وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق

تخصص:قانون أعمال

مذكرة بعنوان:

أحـكام تنـازع القــوانين في الـعقد التــجاري الإلــكترونـــي

نوقشت و أجيزت بتاريخ :/

إعداد الطالبتين:

بريكي خيرة

برهان نورة

إشراف الأستاذ:

زرقاط عيسى

أعضاء اللجنة المناقشة

لقب و اسم الأستاذ	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
خديجي أحمد	أستاذ محاضر أ	جامعة ورقلة	رئيسا
زرقاط عيسى	أستاذ محاضر أ	جامعة ورقلة	مشرفا و مقررا
بالطيب محمد البشير	أستاذ محاضر أ	جامعة ورقلة	مناقشا

السنة الجامعية : 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"قَالُواْ سبحانَك لاَ علم لَنَا

إِلاَّ ماَ علَمتَنَا إِنَك أَنت العلِيُم

الحكيم"

الإهـداء

إلى روح جدتي "خيرة" رحمها الله وغفر لها وأكرم نزلها ووسع مدخلها في عليين مع الصديقين والنبيين والشهداء والصالحين وحسن أولئك رفيقا.

إلى من أوصاني ربي بهما خيرا....إلى من كانت دعواتهما لي في السر والعلن خير زاد ....والدي ووالدتي

أطال الله فيعمرهما والذي يعجز اللسان عن شكرهما.

إلى أرواح الشهداء الذين سقطوا دفاعا عن الأراضي الفلسطينية.

إلى عائلتي الكبيرة "عائلة بريكي".

إلى إخوتي وأخواتي الأحبة لقلبي، وأخص بالذكر أختي "زهرة الهدى"و إبنة عمتي "خديجة"

إلى صديقات جميعا اللواتي لا أنسى مساندتهم لي ماحييت، وأخواتي التي لم تلدهن أمي " كريمة،خولة، أميرة، سمية، "إلى نادي الفتاة لجمعية النور لرعاية الطفولة والشباب"

إلى من سأفتقدهم ،إلى من كانوا إخوتي في الله "طلبة التي درست معهم في نفس مقاعد جامعة قاصدي مرباح ورقلة .

إلى كل من نسيهم قلمي ولم ينساهم قلبي.

إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل المتواضع

خيرة

الإهـداء

الحمد لله وكفى و الصلاة على الحبيب المصطفى و أهله ومن وفى

أما بعد :

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد و النجاح بفضله تعالى مهداة إلى

والدي الكريمين اللذين كانا سندا لي في كل وقت وحين وحفظهما الله بحفظه

و إلى العائلة الكريمة التي كانت و لا تزال سندي في الحياة من إخوة و أخوات

إلى رفيقات المشوار اللاتي قاسمنني لحظاته ورعاهم الله ووفقهم

و إلى كل الأحباب و الأصدقاء دون إستثناء

إلى كل من كان لهم أثر على حياتي ، وإلى كل من أحبهم قلبي و نسيهم قلمي

نـورة

شكر و عرفان

قال رسول الله ﷺ

"من لم يشكر الناس لم يشكر الله

"الحمد الله على إحسانه والشكر له على توفيقه وامتنانه

ونشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له تعظيما لشأنه ونشهد أن سيدنا ونبينا محمد عبده ورسوله الداعي إلى رضوانه صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه وسلم.

بعـــد شكر الله سبحانه وتعالى على توفيقه لنا لإتمام هذه المذكرة نتقدم بالشكر الخاص إلى رمز العلم ، العمل و الإلتزام للأستاذ المشرف"**زرقاط عيسى**" على تقديمه الملاحظات و التوجيهات السديدة أثناء إنجاز هذا العمل و جزاه الله كل خير

وأيضا كل الشكر لموظفي مكتبة الحقوق بجامعة ورقلة و أخص بالذكر" عبد القادر بن أودينة".

كما نتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى اللجنة الموقرة التي قبلت مناقشة هذا البحث المتواضع وتقييمها بملاحظتهم السديدة،وأيضا وفاءً وتقديراً واعترافاً منا بالجميل نتقدم بجزيل الشكر لأولئك المخلصين الذين لم يألوا جهداً في مساعدتنا في مجال البحث العلمي، والى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إنجاز وإتمام هذا العمل.

رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحاً

قائمة الرموز و الاختصارات

باللغة العربية

الإختصار	الدلالة
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
ط	الطبعة
د.ط	دون طبعة
د.م	دون مجلد
د.ت	دون تاريخ النشر / أو سنة النشر
ص	صفحة
ج.ج، ج. ر.	الجمهورية الجزائرية جريدة الرسمية
د.د.ن	دون دار النشر
د.ب	دون بلد
ق.م.ج	قانون المدني الجزائري
ق.ت.إ.ج	قانون التجارة الإلكترونية الجزائري

باللغة الفرنسية

الإختصار	الدلالة
P	**Page**

مـقـــدمـــة

مقدمة

يشهد هذا العصر ثورة معلوماتية لم يسبق لها مثيل في التكنولوجيا، وما صاحبها من تطور بشكل كبير ومتسارع في شبكة الإتصالات الرقمية، قربت و إختصرت المكان وألغت الحدود الجغرافية بين الدول وألقت بضلالها على كافة جوانب الحياة، وتمثل أيضا التجارة أهمية بالغة بالنسبة للشعوب لهذا وجه لها إهتمام منذ القدم وحتى يومنا هذا نظرا لما تلعبه من دور محوري وفعال في بناء الصرح الإقتصادي لهذه الشعوب، والسير بها نحو التقدم والرقي.

وإزاء هذه الأهمية التي تناولناها مسبقا لهذين المصطلحين التكنولوجيا والتجارة، فإن الجمع بينهما يؤدي إلى تكوين مصطلح التجارة الإلكترونية، و التي تتم عن طريق التعاقد حيث يتفاوض الأطراف المتعاقدون عن بعد فيتبادلون المعلومات وسائر البيانات بسرعة فائقة في مجلس عقد افتراضي، وأمام التحديات التي تواجهها النظم القانونية، ومن أبرزها التعاقد عن بعد عبر شبكة الأنترنت وقانونية المعاملات الإلكترونية، كالتعبير عن الإرادة، وتطابقها عن طريق تبادل رسائل البيانات، وبروز أشكال الانتهاكات والجرائم اليومية في بيئة التجارة الإلكترونية فقد تزايدت المنازعات الناجمة عن هذه المعاملات مما يستدعي البحث عن القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة لها للنظر في النزاع ومدى ملائمة النصوص القانونية، وأن هذين الأخيرين و ما يوفرانه من أمان وحسن أداء العدالة بإتباعه إجراءات قانونية مستقرة غير أن العدالة الوطنية لم تعد قادرة على الإستجابة للتطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية وخاصة التي تتم بطرق الإتصال الحديثة أو مايسمى بالتجارة الإلكترونية والتي يمكن تعريف هذه الأخيرة في إطار القانون الجزائري 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في نص المادة السادسة منه : "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني بإقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني عن طريق الإتصالات الإلكترونية".مع ماأفرزته وسائل الاتصال الحديثة

من إشكاليات وتحديات وبهذا الصدد أشارت الاتفاقيات الدولية إلى ضرورة مواجهة جميع التحديات المتعلقة بإبرام العقد الإلكتروني ومدى إمكانية التأكد من أهلية وحرية الأطراف المتعاقدة، ونجد المشرع الجزائري وفي هذا المجال في المادة 18 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون مكان المختار عن المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم إمكانية ذلك يطبق قانون الموطن المشترك".

وتتجلى أهمية الموضوع أساسا في انتشار حجم التجارة الإلكترونية التي بدأت تتزايد بشكل ملحوظ في السنوات الأخيرة وجعله قرية صغيرة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى في ظل ظروف قاهرة وطارئة مثل: كوفيد19، و كذا ضرورة وضع ضابط ومعيار شرعي ونظامي يحكمها. ويحمي المتعاملين فيها أثناء حضور الأطراف أو في حالة غيابهم. ألا وهو القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، فهو موضوع بالغ الدقة و الأهمية لكونه يعكس فكرا جديدا يواجه مشكلات المستقبل في عصر الثورة الثالثة التي تمر بها الحضارة الإنسانية، وتظهر الأهمية كذلك في الآثار القانونية التي ترتبها في ميدان البيئة الإلكترونية كالمنازعات التي تنجم عليها وطرح الحلول لتسوية هذه المنازعات وفقا للنظام القانوني الملائم لها.

والغاية من إختيار هذا الموضوع بإعتبار أن العقود التجارية الإلكترونية هي عقود دولية ما يدفع الباحث إلى التفكير في القانون الواجب التطبيق على هذه العقود في ظل عبورها لحدود أكثر من دولة ووجود أطراف في عدة دول وكذا الجهة القضائية المختصة لحل منازعات التي تثور بشأنها.

ويعود اختيارنا لهذا الموضوع لأسباب موضوعية بحتة تعود أساسا إلى جدية الموضوع في حد ذاته وكذا معرفة الحالات التي يطبق فيها فرع معين من القانون معين

على عقد التجارة الإلكترونية، سواء بحضور طرفيه أو بغيابهم، وكذا يعتبر من مواضيع الجديدة المتشعبة والتي تستدعي إلى أبحاثا ومناقشات كثيرة وذلك بحكم تطور التكنولوجيا وعدم توحيد القانون الدولي الخاص بين الدول وطرح العديد من الإشكالات ماجعل منه محل جدل فقهي وتشريعي، أما الأسباب الشخصية فتتمثل في رغبتنا كطالبتين متحمستان في دراسة الموضوع ومحاولة الكشف عن نظامه القانوني ووضع حلول الإشكالات والتساؤلات القانونية التي يثيرها موضوع البحث.

إن التطور التكنولوجي المذهل في مجال تقنية الإتصال والمعلومات الذي نعيشه اليوم أدى إلى انعكاسات على واقع التجارة الالكترونية خاصة في جانبها العقدي، و امتد ليشمل الجانب الإلكتروني، فأصبح التعاقد عن بعد واقع عملي يفرض نفسه على المستوى الوطني والدولي، وبما أن التعاقد عن بعد يثير إشكالا واختلافا بين قوانين الدول، الأمر الذي يؤدي دون شك إلى تنازع بين قوانينها كلما تعلق الأمر بعلاقة أومركز قانوني يشتمل على عنصر أجنبي ، وعليه ستتم الدراسة حول منازعات العقود التجارة الالكترونية من خلال محاولة الإجابة على الإشكالية التالية : **كيف يتم تطبيق أحكام تنازع القوانين في العقد التجاري الإلكتروني؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية تستوجب دراسة هذا الموضوع على عدة مناهج : المنهج الوصفي وذلك من خلال التعرض لمختلف التعريفات التي تخدم صلب الموضوع، كمفهوم قانون الإرادة، وتعريف النظام القانوني، و تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري وأيضا من خلال عرض الآراء الفقهية، بالإضافة إلى المنهج التحليلي تحليل النصوص المتعلقة بموضوع الدراسة كالقانون المدني الجزائري، قانون التجارة الإلكترونية الجزائري ق05/18، وكذا تحليل مواد مختلف الاتفاقيات الدولية والإلمام بكافة أحكامها، والمنهج المقارن كون أن الدراسة لا تقتصر على قانون دولة معينة أو نظام قانوني محدد بذاته بل تم تناول الموضوع من منظور الدراسة القانونية المقارنة مع الإشارة إلى القانون الجزائري وموقفه

من المشاكل القانونية المطروحة كلما سمحت الفرصة بذلك، وأيضا عند التطرق في العلاقة بين المنهج التنازعي ومنهج القواعد المادية.

وأما عن الدراسات السابقة لموضوع بحثنا فتمثلت في :

✓ خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية ، رسالة ماجستير في القانون الدولي،2010 والتي تناولت هذه الرسالة عقود التجارة الإلكترونية وطرق التنازع الدولي للقوانين وكذا القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وتناولت أيضا تحديد الجهة القضائية المختصة لحل النزاعات .

✓ ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية،2018/2017، التي عالجت هذه الرسالة إختيار القانون الواجب التطبيق في ظل المنهج التنازعي وكذا القانون الواجب للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وفقا لمنهج القواعد المادية

✓ بن غرابي سمية ، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين ، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون، 2009 ، والتي تناولت شروط خضوع عقود التجارة الإلكترونية لمنهج تنازع القوانين وتطرقت إلى تطبيق منهج تنازع القوانين على عقود التجارة الإلكترونية

ومن الصعوبات التي واجهتنا في إتمام البحث من حيث أن مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية غير مقننة مما يقتضي بنا إلى ضرورة التطرق لأكثر فرع من فروع الدراسات القانونية إلى جانب القانون الدولي الخاص والقانون المدني و القانون الإجراءات المدنية و الإدارية وقانون التجارة الإلكترونية وغيرها.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة تنقسم الدراسة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق لحل نزاعات العقد التجاري الإلكتروني (الفصل الأول) تحديد الجهة القضائية المختصة لحل نزاعات العقد التجاري الإلكتروني (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني

الفصل الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني

تحتل التجارة المكانة الأولى في المبادلات التجارية العالمية،ولا تتم هذه المبادلات إلا عن طريق العقود المبرمة بين المتعاملين في هذا المجال، ولما كانت عقود التجارة تتضمن جميع المسائل المتفق [1]عليها، فقد يحدث وأن يثور نزاع بين الطرفين حول مسألة من المسائل المتفق عليه من قبل،مما يؤدي إلى وجود إشكال حقيقي حول القانون الواجب التطبيق، إذ تثار مسألة القانون الواجب التطبيق في العلاقات المتصلة بالقانون الدولي الخاص، والتي تتميز بطابعها الدولي لتجاوزها حدود الدولة الواحدة في عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية، والمتمثلة في "الأطراف، المحل والسبب"، وهذا عكس ما هو عليه عند تركيز كل عناصر العلاقة في دولة واحدة مما يجعلها بمفهوم المخالفة علاقة وطنية محضة، ولا تثير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق[2]، ولما كانت شبكة الأنترنت بطبيعتها شبكة عابرة للحدود، ومقربة للمسافات فإن جل المعاملات التجارية تتم عن طريق هذه الوسيلة، ومن ثم فتصبح هذه العقود في غالب الأحيان عقودا تجارية دولية وبالتالي فإن العقود المبرمة عبر الأنترنت تعد عقودا دولية لأنه يجوز لأي شخص في أي مكان أن يستخدم تلك الشبكة، ويقوم بإبرام عقود مع أشخاص آخرين.

اعتمدنا على تحليل قواعد القانون الدولي الخاص لدراسة مسألة التنازع فقمنا بتقسيم هذا الفصل إلى : مبحثين أدرجنا في (المبحث الأول) القانون الواجب التطبيق في ظل منهج التنازعي، وفي (المبحث الثاني)القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية وفقا لقواعد المادية.

---

[1] لزهر بن سعيد،النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، د.ط، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2012، ص187.

[2] خليفي سمير، حل المنازعات في عقود التجارة الإلكترونية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، قانون التعاون الدولي،كلية الحقوق،جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010، ص16.

الفصل الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني

المبحث الأول:إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد تجاري إلكتروني في ظل المنهج التنازعي

تتبع معظم الأنظمة القانونية نظاًما ثنائًيا في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود بين الأطراف ذات الطابع الدولي، ويفرق بين حالتين الحالة الأولى تتمثل في وجود اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة (المطلب الأول)الذي تحت عنوان اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا، وقد يكون ضمنًيا، والحالة الثانية تتمثل في حال عدم وجود اتفاق بشان التحديد القانون الواجب التطبيق(المطلب الثاني) تحت عنوان غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، في حال نشوب نزاع بين طرفي العقد، وهو نفس الأمر ينطبق على عقود التجارة الإلكترونية[1].

المطلب الأول : إتفاق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة أساس إبرام العقد فالعقد شريعة المتعاقدين ولا يقتصر ذلك على العقود التقليدية فقط، فقد امتد أيضا العقود الإلكترونية بما فيها عقود التجارة الإلكترونية،وقد لحق العقد تطور كبير وذلك عن طريق مبدأ الرضائية الذي يشكل الدعامة التي يستند إليها مبدأ سلطان الإرادة، وهي كافية لإبرام التصرفات ولهم الحق في تحديد الإلتزامات والحقوق المترتبة على عقدهم[2]، فقد ارتأى القانون وأن للمتعاقدين في مجال القانون الداخلي حرية إنشاء عقدهم وعلى هذا الأساس تدور دراستنا في هذا المطلب، الفرع

[1] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، قانون دولي خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي،2018/2017، ص5.

[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص257.

الأول إلى مفهوم قانون الإرادة، أما في الفرع الثاني إلى : تطبيق مبدأ سلطان إرادة ، أما في الفرع الثالث إلى : صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة[1].

الفرع الأول : مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يعرف مبدأ سلطان الإرادة بأنه اتفاق بين الطرفين، وقد نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري على مايلي : "العقد شريعة المتعاقدين،فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"[2]، وقد تم تطبيق هذا المبدأ على تنازع القوانين بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية إذ يتم تطبيق القانون الجزائري وجوبا وهذا حسب المادة 02 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والتي تنص على أن"يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني :

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

ويفهم من نص هذه المادة تطبيق القانون الجزائري وجوبا في المعاملات التجارية الإلكترونية وذلك بتوفر أحد شروط الثلاثة التي نصت عليهم المادة، وتنص المادة 18 من

[1] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص6.

