخاص التي لن تقل إلزاما عن الأولى بمجرد إبرام الاتفاق بشأنها، أمر غير مفهوم. رغم قدمه يقدم حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر لسنة 1970¹، الذي أكد أن قاعدة المادة 1341 (ق.م.ف) آنذاك والتي أصبحت بعد التعديل 1359، ليست من النظام العام، ويمكن للأطراف التنازل عن تطبيقها.

إذ بمقتضى هذا العقد بوصفه قانون الأطراف يمكن إلغاء شكلية الإثبات أو تخفيفها، كالحالة التي يكون فيها المتدخل المخل بالتزامه ملتزما اتجاه المستهلك بتعويض الضرر الناتج عن التقصير، على المستهلك إثبات الضرر المتطلب للتعويض، الذي يمكن تحديد درجته الموجبة للتعويض بإدراج شرط جزائي في العقد، هذا الشرط هو ما يعفي المتضرر من إثبات درجة الضرر الفعلي اللاحق به. كما لو كان بحسب بعض الفقه اتفاق ضمني على تخفيف عبء إثبات درجة الضرر من على المضرور، يبقى عليه إثبات عدم تنفيذ الالتزام فقط².

كذلك في شرط الاحتفاظ بملكية المبيع الغالب إعماله في عقود البيع بالتقسيط، قد يكون هناك مجالا للتخفيف من الإثبات بمجرد إدراجه في العقد، إذ يقع على البائع إثبات مطابقة المنتج المسلم وخلوه من أي عيب إضافة إلى إثبات الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية³. كما قد يتم تحديد بمقتضى اتفاق الإثبات الجزئي الالتزام بنتيجة لتسهيل مساءلة المخل بالتنفيذ بمجرد عدم تحقق النتيجة دون الحاجة إلى إثبات الخطأ، وكأنه اتفاق على عكس عبء الإثبات.

طالما هناك إمكانية لتوجه إرادة أطراف الاتفاق إلى إنشاء قاعدة إثبات عقدية تفيد نفاذ العقد بتطبيق القاعدة المتفق عليه في الحالة التي يكون الإثبات حرا أو تشديد قاعدة الإثبات القانونية بإتقال عبء الإثبات كاشتراط شكلية الكتابة للإثبات بعدما ما كان يكفي فيه الشهادة، أو إلغاء شرط شكلية الإثبات القانوني لضمان فعالية العقد كاملة حتى لو

¹ Cass. soc., 9 avril 1970, n° 69-40.144, Bull. civ. V. n° 234.

² D. Ferrier, La preuve et le contrat, in Mélanges Cabrillac, Litec, 1999, p. 105.

³ Ibid., 115.

على حساب الحقيقة والواقع، أو تخفيف الإثبات بافتراض موضوعه مسبقا لتفادي تحدياته، لهم ذلك باستعمال العقد كوسيلة لتنظيم الإثبات وفي الحقوق القابلة للتصرف. على أنه بالنظر لاحتمالها لمبدأ الحرية العقدية يتضح أنها كأي عقد ليست مطلقة، بل تخضع لمبدأ الأثر النسبي للعقود الذي يحد تطبيقها على الحقوق التي يكون للأطراف حرية التصرف فيها لتعلقها بأطراف التصرف القانوني وليس بالغير الذي يمكنه البقاء تحت مظلة قواعد الإثبات القانونية الأصلية.

لا شك في إمكانية إبرام اتفاق إثبات يعدل أو يخالف قواعد الإثبات التي وضعها المشرع كتابة وبوضوح، كأن يatal التعديل القواعد المتعلقة بعكس عبء الإثبات أو ما تعلق بطرق الإثبات، كالقاعدة التي تفرض الإثبات بالكتابة، والاتفاق على الإعفاء منها والإثبات بطرق أخرى¹ على أن تتوقف عند هذا الحد دون امتداد لكل ما من شأنه المساس بالنظام العام، إذ لا يمكن في أي حال من الأحوال تحديد حجية وسائل الإثبات لأنها مسألة خاضعة لتقدير قضاة الموضوع، واتفاقات الإثبات خاصة بأطرافها لا تسرى على سلطة القاضي التقديرية.

في هذا الشأن وضحت محكمة النقض في قرار صادر عام 2017²، "تصح اتفاقات الإثبات عندما تتعلق بحقوق الطرفان القابلة للتصرف، إلا أنها لا تُنشئ لصالح أي من الطرفين قرينة قاطعة"، تأكيداً أن حرية التعاقد لا تعني جواز فرض شروط تلزم الطرف الآخر بشكل قاطع، حتى لو اتفق المتعاقدان على شروط محددة لصحة التصرف، تبقى قواعد الإثبات القانونية الأصلية سارية ولقاضي الموضوع تقدير مقبولة وحجية الوسائل المقدمة.

ثانياً: تعزيز الشكلية لحماية المستهلك

الآن يمكن اعتبار الشكلية رد فعل التشريعات اتجاه التحديات اللانهائية لعقود سريعة التطور كعقود الاستهلاك، لحماية إرادة الطرف الضعيف والتوازن العقدي، واتفاقات الإثبات في هذه العقود لا يمكن أن تخرج عن ذلك، إذ ساهمت فعليا في قبول وسائل إثبات كانت مهمة تشريعيا أو لم يتعامل معها بالجدية المطلوبة قبل أن يقبلها

¹ Francois. Terre, Philippe Similer, Yves Lequette, Droit civil, Les obligations, op.cit, p. 398.

² Cass, mixte. 24 février 2017, n° 15-20.411, Bull.

ويصر عليها الأطراف في اتفاقاتهم مثل الوسائل التي تنتجها عقود الاتصالات الإلكترونية، بذلك كانت الطريق إلى تكييف قواعد الإثبات التقليدية مع الإلكترونية.

1: اتفاق الإثبات فاعل في الحماية

سبق الإشارة إلى أن عمليات البنوك هي المجال الخصب لاتفاقات الإثبات، سعيًا من البنوك لتعزيز سلاسة الخدمات التي تقدمها تعتمد غالبًا على إصدار عقود خاصة تنظم عملياتها مضمنة إياها بنود موحدة من أبرزها، تنازل مستهلك الخدمة عن بعض الحقوق التي أقرتها له قواعد الإثبات القانونية، كأن يمنع من الطعن في صحة الدفع خارج البنود القانونية المسموح بها، وتعرض تلك البنود على الأفراد إما تقبل أو ترفض مجتمعة.

المشرع الجزائري تماشياً مع اتجاه اتفاقات الإثبات نحو الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني، والتوجه التشريعي العام نحو إقرار الإثبات عن طريق البيانات الإلكترونية، نص في القانون التجاري رقم 05-02 المادة 414 على الوفاء بالسفينة "... يمكن أن يتم التقديم أيضاً بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، ذات المعنى أضيف بمقتضى المادة 502 عند تقديم الشيك للوفاء، معتبرا بطاقات الدفع والسحب أوراق تجارية حديثة إضافة للأوراق التجارية الكلاسيكية في المادة 543 مكرر 23، 24 من نفس القانون. مما يفيد جواز الإثبات بجميع الطرق من ضمنها البيانات الإلكترونية.

ومن ثمة للمتعاقدين حرية الاتفاق على أي بند يروونه مناسباً في إثبات العمليات البنكية وذلك لما تتطلبه من سرعة وحذر في ذات الوقت دون خروجها عن النظام العام. هذه الحرية من الشائع أن يستعملها البنك في الاتفاق مع مستهلك الخدمة عند تقديمه بطاقة الدفع له بالإضافة إلى رمزها السري، على أن التسجيل الإلكتروني الناتج عن استعمال حاسوب البنك هو بمثابة إثبات على أوامر الدفع المقدمة باستخدام البطاقة ورمزها، أو الاتفاق على التنازل عن بعض الحقوق التي أقرها لهم القانون أو الإثبات بالكتابة فيما يمكن إثباته بالشهادة أو البيينة. هذا وفي القضية المشهورة Credicas، قضت

محكمة النقض بصحة الاتفاق المتعلق بحجية وكفاية وسائل الإثبات المنظمة في العقد وليس لقضاء الموضوع اعتبارها غير كافية¹.

نجد تطبيقاً لاتفاقات الإثبات في القرض الشعبي الوطني الجزائري الذي وضع نموذج عام للحصول على البطاقات البنكية ومن خلال المادة 8 جعل تسجيلات الآلات الأوتوماتيكية إثباتاً للعمليات المنفذة بواسطة البطاقة ومبرراً لحسمها على الحساب. كما يمكن لمستهلك الخدمة حامل البطاقة أن يقدم شكوى في حال ما وجد أي خطأ خلال 30 يوماً من ابتداء من تاريخ إرسال كشف الحساب.

هذا في الحالة التي يشدد اتفاق الإثبات من متطلبات الإثبات المنصوص عليها في القانون عندما تنص على طريقة إثبات غير الكتابة، ويتفق المتعاقدان على لزوم الإثبات بالكتابة متنازلين عن القاعدة المخففة وإثقال عبء الإثبات. والكتابة كما سبق في هذه الدراسة تعني بيانات وتوقيع خطي تقليدي، أو الكتروني المساوي في الحجية للأول طالما يمكن استقبال المعلومات المرسلة وتخزينها والرجوع إليها في أي وقت واستخراجها.

أما في الحالة التي يقضي اتفاق الإثبات بتنازل مستهلك الخدمة المصرفية عن بعض الحقوق التي أوجبتها له قواعد الإثبات العامة أو إسقاط الحق في التعويض وحق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه، اعتبر طبقاً للمادة 110 (ق.م.ج) عقد إذعان متضمناً شروطاً تعسفية لأنه يؤدي إلى حرمان صاحب الحق من حقه في الإثبات بوجه عام ويترتب عليه بطلان الشرط بحسب نص المادة 622 (ق.م.ج)، كما يمكن للقضاء تبني المفهوم الواسع لعقود الإذعان بخصوص اتفاقات الإثبات ليعدل أو يلغي تلك الشروط.

رغم رأي الفقه الراجح في اعتبار الشرط الذي تدرجه البنوك في العقود شرط صحيح، مما يعني صحة تنازل الأفراد عن حقوقهم فيما يتعلق بقواعد الإثبات، باعتبار أن الشخص عند فتح حساب لدى البنك غير ملزم على إصدار بطاقات الائتمان وهو عندما يقوم بمثل هذه التصرفات طبيعي أنه سيوافق على الشروط الواردة في اتفاق إصدار هذه البطاقات²، مع ذلك يبقى للمستهلك خيار تطبيق قواعد القانون التجاري عند

¹ Cass. 1ère civ. 8 novembre 1989, deux arrêts: Bull. civ. 1, n°. 342, p. 230.

² لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 105.

تعامله مع التاجر البنك للاستفادة من صرامة قواعد في تنفيذ التزامات التاجر، فضلا عن الحالات التي تتعلق فيها قواعد الإثبات بالنظام العام لا يمكن التنازل عنها لعدم قابليتها للتصرف. من هذا الرأي تساءلنا عن تأثير اتفاقات الإثبات على عبء الإثبات.

2: تحصين عبء الإثبات من اتفاقاته

بتطبيق قاعدة العامة "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، سيكون المستهلك أحد طرفي القاعدة لا محالة وعليه تحمل عبء إثبات ادعاءاته، غالبا سيجد نفسه عاجزا عن إثبات القصور في تنفيذ المتدخل لالتزاماته أو إثبات عيب طرأ على إرادته أثناء التعاقد. الحل كان في نظر بعض الفقه بعكس عبء الإثبات بعدما كان الطرف الضعيف حاملا له يصبح واقعا على المتدخل المحترف المتحكم في النظام الماسك للدفاتر التجارية والبيانات وكافة المعلومات عن السلع والخدمات التي من شأنها تسهيل الوصول للحقيقة المتنازع فيها، على أن تغير الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات فقط دون المساس بمضمون الالتزام بالإثبات.

عمليا لدى المتدخل إمكانية أكبر في عكس عبء الإثبات باستعمال شكلية اتفاق الإثبات، إذ غالبا ما يحدث عند إصدار بطاقات الائتمان الذي يشترط لإتمامه وجود اتفاق إثبات بين البنك ومستهلك خدماته، مما يعني بالضرورة عكس عبء الإثبات، ولأن طبيعة الاتفاق المتعلق بعبء الإثبات تشكل تنازلا عن المصلحة المقررة في القواعد القانونية، مازال المستهلك المدعى عليه بمحرر إلكتروني موقع إلكتروني لا يملك الاكتفاء بالإنكار بل عليه إثبات عكس ما ادعى عليه به بأي وسيلة كانت بما فيها وسائل الإثبات غير المباشرة كإثبات عدم صحة التسجيل الإلكتروني للبيانات لوجود عيب في الجهاز، هذا يفترض الحجية المطلقة للمحررات الإلكترونية بسبب صعوبة إثبات عكسها. لذلك أشرنا في البداية إلى أن اتفاقات الإثبات سهلت قبول المحررات الإلكترونية حيث جعلتها مساوية لحجية المحررات الرسمية وبالتالي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير.

قبلت غالبية الفقه والقضاء اتفاقات عبء الإثبات التي تنتج قرائن بسيطة ورفض كل ما من شأنه إنتاج قرائن قاطعة، حيث ألغت محكمة النقض سنة 2004¹ حكم محكمة

¹ Cass. civ. 2. 10 mars 2004. n° 03-10.154, Bull civ. II, n° 101, RDC, 2004, p 1080, obs. A. Debet. RDC, 2004, p. 938.

الموضوع التي سمحت بتطبيق الشرط المضمن في عقد التأمين، الذي يلزم المؤمن له في حالة سرقة سيارته إثبات دخوله إليها عبر النافذة أو الباب أو تعطيل نظام الإنذار وتغيير التوصيلات الكهربائية. لأن مجرد تحميل أحد أطراف الخصومة عبء إثبات وقائع لم يكن ملزما بإثباتها في ظل القواعد القانونية يؤدي إلى فقدان الحق في الإثبات أو انتهاك مبدأ حرية الإثبات مما يستلزم رفض مثل تلك البنود.

هذه المسألة وعلى أهميتها لم نجد لها تنظيم في التشريع الجزائري، بعكس التشريع الفرنسي الذي أظهر في قانون حماية المستهلك موقفاً معارضاً لقبول كل ما من شأنه عكس عبء الإثبات بما فيها اتفاقات الإثبات، بنصه ضمنياً في المادة L212-1 على بطلان البنود التي تؤدي إلى خلق خلل في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب المستهلك بغض النظر عن شكل أو وسيلة العقد سواء ارتبطت بأوامر الشراء أو الفواتير وبطاقات الضمان والبيانات أو إيصالات الاستلام التي تحتوى على أحكام تم التفاوض عليها بحرية أو لم يتم التفاوض عليها أو إشارات إلى شروط عامة مسبقة.

تطبيقاً للمادة السابقة ضمنت المادة R212-1 في البند 12 صراحة بين بنود القائمة السوداء بطلان شرط إلقاء عبء الإثبات على المستهلك، بهذا صار المستهلك بعيداً عن عبء الإثبات والمتدخل حامل له. إذ يحظر على الشركات أو أي طرف آخر في العقد إجبار المستهلك على إثبات صحة ادعاءاته إذا كان القانون ينص على أن الطرف الآخر هو من يتحمل عبء الإثبات.

واعتبرت المادة L241-1 البنود التعسفية بنوداً غير مكتوبة ويبقى العقد قابلاً للتطبيق في جميع أحكامه عدا تلك التي تم الإقرار بأنها تعسفية إذا كان حذفها لا يخل بما جاء فيه مضافاً في المادة L212-3 أن هذه الأحكام من النظام العام. وعليه، تُعتبر البنود التي من شأنها عكس عبء الإثبات على المستهلك أو تقييد وسائل الإثبات الممنوحة له من بين البنود المصنفة تعسفية المخالفة للقانون باطلة وكأنها لم تكن أصلاً. طالما لم يكتب الشرط يعود المتعاقدين إلى تطبيق القاعدة العام أي شكلية الإثبات بالكتابة.

خلاصة الفصل الأول:

في هذا الفصل تم دراسة الإثبات انطلاقاً من القاعدة الفقهية؛ "الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه"، على أساس سؤال طرح في البداية عن مصير الحقوق التي يستحيل على أصحابها إثباتها، خاصة وأن الفقه حاول أيضاً ترسيخ قاعدة أخرى تعلن في جملة خبرية أن "الحق المجرد من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء"، لا شك بتاتا في أهمية الإثبات لكن هل يحتمل المخاطرة؟.

في سبيل تحديد المتضرر من عدم القدرة على إثبات الحقوق، نظرنا لعبء الإثبات باعتباره النموذج الأمثل للحماية الإجرائية، لكن من زاوية أخرى بعيدة عن التقليدية ومن لب الموضوعية، لقد أنتج الفقه المعاصر حق الإثبات للمدعي كحق ذاتي إجرائي وحدد عناصره التي تداخلت مع واجب الإثبات والحق في الحصول على الأدلة لينشأ التزام بالإثبات يقع على كل أطراف الخصومة مساعدة القضاء للوصول إلى الحقيقة، سواء بتقديم دلائل موجودة تحت أيدي الطرف المدعي والمدعى عليه أم بطلب عرضها يقدمه أحدهما ويخضع لتقدير قاضي الموضوع رفضه أو الأمر بالحصول على أدلة الإثبات ذات الصلة الموجودة تحت أيدي الطرف الآخر.

بعد تردد التشريعات في الاعتراف بهذا الحق الموضوعي الإجرائي، تم إصلاح القوانين المتعلقة بالقواعد العامة لتقبله بمقتضى ذات القواعد مع تأثير واضح أولي ظهر في خفض الطابع الإتهامي فيها، غير أنها أظهرت إلى جانب ذلك صرامة مبادئ أخرى بدت متناقضة مع حق الإثبات، كالحق في الخصوصية ومبدأ عدم اضطناع الشخص دليل لنفسه، ولعل أهمية دور القاضي الإيجابي الذي عززته الإصلاحات التشريعية هذا هو وقت تفعيله لملائمة المبادئ المتعارضة مع هذا الحق ليرسو أكثر ويثبت بعد جدل وعدم استقرار طاله نتيجة تعلقه بالشق الإجرائي للإثبات.

هذا الحق الذي مازال يوصف "بالحديث"، لم يصطدم بمبادئ تشكل معارضة عليه البحث عن جوانب ملائمة بينه وبينها فقط، بل وجد أيضاً مبادئ استند عليها ليحدث النقلة الحاسمة في مجال الحماية الإجرائية، من مبدأ الإثبات المقيد الذي يعطي الأولوية للكتابة ومبدأ الإثبات الحر الذي يمكن الأطراف المكتسبة لصفة التاجر استعمال كافة وسائل الإثبات القانونية، ولعل الثغرة في هذا المبدأ والتي فتحت الباب لحق الإثبات في توسيع

الحماية الإجرائية هي جواز أن يصطنع الشخص دليل لنفسه في إطار النطاق الضيق للقواعد التجارية، ولأن التاجر إذا تعامل مع الأشخاص العادية المدنية يمنح بطريقة غير مباشرة لهؤلاء ميزة الاستفادة من صرامة القواعد التجارية في تعاملها مع الشخص التاجر، أصبح المدني مستفيدا من حرية الإثبات وحق الإثبات مما يفيد الحماية الإجرائية مباشرة.

خاصة وأن هذا المدني قد يكون مستهلكا يتعامل مع المتدخل المهني في إطار عقد الاستهلاك المختلط، يمكنه اللجوء إلى الإثبات بالكتابة أو أية وسيلة إثبات قانونية أخرى، اكتملت المعادلة؛ عقود استهلاك "طرف ضعيف وتطور مستمر" زائد حق إثبات "حديث" تساوي حماية إجرائية، لم يكن بوسعنا الحديث عن هذه المعادلة كمسألة منطقية لو لا التحول الكبير الذي حدث في عقود الاستهلاك مع ظهور العقود الإلكترونية بما سببته من هزات لم تستطع القواعد العامة إلا التكيف معها بإصلاحها وتبني كل ما يمكن من ضبطها أو على الأقل مواكبتها للخروج من حالة عدم اليقين القانوني السائدة اتجاه هذه العقود فقط لأنها فسرت بطريقة شكلية.

اتساع وتنوع عقود الاستهلاك اليوم، وضع المشرع أمام حتمية تعزيز الحماية الإجرائية للحفاظ على الحرية العقدية ورضا الأطراف في تلك العقود، بدأ متدرجا في تفعيل بعض الأدوات التقليدية ذات القوة والمكانة الكبيرة في القواعد العامة والقابلية للتحديث والتماهي مع كل معلوم أو محتمل قد تطرحه الوسائل الحديثة في التعاقد، فأصبحت شكلية الكتابة وسيلته الجوهرية في مواجهة أي تحدي يهدد توازنها وفعاليتها من بدايتها إلى حالات التنازع على إثبات محتواها، بالتركيز قليلا على هذه المرحلة الأخيرة التي معها رأينا الشكلية تتخذ مسارا أكثر جدية ليس بفرض قيود جديدة على التصرفات القانونية بل بإلغاء أي وسيلة إثبات لا تضاهيها في تسهيل حصول المستهلك على حقوقه العقدية.

لا شك في دور الشكلية التي أنشأها وطبقها المشرع في تحقيق غاياتها الحمائية، لكن الحرية العقدية فرضت فاعل آخر إلى جانب المشرع بل أحيانا بعيدا تماما عنه، وهو أطراف العقد عندما يقررون مخالفة قواعد المشرع أو التخفيف منها بالاتفاق على شكلية أخرى تحكم عقدهم الاستهلاكي وتنظم شكلية إثباته بصورته التقليدية وخاصة الالكترونية

السائدة حالياً، طبعاً دون الخروج عن بعض القيود التي يبقى المشرع سلطته عليها خصوصاً ما تعلق منها بالنظام العام أو الإضرار بمصالح المستهلك.

من خلال هذه الأطروحة يمكننا التأكيد على ضرورة الشكلية في إثبات عقود المستهلك خاصة أنه سيبقى دائماً الطرف الضعيف أمام المحترف المتحكم في النظام والمعلومة، سواء كانت شكلية قانونية أو اتفاقية لا جدل في الدور الحمائي الوظيفي الذي حققته في حماية حرية المستهلك ورضاه التعاقدية.

حتى أنها لم تعد حيادية بل مارست تأثيرها المباشر على مسائل جوهرية كعبء الإثبات الذي عند دراسته في هذه الصفحات ثار سؤال آخر ما هو سبيل إثبات عقود المستهلك دون الشكلية؟ التي مازالت تطبق في نطاقها التقليدي الاستثنائي والواقع الاستهلاكي يحاول لفت الانتباه إلى تطبيقها كقاعدة عامة لمواجهة الخلل العقدي بأدوات أكثر حدة وصرامة، لهذا على المشرع والقضاء مراجعة دور الشكلية في عقود الاستهلاك وخلق طابع الاستثنائية عنها.

الفصل الثاني: نظام الحماية الإجرائية

من المعلوم أن تحقيق التوازن بين أطراف عقد الاستهلاك هو هدف قانون حماية المستهلك الجوهري، لأنه عقد قائم أساساً بين طرفين أحدهما يوصف بالقوة والآخر بالضعف، هذا الطرف الموصوف بالضعف باعتباره العنصر الأخير في سلسلة السوق يجد نفسه من وراء حاجته للمنتوجات طرفاً في عقد وضعه في موقف ضعف واضح وطبيعي مقارنة بالطرف الثاني المالك لسلطة تحقيق مصالحه على حساب المستهلك.

من الحاجة لحماية المستهلك في وضعه الضعيف ذاك نشأ قانون حماية المستهلك، ليصبح محوره الأساسي حماية الطرف الضعيف وإعادة التوازن في العلاقة العقدية الناتجة عن عقد الاستهلاك، بواسطة أدوات تقليدية وأخرى متجددة بحسب ما تفرضه الظروف كتكنولوجيا الاتصالات الالكترونية التي وضعت تحديات كبيرة أمام نظام الحماية، لتضطر التشريعات إلى تصميم أشكال حماية لصالح المستهلك بالنظر إلى ما تأسست عليه حالة الضعف، واختلاف أغراض الالتزام بين طرفيه السبب الطبيعي في عدم تماثل المعرفة بينهما المؤدي للحماية الإجرائية، مع ذلك تحدث الفقه والقضاء عن إمكانية حماية المهني متدخلاً أو مورداً بمحاولة ضبط نطاق الحماية من حيث الأشخاص (المبحث الأول).

استبعاد المهني مهما كان وصفه ومجال تعاقدته تقليدي أو الكتروني من مجال الحماية لم يكن هو التحدي الوحيد، بل كان لابد من تحديد أساس الحماية المقررة للمستهلك، إذا يلحق استبعاد الشخص المهني من إطار الحماية مسؤولية عن أضرار قد يتسبب فيها لإخلاله بالتزاماته القانونية، يكون على المستهلك للمطالبة بتنفيذ الالتزام أمام القضاء عبء إثبات الأساس الذي تقوم عليه تلك المسؤولية هل الخطأ أم الضرر أم أساس آخر؟ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: نطاق الحماية من حيث الأشخاص

يميز قانون حماية المستهلك بين فئتين، الأولى فئة المستهلكين والثانية فئة المتدخلين، ويحصر أغلب الإجراءات الحمائية على الفئة الأولى فقط، هذا التمييز لم يبنى على تأثير اختلاف المنتجات وتنوع طرق إنتاجها ووسائل طرحها على ثقافة الفرد الاستهلاكية من حيث النوع والكم، بل بني على التأثير اللافت الذي غير علاقته التعاقدية مع المتدخل مقدم تلك المنتجات، رغم أنها علاقة يومية مستمرة بقيت غير متوازنة في حاجة دائمة إلى تحديد نطاق فكرة الحماية، من حيث صفة الأشخاص القانونية "دائن أم مدين" بالحماية.

الدائن بالحماية الإجرائية بالنسبة لهذا القانون هو المستهلك الموضوع الأساسي له والمشمول بفكرة الطرف الضعيف في علاقته التعاقدية الاستهلاكية، مما يستلزم ضمان وسائل قانونية تكفل له قدر من التوازن المعرفي المعلوماتي لصالح سلامة رضاه وحجب ذمته المالية عن الأضرار التجارية، من أجل هذه الأهمية كان لابد من تحديد مدلول المستهلك التقليدي والالكتروني (المطلب الأول).

أما بالنسبة للمدين بالحماية المفترض أنه المتدخل المهني المستبعد منها بالنسبة لقانون حماية المستهلك، بل الملتزم في مواجهة المستهلك بعدم الإضرار به، رغم ما قد تتسبب فيه فكرة استبعاد المهني من الحماية المطلقة للمستهلك من نمو فكرة الضعف والتواكل لدى المستهلك أكثر فأكثر لتتقلب إلى التأثير السلبي واختلال أعرق بدل من التوازن المطلوب تحقيقه في هذه العلاقة، لقد بحث الفقه والقضاء طويلا عن باب يدخل منه المهني في نطاق الحماية كاستثناء عن قاعدة الاستبعاد وإلزامه بواجبات اتجاه المستهلك بالنظر إلى كونه الطرف المقابل له في العقد بتحديد كافة صورته تقليدي أو الكتروني وضبطه ضبطا يسمح بالحديث عن الحالات التي يشمل فيها المتدخل بالحماية الإجرائية لقانون حماية المستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المستهلك

بحسب الفقه القانوني تعريف المستهلك بإجماع علماء الاقتصاد لا يخرج عن كونه: "الشخص الذي يستعمل السلع والخدمات ليفي بحاجاته ورغباته، وليس بهدف تصنيع السلع الأخرى التي اشتراها"، استنادا على هذا الإجماع وبعد دخول مصطلح "المستهلك"

إلى اللغة القانونية حمل الفقهاء مسؤولية تحديد مدلوله القانوني منطلقين من مفهومه الاقتصادي، أي من دور عملية الاستهلاك في المعاملات القانونية وحسم الجدل الفقهي والتشريعي الذي أثاره مصطلح "المستهلك" ومدلوله الدقيق.

أحدث البحث عن مدلول المستهلك ثورة على المستوى الفقهي، وطرح إشكالات عديدة على المستوى القضائي، خاصة بشأن الحماية المقررة له من المخالفات المضرة بصحته وسلامته، إلى الحد الذي أصبح معه تحديد مدلول المستهلك يعني الإجابة على الجدل القائم حول معنى حماية الطرف الضعيف في العقد، ليس فقط كمعيار يساعد في تطبيق القواعد القانونية الخاصة بحماية المستهلك من حيث الأشخاص والموضوع، بل أيضا من أجل فهم فلسفة حماية المستهلك ذاتها التي تنطلق أساسا من الحقوق التي يتمتع بها، إذ أنها مرتبطة ارتباطا وثيقا بالحماية ومحددة للتوجه القانوني الصحيح الذي ينبغي إتباعه في الوصول إلى حماية حقوقه القانونية.

لهذا تباينت الاتجاهات في تحديد معناه بين التضييق تارة والتوسيع تارة أخرى، حيث نجد الاقتصاديين والقانونيين فقهاء ومشرعين كل يعرفه حسب الزاوية التي ينظر منها إلى المستهلك (الفرع الأول). ولعل تحديد نطاقه من أجل التوصل إلى نوع من التوازن بينه وبين الطرف المقابل له في العقد، أصبح أكثر جدية إن لم نقل صعوبة بمجرد إدخال المتدخل وسيلة الاتصالات الالكترونية في إبرام العقود، مما فرض العودة إلى نقطة كان يقتض أن وصل إلى نوع من الثبات بعد الجدل الطويل الذي طالها وهي إصلاح أو إعادة تدقيق مدلول المستهلك الذي صار مقتني للمنتوجات الكترونيا الملترزم بالدفع أيضا الكترونيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدلول المستهلك التقليدي

قد يكون الجدل التفسيري خلق فجوة بين المستهلك والحماية المقررة له، إلا أنه كان ضروريا لخلق خيارات تسمح باستقرار الحماية القانونية سواء تعلق الأمر بالمدلول الفقهي أم التشريعي.

أولا: المدلول الفقهي

آثار مصطلح المستهلك جدلا فقهيًا واسعًا، بين اتجاهين من الفقه القانوني إذ سار كل اتجاه في مسار مختلف عن الآخر نحو تحديد مدلوله، الاتجاه المعتقد بالتوسيع اعتد

بصفة الشخص كطرف ضعيف في مواجهة طرف أقوى بصرف النظر عن الغاية من تصرفه¹، معتبرا المستهلك وكمبدأ عام كل شخص يحتاج للحماية بدافع العلة أو الحكمة من تلك الحماية، لتتسع بعد حين إلى كل متعاقد لحقه ضرر ناتج عن منتج معين حتى وإن كان ذلك المتعاقد متدخل تصرف خارج مجال تخصصه.

أما الاتجاه الثاني اعتقد بتضييق فكرة المستهلك، مبررين توجههم بما تشكل قواعد حماية المستهلك في العادة من خروج عن القواعد العامة، ومن ثم يجب أن لا يتمتع بها إلا من هو في حاجة حقيقية إليها، مما يفيد أساس هذا الاتجاه القائم على الغاية من تصرف الشخص الذي حصر الحماية القانونية على المستهلك النهائي دون غيره.

1: الاتجاه الموسع لمعنى المستهلك

اتفق مؤيدو هذا الاتجاه على تبني المعنى الواسع للمستهلك، من أجل مد نطاق الحماية على أكبر فئة ممكنة من الأشخاص، غير أنهم اختلفوا حول انتماء بعض الأشخاص لهذه الفئة، كالشخص المعنوي والمدخر ذو المعنى المناقض تماما لمبدأ الاستهلاك، رغم النقاءهما حول مسألة تعاقدتهما كأطراف غير محترفة مع أطراف محترفة، مازال اختلافهما حول الغاية، لأنه في إطار الادخار يحتفظ بموارده بغاية توظيفها لتغطية احتياجاته المستقبلية، وفي إطار الاستهلاك تستخدم الموارد لتغطية احتياجاته الحالية، لكن تعرض المدخر لنفس الأخطار التي قد يتعرض لها المستهلك دعى هذا الاتجاه إلى توسيع معنى المستهلك ليضم المدخر وباقي الأشخاص المعنوية وكل شخص يتعاقد للحصول على السلع والخدمات لغرض غير مهني².

في طرحهم وضحوا أن معنى المستهلك يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد بهدف اقتناء سلعة أو خدمة سواء تعلق الأمر بالاستعمال الوسيط أو النهائي³. بعبارة أخرى يعتبر مستهلكا كل من أبرم تصرف قانوني محله سلعة أو خدمة من أجل الاستخدام الشخصي أو المهني.

¹ Dédier. Ferrier, La protection des consommateurs, Dalloz, paris, 1996, p-p. 13-14.

² زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 37.

³ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 22 .

رغم هذه النظرة الموسعة، ظهر اختلاف آخر حول المسألة المتعلقة بتصنيف غير المهني، لاقتراح هذا المصطلح بلفظ المستهلك في النص L.132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، الأمر الذي فتح الباب للتفسير الذي تعدد باختلاف حول المهني، إن كان يُحسب مستهلكا فيستفيد من الحماية القانونية، أو مهنيا فيستبعد من نطاق تطبيق أحكام تلك الحماية؟

اعتقد البعض باتساع مصطلح المستهلك ليشمل المهني الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه، على أساس أنه يظهر ضعيفا في غير تخصصه مثله مثل المستهلك العادي¹، كالمحامي الذي يشتري أجهزة رقمية لمكتبه، أو الفلاح الذي يعقد تأميناً على زراعته، هم عمليا يتصرفون خارج اختصاصهم، مما يدخلهم بداهة في فئة المستهلك العادي وتصبح حمايتهم بموجب قواعد حماية المستهلك ضرورة.

بعد تأييد الفقه الفرنسي لهذا الاتجاه، واعتماده قضائيا، بدأت محاولات تطوير مصطلح المستهلك لوضع ضوابط واضحة له، خاصة حين خرجت محكمة النقض الفرنسية جزئيا عن ذلك الموقف في تحديدها لمدلول المستهلك غير المهني، فقد تدرجت بين معيارين، في مرحلة أولى كان معيار الاختصاص المهني "الشخصي"، ثم في مرحلة ثانية استندت على معيار العلاقة المباشرة "الموضوعي"².

- بالنسبة لمعيار الاختصاص المهني

سمح هذا المعيار بتوسيع نطاق الحماية القانونية للمستهلك لتشمل المهني الذي يقوم بتصرفات قانونية خارج مجال احترافه المعتاد، لأن جهله بخصائص ومواصفات المنتج الذي يخرج من نطاق تخصصه يجعله في نفس مستوى المستهلك المعرفي، والنظر إليه من منظور عكس ذلك يعني حرمان أشخاص كثر من حماية قوانين المستهلك، لهذا أيدت بعض الأحكام القضائية معيار الاختصاص المهني³.

من ذلك وضع القضاء مدلول آخر للمستهلك عبر عنه بالمهني المستهلك، أما الفقه رأى أنه طالما احتمالية مواجهة المهني المتعاقد في غير تخصصه لمهني آخر متعاقد في

¹ محمد بودالي، المرجع نفسه، ص 22.

² Nathalie. Sauphanor, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, L.G.D.J., 2000, p. 245.

³ Cass. Com., 18 janvier 1972, pourvoi n° 70-12195, Bull. civ., n° 26, p.24.

تخصصه موجودة فهو بدون شك سيكون في وضعية ضعف مساوية لضعف المستهلك، بمفهوم المخالفة إذا تصرف المهني في مجاله المعتاد، فلا يمكن أن يأخذ وصف المهني المستهلك¹. لأن معيار الاختصاص المهني الذي تبناه القضاء لم يهتم بالغرض من التعاقد، أو في الارتباط الموضوعي القائم بين التخصص المهني وموضوع العقد، بل انصب تركيزه على مدى ارتباط التخصص المهني بالنشاط التعاقدية.

رأى آخرون أن الحماية القانونية للمستهلك لا يمكن أن تشمل المهني لأنه غالبا ما يبرم تصرفات متعلقة بتخصصه المجرد من غرض الاستهلاك بداهة، وبالتالي تمتعه بالمعرفة والخبرة الفنية فيه وهذا ينفي عنه مبررات الحماية، المؤسسة على حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية التي تربط بين المستهلك والمتدخل.

كما أدى توسيع مدلول المستهلك إلى إيجاد إمكانية حمل الشخص للوصفين مهني ومستهلك في ذات الوقت، هذا نتج عنه صعوبة في تحديد معنى دقيق للمستهلك، وعدم القدرة على التمييز بين المستهلك والمهني، بحيث أثر ذلك على تحديد الغاية من الاقتناء. بل أعطى قانون حماية المستهلك طبيعة غير محددة عندما هدم الحدود الفاصلة بين أطراف عقد الاستهلاك².

– أما بالنسبة لمعيار العلاقة المباشرة بين النشاط المهني وموضوع العقد

في مرحلة ثانية قضت محكمة النقض الفرنسية، فيما يتعلق بالمتدخل لا يوجد ما يمكنه من الاستفادة من الحماية المقررة للمستهلك إذا كان للعقد علاقة مباشرة مع ممارسة نشاطه المهني، لتتبنى بذلك معيار العلاقة المباشرة بين موضوع العقد والنشاط المهني، وهكذا أصبحت قراراتها مضمنة بصيغة جديدة تتمثل في عدم اعتباره مستهلكا، كل شخص يبرم عقد ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني³، تبعا لذلك، لم تعد صفة المهني

¹ Anne- Sinay. Cytermann, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, p-p. 260- 261.

² Anne-Sinay. Cytermann, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Op. Cit., p. 261.

³ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص.

تمثل سبباً في حد ذاتها لاستبعاد الاستفادة من الحماية القانونية، ولا معيار الاختصاص المهني الذي استند عليه الاجتهاد القضائي سابقاً.

أكدت ذلك محكمة النقض بموجب العديد من القرارات تمسكها بمعيار العلاقة المباشرة، مستبعدة بذلك المهني الذي يبرم عقد له علاقة مباشرة مع نشاطه، من خلال رفض بسط الحماية القانونية إليه¹.

طبقاً لمعيار العلاقة غير المباشرة استخلص الفقه بمفهوم المخالفة، أن المهني يُشبه بالمستهلك ويستفيد من الحماية القانونية، ليس فقط عندما يتعاقد خارج نطاق تخصصه المهني بل أيضاً متى كان موضوع العقد ليس له علاقة مباشرة مع النشاط المهني الممارس².

بناءً عليه، أصبح القضاء لا يكتفي لاستبعاد المهني من نطاق تطبيق أحكام حماية المستهلك بمجرد تصرفه في إطار النشاط المهني، بل صارت تميز بين ما إذا كان للعقد علاقة مباشرة مع النشاط المهني من عدمه، بدلاً من البحث عن المستهلك الذي يقتني السلع والخدمات بغرض الاستهلاك النهائي أو الاستناد على مجال نشاطه أو تخصصه.

بالرغم من أن هذا المعيار قد يقود في جانب من تطبيقاته إلى تحديد مدلول واسع للمستهلك، قد لا يصلح لأن يكون ضابط يبنى عليه مدلول المستهلك، لأنه لا يعتد بعدم التوازن بين الطرفين، أو بوجود مركز قانوني قوي أو ضعيف، اهتم أكثر بمسألة الصلة التي تربط بين العقد المبرم والمهنة الممارسة، وهو بهذا يصبح معيار خادماً لمصلحة المتدخل، يمكن القضاء من حماية المهني بنفس أحكام حماية المستهلك.

من هذا التصور، يمكن أن يشمل المستهلك والحماية المقررة له بعض الأشخاص الذين يتصرفون خارج مجال احترافهم لغرض يخدم الغرض المهني على أساس قرينة الضعف الذي بنيت عليها فكرة المستهلك عامة، يمكن أيضاً جعل مصطلح المستهلك مرادف للشخص المواطن، لأن مصلحة المستهلك تظهر دخل مجتمع حين نشأت علاقة تبادلية بين المواطن والمؤسسات.

¹ Cass. Civ. 1^{re}, 27 sept. 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 347, p. 287.

² Civ. 1^{re}, 24 janv. 1995, Dalloz 1995. p. 327, note **Leveneur**; 3 et 30 janv. 1996, Dalloz 1996. p. 228, obs. **Denis Mazeaud**; 5 nov. 1996, CCC 1997, n° 12.

اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي أيضاً، وقضت باعتبار إحدى الشركات التجارية العاملة في مجال العقارات من قبيل المستهلكين على أساس أن تعاقدتها كان خارج مجال تخصصها، ذلك لتمكينها من مواجهة الشروط التعسفية المقررة في قانون حماية المستهلك الصادر سنة 1978، لأنها تعاقدت على شراء جهاز يوفر حماية لمواقعها، تبين فيما بعد أنه معيب فنياً، قامت الشركة برفع دعوى قضائية طالبة إبطال العقد، حكما المحكمة على اعتباره قد ضمن شروط تعسفية، وأن الشركة رغم عملها في مجال العقارات، قد تعاقدت خارج نطاق تخصصها الفني والتقني بنظام أجهزة الإنذار، تساوى بذلك المستهلك عندما يكون في حالة الضعف المعرفي¹.

وفي حكم مشابه، تعلق بشراء مزارع لمطفأة حريق لمزرعته² بواسطة عقد أبرم مع مندوب الشركة البائعة، بعد ذلك قرر المزارع العدول عن العقد، دفعت الشركة بعدم أحقيته باتخاذ قرار مماثل لأنه ليس مستهلكاً، ومطفأة الحريق اقتنيت لشؤون مهنته، ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت باعتباره مستهلك خرج موضوع التعاقد عن نطاق اختصاصه، ودخل في حالة الجهل المعرفي.

عاب الاتجاه المضيق لمدلول المستهلك توسيع القضاء من نطاق حماية المستهلك غير المبرر، وقالوا أن الاعتداد بالمؤهلات الخاصة بكل مستهلك من شأنه إثارة نزاعات لا يمكن السيطرة عليها فيما بعد، هذا ما يوصلنا إلى مدلول المستهلك في الاتجاه المضيق.

2: الاتجاه المضيق لمعنى المستهلك

اتفقت غالبية الفقه على تبني هذا الاتجاه المضيق واعتبار المستهلك: "كل شخص يتعاقد بقصد إشباع احتياجاته غير المهنية من السلع أو الخدمات"، ببساطة ودقة وبمعياري ذاتي تم تحديد مدلول للمستهلك يمكن تطبيقه دون تردد أو خوف على حماية للمستهلك.

¹ Cass. Civ, 1, 28 avril 1987, somm. p455 obs. Aubert: 6/1/1993. J.C.P. 1993, note Paisant

² Cass. Ire civ. 25 mai 1992, D. 1993, jur. P.87, note: Nicolau.

مع ذلك ثار جدل حول إمكانية مد هذا المعنى رغم ضيقه ليشمل الشخص الاعتباري، حيث يرى البعض¹ أن المستهلك هو الشخص الطبيعي فقط دون الأشخاص الاعتبارية، بينما يرى البعض الآخر² أن فكرة المستهلك لا تقتصر على الشخص الطبيعي، وإنما تشمل بعض الأشخاص المعنوية، كالجمعيات الخيرية والنقابات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح، هذا ما تبناه القضاء الفرنسي عندما أجاز ضم الأشخاص الاعتبارية كالجمعيات الخيرية تحت معنى المستهلك، فهو بحسب هذا الاتجاه شخص من أشخاص القانون الخاص سواء كان طبيعي أو اعتباري، يقتني أو يستعمل المنتجات لغرض غير مهني، لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية³.

بناءً عليه أصدر القضاء الفرنسي أحكام داعمة لهذا المعنى في العديد من المسائل المتعلقة بعقود الاستهلاك، معرفاً المستهلك بأنه: "كل شخص يدخل في علاقة تعاقدية، من أجل التزود بالسلع والخدمات إشباعاً لحاجاته الشخصية".

قضت محكمة النقض⁴ سنة 1993 برفض تطبيق المادة L. 132-1 من قانون الاستهلاك في دعوى محلها عقد بيع شجيرات تفاح بين المشتل البائع والمزارع، ويبدو أن المزارع بحسب المحكمة لا يستحق الحماية القانونية المقررة للمستهلك، تطبيقاً لمعنى المستهلك الضيق الذي يستلزم الإفراط في الدقة والعناية عند تحديد المستهلك المضرور المعتدى على حقوقه⁵. وفي حكم آخر صادر سنة 2002⁶، رفضت المحكمة منح التاجر صفة المستهلك في عقد توريد المياه الخاصة بمحله التجاري، لوجود صلة مباشرة بين العقد ونشاط التاجر.

¹ حسن عبد الباسط الجميعة، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996. ص 10.

² حمد الله، محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، ط 1، مصر، 1997. ص 11.

³ Jacques.Ghestin qui disait: Le consommateur est "La personne qui, pour des besoins personnel ,non professionnels, devint partie a un contrat de fourniture de fourniture de biens au de services", Le contrat en tant qu'échange économique, in revue d'économie industrielle, 2^{ème} et 3^{ème} trim. 2000, p.84,

⁴ Cass, civ, 24/1/1995, D. 1995, Jurispurdence, p327, note Paisant, 5/3 2002, J. C. P, 2002.

⁵ Cass. Civ 1^{er}, 24 nov 1993, n 11. 593, note: LEVENEUR (L.): D. 1994. P. 236.

⁶ Cass civ 1^{er}, 5 mars 2002, bull.I, n 78, p 60.

بهذا وضع القضاء معياراً لتمييز المستهلك عن المهني المحترف، على أساس اختلاف الهدف من تعاقدتهما، فالضابط إذاً هو الغرض من التصرف القانوني تجاه السلعة أو الخدمة محل العقد. متى كان تعاقد الشخص من أجل الحاجة الشخصية والعائلية تمتع بوصف المستهلك، بخلاف من تعاقد لغرض مهني خارج نطاق تخصصه لا يمكن منحه صفة المستهلك، مثل الحالة التي يتعاقد المتدخل مع تاجر لاقتناء كمبيوتر من أجل حاجات متجره، يبقى المتدخل دون منحه صفة المستهلك في هذا العقد رغم عدم تخصصه في بيع مثل تلك الأجهزة. لأن الغرض من التصرف الذي يقوم به الشخص في إطار استهلاكه للمنتوج هو أساس تحديد معنى المستهلك.

ثانياً: المدلول التشريعي للمستهلك

ليس الفقه والقضاء فقط من تبنى بالأغلبية الاتجاه المضيق لمعنى المستهلك، بل حتى التشريعات غلب عليها الاتجاه نحو تضيق مدلوله، رغم أن الأقلية المتبقية كالمرجع الإنجليزي والألماني اتجهت نحو عدم حصر الحماية من الشروط التعسفية المدرجة في العقود على المستهلك فقط، وإنما توسع لتشمل كل طرف في العقد لم يمكن من مناقشة بنود العقد، سواء كان مستهلكاً أم غيره.

بين تضيق وتوسيع، مازال الاتجاه المضيق هو الأكثر اعتماداً تشريعياً، وقد كان التشريع المصري من بينها عندما عرف في المادة 1 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 المستهلك بأنه " كل شخص تقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية، أو العائلية، أو يجري التعامل، أو التعاقد معه بهذا الخصوص"، حيث أسس مدلول المستهلك على الغرض من التصرف، حتى لو وصف مركزه الاقتصادي والمعرفي بالضعف.

المشرع الفرنسي أيضاً عند تحديده لنطاق شخص المستهلك في المشروع المقترح من طرف لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك الفرنسي¹ سنة 1993 اعتمد الاتجاه المضيق معتبراً أنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي للقانون الخاص الذي يقتني أو يستعمل مال أو خدمة لغرض غير مهني"، غير أن القانون في صيغته النهائية صدر

¹ بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص.5.

خالياً من أي تحديد لهذا المعنى، كما لم يفعل مرسوم الصادر في 2001 الخاص بحماية المستهلك¹. ولعل هذا ما أنتج تفسيرات موسعة تارة ومضيقة تارة أخرى لهذا المدلول.

المشرع الجزائري كان واضحاً في مخالفة التشريعات المقارنة، معتمداً المعنى الضيق للمستهلك في العديد من القوانين التي يترك بها مجالاً للإجتها² الفقهي أو القضائي، مثل المادة 02 في فقرتها 09 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، التي حددته كالتالي: "كل شخص يقتني بثمر أو مجانا، منتوج أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به". وفي المادة 03-1 من القانون رقم 09-03 نجد أنه اعتبر: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"، نفس الحكم كان في المادة 3 الفقرة 2 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

بهذا يكون المشرع الجزائري قد استخدم المدلول الضيق الخاص للمستهلك، بالنظر إلى عدم تحديده لشكل العلاقة التعاقدية التي تقوم على أساسها مسؤولية المتدخل، بل جعلها مرتبطة باقتناء المنتج لتلبية حاجاته الشخصية فقط، حتى لو كان خارج نطاق تخصصه في مركز ضعف أمام المهني المتخصص. ومن جهة أخرى وسع نطاق الأشخاص المستهلكة في عبارة "كل شخص" ليشمل الشخص الطبيعي المقتني للمنتوج أو أفراد أسرته والحيوان الذي يتكفل به والشخص المعنوي أيضاً كالجمعيات التي تمارس أنشطة غير مهنية، مستندا على شروط قانونية تكسب المتعاقد المدعي بالمسؤولية أو المستفيد منها لوصف المستهلك.

1: شروط اكتساب صفة المستهلك حسب المدلول الضيق

يشترط لاكتساب صفة المستهلك أن يكون شخص طبيعي أو معنوي، يقوم باقتناء و/أو استعمال، سلعة أو خدمة، موجهة للاستعمال النهائي.

¹Ordonnance n 2001-741 du 23 aout 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaires en matiere de la consommation, J.O, 25 aout 2001, p 13645 - 13648

² Cass.civ,lere,ch, 5 mars 2002, bull.I, n 78, p 60

- أن يكون الشخص طبيعي أو معنوي

غالبا ما يأخذ الشخص الطبيعي صفة المستهلك، لأن اقتناء المنتجات لهدف غير مهني يقتضي إشباع رغبات وتلبية حاجات شخصية أساسية بالنسبة للشخص الطبيعي، وهذا يبعد صفة المستهلك عن الشخص المعنوي، بحسب تفسير موقف التوجيهات الأوروبية جميعها التي استبعدت صراحة الشخص المعنوي عن نطاق المستهلك، بالنص على نفس الأحكام التي وضعها التوجيه 2011-83: "كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي".

نفس الموقف تبنته أيضا محكمة العدل الأوروبية¹، ولم تعترف بوصف المستهلك للشخص المعنوي، شأنها في ذلك شأن المشرع الفرنسي الذي أدخل بموجب القانون الصادر سنة 2014، مدلول المستهلك ضمن قانون الاستهلاك بحكمه: "يعد مستهلكاً في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تشكل جزءاً من نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الحر"².

مناقضا لذلك رأى جانب من الفقه الفرنسي أن صفة المستهلك يكتسبها الشخص المعنوي الذي لا يمارس نشاط مهني مثله مثل الشخص الطبيعي تماما³، طالما لم تستبعد المواد L.211-4 من قانون الاستهلاك لسنة 2016 و 1641 (ق.م.ف) صراحة الشخص المعنوي من نطاقه، فقد ترك المجال للاجتهادات القضائية من أجل إدراج بعض الأشخاص المعنوية استثناءا في نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك، التي لا تستدعي تحديد ما إذا كان تطبيقها يسري فقط على الشخص الطبيعي أم يشمل أيضا الشخص المعنوي⁴، كما يرى أنه لا مانع من امتداد هذا الوصف إلى بعض الأشخاص المعنويين للقانون الخاص الذين لديهم نشاط غير مهني، وهو ما أيدته الأحكام القضائية⁵.

¹ C.J.C.E., 22/11/2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 397, J.C.P. 2002, II, 10047, note Gilles Paisant.

² L'Art. 3 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : « Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

³ Karine De La Asuncion-Planes, La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation?, Petites affiches, 03 mars 2010, p.3.

⁴ Cass. Civ 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13.285, Bull. Civ. I, n° 135.

⁵ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 février 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 59, Dalloz, 1999, I. R., p. 82. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, Bull. civ. 2002, I, n° 78, p. 60, J.C.P. 2002, n° 31, p. 1459, note

المشرع الجزائري من جانبه، كان واضحا في المادة 03 من القانون رقم 04-02 أو في المادة 03 من القانون رقم 09-03 السالف ذكرهما، بموجبها أضفى صفة المستهلك على الشخص الطبيعي والشخص المعنوي على حد سواء، ولم يترك مجالا للتمييز بينهما طالما أن الشخص المعنوي لم يمارس نشاط مهني.

لذا فإن القواعد الحمائية المتعلقة بالمستهلك تمتد لتشمل الأشخاص المعنوية، رغم ما يغلب فيها من سمات الاحتراف التي تجعلها قادرة على حماية نفسها، قد يصيبها بعض الضعف عندما تتعاقد مع فئة المتدخلين المتخصصين المكتسبين للقدرة الاقتصادية والدراية العلمية، لهذا السبب منح التشريع إمكانية تمتع الشخص المعنوي بالحماية المقررة للمستهلك.

- شرط الاقتناء و/أو الاستعمال

المشرع الجزائري اعتمد على عملية الاقتناء في تحديده لمفهوم المستهلك مع إخراج المستعمل من هذه الدائرة، غير أنه في المادة 03 فقرتها الثانية من القانون رقم 04-02 السالف ذكره، أضاف أيضا عبارة يستعمل، ليصبح المعنى يشمل الشخص المستعمل للسلع والمستفيد من الخدمات.

مؤكدًا على أن المستهلك المتعاقد هو الشخص المعني بالحماية القانونية، سواء كان محل العقد للاستعمال الشخصي أم لفائدة الغير، دون إمكانية تمديد هذه الحماية للغير الذي يخرج من دائرة العلاقة التعاقدية.

وعليه يمكن لمقتني السلعة أو الخدمة الاستفادة من الحماية المقررة للمستهلك، سواء كان المنتج الذي اقتناه هذا الأخير موجه لاستعماله الشخصي أو تلبية لحاجات الغير أو حيوان متكفل به، لأن العبرة بصاحب الذمة المالية التي طالها الضرر، وبهذا يخرج من نطاق الحماية الشخص الذي يحصل على المنتج مجانا يستفيد.

Gilles Paisant; voir aussi, Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 135, R.T.D. civ. 2005, p. 393, obs. **Jacques Mestre et Bertrand Fages**.

- أن ينصب عقد الاستهلاك على السلع و/أو الخدمات

يرى جانب من الفقه¹ أن المقصود بالسلع هو تلك الأشياء التي يستخدمها المستهلك لغرض غير مهني، في حين نجد أن المشرع الجزائري قد عرفها في المادة 03 فقرة 17 من القانون 03-09 السالف ذكره بقوله: "السلعة : كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا".

من الواضح أن السلعة تشمل كل المنقولات المادية، التي اقتنيت أو استعملت لغرض غير المهني، وعملية الاستهلاك ليست محصورة على الأشياء التي تنتهي من أول استعمال، كالمواد الغذائية والأدوية فحسب، بل تشمل أشياء مستديمة قابلة للاستهلاك الدائم، كالسيارات والأجهزة الكهرومنزلية.

إضافة إلى السلع، يمتد عقد الاستهلاك إلى أداء الخدمات، ليسري نطاق الحماية أيضا على عليها، سواء كانت الخدمة مادية كصيانة وإصلاح السيارات، أم ذات طابع مالي كعقود التأمين، أم ذات طابع ذهني كالعقود مع الأطباء والخبراء العقاريين والمستشارين القانونيين وغيرهم، هذا بحسب المادة 03 فقرة 10 من القانون رقم 03-09 سالف الذكر، عرف المنتج على أنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجان" بالتأسيس على هذه المادة يمكن أن يكون محل عقد الاستهلاك ما يتحصل عليه المستهلك من خدمات، ما دامت تمثل عمل مقدر بالمال.

المشرع الجزائري وبنفس حكم نظيره الفرنسي عرف في المادة 03 فقرة 16 من القانون رقم 03-09، الخدمة: "كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابع أو مدعم للخدمة المقدمة"، وعليه تحسب الخدمة كالسلعة من مواضيع عقد الاستهلاك، مادامت بمقابل مالي هي تشمل كل عمل يؤديه المتدخل لصالح المستهلك.

¹ Jeans. Calais –Auloy, Henri. Temple, Droit de la consommation, 9^{ème} ed, Dalloz, 2015, p.9.

- اشتراط أن يكون الاقتناء لغرض غير مهني

هذا الشرط يمكن اعتباره أساسا للفرقة بين المستهلك والمتدخل، فكل من يتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة لغرض غير مهني أي لأغراض شخصية أو عائلية يعتبر مستهلك¹.

باستقراء المادة 03 من القانون رقم 02-04 والمادة 03 من القانون رقم 03-09، يتكشف أن الغرض المجرد من الطابع المهني الوارد في معنى المستهلك هو ضابط التمييز بينه وبين المتدخل، فالمستهلك هو كل من يقتني السلعة أو الخدمة لهدف غير مهني.

ويخرج من فئة المستهلكين من تعاقد لأغراض تتعلق بنشاطه المهني أو مشروعاً يديره أو خدمة يؤديها أو حرفة يحترفها²، تأسيساً على ذلك فإن الهدف من إبرام العقد في هذا الفرض هو الحصول على سلعة أو خدمة بغرض الاستهلاك النهائي لا للاستعمال المهني، ومن ثم يعد هذا الغرض من العناصر الأساسية في تحديد مدلول المستهلك.

2: أساس الأخذ بالمعنى الضيق للمستهلك

إن معيار الغرض غير المهني هو العنصر الجوهري للأخذ بالاتجاه المضيق لمدلول المستهلك³، ويكون بناءً عليه المستهلك الجدير بالحماية القانونية هو الشخص الذي يتعاقد بغرض الاستهلاك النهائي دون أن يرتبط بأي نشاط مهني، وهو ما يسمى بالمستهلك النهائي. مع ذلك هناك حالات أثارت إشكالات في هذا الشأن

- حالة الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني سلع أو خدمات لغرض مزدوج

عندما يكون للشخص صفة المهني وصفة المستهلك في الوقت ذاته، ينشأ ما يسمى بالغرض المزدوج أي اتجاه الإرادة إلى الاستعمال المختلط، الأمر الذي يقتضي بالضرورة تحديد مركز هذا الشخص لما يرتبه من آثار متعلقة بالحماية.

¹ Yvan. Auguet, Nicolas. Dorandeu, Marc. Gomy, Sébastien. Robinne et Vanessa Valette- Ecole, Droit de la consommation, ELLIPSES, Paris, 2008, p.17.

² علي خوجة خيرة، الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016، ص. 198.

³ Art. 02 du la Directive C.E.E. n° 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives, J.O.C.E. 21 avril 1993, n° L. 95-29, p. 29.

تبعاً لمعيار الغرض غير المهني، لا يعتبر الشخص مستهلكاً ولا يستفيد من قواعد الحماية القانونية، إلا في حدود المعاملات المرتبطة بحاجات استهلاكه النهائي الخاص، وتتفني عنه هذه الصفة إذا ما اختلطت هذه الحاجات بالأخرى المهنية.

والمستهلك المعني بالحماية هو المستهلك الذي يحصل على المنتج بغرض الاستهلاك النهائي، من خلال إبرام عقد الاستهلاك مع شخص المتدخل، كإبرام عقد بيع السلع أو تقديم الخدمات المالية كالبنوك أو عقود التأمين وغيرها.

لا تشمل الحماية أولئك الذين يحصلون على السلع أو يتلقون الخدمات بموجب عقود تبرم من طرف الغير؛ كذويهم مثلاً، ذلك أن الأضرار التجارية لا يمكن أن تطال أفراد أسرة المشتري، لأنها أضرار مرتبطة بالبيع وبالتالي فهي تشمل المستهلك المتعاقد فقط.

– التعاقد خارج الاختصاص المهني

اختلفت الآراء الفقهية على مدى اعتبار المهني المتعاقد خارج نطاق تخصصه مستهلكاً أم لا، حيث ذهب جانب من الفقه¹ إلى إنكار الحماية القانونية الخاصة بحماية المستهلك عن الشخص الذي يتصرف لحاجات مهنته، حتى ولو كان التصرف ليس جزءاً من نشاطه المهني، مبررين ذلك بغاية التوازن العقدي التي قررت من أجلها الحماية القانونية للمستهلك وبالخبرة التي يحوزها المهني الذي يتصرف خارج مجال تخصصه أكثر من أي شخص عادي.

ولما كانت القواعد المقررة لحماية المستهلك حصرت على الشخص الذي يحوز صفة المستهلك، اشترط المشرع الجزائري في المادة 29 من القانون رقم 04-02 السالف ذكره، أن يكون هذا الشخص بنفسه طرفاً في العقد مع المتدخل المتعاقد معه، مهما كانت طبيعة شخص المستهلك سواء شخص طبيعي أو معنوي. بمفهوم المخالفة لا تطبق القواعد الخاصة بحماية المستهلك على أي شخص آخر تحت أي صفة من المجالات الأخرى، لاسيما وأن المشرع في نص المادة 3 فقرة 2 من نفس القانون،

¹ بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة ومرتفعيها لقانون حماية المستهلك، الإدارة، العدد 24، 2000، ص.38.

رفض تمديد سريان الحماية القانونية للمستهلك إلى المتدخل، مستبعدا إياه صراحة باعتباره متمتع بحماية نظم قانونية أخرى¹.

من ذلك يتضح أن المستهلك الجدير بالحماية من الأضرار التي قد يسببها المتدخل في إطار عقد الاستهلاك، هو الشخص الذي يتعاقد على سلع و/أو خدمات بهدف الاستهلاك النهائي، وبذلك يُستبعد التجار والمهنيين من تطبيق تلك الحماية إذا تعاقدوا لأغراض تجارتهم أو مهنتهم، على أساس أن المتدخل له من الإمكانيات والخيارات ما يجعله يستعين بخبير إذا تعلق الأمر بتصرفاته التجارية، سواء تعلقت المسألة بالمنتج المعيب أم كان غير مطابق وقت تسليمه. فهو أكثر قدرة من المستهلك العادي على الدفاع والإثبات لمصلحته في إطار حمائي خاص به غير ذلك المقررة لحماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك.

الفرع الثاني: مدلول المستهلك الإلكتروني

مبدئياً اعتمدت التشريعات الاتجاه المضيق لتحديد مدلول المستهلك، ومع انتشار الشركات العالمية والعولمة التكنولوجية رسخ هذا الاتجاه ليصبح مبدءاً عاماً. بين هذا وذاك حاول المشرع الجزائري تعريف المستهلك الإلكتروني من خلال على الأقل قانونين مهمين الأول يتعلق بقانون التجارة الإلكترونية، والثاني يتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش.

في هذا القانون قدم المشرع الجزائري تعريفاً للمستهلك الإلكتروني من خلال المادة الثالثة (القانون 09-03 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والتي صيغت كما يلي: "كل" شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلع أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية الحاجات الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان متكفل به".

القانونين تضمننا تقريباً نفس التعريف للمستهلك الإلكتروني، مع الإشارة إلى ضرورة وجود وسيلة التعاقد الإلكتروني وهي العقد الإلكتروني.

¹ رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2008، ص.313.

أولاً: الشخص متلقي العرض الإلكتروني

تنوع المنتجات وتعدد العروض عبر المواقع الإلكترونية لم يكن من بدايته كفكرة عبثاً، بل تأسست على استهداف الشخص المسمى متلقي العرض، الذي قد يكون المشتري حسب القواعد العامة، أو المستهلك حسب قواعد حماية المستهلك. ولأن الأمر حدث بخصوصه جدل فقهي وقضائي واسع حينما حاول وضع معيار يحدد مدلول المستهلك على أساسه، خاصة بعد إعمال معيار المستهلك غير المتدخل. الذي مع الصعوبة التي فرضها أمام تحديد ذلك المعيار زادت تعقيدا في العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت.

لأن المشتري كطرف متعاقد في القواعد العامة، هو الذي تنتقل إليه ملكية الشيء المبيع أو الحق المالي من البائع طرف متعاقد آخر. مقابل ثمن يلتزم بدفعه الطرف المشتري، الذي يستوي أن يكون شخص طبيعي أو معنوي متمتع بحقوق قانونية خاصة ينفرد بها، كحقه في الضمان بصفة عامة ضمان التعرض أو العيب الخفي. قد حقق له المشرع قدر من العدالة العقدية التي تقترب من موازنة تلك المتمتع بها البائع.

بهذا يبقى في التعاقد الإلكتروني محافظ على صفة المشتري وليس صفة المستهلك، يدخل في نطاق تطبيق أحكام البيع الإلكتروني، التي توفر حقوق خاصة وحماية كافية للعدالة العقدية مقارنة بالقواعد العامة التقليدية الملائمة لحماية المتعاقد في العقد التقليدي، بسبب اختلاف الوسيلة المتعاقد من خلالها خاصة تأثيرها على تحديد الهوية، والشراء الذي يقع على شيء غالبا لم يراه فعليا بل قبله بمجرد التواصل غير المادي في سوق افتراضي.

أما المستهلك كما تبين في الفرع الأول هو الطرف المتعاقد الآخر في العقد الذي يقتني المنتج بغرض الاستهلاك، الذي تمت حمايته بموجب قواعد حماية المستهلك 09-03 في التشريع الجزائري، رغم تردد الفقه والقضاء الفرنسي بين التضييق تارة والتوسيع في مدلوله تارة أخرى، تفادى المشرع الجزائري هذا التردد وتبنى مدلولاً متميزاً له.

تظهر أهمية تحديد مدلول دقيق للمستهلك مؤسس على معيار واضح عند تطبيق الحماية الخاصة التي يتمتع بها المستهلك وما ترتب عنها من التزامات ملقاة على عاتق

المتدخل التي بمفهوم المخالفة تعتبر حقوق للمستهلك كالحق في الإعلام بمواصفات المنتجات والحق في السلامة أو حقه في الضمان، كونه الطرف الضعيف في العقد، اعتبرت حمايتها تشريعيا ضرورة من باب حماية المصالح مشروعة للمستهلك يلتزم المتدخل بتحقيقها وإلا قامت مسؤوليته.

ولعل التوصل إلى إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل، ورفع بعض التردد في ضم بعض الأشخاص تحت مدلول المستهلك دون خوف من أن تشمل الحماية المقررة أساسا للطرف الضعيف، أصبح أكثر بعدا بل توسع أكثر وزادت الفجوة بين طرفي عقد الاستهلاك عندما بدأ المتدخل باستعمال شبكة الانترنت، مما دعى إلى مراجعة مدلول المستهلك الذي يقتني منتج الكتروني بوسيلة الكترونية يلزم غالبا الوفاء بالتزامه في دفع الثمن الكترونيا أيضا، كأن ذلك لم يحدث من قبل.

عمليا تم ذلك تدريجيا، بالاستناد على جزء من قواعد حماية المستهلك التي مازالت قادرة على حمايته بقدر يعتبر كافيا، وإن كان تطورها الواقعي قد بدأ في تحويلها إلى قواعد عامة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني، بداية من تكوين العقد إلى تنفيذه وإثباته.

ثانيا: المستهلك الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية

بما أن الكثير من المجالات القانونية قبلت العقود الإلكترونية واعتبرتها شكل حديث عدد خيارات الأطراف المتعاقدة بدل الخيار الوحيد التقليدي، فهي بذلك وبدون شك قبلت ما قد ينتج عن إبرام العقد بوسيلة الكترونية، متصورة الكم الكبير من الأشخاص المشترين والمستهلكين يقتنون سلعا أو خدمات عبر المواقع الإلكترونية.

لهذا أقرت التشريعات لفئة المستهلكين حماية قانونية أسست على صفتهم كطرف ضعيف يتعاقد عن بعد، وعملت على تأكيد الالتزامات والحقوق القانونية مثل المشرع الفرنسي الذي تبنى مدلول المستهلك الإلكتروني عندما ألزم كل شخص طبيعي أو معنوي بالتنفيذ الجيد للعقد المبرم بينه وبين المشتري بوسيلة إلكترونية، من خلال تحميل المسؤولية الكاملة للشخص الطبيعي أو المعنوي عن حسن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد اتجاه المتعاقد الآخر الذي استعمل للإشارة إليه مصطلح "مشتري" في نص المادة 15 من قانون الاقتصاد الرقمي 2004-575 الصادر في 21 جوان 2004.

لكنه أصبح فيما بعد يشار إليه بمصطلحه الدال عليه بوضوح وهو المستهلك الإلكتروني بداية من المادة التمهيدية لقانون الاستهلاك المعدل سنة 2022 بالأمر رقم 1734-2021 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 2021 بكل تعديلاته السابقة أو اللاحقة.

عموما التعاقد الإلكتروني يستلزم وضع حماية خاصة لكل شخص يستعمل الوسائل الإلكترونية لاقتناء حاجاته سواء كان مشتري عادي أو مستهلك، بغض النظر إن كان ذلك الاقتناء لسد حاجاته الشخصية أو لأغراض مهنية. ويقع على البائع الإلكتروني إعلام هؤلاء الأشخاص عبر الموقع بمواصفات وبيانات قد تكون خاصة في الدقة والوضوح أيضا لتلائم طبيعة العقد الإلكتروني التي تسمح للمشتري أو المستهلك بالتعاقد عن بعد دون أن يكون بإمكانه التحقق الحقيقي المادي من الشيء أو المنتج محل العقد. بناءا عليه الشخص الذي يقتني منتجات لسد حاجاته الشخصية أو العائلية يكتسب صفة المستهلك الإلكتروني وتتم حمايته بموجب قواعد حماية المستهلك، وحماية قانونية خاصة بموجب القانون الإلكتروني باستعمال شبكة الانترنت، في حين المشتري الذي لا يمكن أن يكتسب صفة المستهلك يدخل في نطاق تطبيق الحماية المقررة له وفق الوسيلة المستخدمة في التعاقد.

المشرع الجزائري في المادة 06 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 أشار إلى معنى المستهلك بنصه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي"، يكفي هذا النص للقول أن المشرع لم يغير نظرتة التقليدية للمستهلك التي تبنى فيها المعنى المضيق للدلالة على مستهلك وحصره ضمن الغرض الذاتي الشخصي دون المهني.

فعل الاقتناء والاستخدام عزز به المشرع الجزائري مدلول المستهلك الإلكتروني، الذي مازال بنفس السمات والصفات التي ميزت المستهلك التقليدي، رغم اختلاف الوسيلة التي يبرم بها عقد الاستهلاك، فهو شخص يبرم عقود إلكترونية في مجالات مختلفة من إيجار وقرض وتأمين وبرامج وسيارات وغيرها من السلع أو الخدمات التي أتيح إبرام العقود بشأنها إلكترونيا، على أن يكون هدفه من وراء العقد توفير حاجاته الشخصية أو

العائلية من سلع وخدمات، دون أن يكون ذو خبرة فنية قاصدا من وراء الاقتناء والتنفيذ إعادة تسويقها.

المطلب الثاني: المتدخل

بالتوازي مع ما حظي به تحديد مدلول المستهلك من اهتمام فقهي وقضائي وأحيانا تشريعي، لقي مصطلح المتدخل نفس الاهتمام التفسيري والتشريعي باعتباره الطرف الثاني في عقد الاستهلاك، الذي إن تبدد الغموض عنه ووضحت محدداته بدقة، وضح مدلول من يقابله في العقد وضبط نظام الحماية أكثر.

اتساع مركز المتدخل الاقتصادي أثر على النطاق الشخصي لحماية المستهلك الإجرائية تأثير بلغ جانب الإثبات مباشرة، لأن مطالبة المستهلك بحقوقه يجعل افتراض العلم الكافي والخبرة في المتدخل يقوم في اغلب الأحيان، وقد لا يكفي ذلك بل يعكس عبء الإثبات تخفيفا على المستهلك ليلقى عليه. لهذه الأسباب وغيرها أصبح تحديد مدلوله ضرورة استوجبت ظهور تفسيرات تحاول رسم معايير تشمل التزاماته ومسؤوليته، خاصة مع احتمالية اكتساب المرفق العام وصف المتدخل لهذا وجب دراسة مدلوله التقليدي (الفرع الأول)، إلى جانب مدلوله الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المدلول التقليدي للمتدخل

سابقا كان الاختلاف حول تحديد الوصف المناسب للطرف الثاني في عقد الاستهلاك بين اعتماد مصطلح المهني والمحترف قبل ضبطه بمصطلح المتدخل، ومن هم الأشخاص الذين إذا دخلوا سلسلة توزيع المنتجات يمكنهم الدخول أيضا في نطاق وصف المتدخل الذي عبر به غالبا للدلالة عن كل شخص يتدخل ويساهم في عملية عرض السلع والخدمات للاستهلاك، سواء من حيث صنعه، وإنتاجه وتجهيزه وتغليفه وتسويقه.

أولا: المدلول الفقهي

تارة يرى الفقه أن المتدخل هو كل شخص طبيعي أو معنوي، خاضع للقانون العام أو للقانون الخاص، يمتن نشاط معين على وجه الاحتراف، يسعى إلى الحصول على الربح من وراءه، يمكن أن يكون النشاط الممارس عبارة عن زراعة أو تجارة أو صناعة

أو مهنة حرة أو حرفة. وتارة أخرى يعتبر ذلك الشخص سواء الطبيعي أو المعنوي، الذي يتعاقد بشكل معتاد بشأن مباشرة نشاطه المهني صناعيا أو تجاريا.

وعلى خلاف المستهلك فإن المتدخل هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف من أجل حاجات مهنته، غير أن أهم ما يميز المتدخل هو وجوده في وضعية تفوق وضعية المستهلك، بما يحوزه من قدرات مالية وخبرة ودراية وفعالية في نشاطه المهني¹.

لذا فالمتدخل غالبا ما ينظر إليه من خلال معيار الاحتراف، أي متى مارس الشخص نشاط مهني على سبيل الاعتياد في إطار عناصر التنظيم والاستمرارية بحيث يتمكن معرفيا وفنيا في المجال المهني الممارس اكتسب وصف المتدخل. وقد ينظر إليه من خلال عنصر القوة الاقتصادية والقدرة المعرفية، لأن المتدخل حسبهم هو الشخص الذي يتمتع بالقدرة الفنية تجعله متمكنا معرفيا من مواصفات المنتجات، والقدرة الاقتصادية التي تمنحه الأفضلية على المستهلك.

تطرق هذا المنظور في التركيز على الناحية الاقتصادية من علاقة المتدخل والمستهلك على حساب الناحية القانونية، وبالتبعية على الالتزامات القانونية التي تلقى عليه بناء على صفته كمتدخل، ولم يحدد إذا كان شخص طبيعي أو شخص معنوي هذا فتح باب الانتقادات عليه.

غير أنه لا يمكن إنكار أهميته في تبين عناصر تفوق المتدخل على المستهلك، وهي المقدرة الفنية؛ المتمثلة في قدرته على معرفة العناصر المكونة للمنتجات التي يعرضها في سوق الاستهلاك. والمقدرة القانونية؛ وهي إدراكه لحدود التزاماته القانونية من كثرة تعوده على التعاقد. والمقدرة الاقتصادية؛ اعتياده في عقود على ممارسة الأنشطة الاقتصادية، جعله قادر على تحقيق مصالحه الاقتصادية بسهولة من المستهلك.

هذا وقد ثار اختلاف بين الفقهاء أيضا حول تحديد صفة المسؤول عن الأضرار التي تحدثها المنتجات، لأن المنتجات الصناعية التي تكون محل لعقد الاستهلاك تمر بمراحل عملية طويلة حتى تصل إلى المستهلك، يشارك في تلك المراحل عدة متدخلين، فمن هو المسؤول أمام المستهلك وعلى من يدعي على المنتج النهائي المسؤول عن

¹ بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص.33.

عملية التصنيع والتركيب قبل طرح السلعة في السوق، أم يشمل ادعاءه كافة المنتجين المشاركين في عملية الإنتاج؟.

هنا انقسم الفقه في تحديد مفهوم المتدخل إلى تيارين اثنين، صاغ كل تيار حججه لتبرير اختيار مدلول معين دون آخر، الأول حصر المسؤولية على شخص المنتج الأول فقط، دون الموزع أو تاجر الجملة أو تاجر التجزئة، على أساس أن تعيب المنتج أو عدم مطابقته تحدث غالبا في مرحلة الإنتاج لا التوزيع، وإلقاء المسؤولية على المنتج يوسع إمكانية تحسين منتجاته وضمان جودتها، لأنه من الأساس لن يستطيع دفع المسؤولية عن نفسه وتحميلها لغيره بدون ذلك.

ونظرا لتعارض فكرة إضفاء وصف المتدخل على عدد كبير من الأشخاص مع حسن السياسة التشريعية، دعا هذا التيار إلى تحديد شخص واحد فقط من المسؤولين عن الإنتاج والتوزيع لمسأله قانونيا، لأن إضفاء صفة المتدخل على أكثر من شخص يحدث اضطراب في العلاقات التعاقدية، لهذا تم ترجيح اعتبار المسؤول هو من يقوم بالإنتاج في مرحلته النهائية، على أساس أنه أكثر معرفة بطبيعة المنتجات التي يضعها في السوق للتداول.

في المقابل، ذهب تيار آخر يدعو إلى ضرورة إدخال مرحلة التوزيع في مجال المسؤولية، على اعتبار أن المستهلك يفضل مقاضاة التاجر الذي يعرفه، وتسلم منه المنتج، والمقيم في مكان إقامته، أما مُنتج السلعة فهو غريب عنه ولا يعرفه، والغالب أنه أجنبي، وتكون مقاضاته مكلفة وشاقة بالنسبة للمدعي، وحجة أصحاب هذا الرأي هو أن فرضية حدوث العيب بعد عملية الإنتاج غير مستبعدة، والموزع أو تاجر الجملة أو تاجر التجزئة بحكم احترافهم، مطالبون بمعرفة ما يعتري السلع من عيوب، ولا يقبل منهم أي عذر¹.

2: المدلول التشريعي للمتدخل

إن تواصل المشرع مع المخاطبين بنصوصه، يجب أن يكون محكوماً بضوابط ومفاهيم قادرة على نقل إرادة هذا الأخير وبأمانة، خاصة عندما يتعلق الأمر بمفاهيم جديدة مازال لم ينشأ لها القانون إطار يضعه داخله، تحمل كثيرا من معاني الترادف

¹ شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص.41.

والاشتقاق الدلالي¹، كالمنتج، الصانع، المستورد، الموزع، التاجر، المحترف، المهني، العون الاقتصادي والمتدخل.

المشرع الفرنسي عبر عن مدلول المتدخل بمصطلح "المهني" في قانون الاستهلاك سنة 2016² بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يتصرف لأغراض تدخل في نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر، أو الزراعي، بما في ذلك عندما يتصرفون باسم ولحساب مهني آخر".

هذا المعنى الذي حاول المشرع الفرنسي من خلاله منح الصفة المهنية للأشخاص المعنوية العامة، أي احتكام المرافق العامة إلى قانون حماية المستهلك، ذلك إضافة إلى الأشخاص الطبيعية أو المعنوية يتصرف لأغراض تدخل في إطار هذه النشاطات.

المشرع الجزائري أيضا اعلم مصطلح "المحترف" بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-266³ المتعلق بضمان المنتجات والخدمات الملغى، في نص المادة 2 فقرة 1 منه، والتي عرفته بأنه: "هو منتج، أو صانع، أو وسيط، أو حرفي، أو تاجر، أو مستورد، أو موزع، وعلى العموم، كل متدخل ضمن إطار مهنته، في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك...".

المتدخل بحسبه أي شخص يمارس نشاطا تجاريا، صناعيا أو حرفيا أو فلاحيا، مادام يهدف إلى تقديم سلع أو خدمات للمستهلكين، ومن ثمة لا حاجة للتمييز بين النظام القانوني للمتدخل، فقد يكون مؤسسه فردية أو شركة، وتكييف المتدخل يشمل كذلك الأشخاص المعنوية للقانون العام كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري

¹ شهيدة قادة، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج؛ دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، م.1، العدد 02، 2011، ص.20.

² Aux termes de l'Art. liminaire du Code de la consommation introduit par la loi Hamon du 17 mars 2014, modifié par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, relative à la partie législative du code de la consommation J.O.R.F. n° 73 du 16 mars 2016 ; Le professionnel est défini comme « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel. ».

³ مرسوم تنفيذي رقم 266/90 مؤرخ في 15 سبتمبر سنة 1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، الجريدة الرسمية العدد 40، سنة 1990.

بما أن هذه الأشخاص تتدخل في التجارة والصناعة وتعرض منتوجات في إطار نشاطها المعتاد¹.

وعرفه مجددا من خلال المادة 03 فقرة 01 من القانون 08-12 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة مطلقا عليه مسمى "المؤسسة" بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد"، كما عرفته المادة 03 فقرة 01 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية مستعملا مصطلح "عون اقتصادي" بأنه: "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".

الملاحظ أن المشرع ذكر أصناف الأعوان الاقتصاديين على سبيل المثال لا الحصر، ويتضح ذلك من خلال عبارة "أيا كانت صفته القانونية"، مما يتناسب ونهج الاقتصاد الحر الذي قد ينتج عنه أصناف جديدة من المتدخلين الذين لا يمكن للمشرع حصرهم جميعا لاختلاف طبيعة أنشطتهم، كما يفهم من ذلك أنها تشمل أيضا المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي².

لم يكفي المشرع بذلك، بل وسع صفة العون الاقتصادي لتشمل كل شخص يمارس نشاطا مهنيا مهما كان نوعه، من المنتج والصانع والتاجر والحرفي والموزع والمحترف والمقاول، ومقدم الخدمات، دون التفريق بينهم.

بالرجوع إلى القانون رقم 09-03 السالف ذكره، نجد أن مصطلح المتدخل هو آخر ما استعمله المشرع الجزائري للتعبير عن الطرف المقابل في علاقته مع المستهلك، فإذا كان المستهلك هو المستفيد من قواعد حماية المستهلك وقمع الغش فإن المتدخل هو الشخص الملزم بتطبيق هذه القواعد خلال عملية طرح المنتج للاستهلاك.

من خلال نص المادة 3 من القانون رقم 09-03، نلاحظ أن المشرع أشار إلى المتدخل في الفقرة 7 على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض

¹ Mohamed Kahloula et G. Mkamcha, La protection du consommateur en droit algérien, collection «pédagogique» série Etudes et recherches, 1995, p10.

² جريفيلى محمد، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص؛ دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2016، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 6، العدد 01، 2018، ص.225.

المنتجات للاستهلاك."، ثم عرّف عملية وضع المنتج للاستهلاك في الفقرة 8 التي تليها بـ: "مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة"، كما عرّف المنتج في الفقرة 10 منها على أنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً".

بذلك تنوعت المصطلحات المعبرة عن المتدخل، غير أن معناه مازال واحد يمكن أن يدل عليه مصطلح المحترف أو المهني شاملاً منتج السلعة أو الخدمة، مستوردها، مُخزنها، ناقلها والموزّع لها بالجملة أو بالتجزئة. المميز فيه حقيقة يظهر عند مقارنته بالمستهلك، لأن المتدخل موجود في مركز قوة بقدرات علمية وقوة اقتصادية تجعله يسيطر على عقد الاستهلاك، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى وضع قواعد قانونية آمرة خاصة بحماية المستهلك في محاولة يحفظ بها قدرا من التوازن للعلاقة الناشئة عن عقد الاستهلاك، بفرض التزامات على المتدخل تحصن المستهلك من وقوعه في فخ المتدخل المستغل لقدراته.

الفرع الثاني: المتدخل الإلكتروني

نظرا للخيارات الواسعة التي توفرها بساطة استخدام وسائل الاتصال في عمليات البيع والشراء صار ممكناً لأي شخص عرض أشياء للبيع وتلقي طلبات دون عوائق ولا موانع، ومع تطور خاصية الانفتاح التي تتسم بها تلك الوسائل اتسعت عمليات التفاعل لتضم مختلف المجالات هذا أثار مسألة تحديد الهوية، مادامت الأطراف تعددت في العقود الإلكترونية صارت الصفة القانونية المحددة لهوية المتفاعلين مختلطة متداخلة بين فئات متنوعة تقوم بتقديم عروض الكترونية عبر المواقع المختلفة، تختلف بشأنها أنظمة الحماية لأن غير المحترف الذي يمارس عمليات البيع ويكفيه إجراء التسجيل عبر الموقع، ليس كالمحترف الخاضع في العمليات القائم بها إلى إجراءات صارمة.

لأن اكتساب صفة المحترف المتدخل الشركة أو المؤسسة التجارية أو المنتج وغيره ترتب التزامات ومسؤولية وقوانين واجبة التطبيق، لهذا ينبغي تحديد الصفة القانونية الدقيقة للمتدخل في مختلف صورته عامة (أولاً)، وتحديد ضوابط المتدخل الإلكتروني أو كما أسمته التشريعات "المورد الإلكتروني" خاصة (ثانياً).

أولاً: صور المتدخل

بعض المتدخلين في عملية عرض المنتج للاستهلاك حددتهم المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، وهم ذات المتدخلين المشار إليهم في المادة 3 من الفقرة 7 من القانون 09-03 بالنص: "المتدخل كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك"، والمتمثلين في: المنتج أو الصانع الوسيط، التاجر، المستورد الموزع. كما أن متدخلين آخرين تمت الإشارة إليهم في تشريعات أخرى مثل: الحرفي، المورد، المهني، المجهز أو المركب".

- المتدخل المنتج:

المشروع الجزائري في الأمر رقم 76-65 المتعلق بتسمية المنشأ استحدث مصطلح المنتج في القانون الجزائري معرّفاً إياه من خلال المادة الأولى فقرة 3 بأنه: "كل مستغل لمنتجات طبيعية وكل مزارع أو صانع ماهر أو صناعي"¹ غير أن النصوص المدنية والأخرى الخاصة بالاستهلاك لم تعرف المنتج بل حددت مفهوم عملية الإنتاج متبينة المعنى الواسع للمنتج الذي يشمل المتدخلين في عمليات الإنتاج والصناعة دون عملية التسويق والتوزيع، هذا من خلال المادة 03 من قانون حماية المستهلك رقم 09-03 عندما نص: "العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري، والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركيب وتوضيب المنتج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول". نجد هذا المفهوم أيضاً في نص المادة 02 البند 5 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش. التشريع من خلال تلك النصوص كان صريحاً بشأن المتدخل عندما يأخذ وصف المنتج، غير أن الفقه اختلف كما سبق الإشارة حول تحديد المشمول بالوصف، باعتبار أن التحديد الدقيق لوصف المنتج يجعل المسؤول الأول والرئيسي عن الغش بيناً، فنجد التيار الأول يحصر مدلول المنتج على المنتج الأول دون المتدخلين الآخرين على أساس أن أفعال الغش غالباً ما تحدث عند عملية الإنتاج الأولي، كونها العملية التي تمكن المتدخل من المعرفة الفنية بالمواد الداخلية عند التركيب والإنتاج.

¹ الأمر رقم 76-65 المؤرخ في 16 يوليو 1976، يتعلق بتسميات المنشأ، الجريدة الرسمية رقم 866، لسنة 1976.

والتيار الثاني رأى أن الغش في المنتج أو حدوث عيب فيه يمكن أن يكون ليس فقط خلال عملية الإنتاج الأولي، بل قد يتعداها إلى مراحل أخرى تالية لها، لهذا يجب أن تشمل الصفة كل متدخل ساهم في عملية وضع المنتج للتداول، من بينهم الموزع والتاجر المسؤولين عن عيوب المنتجات كغيرهم من المنتجين السابقين في عملية الإنتاج.

- المتدخل الصانع:

يعتبر الصانع بحسب الفقه منتجا، فهو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بإنتاج أشياء متماثلة ومتكررة تتطلب مهارات فنية تتطابق ومعطيات العلم، سواء كان يملكها حقيقة بشخصه أو ظاهريا بواسطة غيره، والذي يفترض فيه أنه حاز وإن كان بدرجات متفاوتة ثقة المتعاملين معه¹،

- المتدخل الوسيط:

تعتبر الوساطة وسيلة للمنتج أو الصانع في الترويج لمنتجاته وتوزيعها، فالوسيط هو الرابط بين المنتج أو الصانع والمستهلك في السلسلة الاستهلاكية، حيث يحاول التفاوض بشأن المنتجات عند الشراء وإعادة البيع للوصول إلى إبرام عقد الاستهلاك أو تنفيذه. لذلك عادة ما يتخذ الوسيط شكل المستورد أو الموزع أو البائع النهائي (التاجر). وصف الوسيط المستورد بحسب الأمر المتعلق بالقواعد المطبقة على استيراد البضائع وتصديرها 03-04² ينطبق على كل شخص طبيعي أو معنوي ذو طابع اقتصادي يمارس عملية استيراد وتصدير المنتجات.

أما وصف الوسيط الموزع فهو كل شخص طبيعي أو معنوي يبتغي من خلال نشاطه إيصال السلع من يد المنتج أو الصانع أو المستورد إلى يد البائع، متوسطا بذلك بين المحترف والمستهلك لإدخال المنتجات مرحلة التداول والاستهلاك.

ووصف الوسيط التاجر أشهر صفة يتخذها المتدخل والأقرب عادة للمستهلك الذي عادة ما يتعامل معه مباشرة، والتاجر في المادة الأولى من التشريع التجاري هو "كل

¹ عبد الرزاق بولنوار، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي، مجلة شمال إفريقيا، بشار الجزائر، ص 288.

² الأمر 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على استيراد البضائع وتصديرها، الجريدة الرسمية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، ص 33.

شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذ مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك". فالشخص الذي يحترف العمل التجاري لحسابه الخاص منظماً ومستمرًا ومستقلاً فيه وذو أهلية قانونية مسجلاً في السجل التجاري هو شخص مكتسب لصفة التاجر مميز عن أي بائع آخر. فهو البائع النهائي آخر متدخل في عملية وضع المنتج للاستهلاك.

- المتدخل مقدم الخدمة:

عند تعريف التشريع الاستهلاكي للخدمة أشار إلى مقدمة الخدمة في الفقرة 10 من المادة 03 من القانون 09-03، معتبراً كل شخص طبيعي أو معنوي يؤدي عمل أو منفعة لها قيمة اقتصادية ضمن إطار منظم وقابل للتقدير النقدي كالمحامي والمهندس والطبيب أو شخصاً معنوياً كالوكالات السياحية التي تنظم الرحلات وتبرم عقود النقل والفندقة وشركات التأمين والبنوك.

- المتدخل الحرفي:

كل شخص مؤهل يصنع أشياء تزيينية أو نفعية وفنية أصيلة إبداعية كالنسيج اليدوي وغيره من الحرف التقليدية التي تشمل أيضاً خدمات التصليح والصيانة والترميم، وهو شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعات التقليدية والحرف، يتولى بنفسه تنفيذ العمل وإدارة النشاط وبالتالي تحمل المسؤولية، وقد عرفه المشرع الجزائري من خلال الأمر رقم 96-101¹ أنه: "كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرفة يمارس نشاطاً تقليدياً كما هو محدد في المادة 05 من هذا الأمر يثبت تأهيلاً ويتولى بنفسه تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته"، هذا بخصوص الحرفي الشخص الطبيعي أما الحرفي الشخص المعنوي قد يكون تعاونية الصناعة التقليدية والحرف، أو مقاولات الصناعات التقليدية والحرف حسب المواد 13 و21 من نفس الأمر.

كما وضعت المادة 06 من الأمر 96-01 السابق الذكر شروطاً لاكتساب صفة الحرفي، كإلزامية ممارسة نشاط يدوي تقليدي متعلق بالإنتاج أو التصليح أو الصيانة أو

¹ الأمر رقم 96-01 مؤرخ في 10 يناير 1996، يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف.

التحويل أو أداء خدمات تقليدية، مع الحفاظ على الطابع أي دون أن يطغى على نشاط الحرفي الآلات والطابع الصناعي.

ومن الشروط أيضا لاكتساب وصف الحرفي، استقلالية الحرفي في ممارسة نشاطه، وتحمل المسؤولية المترتبة عنه، وإن كان هذا الشرط لا يمنع الحرفي من الاستعانة ببعض العمال ضمن معايير معينة. كما يلزم الحرفي إلى جانب القيد في سجل الصناعات التقليدية والحرف عن طريق إيداع ملف التسجيل لدى المجلس الشعبي البلدي حيث يقوم هذا الأخير بدوره بإرسال طلب إلى غرفة الصناعة التقليدية والحرف المختصة إقليميا، القيد في السجل التجاري وإن كان الحرفي لا يكتسب صفة التاجر إلا أنه مكتسب لصفة المنتج.

ثانيا: المورد الإلكتروني

إن البائع بمفهوم القانون المدني أو المتدخل بمفهوم قانون حماية المستهلك هو الشخص الذي يبيع حقا ماليا أو منتوجا، ملتزما بعدد من الالتزامات على أساس علاقة عقدية يفترض فيها نوع من التوازن خصوصا عند تأدية الطرف القوي للالتزاماته، التي أصبحت مع شبكة الانترنت سهلة التأدية والخرق في آن واحد، إذ تتيح بعض المواقع بيع مختلف المنتوجات لأي شخص ولا يطلب منه غير التسجيل في ذلك الموقع الإلكتروني بإدخال الإيميل وبعض المعلومات والأكثر حرصا يطلب حساب في بنك افتراضي موثوق مثل PayPal لإرسال الأموال والتسديد، من بين هذه المواقع الموقع العالمي eBay أو الموقع الجزائري ouedkniss وغيرها، التي تمكن الشخص المسجل على الموقع من بيع منتوجه حتى لو بصفة عرضية لا تقيده بالالتزامات الواقعة على عاتق المتدخل التقليدي.

هذا أدى مرة أخرى إلى اختلال العلاقة التعاقدية خاصة إذا تم إبرام العقد والوفاء به إلكترونيا وليس تقليديا، أي التزامات خاصة إضافية على تلك المقررة سابقا ناتجة عن استعمال الانترنت كوسيلة انعقاد قد يفلت منها البائع إذا لم تحدد صفته بدقة، مما استوجب مرة أخرى إعادة النظر في مصطلح المتدخل الذي يمارس نشاطه إلكترونيا.

فطرح مصطلح جديد للمتدخل تعدي مشكلة تضيق أو توسيع وصف الاحترافية والمهنية إلى الاختلاف الجوهرى بينه وبين المتدخل التقليدي مهما كانت صورته وما

يتعلق به من التزامات وتحديد الهوية التي تمكن من تحديد الصفة القانونية وبالتالي التزامات ومسؤولية فقط لأن وسيلة التعاقد تغيرت.

بدأت الأونسترال باستعمال مصطلح "المنشئ" و"المرسل إليه" للدلالة عن أطراف العلاقة العقدية في إطار التجارة الإلكترونية، ويدل المصطلح الأول "منشئ" على المورد الإلكتروني أما مصطلح "المرسل" فيقصد به المستهلك.

والمنشئ بمقتضى المادة 02 من قانون أونسترال هو الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها إذا تم ذلك على يديه أو نيابة عنه، ولا يشمل هذا المصطلح الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة. زاد على ذلك أنه كل شخص طبيعي أو كيانات قانونية أو هيئات اعتبارية بمقتضى المادة 01/35 من نفس القانون.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، بعدما أخضع كل من البائع العرضي أو المحترف الذي يملك موقعا إلكترونيا خاصا أو مسجلا لدى الموقع يمارس البيع إلكترونيا للقواعد الخاصة بالتجارة الإلكترونية في المادة 19 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي لسنة 2004، قام بإخضاعهما لنفس الالتزامات مستعملا مصطلح بائع Vendeur في نص المادة L.113-3 من قانون حماية المستهلك الفرنسي 990-2015 الملغاة بالأمر رقم 301-2016، ومصطلح محترف في نص المادة 43 من (ق.م.ف).

على هذا الأساس أصدرت المحكمة الفرنسية Mulhouse في حكم صادر بتاريخ 2006/01/12 تدين بائع على موقع eBay بغرامة قيمتها 3800 أورو لأنه مارس البيع دون أن يكون حائزا لصفة التاجر ولا ملتزما بأي من التزاماته كالقيد في السجل التجاري.

عموما استمر الوضع على ما هو عليه إلى سنة 2016، حيث حدد قانون حماية المستهلك من هو المعتبر مهنيًا في مجال التجارة الإلكترونية كالتالي "أي شخص طبيعي أو اعتباري، عام أو خاص، يمارس نشاطا تجاريا صناعيا حرفيا، أو زراعيا، سواء كان يتصرف باسمه الخاص أو لحساب شخص آخر مهني".

وعليه إذا كان الشخص شركة أو تاجر طبيعي مسجل يقوم بمزاولة نشاطه إلكترونيا، سيعتبر مهني محترف خاضع لكافة التزامات المهنيين تجاه المستهلك. أما

الشخص الذي يقوم بالبيع العرضي لبعض الأشياء بشكل متقطع على مواقع مثل ebay أو LeBonCoin سيخضع لمعايير أخرى لم ينص عليها القانون بل استخلصها الاجتهاد القضائي¹ مثل معيار نية تحقيق الربح والتكرار والاستمرارية في مزاولة النشاط، لذا فإن الشخص الذي يقوم بأزيد من 800 معاملة في شهر على موقع ebay سيعتبر محترفا في التجارة الالكترونية بالتالي قد يدان بإخفاء هويته إذا قدم نفسه كمستهلك ولم يكن مسجلا فيعرض لعقوبة السجن والغرامة التي قد تصل إلى 300000 دولار. كما أضافت محكمة العدل في الاتحاد الأوروبي معايير أخرى بموجب قرار صادر في 04 أكتوبر 2018 كالتنظيم والمهارات الفنية التي لا يملكها المستهلك.

المشرع الجزائري أيضا استحدث مصطلحا يميز به المتدخل الالكتروني عن التقليدي الذي هو نفسه لكنه يتعامل عبر وسيط الكتروني، فصار الشخص المتدخل الذي يزاوّل نشاطه الكترونيا يسمى المورد الالكتروني بموجب القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية بتعريفه في المادة 06 على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع والخدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية".

بممارسة الشخص لنشاط التسويق يعمل على تدفق السلع والخدمات إلى المستهلك، بإستخدام أساليب كالإعلان والدعاية، أو يقوم باقتراح توفير السلع والخدمات بطرح المنتج للاستهلاك تطبيقا لمفهوم القانون 03-09 في المادة 03 فقرة 08 منه بأنه: "مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة".

بهذا المفهوم وبمقتضى المادة 35 من نفس القانون 05-18 التي أضافت: "يخضع المورد الالكتروني للتشريع والتنظيم المعمول بهما المطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك". يتوسع معنى المورد الالكتروني ليشمل المنتج والمستورد والمخزن والناقل والموزع، وكل من دخل في السلسلة التجارية لتوزيع المنتج عبر المواقع الالكترونية، لهذا يقع على المورد الالكتروني الالتزامات ذاتها الواقعة على المتدخل التقليدي في قانون حماية المستهلك.

وان كان يبدو بحسب رأي بعض الفقه أن المشرع حصر وصف المورد على الشخص القائم بالتسويق أو على من اقترح توفير المنتج عن طريق الاتصالات

¹ TGI Paris 31eme ch, 25 juin 2009 (Benjamin L. et autres / Microsoft Corporation).

الالكترونية دون المنتج والصانع، وكأنه أخرج مرحلة الإنتاج والتصنيع من المجال الافتراضي الالكتروني، مستبعدا بذلك كل ما يتم إنتاجه بصيغة الكترونية كبرامج الحواسيب والتطبيقات وغيرها، أو ما تم تحويله إلى الصيغة الرقمية كالمجلات والكتب والدراسات العلمية والتقنية. وهو بحسب رأيهم ما لم يصب فيه المشرع لأن الإنتاج والتصنيع الالكتروني أصبح جزء لا يملك إغفاله من ما يمكن تقويمه ماديا.

المبحث الثاني: أساس الحماية من حيث المسؤولية

عند الحديث عن الحماية الإجرائية للمستهلك نقفز إلى ذهن مسألة أخرى لا تقل أهمية ومركزية عن سابقتها وهي لماذا يُسأل المتدخل ويطلب منه تحمل أعباء التنفيذ أو الأضرار أو الإثبات أو أي عبء آخر هل فقط لأنه طرف في عقد الاستهلاك مقابل طرف ضعيف؟ إذا كان الأمر كذلك ما هو المرجع المستند عليه لتحمله تلك الأعباء؟ وما هي نهاية الحقوق التي طالب بها المضرور دون أن يتيسر له إثبات ما يُحملها للمتدخل مادامت متوقفة على الدور المتوخى للمسؤولية أن تغطيه لمساءلة المسؤول المنسوب إليه الضرر الواقع بقصد إزالته أو التعويض عنه.

تقليدياً قامت مسؤولية المتدخل مهما كانت صورته بديهياً على أساس الخطأ تطبيقاً للقواعد العامة، وفق تقديرات خاصة لسلوكه عند مزاوله نشاطه بسبب الاعتقاد والاحتراف إلى أن دخل فعلياً فيما يسمى بالاحتكار الفعلي، خاصة عندما يكون المتدخل قد أخذ كافة استعداداته المتعلقة بنشاطه المهني، مع ذلك يكون على المضرور إبراز عناصر قيام المسؤولية ليثبت التزامات المتدخل ولعمق صعوبة هذا الإثبات على المستهلك وضياع حقوقهم لصالح المتدخل، قام الفقه بالبحث عن أسس أخرى استحدثت من قبل التشريعات في إصلاحاتها القانونية خاصة بعد التغييرات التي أحدثتها تكنولوجيا الاتصالات الإلكترونية في جوهر العقود قامت في مجملها على فكرة المخاطر (المطلب الأول).

استحدثت نظام خاص حديث للمسؤولية لا يعني إنكار أو إلغاء النظام التقليدي للقواعد العامة طالما فيه مصلحة محققة لحماية المستهلك، رغم قبول أساس المسؤولية المستحدث كنظام خاص مما تسبب في تراجع نسبي لفكرة المسؤولية التقليدية كنظام القواعد العامة، بقيت إمكانية الاختيار بين النظامين قائمة لدى المستهلك في مواجهة عقبات أحدهما عليه. وإن كان بحكم الطابع الفني الذي وسم الخطأ في المنتوجات أصبحت أمامه عقبات أخرى خاصة بإثبات هذا الخطأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أساس المسؤولية

من البحث في أساس مسؤولية المهنيين الذي شغل الفقه طويلاً كمحور مُلح في النقاشات ولا بد من حله أو استقراره، نتجت أنظمة قانونية متعددة معنية بضمان

المنتجات المعيبة، كانت بدايتها من القواعد العامة بالاعتماد على قواعد المسؤولية التقصيرية وقواعد المسؤولية العقدية، ليضاف نظام خاص للمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ونظام المسؤولية في القواعد الخاصة بحماية المستهلك، مما عدد أسس المسؤولية نصية وأخرى فنية مرتبط بمرعاة الأصول المهنية لتفادي الإضرار بالمستهلك (الفرع الأول).

في محاولات التأسيس لملاح خاصة بالمسؤولية من أجل ضمان حماية الطرف الضعيف المضرور وإسعافه في مواجهة صعوبة عبء الإثبات الملقى عليه للوصول إلى حقه في التعويض، تم إيجاد نظام مساءلة منسجم مع خصوصية مسؤولية المتدخل من خلال مساءلته على أساس موضوعي بحكم المخاطر الدائر حولها نشاطه المهني، ليزاحم هذا الأساس فكرة الخطأ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أساس المسؤولية التقليدي

إدراكا من المشرع لدور الصفة المهنية الموصوف بها المتدخل، الذي لا يمكن أن يقتصر على مجرد تشديد مضمون الالتزامات المطلوب منه أدائها في مواجهة المستهلك، بل تعدها إلى التأثير على صرامة مسؤوليته اتجاه الطرف الضعيف عن أي أخطاء يتسبب فيها له (أولا).

مقابل ذلك استمر القضاء في بذل الجهد كمحاولات تفسير التغييرات التي تجعل المسؤولية المدنية تنتقل من مرحلة المسؤولية الشخصية إلى المدنية والموضوعية، من خلال اعتبارات فنية في تقدير خطأ المتدخل حتى في ظل القواعد العامة، إذ تم الكشف عن معايير تقديرية بعيدة عن معيار الرجل المعتاد مبنية على إخضاع سلوكه لمعيار أكثر صرامة وهو معيار الرجل الحريص الذي أخذ الأساس التقليدي إلى مسار مختلف (ثانيا).

أولا: الأساس النصي للمسؤولية

لطالما كان الخطأ الأساس الذي لم ينزعه أساس آخر لفترة لا بأس بها من الزمن، إذ يعتبر وجود خطأ يمكن نسبه للمسؤول المتسبب في حدوث ضرر بإثباته من طرف المضرور قيام لا شك فيه للمسؤولية، هذه الفكرة التي نصت عليها المادة 124 (ق.م.ج)

وضعت إطاراً عاماً للمسؤولية محققة لها وظيفتين، وظيفة التعويض التي تقع على المتسبب في الضرر ووظيفة الوقاية من الأفعال الضارة.

ولأن عقود الاستهلاك كغيرها من العقود، لم تستثنى لإبرامها من توافر الأركان المعروفة، من صحة الرضا بخلوه من العيوب الصادر من ذي أهلية، ووجود وتعيين ومشروعية المحل عند نشوء الالتزام، إلى وجود ومشروعية السبب أيضاً، بل انعدام واحد منها يبطل العقد وفق أحكام القواعد العامة من المادة 95 إلى 105 (ق.م.ج).

على ذلك تتحقق مسؤولية المتدخل وفق القواعد العامة، عند إخلاله بالالتزامات الواردة في عقد الاستهلاك الصحيح بينه وبين المستهلك الذي تضرر من الإخلال بعد أو عند التنفيذ أو تم التنفيذ بطرق لم يتفق عليها، كقاعدة التنفيذ العيني المشار إليها في المادة 164 (ق.م.ج) التي تجعل المسؤولية عقدية إذا وجد إخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية بين المتدخل والمستهلك.

والتراضي في أغلب عقود الاستهلاك كما سبق ذكره، لا بد أن يأخذ شكلاً بأن يعبر عنه كتابياً، مثل عقود التأمين والعقود البنكية، بحيث صار التعبير عن الإرادة في هذه العقود من خلال استمارة جاهزة موحدة غالباً تحوي فراغات يملئها المستهلك طالب الخدمة في هذه الحالة ويوقعها.

الوضع القانوني لم يتغير أيضاً بخصوص الضرر وشروط إعماله التقليدية، التي يقع إثباتها على المضرور المدعي بجميع طرق الإثبات، تأسيساً على المسؤولية الشخصية لأن كل من أحدث ضرراً للغير بسبب خطئه الشخصي يلتزم بالتعويض، على أن يتم إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية¹.

هذا مسار واضح أخذه القضاء الجزائي فيما يتعلق ببعض الأحكام، كقراره الصادر عن المحكمة العليا في 22 جويلية 2010²، قضي فيه على أن البنك (في هذه الحالة كان البنك هو الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط)، عليه التزام بتوجيه وإعلام

¹ للتفصيل أكثر أنظر: قادة شهيدة، معمر بن طرية، تطور النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمنتج في القوانين المقارنة، أي مسار، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، المجلد التاسع، العدد 02، دار النشر جامعة قطر، 2020، ص 67.

² قرار المحكمة العليا، ملف رقم 581228 بتاريخ 2010/07/22، قضية الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط ضد (س. ع) والصندوق الوطني للسكن، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2010، العدد 02، ص 161.

المستهلك المقرض بإمكانية الحصول على دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن وهذا قبل التوقيع على اتفاقية القرض، وتوقيع هذه الأخيرة لا يمنع من المطالبة بإلغائها من طرف المستهلك المقرض إذا وقع في غلط جوهري سببه إخلال البنك بالتزامه.

ورغم وضوح تأسيس قرار المحكمة على وقوع المقرض في غلط جوهري كقاعدة عامة للقانون المدني، يجب أن لا نهمل الأسس الأخرى المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك وقانون النقد والقرض التي تعتبر الالتزام بالإعلام التزاماً مهنياً بالإخلال به يوقع المتدخل بصفة عامة بنك أو شركة أو شخص طبيعي في مخالفة القانون.

ليس ذلك فقط بل يبدو أن التشريعات لا تزال متمسكة بالقواعد العامة، حتى صارت فكرة الخطأ عقبة موضوعية أخرى أمام المستهلك في طريقه نحو إجراءات إثبات الضرر في عقود فنية وتقنية يفوته فيها المتدخل معرفياً واحترافياً وخبرة، خاصة إذا نظرنا لطبيعة الضرر في المجال المالي.

ولعل من أجل تحقيق حماية إجرائية للمستهلك ونجاعة القواعد الموضوعية، قام المشرع الفرنسي بتحسينه بقواعد إجرائية شكلية، لذلك ألقى عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام على المهني من خلال قانون الاستهلاك في المادة L.111-05.

ثانياً: الأساس الفني للمسؤولية

في القواعد العامة للمسؤولية الخطأ هو "الإخلال بالالتزام قانوني أو عقدي مضمونه احترام وعدم الإضرار بحقوق الكافة"، وفي المرسوم التنفيذي 90-290 المؤرخ في 26 سبتمبر 1990 المتعلق بمسيري المؤسسات اعتبرت المادة 66 أن "الخطأ المهني هو كل إهمال أو مخالفة لقواعد النظافة والأمن وبصفة أعم كل تقصير في الواجبات المهنية... أو ارتكاب تصرف مخالف للقانون".

وفي مجال مسؤولية المهنيين مقدمي الخدمات كشركات التأمين والبنوك تم توسيع معنى الخطأ أكثر فأكثر بالإشارة لاعتباره "عدم تنفيذ المهني البنك أو شركة التأمين لأحد الالتزامات الواردة في العقد المبرم بينه وبين زبائنه، أو إخلاله بواجب قانوني مفروض بنص القانون، أو قضت به الأعراف والعادات المهنية المتبعة فيه".

ومعلوم أيضا أن الخطأ يكون تقصيريا واجب الإثبات كقاعدة عامة في نطاق المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بالتزام عدم الإضرار بالغير، وقاعدة خاصة في نطاق المسؤولية العقدية التي تقوم عند الإخلال بالالتزامات المضمنة في العقد.

إذا اعتبر التشريع سواء الجزائري أو الفرنسي الخطأ العقدي عدم أداء المدين لالتزاماته بغض النظر عن سبب الإخلال وطبيعته إن كان التزام بغاية أم بوسيلة، ولا تؤسس المسؤولية على الخطأ التقصيري إلا إذا انتفت العلاقة العقدية، كما حصل واتضح للمحكمة الابتدائية بالناظور عام 1996¹ أن المدعى عليه المدين خالف التزامه ببذل العناية مما وضعه تحت أساس المسؤولية التقصيرية.

خطأ المتدخل بحسب تلك المعاني حتى وإن كان خاضعا للقواعد العامة للمسؤولية، سيقدر دون شك تقديرا خاصا ليس لمعيار الرجل المعتاد، بل بمجرد ارتكابه من قبل شخص محترف مهني تتولد الحاجة لإخضاع سلوكه عندما يزاوّل نشاطه لمعيار المهني الحذر الحريص.

أعمل القضاء الفرنسي هذه النظرة في تقدير مسؤولية المتدخل المهني خاصة في المهن التي تتطلب للقيام بها عناية خاصة، متبنيا معيار الرجل الحريص مغلبا في ذلك السلوك الفني المعتاد وسط المهنيين معرفة وعلمًا ويقظة، فالمتدخل المهني البنك مثلا يتم قياس سلوكه ببنك مماثل في النشاط والكفاءة.

هذا التماذي في توسيع تقدير الخطأ في مجال مسؤولية المتدخل، جعل الأساس التقليدي يأخذ مسارا جادا نحو التجريد، فلم يعد ذلك الانحراف عن السلوك القائم على ضابط رب الأسرة الحريص، بل تحول إلى الاستناد على ضابط موضوعي مؤسس على سلوك المهني المتخصص، كان هذا تقدير التشريع والقضاء معا بسبب توجههما الواضح نحو حماية الطرف الضعيف المضرور، مقابل المتدخل الذي بمجرد إكسابه صفة المهني المتخصص افترض فيه بداهة الكفاءة والمهارة والخبرة في مجاله².

¹ حكم المحكمة الابتدائية، ملف مدني رقم 94/1168 بتاريخ 1996/06/28، مجلة الإشعاع، عدد 15 ص 205-

² Yvonne. Lambert-Faivre, Droit du dommage corporel, 4ème éd, Dalloz 2000, p.482.

خاصة مع تزايد وتنوع الأضرار نتيجة التطور التكنولوجي الحاصل، تزايد الضرر يعني انتشار في وسط المستهلكين وتأثير من جهة إيجاباً في اتساع فئة المضرورين منهم، ومن جهة أخرى سلباً في إثبات خطأ المتدخل الذي تعقدت إجراءاته والسعي إليه أكثر، لأنه أصبح ذو طابع فني تقني يقتضي غض النظر عن قاعدة ضبط العنصر المادي للخطأ بمعيار سلوك الرجل العادي، والتحول نحو معيار الرجل الحريص والعناية التي تتطلبها منه أصول المهنة.

فكرة الخطأ المهني هذه تبدو منطقية ومبررة خاصة عندما ننظر إليها مطبقة داخل نشاطات كمنشآت التأمين وحتى المصرفي، كون المتدخل عامة وهؤلاء خاصة يزاولون النشاط المهني على وجه الاحتراف حتى أنهم عملياً شكلوا صورة من صور الاحتكار الذي لا بد أن يحتاجه المستهلك، واعتبار المتدخل المتخصص في نشاط التأمين أو البنكي المصرفي نموذج لتطبيق هذه الفكرة لأنه باشر نشاطه بعد التحضير والتنظيم لعناصر مهمة في احترافه مثل العنصر البشري والمادي وحصوله على المعرفة والخبرة فيما يتعلق بالوسائل التقنية العلمية التي حولت نشاطه إلى نماذج متطورة تسمح له بتقديم العديد من العمليات في آن واحد.

على هذا الأساس لم تعفي محكمة التمييز الأردنية في قرار صادر عام 1987¹ المؤسسة من المسؤولية، باعتبار السرقة ليست من الأسباب الخارجية أو القوة القاهرة، لأنها تقع إما من مستخدم المؤسسة وإما من الغير، في الحالة الأولى تكون مسؤولة بحكم التبعية عن أفعال مستخدميها وفي الحالة الثانية التي تقع فيها من الغير مسؤوليتها قائمة على اعتبارها إدارة مالكة لوسائل حماية الأموال الموجودة تحت يديها.

ووفقاً لذات الأحكام يسأل المورد الإلكتروني عن أفعاله أو أفعال تابعيه المتسبب في الضرر، لأنه ملزم باحترام قاعدة عدم الإضرار بالغير، وإخلاله بهذا الالتزام هو انحراف سلوك يسبب ضرراً للمستهلك حسب المادة 124 (ق.م.ج) أو إنحراف سلوك

¹ قرار محكمة التمييز الأردنية عدد 1987/62، الصادر بتاريخ 29 جانفي 1987، مذكور عند محمود محمد أبو فروة، مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2014، ص 249.

أحد تابعيه حسب المادة 136 (ق.م.ج)، أو ضرر سببه شيء تحت حراسته طبقا للمادة 138 (ق.م.ج).

ويكون على المستهلك الإلكتروني المضرور من نشاط تجاري إلكتروني سبب له ضررا إثبات خطأ التعدي والتمييز، وإثبات الضرر لكي يتسنى له تشكيل قرينة على توفر رابطة السببية ينقل على أساسها عبء الإثبات إلى المورد الإلكتروني الذي لا يمكنه سوى إنكارها بالسبب الأجنبي.

إثبات أن الضرر حدث بسبب أجنبي إعدام للسببية، وهذا الإثبات ليس الاحتمال الوحيد بل هناك احتمال لانعدامها أيضا إذا لم يكن الخطأ سبب منتج أو منتجا غير مباشر، يرجع لقاضي الموضوع تقدير إن كانت السببية منتجة مولدة للضرر مباشرة لتقوم مسؤولية المورد ويتحمل التعويض، وحسب المادة 182 (ق.م.ج) التي نصت: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير بالوفاء به". يأخذ القاضي بالضرر الذي يعتبر نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام.

إثبات الخطأ الإلكتروني وأسبابه المنتجة للضرر يعد من المسائل الأكثر عسرا بالنظر إلى تداخل المعلومات الإلكترونية وأدوار الفاعلين وتقنياتهم المستعملة، حتى بعد افتراض خطأ المورد عن فعل غيره أو تابعه، الذي أصبح قرينة قاطعة لا تقبل إنكارها بإثبات العكس، يقيم مسؤوليته على أساس تقصير في الرقابة أو سوء الاختيار رغم أنه قد يكون مفروضا عليه ولم يختره تبقى مسؤوليته قائمة.

عند قيام مسؤولية هذا المتدخل أو ذاك يكون لازما أيضا تحديد إن كانت تقصيرية أو تعاقدية، إمكانية تحقيق ذلك قد تكون من خلال التزامات المتدخل في مرحلة ما قبل أو بعد إبرام العقد، كالالتزام بالإعلام أو الالتزام بالاستعلام الواقع على عاتق المتدخل البنك باعتباره الالتزام الذي يمكن من اتخاذ قرار التعاقد بحسب المعلومات المتحصل عليها عن وضع العمل المالي، وأيضا الالتزام الذي يؤدي إهماله إلى قيام المسؤولية المدنية على أساس الخطأ، للوهلة الأولى تبدو المسؤولية القائمة طبعا بحسب القواعد العامة مسؤولية تقصيرية.

وللوهلة الثانية يمكن أن تكون تعاقدية إذا أثر الإخلال المبدئي بالالتزام بالاستعلام الذي كان في مرحلة المفاوضات وقبل إبرام العقد بالسلب على تنفيذ المراحل التالية التعاقدية وما يتعلق بها من التزامات كونه امتد ليشمل مراحل التعاقد والتنفيذ.

لأن المتدخل المهني الملتزم بالاستعلام يمكنه ببساطة تنفيذه، يكفيه بذل العناية اللازمة للوصول إلى المعلومات الخاصة بالمستهلك فهو غير مطالب بتحقيق نتيجة بحسب الفقه¹. هذا وإن كان فيه نوع من دعم للنقطة والسرعة في التعامل غير أنه قد يمكن المتدخل من التهرب من المسؤولية بإدعاء بذل العناية عند قيامه بالتزامه.

لكن القضاء قد ضيق إمكانية التملص من المسؤولية بإدعاء عدم إثبات الخطأ أو من الشخص المهني المنسوب إليه، حينما حكمت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 19 مارس 2015²، بتوقيع التزام تعويض الأضرار على المؤمن عن خطأ المؤمن له غير العمدي، ويرجع تقدير الخطأ العمدي من عدمه لقاضي الموضوع.

بهذا بدأ الفقه والقضاء يركز على ما تنتج الأضرار على المضرورين كأطراف ضعيفة، وحقهم في التعويض بغض النظر عن المسبب أو الخطأ الذي بدأ يتصدع بعدما فقد مكانته كأساس تقليدي لمسؤولية المتدخلين.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية الحديث

مع الشعور المتنامي بعنصر الخطر في عقود المستهلك، لم يتوقف الاجتهاد عند الزيادة من صرامة الأساس التقليدي عند مساءلة المتدخل، إذ سار نحو إيجاد أساس موضوعي رغم ما أحدثه ذلك من تقلبات في القرارات القضائية والآراء الفقهية بين البقاء على معيار التقديري الصارم لسلوك المتدخل ومسائلته على أساس معيار العناية واليقظة اللازمة، وبين تأسيس المسؤولية على فكرة المخاطر (أولاً).

¹ Jean Pierre Buyle, les obligations d'information, de Renseignement, de mise en garde et de conseil, commission Université palais, T 86, larcier 2006, p. 168.

² ملف رقم 0966913، قرار بتاريخ 2015/03/19، قضية الشركة ذ.م.م (تشرين لي)، ضد الشركة الجزائرية

للتأمين وإعادة التأمين CAAR، م.م.ع، العدد 01، 2015، ص 161. ملف رقم 1180800، قرار بتاريخ 2018/04/19، قضية الشركة الوطنية للتأمين SAA، وكالة حسين داي ضد (ون)، م.ن.ع، عدد 02، 2018، ص

بين هذا وذاك، لم يتراجع الضرر في مجال المسؤولية من المقدمة في نظر هؤلاء باعتباره النموذج المثالي لمقايضة الألم المؤدي في النهاية إلى التعويض، عندها يكون الوقت المناسب للبحث عن المسؤول المذنب لتوقيع الجزاء عليه، من ذلك تم البحث عن أساس مزدوج بين فكرة المخاطر والخطأ لتغيير التركيز الذي كان في ظل الفكرة الواحدة إما خطأ أو مخاطر على الشخص محدث الضرر فقط (ثانياً).

أولاً: الدعوة لتبني فكرة تحمل التبعة كأساس لمسؤولية

كان القضاء قد حاول في فترة ما وضع أساس للمسؤولية من خلال العديد من الأحكام القضائية أكدت على الالتزام بالتحذير، منها قرارات صدرت عام 2007¹ عن المحكمة الفرنسية، مرتكزة على تفرقة قضائية وضعت بين المستهلك المحذر وغير المحذر. لأن مسؤولية المتدخل تختلف بحسب صفة المستهلك، فيعتبر مخلاً بالتزامه إذا لم يتحقق من قدرة المستهلك المالية ومنحه قرض استثمار عقاري يفوق إمكانياته للسداد. وحسب محكمة النقض² كذلك يلتزم المتدخل المهني أثناء إبرام العقد بتحذير المستهلك وإخلاله به يجعله ملتزماً بمواجهة غير المحذر، فيلتزم مقدم الخدمات المالية كالبنك بالتحذير واضعاً في اعتباره أخطار منح القرض وقدرات طالب الخدمة المالية. هذا يجعل عبء الإثبات يقع أحياناً على المتدخل وأحياناً أخرى على المستهلك نفسه. حيث صدر عن محكمة النقض قرار بتاريخ 17 نوفمبر 2009، أكدت فيه على أنه نظراً لكون البنك لم يأخذ باقتراح الفقه بإيجاد قرينة تفترض أن المهني مقترض محذر، وقرينة على أن المستهلك مقترض غير محذر، وبالتالي يكون الحل في تحمل البنك عبء إثبات أن المستهلك مقترض غير محذر، ويتحمل المهني المهني عبء إثبات صفته بأنه مقترض غير محذر³.

من جهة أخرى وبالنظر إلى أن الضرر الذي يمس حق من الحقوق المشروعة للأشخاص هو أساس قيام المسؤولية أياً كانت تفصيلية أم عقدية أم موضوعية، والاتحاد

¹ Cass. ch. Mixte, 29 juin 2007, saisi par, **parfait haba**, Le non-professionnel et le petit professionnel: la protection de deux contractants faibles par le droit privé, these doctorat, l'université paris Nanterre, 2017, p161.

² Cass. 1re civ., 30 avr. 2009, n° 07-18.334

³ **Caroline. Houin-Bressand**, Bilan de la jurisprudence sur la responsabilité du banquier dispensateur de credit, RDBF, 2007, p. 23.

الأوروبي في اتفاقياته كاتفاقية بروكسل سنة 1976 المتعلقة بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة التي جاء فيها: "صانع الأشياء المنقولة مسؤول عن الأضرار التي تسببها عيوبها سواء كان عالما أو كان بإمكانه العلم بها"، واتفاقية ستراسبورغ الصادرة في 27 جانفي 1977 المتعلقة بالمسؤولية عن فعل المنتجات في حالة الأضرار الجسدية، التي ألهمت التوجه الأوروبي لسنة 1985 باشتراط الضرر لقيام المسؤولية وتقدير التعويض المستحق للمضرور، حين نصت في المادة 03 الفقرة الأولى على أنه: "يسأل المنتج عن تعويض الضرر الناشئ عن عيب في إنتاجه ينجم عنه وفاة شخص أو إصابته بجروح". ونصت المادة 02 من التوجيه: "إن المسؤولية غير الخطئية للمنتج هي الوحيدة الكفيلة وكحل ملائم وفعلي للمشكلة في عصر يتميز بالتكنولوجيا المتطورة، وبتعاضد الأخطار الناتجة عن الإنتاج التقني المعاصر".

كان هذا أيضا توجه قضاء وتشريعات دول كثيرة منها الولايات المتحدة الأمريكية والمملكة المتحدة في الأحكام الواردة في الجزء الأول من قانون حماية المستهلك الصادر في 1987، والمشرع الفرنسي أيضا أسس مسؤولية المنتج بعيدا عن الأساس التقليدي القائم على الخطأ مصدرا قانون خاص بمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة مقيما إياها على أساس الضرر والعلاقة السببية بين الضرر وفعل المدين الناتج عن نشاطه الممارس، من خلال المادة 1382 (ق.م.ف) المعدلة بمقتضى المادة 1240 عام 2016. في ذات التوجه جعل القضاء الفرنسي الالتزام بضمان السلامة يمتد من النطاق العقدي إلى السريان خارجه لصالح من لا يربطهم بالمنتج علاقة عقدية، كقضية تلوث مشتقات الدم بفيروس الإيدز، مؤكدا موقفه هذا في الاعتماد على الضرر كأساس للمسؤولية في قرارات لاحقة، مثل القرار الصادر عام 1995 عن المحكمة المدنية الذي اعتبر البائع المحترف مسؤولا تجاه المشتري والغير وملزم بتسليم منتجات خالية من العيوب أو أي نقص في الإنتاج قد يسبب خطر للأشخاص أو الممتلكات.

كما اعتبر التشريع الجزائري في المادة 138 (ق.م.ج) المسؤولية عن الأشياء غير الحية قائمة بحكم القانون والمضرور عليه فقط إثبات الضرر الذي تسبب الشيء في حدوثه، هذه المادة في حد ذاتها فسرت على أنها قرينة قاطعة على الضرر كأساس للمسؤولية، لهذا جعل القضاء وقوع الضرر شرطا وحيدا لقيام المسؤولية عن الأشياء

غير الحية بل أحيانا دون افتراض للخطأ والقرار الصادر عن المحكمة العليا في أكتوبر 2011¹ تأكيد على ذلك.

والمادة 140 مكرر وغيرها كالمواد 176 و182 و188 (ق.م.ج) كانت واضحة في تبني المسؤولية ذات طبيعة موضوعية قائمة على فكرة الضرر والعيب، وألزم قانون حماية المستهلك في المادة 09 المنتج بسلامة المنتجات وضمانها، حينما نصت المادة "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرر بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه".

يبدو هذا التوجه التشريعي والقضائي العام معقولا بالنظر من زاوية الإثبات الذي يعسر من جهة على المستهلك المضروب ويسهل من جهة أخرى ضياع حقوقه مهما شددت التزامات المتدخلين الذين يبقى لديهم إمكانية درأ المسؤولية بإثبات عدم ارتكاب الخطأ، لهذا اعتقد بعض الفقه² بأن الحل يكمن في إقرار مسؤولية موضوعية أساسها فكرة المخاطر المهنية، أي بالاستناد على قاعدة الغرم بالغنم يكفي وقوع الضرر للمستهلك فيحمل المتدخل المهني مسؤولية تبعات مخاطر نشاطه بغض النظر عن أن خطأ المفترض في المسؤولية الموضوعية وغير قابل لإثبات عكسه.

إلزام المتدخل بفكرة المخاطر ينفي الحاجة لإثبات خطئه ويقيم مسؤوليته على أساس الضرر فقط، هذا ما أعملته تشريعات عدة وأكدته مرارا، كالتشريع الجزائري الذي أضاف أن المسؤولية عن حوادث السيارات تقوم على أساس موضوعي يترتب عن الضرر فيها التزام بضمان تعويض المضروب تلقائيا بناء على قاعدة عدم الخطأ حسب المادة 08 من الأمر 15-74 المؤرخ في 30 جوان 1974، المتعلق بإلزامية التأمين وبنظام التعويض عن الأضرار "كل حادث سير سبب أضرار جسمية يترتب عليه

¹ قرار محكمة العليا عن الغرفة المدنية، ملف رقم 68849 المؤرخ في 20 أكتوبر 2012، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2012.

² على فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر 2014، ص 59؛ شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، مرجع سابق، ص 174؛ زروتي الطيب، مسؤولية البنك عن التحويل المالي الإلكتروني، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2014، ص 106.

التعويض لكل ضحية أو ذوي حقوقها وإن لم تكن للضحية صفة الغير اتجاه الشخص المسؤول مدنيا عن الحادث".

الاهتمام بسلوك محدث الضرر على أهميته في هذا الأساس فهو أقل من الاهتمام بجبر الضرر الحاصل، الذي إذا كان الفاعل هو المورد الإلكتروني الملزم بتحمل تبعه نتائج نشاطه يكون مقابل المنفعة المتحصل عليها إلقاء تبعه الضرر عليه بافتراض خطئه.

تحمل المورد الإلكتروني مخاطر ما ينشأ عن ممارسة نشاطه من مخاطر ورد في أحكام المادة 18 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بنصها: "بعد إبرام العقد الإلكتروني، يصبح المورد الإلكتروني مسؤولاً بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضدهم".

وفي قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي 575-2004، جعل المشرع الفرنسي مسؤولية المورد الإلكتروني ناتجة عن إخلاله بالتنفيذ الحسن في المادة 15، مسؤولية كاملة مفترضة عن أي إخلال في التزاماته، كما أتاح من خلال المادة L.121-20-3 المعدلة عام 2008 وبالتأسيس على هذه المسؤولية لأي مشتري عبر الانترنت مهما كانت صفته مستهلكا كان أو مورد الكتروني آخر أو غيرهما من المشتريين عبر الانترنت مباشرة دعواه.

المشرع الفرنسي بعكس المشرع الجزائري، وسع من نطاق الحماية شاملا بها أي مشتري عبر الانترنت، لكنهما توجها متفقين على تأسيس مسؤولية المورد الإلكتروني على المعيار الموضوعي التي تقوم عند عدم تنفيذ التزاماته بحسن نية سواء تنفيذ كلي أو جزئي والتي لا يمكن نفيها بإثبات الخطأ بل عليه إثبات السبب الأجنبي المتمثل في فعل المستهلك الإلكتروني المضروب أو القوة القاهرة.

والتعويض في هذه المسؤولية الذي كان مرتبطا بالمسؤولية المدنية التقليدية أصبح لا يستند إلى أي خطأ ثابت أو مفترض، وحسب تعديل الأمر السابق ذكره القانون 88-31 والمتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض، معد في جدول مسبق لا سلطة للقاضي في تقديره.

التعويض كجزاء أو مكنة تجبر الضرر الواقع على المستهلك المضرور، يكشف عنه الحكم القضائي بعد استكمال أركان المسؤولية لذا فهو مستحق أيضا للمستهلك الإلكتروني، فعليا ضمنه التشريع المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 18-05، إذ يمكن للمستهلك حسب المادة 14 طلب التعويض عن الضرر الذي تسبب فيه المورد الإلكتروني عند إخلاله بالتزامه في ذكر البيانات الواجب تضمينها العقد الإلكتروني بنصها على أنه: "في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني يمكن المستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به".

كما يمكن للمستهلك تطبيقا للتشريع الإلكتروني المطالبة بالحصول على التعويض في حالات عديدة، كالحالة التي وردت في أحكام المادة 15 الفقرة 03 عندما يدفع المستهلك ثمن المنتج قبل توفره، وحالة شرعت بموجب المادة 22 من نفس القانون إذا تأخر المورد الإلكتروني في التسليم، وحالة التسليم غير المطابق الذي سبب ضررا وردت في أحكام المادة 23 التي نصت: "يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتج معيبا... ويلتزم المورد الإلكتروني بإلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر..."

ثانيا: التوجه نحو نظام قانوني خاص بمسؤولية المتدخل

أدرك الفقه منذ البداية أزمة المسؤولية المدنية التي طالما عانت منها حتى قبل توقف الخطأ كأساس تقليدي عن تحقيق غايتها، غير أن تأسيس المسؤولية على أساس كافي منطقي مقنع لم يكن بسهولة هدم الأساس الموجود أصلا، إذ لم يكن الفكر القانوني قادرا على تصور قيام مسؤولية المتدخل المهني دون خطأ أو ضرر أو علاقة سببية، ومازال لم يخرج عن تطبيق هذه الأركان لقيام المسؤولية، إلا أنه غير من وجهة نظره بتغيير زاوية تركيزه إذ أصبح الخطأ مفترضا إلى جانب الضرر والعلاقة السببية.

هذه الدائرة التي تمحورت حولها فكرة تحمل التبعة أو المخاطر، ظهرت أكثر نفعا وعملية عند تطبيقها على مسؤولية المورد الإلكتروني الذي أضاف مخاطر لم تكن موجودة من قبل، لهذا اعتبرت فكرة المخاطر التي ظهرت كأساس قانوني بعد تراجع

فكرة الخطأ أساسا ناجعا عادلا في صالح المضرور من المنتجات المعيبة، بالمقابل لا بأس من الإبقاء على فكرة الخطأ، ليشكلان معا -فكرة الخطأ وفكرة المخاطر- أساسا مزدوجا جامعا بينها، ويترك للقاضي سلطة الإسناد إلى إحداها بحسب ما طرح أمامه¹. هذا الرأي قد يوسع إمكانية تحقق غاية الوقاية من الأخطار وردع الخطأ وإصلاح الضرر، خاصة وأن التقسيم التقليدي للمسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية بدأ يفقد فعاليته لا سيما عند إستناد المسؤولية المهنية عليه.

لأن المسؤولية العقدية للمتدخل قصرت في القواعد المنظمة ضمان العيوب الخفية تغطية الأضرار التي قد تسببها المنتجات المعيبة على المستهلك المضرور ذاته وأقصت المضرور في حال كان من الغير، هذا بغض النظر عن عبء الإثبات والتفاوت الذي أحدثته الحاجة في هذه المسؤولية إلى البحث عن ارتباط المسؤول المتسبب في الضرر مع المضرور بعلاقة عقدية.

مما اضطر القضاء الفرنسي إلى تكيف القواعد الخاصة بمسؤولية البائع عن العيوب الخفية بحيث تغطي مسؤولية المنتج البائع الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة للأشخاص والأموال، وافترض علم المنتج بعيوب المنتج افتراض قاطع لا يقبل إثبات العكس، فوسع بذلك المسؤولية العقدية وحوّل أحكام الضمان مانحا المشتري الأخير إمكانية الرجوع على المنتج مباشرة بدعوى الضمان واستبعد فكرة الخطأ من المسؤولية العقدية بصياغة التزام تعاقدية بالسلامة. رغم هذه الإجراءات بقيت مشكلة إثبات شروط العيب في المنتج.

المسؤولية التقصيرية أيضا ومن مسألة الإثبات ذاتها صعب تطبيق قواعدها على مسؤولية المتدخل، ولم يحل اعتبار القضاء الفرنسي أن طرح منتج معيب في السوق خطأ تقصيري هذه المسألة لأنه مازال يتطلب إثبات خطأ المنتج.

أما مسؤولية المورد الإلكتروني حصرها المشرع الجزائري في القانون 18-05 بموجب المادة 18 منه على الالتزامات التعاقدية، إذ لا تسري على الالتزامات قبل التعاقد. في حين لم يميز المشرع الفرنسي بين الالتزامات جاعلا إخلال المورد بأي

¹ شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، مرجع سابق، ص 203.

التزام من التزاماته تحت نظام قانوني واحد يمكن المستهلك المضرور من حقوقه دون محاولة تأسيس علاقته مع المورد على مسؤولية تقصيرية أو عقدية وسبب وجودها. دون تفريق بين المسؤولية التقصيرية والعقدية ولا تحديد لفترة إعمالها قبل التعاقد أو بعده، ربط قيامها بمجرد ممارسة النشاط "أي شخص طبيعي أو اعتباري يقوم بالنشاط المحدد في الفقرة الأولى من المادة 14 يكون مسؤولاً تلقائياً في مواجهة المشتري عن حسن تنفيذ الالتزامات" من المادة 15 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي وضح المشرع الفرنسي تبنيه للتوجه القائل بإزالة التمييز بين المسؤوليتين الذي لم يعد مجدياً في تجسيد صورة المسؤولية المدنية في التشريعات والتفسير ولا حلاً يحقق الحماية للمضرور يوصله للتعويض¹.

لهذا ومن أجل حماية كافية للمستهلك لابد من تنظيم هذه المسؤولية تنظيم خاص يتناسب مع حالات الإخلال بالالتزامات المهنية²، ويحقق التوازن بين مصالح المنتج والمستهلك المشروعة. عملياً أقر القضاء الفرنسي بقواعد خاصة للمسؤولية المدنية المهنية للموثق، مختلفة بعض الشيء عن قواعد المسؤولية التقليدية من أجل حماية المستهلك في مواجهة المتخصص. والمشرع الجزائري نظم المسؤولية المدنية والتعويض تنظيمًا خاصًا في بعض المجالات أخذًا في الاعتبار طبيعة النشاط الممارس فيها كحوادث النقل البري أو الجوي أو البحري والنشاطات النووية.

استمرت التشريعات الحديثة في الإتيان بأنظمة خاصة للمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة والتأسيس لها كما فعل المشرع الفرنسي في القانون رقم 98-389 المؤرخ في 19 ماي 1998 متأثراً بالتعليمات الأوروبية الصادرة بتاريخ 25 جويلية 1985 دمج النظام الخاص للمسؤولية في القانون المدني بمقتضى المواد 01/1386 إلى المادة 18/1386 تحت عنوان "مسؤولية المنتج عن المنتجات المعيبة" منقلباً به على المسؤولية المدنية في القواعد العامة التقليدية متبينا فكرة مخاطر النمو.

¹ لتفصيل أكثر أنظر: شوقي بناسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية؛ تمييز نحو زوال، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، مجلد 57، العدد 02، 2020، ص 435.

² مسعودي عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 250.

رغم ذلك كانت القواعد العامة لا تزال قادرة على تقديم ضمانات حماية أقوى مقارنة بالأنظمة الخاصة، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بالاستناد إلى القواعد العامة وبالضبط أحكام المادة 1645 (ق.م.ف) بأن افتراض علم المنتج بعيوب المبيع مساوي تماما لعلم الموزع، وبالتالي يمكن للمضروب مواجهة البائع بمساءلة الموزع¹ لأن كل من تدخل في السلسلة التجارية للمنتج مسؤول عنه. كما قضت في قرار آخر أن الالتزام بالسلامة يقع على عاتق كل متدخل في السلسلة².

غير أن الموزع في الأنظمة الخاصة للمسؤولية لا يكون مسؤولا إلا إذا بقيت هوية المنتج مجهولة ولم يحددها الموزع بعد ثلاثة (03) أشهر من إخطار المضروب له طبقا للمادة 7/1386 (ق.م.ف) المعدلة بالمادة 6/1245 من أمر 2016، التي لا وجود لنص مماثل لها في التشريع الجزائري ومن ثم يكون للمضروب خيار تطبيق القواعد العامة أو نظام آخر خاص للمسؤولية مثل قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03.

لعل افتراض علم المتدخل بعيب منتوجه واستقرار القضاء على تطبيقه، جعل من غير المجدي محاولة إثباته كمدين ملتزم بضمان العيوب الخفية لحسن نيته أو استحالة اكتشاف العيب عند طرح المنتج للتداول³، فضلا عن ذلك جعله مسؤولا طبقا للقواعد العامة رغم إثبات استحالة العلم بالعيب.

خرج المشرع الفرنسي عن ذلك تارة وعاد تارة أخرى، بسبب فكرة المخاطر ومتأثرا بالتعلية الأوروبية المادة 7-هـ قانون 10 ماي 1998، قضى في المادة 11/1386 - 5 المعدلة بالمادة 10/1245 (ق.م.ف) بإعفاء المتدخل من المسؤولية إذا اثبت استحالة اكتشاف وجود العيب عند طرح المنتج للتداول، غير أنه عاد في المادة 12/1386 للنص على أنه في حالة وجود عيب يكتشف بعد طرح المنتج للتداول في فترة عشر سنوات لا يمكن للمنتج التمسك بسبب الإعفاء هذا. ثم حذف حد الإعفاء من المسؤولية بموجب المادة 11/1245 (ق.م.ج) من أمر 2016 المعدلة للمادة السابقة الذكر، ويبقى شرط تحقق الضرر.

¹ Civ., 28 Avril 1971: JCP. 1972. II. 17280, note M. Boitard, A. Rabut; Civ, 29 Fev 1972, JCP. 1972. IV. 99, note R. Rodiere.

² Civ. 1 re, 17 Janvier 1995, B I n° 43, D. 1995, p. 351, note P. Jourdain, JCP 1995

³ Cass.com. 27 nov. 1972, Bull. civ. IV, n° 266, p. 282.

لقد قضت محكمة النقض الفرنسية في نطاق المسؤولية العقدية، أن معرفة المنتج للعييب ليس شرط لمسؤوليته، فهي تكون قائمة لو أثبت انه من المستحيل عليه أن يعلم به، كما أقر بوجوب أن يسبق عرض منتج للبيع، التحقق والمراجعة الكاملة لخصائصه، إذ يجب على البائع أن يجري تجارب كافية لكشف العيوب والمخاطر للسلعة قبل طرحه في السوق، هذا ما نصت عليه أيضا أحكام المادة 397 (ق.م.ج) التي لم تشترط علم البائع بوجود العيب لإلزامه بالضمان.

مع ذلك يستطيع المستهلك المضرور دائما التمسك بقواعد المسؤولية التقصيرية أو العقدية أو أي نظام خاص آخر طبقا للمادة 18/1386 المنقولة حرفيا من المادة 13 من التعليمات الأوروبية، والمعدلة بالمادة 17/1245 من أمر 2016¹.

المطلب الثاني: حق المستهلك في الاختيار بين أنظمة المسؤولية وإثباتها

كان تأكيد المبادئ التي لحقت فكرة الخطأ متأخرا نسبيا، بعده تطورت فكرة الخطأ مع اختفاء شرط إثباته والاعتماد على الضرر في مساءلة المتدخل، تلاه إشكالية التوفيق بين نظام القواعد العامة والأنظمة الخاصة، لأن قبول مبدأ التوفيق بين الأنظمة يفرض التفكير في العلاقة بينهم طالما لا وجود لإمكانية إعمالها في الوقت ذاته، تماما كما استحال تطبيق نوعي المسؤولية التقصيرية والعقدية معا في آن واحد بالنسبة لذات الفعل والأشخاص. رغم صعوبة ذلك لإمكانية الخلط أو الاختلاف بينها، كان لا بد من تطبيقها بحذر وتحفظ بمنح الخيار بين أنظمة المسؤولية للمستهلك (الفرع الأول).

لا يزال على المستهلك إثبات عناصر قيام المسؤولية حتى لو تم افتراض الخطأ، غالبا سيكون عليه إثبات عنصر آخر كالعلاقة السببية الذي لم تضع له الأنظمة افتراض، مع ذلك قامت التشريعات بتخفيف أعباء الإثبات بطرق مختلفة سواء فيما تعلق بالمنتجات المعيبة ذاتها أو بعلاقته السببية بالضرر، إما بافتراض وجود العيب أو قبول استبعاد الأسباب المحتملة الأخرى للضرر لتسهيل إثبات العيب أم بتخفيف مفهوم السببية لتبسيط طريق المستهلك في الوصول إلى التعويض رغم عدم وجود يقين حول سبب الضرر المفترض إن كان قد نتج عن المنتج المعيب. وإن اعتبر ذلك مجرد محاولات

¹ حاج بن علي محمد، امتداد النظام الخاص للمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة - دراسة مقارنة على ضوء آخر التعديلات، مجلة معارف؛ قسم العلوم القانونية، العدد 13، 2018، ص 94.

باعتبارها قائمة على الافتراضات على أن تقبل عمليا إذا تم تقديم ما يدعم الافتراض، فيعود عبء الإثبات مرة أخرى على المستهلك تأكيد أن العيب هو السبب الأكثر احتمالا للضرر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الاختيار بين أنظمة المسؤولية

في تقرير اللجنة الأوروبية المكلفة بوضع دراسة حول تطبيق النظام الخاص للمسؤولية عن المنتجات المعيبة في سنة 2003¹؛ اعتمدت فيه إحصاءات تدل على ارتفاع نسبة الدعاوى المسجلة على أساس القواعد العامة بالمقارنة مع النظام الخاص للمسؤولية القانون رقم 98-389 المؤرخ في 19 ماي 1998.

اعتبر الفقه ذلك تراجع في تطبيق النظام الخاص للمسؤولية، خاصة بعدما سجلته الدراسات المقارنة بين النظامين من تراجع في حماية المضرور² هذا من جهة ومن جهة أخرى تأكيد لرأي الفقه الفرنسي حول صدور قانون 19 ماي 1998 الذي بحسب تعليق الأستاذ F. Chaba³ "لا أحد ربح أو أراد هذا القانون لأنه يخيف الطرفين معا المحترف والمستهلك، وسيقود إلى التراجع".

منطلقا من صعوبة تطبيق النظام الخاص للمسؤولية ذي الطابع الاستثنائي المختلف في أسسه عن القواعد العامة وحتى عن نصوص حماية المستهلك باعتبارها نظام خاص أيضا، عمل القضاء على تفسير النصوص القانونية للحصول على إجابات مستقرة عن إمكانية رجوع المضرور إلى تطبيق القواعد العامة للمسؤولية أو أي نظام خاص آخر وتفعيل حقه في الاختيار.

حق المستهلك المضرور في الاختيار بين الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أو العقدية أو قانون حماية المستهلك أو أي نظام مسؤولية خاص آخر وبين النظام الموحد للمسؤولية، قرره المادة 18/1386 (ق.م.ف) باعتبارها جزء من النظام الخاص المستحدث للمسؤولية عن المنتجات المعيبة المنقولة من أحكام المادة 13 من التعليم

¹ Conseil d'Europe: Rapport à l'intention de la commission Européenne , la responsabilité du fait des produits dans l'Union Européenne. Etude de la commission Européenne. Lovells, Atlantic House, Holborn Viaduct, London EC1A 2FG Royaume-Uni. Février 2003.

² Mireille. Bacache-Gibeili, La responsabilité civile extracontractuelle, T.V. Ire. ed., Delta 2008. P. 683.

³Jean- Francois. Chabas, La loi 9 mai 1998 et le droit commun, Gaz, pal 1999, I, doct, p. 565.

الأوروبية والمعدلة بالمادة 17/1245 من أمر 2016 رقم 131-2016 المتعلق بالقانون المدني الفرنسي.

لكون المادة 13 من التعليمات الأوروبية يمكن أن تشكل الفصل في الأحكام التشريعية والاجتهادات الفقهية والقضائية، فسرت محكمة العدل الأوروبية هذه المادة بقرار صدر بتاريخ 25 أبريل 2002 على أنها سبيل للتنسيق أو تكميل أي نقص بين القواعد العامة والنظام الخاص للمسؤولية، حيث استبعدت إمكانية اختيار المضرور بين النظامين لاختلاف مجال تطبيقهما، الذي يتحدد بالأساس القائم عليه كل نظام.

انتقد الفقه الفرنسي هذا القرار انتقاداً حاداً، على اعتبار أن تفسير محكمة العدل الأوروبية لنص المادة 13 من التعليمات جاء عكس توقعات المشرع الفرنسي تماماً، الذي راهن على التوازن الموجود في فكرة الاختيار بين الأنظمة الممنوح للمضرور عند اعتماده أحكام التعليمات الأوروبية خصوصاً مسألة مخاطر النمو.

لأن المشرع الفرنسي عمل على تحقيق التوازن بين مصالح المنتجين والمضرورين وبالأستناد على باب الاختيار بين الأنظمة القانونية لمسؤولية المدنية، حيث وبعد نصه في المادة 11/1386-5 (ق.م.ف) المعدلة بالمادة 10/1245 فقرة 1-2 من أمر 2016، التي أعفت المنتج من المسؤولية بقوة القانون إذا تمكن من الإثبات لصالحه، ثم قرر بموجب نص المادة 12/1386-2 في نفس القانون تمكين المستهلك المضرور من استعمال حقه في الاختيار، وبأن المنتج لا يستطيع التمسك بسبب الإعفاء إذا ترتب ضرر على جسد الإنسان بسبب عيب في المنتج يكتشف بعد عشر سنوات من طرحه للتداول. ثم بعد تعديل سنة 2016 وبمقتضى المادة 11/1245 (ق.م.ف) حذف الحد من الإعفاء من مسؤولية المنتج بسبب مخاطر التطور وأبقى تحقق الضرر، وعلى هذا النهج المرتبك تبنى المشرع الفرنسي التعليمات وقبل فكرة مخاطر النمو كسبب من أسباب إعفاء المنتج من مسؤوليته.

وتعد هذه الفكرة أهم مسألة أدت إلى تراجع حماية المضرور، ولتحقيق مصلحة هذا الأخير رأى المشرع الفرنسي بوجوب نظر النظام الخاص للمسؤولية عن فعل المنتجات

المعيبة كنظام يضاف للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، بما يحفظ حقوق المضرورين من خلال تمكينهم من الضمانات التي توفرها القواعد العامة كما سبق بيانه¹.

بالعودة إلى مسألة التعويض عن الأضرار، نجد أن المشرع الفرنسي تأثر في تنظيمها أيضا بقرار محكمة العدل الأوروبية وبالمادتين 2/9 والمادة 16 من التعليمات الأوروبية السابق ذكرها التي دعت من خلالهما إلى وضع حد أدنى وآخر أقصى للتعويض، ولا تنتظر مسؤولية المنتج إلى من خلال هذا التقييد.

بعدما كان المشرع الفرنسي يتبنى مبدأ التعويض الكامل ويمكن المستهلك المضرور الذي يؤسس دعواه على القواعد العامة للمسؤولية من حقوقه بالحصول على تعويض كامل، تم تعديل المادة 2/1368 (ق.م.ف) وقضى بتسقيف التعويض متبنيا مبدأ التعويض المقيد، لقد جعله في حدود 500 أورو حتى بعد تعديل هذه المادة بموجب قانون 10 فيفري 2016 التي أصبحت المادة 1/1245.