[2] محمد صغير بعلي، المدخل العلوم القانونية، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006، ص130.

القانون المدني على أن"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد[1]".

من خلال هذا النص، يفهم أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الصريحة دون يأخذ بعين الاعتبار الإرادة الضمنية و في حالة غياب الاتفاق الصريح يتم إعمال المعايير الاحتياطية الواردة في الفقرتين 2-3 من المادة 18 ق م ج الأولى قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة أو حل إبرام العقد[2]، بحيث اختلف مفهوم هذا المبدأ بالنسبة لنظرة القانون والفقه و القضاء، و يمكن جمع هذا الخلاف في ثلاث اتجاهات :

الاتجاه الأول: يضيق هذا الاتجاه من نطاق قانون الإرادة، حيث إنه قصر حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم تعاقدهم في القانون الداخلي لدولة معينة،أي أنه يقتصر على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف وفقا لأحكام القانون الدولي العام، وعليه فإن أطراف العقد الإلكتروني إذا اختاروا قانونا معينا ليحكم عقدهم، فيجب أن يكون قانونا وطنيا أي قانونا داخليا لدولة ما، وقد أخذت محكمة العدل الدولية الدائمة بهذا الاتجاه في حكمها الصادر عام 1929م[3] حيث قضت بأن "كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص".

لقد انتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه بحجة أنه يضيق من فكرة قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، على أساس أن تطبيق هذا المنهج يترتب عليه تطبيق قواعد وطنية وضعت أساسا من أجل العقود الداخلية، لا عقود التجارة

[1] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 1975/09/26المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون 05- 10، ج ج،ج ر، العدد 44، لسنة 2004.

[2] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص11.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص269.

الإلكترونية في حين أن هذه الأخيرة هي عقود دولية كما أن تطبيق القوانين الوطنية قد يؤدي إلى تباين، واختلاف الأحكام القضائية بصدد تلك النوعية من المنازعات التي تتم عبر الخط[1].

الاتجاه الثاني : يقوم هذا الاتجاه على إطلاق يد المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، أي أنه منح الحرية الكاملة للمتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم عقدهم،والتوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية مثل:القواعد العرفية التي نشأت و استقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية، ويظهر هذا الاتجاه في نص المادة 18/ف1 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:"يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين ..."[2]، فالنص يتحدث عن الحرية المتعاقدين في اختيار قانون آخر دون تقييده، أو تخصيصه بكونه قانون دولة معينة مما يعني أن هذا القانون قد يكون قانونا وطنيا وقد يكون غير ذلك، ولكن يعاب على هذا الاتجاه أنه يطلق الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد على نحو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطا وثيقا.

الاتجاه الثالث : يحمل هذا الاتجاه في طياته طابع الاعتدال حيث إنه لا يصل إلى حد تضييق نطاق قانون الإرادة الذي نادى به أصحاب الاتجاه الأول، كما لا يذهب إلى حد إطلاق العنان للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، والذي ذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني[3].

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص19

[2] ينظر إلى المادة 18/ف1من قانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص194.

فهذا الاتجاه يخول للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية عملا بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد،واحتراما لتوقعاتهم،ولكنه يحرص في ذات الوقت على ألا تصل هذه الحرية إلى حد إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة،فهذا الحل يقيم نوعا من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وإرساء هذه الحرية على أسس مشروعة[1].

ويجد هذا الاتجاه أساسه في نص المادة 24 من ق م ج والتي تنص صراحة على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا مع النظام العام أو الآداب العامة في الجزائر.[2]

الفرع الثاني:تطبيق مبدأ سلطان الإرادة

الإختيار الصريح: إذا كانت النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فمن الطبيعي أن يمارس هؤلاء المتعاقدين هذا الحق و يعلنوا عليه صراحة عن القانون المختص بحل ما يثور بينهم من منازعات في المستقبل، فإذا تم ذلك كنا بصدد الإختيار الصريح لقانون العقد وكنا فعلا بصدد قانون الإرادة، ويشير استقراء الواقع أنه قد صار من المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار و العقد... الخ، إذ أنه يمكن للمتعاقدين في مجال عقود التجارة الإلكترونية أن يقدروا بحرية تامة إخضاع عقدهم لقانون

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص273.

[2] انظر إلى نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على"لايجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أوثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون"، مرجع سابق.

دولة تقر بصحة التوقيعات الإلكترونية دون اشتراط وجود أية صلة بين القانون المختار والعقد[1]، هذا اختيار يمكن أن يتم على شبكة الإنترنت بصور متعددة، فيمكن أن يتم عبر البريد الإلكتروني من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية كما يمكن أنها يتم عبر غرف المحادثة والمشاهدة والتي تمكن الطرفين من مناقشة كافة الشروط العقد والقانون الواجب التطبيق عن طريق المحادثة المباشرة والكتابة، ومن المتصور أيضا أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عبر صفحة الويب من خلال الرسائل الإلكترونية التي يتبادلها الأطراف في نفس الزمان، فبرغم من أن العقود المعروضة عبر الويب يتم إعدادها سلفا من قبل الموجب، وهو من يستقل بفرض شروطها وإملاء بنودها[2]، إلا أن إرادته لا تكفي وحدها لإبرام العقد إذ لابد من أن يوافق الطرف الثاني على الشروط التي وضعها الموجب والتي من بينها شرط القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من إمكانية التفاوض حول شروط العقد في مجال التجارة الإلكترونية، كأن يعرض التاجر عقود نموذجية الخاصة بمحله الإفتراضي، على أن يورد ملاحظة بإمكانية مناقشة بنود العقد، أو بند معين منها، مثل البند المتعلق بالقانون الواجب التطبيق وهذا ما يؤكده الواقع العملي في مجال التجارة الإلكترونية، إذ معظم تلك العقود تجيز المفاوضات والمساومة بين أطراف العقد، حول كلما يتعلق بشروط التعاقد أو تعديلها وتبرز أهمية الإختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق بإعتباره وسيلة لتسهيل انتشار وتحفيز الثقة في التجارة الإلكترونية، كما حرصت مجموعة خبراء الأمم المتحدة بمناسبة وضع قانون التجارة الإلكترونية الأونيسترال لعام 1966[3]على تفعيل مبدأ حرية التعاقد، إذ أكدوا أنه من الأهمية القصوى التركيز على مبادئ

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص283 – ص284.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص201.

[3] قانون الأونيسترال بشان التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراك1966 م، الأمم المتحدة نيويورك

الموقع الإلكتروني:

https://www.uncitral/.org.//pdf/arabic/texsts/electcom/m/-ekcsig-

التعاقد والاتفاق بين أطراف العقد بصورة حرة بغية تفادي الفهم الخاطئ من جانب المشرعين لضمان ثقة أصحاب الأعمال في هذا القانون، القانون الذي يحكم العقد[1]، يمثل إختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق التجسيد الفعلي لمبدأ سلطان الإرادة ويعد الحل الأمثل لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، والسبب في ذلك هو أن الإرادة بطبعتها غير المادية هي الوحيدة القادرة على مواجهة الإفتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية وهي القادرة على حل منازعات إلكترونيا، لذا يبقى قانون الإرادة هو الوسيلة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية[2].

الاختيار الضمني: تؤكد غالبية تقنينات القانون الدولي الخاص المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين لأنه اختيار الحقيقي ولكنه غير معلن[3]، أي لم ينص عليه صراحة المتعاقدين في بنود العقد أو تبادل رسائل المعلومات على اختيار القانون واجب التطبيق[4]، فقد نصت المادة (18/ف2) من قانون المدني الجزائري على أنه"يسري على الالتزامات التعاقدية... وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك..."قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد؛ هذا مالم يتفق المتعاقدان، أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"، فالقاضي يجوز له أن يتوصل إلى القانون الذي تم اختياره عن طريق بعض الدلالات مثل القانون الذي اختاره الأطراف، أو استخدام بعض التعبيرات القانونية التي تنتمي إلى قانون معين، أو الإحالة إلى قانون معين من خلال

[1] عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق،المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج البويرة،2012 ، ص103، ص104.

[2] عتيق حنان، المرجع السابق، ص106.

[3] المرجع نفسه، ص106.

[4] محمود عبد الرحيم الشريفات، كتاب التراضي في التعاقد عبر الأنترنت، ط1، د.د.النشر،2005،عمان، ص84.

أحد بنود العقد...إلخ، [1]على أن هناك بعض المؤشرات التي لا تعتبر حاسمة أو ذات أهمية قليلة في اختيار هذا القانون و منها اللجوء إلى لغة أو عملة دولة معينة، ذلك أن أغلب التعاملات عبر الإنترنت تتم باللغة الانجليزية فقد أصبحت هذه اللغة بمثابة لغة رسمية للتجارة الإلكترونية، وبالتالي فإن صياغة العقد بهذه اللغة قد لا يكون مؤشرا على أن الأطراف اختاروا القانون البريطاني أو الكندي أو الأمريكي لحكم العقد،أيضا اللجوء إلى عملة معينة أصبح مؤشرا قليل الأهمية، و ذلك لأن اغلب التبادلات المالية عبر شبكة الإنترنت تتم عبر بطاقات ائتمان[2].

الفرع الثالث: صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة

من الطبيعي أن تنشأ إشكالات ومنازعات قانونية غير معروفة مسبقا في بيئة الانترنت نظرا لطبيعتها، التي تتعلق بانعقاد العقد أو تنفيذه أو تفسيره أو إثباته، أو حتى حلول المنازعات المترتبة عن ذلك العقد، وهذا ماسوف نتطرق إليه في هذا الفرع :

أولا:الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح

1-صعوبة التحقق من توافق الإرادتين : إن الحقيقة الغالبة في عقود التجارة الإلكترونية هي غياب التواجد المادي لطرفي العقد وقت إبرامه، ويستتبع ذلك أن التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين في ظل المعاملات الإلكترونية ليس بالأمر السهل، لأن ما هو معروف أن شبكة الانترنت تتيح استعمال أي هوية يختارها المستخدم، حيث نجد معظم المواقع الإلكترونية تمنح استعمال بيانات تحدد الهوية الإلكترونية موضوعة مسبقا من قبلها، وغالبا يقوم مستخدم الشبكة باختيار بيانات خاطئة متعلقة بهويته، من ذلك يختار اسم غير حقيقي، وبلد غير البلد الموجود فيه، وعنوان وهمي، بالإضافة إلى بيانات أخرى غير معروفة

[1] إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص350.

[2] محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص74، ص75.

في الهوية الحقيقية، واذا كان المتعاقدين من خلال وسائل الاتصال التقليدية كالفاكس، أو التلكس، أو التلفون يعرفون مقدما الدولة التي يتصلون بها، فإن المتعاملين عبر الانترنت يفتقرون إلى ذلك التحديد، لأن العنوان الإلكتروني الذي يتعاقدون من خلاله قد لا يكون مرتبطا ببلد معين كما هو الشأن في العناوين الإلكترونية التي يشار إليها في المقطع الأخير منها ب(dz)(com) وعليه نصت المادة 8 من ق ت إ ج[1]، وبهذا يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الآخر وتزداد الصعوبة أكثر حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة و وساطة إلكترونية لا تملك إرادة أصلا[2]، وبصفة خاصة عندما يقوم الحاسوب أم الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تتضح صعوبة التحقق من إرادة التعاقد كذلك حين تصدر تلك الإرادة من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن المتعاقد الأصلي أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية أو تم تغيير في محتواها[3].

وفي هذا الصدد استنجد القانون بالتكنولوجيا، التي ابتكرت التوقيع الإلكتروني و الذي اعتمدته معظم التشريعات كطريقة تضمن هوية الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الإنترنت،مع ضمان الصلة بين الموقع وصاحب المعاملة، حيث أصبحت مسألة الإفصاح عن الهوية وتحديدها من قبل المتعاقدين من أبرز ما أستحدثه قواعد التشريع في مجال التعاقد الإلكتروني، ويعد التوقيع الإلكتروني من أبرز وسائل تحديد الهوية الإلكترونية، إضافة إلى الوسيط الضامن وهو طرف محايد في العلاقة التعاقدية يطلق عليه مؤدي

[1] ينظر إلى نص المادة 8 من قانون 18-05 متعلق بالتجارة الالكترونية، ج ج، ج ر عدد 28، المؤرخ في2018/5/10.والتي تنص على أن "... ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الأنترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد {com.dz}.
يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للموارد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته".

[2] ربحي فاطمة الزهراء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الميزان، بومرداس، العدد 01، د.ت ، ص357.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص353.

خدمات التصديق الإلكتروني تسند له مهام أهمها تسليم شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة تتضمن اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي سيسمح بتحديد هويته، كما تقوم هذه الجهة بإصدار المفتاح الخاص الذي يتم بمقتضاه تشفير المعاملات الإلكترونية، والمفتاح العام الذي يتم بوساطته فك التشفير[1].

2- **صعوبة إثبات اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين يحكم العقد الإلكتروني:** تعد قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزامات بوجه عام والتصرفات القانونية التي تتم من خلال شبكة الإتصالات الإلكترونية بوجه خاص، لأن الحق الذي ينكره الخصم ولا يستطيع صاحبه أن يقيم الدليل على وجوده يكون عديم القيمة، لذلك تتضح أهمية الإثبات في مجال التصرفات القانونية بوجه عام، و تبدو أهميته أكثر في مجال المعاملات الإلكترونية، لاسيما في ظل غياب الدعامة المادية الخطية والشهود، فالتعاقد عبر الشبكة يتم عن طريق وسائل معلوماتية في صورة بيانات تظهر على شاشات الحواسيب الآلية، وهذه الخصوصية أدت إلى وجود عقبات حقيقية تتعلق بقواعد الإثبات التقليدية حال تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية بالإضافة إلى تباين التشريعات الوطنية في تنظيم أدلة الإثبات من جهة ومن جهة أخرى تبنيها نهجا مختلفا في قبول الأدلة الإلكترونية[2]، يزيد من صعوبة الإثبات في المعاملات الإلكترونية، اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات، فمنها من تتبنى قواعد إثبات مرنة مما يمنح للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي، وللقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته بينما نجد نظم قانونية أخرى تفرض منهجا صارما وتضع طرقا محددة للإثبات لا يستطيع القاضي أو أطراف العقد الحياد عنها، كما أقرت أمانة الأونسيترال نتيجة للتحقيقات التي

[1] ربحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص358.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص357.

أجرتها في مجال الإثبات، بوجود مشاكل يثيرها استخدام البيانات المخزنة في الحواسيب الآلية كدليل إثبات في المنازعات[1].

3-عقبات أخرى ذات طبيعة تقنية تحول دون تطابق إرادة الأطراف بشأن الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، من شأنها أن تفضي إلى:

حدوث عطل داخل الأجهزة يؤدي إلى ضياع البيانات المخزنة بداخلها، أو انتهاء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها بحيث تحذف وتهلك أو تصبح غير مقروءة، مما يؤثر على استخدامها كوسيلة إثبات، علاوة على ذلك قد يكون من الصعب استرجاع تلك البيانات إذا تم تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير سليم، أو إذا تم استخدام أجهزة غير مناسبة . هناك عقبة أخرى ترجع إلي صغر حجم شاشة الحاسوب الأمر الذي لا يسمح بظهور بنود العقد كاملة خاصة إذا كانت الوثيقة العقدية طويلة تحمل شروطا تفصيلية أو أن بنود العقد قد تمت كتابتها بحجم صغير غير مقروء على نحو يتسنى للمتعاقد الإطلاع عليها بشكل كافي وهناك تقنية أخرى أكثر تعقيدا، يتعلق الأمر بما يسمى اتفاقات نزع الغلاف وتنصب هذه العقود خاصة على برامج المعلوماتية أين يتم إدراج هذه الأخيرة في عبوة أو ما يسمى بحزمة البرنامج المعلوماتي، يتم تغليفها بواسطة غلاف بلاستيكي أو السيلوفان تتضمن العبوة إلى جانب محتوى البرنامج رخصة استخدام هذا الأخير، على أن هذه الرخصة قد لا تبدو للمتعاقد إلا بعد أداء المقابل وتحميل البرنامج حيث تظهر العبارة التالية: بمجرد نزع الغلاف فإنك وافقت على الشروط الواردة في الرخصة فالمتعاقد لا يطلع على كافة شروط العقد من بينها شرط القانون الواجب التطبيق، و أخيرا قد يتم التلاعب في مضمون السند الإلكتروني أو الإطلاع على البيانات التي يتضمنها بغرض استغلالها على نحو غير مشروع[2].

[1] خليفي سمير، المرجع السابق، ص35.

[2] ربحي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص358.

4-عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية:الواقع أن اتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين على المنازعات التي قد تنشأ بصدد روابطهم العقدية التي تكون عبر الأنترنت، تبدو مسألة ضرورية لاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية في أغلب الأنظمة القانونية، فالمتعاقدون عبر الشبكة الدولية للمعلومات يتطلعون دائما إلى معرفة القانون واجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة العقدية لمعرفة حقوقهم و التزاماتهم الناتجة عن هذه العلاقة، لهذه الأسباب يحرص المتعاملون عبر الأنترنت على أن يضمنوا عقدهم شرطا خاصا يتحدد بموجبه القانون التطبيق على العقد،وهو غالبا قانون مركز إرادة الشركة الرئيسي التي يمتلكها البائع، ولا تبدو ثمة صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي يتم إبرامها بدون مستند ورقي مكتوب وموقع من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبق أحكامه، بيد أن الصعوبة الحقيقية تدق في الفرض العكسي، عندما يختار أطراف العقد تطبيق قانون دولة معينة، ثم يتضح بعد ذلك أن هذا القانون لا يعترف بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الإلكترونية والتوقيعات الرقمية،ففي هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية هي المعتمدة قانونا[1].