ما الذي يدفع المشرع الفرنسي لمسايرة محكمة العدل الأوروبية ويتبنى نظام لا يتيح للمضرور الحصول على تعويض كامل² لو لم يراهن على نص المادة 13 من التعليمات الأوروبية؟، الذي يمكن المضرور من حق الاختيار بين النظام الخاص للمسؤولية عن المنتجات المعيبة والقواعد العامة للمسؤولية المدنية، أي تعزيز حماية المستهلك بطابع اختياري للتعليمات الأوروبية وتفسيرها في اتجاه يضمن تمكين المضرور من الاختيار بين نظام أقر أساسا لحماية أكبر للمستهلك وبين القواعد العامة وما تحققه من مصلحة له.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري وبالنظر إلى المادتين 140 مكرر والمادة 140 مكرر 1؛ اللتين تنبأهما المشرع الجزائري لإرساء دعائم مسؤولية موضوعية للمنتج على نهج التشريعات الحديثة وعلى رأسها التعليمات الأوروبية وقانون 19 ماي 1998 الفرنسي، فيمكن القول في شأنهما أن -ما كان بالأمس نقمة أصبح اليوم نعمة- إن صح قول ذلك،

¹ حاج بن علي محمد، امتداد النظام الخاص للمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، مرجع سابق، ص 101.

² يعرفه المشرع الجزائري وفي إطار القواعد العامة بفكرة الضمان العام، التي تقضي بأن كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه طبقا للمادة 188 (ق.م.ج) ولم يستند على مبدأ للتعويض في تعديل القانون المدني سنة 2005.

لحظة إبداء عديد الدارسين ملاحظة عدم كفاية النصين لتنظيم مسؤولية موضوعية للمنتج، ومن ثم الرجوع في حال سكوت المشرع إلى تطبيق القواعد العامة¹.

الفرع الثاني: إثبات المسؤولية

بالاستناد على القواعد العامة من الضروري الفصل بين المسؤوليةين العقدية والتقصيرية لإثبات مسؤولية المتدخل المهني بحكم الاختلاف في العناصر الجوهرية التي يستلزم اثباتها طبقا لطبيعة المسؤولية المعتمد عليه، في ظل استمرار تردد الفقه بين رفض التمييز في المسؤولية بالتوجه نحو وحدتها والتمسك بالتمييز والتفرقة، من ثم قيل بعدم جدوى التمييز فيما يتعلق بمسألة الإثبات. ليقترح توسيع نطاق تطبيق المسؤولية التقصيرية باعتبارها الأصل القانوني السابق على العقد، تم تحميل الدائن بالحماية المضرور عبء الإثبات المسؤولية والتقصير سواء كان عقديا أم تقصيريا (أولا).

أما فيما يتعلق بعقود التجارة الالكترونية، اتسم إثبات الخطأ الالكتروني بطابع الصعوبة المضاعفة، لهذا حاولت التشريعات الوصول إلى حماية إجرائية فعالة للمستهلك، حينما قامت بتأسيس مسؤولية المورد الالكتروني على الخطأ المفترض بمجرد عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية، كأنما أعفى المستهلك من عبء إثبات الخطأ (ثانيا).

أولا: إلزام المستهلك بالإثبات

بالنظر للقواعد العامة والفقه التقليدي، يجب لإثبات مسؤولية المتدخل التمييز بين المسؤولية التقصيرية والعقدية، لأن هذه الأخيرة تحمل المدين المسؤول عبء إثبات وجود العلاقة العقدية وتنفيذ الالتزام أو السبب الأجنبي، والمسؤولية الأولى تجعل الدائن المضرور ملزم بإثبات الخطأ لقيام المسؤولية عن عدم بذل العناية اللازمة لتأدية التزام الحيلة والتبصر حسب المادة 1382 (ق.م.ف) كما يكون على المدين المسؤول بموجب المسؤولية التقصيرية القائمة على الإخلال بالتزامات قانونية محددة منطمة بأحكام المادة 1384 (ق.م.ف) إثبات السبب الأجنبي للإعفاء من المسؤولية لأن المقصر في تنفيذ تلك الالتزامات لا يمكنه إنكار خطئه باعتباره مفترض.

¹ حاج بن علي محمد، مرجع سابق، ص 102.

الواقع العملي جعل هذه النظرة تبدو قاصرة، لأن المدين قد لا يكون الشخص المكلف بالإثبات دائماً في نطاق المسؤولية العقدية، بل قد يلزم الدائن بإثبات تقصير المدين في أداء الالتزام. كأن يمتنع المدين عن أداء عمل ما، بالتأكيد لن يلقى عليه إقامة الدليل على إخلاله بالالتزام، بل سيكون على الدائن بالالتزام عبء إثبات التقصير.

هذا وقد قال الفقه الفرنسي الحديث بعدم جدوى التمييز في طبيعة المسؤولية من أجل تحديد الشخص الملزم بالإثبات ليس لتعلق الأمر بميل القانون إلى التخلي عن التمييز بين المسؤوليتين كما سبق الإشارة، بل هو مرتبط بطبيعة الالتزام المخل به، لأن إثبات الخطأ أساساً متوقف على مضمون الالتزام الذي إذا كان التزام بتحقيق نتيجة سيفترض فيه الخطأ لا محالة، أما إذا كان التزام ببذل العناية سيكون على الدائن إثبات خطأ المدين وإهماله.

غير أن ربط تحديد الشخص الملقى عليه الإثبات بطبيعة الالتزام، وتقسيمها إلى التزام بنتيجة مقابل التزام بوسيلة يجعل عبء إثبات عدم تنفيذ أي التزام مهما كانت طبيعته يقع على الدائن به، لذا لم يطل بقاء عبء الإثبات كضابط فاصل بين النوعين من المسؤولية. كما أن الخطأ الموجود في عدم تنفيذ الالتزام لهذا لا بد من إثباته باستمرار من طرف الدائن حتى لو اختلف ما يجب إثباته من مسؤولية لأخرى، بين إثبات مخالفة الالتزام القانوني أو التقصير في المسؤولية التقصيرية، إلى إثبات وجود العقد ومن ثم عدم التنفيذ في المسؤولية العقدية.

في ظل استمرار تردد الفقه بين رفض التمييز في المسؤولية بالتوجه نحو وحدتها والتمسك بالتمييز والتفرقة، كان من بين الحلول التي أوجدها لهذه المسألة هو توسيع نطاق تطبيق المسؤولية التقصيرية على حساب المسؤولية العقدية، مؤكداً تحميل الدائن المضرور عبء الإثبات المسؤولية وتقصير المدين سواء كان عقدياً أو تقصيرياً.

كما أن الاستناد على نوع التقصير قد يجعل عبء الإثبات يقع على الشخص الذي يملك عناصره، قد يكون أحياناً الدائن وأحياناً أخرى المدين، كالتقصير المستحدث من عدم التنفيذ الكلي يكتفي فيه الدائن بإثبات وجود الالتزام للحصول على التعويض وعلى المدين إثبات الوفاء بالتزاماته أو السبب الأجنبي. أما في حالة عدم التنفيذ الجزئي أو المعيب الخارج عن الاتفاق يكون على الدائن إقامة الدليل على عدم التسليم أو التسليم

غير المطابق. مع ذلك اعتبر المشرع الجزائري بمقتضى قانون حماية المستهلك 09-03 دعاوى المسؤولية عقدية كانت أم تقصيرية على الإخلال بالالتزام العام بالسلامة بأنه خطأ مفترض يوجب قيام المسؤولية.

عموما المستهلك المضرور عادة ما يقع عليه إثبات خطأ المتدخل المتسبب في الانحراف عن السلوك والالتزام بالتبصر والحرص المفترض فيه، وقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية عام 2002 في قضية تتعلق بوكالة سياحية غيرت مواعيد إياب عملائها مما كلفهم مصاريف إضافية، نقض لحكم المحكمة الابتدائية بعدم مسؤولية الوكالة في حال كان دورها مقتصر على حجز وبيع التذاكر إلا إذا تم إثبات الخطأ طبقا للمادة 24 من القانون 92-645 المتعلق بتنظيم نشاط وكالات السياحة الفرنسي.

ومن ناحية أخرى تم افتراض الخطأ في قرار محكمة النقض سنة 1996 قضت فيه بأن العيادة الطبية مسؤوليتها مفترضة اتجاه أي مريض يصاب بعدوى في قاعة العمليات أثناء إجراء العملية، إلا إذا ثبت انعدام الخطأ.

ثانيا: مسؤولية المورد الإلكتروني تعفى المستهلك من الإثبات

بالنظر إلى طابع التجارة الإلكترونية العابر للحدود، الذي اعدم أي حد كان يمكن أن يستند عليه لتحديد ضابط الفصل بين الأفعال المكونة للخطأ والقانون الواجب التطبيق، إذ يمكن أن تنتج آثار الأفعال الموجبة للمسؤولية داخل أو خارج البلد المرتكبة فيها، وهذه الأفعال قد تكون غير مباشرة كإرسال بريد إلكتروني بإخفاء الهوية أو تتكرر باستعمال تعريف IP، كما قد تتعدد الأخطاء وتتنوع بين عادية في حال تقصير المورد في الالتزام بالاحتياطات وأخرى فنية لا يدركها غير الخبير المحترف.

هذه الصعوبة في إثبات الخطأ الإلكتروني واجهتها التشريعات الساعية إلى تحقيق حماية ناجعة للمستهلك، بتأسيس مسؤولية المورد الإلكتروني على الخطأ المفترض بمجرد عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية وهو بعبارة أخرى إعفاء للمستهلك من عبء إثبات الخطأ الناتج عن الإخلال بالتنفيذ من قبل المورد، لأنه مكلف فقط بإثبات واقعة الضرر الحاصل لتقوم مسؤولية المورد الذي لا يمكنه غير إثبات السبب الأجنبي.

ذلك طبقا للمادة 18 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 التي نصت على أنه: "بعد إبرام العقد الإلكتروني يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك

الإلكتروني عن حسن تنفيذ الإلتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله أو من قبل مؤدي خدمات آخرين، دون المساس بحقه في الرجوع ضده.

غير أنه، يمكن للمورد الإلكتروني أن يتحلل من كامل مسؤوليته أو جزء منها إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوءه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة القاهرة".

المسؤولية العقدية التي أسس عليها المشرع مسؤولية المورد الإلكتروني عن عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية المخففة لعبء الإثبات من على عاتق المستهلك المضرور، أبقت احتمال إلقاء هذا العبء عليه عند إثبات الضرر في نفس المسؤولية وحتى قبل التعاقد، ليعود إلى سعي إثبات الضرر الذي أصابه بسبب خطأ المورد الإلكتروني، عليه إذا الوصول إلى إقامة القرينة القضائية بإثبات الضرر الذي تفترض علاقته السببية بالخطأ.

يمكن كأصل عام إثبات الخطأ كواقعة مادية بكافة طرق الإثبات القانونية، هذا ينطبق أيضا على الخطأ الإلكتروني غير الملموس بالإضافة إلى إمكانية اللجوء إلى ما سماه القضاء الفرنسي باستخلاص الخطأ من ظروف الحادث أو مخالفة المورد الإلكتروني لقواعد التجارة. واستخلاص الخطأ المؤسس للمسؤولية هو مسألة موضوع يرجع للقاضي تقديرها.

متى كان في ظروف الحادث الذي سبب ضررا للمستهلك ما يسمح بافتراض وقوع الخطأ، يستتبط القضاء خطأ المورد من ظروف الواقعة ليصل إلى استخلاص الخطأ ويخفف على المستهلك المضرور مسألة الإثبات ويقيم قرينة قضائية على مسؤولية المورد، التي تسقط لنسببتها بحسب المادتين 1382 و 1383 (ق.م.ج) بإثبات انعدام الضرر أو السبب الأجنبي.

ومتى خرج المورد الإلكتروني عن القواعد القانونية المنظمة لسلوكه في ممارسة نشاطه التجاري كشروط التخزين واحترام المكونات وفترة الصلاحية، تقوم مسؤوليته باعتبار الاعتداء على النظام خطأ يسبب أضرارا للمستهلك.

أما في حال كان الضرر ناتج عن عرض وقائع كاذبة عبر المواقع، أو انتهاك سرية البيانات الشخصية والحياة الخاصة، أو نتج عن فيروس الحاسوب انتقل الكترونيا عند إرسال المورد الإلكتروني برنامج معين إلى المستهلك، تقوم مسؤولية المورد التقصيرية التي سعت في نطاق القواعد العامة لجبر الضرر، يكلف بموجبها المستهلك

المضرور بإثبات الضرر بسبب خطأ المورد المسؤول المقدر بحسب معيار الرجل المحترف.

قد يعفى المستهلك المضرور من التدليل على الضرر وعيئه، بإقامة قرينة قانونية على حدوث الضرر حينها يتم افتراض أن الضرر من فعل المورد كأحكام المادة 184 (ق.م.ج). بغير استثناءات محدودة يلزم المستهلك الالكتروني بالإثبات، إما بإثبات الخطأ الذي إن كان مفترضا يكون عليه إثبات الضرر الذي وقع عليه ومقدار الضرر وعناصره بكافة طرق الإثبات.

بناءً عليه اعتبرت محكمة الدرجة الأولى عام 2000¹ أن المورد ملزم بالتحذير والحرص عبر الموقع بالمعنى الوارد في المادة 1383 (ق.م.ف)، وبالاستناد على المادة 1382 من نفس القانون قررت محكمة استئناف فرساي عام 2000 أن مسؤولية مورد الإيواء قائمة على أساس خطئه إخلالا بالتزام اليقظة والإعلام لأنه مسؤول عن المعلومات الموجودة تحت يديه خاضعة لرقابته وملزم بإعلام ملاك المواقع باحترام الحقوق الشخصية.

من المهم الإشارة إلى أن أحكام المادة 9/1386 مدني المعدلة بالمادة 8/1245 من أمر 2016، وضعت على عاتق المضرور عبء إثبات علاقة السببية بين الضرر وعيب المنتج، والمادة 11/1386 في الفقرة 1-2 (ق.م.ف) المعدلة بالمادة 10/1245 من نفس الأمر وتطبيقا لمقتضى المادة 1/7-2 من التعليمات الأوروبية، استبعدت مسؤولية المنتج إذا تم إثبات عدم طرح منتوجه للتداول، أو أنه طرح للتداول دون عيوب.

غير أن الاجتهاد القضائي مستندا على القواعد العامة قضى بافتراض علم المنتج بعيوب المبيع، بذلك افتراض علاقة السببية وخفف العسير من على المستهلك المضرور²، كالحالة التي افتراض فيها تعيب منتج المورد وعلاقته بالضرر³.

¹ TGI Nanterre, 31 janvier 2000, n 172-I, 3 suisses SNC 3SH, Helline, La Redoute, Legipresse, p. 74.

² Cass. Civ. 1re. 24 nov. 1954. JCP. 1955. II. 8565. Citer par: **François. Terre, Henri. Capitant, Yves. Lequette**, Les grands arrêts de la jurisprudence civile. T. 2. 11éd. 2000, p. 483.

³ Cass. Civ. 1 re, 9 mai 2001, B I n° 130, RTD civ. 2001, p. 889, obs. **Patrice. Jourdain**.

يمكن أن يعتمد المشرع الجزائري هذا الاجتهاد المؤسس على القواعد العامة ويفترض علم المنتج بعيوب المبيع، خصوصا بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 دون تضمينه أحكام تلزم المضرور على إثبات علاقة السببية.

خلاصة الفصل الثاني:

بافتراض أن الحماية الإجرائية للمستهلك يجب تكون بالتوازي مع التوازن العقدي، وأن هذا التوازن لا يتحقق إلا من خلال نظام معين، تم في هذا الفصل دراسة نظام الحماية من حيث الأشخاص بالنظر من زاوية المستهلك الذي كلما طالت السلسلة الاستهلاكية من إنتاج وصناعة وتوزيع تاه هو في تحديد المسؤول عن المنتج المغشوش أو المخالف لرغباته المعيب غير المطابق.

بحكم أن المستهلك هو العنصر الأساسي والهام في قانون حماية المستهلك، بل إن وجود هذا القانون ككل مشروط بوجود المستهلك كطرف رئيسي معني بالحماية كلما دخل في مركز الضعف بسبب حاجاته اليومية للمنتجات المطروحة في السوق، بغاية تحسين وضعية الضعف تلك كطرف متعاقد تم إدخاله في نظام الحماية الإجرائية. حيث نُظر إليه كفئة تتعاقد لأغراض ذاتية شخصية تشمل حتى المتدخل المهني عندما يتعاقد خارج اختصاصه لأنه دون شك سيكون في مركز ضعف مثله مثل المستهلك العادي، إذ بحسب هذه النظرة الموسعة التي تبنت معيار الاختصاص المهني تمتد الحماية القانونية كل أي شخص يتصرف خارج نشاطه المهني. في حين نُظر إليه من زاوية أخرى كفئة ضيقة ضعيفة لا تملك الخبرة الفنية والمعلومات المعرفية والإمكانيات لمواجهة طرف يملك كل ما يمكنه من دفع المستهلك للتعاقد مما قد يوقعه في فخ التعاقد عن جهل، لهذا استبعد المهني من مجال قانون حماية المستهلك وإن احتاج للحماية ما عليه سوى الرجوع إلى القواعد العامة.

لقد سارت أغلب التشريعات في اتجاه تضيق نطاق الشخص الموصوف بالمستهلك كطرف ضعيف في العقد، باعتباره أقرب إلى تبرير معنى الحماية القانونية المقررة له وجنبها احتمالية نتائج تطبيقها التي سادت في ظل النظرة الموسعة، مع ذلك مازال النقاش قائماً حول إدخال بعض الأشخاص المهنية في نطاق قانون حماية المستهلك كصغار المتدخلين طالما لم يكتسبوا الخبرة والكفاءة بعد، كما أخذ المستهلك الإلكتروني هذا الوصف ليشمله قانون حماية المستهلك بالحماية الإجرائية.

في نفس النظام يوجد الشخص الموصوف بالمتدخل الذي على عكس الوصف الأول للطرف الضعيف تراوح بين التوسيع والتضييق، جاء وصف الطرف القوي في

عقد الاستهلاك واسع وفضفاض ليشمل كل شخص دخل سلسلة توزيع المنتج، كان الاختلاف فيما يتعلق به حول إيجاد التعبير المناسب الذي لو أطلق عليه يشمل كل هؤلاء دون إهمال أي مرحلة من مراحل عرض المنتج للاستهلاك بالاقتران على بعضها كالإنتاج والتوزيع دون البيع النهائي، كما تظهر أهمية تحديد نطاقه بدقة في شدة الالتزامات المفروضة عليه في مواجهة المستهلك، التي ازدادت صرامة كلما اختلفت صورته إلى أن وصلت اليوم إلى المورد الإلكتروني الذي لولا التحديد الدقيق له لفلتت الحماية الإجرائية وفقدت فعاليتها.

من أجل نظام حماية إجرائية فعال للمستهلك لإثبات حقوقه، كان لا بد كذلك من إيجاد نظام موحد قابل للتطبيق على أي اختلال في التوازن أو خلل في التنفيذ سواء في إطار القواعد العامة أو الأنظمة الخاصة، بتحديد الأساس الذي يساهل على أساسه المتدخل ويثبت حق المستهلك في المطالبة بالتنفيذ أو التعويض.

مهما كان الأساس الذي يستند عليه في إثبات مسؤولية المتدخل، سواء كان النظام القانوني الموجود منذ زمن دون أن يجادله أي نظام آخر المميز بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية وتقدير مدى عدالة تعويض الأضرار الناتجة عن الإخلال بالعقد بسبب الخطأ الراسخ في القواعد العامة، ليظهر فيما بعد فكرة لم تضيء بشكل ساطع في بداياتها لقوة سطوع فكرة الخطأ، إلا أنها سرعان ما سطعت لتخفت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية، كان الأمر متعلقاً بفكرة المخاطر على أساس تحمل التبعة، ومن ثم افتراض الخطأ مما يخفف عبء الإثبات عن الدائن بالحماية الإجرائية ويسهل عليه تحصيل حقوقه بدل فتح ثغرات للمتدخل يتهرب بها من مسؤولية التنفيذ والتعويض كما كان له ذلك في ظل فكرة الخطأ لصعوبة إثباته بالنسبة للمستهلك.

الفكرة التي تمحورت حولها فكرة المخاطر كأساس للمسؤولية ظهرت بشكل أكثر أهمية عندما طبقة على مسؤولية المورد الإلكتروني، لكن الفقه رأى بإمكانية تطبيق الفكرتين معاً، أي فكرة الخطأ وفكرة المخاطر كأساس للمسؤولية ليتشكل أساس مزدوج، ويبقى لسلطة القاضي التقديرية الإسناد إلى إحدهما.

بناءً عليه تم استحداث أنظمة مسؤولية خاصة، بالتوازي مع القواعد العامة التي كانت لا تزال أضمن في بعض الجوانب للمستهلك، خاصة لو نظرنا من جانب الإثبات الذي بافتراض علم المتدخل بتعييب منتوجه أصبح مسؤولاً، دون أي شرط للإثبات يملك المستهلك أمام تعدد الأنظمة حق الاختيار بينها، قد يلزم بالإثبات تارة ويعفى منه تارة أخرى أو بالأحرى يخفف عنه بأن يعفى من تقديم الدليل على الضرر، بافتراضه لكن هذا كان في استثناءات محددة، وفي غيرها يلزم المستهلك بالإثبات إما الخطأ الذي يمكن بحسب المسؤولية افتراضه، ليقع عليه إثبات الضرر الواقع وعناصره بكافة طرق الإثبات.

الباب الثاني :

تكريس الحماية الإجرائية

المتفق عليه أن للعقود قوة ملزمة تجعلها واجبة التنفيذ، وأي خروج عن الاتفاق يعني انتهاك الحماية الإجرائية وإثارتها بتحول المدين إلى مخالف للقانون، والدائن إلى صاحب حق يمكنه القانون من الوصول إليه عن طريق القضاء ليعاد التوازن لعلاقتهما التعاقدية. لكن هذا التمكين التشريعي لا يكفي وحده خاصة عندما يكون الدائن مكتسب لصفة المستهلك، الذي يجب أن يملك قدرة تطبيق الإجراءات كطريق مبدئي عام وحيد للسير نحو حقه مهما تعددت فروعها، بعد ذلك يجب أن يرى كل عنصر من عناصر دعواه كقطعة من صورة كبيرة عليه أن يضعها في مكانها المناسب، ويشرح لماذا تعتبر ذات صلة دون غيرها ومنتجة يجب على التقدير القضائي قبولها، رغم عدم تحديد القانون للنموذج المثالي لذلك ولا الشكل الأنسب إن كان التقليدي أو الإلكتروني، لم يكن أمام المستهلك دائما طريق واضح نسبيا غير القضاء، نظرا لمسعى التشريعات العام نحو توجيه الجهود لتسهيل الوصول إلى القضاء بتكثيف الإجراءات القضائية مع احتياجات المستهلك الحديثة.

غير أن الإحصائيات حول هذه المسألة رغم عدم دقتها، تشير -بمنطق يجعلنا نقبلها- إلى نسبة قليلة جدا من نزاعات المستهلك تعرض أمام القضاء وتغاضي الأغلبية عن المطالبة بحقوقها، لأسباب عديدة لعل من أبرزها التكلفة المالية للتقاضي وبطء الإجراءات التي قد تستغرق وسائل الإثبات ذاتها وتستنزف مصالح صاحبها، فيقرر أطراف العلاقة الاستهلاكية أنفسهم الاتفاق على إبقاء عقودهم مع بعض التنازلات أو التغييرات فيها (الفصل الأول).

بالمفهوم التقليدي لا يمكن تسوية منازعات المستهلك إلا باللجوء إلى القضاء، لكن هذا أصبح غير واقعي أمام التغيير التدريجي الذي حدث بمجرد إدراك المستهلك أن العدالة لا تحقق فقط من خلال القضاء، فطالب بها بالطرق البديلة كأدوات أو خيارات قانونية إضافية، بل مقارنة بالقضاء تبدو الطرق التي مازالت تعتبر بديلة للمستهلك هي الأولى حيث تتجه الأقلية إلى القضاء، بينما تلجأ الأغلبية لتسوية أي نزاع استهلاك خارج القضاء ببدايل تطورت إلى الحد الذي صارت معه جزء من نظام الإجراءات الحديث، واستقرت عمليا إلى الدرجة التي أجبرت التشريع والقضاء على التكيف معها للحفاظ

على سيادة القانون بإبقاء بعضها داخله كالوساطة وإدارة البعض الآخر بربط التنفيذ والحجية به كالتحكيم (الفصل الثاني).

الفصل الأول: دعاوى الإثبات الإجرائية لحماية المستهلك

تعتبر دعاوى المستهلك الإجرائية جزء من النظام القانوني التي أفرد لها قانون حماية المستهلك بعض الأحكام الخاصة في الإثبات، لتمكينه كطرف ضعيف صاحب الصفة من المطالبة بحقوقه في تلبية الجودة المطلوبة والوصف المعلن عنه بالمنتجات التي تعاقد بشأنها، على سبيل توفير إجراءات فعالة تمكن أي مستهلك من إثبات دعواه والحصول على تعويض للضرر الذي تعرض له، طالما كانت تلك الحماية خطيرة وضرورية في الوقت ذاته لدقتها في مختلف المسائل المتعلقة بطرق السير فيها، لم تكفي التشريعات الخاصة بحماية المستهلك لتغطية جل جوانب الحماية، لذلك كان لابد من الاستعانة بالقواعد العامة المضبوطة بالقانون المدني سواء تعلقت بالشكل التقليدي أو الإلكتروني الحديث منها (المبحث الأول).

بمجرد عرض الدعوى أمام القضاء، تبدأ مراحل سير الإجراءات من النظر في شروط قبولها إلى التقدير الإجرائي لها، إذ لا مجال للحديث عن الأدلة أو عن الفصل في الموضوع وإعادة التوازن للعقود أو إنهاؤها قبل توفر شروط كالصفة والاختصاص والآجال القانونية، لتليها مرحلة الأساس يقوم خلالها القاضي بمهمة التحليل والتقدير لأي وسيلة إثبات قدمت للاستدلال بها، ولعلها عملية تزداد صعوبة أمام عقود الاستهلاك لما في المنتجات محل العقد من تعقيد جعلت إثباتها سهل ويتيسر بالطرق العلمية والأساليب الفنية، كالخبرة التي عادة ما يلجأ إليها القاضي للاستناد على نتائجها عند الفصل الإجرائي في دعوى المستهلك، مع الترجيح الغالب لوسائل الإثبات الحديثة على أساس حجيتها المطلقة وتعزيزها للشفافية وقدرة المستهلك على إثبات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: رفع الدعوى

يبدأ المستهلك بإجراءات حماية حقوقه المنتهكة برفع الدعوى، يسعى من خلالها إلى إثبات ما اتضح له من عيوب في المنتج وتقصير من المتدخل بعد تنفيذ الالتزام وأحيانا قبل التنفيذ، لكن هذا لا يتحقق إلا إذا كان المستهلك مدركا لحقوقه وإجراءات تحصيله لها بمعرفة إطار الدعوى التي تمكنه من إثبات الضرر الواقع عليه من طرف المتدخل (المطلب الأول).

بعد ذلك يكون على المستهلك إتباع الإجراءات التي تصيب الطريق الأكثر نجاعة ومصلحة له، وما يحقق ذلك ليس بالضرورة صعبا دائما، إذ يمكن أن يخفف عنه عبء الإثبات من طرف أشخاص أو جهات ذات صفة ومصلحة في دعواه ويكتفي هو بالمطالبة بالتعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دعاوى المستهلك

مجرد الحديث عن ضمان العيب الخفي أو ضمان خدمة ما بعد البيع أو ضمان التسليم المطابق للمنتج يُفهم منه بالضرورة أن المراد هو حماية المستهلك، لارتباطها الوثيق بالضمان عامة وضمن العيب الخفي خاصة الذي يُعجز الحماية ذاتها إذا لم يتمكن المستهلك من تحمل عبء إثباته (الفرع الأول)، كما يقع عليه أيضا عند إخلال المتدخل بالالتزام تحقيق نتيجة، كالتسليم المطابق أو الخدمة ما بعد البيع، عبء إثبات وجود الالتزام التعاقدي وعدم تنفيذه فقط دون أن يتقّل بإثبات خطأ المتدخل، لأنه غير مطالب بذلك في مثل هذا الالتزام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات العيب الخفي

إذا بذل المستهلك عناية الرجل العادي في فحص المبيع العادي واستعان بذوي الخبرة الفنية لفحص المبيع الفني الإلكتروني واكتشف عند تسلمه وجود عيب خفي قديم لم يكن عالم به ومؤثر، اعتبر وجود العيب من قبيل نقص في السلامة، وتقوم مسؤولية المتدخل على أساس قرينة العلم بذلك العيب ويلتزم بناءا عليه بضمان العيوب الخفية. لذلك يقع على المستهلك إخطار المتدخل بوجود ذلك العيب بمجرد اكتشافه والإثبات بجميع الوسائل أن البائع تعمد إخفاء العيب غشا منه بإثبات شروط العيب الخفي الموجب للضمان، وهو ما جاء في أحكام المادة 380 من القانون المدني، ويرجع لقاضي

الموضوع تقدير الوسائل والأسباب التي قدمها المستهلك تحت طائلة رفض دعواه لعدم التأسيس.

هذا معناه أن الحماية الإجرائية للمستهلك متوقفة على تمكنه من إثبات تظليل وغش المتدخل له وإثبات شروط العيب الخفي في المبيع، رغم صعوبة هذه المسألة عليه فهي مضاعفة أمام الطابع المعقد للمنتجات الحديثة وما تتطلبه من دقة فنية عالية في الاستعمال وإبرام العقود بشأنها بالوسائل الالكترونية. خاصة أن تحديد خفاء العيب يعتمد على المعيار الموضوعي لا الذاتي للمستهلك طبقاً للمادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

ولأن دعوى ضمان العيب الخفي تستلزم إثبات العيب القديم الموجود في المبيع العادي قبل التسليم طبقاً لأحكام الفقرة 01 من المادة 379 (ق.م.ج)، وليس الطارئ الذي يظهر بعد التسليم الذي لا يضمنه البائع¹. أي العيب الذي نشأ بعد إبرام العقد وما زال يعيب المبيع وقت التسليم، أما المبيع الالكتروني لا يتحقق هذا الشرط فيه بالفترة ما بعد إبرام العقد والتسليم لأن العيب قد يوجد فيه وقت إنتاجه بتصنيعه أو تركيبه ويظهر عند أول استعمال مثل الفيروس الذي يصيب برامج المعلومات² هذا يخلق استحالة إثبات أخرى أمام إمكانيات المستهلك الفنية والتقنية الضعيفة غالباً، لهذا قال بعض الفقه بضرورة استبدال عبء إثبات المشتري -المستهلك- لقدم العيب إلى عبء إثبات البائع -المتدخل- لحدثه، حتى تنتفي مسؤوليته عن ضمان هذا العيب، بالقدر الذي تقتضيه ضرورة التفاوت بين القدرات العلمية والخبرات الفنية التي يحوزها أطراف عقد الاستهلاك، مما أدى إلى غياب التوازن الحقيقي والموضوعي بين الالتزامات.

إضافة إلى ذلك على المشتري إثبات القدر المعتبر من جسامه وأهمية العيب بحيث يخفض من كفاءته أو يجعله غير نافع للغاية المخصص لها، شرط التأثير هذا الذي ألزم المشتري بإثباته من خلال المادة 379 لمباشرة دعوى ضمان العيب الخفي. يكون

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية؛ البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 914.

² معزوز دليّة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية؛ ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص-ص 200-201.

للمستهلك إثباته في المنتجات الالكترونية خلال فترة الضمان بواسطة العطل الذي أصاب جهاز الكمبيوتر فأفقدته الخصائص التي من أجلها اقتنى ذلك البرنامج خلال فترة الضمان هذا في حالة الفيروسات مثلاً.

بمقارنة أحكام التشريع المدني بخصوص ضمان العيب الخفي مع أحكام تشريع حماية المستهلك وقمع الغش، نجد أن الضمان في هذا الأخير شمل المنتجات الاستهلاكية أهمها الخطيرة، بحسب وصف المادة 03 من المرسوم التنفيذي 90-266 الملغى المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، عندما ألزم المتدخل بضمان سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له و/أو من أي خطر ينطوي عليه.

وأضافت المادة 04 من نفس المرسوم، أن تجربة المبيع لا تعفي المتدخل من التزامه بالضمان، هذا ما أكدته المادة 15 من القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم، رغم عدم تخصيصه لقواعد تنظم الإثبات أو تقرر قلب عبء الإثبات ليحمله المتدخل، أقر بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، المحدد لشروط وكيفيات ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ¹، بضمان السلع والخدمات مهما كانت طريقة وتقنية البيع المستعمل.

وعليه إذا كانت التقنية الكترونية خاصة بالبيع الالكتروني المنصبة على توريد سلع أو خدمات متنوعة فنيا وتقنيا ووظيفيا، أي صعوبة إثبات شروط الضمان، فيمكن للمستهلك التمسك بعدم مطابقة المنتج للمواصفات، الذي يحسب من بين الالتزامات المستحدثة إلى جانب الالتزام بالسلامة وضمان صلاحية المنتجات.

كما أن توسيع القضاء الفرنسي لفكرة العيب الخفي، شاملا نقص الأمان والسلامة معتبرا إياها من قبيل خفاء العيب، نتج عنه وضع قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، تفترض علم البائع بوجوده المشترط في المادة L.211-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي لقيام مسؤولية هذا الأخير على أساس ضمان مخاطر المنتج.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية عدد 49 مؤرخ في 2013/10/02.

يمكن اعتبار ذلك نتيجة عن التوجيه الأوروبي 85-374 الصادر عام 1985 المتعلق بأحكام المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة¹، الذي ربط انعدام الأمان المناسب في السلعة خلال فترة تكفي لتقييمه بافتراض وجود العيب الخفي، كما ألزم البائع المتدخل بإثبات خلو المبيع من العيب عند نقل ملكيته للاستخدام وهو بذلك أعفى المضرور من عبء الإثبات². وقد وفق المشرع المغربي بتبني هذا الاتجاه في بعض الحالات، بنقل عبء إثباتها إلى المتدخل، وذلك بالنظر لما يمتلكه هذا الأخير من الخبرة الفنية والعلمية التي تمكنه من توفير الأدلة على حسن تنفيذه لالتزاماته القانونية³.

الفرع الثاني: إثبات الالتزام بالتسليم المطابق

ألزمت القواعد العامة البائع بتسليم منتج مطابق وفقاً لمبدأ حسن النية، وألزمته المواد 11 و12 من قانون حماية المستهلك 09-03 بإثبات مطابقة المنتجات للمواصفات المتفق عليها في العقد والمقاييس القانونية في إنتاجها ولما يطرأ عليها من عيوب عند التسليم، هذا لا يمكن إلا أن يفسر الارتباط الوثيق بين ضمان مطابقة المبيع والالتزام بالتسليم.

وفي المادة 03 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المطبقة لأحكام المادة 13 من القانون 09-03 حدد المشرع الجزائي أحكام الضمان ومكن المستهلك منه في الحالة التي يكون فيها المنتج غير مطابق لبنود عقد البيع، ونص على إثبات العلاقة التعاقدية وبالتالي الالتزام بضمان المطابقة بالوسائل التي عددها المرسوم واعتبرها بنفس الآثار القانونية التي يربتها عقد البيع.

يتبع ذلك حتمية وجود الالتزام بالإعلام الذي اعتبره التوجيه الأوروبي رقم 44-99 لعام 1999 في نص المادة 2 منه أساساً لتقدير المطابقة، حيث يكون على المتدخل تسليم منتج مطابق للمعلومات والبيانات الخاصة بالمواصفات التي قبلها المستهلك

¹ Directive n° 85/374 du conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et du fait des produits défectueux, modifiée et complétée

² حسن عبد الباسط جميعي، شروط التخفيف والإعفاء من ضمان العيوب الخفية، دون دار نشر، 2010، ص 158.

³ المادة 34 من القانون رقم 08-31 المؤرخ في 18 فبراير 2011 المحدد لتدابير حماية المستهلك، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 5932 الصادر بتاريخ 7 أبريل 2011، ص 1072.

وتعاقد من أجلها سواء كان العقد تقليدياً أو إلكترونياً، رغم خصوصية هذا الأخير الذي تتعدم فيه المعاينة المادية للمنتوج بحيث يكون دافع المستهلك الإلكتروني للتعاقد هو البيانات والصور الواردة على الموقع الإلكتروني، وبالتالي المطابقة فيه تتطلب توافق المنتج الذي تسلمه المستهلك مع ما تم الإعلان عنه وعرضه عبر الموقع الإلكتروني للمتدخل.

في هذا الشأن بين مركز التوثيق الاقتصادي والمالي CEDEF في فرنسا كيفية رفع الشكاوى والإجراءات اللازمة في قطاع الاتصالات الهاتفية والانترنت بربط الاتصال بأرضية مخصصة لذلك، فيها كل القوانين الخاصة بمستعملي الهاتف والانترنت وعلاقتهم بالمتعاملين وسعر المعاملة، واتباع التعليمات المطلوبة.

في حال تم تسليم منتج غير مطابق لبنود العقد أو المقاييس القانونية، يبادر المستهلك إلى إخطار المتدخل بعيب عدم المطابقة خلال 24 شهراً من يوم التسليم في الأشياء الجديدة والإلكترونية و12 شهراً بالنسبة للأشياء المستعملة، بإثبات عدم مطابقة المنتج، وتبسيط هذه العملية أكثر خصوصاً لإثبات بعد التسليم افترض المشرع الفرنسي بموجب المادة L.217-7 من قانون الاستهلاك أسبقية عيب المطابقة على التسليم، يكفي المستهلك إذا بإجراء مقارنة بسيطة بين المنتج المستلم فعلاً مع ما تم الاتفاق عليه في العقد، إذا وجد فرق بينهما تحقق عيب عدم المطابقة¹، مما يفيد قيام مسؤولية المتدخل الملزم بتحقيق نتيجة²، له طبعاً إثبات العكس، ويرجع لقاضي الموضوع تقدير المسألة.

الفرع الثالث: إثبات التزام بالخدمة ما بعد البيع

لا تتوقف الالتزامات الموجبة للضمان عند تسليم منتج مطابق لبنود العقد والنصوص التنظيمية وخالي من العيوب التي تحرم المستهلك من المصلحة التي دفع من

¹ أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عن الغرفة المدنية الأولى، بتاريخ 10 أبريل 2008، رقم 0712373 ضد شركة ASC Auto.

أن مدى مطابقة المنتج للمواصفات تكون وقت التسليم، ولا يكفي التسليم المطابق من الناحية الوصفية أو الكمية لاعتبار المتدخل منفذاً لالتزامه بل يجب أن تتحقق فيه المطابقة الوظيفية.

² Philippe Le Tourneau, La responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz 3^{ème} éd., Paris, 2009, p.1636.

أجلها، بل تمتد لالتزام ضمان آخر وهو التزام المتدخل بخدمة ما بعد البيع في العقود التي أعلنت فيها الإرادة صراحة الالتزام بالمتابعة الدورية للمنتوج بعد البيع وتقديم خدمات التصليح والصيانة أو تسهيلات خاصة في حالة ظهور عيب به بعد انقضاء المدة القانونية للضمان، أو أن العيب الذي طرأ على المنتوج لا يغطيه الضمان، فهنا يتلقى المتدخل مقابل مالي نظير ما قدمه من إصلاح للمنتوج المعيب.

المشرع الجزائري ومن خلال المادة 16 من القانون 09-03 حمل المتدخل التزام تنظيم عملية خدمة ما بعد البيع بعد فترة الضمان القانوني، معددا الخدمات التي يشملها هذا الالتزام من تصليح وصيانة وبيع لقطع الغيار واللوازم الأصلية وتوفير المختصين التقنيين والفنيين والمراجعة الدورية لبعض المنتوجات كالسيارات والهواتف. معتبرا إياه مستقل عن الضمان القانوني ولا يحل محله إلا إذا كان العيب بسيطا لا يرتب نقصا في قيمة الشيء أو منفعة، فهو إضافي مكمل له ينتهي بانتهاء عمر المنتوج سواء العادي أو الإلكتروني تطبيقا للمادة 2 و11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث يكون الالتزام بأداء هذه الخدمة مقابل تكاليف إضافية على ثمن المنتوج يدفعها المستهلك. من أمثلة الخدمة ما بعد البيع، إلزام المنتج والمستورد إعلام البائعين بفترة توفر قطع الغيار، التي يجب توفيرها خلال أجل شهرين على الأكثر من تاريخ الطلب هذا طبقا لما أقره المشرع الفرنسي، وكرّسه المشرع الجزائري في عقود بيع المركبات الجديدة، بوضع الخدمة ما بعد البيع على عاتق الوكيل المعتمد وحصرها في المتابعة الدورية والعناية والصيانة والتصليح، وتوفير مخزون من قطع الغيار واللوازم الأصلية ذات نوعية مصادق عليها من طرف الصانع المانع وفقا للمادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 15-158، حتى في حال توقف المتدخل عن مزاولة النشاط عليه توفيرها خلال عشر سنوات الموالية على الأقل وفقا للمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 17-344² المتعلق بشروط وكيفيات ممارسة نشاط إنتاج المركبات وتركيبها.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 15-58 المؤرخ في 08/02/2015، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، الجريدة الرسمية، العدد 05، الصادر بتاريخ 08 فيفري 2015.

² المرسوم التنفيذي رقم 17-344 المؤرخ في 28 نوفمبر 2017، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط إنتاج المركبات وتركيبها، الجريدة الرسمية، العدد 68، الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 2017.

ولأن المنتج محل الخدمة ما بعد البيع من المنقولات المادية كالأجهزة الكهرومنزلية والسيارات والأجهزة الالكترونية من حواسيب وهواتف ذكية، يكفي التراضي لانعقاد العقد بشأنه دون اشتراط كتابته أو إفراغه في شكل معين، يمكن للمستهلك إثبات التزام المتدخل بهذه الخدمة، بإثبات وجود العلاقة العقدية بينهما، من خلل استعمال البنود التي تضمنها عقد البيع أو شهادة الضمان التي يمنحها المتدخل للمستهلك. وان لم يتوفر للمستهلك تلك الوسائل يبقى حقه في ضمان الخدمة ما بعد البيع قائماً متى ظهرت الحاجة إليها كونها التزام قانوني يقع على عاتق المتدخل، وفي حالة امتناع هذا الأخير عن تأديتها تقوم مخالفة إلزامية تنفيذ الخدمة ما بعد البيع، التي يعاقب عليها القانون بموجب أحكام المادة 77 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل من يخالف إلزامية تنفيذ الخدمة ما بعد البيع المنصوص عليها في المادة 16 من هذا القانون.

المطلب الثاني: طرق رفع الدعوى

الدعوى بصفة عامة سواء كانت جزائية أو مدنية، هي وسيلة حماية الحق عن طريق القضاء، ولارتباطها في منازعات المستهلك بالضرر المالي أقرتها التشريعات في إطار الحماية الإجرائية للمستهلك، ليدخل بذلك ضمن الحماية المقررة في القواعد العامة وفي إطار الأدوار المألوفة للهيئات القضائية في قانون الإجراءات الجزائية، مادامت لم تفرد له وللأضرار التي تلحق به جراء المخالفات التي يرتكبها المتدخل إجراءات قضائية خاصة.

هذا جعلنا نتساءل عن دور النيابة العامة وقضاة التحقيق في إثبات دعاوى المستهلك؟ الذي يؤدي لا محالة إلى تحريك الدعوى العمومية، وعليه كيف ترفع هذه الدعوى؟ هل يكفي إتباع المبادئ العامة فترفع من طرف المستهلك المضرور أو يرفعها أعوان الضبط القضائي وغيرهم من الأعوان؟ كأصل عام تكون عن طريق دعوى منظمة لدعوى جزائية (الفرع الأول) وإما دعوى مدنية مستقلة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدعوى الجزائية

إن الغش والخداع في المنتجات محل العقد الواردة في أحكام المادة 429 من قانون العقوبات، وتبعات البيع بالمكافأة الممنوع بموجب المادة 16 من القانون 04-02، والبيع

المشروط، وتحرير فواتير مزورة لبيانات بيع المنتج، والإعلانات الكاذبة في مواصفات السلعة أو الخدمة. تعتبر من الممارسات التدليسية التي أوقعها المتدخل على المستهلك مرارا وتكرارا حتى تحولت إلى إذعان في شكل شروط عامة مضمنة في عقد الاستهلاك التي قد تسبب أضرار مالية وجسدية معنوية ومادية للطرف المذعن، هذا ما زرع الثقة والائتمان اللذان ارتكزت عليهما المعاملات التجارية. وقد أدى تنوع المنتجات الاستهلاكية والعقود الواردة عليها تقليدية أو الكترونية لاتساع الممارسات الماسة بصحة وسلامة المستهلك وبالتبعية توسعت الدعاوى باعتبارها وسيلة حماية الحقوق القانونية، شاملة معها الأدوار القضائية، حيث أصبح للنياية العامة دور كبير في تقريب المستهلك من القضاء.

لذلك جرمت التشريعات أي نوع من الممارسات التدليسية، مبينة الأفعال المادية المعاقب عليها كالخداع أو محاولة خداع أحد المتعاقدين للآخر؛ سواء في طبيعة السلعة، أو صفاتها الجوهرية، أو في تركيبها، أو في نسبة المعايير اللازمة لها. وعليه مكن المستهلك ضحية مخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بحمايته وقمع الغش عنه 03-09 أو القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، من اللجوء إلى القضاء الجزائي والقيام بأول إجراء يقع عليه للتأسس كطرف مدني وهو تقديم شكوى أمام وكيل الجمهورية (أولا)، أو قاضي التحقيق طبقا للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية بنصها على أنه "يجوز لكل شخص متضرر من جناية أو جنحة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص". ليصبح هذا الطريق القضائي ذي المسار الجزائي الأيسر والأكثر ثقة بالنسبة للمستهلك، لأنه عادة ما يعزف عن ممارسة حقه في الاقتضاء بنفسه لأسباب عديدة، مما يجعله يلجأ إلى تحريك دعوى عمومية أمام النيابة العامة والتأسس كطرف مدني فيها (ثانيا).

أولا: دور النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية

متى شكل سلوك المتدخل جريمة تمس بسلامة وصحة المستهلك الجسدية باعتباره فرد من أفراد المجتمع، وطبقا لقانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات وقانون حماية المستهلك 03-09 تنشأ الرابطة الإجرائية الأصلية للسلطة القضائية ممثلة للحق العام في تحريك الدعوى العمومية بغاية تطبيق القانون الحمائي للمستهلك. لهذا عاد دائما

الاختصاص الأصلي في طلب توقيع الجزاء كوسيلة ردع للجرائم المرتكبة من طرف المتدخل في حق المستهلك للنيابة العامة.

المبدأ العام النيابة هي صاحبة الاختصاص في رفع الدعوى الجزائية في جميع الجرائم باعتبارها راعي المصلحة العامة من خلال مراقبة حسن تطبيق القانون ومتابعة المخالفين وتنفيذ الأحكام الجزائية، في هذا الشأن نصت المادة 29 قانون الإجراءات الجزائية، السالف ذكره تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون، وهي تمثل أمام كل جهة قضائية. ويحضر ممثلها المرافعات أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم. ويتعين أن ينطق بالأحكام في حضوره كما تتولى العمل على تنفيذ أحكام القضاء. ولها في سبيل مباشرة وظيفتها أن تلجأ إلى القوة العمومية. كما تستعين بضباط وأعوان الشرطة القضائية".

على أن هذا غير ممكن التحقق دون إخطارها بوقوع الجريمة، إذ لا بد من إخطارها ليتم تحريك الدعوى العمومية مؤسسة على شكوى من المستهلك المتضرر، أو من طرف الضبطية القضائية صاحبة سلطة البحث والتحري، كما قد يرفع الشكوى الأجهزة الإدارية المكلفة بحماية المستهلك.

1- شكوى المستهلك

سمحت المادة 01 فقرة 02 من قانون الإجراءات الجزائية، للمستهلك المضرور من جريمة المتدخل في حقه، بتحريك الدعوى طبقا للشروط المحددة قانونا للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بذمته المالية، ولإثبات مسؤولية المتدخل خولت المادة 72 من ذات القانون للمستهلك سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا التقدم بنفسه بشكوى أمام قاضي التحقيق المختص، وهذا الاختصاص يتحدد طبقا لنص المادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية، إما بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في ارتكابها أو بمحل القبض على أحد هؤلاء الأشخاص، حتى لو كان القبض عليهم قد حصل لسبب آخر، وإذا لم يكن قاضي التحقيق مختصا أصدر بعد سماع طلبات النيابة العامة يحيل ملف المدعي المدني إلى الجهة القضائية التي يراها مختصة بقبول الادعاء المدني.

ليقوم المستهلك صاحب الحق بممارسة مكنة تحري العدالة بتقديم شكواه، شفاهة أو كتابة، باشتراك الصراحة والدقة لصحتها في تحريك الدعوى العمومية، بحيث يكون القصد واضح في الإخطار عن الجريمة المتعلقة بقانون حماية المستهلك.

ولما لجمعيات حماية المستهلك دور هام في الكشف عن المخالفات المرتكبة ضد المستهلك والإبلاغ عنها¹. من تعريف المشرع الجزائري في القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في الفقرة الأولى من المادة 21 منه بأنها إحدى مؤسسات المجتمع المدني التي تنشأ طبقاً للقانون، وتهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله²، إضافة إلى المطالبة بحقوقها لصالح المستهلكين إذا وقع عمل غير مشروع كالغش والإشهار التضليلي نتج عنه ضرر طال المصالح المشتركة للمستهلكين، فهل يمكنها بناءً على ذلك تقديم الشكوى من طرف جمعيات المستهلكين؟

إذا كانت الجمعيات هي من قبيل الأشخاص المعنوية التي يحق لممثلها القانوني تقديم شكوى وفقاً لشروط قانونية معينة، ومنحت حق رفع دعوى لجبر الضرر الذي يطل المستهلك أمام الجهات القضائية المدنية، وتحريك الدعوى العمومية أمام النيابة العامة على أساس الخطأ الجزائي³ بشرط أن يكون الضرر شخصي ومباشر ولا يمكنها التدخل حين يكون المستهلك مدعى عليه في الدعوى. هذا كله مقابل شرط آخر أساسي وهو عدم قدرتها على تحريك الدعوى العمومية عن طريق الادعاء المباشر، بل فقط بعد تحريك هذه الدعوى من طرف النيابة العامة أو المستهلك المتضرر.

2- عن طريق الموظفين المؤهلين لذلك

جاء ذلك في نص المادة 32 من قانون الإجراءات الجزائية أنه: "يتعين على كل سلطة نظامية وكل ضابط أو موظف عمومي يصل إلى علمه أثناء مباشرته مهام وظيفته

¹ حمادوش أنيسة، حول المتابعة القضائية ضد المنتج عن منتجاته المعيبة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، 2018، ص 239.

² تنص الفقرة الأولى من المادة 21 من القانون رقم 03-09، على أن: "جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقاً للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله".

³ ساوس خيرة، حق الجمعيات في التقاضي، مجلة البحوث والدراسات، العدد 13، 2012، ص 203.

خبر جنائية أو جنحة إبلاغ النيابة العامة بغير توان، وبأن يوافيها بكل المعلومات. ويرسل إليها المحاضر والسندات المتعلقة بها".

وقد تم تحديد الأشخاص المؤهلين لمعاقبة الجرائم المشار إليها في المادة 32، إلى جانب الموظفين المؤهلين بموجب نص خاص في قانون حماية المستهلك وهم طائفتان، الأولى تشمل ضباط الشرطة القضائية حسب المادة 15 (ق.إ.ج.ج) ومفتشي الصحة العمومية¹ والثانية على سبيل الحصر الموظفون التابعين لمصالح رقابة الجودة وقمع الغش، تطبيقاً للمادة 25 من القانون 03-09 التي تنص بأنه: "بالإضافة إلى ضباط الشرطة القضائية والأعوان الآخرين المرخص لهم بموجب النصوص الخاصة بهم، يؤهل للبحث ومعاينة مخالفات أحكام هذا القانون، أعوان قمع الغش التابعون للوزارة المكلفة بحماية المستهلك".

أ: عن طريق أعمال الضبطية القضائية

يكتسب مأموري الضبط القضائي المحددين في المادة 14 من قانون الإجراءات الجزائية بالإضافة إلى صفة الموظفون العموميون الذين يقومون بأعمال إدارية وقائية من الجرائم المقررة في قانون العقوبات، سلطات إضافية منحت لهم بموجب المادة 25 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09، حيث يجوز لهم معاينة مخالفات قانون حماية المستهلك.

الذين يتعين عليهم تحرير محاضر بأعمالهم والمبادرة بغير تمهل إلى إخطار وكيل الجمهورية بالجنايات والجنح التي تصل إلى علمهم، من أجل تحريك الدعوى العمومية وفقاً للمادة 18 (ق.إ.ج.ج). التي يمكنها بعد الاطلاع على تلك المحاضر استدعاء المعني بالأمر للحضور إلى جلسة المحاكمة عن طريق التكليف المباشر، أما إذا رأت ضرورة استكمال التحقيق لعدم كفاية الأدلة، قام وكيل الجمهورية بإحالة الملف إلى قاضي التحقيق.

¹ تنص المادة 189 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02/07/2018، المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية، العدد 46، الصادر في 2 جويلية 2018، على أنه: "دون المساس بالصلاحيات المخولة لضباط الشرطة القضائية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ينشأ لدى المصالح الخارجية التابعة للوزارة المكلفة بالصحة، سلك ممارسين مفتشين مؤهلين لبحث ومعاينة المخالفات للقوانين والأنظمة في مجال الصحة"؛ أنظر أيضاً: بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص.290.

ب: عن طريق الأجهزة الإدارية المكلفة بحماية المستهلك

بالإضافة إلى المستهلك وأعوان الضبطية القضائية، يمكن للأجهزة الإدارية المكلفة بحماية المستهلك كذلك تحريك الدعوى العمومية عن طريق المحاضر التي يحررونها ومن التحاليل المخبرية طبقاً للمادة 31 و38 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 التي تكشف عن عدم المطابقة.

إضافة إلى ذلك يمكن لأعوان الرقابة وقمع الغش في حالة عدم الوصول إلى تسوية ودية للمخالفة المرتكبة من المتدخل ولم يمتثل إلى إزالة أسباب عدم المطابقة، تحضير ملف كامل يحال إلى النيابة العامة يحتوي على محرر المخالفة وجميع المحاضر والوثائق التي تفيد الجهة القضائية المختصة. ثم يتم إحالة الملف إلى ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة وهو وكيل الجمهورية.

بعد استلام وكيل الجمهورية للملف والإطلاع عليه، يقوم باتخاذ القرار المناسب وذلك إما بمتابعة المتدخل مرتكب الجريمة. أما في حالة ما إذا كانت الأدلة غير كافية ولا تستدعي المتابعة، قام وكيل الجمهورية بحفظ الملف.

ذلك أنه في حال قرر وكيل الجمهورية متابعة المتدخل المخالف، متى شكلت الأفعال المرتكبة جنحة، إحالة الملف إلى قاضي التحقيق لإجراء التحقيق الذي لا يكون إلا بطلب من وكيل الجمهورية حتى لو كان بصدد جنائية أو جنحة متلبس بها. أو إحالة الملف مباشرة إلى جهة الحكم المختصة، ما لم يوجد نصوص خاصة تقضي بغير ذلك.

على هذا الأساس يمكن للنسابة العامة تحريك الدعوى العمومية كإجراء أولى للمطالبة بتطبيق قانون العقوبات بطلب منها موجه لقاضي التحقيق بفتح تحقيق طبقاً للمادة 67 (ق.إ.ج) خصوصاً في القضايا الجنائية لأن التحقيق وجوبي بنص القانون في مواد الجنائيات، أما في مواد الجرح فهو جوازي، وقد يكون كذلك في المخالفات إذا طلبه وكيل الجمهورية.

أما إذا تم تقديم الشكوى أمام قاضي التحقيق، يأمر في أجل خمسة (05) أيام من تبليغه بعرض الشكوى على وكيل الجمهورية، يقوم هذا الأخير في أجل خمسة (05) أيام من يوم تبليغه بإبداء رأيه بشأنها طبقاً للمادة 73 (ق.إ.ج.ج) وحسب ما ورد ذكره أعلاه.

ثانيا: دور قاضي التحقيق بعد تحريك الدعوى الجزائية

يمثل إيداع الشكوى مرحلة أولى في تحريك الدعوى العمومية، يليها التحقيق الذي يتولاه قاضي التحقيق بناء على طلب من وكيل الجمهورية، أو على شكوى مصحوبة بإدعاء مدني من المستهلك المضرور بعد أن تتأسس الضحية المستهلك طرفاً مدنياً، مطالبةً التعويض عما لحقها من ضرر أو طلب جمعيات حماية المستهلك عندما تتأسس هي الأخرى كطرف مدني أثناء مرحلة التحقيق للمطالبة بالتعويض.

1: إجراء تحقيق بطلب من وكيل الجمهورية

الأصل أن التحقيق الابتدائي قاصر على قضاة التحقيق، لكن تطبيقاً لنص المادة 1/67 من قانون الإجراءات الجزائية لا يجوز لقاضي التحقيق أن يجري تحقيقاً إلا بموجب طلب افتتاحي من وكيل الجمهورية لإجراء التحقيق".

وعليه، يعتبر الطلب الافتتاحي الموجه من وكيل الجمهورية إلى قاضي التحقيق الطريقة المعتادة برفع الدعوى إليه، ذلك أن وكيل الجمهورية هو من يملك سلطة تقدير مدى وجوب أو ضرورة اللجوء إلى التحقيق. وبخصوص مخالفات أحكام قانون حماية المستهلك، يستعين عادة وكيل الجمهورية بقاضي التحقيق، لإثبات المخالفة أو التحقيق مع مرتكبيها.

والجدير بالذكر، أن قاضي التحقيق متى طلب منه إجراء تحقيق ابتدائي في واقعة مخالفة أحكام قانون حماية المستهلك يكون قد اتصل بالدعوى العمومية قانوناً، وله أن يمارس سلطة التحقيق كاملة في اتهام كل شخص ساهم بصفته فاعلاً أو شريكاً في الوقائع المحالة إليه التحقيق فيها.

2: شكوى المستهلك المصحوبة بالإدعاء المدني

الادعاء المستهلك المدني أمام قاضي التحقيق قاصر على الجنايات والجناح وفقاً للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت: "يجوز لكل شخص متضرر من جناية أو جنحة أن يدعي مدنياً بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص". أما لأحكام قانون حماية المستهلك، لا يمكن للمستهلك المتضرر منها الإدعاء مدنياً بشأنها أمام قاضي التحقيق. يمكن تقديم الادعاء في أي وقت أثناء سير التحقيق حسب المادة 74

من ذات القانون، ولصحة الادعاء تتطلب إيداع مبلغ من المال لدى كتابة ضبط المحكمة، تحديده يخضع لسلطة قاضي التحقيق التقديرية.

3: الإدعاء المدني من طرف جمعيات حماية المستهلك

عندما تتعرض مصالح أعضاء جمعية حماية المستهلك الفردية أو الجماعية للإضرار حتى في غياب احتجاج المستهلك يمكنها طبقاً للمادة 17 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، القيام بكافة الإجراءات القانونية أمام الجهات القضائية المختصة¹، في هذه الحالة تمكن من ممارسة الدعوى المدنية للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين أصالة عن نفسها، بشرط أن يكون المتدخل قد ارتكب فعل يسأل عليه جزائياً ويشكل ضرراً للجمعية، على أساس الخطأ المدني في نص المادة 124 من (ق.م.ج)، لتطلب التعويض عن الضرر الحاصل للمصلحة الجماعية للمستهلكين.

يمكنها أيضاً الادعاء كطرف مدني في حال تعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، تطبيقاً لأحكام المادة 23 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك التي: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني"، أو في حال تضرر المصالح المشتركة للمستهلكين من عمل غير مشروع فتطالب بحقوقها لصالح المستهلكين. كما قد تتدخل في

¹ تنص المادة 17 من القانون رقم 12-06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية العدد 02، المؤرخة 15 جانفي 2012، على أنه: "تكتسب الجمعية المعتمدة الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها ويمكنها حينئذ القيام بما يأتي:...التقاضي والقيام بكل الإجراءات أمام الجهات القضائية المختصة، بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية ألحقت ضرراً بمصالح الجمعية أو المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها...".

الدعوى في أي مرحلة من مراحل سيرها¹، أو ترفع دعاوى ضد الاعوان الاقتصاديين لإدعاء فيها كطرف مدني تطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمستهلكين². قبول الادعاء المدني للجمعية متوقف على تقديم الشكوى كشرط إجرائي غيابه يؤدي إلى رفض الدعوى شكلا حسب المادة 72 و 75 (ق.إ.ج.ج)، هذا يستتبع بالضرورة ارتباطها بتعرض المستهلك أو جماعة مستهلكين لأضرار فردية كشرط موضوعي، سواء كان الضرر ماديا أم معنويا، والفعل الواقع يشكل جنائية أو جنحة دون المخالفة، في هذا نصت المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية السالف ذكره، على أنه: "يجوز لكل شخص متضرر من جنائية أو جنحة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص".

المشرع الفرنسي بدوره سمح بمباشرة الدعوى من طرف الجمعيات، حماية للمصالح المشتركة للمستهلكين بموجب المادة 46 من القانون رقم 73-1193 المنظم للحرف³، الصادر سنة 1973 والمسمى بقانون Royer، وإن كان قد عرف تدرجا وتصنيفات في قبول دور الجمعيات في المطالبة بالتعويض في الدعاوى التي يرفعها المستهلك أمام القضاء المدني دون الدعاوى المرفوعة أمام القضاء الجزائي⁴.

¹ تنص المادة 68 من القانون رقم 04-02، السالف الذكر، على أنه: "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

² تنص المادة 65 من القانون رقم 04-02 سالف الذكر، على أنه: "يمكن الأطراف الذين كانوا معنيين أمام مجلس المنافسة والذين ليسوا أطرافا في الطعن، التدخل في الدعوى، أو أن يلحقوا بها في أية مرحلة من مراحل الإجراء الجاري، ...".

³ Art. 46 al. 1 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973, relative à l'orientation du commerce et de l'artisanat, J.O.R.F du 30 décembre 1973, rectificatif J.O.R.F 19 janvier 1974, dispose : « Sans préjudice des dispositions de l'article 3 du décret n° 56-149 du 24 janvier 1956, les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

⁴ Gaston. Stefani, Bernard. Boulloc, Georges. Levasseur, Procédure pénale, 16^{ème} Ed., Dalloz, 1996, p.140.

لكن بصور قانون تعزيز حماية المستهلكين¹، سمح للجمعيات إذا كانت موكلة كتابيا من شخصين على الأقل للمطالبة باسمهم بالتعويض عن الأضرار التي تطل المصالح الفردية للمستهلكين بمقتضى المادة 422-1 وتسمى دعوى التمثيل المشترك. ليتأكد حقها في رفع دعوى مدنية مقترنة بالدعوى الجزائية بصور القانون 95-96 في المادة 4 منه، والتي بمقتضاها أصبح للجمعيات الصفة للالتجاء إلى المحاكم المدنية لاستصدار أوامر بإلغاء الشروط التعسفية المضمنة في عقود الاستهلاك مع تدعيم الأمر بصور غرامة تهديدية².

لكن ما يثير التساؤل هو مدى قيام المستهلك عمليا بتلك الإجراءات كلها أمام جهله بها وعدم قدرته على إثبات خطأ المتدخل وغير ذلك من الصعوبات؟

الإجابة واضحة في الواقع العملي، حيث تكاد هذه الإجراءات تنعدم في الجزائر كما قد يكون الحال شبيه بدول أخرى، لأسباب مرتبطة بالمستهلك ذاته، الذي يغلب عليه شعور الضعف وعدم القدرة على مواجهة متدخل يملك القوة الاقتصادية والقدرة المعرفية، إضافة إلى أسباب مالية بالنظر إلى الفائدة الضئيلة التي يمكن جنيها من تقديم الشكوى مقارنة مع ما سيتحمله من ضرر مالي طوال سير الإجراءات، ناهيك عن الكفالة المالية التي يلتزم بتقديمها لقبول شكواه، وهو ما يجعل هذه الفئة تعزف لضعفها عن مقاضاة هؤلاء المتدخلين³.

اختصارا لبعض من هذه الصعوبات وتبسيطا لها، يمكن للمستهلك إخطار الجهة المختصة في بعض الجرائم المرتكبة في حقه، وهي المديرية الولائية للتجارة التي أرتكبت فيها الوقائع سواء بموجب إخطار مباشرة أو عن طريق البريد، بتقديم عريضة تشتمل على تفاصيل الوقائع، لتحدد المديرية بعد ذلك طبيعتها وتكييفها القانوني، وتقرر كإجراء تالي توكيل إحدى فرق الجودة وقمع الغش أو المنافسة القيام بتحقيق، بعد تحرير

¹ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, J.O.R.F n° 17 du 21 janvier 1992.

² شهيدة قادة؛ الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك، مجلة المحامي المنظمة الجهوية للمحامين، سيدي بلعباس، العدد 04، 2005، ص.78.

³ سي زاهية حورية، دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مقال منشور بمجلة الحقيقة، م.14، العدد34، 2015، ص.297.

محضر معاينة بذلك، تبلغ النيابة العامة من باب توكيلها لاتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة التي تبدأها بتحريك الدعوى العمومية¹.

الفرع الثاني: الدعوى المدنية

بعد فحص المستهلك للمنتوج بالعناية المطلوبة بغرض التحقق من مطابقته بعد التسليم، ووجده غير مطابق فأخطر البائع بالعيب وبتوافر شروطه دون أن يتلقى أي استجابة منه، يفعل حقه بالرجوع على البائع عن طريق الدعوى المدنية المستقلة وفقا للقواعد العامة في شكل دعوى رد المبيع، أو دعوى التعويض إذا ارتضى الإبقاء على المبيع بما فيه من عيوب (أولا). أو بدعوى خاصة منظمة في قانون حماية المستهلك كدعوى الفسخ (ثانيا).

أولا: الدعوى المدنية المستقلة

مكنّت القواعد العامة المستهلك من الرجوع على المتدخل بدعوى الرد في حال وجد عيبا خفيا في المنتج، كما له الرجوع عليه بدعوى التعويض.

1: دعوى الرد

طبقا لأحكام المادة 381 قانون مدني جزائري، يحق للمستهلك الرجوع على المتدخل بدعوى الضمان العيب الخفي بالطريقة التي بينها المادة 376 من نفس القانون المتعلقة بموضوع دعوى الضمان عند الاستحقاق الجزئي للشيء المبيع لتشابه الدعويين في نسبية الضرر الذي سببه العيب في قيمة المبيع. أما في حال كان العيب جسيما مؤثرا على قيمة المبيع بحيث تنقص منها أو تجعله غير صالح للغرض الذي أعد له يحق للمستهلك طلب رد المبيع كله واسترجاع قيمته.

وعليه يحق للمشتري المطالبة بالضمان إذا أخبر البائع بالعيب في المدة المعقولة، إما بدعوى رد المبيع في الحالة التي يكون العيب مؤثرا في المبيع لدرجة الجسامة، وإما بدعوى التعويض في حالة عدم تأثير العيب في المبيع إلى درجة الإنقاص من قيمته والفائدة المرجوة منه، والضابط بين الحالتين هو مقدار العيب الدائر بين الجسامة

¹ زواري عبد القادر، الحماية الجزائية للمستهلك في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، 2015-2016، ص.383.

والبساطة¹، متى توافرت شروط طلب الرد، على المحكمة التحقق من توافر تلك الشروط مستجيبة للطلب دون حق التقدير بإجابة الطلب أو رفضه.

وقد نص المشرع الفرنسي على هذا الحق في الخيار بين الدعويين بموجب أحكام المادة 1644 من قانونه المدني. وأكد ذلك في المادتين 1641 و 1643، إذا وجد عيب في المبيع أو كان خاليا من بعض الصفات المتفق عليها في العقد، حق للمشتري إما إرجاع المبيع واسترداد الثمن أو الاحتفاظ به واسترداد جزء من الثمن²، وأضافت المادة 1645 من نفس القانون أن البائع الذي يعلم بعيوب مبيعه الخفية ملزم إلى جانب رد ثمن المبيع الذي استلمه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمشتري.

الفقه الحديث رأى أن لهذه الدعوى طبيعة خاصة بعيدة عن دعوى الفسخ ودعوى الإلغاء، إذ نجد مفعولا رجعيا لها في بعض الزوايا وغالبا ما تعيد الحالة إلى سابق عهدها، بإصلاح خلل عدم التطابق أو باستبداله بمنتج آخر، هذا ما يظهر في تبني المشرع الجزائري لهذا الاتجاه من خلال إعطاء الحق للمشتري في رد المبيع الذي لا يلائم رغبته المشروعة واسترداد قيمته وليس ثمنه، إلى جانب ذلك له الحق في مطالبة البائع بالتعويض المنصوص عليه عند استحقاق المبيع كليا³، طبقا للمادة 376 السالفة الذكر، وله أيضا الحق في الفسخ أو الإبطال طبقا للأحكام المقررة بموجب المادة 375 (ق.م. ج) إذا كان إصلاح الخلل صعبا أو الاستبدال يتطلب مصاريف كبيرة.

يترتب عن قيام دعوى الرد التزام المستهلك برد المنتج المعيب ذاته في الحالة التي استلمه فيها لأن تغير حالته بعد استلامه لسبب لا علاقة للعيب فيه، امتنع على المستهلك رده⁴. كما يلتزم برد ثماره التي جناها قبل ومن تاريخ رد المنتج المعيب باتفاق الطرفين، أو من تاريخ الحكم بالرد، وإلا يكون قد أثري على حساب المتدخل.

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط.3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص.482.

² Djamila Mahi-Disdet, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, Thèse de doctorat en droit privé, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, Académie d'Aix-Marseille, 2011, p.304.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص.741.

⁴ أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية؛ دراسة مقارنة، ط.3، دار اقرأ، للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت، لبنان، 1983، ص.189.

ويلتزم المتدخل من جانبه في دعوى الرد باعتباره مدينا بالضمان ووفقا لأحكام ضمان الاستحقاق في نص المادة 376 من (ق.م.ج)، بتعويض المستهلك عما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب الذي وجده في المنتج طبقا لما جاء في المادة 375 من (ق.م.ج). يكون ذلك برد قيمة المنتج غير المعيب وقت ظهور العيب مقابل استرداد المنتج المعيب. أما في البيع الإلكتروني، يلزم برد قيمة المنتج التي دفعها المستهلك، سواء زادت أم نقصت، بالنظر إلى افتراض علمه المسبق بالمنتج المعروض في سوق الاستهلاك، كما أن هذه القيمة ترد بذات العملة المسددة له¹.

وإذا كان المشرع قد ألزمه برد المصاريف النافعة والكمالية، فهو ملزم أيضا برد المصاريف الضرورية التي أنفقها المستهلك على المنتج خلال الفترة التي وجد فيها بين يديه، من وقت تسلمه إلى حين رده، رغم اقتصار المادة 375 (ق.م.ف) على الإشارة للمصاريف النافعة والمصاريف الكمالية فقط، قضت المادة 839 من نفس القانون ذلك في نصها: "على المالك الذي يردّ إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة".

وإلا يكون قد أثري على حساب المستهلك. بل حتى مصروفات دعوى الضمان يعود بها المستهلك على المتدخل طبقا لما ورد في نص المادة 375 من (ق.م.ج)، وتشمل هذه المصاريف الرسوم القضائية، أتعاب المحامين، أتعاب التبليغات الرسمية ومصاريف التنفيذ، مصاريف تعيين الخبراء وغيرها من النفقات القضائية.

إضافة إلى تلك الالتزامات، يقع على المتدخل سيء النية بحسب المادة 379 من (ق.م.ج) في فقرتها الثانية، الذي كان يعلم بوجود العيب الخفي في الشيء الذي باعه للمستهلك أو تعمد إخفاؤه عنه غشا منه. بتعويض المستهلك عن جميع الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة وذلك طبقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، إذ نصت المادة 182 (ق.م.ج) في الفقرة 2 على التالي: "غير أنه إذا الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة

¹ معزز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية؛ ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، دراسة مقارنة، ص. 242.

وقت التعاقد"، بعبارة أخرى في حال سوء نية المدين بالالتزام الناتج عن العقد يلتزم بتعويض الدائن عن الضرر المتوقع وغير المتوقع.

2: دعوى التعويض

الإخلال بالالتزام بالمطابقة من جرائم الغش والخداع، ومتى رتب أضرار للمشتري، اعتبر إهمالا يستوجب تعويضه عنه، ويطبق على البائع العقوبات المنصوص عليها في المادة 432 من قانون العقوبات والمواد 19 الفقرة 3 وأيضا 83 الفقرة 2 المتعلق بحماية المستهلك.

في حال أخل المتدخل بتسليم مبيع مطابق كميا، خيرت القواعد العامة المستهلك بين فسخ العقد أو البقاء عليه، بشرط المطالبة بإنقاص الثمن تعويضا للكمية الناقصة منه، بموجب الفقرة الأولى من المادة 1223 ونص المادة 1644 السالف ذكرها¹ (ق.م.ف)، والمادة 366 (ق.م.ج) التي تنص على التالي: "إذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة فإن حق المشتري في طلب انقاص الثمن، أو فسخ العقد، وحق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا".

رغم عدم التشريع لهذا الحق بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09 ولا في النصوص التنظيمية الخاصة به، وإن كانت المادة 23 من قانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية ضمنته في فقرتها الثانية لكن يتم بالطرق والإجراءات بالرجوع للقواعد العامة، التي نجد المشرع فيها شرع المطالبة بإنقاص الثمن الذي يتم بموجب دعوى يقدمها المستهلك أمام القضاء، قاصدا بذلك الحفاظ على العلاقة العقدية مع بعض التغيير البسيط فيها² طالما لم يسبب ضررا جسيما للدائن به وما زال مفيدا، ويرجع لقاضي الموضوع تقدير الإنقاص من عدمه³.

وبالاستناد على ما أقرته المادة 1644 من (ق.م.ف)، يكون على البائع بموجب هذه الدعوى الالتزام برد جزء من القيمة المالية التي دفعها المشتري، بما يوازي الفرق بين

¹ Jorge. Balmaceda, La vente de marchandises dans les systèmes de droit civil et de common law « Une étude des droits anglais, français et chilien », Thèse de doctorat en droit privé, Ecole doctorale de droit privé, Université Paris 1, Sorbonne, 2017, p.299.

² Olivia Sabard, Les sanctions de l'inexécution du contrat (suite): Résolution/ Réduction du prix, L.E.D.C. 2016, p- p. 6- 7.

³ Jérôme. Huet, Op.Cit, p.216.

الثلث المدفوع والثلث الحقيقي للمبيع وهو معيب¹، كما نصت المادة 376 من القانون المدني في فقرتها الثانية أنه: "وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة، لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع".

وعليه للمشتري الحق في المطالبة بالتعويض متى تحقق العيب الجسيم في المبيع وكان يريد الاحتفاظ بالمبيع رغم تعيبه هذا يتضح أكثر في نص المادة 489 من القانون المدني التي تمنح الحق للمستأجر في إنقاص بدل الإيجار بسبب عيب يعترى العين المؤجرة. التعويض في هذه الحالة يكون عن النقص الناتج عن العيب أو تخلف صفة متفق عليها في العقد. أو في الحالة التي يكون فيها العيب غير جسيم وهنا ليس بإمكانه رد المبيع .

وتجدر الإشارة إلى أن التعويض يزيد وينقص ويمتد ليشمل الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة تبعاً لسوء أو حسن نية البائع، بالنظر لعلم هذا الأخير بالعيب أو غير عالم به، ويقع عبء إثبات سوء نية البائع على عاتق المشتري الذي كما صار واضحاً يصعب عليه ذلك². لذلك في غياب النص التشريعي الصريح بقيام قرينة سوء نية البائع، افترض الفقه دائماً سوء نية البائع.

إضافة إلى ذلك، للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني لالتزام البائع بالضمان المنصوص عنه في المادة 164 من (ق.م.ج). والمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الذي جاء تطبيقاً للمادة 13 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وهو ما سنتناوله في النقطة التالية.

¹ **Guillaume. Zambrano**, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence « Etude de contentieux français devant le tribunal de commerce de paris 2010-2012 », Thèse de doctorat, Ecole doctorale de droit et sciences politiques, Université de Montpellier 1, 2012, p.252.

² **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص.742.

ثانيا: رفع الدعوى في إطار القواعد الخاصة بحماية المستهلك

رغم رضا المستهلك باستبقاء المنتج المعيب، لا يبرئ المتدخل تماما من المسؤولية إذ يبقى حق رجوع المستهلك عليه عن طريق القضاء ومطالبته بالتنفيذ العيني للعقد قائما. وله أيضا المطالبة بفسخ العقد واسترداد الثمن لامتناع المتدخل عن أدائه أو استحالة التنفيذ، كما يمكن من حق العدول عن العقد بإرادته المنفردة.

عموما وبالاكتفاء على قرينة شهادة الضمان يطالب المتدخل بعد إخطاره بتنفيذ التزامه بالضمان، عن طريق دعوى التنفيذ العيني الذي بموجب المادة 13 من القانون رقم 03-09 يكون باستبدال المنتج أو إرجاع ثمنه أو تصليحه، وإذا كان عقد الاستهلاك منصبا على تقديم خدمة يلتزم المتدخل بتعديل الخدمة على نفقته.

1: دعوى التنفيذ العيني

بهدف الحصول على سند تنفيذي يلزم المتدخل بتنفيذ التزامه العقدي الذي أخل به ولم يسلم المستهلك السلعة أو الخدمة المتعاقد عليها، يقوم المستهلك بإعداد المتدخل المتأخر في التنفيذ، وهو ما نصت عليه المادتان 164 و 181 (ق.م.ج) كشرط للقضاء إيجابا في الدعوى التي سيحركها المستهلك وهي دعوى التنفيذ العيني التي بحسب الفقرة الأولى من المادة 600 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تصح إلا بسند تنفيذي.

هذا الإجراء الرامي لإلزام المتدخل بتنفيذ التزامه المتفق عليه عينا¹، مقرر أساسا لحماية الحق الموضوعي للمستهلك حماية إجرائية، فهو عنصر من عناصر الحق²، يثبت متى كان المنتج غير مطابق أو مشوبا بعيب ينقص من قيمته، وفقا للمادة 164 (ق.م.ج) والمادة 203 من القانون المدني المصري.

كأصل عام التنفيذ العيني للالتزام يكون بواسطة المتدخل نفسه، إلا أنه بموجب نص المادة 166 فقرة 2 (ق.م.ج) يمكن أن يتم بواسطة الغير في عقد البيع الذي يكون محله

¹ لوني يوسف، الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018-2019، ص10.

² حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2018، ص11.

مبيع معين بالنوع، بعد استئذان القاضي يحصل ما يسمى بالاستبدال بحيث ينفذ المتفق عليه في العقد بين المستهلك والغير على نفقة المتدخل. هذا ما نصت عليه أيضا المادة 46 في فقرتها الأولى من اتفاقية فينا لسنة 1980، على أنه "يجوز للمشتري أن يطلب من البائع تنفيذ التزاماته...".

تم في التشريع الفرنسي وضع قانون خاص يتعلق بالتنفيذ الجبري وهو القانون رقم 1895-2011. وبإصلاح القانون المدني بمقتضى الأمر رقم 131-2016، تم الاعتراف بالتنفيذ العيني وذلك بمقتضى المواد 1217 و 1221 و 1222 (ق.م.ف).

ووفقا للمادة 176 (ق.م.ج) والمادة 203 فقرة 2 والمادة 215 من القانون المدني المصري والمادة 1610 (ق.م.ف)، في حال استحالة التنفيذ العيني بسبب أجنبي من غير خطأ المتدخل، انقضى الالتزام وامتنع الرجوع عليه بالتعويض. أما إذا كان التنفيذ فيه مساس بحرية المتدخل الشخصية يثبت الحق في طلب التنفيذ العيني للمستهلك ويبقى له منه الحق في التعويض دون ضرورة إثبات أسباب إخلال المتدخل بتنفيذ التزامه بتسليم منتج خالٍ من العيوب. مع ذلك، مازال التنفيذ العيني للالتزام هو الأصل طبقا لنص المادة 164 (ق.م.ج) ويكون التنفيذ:

أ- بإصلاح المنتج غير المطابق

هذا الحل يتلائم مع ضمان المطابقة الوظيفية للمنتج، لذلك يتحقق عندما يكون المنتج سلعة أو خدمة غير مطابق، بقيام المتدخل بإصلاح وإعادة مطابقة المنتج، من خلال إزالة العيب الموجود فيه حتى يتمكن المستهلك من الانتفاع به، وتشترط المادة 164 من (ق.م.ج) أن يكون العيب اللاحق بالسلعة قابلا للإصلاح، وأن تكون نفقات الإصلاح معقولة وغير مرهقة، لأنه قد لا يكون المنتج قابلا للإصلاح كالمنتج الإلكتروني فالحاسوب مثلا إذا لم يكن مطابقا للشروط المتفق عليها يطلب استبداله وليس إصلاحه. أو كمن يشتري هاتف نقال يتميز بمواصفات معينة تخلفها لا يمكن المستهلك من المطالبة بإصلاحه، بل له فقط المطالبة باستبداله بآخر يستجيب للأوصاف المتفق عليها.

بعكس المشرع الفرنسي الذي في حال عيب المطابقة يخير المستهلك بين الإصلاح والاستبدال، وسمح للمتدخل بعدم الاستجابة لخيار المستهلك، إذا كان خياره مرهقا له

مقارنة مع الخيار الآخر، بالنظر لمعيار قيمة الشيء وأهمية جسامه العيب المفضي للضرر وفقا لمقتضيات المادة 9-L217¹ من قانون الاستهلاك الفرنسي.

تتم عملية الإصلاح خلال أجل محددة حيث قضت المادة 13 من المرسوم التنفيذي 13-327، بأنه: "إذا لم يتم المتدخل بإصلاح العيب في الآجال المتعارف عليها مهنيًا حسب طبيعة السلعة، فإنه يمكن للمستهلك القيام بهذا الإصلاح، إن أمكن ذلك..."، يفهم من المادة أن تحديدها يكون بالنظر لطبيعة المنتج إذا كان قابلاً لإصلاحه في وقت وجيز أو يستغرق إصلاحه وقتاً أطول. لكنه عموماً معقول لأن الإصلاح كأصل في التنفيذ العيني للالتزام بالضمان يهدف إلى تجنب دعوى الفسخ والحفاظ على مبدأ توازن العقد.

ب- استبدال المنتج

إذا كان العيب مؤثراً على صلاحية المنتج وصعب إصلاحه، يكون التنفيذ العيني للالتزام باستبدال المنتج بآخر مماثل وسليم، وهذا بحسب نص المادة 12-2 من المرسوم التنفيذي 13-327 "وفي حالة العطب المتكرر يجب أن يُستبدل المنتج..." من باب التنفيذ العيني للضمان.

وفي المادة 15 من المرسوم التنفيذي 13-327 بنصها "إذا تعذر على المتدخل القيام بإصلاح السلعة، فإنه يجب عليه استبدالها..." عملياً هذا هو الاتفاق الغالب في العقود، إذ يحدد التزام المتدخل بالاستبدال فقط لما فيه من مصلحة له لاقتترانه بشرط عدم المسؤولية عن الضرر.

كما يستفيد المستهلك الإلكتروني الذي غالباً ما يكتفي بالوارد في العرض التجاري عبر الموقع الخاص بالمورد الإلكتروني، فيتعاقد بناءً عليه دون التحقق من مدى مطابقة المنتج لما تم الاتفاق عليه وقت البيع، منحت له هذه الحقوق كضمانات قانونية تلزم المورد على تنفيذ التزامه بالضمان عينياً. هذا طبقاً للمادة 23 فقرتها الثالثة من القانون 18-05 المتعلقة بالتجارة الإلكترونية التي جاء فيها "يلزم المورد الإلكتروني بما يأتي: - تسليم جديد موافق لطلبية، أو - إصلاح المنتج المعيب، أو - استبدال المنتج بآخر مماثل...".

¹ Art L217-9, modifié par Ordonnance n°2021-1247 du 29 septembre 2021-art.9

يعد هذا الالتزام وفقا للمشرع الفرنسي في المادة 9-L217 من قانون الاستهلاك جزءا لعيب عدم المطابقة، وهو كذلك بالنسبة للمشرع الجزائري الذي عند تعريفه للضمان في المادة 3-19 قال بأنه "الترام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج، باستبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته". كما رتب جزاء الاستبدال هذا بموجب نص المادة 15 من المرسوم التنفيذي 13-327، عند استحالة أو تعذر إصلاح المنتج غير المطابق.

ويتم استبدال المنتج خلال فترة محددة، المرسوم التنفيذي 13-327 في المادة 15 ألزم المتدخل في حال تعذر الإصلاح بتنفيذ الضمان باستبدال السلعة في أجل 30 يوم على الأكثر من تاريخ إخطار المتدخل بالعيب.

2: دعوى الفسخ

استفاد جميع الإجراءات الأصلية السابق ذكرها التي تكفل للمستهلك حقه في الضمان العيني دون جدوى، معناه اللجوء إلى حل الرابطة العقدية وإزالة الالتزامات التي تنشئ عنها عن طريق دعوى الفسخ باعتباره رخصة احتياطية، يحق للمستهلك تفعيل إجراءاتها كجزء لإخلال المتدخل بالتزامه في التنفيذ.

يتقدم المستهلك بدعوى أمام القضاء يطلب فيها فسخ العقد، مؤسسا دعواه على أحكام المادة 119 من القانون المدني، ونص المادة 13 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وأيضا نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 13-327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، كما يمكن للمستهلك المطالبة إضافة للفسخ، برد المنتج إلى حين الحكم بالفسخ ليدفع عنه مسؤولية حفظ المنتج خاصة إذا كان كبير الحجم أو سريع التلف. لأنهما ليسا واحدا، فقد يحصل رد المنتج بقصد إصلاحه أو استبداله فليس كل رد للمنتج فسخا للعقد.

كما نظمته تشريعات المعاملات الالكترونية، منها المشرع الجزائري في قانون التجارة الالكترونية المادة 13 منه التي أوجبت أحكامها تضمين العقد الالكتروني بشكل خاص المعلومات الآتية: .. شروط الفسخ للعقد الالكتروني..."، وتؤكد هذا الحق في المادة 14 من نفس القانون صراحة بتمكين المستهلك طلب إبطال العقد عند مخالفة البائع لأحكام المادة 13 السابق ذكرها. سواء تعلق الفسخ بمنتجات مادية كالهواتف الذكية

والانترنت وغيرها، أو منتوجات معنوية كالمؤلفات الأدبية المنتشرة بشكل واسع في الأسواق الالكترونية هي والاختراعات العلمية.

الأصل هو زوال العقد بتنفيذه، والاستثناء زواله عن طريق دعوى الفسخ دون الوفاء بالتزامات الواردة فيه، وهي وسيلة قضائية إجرائية تتعلق بفسخ العقد¹، لا تكون إلا إذا طلبها المستهلك صاحب المصلحة ولا يقرر وقوعه الإجرائي إلا بتوافر شروطه وبمقتضى حكم قضائي لأنه ليس من سلطة القاضي الحكم به من تلقاء نفسه. هذا ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1184 (ق.م.ف) والمادة 1227، الذي أضاف مفصلاً للدائن الخيار بين إجبار المدين على التنفيذ العيني أو المطالبة بفسخ العقد قضائياً. ونص عليه المشرع المصري في المادة 157 من قانونه المدني.

لكن في تعديل المشرع الفرنسي لقانون العقود سنة 2016 اختلف الفسخ بين الاتفاقي والقضائي، الأول يخضع لإرادة المتعاقدين والذي يقع نتيجة عدم الوفاء بالتزام الضمان، أما الثاني يخضع لتقدير القاضي الذي قد يقره أو يقر إجراء آخر مناسب لظروف النزاع كالتعويض أو التنفيذ العيني. لكن كلاهما يقتضي صدور حكم من المحكمة خاصة إذا حصل نزاع بشأن صحة شرط الفسخ التلقائي عن إخلال المتدخل بالتزامه، وللقاضي بشأن إجراء الفسخ سلطة تقديرية واسعة.

الواضح من المادة 1224 (ق.م.ف) أن المشرع الفرنسي قيد الفسخ الاتفاقي بجسامة عدم تنفيذ الالتزام العقدي وإن كان قد منح الأولوية. أما المشرع الجزائري ومن خلال المادة 119 الفقرة الثانية (ق.م.ج)، منح تلك الأولوية للفسخ القضائي، بإعطاء القاضي سلطة تقدير مهلة وفاء المدين بالتزامه، ثم اتبعها بالنص على الفسخ الاتفاقي بموجب المادة 120.

تطبيقاً لإجراء الفسخ عامة وبغض النظر عن كونه قضائياً أو اتفاقياً، أقرت المحكمة العليا سنة 1985 بالفسخ²، في قضية تتعلق بتنفيذ الوعد بالبيع في هذه القضية

¹ Alain. Benabent, Droit civil (Les obligations), 12^{ème} ed, Montchrestien, Paris, 2010, p.278.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 34951، الصادر بتاريخ 1985/10/30، قضية (ح ص) ضد (ز ق م)، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 02، ص.44.

اعملت الفسخ القضائي، وفي قرار آخر صادر سنة 1990¹ نجدها اعملت الفسخ الاتفاقي، مؤكدة سنة 1992 على أن فسخ العقود الإيجارية لا يمكن أن يتحقق إلا عن طريق حكم قضائي². وقد لا تستجيب لطلب الفسخ وتمنح المتدخل مهلة لتنفيذ التزامه بحسب ظروف النزاع وسوء أو حسن نية المتدخل³.

تبعاً لذلك يترتب عن دعوى الفسخ بحسب السلطة التقديرية للقاضي في الدعوى إما استجابة القاضي إلى طلب المستهلك المدعي أو لطلب المتدخل المدعي عليه حسب الحالة:

أ- الفسخ بأثر رجعي

بنص المادة 122 (ق.م.ج) على أن تمام الفسخ يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، تحقيق لجوهر مباشرة إجراءات الفسخ، وهو رجعية الأثر بإزالة الالتزامات العقدية الناشئة عن العقد تماماً كأنها لم تكن، في هذا الشأن قررت محكمة النقض الفرنسية⁴ والمحكمة العليا في الجزائر⁵ أن: "تقدير قضاة الموضوع طلب الطاعن بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد بعد فسخ العقد طلباً جديداً هو تقدير خاطئ، لأنه طلب مشتق من الطلب الأصلي ومترتب على الحكم بالفسخ". فالفسخ جزاء يزيل كل أثر ناتج عن عقد البيع، ويوقف توليد تلك الآثار القانونية حتى بالنسبة للمستقبل⁶.

ب- الرد المتبادل لما تلقاه الأطراف

إن الأثر الرجعي لحكم الفسخ يفرض إعادة الحال على ما كان عليه وقت إبرام العقد، فإذا تم قبله تنفيذ كل أو جزء من الالتزام العقدي يفرض استرداد ما أداه أحدهما

¹ قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2005/07/06، نشرة القضاة لسنة 2011، العدد 65، ص. 346.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 84252، الصادر بتاريخ 1992/06/16، قضية (ب م) ضد (ديوان الترقية والتسيير العقاري ولاية نيبازة ومن معه)، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 03، ص. 105.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 212782، الصادر بتاريخ: 2000/01/12، قضية (و ع أ) ضد (ش ج ت)، المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 01، ص. 114.

⁴ Cass. civ. 1^{re} Ch., 11/03/2003, Juris-Data n° 2003- 018172, A.C/B, Les dépêches du jurisclesseur, Lexis Nexis en France du 29 mars 2003.

⁵ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 257742، الصادر بتاريخ: 2002/02/06، المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 01، ص. 193.

⁶ François. Terre, Philippe. Simler, Yves Lequette, Op. Cit, p. 633.

للآخر، فيلزم المتدخل بإعادة الثمن مع فوائده إذا كان قد حققها من ورائه من تاريخ الاستلام، ويلتزم المستهلك برد المنتج وثماره وكل ملحقاته إلى المتدخل إذا كان في حوزته وفي حال لم يكن كذلك يلتزم برد ما يقابله من قيمة مالية¹، تُحدّد يوم الرد وليس يوم التسليم². ويرجع للقاضي تقدير قيمة الالتزامات المتقابلة، الذي يمكنه الاستناد على السعر المتفق عليه في العقد كعنصر إضافي في التقدير وليس كمعيار يقوم يقوم تقديره عليه.

ثالثاً: خيار العدول

لا يكاد يخلو تشريع من التشريعات الحديثة اليوم من فكرة العدول وشروطها، التي أكدها المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 معززا حق المستهلك في العدول عن التعاقد في المادة 23، وفق أسس خاصة بعيدة عن القواعد العامة، باعتباره يرد في مرحلة تنفيذ عقود الاستهلاك دون غيرها واستثناءا.

مقابل تطور وسائل الاتصال والإعلام التي تعددت معها أساليب التعاقد الاستهلاكية وتنوعت، قائمة غالبا على انعدام الاتصال المادي بين المستهلك والمتدخل والمعرض من المنتجات، وضعت تشريعات حماية المستهلك حق العدول لتحسين إقدامه على إبرام عقود دون تفكير أو تروي³.

أول من وضع هذا الحق كان المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك سنة 2001، من خلال المادة L.121-20⁴ التي عدلت بالمادة L.221-20 من القانون رقم 301-2016 سنة 2016، ممددة فترة العدول من 7 أيام إلى أربعة عشر (14) يوما.

¹ **Pascal. Frechette**, La restitution des prestations en droit Québécois; Fondements et régime, thèse de doctorat en droit, Université LAVAL, Canada, 2017, p. 102.

² **Mostafa- Fahim. Nia**, les obligations de livraison et de conformité du vendeur dans les contrats de vente internationale de marchandises-étude comparative de la convention de Vienne du 11 avril 1980 et du droit français des ventes internes, thèse de doctorat, Paris1, Sorbonne, 2011, 269.

³ **Hervé. Jacquemin**, Le formalisme contractuel - Mécanisme de protection de la partie faible, op. cit, p. 445.

⁴ Art. L.121-20 de l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

والمشرع الجزائري نص بدوره على الحق في العدول عن العقد بموجب المادة 19 الفقرة الثانية من القانون رقم 03-09، التي منحت للمستهلك مكنة العدول بدون إبداء أي مبررات، ودون دفع مصاريف إضافية، ودون تحديد لأنواع المنتوجات التي يمكن العدول عن اقتناءها أو توضيح بشأن إجراءاته ومدته.

ثم اتسع نطاق ليشمل عقود كثيرة، نجد هذا الحق في حالة التأمين على الحياة وحالة اكتتاب التعهدات لدى البنوك، وفي النصوص التنظيمية في حالة القرض الاستهلاكي والبيع بالمنزل.

حيث نص قانون التأمين الجزائري، على مكنة العدول بالمادة 70 مكرر المتممة بالمادة 17 من القانون رقم 06-04 المعدل والمتمم للقانون 95-07 المتعلق بالتأمينات، التي ألزمت المؤمن في عقد التأمين على الأشخاص، أن يسلم المكتب كشف معلومات تحتوي إجباريا على توضيحات إضافية؛ منها ما يتعلق بآجال وكيفيات التراجع عن العقد. ونصت المادة 90 مكرر من نفس القانون، على عقد التأمين على الحياة وإمكانية العدول عنه، بموجب رسالة مضمونة الوصول مع وصل استلام، جاعلا مصاريفه تقع على عاتق المستهلك.

وبشأن اكتتاب التعهد لدى البنوك، فقد ورد في نص المادة 119 مكرر 01 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، أن لكل من اكتتب تعهدا في عقد قرض بنكي، العدول عما تعهد به في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام، تبدأ من تاريخ التوقيع على هذا العقد.

وجاء في المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي: "... غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد..."، بذلك يكون المشرع قد أقر حق المستهلك في إرجاع القرض للبنك خلال مدة ثمانية (8) أيام عمل، تسري من تاريخ إمضاء عقد القرض الاستهلاكي. وأضافت المادة 12 منه أن العدول يؤدي لزوال العقد، أما إذا قام المستهلك بدفع المبلغ المتفق عليه في عقد البيع خلال مدة العدول، يعتبر المستهلك قد تخلى عن حقه في ممارسة مكنة العدول.

في نص المادة 11 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 فصل المشرع أكثر بتحديد الشروط الواجب توافرها في العرض التجاري الإلكتروني والتي من بينها شروط وآجال العدول. ذلك ليكون المستهلك عالما بها.

كما نص أيضا في أحكام البيع على مستوى المنزل في نص المادة 14 من المرسوم 15-114 السالف ذكره على منح المستهلك الذي يتلقى المنتج على مستوى منزله، ممارسة حق العدول خلال مدة (7) أيام تسري من تاريخ تسلمه هذا المنتج.

إجرائيا، حدد المشرع الفرنسي العقود التي لا يسري عليها الحق في العدول في المادة L.221-28 والعقود التي يسري فيها هذا الحق، اشترط بداية إخطار المتدخل بقرار عدول المستهلك خلال الآجال القانونية، طبقا للمادة L.221-21 من قانون الاستهلاك الفرنسي. ثم يرسل نموذج العدول المنصوص عنه بموجب المادة L.221-5 أو بأية وسيلة أخرى، كإرسال رسالة إلكترونية، ويقع على المستهلك عبء إثبات ممارسته لحقه في العدول حسب الشروط المنصوص عليها في المادة L.221-21، تطبيقا لأحكام المادة L.221-22 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

أما إذا انقضت مهلة العدول دون تفعيل لهذا الحق من قبل المستهلك، يصبح العقد لازما مرتبا لآثاره. يبقى له في حال ثار نزاع بينه وبين المتدخل الرجوع لتطبيق القواعد العامة المتعلقة بضمان العيب الخفي، وأحكام الضمان الواردة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

المبحث الثاني: الفصل الإجرائي في الدعوى

تتبع إجراءات فصل القضاء في دعوى المستهلك كمرحلة أخيرة من مهمته، قواعد إجرائية مستقرة ثابتة إلى حد ما من جهة، ومزدوجة المعايير من جهة أخرى. لأن قبول الدعوى عند توافر شروطها كالصفة في المستهلك المدعى الذي تعرض للضرر أو الخسارة بسبب عيب في السلعة أو الخدمة، والآجال القانونية التي تقدم خلالها المطالبة القضائية أمام الجهات المختصة جغرافيا ونوعيا خاصة في عقود الاستهلاك العابرة للحدود عامة والالكترونية خاصة، تتميز بنوع من الثبات والتشابه في الأحكام المطبقة بخصوصها (المطلب الأول).

غير أن النظر من الجهة الثانية لتلك القواعد، عندما تحدد إجراءات صحة تقديم وسائل الإثبات أمام القاضي، التي حرصت على الدقة الشديدة في هذه المسألة الوثيقة الصلة بالنظام العام وحقت سيادة القانون، لكنها أمام أدوار الأطراف المختلفة من مستهلك مدعى إلى متدخل مدعى عليه أو ممثليهم والقاضي، أنشأت دائرة مزدوجة بين إصرار أطراف الدعوى على حقوقهم بحجج ودلالات مطلقة وأخرى ناقصة، وبين التزام القاضي بالبحث عن الحقيقة وحماية جوهر الحق معملا من أجل ذلك سلطته في التقدير المطلق للإثبات المقدم أمامه أحيانا. والمقيدة أحيانا أخرى بمبادئ وأصول قانونية تحد من نطاقها وتضمن عدالة ممارسة القضاء لدوره في الحماية الإجرائية خاصة مع تشعب المعاملات واتساع المنتوجات الاستهلاكية الواردة عليها إلى مجالات معقدة تقليدية وحديثة سريعة، جعل الاستناد على وسائل إثبات مضبوطة بأحكام مسبقة ومعرفة قانونا بالمناسب منها بحسب تصنيفها في الأهمية دون أخرى مسألة صعبة عمليا، لهذا وجد اتجاه عام نحو توسيع دور القاضي التقديري في مسائل الإثبات وتعزيز سلطته بشأنه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط قبول النظر في الدعوى

تنظيم التشريعات للقواعد الإجرائية المرتبطة بدعوى الاستهلاك بموجب قوانين مختلفة كقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، جعلها واضحة مؤكدة على ما يستلزم لقبولها، ولعل الصفة القانونية المشترطة في المضرور صاحب

الحق المراد حمايته من أهم الشروط التي أوجبتها تلك التشريعات، إلى جانب اشتراط رفعها ضمن الآجال القانونية المحددة مع اتباع إجراءات قانونية خاصة (الفرع الأول). كما ينظر إلى الاختصاص على أنه من المسائل الجوهرية في سير الدعوى، تهدف قواعده إلى تنظيم السلطة القضائية وإجراءات التحصن بها غالبا بموجب الطابع أمر، طبعا هذا بحسب ما إذا تعلقت بالاختصاص النوعي أو الإقليمي، لأن الاختصاص المخول لجهة قضائية معينة بالاستناد على نوع الدعاوى ومعيار القيمة يختلف عن الاختصاص المؤسس على معيار إقليمي الذي يسمى أيضا بالمكاني، أو على معيار شخصي الذي يعنى بالاختصاص الدولي للمحكمة الوطنية للفصل في المنازعات ذات العنصر الأجنبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شرط الصفة وإجراءات رفع الدعاوى والاختصاص

مهما تنوعت دعاوى المستهلك وتعددت اتجاهاتها، تبقى قائمة على مبادئ إجرائية لا تخرج عنها، مشروطة في قبول الدعوى، من تلك المبادئ توافر الصفة في المدعى المستهلك رافع الدعوى. الذي قد يرفعها بنفسه أو يوكل شخص آخر هذه المهمة، أو من طرف النيابة العامة باعتبارها صاحبة الصفة في تحريك الدعوى العمومية، أو تباشرها جمعيات حماية المستهلك باعتبار الضرر الذي يمس المستهلك هو في الأصل انتهاك للمصالح المشتركة أو الفردية لجماعة المستهلكين (أولا).

كما لا تخرج إجراءات دعاوى الاستهلاك، إن رفعت أمام القاضي المدني عن الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما رفعها أما القاضي الجزائي يخضعها لأحكام قانون الإجراءات الجزائية، مع الحفاظ على تفصيل مهم في رفعها من السقوط بالتقادم وهو احترام آجالها القانونية (ثانيا).

أولا: شرط الصفة

من المبادئ التي استقر عليها فقه المرافعات "أن لا تُرفع الدعوى إلا من ذي صفة على ذي صفة"¹، فمن هم هؤلاء في دعاوى المستهلك؟

¹ شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، مرجع سابق، ص. 214.

1: المستهلك المضرور

نصت المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان السالف ذكرها على أنه: "لكل شخص الحق في اللجوء إلى القضاء لينظر في دعواه بصفة علنية وعادلة في أجل معقول عن طريق هيئة قضائية مستقلة ومحايدة ينشئها القانون". أقر هذا المبدأ بموجب الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل في نص المادة 39 منه.

في دعاوى الاستهلاك يتم ممارسة هذا الحق من رافع الدعوى الدائن بالحماية ذي الصلة الايجابية، مقابل المدعى عليه المدين بالحماية ذي الصلة السلبية، بموجب عريضة افتتاح متضمنة بيانات الطرفين معا المبينة في المادة 15 (ق.إ.م.إ.)، ولا يجوز بأي حال من الأحوال رفع دعوى قضائية دون توفر صفة التقاضي في رافعها هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار سنة 1989¹، وللقاضي إثارة انعدامها تلقائيا ولو لم يتم إثارتها من قبل الخصوم لأنها من النظام العام طبقا للمادة 13 (ق.إ.م.إ.).

لتحقق الحماية الإجرائية للمستهلك، عليه اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في الاثبات والحماية. باعتباره رافع الدعوى صاحب الحق الأصيل في استلام مبيع خالي من العيوب سواء تعلق الأمر بعييب خفي شاب المنتج قبل التسليم، أم بعييب عدم المطابقة لما تم الاتفاق عليه في العقد أو لما قرره الأحكام التنظيمية وقت التسليم، أو حق الحصول على خدمة ما بعد البيع.

وإن كان مدلول المستهلك المضرور يأخذ مفهوما واسعا بحسب قواعد مسؤولية المنتج، شاملا المتعاقد على السلعة ومستعملها من أفراد العائلة وأقاربه، حتى أنه ينسحب على الأغيار المصابين بأضرار فعل المنتج المعيب، أكدت هذا المدلول محكمة سطيف للجنايات في حكم مدني صادر سنة 1999 خاص بقضية الكاشير الفاسد بقولها "تعتبر طلبات الضحايا والأطراف المدنية مؤسسة لأنهم قد تضرروا من جراء مادة الكاشير المغشوشة والفاصة"².

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قضية رقم: 56644، الصادر بتاريخ 1989/12/27، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 01، ص.13.

² قرار محكمة الجنايات، رقم 99-13 حكم مدني، صادر بتاريخ 27 أكتوبر 1999، مجلس قضاء سطيف. مشار إليه في: شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، ص 218.

فإن مدلول المضرور في إطار حماية مصالح المستهلك ينحصر في شخص المستهلك المتعاقد دون سواه، لأن هذه الأضرار لا تمس بسلامة جسده ولا بعقله ولا تلحق بأمواله فقط، وإنما هي أضرار تطل المنتوج المعيب ذاته، فتتعرض ذمته المالية للتردي¹.

يستمد المستهلك الصفة من عقد الاستهلاك الذي هو أحد أطرافه التي يستوي فيها الضرر إن كان جسدياً، أو مالياً ماساً بأموال المستهلك المضرور، على هذا الأساس يباشر المستهلك دعواه بنفسه أو من طرف شخص آخر ينوب عنه؛ سواء كان وكيلًا أم محامياً يتأسس في حقه. حيث نصت المادة 14 (ق.إ.م.إ) على أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

كما أن مدلول المستهلك المضرور بحسب القانون المدني الفرنسي والجزائري، ليس مقصوراً على الضحية المباشرة الذي تأذى من عيوب المنتوجات، بل يشمل المتضررين غير المباشرين الذين مسهم أذى مادي أو معنوي من جراء موت الضحية المباشرة أو إصابته من زوجته، أو فروعه، أو أصوله، بل كل من يثبت الضرر الذي مسه من الحادث الذي تعرض له الضحية المباشرة. له صفة رفع دعوى مباشرة وشخصية². هذا ما ورد في قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1989 حين قضت "يكون المنتج مسؤولاً عن الأضرار الناتجة عن عيوب منتجاته في مواجهة المضرورين المباشرين، وبالارتداد دون التفرقة بين المتعاقدين والأغيار"³.

2: النيابة العامة

تثبت صفة التقاضي للنيابة العامة بحسبانها نائبة عن المجتمع والمحامي عن مصالحه الجوهرية والمدافعة عن نظامه العام⁴ وصاحبة الاختصاص الأصيل في

¹ بورياش جيلالي، آليات حماية المصالح التجارية للمستهلك في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون،

جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2022/2021، ص 166.

² Philippe Le Tourneau, Loïc. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, 3^{ème} Ed., Dalloz, 2000, p49.

³ Cass. Civ. 1^{ère} Ch., 28 avril 1998, J.C.P. 1998, 11, 10088, Rap. P.SERGOS.

⁴ شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، مرجع سابق، ص. 219.

تحريك ومباشرة الدعوى العمومية، بمجرد انتهاك مصالح المستهلك بفعل يشكل جنحة أو جناية، تطبيقا للمادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية¹ التي نصت على أنه: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون".

كما يثبت لوكيل الجمهورية الصفة تلقائيا في تحريك الدعوى العمومية واتخاذ الإجراءات اللازمة باعتبارها الجهة المختصة في الإشراف والمراقبة على أعمال الشرطة القضائية، وتلقى المحاضر المحررة من طرف الأعوان المكلفين بالمراقبة، وتثبت للنسبة العامة الصفة كذلك بموجب شكوى يقدمها المستهلك المضرور. وذلك لطالما كانت النيابة والأجهزة المشرفة عليها صاحبة دور هام في الحماية الإجرائية للمستهلك سواء المنصوص عليها في القواعد الخاصة بحماية المستهلك المواد من 68 إلى 85 من القانون ، أم تلك التي نص عليها قانون العقوبات بمقتضى المواد من 429 إلى 435 مكرر من قانون العقوبات.

3: جمعيات حماية المستهلكين

الظاهر أن الدور الإعلامي والتحسيصي والتوعوي، لجمعيات حماية المستهلك لا يقيه تماما من من الأضرار، لذلك اعتبر دورها في حماية المصالح الجماعية للمستهلكين أهم من الدور الأول، حيث ثبتت لها صفة التقاضي بعد تأسيسها وتمكينها من القيام بالإجراءات القانونية أمام الجهات القضائية المختصة لما تتعرض مصالح أعضائها الفردية أو الجماعية للإضرار هذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 17 من القانون رقم 06-12 المتعلق بالجمعيات.

يعد هذا الدور الفعال للجمعيات في حماية حقوق المستهلك التي تصدر غالبا عن علاقة عقدية بين المستهلك والمتدخل مخالفا لمبدأ الأثر النسبي للعقد. غير أنه يتعلق بحماية خاصة بعيدة التوافق والانسجام مع كثير من القواعد العامة التي قصر مفعولها في تحقيق الحماية المرجوة منها.

والجمعيات بالنسبة للمشرع الفرنسي في تعديل 2016 تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المستهلك المضرور، وبالتالي الصفة القانونية في التقاضي هذا ما ورد في

¹ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 48 ، الصادرة بتاريخ 10/06/1966.

المادة L.621-1. مع التأكيد في المادة L.621-2 على إمكانية تقديم الادعاء أمام القاضي المدني أو القاضي الجزائي على حد سواء، باختلاف شروط الادعاء فيما لو اختلفت الجهة، ففي الادعاء أمام القاضي المدني يشترط لقبول الدعوى، أن يكون الفعل المتضرر منه مجرم قانونا وإن يسبب ضررا فعليا المستهلك¹، أما بالنسبة للادعاء أمام القاضي الجزائي، يمكن تحريكه حتى وإن كان الفعل غير مجرم، لكن في هذه الحالة لا يمكن للجمعية سوى المطالبة باتخاذ إجراء معين كوقف بعض الأعمال غير المشروعة. لأن مطالبة الجمعية بالتعويض يشترط فيها تحريك المستهلك المتضرر للدعوى أولا، ثم تتدخل فيها وتطالب بالتعويض على أساس أن الفعل يمس بالمصلحة الجماعية للمستهلكين، وهو ما يفهم من نصوص المواد L.621-7، L.621-8، L.621-9 من قانون الاستهلاك الفرنسي². والسبب في اختيار الجمعية لهذا الاتجاه الجزائي هو خاصية السرعة والحركة ودور القاضي في البحث عن الأدلة وهذا فيه تخفيف لعبء الإثبات من على المستهلك³.

تأكيدا لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بقبول الادعاء المدني من الجمعية للدفاع عن مصلحة المستهلكين في الدعوى المقامة من جريمة الغش في بيع المواد الغذائية⁴.

على هذه الأسس القانونية، يمكن للجمعيات الادعاء أمام القضاء، سواء كطرف مدني في الدعاوى الناتجة عن مخالفة جزائية للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين، أو في غياب مخالفة جزائية كما هو الحال في دعوى إلغاء الشروط التعسفية، أو بالتدخل في الدعاوى التي يرفعها المستهلك بصفة فردية دعما لادعاءاته، أو دفاعا عن مصالحه الفردية.

¹ Guy Raymond, Droit de la consommation, LexisNexis, 3^{ème} Ed., Paris, 2014, p. 498-499.

² غريوج حسام الدين، دور جمعيات حماية المستهلك في الرقابة على المنتجات، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد 03، 2017، ص. 108.

³ Maria. José, Azar.baud, Les actions collectives en droit de la consommation: Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé, Dalloz, 2013, p.88.

⁴ Cass Crim. 31 janvier 1983, Bull., n° 210, p.566.

رغم فائدة هذه الدعوى للمتضررين، لما توفره عليهم من مصاريف التقاضي، ثم إن مبلغ التعويض يصرف إليهم ولا يذهب إلى ذمة الجمعية. يبقى فقط حالة خسارة الجمعية للدعوى، التي يفقد معها المستهلكين حقهم في اختيار اتجاه آخر في رفع دعاوى فردية، كما أن شرط تحديد عدد المضرورين والحصول على توكيلاتهم الكتابية، قبل رفع الدعوى، يشكل عائقاً أمام الجمعية¹.

ثانياً: إجراءات رفع الدعوى وآجالها

تتبع دعاوى الاستهلاك إذا ما تم رفعها أمام القاضي المدني كأصل عام الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة 13 إلى 17 منه. وإذا ما تم رفعها أمام القاضي الجزائي وجوبا ستتبع الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات الجزائية من المادة 1 إلى 5 منه. وتحتاج لتفعيلها قبل سقوطها بالتقادم احترام الآجال القانونية.

1: إجراءات رفع الدعوى

مما سبق عرفنا أن المستهلك المتضرر له الخيار بين رفع دعواه أمام القاضي الجزائي، أو القاضي المدني، والأصل في منازعات الاستهلاك كما هو معلوم أنها دعاوى مدنية تدخل في اختصاص المحاكم المدنية، فهي إما منازعات مدنية أو تجارية أو بحرية. غير أن الخيار بين الاتجاهين يدفع الطرف المضرور دائماً إلى الخيار الذي يجد فيه مصلحته. لذلك وجد المستهلك في الكثير من الحالات أمام القضاء الجزائي، إما برفع الدعوى العمومية والتأسس فيها كطرف مدني، وإما بالتدخل في الدعوى والتأسس كذلك مدنياً.

- خيار التأسس مدنياً بتحريك الدعوى العمومية

يحق للمستهلك المضرور طبقاً للمادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية تحريك الدعوى العمومية وفقاً للشروط المحددة في نفس القانون، وطبقاً للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية تحريك الدعوى العمومية يكون بتقديم شكوى أمام قاضي التحقيق في الجناح والجنايات، ويتأسس كطرف مدني باعتباره متضرراً.

¹ شهيدة قادة؛ المرجع السابق، ص.ص. 223، 224.

وكما سبق الإشارة، الشكوى التي يحرك بها المستهلك الدعوى العمومية تقدم بحسب المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية مع الادعاء المدني في مواد الجنايات والجنح دون المخالفات، التي تبقى حقا موكلا للنياية العامة دون سواها وهو ما تبرره أحكام المادة 66 من نفس القانون التي نصت على أنه: "التحقيق الابتدائي وجوبي في مواد الجنايات، أما في مواد الجنح فيكون اختياريا ما لم يكن ثمة نصوص خاصة، كما يجوز إجراؤه في مواد المخالفات إذا طلبه وكيل الجمهورية".

- خيار التأسس مدنيا بطريق التدخل في الدعوى العمومية

يتأسس المستهلك المضرور كطرف مدني للمطالبة بالتعويض أمام القضاء الجزائي بالتدخل في الدعوى الجزائية -الخاصة بكل الجرائم سواء جنائية أم جنحة أم مخالفة- التي حركتها النيابة العامة. في أي مرحلة من مراحل سير الدعوى، إن كان أثناء التحقيق طبقا للمادة 74 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية أو أمام قضاة الموضوع، وقبل إبداء النيابة العامة طلباتها في الموضوع طبقا لأحكام المادة 242 من نفس القانون التي نصت على أنه: "إذا حصل التقرير بالادعاء المدني بالجلسة فيتعين إيدأؤه قبل أن تبدي النيابة العامة طلباتها في الموضوع وإلا كان غير مقبول".

ويرفع الادعاء المدني أمام محكمة الدرجة الأولى ولا يجوز تقديمه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف طبقا لنص المادة 433 من قانون الإجراءات الجزائية، وإذا تم تكليفه قانونيا بالحضور وتخلف هو أو من يمثله عن حضور الجلسة عد تاركا لادعائه نصت على ذلك المادة 246 من الأمر رقم 66-155 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يعد تاركا لادعائه كل مدع مدني يتخلف عن الحضور أو لا يحضر عنه من يمثله في الجلسة رغم تكليفه بالحضور تكليفا قانونيا". وله حق رفع دعواه أمام القضاء المدني مع إرجاء الفصل في دعواه لحين الفصل في الدعوى العمومية.

2: آجال رفع الدعوى

ينشأ عن الفعل المجرم الذي ارتكبه المتدخل دعويين، الأولى مدنية والثانية عمومية، ولكل من الدعويين تقادماها الخاص من حيث المبدأ، فالأولى تتقدم بالتقادم الطويل، والثانية تتقدم بالتقادم القصير.

يمثل موقف المشرع الفرنسي خروجاً عن هذه القاعدة، حين أخضع الدعوى المدنية لتقادم الدعوى العمومية إذا شكل الفعل الضار جريمة، وبالتالي أجل رفع الدعوى يكون إما خلال عشر (10) سنوات أو ثلاث (03) سنوات أو سنتين (02) بحسب ما إذا كانت الجريمة، جنائية أو جنحة أو مخالفة.

حرص مشرع الاستهلاك الفرنسي كغيره من التشريعات الحديثة على تحديد المسؤولية عن الأضرار التجارية من حيث نطاقها الزمني، كجانب من الحماية للمستهلك، فنجده حين نظم الالتزام بالمطابقة في العقد ومجالات تطبيقه حدد أجل ضمان المطابقة في المادة L217-7 من قانون 2016-301 التي نصت على أن: "عيوب المطابقة التي تظهر في أجل أربعة وعشرون (24) شهراً من تاريخ تسليم المنتج تعتبر موجودة لحظة التسليم إلا إذا أثبت العكس، أما إذا كان المبيع مستعمل يخفض الأجل إلى ستة (06) أشهر". ليمدد هذا الأجل في تعديل 2020 بأحكام المادة 21 من القانون رقم 2020-105¹، إلى إثني عشر (12) شهراً تسري من يوم التسليم.

فيما أخضع المشرع الجزائري، دعاوى الاستهلاك في المواد المدنية التي يتم تحريك إجراءاتها أمام القضاء لآجال التقادم في القواعد العامة، التي تحسب بخمسة عشر (15) سنة من وقت وقوع الفعل الضار، ذلك ما ورد في المادة 133 من القانون المدني "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار"، والمادة 308 من نفس القانون "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة (15) سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون..."

وإذا تعلقت الدعوى بعقد التأمين، تنقضي بمرور ثلاث (03) سنوات من وقت حدوث الواقعة التي نتجت عنها هذه الدعوى، حيث نصت المادة 624 من القانون المدني على أنه: "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى".

أما في الحالة التي يشوب المبيع عيب خفي، تنقضي دعوى الضمان بالتقادم بمرور سنة (01) واحدة من يوم التسليم الفعلي للمبيع، هذا طبقاً لنص المادة 383 من القانون

¹ Art. 21 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020, dispose: « Au deuxième Alinéa de l'article L. 217-7 du code de la consommation, le mot : « six » est remplacé par le mot : « douze ».

المدني "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول". أما إذا تخلف عن رفع دعواه خلال هذه المدة سقطت بالتقادم.

هذا ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول بموجب اتفاق بين المتعاقدين طبقاً للمادة 383 (ق.م.ج) وإذا ثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه، تتحدد مدة التقادم بدلاً من سنة بخمسة عشر (15) سنة من وقت اكتشاف العيب، طبقاً للفقرة الثانية من المادة 383 "غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشاً منه". وإذا كان البائع سيء النية وهذا المفترض تعطل أحكام الضمان وتصبح مدة رفع دعوى ضمان العيب الخفي تنقضي بمرور خمسة عشر (15) سنة كاملة.

وبخصوص الضمان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الفقرة الأولى من المادة 223 منه نصت: "تسقط الخصومة بمرور سنتين (02)، تحسب من تاريخ صدور الحكم أو صدور أمر القاضي، الذي كلف أحد الخصوم القيام بالمساعي". وتم التأكيد هذا الموقف في نص المادة 229 من ذات القانون، يبدأ سريان أجل سقوط الخصومة في حالة الإحالة بعد النقض، من تاريخ النطق بقرار النقض من طرف المحكمة العليا.

يمكن تطبيق هذا الحكم على دعاوى المستهلك، إذا ركزت الخصومة وتماطل المستهلك، وانقطاع عن السير في الدعوى، أو تنفيذ الحكم الصادر في الموضوع لمدة لا تقل عن سنتين¹، يؤدي ذلك إلى سقوط الحق المطالب به وانتفاء الحماية القضائية له، وهو ما قرره المحكمة العليا في قرار عام 2006².

يظهر التقادم في منازعات الاستهلاك في أحكام الضمان بنوعيه؛ القانوني والاتفاقي، إذ يتعين على المستهلك تقديم شكوى كتابية إلى المتدخل أو الاتصال معه بأي وسيلة مناسبة لدفعه على تنفيذ التزامه بالضمان، وفي ذلك نصت المادة 21 في فقرتها الأولى من المرسوم التنفيذي 13-327 على: "لا يستفيد المستهلك من الضمان إلا بعد

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قضية رقم 337111 الصادر بتاريخ 2006/07/19، المجلة القضائية لسنة 2007 العدد 01، ص.229.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قضية رقم 326964 الصادر بتاريخ 2006/02/15، المجلة القضائية، سنة 2006، العدد 01، ص.231.

تقديم شكوى كتابية، أو عن طريق أي وسيلة اتصال أخرى مناسبة، لدى المتدخل".
والمادة 22 الموالية لها، بينت أنه إذا لم يستجب المتدخل خلال مدة 30 يوما من تاريخ استلام الشكوى، يقوم المستهلك بإعذاره برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام أو بأي وسيلة أخرى طبقا للتشريع المعمول به، لتمدد مدة الضمان إلى 30 يوما إضافية تمكينا للمتدخل من تنفيذ التزامه بالضمان.

وبما أن المرسوم التنفيذي 13-327 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، أغفل تحديد كيفية اللجوء إلى العدالة وميعاد الاقتضاء أمامها حماية لهذه المصالح وصونها، مما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة التي أقرها القانون المدني.

الفرع الثاني: قواعد الاختصاص

من هو القاضي المختص في نظر دعاوى المستهلك والفصل فيها؟ سؤال الاختصاص الإجرائي هذا يطرح في دعاوى المستهلك كأي دعوى أخرى، خصوصا في الدول التي تبنت ازدواجية النظام القضائي، التي لا يتوقف فيها الاختصاص عند اختلاف المحاكم الوطنية بين العادية والإدارية ودرجاتها، بل يمتد إلى المنازعات العابرة للحدود التي يدخل فيها عنصر أجنبي عارضا لمنتوجه سلعة أو خدمة في السوق الوطنية. للإجابة على هذا السؤال نتناول بالدراسة اختصاص النوعي والإقليمي (أولا)، بعد ذلك ندرس الشروط المعدلة لقواعد الاختصاص (ثانيا)، ومدى إثارة اختصاص القضاء الدولي في عقود الاستهلاك التي يكون فيها المتدخل شخصا أجنبيا (ثالثا).

أولا: الاختصاص النوعي والإقليمي

الاختصاص النوعي مسألة متعلقة بالنظام العام، على المستهلك أن يعرف الجهة القضائية التي يدخل في اختصاصها القانوني الفصل في دعواه تحت طائلة رفضها شكلا لعدم الاختصاص. بعكس الاختصاص الإقليمي الذي ليس من النظام العام، يمكن للأطراف الاتفاق على اختيار محكمة غير المحكمة المختصة كمبدأ عام.

1: الاختصاص النوعي

يختص بالنظر في دعاوى أشخاص القانون العام القضاء الإداري، ودعاوى أشخاص القانون الخاص القضاء العادي، هذا التعويل على المراكز القانونية لأطراف

النزاع في تحديد الاختصاص القضائي يهتز ليس عند اختلاف تلك المراكز التي نموذجها الأمثل منازعات الاستهلاك القائمة بين مستهلك كشخص من أشخاص القانون الخاص ومتدخل الذي قد يكون في بعض الحالات شخص من أشخاص القانون العام حين يتعامل المستهلك مع مرفق عام اقتصادي أو تجاري وصناعي، لأنها في كلتا الحالتين ومهما كان مركز المتدخل يرجع الاختصاص بنظر دعاوى المستهلك إلى القضاء العادي وهو الأصل.

بل عند بعض الاستثناءات، حين يختص القضاء الإداري في بعض منازعات الاستهلاك التعويضية. وعندما يشكل الإخلال بالالتزام عملاً إجرامياً الذي يقدم المستهلك بشأنه شكوى أمام النيابة العامة أو ادعاء مدني أمام قاضي التحقيق.

إضافة إلى قرار محكمة التنازع الفرنسية في قضية "Bac d'eloka"¹ الذي أصبح بموجبه الاختصاص في دعاوى المرافق ومستهلكي خدماتها يعود للقضاء العادي. جاءت المادة 32 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فاصلة تشريعياً في المسألة: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام..." التي على أساسها ينظر القسم المدني في جميع النزاعات المدنية والتجارية والبحرية والعقارية إلا ما استثنى بنص خاص كالمنازعات المتعلقة بالبنوك والتأمينات والمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 9 من قانون مجلس الدولة.

مع ذلك، لا يمنع المستهلك من الاختيار ورفع دعواه أمام القاضي التجاري خصوصاً في الدول التي تأخذ بنظام استقلال المحاكم المدنية عن التجارية كالفرنسي. إلا أن هناك من رأى² أنه لا يمنح المستهلك في التشريع الجزائري الخيار بين اللجوء إلى القسم المدني أو القسم التجاري إذا كان المدعى عليه تاجراً بالاستناد في ذلك على نص المادة 45 (ق.إ.م.إ.)، التي تمنع اتفاق الأطراف غير التجار على تغيير الاختصاص الإقليمي ومنحه لجهة غير مختصة إقليمياً.

¹ Arrêt Bac d'eloka, Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, Dalloz, 1921, 3, 1.

² حاج بن علي محمد، أهمية القسم التجاري لنظر المنازعات الاستهلاكية: على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، دورية دولية محكمة تصدرها جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 9، 2013، ص. 67.

بالمقابل هناك من رأى¹ أن للمستهلك حق الاختيار مادام أحد أطراف الدعوى تاجرا، باعتبار نص المادة 45 (ق.إ.م.إ) مذكور ضمن القسم الثالث بعنوان "في طبيعة الاختصاص الإقليمي"، إذا حظر الاتفاق يتحقق في حال تم تغيير الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة ولا يتعلق إطلاقا بالاختصاص النوعي. وقد سار الفقه والقضاء في الجزائر على هذا الرأي الذي سار عليه أيضا الفقه الفرنسي، إلا أنه يستحسن رغم وجود هذا الحق، توجه المستهلك بدعواه للقسم المدني لأن المحاكم التجارية تميل إلى تطبيق الأعراف التجارية التي يجهلها المستهلكون والتي لم توضع لمثلهم².

مازال الاختصاص النوعي الأصيل في دعاوى المستهلك يرجع إلى المحاكم العادية، خاصة مع عدم وجود نص خاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالنسبة لاختصاص المجالس القضائية تكون أحكام المحاكم العادية قابلة للاستئناف أمامها بحيث تنص المادة 6 (ق.إ.م.إ): "المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، ورد على هذا المبدأ استثناء في المادة 33 (ق.إ.م.إ): "تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000 دج)"، هذا الاستثناء جعل لقيمة الدعوى المطالب بها محددًا لطبيعة الحكم الفاصل في النزاع. إلا أنه بموجب قرار المجلس الدستوري رقم 2020/03 الصادر عام 2021، أقر بعدم دستورية الفقرة الأولى والثانية من المادة 33، وعليه فقدت القاعدة التشريعية أثرها بمجرد صدور هذا القرار، الذي يسري على الأحكام المدنية التي لم تستنفذ آجال الاستئناف عند تطبيق أحكام المادة 33 (ق.إ.م.إ).

وقد يختص أيضا قاضي الاستعجال في بعض دعاوى المستهلك الرامية إلى حماية أصل الحق المستوفية شرطا الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق أثناء الفصل فيها، مثالها دعوى وقف الأفعال غير المشروعة للمتدخل كدعوى الدعاية الكاذبة في أوصاف جوهرية للمنتوج يطلب في هذه الدعوى وقف بث إشهار خادع أو مضلل.

¹ بورياش جيلالي، مرجع سابق، ص 188.

² محمد بودالي، مرجع سابق، ص 637.

وإذا كان فعل المتدخل الذي سبب به ضررا للمستهلك مجرم قانونا تقوم مسؤوليته الجزائية ويعاقب عليه جزائيا، بانعقاد الاختصاص في نظر دعاوى الاستهلاك إلى القاضي الجزائي بالتبعية للدعوى العمومية، هذا التأكيد ورد في المادة 328 (ق.إ.ج). يسير القضاء في فرنسا نحو جعل القضاء الجزائي صاحب الولاية العامة في دعاوى الاستهلاك، قاصدا تسهيل تداعي المستهلك المتضرر أمام العدالة، وخاصة أن دعاويهم تكون مسبقة بمحاولات وساطة، التي حتى في حال نجاحها ليسوا ملزمين بالاعتماد على المحامين¹.

2: الاختصاص الإقليمي

يختلف الاختصاص الإقليمي بحسب ما إذا انعقد للقاضي المدني أو للقاضي الجزائي.

- الاختصاص الإقليمي أمام القاضي المدني

مبدأ الاختصاص الإقليمي في القانون الجزائري الخاص برفع الدعاوى المدنية جاء في المادة 37 (ق.إ.م.إ) التي نصت: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وهو مبدأ تقليدي قديم بني على قاعدة الحق مطلوب وليس محمول ولأن الأصل براءة الذمة وعلى من يدعي خلاف ذلك السعي لإثباته، أرجعت اغلب التشريعات ومنها التشريع الجزائري الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإذا تعددوا، يؤول الاختصاص إقليميا للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم حسب المادة 38 (ق.إ.م.إ).

وبتطبيقه على دعاوى المستهلك جميعها، لهذا الأخير رفع دعواه أمام محكمة موطن المتدخل المتسبب في الضرر هذا بحسب المادة 37 (ق.إ.م.إ)، وفي حال تعدد

¹ قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 214.

المتدخلون المسؤولون عن الضرر الذي لحق المستهلك، يرفع دعواه أمام المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها موطن أحدهم هذا بحسب المادة 38 (ق.إ.م.إ.).

الاستثناء عن المبدأ العام مبرره إما طبيعة الوقائع أو صفة أطراف الدعوى، ورد النص عنه في المواد 39 و 40 (ق.إ.م.إ.)، حين يكون الاختصاص لمحكمة محل إقامة المسؤول عن الضرر أو مكان تسليم المنتج أو توريد الخدمة.

بحسب المادة 39 الفقرة 1 (ق.إ.م.إ.) في مواد الدعاوى المختلطة، يؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر الأموال، وهو عادة ما يتحدد بمكان تسليم المنتج أو توريد الخدمة. وللمستهلك الاختيار بحسب الفقرة 3 من نفس المادة، في حال ثار نزاع يتعلق بالتوريدات أو تأدية الخدمات التوجه بدعواه أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، حتى لو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان، ولأن الغالب يتم التنفيذ أو تأدية الخدمات والتوريدات بمحل إقامة المستهلك، مما يمكنه من اختيار المكان الأنسب له أي رفع دعواه أمام الجهة القضائية الأقرب منه.

أما المشرع الفرنسي، وبموجب المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية مكن المستهلك من الاختيار بين رفع دعواه ومنح الاختصاص لمحكمة مقر إقامة المدعى عليه، وبين إذا كان موضوع النزاع متعلق بمسائل تعاقدية، فإن الولاية القضائية تتعقد للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التسليم الفعلي للشيء محل التعاقد أو مكان أداء الخدمة¹، وبحسب القضاء الفرنسي في حال غياب التسليم، يرجع المستهلك إلى تطبيق المبدأ العام، وهو اختصاص محكمة إقامة المتدخل.

– الاختصاص الإقليمي أمام القاضي الجزائي

للمدعى المتضرر بموجب المادة 329 (ق.أ.ج.)، بشأن دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن جنحة، التوجه بدعواه للجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها

¹ Khair Al Deen. Kadhim Obbed, Les effets de l'Internet sur les règles de conflit de compétence internationale Comparaison entre les droits irakien, Thèse de doctorat en droit privé, Université de Toulon, Ecole doctorale, France, 2016, p.96.

الفعل الضار، أو للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مقر إقامة أحد المتهمين أو شركائهم أو محل القبض عليهم.

وبموجب الفقرة 4 من نفس المادة، تختص بالنظر في المخالفات المحكمة التي ارتكبت في نطاق دائرتها المخالفة، أو المحكمة الموجودة في بلد إقامة مرتكب المخالفة. والمادة 40 فقرة 1 (ق.إ.ج) منحت حق الاختيار في حال رفعت الدعوى أمام المحكمة الجزائية، بين محكمة مكان وقوع الجريمة، أو محكمة محل إقامة المتهم، أو محكمة محل القبض عليه. ويجوز رفع الطلب في دعوى التعويض عن الضرر الناشئ عن مخالفة، أو جنحة، أو جناية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار.

ثانيا: تعديل قواعد الاختصاص

تعلق قواعد الاختصاص النوعي بالنظام العام، أدى إلى حظر تعديل أحكامها المنظمة لكافة الجهات القضائية بتنوعها وتقسيماتها ولتوزيع الاختصاص النوعي بين القضاة، حفاظا على المصلحة العامة الرامية إلى حسن تنظيم وإدارة مرفق القضاء. يستلزم ذلك بطلان أي بند يضمن في عقد الاستهلاك لتعديل هذه الأحكام، كتغيير الجهة قضائية من العادية إلى الإدارية أو تعديل التقاضي على درجات، رغم نص أحكام الفقرة 02 من المادة 42 (ق.إ.م.ف) على إمكانية تنازل أحد الأطراف عن الطعن بالاستئناف مادام النزاع المنصب على حقوق قابلة للتصرف قائما.

كذلك الأمر بشأن الشروط المعدلة لقواعد الاختصاص الإقليمي، لا يجوز تضمين عقد الاستهلاك أي بنود ترمي إلى تحديد الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المتدخل المتعاقد معه المستهلك، حيث تبنى المشرع الفرنسي بموجب أحكام المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية موقف شديد الصرامة في إثبات أن أي بند تعاقدى يعدل أو يتجاوز قواعد الاختصاص الإقليمي بكل الأشكال الممكنة صراحة أو ضمنا، يعتبر تعسفيا كأنه غير مكتوب، هذا يشمل كافة العقود باستثناء العقود المبرمة بين التجار. رغم ذلك مازال المتدخلين يضمنونها في العقود النموذجية المحررة مسبقا.

في قرار صادر في 27 جوان 2000 قضت محكمة العدل الأوروبية بأن الحماية التي تقررها المذكرة التوجيهية 93/13/CEE للمجلس، الصادرة في 5 أبريل 1993

المتعلقة بالبنود التعسفية المدرجة في العقود المبرمة مع المستهلكين، أكدت أن القضاء الوطني له الحق في إثارة الطابع التعسفي لبند من البنود المضمنة في عقد الاستهلاك المعروض أمامه لاسيما ما يرتبط بالاختصاص الإقليمي، حين ينظر في مدى مقبولية الدعوى شكلا، في الحالة التي تقدم فيها هذه الدعوى أمام المحاكم العادية¹.

التأكيد الوارد في القرار على منح القاضي الوطني سلطة تحديد الطابع التعسفي لبند من بنود العقد محل النزاع بشكل تلقائي لضمان حماية المستهلك. عززه المشرع الفرنسي حين منح بموجب المادة L.421-6 من قانون الاستهلاك لسنة 2014 وبموجب المادة L.621-3 من نفس القانون لسنة 2016، الحق لجمعيات حماية المستهلك المعترف بها في الاتحاد الأوروبي، مباشرة دعوى مشتركة نطاقها إبطال وحذف الشروط التعسفية الواردة في نماذج عقود الاستهلاك المعدة والمقترحة من المتدخلين، من بينها البنود التي تشترط التقاضي حصرا أمام الجهة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر المتدخل المتعاقد مؤسسة كان أو شركة تجارية².

خلافًا لذلك في التشريع الجزائري، البنود التي يمكن من خلالها تعديل قواعد الاختصاص الإقليمي ليس لها علاقة بالنظام العام كأصل عام، إذ لم يضع مخالفتها تحت طائلة البطلان، وعليه باستثناء ما ورد على سبيل الحصر في أحكام المادة 40 (ق.إ.م.إ.)، يمكن للأطراف تعديل قواعد الاختصاص الإقليمي دون أن يكون للقاضي صلاحية الحكم بعدم الاختصاص الإقليمي من تلقاء نفسه العامة.

وإذا تم الفصل في موضوع الدعوى، رغم توافر شروط عدم الاختصاص النوعي أو دفع أحد أطرافها بعدم الاختصاص الإقليمي، يتم إبطال الحكم الصادر بموجب دعوى استئناف أو دعوى النقض بحسب طبيعة الحكم المراد إبطاله إن كان قابلا للاستئناف أم

¹ Arrêt de la Cour du 27 juin 2000; « La protection que la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, assure à ceux-ci implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause du contrat qui lui est soumis lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions nationales ».

² Gilles. Paisant, Un élargissement de l'action collective en suppression des clauses abusives, la semaine juridique, édition générale, n° 15, du 11 avril 2011, jurisprudence, p-p.684-687.

نهائي. أما إذا انقضت الآجال القانونية دون الطعن فيه، اعتبر حكما سليما يمكن الاحتجاج به وتنفيذه.

ثالثا: الاختصاص الدولي

الإنتاج الغزير للمنتوجات، والتنويع الكثيف فيها، أزال الحدود الاقتصادية في إنشائها لتعبر حدود الدول المنتجة لها إلى أسواق دول أخرى تلبية لحاجاتها. وكأي منتج وطني يتصور أن يسبب المنتج الأجنبي المطروح في السوق الوطنية أضرارا للمستهلك، هذا ما استلزم الحرص على إبقاء الحدود القانونية المنظمة لها قائمة.

وان كانت هذه المسألة تعجز المستهلك من اتباع الإجراءات القانونية للتصدي للنزاع الذي قد يحدث بينه وبين المتدخل، لصعوبة تحديد المحكمة المختصة بالنظر في دعواه. البين الذي لا جدال فيه عندما تتخذ المؤسسة الأجنبية مكتبا أو فرعا موطنا لها في الجزائر، ينعقد الاختصاص طبقا للقانون الجزائري للمحكمة الوطنية التي يقع في دائرة اختصاصها فرع أو مكتب تلك المؤسسة.

أما في الحال الذي لا تتخذ فيه المؤسسة الأجنبية صاحبة المنتج المطروح في السوق الوطنية فرعا أو مكتبا كموطن لها في الجزائر، يظهر عائقا أمام المستهلك الجزائري في تحديد المحكمة المختصة خاصة في ظل غياب القاعدة التشريعية للاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية.

يبقى التعويل على لائحة بروكسل لعام 2001 المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية¹ التي تدرج منازعات الاستهلاك ضمنها، المستبدلة باللائحة المعروفة باسم بروكسل مكرر (UE) n 1215/2012 الصادرة سنة 2012 والمعدلة، التي إذا ما منحت الاختصاص للمحاكم في دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، تعترف باقي الدول بذلك وبالققرارات القضائية التي ستصدر تبعا دون الحاجة إلى أي إجراء.

¹ Règlement (CE) n 44/2001 de Bruxelles concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, remplace par le règlement (UE) n° 1215/2012 de Bruxelles bis du 12 décembre modifié le 10 janvier 2015.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري إذا ما انعقد الاختصاص للمحكمة الجزائرية، يتم الرجوع إلى قواعد الاختصاص الدولي المباشر المحددة في المادتين 41 و 42 (ق.إ.م.إ.). حيث نصت المادة 41 على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلدي أجنبي مع جزائريين".

ونصت المادة 42: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

بالاستناد على المادتين، تنظر المحكمة الوطنية في الدعاوى التي يكون أحد أطرافها جزائري مدعى أو مدعى عليه وكان الالتزام قد أبرم في الجزائر أو خارجها، غير أنه اختصاص اختياري وهو ما يفسر من عبارة "يجوز" الواردة في كلا النصين، مما يؤدي لعدم التطبيق التلقائي للمادتين¹. حيث يمكن اتفاق المتعاقدين على خلاف ذلك لعدم تعلقه بالنظام العام، مع إمكانية اللجوء إلى التحكيم.

وفي حال عدم وجود اتفاق بين المستهلك والمتدخل على منح الاختصاص للمحكمة أو للتحكيم، وأمام عدم وجود نصوص قادرة على احتواء هذا النزاع، دعى بعض من الفقه² إلى إعمال القواعد المنظمة للاختصاص الإقليمي الداخلي على المجال الدولي كنوع من الحلول القانونية لبعض إشكالات الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية.

يتعين حسب قواعد القانون الدولي الخاص، على القاضي الوطني قبل البحث في القانون الواجب التطبيق وقبل الفصل في النزاع ذو العنصر الأجنبي، الفصل في مدى اختصاصه الدولي بنظر المنازعة، وبالتالي ينعقد الاختصاص للقاضي الوطني بنظر المنازعات الدولية الخاصة حسب الحالة، باشتراط ضابط الموطن، أو ضابط موقع المال، أو ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه، أو ضابط الجنسية الوارد في المادة 41 و 42

¹ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص. 326.

² محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص. 177 وما يليها.

السالف ذكرهما، أو ضابط الإرادة بحسب المادة 46 (ق.إ.م.إ) على أن يكون الضابط مكتوبا وموقعا طبقا للمادة 45 (ق.إ.م.إ).

في حين اعتمد المشرع الفرنسي بموجب المادة L.232-4 من قانون الاستهلاك من أجل عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية في دعاوى المستهلك أحد أطرافها أجنبي، ضابط خاص، وهو ضابط موطن أو محل إقامة المستهلك وضابط الإرادة على أن يكون القانون المختار فيه حماية للمستهلك أفضل من تلك التي سعى قانون موطنه أو محل إقامته لتوفيرها، كما سمح وفقا لأحكام المادة R. 631-3 من نفس القانون، للمستهلك بالتداعي أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها المكان الذي كان يعيش فيه وقت إبرام العقد أو وقوع الفعل الضار.

تنص المادة 18 من اللائحة الأوروبية رقم 1215-2012¹ السابق ذكرها، يجوز للمستهلك المتعاقد أن يرفع دعواه أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مقر إقامة المستهلك، بغض النظر عن موطن الطرف الآخر في العقد. وإن كانت المادة 17 الفقرة (ج) من نفس اللائحة جعلت منه غير قابل للإعمال إلا لمواجهة المتدخل الذي يقوم بأنشطة تجارية في الدولة العضو الموجود على أراضيها محل إقامة المستهلك، أو الذي يقوم بممارسة هذه الأنشطة في الدولة العضو وموضوع العقد يقع في إطار هذه الأنشطة. طبقا لهذه الأحكام، يكون للمستهلك المقيم في فرنسا مثلا حرية رفع دعواه أمام المحاكم الفرنسية ضد المتدخل المقيم في دولة عضو أخرى في بلد أجنبي أو في الاتحاد الأوروبي²

وعليه ليحدد المستهلك في نزاعه الدولي مع أجنبي إذا ما كان الاختصاص ينعقد لمحكمة فرنسية، عليه التأكد أولا من وجود اتفاقية دولية أو لائحة أوروبية تقر بقابلية تطبيق قواعد الاختصاص القضائي، إن لم يجد، توجب عليه كمرحلة تالية تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص من المصادر الفرنسية، التي غالبا ما تعتمد كمصدر رئيسي

¹ Art. 18 du règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 du parlement européen du conseil, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O.U.E du 20-12-2012, p.L35/1.

² **Nathalie. Blanc**, Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la cour de cassation, Etude annuelle 2017, La documentation Française, p.189.

المبادئ التي تتسجم مع إجراءات التقاضي الداخلي، وإذا لم يجد ما يسمح بتأسيس اختصاص قاض فرنسي، وكان أحد الطرفين فرنسيا، يمكن أن يتحول نحو امتياز الاختصاص القضائي بالاستناد على الجنسية الفرنسية المنصوص عليه في المادتين 14 و15 من القانون المدني.

ولعل الأمر يختلف قليلا في العقود الالكترونية التي اعتمدت الاختصاص الدولي في دعاوى المستهلك ذات عنصر أجنبي، متبينة كمبدأ عام منح الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك الالكتروني، وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد ضابط خاص لاختصاص المحاكم الوطنية بنظر دعاوى المستهلك الالكتروني ذات الطابع الدولي، فإننا نجد بعض التشريعات والاتفاقيات الدولية تنظم له قواعد خاصة، منها اتفاقية بروكسل السابق ذكرها في المادة 13 منها حين منحت الاختيار للمستهلك في رفع دعواه سواء أمام محكمة موطن المستهلك أو محكمة محل إقامته، وإما أمام محكمة موطن المتدخل أو محل إقامته، على أن لا يستفيد من هذه الحماية سوى الطرف الضعيف. إعمال هذه القاعدة متوقف على مركز المستهلك في الدعوى بين مدعى ومدعى عليه طبقا للمادة 14 من نفس الاتفاقية، يكون له الاختيار إذا كان مدعى بين رفع دعواه أمام محكمة موطنه أو مقر إقامته أو أمام محكمة موطن المدعى عليه. ويكون ملزما بإعمال الضابط دون حق الاختيار إذا كان مدعى عليه.

هذا ما أكدته لائحة بروكسل رقم 2001/44 لعام 2001، بشرط أن يكون المتدخل يمارس أنشطة مهنية في دولة موطن المستهلك أو قد وجه نشاطه نحوها والعقد أبرم نتيجة لذلك. بعدها أدخلت المفوضية الأوروبية بعض التعديلات بشأن هذا الاختصاص التي جعلت للمستهلك حق رفع دعواه أمام محكمة موطنه حتى لو كان الموقع الذي تم من خلاله إبرام العقد غير موجه لدولة موطن المستهلك.

بهذا الشأن تبني المشرع الفرنسي نظرية الاستلام المؤكد، طبقا لأحكام المادة 1369-5 (ق.م.ف) التي نصت على أن العقد يتم في الزمان والمكان الذي يستلم فيه الموجب القبول، بوسيلة تشير إلى تأكيد استلامه القبول. الذي لا يتأكد إلا بالنقر على زر الموافقة.

إضافة إلى ذلك أحاط المشرع الفرنسي الاستلام بشروط شكلية تتمثل في مرحلة المراجعة النهائية لبنود العقد المدون على دعامة إلكترونية ثابتة. والقاعدة العامة أن مكان إبرام العقد الإلكتروني يتحدد بمكان انعقاده كما هو مقرر في قواعد الاختصاص الفرنسي، حيث ينعقد لاختصاص المحكمة التي أبرم فيها العقد الإلكتروني.

غير أن المذكرة التوجيهية رقم CEE44/2001 الصادرة عن المجلس الأوروبي عام 2000، المتوافقة بشكل كبير مع اتفاقية بروكسل لعام 1968، منحت الخيار للمستهلك الأوروبي في التقاضي أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطنه، أو أمام محكمة مقر المدعى عليه.

تطبيقاً لذلك، قررت محكمة النقض الفرنسية عام 2001 نقض القرار الصادر عن محكمة الاستئناف "Thionville" عام 1998، الذي حكم بعدم الاختصاص المحلي في دعوى رفعها مستهلك فرنسي ضد صاحب شركة يقع مركزها الرئيسي بلوكسمبورغ، معتمدة في قرارها على بنود اتفاقية بروكسل لسنة 1968، القاضية بأن مكان إبرام عقد الاستهلاك يتحدد بمكان إقامة المستهلك¹.

المطلب الثاني: التقدير الإجرائي لوسائل الإثبات في مجال حماية المستهلك

في الحالات التي يُخل المتدخل بالتزام من التزاماته، كالإخلال بالإعلام أو عدم تسليم المنتج أو تسليمه معيباً غير مطابق، يقع على المدين عبء الإثبات الذي ينصب عادة على وقائع مادية، إذ يسعى لتقديم الدليل عليها بالبينة أو اليمين أو الإقرار وبلا شك القرائن والخبرة والكتابة، والقاضي مقابل ذلك عليه التقيد بدفعهم وطلباتهم المقدمة مع احتفاظه بكامل سلطته في تقدير ما يقدمونه من أدلة إثبات وإجراءاته، التي قد تقنعه فيقبلها أو تثير لديه الشك فيرفضها، ذلك سعياً منه لإنهاء النزاع بالاستناد على الصحيح المقبول منها. يُعمل القاضي التقدير الإجرائي للتأكد من صحة عناصر النزاع المعروضة أمامه، ومدى صلتها وإنتاجيتها في الدعوى. لأن وسائل الإثبات المختلفة تعد مصدر مهم

¹ Art. 16 de la convention européenne concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O.U.E du 21/12/2007, p. L.339/8, dispose: «L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État lié par la présente convention sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié».

لسلطة القاضي التقديرية، يمتد تأثيرها من التأسيس لصدق الدعوى من عدمه، ومتابعة الحقيقة وتكوين قناعة القاضي، إلى إصدار الحكم النهائي في الموضوع.

إذ لا مجال للحديث عن ولاية القضاء في مختلف مذاهب الإثبات القضائية، دون أن يكون من صميم تلك الولاية سلطة تقديرية للقاضي أيا كان موضوع النزاع، لأنها لصيقة بممارسة النشاط القضائي ومؤسسة لحرية القاضي في الاستناد إلى أي دليل من وسائل الإثبات المقدمة، لتكوين قناعته بشأنها من خلال سعيه إلى ما يلزم من وسائل الإثبات والكشف عن الحقيقة باستخدام كل الوسائل العلمية والتقنية التي ليس له إلمام ومعرفة بها، باعتباره متخصص في القانون لابد أن يستعين بأهل الخبرة لإجراء بحث يتقصى الحقيقة من وراءه خاصة في المسائل المتعلقة بالاستهلاك، التي يغلب عليها عادة الطابع التقني والفني (الفرع الأول).