ثانيا: صعوبات على الاختيار الضمني

يعبر عن تلك الصعوبات جانب من الشراح موضحا أنه إذا سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد صراحة، فلا يصح للقاضي أن يبحث عن إرادتهم الضمنية، وإنما يتعين عليه تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد. وقد أسس الاتجاه الرافض لفكرة الاختيار الضمني لقانون العقد رفضه لهذا الضابط على أساس أن تطبيقه قد يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد قانون العقد مستترا وراء مايسمى الإرادة الضمنية

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص361_ ص363.

للمتعاقدين وهي في حقيقتها إرادته هو، الأمر الذي يخل بتوقعات الأطراف، ويهدد الأمان الذي تنشده التجارة الدولية.وأساس إستبعاد هذا الضابط هي[1]:

- صعوبة الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد لتحديد الإرادة الضمنية للأطراف،[2] على أساس أن اللغة الإنجليزية أصبحت لغة التخاطب الغالبة في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية[3].
- كما يصعب الاعتماد على العملة التي يتم بها الوفاء، لأنه أصبح اليوم مقابل الخدمة يؤدي بطريقة آلية عن طريق تحويل الأموال إلكترونيا أو بواسطة بطاقات الوفاء، وبالتالي فالشخص يستطيع أن يسدد بدل الخدمة بأية عملة وفي أي وقت[4].
- يصعب القول بأن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة التي تنظر النزاع، ولأن تلك المحكمة قد تكون موقعها موجودا على شبكة الأنترنت من خلال موقع أو عنوان إلكتروني لا تنتمي إلى دولة بعينها[5].
- صعوبة الاعتماد على الروابط الإقليمية في تحديد الإرادة الضمنية للأطراف لأن هذا التركيز في العالم الإلكتروني لن يكون سهلا، نظرا لاعتماده على روابط افتراضية يصعب التعرف عليها[6].

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص363 _ ص364.
[2] خليفي سمير، المرجع السابق، ص37.
[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص364 _ ص 365.
[4] خليفي سمير، المرجع السابق، ص37.
[5] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص365.
[6] خليفي سمير، المرجع السابق، ص37.

المطلب الثاني:غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

يقصد بغياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هو حالة سكوت أطراف العقد التجاري الدولي الإلكتروني عن تحديد قانون العقد صراحة،وتعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية،فإن ذلك لا يعني انعدام الحلول في هذا المجال[1]، ومن خلال هذا سوف نقسم هذا المطلب إلى مايلي:الضوابط الجامدة الفرع الأول والضوابط المرنة الفرع الثاني.

الفرع الأول:ضوابط الجامدة

جدير بالذكر أن الضوابط الجامدة التالية يصعب تطبيقها على عقود تجارية الكترونية. يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص، أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، يتم الاستناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة ترتبط بالعقد بقانون دولة محل إبرامه أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنها المشترك، باعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقًا من قبل المتعاقدين.

وهو الأمر المنصوص عليه في كل الأنظمة القانونية، بما فيها القانون الجزائري في نص المادتين 18و 3 من ق.م.ج، إذ تنص المادة 18 على"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك،يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

1 سالم عبد الكريم، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية،المجلة الدولية للبحوث القانونية و السياسية، تلمسان، العدد02،2018 ، ص76.

وتنص المادة 3 من ق.م.ج على"تحسب الآجال بالتقويم الميلادي،مالم ينص القانون على خلاف ذلك."[1]

ويستفاد من هذه النصوص الأنظمة القانونية على أن ضوابط الإسناد الجامدة هي:

أولا:قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة :سنقوم بتحديد مقصود الموطن المشترك، والجنسية المشتركة.

1 . قانون الموطن المشترك : يقصد بالموطن المكان الذي يستقر فيه الشخص، أو يتخذ منه مركزًا لمصالحه، وفي القانون الدولي الخاص يقصد به الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة معينة، يعتمد ضابط الإسناد هذا على الموطن المشترك لكلا طرفي العقد، فان اتخذ موطنًا و يفضلونه على قانون محل إبرام العقد، يكون قانون الموطن المشترك هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة،[2] و لا تزال بعض التشريعات الوطنية تطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا،ويفضلونه على قانون محل إبرام العقد، فالقانون المدني الجزائري وأيضا القانون المدني المصري على سبيل المثال قد منح لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب[3]، بينما فضل القانون المدني الإسباني وضع قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وقبل قانون محل إبرام العقد.ويدافع أنصار هذا الإسناد عنه بالقول أن قانون الموطن هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره،وقد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه،وبالتالي يكون في مقدورهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية،أو إيجابية بالنسبة لهم،[4] فالقول بوجود موطن إلكتروني فهو أمر يحتاج إلى نقاش وكثير من التمحيص، ذلك أن الفكرة في

[1] ينظر المادة 3 من الأمر رقم 58/75 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص23.

[3] ضياء الدين ناصر إسماعيل ، المرجع السابق، ص23.

[4] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص212.

حد ذاتها لا تتفق وحقيقة الموطن كرابطة بين الشخص والمكان، فالمكان في العالم الافتراضي هو ضرب من الخيال.[1]

2- قانون الجنسية المشتركة : إن الجنسية هي الرابطة بين الشخص ودولة معينة تتعلق بالكيان و السيادة فهي عبارة عن رابطة قانونية بين الفرد والدولة،[2] إذ تبنت بعض التشريعات الوطنية هذا الإتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون الإدارة صراحة أوضمنا.ولقد اختلفت تلك التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة.فالقانون المدني الإيطالي قد منح لقانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد،وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون المدني الإسباني لهذا القانون قبل قانون الموطن المشترك وبالأسبقية على قانون دون محل إبرام العقد.[3]

وقد اختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة، بينما اعتبرته أحكام أخرى دليلا على الإرادة الضمنية، أو مركز الأعمال المشترك.[4]

ثانيا: قانون بلد إبرام العقد أو محل تنفيذه

1-قانون بلد إبرام العقد :هو مؤشر استند إليه غالبية الفقه التقليدي و الحديث، كما أخذت به العديد من القوانين الوطنية والقرارات القضائية، التي أعطت أهمية خاصة لهذا المؤشر، في الحالة التي يكون فيها تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده حيث يخضع تكوين و

1 خليفي سمير، المرجع السابق، ص48.

[2] ضياء الدين ناصر اسماعيل ناصر، المرجع السابق، ص23-ص24.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص332.

[4] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص211.

صحة العقد لقانون مكان انعقاده، و الذي يتم الرجوع إليه عند سكوت أطراف العقد صراحة أو ضمنًيا عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، وقد قيل في تأييد إسناد الرابطة العقدية لقانون محل تكوين العقد الأتي أنه إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون و العقد و يكفل للمتعاقد بين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلاً عن غيره، وأن هذا ما أكدته المادة 18ف3 من ق. م. ج التي تنص على انه" .....وفي عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد."وقد قيل في تأييد إسناد الرابطة العقدية لقانون محل تكوين العقد الآتي:

- إنه إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية،وجادة بين القانون والعقد.
- إنه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره.
- إنه يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، ومن ثم يكفل لهم الأمان القانوني المنشود، ويصون لهم توقعاتهم؛حيث يمكنهم إبرام عقدهم في بلد معين يعترف بصحة التوقيعات الإلكترونية، ويعترف كذلك بصحة التصرفات القانونية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية ذاتها.
- إنه يضمن وحده الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية، وإذا كان إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يعد أمرا ملائما للعقود التجارية التقليدية التي تتم بين التجار في الأسواق المختلفة[1].

2- **قانون محل تنفيذ العقد**[2] : ذهبت بعض التشريعات إلى الإسناد المسبق لقانون دولة التنفيذ، بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل في الرابطة العقدية عند سكوت الإرادة عن الإختيار الصريح أو الضمني عن تحديد القانون الذي يحكم العقد، أي تطبيق

[1] لزهر بن سعيد ،المرجع السابق، ص207.

[2] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص26.

قانون دولة التنفيذ، باعتباره القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.حيث اعتنق الفقه والقضاء الغالب لاختصاص التشريعي لقانون مكان التنفيذ وذهب إلى إخضاع العقد، إما بطريقة أمره لقانون هذا المكان، وإما عن طريق نظرية التركيز بوصف هذا المكان بمثل الوسط الاجتماعي و الاقتصادي الذي تنفذ فيه العلاقات، [1] ويعد أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد هو الفقيه الألماني "سافيني"باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة،وقد كان من شأن ذلك التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق،[2] ويأخذ به القضاء في ألمانيا كإسناد احتياطي في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب على عقدهم[3] وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على مكان تنفيذه في المادة 18من ق. م .ج[4] واكتفى بالنص على الموطن المشترك، و الجنسية المشتركة و مكان إبرام العقد.

الفرع الثاني:ضوابط المرنة

أوضحنا فيما سبق،أن النظريات التي تدعو إلى اعتناق ضابط محل تكوين العقد أو تنفيذه أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين،يصعب تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت.وقد أدت هذه الصعوبات إلى تبنى الفقه و القضاء و التشريع ضابطا موضوعيا آخر لتعيين القانون الذي يحكم العقد.ومن أهم تلك

[1] ضياء ناصر اسماعيل محمد، ص26.

2 لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص208.

3 صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص330.

[4] ينظر إلى نص المادة 18 من الأمر رقم 75-58المؤرخ في 1975/09/26المتضمن القانون المدني والتي تنص على"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك،يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك،يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"، المرجع السابق.

الضوابط ضابط الأداء المميز للعقد، [1] وضمن هذا الفرع سوف ندرس المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد ومدى تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية[2].

أولا : مقصود بفكرة الأداء المميز للعقد :

يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود و تحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه.فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد،إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره،وبالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته، وتماشيا مع هذا الفهم،عرف الأستاذ "جان بابتيست"الأداء المميز للعقد بأنه"الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى"،وعرفه أيضا الأستاذ "فا نوفن ستراتن " بأنه "ذلك بالأداء الذي بمقتضاه يكون الدفع المقابل النقدي واجبا".

ففكرة الأداء المميز تتركز في البحث عن الأداء الجوهري والهام في الرابطة العقدية.[3] ويتميز هذا الضابط بسهولة العلم المسبق به، ومرونته وملاءمته لكل أنواع العقود،وبالتالي يعد أداء مميزا لالتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري كما أن التزام المورد بتوريد الخدمة يعد أداء مميزا على أساس أن هذه الالتزامات تعبر عن مركز الثقل الإجتماعي، والاقتصادي للعملية التعاقدية.[4]

ثانيا: مدى تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية

1-موقف القضاء من نظرية الأداء المميز: ظهرت فكرة الأداء المميز في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن العشرين وكان أول من اقترح فكرة إنشاء العقد لمحل

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص336.

[2] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص26- ص27.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص336- ص 337.

[4] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص214.

إقامة المدين بالأداء الجوهري أو المميز هو القاضي "ستوفر"في الأربعينيات من القرن الماضي، وفي عام1978 سنحت الفرصة مرة أخرى للمحكمة الفيدرالية السويسرية لتؤكد هذه الفكرة، حيث قررت أنه في حالة سكوت المتعاقدين عن القانون الذي يحكم العقد فانه يخضع للقانون الذي يرتبط به بأوثق صلة وهو قانون محل إقامة الطرف المدني بالأداء المميز في العقد.[1]

2- موقف الاتفاقيات الدولية من نظرية الأداء المميز : تعد نظرية أو ضابط الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية أما أنها من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي المبرمة في 22 ديسمبر 1986[2] والخاصة بالقانون الواجب التطبيق البيوع الدولية للمنقولات المادية حيث أفردت لها المادة الثالثة و قد اعتدت هذه المادة بمحل الإقامة العادية أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي لتعيين القانون الذي يحكم العقد، على أساس أن التزام البائع هو الأداء المميز للعقد، ومن جانبها تبنت اتفاقية روما[3] لعام 1980 وفقًا لأحكام المادة 4 منها المقصود بالأداء المميز وفقًا للحالات الآتية:

-العقد يكون أكثر صلة بالبلد الذي يتم فيه الوفاء بالالتزامات التعاقدية.

-إذا كان الشخص الملتزم شركة، فانه يعدو بقانون بلد الذي يوجد بها مقرها الرئيسي.

-إذا كان محل العقد عبارة عن ممتلكات منقولة، فإن العقد يكون أكثر صلة بالبلد التي توجد بها تلك الممتلكات وهو ما يكفل لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني الذي ينشدونه

1 صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص342.

[2] اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية المبرمة في 22 ديسمبر1986 المتاحة على الموقع الإلكتروني الآتي :

www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/AHani.pdf

[3] اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لعام1980.المتاحة على الموقع الإلكتروني الآتي :

https://journals.ju.edu.jo/DirasatLaw/article/download/4393/4337

ويصون لهم توقعاتهم المشروعة ويحقق الاستقرار لمعاملتهم التجارية فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم روابطهم العقدية [1].

الفرع الثالث : صعوبات تطبيق قواعد الإسناد

والتي تنقسم إلى صعوبات ناتجة عن الضوابط الجامدة، وأخرى متمثلة في صعوبات ناتجة عن الضوابط المرنة.

أولا : صعوبات الناتجة عن الضوابط الجامدة : وهي كالآتي:

1- **صعوبة التركيز أو التوطين المكاني** : تتم عقود التجارة الإلكترونية بوسائل مختلفة منها الإنترنت، لا تشكل مكانا محددا يمكن الاستناد عليه، كونه عبارة عن فضاء مستقل بذاته، كما أن العقد قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لوجود رابطة قانونية بين العقد وقانون مكان إبرامه، و يرى بعض الشراع أنه من الصعب الاعتماد عليها في العالم الافتراضي عبر الانترنت لأن المورد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم تلك الأعمال الغير الشرعية[2]، وقد يكون مكان عارض غير دائم على سبيل المثال : من يقوم ببث معلومات غير مشروعة من خلال حاسب ألي منتقل عبر الحدود و بالتالي يصعب تحديد هذا المكان، بالإضافة إلى ذلك فان أي موقع على الشبكة يقدم خدمات يمكن مركزًا رئيسًيا، أو مجرد فرع أو مكان تابع لمكان العمل، يستخلص من ذلك أن ضابط قانون الموطن المشترك، يصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت، باعتبار أن العناوين الإلكترونية لا تعطي دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي. فهناك مواقع على شبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه،ومثال ذلك العناوين التي تنتهي

[1] ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، المرجع السابق، ص28.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص213.

ب: FR أو DZ[1] علاوة على أن هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة كما هو الشأن في العناوين التي يشار إليها من نهاية المقطع ب(COM)أو (dz) وهذا مانصت عليه المادة 8 من قانون الجزائري لتجارة الإلكترونية على أن"... و لنشر موقع إلكتروني أوصفحة إلكترونية على الأنترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد (com.dz) يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للموارد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته"أو(ORG)، وبالإضافة إلى ذلك،فإن مواقع الويب في حركة دائمة،والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب،أو مقدمي الخدمات،ولذلك فهي تتسم بعدم التوطين، [2] لذلك فالقول بوجود موطن إلكتروني فهو أمر يحتاج إلى نقاش وكثير من التمحيص، ذلك أن الفكرة في حد ذاتها لا تتفق وحقيقة الموطن كرابطة بين الشخص والمكان، فالمكان في العالم الافتراضي هو ضرب من الخيال[3].

2- **صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة** : وبالرغم من أن غالبية القوانين بما فيها القانون الجزائري جعلت من الجنسية المشتركة ضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمدة عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الإلكتروني، في حالة عدم تحديده من قبل الطرفين، إلا أنه تعرض للعديد من الانتقادات أهمها أنه لا يعد ضابطًا مؤثرا ويصعب تطبيقه في مجال التجارة الالكترونية نظًرا لصعوبة التحقق من هوية الأطراف و تحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد.[4]

3- **صعوبة تحديد بلد إبرام العقد** : إلا أنه يعد أمرا من الصعوبة بمكان تطبيقه على المعاملات التي تتم إبرامها من خلال شبكة الأنترنت، وذلك لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني،حيث يمكن للشخص المتعاقد أن يبرم عقدا، وهو ينتقل من

[1] **FR** تعني أن الموقع يرتبط بفرنسا، و**DZ** تعني ارتباط الموقع بالجزائر.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص213.

3 خليفي سمير، المرجع السابق، ص48.

[4] ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، المرجع السابق، ص24.

دولة إلى أخرى،وقد يوجد المتعاقد في أماكن غير خاضعة لإقليم دولة معينة، وبالتالي صعوبة تركيز تلك المعاملات تركيزا مكانيا،[1] وقد اختلفت التشريعات التي أخذت بهذه القاعدة حول موضع الأفضلية الممنوحة لهذا القانون الذي يتم الرجوع إليه عند سكوت أطراف العقد صراحة أو ضمنا عن اختيار القانون الذي يحكم العقد.

ويعلل أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد لقانون إبرام العقد بأنه يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي ينوون إدراجها في العقد من الناحية القانونية، مع ضمانه لوحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية،[2] ويضاف إلى ذلك أن التوصل إلى تحديد مكان إبرام العقد لا يعني كذلك تحديد القانون الذي يحكم العقد، ويرجع ذلك بالطبع لاختلاف النظم القانونية حول المكان الذي يعتد به محلا لإبرام العقد، هل هو مكان المستضيف للموقع أم أنه مكان إقامة البائع أم يقصد به مكان إقامة المشتري،....الخ، ونفس الأمر نجده بالنسبة للعقود التي تتم بالبريد الإلكتروني،فهل يعتد في تكوين هذه العقود بمكان إرسال القبول أم بمكان تسلمه، نلخص من ذلك إلى أن إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد محل إبرام العقد يصعب تحقيقه في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت.[3]

ثانيا : صعوبة تحديد ضوابط المرنة : تطبيق هذه النظرية على عقود التجارة الإلكترونية يثير الكثير من الصعوبات:

-صعوبة التوطين أو تركيز الرابطة العقدية في عقود التجارة الالكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية، مثل بيع البرامج التجارية و الخدمات المالية على الخط،

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 206 ، ص208.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط 1، عمان، 2005، ص90.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص329.

فيصعب تحد يد مكان إبرام العقد و مكان تسليم الأشياء الغير المادية المبيعة عبر الخط، وبالتالي يصعب تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية على تلك النوعية من العقود، و أيضا يصعب معه تحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد[1]. صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد، إذا أن العالم الالكتروني لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد، فدولة تصدير الإيجاب قد تكون مصر، في حين أن العنوان الإلكتروني للشركة موجود في فرنسا وربما كانت الشركة التي تدير الموقع مجرد وسيط، وبالتالي يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما إن يقدم الدليل على صحة ادعائه.

– صعوبة محل إقامة الأطراف، فالعنوان الإلكتروني لا يشكل محل إقامة ثابت بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية التي تعتمد على محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، غير أن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الإقامة، وعلى فرض أن التاجر قام بتسجيل العنوان الإلكتروني فإن سياسة منهج هذه العناوين الإلكترونية متنوعة من مكان لآخر ولا تتطابق توطيًنا حقيقًيا لأطراف.[2]

المبحث الثاني : إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود تجارة الإلكترونية وفقا لمنهج القواعد المادية:

تواجه عقود التجارة الالكترونية مجموعة من الصعوبات تتمثل أساسا في البحث عن قواعد مادية تهتم بشؤون التجارة الالكترونية بعيًدا عن القوانين الوطنية، يبرز دورها الأكبر في وضع تنظيم مباشر وخاص للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الالكترونية [3]

[1] صالح المنزلاوي، ص367 – ص368.

[2] مرجع نفسه، ص 369– ص 370.

[3] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص32.

فهي تمثل مجموعة القواعد القانونية الغير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية[1]، سواء كانت قواعد مادية وضعية لحل المنازعات عقود التجارة الالكترونية المطلب الأول، أو قواعد مادية واقعية لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية المطلب الثاني.

المطلب الأول : القواعد المادية الوضعية لحل المنازعات عقود التجارة الإلكترونية

أدى عجز بعض قواعد الإسناد عن تحديد القانون الواجب التطبيق، و كما أن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في التعاملات التي تتم عبر الانترنت تواجه صعوبات قانونية.ولهذا السبب بذلت الهيئات ذات العلاقة بالتجارية الإلكترونية جهودا بشأن اتخاذ تدابير لتنظيم التجارة الإلكترونية و سنعالج ذلك وفق[2] للفرعين التاليين : المصادر القانونية للقواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية في الفرع الأول تقييم القواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني في الفرع الثاني.

الفرع الأول : المصادر القانونية للقواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية

تعددت المصادر القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية بحسب الطبيعة وتسمى بالمصادر المنتظمة بحكم أن القواعد التي تندرج ضمنها، سنتها هيئات تتمتع بسلطة أو صلاحية سن القواعد القانونية فهذه الأخيرة كما هو معلوم نتائج الهيئة خول لها المجتمع صفة أو سلطة إعدادها، يتمتع النظام القانوني للتجارة الإلكترونية بهيئات وتنظيمات تتمتع بكافة المقومات التي تسمح لها بسن القواعد القانونية التي تندرج في إطاره، وعليه سنتناول في هذا الفرع إلى:

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص111.

[2] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص32.

أولا : اختلاف الفقه في تحديد مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية :

انقسم الفقه بصدد تحديده للقواعد المادية الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية، حيث نشب خلاف فقهي ما زال محتدما حول تحديد إطار و مكونات تلك القواعد، والذي يمكن عرضه في اتجاهين[1]:

- الإتجاه الأول: يذهب أنصاره إلى رفض فكرة الوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية وإنكار كل استقلال لها عن القواعد المادية التقليدية، فهي تقع ضمن نطاق هذه الأخيرة و ما هي إلا امتداد لها لكن على الرغم من ذلك إلا أن أنصار هذا الإتجاه قد اختلفوا حول تحديد الأطر و المكونات الأساسية للقواعد المادية في عقود التجارة الإلكترونية، وبين من يرى أن فكرة قانون التجار الرقمي أو ما يسمى بالشكل الجديد لقانون التجار تتكون من التوصيات الدولية الأساسية التي تدرج فيها أعمال المنظمات الدولية و الإقليمية الحكومية وغير الحكومية، بالإضافة إلى القواعد التعاقدية المعتمدة على صعيد العلاقات التجارية الدولية و بين من يرى أن مصادر القواعد المادية للتجارة الالكترونية تتشكل من القانون الموحد الدولي، القانون المشترك، و القانون المرن الصادر عن المنظمات الدولية، ليصل في الأخير إلى رأي يقر بأن هذه القواعد تأتي من عادات مهنية مقننة، ومن مجموعات القوانين الوطنية و الشروط التعاقدية بالإضافة إلى قرارات و أحكام التحكيم[2] .
- الإتجاه الثاني: يقر هذا الإتجاه بالوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية، ولا ينكر عليها استقلالها عن القواعد المادية التقليدية، كونها عبارة عن قو اعد نشأت في بيئة إلكترونية وفي أحضان التجارة الدولي، [3].وفي هذا الخصوص يحاول أنصار هذا الاتجاه

[1] محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011، ص143.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص114 – ص115.

[3] المرجع نفسه، ص116.

وضع إطار نظري يهتدى عن طريقه إلى تحديد المصادر التي تتشكل منها القواعد المادية الإلكترونية استناد إلى محتوى هذه القواعد أو إلى مضمونها، و ذلك بتقسيمها إلى مصادر رسمية تحتوي على الاتفاقيات الدولية و المعاهدات الدولية المطبقة في التجارة الإلكترونية، و الأدوات التعاقدية التي تشمل تقنيات السلوك و العقود النموذجية و كذلك قرارات التحكيم الخاصة بالتجارة الدولية هذا بالإضافة إلى المصادر ذات النشأة التلقائية والتي تضم الممارسات التجارية في مجال التجارة الإلكترونية و المبادئ العامة للقانون والأعراف المهنية بيد أنه على الرغم من وجود كل هذه المصادر والعناصر التي تبدوا في مظهرها كافية لبناء فكرة قواعد مادية كفيلة بحكم منازعات عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن الواقع يدفع إلى التشكيك في وجود تلك القواعد و صلاحيتها لحسم كل المنازعات التي تثور بشأن تلك العلاقات[1].

ثانيا : تقسيم المصادر القانونية للقواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية : وتفاديا لتلك الإنتقادات، سوف نتولى عرض تلك المصادر من خلال تقسيمها إلى :

1-القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التنظيمية : يقصد بهذه القواعد أنها نتاج تنظيم جهات رسمية و المتمثلة في :

أ/الاتفاقيات الدولية : تعد الاتفاقيات الدولية أحد أهم المصادر التي يمكن أن يستقي منها القانون الإلكتروني أحكامه؛ إذ يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد و الانسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية وحل كثير من المشكلات التي ظهرت في النواحي العملية. ومن تلك الإتفاقيات نذكر منها[2]اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، اتفاقية روما لعام

[1] محمد بلاق، المرجع السابق، ص145.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص118.

1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، اتفاقية مكسيكو لعام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع.

ظهرت هذه الاتفاقات بعيدا عن الواقع الذي فرضته الأنترنت، ولم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ المعلوماتي الدولي لمفهوم الشبكات[1]، بالإضافة إلى أن إعدادها يتطلب مدة طويلة، ويصعب جمع عدد كبير من الدول لتحقيق المعاهدة و الحصول على موافقتها على الحلول المقترحة، وما يبرر هذا هو الاختلاف و التباين بين الأنظمة القانونية للدول[2].

ب/استعانة القوانين النموذجية : اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قانونا نموذجيا ذا طبيعة موضوعية و ذاتية خاصة بالعمليات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية عام 1996. وهذا القانون يحتوي على (17) مادة، تناولت كافة الجوانب القانونية لتلك المعاملات، بدءا من تحديد المصطلحات، ومرورا بشروط و ضوابط الإستخدام، وانتهاء بنموذج للتطبيقات في بعض المجالات، [3] إذ أن هذا القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، وبالرغم من توسع نطاقه، يبقى متأخرا عن معالجة العقود المبرمة لغرض الإستهلاك، وكذا عدم تعرضه لبيان القواعد التي تحكم العلاقة بين المنشىء أو المرسل وبين الوسيط، حيث اكتفى بالروابط القانونية التي تتم بين المنشىء للرسالة و المرسل إليه، مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية[4].

ج/مساهمة تقنيات السلوك: تعرف قواعد السلوك بأنها مجموعة المبادئ والأحكام الصادرة عن هيئات ومؤسسات مهنية وتجارية سواء كانت وطنية أم دولية والتي تهدف إلى

[1] حوالف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية،مجلة حقيقية، تلمسان، العدد 31، د.ت، ص179 – ص180.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص220.

[3] المرجع نفسه، ص125.

[4] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص180.

تنظيم التجارة الإلكترونية وسيادة السلوك الأخلاقي القويم على الشبكة العالمية ، حيث قامت بعض المؤسسات والهيئات الدولية بوضع قواعد سلوك للتجارة الدولية عموماً والتجارة الإلكترونية خصوصا[1]، ومن أبرز هذه تقنيات والمؤسسات التي قامت بوضعها هي:

– تقنية السلوك الموحد في مجال التوثيق و التصديق على المعاملات الإلكترونية، و التي أعدتها غرفة التجارة الدولية لعام 1996، والتقنيات التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكترونية، وخطابات النقل البحري، هذا ما يؤكد محدودية تقنيات السلوك.[2]

هـ/أعمال بعض الهيئات و التنظيمات الدولية و الإقليمية : إن تنظيم المسائل المتعلقة بالتجارة الإلكترونية لم تقتصر على تدخل منظمة أو هيئة دولية معينة بل اهتمت بهذا المجال أغلبية المنظمات الدولية و الإقليمية وحتى بعض التنظيمات الدولية المتخصصة منها:

- **لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي** : في إطار سعيها نحو توحيد قواعد القانون التجاري الدولي أسست الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة سنة 1966، لجنة خاصة أناطت لها هذا الدور تعرف بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(الأونيستيرال)[3]، وقد تبنت اللجنة أسلوبين لتحقيق هذا الانسجام و التوافق بين قواعد قانون التجارة الدولية :

–الأسلوب الأول : يتحقق عن طريق إبرام الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية،ومن تلك الإتفاقيات نذكر اتفاقية الأمم المتحدة في شأن البيع الدولي للبضائع (فيينا1980).

[1] د.ن ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016، ص346.

[2] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص181.

[3] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص36.

-الأسلوب الثاني : يتمثل في إعداد قوانين نموذجية تفي بتنظيم التجارة الدولية، تحتذى بها الدول عند وضع تشريعاتها الوطنية أو عند إعادة النظر في تلك التشريعات، ومن أمثلة هذه القوانين القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[1].

- **أعمال المنظمة العالمية للتجارة** : أبدت المنظمة اهتمامها بالتجارة الالكترونية بمناسبة انعقاد المؤتمر الوزاري الثاني ب جنيف في ماي 1998 حيث أصدر المتشاركون في المؤتمر بيان حول التجارة الإلكترونية العالمية، وتهدف المنظمة من خلال إصدارها لهذا البيان إلى رفع رسوم الجمركية على المبادلات الإلكترونية[2].

- **أعمال غرفة التجارة الدولية** : ساهمت غرفة التجارة الدولية منذ تأسيسها مساهمة فعالة في إعداد قواعد قانون التجاري، فهي صاحبة الخبرة الطويلة في إعداد ما يسمى المشروع الإلكتروني، ويضع هذا المشروع فرق عمل معينة بالإئتمان الإلكتروني مستندات النقل الإلكتروني[3] وقد يشمل هذا المشروع إلى مجموعة فرق : فريق خاص بالممارسات التجارية الإلكترونية.

-فريق يهتم بأمن المعلومات.

- وفريق يعنى بالمصطلحات الإلكترونية[4].

1-القواعد المادية الإلكترونية ذات النشأة التلقائية : فإصطلاح القواعد التلقائية أو الذاتية يعني في الحقيقة أن هذه القواعد نابعة من مجتمع ذاتي، أي لاتقوم على تنظيمها جهة رسمية، ولا تتأتى عن طريق المرور بالإجراءات الشكلية لسن القوانين الوضعية ومن ثمة تبدو ملاءمتها لطبيعة التعاملات عبر الشبكة[5]، و المتمثلة في :

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص123.

[2] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص36.

[3] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد ،المرجع السابق، ص37.

[4] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص173.

[5] المرجع نفسه، ص183.

- **استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية :** يعتبر العرف سلوك يتواتر الأشخاص على إتباعه، مما يجعلهم يشعرون بضرورة إتباعه و ملزم لهم قانونا، فيكفي أن يكون صادرا بالإجماع وأن يسود بشكل ظاهر لدى الأغلبية، لكن تحديد وإثبات هذه العادات في مجال التجارة الإلكترونية يصعب المنال،كما يصعب التحقق من تكرار هذا السلوك أو ذالك، وذلك نظرا للتطور السريع الذي تشهده الحياة الدولية عبر الشبكات الإلكترونية، والتطور السريع للقواعد التي تحكم المعاملات، والذي يقابله البطء في القواعد العرفية التي تحتاج إلى وقت لقيامها وقبولها من طرف الأشخاص[1].

يعد عنصر الشعور الداخلي للأشخاص، وهو الركن المعنوي للقاعدة العرفية أحد العناصر الأساسية لقيام القاعدة العرفية وإتباعها، وهذا ما يصعب تحقيقه، وعلى هذا الأساس عبر الأستاذ "فينسينت قوتريس"أنه من الملائم في مجال الإلكترونية إحلال مفهوم التوقع محل العنصر النفسي للتحقق من وجود القاعدة العرفية، فتعدد هذه المعايير المادية و النفسية للقاعدة العرفية من الصعب نقلها بمواصفاتها التقليدية إلى مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الحواسيب الآلية.[2]

الفرع الثاني: تقييم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

لقد اختلف الفقه حول مدى تمتع القواعد المادية للمعاملات الإلكترونية في المجال الدولي الخاص بصفة النظام القانوني وهل انه يشكل نظام قانوني مستقل خاص بها أم لا؟ حيث ذهب إتجاه فقهي إلى القول بأن هذا النظام هو قاعدة قانونية قائمة بحد ذاتها ، أما الإتجاه الآخر فأنه ينفي عنها صفة النظام القانوني وكما يلي:

[1] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص182.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص239.

الفصل الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني

أولا- نفي صفة النظام القانون للقواعد المادية في التجارة الالكترونية

يتجه هذا الجانب الفقهي إلى نفي صفة النظام القانوني على مجموعة القواعد المادية الالكترونية بسبب النقص الذي يعتريها والذي يحول دون اعتباره نظاماً قانونياً، ويعدها جزءاً من القواعد المادية التي تدخل ضمن الإطار العام لقانون التجارة الدولية ، لذلك فهم لا يعتبرونها، وحدة قانونية مستقلة بذاتها ولا تمتلك أية مقومات أو سمات تميزها عن غيرها، وإنهم يستندون في ذلك إلى الحجج الآتية:

- إن قيام أي نظام قانوني، يتطلب وجود الجماعة التي تنظمه وفي حالة تطبيق القاعدة أعلاه على التجارة الالكترونية فأنه لا يمكن القول بشكل قاطع ، بوجود مجتمع متماسك موحد ومنظم، قادر على أن يجمع كافة المتعاملين عبر شبكة الانترنت بما يؤدي إلى قدرته على خلق قواعد سلوك ملزمة لهذا المجتمع إضافة إلى قلة وصعوبة ظهور الأعراف المتعلقة به، بسبب غياب الوحدة والترابط بين مستخدمي شبكة الانترنت وانتماء المتعاملين عبر الشبكة، لنظم قانونية مختلفة إضافة إلى اختلاف طوائفه اجتماعياً و فكرياً و ثقافياً، مما أدى إلى وجود أعراف وعادات خاصة بكل طائفةً لما فيها من ضمان في الحفاظ على مصالحها المتعارضة، وهذا بحد ذاته يؤدي إلى صعوبة التسليم بوجود التنظيم الموحد، كأساس في قيام النظام القانوني.
- إن الدول لا تزال غير متعاونة في هذا المجال، انطلاقاً من مبدأ توفير الحماية اللازمة لمواطنيها، لذلك فأنها غير مستعدة لترك حل المنازعات التي يعتبر احد مواطنيها طرفاً فيها، لحكم القواعد المادية الالكترونية لما قد يترتب عليها من ضرر بالمصالح الاقتصادية والسياسية الخاصة بتلك الدولة، مما يدفعها للوقوف امام كل محاولة للاعتراف بمثل هذا القانون الالكتروني.