الدور التقديري للقاضي يكون بشأن بعض وسائل الإثبات ذات الحجية سواء التقليدية أم الالكترونية ممارسا بسلطة واسعة غير مقيدة، تمكن القاضي من توظيف أدلة الإثبات المقدمة بكل حرية أو استبعادها بناء على أسس صحيحة ومبادئ محددة ووسائل فنية، هذا بعكس البعض الآخر من وسائل الإثبات ذات الحجية الكاملة المقيدة لسلطة القاضي التقديرية كالكتابة والتوقيع الذين يلتزم بهما المتدخل اتجاه المستهلك في العقود والفواتير التي تعتبر سند مهم في الإثبات، لما تمنحه للمستهلك من إمكانية إثبات حقوقه اتجاه المتدخل بسهولة، ذلك خدمة للطابع الحمائي الإجرائي لتسريعات الاستهلاك في مجال الإثبات التي تبنت الشككية في المعاملات الاستهلاكية وألزمت المتدخل بتسليم نسخة من الوثائق الشككية لإثبات التصرف، مستشفة ذلك من أحكام القواعد العامة التي رجحت السند الكتابي لتحسين المتعاقدين، مع الاتجاه الواضح نحو توسيع دور القاضي وتعزيز سلطاته حتى أمام وسائل الإثبات الكتابية الإلكترونية الحديثة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور القضاء في المفاضلة بين وسائل الإثبات المختلفة

إن القضاة ليسوا على نفس درجة الاقتناع، وبالتالي ليس من السهل على المستهلك الطرف الضعيف الإثبات في منازعاته، رغم ما منحه له المشرع من إمكانية استخدام كل ما يراه مناسباً وما توفر لديه من بيئة وقرائن أمام القضاة، يبقى محدوداً باقتناع ورضى القضاة الذين يميزون بين من يبدي تخفيف في قبول وسائل الإثبات مهما تعددت كشهادة

الشهود والقرائن، وقد يرى آخرون بضرورة التشدد في هذا الإجراء فلا يكون ممكنا إلا بما يثبت اليقين (أولا).

كما قد تتضمن بعض الحالات المعروضة أمام القاضي مسائل فنية تتجاوز معرفة القاضي وقدرته في استيعاب موضوعها المعقد، وليتسنى له ذلك سيكون بحاجة إلى رأي علمي متخصص قاطع يؤسس عليه حكمه، كالمسائل المتعلقة بالحواسيب، والكهرباء، والهندسة وتقنية السيارات وغيرها من الأمور الفنية، التي يُمكن القاضي بشأنها من ندب خبير أو خبراء معتمدين لبحثها والتحقيق فيها من أجل إبداء الرأي (ثانيا).

أولا: التقدير القضائي للقرائن

عبء الإثبات أو التزام الإثبات عموما يجعل المستهلك يسعى لإنتاج وسائل تساعد في الاستدلال على الوقائع المتنازع عليها، لذلك عادة ما تكون وسائل الإثبات المقدمة أمام القاضي من صنع الأطراف يعدونها مسبقا كمصدر لحقهم المباشر، غير أن الواقع العملي الذي تجري فيه إجراءات تقديم هذه الوسائل جعلها غير كافية وحدها لتغطية كافة فرضيات الإثبات وأحيانا يستحيل تقديمها لأسباب كثيرة.

لذلك ومن باب تخفيف مشقة الإثبات عن المدعى خاصة عندما يكون مستهلك طرف ضعيف عند غياب أدلة الإثبات العادية، لجأ المشرع إلى تغيير محل الإثبات من الواقعة المادية الواجب إثباتها إلى استنتاج واستنباط ثبوتها من ما هو قريب منها من وقائع أخرى وهو ما يسمى بالقرائن بنوعيتها القانونية والقضائية

1: القرائن القضائية

تعد القرائن القضائية من بين وسائل الإثبات غير المباشرة ذات الأهمية في تفصي الحقيقة وإقامة الدليل عليها في حال غياب الأدلة المباشرة، لقد تناولها المشرع الجزائري في المادة 340 (ق.م.ج) بأحكام عامة دون تبين حجيتها في الإثبات كما فعل بالنسبة للقرائن القانونية حيث حدد حجيتها، غير أن الواقع العملي جعلها تبدو ذات حجية لكونها مخففة لعبء الإثبات الواقع على المستهلك، بل أحيانا تمتد إلى قلب العبء وإلقائه على عاتق المتدخل المدعى عليه.

ذلك رغم عدم قطعية دلالة القرائن القضائية، حيث يمكن للمدعى عليه دحض ما يستنبط عن طريقها بكافة وسائل الإثبات الممكنة، وأمام حرية القاضي في تكوين قناعته

يمكن أن تبلغ القرائن القضائية الحجية والقوة التي تمكن القاضي من استنباط المسألة محل الإثبات إما على سبيل القطع فلا يمكن إثبات عكسها، وإما على سبيل الترجيح فيمكن إثبات عكسها، أو تبلغ الحجية التي تعتبر معها بدء ثبوت يجب إكمالها بأدلة أخرى. المشرع الجزائري في المادة 340 (ق.م.ج) اعتبر القرينة القضائية بنفس حجية إثبات البينة أو الشهادة تاركا لتقدير القاضي وحده استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وتحديد قوتها أو ضعفها، ولا يجوز الإثبات بها إلا في الحالات التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة، نفس الحكم المتضمن معايير مرنة في تقدير حجية القرينة القضائية وأهميتها في الإثبات وسلطة القاضي في إعمالها وفق ظروف وملابسات النزاع أقره المشرع المصري في المادة 407 من القانون المدني.

بعكس السلطة التقديرية التي سمح بها المشرع الفرنسي للقاضي بشأن القرائن، في المادة 1382 (ق.م.ف) من تعديل عام 2016، حيث حدد مضمون القرينة التي يجوز له الأخذ بها في الحالات التي يمكن فيها الإثبات بالبينة واستلزم شروط قوة الدلالة، ودقة التحديد، ووضوح التوافق.

غير أنه التطبيق العملي جعل تقدير القرائن القضائية ضمن سلطة القاضي الواسعة، الذي يمكنه حتى إذا كان الإثبات من خلالها جائز تشريعا، الاستقلال في تقدير ما إذا كانت منتجة وذات صلة بالمسألة محل النزاع، كأن يتم الإثبات أمامه بشهادات شهود وأدلة أخرى تمكنه من الاستغناء عن القرائن القضائية، بحسب ظروف النزاع وليس بتعدد القرائن وكثرة الأدلة، إذ يمكن بحسب poinnier "قرينة واحدة أن تكون قاطعة، بينما قد لا تتوفر في حالات أخرى ثلاث أو أربع قرائن على أي قوة أو حجية في الإثبات".

تطبيقا لذلك يمكن أن يقبل القاضي كقرينة قضائية الأوراق أو الدفاتر التجارية غير المنتظمة المقدمة في ملف النزاع الموجود تحت تقديره، كما قد يأخذ توقيع المستهلك على إيصال الاستلام كقرينة على التسليم، ودفع فاتورة خدمة الكهرباء أو الهاتف أو الانترنت كقرينة على دفع الأشهر السابقة، وافترض وجود أي عيب يكتشفه المستهلك في المنتج وقت التعاقد دون الحاجة إلى إثبات ذلك من قبل المستهلك، هذا ما قضت به

محكمة النقض الفرنسية عام 2018¹، حين واجه مستهلك مشكلة مع آلة القهوة Nespresso فلجأ إلى القضاء طالبا التعويض، رغم عدم تمكن الشركة المنتجة من تحديد مكن العيب، استندت المحكمة على أحكام المادة L.217-7 قانون الاستهلاك الفرنسي التي تفترض في عيب المطابقة الذي يظهر خلال 24 شهرا الوجود السابق أي يعد قرينة على وجوده وقت البيع وبالتالي للمستهلك الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه إلا إذا تم إثبات العكس.

2: القرينة القانونية

في حال أخل المتدخل بواحد من التزاماته كالتسليم أو السلامة تقوم مباشرة قرينة الخطأ المفترض، وهي قرينة قاطعة أكدتها المحكمة العليا في قرار استندت فيه على المسؤولية المفترضة لشركة نقل المسافرين التي يجب عليها ضمان سلامة مستهلكي خدماتها ولا يمكن إغاؤها من المسؤولية عند إصابة أي واحد منهم أثناء تنفيذ العقد طبقا للمادة 60 و 62 (ق.ت.ج)، إلا عند إثبات العكس.

نظرا لما في القرينة القانونية من تخفيف نسبي للإثبات من على عاتق المستهلك، ورغم قطعيتها، يمكن للمتدخل إثبات العكس على أساس حق الدفاع، بدفع الخطأ من خلال القرينة السببية، وهنا يعود أيضا على المستهلك إثبات العلاقة السببية في المسؤولية عندما تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات.

طبقا لأحكام المادة 127 (ق.م.ج) يستطيع المدعى عليه المسؤول نفي المسؤولية وبالتالي يكون غير ملزم بالتعويض إذا أثبت السبب الأجنبي كخطأ صدر عن المستهلك المضروب أو من الغير، أو قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ. فيستبعد القاضي القرينة القانونية ويقبل القرينة السببية.

أما إذا تعلق الأمر بالقرينة القانونية البسيطة التي لا تكفي بنقل عبء الإثبات إلى عاتق المدعى عليه المتدخل، بل تمتد لتعفي من تقرر لمصلحته من الإثبات حتى يقوم المدعى عليه في النزاع بإثبات عكسها.

من ذلك يبدأ دور القاضي في الإثبات بالقرينة القانونية البسيطة، التي يتعين عليه الأخذ بها عند الحكم، لكن هذا لا يعني عدم جواز إقامة الدليل ضدها، بل يجوز إثبات

¹ Cass 1^{re} civ, 7 mars 2018, n 17-10.489, Inédit.

عكسها، كقرينة وفاء المستأجر بالأجرة الوارد أحكامها في المادة 499 (ق.م.ج)، تطبيقاً لها اشترط المشرع إثبات الواقعة البديلة، بتحقق القاضي والاستدلال بما يثبت وفاء المستأجر بالأجرة اللاحقة، لأن الافتراض المنطقي العملي يقتضي أن يكون استيفاء المؤجر للحقوق السابقة من المستأجر أساس منح المخالصات عن أي قسط لاحق للمستأجر.

ثانياً: سلطة القاضي في تقدير الخبرة القضائية

بغاية إثبات المسائل العلمية والفنية للوقائع المادية المستعصية، يكلف القاضي أشخاص خبراء مهنيون وفنيون لإجراء معاينة فنية تمكنه من استخلاص معلومات عن حقيقة ما عرض أمامه وحسم النزاع بشأنه، لذلك تعد الخبرة من أكثر طرق الإثبات المباشرة تفعيلاً في حوادث الاستهلاك، خاصة إذا لم توجد وسيلة أخرى تثبت حقيقة ما يدعيه الخصم، ولم يكفي التحقيق لإغلاق باب الاحتمالات حول وقائع النزاع وبقي الملف ناقضاً بدون وثائق تكون قناعة القاضي، تعين إجراء تحقيق يكمله بالتحاليل المخبرية. فالخبرة هي العلم بالشيء والخبير هو العالم، وللقاضي سلطة تقدير إجراءاتها والحاجة إلى ندبه، وحجيتها في الإثبات.

1: تقدير القاضي للحاجة إلى الخبرة وإجراءاتها

نظمت الخبرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كإجراء من إجراءات التحقيق في الدعوى مثل القرائن والبيئة وغيرها من الوسائل. إلا أنها تختلف في كونها إجراء مساعد للقاضي يخرج به عن الأصل بالتجائه إلى غيره من الخبراء، للاستعلام منهم في المسائل الفنية التقنية أو العلمية المتخصصة فيها التي لا بد عليه من فهمها كسبيل لتكوين قناعته وحسم النزاع، هذا طبقاً للمادة 125 (ق.إ.م.إ.).

ووفقاً للمادة الموالية لها، المادة 126 (ق.إ.م.أ.)، إذا تأكد القاضي من الحاجة للخبرة وتدخل الخبير سيكون منتج في الدعوى، سواء بتقديره ومن تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم مدعى أو مدعى عليه أو مدخلاً في الخصام في أي مرحلة من مراحل الدعوى، جاز له تعيين خبير، أو عدة خبراء متخصصين، يختارهم من بين المقيدين في قوائم الخبراء القضائيين المنصوص على شروط وكيفيات تسجيلهم فيها في المادة 04 من

المرسوم التنفيذي رقم 95-310 المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية، والمحدد لحقوقهم وواجباتهم.

أ: تعيين الخبرة

للقاضي الحرية الكاملة في تقدير الحاجة إلى اتخاذ إجراء تحقيق معين، أو تعديل نطاقه بتوسيعه أو تضيقه، وله الاستجابة لطلب الخبرة من الخصوم أو رفضه، بحسب ظروف الدعوى والمستندات المقدمة فيها، وفي حال رفض الطلب يقع عليه تسبب حكمه مبررا الرفض وإلا كان حكمه مشوبا بالقصور¹. حتى بعد رفض محكمة الدرجة الأولى وإذا ظهرت حثيات جديدة يمكن للخصوم إعادة طلب إجراء الخبرة، أو طلب إجراء خبرة بعد إجرائها من طرف المحكمة، هذا ما يسمى بإعادة إجراء الخبرة.

يصدر حكم نذب الخبير، متضمنا البيانات المحددة في المادة 128 (ق.إ.م.إ.)، عارضا الأسباب التي تبرر لجوءه إلى الخبرة، محددًا بدقة مهمة الخبير وأجل إيداع تقرير الخبرة وتحديد مبلغ التسبيق حسب المادة 129 (ق.إ.م.إ.). وهو حكم إجرائي بحسب طبيعته يصدر أثناء الدعوى ولا يجوز الطعن فيه، لاستقلالته عن الحكم الفاصل في النزاع محل الخصومة.

لذلك يحسب الخبير القضائي مساعدا للقضاء، لا يخرج في تأدية مهامه عن سلطة القاضي الذي عينه تحت رقابة النائب العام. يلتزم ليس بالإثبات وإنما بإبداء الرأي العلمي والاستشارة الفنية حول الوقائع المعروضة أمام القاضي، المبين بعضها في المادة 131 (ق.إ.م.إ.).

هذا أيضا ما عبرت بشأنه المحكمة العليا في قرارها بأنه "من المقرر قانونا أن دور الخبير محصور في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على فهم شامل لعناصر الدعوى، فلا يجوز أن ينتدب للقيام بعمل هو في الأصل من صميم مهام القاضي، كإجراء تحقيق وسماع شهود، لأن مهمة الخبير تقتصر على إبداء رأيه في المسائل الفنية التي صعب على القاضي استقصائها بنفسه دون المسائل القانونية".

¹ سليمان مرقس، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بنذب الخبراء، مطبعة جامعة القاهرة، 2001، ص.11.

وفي اجتهاد قضائي آخر لها أكدت أنه: "من المقرر قانوناً وقضائياً أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة، وتعيين خبير مع ضرورة توضيح مهمته ذات الطابع الفني البحت، ومراعاة عدم التخلي عن صلاحيات ومهام القاضي لفائدة الخبير. وأن الحكم الذي يتضمن أمر الخبير بإجراء تحقيق مع سماع الشهود، ومن ثم اعتماد نتائج التقرير للفصل في الدعوى، يعد مخالفاً للقانون، مستوجبا للنقض والإبطال"¹.

وعليه على القاضي الذي يفترض فيه الكفاءة في القانون الملم بأحكامه المأما تام، أن يحصر مهام الخبير القضائي في الوقائع المادية، دون أن تمتد إلى التقديرات القانونية² والمسائل الأخرى الممكن التحقيق فيها بالطرق المقررة قانوناً التي تعد من صميم اختصاص القاضي الذي لا يجوز له أن يفوض غيره للقيام بها، مثل الصلح الذي رأي بعض الفقه³ بضرورة حصر إجراءاته على القضاة دون الخبراء، لتفادي ضغط هؤلاء على المستهلك المضرور للقبول بالصلح.

وبالرغم من أن الأصل في ممارسة القاضي لسلطة ندب الخبير مسألة اختيارية، لا يخضعون بشأنها لرقابة المحكمة العليا، الواقع القضائي جعل الاستعانة بها في دعاوى المستهلك من أدبيات المحاكم، كما قد يتوجب الاستعانة بالخبراء، في حال طلب ذلك أحد الخصوم من أجل إثبات مسألة مؤثرة في الدعوى وكانت الخبرة سبيله الوحيدة لذلك. وفي بعض الحالات مثل الحاجة لوصف وتقييم لوحات فنية محجوزة يلزم المشرع جهة القضاء الاستعانة بخبير، دون أن يكون للقاضي سلطة تقديرية، يعين الخبير في هذه الحالة بأمر على عريضة طبقاً لأحكام المواد 665 و 694 (ق.إ.م.إ.).

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قضية رقم: 97774، الصادر بتاريخ: 1993/07/07، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 02، ص.108.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 34653 قرار بتاريخ 1985/11/20، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 04، ص.71؛ والقرار الصادر بتاريخ 1993/07/07، ملف رقم 97774، المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 02، ص.108.

³ Jean Debeaurain, Les caractères de l'expertise civile, Dalloz-Sirey, 1979, Chronique 22, p.143.

ب: إجراء الخبرة

أحاط المشرع الجزائري عملية الخبرة بنظام إجرائي دقيق، نظرا لدورها في المآل الذي ينتهي إليه النزاع، سواء من حيث الأشخاص المؤهلين بإجراء اقتطاع العينات التي تنصب عليها التحاليل المخبرية أو الاختبارات والتجارب، حسب أحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي 15-122 المتضمن إنشاء المخبر الوطني للتجارب ومهامه وتنظيمه. أو من حيث الإجراءات المطلوبة من مرحلة الاقتطاع إلى غاية تحرير تقرير الخبرة.

وبشأن الأشخاص المؤهلين بإجراءات بحث ومعاينة مخالفات قانون حماية المستهلك 09-03، فقد حددتهم المادة 25 منه في فئتين، الأولى هم ضباط الشرطة القضائية المحصورين بموجب المادة 15 (ق.إ.ج)، إلى جانب الأعوان الآخرون المرخص لهم في النصوص الخاصة بتنظيم مهامهم، والثانية هم أعوان قمع الغش التابعون للوزارة المكلفة بحماية المستهلك، حصرا لهؤلاء ولسلطتهم قصد المشرع تحرى بعض الصفات لتفادي التحيز والحفاظ على الحياد.

ولأن المعاينة المباشرة لا تكفي في كثير من المنتوجات، أحاط المشرع عملية الخبرة بإجراءات أكثر دقة منها اقتطاع ثلاث (03) عينات متجانسة من المنتج المشكوك في معيوبيته وعدم مطابقته للمقاييس والمواصفات القانونية وتشميعها هذا طبقا للمادة 40-1 من قانون 09-03، ووجوب ختمها ووسمها كتابة تعريفا بها طبقا للمادة 44 من نفس القانون.

ثم يحرر محضر بذلك شاملا البيانات المنصوص عليها في المادة 29 من القانون 09-03 فيها وصف للعينة المقتطعة وتسمية المنتج والعلامات والوسوم. بعد ذلك ترسل عينة من الثلاث إلى المخبر لإجراء التحاليل أو الاختبارات، وتبقى العينة الثانية في حفظ مصالح الرقابة التي قامت بالاقتطاع، والثالثة يؤتمن عليها ويحمل مسؤولية ضياعها أو إخفاءها المتدخل حائز المنتج، ضمن شروط معينة حسب المادة 40 الفقرة 2 و3 من القانون 09-03.

ووفقا للمادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، على الخبير في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ استلام المخبر المؤهل العينة المقتطعة، إرسال تقريره المحرر والمدون فيه نتائج تحاليل المنتج وتبيان مكن

المعيوبية أو عدم صلاحيته للاستهلاك، والذي طبقا للمادة 21 و22 من نفس المرسوم، يمكن مصلحة الرقابة وقمع الغش القائمة بالاقطاع من التوصل إلى اعتبار المنتج مطابق للمواصفات أو غير مطابق، واتخاذ تدابير تحفظية وقاية للمستهلك.

في حال عدم كفاية المعاينة في التقرير المقدم للقاضي، أو تشكيك المتدخل المخالف في نتائجها، يعذر المتدخل لتقديم العينة الباقية في حوزته في أجل ثمانية (08) أيام طبقا لما ورد في المادة 40 من القانون 09-03، الذي يقع عليه تقديمها سليمة تحت طائلة عدم أخذها بعين الاعتبار وبناء استنتاجات الخبرة على التحليل الأول.

2: حجية الخبرة في إثبات الضرر

من مهام الخبير التي عين من أجلها إيداع تقرير تفصيلي متضمن النتائج المتوصل إليها وبه تنتهي مهمته، ليوضع رأيه المبين في التقرير أمام السلطة التقديرية للقاضي طبقا للمادة 145 (ق.إ.م.إ.)، كدليل إثبات يستلزم تبيان قيمته وحجيته وتحديد مآل النزاع بناء على مبدأ حرية القاضي في تكوين قناعته هذا ما يظهر في النصوص التشريعية كالمادة 245 (ق.إ.م.ف.)، وأكدته قرارات المحكمة العليا مثل القرار الصادر عنها سنة 1981¹ جاء فيه: "الخبرة كغيرها من أدلة الإثبات تخضع لتقدير قضاة الموضوع"، وقرار آخر الصادر عام 1985² جاء فيه: "المقرر قانونا أن القضاة بتفضيلهم خبرة عن خبرة أخرى خاضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع المخولة لهم قانونا، وعليه فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب وانعدام الأساس القانوني لكونه استغنى عن الخبرة الأولى المجراة أمام المحكمة، في غير محله ويتعين رده".

¹ قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1981/01/22، ملف رقم: 22641، غير منشور.

² القرار الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 2003/09/09، ملف رقم: 320730، المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 01، ص.298.

بناءً عليه يمكن للقاضي إعمالاً لسلطته التقديرية تأسيس حكمه على نتائج الخبرة المأخوذ بها، أو استبعادها وطلب إجراء خبرة جديدة إذا كان التقرير الأول مشوب بعيب يؤدي إلى بطلانه¹.

أ: في حالة اقتناع القاضي للأخذ بمضمونها

قبل الفصل في الموضوع، وبعد إيداع الخبير لتقريره، يناقش ويبدى الرأي فيه من طرف الخصوم² وهو إجراء إلزامي يترتب عن الإخلال به بطلان الحكم الصادر في الدعوى، وهو ما يتضح في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1986 الذي قضت فيه أن "الدفع بعد تبليغ الخبرة من المسائل التي تثار أمام القاضي، كان على الطاعن إثارته أمام القاضي، إذ أن مناقشة الخبرة تستدعي إبلاغ الأطراف بمضمونها حتى يتم إبداء ملاحظاتهم وإن يتمسكوا بالبطلان إذا رأوا عيب من العيوب قد شابها، والقاضي بين هذا الخصم وذاك ملزم بمراعاة أهم مبدأ تقوم عليه الخصومة القضائية وهو مبدأ المواجهة بين الخصوم". كما عادت وأكدت في قرار صادر سنة 2011 على أنه "لا تشكل المناقشات المتعلقة بعناصر الخبرة سبباً لاستئناف الحكم أو الطعن فيه بالنقض إذا لم تثر مسبقاً أمام الجهات القضائية الفاصلة في نتائج الخبرة³.

رغم اعتبار تقرير الخبير رأي مساعد والأخذ به خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، أكد الواقع العملي على أهميتها في عقود الاستهلاك، التي كثيراً ما ساهمت في تكوين فناعة القاضي في هذا المجال. ففي قضية متعلقة ببيع مشروبات غازية غير صالحة للاستهلاك، قضت المحكمة العليا في غرفتها الجنائية سنة 1995، بالنقض التالي: "أن قضاة الموضوع بإسنادهم للخبرة الطبية - غير المنازع فيها- التي أثبتت عدم صلاحية

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 806311، قرار بتاريخ 2012/06/21، المجلة القضائية لسنة 2013، العدد 01، ص.143.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 144063 قرار بتاريخ 1997/09/28، قضية: (ح.س) ضد (إدارة الجمارك/النائب العام)، المجلة القضائية لسنة 2002، عدد خاص رقم 02، ص.238.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 669244 قرار بتاريخ 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا لسنة 2012، العدد 01، ص.189.

المشروبات الغازية الموجودة بالقارورة المعروضة للاستهلاك، يكونون قد عللوا قرارهم بكفاية¹.

وهذا يعني أن الخبرة غير المحتج عليها تمثل في هذا الشأن سندا قويا يبني عليه القاضي قراره، بل أنه الدافع لحرص قضاة الفصل في هذه الدعاوى على استدعاء القائمين بعملية الخبرة لطلب بعض التوضيحات للصيغ العلمية والتقنية التي تتضمنها والتي يصعب على القاضي استيعابها.

إضافة إلى تلك الأهمية، تعزز مكانة الخبرة في الإثبات، أن لها قوة المحررات الرسمية، مادام الخبير قام بمهمته في إطار وظيفته، يعتبر تقريره بمثابة ورقة رسمية لا يمكن إثبات عكسها إلا عن طريق الطعن بالتزوير².

ب: في حالة استبعاد نتائج الخبرة القضائية

قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عام 1918، بأن المحكمة غير ملزمة بتبيان أسباب إهمال الخبرة لما في ذلك من إساءة إلى الخبير، يكفي تعليل عام تبين فيه الأسباب التي أدت إلى اقتناعها بالنتيجة المتوصل إليها في حكمها. غير أن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء، حريص على إضافة عناصر وأسباب لجوء للخبرة والعدول عنها، كالأسانيد التي أسست عليها رفضها لتقرير الخبرة، وإلا خضع لرقابة المحكمة العليا لقصور في التعليل.

وعليه، تبقى السلطة التقديرية للقاضي في استبعاد تقرير الخبرة إذا لم يقتنع به أو يأخذ بالجزء الذي اقتنع به دون البعض الآخر، رغم إلزامه بتسبيب رفضه صراحة أو ضمناً، هذا الإلزام فيه تطبيق لنفس المبدأ الذي على أساسه تم اللجوء إلى الخبرة، المتعلقة في الأصل بمسائل فنية صعب عليه الإلمام بها، فلا يمكنه عند رفض نتائجها أن يستند على أقوال الشهود، أو أن يجعل نفسه خبيراً في مسائل تخرج عن قدراته التقنية³.

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 120509 قرار بتاريخ 1995/03/28، قضية (ب أ) ضد (النيابة العامة)، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 02، ص.160.

² شمام منير، السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة مستغانم، 2019/2018، ص 201.

³ قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1983/05/11، ملف رقم: 28312، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص 1986، ص.53: "من المقرر قانوناً أنه إذا كانت المسألة محل خبرة فنية تخرج عن اختصاص القاضي، فإن هذا الأخير يلتزم

تقدير القاضي لعنصر الإثبات هذا ظهرت جدواه في تطبيقات قضائية عديدة، أكدت على الغموض الذي قد تثيره تقارير الخبرة بدلا من العكس، كقضية ديدن التي تضاربت فيها تقارير الخبرة المرتبط بها مآل حمولة القمح للاستهلاك¹، بين تقرير يثبت صلاحيته وآخر يؤكد عدم صلاحيته، ترتبت كثير من الشكوك والريبة بخصوص الخبرة.

الملاحظ في كثير من الدول، هو التوجه نحو استخدام التطور التقني والمعلوماتي بشكل واسع في مسائل الإثبات، بداية من مفهوم تتبع الأثر، واستحداث التزام التتبع² الذي يساعد في الحصول على معلومات كاملة عن المنتج طيلة مراحل التصنيع والإنتاج إلى وصوله ليد المستهلك. إلى جانب التوجه نحو الاستفادة من الأدلة الالكترونية وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: تقدير القاضي لأدوات الإثبات الحديث

اغلب تشريعات الاستهلاك الحديثة، تستلزم الشكلية في العقود وتستتبعه بضرورة تسليم نسخة لإثبات وجوده، حماية للمستهلك وتقوية لموقفه في الإثبات أمام المتدخل، غير أن هذه المتطلبات الشكلية قد تبقى غير ذي جدوى لمجرد تلاعب المهني بتفاصيل النسخة المسلمة إلى المستهلك كتسليمه نسخة غير مطابقة للأصلية، ومن ثم قد يعود المستهلك لنقطة الصفر في الإثبات، إذا لم يبدأ القاضي بالبحث عن حقيقتها ويفعل سلطته في ترجيح وثيقة عن أخرى وتحديد الصحيح من بين التعارض فيها، خاصة وأن تقديره أمام وسائل إثبات منحها المشرع حجية مطلقة والتطور التكنولوجي جعلها سريعة الانعقاد وسهلة التزوير وصعبة الضبط بأحكام قانونية شاملة لكامل زواياها، سيكون تقدير القاضي بدون شك مبتورا دون النظر في شروط صحتها التي إن حكم بتوفرها عادت وسيلة الإثبات مطلقة الحجية كاملة يمكن الاتكاء على قوتها في إصدار الحكم النهائي الفاصل في النزاع (أولا).

برأي الخبير، فإذا حدد الطبيب نسبة مئوية لعجز شخص معين، فلا يجوز للقاضي أن يخفض هذه النسبة إلا إذا استند إلى خبرة طبيب آخر.

¹ للتفصيل أكثر في القضية: شهيدة قادة، مرجع سابق، ص 259.

² لتفصيل أكثر في مضمون وأحكام الالتزام بالتتبع أنظر: حاج بن علي محمد، الالتزام بالتتبع؛ دراسة مقارنة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 17، 2017.

تطبيقاً لشكلية عقود الاستهلاك في ابرز نموذج لها، كانت الفاتورة أكثر شيوعاً واستخداماً رغم عدم اعتبارها عقد لذاتها وإنما هي إثبات على وجوده ومن بين أهم الوثائق الممكنة الاستعانة بها لشرح ما وثق فيها ك تفاصيل مالية للمنتوج المقدم للمستهلك وأوصافه وتواريخ الدفع والاستلام، وضعها تحت تقدير القاضي يجعلها بين احتمال رفضها أو قبولها كافتراض كاف لإثبات العقد (ثانياً).

أولاً: سلطة القاضي في اعتبار الكتابة دليل كامل

نبدأ هنا من حيث انتهينا في الفصل الأول من الباب الأول في هذه الأطروحة، بالضبط حين وصلنا للوضوح الذي أصبحت التشريعات المختلفة تساوي به الكتابة الالكترونية بحجية الكتابة الورقية الواردة في أحكام قوانين الإثبات في المواد التجارية والمدنية، مستنديين في ذلك على مبدأ التكافؤ الوظيفي والحياد التقني، متى استوفت الكتابة الشروط والضوابط الواردة في القوانين المنظمة لها. من شرط ضرورة تحديد هوية مصدر المحرر وشرط سلامة المحرر المنصوص عليه في أحكام المادة 323 مكرر 01 (ق.م.ج) التي تقابلها المادة 1366 (ق.م.ف)، إلى التأكيد على أن للكتابة على الدعامات الالكترونية نفس القوة الثبوتية للكتابة على الورق.

وهو نفس ما أكدته التشريعات بخصوص التوقيع الإلكتروني المساوي لنظيره التقليدي في حجية الإثبات. إلى درجة أنها أصبحت واضحة في استخدامها مصطلح "كتابة" للتقليدية والالكترونية، للإشارة في الواقع إلى الكتابة الموقعة. هذا ما ورد في المادة 1367 (ق.م.ف)

ليمنحه ذلك قوة الوسيلة المثلى لحماية مستهلك الخدمة ومقدمها من أي تأثيرات، خاصة لما تتميز به العقود المبرمة بينهما من تجدد مستمر مما أدى برغم رعاية القواعد العامة لها إلى عدم كفاية نماذج العقود التقليدية للإحاطة بكل التقنيات الإلكترونية المستعملة.

الواقع التشريعي والعملي الحالي والذي لا جدال فيه، هو أن الكتابة الالكترونية أصبحت بنفس قوة إثبات الكتابة الورقية مع مراعاة إمكانية تحديد هوية الشخص الذي صدرت عنه بشكل صحيح، وظروف إنشاؤها وحفظها، هذا الوضوح الغالب على

المساواة بين الشكّلين في حجية الإثبات هل يكون بنفس القدر إذا تعلق الأمر بالنسخة بدلا من الأصل؟ وهل القاضي يملك سلطة الترجيح بين المحررات عند التنازع؟.

1: حجية إثبات نسخة الأصل الموقع الكترونيا

كان الفقه الفرنسي يعتقد، أنه لا يمكن الحديث عن أصل الكتروني عندما يتم تقديم نسخة ورقية، وأكد هذا الرأي القرارات القضائية التي افترضت أساسا أن لا وجود للأصل إلا إذا كانت الكتابة على أول دعم أو حامل¹، باعتبار أن الأصل هو ما تم تثبيته كبيانات على أول حامل، وأي نقل له من الحامل الأصلي إلى حامل آخر، يجعل الكتابة الالكترونية الموثقة عليه تفقد كفاءتها ومساواتها مع الكتابة التقليدية، ليصبح الأصل الالكتروني نسخة.

ولأن العمليات الالكترونية تتطلب في كثير من الحالات، تغيير حامل البيانات، سواء من خلال نقلها من الورق إلى الالكتروني نموذج ذلك المعروف هو الرقمنة، أو من الإلكترونية إلى الإلكترونية مثل التخزين على دعم رقمي، أو من الإلكترونية إلى الورق مثل الطباعة.

رأى بعض الفقه²، أن الدليل الذي ينتجه الكمبيوتر لا يتعدى كونه إعادة إنتاج للمعلومات، مما يمنحه تلقائيا صفة النسخة. وبعبارة أخرى أدق، في مجال العقود الالكترونية أي إدراك للمعلومات المتاحة للحواس البشرية ليس سوى نسخة من تلك المخزنة على حامل غير قابل للإدراك بالحواس البشرية³.

طبيعي أن تكون النسخة إعادة إنتاج لاحق لنسخة سابقة، ولكن إن كان صعبا التمييز بين الأصل والنسخة الالكترونية وكل البيانات الالكترونية نسخا، فالسؤال يطرح نفسه أين أصلها؟

¹ Douai, 25 octobre 1966 et T.G.I. Bayonne, 5 juillet 1976, cités par : **Van. Quickenborne**, Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé, note Cass., 28 juin 1982, R.C.J.B., 1985, p. 91,

² **Herve. Croze**, Informatique, preuve et sécurité, chron. XXXI, 1987, p. 167,

³ **Xavier- Linant. De Bellefonds**, Rapport introductif », in Informatique et droit de la preuve, Paris, éd. des Parques, 1987, p. 18.

بحسب الفقه¹، أن النظر لهذه المسألة من تلك الزاوية ليس ذي جدوى، ولتغييرها ينبغي اعتبار المعلومات والبيانات المخزنة في ذاكرة الكمبيوتر والأوراق المطبوعة عنها أصل، إذ لا يهم إن كانت كتابة الأصل الإلكتروني وضعت على الكمبيوتر بداية من الأطراف أو أعيد إنتاجها. مؤكداً ذلك الواقع العملي والتفسير التقليدي، الذي ربط مفهوم الأصل بالكتابة الموقعة، لأن التوقيع هو العنصر الأساسي الذي يضيف على الكتابة صفة الأصل، وليس مجرد الكتابة على حامل ما، وعليه من الضروري بدلاً من ذلك معرفة إن كانت الوثيقة الإلكترونية تعتبر موقعة أم لا.

التوقيع كما هو معلوم يحدد هوية الشخص المنسوب إليه الكتابة الإلكترونية، وعليه الأصل لا يكفي بإثبات وجود كتابة صادرة من شخص ما مجهول على عكس بدء الإثبات بالكتابة، بل يحدد هوية ذلك الشخص بشكل لا لبس فيه².

هذه الحلول لقبول النسخة لم تجدي هي الأخرى كثيراً، لكنها ساهمت في ظهور تقرير Gallouedec الذي اقترح تبسيط عملية التحقق من صحة الأصل وقبولها أمام القضاء بدلاً من تغيير قواعد الإثبات الكتابية التقليدية، وذلك بالعمل على إعطاء مدلول وظيفي للأصل يسمح بتضمين الأدلة الإلكترونية المعدة مسبقاً التي تؤدي نفس وظائف إثبات الأصل الورقي.

نُقح التقرير فيما بعد، لتفادي أي مخاطرة تأثير على مدلول الأصل الورقي، ليصبح السعي إضافة إلى هذا الأخير، نحو تطوير تعريف وظيفي تكميلي للأصل بغرض تحديد شروط أمان يجب توفرها حتى يعتبر وثيقة أصلية. لذلك أصبح يعتبر أصل أي وثيقة ذات طبيعة أو منشأ إلكتروني، تسمح بتمييز خصائص النظام الفني الذي تم إنشاؤها وإنتاجها من خلاله، بتحديد أصل ومحتوى الفعل الذي يحمله بشروط أمان مماثلة لتلك الخاصة بالورق.

وهكذا، فإن استخدام توقيع إلكتروني موثوق، سيوفر ضمانات الأمان والسلامة الكافية لافتراض صحة المحرر الإلكتروني أصل، دون الحاجة إلى معادلة التوقيع

¹ Jacques. Larrieu, Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé?, lamy, 1988, p. 13

² Philippe. Gaudrat, Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (Rapport-cadre), 2eme ed, LexisNexis, Canada, 2018, p. 172.

الإلكتروني بالتوقيع اليدوي، مما يفيد إمكانية وجود أصول إلكترونية غير موقعة، أي بدون توقيع يدوي، وهو أمر قد يبدو غير منطقي في ظل القواعد العامة¹.

تدرجيا خاصة مع تطور التكنولوجيا وتوسيع مفهوم الكتابة، لم يعد يشترط تجسيدها على دعم مادي كالورق، ومع تعدد تقنيات النسخ المرتبط بالمعاملات الإلكترونية، أصبح من الضروري مراجعة النظام القانوني للنسخة، لذلك رسخت قواعد المادة 1379 (ق.م.ف) في تعديل 10 فيفري 2016 مفهوم النسخة بوضوح، محددة قيمتها وحجيتها في الإثبات، حيث وضعت المادة مبدأ جديد مفاده أن النسخة الموثوقة لها نفس قوة الإثبات مثل الأصل، بغض النظر عن وجود الأصل من عدمه، وعن سبب اختفاء الأصل إن وجد.

بافتراض أن أي نسخة ناتجة عن إعادة إنتاج مطابقة لشكل ومحتوى العمل موثوقة حتى إثبات العكس، منحت النسخة الموثوقة نفس حجية إثبات الأصل مع ضمان سلامتها بمرور الوقت من خلال عملية تتوافق مع الشروط المحددة بموجب مرسوم. السؤال الذي يتبادر إلى الذهن في هذه الحالة، كيف تحوز النسخة الفوتوغرافية أو المطبوعة لوثيقة موقعة الكترونيا صفة الموثوقة؟

موثوقية النسخة تعتمد على سلامة حفظها للأصل، والديمومة بمرور مدة من الزمن، بحسب الفقرة الثانية من النص المادة 1379 (ق.م.ف)، افترضت موثوقية النسخة البسيطة الناتجة عن إعادة إنتاج مطابقة لشكل ومحتوى العمل معيار الأمانة للأصل، والتي يتم ضمان سلامتها بمرور مدة طويلة معيار الدوام حتى إثبات العكس. وللاستفادة من هذا الفرض واستمرارية النص أمام تطور تقنية الاتصالات الإلكترونية، تم تحديد الخصائص التقنية للإجراءات المستخدمة، والتي تهدف إلى ضمان الأمانة للأصل واستمرارية النسخة، بموجب مرسوم.

¹ Rapport français réalisé entre 1989 et 1990 sous la direction de François- Gallouedec. Genuys, pour l'Observatoire juridique des technologies de l'information. Voy. **Francois-Gallouedec. Genuys**, Une société sans papier? La documentation française, Paris, 1990,p. 265.

المرسوم رقم 1673-2016¹ المتعلق بتطبيق المادة 1379 (ق.م.ف)، أشار إلى أن موثوقية النسخة الناتجة عن إعادة إنتاج على دعم مادي ورقي تؤدي إلى تغيير لا رجعة فيه في حامل النسخة مثل الطباعة باستخدام آلة كاتبة أو آلة تصوير. وإما نسخة إلكترونية تلبي الشروط المنصوص عليها في المواد 2 و 6 من المرسوم، حيث تنص المادة 2 على متطلبات جودة نسخ الوثائق الإلكترونية لضمان موثوقية النسخة الإلكترونية، والمادة 6 نصت على الضمانات السلامة التي يجب أن تخضع لها، مثل النسخ الضوئي مع بصمة الكترونية تضمن سلامة النسخة.

بناءً عليه، أقرت محكمة النقض² بصحة النسخة وبالتالي حجيتها في الإثبات بالقول أن "النسخة المقدمة لم تظهر أي أثر للتزوير من خلال تركيب متعدد الوثائق وأنها تعد نسخة موثوقة"، وأضافت في نقض آخر سنة 1996³ أن التصوير الضوئي يعد إعادة إنتاج حافظ للسلامة والديمومة، ولا شك أن التصوير الضوئي أو الطباعة تغير بشكل لا رجعة فيه حامل الورق، إذ لا يمكن استخدام الحامل الذي تمت عليه إعادة الإنتاج لعملية إعادة إنتاج أخرى.

وبحسب قرار محكمة الاستئناف لسنة 2021⁴، تسمح شهادة الإثبات الصادرة في نفس وقت العقد الإلكتروني بربط العمل القانوني مع هوية منشئه بشكل أكثر دقة وصحة مع إشارة للبريد الإلكتروني ورقم الهاتف المذكورين فيه.

بعكس الفقرة 3 من المادة 1379 (ق.م.ف) التي جعلت أصل النسخة الموثوقة غير مطلوب. المشرع المصري في المادة 16 من القانون رقم 15 المتعلق بتنظيم التوقيع

¹ Décret n° 2016-1673 du 5 décembre 2016 relatif à la fiabilité des copies et pris pour l'application de l'article 1379 du code civil

² Cass N 98-16.519. 30 mai 2000.

³ Cass N 94-11.745, 25 juin 1996.

⁴ cour d'appel de Riom, 8 décembre 2021, n° 19/02282: «La banque » pour prouver la signature électronique de « M. A », présente une 'Enveloppe de preuve établie le 10 octobre 2017 au nom de X OpenTrust, margue commerciale de la SA Keynectis, et indiquant : 'Ce fichier de preuve permet d'attester de la signature électronique du (ou des) document(s) du type 'Default variant service' par le(s) signataire(s) désigné(s) ci-après « M. A ». a signé le 6 octobre 2017 05:39:08 , Le document mentionne également à la rubrique authentification du signataire' que celui-ci s'est authentifié sur la page de consentement en saisissant le code qui lui a été transmis automatiquement par le service Protect&Sign pas SMS au numéro de téléphone 0671152220. Le vice Protect&Sian® a vérifié l'égalité entre le code saisi par l'utilisateur et le code transmis.

الإلكتروني، وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، أقر بحجية الصور الورقية للمحرر الإلكتروني، ولكن بشرط وجود المحرر الرسمي والتوقيع الإلكتروني للدعامة الإلكترونية بنصه على التالي: "الصور المنسوخة على الورق من المحرر الرسمي الإلكتروني حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية". مع ذلك تبقى المشكلة قائمة، في حال اشترط نص تشريعي الأصل، حتى لو كانت النسخة الموثوقة لها نفس قوة الإثبات قد يطلب القانون وجود أصلها، وكأنه تناقض آخر يجعل النسخة تبدو أنها لا تعادل الأصل.

كما أن المشرع الجزائري عند اعترافه بحجية صور المحرر الرسمي في نص المادة 325 (ق.م.ج) التي جاءت كما يلي: "...إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وإذا وقع نزاع بينهما تراجع الصورة على الأصل...". إشارة تفيد استلزام وجود المحرر الإلكتروني الرسمي على الدعامة الإلكترونية لكي يعتبر ذي حجية على الكافة، وحجية النسخة في حال وجد السند الإلكتروني الرسمي مصدرها الأصل ذاته، يستخدم للتأكد من موثوقية النسخة ومطابقتها للأصل.

لكن في ظل عدم إقرار المشرع الجزائري صراحة لحجية صور المحرر العرفي أو الموقع الإلكتروني، وتوجه الفقه نحو نزع القيمة القانونية والحجية عنه إلا في حال كان مطابقا للأصل وكان هذا الأخير موجود. أي بغيابه أو ضياعه لن يكون للنسخة قيمة وحجية في الإثبات. السؤال الذي يطرح إضافة إلى هذا الغموض، عندما يتطلب نص تشريعي تقديم الأصل هل تقبل النسخة الموثوقة عن محرر موقع إلكتروني، أي هل ستبقى حينها بنفس القيمة القانونية مثل الأصل؟.

2: دور القاضي في الترجيح بين المحرر الكتابي الورقي والإلكتروني.

عمليا وانطلاقا من مبدأ التكافؤ المفروض تشريعا لضمان التماثل بين المحرر الإلكتروني والورقي، قد يجد القاضي نفسه أمام نزاع لم يكن موجودا من قبل، حين كانت المحررات التقليدية هي الخيار الوحيد للمتعاقدين، وهو النزاع الذي ترتبط به

محركات ورقية ونظيرها الإلكتروني، يتمسك أحد طرفاه بالمحرر الورقي، والآخر يتمسك بالمحرر الإلكتروني، ليثور تعارض وتنازع بينهما، أيهما مرجح وذي حجية إثبات أقوى في تقدير القاضي هل المحرر الأول أم الثاني؟

ما لم يوجد، نص قانوني يشترط الكتابة على دعامة ورقية يحسم به المشرع المسألة لصالح الدليل الكتابي المثبت على دعامة مادية أو اتفاق صريح على استبعاد دليل لصالح آخر¹، تكون للقاضي السلطة في تقدير واختيار الكتابة المؤدية للحقيقة بالنظر لمدى توافر شروط كل محرر بإعمال ضوابط ترجيح بين المحررين، بالاستناد على القواعد العامة للإثبات.

المشرع الفرنسي ترك التقدير للقاضي في حالة تنازع بين محررين، مضمنا ذلك في أحكام المادة 1368 (ق.م.ف) بنصه: "في حال عدم وجود أحكام قانونية أو اتفاقات مخالفة، يحسم القاضي النزاعات المتعلقة بالأدلة الكتابية من خلال تحديد المحرر الأكثر ترجيحاً بأي وسيلة ممكنة".

المادة تفيد بأن حسم النزاع يرجع لسلطة تقدير القاضي بين الأدلة الكتابية المختلفة من خلال تحديد الوثيقة الأكثر ترجيحاً دون أن يعتد بالدعامة المثبت عليها الكتابة إذ لا مفاضلة بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني إلا بالقدر الذي يوصل للحقيقة، غير أن النص ألزم القاضي قبل إعمال سلطته التقديرية بشأن تنازع المحررات، احترام الاحتمال الذي يوجد فيه نص قانوني أو اتفاق بين الأطراف ينظم مسألة تنازع المحررات، والاحتمال التي ينعدم فيها وجود نص قانوني أو اتفاق ينظم المسألة.

أ: احتمال وجود نص أو اتفاق ينظم تنازع المحررات

إذا وجدت قاعدة قانونية أو اتفاقية على تفضيل أحد المحررين على الآخر، يلزم القاضي بمراعاة تلك القاعدة، وحسمه للنزاع يكون وفق شكلية الإثبات المتفق أو المنصوص عليها. وتبقى للقاضي في اتفاقات الإثبات تقدير مدى صحة الاتفاق من عدمه، إذا اقتنع القاضي بصحته يلتزم بمضمونه ويعمل على الإثبات بالمحرر المحدد في العقد المفضل لمحرر دون الآخر.

¹ زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013/2012، ص 197.

مثلاً قد تتعارض المحررات الرسمية مع العرفية، تكون فيها الأولى أقوى حجية من الثانية، فيرجع القاضي المحرر الرسمي ويأخذ بما هو ثابت فيه، أما إذا تنازع المحرر الإلكتروني الموقع والمحرر الورقي يكون القاضي أمام محررين متساويين في مصداقية التوقيع، عليه الترجيح بناءً على البيانات الواردة فيهما ليميز بين نوعين من البيانات المثبتة من طرف موثق عادي والإلكتروني.

ب: احتمال عدم وجود نص أو اتفاق ينظم تنازع المحررات

بما أن القاضي له صلاحية استعمال كافة الوسائل الممكنة للوصول للحقيقة، والمحررات المقدمة أمامه متساوية الحجية في الإثبات، متى توافرت شروط اعتبارها دليل كامل، يقع عليه في هذا الاحتمال النظر للمحرر من مدى توافر تلك الشروط، فإذا قارن بين المحرر الورقي غير موقع وبالتالي غير محدد لصاحبه، مقابل محرر إلكتروني مستوفي الشروط اللازمة لصحته من أهمها التوقيع الإلكتروني الموصوف، تكون الشهادة الإلكترونية الموصوفة الصادرة بشأنه، بمثابة إثبات لاعتبار المحرر الإلكتروني دليل كامل يعتمد عليه ولا يمكن رفضه. بهذا يستبعد المحرر الورقي الناقص ويصبح لا محل للترجيح بين المحررين.

نفس الأمر بالنسبة للحالة المعاكسة، التي يكون فيها المحرر الورقي دليل كامل مستوفي لشروط صيغته بهذه الصفة، مقارنة بالمحرر الإلكتروني غير مكتمل الشروط، خاصة التوقيع الذي يمنحه المصادقية، يسقط المحرر الثاني ليعتمد القاضي على الأول في الفصل في النزاع.

كما يمكن أن يحدث التنازع بين محرر إلكتروني موقع الذي لم تمنحه أغلب التشريعات مكانة المحرر الرسمي في الإثبات وبالتالي اعتباره قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، مع محرر ورقي رسمي ذي الحجية الكاملة، هذا الأخير يحوز الحجية والترجيح التقديري للقاضي مقابل أي نوع من المحررات رغم توقيعه إلكترونياً توقيعاً موصوفاً.

أو قد يتنازع محرر إلكتروني موقع متمتع بقرينة الموثوقية لا يمكن إنكاره ومحرر عرفي ورقي يفقد قيمته بمجرد إنكاره، يقع بداية على المتمسك بالمحرر الثاني عبء إثبات إنشائه من طرف المدعى عليه، لا مشكل إذا لم يتمكن من إثبات ذلك، لأن القاضي حينها سيعتمد في النزاع على المحرر الإلكتروني بدلاً من المحرر الورقي

العرفي، يتسع المشكل إذا أثبت المتمسك بالمحرر الورقي هوية مصدره الحقيقي، حيث يتساوى المحررين في الحجية ويكون القاضي أمام تنازع بينهما.

وعليه يكون القاضي في ظل المساواة بين المحررات الورقية والالكترونية وغياب النص أو الاتفاق المحدد لمكانة المحررين في الإثبات، معملا مع سلطته التقديرية قاعدة المحرر الأكثر مصداقية أو الأقرب إلى الحقيقة مع متطلبات إثبات أخرى كالتاريخ والإشارات الواردة في المحررين.

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير أهمية الفاتورة

من بين أهم مقتضيات مبدأ حسن النية في العقود، المجسدة للإفصاح عن المعلومات والضامنة لقدر من الحقوق الناتجة عن العلاقة التعاقدية وآثارها، هي ما يسمى بالشفافية، التي استقرت على أدوات عديدة اعتبرت الفاتورة من بينها، لدورها في مجال الأعمال التجارية الاستهلاكية خاصة، سواء من حيث حماية المستهلك والضمان أم من حيث الإثبات، لأنها تدبير تشريعي إلزامي في ذمة المتدخل، وضمانة شكلية للمستهلك يثبت بها حقه في السلعة أو الخدمة وورقة تجارية متممة للعقود.

نقلتها التشريعات الدولية والوطنية من الصورة الورقية التقليدية إلى الصورة الإلكترونية الحديثة، منظمة أحكامها وشروط توفرها بمنحها حجية الإثبات لبقى للقاضي السلطة التقديرية.

1: إنشاء الفاتورة كوثيقة إثبات

اهتم المشرع الفرنسي بالفاتورة معتبرا الإلكترونية منها مطابقة للتقليدية، مطورا أحكامها بموجب قوانين متتابعة معدلة لبعضها البعض أو منظمة مفسرة، وإن بدأنا من قانون المالية لسنة 1990 في مادته 47، التي أسست على حكم محكمة النقض حين عرف الفاتورة بأنها "رسالة مكتوبة موجهة من قبل تاجر، تدون فيها طبيعة البضاعة والخدمة، اسم المشتري وتأكيده قبول الدين. موجه لإعادة تسليمه إلى المستهلك بعد دعوته إلى تسديد المبلغ المحدد"¹.

¹ عائشة بوعزام، النظام القانوني للفاتورة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، العدد 1، 2014، ص 113.

تبع ذلك عدة تنظيمات وتعديلات إلى أن أصبحت الفاتورة أكثر وضوحاً وشفافية في المادة 289 مكرر من قانون الضرائب، المعدلة بموجب القانون 2023-1322، حيث اعتبرت الفاتورة الإلكترونية أداة أساسية للمراقبة وبمثابة محررات بديلة عن الفواتير الأصلية مع مراعاة مطابقة البيانات المرسلّة والمستلمة حيث يجب التأكد من طرف مصدرها بذاته أو من ينوب عنه أو من طرف ثالث أنها صادرة من أجل عدد معين من عمليات تسليم المنتجات سلعا أو خدمات. التي نصت أيضا في الفقرة الثانية منها على العناصر الواجب تضمينها في الفاتورة بحيث تجعل الوثيقة أو المحرر ممكن التأكد من موثوقيته، كعنصر تحديد الهوية، والبيانات المتعلقة بالسلع التي تم تسليمها أو الخدمات المقدمة من التاريخ وطبيعة المنتج.

أضافت الفقرة 5 من نفس المادة التزام التأكد من صحة الأصل وسلامة البيانات الواردة فيه وسهولة قراءتها وترسل وفق نظام الكتروني مكافئ للمعايير المحددة في المادة 2 من توصية المفوضية الأوروبية CE/1994/820 الصادرة عام 1994 المتعلقة بالجوانب القانونية لتبادل البيانات الإلكترونية، حين نصت على ضرورة إتباع إجراءات تضمن صحة الأصل وموثوقية البيانات.

لعل من أهم متطلبات الفاتورة بحسب المادة 289 مكرر من قانون الضرائب هي، ضمان صحة المنشأ ونزاهة المحتوى وقابلية قراءة الفاتورة من تاريخ إصدارها حتى نهاية فترة الاحتفاظ بها، وإمكانية إصدار الفواتير الإلكترونية واستلامها في أي شكل الكتروني لتحل محل الفواتير الأصلية التقليدية.

ويخضع إرسالها واستلامها لقبول المستلم إما في شكل إلكتروني أو ورقي بشرط أن تكون مضبوطة موثقة ودائمة من قبل الشركة إما باستخدام التوقيع الإلكتروني المتقدم وفقا لللائحة رقم 910/2014 الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2014 بشأن التعرف الإلكتروني وخدمات الثقة للمعاملات الإلكترونية في السوق الأوروبية. وإما في شكل رسالة منسقة وفقا لمعيار متفق عليه بين الطرفين يسمح بالقراءة بواسطة الكمبيوتر، إما عن طريق اللجوء إلى إجراء ختم إلكتروني متقدم وفقا لنفس اللائحة السابق ذكرها.

إضافة إلى ذلك يفترض التوجيه CE/77/388 المتعلق بشروط الفاتورة والضريبة على القيمة المضافة المعدل والمتمم، أن الفاتورة الإلكترونية تحرر من طرف المتدخل

نفسه أو من طرف ثالث ممثلاً في مقدم خدمة التوثيق أو الآلية الإلكترونية، والفاتورة بالنسبة لأحكام هذا التوجيه محرر قانوني قائم بذاته معفى من التوقيع لتبسيط إجراءات تحريرها.

كما نصت المادة L441-9¹ من القانون التجاري الفرنسي على إخضاع تقديم المنتجات للفوترة، إذ يتعين على البائع إصدار الفاتورة عند الانتهاء من تسليم أو تأدية الخدمة، ويلتزم المستهلك بطلبها. الذين عليهما الاحتفاظ بنسخة من كل فاتورة في حدود مدة زمنية حددها قانون الضرائب ب 6 سنوات، وتصدر الفاتورة الورقية بنسختين. ومن بداية جويلية 2021، صار إدراج معلومات متعلقة بضمان المطابقة القانوني للسلع في أي فاتورة خاصة بالمنتجات المحددة في المرسوم رقم 609-2021 الصادر في 18 ماي 2021 المتعلق بالضمان القاني للمطابقة على محرر الفاتورة لبعض فئات المنتجات كالأجهزة المنزلية والمنتجات الرياضية، الذي استثنى بعضاً منها كالمنتجات المباع عن بعد.

بناءً عليه يلتزم المتدخل كمورد الكتروني بتحرير فاتورة عند كل عملية تجارية بينه وبين مورد آخر، أو بينه وبين المستهلك الإلكتروني، يبين فيها طبيعة المنتج أو الخدمة محل التسليم، والسعر المتفق عليه المحدد لقيمة السلع أو الخدمات المقدمة محل الدفع².

المشرع الجزائري من جانبه نظم أحكام الفاتورة بموجب المرسوم التنفيذي 05-468³ المحدد لشروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات تلك الإجراءات، التي وضعت تنفيذاً لأحكام الفاتورة المنصوص عليها في المادة 10 الفقرة الأولى من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات

¹ Article L441-9 Modifié par Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019-art.1.

² Alfred. Jauffret, Droit commercial, introduction règles communes à tous les personnes du droit commerçants individus, 2ème éd, T 1, Dalloz, Paris, P 195

³ مرسوم تنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1426 الموافق 10 ديسمبر سنة 2005، يحدد شروط

تحويل الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 80 صادرة بتاريخ 2005/12/11.

التجارية، حيث نصت على التزام المتدخل بفوترة تفاصيل تعاملاته المترتبة عن مزاوله نشاطه التجاري في تداول المنتوجات.

حيث حددت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 468-05 البيانات التي يستلزم تضمينها في الفاتورة المتعلقة بالبائع والمشتري من بينها البريد والعنوان الإلكتروني، وبطبيعة السلعة محل الطلب أو الخدمة محل التقديم، لتصبح بمثابة عقد بين المتعاقدين يُمكن المستهلك من معرفة مدى حسن تنفيذ المتدخل لالتزاماته، وإثبات حقه من خلالها. إذ عادة ما تتعلق ببعض الخدمات الخاصة التي تستوجب التقديم للفاتورة¹، كخدمات الطيران، والخدمات الفندقية التي فرض بشأنها المشرع الجزائي على المتدخل عادي أو المورد الإلكتروني أن تكون أي خدمة فندقية محل تحرير فاتورة². هي إجبارية للمتدخل وعليه تقديمها للمستهلك مهما كانت الكترونية أو ورقية تطبيقاً لأحكام المرسوم التنفيذي 468-05 السالف الذكر.

مع ذلك ليست أي فاتورة يقدمها المتدخل صحيحة، بل يشترط أن تكون واضحة بدون أي عيب ينقص من موثوقية البيانات الواردة فيها، وأن تحرر وفق دفتر أرومات (دفتر فواتير) حسب المادة 10 من المرسوم التنفيذي 468-05، وفي حال إلغائها لابد أن تتضمن عبارة "فاتورة ملغاة" مسجلة بوضوح بنفس طول خط زاوية الفاتورة. وان تكون مقروءة على جهاز الحاسوب.

مع ضرورة احتواءها على الختم والتوقيع إلا إذا حررت عن طريق النقل الإلكتروني هذا وفقاً للفقرة الأولى من المادة 04 من نفس المرسوم، بمفهوم المخالفة يستثنى المشرع الفاتورة من شرط الختم أو التوقيع إذا حررت عن طريق النقل الإلكتروني الوارد في نص المادة 11 فقرتها الأولى موضحاً أنه نظام نظام إرسال الفواتير، المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو لأكثر بتبادل الفواتير عن بعد.

¹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 545.

² طبقاً لنص المادة 35 من المرسوم التنفيذي 46-2000 المؤرخ في 01/03/2000 الجريدة الرسمية عدد 10، المؤرخ بتاريخ 05/03/2000، الذي يعرف المؤسسة الفندقية ويحدد تنظيمها وسيرها وكذلك كفاءات استغلالها على أنه يجب أن تكون جميع الخدمات التي تقدمها المؤسسات الفندقية موضوع فاتورة طبقاً للتنظيم المعمول به في مجال الأسعار".

مراعاة شرط الختم والتوقيع في المحرر الإلكتروني يمنح الفاتورة قيمة الوثيقة المؤمنة الموثوقة، وحجية في إثبات مضمونها ونفاذه، طبقاً لأحكام المواد 323 مكرر 1 و 327 الفقرة الثانية (ق.م.ج) السالف ذكرهما.

ب: تقدير حجية الفاتورة في الإثبات

وفقاً للمادة 30 (ق.ت.ج) الفاتورة هي وثيقة إثبات، حيث نصت المادة: "يثبت كل عقد تجاري: ... بفاتورة مقبولة..."، وكرست في قانون التجارة الإلكترونية كضمانة حماية في التعاملات الالكترونية بموجب المادة 20 التي نصت: "يترتب على كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية، إعداد فاتورة من قبل المورد الالكتروني، تسلّم للمستهلك الالكتروني. يجب أن تعد الفاتورة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما. يمكن أن يطلب المستهلك الالكتروني الفاتورة في شكلها الورقي". واضحة غاية المشرع من النص في إلزام فواتير عقود الاستهلاك الالكترونية عند إبرامها أو عند تقديم الخدمة لإثبات وجودها وفعاليتها، متضمنة شروط انعقادها وتنفيذها.

لقد قررت المحكمة العليا¹ عام 2018، نقض قرار محكمة الاستئناف التي أسسته على فاتورة مختومة دون أن تكون موقعة، واعتبرها قضاة الموضوع مقبولة ومن ثم ألزموا الطاعنة بقيمتها بعد تثبيت الحجز التحفظي المضروب على حسابها. لأن مثل هذا التأسيس خاطئ، بالعودة للمادة 30 (ق.ت.ج) تنص على أن "يثبت كل عقد تجاري بفاتورة مقبولة"، ومن المستقر عليه الاجتهاد القضائي أن الفاتورة المقبولة هي التي تكون مختومة ومؤشر عليها من قبل الطرفين بالقبول على اعتبار أن وضع الختم دون توقيع مع وضع عبارة استلم تفيد الاستلام وليس القبول.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا² سنة 2018، أكدت "تعد قيمة الفاتورة المقبولة والمؤشر عليها المدون فيها عبارة 'TTC' شاملة لجميع أنواع الرسوم بما فيها الرسم على القيمة المضافة ولا يمكن الطعن فيها".

¹ المحكمة العليا ملف رقم 1190197، صادر بتاريخ 2018/01/11، بين (شركة ذ.ا سيكا الجزائر) / و (ز.ي)

² المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1226729، صادر بتاريخ 2018/01/11، بين (خ.و) / و (شركة ذات الأسهم للتركيب والصيانة الصناعية تارسي).

وإذا استوفت الفاتورة الإلكترونية الشروط المشار إليها فإنها تنشأ صحيحة، مكتسبة لصفة المحرر الكتابي في الإثبات، "مكتوبة، على دعامة إلكترونية، واضحة مفهومة، دائمة وغير قابلة للتعديل، محفوظة ويمكن الرجوع إليها والتصريح المسبق أمام إدارة الضرائب باستخدام الأساليب الإلكترونية في إنشاء وإرسال الفواتير وحفظها إلكترونياً، وتمكين الشخص الصادرة بحقه من نسخة الكترونية"، هذا ما يدل على ضرورة توقيع الفاتورة الكترونياً بتوقيع مؤمن، ومطابقة النسخة للأصل المحفوظ الكترونياً بحيث يمكن طبعها في نسخة ورقية أو الكترونية.

حيث أكدت محكمة النقض في عام 2008 في قضية "BELDIS"¹ على ضرورة التزام الدقة في الفواتير للتحقق من صحة وقيمة الخدمات المقدمة، دون حاجة الرجوع إلى محرر آخر، وأن الفواتير المقدمة في القضية لم تكن كافية لإثبات صحة وقيمة الخدمات المقدمة.

كما صدر عن المحكمة العليا² لعام 2019، قرار جاء فيه: "تبقى الفاتورة غير الموقع عليها من الطرفين مكتملة للعملية التجارية التي تكون ثابتة بوصول التسليم متى كان مقبولا، بمعنى مصادق عليه من الطرفين".

بهذا تأخذ الفاتورة الإلكترونية، مكانة المحرر الإلكتروني العرفي في الإثبات. وكأن المشرع عندما ألزم المتدخل بتسليم فاتورة للمستهلك، بموجب الفقرة 01 من المادة 20 من قانون التجارة الإلكترونية، جعله يصطنع دليلاً ضد نفسه. بحيث يلتزم بإرسال نسخة الكترونية من العقد عبر البريد الإلكتروني الخاص بالمستهلك، كدليل على تسليم المنتج محل التعاقد ونقل ملكيته، وكضمان لحق المستهلك في التصرف والاستغلال والاستعمال طبقاً للمادة 198 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

للقاضي سلطة رفض أو قبول الفاتورة كافتراض كاف لإثبات العقد، على مصدر الفاتورة أو الطرف المتمسك بها، إثبات بكافة الوسائل أنها أرسلت وتم تسليمها، يُعين على ذلك مثلاً إثبات دفع الأقساط الذي يعتبر افتراضاً لاستلام الفاتورة محل النزاع، ذلك أن

¹ Cass. Crim, 23 septembre 2008, N 08-81.278, Société Beldis.

² قرار محكمة العليا، الغرف المدنية، ملف رقم 1336661، بتاريخ 2019/07/11، بين (ب.ج) وشركة دلولة للتجارة الفلاحية.

القضاء لا يفسر السداد غير المشروط للأقساط إلا على أنه نتيجة لطلب الدفع في شكل فاتورة. أو إثبات عملية التسليم من خلال التوقيع على سجلات التسليم، باعتباره افتراض على أن تسليم الفاتورة يصاحب غالبا وصول المنتج ليد المستهلك.

في حكم غير مسبوق صدر عام 2021، قضت محكمة النقض¹، أنه يتعين على من يطالب بدفع ثمن خدمة ما بموجب فاتورة أن يثبت "أن الخدمة محل النزاع قد تم طلبها وتنفيذها" إذ ليس كافيا إثبات أن الخدمة تم طلبها فعليا وإنما يجب أيضا إثبات تمام التنفيذ. وعليه نقضت قرار محكمة الاستئناف التي حملت فيه المستهلك على دفع الفواتير المتأخرة ورفضت ثلاث فواتير أخرى لعدم احتوائها على أي تفاصيل عن الخدمات المقدمة، على أساس أن الفواتير المستحقة الدفع تحدد بدقة الخدمات المقدمة اعتبرت محكمة النقض أن عبء الإثبات قد تم عكسه استنادا إلى المادة 1353 (ق.م.ف)، وعلى مقدم الخدمة "Wizitivi" إثبات أنها كشركة تطوير تطبيقات الوسائط المتعددة قد نفذت فعليا الخدمة التي تطالب بدفع ثمنها.

كما ورد في حكم عن محكمة النقض في 2020²، طالبت فيه شركة بناء بدفع مبلغ مستحق على فاتورة، عارض المستهلك الطلب لأنه لم يتلقى أي عرض أسعار ولم يمنح الشركة موافقة حصولها على تمويل مقابل الخدمة من بنكه، كما اعترض على المبلغ المطالب به. نظرا لعدم وجود توقيع يسبقه عبارة موافق تبقى العروض غير قاطعة، رغم ذلك لم يصدر أي احتجاج عند استلام الفاتورة محل النزاع، وقد دفع المستهلك عمليا جزء منها بشيك تاركا الشركة تنفذ الأعمال المطلوبة.

اعتبر القضاء أن تقديم الفاتورة هو بداية إثبات بالكتابة طبقا للمادة 1147 السالف ذكرها، يجب تكملتها بعناصر خارجية، فلا يمكن طلب دفع ثمن الخدمة بناء على فاتورة دون التحقق من وجود بداية إثبات بالكتابة، في قضية الحال كان الشيك هو ضابط بداية إثبات بالكتابة، ووفقا للأحكام القضائية الحديثة، عندما يدفع المستهلك فاتورة مقابل خدمة لم يتم توقيع أي عرض أسعار بشأنها، فمن الممكن تفسير ذلك أنه مدين بفاتورة أخرى، تتعلق باستمرار تقديم الخدمة، وذلك عندما يتضح من الوثائق المقدمة أمام القضاء أن

¹ Cass, Civ, le 10 Mars 2021, N 19-14.888, Bull

² Cass, Civ, le 09 juillet 2020, n 19-16-371, Bull.

الخدمة محل النزاع قد تم تنفيذها بالفعل¹، وليس على المتدخل إثبات تأدية الخدمة لأن سبب الفاتورة قد تم تحديده.

ولا يستحق المتدخل الثمن إلا إذا طلب المستهلك صراحة أو قبل ضمناً وبشكل لا لبس فيه الخدمة؛ بينما لا يجوز للقاضي أن يتجاهل شروط النزاع المعروض عليه؛ ومناخ الثقة الذي نشأ بين المتدخل وأحد عملائه لا يمكن أن يبرر أن يكون طرف ثالث مسؤولاً عن فواتير الأعمال التي يرسلها له نفس المتدخل؛ ولا يمكن أن يشكل إصدار شيك لسداد ثمن تأدية الخدمة بدايةً لإثبات الديون المستحقة، حيث يجب أن تدعم بداية الإثبات الكتابي بعناصر خارجية تتعلق بواقع النزاع.

¹ Cass, Civ, le 29 octobre 2015, n 14-24-060, Bull.

خلاصة الفصل الأول:

بُنيت الدراسة في هذا الفصل على الأحكام التي نظمت قواعد دعاوى المستهلك الإجرائية في الإثبات، التي قررت الإجراءات القانونية الواجب إتباعها لتكون الدعوى منتجة، ومكنت المستهلك من التوازن النسبي الذي فقده في عقده مع المتدخل، ذلك التوازن الذي قد يكتمل إن استطاع المستهلك إثبات غش المتدخل وشروط العيب الخفي في المنتج التقليدي أو الإلكتروني، غير أن الضعف الموصوف به من بداية علاقته التعاقدية لا يزال معه حتى عند مطالبته بحقوقه أمام القضاء، غالبا سيكون حامل لعبء إثبات ليس باستطاعته حمله.

لذلك حاولت التشريعات نقل عبء الإثبات من على عاتقه إلى المتدخل أو تخفيفه، سواء فيما يتعلق بإثبات العيب الخفي وشروطه، أو في الالتزام بالتسليم المطابق الذي يعني الإخلال به قيام مسؤولية المتدخل إذا تمكن المستهلك من إثبات عدم مطابقة المنتج لما تم الاتفاق عليه، ولا تتوقف الإلتزامات الموجبة للضمان عند هذا الحد فقط، بل تمتد أيضا لخدمة ما بعد البيع كجزء من الضمان الواقع على عاتق المتدخل ويعاقب على مخالفته بإثبات المستهلك لالتزام المتدخل بهذه الخدمة.

أما في الطرق الممكنة للمستهلك لرفع دعواه، قد يتكئ على القضاء الجزائي الذي يكون عليه أمامه تقديم شكوى من أجل تحريك دعوى جزائية من صاحبة الاختصاص راعي المصلحة العامة النيابة العامة، ليتأسس المستهلك فيها كطرف مدني يكتفي بالمطالبة بالتعويض تخفيفا عن نفسه لعبء الإثبات، ويكون على النيابة العامة الادعاء بالاستدلالات اللازمة وعلى قاضي التحقيق التحقق من الاتهام بواسطة الوقائع المحالة أمامه.

وخلصنا إلى أن هذا الطريق رغم تخفيفه من أعباء المستهلك في الإثبات، يبقى ضيقا أمام تشبث الممارسة القضائية بأحكام القواعد العامة التي جاءت في القانون المدني وقانون العقوبات دون إعمال واسع لأحكام الخاصة التي جاء بها قانون حماية المستهلك وقمع الغش وكل ما صدر على إثره من تنظيمات.

لذلك قد يختار المستهلك طريق آخر، وهو رفع دعوى مدنية مستقلة بعد إخطار المتدخل بالعيب الخفي الموجود في المنتج بشروطه يكون له خيار الرجوع على

المتدخل إما بدعوى الرد المتوقعة على طلب المستهلك ولا تتم إلا باستجابة القاضي متى استوفى شروطه، وإما بدعوى التعويض إذا ما ارتضى إبقاء المبيع المعيب بحسب قواعد القانون المدني التي تسمح بتعديل العقد وإفادة المستهلك من إنقاص الثمن كتعويض عن الضرر الذي سببه المتدخل.

يكون له أيضا في الطريق ذاته، لكن في إطار القواعد الخاصة الواردة في قانون حماية المستهلك وتنظيماته، رفع دعوى التنفيذ العيني لأن الضمان من الالتزامات الجوهرية التي تترتب عن عقد الاستهلاك، وبتسليم المتدخل شهادة ضمان صلاحية المنتج، تثبت قرينة المطالبة بتنفيذ الضمان، ليطالب إما بإصلاح المنتج أو باستبداله أو إرجاع ثمنه. كما يكون للمستهلك بموجب نفس القانون رفع دعوى الفسخ، أو خيار العدول للرجوع عن العقد دون إبداء أي سبب وبدون مقابل وإبرادته المنفردة.

يأتي بعد إثبات دعاوى المستهلك، الفصل الإجرائي فيها، والذي يبدأ بالنظر في شروط قبول الدعوى من صفة المدعي المضرور أو من تتوفر فيه بموجب القانون والآجال القانونية لرفعها، إلى ضابط الاختصاص النوعي والإقليمي والدولي وما ينتج عنه من إشكالات عملية زادت اتساعا مع العقود الالكترونية.

توفر شروط قبول الدعوى، يعني وضعها تحت التقدير الإجرائي للقاضي، حيث تقدم وسائل الإثبات المتوفرة لدى الأطراف وكل ما يمكن الاستدلال به، وللقاضي المفاضلة بينها لتكوين قناعته بحسب أهميتها وصلتها بالمسألة محل النزاع وحجيتها في برهنة الوقائع المراد إثباتها. لأن دعاوى الاستهلاك يمكن الإثبات فيها بجميع الوسائل، وإن كان الواقع العملي جعل المستهلك وحتى الطرف الآخر يميلان إلى تغليب استخدام وسائل دون أخرى.

بل حتى الممارسة القضائية وفي إطار سلطتها التقديرية قد تضطر إلى إعمال القرائن المخففة لعبء الإثبات عن المستهلك، أو استخدام الخبرة أمام التعقيد التقني الذي طبع الكثير من المنتجات محل التعاقد الاستهلاكي، أما أدوات الإثبات الحديثة فقد حازت دائما على الحجية المطلقة يكون تقدير القاضي بشأنها غالبا محصور في البحث والتحقق عن مدى توفر شروطها.

تبين في هذا الفصل أن الاعتراف التشريعي بحق المستهلك في الحماية الإجرائية ليس كافيا وحده، طالما صعوبات إعمالها العملي الواقعي بحسب احتياجات المستهلك العالق في بداية الإجراءات هذا إن بدأ أساسا دون أن تنتهية التعقيدات الموضوعية من اللجوء إلى القضاء، لأن الحماية الإجرائية للمستهلك في إثبات حقوقه المنتهكة طال تأثيرها البعيد المدى مضمون الحماية ذاتها مادامت بعيدة عن المستهلك الذي لا يزال ضعيفا دون تحصين قضائي أو بأقل تقدير سبل تقربه إليه.

الفصل الثاني: الحماية الإجرائية للمستهلك في ظل العدالة البديلة

أكاديميا، ضمن إحصائية أجريت في مركز الأبحاث والتوثيق الفرنسي سنة 1991، اتضح أن 98% من الفرنسيين يعتقدون بأن الإجراءات القانونية تحتاج إلى وقت طويل، و94% منهم مقتنعين بأن الدعاوي القضائية عالية المصاريف وقد تكلفهم أعباء مالية هم في غنى عنها، و92% مؤمنين بأن لغة العدالة معقدة، لهذا كانت الطرق البديلة عن التقليدية هي الأداة الفعالة لحل المنازعات. إدراك الدول لمدى إسهامها في تخفيف الأعباء عن القضاء والمتنازعين على حد سواء مما يرمي مباشرة لصالح السير الحسن للعدالة، جعلها تتجه تدريجيا نحو تنظيمها تشريعا، لتحظى بنصرة تشريعية وأهمية أكاديمية ساعدت في تناميها واستمرارية تطورها وتوسعها برضا تام من معلميها بالمزايا الإجرائية التي قدمتها لهم. لدرجة أن الجامعة البريطانية أنشأت في إحدى كليات الحقوق مدرسة لتلك الوسائل يدرس فيها لمدة أربع سنوات كل ما يتعلق بالوساطة والتحكيم ومحاكمها. وفي الاتحاد الأوروبي كونت أول مجموعة قضاة للعمل من أجل الوساطة سنة 2003، مقرها محكمة النقض الفرنسية.