- إن اغلب القواعد المادية للتجارة الالكترونية تكونت من مجموعة قواعد السلوك المجردة من حيث نشأتها ومضمونها وبسبب حداثة تكوينها، فأنها خالية من عنصر الالتزام بما يجعل منها عرفا واجب الاتباع وبالتالي فأن غياب القواعد الآمرة يعني عدم استقامة النظام القانوني.
- إنها تفتقر إلى الجزاء والردع الذي يحتم على الأفراد عدم مخالفتها وهذا ما يجعلها مختلفة تماما عن النظام القانوني للدولة الذي تتميز به في إيقاع الجزاء بكل من يخالف النظام القانوني للدولة، أن ما تقوم به بعض الجهات من إلغاء الاشتراك أو حضر استخدام الشبكة لايعد جزاءً فعال بسبب صعوبة تحديد هوية الشخص المخالف وسهولة التخفي من خلالها حيث يتمكن من استخدام الشبكة ثانية بعد تغيير معلوماته الشخصية وعنوانه.

في طور التكوين ولم تكتمل بعد ، مما يصعب معها ان تشكل قانوناً مستقلاً بحد ذاته، اضافة الى انها لم تتوصل الى الحلول الناجعة في الكثير من فروع القانون، اضافة الى طبيعته الذاتية التي تجعله غير قادر على شمول كل فروع القانون، كما في قانون الاستهلاك أو القانون المالي وغيرهما، مما يعني بقاء الحاجة إلى حتمية تدخل الدولة في الحالات التي يتعذر معها تطبيق القانون المادي للتجارة الالكترونية.

ثانيا – الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية لعقود للتجارة الإلكترونية

يذهب أنصار هذا الإتجاه، إلى التأكيد على وجود مجتمع افتراضي كوحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية، ويتمتعون بفكر واحد ومرتبطون بعلاقات و معاملات وثيقة، مما يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا، يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، ومن ثم فإن القواعد التي تصدر عنها تتمتع بالقوة و الفعالية، ومن بين الهيئات : غرفة التجارة الدولية ولجنة

الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[1]، وقد يرتب أنصار هذا الاتجاه على أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية اجتمعت لها العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني مستقل ومتميز وهي :

- وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.
- وجود كيانات وأجهزة قانونية تتولى مهمة تقنية للقواعد السلوكية و صياغتها والسهر على احترامها.
- أنها لا تفتقر إلى الجزاء الذي يوقع عند مخالفتها، الأمر الذي ترتب عليه أن صرح جانب من الفقه أنه قد حان الوقت لإعلان استقلال هذا المجتمع الشبكي عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة[2].

المطلب الثاني : القواعد المادية الواقعية لحل نزاعات عقود تجارة الإلكترونية

من أهم القواعد المادية الواقعية التي ندى بها الفقه كحل لمنازعات عقود التجارة الالكترونية، نجد نظرية التنظيم الذاتي أو الكفاية الذاتية، و القواعد ذات التطبيق الضروري وهذا ماسوف نتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول : مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

يبين من هذا المفهوم أن القواعد ذات التطبيق المباشر هي قواعد قانونية تتولى بذاتها تحديد مجال انطباقها، وسوف نتطرق في هذا الفرع إلى : تعريف قواعد ذات التطبيق الضروري(أولا)، و(ثانيا)إلى القواعد ذات التطبيق الضروري وفكرة النظام العام.

أولا : تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري : يعد الفقيه "فرونس سكيس" أول من تعرض لقواعد البوليس ذات التطبيق الضروري وذلك في رسالته بحثه "نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص"، وهو من قال أن هذا المنهج أصبح ينافس منهج قواعد

[1] خليفي سمير، المرجع السابق، ص358.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص206 – ص207.

الإسناد،يقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري مجموع القواعد الموضوعية المحددة التي توجد في القانون دولة قاضي، والتي يتعين تطبيقها على كل العلاقات المرتبطة مع هذا القانون، بصرف النظر عما تقضي به أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليها أصلا بناء على قاعدة الإسناد المعمول بها في دولة القاضي، وسواء تم تحديد هذا القانون عن طريق اختيار الأطراف أو بناء على قاعدة الإسناد المعمول بها في دولة القاضي، وسواء تم تحديد هذا القانون عن طريق اختيار الأطراف أو بناء على تحديد قاعدة إسناد موضوعية، وهو ما دفع البعض بوصفها بأنها "قواعد ضد التنازع"[1].

بالنظر إلى الدور الذي تلعبه هذه القواعد تحقيقا لأهدافها تم تكريسها في تشريعات المقارنة، كما هو الشأن في القانون المدني الفرنسي، وكذلك فعل المشرع الجزائري في المادة 5 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه:"يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة و الأمن"، ولأن هذه القواعد تقرر بقصد حماية مصلحة المجتمع، فهي ذات طابع آمر بلغ حدا يقتضي إعمالها على المسائل التي تدخل في مجال سريانها سواء كانت علاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي.[2]

ثانيا : القواعد ذات التطبيق الضروري وفكرة النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام ذات طابع وطني، فهي تلك القواعد التي تتصل بالمصالح الجوهرية للمجتمع من الناحية السياسية و الاجتماعية والاقتصادية فهي فكرة متغيرة من دولة لأخرى ، كما أن للقاضي السلطة التقديرية في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلما تبين له ذلك فيحل بدلا منه قانون دولته و ذلك بتطبيق قواعد البوليس، و من هذا نجد نص المادة 24 من ق م ج التي تنص على أنّه "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص206 – ص207.

[2] بلاش ليندة، الاتفاقيات الدولية من المنظور القانون الدولي الخاص المادي ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، بجاية، العدد01، ص502 –ص503.

نصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الأداب العامة"، والتي تقابلها المادة 25 من القانون المدني المصري، أما بخصوص العقود المبرمة عبر الأنترنت، فإن البعض يطالب بإنشاء محكمة ذات طابع دولي يكون لها حق الاختصاص في تحديد قواعد للقانون الدولي الموحد لعقد الصفقات المبرمة عبر الأنترنت، بهدف الوصول إلى منهج على المستوى العالمي يحدد مفهوم النظام العام.

غير أن بعض من الفقه أن قواعد ذات التطبيق الضروري- الفوري يصعب تحديدها بدقة، نظرا لصعوبة التعرف عليها، على أساس أن كل تشريع يهدف إلى حماية الكيان السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي لدولته، و للقاضي يتمتع بسلطة التقديرية و لهذا السبب يؤكد الفقه أن العبرة في تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه هي بوقت نظر الدعوى، و ليس بوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني محل النزاع .وبذلك قد أدت الاعتبارات السابقة إلى الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية واسعة في فحص كل حالة على حدة، لنرى ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي قد يتعارض مع النظام العام من عدمه بالنسبة للمسألة المعروضة .أي أنه يرى استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي يتنافى في أصوله العامة و أسسه الجوهرية مع المبادئ السائدة في دولة القاضي، وهو ما ينبئ عن اصطدام أحكامه بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في الدولة[1].

الفرع الثاني : مفهوم نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو تنظيم الذاتي

تعرف هذه النظرية التنظيم الذاتي بالتنظيم التلقائي، و يسمى القانون المرن يشير إلى أن القواعد المستخدمة فيها لا تأتي من مصدر رسمي أو شكلي، مثلما هو معروف في

[1] بلاش ليندة، المرجع السابق، ص503.

القوانين الوضعية، وهذا ما ينسجم مع الطبيعة اللامحدودة لظاهرة التجارة الإلكترونية و من هذا المنطلق سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو تنظيم الذاتي (أولا)، و(ثانيا) إلى مصادر القواعد القانونية الذاتية[1].

أولا : تعريف نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو تنظيم الذاتي

يقصد بالتنظيم الذاتي مجموعة الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تولد بشكل تلقائي من طرف جماعة معينة تطبقها، و تعتبر ملزمة مع مرور الوقت تعترف بها المحاكم وتكتسب صفة الإلزامية قانونا بحيث ذهب جانب من الفقه إلى تسميتها بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد فهو تنظيم ذاتي مصدره إرادة الأطراف وحدهم دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية، وتأييد لهذه الفكرة يرى البعض بضرورة إنشاء قانوني ذاتي الأنترنت، بهدف تنظيمها وأساسهم في ذلك أن المتقاعدين في مجال التجارة الالكترونية لهم الحق في تحديد قواعد سلوكية خاصة بهم نظرا لصعوبات التي يوجهها المشرع في تنظيم تعاملات هؤلاء، وعليه فان مجال تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية يكمن في العقود النموذجية والشروط العامة التي استقرت عليها العادات التجارية ويلاحظ أن فكرة التنظيم الذاتي لها أثر فعال على العديد من دول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي، ويظهر ذلك من خلال إجراءات تحسين للقواعد التنظيمية التقليدية لاتحاد بهدف إظهار منهج جديد[2].

ثانيا : مصادر القواعد القانونية الذاتية

1-العقود النموذجية :

هي عبارة عن نماذج عقدية مطبوعة معدة سلفًا، مصاغة صياغة عملية في شكل شروط عقدية حيث يستوعبها الأطراف بسهولة، و هي جاهزة الاستعمال و بالرغم من أنها عقود

[1] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص49.

[2] مرجع نفسه، ص49 -ص50.

تشتمل على الأحكام تفصيلية للعقد، وتتجسد أهمية العقود النموذجية في كونها تغني الأطراف المتعاقدة عند الدخول في مفاوضات قد تكن طويلة وشاقة قصد التوصل إلى اتفاق حول جزئيات و تفاصيل العلاقة التعاقدية المراد إتمامها، مما يقصد في الجهد والتكاليف[1]،ويعرفها الفقه بأنها صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية من أحد الأشخاص تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها وذلك بإتفاق أطراف العقد[2].

2-الأعراف و القواعد السلوكية : يعتبر العرف سلوك يتواتر الأشخاص على إتباعه، مما يجعلهم يشعرون بضرورة إتباعه و ملزم لهم قانونا، فيكفي أن يكون صادرا بالإجماع وأن يسود بشكل ظاهر لدى الأغلبية[3]، وقد اتخذت هذه الأعراف السامية المهنية على أساس أن واضعيها هم التجار أنفسهم والمؤسسات و مقدمي خدمات الاتصال بشبكات المعلومات، ومن هذا المنطلق يسعى هؤلاء إلى إرساء قواعد ذاتية تحكم المعاملات وتتخذ شكل الأعراف و الممارسات العملية مع الأخذ بعين الاعتبار قواعد السلوك التي يمتاز بها الوسط المهني[4]. وهذا ما ساهم في إنشاء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، مما جعل أنصار المجتمع الافتراضي إلى المناداة بتخصيص مكانا مهما للعرف في القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية[5] .

[1] ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد ،المرجع السابق، ص51.

[2] إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص468.

[3] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص181.

[4] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص51.

[5] خليفي سمير، المرجع السابق، ص252 -ص253.

المطلب الثالث : علاقة بين منهج التنازعي ومنهج القواعد المادية في إطار عقود التجارة الدولية

إن دراسة العلاقة بين منهجي التنازع و القواعد المادية في إطار عقود التجارة الدولية سيسمح لنا بتحديد الأهمية والبعد الحقيقي لهذه القواعد الأخيرة.

إذ يرى جانب من الفقه أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تنافسية، بحيث أن ظهور منهج القواعد المادية قد ارتبط بعدم ملائمة منهج قواعد التنازع لحكم عقود التجارة الدولية، ومقتضى علاقة التنافس هذه هي أن وجود المنهجين يستتبعه استبعاد الآخر، وفي ذلك يقول بعض الشراح أن" النظامين لهما من البداية قابلية متساوية للتطبيق، وتلك الملاحظة تبصر بأنه يوجد نظامين قانونيين متنافسين[1]".

ويرى جانب آخر من الفقه على عكس الإتجاه السابق، أن العلاقة بين المنهجين هي علاقة تجاور أو تعايش وليست علاقة عداء أو منافسة، فالتنافس يقتضي التكافؤ، وهو ما حمل البعض إلى رفض التطرق والحديث عن تنازع المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر، مؤكدا أن الأمر في حقيقته لا يعدو أن يكون تكاملا بين المناهج في إطار هذا الفرع من الفروع القانون[2].

وسنتطرق فيما يلي بالتعليل إلى وجهة نظر كل طائفة من الفقه، سواء التي ترى في العلاقة بين منهجين علاقة تنافر أو تنافس(الفرع الأول)، أو تلك التي ترى فيها علاقة تعايش وتكامل(الفرع الثاني).

[1] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مجلة الدراسات القانونية بجامعة بيروت العربية، لبنان، العدد1، 2004، ص6.

[2] محمد بلاق، المرجع السابق، ص121.

الفرع الأول : علاقة تنافر أو تنافس

قبل أن نبين مظاهر التنافس و المنافسة بين المنهجين، حري بنا أن نبين بعض الإختلافات القائمة بين المنهجين المتنازعين، وذلك يعود إلى أن هناك من الفقه من يرجع أسباب الظاهرة إلى التنافر بين المنهجين إلى الإختلافات الجوهرية بينهما، من حيث كيفية تنظيمهما للعلاقات الدولية الخاصة للأفراد ومن حيث نطاق تطبيقهما، ومن حيث دور تطبيق القاضي في إعمال كل منهما[1] .

- ففيما يتعلق بكيفية تنظيمهما للعلاقات الدولية الخاصة للأفراد بصفة عامة وعقود التجارة الدولية بصفة الخاصة، فإن منهج قاعدة التنازع ينهض بذلك التنظيم بطريق غير مباشر وذلك عن طريق إرشاد القاضي إلى القانون الذي يستمد منه ذلك التنظيم بواسطة ضابط الإسناد مجرد لا يحدد قانونا معينا بالذات، بل بصفاته كقانون الجنسية أو قانون الإرادة أو قانون الموطن....إلخ، أما منهج القواعد المادية فهو يتكفل بنفسه إعطاء ذلك التنظيم، بتطبيق القاضي أو المحكم للقواعد المادية للتجارة الدولية على منازعات هذه الأخيرة مباشرة، وعلى هديها يفصل فيها.
- أما من حيث نطاق التطبيق، فالمتفق عليه–كما سبق بيانه– أن منهج القواعد المادية يجد ضالته بصفة أساسية في نطاق نوع معين من الروابط و العلاقات الدولية الخاصة، التي تتركز في الأصل في العلاقات الإقتصادية و التجارية الدولية، لتستجيب بذلك على نحو أفضل إلى توجهات الدولية الخاصة بالروابط التي يحكمها القانون الدولي الخاص، وهذا عكس ما هو الحال في منهج قاعدة التنازع، كونه يغطي كافة الروابط الخاصة الدولية كمسائل الأسرة والعقود الدولية والمسؤولية المدنية....إلخ، وهو مادفع

[1] محمد بلاق، ص123.

بأنصار هذا الإتجاه إلى القول بأن في انحصار منهج القواعد المادية و إقتصاره على نوع معين من العلاقات الدولية ما يظهر قصوره وعدم كماله.[1]

وإذا توقفنا عند دور القضاء في إعمال قواعد كل من المنهجين المتنافسين، فنجد أنه من المعتذر الإدراك أن منهج قاعدة التنازع هو منهج قضائي، لأن إعماله يقتضي رفع دعوى قضائية استنادا إلى الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، عندئذ يمكن الرجوع إلى هذا المنهج من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق، هذا عكس منهج القواعد المادية الذي لا ينحصر إعماله في الحالات الخلاف و المنازعات بين أطراف التجارة الدولية، بل يمكن الإستعانة به في مراحل الأولى لنشأة الروابط تلك التجارة، كما هو شأن بالنسبة للعقود النموذجية و الشروط العامة والعادات والأعراف المهنية[2]، والتي تساعد جميعها في حسن إبرام الإتفاقيات الدولية[3]، فتطبيق هذه القواعد يفترض معرفة القاضي بصفة مسبقة بمضمون هذه القواعد وأهدافها، وكذلك نتائج تطبيقها على النزاع المطروح عليه، وهي عل النحو تساعد إلى حد ما من فرصة وقوع النزاع، فعن طريقها يمكن أن يعرف مقدما كل طرف حقوقه و إلتزاماته.

وبذلك يثبت أن قواعد المادية دولية القلب و القالب، وهذا لملائمتها للرابط العقدية الدولية، فهي مخلوقة من أجلها وتحل مباشرة مشاكلها، بخلاف قاعدة التنازع التي تعتبر وطنية المنشأ وموضوعها الوحيد هو تحديد قانون وطني معين لحكم الروابط الدولية، الأمر الذي قد يؤدي إلى تقليص دور منهج التنازع.

وقد كان من شأن الإختلافات السابق ذكرها، أن أدت إلى وضع كل من منهج التنازعي ومنهج القواعد المادية ومنهج القواعد المادية في حال تجاذب أو تنافر أو على الأقل في

[1] محمد بلاق، المرجع السابق، ص123.

[2] المرجع نفسه، ص127.

[3] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص692.

وضعية تنافسية، وهذا بحجة أن المنهج الأخير يضيق الخناق على المنهج الأول، ويظهر في نفس الوقت مثالبه وعدم ملائمته لحاجات العلاقات الخاصة الدولية ويضعه في أزمة لا يستطيع تجاوزها، وبهذه المثابة لا يتم اللجوء إلى منهج قاعدة التنازع إلا في الحالة التي لا يجد فيها القاضي حلا للمسألة المطروحة من خلال القواعد المادية ذات التطبيق المباشر، إذ أن هذه الأخيرة هي الأصل بينما لا تلعب قواعد التنازع إلا دورا احتياطيا لا تبدو أهميته إلا عند عدم وجود قاعدة مباشرة تقبل الإنطباق، وهذا ما يجد صداه عند الرأي الذي يؤكد أن إعمال قواعد التنازع التقليدية مشروط بعدم وجود قاعدة المادية تتصدى للتنظيم المباشر[1] للمسألة المطروحة، بقولهم أن "قواعد التنازع هي الأداة الاستثنائية المتبعة لحل مشكلة التنازع في إطار الروابط الخاصة الدولية"[2].

الفرع الثاني : علاقة التعايش و التكامل

إذا أتينا إلى تحليل علاقة التعايش أو التكامل بين المنهجين، فمن ناحية يمكننا القول أن القواعد المادية لم تصل بعد إلى تشكيل نظام قانوني متكامل، فالأمر يتعلق بمنهج مازال في بداياته الأولى يشوبه القصور و النقص في جوانب عديدة منه، وبالتالي فلا غرو من الإستعانة بقواعد التنازع ولو بصفة جزئية، والعمل على تطويرها في معظم النظم القانونية الوطنية لمختلف الدول لمعالجة النقص في هذه الأحكام، حتى أن الفقيه "بتيفول" أقر بأن تطبيق القواعد المادية لا يؤدي إلى نادرا إلى استبعاد اللجوء لقاعدة التنازع[3].

ومن ناحية أخرى يظهر أن هناك توزيع ولو ضمني للاختصاص بين المنهجين، وبالتالي يبدوا منطقيا القول أن منهج القواعد المادية تصبح له الأولوية في تطبيق على المنهج التنازع، وذلك إنما ينبع من حتمية أن القواعد المادية تعد أكثر ملائمة لطبيعة المعاملات

[1] محمد بلاق، المرجع السابق، ص127.

[2] إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص384.

[3] محمد بلاق، المرجع السابق، ص127.

التجارية الدولية[1]، وهو ما يجسده قضاء التحكيم على وجه خاص، بحيث لا يتقيد بقاعدة التنازع معينة لأن هدفه الأسمى هو تحرير التجارة الدولية من ربقة القوانين الداخلية[2].

ورغم أن تطور القانون الدولي الخاص المعاصر يشير إلى تزايد حالات التطبيق القواعد المادية، إلا أن ملاحظ هو أن منهج التنازع مازال يمثل الأصل في التصدي للحلول المتطلبة في الحياة الخاصة الدولية بوجه عام، وفي علاقات التجارة الدولية بوجه خاص، إذ لا يزال يحتفظ بمكانة مرموقة وهيمنة واسعة، ما أدى ببعض الفقه إلى اعتبار القواعد المادية بمثابة استثناء على القاعدة العامة، وهو مايعني في نفس الوقت بقاء الحاجة إلى منهج قاعدة التنازع لحكم المعاملات التجارة الدولية.

إلا أن احتفاظ منهج التنازع غير المباشر بمكانته هذه بوصفة الأصل في تنظيم الروابط العقدية الدولية، لا يعني دائما معاملة القواعد المادية بوصفها منهجا تابعا في هذا الخصوص، لأن سيادة منهج تنازع مرتبط إلى حد ما بالندرة النسبية للفروض التي يضطر فيها القاضي إلى إتباع منهج القواعد المادية، أما في حالة إيجاده لتنظيم مباشر للحالة مطروحة في قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، فإنه يتعين عليه حينئذ تغليب الحكم الذي تتضمنه القاعدة المباشرة استجابة للاعتبارات الدولية التي تقتضيها طبيعة العلاقات التعاقدية الدولية، ونتيجة لذلك يبدو منهج التنازع أصيلا من حيث إتساع نطاق إعماله و إحتياطيا من حيث كيفية الإعمال الأمر الذي يؤكد استقلاله عن المنهج القواعد المادية فيقوم إلى جانبه ويتعايش معه.

وقد ظهر إتجاه آخر حاول المزج أو جمع بين المنهجين من أجل حل مشكلة تنازع القوانين، وما دعى إلى ظهوره هو التسليم بوجود بعض المثالب في حالة ما اقتصر القاضي أو المحكم الدولي على تطبيق القواعد المادية، بالنظر إلى حداثة هذه الأخيرة التي أصبحت

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص692.

[2] محمد بلاق، المرجع السابق، ص125.

تدخل في البنية أو التكوين الأساسي لما يطلق عليه في الوقت الراهن تسمية "القانون الخاص الدولي "هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى كان ذلك من أجل الأسباب العملية في تحقيق العدالة، فمما لا شك فيه أن نمو هيكل القواعد المادية يوما بعد يوم يجعلها عنصرا مهما لحكم النزاعات المتعلقة بالعقود الدولية بجانب منهج قاعدة التنازع، ومعه لا يمكن لأي محكمة أن تهمل وجود القواعد الأساسية الموضوعة كجزء من اتفاقية الدولية وقعتها دولتها[1].

كذلك هناك من الفقه الدولي ومن طليعتهم الفقيه الفرنسي"جون ميشال جوسكوت" الذي يدعوا إلى تبني ما أسماه"بقواعد التنازع الموجهة"القائمة في تركيبتها وبنائها على مزيج من قاعدة التنازع والقواعد المادية، وبذلك تنشأ قاعدة التنازع مرتدية ثوبا جديدا مكرسة بذلك التكامل بين المنهجين.

إن التطبيق المباشر للقواعد المادية لا يغني عن المنهج التنازع وإعمال القانون الداخلي الذي تشير به قواعد التنازع، وهذا ما يؤكد أن تعايش المنهجين وفي مجال عقود تجارة الدولية هو حقيقة من صعب إنكارها.

ومما لاشك فيه كذلك، أن طبيعة الاتفاقية للتحكيم التي تساهم في إمكانية التحقيق التطبيق الجمعي لقواعد التنازع والقواعد المادية، ذلك أن جمع بين نوعي هاته القواعد في صالح فعالية التحكيم، لأنه سيؤدي إلى زيادة فرص صحة اتفاق التحكيم دون أن ينفي هذا المزج ضرورة إعطاء أولوية التطبيق لأحد النوعين في مقابل الآخر، ومن ثمة لا ريب أن تكون أولوية التطبيق للقواعد التجارة الدولية.

وفيما يتعلق بموقف التشريعات الوطنية من هذه المسألة، فهناك قانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر1987م، الذي يمثل نموذجا واضحا للجمع بين قواعد التنازع و القواعد المادية في شأن تقرير صحة الإتفاق التحكيمي، حيث رأى البعض في شأن

[1] إيهاب السنباطي، المرجع السابق، ص384.

هذا النص أنه يتضمن قاعدة إسناد ذات مضمون مادي، لأنها تسمح للقاضي السويسري المعروض عليه مسألة الفصل في صحة إتفاق التحكيم بالتطبيق المباشر للقواعد المادية في قانونه، وكما تقرر المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على أنه"يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وفي حالة تخلف هذا الاختيار فوفقا للقواعد التي يقرر أنه من ملائم إعمالها، ويراعي المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية".

وبذلك نلخص إلى أن منهج القواعد المادية قد اقتطع حيزا مهما من مجال هيمنة منهج قاعدة التنازع، رغم ما ذهب إليه البعض من أن منهج القواعد المادية لا يظهر عيوب منهج قاعدة التنازع بقدر ما يظهر مثالب القوانين والأنظمة الوضعية، على أساس أن مكمن المرض ليست تلك القاعدة وإنما القوانين الوطنية في حد ذاتها[1].

[1] محمد بلاق، مرجع سابق، ص127.

الفصل الثاني:

تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني

الفصل الثاني : تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني

تعتبر المعاملات التجارية التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية من خلال الشبكات الدولية للإتصالات باختلافها وتنوعها وكذا سهولة إبرامها، من بين المجالات الأكثر استعمالا من طرف المتعاقدين في هذا المجال، مما جعلها تفرض نفسها في عالم التجارة الدولية منافسة في ذلك المعاملات التجارية التقليدية، وهذا ما دفع إلى زيادة حجم التعاملات عن طريق هذه الوسائل نظرا للعلاقات المتعددة لهذا المجال و تنوع المعاملات التجارية[1]، وأدى هذا الإنتشار إلى إثارة العديد من الإشكاليات القانونية التي تتعلق بهذا النوع من التجارة من أهمها مسألة تحديد الإختصاص القضائي الدولي في المنازعات الناشئة عنها، ومعرفة القواعد و الضوابط التي تساعد في الكشف عن المحكمة المختصة بالنظر في النزاع، خاصة و أن أغلب ضوابط تحديد الإختصاص لها طابع مكاني مثل الموطن أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وهو مايتعارض قطعا مع خصوصية المعاملات الإلكترونية التي ترفض التعامل غالبا مع كل ماهو مادي و ملموس[2] .

لذا ذهب أغلب الفقهاء و المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، للبحث عن طرق أخرى تتماشى مع المعاملات الإلكترونية ولا تتصادم مع الضوابط الإقليمية التي تمتاز بها القواعد العامة المعمول بها لتحديد الإختصاص القضائي لحل النزاعات الناجمة عن عقود التجارة الإلكترونية .

فظهرت فكرة الإستعانة بالطرق الإلكترونية لحل النزاع، على أساس أن التعامل الذي يجري عبر الوسائل الإلكترونية يستلزم حل نزاعاته عبر قنوات مشابهة لتلك التي أبرم

[1] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 85.

[2] بلاق أحمد، ضوابط تحديد الإختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الإتجاهين التقليدي و الحديث، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، المجلد2، العدد4، 2016/2015، ص 14.

من خلالها العقد، و يستلزم لمثل هذه الطرق الجديدة المستخدمة في إبرام العقود أن تقابلها آليات تتسم بالسرعة و السهولة بعيدا عن الإجراءات المعقدة و التي تستغرق وقتا طويلا أمام القضاء العادي فالواقع العملي أظهر آليات جديدة لتسوية المنازعات التي تثيرها التجارة الإلكترونية يجري إتخاذ إجراءاتها على قنوات إلكترونية مماثلة لتلك التي جرى من خلالها التعامل محل النزاع[1].

وعليه تم تقسيم الفصل إلى مبحثين فالمبحث الأول تطرقنا فيه إلى القواعد العامة لتحديد المحكمة المختصة بتسوية نزاعات العقود التجارية الإلكترونية، على أن نخصص في المبحث الثاني للتحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية نزاعات العقود التجارية الإلكترونية .

المبحث الأول : القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية نزاعات العقد التجاري الإلكتروني

تتطلب غالبية الأنظمة القانونية لإختصاص محاكمها بالنزاع المعروض عليها وجود علاقة أو صلة تربط بين هذا العقد المعروض على محاكمها ، وبين هذه الدولة [2]، وحتى في منازعات العقد الإلكتروني يتم اللجوء إلى المحاكم التقليدية استنادا إلى القواعد العامة لتحديد الإختصاص القضائي[3] .

حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة الموطن أو محل إقامة المدعى عليه إلا أنه يجوز الخروج عن هذه القاعدة العامة بالإتفاق بين الخصوم على تقرير الإختصاص لمحكمة أخرى، وهذا مايطلق عليه مبدأ الخضوع الإرادي أو الإتفاق على الإختصاص في المنازعات

[1] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 88.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 224.

[3] دبة حورية ، منازعات العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر، قانون العلاقات الدولية الخاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2017/2016، ص 40.

ذات الطابع الدولي، وفي حالة عدم وجود أحد الضابطين السابقين نلجأ إلى الضابط الإحتياطي ألا وهو مكان إبرام العقد أو تنفيذه[1] .

وسنتطرق في هذا المبحث إلى محكمة الموطن أو محل إقامة المدعى عليه في المطلب الأول وإلى المحكمة المتفق اللجوء إليها في المطلب الثاني و إلى محكمة إبرام أو تنفيذ العقد في المطلب الثالث.

المطلب الأول : محكمة الموطن أو محل إقامة المدعى عليه

إن قاعدة إنعقاد الإختصاص على أساس موطن المدعى عليه تشمل الموطن العام و الخاص مثل موطن الأعمال والموطن التجاري كما يقصد بالموطن المختار و الموطن القانوني ويرجع الأمر لتحديد هذه المفاهيم إلى قانون القاضي (بإعتباره القانون الذي يحكم التكييف)،فإذا تعلق الأمر بإختصاص المحكمة الجزائرية فالقانون المدني الجزائري في المادة 36 منه، نصت على "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد سكناه الرئيسي " فهو الذي يحدد مفهوم الموطن حسب السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفي حالة لم يكن المدعى عليه موطن معروف فتحل محله الإقامة والتي أشارت له نفس المادة من نفس القانون أن محل الإقامة العادي يقوم مقام الموطن[2]، فضابط الموطن من أبرز الضوابط التي اتفقت عليه أغلب التشريعات، واختلفت في توظيفه كل دولة حسب قانونها ،حيث تعريف الموطن بين التشريع الداخلي و القانون الدولي الخاص بالرغم عدم وجود فرق إلا انه بالنسبة للتشريع الداخلي يعرف بناءا على جزء محدد من الإقليم أي مكان محدد داخل الدولة، أما في القانون الدولي الخاص فيعرف بكامل الإقليم وليس بجزء وهو "المكان التابع

[1] المقداد هدى، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3، العدد02، د.ت ، ص 11.

[2] محمد الحافظ الأخضري، الموطن في القانون الدولي الخاص مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر ،علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2017/2016، ص 19.

لدولة معينة و الذي يقيم فيها الشخص باستمرار بنية البقاء"[1]، ولذا تعددت الإتجاهات حول تبني ضابط الموطن أو محل الإقامة للمدعى عليه لعقد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية في المنازعات الخاصة الدولية[2] .

ومن هنا سنتطرق إلى دراسة الإتجاه التشريعي في الفرع أول والإتجاه الفقهي في الفرع ثاني.

الفرع الأول : الإتجاه التشريعي:

إذا أبرم عقد دولي عبر شبكات الإتصالات الدولية الإنترنت سواء تعلق بسلع أو خدمات، لا حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، عملا بما هو مستقر عليه في قانون المرافعات الداخلي و الدولي كلاهما من أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته [3].

وهذا ضابط الإختصاص أخذ به القانون الجزائري كأساس للإختصاص الإقليمي وفقا لأحكام المادة 37 من ق.إ.م.إ وذلك لعدة إعتبارات منها أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت عكس ذلك ، وعلى المدعي إثبات ذلك في موطن المدعى عليه، و أن الدين مطلوب وليس محمول فعلى المدعي أن يطالب بدينه في موطن المدعى عليه، مما يؤكد وجود نوع من التوازن بين مراكز الخصوم[4].

[1] محمد الحافظ الاخضري، المرجع السابق، ص 1.

[2] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي و علي عبد الستار أبو كطيفة ، الضوابط العامة للإختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية –دراسة مقارنة– ، مجلة العلوم الإنسانية ،المجلد22 ، العدد 04 ، 2015، ص1578.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني السياحي البيئي)، ط01 ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2000، ص 70.

[4] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 102.

ويعتبر موطن المدعى عليه ضابطا للإختصاص في الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها أو أبرمتها الجزائر منها إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 06 أبريل 1983[1]، ففي غير مسائل الأهلية والأحوال الشخصية و الحقوق العينية المتعلقة بالعقار تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت النظر في الدعوى (إفتتاح الدعوى) في إقليم ذلك الطرف المتعاقد[2]، كما جاء أيضا في إتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول إتحاد المغرب العربي الموقعة بمدينة رأس لانوف بليبيا 10/9 مارس 1991[3] أنها تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة إذا كان موطن المدعي عليه أو محل إقامته أو تعدد المدعى عليهم وقت إفتتاح الدعوى في البلد المتواجد فيه ذلك الطرف المتعاقد أو كان هناك من يمثله[4]، وهذه القاعدة تطبق في حالة ماإذا كان المدعي عليه شخص طبيعي أو معنوي[5].

وعليه فضابط موطن المدعي عليه له أهمية خاصة لأن الدولة التي ستقوم بإصدار الحكم في مواجهة المدعي عليه ستكون هي الاكثر و أقدر الدول إلزاما به، نظرا لوجود الرابط الوثيق بين تلك الدولة و المدعي عليه و المتمثل في توطنه على أرضها، كما يحقق هذا

[1] مرسوم رئاسي رقم 47/01 المؤرخ 11 فبراير 2001 المتضمن التصديق على إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض وكذا تعديل المادة69 من الإتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر 1997 من طرف مجلس وزراء العرب في دور إنعقاده العادي الثالث عشر ، أنظر المادة 28/أ.

[2] كمال سمية ، تطبيق قانون القاضي في المنازعات الدولية الخاصة ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ، القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ،2016/2015 ، ص 37.

[3] مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 27 يونيو 1994 يتضمن المصادقة على إتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي الموقعة برأس لانوف ليبيا في 9 و 10 مارس 1991، أنظر المادة 34/أ.