وهكذا انتشرت الطرق البديلة في الكثير من الدول المتقدمة والأنظمة القانونية، كنوع من القضاء الاتفاقي الودي يختاره الخصوم لتسوية منازعاتهم بعيدا عن القضاء العادي، يتم بتدخل طرف ثالث بصفة الشخص النزيه الحيادي والمستقل يقترح حولا عملية لتقريب وجهات النظر المختلفة وإعادة التوافق للعلاقات التعاقدية، قد لا يحتاج البعض من هذه الطرق البديلة كالوساطة لأصول محاكمات معقدة ولا لإجراءات شكلية بعيدة عمليا عن الشخص العادي، بل ميزتها أساسا في بساطتها التي قربت الحلول العملية للمتنازعين في إطار من السرية والجدية في آن واحد، حتى في ظل بقاءها تحت سلطة القضاء الذي غالبا ما يمنحها الصبغة الإلزامية، مازالت الطريق البديل الأنسب لحل نزاعات المستهلك واثبات حقوقه بأيسر الوسائل الموجودة بين يديه (المبحث الأول).

أما البعض الآخر من الخيارات البديلة كالتحكيم، يبدو للوهلة الأولى بنفس مستوى القضاء العادي من ناحية إجراءاته، كالاتفاق بشأن توكيل مهمة حل أي نزاع عقدي استهلاكي إليه ومدى صحة إعلان الاختصاص الموجه بعيدا عن القضاء نحو التحكيم والقدرة على اثباته إن صح بتدليل كافي قانوني وفق إجراءات أكثر دقة وتحت سلطة

المحكم وأوامر القاضي التنفيذي، لكن للوهلة الثانية يتضح أنه ليس بذلك التعقيد بل على قدر من الوضوح والتكيف مع حاجة المستهلك الماسة للتكافؤ في عقده مع المتدخل الذي اعتاد إدراجه كبند تحكيمي في أغلب العقود طبعاً بتسييسه لما يتوافق مع مصالحه، لكنه بقي وسيلة فعالة في تقليل النفقات وتوفير المرونة والسرية والحياد في اختيار المحكمين وإدارة إجراءات الإثبات بما يتلزم مع عقود الاستهلاك وأشكالها التقليدية أو الالكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: وساطة الاستهلاك

تشير بعض الإحصائيات الصادرة عن لجنة تقييم ومراقبة وساطة الاستهلاك CECMC إلى أن عدد حالات اللجوء إلى الوساطة شهد ارتفاعاً يفوق 60% بين عامي 2017 و 2020¹، ومع تلقي ما يقرب من 180.000 طلب وساطة سنة 2022 بقي نشاط وساطة الاستهلاك في مستوى مرتفع ومساو لسنة 2021، وبعد محاولة تسوية 91% من الطلبات المقبولة، نجحت 74% منها في الوصول إلى حل ودي يلائم الأطراف ويوفق بينهم، بينما لازالت عدد الحالات المنتهية لصالح المستهلك في تزايد ملحوظ². يعكس هذا مدى انتشار الوساطة وفعاليتها في منازعات الاستهلاك. بالتأكيد لم تبدأ حائزة لهذه الثقة والضمانات بل تدرجت في مختلف التشريعات من التردد إلى الاستقرار النسبي ثم الإلزام التشريعي والقضائي والتنظيمي (المطلب الأول).

استطاعت الوساطة مزاحمة التحكيم، وحقت نتائج جيدة في مجال عقود الاستهلاك، بتركيز كل طرف على مصالحه الأساسية، وسعي الجهة المسؤولة عن التسوية بحسب دورها في النزاع إلى تطبيق معيار لا خاسر في الوساطة لتحقيق نتيجة رابح-رابح، غير أن هذا لا يعني أن جميع النزاعات ستنتهي بنتيجة إيجابية، فقد يرفض أحد الطرفين التنازل أو قد يستحيل الاتفاق على نفس الشروط كما قد يعجز الطرف الضعيف في الإثبات أو حتى في الإجراءات البسيطة التي توصله بالوسيط (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الوساطة في منازعات الاستهلاك

تعاطي التشريعات مع إجراءات الوساطة في منازعات الاستهلاك اختلف بحسب الأنظمة المتبعة في صياغتها، حيث كانت دول القانون العام الأنجلو-أمريكية عامة سباقة إلى تبني الوساطة التقليدية كطريق بديل لحل نزاعات على سبيل الدفاع عن فكرة إدارة المنازعات دون الحاجة إلى رفع دعوى قضائية، فصار لدى المتقاضين آلية أساسية

¹ CECMC Rapport d'activité 2019-2021, Ce rapport est présenté en application de l'article R. 615-9 du code de la consommation aux termes duquel «La commission publie sur son site internet, tous les quatre ans, un rapport sur l'évolution et le fonctionnement des médiations de la consommation et le communique à la Commission européenne».

² Commission d'évaluation et de contrôle de la consommation, Communiqué de presse, médiateurs de la consommation ; une activité soutenue 2022, paris le 07/08/2023.

تفعيلها قد يبعده تماما عن إجراءات التقاضي العادية. أما دول القانون المدني ذات التشريعات اللاتينية لازالت في مرحلة التطوير والإقرار بحسب المجتمعات وتقبلها لهذا الطريق البديل (الفرع الأول).

السعي إلى تسوية النزاع من خلال الوساطة التقليدية ليس الشكل الوحيد الذي لاقى اهتماما وإقبالا من مختلف الجهات، بل عندما رُكبت في شكل الكتروني حظيت بوفادة واسعة، أوسع حتى من شكلها السابق، بفعالية تعدت أي نتائج قد حققت سابقا، فقط لما تغيرت أدواتها في كل مراحلها من الاتصال المبدئي بين طرفي النزاع إلى الاتفاق النهائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الوساطة التقليدية

في إطار التشجيع على التواصل الودي والتهدئة التي تقوي احتمالية التسوية المرضية للمستهلك والمتدخل المتعاقد معه، مثل المنازعات التي يواجهها مستهلك الخدمات المالية مع البنك أو شركة التأمين، التي عمل فيها المتدخل بذاته على تطوير حلول سريعة تمكنه من الابتعاد قدر الإمكان عن اللجوء إلى القضاء، حيث تبدي البنوك وشركات التأمين في البعض من تلك المنازعات استعداد لتقديم تنازلات كخيار أفضل، لأن صدور أحكام قضائية مكلفة ماليا أو احتمالية خسارة النزاع¹. ليس في مصلحتها الاقتصادية.

أهمية الوساطة بالنسبة لكل الأطراف جعلها تأخذ صيغة الإلزام في تشريعات كثيرة (أولا)، والنظر إليها على أنها حق للمستهلك يجب حمايته بالتأكيد عليه وتعزيزه ببعض الالتزامات الملقة على الطرف الآخر المقابل في البعض الآخر من التشريعات (ثانيا).

أولا: الوساطة على مستوى التشريعات الأنجلوأمريكية

بقانون إصلاح العدالة المدنية في أمريكا The civil justice reform of 1990 صارت المحاكم المحلية الاتحادية تنظر في المنازعات من خلال الطريق البديل الذي ترعاه المحكمة بشكل متزايد، إلى الحد الذي ثار معه التساؤل حول إلزامية الوساطة. خاصة وأن قانون 1998 المتعلق بتسوية المنازعات بالطرق البديلة، أعطى المحاكم

¹ Eric-Bertrand. Nemadeu Djuitchoko, Le traitement du contentieux bancaire, Thèse doctorat, droit privé, l'université Saint-Etienne, France, 2011, p185.

المحلية الاتحادية سلطة تنفيذ البرامج البديلة لتسوية المنازعات متطلبا تقديم على الأقل شكل واحد من الحلول البديلة للمنازعات، والبت فيها، وفق قانون الوساطة الموحد Act the Uniform Mediation الذي يشجع على أعمال الوساطة وتوحيدها بمنح امتيازات للمشاركين فيها بالإضافة إلى السرية والنزاهة.

نتيجة لذلك اعتمدت محاكم الولايات المتحدة الوساطة بشكل كبير فقد أمرت على سبيل الإلزام بالبرامج البديلة لحل المنازعات قبل بدأ عملية التقاضي، وتعهدت بدعم ذلك على الأقل 1500 شركة قانونية منها 400 في الولايات المتحدة. رغم ما يعنيه هذا من إجبار الأطراف على الوساطة، كانت الوساطة الاتفاقية أقل اختيارا بكثير.

أما في التشريع الإنجليزي، لطالما كان القضاء هو آخر الخيارات لحل المنازعات، وأولها قبل وأثناء الحسم في النزاع هو الطرق البديلة كالوساطة التي تعتبر شبه إلزامية. إذ عادة ما يقترح القضاء أو يوجهون الأطراف بموجب أمر إلى حل النزاع بالطرق البديلة بدل اللجوء مباشرة إلى الدعوى القضائية، بل بموجب قانون 1999 المتعلق بالإجراءات المدنية الإنجليزي في المادة 4-1 و 26-4 منه، خول المحاكم سلطة معاقبة أي متقاضي لم يعمل الوساطة¹، بفرض دفع بعض أو كل المصاريف القضائية.

سلطة المحاكم في إقامة نظام وساطة إلزامي رفضتها محكمة الاستئناف في عام 2004²، حيث قضت أن فرض الوساطة بطريقة غير مباشرة من خلال توقيع جزاء مالي على من رفض اللجوء إليها، يعتبر انتهاكا للحق الأساسي في الوصول إلى المحاكم وممارسة الحق في التقاضي، يبقى على المحكمة أداء دورها في تشجيع الأطراف على اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاع، وليس الإجبار.

ثانيا: الوساطة على مستوى التشريعات اللاتينية

استخدمت التشريعات اللاتينية الوساطة في منازعات المستهلك نتيجة لتزايد عدد المنازعات العابرة للحدود، حيث صدر لتنظيمها توصيتان عن المفوضية الأوروبية في عام 1998 ثم في سنة 2001، كما أصدرت مدونة سلوك للوسطاء عام 2004 لضمان

¹ **Jacqueline-Nolan. Haley**, Judicial Review of Mediated Settlement Agreements, Improving Mediation with Consent, *MEDIATION IN ENGLAND*, Arbitration Law Review, Article 09, Vol 05, 2013, P 158.

² CA, Civ , 11 may 2004, EWCA Civ 576.

فعالية الوساطة في الدول الأوروبية، التي اعتمدت أيضا التوجيه 2008/52/CE¹ الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي في 21 ماي 2008، المتعلق ببعض جوانب الوساطة في المسائل المدنية والتجارية، وتيسير الوصول إلى حلول للمنازعات بالطرق البديلة وتعزيزها. والتوجيه الأوروبي رقم 2013/11/EU المؤرخ في 21 ماي 2013، المتعلق بتسوية نزاعات المستهلكين خارج القضاء².

كان تكريس الوساطة على مستوى الاتحاد الأوروبي محافظ نوعا ما على إبقاءها كآلية مرنة، حيث اعتبرت التوجيهات الصادرة عنه بشأنها اتفاقا بحد ذاته على الحد الأدنى من التناغم، مما يتيح لكل دولة عضو هامش كبير من حرية التصرف في اختيار خصائص جهات الوساطة، وطبيعتها العملية سواء إلزامية أو طوعية، مجانية أو مدفوعة.

تبنت القوانين الداخلية للدول الأعضاء الأوروبية هذا التوجيهات لتنفيذ منسق للحل الودي المنظم بموجبها، تجسيدا للتنسيق شجع المشرع الفرنسي على نطاق واسع التسوية الودية للمنازعات، بجعلها إجراء إجباري يسبق أي إجراء قضائي يخص المنازعات التي تقل عن قيمة خمسة آلاف 5000 يورو³، باستثناء النزاعات المتعلقة بالفروض الاستهلاكية والعقارية تعتبر وساطة الاستهلاك إجراء إلزامي قبل اللجوء إلى القضاء.

اعتمد مشرع الاستهلاك الفرنسي الوساطة في مادته 1-612.L، كحق مكفول لكافة المستهلكين يجب إعلامهم به، بشروط تلائم المنازعات الخاصة بهم مع تسهيل الوصول إليها ومجانيتها، يجب تطبيقها على النزاعات التعاقدية التي تنشأ بين المستهلك والتاجر حول تنفيذ عقد البيع أو تقديم الخدمة الاقتصادية، لهذا أكد قانون MURCEF⁴ الصادر في 11 ديسمبر 2001، على إنشاء نظام وساطة مصرفية لضرورته وأهميته في تحسين العلاقات بين البنوك وزبائنهم.

¹ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

² DIRECTIVE 2013/11/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE), no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE

³ Rapport la médiation bancaire et de L'assurance, comité consultatif secteur financier, 2021, p 03.

⁴ Mesures urgents de réformes à caractère économique et financier

ولأن قانون MURCEF اكتفى بتنظيم بعض العمليات المصرفية المتعلقة بإدارة الودائع وحساباتها، مددت الوساطة إلى مجالات أخرى بموجب قانون Chatel رقم 03-2008، الصادر بتاريخ 03 يناير 2008 المرتبط بتطوير المنافسة في خدمة المستهلك، لتشمل كافة العمليات المتعلقة بتنفيذ العقد المصرفي¹، والمنصوص عليها في نص المادة 311-01 من القانون النقدي والمالي الفرنسي.

لتأكد ذلك المادة 316-01 من القانون النقدي والمالي الفرنسي، في إشارة واضحة إلى حق المستهلك في اللجوء إلى الوساطة، حسب شرط قانون المستهلك في المادة 612-01 إلى 612-05، استمرت التشريعات في تطوير نظام الوساطة وتشجيع اللجوء إليها، نظرا لما حققته من نتائج مهمة في تسوية المنازعات في مجال البنوك والتأمينات. ولتحسين إجراءات الوساطة خاصة المصرفية والتأمينية بحسب طلب وزير الاقتصاد والمالية والإنعاش الفرنسي Bruno Le Maire، بعدما أثرت بعض الصعوبات على فعاليتها في تسوية المنازعات. تم النظر في القانون المنظم للوسطاء وإصدار توصيات بخصوصه² في اجتماع لجنة عمل في 22 جوان 2021 مكونة من أعضاء اللجنة الاستشارية للقطاع المالي CCSF، ووسطاء البنوك والتأمين، ولجنة تقييم وساطة المستهلك والرقابة CECMC، وهيئة الرقابة الاحترازية والقرار ACPR، والمديرية العامة للخزينة.

عززت تلك التوصيات استقلالية الوسطاء وحيادهم والعدل بين المهنيين والمستهلكين، متطلبة فيهم الخبرة في المجالين الاقتصادي والقانوني، وأوصت بوضع ميثاق الأخلاق الإلزامية لكافة الوسطاء.

وبالشأن الإجرائي، ألزمت المستهلك باللجوء إلى الوساطة قبل القضاء، بإقرار صريح في حكم تفسيري لمحكمة العدل الأوروبية صدر في 2017، منح الدول الأعضاء صلاحية جعل الوساطة في منازعات الاستهلاك إلزامية قبل اللجوء إلى القضاء³.

¹ Eric Bertrand Nemadeu Djuitchoko, op, cit, p187.

² comité consultatif secteur financier, Les recommandations du CCSF sur la médiation bancaire et de l'assurance, Communiqué de presse, le 01 juillet 2021.

³ Rapport la médiation bancaire et de L'assurance, op, cit, p 09.

أكد ذلك القانون رقم 1547-2016، المتعلق بتحديث عدالة القرن الحادي والعشرين، المعدل بالقانون رقم 12022-2018¹ الصادر في 23 مارس 2019 المتعلق ببرمجة وإصلاح نظام العدالة الذي ألزم أطراف المنازعات المدنية والتجارية، باللجوء إلى طريقة بديلة لتسوية المنازعات خاصة إذا لم يتجاوز النزاع قيمة خمسة آلاف 5000 يورو.

في ذات الشأن أوصت المفوضية الأوروبية عام 2011، شبكة تعاون الدول الأعضاء في المنطقة الاقتصادية الأوروبية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالخدمات المالية خارج القضاء Financial Dispute Resolution Network، بمبادئ أساسية على الوسيط احترامها لمساعدة المستهلكين على حل نزاعاتهم مع المهنيين في غير بلدانهم الأصلي².

وقد دفعت الأزمة التي سببها فيروس كورونا السلطة في فرنسا إلى تشجيع تفعيل الوساطة كأفضل طريق لحل المنازعات، حيث عرفت سنة 2020 وساطة التأمين LMA المجانية للمؤمن لهم زيادة مقدرة بنسبة 18%، وبعد تمديدها لتشمل المهنيين والتجار الحرفيين والشركات المتوسطة والصغيرة، بلغت الإحالات التي وصل إليها فريق وساطة التأمين سنة 2021، 20000 حالة³.

اقتنع المشرع الجزائري بضرورة إعادة إحياء الحوار والرابط الاجتماعي حتى لو لم يؤدي في جميع الحالات إلى إبرام اتفاق، قد يكون كافيا أن يسمح بعرض نزاعات مُهدئة على القاضي، أقر المشرع بالإلزامية تقديم الطرق البديلة في المجال التجاري وتعزيزها خاصة في المجال الاقتصادي، من خلال ما أشار إليه القانون 13-22⁴، في المادة 534 بنصها "يجب على رئيس القسم التجاري عرض النزاع مسبقا على الوساطة".

¹ Ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

² Recommandation 2001/310/CE du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux rganes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation JO 19 avril 2001.

³ Corinne DROMER Présidente du Conseil d'Administration de la Médiation de l'Assurance Présidente du Comité consultatif du secteur financier (CCSF), la médiation de l'assurance, rapport d'activité 2020, p 04.

⁴ القانون رقم 13-22، المؤرخ في 12 جويلية 2022، المعدل والمتمم للقانون 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 48، الصادرة بتاريخ 2022/07/17.

وأكدت الفقرة الثانية من نفس المادة أن هذه الوساطة لا تستلزم قبول الأطراف، بعكس أحكام المادة 994 من نفس القانون، التي تعلق الوساطة على قبول الخصوم بها، بتعبيرها "...إذا قبل الخصوم هذا الإجراء، يعين وسيطا...". وطبقا للمادة 535 (ق.إ.م.إ) يبقى الفصل فيها لسلطة القاضي حسب قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون التجاري والقوانين الخاصة.

الفرع الثاني: الوساطة الإلكترونية

مقابل التوجه المتزايد نحو تسوية النزاعات بالأساليب البديلة غير القضائية، التي تبنت بدورها فوائد تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في إدارة العدالة وإجراءات تسوية النزاعات، مما وفر خيارات عديدة لأطراف النزاع وعمليات مبسطة، جمعت بين كفاءة أساليب حل النزاعات البديلة التقليدية ومزايا التكنولوجيا.

حيث كشفت وفي وقت مبكر تجارب الوساطة الإلكترونية، تنفيذ العديد من مشاريعها، كمشروع الوسيط الإلكتروني عبر الإنترنت لعام 1996 باعتباره برنامج تجريبي لتسوية النزاعات عبر الإنترنت 1996. ومشروع المحكمة الإلكترونية بجامعة مونتريال الذي أصبح شركة e-Resolution، لتقديم خدمات تجارية والوساطة الإلكترونية. وأيضا Square Trade التي استحوذت على مشروع الوساطة في eBay.

بعد ذلك، بدأ تقديم خدمات الوساطة الإلكترونية للمستهلكين، وقد كان أنذاك e-Resolution و Internet Neutral و Online Resolution من مزودي خدمات الوساطة الإلكترونية الأوائل الذين تعاملوا مع نزاعات الشركات والمستهلكين. لتنتشر بعدها في العالم كله، شاملة أكثر من 120 دولة ولغات مختلفة.

بدأت الوساطة الإلكترونية وتسوية النزاعات بمقدمي الخدمات المؤسستين وليس الوسطاء الأفراد لأسباب متعددة، منها امتلاك مقدمي خدمات الوساطة نماذج عمل وقوائم وسطاء بحيث يشغل موقع الشركة دور استلام النزاع والرسوم وتعيين الوسطاء من تلك القوائم، مثل OnlineResolution التي كان لديها قائمة تضم 600 وسيط ومحكم، ولدى Square Trade قائمة بحوالي 300 وسيط. وأيضا بسبب قدرة مقدمي الخدمات هؤلاء وخبرتهم في إدارة النزاع كاملا. إلى عام 2005 كانت الوساطة الإلكترونية

محصورة عليهم بحسب دراسة Conley Tyler's. غير أن ذلك تغير نحو تقديم الوساطة الالكترونية من طرف أفراد في جميع المجالات.

تجدر الإشارة إلى أن الوساطة الإلكترونية ليست دائما الخيار الأول والأفضل كما هو الحال في الوساطة التقليدية التي عادة ما تؤدي صعوبات التفاوض والتسوية إلى انهيار محاولتها في حسم النزاع وهو أمر مفترض فيها. هذا ينظر إليه في الوساطة الالكترونية على أنه من سلبيات المسافة وعدم خبرة الأطراف بكيفيات الاتصال ببعضهم، وحتى قيمة النزاع المنخفضة¹.

يقدم المزودون الوساطة الالكترونية آليا كأساس إجرائي أولي للتفاوض دون إشراك طرف ثالث في النزاع، لكنهم في ذات الوقت يدركون أن العديد من النزاعات تفشل في الوصول إلى حل، لذلك من الأفضل توفير وسيط إلكتروني حي، فيبدأ هؤلاء بتقديم الوساطة الإلكترونية بحسبها إجراء إضافي بعد فشل الإجراء الأساسي للتفاوض. مثل موقع eBay وبنك PayPal تتضمن إجراءات تسوية نزاعاتهم التي لم تنجح في الوصول إلى تسوية من خلال الإجراءات الآلية، وساطة حية إلكترونية كإجراء احتياطي.

أما الوساطة الإلكترونية في إطار تطبيق التنظيم الأوروبي 2013-524 للبرلمان والمجلس الأوروبي المتعلق بتسوية نزاعات المستهلك خارج القضاء، بدأت بإنشاء منصة أوروبية عام 2016 لتسهيل الحلول الودية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية ضمت 416 جهة أوروبية معتمدة، شملت منازعات المستهلك سواء الوطنية أو الدولية الناتجة عن عقود بيع المنتجات، من أجل تنظيمها وحلها تم وضع أرضية إلكترونية la plate forme RLL، تديرها اللجنة، في شكل شبك بين المستهلك والمهني يسهل التوصل إلى الهيئة المختصة لحل النزاع وأيضا التواصل فيما بينهما، من خلال قيام المستهلك بالاتصال بالأرضية، بعدها يتم تعيين الوسيط والسير في باقي إجراءات الوساطة كلها من ملئ الاستمارة الالكترونية إلى تسوية النزاع عبر الانترنت.

أنشأت هذه المنصة بالتوازي مع تبني الاتحاد الأوروبي لنظام الوساطة، خصصت لحل النزاعات الناشئة عن عقود الاستهلاك عبر الانترنت، حيث يمكن لأي مستهلك

¹ Frank E. A. Sander, Lukasz. Rozdeiczer, Matching cases and Dispute Resolution Procedures : Detailed analysis leading to a mediation centered Approach, harvard negotiation law review, vol 11, 2006. P 3.

اللجوء إلى المنصة بغض النظر عن موقع التاجر في الاتحاد الأوروبي، بإتاحة قائمة بالوسطاء المعتمدين في مختلف الدول الأعضاء

لهذه الأسباب التي يبدو فيها المرونة والسهولة في الإجراءات وتقريبها إلى المستهلك، اهتمت الدول خاصة الأوروبية بالوساطة الإلكترونية لتسوية منازعات الاستهلاك المترتبة عن عقودها الإلكترونية. بل أكثر من ذلك، حيث ألزمت التشريعات منها الفرنسي بموجب الأمر رقم 1033-2015 المتعلق بالتسوية غير القضائية لمنازعات الاستهلاك، والمرسوم رقم 1082-2015 المتعلق بالوساطة في منازعات الاستهلاك السابق ذكره، المهني باقتراح الوساطة على وللمستهلك رفضه أو قبوله.

في حالة قبول المستهلك لاقتراح المهني بشأن نزاع الاستهلاك العابر للحدود، يختص المركز الأوروبي للمستهلكين المدعم من طرف اللجنة الأوروبية ووزارة الاقتصاد والصناعة والرقمنة، الذي كان له دور كبير في حل نزاعات المستهلك الفرنسي في علاقاته العابرة للحدود مع المهني من دولة عضو في الإتحاد الأوروبي.

تم إيجاد نقطة اتصال لحل منازعات الاستهلاك عبر الأنترنت ODR في كل دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، دورها الإجابة على الأسئلة الفنية المتعلقة باستخدام المنصة كأن تشرح المستهلك وأحيانا حتى للمتدخل الإجراءات وتوجه المستهلك إلى الجهة المختصة إذا لم تتجح الإجراءات، وتوضح للمتدخل التزاماته بشأن الوساطة.

ساعدت نقطة الاتصال في تقديم الدعم لمنصة RLL من خلال توجيه الوسطاء المعتمدين في إنشاء الحسابات وإدارة الملفات والتنقل في واجهة المستخدم وحل أي مشكلة تقنية أثناء استخدام المنصة، لذلك تم في سنة 2020 تعيين المركز الأوروبي للاستهلاك نقطة اتصال فرنسية لمنصة RLL.

في نفس السنة تلقت نقطة الاتصال 3450 طلب حصول على توضيحات ومعلومات، تعلق 87% بالمستهلكين في نزاعات مع شركات طيران والخدمات المصرفية والخدمات الفندقية. قدمت طلبات المستهلكين التي احتاجوا فيها إلى المشورة أو الاتصال بخدمة العملاء الخاصة بالمتدخل عبر البريد الإلكتروني أو الهاتف¹.

¹ Camille Bertrand, la plateforme européenne de résolution en ligne des litiges (RLL), Rapport d'activité de la CECMC, 2019-2021, P 15.

نشرت لجنة تقييم ومراقبة وساطة الاستهلاك (CECMC) في 17 أكتوبر 2023 اقتراح يشكل أول مراجعة لتوجيه EU/2013/11 الصادر في 21 ماي 2013، الذي سعى إلى إنشاء إطار موحد لتسوية النزاعات الاستهلاكية وديا (RELC) في جميع القطاعات الاقتصادية في دول الاتحاد الأوروبي، وضع توصية تهدف إلى تشجيع منصات التجارة الإلكترونية على اعتماد معايير الجودة في إجراءات حل النزاعات. وتمديد إجراءات الوساطة على مرحلة تكوين العقد وما تشتمله من التزامات كالالتزام بالإعلام تماما مثل ما ارتبطت بمنازعات التنفيذ ورفض التسليم.

المطلب الثاني: إجراءات الإثبات في الوساطة

بعيدا عن التقاضي، ومن خلال إجراءات سرية بسيطة يسعى من خلالها طرف ثالث محايد إلى التسوية وتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، رغم التخفيف المكثف لتلك الإجراءات، لا يمكن أن تتجح وتنتقل من المراحل الأولى إلى المراحل المتقدمة دون أن يقوم كل طرف في القضية بدوره الإجرائي التقليدي أو الإلكتروني من أطراف النزاع والقاضي والوسيط (الفرع الأول).

بإجراءات أولية صائبة تنعقد جلسات الوساطة ويجتمع الوسيط بالأطراف لمناقشة موضوع النزاع والطلبات، يكون للوسيط من أجل تحقيق الغاية من عرض النزاع أمامه بعض الصلاحيات لسماع الأطراف مجتمعين أو منفردين على سبيل إثبات الحجج وبرهنة ما تم تقديمه من ادعاءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إجراءات الوساطة لتسوية منازعات الاستهلاك

إجراءات الوساطة تميز بين ما يقع على عاتق القاضي القيام بها، والإجراءات التي يقع على الوسيط أدائها في إطار المهمة المسندة إليه (أولا)، العملية ذاتها قد تختلف إجراءاتها في الجانب الإلكتروني منها لاختلاف الأداة التي تتم بواسطتها (ثانيا)

أولا: إجراءات الوساطة العادية

لبدأ سير الأطراف في طريق الوساطة لحل النزاع الحال بينهم، لابد من قيام القاضي بواجباته في عرض وتعيين الوسيط والحصول على الموافقة من جميع الأطراف كمرحلة أولى، تليها المرحلة الثانية التي لا تقل أهمية عن سابقتها وهي دور الوسيط في الإجراءات.

1: دور القاضي في إجراءات الوساطة

كمبدأ عام طبقا لأحكام المادة 944 (ق.إ.م.إ.)، على القاضي وجوبا دون أي سلطة تقديرية عرض إجراءات الوساطة على الأطراف في كافة نزاعاتهم باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه المساس بالنظام العام. بناءا على عرض القاضي، يكون للأطراف خيار اللجوء بإرادتهم الحرة إلى تسوية النزاع بطريق الوساطة أو تجاهلها إلى إجراءات التقاضي مباشرة.

عمليا لم يحدد المشرع الجزائري ما إذا كان يتطلب إجراء الوساطة كتابة أم يكفي ويصح إجراءها شفاهة، ومدى كفاية مقالات الدفاع الراضية لها في عريضة افتتاح الدعوى أمام القاضي.

أما في الفرض الذي يقبل فيه الأطراف إخضاع نزاعهم إلى وساطة، يعين القاضي وسيط لسماعهم ومعرفة نقاط الاختلاف كمحاولة للتسوية بتمكينهم من إيجاد حل للنزاع، هذا طبقا لما جاء في أحكام المادة 944 فقرة 2 (ق.إ.م.إ.ج) التي تقابلها المادة 131-1 (ق.إ.م.ف).

يمكن للقاضي أيضا إذا كان النزاع قابل للتجزئة وكان الأطراف مستعدين للاتفاق حول شق معين فيه، أن يعين وسيط مهمته التسوية بين الأطراف في ذلك الشق فقط، أما ما تبقى من النزاع فيتبع بشأنه إجراءات التقاضي العادية، كأن يسوى شق من نزاع بشأن استعادة العين المؤجرة مع بدل الإيجار المتأخر عن طريق الوساطة والشق الآخر عن طريق القضاء العادي، إذ لا يشترط استغراق الوساطة كل النزاع.

على القاضي عند تعيين الوسيط الإشارة إلى المدة القانونية التي يجب أن يتم فيها مهمته التي تقدر غالبا في حدود ثلاثة أشهر يمكن تجديدها مرة واحدة بنفس المدة عند الضرورة وبموافقة الأطراف، كما عليه تعيين تاريخ إعادة القضية إلى الجلسة طبقا للمادة 999 (ق.إ.م.إ.ج).

إصدار القاضي لأمر تعيين وسيط، يتبعه تبليغ الأطراف والوسيط من طرف أمين الضبط، حسب أحكام المادة 1000 (ق.إ.م.إ.ج)، بمجرد وصول التبليغ تبدأ مرحلة أخرى من الوساطة على الوسيط تحملها.

2: دور الوسيط في إجراءات الوساطة

بمجرد وصول تبليغ أمر التعيين إلى علم الوسيط المعني، ودون أي تأخير يخطر القاضي بقبول مهمة الوساطة الموكلة إليه، وأمام عدم توضيح المشرع لشكلية الإخطار بقبول المهمة أو حتى رفضها، يبقى الافتراض الواقعي العملي، إعلان القبول للقاضي بمراسلة كتابية يبين فيها المحكمة المختصة، والأطراف المتنازعة، بإبداء الاستعداد لإجراء الوساطة مع توقيع وختم الوسيط.

ثم يشرع الوسيط في مهمته، باستدعاء أطراف النزاع أو موكلهم إلى عقد أول جلسة وساطة، وتحديد مكانها وتاريخها، الذي تبدأ منها المدة المحددة لإجراء الوساطة الوارد أحكامها في المادتين 999 و 996 (ق.إ.م.إ.ج)، عندما يجتمع الوسيط مع الأطراف في الجلسة يتداول الموضوع محل النزاع وتوضيحات تمكنه من تقريب وجهات النظر المختلفة في كامل النزاع أو الشق الذي كلف فيه بمهمة الوساطة.

تتم جلسات الوساطة بسرية تامة، حيث يكون على الوسيط حفظ السر اتجاه الغير دون أن يكون له إعلان ما تم داخل الجلسة هذا وبحسب المادة 1005 (ق.إ.م.إ.ج) ليس للعامة حضور جلسات الوساطة كما تبقى تصريحات الأطراف سرية ولا يحتج بها أمام قضاء الموضوع، حتى في حالة فشل الوساطة يعود النظر في النزاع أمام القضاء من البداية.

في حال تمت تسوية النزاع أو لم تتم، تنتهي مهمة الوسيط بإرسال تقرير إلى القاضي متضمن اتفاق التسوية أو عدم التوصل إلى التسوية موقع من أطراف النزاع. بذلك ترجع القضية أمام قاضي الموضوع، الذي يصادق على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل للطعن. كما نصت المادة 1566 (ق.إ.م.ف) على أن القاضي يبت في اتفاق الوساطة دون مناقشة أو تعديل شروطه، له أن يمارس سلطته فقط في قبول الاتفاق أو رفضه إذا كان ماسا بالنظام العام، أو إذا غير موقع من الأطراف أو تعدي الوسيط لحدود مهمته. في هذه الحالة الأخيرة يمكن طبقا للفقرة الثالثة من نفس المادة استئناف قرار القاضي الراض للاتفاق بإعلان أمام محكمة الاستئناف لمنح قابلية النفاذ للاتفاق دون التشكيك في مضمونه.

أما بالنسبة لما يتعلق بالوساطة الاتفاقية تنص المادة 2-612.L من قانون الاستهلاك الفرنسي، على عدم جواز النظر في طلب الوساطة إذا لم يكن مؤسساً أو كان مسيئاً بشكل واضح، هذا جاء تطبيقاً لحكم المادة 5-4 من التوجيه 11/2013/EU، ووفقاً لنفس المادة من قانون الاستهلاك الفرنسي لا يكون الطلب مقبولاً إذا تم النظر في النزاع سابقاً أو كان قيد النظر أمام وسيط آخر أو القضاء.

ولا يجوز في هذا النوع من الوساطة فرض شروط أخرى على المستهلك، فلا يمكن أن يطلب من المستهلك التحقق من اكتمال ملفه لقبول طلبه، بل يقع على الوسيط وحده تقييم ما إذا كان الملف كاملاً أم لا، وفي حالة عدم اكتماله تطلب المستندات الإضافية من المستهلك مباشرة، تشمل وثيقة إثبات الشكوى المقدمة مسبقاً إلى المتدخل، وأي مستندات أخرى وثيقة الصلة بالنزاع.

ثانياً: إجراءات الوساطة الإلكترونية

تبدأ الوساطة الإلكترونية بملى الطلب المخصص لها الموجود كنموذج على موقع هيئة الوساطة والمعد من قبلها، وبعد قبول الطرف الآخر بها، وموافقة الطرفين على الوسيط المقترح من طرف هيئة الوساطة تنعقد الجلسات على موقعها الإلكتروني عن طريق غرفة المحادثة لسماع الطرفين، وتنتهي الإجراءات باتفاق تسوية نهائية يرسل إلى الهيئة، سواء في حال نجحت الوساطة في التسوية بين الطرفين أو فشلت.

1: تقديم طلب الوساطة الكترونياً

للسير في إجراءات الوساطة يستلزم بداية¹، ملئ نموذج مخصص لذلك على موقع الهيئة الإلكتروني، والمتضمن بيانات الهوية الشخصية للمدعى طالب الوسيط من بينها اسمه وبريده الإلكتروني وبيانات الطرف الآخر المدعى عليه، وتفاصيل المسألة محل النزاع ذات الصلة.

بالنظر لبعض المنصات كـ Square trade التي يلجأ إليها غالباً زبائن موقع eBay راعي المنصة الأساسي، يلاحظ أن إجراءات تقديم الطلب تختلف حسب الطرف المدعى، لأنها تميز بين البائع المتدخل أو المشتري المستهلك.

¹ Murad Al –Tarawneh, MEDIATION IN ELECTRONIC DISPUTE, Global Journal of Politics and Law Research, European Centre for Research, Training and Development (ECRTD), United Kingdom, Vol.7, N 6, 2019, p 76.

تجدر الإشارة هنا إلى أن توجيه عام 2013، 2013/11/UE مكن المستهلك من رفع الطلب أمام الوسيط عبر الأنترنت، لكنه اشترط عدم أتمتة كل إجراءات الوساطة، إذ يجب أن تتضمن تدخلا مباشرا وشخصيا من الوسيط كشخص طبيعي حي خاصة في المسائل المتعلقة بقبول طلبات الوساطة واقتراح الحلول للنزاعات كما يجب حتى في حالة تفويض بعض المهام لمشاركين معه، تحمل الوسيط المسؤولية كاملة.

كما تضمن الدول الأعضاء حسب المادة 5 من نفس التوجيه أن يبلغ المتدخل الموجود على أراضيها من قبل منصة RLL للحصول على قبولهم المشاركة في إجراءات الوساطة وعليهم الرد في غضون فترة زمنية لا تتجاوز 20 يوم عمل.

تقوم هيئة الوساطة بدراسة الطلب وتأكيده يكون بإخطار يرسل لطالب الوساطة متضمن قبول الوسيط. ثم تبلغ الطرف الآخر المدعى عليه، الذي يسأل عن قبوله أو رفضه في تسوية النزاع من خلال الوساطة الالكترونية، في الحالة الأولى تبدأ عملية الوساطة، وفي الحالة الثانية تنتهي إجراءات الوساطة بإبلاغ الطالب باستحالة الوساطة الإلكترونية.

وفي الفرض الذي يقدم فيه كلا الطرفين طلب الوساطة، يرسل مزود الخدمة عبر البريد الالكتروني تأكيدا إلى طرفي النزاع متضمنا إخطار باستلام طلب الوساطة وتاريخ بداية جلسات الوساطة والرمز السري لدخول قاعدة الوساطة الالكترونية، هذا طبقا لأحكام المادة 4 من قانون الأونسيترال النموذجي التجاري الدولي.

لاختيار الوسيط، يمنح بعض مزودي خدمات الوساطة الالكترونية إمكانية اختياره من قائمة أسماء موجودة على الموقع، والبعض الآخر يسأل المدعى عليه عن مدى قبوله استعمال الخدمة، إذا توجهت إرادته نحو القبول، يعين الوسيط من طرف الأمانة العامة بالاعتماد على طبيعة النزاع وكفاءة الوسيط وخبرته، مع إرسال رمز الدخول لقاعة الجلسات عبر البريد الالكتروني لتبدأ الإجراءات التالية للوساطة بعد تحديد ودفع رسوم الخدمة التي تقدر غالبا حسب قيمة المبلغ المتنازع عليه والمركز أو الهيئة أيضا، حيث تختلف من مركز إلى آخر، فقد تخفض أو تعفي منها أو يؤديها المتدخل البائع لاحقا إلى هيئة الوساطة وهي طريقة تبنتها Sony لبيع الأجهزة الالكترونية، التي تعفي المستهلك المتنازع معها من رسوم الوساطة.

2: جلسات الوساطة الإلكترونية

في هذه المرحلة، يبحث الوسيط في المسائل محل الخلاف ويناقشها ليعرف مدى قابليتها للتقارب والتسوية، يكون ذلك في الجلسات المنعقدة عن طريق البريد الإلكتروني e-mail أو قاعة الاجتماعات الإلكترونية، أو الرسائل، يبدى كل طرف برأيه ونظرته للنزاع والحل الذي يبتغي الوصول إليه وكافة المعلومات المتعلقة بموضوع النزاع والمكملة له كالبيانات المالية أمام الوسيط، إضافة إلى ما يوجد بين يديهم من تقارير ومستندات.

يخزن كل البيانات المتعلقة بالقضية في ملفات خاصة محمية بكلمة سر، هذا ولدى Square trade محرك اتصالات متقدم دوره تذكير الأطراف المشاركة في الوساطة بجدول الجلسات التي يتواصلون من خلالها مع الوسيط لتقديم طلباتهم أو تعديلها. في النهاية إذا تساوت إرادة الأطراف واتفقت على نتيجة مقبولة للأطراف، يعد الوسيط الإلكتروني اتفاق التسوية ويرسله إلى الأطراف للتوقيع عليه بذلك يصبح نهائي ملزم لهما غير قابل للطعن فيه، هذا طبقا لقانون الاونيسترال المتعلق بالتوفيق التجاري الدولي، وتتضمن التشريعات الوطنية آليات تنفيذ اتفاقيات التسوية أو تحيلها لأحكام تنظم طريقة تنفيذها ومنحها صيغة تنفيذية.

وإذا فشلت مساعي الوساطة في التسوية، تنتهي مهمة الوسيط بعد محاولاته في مساعدة الأطراف على تبين طرق مختلفة ممكنة للحل للنزاع، دون أن تكون له أي سلطة في حسم النزاع بالإيجاب أو بالسلب. قد يقرر الأطراف بعد ذلك اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني عند عدم تحقيق الوساطة لأي نتيجة منهي للنزاع.

الفرع الثاني: الإثبات أمام الوسيط

إن البحث عن طرق الإثبات أمام الوسيط في مختلف التنظيمات والتشريعات لعل أهمها الأونيسترال المتعلق بالوساطة، وضعنا في كل مرة أمام قاعدتين هامتين ولعل الثانية تبعت الأولى كنتيجة، حيث لا يجوز للوسيط ولا حتى الطرفين التمسك بما يأتي على سبيل الإثبات في الإجراءات القضائية أو التحكيمية، كالآراء المعبر عنها من أحد الطرفين، أو الاقتراحات المقدمة لتسوية النزاع، أو أي إقرار يدلي به أحد الطرفين أثناء الوساطة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. هذا بالاستناد على خاصية هامة قامت

عليها الوساطة وهي السرية التي تحتم على الأطراف والوسيط على حد سواء الامتناع عن اطلاع أطراف أخرى عن ما تضمنته جلسات الوساطة ويصل الأمر حتى إلى وسائل الإثبات التي تم استخدامها في تلك الجلسات.

عدم مقبولية استخدام أي خطاب أو معلومة تم تبادلها في الوساطة كوسيلة إثبات، مع عدم إمكانية استدعاء الوسيط كشاهد في الإجراءات اللاحقة للوساطة والمتعلقة بالموضوع محل النزاع ما هو إلا ضمان لعدم تعرض أي طرف للغبن نتيجة تصريحه بمعلومات وتفاصيل جوهرية، غير أن اتفاق الأطراف أو أحكام تنفيذ اتفاق التسوية قد تقتضي تقديم الإثبات الموجود بين أيديهم، إضافة إلى سلطة الوسيط في اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراءات عند اجتماعه بالأطراف لمناقشة موضوع النزاع وطلباتهم لتقريب وجهات النظر والوصول إلى تسوية ودية، كسماع الأشخاص وشهادة الشهود ذات الفائدة والصلة بالموضوع محل النزاع أو الاستعانة بخبير، يبقى للأطراف حرية الاتفاق على كيفية تقديم المعلومات المتعلقة بالقضية إلى الوسيط وشكل تقديمها سواء في الشكل التقليدي (أولاً) أم الإلكتروني (ثانياً).

أولاً: دور الإثبات في الوساطة التقليدية

يتعين مبدئياً وكاشتراط أساسي لقبول طلبات الوساطة الاستهلاكية، طبقاً للمادة L.612-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي، أن يثبت المستهلك محاولة حل النزاع مع المتدخل مباشرة من خلال شكوى مكتوبة وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد، في حال عدم تمكنه من إثبات الشكوى المسبقة، على الوسيط دعوة المستهلك لاتخاذ هذا الإجراء مع خدمة العملاء أو إرسال الطلب مباشرة إليها إذا لم يعترض المستهلك بعد إبلاغه كتابة بذلك. ويلتزم المتدخل أيضاً في حال عدم التسوية المباشرة مع المستهلك بعد توجيه الشكوى إليه مباشرة، بتزويد المستهلك ببيانات الاتصال الخاصة بمنصة الوساطة RLL تقدم هذه المعلومات على سبيل التزامه بالإعلام على ورق أو على أي حامل آخر هذا طبقاً للمادة 13 الفقرة 03 من التوجيه 2013/11/UE، التي نقلت حكمها المادة L.616-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي. وبغض النظر عن الخدمة التي تم تقديم الشكوى المكتوبة إليها بمجرد قبول طلبات الوساطة تبدأ الجلسات.

بانعقاد جلسات الوساطة واجتماع الوسيط بالأطراف لمناقشة موضوع النزاع وطلباتهم، يكون للوسيط فيها صلاحية اتخاذ ما يراه مناسب من إجراءات إثبات لتقريب وجهات النظر وتسوية النزاع وديا يمكنه طلب أي مستندات من الأطراف تسمح له بفهم النزاع بشكل أفضل، بل وأضافت المادة 1001 (ق.إ.م.إ) تأكيد صريح على تمكين الوسيط بعد موافقة أطراف النزاع، سماع كل شخص يرى في شهادته فائدة لتسوية النزاع، ذلك مع إمكانية إخطار القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته تلك.

عادة ما يتبادل الأطراف، ضمن إطار عملية الوساطة وثائق تتضمن المسائل الوجيزة المتعلقة بالنزاع وموقف الطرف منه، بغية الوصول إلى التسوية من خلال الوساطة، وليس لاستخدامه في أي إجراءات تقاضي لاحقة. يتضمن تاريخ النزاع والمسألة المختلف عليها، والوسائل التي يمكن إثبات ودعم الادعاءات والحجج إما في الشكل الورقي أو الإلكتروني. يتوجب على الوسيط الحفاظ على سرية المعلومات التي يطلع عليها أو تم تبادلها شفويا أو المكتوبة سواء خلال الاجتماعات الفردية أو الجماعية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك واستثنى حالات معينة.

في هذا الشأن صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي¹ في 14 نوفمبر 2023، تطبيقا للمادة L.213-2 من قانون العدالة الإدارية، أكد على أن تخضع للسرية ملاحظات الوسيط وتصريحات الأطراف التي جمعها خلال عملية الوساطة فقط، أي الوثائق أو التصريحات التي أنتجت بغاية حل النزاع عن طريق الوساطة، لا تمنع هذه الأحكام من إمكانية الاستشهاد أو تقديم مستندات أخرى أمام القاضي، من قبل أطراف ثالثة خصوصا، حتى لو تم إنشاءها أو تقديمها في إطار الوساطة.

وفق التفسير الذي أكدته محكمة النقض في حكم صادر في 2022²، تعتبر اللجنة أن التزام السرية يمتد إلى اقتراح الحل الذي يقدمه الوسيط إلى الأطراف تطبيقا للمادة R. 612-4 من قانون الاستهلاك. وأشارت إلى أنه فيما عدا الحالات الاستثنائية المنظمة بموجب القانون، فإن انتهاك التزام السرية في الوساطة يلزم القاضي عند الاقتضاء تلقائيا رفعه بعدم قبول أي مستند أو معلومة أفصح عنها الوسيط أمامه دون موافقة الأطراف.

¹ Conseil d'état, 14 novembre 2023, décision n 475648, recueil lebon.

² Cass. Civ, 2eme, 9 juin 2022, n 19-21.798, Bull.

كما يمكن من أجل تحقيق حماية المستهلك في مواجهة المتدخل التاجر في سياق الوساطة، الاكتفاء بتقديم الطالب المدعي الأدلة غير الكاملة لدعم حججه وادعاءاته إذا لم يقدم الطرف الآخر أدلة لإثبات العكس، يكون تقديم هذه الإثباتات من قبل أحد الطرفين أو كلاهما في أي مرحلة من مراحل سير إجراء الوساطة، حتى بعد اقتراح الحل، لتكييفه مع ما تم تقديمه من أدلة جديدة عند الضرورة.

بررت هذه التسهيلات في الإثبات أمام الوسيط، بمحاولة حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد، وتخفيف لمسؤوليته وأعباءه بحيث يمكنه الإثبات بوسائل مختلفة حتى عن ما يتم تقديمه عادة أمام القضاء، وفي أي مرحلة من مراحل إجراءات الوساطة. ذلك فيه بلا شك دعم لحجج كل الأطراف.

يتم تحضير الوسائل المتاحة والممكنة للإثبات أمام الوسيط، ويطلب الحصول على الأخرى من الطرف الآخر عن طريق الاستدعاء أو عن طريق إنتاج مستندات ووثائق، يؤثر هذا مصداقية الوساطة وفعاليتها الوساطة بل حتى على اتفاق التسوية المحتمل التوصل إليه في نهاية الإجراءات.

يتبادل الأطراف أو ممثليهم الأدلة، يناقش ما تم تقديمه ويقيم تأثيره على تحقيق التسوية، كالعقود والاتفاقيات المبرمة والموقعة وسجلات الهاتف وآراء الخبراء الذين تم الاستعانة بهم لاستكمال إجراءات الوساطة.

ثانيا: دور الإثبات في الوساطة الإلكترونية

رغم عدم استخدام وسائل الإثبات الإلكترونية بشكل كبير مقارنة بالأخرى التقليدية، لا يمكن إنكار أثر وسائل الاتصال الإلكترونية كالبريد الإلكتروني والرسائل النصية ورفع وتحميل البيانات الإلكترونية على توسيع مجال وسائل الإثبات الممكنة المشروعة أمام الوسيط.

عندما تتجه الأطراف أو أحدهما أثناء المناقشات والمفاوضات إلى الإثبات بسجلات الهاتف مثلا، من خلال نشاطات أطراف النزاع والمعاملة ذات الصلة بالموضوع محل النزاع في يوم معين بما في ذلك الموقع والتوقيت، وتحديد الشهود الذين يمكنهم دعم الإثبات وإعطائه قيمة في التسوية.

تشمل مصادر المعلومات المقدمة في الإثبات أمام الوسيط الإلكتروني أيضا، في نزاعات خدمة التأمين سجلات استخدام الهاتف وتتبع الأنشطة فيه والتي قد تؤثر في الإثبات وبالتالي على مسار التسوية. من خلال استخدام الخبير لبيانات الهاتف وتحليلها كآلية مساعدة في تحديد السبب الأساسي في الحادث، ودمجها مع وسائل الإثبات الأخرى المتاحة.

من شأن استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في الإثبات، زيادة السرعة والكفاءة في تسيير إجراءات الوساطة، غير أن النظر فيما إذا كان جميع الأطراف لديهم إمكانية استخدام تلك الوسائل أو لديهم دراية بها أمر ضروري حتى عند اختيار الوسيلة التكنولوجية المراد استعمالها أساسا في الوساطة.

ذلك لضمان توافق نظم التخزين وسهولة الوصول إليها وأمن البيانات والمعلومات، وتمتع الخطابات والرسائل الإلكترونية المقدمة والمصرح بها أمام الوسيط بالحماية الكافية.

ثم يعمل الوسيط على تقدير وتقييم ما تم تقديمه من إثبات وأسانيد من حيث القوة والحجية، قد يعلم الوسيط أحد أطراف النزاع بعدم كفاية الأدلة التي قدمها لإثبات الحق المدعى به أو عكس ما أثبتته الطرف الآخر، بذلك يحاول الوصول إلى تسوية ودية مع الطرف الآخر دون اللجوء إلى التقاضي، وبالتالي يفيد تقييم الأدلة من طرف الوسيط في تعزيز إمكانية الاتفاق على التسوية.

المبحث الثاني: التحكيم

ما زال أصل حسم المنازعات هو القضاء التقليدي، والتحكيم قضاء بديل عنه يمكن لأطراف النزاع اللجوء إليه فيما يتعلق بالعديد من المجالات التي يفترض فيها قدر من التوازن، لأن التحكيم بحسب موتولسكي "يفترض توازناً في القوى، وعندما يختل هذا التوازن يختنق التحكيم"¹.

لذلك وبعد جدل طويل، عندما قبل التحكيم في عقود الاستهلاك المختلة التوازن أساساً، كان هناك من اعتبره شرط تعسفي بالنظر للخلل الواسع في التوازن بين المتدخل المحترف والمستهلك الطرف الضعيف الجدير بالحماية، حتى بدأت العديد من القوانين تسن اتفاقيات وقواعد دولية ووطنية خاصة بتنظيم التحكيم في عقود الاستهلاك، لتتغير النظرة تدريجياً لبند التحكيم فلم يعد بند تعسفي بشكل كامل، بل يشكل قرينة على التعسف من قبل المتدخل، عليه إثبات عكسها.

اتسع إعمال بند التحكيم متجاوزاً مجال التجارة الداخلية والدولية التي وُلد وترعرع داخلها، نحو النزاعات المتعلقة بالقانون الخاص عموماً. رغم اعتماد أغلب المتدخلين على إدراجه كبند تحكيمي في عقودهم مع المستهلك، لما أظهره من فعالية كوسيلة بديلة في تبسيط الإجراءات وتقليل النفقات وتوفير خاصية الثقة والسرية والمرونة والحياد التام في اختيار المحكمين الذين غالباً ما تكون جنسياتهم مختلفة عن جنسية أطراف النزاع المحكم فيه، وبالتالي فض المنازعات دون طول انتظار، ما زال محل جدل فقهي حول تفاصيله الإجرائية خصوصاً مع فرض التجارة الإلكترونية للتطور السريع. جعلت الفقه يحمل جدالاته بخصوص التحكيم التقليدي إلى تحكيم إلكتروني حديث خارج عن المعايير التي استطاع وضعها للتحكيم الكلاسيكي (المطلب الأول).

إذ وبالنظر من زاوية الإثبات، نجد أن اتفاق التحكيم الإلكتروني لا يستخدم فيه محررات مكتوبة ورقية مادية، يتم بمجرد إبرام العقد الاستعانة بالوسائل والمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لإثباته. فهو نظام قضائي ذو طبيعة خاصة، يختاره الأطراف لحل نزاعهم أمام (مقدم خدمة التسوية الإلكترونية) لتسوية النزاع باستخدام

¹ Henri. Motulsky, L'arbitrage dans les conflits du travail, Ecrits-Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, p. 113.

وسائل الاتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف.

لذلك تساءلنا عن كيفية تعامل التحكيم مع الإثبات؟ وبحثنا عن الإجابة من خلال محاولة فهم الصرامة التي أحيط بها التحكيم، بالنظر لأهمية دور المحكم الذي يجعله بمرتبة القاضي في المنازعة أو يحل محله، وبالتالي في مركز يمكن للعدالة الخاصة التي يمارسها المحكم من خرق عدالة الدولة. جسدت بديهية الصرامة المطلوبة في هذا النوع من الممارسة في إبقاء صحة اتفاق التحكيم من الأساس تحت الشك والتردد وإن قبل التفت حوله اعتبارات شكلية ارتبطت فيما بعد بالعقود الالكترونية كالمبادئ الإجرائية والإثبات والتوقيع والكتابة، يعد الامتثال لتلك الاعتبارات أساس التحكيم خاصة على المستوى الالكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قابلية عقود الاستهلاك للتحكيم

في بحث حاول شرح الأسباب التي دفعت المشرع الفرنسي إلى تعزيز طرق تسوية المنازعات البديلة في تعديل القانون المدني عام 2016 وكأنه قصد تلبية تطلعات معينة، تمت الإشارة إلى أن نصف الفرنسيين يرون أن لا حاجة إلى اللجوء إلى القاضي في بعض الدعاوى المدنية منها دعاوى الاستهلاك، بينما يوافق حوالي ثلاثة أرباع على اللجوء إلى القضاء فقط في حالات الخطورة الكبرى في المجال الجنائي. فلم يعد خافيا ما تتصف به إجراءات التقاضي أمام القضاء العادي من استغراق لقيمة الزمن وتعقيد ومماثلة، لذلك وسعت البدائل لتسوية المنازعات لمعالجة بعض تلك العيوب. منها الودي البسيط لأقصى حدود حاجات المستهلك، ومنها ما ارتبط بالقضاء بطريقة أو بأخرى كالتحكيم الذي تميز بمزايا إجرائية عدلية ذات مسار قضائي مطمئن لتمتع المحكم بالخبرة الفنية في المجال، وغلبت عليه نظرة "العدالة الفاخرة المخصصة للشركات الكبرى"، غير أن التشريعات اتجهت نحو تكييفه لينسجم مع معايير الأشخاص العادية المالية والاقتصادية وحتى الاجتماعية تعزيزا لإعماله في إطار عقود الاستهلاك (الفرع الأول).

يمارس المحكم مهمته بناء على اتفاق الأطراف الذي يمنحه الولاية ويضع النزاع تحت تقديره، هذا عندما تكون علاقتهم العقدية متوازنة موضوعيا ومنازعاتهم قابلة

للتحكيم، كون شريعة الأطراف التي تصح بشأن عقود عديدة قد لا تكون كذلك في العقود ذات الطرف الضعيف، بل قد يعتبر بند تعسفي أو رمادي في عقد الاستهلاك، حتى يتم ضمان التوازن ولعل الحل يأتي من الوجه الآخر للعقود، الوجه الإلكتروني الذي أيده المستهلك وقبل أن تعتمد بشأنه العدالة الرقمية مع تأكيد المشرع على مسألة الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مزايا إجرائية عدلية ونصرة تشريعية

حاجة المستهلك لفصل في النزاع متخصص دون القاضي، وإلى قواعد خاصة تكفي لحمايته كطرف ضعيف في العقد محل النزاع دون القواعد العامة، جعلته يلجأ إلى المسار البديل لما فيه من تأييد على الخبرة المتمتع بها المحكم في مجاله بدون شك أكثر من القاضي، خاصة عندما يتعلق الأمر بالإثبات الذي يثني المستهلك عن المطالبة بحقوقه إن لم يحظى بالخصوصية التي خصها له التحكيم (أولاً).

في وقت لاحق حرصت التشريعات على مراعاة حقوق المستهلك من خلال تشجيعه على اللجوء إلى تسوية منازعاته عن طريق التحكيم، على أن يتم استخدام هذه الآلية بشكل يضمن العدل والإنصاف له (ثانياً).

أولاً: التحكيم: بديل يلبي احتياجات المستهلك

قدم التحكيم بديلاً أكثر كفاءة من التقاضي العادي، حيث مكن المستهلك من تسوية منازعاته ببساطة وسرعة دون أن يفقد العدالة في محاولاته لتحصيل حقوقه بواسطة محكم خبير في الأمور التقنية التي تميز أغلب ما قد يكون محلاً لعقد الاستهلاك، وقواعد داعمة له طيلة سيره في هذا الطريق العدلي.

1: تأييد الأهلية الفنية للفاصل في النزاع

نظراً لما يميز منازعات الاستهلاك كونها دائرة غالباً حول مسائل تقنية أو فنية، بحيث يكون إدراكها والوصول بشأنها إلى حل قانوني شاق على القاضي، لذلك حتى لو عرض عليه النزاع سيخرج لا محالة عن القاعدة العامة ويُدخل طرف آخر مختص للحصول على خبرة قضائية متعلقة بتلك المسائل. لذلك كان حسم النزاع الناتج عن عقد الاستهلاك ليس دائماً بيد القضاء، بل بحاجة إلى طرف مختص فنياً أو محكم متخصص باستطاعته حل المسألة بالاستناد على قواعد العرف الخاص بمهنته.

ولأن قانون حماية المستهلك 09-03، لم يشرع حتى لو بطريقة ضمنية تفيد عكس عبء الإثبات وتحويله إلى المتدخل باعتباره مالك الخبرة الفنية والتقنية التي تمكنه من دحض ادعاءات المستهلك بتقديم ما يثبت حسن تنفيذه للالتزامات التعاقدية. فقد أبقى قانون التجارة الإلكترونية المستهلك مخففاً عنه حمل عبء الإثبات، ملقياً إياه على المورد الإلكتروني مع كافة ما ينتج عنه من مسؤولية اتجاه المستهلك الإلكتروني لتنفيذ التزاماته المرتبة عن العقد بموجب المادة 18 منه.

وإن كان المستهلك بصفة عامة لم يحظى بالحماية في مجال الإثبات، بالرغم من الفوارق الكبيرة بينه وبين المتدخل، التي تزداد اتساعاً في الخدمات المالية الاقتصادية والفنية كالخدمات المالية "البنوك والتأمينات"، باعتبارها نموذج ضعف المستهلك الواضح في مواجهة خبرة مقدم منتجات متخصص، لهذا صار تطبيق القواعد العامة للإثبات الخاصة بحماية أطراف هي في الأصل متساوية مضر بمصالح المستهلك.

رغم هذا القصور التشريعي، الذي ينقلب سلبي على مصلحة المستهلك خصوصاً فيما يرتبط من نزاعات بمسألة الإثبات، تبقى حماية المستهلك في حاجة إلى السعي نحو تحقيقها، ولعل التحكيم هو أكثر السبل قرباً، بما فيه من ضمانات على مستوى الإثبات، التي يمكن أن توصله إلى حسم للنزاع بموجب حكم شخص محكم متمتع بالخبرة الفنية.

2: ضمانات عدلية لأطراف عقد الاستهلاك

أساس التحكيم اتجاه إرادة الأطراف للتصالح والتسوية، هذا أكسبه طبيعة تعاقدية توافقية تمنح المحكم مكنة فض النزاعات الناشئة بين أطراف الخصومة وفقاً لإجراءات قانونية. ممارساً مهمته تلك لا في إطار الإرادة ولا في إطار القضاء، بل في ظل النظرية المختلطة التي اعتبرته نظام خاص ذي طبيعة مركبة.

بات جلياً، أن غاية أطراف النزاع من اللجوء إلى التحكيم هي تقريبهم للوصول إلى الحماية بشكل ودي وأقل تعقيداً من الطريق الأصلي، بسبب مزاياه المنسجمة مع الاقتصاد، حتى أصبحت بعض القوانين تفرضه في بعض المعاملات، لنجدته متعلقاً بالطابع الاقتصادي، مكتسباً صفة التجاري في علاقة بيع واستهلاك للمنتجات، أو تدخل المصالح الاقتصادية للدول مثل صفقات التوريد والنقل، التي مهما وفرت من امتيازات وحوافز مادية تشجيعاً للاستثمار الأجنبي، إلا أن هذا الأخير لا يرى ضماناً وحافزاً

للاستثمار في دولة ما أهم من الضمانات القانونية التي تُحل المسائل المتنازع حولها الناشئة عن ذلك الاستثمار بموجبها، مفضلاً الابتعاد عن عدم الاستقرار الذي تمتاز به القوانين الداخلية، متجهاً نحو ما ينسجم مع خصائص السرعة والإلتزام والسرية التجارية الذي يوفرها الطريق البديل المسمى بالتحكيم.

لعل الامتياز أو الضمان العدلي الأهم، هو احتفاظ أطراف النزاع بخيار الرجوع إلى القضاء الوطني¹، رغم عرض النزاع على التحكيم. بل بدون تفعيل الأطراف لخيارهم ذاك، قد يحتاج التحكيم إلى تدخل القضاء حين يُرفض طلب تقديم أدلة الإثبات وهذا طبقاً للمادة 1047 (ق.إ.م.ج) في نصها "تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة".

أو تفعيله عملياً بعد نظر المحكم في النزاع، في حال لجوء المضرور إلى القضاء العادي من خلال دعوى استعجال، حيث نصت المادة 1048 (ق.إ.م.ج): "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

مع هذا كله الذي إن جاز تسميته ضمانات، أصبح اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل في حل نزاعات المستهلك في أغلب التشريعات، أقرب إلى المستهلك من القضاء. يبقى على المشرع تعزيزه.

ثانياً: نصرة تشريعية مُعززة لإعمال العدالة البديلة في عقود الاستهلاك

كانت نزاعات المستهلك قد بدأ أطرافها في محاولة تقاضى القضاء، طلباً منهم للسرعة في تسويتها والحفاظ على قدر من الاستقرار المكسب للثقة بينهم خاصة إثر الأزمات، مثل الأزمة العالمية الاقتصادية التي شككت المستهلك بالخدمات التي يمكن أن يحصل عليها من مقدميها كالبنوك أو شركات الطيران. شكل ذلك ضغطاً اقتصادياً على المشرع، فرض عليه نصرة الطريق العدلي البديل الذي لا يمكن أن ينجح دون تعزيز تشريعي.

¹ Dominique. Hascher, Arbitrage du commerce International, Dalloz., paris, 2005, p.59

فأخضع التحكيم لمستويين من الأطر التشريعية، مستوى تشريعي يضمن الإطار العام للتحكيم التجاري الدولي وتشريع خاص بالبيئة الإلكترونية مثل القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني واتفاقية الأمم المتحدة المرتبطة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية إضافة إلى لوائح التحكيم الإلكترونية العديدة (أولاً)، ومستوى تشريعي وطني (ثانياً).

1: المستوى التشريعي العام للتحكيم

كل ما يرتبط بالتحكيم من اتفاقات أو إجراءاته العامة والخاصة بالإثبات وحق الدفاع وغيرها أو الاعتراف بقرار التحكيم ذاته وتنفيذه، محتكم لاتفاقيات دولية عدة ولوائح تضبط العمل به سواء التقليدي منه أو الإلكتروني.

أ: القواعد الرئيسية التقليدية

بدايتها كانت مع أول اعتراف رسمي بهيئات التحكيم الدائمة في اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، التي وضعت في المادة 1 فقرة 2 منها مدلول عام لأحكام المحكمين ليشمل إضافة إلى الأحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة، الأحكام الصادرة عن هيئات دائمة يحتكم إليها الأطراف.

ليتبع هذا المسار قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المقرر من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 المعدل في 2006، مضيفاً هدف آخر وهو وضع إطار تشريعي عام تعتمد عليه الدول لتحديث قوانينها المتعلقة بالتحكيم وإجراءاته، بحيث تتقارب التشريعات الداخلية للدول بعد قبولها له بشأن المسائل الرئيسية للتحكيم الدولي.

أما أهم تعديل سنة 2006، كان إضافة إلى وضع نظام قانوني مستحدث للتعامل مع التدابير المؤقتة الداعمة للتحكيم، وفي المادة 7 من القانون الخاصة بتحديث الشرط المرتبط بشكل اتفاق التحكيم ليتوافق مع العقود الدولية.

كما كانت أحكام الأونسيترال لسنة 1976 الأثر البارز في إرساء قواعد إجرائية يمكن للأطراف الاتفاق للسير من خلالها في النزاع الناشئ عن علاقتهم التجارية سواء

في القطاع الخاص أو بينهم كمستثمرين والدول، من بند التحكيم نموذجي، إلى القواعد الإجرائية المتعلقة بتعيين المحكمين، وشكل قرار التحكيم وتفسيره.

لزيادة كفاءة هذا القانون ومجاراته للتغيرات العميقة التي مست التحكيم نُقح سنة 2006، ليصبح ساريا سنة 2010، شاملا ضم الدعاوى والمسؤولية والتدابير المؤقتة وشرط المتعلق بمعقولية التكاليف وإجراءات الاعتراض على الخبرة المعينة من هيئة التحكيم وغيرها من المسائل التي استوجبت التحديث.

أضافت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام 1961، بعض التبسيط في قبول اتفاقات التحكيم التي تطبق لحسم النزاعات الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين عن عقود تجارة دولية، بشرط ورد في المادة 01 فقرة 1 منها، هو أن يكون لهؤلاء عند سن الاتفاقية موطن أو محل إقامة معتاد أو مركز أعمال في الدول المختلفة المرتبطة تعاقدًا بالاتفاقية.

الجانب العربي كذلك خصص اتفاقية دولية إقليمية له وهي اتفاقية عمان العربية للتحكيم لعام 1987، التي بموجبها أنشأ المركز العربي للتحكيم، والتي عدلت عام 1992. تلتها اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية ومواطني الدول العربية الأخرى، المبرمة عام 1974 ووضعت حيز التنفيذ عام 1976 على الأشخاص الطبيعية والمعنوية، كنوع من محاولة إيجاد مناخ مشجع للاستثمارات العربية في الدول العربية الأخرى.

ب: القواعد الخاصة بالتحكيم الإلكتروني

يُنظم التحكيم الإلكتروني إلى جانب الاتفاقيات والقوانين النموذجية التي أقرتها التشريعات الرئيسية ولوائح الصادرة عن مراكز التحكيم الرئيسية، كلائحة تحكيم محكمة لندن للتحكيم لسنة 1985، ولائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1997، ولائحة تحكيم جمعية التحكيم الأمريكية لسنة 1992.

تشريعات خاصة بالتحكيم الإلكتروني من أبرزها القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، الذي زود المشرع الوطني بقواعد معززة للمعاملات الإلكترونية ومساواتها مع المعاملات الورقية، عدل جزء من هذه الاتفاقية باتفاقية الخطابات الإلكترونية في عام 2005، لمعالجة التجارة الإلكترونية المرتبطة بنقل البضائع

بنصوص تشريعية شملت اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 2008 قواعد روتردام المرتبطة بمعاملات النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا.

كذلك الأمر بالنسبة للقانون النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2001، الذي تجاهل منشأ التوقيع الأجنبي مفضلا الاعتراف بالشهادات الأجنبية والتوقيع الإلكتروني من مبدأ التكافؤ. واتفاقية الأمم المتحدة لعام 2005 المرتبطة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية التي سهلت استخدام وتنفيذ تلك الخطابات في التجارة الإلكترونية، على أن يكون تبادل الخطابات الإلكترونية بين طرفين لهما مقر عمل في دولتين مختلفتين ومقر أحدهما على الأقل موجود في دولة متعاقدة.

التشريعات السابقة كلها تعتبر بالنسبة للتحكيم الإلكتروني في مرتبة ثانية، مقارنة بالنصوص التي تتضمنها لوائح التحكيم لبعض المؤسسات والتنظيمات المتعلقة مباشرة بهذا التحكيم، لذلك تطبق بصفة أولية أصلية فيها. من تلك اللوائح، لائحة المحكمة الإلكترونية لجامعة مونتريال المعدلة عام 1998، التي تعد الفاصل الإلكتروني في المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية القائمة والمستقبلية.

وقواعد مركز التحكيم والوساطة "Wipo"، المهتمة بشكل أساسي بالمنازعات بين العنوان الإلكتروني أسماء المواقع والعلامات التجارية التي يمتلكها الأشخاص ماديا. مقدمة وسائل وطرق مختلفة لحل تلك المنازعات، الوساطة الإلكترونية كطريق أول والتحكيم الإلكتروني كطريق ثاني والإجراء الإلكتروني أمام لجنة فض المنازعات الإدارية طريق ثالث.

كذلك يخضع التحكيم الإلكتروني الدولي لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية، التي طورت نظام القاضي الافتراضي Virtual Magistrate، وأنظمة أخرى مثل المفاوضات المباشرة الذي يساهم في حل المنازعات التي يفشل أطرافها في حلها. وإلى هيئة التحكيم الفرنسية الإلكترونية الخاصة التي تعمل على تسوية المنازعات الإلكترونية متوسطة وصغيرة القيمة.

2: مستجدات التحكيم على مستوى تشريعات الاستهلاك

بتعديل المشرع الفرنسي لقانونه المدني، جدد بعض الأحكام المتعلقة بالتحكيم الداخلي دون الدولي، الذي بموجب المرسوم التطبيقي رقم 844-2016 الصادر في

2016 المتعلق بالاستهلاك وفي المواد R.212-10¹ L.212-1 من قانون الاستهلاك كقواعد حماية خاصة للمستهلك اعتبر البند التحكيمي في عقود الاستهلاك قرينة على التعسف من قبل المحترف وعليه إثبات العكس، أي ليس بند تعسفي بشكل كامل في عقود الاستهلاك. بهذا أخرج بند التحكيم من اللائحة السوداء للبندود التعسفية، واضعاً إياه في منطقة رمادية بين التعسف والإجازة.

أما في قانونه المدني، فقد عدل البند التحكيمي مرتين، الأول في سنة 2001 وسع بموجبه نطاق التحكيم، حيث أقر بصحة بند التحكيم في العقود المبرمة ضمن الإطار المهني، وببطلانه إذا أدرج في عقد بين محترف ومستهلك².

الثاني سنة 2016، الذي سُمي "تحديث القضاء للقرن الواحد والعشرين"، تحول الجدل بموجبه من مسألة صحة بند التحكيم في عقود الاستهلاك الداخلية إلى عدم سريانه أساساً في مواجهة العقد.

بذلك أصبح التحكيم بين اتجاهين، اتجاه موسع وآخر متردد في قبوله بشكل واضح في القانون الداخلي. أحكام المادة 2061 (ق.م.ف)، تجعل اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاعات بين المهني والمستهلك ممكناً، بتحقيق شروط تضمنين بند التحكيم في العقد وقبول المستهلك اللاحق له، دون أن يفقده ذلك البند الحماية المقررة له في المادة R.212-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي تجعل بند التحكيم إذا كان تعسفياً في هذه الحالة قابل للإبطال.

وأضافت الفقرة الثانية من المادة 2061 (ق.م.ف)، للمستهلك حق الاختيار في التوجه بنزاعه إلى التحكيم أو إلى القضاء الوطني المختص.

وبشأن التحكيم الإلكتروني، تعتبر المسألة شبه واضحة، ساهم في ذلك التوجيه الصادر عن الاتحاد الأوروبي سنة 2000 المتعلق بتوجيه التجارة الإلكترونية، عندما وجه الدول الأعضاء في الاتحاد لعدم تضمين تشريعاتها الداخلية ما يتعارض أو يشكل عقبة قانونية أمام تسوية المنازعات إلكترونياً بالطرق البديلة، يؤكد هذا المادة 17 من

¹ Décret n°2016-884 du 29 Juin 2016.

² loi n°2001-420 du 15 Mai 2001- art 126. JORF 16 Mai 2001.

التوجيه التي سمحت للدول الأعضاء في حالة الخلاف بين موردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم باستخدام الآليات والوسائل الالكترونية.

قضائياً، ولأن غالباً ما يتم تضمين عقود الاستهلاك بند التحكيم، كأن ينص في العقد على كل نزاع يمكن أن ينشأ بصدد هذا العقد تتم تسويته إلزامياً بطريق ودي¹، أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها عام 2005، أن البند الملزم للمستهلك باللجوء إلى الطرق الودية لا يعد تعسفياً، لأنه يشترط الطريق الودي كوسيلة مسبقة قبل اللجوء إلى المحاكم ولا يمنع اللجوء إلى القضاء بشكل مطلق.

أضافت محكمة النقض الفرنسية في قرار عام 2010، أن اتفاق التحكيم المبرم بين المؤمن والمؤمن له لتسوية النزاع الذي قد ينشأ لا يعتبر تعسفياً في مفهوم المادة L132-1 من قانون الاستهلاك².

في سنة 1966 صدر أول قانون منظم للتحكيم في الجزائر، دون تحديد لمجالاته ولا تفريق بين الداخلي والخارجي منه، اكتفى بمنع أشخاص القانون العام من اللجوء إلى التحكيم إلا إذا تعلق بالمجال التجاري الدولي. حتى صدر المرسوم التشريعي 93-09 لسنة 1993 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية الذي كرس التحكيم الدولي كطريق بديل لتسوية النزاعات، وقسمه إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي.