[4] محمد الحافظ الأخضري ، المرجع السابق ، ص 18.

[5] كمال سمية ، المرجع السابق ، ص 38.

الإمتياز لصالح المدعي أيضا لما يوفره له من ضمانات أكبر لتنفيذ الحكم في موطن المدعي عليه عندما يكون صادر من محكمة هذا الموطن[1] .

إلا أنه و مع ذلك ذهب أغلب الفقه إلى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت لا ينسجم بالكامل مع الضوابط ذات الطابع الإقليمي، ما أدى إلى التقليل من فرص إعمالها إلى حد كبير، بحسبان أن تحديد موطن الأطراف بوضوح في هذه العقود يتحدد بصعوبة كبيرة ، مادام أن هذه الأخيرة تتضمن في الغالب موطن الأطراف بوضوح عناوين المشتري، على إعتبار أنه لايوجد إلتزام على عاتق الأطراف بكتابة بياناتهم أو محل إقامتهم خاصة في العقود التي تبرم و تنفذ داخل الشبكة .

فالعنوان الإلكتروني الذي يتم من خلاله غير مرتبط ببلد معين مثال العناوين التي يشار إليها في المقطع الاخير منها ب (com) أو (org)، وبالتالي فلا يشكل مثل هذا العنوان محل إقامة أو موطن ثابت بالمعنى المفهوم في الإتفاقيات الدولية [2]، بل وعلى إفتراض أن التاجر سيقوم بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين[3] ، والذي أشار له القانون 05/18 المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في الجزائر في نص مادتها 08 الفقرة 01 والتي فرضت على ممارسي النشاط التجاري التسجيل في السجل التجاري وكدا نشر موقع إلكتروني مستضاف في الجزائر".....ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الإنترنت مستضاف في الجزائر بإمتداد "com.dz "، معتبرة إياهما شرطان أساسيان لاغنى عنهما لممارسة التجارة الإلكترونية[4] ، فالملاحظ على هاته المادة من طرف بعض

[1] البشير أورير، تنازع الإختصاص القضائي الدولي ، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016-2017 ، ص 11.

[2] بلاق أحمد ، المرجع السابق ، ص 18.

[3] المرجع نفسه ، ص19.

[4] شروط ممارسة التجارة الإلكترونية في الجزائر ، تخيل ، 2021/4/21 ، http//www.takhail.org.

أهل الإختصاص أن الشرط المتعلق بإنشاء موقع الإلكتروني ومستضاف في الجزائر لايشجع بل يعرقل نشاط التجارة الإلكترونية في الجزائر كون إنشاء الموقع مكلف من الناحية المادية ولذلك إقترح بعض المختصين لو أن المادة سمحت بإستعمال وسائل الإتصال الإجتماعي كصفحة فايسبوك مثلا JUMIA.

ضف إلى ذلك يجب أن يكون الموقع مستضاف في الجزائر لكن أصحاب الإختصاص يؤكدون أن مانسبته 90% من الموقع مستضافة في الخارج نظرا للخدمات المقدمة و المتاحة لهم مقارنة بسوء التكفل بإستضافة المواقع الإلكترونية في الجزائر[1] وبالتالي أنه في كلتا الحالتين لايعبران عن وجود صلة حقيقية و دائمة بين مستخدم إسم الحقل و البلد المعني فهو إرتباط ظاهري، ولايمكن إعتباره بشكل آلي المعادل الوظيفي للمكان المادي[2]، أو بعبارة اخرى أن سياسة منح هذه العناوين الإلكترونية تختلف من مكان لآخر ولاتطابق توطينا حقيقيا للأطراف .

الفرع الثاني : الإتجاه الفقهي:

حيث دعت آراء فقهية أخرى إلى عدم تطبيق المفاهيم المحددة للإختصاص في العالم المادي على العالم الإفتراضي ، والإعتماد على فكرة الموطن الإفتراضي كحل بديل والتي لا تخلو هذه الاخيرة من الصعوبات في حال تطبيقها كونها تجعل ضابط الموطن أمرا مصطنعا يكن للمورد ان يستخدمه أو يخفيه كيفما أراد [3]، وعليه لتجاوز الصعوبات التي يثيرها الموطن ينبغي تحديد المتعاقدين لمقرات عملهم وهذا ماعمدت على إستلزامه القوانين

[1] بقنيش عثمان، الإطار القانوني المنظم للتجارة الإلكترونية في الجزائر ، مجلة جقوق الإنسان و الحريات العامة ، دون مجلد ،العدد04، 2017، ص366.

[2] بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير، القانون التعاون الدولي،كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 40.

[3] بلاق أحمد، المرجع السابق، ص 19.

التي نظمت التجارة الإلكترونية[1] من بينها، اتفاقية الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 2005 و التي حاولت تبني بعض القواعد مشترطة من خلالها على المواقع الإلكترونية بيان المكان الحقيقي لها عند تقديمها أي عرض للتعاقد عبر شبكة الإنترنت ولكن أمام صعوبة تحديد مكان محدد أو مقر عمل للأطراف المتعاقدة عبر الشبكة ، تبنت الإتفاقية معيارا موسعا يتضمن معيار" المقر ذي الصلة الأوثق بالعقد" وبموجبه يمنح للقضاء سلطة تحديد ذلك المقر في ضوء الظرف التي كان للأطراف على علم بها أو كان عليهم أن يتوقعوها[2] ، في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه[3].

أما بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يتعاقد عبر شبكة الإنترنت فلم تستخدم الإتفاقية بشأنه فكرة الموطن كدليل على مقر عمل أو تواجد هذا الشخص ، بل استخدمت فكرة "مقر الإقامة المعتاد" وهذا في نص المادة السادسة فقرتها 03[4] .

المطلب الثاني : المحكمة المتفق اللجوء إليها

من المستقر عليه في تحديد الإختصاص الدولي هو الخروج عن القاعدة السابقة و إعطاء حرية للاطراف للإتفاق[5] على قبول ولاية قضاء دولة ما حتى[6] ولو لم تكن محاكمها مختصة أصلا بالنزاع وفق الضوابط السائدة هذا من جهة، و من جهة أخرى[7] تتفق

[1] تناح بشير، قواعد الإختصاص الدولي لفض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، نيل شهادة الماستر في الحقوق، قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020/2019، ص19.

[2] بلاق أحمد، المرجع السابق، ص 19.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي و علي عبد الستار أبو كطيفة ، المرجع السابق، ص 1581.

[4] بلاق أحمد، المرجع السابق، ص 19.

[5] دبة حورية، المرجع السابق، ص 41.

[6] حسايد حمزة العقاد، الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية القائم على قواعد الإختصاص، دفاتر البحوث العلمية، المجلد5 ، العدد 10،د.ت ، ص 247.

[7] حسايد حمزة العقاد،المرجع السابق، ص 248.

التشريعات المقارنة على أن الخضوع الإرادي أو الإتفاق على الإختصاص للمحاكم في المنازعات ذات الطابع الدولي هو من الضوابط المستقرة، وبمقتضاه تختص تلك المحاكم[1] للفصل في نزاع معين مرجعه تحقيق إعتبارات معينة كضمان وحدة الخصومة وحسن سير العدالة ومنع تضارب الأحكام [2].

ومنها سنتطرق لدراسة الإختصاص القضائي الدولي القائم على الخضوع الإرادي للخصوم في الفرع الأول ثم نتعرض لشروط الخضوع الإرادي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الإختصاص القضائي الدولي القائم على الخضوع الإرادي للخصوم

إن الإتفاق على قبول الخضوع لسلطة القضاء المختار سواء كان سابقا على قيام النزاع أم لاحقا ، يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا ، ويكون صريحا كما لو اتفق الأطراف في صلب العقد الإلكتروني (شرط الإختصاص القضائي الدولي) أو في وثيقة مستقلة على جعل الإختصاص لهذه المحكمة أو تلك ، ويكون ضمنيا كما لو رفع المدعي دعواه أمام محاكم إحدى الدول ثم حضر المدعى عليه و أبدى دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم إختصاص محاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع مع ملاحظة أن عدم حضور المدعى عليه لايفسر على أنه قبول ضمني باختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع[3] .

وفي القانون الجزائري ، فإنه هو الذي يقرر وحده ما إذا كان يجوز أو لا يجوز عقد الإختصاص بالإتفاق للقضاء الجزائري رغم عدم إختصاصه ، أو سلب الإختصاص عنه رغم إختصاصه وعقده لقضاء دولة أخرى.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 72.

[2] حسايد حمزة العقاد، المرجع السابق، 248.

[3] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي و علي عبد الستار أو كطيفة، المرجع السابق، ص 1595.

وبناء على ذلك إذا رجعنا إلى المادة 46 من ق.إ.م.إ فإننا نجدها تجيز للخصوم الحضور دائما باختيارهما أمام القاضي، حتى ولم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى مما يفيد بأن قواعد الإختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام لأنه يمكن مخالفتها.

ويذهب جانبا من الفقه الجزائري إلى القول بأن قواعد الإختصاص القضائي الدولي في الجزائر هي إمتداد لقواعد الإختصاص المحلي الداخلي، فهي من ثم ليست من النظام العام و يمكن بالتالي الإتفاق عل مخالفتها، فيصبح الإتفاق على سلب الإختصاص عن القضاء الجزائري رغم إختصاصه، أو على جلب الإختصاص له رغم عدم إختصاصه[1].

الفرع الثاني : شروط الخضوع الإرادي

إن المتفق عليه فقها وقضاءا لكي ينتج هذا الإتفاق حول تحديد الإختصاص أثره يجب توافر الشروط التالية :

1-وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح و المحكمة التي تم إختيارها للفصل في النزاع

2- أن تكون هناك مصلحة مشتركة للطرفين

3- أن ألا يكون هذا الإختيار مبنى عل الغش[2].

ففي مايخص الشرط الأول وهو وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح و المحكمة التي تم إختيارها للفصل في النزاع، حيث تقرر هذا الشرط في مجال تنازع القوانين، و الذي يستلزم ضرورة توافر صلة بين العقد و القانون المختار من طرف المتعاقدين لحكمه، فالقضاء يشترط مثل هذه الصلة، حين يتعلق الأمر بالخضوع الإرادي للجهة القضائية

[1] حسايد حمزة العقاد، المرجع السابق، ص 248.

[2] دبة حورية، المرجع السابق، ص 42.

المختصة ، ومن الضروري وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح و المحاكم التي تم إختيارها، فإذا تبين أن النزاع لا صلة له بالمحكمة المعروض عليها النزاع،فليس لها أن تنظر لمثل هذا الشرط المانح للإختصاص، و أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الإختصاص[1]، وبالرغم من قوة هذا الإتجاه يرى اتجاه من الفقه اللجوء إلى فكرة أخرى وهي فكرة المصلحة، بحيث إعتبرها بديلا كافيا عن فكرة الرابطة الحقيقية، ومضمون هذه الفكرة أن يترك للأطراف الحرية في إختيار المحكمة التي تكون محققة لمصالحهم أكثر من محاكم أخرى بشرط أن تكون المصلحة مشروعة، ويعبر هذا الإتجاه الأفضل في مجال العلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة و علاقات التجارية الإلكترونية بصفة خاصة لأن اختيار الأطراف للمحكمة المختصة دوليا بمنازعات التجارة الإلكترونية يمثل في مضمونه مصلحتهم المشتركة ولذا فكرة المصلحة المشروعة في المنازعات التجارية الإلكترونية لاتثير[2] مشاكل كالتي تثيرها فكرة الرابطة الجدية وحتى وإن كانت هناك مشاكل فإن كل من الأطراف يتحملها بالتساوي[3].

وفيما يخص الشرط الثالث فيتمثل في ألا يكون الإتفاق مبني على الغش، بحيث يتعين أن يكون الإتفاق صحيحا و سليما وهذا الشرط يمنع مايعرف بالغش نحو الإختصاص الذي يتمثل في اختيار الخصوم أو أحدهما التي يعلم أنها ستطبق قانونا من تلقاء نفسها و تلبي رغبات الأطراف على خلاف قانونهم [4].

أما في شأن الإتفاق على الإختصاص في العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت ، فإنه تفاديا لإنكار الطرف الآخر للإتفاق على الإختصاص، فإنه يلزم التنبيه عليه بأن يوقع

[1] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 95.

[2] تناح بشير ، المرجع السابق ، ص 47.

[3] المرجع نفسه ،ص 48.

[4] تناح بشير ، المرجع السابق ، ص 47.

صراحة على إعلان يوضح فيه قبوله شرط الإختصاص القضائي وهذا يمكن عمليا بطباعته من على صفحة الإنترنت، وهذا مايظهر أن الشروط [1] التعاقدية التي تتم عبر الإنترنت تظل غير مؤكدة و تبقى الصورة التقليدية هي الدليل الكتابي وهي الأصل لإثبات الإتفاق[2] .

ونشير إلى أن هذ الضابط هو الآخر تعرض للإنتقاد لكونه يتصف بالشرط التعسفي بل أكثر من ذلك قد لايطلع عليه المتعاقد قبل الضغط على أيقونة الموافقة [3].

المطلب الثالث : محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه

الثابت أن ضابطي الإختصاص القائمين على موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وعلى الخضوع الإختياري و قبول الإختصاص هما من الضوابط العامة التي تكفي لتأسيس الإختصاص الدولي للمحاكم، غير انه إذا انعدم كلاهما، لم يكن هناك يد من البحث عن ضابط اختصاص احتياطي نوعي وهو في شأن العقود الدولية ضابط مكان إبرام العقد أوتنفيذه[4]، والذي يقصد به اختصاص محكمة المكان الذي نشأ فيه الإلتزام أو اختصاص محكمة الدولة التي تم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية فيها[5].

ومن هنا سنتطرق في هذا المطلب إلى مكان إبرام العقد في الفرع الأول ومكان تنفيذ العقد في الفرع الثاني.

الفرع الأول : مكان إبرام العقد

يعتبر تحديد مكان إبرام العقد مسألة متعلقة بتفسير قاعدة إختصاص وطنية، مما يلزم الرجوع بشأنها إلى قانون القاضي المعروض أمامه النزاع و يختلف موقف الدول بشأن

[1] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 226.

[2] المرجع نفسه، ص 227.

[3] العقد الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، محاماة نت ، 2021/03/21 ، http//www.mohamah.net/law

[4] أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق، ص 74.

[5] Chatillon stéphone , le contrat international,4eedition, vuilbert, paris,2007,p296.

تحديد هذا المكان في العقود الإلكترونية، على أساس مدى تبنيها لنظريات مختلفة حاولت تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد في التعاقد بين غائبين .

ومهما كان وجه الخلاف بين هذه النظريات، فالمتفق عليه أنها في مجملها حاولت تحديد لحظة نشوء الإلتزام كون هذه الاخيرة تعتبر من أهم التحديات التي تواجه المعاملات الإلكترونية بوصف عام، بالإضافة إلى تحدي الوقت و الجهد وتحدي التكلفة، ولذلك لم تتفق القوانين المنظمة في التجارة الإلكترونية عند رأي واحد من أمثلة ذلك القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الاونسترال لعام 1996 الذي تبنى نظرية تسلم القبول ولكن أمام صعوبة تحديد ذلك في بيئة التجارة الإلكترونية و بصفة خاصة المكان الحقيقي لمقدمي خدمات المعلومات ، حاول افتراض كون الرسالة قد سلمت في مقر عمل المرسل إليه في نص المادة 15 فقرة 04 منه[1].

وهو الموقف التي سارت على نهجه قواعد غرفة التجارة الإلكترونية بشان التعاقد الإلكتروني لسنة 2004 والتي أتجهت بدورها إلى افتراض أن مكان العلم بالرسالة أو مكان استلامها هو مقر عمل المرسل إليه ومن أجل ذلك جاءت هذه القواعد لتلزم أطراف التعاقد الإلكتروني دائما بوضع بيانات خاصة بتحديد اسم المنشأة وموقعها الجغرافي و التفاصيل الخاصة بممثل معين النشأة .

و أمام هذه الإختلافات نؤيد أن يبقى لأطراف العقد حرية الإتفاق على تحديد مكان إبرام العقد من خلال الشروط التي يتفقان عليها في العقد كأصل و استثناءا اللجوء إلى المنهج الإفتراضي و مايقوم عليه من إحتمالات .

[1] بلاق أحمد، المرجع السابق، ص 20.

الفرع الثاني : مكان تنفيذ العقد أو الإلتزام

تظهر أهمية هذا الضابط في أنه المكان الذي تتجسد فيه الإلتزامات التعاقدية كما[1] أن مصالح المتعاقدين تتركز في دولة التنفيذ[2]، على إعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين و الغاية التي يسعيان إلى تحقيقها .

إلا أنه في مجال العقود الإلكترونية يجب التميز بين فرضين : الأول حيث يتم إبرام العقد وتنفيذه عبر شبكة الإنترنت مثل عقود البرمجيات ، وهنا نكون أمام أشخاص المجتمع الإفتراضي بأدواته و خصائصه وفي هذه الحالة قد يتعذر تحديد مكان التنفيذ ، أما الفرض الثاني فيتم فيه إبرام العقد من خلال أدوات المجتمع الإفتراضي إلا أن تنفيذه بتم في المجتمع المادي وبالتالي فالعقد يولد إلكترونيا و ينفذ ماديا ليصبح معه من اليسير تحديد مكان تنفيذ، وقد أثيرت هذه التفرقة عند محاولة وضع قواعد للإختصاص القضائي الدولي بشأن العقود الإلكترونية من خلال مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لسنة 2000[3] .