ورد شرط التحكيم في المادة 1007 (ق. إ. م. إ.)، معتبرة إياه شرط سابق في شكل اتفاق يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 من نفس القانون، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم. محددا الجهة المختصة بالنظر في نزاع محتمل عند تنفيذ العقد، ولا يمكن للأطراف التوجه بنزاعهم إلى القضاء إلا إذا فشل التحكيم، بحيث يكون للمتدخل في حال لجأ المستهلك لحل النزاع إلى القضاء مباشرة دون تطبيق شرط التحكيم أن يدفع بعدم القبول، على أن يرد الشرط

¹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 633.

² Cass.civ., 25 février 2010: «Le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée dans la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation ».

كتابة في متن الاتفاق ويعين بموجبه المحكم أو المحكمين وكيفيات تعيينهم، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اختار الاتجاه الفرنسي في تنظيم التحكيم.

الفرع الثاني: اتفاق التحكيم

إن عدم التوازن في عقود الاستهلاك امتد تأثيره أيضا إلى تقييد تطور قواعد التحكيم فيها، إذ غلب ولزمن طويل فكرة حماية الطرف الضعيف بتجنيبه أي ضرر يفقده حقوقه مثل حق اللجوء إلى القضاء العادي، لذلك حظرت اتفاقات التحكيم بشكل غير مبرر. إلى أن تغير الوضع ولم يعد البطلان هو المبدأ بل الصحة المكفولة بأحكام قانونية خاصة تسعى إلى تكييف اتفاق التحكيم وملابته مع عقود الاستهلاك (أولا).

بعدما اتسعت إمكانية قبول اتفاق التحكيم في عقد الاستهلاك، مازال من الضروري ضمان التأكد من حصول المستهلك على حقوقه من وراء أعمال البند التحكيمي، من خلال توفير شكلية حتى لو نسبية لاتفاق التحكيم تسمح له بالاستناد عليه في الإثبات (ثانيا).

أولا: تسويق التحكيم في عقود الاستهلاك

لابد لإعلان اختصاص التحكيم بنزاع الاستهلاك، أن يخرج من نطاق اختصاص القضاء بموجب القانون أو إرادة الأطراف بعبارة أخرى يجب تحديد مدى قابلية نزاع الاستهلاك للتحكيم وعدم اعتباره إذعان يلزم المستهلك بالتخلي عن الضمانات الممنوحة له.

1: قبول التحكيم في منازعات الاستهلاك

يفترض عند دراسة قابلية أي نزاع للتحكيم الرجوع إلى اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، تحديدا تطبيق المادة 2 و5 من الاتفاقية. إلا أن الانطلاق من نقطة أخرى سيكون أجدى لدراستنا هذه، إذ ستكون نقطة البداية من القانون الفرنسي خاصة وأن التحكيم الذي نود التركيز عليه هو الخاص بالقوانين الداخلية دون إهمال بعض القوانين الدولية.

في القانون الفرنسي استمرت آثار حكم *Prunier* الشهير¹، الذي أبطلت فيه المحكمة بند التحكيم معتبرة إدراجه في العقد إذعان إلى وقت قريب، إلى حين قرر المشرع الفرنسي إخراج بند التحكيم من ذلك البطلان، بتوسيع نطاق التحكيم ومنحه الثقة في القانون 1547-2016 الصادر في 18 نوفمبر 2016.

بذلك انتقل المشرع الفرنسي من خلال المادة 2061 (ق.م.ف)، ببند التحكيم في عقود الاستهلاك من البطلان إلى وضع شروط تضمن فعاليتها، أول الشرطين قبوله من الشخص الموجه إليه، وثانيهما عدم سريانه في مواجهة من لم يتعاقد ضمن إطار مهنته. لتصبح القاعدة العامة صحة شرط التحكيم، مع عدم سريانه في مواجهة المستهلك إلا إذا قبله، بتعبير صريح أو ضمني كأن يصدر منه سلوك غير قابل للتأويل²، ويبقى على القاضي تقدير ما إذا كان قبوله في محله من عدمه³. بعبارة أخرى أصبح خيار التحكيم متاحا من خلال بند أو عقد التحكيم، وصحيحا لمن تعاقد خارج إطار مهنته دون أن يكون عليه ذي قوة ملزمة. هذا ما سار عليه القضاء الفرنسي أيضا، بشأن صحة بند التحكيم في عقود العمل الفردية⁴. وعلى القاضي تحديد ما إذا كان من يدعي عدم سريان بند التحكيم في مواجهته قد تعاقد خارج إطار مهنته أو غير ذلك⁵.

في المادة 1442 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي⁶، عرف بند التحكيم على أنه: "الاتفاق الذي بموجبه يلتزم الأطراف على إخضاع نزاعاتهم التي يمكن أن تنشأ عن عقدهم للتحكيم".

¹ Cass. Civ., 10 Juillet 1843, note Devilleneuve, Concl. Hello; D. 1843. 1. 343, Rev. Arb. 1992, p. 399.

² **Charles. Jarrosson, Jean-Baptiste. Racine**, Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi modernisation de la justice du XX^e siècle, vol. 4, Revue de l'arbitrage 2016, p. 1007.

³ **Jean. Pellerin**, Commentaire de l'article 11 de la loi justice pour la XXI^e siècle: les nouvelles dispositions sur l'arbitrage, Gaz. Pal., 2017, n° 5, p.54.

⁴ Cass. Soc., 16 Février 1999, Bull. civ. n° 78; L. Thibierge, Les conventions relatives aux litiges dans la loi J21, AJ contrats 2016, p.523.

⁵ Civ. 1, 20 Déc. 2017, n° 16-21.425, JCP 2018. 312, note **Philippe. Casson; Thomas. Clay**, Arbitrages et modes alternatifs de règlement de litiges, Dalloz, 2018, p.2448 ; **Blandine. Mallet-Bricout**, Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi, Justice du XXI^e siècle: un nouveau souffle, RTD Civ. 2017 p.221

⁶ Décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011- art. 2

كما اعتمد إضافة إلى شرط التحكيم، عقد التحكيم الذي وصفه في نفس المادة على أنه: "عقد يتفق الأطراف في نزاع ناشئ على إحالته إلى التحكيم". وقد اعتبرت المادة L212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، بند التحكيم في عقد الاستهلاك من البنود الرمادية المفترض فيها التعسفية والقابلة لإثبات العكس.

المشرع الجزائري نجده من خلال المادة 1011 (ق.إ.م.إ.)، ربط اتفاق التحكيم بقبول الأطراف بعرض المنازعة على التحكيم، وحول منازعة فعلية وليس نزاع محتمل كما هو الحال في شرط التحكيم. ويمكنهم من إبرام هذا الاتفاق حتى أثناء سير الخصومة أمام القضاء، لكن بخيارهم ذاك وبحسب المادة 1018 (ق.إ.م.إ.) عليهم طلب إرجاء الفصل فيها إلى حين صدور حكم هيئة التحكيم.

استبعدت المادة 1006 (ق.إ.م.إ.) بعض المجالات من اتفاق التحكيم وهي الحقوق غير قابلة للتصرف المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ما عدا هذه المسائل يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات الناشئة عن علاقات قانونية مصدرها العقد أو غير العقد¹. وعليه يمكن أن يتفق المتدخل مع المستهلك على إحالة النزاع القائم بينهما على محكم أو عدة محكمين بحسب الاتفاق².

2: التحكيم في عقود الاستهلاك بند رمادي

حماية للمستهلك من أي تعسف مفترض، اعتبر المشرع الفرنسي بعض البنود المتضمنة في عقود الاستهلاك تعسفاً، من بينها بند التحكيم الذي يقع على المهني إثبات عكس افتراض التعسف فيه.

إذ إلى جانب اللائحة السوداء المشار إليها في المادة R212-1 من المرسوم التطبيقي رقم 884-2016 التي حددت البنود التعسفية الباطلة غير القابلة لإثبات العكس، توجد بنود تعسفية قابلة لإثبات العكس من قبل المهني وهي المشار إليها في المادة R212-2 من نفس المرسوم.

¹ نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011،

ص 117.

² محمد بودالي، مرجع سابق، ص 632.

البنود التعسفية القابلة لإثبات العكس تعد في نظر الفقه لائحة رمادية؛ انتفت صفة القطعية عن التعسف فيها، إذا تم إثبات أنها ليست إخلال في التوازن العقدي من طرف المهني ولصالحه تصبح قابلة للتطبيق¹.

كان بند إعاقه أو إلغاء حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء الوطني، لاسيما عبر إلزامه باللجوء حصرياً إلى وسيلة بديلة لحل النزاعات من بين البنود الرمادية. حتى يخرج منها، يجب أن لا ينزع عن المستهلك خيار اللجوء إلى القضاء إلى جانب التحكيم، كما يجب أن يصاغ بطريقة لا تمنح المهني أفضلية واضحة على المستهلك، من حيث تحمل التكاليف أو مكان التحكيم². وللمحكم صلاحية تقدير ذلك.

ليبقى حق المستهلك في الخيار بين اللجوء إلى التحكيم أو القضاء العادي ولتفادي النزاع بخصوص صحة بند التحكيم، بين المادة 2061 (ق.م.ف) التي اعتمد المشرع الفرنسي بموجبها مبدأ عام، يسري على كافة العقود المتضمنة مثل هذا البند التي من بينها عقود الاستهلاك، وبين المادتين L. 212-1 والفقرة 10 من المادة R.212-2-10 التي تنزع من المستهلك خيار قبول بند التحكيم في العقد باعتباره من البنود التعسفية، أكد الفقه³ أن المادة 2061 (ق.م.ف) قبل تعديلها كانت تتقدم في التطبيق عن المادة L132-1 من قانون الاستهلاك المعدلة بمقتضى المادة L.212-1 باعتبارها ليست نص خاص بصحة بند التحكيم وبالتالي يجب أن يبقى الحال على ما كان عليه حتى بعد التعديل. ورأى بعض الفقه⁴ بضرورة حسم المسألة بإلغاء الفقرة 10 من مادة الاستهلاك التي اعتبرته بند تعسفي.

تجدر الإشارة إلى أن نتيجة تمييز المشرع الفرنسي بين التحكيم المحلي والتحكيم الدولي، أكدت محكمة النقض على أن أحكام المادة 2061 (ق.م.ف) لا تسري على

¹ Thomas. Clay, Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage, Cahiers de l'Arbitrage, 2017, p. 17 ; Thomas. Clay, Droit de la Responsabilité et des Contrats, Dalloz, Paris, 2008, p. 3113

² Jean-Pascal. Chazal, Clauses abusives, Dalloz, 2002, p. 105.

³ Philippe. Delebecque, Arbitrage et droit de la consommation, Droit et Patrimoine., 2002, p 46.

⁴ Thomas. Clay, Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage, op.cit, p 17.

المسائل الدولية¹ لأن فعالية بند التحكيم يتم تقديرها وفقا للإرادة الأطراف واتفقهما، دون الرجوع إلى قانون الدولة.

نفس الحكم صدر مرة أخرى عن محكمة النقض في قضية "Zanzi"² المتعلقة بعقد دولي لبيع بضائع بين شركة فرنسية ومستهلك إيطالي، مؤكدا على أن قواعد التحكيم الدولي تحددها حرية الأطراف التعاقدية مع مراعاة النظام العام الدولي. هذا قد يؤدي إلى تضيق نسبي لنطاق الحماية المكفولة للمستهلك في القانون المدني وإجباره على التحكيم الدولي.

كما صدر عن محكمة النقض³ سنة 1997 في قضية "Jaguar" وعام 2004 في قضية "Rado"، بإمكانية التحكيم في النزاعات بين المستهلك والمهني المحترف على أساس أن البند المدرج في العقد دولي اقتصادي، هذا الطابع الدولي للعقد الاقتصادي المالي المتأصل في عقد الاستهلاك هو الذي يتيح من خلال استقلالية بند التحكيم عن القوانين الوطنية إمكانية التحكيم في منازعات المستهلك. لكن هل يفيد ذلك ضرورة توفير حماية خاصة للمستهلك كطرف في عقد دولي متضمن بند تحكيمي؟

الجواب بالإيجاب صدر عن محكمة النقض في 2020⁴، رفضت فيه المحكمة مبدأ إجرائي يقضي بأن إحالة المنازعات إلى التحكيم متروك لاتفاق الأطراف الذي يشترط فيه مراعاة النظام العام الدولي فقط، إذ لا يمكن للقاعدة الإجرائية التي منحت للمحكم صلاحية حسم المنازعة دون تدخل القاضي الوطني المنصوص عليها في المادة 1448 (ق.إ.م.ف)، أن تمنع المستهلك من الحقوق التي يعطيه إياها القانون الدولي، والتي يقع على عاتق المحاكم الوطنية حمايتها، وبالتالي فإن بند التحكيم الوارد في عقد المستهلك الدولي لا يسقط اختصاص المحاكم الوطنية إذا كان من شأنه إعاقة أو إبطال حماية حقوق المستهلك والتي لا يمكن التنازل عنها بموجب اتفاق الطرفين. حيث طبقت المحكمة قاعدة أوروبية دستورية عليا للتأكد من أن بند التحكيم يتوافق مع قواعد حماية

1 Cass 1^{er} Civ, 20 decembre 1993, Dalico. N 91-16.828, bull.

2 Cass 1^{er} Civ, 05 janvier 1999, Zanzi, n 96-21.430, Bull.

3 Cass 1^{er} Civ, 21 mai 1997, Jaguar, n 95-11.429, Bull. Cass 1^{er} 30 mars 2004, Rado, n 02-12.259, Bull.

4 Cass 1^{er} Civ, 30 septembre 2020, n 18-19241, Bull.

المستهلك في الاتحاد الأوروبي، معززة ضرورة حماية المستهلك التي لا يمكن التنازل عنها.

الواضح اتجاه معظم التشريعات لقبول التحكيم، ساعية إلى خلق نوع من التعايش بين العدالة البديلة والعدالة القضائية العادية، حارصة على ضمان التوازن بالرغم من أنه مضمون في قانون حماية المستهلك من خلال قواعد موضوعية بحتة عزز أيضا أثناء سير الخصومة في التحكيم بقواعد إجرائية، خاصة أن الجمع بين أداتين مثل قانون التحكيم وتكنولوجيا الرقمية صار أمر لا مفر منه.

ثانيا: الشكالية الضرورية لاتفاق التحكيم

غالبا ما يتخذ اتفاق التحكيم شكلا معينا، وان تباينت التشريعات والاتفاقيات الدولية تباينا طفيفا حول تكييف طبيعة الكتابة بين كونها شرط إلزامي أو غير إلزامي من ناحية، وبين كونها شرط للإثبات أو للصحة. إلا أن إجماع أغلب التشريعات ومعها الفقه والقضاء تأكيدا على اعتبار الكتابة شرط من شروط التحكيم الشكالية، تخلفها لا يؤثر على وجود اتفاق التحكيم، غير انه يؤثر على الإثبات بحسبها شرط للإثبات.

1: قانونية الكتابة في اتفاق التحكيم

السؤال المطروح هنا ما مصير المستهلك المتورط في عقد متضمن بند تحكيم دولي؟ خاصة وان بعض الدول مثل فرنسا ميزت بين اتفاق التحكيم الداخلي الذي إذا قبله المستهلك وفعله عليه الامتثال لقواعد الشكل المفروضة بموجب قانون المرافعات المدنية التي أساسها الكتابة أو وثيقة تتم الإشارة إليها في العقد الرئيسي تحت طائلة البطلان طبقا للمادة 1443 من قانون المرافعات المدنية، هذا يطبق على العقد التقليدي والإلكتروني على حد سواء، وبين التحكيم الدولي الذي بموجب المادة 1507 من قانون المرافعات المدنية لم تخضع اتفاقات التحكيم الدولية لأي شرط شكلي تاركة إياها ضمن العقود الرضائية، هذا من شأنه زيادة صعوبة إثبات وجود وفعالية اتفاق التحكيم وتنفيذ الأحكام التحكيمية إذا لم تكن موثقة بشكل صحيح خاصة إذا علمنا أن إلغاء الشرط الشكلي في التحكيم الدولي جاء تأكيدا لوضع قائم استقر عليه القضاء¹ في فرنسا قبل تعديل عام 2011.

¹ Cass.Civ 4 juillet 1972, RTD. Com, 1973. 499. obs. Loussouarn. Cass. Civ. 30 mars 2004, J.C.P 2004 .11. 10132. Note. **Chaput**, Paris 13 dec. 1975 Rev.arb. 1977. 147, note. **Fouchard**.

هذه الصعوبة تخفف بالنظر لبعض مصادر القانون الدولي مثل اتفاقية نيويورك التي اشترطت شكلية كتابة اتفاق التحكيم، إضافة لكون التحكيم الإلكتروني غالبا ما توفره المؤسسات المتخصصة التي تستخدم بنود نموذجية يتم إدراجها في العقد¹ على غرار مؤسسات التحكيم التقليدية²، بمجرد تضمين تلك البنود في العقد، يصبح من شأنها إحالة أي نزاع ناشئ عن العقد مباشرة على التحكيم.

الكتابة المقصودة في النصوص القانونية لاتفاق التحكيم هي التي من شأنها إثبات هوية الشخص الصادرة عنه بحيث تشمل المعنى التقليدي لها، وتمتد إلى صورتها الحديثة المتمثلة في الكتابة الإلكترونية مادامت تسمح بحفظ المعلومات ومصادقية مضمونها على نحو يمكن من استرجاعها والاعتماد عليها عند النزاع. حيث لم تشترط التشريعات شكلا معينا في الكتابة فقد تكون عقد الكتروني أو مراسلات متبادلة أو في شكل إحالة صريحة على عقد آخر يتضمن اتفاق التحكيم. ذلك إعمالا لاتفاقية نيويورك خاصة المادة 02 منها التي فسرت الكتابة تفسيرا واسعا مستجيبة لتطور المعاملات وتسوية المنازعات الناشئة عنها.

كذلك من تلك النصوص المادة 07 الفقرة 2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "الأنستيرال"، التي نصت صراحة على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل وتلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي أو اللاسلكي التي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق التحكيم دون إنكاره من الطرف الآخر. كما تعتبر الإشارة في عقد ما إلى محرر يشتمل

¹En cas de différend découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci, le demandeur pourra choisir d'agir conformément au Règlement d'Arbitrage eJust ou devant la juridiction étatique compétente. Ce choix est définitif", clause d'arbitrage ejust, www.ejust.fr.

"Tout litige relatif au présent contrat ou en relation avec celui-ci sera tranché par voie d'arbitrage conformément au règlement FastArbitre de l'Institut digital d'arbitrage et de médiation", clause d'arbitrage fast-arbitre, www.fast-arbitre.com

²Tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci seront tranchés définitivement suivant le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement", modèle de clause compromissoire de la Chambre de Commerce Internationale, <http://iccwbo.org>

على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد".

في نفس السياق قررت الفقرة الأولى من المادة 6 من القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية أنه: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً".

واعتبرت المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري اتفاق التحكيم صحيحاً شكلاً إذا كان مكتوباً أو وارداً في تبادل برقيات، تلكسات أو فاكس أو غيرها من وسائل الاتصال التي تمكن من إثباته بواسطة نص. وقد كانت المحكمة الاتحادية السويسرية في الحكم الصادر عنها سنة 1995 واضحة في الأخذ بالتفسير الواسع لشرط الكتابة وبسط هذا المدلول على الرسائل والبرقيات وغيرها من وسائل الاتصال¹.

رغم تلك المحاولات القانونية لإزالة الصعوبات التي تقف أمام قبول اتفاقات التحكيم الإلكترونية خصوصاً، بقيت التشريعات مترددة ولم تعترف صراحة باتفاقات التحكيم الواردة في العقود الإلكترونية. فُسر ذلك بالنظر للأساس الذي تعتمده أغلب الدول في الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية الذي في كل مرة كان هو نفسه الاتفاقية الدولية الموقعة في نيويورك 1958، التي تقف المادتان الثانية والرابعة منها حجر عثرة أمام ذلك الاعتراف²، حيث نصت المادة الثانية على: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية تتعلق بموضوع قابل للتسوية عن طريق التحكيم. وتعبير اتفاق مكتوب يشمل شرط التحكيم الوارد في عقد اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو تضمينه الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

1 محمد إبراهيم موسى، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص 194.

2 بودالي خديجة، إحلال البيانات الإلكترونية محل المستندات الورقية في مجال النقل الدولي للبضائع: إشكالية اتفاق التحكيم الإلكتروني؟، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 01، 2015، ص 25.

استلزام كتابة اتفاق التحكيم والتوقيع عليه من قبل الأطراف بحسب المادة مثل خطاب أو برقية يفيد قبولهم له، قيد اعتراف الدول بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها بشرط شكلي إجرائي آخر، فضلا عن ضرورة توقيع حكم التحكيم.

إذ لم تتوقف الاتفاقية عند اتفاق التحكيم بل حتى تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر عنه استلزمت فيه المادة الرابعة منها شروط شكلية يتعين استيفاؤها عند طلب تنفيذه، وهي نفس الشروط التي أخذت بها المادة 1515 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. بحيث على طالب الاعتراف والتنفيذ أن يقدم مع طلبه ذاك، أصل الحكم مصدقا عليه أو صورة معتمدة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند. وأصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند. كما يتوجب إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب فيها التنفيذ، تقديم ترجمة معتمدة من مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

بمتطلبات تقديم أصل الحكم وأصل الاتفاق أو نسخة معتمدة عنهما، المشترطة في مثل تلك النصوص من الاتفاقية والأحكام التشريعية الداخلية للدول التي اعتمدتها، أضيفت مشكلة أخرى أمام اتفاقات التحكيم الإلكترونية وما يصدر عنها من أحكام.

لذلك تحتم ضرورة تغيير نصوص هذه الاتفاقية على نحو يحقق الاستمرارية لهذه الآلية وهي إبرام اتفاقات التحكيم الإلكترونية سواء كانت شرطا أو مشاركة، ويكفل الفعالية لما يصدر عنها من أحكام ويزيل ما يعوقها من عقبات وهذا التغيير لا بد أن يمتد إلى التشريعات الوطنية، لما تلعبه من دور في توجيه القاضي الأمر بالتنفيذ¹.

الحل القانوني لهذا الإشكال في الدول المنضمة لاتفاقية نيويورك أو ستنضم إليها، وضعته اتفاقية الأمم المتحدة المرتبطة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005، في مادتها العشرين التي أجازت الخطابات الإلكترونية المقبولة في سياق تكوين أو تنفيذ عقد تسري عليه اتفاقية نيويورك.

1 بودالي خديجة، إحلال البيانات الإلكترونية محل المستندات الورقية في مجال النقل الدولي للبضائع: إشكالية اتفاق التحكيم الإلكتروني؟، مرجع سابق، ص 26.

2: الحالات القانونية لاتفاق التحكيم

تضمن كتابة اتفاق التحكيم إدراك المستهلك لحقوقه والتزاماته، بما تتيحه له من الأمان الذي لن يلتزم إلا بما راجعه وقبله من بنود مدرجة في العقد. لذلك لم تكتفي غالبية التشريعات بالتراضي في الاتفاق بل اشترطت كتابته تحت طائلة البطلان، هذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري بمقتضى أحكام المادة 1011 والمادة 1040 (ق.إ.م.إ.ج)، والمشرع المصري بمقتضى المادة 12 من قانون التحكيم رقم 27 الصادر سنة 1993، والمشرع الفرنسي بخصوص التحكيم الداخلي في المادة 1443 (ق.إ.م.ف) وسمح بكفاية التراضي فيه إذا تعلق بالمعاملات التجارية الدولية لكن بشروط كما سبق الإشارة.

في أغلب تلك التشريعات، يستوي أن تكون الكتابة المطلوبة في العقد الأصلي أو في الاتفاق اللاحق له المبرم في وثيقة مستقلة عنه. ولعل تلك التشريعات المنضمة للاتفاقيات حتى لو بتحفظ استقت شرط الكتابة وشكله ذاك من معظم الاتفاقيات الدولية التي نصت على إلزامية كتابة اتفاق التحكيم، مثل المادة 02 من اتفاقية نيويورك، والاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي، والقانون النموذجي الذي سنته اليونسسترال في المادة 2/7 منه.

بالمقارنة مع بعض التشريعات مثل انجلوسكسونية عامة، وتشريعات عربية كالإماراتي والكويتي والمصري سابقا، وكذلك المادة 2 الفقرة 01 من قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي، والمادة 01 من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي، والمادة 01 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، اعتبرت إجراء الكتابة في اتفاق التحكيم شرط إثبات وليس شرط صحة، لأن الكتابة أقوى طرق الإثبات لأي مصدر من مصادر الحقوق، فإنها تشترط عادة لإثبات اتفاقات التحكيم.

حتى لو كانت الكتابة المقصودة تشريعا، ليست الرسمية فقط مثل المستندات الورقية الموقعة بل العرفية أيضا التي قد تكون تبادل للبرقيات والرسائل، والتلكسات والخطابات الموقعة التي تدرج فيها اتفاقات التحكيم لتصبح وسيلة للإثبات. غير أنه يجب على الأقل كتابة اتفاق التحكيم في العقد للتمكن من إثبات انعقاده ووجوده، سواء كانت

شرط للإثبات ولن تؤثر على انعقاده، أم كانت ركنا لانعقاده تحت طائلة البطلان أي حين يكون اتفاق التحكيم عقد شكلي.

في حال كان اتفاق التحكيم عقد شكلي، لا يمكن إثباته إلا بالكتابة حتى في حال أنكره أحد الأطراف لا يجوز إثبات عدم وجوده إلا بالكتابة مثل اتفاق لاحق مكتوب يلغي اتفاق التحكيم السابق.

أما إذا كانت الكتابة في اتفاق التحكيم شرط إثبات، ولم تتوفر للأطراف يمكنهم إثبات اتفاقهم ذاك بكل ما يقوم مقام الكتابة من إقرار ويمين. أو بكافة وسائل الإثبات إذا كان الاتفاق شفوي كما نص عليه قانون المرافعات الفرنسي.

تجدر الإشارة إلى أن العديد من هيئات التحكيم الالكترونية واللوائح التنظيمية حاولت تحديد مدلول المستهلك كطرف من أطراف اتفاق التحكيم، مثل المادة 06 من اللائحة روما الموقعة عام 2008 المتعلقة بالقانون المطبق على الالتزامات التعاقدية، التي لم تختلف كثيرا في اعتباره الشخص الذي يبرم عقد خارج إطار مهنته مع شخص يتصرف في إطار نشاطه المهني. حاولت هيئات التحكيم توحيد مدلوله فاعتبرت أي طرف يلبي شروط ومعايير القانون المطبق في محل إقامته المعتاد¹ لاعتباره مستهلكا في إطار إجراءات التحكيم، أي تحديد صفة الشخص إن كان مستهلكا أم غير ذلك يكون وفقا لقوانين موطنه المعتاد مهما كان بلد هيئة التحكيم. تظهر أهمية ذلك في معرفة لغة الاتفاق ومدى احترام القانون المختار للقواعد الآمرة في محل إقامة المستهلك.

المطلب الثاني: إجراءات الإثبات أمام هيئة التحكيم

لعل سرية وسرعة الإجراءات التي لم تتوفر للمستهلك في القضاء العادي، وأدركها في التحكيم هي أهم ما يميز هذا الطريق البديل لحل منازعاته مع المتدخل، من الضروري لتفادي تعطيل تلك المزايا إتباع القواعد الإجرائية أو الشكلية في القوانين، من بدء الخصومة وتقديم الأدلة والمستندات وسماع الشهود وجميع قواعد سير المنازعة أمام المحكمين وعوارض سيرها إلى إصدار حكم التحكيم وكتابته وإثباته. لذلك اعتبرت الإجراءات الأساس الذي يقوم عليه التحكيم.

1 Article 2, règlement d'arbitrage e-Just.

تتنوع الإجراءات التي على أساسها تصدر هيئة التحكيم قراراتها وأحكامها، رغم عدم اهتمام معظم التشريعات بتحديد نطاق وإطار تلك القرارات الإجرائية، كان هناك دائما فوارق واسعة بينها وبين الحكم التحكيمي، حيث يمكن صدور أحكام تحكيمية إجرائية منبهة للمنازعة أو في مسألة إجرائية جزئية منها، تصدر هاته الأحكام حائزة على الحجية تستنفذ ولاية الهيئة بشأنها.

فضلا عن القرارات التحفظية التي أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 1046 (ق.إ.م.إ) التي توصف بأنها مؤقتة وغير فاصلة في المنازعة. وأحكام أخرى تخرج عن الأولى والثانية، تكون في شكل أوامر إجرائية غايتها مساعدة المحكم في استيضاح عناصر الغموض وتمكينه من الفصل النهائي في المنازعة، هذا النوع من القرارات يصدر غير حائز على الحجية القضائية، وغير منهي لولاية الهيئة التحكيمية. نموذجها وما يعنينا في هذه المسألة هو القرار الصادر بشأن إجراء الإثبات أمام هيئة التحكيم، سواء أمر المحكم أطراف النزاع بتقديم أدلة لتكوين قناعته أو اتخذ بنفسه إجراءات الإثبات للفصل في أي نزاع أمام هيئة التحكيم (الفرع الأول).

بالنظر لمسعى الأطراف المتنازعة إلى تقديم أدلة الإثبات الموجودة لديها، أو الموجودة لدى أشخاص آخرين، عادة ما يقدمون الوسائل التي تمكنهم من إثبات ادعاءاتهم، باتجاههم الروتيني نحو تقديم أي وسيلة إثبات مكتوبة التي غالبا ما تكون العقد الموقع، ثم بدرجة أقل أو ثانية يلجأ إلى الوسائل الشفوية من خلال شهادة الشهود، ذلك دون إهمال الخبرة عندما يتطلب النزاع تبين بعض المسائل الفنية التقنية لتمكين المحكمين من الفصل في النزاع ويقع على المحكم تقدير مدى أهمية وصلة الإثبات المقدم بموضوع النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سلطة هيئة التحكيم في الإثبات

تستخدم التشريعات وهيئة التحكيم مصطلحات مختلفة للتعبير على القرار الإجرائي الصادر أثناء سير الخصومة بإجراء إثبات، مثل قرار تعيين خبير، غير أن المشرع الجزائري كالمشرعين الآخرين الذين ساروا على نظام مختلط في الإثبات، لم يتعرض لهذه المسألة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتضمينه نص صريح بخصوصها، اكتفى بالإشارة إليها بمصطلح الأحكام التمهيدية أو التحضيرية، بقوله في المادة 1035

(ق.إ.م.إ.): "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة..."، نفس الحكم عملت به اغلب تشريعات التحكيم العربية مثل المشرع الأردني والإماراتي والمشرع المصري، لكن الفقه والقضاء دأب على استخدام مصطلح التحكيم التمهيدي كتعبير عن قرار إجراء إثبات، هذا المصطلح استخدمته أيضاً قواعد الأونسترال في المادة 1/32.

أما الفقه والقضاء الأنجلو-أمريكي، عادة ما يستخدم مصطلحات متعددة مختلفة عن ما سبق ذكره للإشارة إلى القرارات الصادرة بإجراء إثبات، في إنجلترا يسود مصطلح الأوامر الإجرائية والتوجيهات procedural orders and directions. أما في أمريكا يميز بين الحكم التحكيمي والأمر الإجرائي الصادر قبل الفصل في موضوع خصومة التحكيم الذي يستخدم بشأنه مصطلح pre-arbitral award، أو مصطلح interim ruling relief أو أوامر orders.

هذه المصطلحات المختلفة التي يراد بها التعبير على قرار إجراء إثبات الصادر عن هيئة التحكيم، نتجت عن تفسير الأنظمة القانونية الفقهية والقضائية له، ليتم تحديد طبيعته بالاستناد على وصفه حكم تحكيمي أم أمر إجرائي (أولاً). بذلك يمكن للمحكم إلزام الأطراف بتقديم الإثبات كأى إجراءات يراد البحث عن الحقيقة من وراءه وحسم النزاع المؤسس على ما تم عرضه من وقائع تم التدليل عليها بما يرتبط بها بأدلة غلب استخدامها في التحكيم (ثانياً).

أولاً: طبيعة القرار الصادر بإجراء إثبات

يصدر عن التحكيم كجهة لها سلطة الفصل النهائي في النزاع المعروض أمامها في إطار ممارستها لولايتها، العديد من القرارات التي تكون إما قاطعة نهائية أو قرارات إجرائية تقصد بها المسائل الإجرائية فقط أو أوامر وتوجيهات إجرائية تصدر أثناء سير الدعوى التحكيمية لتنظيمها وإعدادها للفصل في الموضوع، هذه الأخيرة هي ما قد يرتبط بالإثبات لذلك اهتمت التشريعات بتكييفها لتحديد إمكانية الاعتراف بها وتنفيذها، حيث اختلفت التشريعات في تحديد طبيعة القرارات الإجرائية الصادرة بشأن الإثبات هل هي أحكام تحكيمية حائزة للحجية القضائية أو أوامر إجرائية مساعدة للاستدلال على الحقيقة غير حائزة للحجية القضائية؟.

1: في التشريعات اللاتينية

من خلال نص المادة 1444 فقرة 2 (ق.إ.م.إ) نجد المشرع الجزائري يشير للأحكام التمهيدية التي يمكن لهيئة التحكيم إصدارها في إطار اختصاصها وبناءا على سلطتها التقديرية، حيث جاء النص كما يلي: "تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولى إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع".

كما نص في المادة 1035 (ق.إ.م.إ) على أنه: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ". مما لا شك فيه من النصين أن الأحكام التحضيرية أو الأولية هي أحكام مرتبطة بالبحث عن الحقيقة وليست أحكام فاصلة في الموضوع ولا منهية للمنازعة، وإن كان المشرع لم يبين مدى ارتباط الأحكام التمهيدية الأولية أو التحضيرية بإجراءات الإثبات، ولا سلطة هيئة التحكيم في إصدار القرارات المتعلقة بها. لكن بالنظر لكون هذه الإجراءات تحضر المنازعة للفصل في موضوعها، من خلال تجميع عناصر الدعوى وفحص وتقييم أدلة الإثبات المعروضة أمام هيئة التحكيم، فلا بد أن يكون لهذه الأخيرة سلطة إصدار الأحكام التمهيدية المتعلقة بإجراءات الإثبات، باعتبارها جزء من ممارسة مهمتها القضائية.

نفس الأحكام نجدها لدى المشرع المصري، وإن كان قد رفع بعض اللبس عن سلطة هيئة التحكيم في إصدار القرارات المتعلقة بإجراءات الإثبات في بعض النصوص، منظمًا في المادة 36 من قانون التحكيم المصري سلطة هيئة التحكيم في تعيين خبير، مخولا لها في المادة 28 من نفس القانون صلاحية القيام بإجراء المعاينة أو سماع الشهود.

استقر الفقه¹ على اعتبارها حكم تمهيدي غير منهي للمنازعة يمكن لهيئة التحكيم الغائها أو العدول عنها بعد إصدارها، لأن الحكم بإجراء إثبات يصدر غير فاصل ولا حاسم في موضوع النزاع أو في المسائل الفرعية التي قد تثار أثناء سير الخصومة، بل يكون عادة من أجل البحث عن الحقيقة وتنظيم سير المنازعة والتحقيق فيها وفقا لما تقدره هيئة التحكيم وتراه ملائما للفصل فيها.

1 على هيك، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 128. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، منشأة المعارف، مصر، ط 1، 2014، ص 506.

تطبيقاً لذلك صدر حكم عن محكمة الاستئناف المصرية عام 2003¹، في عدم جدوى الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية وقولها بحق المدعين في الدفاع دون انتظار تقرير الخبير، حيث سبق لهم الاعتراض على ندب الخبير طالبا لإصدار الحكم التحكيمي دون الحاجة للخبرة هذا من جهة. ومن جهة أخرى عدم صحته وبالاستناد على سلطة هيئة التحكيم في العدول عن ما صدر عنها من إجراءات إثبات، مسببة حكم العدول عن الخبرة بكفاية ما عرض أمامها من مستندات. حيث أن مسألة الاستعانة بخبير متوقفة على السلطة التقديرية لهيئة التحكيم.

كما قد يصدر عن هيئة التحكيم أمر بإجراء الإثبات ضمن حكم آخر يتناول مسألة من مسائل موضوع النزاع بحيث يكون هذا الأخير قطعي منهي لمهمة هيئة التحكيم، أما الأول فيكون غير قطعي للمحكم العدول عنه، كأن يصدر أمر بندب خبير من أجل الوصول إلى تقدير التعويض المستحق، يسمى هذا النوع من الأحكام بالمركب كل عنصر منها يخضع لنظام قانوني خاص به².

عمليا يصدر الحكم التمهيدي بإجراء الإثبات في شكل قرار عن هيئة التحكيم يثبت في محضر الجلسة، أو في حكم مستقل موقع من طرف أعضاء الهيئة أو أغلبهم.

التشريع الفرنسي اعتبر الحكم الصادر بإجراء الإثبات أمر إجرائي أولي³، كان واضحا في ذلك حين ترك لهيئة التحكيم سلطة تقديرية واسعة في إدارة كافة إجراءات التحكيم بما فيها جمع وتقديم وتقديم وسائل الإثبات، سواء في التحكيم الدولي من خلال المادة 1509 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، أم التحكيم الداخلي طبقا للمادة 1464 من نفس القانون وإن كان أقل وضوحا في هذا الأخير.

تعتمد هيئة التحكيم في سير تلك الإجراءات على ما تم تضمينه في اتفاق الأطراف، وإذا لم يتم الاتفاق على هذه المسائل الإجرائية، أتاحت المادة 1509 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية لهيئة التحكيم تحديد قواعد الإجراءات المطبقة، التي عمليا وبشكل روتيني، لا تخرج عن قواعد المعهد الدولي للتحكيم بشأن تقديم الأدلة، والتي

1 محكمة الاستئناف، القاهرة دائرة 91 تجاري، 30 / 12 / 2003، قضية رقم 91.

2 علي هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، مرجع سابق، ص 132.

3 François. Ruhlmann, O. Gutkes, L'absence de règles de preuve spécifiques dans les arbitrages internationaux : remèdes souhaitables, RDAI 1995, p. 437.

تمثل مزيجاً بين نظام القانون العام والقانون المدني، أو قواعد غرفة التجارة الدولية "CCI" أو قواعد براغ "IBA"¹ إذ تعتبر هذه القواعد مؤخراً أكثر استخداماً نظراً لتجديدها ومرونتها وارتباطها الوثيق المباشر بالإثبات وتقديم المستندات والشهادة والخبرة وإجراءات التحكيم حيث جاء ضمن أحكامها الاعتراف الصريح بإمكانية تنظيم سير المنازعة التحكيمية عن بعد وتقديم الأدلة الإلكترونية وندب الخبير.

في نفس الشأن الإلكتروني، الذي لم يقرر مباشرة بموجب القانون رقم 2016-1547 المتعلق بتحديث عدالة القرن الحادي والعشرين الفرنسي الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 2016، رغم تعديل النظام القانوني للتحكيم في القانون المدني وتوضيح التوجه العام لتعزيز الطرق البديلة لحل المنازعات.

غير أن القانون 2019-222 الصادر في 23 مارس 2019 المتعلق بالبرمجة 2018-2022 والإصلاح القضائي، اهتم بشكل صريح بالتحكيم الإلكتروني في المادة 4 منه، الذي نظمت بشكل عام مهمة المحكم الإلكتروني وإصدار أحكام التحكيم في شكل إلكتروني، باستثناء هذا القانون الذي أقر التحكيم الإلكتروني بشكل صريح، لا نجد أي مصادر داخلية أخرى من شأنها تنظيم التحكيم الإلكتروني بشكل صريح ومباشر ومن ذلك إجراءات الإثبات.

حيث بقي استخدام التكنولوجيا لتقديم خدمات قانونية سواء على مستوى الدعم (المحرر) أو الإجراءات ناقصاً من حيث التأمين القانوني، ومحصوراً في المنازعات البسيطة². أمام جهتين دوليتان وواحدة فرنسية، الأولى مرتبطة بمختبر Cyberjustice في جامعة مونتريال، والثانية المنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI والثالثة غرفة التجارة الدولية CCI، ساهمت هذه الجهات في إعادة صياغة نموذج العدالة والقضاء في عصر التكنولوجيا الرقمية، حيث أضافت إلى التحكيم التقليدي استخدام التقنية دون تغيير في طبيعة إجراءات التحكيم التقليدي. ووسعت الطموح لإزالة الطابع المادي عن العدالة

¹ Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, version révisée du 17 décembre 2020.

² Georges. Decocq, L'influence d'Internet sur la pratique de l'arbitrage, Rev de l'arbitrage; Bull, n 4, 2012, p. 769.

خاصة بعد تنفيذ نفس الفكرة في مشاريع عديدة مثل money online الذي ظهر كمشروع في المملكة المتحدة، ثم كموضوع تقرير قضائي عام 2004¹.

2: في التشريعات الأنجلو-أمريكية

المشرع الإنجليزي في المادة 34 فقرتها 3 من قانون التحكيم لعام 1996، اعتبر كافة القرارات الإجرائية بما فيها الصادرة بإجراء إثباتات، توجيهات "Directions" حيث نص على أنه: "متى أصدرت هيئة التحكيم توجيهاتها بشأن الإثبات يكون لها سلطة تحديد المواعيد التي يتوجب على أطراف المنازعة الالتزام بها".

فسر الفقه الإنجليزي² ذلك بالقصور التشريعي، بحيث لم يسبق أن عرف المشرع الحكم التحكيمي القطعي بحيث يسمح بتمييز بينه وبين باقي القرارات والأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم، كما لم يبين طبيعة التوجيهات الوارد أحكامها في المادة 34 من قانون التحكيم الإنجليزي.

الواقع أن المشرع الإنجليزي في المادة 47 من قانون التحكيم، وضع هذه المسألة حين منح لهيئة التحكيم في حال لم يتفق الأطراف على خلاف هذا النص، سلطة إصدار أحكام فاصلة في جوانب عديدة من المنازعة حتى في المسائل المتعلقة بموضوع النزاع كاملاً أو في جزء منه، في كافة مراحل سير الخصومة أمامها وقبل صدور الحكم النهائي.

مفاد ذلك أن القرار التوجيهي يصدر تنظيماً لسير الخصومة وتوضيحاً للحقيقة محل النزاع، وبالتالي غير قطعي خاص بالإجراءات بصفة عامة وإجراءات الإثبات بصفة خاصة، يبقى لهيئة التحكيم بشأنه سلطة تعديله أو إلغائه أو العدول عنه، أما الأحكام الإجرائية القطعية هي الباتة في موضوع الادعاء المعروض أمام هيئة التحكيم والفاصلة في مسألة اختصاصها.

ورد تأكيد ذلك في الاجتهاد القضائي الإنجليزي، الذي اتجه بوضوح إلى وضع معايير كيف على أساسها الأوامر الإجرائية وتمييزها عن أحكام التحكيم. حيث قضت

1 David Benichou: Justice en ligne, Rapport du stage effectué à Londres du 26 au 30 avril 2004, Comité franco-britannique de coopération judiciaire.

2 David St John Sutton, Judith. Gill, Matthew Gearing, Russell on Arbitration, 24 ed Sweet,Maxwell, 2015, p.249–250. **Mustill, Stewart, C. Boyd,** Commercial Arbitration: 2001 Companion, Butterworths, London 2001, p.105.

المحكمة العليا الإنجليزية عام 2009¹ بأن: "القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم التي تسمح للمدعى عليه بتعديل الادعاء المقابل، وإلزام خصمه بتقديم المستندات التي تحت يديه في إطار محصور خاص بالادعاء، ليست أحكاماً قطعية فاصلة فيما اختصت به هيئة التحكيم، بل هي عبارة عن أوامر وقرارات إجرائية". ذلك بالاستناد على معيار معقولية القرار الصادر من هيئة التحكيم بالنسبة لمن صدر في مواجهته أو متلقيه "أو ما يعرف بمعيار الرجل العادي"، ومعيار موضوعي وآخر شكلي.

اعتمد معيار الرجل العادي أو المعقولية، سابقاً في قضية عام 1998 حول مسألة اختصاص هيئة التحكيم²، حكمت فيها المحكمة أن قرار المحكم صدر في شكل خطاب وليس حكم، إلا أنه يعد حكم قطعي فصل في مسألة اختصاصه التي أثارها الطلب، أي أن معقولية القرار تستشف من مضمون الطلب وما عكسه عملياً قرار هيئة التحكيم في استجابته له، ومن معيار شكلي يوصف من خلاله القرار من قبل هيئة التحكيم بذكر مصطلح أمر وليس حكم، كما تعد اللغة المستعملة معيار ذي أهمية وظيفية إذ تحرر الأحكام النهائية الفاصلة في مسألة اختصاص هيئة التحكيم أو أحكام أخرى بلغة رسمية مع التسبب الدقيق للقرار.

كررت المحكمة العليا الإنجليزية نفس الحكم مرة أخرى عام 2014³، مُفندة أن القرارات الصادرة بإجراءات إثبات لا تخرج من نطاق الأوامر الإجرائية، حين أصدرت هيئة التحكيم أمر يلزم الشركة بتسليم سجلاتها المالية والتصريح المكتوب بفتح الحسابات المشتركة وأي معلومات أو مستندات تفيد في حل المنازعة للخبير، ورفض المدعى عليه الامتناع لهذا الأمر لمرتين، فأمرت المحكمة قضائياً بالتنفيذ مع فرض عقوبة في حال الامتناع عن تنفيذ القرار بتسليم السجلات المالية للخبير.

القضاء تبنى معيار النظرة المعقولة، ورأى ضرورة الفصل بداية بين ما إذا كان الإلزام الصادر عن هيئة التحكيم بإجراء إثبات أمر توجيهي يبقى لهيئة التحكيم السلطة

1 Cass comm EWHC 2008, n 2684, Michael Wilson, Partners Limited v. John Forster Emmott , Available at: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2684>. Cass comm, EWHC 2019, n 1285, ZCCM Investment Holdings plc v Kansanshi Holdings plc, Available at: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2019/1285.html>.

2 Cass QBD, Com Ct, Toulson J - 12 June 1998 ,Ranko Group v Antarctic Maritime SA (The "Robin").

3 Cass EWHC, 2014, n4192 Ch ,Nihal Brake v. Patley Wood LLP.

التقديرية فيه ولا يمكن الطعن فيه، أم حكم تحكيمي قطعي للقول بإمكانية الطعن فيه، مضيفاً أن لهيئة التحكيم الفصل بموجب حكم فيما يتعلق بمسائل الاختصاص أو القانون الواجب التطبيق، وتفصل بموجب توجيهات إجرائية في المسائل المرتبطة بتحديد آجال تنفيذ الالتزامات التي أمرت بها، ويكون للطرف الصادر لصالحه أمر التحكيم طلب التنفيذ القضائي في حال عدم الامتثال طرف الآخر للأمر في الآجال المحددة طبقاً للمادة 42 من قانون التحكيم الإنجليزي.

ثم قرر أن أمر الإلزام الصادر عن هيئة التحكيم بتسليم المستندات للخبير هو أمر إجرائي متعلق بإجراءات إثبات سابقة صدرت عنها لتكملة الخبرة التي عينها، يدخل ضمن سلطة المحكم طبقاً للمادة 37 من قانون التحكيم الإنجليزي وقواعد لندن للتحكيم التجاري الدولي "LCIA"، ولا يمكن اعتباره حكم يفصل في حقوق موضوعية، كما لا يجيز القضاء الطعن في مدى سلطة هيئة التحكيم التي ألزمت المُحتكم ضده على تقديم مستندات للخبير بحسبه أمر إجرائي يمكن تعديله أو العدول عنه من طرف الهيئة لأنه يعتمد على أمور متغيرة متعلقة بظروف المنازعة.

القرار بإجراء إثبات الذي اعتبره التشريع الإنجليزي أمر إجرائي توجيهي ولا يمكن اعتبارها بأي حال من الأحوال من قبيل الأحكام التحكيمية القطعية، اعتبر في التشريع الأمريكي قرار أولي تمهيدي طبقاً لأحكام المادة 17 من القانون الموحد الأمريكي لعام 2000، التي بموجبها يمكن للمحكم وقبل الفصل النهائي في المنازعة، إصدار أمر كتابي لتكليف أي شخص للحضور كشاهد وتقديم المستندات التي طلبت منه مثل دفاتر أو ملفات أو أي وثيقة إثبات تقدر هيئة التحكيم أهميتها¹.

تطبيقاً لذلك أكد القضاء، على عدم تدخل المحاكم في القرارات التمهيدية التحكيمية المرتبطة بإلزام الخصم بتقديم مستند، طالما إجراءات سير المنازعة أمام التحكيم مستمرة ولم تنتهي بموجب حكم نهائي. لأن أي تدخل فيها أو إعادة النظر في قراراتها التمهيدية

¹ Sec 17(a), Act 2000, Revised Uniform Arbitration provides that: "An arbitrator may issue a subpoena for the attendance of a witness and for the production of records and other evidence at any hearing and may administer oaths. A subpoena must be served in the manner for service of subpoenas in a civil action and, upon to the court by a party to the arbitration proceeding or the arbitrator, enforced in the manner for enforcement of subpoenas in a civil action".

وبسط رقابة قضائية عليها قبل ذلك، سيتعارض مع غاية التشريع في تشجيع اتفاقات التحكيم وحل المنازعات التجارية والاستهلاكية والاقتصادية عامة عن طريق التحكيم باعتباره وسيلة اقتصادية فعالة¹.

رغم اشتراط المشرع الأمريكي في نفس المادة، توافر بيانات في قرار إجراء الإثبات، بالإضافة لكونه يصدر كتابي يجب تضمينه اسم المحكم أو بأسماء المحكمين إن تعددوا كهيئة، وتوقعيهم وفقا لقواعد الأونسترال. هذا يجعل الأمر التمهيدي يشبه مع الحكم التحكيمي من حيث الشكل. لذلك وضعت محكمة الاستئناف الفدرالية الأمريكية عند نظرها في القضية الشهيرة ²Publicies قاعدة عامة، تفيد ضرورة النظر في مضمون القرار الصادر عن هيئة التحكيم فضلا عن شكله، للتمييز إن كان أمر إجرائي أم حكم تحكيمي.

السبب في اشتراط التشريع الأمريكي لتلك البيانات، كان إشكالية عدم تنفيذ بعض القرارات الإجرائية التمهيدية الصادرة عن هيئة التحكيم، التي قضى القانون الأمريكي الموحد لعام 2000 حلا لها بموجب المادة 18 منه، عندما مكن هيئة التحكيم من إصدار القرارات التمهيدية في شكل حكم تحكيمي حتى تحوز ولو شكليا على حجية تنفيذها، حيث تصدر المحكمة أمر تنفيذي للحكم تنص عليه المادتان 23 و 24 من هذا القانون. يبقى الأمر جوازي أمام سلطة هيئة التحكيم التقديرية، لها أن تقبله أو ترفضه دون أن يكون قرارها هذا قابل للطعن أو الاعتراض إلا بعد صدور الحكم التحكيمي.

ثانيا: الإلزام بتقديم الإثبات

إن القضاء الأمريكي استقر على قاعدة تنفيذ القرارات التحكيمية المتعلقة بمسائل محددة وقائمة بذاتها رغم عدم فصلها في الموضوع، عندما أجاز في قضية ^{publicies} تنفيذ القرار المتعلق بإجراء إثبات الصادر عن هيئة التحكيم بإلزام الخصم تقديم المستندات، معتبرا إياه حكم قطعي فاصل في مسألة محورية في النزاع ومستقلة ومؤسسة للحكم النهائي فيه.

¹ Illinois Official Raports, Appellate court, Klehr v. Illinois Farmers Insurance Co, 1st district, Scnd division, N 1-12-1843, Jan. 22, 2013. P7.

² Court of Appeals, 206 F.3d 725 (7th cir. 2000), n 97 C 8263, Publicies communication v. True North Communication.

حيث دارت حيثيات قضية Publicies حول طلب أحد الأطراف تقديم المستندات أمام هيئة التحكيم المختصة وفقا لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL، فعليا أصدرت هيئة التحكيم القرار بإلزام الشركة بتسليم السجلات والوثائق في أجل محدد، أمام امتناع الطرف الآخر في النزاع بالتسليم طالب من صدر القرار الأول لصالحه أمام القضاء استصدار أمر بتنفيذ القرار التحكيمي، أيدت المحكمة طلب التنفيذ بحسبه حكم تحكيمي وفقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ القرارات الأجنبية التي تقر قابلية التنفيذ للأحكام النهائية فقط، ثم أكدت محكمة الاستئناف على أن القرار الصادر بإلزام الشركة الفرنسية بتقديم مستندات مسألة مهمة لتسوية النزاع بحكم نهائي يفصل في المسائل المتعلقة الأخرى، لذلك تقديم المستندات هو محل الادعاء ذاته المنعقد من أجله العملية التحكيمية وليس فقط أمر إجرائي.

وعليه رأى جانب من الفقه الأمريكي¹ أن الإلزام بتقديم مستندات يُفسر على أنه حكما بحسب الاتفاقيات الدولية والتشريعات التحكيمية، ويجب تسبيبه. في حين رأى جانب آخر من الفقه² أن القرار الصادر للإلزام بتقديم مستند لا يفصل في ادعاء موضوعي في المنازعة التحكيمية بحسب الوارد في اتفاقية نيويورك لكن تنفيذه ضروري للتحقيق ومعرفة حقيقة الادعاءات وضمنان عدالة التحكيم.

وعليه يمكن لهيئة التحكيم أن تأمر من تلقاء نفسها بإجراء من إجراءات الإثبات، كما يمكن لها وبناءا على سلطتها التقديرية أيضا رفض إجراء من إجراءات الإثبات التي يطلبها الأطراف في حال قدرت الهيئة أنه ليس ذي أهمية وقيمة في تكوين القناعة التحكيمية أو الهدف منه إطالة الإجراءات³. مع الحرص الشديد عند ممارسة هذه السلطة حتى يصدر الحكم التحكيمي صحيحا دون أن يتعرض للطعن بالإخلال بحق الدفاع، ومراعاة اتفاق التحكيم مصدر السلطة وأساسها الذي قد يحدد الوسائل التي يجب إتباعها وجوبا في الإثبات، هذا ما نجده صراحة في المادة 14 من نظام الغرفة التجارية الدولية

¹ Gray. Born, International Commercial Arbitration, kluwer law international, 3^e éd, 2020, p.2933.

² Jean-François. Poudret, Sebastien Besson, Coparative law of international arbitration, Sweet and Maxwell, 2007, p- p 177- 183.

³ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، دار المعارف، مصر، 2001، ص 108.

التي منحت للمحكمة سلطة الفصل بتأسيس الإثبات على كفاية وسائل معينة دون غيرها بطلب من الأطراف أو بموافقتهم.

هل معنى ذلك أن هيئة التحكيم تملك سلطة أمر الأطراف المتنازعة بتقديم ما يملكه أحدهما أو كلاهما من أدلة الإثبات والالتزام به؟ طبقا للمادة 1467 (ق.إ.م.ف) يمكن ذلك وفق الطريقة التي تحددها الهيئة التحكيمية تحت طائلة الغرامة عند رفض الامتثال لأمر الإثبات. حيث يكون لهيئة التحكيم سماع الشهود دون أداء اليمين والتحقيق واستخلاص استنتاجات سلبية في حال عدم امتثال الشهود.

كما يمكن إذا أراد أحد أطراف النزاع التحكيمي الاستشهاد بمستند لم يكن طرف فيه أو مستند في يد طرف ثالث، أن يطلب ذلك أمام القضاء العادي بتفويض وموافقة من هيئة التحكيم، ليستدعي الطرف الثالث أمام المحكمة للحصول على نسخة من المستند أو تقديم الأصل هذا وفقا للمادة 1469 (ق.إ.م.ف).

الملاحظ أن هيئة التحكيم تعتمد في الإثبات على تعاون الأطراف دون أن يكون لديها سلطة الإكراه والإجبار الموجودة لدى القضاء العادي، يتضح ذلك أكثر من نص المادة 3 من قواعد IBA المتعلقة بإدارة وسائل الإثبات في التحكيم الدولي، التي ألزمت أحكامها كل طرف على تقديم المستندات التي ينوي الاعتماد عليها في الإثبات أمام هيئة التحكيم والأطراف الأخرى في الموعد المحدد، ويمكن لأي طرف في نفس الموعد أن يطلب من هيئة التحكيم إلزام الطرف الآخر بتقديم المستندات المنتجة الموجودة لديه. كذلك الأمر بشأن شهادة الشهود، التي يكون لهيئة التحكيم تحديد قيمتها وأهميتها في الإثبات.

رغم ذلك أوصت قواعد براغ هيئة التحكيم بالحفاظ على دورها الاستباقي في طلب تقديم الإثبات بالوسائل الموجودة، وتجنب أي شكل من أشكال إنتاج المستندات بما في ذلك المستندات المحفوظة إلكترونيا هذا طبقا للمادتين 02 و 04 من قواعد براغ.

بذلك يكون عدم الكشف التلقائي عن جميع الأدلة الموجودة بحوزة أحد الأطراف إخلال بالالتزام بالإثبات، إلا إذا طلب الطرف الآخر ذلك وأيدته هيئة التحكيم، يجب على الطرف المطلوب منه الإثبات تقديم كافة المستندات والوثائق الموجودة بين يديه والتي لا

يعترض على تقديمها بحسب صلتها وإنتاجيتها في المنازعة¹. في حال رفض الامتثال يمكن لهيئة التحكيم افتراض انه دليل يتعارض مع مصالحه طبقا للمادة 9 من قواعد IBA.

الفرع الثاني: دور المحكم في تقدير وسائل الإثبات

إن تنوع وسائل الإثبات أمام القضاء العادي، التي يكون للمستهلك الحرية في إثبات ادعاءاته من خلالها، بوضعه أمام تصنيف لهاته الوسائل بناء على أهميتها من أدلة كتابية وشفوية والخبرة واليمين والإقرار، وإخضاعها لرقابة صارمة تحدد مدى مقبوليتها وطنيا. هذا كله يختلف أما التحكيم، خاصة عندما يتعلق بمسألة الإثبات الذي عمليا نادرا ما يستخدم جميع تلك الوسائل.

مع الحرية الممنوحة كأصل عام للأطراف، أو في غيابها للمحكم بإدارة الأدلة دون قيود، يعد الدليل الكتابي في الواقع العملي التحكيمي شائع الاستعمال (أولا)، حتى في حال اتفق الأطراف بشأن الإثبات، لا يمكن أن يخرج هذا الاتفاق عن تنظيم وسائل الإثبات على سبيل الإدارة لها، بتفضيل أو تأخير وسيلة وتسبيق أخرى كأن يقيد قبول الدليل الكتابي على الأدلة الشفوية أو استبعاد بعضها (ثانيا).

أولا: الإثبات الكتابي أمام هيئة التحكيم

ما زالت الكتابة ذات قوة وحجية كاملة في إثبات منازعات الاستهلاك، إلا أن مجرد تعارض أو تناقض في مضمون العقد الذي يحملها كفيل بإلغاء أو الإنقاص من حجيتها الكاملة والحيلولة دون إقناع هيئة التحكيم المعروض أمامها المستند الكتابي.

من هنا تبدأ مهمة هيئة التحكيم، في البحث عن حقيقة العقد التي سعى إليها الأطراف فيه، من خلال تقدير التعارض في البيانات الكتابية المقدمة أمامها وتقييمها، ثم تكمل هيئة التحكيم دورها بإصدار حكم فاصل في النزاع.

1: التعارض والخطأ المادي في المستندات الكتابية أمام هيئة التحكيم

أحيانا يتطلب في بعض التصرفات ذات الطابع المالي عموما سواء خدمات مالية أو تقديم سلع استهلاكية، إبرام عدة اتفاقيات من أجل الغرض ذاته، لذلك قد يحدث تعارض

¹ Djatal EL Ahdad, L'éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage, federation des centres d'arbitrage, 2015, p 68.

في أحكامها، فتجد هيئة التحكيم في حال تم تقديم مستندات الاتفاقيات كوسيلة إثبات في النزاع أمام وثائق متعارضة الأحكام، لتعمل على تبسيطها، حتى لو كان التعارض ناتج عن خطأ مادي في الصياغة يمنع من تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد.

يؤدي تقديم مستندات مختلفة العناصر متعارضة المحتوى لنفس الالتزام وأثناء نفس الخصومة التحكيمية إلى التشكيك فيها والطعن في حجيتها الإثباتية، ولحل هذه المسألة لا يمكن لهيئة التحكيم تجاهل مستند والاحتفاظ بالآخر، بل عليها بحسب الحالة وظروف النزاع إما النظر مبدئياً في الوثيقة الأحدث المبرمة لاحقاً بافتراض أنها أكثر صلة وضوحاً في التعبير عن إرادة الأطراف وهي بذلك أهم من الوثيقة الأقدم. وإما تفسير المستندات المتعارضة لتحديد أيهما منسجم مع اتجاه الإرادة.

غير أن الخيار الأول يمكن أن يكون تعسفياً، لاحتمال صلة المستند السابق الأقدم وقربه من الحقيقة عن السند اللاحق الأحدث، كما قد يبرم السندين لنفس الالتزام وبمضمون مختلف في الوقت ذاته، أي لا وجود للسبق الزمني بين السندين بحيث يكون عقد ظاهر وآخر سري أو ما يسمى بالخطاب المضاد، هذه الحالة نظمها المادة 1201 (ق.م.ف)، بتقديم الخطاب المضاد والسماح بإنتاج آثاره بين أطرافه دون الغير، باستثناء ذلك لم تقدم التشريعات حل واضح صريح لحالة تعارض عقود مبرمة في تواريخ متباعدة¹.

لذلك يفضل لحل مسألة التعارض الخيار الثاني الذي يسمح لهيئة التحكيم بتفسير المستندات، بافتراض الغموض في كل منها، والبحث عن المعنى الحقيقي في مضمونها من أجل معرفة إرادة الأطراف وقت التعاقد. وبالتالي مدى حجية المستندات وأهميتها في الإثبات.

أما في حالة وجدت هيئة التحكيم أن المستند المعروض أمامها والمستخدم كوسيلة إثبات معيباً بخطأ مادي، وأعلن أحد الأطراف أن ذلك حدث بسبب خطئه في فهم فحوى الالتزامات التي تعهد بها أثناء توقيع العقد، هذا عملياً ليس تزوير للسند أو تقليد للتوقيع، وإن أحدث ضرراً في المصالح سيكون نسبياً، وعليه لن يؤثر الخطأ المادي في السند على قوته في الإثبات إذا لم يغير تصحيحه من طبيعة الالتزامات الجوهرية الناشئة عن

1 Xavier. Lagarde, op. cit, p 202.

العقد، وتعذر على مدعى الخطأ المضرور إثبات وجود الخطأ المادي بكافة الطرق، وذلك لأن الخطأ يعد واقعة يمكن إثباتها بحرية في ظل عدم إنكار حجية السند في الإثبات¹. ويبقى لهيئة التحكيم سلطة تقدير مدى صحة الادعاء بالخطأ المادي، قد ترفضه دون أن تسمح بتصحيحه أو باستعمال وسائل إثبات أخرى إذا ثبت لها أن الادعاء غير مبرر وغير واقعي².

2: دور المحكم في تقدير الإثبات بالكتابة

تشابه دور المحكم مع دور القاضي، لا يعني أبداً منع المحكم من الاتكاء على معرفته الشخصية لتقدير وسائل الإثبات المقدمة أمامه، أساساً اختيار المحكم فرد أو الهيئة وتعيينهم يكون غالباً بناءً على كفاءتهم التقنية وخبرتهم الفنية التي تمكنهم من استيعاب وقائع المنازعة واستكمال ما تم تقديمه من أدلة خلال سير الإجراءات، للحكم بصحة المستند من عدمه.

إمكانية إعمال المحكم لخبرته الفنية والتقنية للفصل في النزاع، رغم ما في ذلك من توفير للوقت والمصاريف لو انتدب خبير كطرف آخر مستقل عنه، سيؤثر أيضاً على الموضوع محل النزاع، لهذا يُطلب مناقشة قراره الفني المستشف من خبرته بفرض مبدأ التناقض عليه وهو مبدأ إجرائي أساسي يمنح للأطراف حق الاطلاع على تفاصيل المعلومات والمعارف التي اعتمد عليها المحكم في قراره³، حيث ألغت محكمة فرنسية حكم تحكيمي تأسس على خبرة المحكم الشخصية والمهنية دون مناقشته⁴.

بذلك يمكن لهيئة التحكيم أن تعلن من خلال قراراتها المؤسسة على سلطتها التقديرية إن كانت قد اقتنعت أم لم تقتنع بحقيقة ما قدم أمامها من إثبات، غير أن هذه السلطة التقديرية ليست مطلقة في بعض التصرفات، بل مقيدة أحياناً بموجب نصوص تشريعية وأحياناً أخرى بموجب اتفاق الأطراف الذي حددت فيه قيمة وسائل الإثبات.

¹ Cass Civ, 3 juillet 1996. N 94-15.729 ; Bull. **Sophie-Lambert. wiber**, Dol d'un tiers et nullité du contrat pour erreur, note sous cass Civ, 3 juillet 1996, les petites affiches, 1997, n 62, p 16.

² CA Versailles 3eme ch, 13 octobre 1995, D, 1995, p 260.

³ Cass Civ, 21 juin 1995, Bull, civ, II, N 189, P. 109.

⁴ Rev. Arb, 1^{er} et 3eme espèces, paris, 1995, p448.

قد يسمح القانون التشريعي أو الاتفاقي للأطراف باستعمال وسائل إثبات معينة في إجراءات التحكيم أو يمنعها، نموذج ذلك المادة 1359 (ق.م. ف) السابق ذكرها التي تمنع صراحة الإثبات بالشهادة في بعض التصرفات، لتمنح الإثبات بالكتابة الأولوية في إجراءات الإثبات.

باستثناء القانون وإذا لم تتفق الأطراف على قواعد معينة لإدارة الإثبات، تقع هذه المهمة على عاتق المحكم الذي يتعين عليه تقدير وسائل الإثبات المعروضة أمامه والفصل نهائيا في مدى قبولها وحجيتها في الإثبات. تجد هذه السلطة أساسها في لوائح تحكيم غرفة التجارة الدولية CCI في الفقرة الأولى، والمادة 17 فقرتها الأولى. وأيضا في قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996 في القسم 02 والفقرة 22 من قواعد مركز لندن للتحكيم الدولي LCIA.

رغم سلطة المحكم الواسعة في تقدير وسائل الإثبات، مازال يتوجب عليه احترام مبدأ المساواة بين أطراف المنازعة وباقي الحقوق الأخرى. تحت طائلة إلغاء أو عدم تنفيذ الحكم التحكيمي¹.

عمليا، يعتبر الإثبات بالكتابة النموذج الأمثل والأفضل والحائز على قوة إثبات كاملة والذي من شأنه تسهيل مهمة المحكم في تكوين قناعته والوصول إلى الحكم الفاصل في المنازعة، حتى في الفرض الذي تلجأ فيه الهيئة إلى تفسير محررات غير واضحة أو متعارضة بإعطاء السندات المعنى الذي أراد أطرافها منحه لتصرفهم، يكون لهيئة التحكيم نفس السلطة التقديرية للقيام بهذا الإجراء.

قد يحدث في الواقع العملي أيضا، أن تأمر هيئة التحكيم في إجراء من إجراءات الإثبات بتقديم محرر ذي صلة موجود لدى أحد أطراف المنازعة، ويرفض هذا الأخير تنفيذ الأمر، طبعا يمكن لهيئة التحكيم في هذه الحالة استنتاج أسباب الرفض ذاك، وتلجأ إلى أعمال وسائل إثبات أخرى، تكون أساسا لقرارها التحكيمي كالإثبات بشهادة الشهود بدلا من الإثبات بالكتابة.

1 A. Schlaepfer, Ph. Bartsch, Quelques réflexions sur l'appréciation de la preuve par l'arbitre international, RDAI, 2010 , p.211.

تجدر الإشارة إلى أن المساواة بين الكتابة التقليدية والكتابة الالكترونية، جعلت الحديث عن المستندات يعني الكتابة في شكلها هذا من جهة، ومن جهة ثانية أسهمت المساواة بين شكلي الكتابة في استخدام الشكل الالكتروني لها في التجارة وعقود الاستهلاك بحجم متزايد.

أصبح بذلك إبرام عقد الكتروني يُنشأ وسيلة إثبات مختلفة إلى حد ما لكنها ذات قيمة مقارنة بوسائل الإثبات الأخرى، يمكن تقديمها أمام هيئة التحكيم لتكوين قناعتها على أساسها مثلها مثل السند الورقي التقليدي، يكون لهيئة التحكيم سلطة التحقق من صحة الكتابة والتوقيع إذا طعن فيها طبقا للمادة 1470 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي لم تميز بين الكتابة التقليدية والالكترونية.

وعليه تقوم قرينة صحة العقد الذي يبرمه المتعاقدان عن طريق وسائل الكترونية كتبادل رسائل البريد الالكتروني التي تحمل اسم المرسل والمستلم من كمبيوتر أحدهما إلى الآخر، وهي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها أمام هيئة التحكيم، كالطعن في صحة التوقيع الذي يمنح قوة وحجية كاملة في الإثبات للعقد ومن دونه لن يتكون العقد، كما يمكن للأطراف طبقا للمادة 1470 قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، من عبارة "ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك" تقييد أو سحب سلطة هيئة التحكيم في التحقق من صحة الكتابة.

ثانيا: إثبات شهادة الشهود والخبرة أمام هيئة التحكيم

من واجبات هيئة التحكيم الحفاظ على حسن سير إجراءات التحكيم وضمان تنفيذ الإجراءات بشكل سليم، لهذا يظهر الدور الكبير لهيئة التحكيم أمام تنوع وسائل الإثبات، التي كرست مكانة خاصة للوسائل الشفوية، من أجل فعالية استجواب الشهود الذين تقدمهم الأطراف والتي يبني عليها المحكمون قناعتهم بعد تقدير للشهادات. يتضمن هذا التقييم أيضا، استبعاد الشهادات المشتبه في زيفها، والاحتفاظ بتلك التي تتمتع بالمصادقية. وإذا رأت هيئة التحكيم ضرورة تعيين خبير للقيام ببعض التحقيقات، فهي بلا شك بحاجة لفهم بعض المسائل الفنية الأكثر تعقيدا في النزاع، لذلك يتوقع أن يقوم الخبير بمهمته للتمكن من الوصول إلى حقيقة النزاع، بحسب درجة اقتناع المحكمين بالتقرير الذي يقدمه الخبير في نهاية مهمته والأهمية التي يحوزها في الإثبات.

1: مكانة شهادة الشهود في التحكيم

في التحكيم تتم عملية الإثبات من خلال شهادة الشهود، بتقديم الشاهد لما شهد في محرر مكتوب لهيئة التحكيم والطرف المقابل، ثم يمثل للإدلاء بشهادته شفهيًا، دون إلزامه بأداء اليمين إلا إذا رأى المحكم ضرورة لذلك¹، يكفي هذا لافتراض التزوير في الشهادة، حيث وضعت معظم التشريعات الوطنية منها المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، أحكام تسمح بإبطال حكم التحكيم بسبب مخالفة النظام العام الدولي الذي يجب عليه مراعاته، ويشمل معنى ذلك شهادة الزور باعتبارها سلوك احتيالي ورد على الإجراءات التحكيمية، قد يؤثر على أي مرحلة من مراحل إجراءات المنازعة التحكيمية²، جاء هذا المعنى في العديد من لوائح التحكيم الدولية مثل المادة 34 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تسمح بإبطال الحكم بسبب مخالفة النظام العام الإجرائي.

كما ورد قضائيا في حكم محكمة النقض سنة 1995³، أنه مادام الاحتيال الإجرائي جعل من الممكن استثنائيا، إعادة النظر في حكم تحكيم تأثر به، يمكن أيضا وفقا للنظام العام الدولي للإجراءات الطعن فيه بالبطلان بموجب المادة 1520 (ق.إ.م.ف)، التي وسع الاجتهاد القضائي من نطاق تطبيقها إلى ما يشكل انتهاكا للنظام العام الإجرائي. بالإضافة إلى ذلك، يمكن رفض تنفيذ الحكم التحكيمي عندما ينتهك النظام العام الإجرائي الدولي طبقا لاتفاقية نيويورك المادة V-2b، والعديد من التشريعات الوطنية منها المادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي السابق ذكرها، والمادة 103 الفقرة 03 من قانون التحكيم الإنجليزي.

بناءا عليه رفض في فرنسا تنفيذ حكم تحكيمي عام 1998⁴، ونُفذت في أمريكا أحكام تحكيم قدمت فيها شهادة زور ولم يثبت تأثيرها على الحكم، ولم يحرك أطراف المنازعة شكوى أمام هيئة التحكيم بهذا الشأن حين كان يمكنهم ذلك.

1 Voir Supra, L'obligation de prêter serment, n 398.

2 Matthieu de Boisseson, L'arbitrage et la fraude, Revue de l'arbitrage, 1993, p 3.

3 Cass Civ, 19 décembre 1995, Bull, civ, I, n 463, p 322 ; Revue de l'arbitrage 1996, p 49.

4 Cass, Civ, 24 mars 1998, Revue de l'arbitrage 1999, p 225. Note Philippe. Fouchard.

كل ذلك مقابل واجب هيئة التحكيم القانوني والأخلاقي، بمراعاة ليس فقط مصالح الأطراف بل أيضا مصالح التحكيم التجاري الدولي كونه مؤسسة¹، حيث تلتزم الهيئة بإثارة تلقائيا أي انتهاك يحصل أثناء إجراءات التحكيم، بما فيه سوء نية الشهود. لكن هل يمكن لهيئة التحكيم القيام بمهمة تقدير شهادة الشهود بالاعتماد على خبرة المحكمين الشخصية؟

في الواقع التحكيمي، وفي ظل عدم وجود أي نص تشريعي يمنع المحكم من الاستناد على خبرته الشخصية لتقييم المسائل محل النزاع ورفض أو قبول تقديم شاهد بحسب ظروف النزاع، مع تمكين الأطراف من مناقشة الأساس والأسباب التي بنى عليها المحكم قراره دون استثناء² أي معلومة لتفادي إبطاله أو عدم تنفيذه، في هذا صدر حكم عن محكمة النقض يقضي بإلزام المحكمين من إعطاء الأطراف إمكانية مناقشة جميع الأسس الفنية المستخدمة في الحكم بشكل متناقض³.

هنا يتبادر إلى الأذهان سؤال آخر حول مدى صحة حكم تحكيمي كان المحكم قد عُين فيه بالتوازي مع نزاع آخر ذي صلة، وقد استقى خبرته ومعلوماته التي أسس عليها حكمه في النزاع الأول من النظر في النزاع الآخر، كأن يختبر المحكم ويعرف بعض المسائل الفنية والتقنية من الإثبات بالشهادة في النزاع التحكيمي المرتبط بحالة معينة ويؤسس قناعته عليها ويطبقها في النزاع التحكيمي المرتبط بحالة أخرى ذات صلة، خاصة وأن قواعد التحكيم والتشريعات لا تحظر مثل هذا الإجراء.

في هذا الشأن قضت محكمة النقض عام 1998، بإلزام هيئة التحكيم من تمكين الأطراف مناقشة الحكم بعد اطلاعهم على كافة التحقيقات التي قام بها أحد المحكمين واستقى منها معلوماته حتى لو كانت تعتبر بالنسبة لنزاعهم عامة⁴.

يُظهر ذلك المكانة الواسعة للإثبات بشهادة الشهود التي حظيت بها في التحكيم وإسهامها في الوصول للحقيقة محل النزاع، رغم اختلافها في الأنظمة القانونية المختلفة أمام القضاء العادي، وإن كان الإثبات بالكتابة لا يزال مهيمنا وذو أهمية وحجية أكبر

1 Ole. Lando, Conflicts of law rules for arbitrators, Festschrift fur K. Zweigert, 1981, p.157.

2 Claude. Raymond, Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée, Revue de l'arbitrage, 1991, p. 3

3 Cass. Civ, 21 juin 1995, Bull. civ, 1995, II, n°189, p.109.

4 Cass Civ, 10 novembre 1998, Bull Civ 1998, n 266, p 160.

نظرا لكونه أكثر مصداقية وموثوقية، لتبقى الشهادة بعدها في التطبيق عند تعسر الإثبات بالكتابة خاصة في الأنظمة القانونية التي تعترف بذلك صراحة، لأن الأمر قد يختلف أمام هيئة التحكيم التي تضم أعضاء أو تعمل قواعد تعتمد على أنظمة تعطي قيمة وأهمية للإثبات بشهادة الشهود أكبر من الإثبات بالكتابة. هذا الاختلاف مؤسس على احترام مبدأ المساواة بين أطراف النزاع مقابل سلطة هيئة التحكيم الواسعة بخصوص قبول وتقييم وسائل الإثبات.

وعليه يقع على عاتق هيئة التحكيم لتفادي إصدار أحكام معيبة، عند إعمال سلطتها التقديرية تحيد درجة وسائل الإثبات المناسبة يشمل ذلك الإثبات بشهادة الشهود وملائمة قيمتها إن كانت ذات صلة وجديرة بالثقة من عدمه، للوصول إلى حسم النزاع دون تعسف، هذا طبقا للمادة 1.9 من قواعد الإثبات IBA.

لعل المعيار الأساسي في تحديد قيمة الإثبات بشهادة الشهود هو صدق الشاهد، المرتبط بعناصر موضوعية وأخرى ذاتية، تتمثل الأولى في مدى استقلال الشاهد عن الأطراف أي مدى قرابته به وبمن شهد لصالحه ومصلحه في النزاع¹. وتتمثل الثانية في تقييم أسلوب وسلوك الشاهد في التعبير أثناء الإدلاء بشهادته، مع الأخذ في الاعتبار كفاءته المهنية ذات الصلة بالمسألة محل الشهادة والنزاع.

بعد تقييم وتقدير هيئة التحكيم لشهادة الشهود، تعتمد الموثوقة منها وتستبعد الأخرى، الضابط الآخر المهم في هذا الشأن أيضا هو إيلاء الشهادة الشفوية التي أثبتت ذات الوقائع المثبتة بوسائل إثبات أخرى مثل المحررات الكتابية أهمية أكثر من أي شهادة أخرى²، نفس السلطة تتمتع بها الهيئة لتقييم الشهادة إن قدمت مسبقا مكتوبة، مع إمكانية تفسير الغموض فيها دون تحريفها.

أما تناقض الشهود في شهاداتهم المقدمة أمام هيئة التحكيم يؤدي إلى الإنقاص من قيمتها في الإثبات على أن تتحقق الهيئة بناء على سلطتها التقديرية من حالة التناقض هذه إذا كانت حقيقة في جوهر المسألة محل النزاع أو اختلاف في وجهات النظر، حيث لا

1 Cass Civ, 26 mars 1996, Bull, civ 1996, I, n 148, p 103.

2 Alan. Redfern, Martin. Hunter, Law and practice of international commercial arbitration, On International Arbitration, Oxford, 6th edition, p. 274.

يمكن لهيئة التحكيم اعتبارها كأن لم تكن مثل حالة تناقض شهادة الشاهد نفسه. خاصة إذا تعلق التناقض بالأمور التفصيلية الثانوية وليست الرئيسية.

2: إثبات الخبرة أمام هيئة التحكيم

يقدم الخبير تقريره أمام هيئة التحكيم وأطراف النزاع لإثبات الخبرة، متضمنا النتائج المتوصل إليها من بداية تنفيذ مهمته مع كافة المعلومات الواضحة المتعلقة بالأسئلة الفنية التي احتاج المحكمون إجابة عنها، إلى صياغة الرأي النهائي دون تجاوز لإطار مهمته تلك.

المبدأ أن التقرير يودع لدى الهيئة والأطراف وفق إجراءات تختلف في النظام المدني عن الإجراءات في نظام القانون العام، حيث في النظام الأول يناقش الأطراف والمحكمين التقرير وينتقد ويمكن أيضا أن يُسأل الخبير عن أي غموض أو تفاصيل من طرف المحكمين. أما في النظام الثاني يعد تقرير الخبرة بمثابة شهادة شاهد مكتوبة سيتبعه شهادة شفوية أمام الهيئة والأطراف، يمكن أيضا في هذا النظام أن يقدم التقرير شفويا دون الحاجة لكتابته، يرجع تقدير ذلك لهيئة التحكيم.

هذا واضح في المادة 282 (ق.إ.م.ف) أن تقرير الخبرة يمكن أن يقدم شفويا في الجلسة ويحرر محضر بذلك ما لم يتطلب الرأي المضمن فيه تحريره وشرحه كتابة. بالمقارنة مع المادة 35-4 من قانون الإجراءات المدنية الإنجليزي نجد أن تقرير الخبرة يقدم مكتوبا ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، بالاستناد على هذه العبارة الأخيرة يمكن أن تقرر هيئة التحكيم بحسب ظروف المنازعة كفاية تقديم تقرير الخبرة شفويا.

بالنظر للواقع العملي، رغم إمكانية تقديم إثبات الخبرة في تقرير مكتوب وفي الوقت ذاته يدلي الخبير بشهادته الشفوية كشاهد عادي¹، عادة ما يعين الأطراف الخبير باعتباره شاهد دوره تقديم إثبات على رأيه، لهذا لا يلزم إثبات الخبرة في تقرير مكتوب، بل يكون على الخبير الإدلاء بشهادته التي يعرض من خلالها نتائج الخبرة التي قام بها. قد يستدعي الخبير للشهادة حتى بعد تقديم تقريره كتابة لتوضيح ما بقي غامضا فيه.

تجدر الإشارة إلى أن الواقع العملي التحكيمي أظهر أيضا، فائدة ما يسمى بتقرير الخبرة المسبق الممثل في وثيقة يعدها الخبير قبل إصدار التقرير النهائي تتضمن

¹ Supra, Examination et cross-examination, n 464.

الإجراءات التي قام بها والنتائج المتوصل إليها يقدم لأطراف الخصومة بهدف معرفة ملاحظاتهم، حتى في ظل غياب إقرارها تشريعياً، يمكن لهيئة التحكيم تكليف الخبير بإعداد التقرير المسبق في الحكم الصادر بإجراء إثبات بالخبرة، أو يكلف بذلك من أطراف المنازعة ذاتهم أو ممثليهم، أو يعده الخبير من تلقاء نفسه.

بعد تقديم تقرير إثبات الخبرة، تستأنف هيئة التحكيم مهمتها بمتابعة إجراءات التحكيم التي قد تتطلب تدخل الخبير مرة أخرى لشرح تقريره كتابة أو شفويا في الجلسة، طبقاً للمادة 283 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية التي مكنت القاضي (المحكم في هذه الحالة)، من طلب توضيحات عن الرأي الفني والتقني الذي وجد فيه المحكم لبساً وغموضاً والمتعلق بالمسألة محل النزاع.

وان كان ليس من السهل تحديد حجية وقوة ومكانة تقرير الخبرة المقدم أمام هيئة التحكيم في الإثبات، باعتباره ليس وثيقة أو عقد رسمي، يمكن القول بافتراض صحته وحجيته في الإثبات إلى حين إثبات العكس¹. لهذا لا يمكن أن تكون هيئة التحكيم ملزمة بالأخذ برأي الخبير سواء تم تعيينه لإجراء التحقيق من جهة هيئة التحكيم أو أطراف الخصومة بحسب مقتضى المادة 246 (ق.إ.م.ف)، إذ يُحسب إثبات الخبرة كغيره من وسائل الإثبات الأخرى تتمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية اتجاهه، لها أن تقيمه وتقدر قبوله كله أو جزء منه وفق ملائمة رأي الخبير للإجابة على الأسئلة الفنية التي تم طرحها أو رفضه مع تسبيب قرار الرفض.

¹ Cass Civ, 13 janvier 1998, n°96-14.239, inédit. Cass Civ, 19 janvier 1999, Bull. civ.I, n°22. Gaz Pal. 2000, p.16, note M. Olivier ;CA Paris, 23 mars 2001 ;Gaz. Pal 2001 p.12, note M. Olivier.

خلاصة الفصل الثاني:

في هذا الفصل تمت دراسة الطرق البديلة لحل النزاعات الناشئة عن عقود الاستهلاك، لمجرد تسميتها طرق بديلة يعني أنها جاءت كخيار ثاني أو مجموعة خيارات موجودة بالتوازي لكنها أُقرت على سبيل تكملة ما سبقها أو إعانة من وضعت لصالحه على ما صعب عليه في البديل الموازي، من بين تلك الطرق تناول العمل الوساطة ومعها التحكيم كطرق بديلة للقضاء العادي لانتشارها بشكل واسع في عقود الاستهلاك، لما فيها من مميزات مقارنة بالقضاء العادي كبساطة الإجراءات التي قربتها إلى حاجات المستهلك حتى سهل عليه إثبات حقوقه من خلالها، لعل البساطة التي تبنتها هذه الطرق البديلة جعلت التشريع والفقه لا يهتم كثيرا بمسألة الإثبات وإجراءاته إذا ما اختار أحد أطراف منازعة الاستهلاك سلوك أحد الطرق البديلة.

لقد تبين عند دراسة الوساطة في منازعات الاستهلاك، أنها طريق ودي يختلف عن القضاء العادي اختلاف جذري، فُرع إلى عدة صيغ على مستوى التشريعات من حيث الإلزامية ومن حيث كونها حق للمستهلك يجب حمايته بموجب قواعد حافظت على نظرتها التقليدية إلى المستهلك الطرف الضعيف بآلية تتوافق مع احتياجاته من خلال إجراءات واضحة يكون للقاضي والأطراف والوسيط أدوار أساسية تتوقف صحتها ومدى احتمالية التسوية على أدائها كل إجراء يدخل في مهمة أحدهم بدقة.

تتعدد جلسات الوساطة التقليدية أو الالكترونية عبر الانترنت يسمع خلالها الوسيط الأطراف ويحرر اتفاق التسوية أو عدم التوصل إلى التسوية، بعد تقديم الإثبات المرتبط ارتباط وثيق بميزة السرية، حيث يمنح أطراف النزاع والوسيط من إطلاع أطراف أخرى من ضمنهم القضاء على ما تم عرضه أثناء الجلسات من معلومات ومستندات، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

إذ بحسب ما سبق دراسته يمكن للمستهلك الاكتفاء بتقديم أدلة ذات حجية ناقصة في أي مرحلة من مراحل الدعوى حتى بعد اقتراح الحل ليتم تكييفه مع ما تم تقديمه من أدلة قدمت جديدة أمام الوسيط، بدت هذه التسهيلات في الإثبات كحماية لحقوق المستهلك وتخفيف من أعباءه، إذ يعمل الوسيط سواء في الوساطة التقليدية أم الالكترونية على

تقدير ما قدم من وسائل إثبات وأسانيد، متى رأى قبولها أو عدم كفايتها في إثبات المدعى به فيكون الحل هو التسوية الودية التي تسعى إليها الوساطة بشكل عام وأساسي.

أما التحكيم فقد اتضح من خلال الدراسة أن الإشكال الأساسي فيه كان في قبوله في عقود الاستهلاك، غير أن رجحان كفة مزاياه الإجرائية مقابل بعض صعوبات القضاء العادي جعل التشريعات تعمل على تكييفه مع عقد الاستهلاك، بمحاولة نزع صفة التعسف عن بند التحكيم المدرج ضمن بنوده.

ليصبح المبدأ صحة اتفاق التحكيم في أي عقد استهلاك متى قبله المستهلك، وتعزيزا لحمايته حتى بعد قبول اتفاق التحكيم، استلزمت التشريعات كتابة هذا الاتفاق في شكل تقليدي أو الكتروني لتخفيف عبء إثباته من على المستهلك، بإجراءات يكون لهيئة التحكيم سلطة تقدير صحتها وحجيتها.

حيث يكون للمحكم سلطة إصدار قرارات إجرائية بشأن الإثبات أثناء سير الدعوى التحكيمية بصيغة مختلفة عن الحكم التحكيمي الفاصل في الموضوع، مضمون تلك القرارات الإجرائية إلزام الأطراف بتقديم الحجج والبراهين على إدعاءاتهم حتى لو تدخل القضاء لمنحها الصيغة التنفيذية.

تليها مرحلة يظهر فيها الدور التقديري لهيئة التحكيم على أدلة الإثبات التي وضعت تحت تقديرها، يمارس هذا الدور بالاستناد على سلطة واسعة في تقرير أهمية وحجية الأدلة، التي غالبا ومهما تعددت واختلفت في منازعات الاستهلاك، تبقى الحجية المطلقة للإثبات الكتابي المكون الأساسي لقناعة هيئة التحكيم، ثم يتبعها في الأهمية باقي وسائل الإثبات وإن كان الواقع العملي للتحكيم يميل إلى تأسيس قناعته في الغالب على شهادة الشهود والخبرة أكثر من أدلة الإثبات الأخرى. رغم اعتبارها ناقصة حتى تكمل وتفند.

الخاتمة

الخاتمة

تمثل حماية المستهلك الإجرائية أقرب احتمال ممكن إلى تحقيق قدر من القوة للمستهلك، وتظهر كحل مكثف وواقعي عملي للتغلب على عقبات اللاتوازن في عقود الاستهلاك، مع ذلك جعلتها الحقوق الموضوعية المتزايدة تبدو صعبة التفعيل، صحيح أن نيتها حسنة فقد أرادت الوقاية لكن إلى حد معين فقط، إذ بمجرد الوصول إلى ضرورة الإثبات تقليدي كان أم إلكتروني يثار الجدل وتكشف القواعد المقررة أصلاً، عن فوضى يتعسر معها الوصول إلى الحق لو سعى إليه صاحبه مادام طرف ضعيف. المسائل العملية التي تمسها الحماية الإجرائية أبانت عن ضرورة تطوير النظرة إلى الإثبات في مجال حماية المستهلك والاكتفاء من التركيز على الطريق الواحد في الحماية، هذا في حد ذاته مثل تحدياً محفزاً بشكل خاص لقواعد الإثبات، وسبباً لنبداً البحث من التساؤل: إلى أي مدى يمكن قبول النظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك؟ وأي آليات تُتوسل لبلوغ هذا المنشود؟.

من أجل توضيح أفضل لفكرة الحماية الإجرائية في مجال حماية المستهلك، سعيماً إلى تتبع تطورها وانتشارها في الاجتهاد والتشريعات العامة والخاصة اللاتينية والأنجلو-أمريكية، وقد أسفر ذلك عن خريطة تفصيلية تؤكد التوازي الموشك على التداخل بينها وبين الحماية الموضوعية والتباين في المسائل والأطر القانونية والحاجة الماسة إلى إيجاد تناسق شامل وتوضيح للحدود، هذا لا ينفي فضل المراحل الأولى التجريبية، في خلق إمكانية جمع قطع الحماية الإجرائية المتناثرة هنا وهناك لرؤية الصورة الكبيرة من كل الاتجاهات بوضوح دون أن تفقد قيمتها في دعم المستهلك لمجرد أنها بدت صعبة غير ملائمة لعقود لا تتوقف عن التطور كعقود الاستهلاك.

مثّلت مبادئ الإثبات الجذر الذي تبنى حق الإثبات تجسيدا له كل حسب طبيعة الأعمال السائدة فيه، والذي كان لديه نقلات فارقة بين إقرار الفقه له كحق حديث نسبياً في الإثبات بعدما كان ينظر إليه على أنه عبء فقط، فعبرنا عنه "الالتزام بالإثبات" لأن هذا الحق أخرج من قالب الكلاسيكية الجامدة وأدخل كعنصر من عناصر الالتزام بتقديم الأدلة والحصول عليها من الأطراف الأخرى كخادم للطرف الضعيف أمام القضاء. ليتمثل في النهاية بمقتضى القواعد العامة سواء القانون المدني أو الإجراءات المدنية

وبمقتضى القواعد الخاصة من خلال التصرفات المدنية أو التصرفات التجارية ويأخذ الزاوية المناسبة في الحماية لكل تصرف ومدى اعتقاده بتقييد الإثبات أو إطلاقه، أثبت هذا فائدته عند توظيفه في العقود المختلطة مثل عقود الاستهلاك التي تخطت الإطار القانوني الصارم للإثبات وشملت في ذات الوقت بالإثبات الحر.

لقد قادنا سعيانا في تركيب قطع الحماية الإجرائية بشكل غير متوقع إلى الرابط النموذجي المؤثر والمتأثر بين الحماية الإجرائية والإثبات، إذ وجدنا الشكلية التي طُورت كوسيلة إجرائية من باب تطوير إجراءات الإثبات واختبارها الطويل في إطار النظرة التقليدية الرافضة ومبادئ الإثبات القاسية أحيانا على مسألة مرفوضة أساسا أو لنقل هشة في بعض العقود كذلك، وهكذا قمنا بتحديد نقاط الضعف التي منعت تشكل النظرة الإجرائية للإثبات وحددنا أسبابها دون إهمال فرضية التوازن بين التقليدي والإلكتروني، وتوحيد المقصد النهائي عمليا.

قمنا باختبارها من خلال نقلها إلى نطاق الرؤية الحديثة، وتبين أن النظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك هي المكان والخيار المناسب لملائمة الشكلية معه، خاصة عندما فرضت التغييرات التكنولوجية الاجتماعية الاقتصادية تكيفها مع عقود الاستهلاك، فهي قائمة على أسس صلبة وعلى طريقة واضحة في الحماية تسمح بتحديد دقيق لحقوق المستهلك والمطالبة بها، وهكذا فإن الشكلية من شأنها تعزيز التجانس بين حماية المستهلك وإثبات حقوقه، لهذا اخترنا متطلبات الشكلية ذات الأولوية في القواعد وهي الكتابة والتوقيع لارتباطهما بالإثبات والحماية الإجرائية للطرف الضعيف.

وهذا كمرحلة أولية أكد أن قواعد الإثبات قابلة للتفعيل في الحماية الإجرائية للمستهلك، وضامن لمعاملة متكافئة للعقود الإلكترونية، مع مراعاة حدود التجانس بين التقييد والإطلاق للإثبات في عقود مختلطة لأن التعقيد أو الغموض أحيانا يكون غير قابل للاختزال من أجل تطورات لازالت مستمرة، إذ لابد من استيفاء شروط الكتابة والتوقيع وسياقات إنشائها حتى تحافظ على التوازن المطلوب دون أن تتقلب إلى إفراط.

إن اختيار النظر إلى الإثبات من خلال الحماية الإجرائية إن جاز اعتباره خيار في مجال عقود الاستهلاك، يجب أن يفهم في إطار البيئتين التقليدية والإلكترونية، رغم تعرض هذا الخيار للتجاهل والإهمال بحجة أن العالمين مختلفان جذريًا، إلا أنها حسبت

حجة غير مقنعة، فليست المرة الأولى التي يستخدم فيها القانون وسائل إثبات إجرائية لتحقيق الحماية، التي تسمح عند استخدامها الصحيح بمعاملة الاختلاف فيها من منظور التخفيف والتبسيط للتقريب وتحقيق التكافؤ من أجل الحصول على نفس الآثار القانونية. هذا الاختيار ليس خيالي، بل عاكس لغاية اجتماعية واقتصادية للتشريعات، دارت حول تغيير الفكر وتحفيز نمو التجارة الإلكترونية في مناخ من الثقة وحماية المستهلك.

كان من الضروري كذلك تحديد نطاق الحماية الإجرائية في إطارين أساسيين في تنظيمها، نطاق الحماية من حيث الأشخاص ونطاق الحماية من حيث المسؤولية، وقد قمنا بفحص محدداتهما بالتعمق في بعض تفاصيلها، بحيث يتم بشكل عام تحقق الحماية للمقصود بها.

بفضل المستهلك نشأ هذا الفرع القانوني الخاص بحماية المستهلك (نحن نحاول أن نكون إيجابيين)، والمتدخل سمح بتعميقه، إذ رأينا أن فرضية الحماية نشأت حصراً من أجل طرف ضعيف في عقد الاستهلاك مقابل طرف آخر قوي، والضعف كما أسلفنا معلوماتي مقارنة بالمهني المحترف للنشاط والمكتسب للخبرة والكفاءة في إدارته، إلا أن الحرية العقدية تدعو كما فعلت دائماً إلى معاملة متساوية بين الطرفين حتى وإن كانا في عالمين مختلفين.

بحيث تعكس ليس فقط آثار قانونية بل تمتد إلى آثار اجتماعية واقتصادية، رغم صعوبة السيطرة على مثل هذا النطاق في النظريات الفقهية وبداهة على النتائج القانونية، دون فقدان الأمل في إمكانية تحقيقه خاصة عندما لا يمكن نقل المعايير التقليدية إلى العالم الافتراضي أو عندما يتأثر توازن المصالح في العقد بوسيلة إبرامه.

تطبيق الحماية الإجرائية في مجال حماية المستهلك، تطلب أيضاً تحديد الافتراضات التي يساءل على أساسها المتسبب في الضرر للمستهلك والمُفعل لإجراءات الإثبات ومساعي تحقيق الحماية، لقد اتضح أنه لا ينبغي فهم أي قاعدة عامة راسخة طال الاعتماد عليها كبديهية على أنها عقيدة، بل فقط كفكرة تنظيمية تهدف إلى توجيه الحماية العملي إلى مختلف الجوانب لتحقيق الهدف الموحد المثالي لأنظمة حماية المستهلك والقواعد العامة التي مازالت تعتمد عليها وتتمتع بضماناتها الواسعة.

إذ رأينا أن تأسيس المسؤولية على فكرة الخطأ كمبدأ عام تم التراجع عنه لصالح فكرة المخاطر التي حولت الإثبات إلى ممكن بعدما كان صعب إلى درجة الاستحالة في ظل المبدأ العام، أصبح كافياً إثبات الضرر كعبء واقع على المستهلك. ثم صارت حتى هذه الفكرة غير كافية لوحدها، ليظهر من باب إيجاد الحلول نظام حماية مستحدث يدعو للجمع بين الفكرتين لتشكيل أساس مزدوج للمسؤولية، ليس هذا فقط بل كان من التحولات الحمائية الجذرية للمستهلك، هي إعطائه حق الاختيار بين القواعد العامة والأنظمة الخاصة لمسؤولية المتدخل عن المنتجات المعيبة مما يفيد في الإثبات.

المرحلة الثانية المتقدمة بعد تشكل النظرة الإجرائية للإثبات وتبيين محدداتها ونطاقها، هي تكريس الحماية للمستهلك، والذي يتم بشكل طبيعي متكرر مرتبط بالقضاء، إذ تبين أن هذه الحماية ذات المعالم الغامضة نسبياً تمتلك بعدين، البعد الأول هو دعاوى الإثبات الإجرائية أمام القضاء، والذي يلزم المستهلك بشروط إثبات الصفة والمصلحة والإجراءات ومطالبه بالتنفيذ أو الضمان في الآجال وبالإجراءات المحددة، مع تفادي أي خلل غير مبرر قد يعيق وصوله إلى الفصل الإجرائي في دعواه من طرف القاضي، ليس فقط ضد الطرف الآخر في النزاع، بل بين العالمين التقليدي والإلكتروني وما يمكن إنتاجه من وسائل إثبات، وذلك لعدم منح الأفضلية لأي منهما التزاماً بمبدأ الحياد.

أكد أن أسرار وتفاصيل وسائل الحماية الإجرائية لإثبات حقوق المستهلك لم تكشف بعد، رغم ما يبدو عليه نظرياً أن قيمتها قد حسمت، أظهر تطبيقها في قضايا الاستهلاك أنه لم تدرك بعد طبيعتها المزدوجة الموضوعية والإجرائية مما يبرر التوتر الحاصل بمجرد تفعيلها.

أما البعد الثاني فهو الحماية الإجرائية في ظل العدالة البديلة، والذي يوصي بضمانات تقريب الحلول لهذا الطرف الضعيف الذي صعب عليه الطريق القضائي القديم في الترسخ والتنظيم وميله للتقليدي منه للإلكتروني. إلى جانب الضمانات التي منحها الطريق البديل للمستهلك، فقد أكد عملياً على الحياد الشكلي لضمان عدم التمييز بين العالم التقليدي والآخر الإلكتروني، بل أيضاً استقرار معين للإجراءات رغم التغيرات التكنولوجية المقبولة منذ البداية.

يمكن تطبيق الحماية الإجرائية في هذا الطريق بقواعد متنوعة، ومن بين الطرق المحتملة أثبت الواقع العملي أن العدالة البديلة سواء الوساطة أم التحكيم هي الأكثر فعالية لتحقيق التكامل بين الحماية الإجرائية وقواعد الإثبات لصالح المستهلك، فهي تسمح بمعاملة متكافئة بين الأطراف ومنازعاتهم في العالمين، بالاعتماد على معايير وظيفية يتم صياغتها بطريقة محايدة بالضرورة ومراعية لضعف الضعيف وقوة القوي.

بالنتيجة، يمكن التأكيد حالياً على وجود مؤشرات تسمح بالحديث عن قبول النظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك، وبما أن الحماية الموضوعية للمستهلك على تشعبها تتبع من الحماية الإجرائية الصحيحة، مازال ضروريا التوصية بفحص آلية عمل وسائل الحماية المرتبطة بالطرق التقليدية كمرجع يستند عليه، من أجل ضبط وظائفها الإلكترونية خدمة للإثبات وكفايته لحماية المستهلك الإجرائية.

إذ لابد من العمل على تكييف وسائل الحماية الإجرائية مع متطلبات الإثبات حينما يُفعله المستهلك، هذا من شأنه تعزيز التجانس في تطبيق الحماية الإجرائية إلى جانب الحماية الموضوعية، مع مراعاة الحدود المتأصلة بينهما، عند توحيد منهجية التنظيم للإثبات لكي لا تبقى مجرد لغة قانونية فوقية غير مفهومة لطرف ضعيف في عقد غير متوازن.

لقد أثبت الواقع مرارا عدم كفاية مواجهة إشكالات عقود الاستهلاك بمجرد تطبيق مفاهيم ونماذج عامة وخلق حقوق تفرغ من مضمونها عند أول عقبة تعترض المستهلك في إثبات حقوقه، لهذا على الفقه والتشريعات إعادة توجيه النظر إلى طريق الحماية الإجرائية من خلال وسائلها الفعالة أكثر لإثبات حقوق المستهلك المطالب بها.

لابد كذلك على التشريعات نسيان المخاوف التقليدية، وتطوير الوسائل الحالية باعتبارها أساسية لتحقيق غاية الحماية الإجرائية والوصول إلى إثبات الحقوق لأطرافها نحو توازن متزايد وحرية إثبات أكثر قبولا، دون اندفاع الجدة المؤدي دون شك إلى الانحراف عن المسار والعودة إلى العادي المألوف التقليدي كمنطقة راحة.

من الضروري أخذ عدم التوازن في عقد الاستهلاك كباب يفسح المجال للإثبات تقديرا لصعوبته أو استحالاته بالنسبة للطرف الضعيف، ومبرر لتجديد الالتزامات لصالح إثبات الوقائع عند النزاع بإصلاح نوعي وليس زيادة كمية.

معلوم حاليا صعوبة التنبؤ أو التحكم في تطور التصرفات عامة وعقود الاستهلاك خاصة، رغم فكرة النظام العام مازال هناك حرية عقدية، لهذا وفي أفضل الحالات يمكن طمأنة أطراف تلك العقود من خلال تقديم حلول حمانية إجرائية عملية تلائم إثبات العقد ومرونة عكس عبئه في الوقت المناسب الذي يحتاج فيه إلى ذلك.

حتى وان كانت الثقة ليست شيء يمكن فرضه، من المأمول إزالة الغموض عن إمكانية تطبيق الإثبات في شقه الإجرائي الذي لا محالة سيجد طريق للتكيف مع مبادئ الحياد وتطوير فكر المستهلك لإزالة العقبة التي لم يتم حلها وهي تعقيد الإثبات، الذي إن قلل رهاناته في العالم التقليدي، كون أخرى أكثر تعقيدا في العالم الافتراضي الإلكتروني. هذا وعلى ما يبدو حاليا، هناك تجاوز للعهد الإلكتروني وبلوغ لعهد الذكاء الاصطناعي، ومعه فإن من يأتي بعدنا لدراسة هذا الموضوع لا شك أنه سيجد رهان آخر ينتظره، قد يختلف في الجملة والتفصيل عن ما عايشناه في هذا العمل لكنه بالقطع هو فتح جديد وإعادة بعث لموضوعنا في سياق أحدث، لأن معالمه لم تكتمل بعد بل هو الطريق إلى أعمال أخرى فنحن كما سبق وأشرنا تكلمنا عن موضوع في طور التأسيس والبلورة وتجميع لقطعه. إلى أن يحين هذا الأوان كان شق التشكل وشق ما تكرر فعليا هو ما تكلمنا عنه في البابين، يبقى علينا الاستمرار في السعي للوصول به على الأقل إلى نصف الطريق، بحسب الدول ودرجة استيعابها لهذا الفكر في حماية حقوق المستهلك.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1- الكتب

1. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
2. أسامة روبي عبد العزيز الروبي، الوجيز في القواعد الإجرائية للإثبات المدني، دار النهضة العربية، ط 5، مصر، 2006.
3. أسامة شوقي المليجي، القواعد الإجرائية للإثبات المدني وفقاً لنصوص القانون وأحكام القضاء وآراء الفقه، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
4. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية "دراسة مقارنة"، ط 3، دار إقرأ، للنشر، لبنان، 1983.
5. بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات دراسة مقارنة، دار الفجر، الجزائر، 2005.
6. بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.
7. حسن عبد الباسط الجميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
8. حسن عبد الباسط الجميعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1996.
9. حمد الله، محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، ط 1، مصر، 1997.
10. حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقاً للقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2018.
11. روسم عطية موسى نو، الحماية الجنائية للمستهلك من الغش في مجال المعاملات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2014.

12. زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011.
13. سليمان مرقس، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، دراسة انتقادية لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء، مطبعة جامعة القاهرة، 2001
14. سي يوسف زاهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، 2009.
15. شهيد قادة، آليات حماية مستهلك خدمة التأمين: دراسة لمستحدث القانون الجزائري وبعض التجارب المقارنة، كتاب جماعي من إعداد مجموعة من الأساتذة تحت الإشراف العلمي: أ.د قادة شهيدة، تحت عنوان: العلاقات القانونية بين مد الحمائية وجزر التعاقدية، دار كنوز، تلمسان، 2021.
16. شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
17. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.4، العقود التي تقع على الملكية؛ البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، لبنان.
18. عبد العزيز المرسي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بدون ناشر، مصر، 1995.
19. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام: المصادر، الأحكام، الإثبات، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
20. عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار هومه، الجزائر، 2021
21. فيلاي علي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2014.
22. فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط.3، موفم للنشر، 2013.
23. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط.3، دار هومة، الجزائر، 2006.
24. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2009.

25. محمد المرسي زهره، الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ط 01، الكويت، 1995.
26. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
27. مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 1994.
28. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
- (2) - أطروحات الدكتوراه
 1. بورياش جيلالي، آليات حماية المصالح التجارية للمستهلك في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2022/2021.
 2. حسناوي روابحية فاطمة، الشككية في القانون التجاري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، 2019/2018.
 3. حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد"دراسة لبعض العقود الخاصة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015.
 4. رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2008.
 5. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012.
 6. زواري عبد القادر، الحماية الجزائية للمستهلك في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بن أحمد، وهران، 2016/2015.
 7. شمام منير، السلطة التقديرية للقاضي المدني في الإثبات، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2019/2018.

8. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2016/2015.
9. علي خوجة خيرة، الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2016/2015.
10. قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقرير أدلة الإثبات، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013.
11. لوني يوسف، الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019/2018.
12. مسعودي عبد الرحيم، الحماية المدنية للمستهلكي خدمات البنوك والتأمينات؛ دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2022/2023.
- معزز دليلة، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية)، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
- (3) - المقالات
1. بن صالحية صابر، أحمد حسين، خصوصية تكوين عقد التأمين في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 10، العدد 2، 2023.
2. بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة ومرتفعيها لقانون حماية المستهلك، الإدارة، العدد 24، 2000.
3. بوراس لطيفة، الشكالية في الحياة التجارية إلى أين؟، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تيزي وزو، العدد 2، 2019.

4. بولنوار عبد الرزاق، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية، دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي، دفاتر السياسة والقانون، العدد الأول، 2009.
5. جريفيلى محمد، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص؛ دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2016، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 6، العدد 01، 2018.
6. حاج بن علي محمد، الالتزام بالتتبع؛ دراسة مقارنة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 17، 2017.
7. حاج بن علي محمد، امتداد النظام الخاص للمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة - دراسة مقارنة على ضوء آخر التعديلات، مجلة معارف؛ قسم العلوم القانونية، العدد 13، 2018.
8. حاج بن علي محمد، أهمية القسم التجاري لنظر المنازعات الاستهلاكية: على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 9، 2013.
9. حمادوش أنيسة، حول المتابعة القضائية ضد المنتج عن منتجاته المعيبة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، 2018.
10. رزايقية الزهرة، بنجاح عصام، الشكالية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 10، العدد 02، 2019.
11. زروتي الطيب، مسؤولية البنك عن التحويل المالي الإلكتروني، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2014.
12. ساوس خيرة، حق الجمعيات في التقاضي، مجلة البحوث والدراسات، العدد 13، 2012.
13. سكيل رقية، الإثبات بالكتابة الإلكترونية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد 6، العدد 4، 2021.

14. سي يوسف زاهية حورية، دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مجلة الحقيقة، المجلد 14، العدد 34، 2015.
15. شهيدة قادة، إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج؛ دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، م.1، العدد 02، 2011.
16. شهيدة قادة، معمر بن طرية، تطور النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمنتج في القوانين المقارنة، أي مسار، المجلة الدولية للقانون، كلية القانون، جامعة قطر، المجلد التاسع، العدد 02، دار النشر جامعة قطر، 2020.
17. شهيدة قادة؛ الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك، مجلة المحامي المنظمة الجهوية للمحامين، سيدي بلعباس، العدد 04، 2005.
18. شوقي بناسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية؛ تمييز نحو زوال، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، جامعة الجزائر 1، المجلد 57، العدد 02، 2020.
19. عائشة بوعزام، النظام القانوني للفاخرة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، العدد الأول، 2014.
20. عمر بن سعيد، ماهية الإثبات ومحلها في القانون والقضاء المدني الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، المجلد 04، العدد 13، 2018.
21. غريوج حسام الدين، دور جمعيات حماية المستهلك في الرقابة على المنتجات، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد 03، 2017.
22. لعناني يونس، الملزم بالإثبات في قانون الاستهلاك، مجلة الممارس للدراسات القانونية والقضائية، العدد 3، 2019.
23. نساخ فطيمة، النظرية العامة للعقد والتشريعات: فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، 2020.

4- النصوص القانونية

1. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78.
2. القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2009.
3. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 21. الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.
4. القانون رقم 15-04 مؤرخ في 1 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06.
5. القانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 28، الصادرة بتاريخ 16 مايو 2018.
6. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري الصادر بالجريدة الرسمية عدد 101 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 02.06 2005 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 11 سنة 2005.
7. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
8. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية، العدد 13، الصادرة بتاريخ 8 مارس 1995، المعدل والمتمم.
9. المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المؤرخ في 12 مايو سنة 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية العدد 24، الصادرة بتاريخ 13 مايو 2015.
10. المرسوم التنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 30 مايو 2007، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية،

- وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية العدد 37 الصادرة بتاريخ 7 يونيو 2007.
11. الأمر 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على استيراد البضائع وتصديرها، الجريدة الرسمية العدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003.
12. القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 جويلية 2022، المعدل والمتمم للقانون 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 48، الصادرة بتاريخ 17 جويلية 2022.
13. المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 10 ديسمبر سنة 2005، يحدد شروط تحويل الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية عدد 80 صادرة بتاريخ 11 ديسمبر 2005.
14. المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية عدد 49 الصادرة في 02 أكتوبر 2013.
- القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية العدد 02، المؤرخة في 15 جانفي 2012.
- (5)- بعض الاجتهادات والأحكام القضائية
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 581228 الصادر في 22 جويلية 2010، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2010، العدد 02.
1. قرار المحكمة العليا ملف رقم 0966913 الصادر بتاريخ 19 مارس 2015، مجلة المحكمة العليا العدد 01، 2015.
2. قرار المحكمة العليا ملف رقم 1180800، الصادر بتاريخ 19 أبريل 2018، عدد 02، 2018.
3. قرار المحكمة العليا عن الغرفة المدنية، ملف رقم 68849 المؤرخ في 20 أكتوبر 2012، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، سنة 2012.

4. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 34951، الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1985، المجلة القضائية، العدد 02، 1990.
5. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية 2010، ملف رقم 590758، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2010.
6. قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، ملف رقم 84252، الصادر بتاريخ 16 جوان 1992، المجلة القضائية، العدد 03، لسنة 1994.
7. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 212782، الصادر بتاريخ 12 جانفي 2000، المجلة القضائية، العدد 01، 2001.
8. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 257742، الصادر بتاريخ 06 فيفري 2002، المجلة القضائية، العدد، 2003.
9. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قضية رقم 337111، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2006، المجلة القضائية، العدد 01، 2007.
10. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قضية رقم 326964 الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006، المجلة القضائية، العدد 01، 2006.
11. قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 97774، الصادر بتاريخ 07 جويلية 1993، المجلة القضائية، العدد 02، 1994.
12. القرار الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية ملف رقم 320730، الصادر بتاريخ 09 سبتمبر 2003، المجلة القضائية العدد 01، 2003.
13. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 806311، الصادر بتاريخ 21 جوان 2012، المجلة القضائية العدد 01، 2013.
14. قرار المحكمة العليا غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 144063، الصادر بتاريخ 28 سبتمبر 1997، المجلة القضائية عدد خاص رقم 02، 2002.
15. قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 669244، الصادر بتاريخ 14 جويلية 2011، مجلة المحكمة العليا العدد 01، 2012.
16. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 1190197، الصادر بتاريخ 11 جانفي 2018، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2019.

17. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1226729، الصادر بتاريخ 11 جانفي 2018، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2019.

18. قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، ملف رقم 1336661، الصادر بتاريخ 11 جويلية 2019، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2020.

ثانيا: باللغة الفرنسية

(1) الكتب

1. **Alain. Bénabent**, Droit des obligations, 14^{éd} L.G.D.J, paris, 2014.
2. **Alain. Piedelievre**, Les transformations du formalisme dans les obligations civiles, paris, 1959.
3. **Ali Bencheneb**, Le droit algérien des contrats; données fondamentales, Ajed, Alger, 2011.
4. **Anne- Sinay. Cytermann**, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J, 1996.
5. **Aurélien. Bergeaud**, le droit a la preuve, L.G.D.J, Paris, 2010.
6. **Benoit. Nuytten et Laurent. Lesage**, Regards sur les nations de consensualisme et de formalisme, Rep. Defrénois, 1998
7. **Bertrand. Fages**, Droit des obligations, 4^{éd}, L.G.D.J, paris, 2013.
8. **Claude-Albert. Colliard**, La machine et le droit privé français contemporain, in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. t. I, L.G.D.J, Paris, 1950.
9. **Dédier. Ferrier**, La protection des consommateurs, Dalloz, paris, 1996.
10. **Demoulin. Marie, Montero. Etienne**, Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique; de La théorie générale des obligations,. Formation Permanente C.U.P, Bruxelles, 2002.
11. **Depadt. Sebag. C. Duiglier**, Les conventions sur la preuve, in la preuve, economica éd, 2004.
12. **Didier. Ferrier**, La preuve et le contrat, in Mélanges Cabrillac, Litec, 1999.
13. **Dirk. Syx**, Le transfert électronique de fonds. Le droit hésitant face à une réalité galopante, in La télématique- Aspects techniques, juridiques et socio-politiques, t. 2, Gand, Story-Scientia, 1985.
14. **Dominique. Mougenot**, La preuve; évolution et révolution, 3^o éd, Bruxelles, Larcier, 2002.
15. **François. Chamoux**, La loi du 12 juillet 1980: une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, J.C.P, G.1981.
16. **François. Gény**, Science et technique en droit privé positif, Sirey, t. III, Paris, 1921.

17. **François. Gény**, Des droits sur les lettres missives: étudiés principalement en vue du système postal français; essai d'application d'une Titre méthode critique d'interprétation, Vol 2, Sirey, paris, 1911.
18. **Francois. Terre, Philippe Similer, Yves Lequette**, Droit civil, Les obligations, 10 éd., Dalloz, 2009.
19. **Ghislain Poissonnier**, La clause d'épargne obligatoire est irrégulière en droit du crédit à la consommation, Dalloz, 2009.
20. **Gilles. Goubeaux**, Le droit à la preuve, in **Ch. Perelman et P. Foriers**, La Preuve en droit, travaux du centre nationale de recherche logique, Bruylant, Bruxelles, 1981.
21. **Gilles. Paisant**, Un élargissement de l'action collective en suppression des clauses abusives, la semaine juridique, édition générale, 2011.
22. **Guy Raymond**, Droit de la consommation, LexisNexis, 3^{ème} ed, Paris, 2014.
23. **Hervé JACQUEMIN**, Le formalisme contractuel - Mécanisme de protection de la partie faible, Bruxelles : Larcier, 2010.
24. **Herve. Croze**, Informatique, preuve et sécurité, chron. XXXI, Dalloz, 1987.
25. **Herve. Jacquemin, Eléonore. de duve**, L'information précontractuelle et contrac- tuelle des consommateurs, Contrats et protection des consommateurs, Limal, Anthemis, 2016.
26. **Herve. Jacquemin**, Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible, Bruxelles, Larcier, 2010.
27. **Jacque Ghestin, Gregoire Loiseau, Yves-Marie Serinet**, Traité de droit civil, La formation du contrat; L'objet et la cause-les nullité, 4eme éd, L.G.D.J, Paris.
28. **Jacques Flour**, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in Le droit privé français au milieu du XX eme siècle. t. I, Études offertes à Georges Ripert, Paris, L.G.D.J., 1950,
29. **Jacques. Flour, Jean.-Luc. Aubert**, Droit civil; Les obligations, vol 1, sirey, L.G.D.J, Paris, 1975.
30. **Jacques. Ghestin, Gilles. Goubeaux et Muriel. Fabre-Magnan**, Traité de droit civil; Introduction générale, 4 éd., Paris, L.G.D.J., 1994.
31. **Jacques. Larrieu**, Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé?- Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature, lamy, 1988.
32. **Jacques.Ghestin**, Le contrat en tant qu'échange économique, in revue d'économie industrielle, 2^{ème} et 3^{ème} trim. 2000,
33. **Jean- Francois. Chabas**, La loi 9 mai 1998 et le droit commun, I, doct, Gaz, pal, 1999.

34. **Jean Pierre Buyle**, les obligations d'information, de Renseignement, de mise en garde et de conseil, commission Université palais, T. 86, larcier, 2006.
35. **Jean. Pellerin**, Commentaire de l'article 11 de la loi justice pour la XXIème siècle: les nouvelles dispositions sur l'arbitrage, Gaz. Pal, 2017.
36. **Jean-Guy Bergeron**, Les contrats d'assurance (terrestre), Lignes et entre-lignes; Les problèmes de preuve en droit des assurance, tomes II, SEM, 1992.
37. **Jeans. Calais –Auloy, Henri Temple**, Droit de la consommation, 9^{ème} éd, Dalloz, 2015.
38. **Jeremy. Bentham**, Traité des preuves judiciaires, Tome 1, 2^o éd., Bossange, Paris, 1830.
39. **Jérôme. Huet**, La modification du droit sous l'influence de l'informatique, J.C.P. G, 1983.
40. **Jerome. Passa**, Commerce électronique et protection du consommateur, Dalloz, 2002.
41. **Joseph. Hamel, Gaston. Lagarde et A. Jauffret**, Traité de droit commercial, t. II, Dalloz, Paris, 1966.
42. **Marcel. Fontaine**, Droit des assurances, 2éd, Larcier, Bruxelles, 1996.
43. **Marcel. Fontaine**, Fertilisations croisées du droit des contrats, in Études offertes à **Jacques. Ghestin**, Le contrat au début du XXIe siècle, Paris, L.G.D.J., 2001.
44. **Marcel. Fontaine**, La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles, in la preuve, Louvain- la neuve, Colloque UCL, 1987.
45. **Marcel. Planiol, Georges. Ripert**, Traite pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, 2^e éd, par **Paul Esmein**, paris, L.G.D.J., 1952.
46. **Marcel. Planiol**, Traité élémentaire de droit civil, Librairie générale de Paris, t. 2, 1923.
47. **Mireille. Bacache-Gibeili**, La responsabilité civile extracontractuelle, T.V. Ire. ed., Delta 2008.
48. **Muriel. Fabre-Magnan**, Droit des obligations, 7ed, L.G.D.J, Paris,
49. **Nathalie. Sauphanor**, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, L.G.D.J., 2000.
50. **Olivia SABARD**, Les sanctions de l'inexécution du contrat (suite): Résolution/ Réduction du prix, L.E.D.C. 2016.
51. **Philippe Le Tourneau, Loïc Cadiet**, Le Droit de la responsabilité et des contrats, 3^{ème} ed, Dalloz, 2000.
52. **Philippe Le Tourneau**, La responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz 3^{ème} éd., Paris, 2009.
53. **Philippe. Gaudrat**, Droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information (Rapport-cadre), 2eme ed, LexisNexis, Canada, 2018.
54. **Pierre. Leclercq**, Conclusion, in **Xavier Linant de Bellefonds.**, Informatique et droit de la preuve, éd. des Parques, paris, 1987.

55. **Pierre. Leclercq**, Faut-il réformer le droit de la preuve?, D.I.T., 1991/1.
56. **R. Meurisse**, Le déclin de la preuve par écrit, Gaz. Pal., 1951
57. **Rene. Savatier**, Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui – Structures matérielles et structures juridiques, in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. t. I, L.G.D.J., Paris, 1950.
58. **Vincent. Forray**, Le Consensualisme dans la théorie générale du contrat, thèse doctorat, éd, L.G.D.J, 2007.
59. **Xavier- Linant. De Bellefonds**, Rapport introductif », in Informatique et droit de la preuve, Paris, éd. des Parques, 1987.
60. **Xavier. Dieux**, La preuve en droit commercial belge, R.D.C., 1986.
61. **Xavier. Lagarde**, Observations critique sur la renaissance du formalisme, J.C.P., G, 1999.
62. **Yvan. Auguet, Nicolas. Dorandeu, Marc. Gomy, Sébastien. Robinne et Vanessa Valette- Ecole**, Droit de la consommation, ELLIPSES, Paris, 2008.
63. **Yves. Picod, Helene. Davo**, Droit de la consommation, 2 éd, Sirey, Paris, 2005.
64. **Yvonne. Lambert-Faivre**, Droit du dommage corporel, 4ème éd, Dalloz 2000.
29. **Alfred Jauffret**, Droit commercial, introduction règles communes à tous les personnes du droit commerçants individus, 2ème éd, T 1, Dalloz, Paris.

(2) - الأطروحات

1. **Victoire. Lasbordes**, Les contrats déséquilibres, Thèse de doctorat, Toulouse 1, 2000.
2. **Eric Bertrand Nemadeu Djuitchoko**, Le traitement du contentieux bancaire, Thèse doctorat, en droit privé de l'université de Saint-Etienne, France, 2011.
3. **Guillaume ZAMBRANO**, L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence, Etude de contentieux français devant le tribunal de commerce de paris 2010-2012 , Thèse de doctorat, Ecole doctorale de droit et sciences politiques, Université de Montpellier 1, 2012.
4. **Marie DUPONCHELLE**, Le droit à l'interopérabilité « Etude de droit de la consommation », Thèse de doctorat en droit privé, Ecole de droit de la Sorbonne, Université Sorbonne, Paris 1, 2015.
5. **Jorge BALMACEDA**, La vente de marchandises dans les systèmes de droit civil et de Common law «Une étude des droits anglais, français et chilien», Thèse de doctorat en droit privé, Ecole doctorale de droit privé, Université Paris 1- Panthéon Sorbonne, 2017.
6. **Djamila MAHI-DISDET**, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, Thèse de doctorat en droit privé, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, Académie d'Aix-Marseille, 2011.

7. **Khair Al Deen Kadhim OBBED**, Les effets de l'Internet sur les règles de conflit de compétence internationale « Comparaison entre les droits irakien, Thèse de doctorat en droit privé, Spécialité : Droit international privé, Université de Toulon, Ecole doctorale, France, 2016.
8. **Mrie- Antionette. Guerriero**, L'acte juridique solennel, theses doctorat, toulouse, 1975.
9. **Tien.-Dien. Nguyen**, Le formalisme en matière contractuelle, thèse doctorat, Paris, 2001.
10. **Dalila. Zennaki**, Droit de la consommation, les cours de magistère, These, Faculté de droit, Université d'Oran 2010-2011.
11. **Pascal FRECHETTE**, La restitution des prestations en droit Québécois : Fondements et régime, thèse de doctorat en droit, Université LAVAL, Québec, Canada, 2017.
12. **Mostafa Fahim NIA**, les obligations de livraison et de conformité du vendeur dans les contrats de vente internationale de marchandises-étude comparative de la convention de Vienne du 11 avril 1980 et du droit français des ventes internes, thèse de doctorat, Paris1, Panthéon Sorbonne, 2011.

(3) - المقالات

1. **B. Mallet-Bricout**, Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi, Justice du XXIème siècle : un nouveau souffle, RTD Civ. 2017.
2. **Blandine. Mallet-Bricout**, Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi, Justice du XXIème siècle: un nouveau souffle, RTD Civ. 2017.
3. **Camille Bertrand**, la plateforme européenne de résolution en ligne des litiges (RLL), Rapport d'activité de la CECMC, 2019-2021
4. **Caroline. Houin-Bressand**, Bilan de la jurisprudence sur la responsabilité du banquier dispensateur de credit, RDBF, septembre 2007.
5. **Ch. Jarrosson et J.-B. Racine**, Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi modernisation de la justice du XXie siècle, Revue de l'arbitrage, vol. 4, 2016.
6. **Charles. Jarrosson, Jean-Baptiste. Racine**, Les dispositions relatives à l'arbitrage dans la loi modernisation de la justice du XXie siècle, vol. 4, Revue de l'arbitrage, 2016.
7. **D. HASCHER**, Arbitrage du commerce International, Dalloz., paris, 2005,
8. **Dominique. Hascher**, Arbitrage du commerce International, Dalloz., paris, 2005.
9. **Georges. Decocq**, L'influence d'Internet sur la pratique de l'arbitrage ,Rev de l'arbitrage; Bull, 2012.
10. **Jean. Bart**, Histoire du droit privé, Montchrestien, 2ème éd., Dalloz, 2009.
11. **Jean-Pascal. Chazal**, Clauses abusives, Dalloz, 2002.
12. **Karine De La Asuncion-Planes**, La personne morale peut-elle être protégée par le droit de la consommation?, Petites affiches, 03 mars 2010.

13. **Maria. José Azar, Baud,** Les actions collectives en droit de la consommation: Étude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé, Dalloz, 2013.
14. **Mohamed Kahloula et G. Mkamcha,** La protection du consommateur en droit algérien, collection «pédagogique » série Etudes et recherches, 1995.
15. **Nathalie. Blanc,** Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la cour de cassation, La documentation Française, Etude annuelle 2017.
16. **Philippe. Delebecque,** Arbitrage et droit de la consommation, Droit et Patrimoine., 2002.
17. **Philippe. Levy, Andre.** Castaldo, Histoire du droit civil, 1ere éd, Dalloz, 2002.
18. **Rapport de Rene. Savatier,** in Les progrès de la science et le droit de la preuve, Travaux de l'Association, **Henri Capitant**, t. VII, 1952, Montréal, Eugène Doucet, 1956
19. **Thomas. Clay,** Arbitrages et modes alternatifs de règlement de litiges, Dalloz, 2018.
20. **Thomas. Clay,** Droit de la Responsabilité et des Contrats, Dalloz, Paris, 2008.
21. **Thomas. Clay,** Les articles relatifs aux conventions d'arbitrage, Cahiers de l'Arbitrage, 2017.

(4) - النصوص القانونية

1. Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.
2. DIRECTIVE 2013/11/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE), no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE
3. Ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019 prise en application de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. civile et commerciale, signée le 27 septembre 1968 (72/454/CEE) J.O.C.E du 31/12/1972.
4. règlement n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 du parlement européen du conseil, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O.U.E du 20-12-2012.
5. Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, Instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91/650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

6. Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil:
7. Guide pour l'incorporation en droit interne, de la Loi-type CNUDCI sur le commerce électronique, 1996.
8. Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, J.O.R.F, n°0151 du 30 Juin 2016 Directive C.E.E. n° 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives, J.O.C.E. 21 avril 1993.
9. Ordonnance n° 2016-301 du 14 Mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.
10. Ordonnance n° 2016/131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F. n°0035 du 11 février 2016.
11. Loi 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, J.O.R.F n° 0065 du 18 mars 2014, modifiée par l'article 28 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020, J.O.R.F n° 35 du 11 février 2020.
12. Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, instituant un nouveau code de procédure civile, J.O.R.F n° 0285 du 9 décembre 1975.

(5) - بعض الاجتهادات والأحكام القضائية

1. Cass. Civ. 3^e, 16 novembre 1977, Bull, Civ, III, n° 393.
2. Cass. civ. 6 janvier 1936, D.H. 1936, 1, 115
3. Cass. civ. 1, 29 juin 1960, Bull. civ. I, n°. 355.
4. Cass. civ. 2^e, 5 avril 1965, Bull. civ. II, n°. 349
5. Cass. Civ. 1, 7 avril 1980, Bull. civ. I, n°. 142
6. Cass. Soc., 16 Février 1999, Bull. civ. n° 78.
7. Cass. Civ 1^{er}, 20 decembre 1993, Dalico. n 91-16.828, bull.
8. Cass. civ 1^{er}, 05 janvier 1999, Zanzi, n 96-21.430, Bull.
9. Civ. 1, 20 Déc. 2017, n° 16-21.425, JCP 2018.
10. Cass. soc, 23 novembre 1972, n° 71-12.032, Bull. civ. v, n° 651.
11. Cass. Soc, 2 octobre 2001, n° 99-42.942, 'SA Nikon France', Bull.
12. Cass. soc. 9 nov. 2016, n°15-10.203. Bull.
13. Cass. Civ 1, 28 mars 2000, n° 98-12.806, j.c.p éd. G, 2000,
14. Cass. Civ.1, 25 avril 1979, n 78-13.120, Bull. civ, I, n 120
15. Cass. Civ 2, 14 novembre 1979, n 78-13.120, Bull, D, 1980.
16. Cass, 10 décembre 2004, Annuaire juridique du crédit, 12, p. 1962, R.C.J.B., 2005
17. C. J., 18 décembre 2014 , CA consumer finance SA, C-449/13, EU ;C 2014 ;2464.
18. Cass. Civ1, 21 octobre 2020, n° 19-18.971, Bull.
19. Cass. Civ 3, 15 mai 2019, n° 18/26775. l'édifice ju J.P. Bruxelles, 18 septembre 2015, J.J.P., 2016

20. Cass. Civ 1, 13 mars 2007, n 06-12.774. Bull.
21. Cass, mixte. 24 février 2017, n° 15-20.411, Bull
22. Cass, mixte. 24 février 2017, n° 15-20.411, Bull.
23. Cass. 1ère civ. 8 novembre 1989, deux arrêts: Bull. civ. 1, n°. 342.
24. Cass. Com., 18 janvier 1972, pourvoi n° 70-12195, Bull. civ., n° 26.
25. Cass. Civ. 1^{re}, 27 sept. 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 347.
26. Civ. 1re, 24 janv. 1995, Dalloz 1995.
27. Cass civ 1^{er}, 5 mars 2002, Bull.I, n 78.
28. Cass.civ,lere, 5 mars 2002, Bull.I, n 78.
29. C.J.C.E., 22/11/2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 397, J.C.P. 2002, II, 10047.
30. Cass. Civ 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13.285, Bull. Civ. I, n° 135.
31. Cass. Civ. 1^{re}, 23 février 1999, Bull. civ. 1999, I , n° 59, Dalloz, 1999.
32. Cass. Civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, Bull. civ. 2002, I, n° 78.
33. Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 135, R.T.D. civ. 2005.
34. Cass.com. 27 nov. 1972, Bull. civ. IV, n° 266..
35. Civ. 1 re, 9 mai 2001, B I n° 130, RTD civ. 2001.
36. Cour. EDH, 27 octobre 1993, n° 14448/88, Dombo Beheer B. V. c/ Pays-Bas.
37. Cour. EDH 10 octobre 2006 Requête n° 7508/02, L.L. c/ France, &40.
38. CJUE, 12 octobre 2023,n. C-326/22 .
39. CJUE, 4eme, 18 décembre 2014, n C-449/13, EU, CA consumer finance SA/Ingrid Bakkaus e.a.
40. Cass. 1re civ., 30 avr. 2009, n° 07-18.334
41. Cass. civ 2eme, 9 juin 2022, n 19-21.798, Bull.
42. Cass. Soc., 16 Février 1999, Bull. civ. n° 78, 2016.
43. Civ. 1, 20 Déc. 2017, n° 16-21.425, JCP 2018.
44. Cass. civ. 1^{re} Ch., 11/03/2003, Juris-Data n° 2003- 018172.
45. Cass Crim. 31 janvier 1983, Bull., n° 210.
46. Cass 1^{re} civ, 7 mars 2018, n 17-10.489, Inédit
47. Cass. Crim, 23 septembre 2008, n 08-81.278, Société Beldis.

ثالثاً) - باللغة الإنجليزية:

1. **Chris. Reed**, The admissibility and authentication of computer evidence - A confusion of issues, Computer Law and Security Report, vol 6, 1990.
2. **Craig. Osborne**, Civil Litigation, 5° éd., Londres, Blackstone Press, 1997.
3. **David St John Sutton, Judith. Gill, Matthew Gearing**, Russell on Arbitration, 24 ed ,Sweet,Maxwell, 2015.
4. **Edward. Allan. Farnsworth**, United States Contract Law, Ardsley-on-Hudson, Transnational Juris Publications, 1991.
5. **Jacqueline, Nolan. Haley**, Judicial Review of Mediated Settlement Agreements, Improving Mediation with Consent, MEDIATION IN ENGLAND, Arbitration Law Review, Vol 05, 2013.

6. **Konard. Zweigert, Hein. Koetz**, An introduction to comparative law, 3^o éd., Oxford, Clarendon Press, 1998.
7. **Lan. Waldan, Nigel. Savage**, The legal problems of paperless transactions, Journal of Business Law 3, 1989.
8. **Mustill, Stewart, C. Boyd**, Commercial Arbitration: 2001 Companion, Butterworths, London, 2001.
9. **P.S. Atiyah**, An Introduction to the Law of Contract, 4^o éd., Oxford, Clarendon Press, 1989.
10. **P.S. ATIYAH, Jon N. Adams et Hector. MacQueen**, The Sale of Goods, 10^o éd., Harlow, Pearson Education, 2001.
11. **Paul. E. Ceruzzi**, A history of modern computing, 2^o éd., Cambridge, London, The MIT Press, 2003.
12. **Robert. Bradgate**, Evidential issues of EDI, in **lan. Walden** (éd.), EDI and the Law, Londres, Blenheim, 1989.
13. **Susan. Silbey**, Who speaks for the consumer? Nader's No Access to Law and Best's When Consumers Complain, American Bar Foundation Research Journal, 1984, republished in **Lain. Ramsay** (éd.), Consumer Law, Aldershot, Dartmouth, 1992.

الفهرس

الفهرس:

1	مقدمة
7	الباب الأول: تبلور الطبيعة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك
9	الفصل الأول: تطور النظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك
10	المبحث الأول: نمو فكرة الإثبات من الموضوعية إلى الإجرائية
12	المطلب الأول: نظرة الفقه والتشريع والقضاء للإثبات في مجال الحماية الإجرائية... ..
12	الفرع الأول: الالتزام بالإثبات في نظر الفقه
16	الفرع الثاني: الالتزام بالإثبات تشريعيا وقضائيا
25	المطلب الثاني: تمثلات النقلة
26	الفرع الأول: البدايات الأولى للنظرة الإجرائية للإثبات في القواعد العامة
27	أولا: في التصرفات المدنية
30	ثانيا: في التصرفات التجارية
33	الفرع الثاني: تشكل النظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك
34	أولا: في النظرية العامة لقانون الاستهلاك
36	ثانيا: التقنيات التعاقدية المصاحبة له
36	1: في عقد التأمين
38	2: في عقد القرض الاستهلاكي
41	ثالثا: في قانون التجارة الإلكترونية
48	المبحث الثاني: ربط الشكلية بالنظرة الإجرائية للإثبات في مجال حماية المستهلك
49	المطلب الأول: النظرة التقليدية
49	الفرع الأول: دور الإثبات في ظل مبدأ الرضائية
50	أولا: الرضائية والشكلية الإجرائية
53	ثانيا: الشكلية الاستثناء في تأدية الوظيفة الحمائية
54	1: في القواعد العامة؛ للقانون المدني
58	2: في القواعد العامة؛ للقانون التجاري
61	الفرع الثاني: المحاولات التقليدية لوضع الشكلية الإجرائية في خدمة الإثبات

62	أولاً: في النظرية العامة لقانون الاستهلاك.....
65	ثانياً: شكلية الإثبات الالكتروني.....
67	1: في النظام اللاتيني.....
70	2: في النظام الأنجلو-أمريكي.....
74	المطلب الثاني: النظرة الحديثة.....
75	الفرع الأول: تجليات الشكلية التقليدية الحديثة.....
75	أولاً: الكتابة كشكل تقليدي في خدمة عقد الاستهلاك وإثباته.....
75	1: أداة تطوير الشكلية.....
78	2: الكتابة قاعدة إثبات تشريعية.....
81	ثانياً: تجليات الشكلية لحماية المستهلك.....
82	1: الشكلية في العقود البنكية.....
83	2: الشكلية في عقود التأمين.....
85	الفرع الثاني: الشكلية الاتفاقية؛ عقد الإثبات الخاص.....
85	أولاً: نظامية الحماية من خلال فكرة الشكلية الاتفاقية.....
86	1: مدى صحة اتفاق الإثبات.....
88	2: حدود قانون الأطراف.....
89	ثانياً: تعزيز الشكلية لحماية المستهلك.....
90	1: اتفاق الإثبات فاعل في الحماية.....
92	2: تحصين عبء الإثبات من اتفاقاته.....
94	خلاصة الفصل الأول:.....
97	الفصل الثاني: نظام الحماية الإجرائية.....
98	المبحث الأول: نطاق الحماية من حيث الأشخاص.....
98	المطلب الأول: المستهلك.....
99	الفرع الأول: مدلول المستهلك التقليدي.....
99	أولاً: المدلول الفقهي.....
100	1: الاتجاه الموسع لمعنى المستهلك.....

104	2: الاتجاه المضيق لمعنى المستهلك
106	ثانيا: المدلول التشريعي للمستهلك
107	1: شروط اكتساب صفة المستهلك حسب المدلول الضيق
111	2: أساس الأخذ بالمعنى الضيق للمستهلك
113	الفرع الثاني: مدلول المستهلك الالكتروني
114	أولا: الشخص متلقي العرض الإلكتروني
115	ثانيا: المستهلك الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية
117	المطلب الثاني: المتدخل
117	الفرع الأول: المدلول التقليدي للمتدخل
117	أولا: المدلول الفقهي
119	2: المدلول التشريعي للمتدخل
122	الفرع الثاني: المتدخل الالكتروني
123	أولا: صور المتدخل
126	ثانيا: المورد الإلكتروني
130	المبحث الثاني: أساس الحماية من حيث المسؤولية
130	المطلب الأول: أساس المسؤولية
131	الفرع الأول: أساس المسؤولية التقليدي
131	أولا: الأساس النصي للمسؤولية
133	ثانيا: الأساس الفني للمسؤولية
137	الفرع الثاني: أساس المسؤولية الحديث
138	أولا: الدعوة لتبني فكرة تحمل التبعة كأساس لمسؤولية
142	ثانيا: التوجه نحو نظام قانوني خاص بمسؤولية المتدخل
146	المطلب الثاني: حق المستهلك في الاختيار بين أنظمة المسؤولية وإثباتها
147	الفرع الأول: حق الاختيار بين أنظمة المسؤولية
150	الفرع الثاني: إثبات المسؤولية
150	أولا: إلزام المستهلك بالإثبات

152	ثانيا: مسؤولية المورد الالكتروني تعفى المستهلك من الإثبات
156	خلاصة الفصل الثاني:
159	الباب الثاني: تكريس الحماية الإجرائية
162	الفصل الأول: دعاوى الإثبات الإجرائية لحماية المستهلك
163	المبحث الأول: رفع الدعوى
163	المطلب الأول: دعاوى المستهلك
163	الفرع الأول: إثبات العيب الخفي
166	الفرع الثاني: إثبات الالتزام بالتسليم المطابق
167	الفرع الثالث: إثبات التزام بالخدمة ما بعد البيع
169	المطلب الثاني: طرق رفع الدعوى
169	الفرع الأول: الدعوى الجزائية
170	أولا: دور النيابة العامة في تحريك الدعوى الجزائية
171	1- شكوى المستهلك
172	2- عن طريق الموظفين المؤهلين لذلك
175	ثانيا: دور قاضي التحقيق بعد تحريك الدعوى الجزائية
175	1: إجراء تحقيق بطلب من وكيل الجمهورية
175	2: شكوى المستهلك المصحوبة بالإدعاء المدني
176	3: الإدعاء المدني من طرف جمعيات حماية المستهلك
179	الفرع الثاني: الدعوى المدنية
179	أولا: الدعوى المدنية المستقلة
179	1: دعوى الرد
182	2: دعوى التعويض
184	ثانيا: رفع الدعوى في إطار القواعد الخاصة بحماية المستهلك
184	1: دعوى التنفيذ العيني
187	2: دعوى الفسخ
190	ثالثا: خيار العدول

المبحث الثاني: الفصل الإجرائي في الدعوى	193
المطلب الأول: شروط قبول النظر في الدعوى	193
الفرع الأول: شرط الصفة وإجراءات رفع الدعاوى والاختصاص	194
أولاً: شرط الصفة	194
1: المستهلك المضرور	195
2: النيابة العامة	196
3: جمعيات حماية المستهلكين	197
ثانياً: إجراءات رفع الدعوى وآجالها	199
1: إجراءات رفع الدعوى	199
2: آجال رفع الدعوى	200
الفرع الثاني: قواعد الاختصاص	203
أولاً: الاختصاص النوعي والإقليمي	203
1: الاختصاص النوعي	203
2: الاختصاص الإقليمي	206
ثانياً: تعديل قواعد الاختصاص	208
ثالثاً: الاختصاص الدولي	210
المطلب الثاني: التقدير الإجرائي لوسائل الإثبات في مجال حماية المستهلك	214
الفرع الأول: دور القضاء في المفاضلة بين وسائل الإثبات المختلفة	215
أولاً: التقدير القضائي للقرائن	216
1: القرائن القضائية	216
2: القرينة القانونية	218
ثانياً: سلطة القاضي في تقدير الخبرة القضائية	219
1: تقدير القاضي للحاجة إلى الخبرة وإجراءاتها	219
2: حجية الخبرة في إثبات الضرر	223
الفرع الثاني: تقدير القاضي لأدوات الإثبات الحديث	226
أولاً: سلطة القاضي في اعتبار الكتابة دليل كامل	227

228	1: حجية إثبات نسخة الأصل الموقع الكترونيا
232	2: دور القاضي في الترجيح بين المحرر الكتابي الورقي والإلكتروني
235	ثانيا: سلطة القاضي في تقدير أهمية الفاتورة
235	1: إنشاء الفاتورة كوثيقة إثبات
239	ب: تقدير حجية الفاتورة في الإثبات
243	خلاصة الفصل الأول:
246	الفصل الثاني: الحماية الإجرائية للمستهلك في ظل العدالة البديلة
248	المبحث الأول: وساطة الاستهلاك
248	المطلب الأول: دور الوساطة في منازعات الاستهلاك
249	الفرع الأول: الوساطة التقليدية
249	أولا: الوساطة على مستوى التشريعات الأنجلوأمريكية
250	ثانيا: الوساطة على مستوى التشريعات اللاتينية
254	الفرع الثاني: الوساطة الإلكترونية
257	المطلب الثاني: إجراءات الإثبات في الوساطة
257	الفرع الأول: إجراءات الوساطة لتسوية منازعات الاستهلاك
257	أولا: إجراءات الوساطة العادية
258	1: دور القاضي في إجراءات الوساطة
259	2: دور الوسيط في إجراءات الوساطة
260	ثانيا: إجراءات الوساطة الإلكترونية
260	1: تقديم طلب الوساطة الكترونيا
262	2: جلسات الوساطة الإلكترونية
262	الفرع الثاني: الإثبات أمام الوسيط
263	أولا: دور الإثبات في الوساطة التقليدية
265	ثانيا: دور الإثبات في الوساطة الإلكترونية
267	المبحث الثاني: التحكيم
268	المطلب الأول: قابلية عقود الاستهلاك للتحكيم

269	الفرع الأول: مزايا إجرائية عدلية ونصرة تشريعية
269	أولاً: التحكيم: بديل يلبي احتياجات المستهلك
269	1: تأييد الأهلية الفنية للفاصل في النزاع
270	2: ضمانات عدلية لأطراف عقد الاستهلاك
271	ثانياً: نصرة تشريعية مُعززة لإعمال العدالة البديلة في عقود الاستهلاك
272	1: المستوى التشريعي العام للتحكيم
274	2: مستجدات التحكيم على مستوى تشريعات الاستهلاك
277	الفرع الثاني: اتفاق التحكيم
277	أولاً: تسويق التحكيم في عقود الاستهلاك
277	1: قبول التحكيم في منازعات الاستهلاك
279	2: التحكيم في عقود الاستهلاك بند رمادي
282	ثانياً: الشكالية الضرورية لاتفاق التحكيم
282	1: قانونية الكتابة في اتفاق التحكيم
286	2: الحالات القانونية لاتفاق التحكيم
287	المطلب الثاني: إجراءات الإثبات أمام هيئة التحكيم
288	الفرع الأول: سلطة هيئة التحكيم في الإثبات
289	أولاً: طبيعة القرار الصادر بإجراء إثبات
290	1: في التشريعات اللاتينية
293	2: في التشريعات الأنجلو-أمريكية
296	ثانياً: الإلزام بتقديم الإثبات
299	الفرع الثاني: دور المحكم في تقدير وسائل الإثبات
299	أولاً: الإثبات الكتابي أمام هيئة التحكيم
299	1: التعارض والخطأ المادي في المستندات الكتابية أمام هيئة التحكيم
301	2: دور المحكم في تقدير الإثبات بالكتابة
303	ثانياً: إثبات شهادة الشهود والخبرة أمام هيئة التحكيم
304	1: مكانة شهادة الشهود في التحكيم

307	 2: إثبات الخبرة أمام هيئة التحكيم
309	 خلاصة الفصل الثاني:
311	 الخاتمة
318	 قائمة المراجع
337	 الفهرس



الملخص:

مادة الإثبات في مجال حماية المستهلك تعد في صلب الأحكام الحمائية لهذا الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك سواء بشكله التقليدي أو الإلكتروني.

وإلى أمد غير قصير، ظلت النظرة المسيطرة على هذا المحور هي إثبات التصور الموضوعي، وأقصت الحماية الإجرائية من أي تناول أو اهتمام أكاديمي أو تطبيقي لهذا الفرع القانوني. لكن معوقات وصول المستهلك إلى ساحات العدالة، أو إخفاقه في الوصول إلى الحق الموضوعي في الحماية أمام القضاء نبه ولأول مرة على الحاجة الملحة إلى إيلاء اهتمام بالمحطة الإجرائية في دعاوى المستهلك، وعندها انبثرت المحاولات الأولى للتأسيس والتأصيل إلى هذه النظرة الجديدة.

من هنا جاء موضوع هذه الأطروحة بالنظر ليس للإثبات من شقه الموضوعي الذي لا يمكن إنكار جدواه، بل بتسليط الضوء على رهاناته التي أوجدها فشدة التركيز على الشق الموضوعي دون الآخر الإجرائي رتب صعوبات جمة تمنع وصول المستهلك للحماية الموضوعية. لأن التكييف الإجرائي الصحيح للإثبات بتوضيح شكلياته و توصيفاته يعزز لا محالة الحماية الموضوعية للمستهلك ويحصن حقوقه.

كلمات مفتاحية: حماية، مستهلك، إجرائية، إثبات، تقليدي، إلكتروني.

Abstract:

In the field of consumer protection, it is at the core of the protective provisions for this weak party in the consumption contract, whether in its traditional or electronic form.

For quite some time, the dominant view on this axis remained to prove the objective perception, and procedural protection was excluded from any academic or applied treatment or interest in this legal branch. However, the obstacles to the consumer's access to the arenas of justice, or his failure to access the substantive right to protection before the courts, alerted for the first time to the urgent need to pay attention to the procedural stage in consumer lawsuits, and then the first attempts to establish and consolidate this new outlook began.

Hence, the subject of this thesis came from considering, not to prove its objective aspect, the usefulness of which cannot be denied, but rather by shedding light on its stakes that it created. The intense focus on the objective aspect rather than the procedural aspect created many difficulties that prevent the consumer from accessing objective protection. Because correct procedural adaptation, knowing its formalities and descriptions, inevitably enhances objective protection and fortifies consumer rights.

Keywords: protection, consumer, procedural, proof, traditional, electronic.

Résumé:

Dans le domaine de la protection des consommateurs, la notion de preuve est au cœur des dispositions protectrices de la partie faible dans le contrat de consommation, qu'il soit traditionnel ou électronique.

Pendant longtemps, la doctrine dominante sur cet axe est restée focalisée sur la démonstration de la perception objective du préjudice subi, excluant la protection procédurale de tout traitement ou intérêt académique ou appliqué dans cette branche juridique.

Cependant, les obstacles à l'accès du consommateur aux enceintes de la justice, ou son incapacité à faire valoir son droit matériel de protection devant les tribunaux, ont alerté pour la première fois sur la nécessité urgente de prêter attention à la phase procédurale dans les actions en justice des consommateurs. C'est alors que les premières tentatives d'établissement et de consolidation de cette nouvelle perspective ont commencé.

Par conséquent, le sujet de cette thèse est né de la considération, non pas de prouver son aspect objectif, dont l'utilité ne peut être niée, mais plutôt de mettre en lumière les enjeux qu'il a créés. L'accent intense mis sur l'aspect objectif plutôt que sur l'aspect procédural a créé de nombreuses difficultés qui empêchent le consommateur d'accéder à une protection objective. En effet, une adaptation procédurale correcte, la connaissance de ses formalités et de ses descriptions, renforce inévitablement la protection objective et consolide les droits des consommateurs.

Mots-clés: protection, procédurale, consommateur, preuve, traditionnel, électronique.