ومهما يكن وجه الخلاف حول الإعتداد بهذا الضابط بصفة أصلية أو احتياطية، يبقى القول هو أن مجتمع الإنترنت هو مجتمع افتراضي مصطنع لايقوم على أقاليم ذات ركائز جغرافية مادية، و بالتالي تصبح مثل هذه الضوابط و التي تقوم على ركائز مكانية دون فائدة وليس لها دور في شأن التنظيم القانوني الدولي للعمليات المبرمة في البيئة الإفتراضية ، ومن ثم يصبح الإعتماد على عوامل الإرتباط التقليدية التي تقوم على تركيز العقد مكانيا متوقفة على ضوابط مادية تعين المحكمة المختصة من بينها ، مما يجعل

[1] بلاق أحمد، المرجع السابق، ص 21.

[2] فهد بن عبد العزيز الداود، الإختصاص القضائي في عقد التجارة الإلكترونية ، مجلة العدل، العدد 60 ، د.م ، 2015، ص 220.

[3] بلاق أحمد، المرجع السابق، ص 21.

المسألة المطروحة أكثر اتصالا بمكان محدود مثل مكان لتسجيل الموقع أو مكان تنفيذ الأعمال تنفيذا ماديا[1] .

المبحث الثاني : التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني

صاحب الإنتشار المتزايد في حجم التجارة الإلكترونية زيادة في معدل الخلافات الناجمة عنها مما استتبع البحث عن وسائل لتسوية منازعاتها تتمشى و طبيعة تلك المعاملات[2] التي لها طبيعة خاصة و هي الطبيعة الإلكترونية لذلك يجب فضها بوسائل إلكترونية تتناسب مع البيئة التي نشأت فيها هذه المعاملات، [3] دون اللجوء إلى المحاكم أو التحكيم العادي أو غيرها من الوسائل العادية –غير الإلكترونية – لفضها[4] ، لهذا ظهرت فكرة التحكيم الإلكتروني[5] كآلية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية والذي عرف إقبالا واسعا بإعتباره الأكثر موائمة لمعطيات العولمة[6] ، ذلك أنه عبارة عن خليط يجمع بين القواعد القانونية التقليدية من جهة ، و الوسائل الإلكترونية من جهة أخرى حيث تتمازج القواعد و الشروط الخاصة بحل المنازعات التي كانت مبنية على البنية التحكيمية مع الوسائل الإلكترونية ، فيتم تطويع القواعد القانونية التقليدية لتتلاءم مع متطلبات التجارة الإلكترونية ، حيث تجرى جميع إجراءات التحكيم أو بعضها عبر إستخدام الوسائل الإلكترونية[7] دون

[1] بلاق أحمد، المرجع السابق، ص 22.

[2] خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، ط01 ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 318.

[3] كريم محجوبة ، التحكيم الإلكتروني ودوره في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، القانون الإقتصادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولاي الطاهر ، سعيدة ، 2015/2014 ، ص 02.

[4] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم ، التحكيم الإلكتروني ، ط01 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2012 ، ص09.

[5] كريم محجوبة ، المرجع السابق ، ص 03.

[6] بوديسة كريم ، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، قانون تعاون دولي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2012 ، ص 07.

[7] كريم محجوبة ، المرجع السابق ، ص 03.

حاجة إلى إنتقال أو تواجد الأطراف في مكان التحكيم[1] بداية من الإتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم وحتى صدور حكم التحكيم و تنفيذه [2].

ومن هنا سنتعرض إلى دراسة مطلبين ، المطلب الأول بعنوان مفهوم التحكيم الإلكتروني و المطلب الثاني بعنوان الإجراءات المعتمدة في التحكيم الإلكتروني.

المطلب الأول : مفهوم التحكيم الإلكتروني

إن التحكيم الإلكتروني هو إتفاق شأنه شأن التحكيم التقليدي [3] ، ولكي نعرض لمفهوم التحكيم الإلكتروني علينا ان نعرض لبيان تعريفه[4] في الفرع أول ثم إظهار مايميزه عن غيره من النظم المشابهة له في الفرع ثاني و بعدها المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني في الفرع ثالث أما الفرع الرابع فخصص لمزايا التحكيم الإلكتروني و عيوبه.

الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني

ينقسم مصطلح التحكيم الإلكتروني إلى شقين الأول هو التحكيم بمعناه التقليدي[5] والذي اختلف الفقه في تعريفه وكل واحد منهم انطلق في تعريفه له من زاوية معينة ،إلا أن أغلبهم يركز في تعريفه على جانبين أولهما الإتفاق بين الاطراف و ثانيهما المحكمون[6].

ويعرف فقه التحكيم بأنه : "نظام تعاقدي بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين ليفصلوا فيه بعيدا عن إجراءات القاضي العادي " .

[1] بوديسة كريم، المرجع السابق، ص04.

[2] كريم محجوبة، المرجع السابق، ص03.

[3] المرجع نفسه، ص 07.

[4] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص 15.

[5] بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 09.

[6] كريم محجوبة، المرجع السابق، ص 08.

كما يعرف بأنه "نظام للقضاء الخاص تقضى فيه الخصومة ، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها أو بعبارة أخرى يقصد بالتحكيم إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم ".

وعرفه البعض بأنه :" النظر في نزاع بمعرفة الشخص ، أو هيئة يلجا إليها المتنازعون مع إلتزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع "[1].

تأسيسا على ما ذكر نرى بأن التحكيم هو "إتفاق بين الأطراف على حسم نزاعهم الحالي أو المستقبل بواسطة شخص أو أشخاص يختارونهم بأنفسهم وذلك في إقامة محكمة خاصة دون اللجوء إلى القضاء التقليدي في الدولة و يحددون موضوع النزاع و القانون الذي يرغبون في تطبيقه على النزاع"[2].

أما الشق الثاني "الإلكتروني " والتي يعني الإعتماد على تقنيات إستخدام الوسائط و الأساليب و الشبكات الإلكترونية منها شبكة الإنترنت[3].

وبعد تعريف كل من معنى تحكيم و معنى إلكترون، يقصد بالتحكيم الإلكتروني أنه **"التحكيم الذي يمكن أن يتم إجراؤه بشكل عام او جزئي عبر الإنترنت أو وسائل الإتصال الإلكترونية الأخرى "**[4].

[1] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص 20.

[2] إيناس خلف الخالدي، التحكيم و الوسائل البديلة لحل المنازعات (دراسة سعودية مقارنة)، ط 01، دار الثقافة، عمان، 2016،ص 26.

[3] بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 10.

[4] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص 25.

وقام البعض بتعريف التحكيم الإلكتروني بأنه : "نظام قضائي إلكتروني خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تنشأ أو المحتمل نشوؤها إلكترونيا بين المتعاملين في التجارة الإلكترونية بموجب إتفاق بينهم يقضي بذلك"[1].

ويمكن تعريفه أيضا :" بأنه التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإنترنت ، وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى إلتقاء أطراف النزاع و المحكمين في مكان معين"[2].

كما عرفه الدكتور خالد ممدوح إبراهيم بأنه :" التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإتصالات الدولية و دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع و المحكمين في مكان معين "[3].

ويتضح من التعاريف السابقة أن التحكيم الإلكتروني لايختلف في جوهره عن التحكيم التقليدي، إلا من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الإفتراضي ، فلا وجود للورق أو الكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم[4].

حيث الآلية التي يتم بها هذا الإجراء من بدايته إلى نهايته باستخدام الإنترنت و غيره من وسائل الإتصال الحديثة كالكمبيوتر و الفاكس وغيرها[5]، وأيضا لابد للتحكيم الإلكتروني أن يستند إلى إتفاق بين أطرافه على حسم ماقد ينشأ بينهم من منازعات عن طريقه، وهذا الإتفاق في الغالب مايكون هو كذلك إلكترونيا، حيث يتم تبادل الرسائل الإلكترونية فيما بين الأطراف ثم فيما بينهم وبين هيئات أو مراكز التحكيم الإلكتروني عن

[1] كريم محجوبة، المرجع السابق، ص 09.

[2] عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني (ماهيته ، إجراءاته وآلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية و العلامات التجارية و الملكية الفكرية)، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 42.

[3] كريم محجوبة،المرجع السابق، ص10.

[4] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص25.

[5] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 42.

طريق تعبئة نموذج إلكتروني خاص ببعض مراكز التحكيم التي تباشر نشاطها عبر الإنترنت، ثم تبدأ إجراءات التحكيم عبر وسائل إلكترونية[1]، كانعقاد الجلسات عن طريق الإنترنت بواسطة إستخدام الوسائل المرئية أوالسمعية[2] ، أو حتى بواسطة تبادل الرسائل الإلكترونية فيما بين أعضاء هيئة التحكيم[3]، أو تقديم الأدلة عن طريق الوسائل الإلكترونية أو سماع الشهود عن طريق الرسائل الإلكترونية، ثم صدور الحكم عن طريق هيئة التحكيم الإلكتروني ، والذي يصدر أيضا بصورة إلكترونية [4] .

ولذا من خلال ماسبق يتبين أن التحكيم الإلكتروني يتميز بالعناصر الجوهرية التالية :

1- أنه نظام قضائي إلكتروني خاص :

هو نظام قضائي يتمثل في وجود مجموعة من القواعد القانونية المتكاملة الموضوعية، و الإجرائية التي تنظم سير الخصومة التحكيمية حتى صدور الحكم التحكيم المنهي للنزاع فيها ، حيث يظهر الجانب القضائي للتحكيم في أن التحكيم، و إذا كان يبدأ بإتفاق فهو ينتهي بحكم مكتسب لحجية الشيء المقضي به .

فإن كان مايميز التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي، هو إستعمال وسائل الإتصال الحديثة في إجراءاته ، فإن التساؤل يطرح عما إذا كان من اللازم تمام التحكيم بأكمله عبر

[1] كريم محجوبة، المرجع السابق، ص 9.

[2] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 41.

[3] المرجع نفسه، ص42.

[4] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم، المرجع السابق، ص 26.

الوسائل الإلكترونية لإعتباره تحكيما إلكترونيا [1] أم أن استعمال وسائل الكترونية في أي مرحلة من مراحله يكفي لإضفاء هذه الصفة؟[2]

للإجابة على هذا التساؤل إنقسم الفقه إلى إتجاهين ، يرى الإتجاه الأول (الإتجاه الموسع) أن التحكيم يعد إلكترونيا سواء تم باكمله عبر وسائل إلكترونية أو اقتصر إستعمالها على بعض مراحله فقط، إذ يمكن أن يقتصر إستخدام الوسيلة الإلكترونية على[3] مرحلة إبرام إتفاق التحكيم وتبادل البيانات في حين تتم المراحل الأخرى بالطرق التقليدية كحضور الأطراف جلسات التحكيم [4].

ويرى الإتجاه الثاني أن التحكيم لا يكون إلكترونيا إلا إذا تم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم بإتفاق تحكيم إلكتروني، ويمر بإجراءات تحكيم تتم بإستعمال وسائل الإتصال الحديثة فلا يلتقي الأطراف مع المحكم و المحكمين ماديا ، ولا يتم إنعقاد جلسات تحكيم مادية وبالمثل ينبغي أن ينتهي التحكيم بإصدار حكم إلكتروني فيه[5].

يرجح العديد من الفقهاء بترجيح الإتجاه الثاني الذي يقضي بضرورة إجراء التحكيم بأكمله عبر شبكة الإنترنت من أجل إضفاء صفة التحكيم الإلكتروني عليه [6]، و القول بنقيض ذلك يجعل من أي تحكيم تحكيما إلكترونيا، إذ لايخلو تحكيم من إستعمال وسائل الإتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحله، كأن يتم تبليغ الطرف الآخر عبر البريد الإلكتروني أو إرسال بعض المستندات عبر البريد الإلكتروني أو الفاكس، فمثل هذه التقنيات

[1] كريم محجوبة ، المرجع السابق ، ص 11.

[2] رجاء ناظم حافظ بني شمسه ،الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني ،دراسة مقارنة، أطروحة لإستكمال متطلبات درجة الماجستير، القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2009 ، ص 10.

[3] بوديسة كريم ، المرجع السابق، ص 11.

[4] المرجع نفسه ، ص12

[5] رجاء ناظم حافظ بني شمسه، المرجع السابق ، ص 11

[6] بوديسة كريم ، المرجع السابق ، ص 12

الحديثة أضحت لاغنى عنها[1] ولايمكن القول أن إستعمالها يجعل من التحكيم تحكيما إلكترونيا، فمثل هذا التحكيم يبقى تقليديا طالما تعقد جلسات مادية للتحكيم وطالما لاتتم إجراءاته بأكملها عبر وسيلة إلكترونية، ولعل مما يؤكد ذلك أن مراكز التحكيم الدولية[2] تعمل على الإستفادة من التطور التقني من حيث إمتلاكها مواقع إلكترونية على الشبكة يمكن التواصل معها عبرها، إلا أن هذا لايجعل من قضايا التحكيم التي تتولاها إلكترونية ولا يتم تطبيق قواعد التحكيم الإلكتروني بدلا من التحكيم التقليدي [3].

ولعله أبرز مثال عن هذه المراكز غرفة التجارة الدولية بباريس(CCI) من خلال برنامج (Net Case) [4] الذي يسمح لأطراف التحكيم الذي يجري وفقا لقواعدها التواصل بينهم عبر الإنترنت في مجال آمن خاص بهم حيث تكون المعلومات المتبادلة مشفرة ويساعد على أرشفة المستندات حسب كل قضية على حدى [5].

إذا لابد لتمييز بين آليات تسوية المنازعات إلكترونيا وبين نظام إدارة المنازعات إلكترونيا فالأولى هي آليات لإنهاء النزاع بأكمله على الإنترنت دون الحاجة للحضور المادي لأطراف المنازعة في أي مرحلة من مراحل التسوية، أما الثانية فهي مجرد إستخدام الوسائل الإلكترونية في الإرسال و حفظ البيانات ،الطلبات و المستندات دون أن تمنع من حضور الأطراف ماديا لجلسات النزاع أو جلسة إصدار الحكم [6] .

[1] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 29

[2] المرجع نفسه ، ص 30

[3] عصام أحمد البهجي ، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، ط01، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2017 ، ص 98

[4] بوديسة كريم ، المرجع السابق ، ص 13

[5] عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 98

[6] بوديسة كريم ، المرجع السابق ، ص 13

2- التحكيم الإلكتروني قائم على إرادة الأطراف:

فنظام التحكيم الإلكتروني يقوم على إرادة الأطراف التي تمثلت في إتفاقهم على إختيار التحكيم الإلكتروني لحسم منازعاتهم، أي أن هذا الإتفاق يعد أساس هذا النظام وبدونه لايكون هناك تحكيم[1]، وبمقتضاه يستمد المحكمون منه سلطاتهم ، لذلك يجب البحث عن إرادة الخصوم إذا ماانصبت رغبتهم في حسم النزاع بواسطة التحكيم الإلكتروني أم لا .

3- التحكيم الإلكتروني يختص بالفصل في النزاعات بشكل إلكتروني :

يعتبر النزاع من أهم العناصر الاساسية التي يقوم عليها التحكيم الإلكتروني،

[1] بن دحمان صبرينة ، المرجع السابق ، ص 26

والذي يقصد به أنه ذلك النزاع الذي يحمل طبيعة قانونية أو إدعاء قانوني، بإنتفائه ينتفي وجود التحكيم، أما بخصوص أنه إلكتروني فذلك يعني الإعتماد على التقنيات التي تحتوي على ماهو كهربائي أو رقمي او لاسلكي او بصري أوغيرها من الوسائل المشابهة، إذ يظهر الجانب الإلكتروني في إستخدام الأطراف تلك الوسائل الإلكترونية عند إبرام إتفاق التحكيم أو أثناء سير الخصومة، دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع أو المحكمين في مكان معين[1].

الفرع الثاني : تمييز التحكيم الإلكتروني عن النظم المشابهة له

هناك أنظمة إلكترونية يعتمد عليها في حل المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية وهي المفاوضات الإلكترونية، الوساطة الإلكترونية، التوفيق الإلكتروني، الصلح الإلكتروني

أولا : المفاوضات الإلكترونية :

تعد من أكثر الطرق البديلة لحل المنازعات إنتشارا و أقلها تعقيدا، وقد تكون آلية وقد تكون مفاوضات إلكترونية مدارة بمساعدة الحاسب الآلي

1- **المفاوضات الآلية** [2]: تكمن هذه الآلية في البحث عن مصالحة عرفية بين الطرفين دون تدخل بشري في عملية التسوية بينهما ، وتجرى هذه العملية في خطوتين :

[1] كريم محجوبة ، المرجع السابق ، ص 13

[2] أمينة خبابة ، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية ،دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، ط01 ،دار الفكر و القانون ، المنصورة ، 2010 ، ص69

في الخطوة الاولى ، يقوم فيها كل طرف من أطراف النزاع بتقديم عروضه إلى الحاسب الآلي مباشرة وليس إلى الطرف الآخر، وذلك إنطلاقا من موقع إلكتروني يتبع كل طرف وتجب هنا ملاحظة أن عروض أي طرف لايتم إرسالها ولايعلم عنها الطرف الآخر شيئا، لذلك سميت (L'aveugle Offre) .

أما الخطوة الثانية ، فيقوم الحاسب الآلي بإجراء مقارنة حسابية بين العروض، ثم يختار حلا توفيقيا يقف عند مرحلة وسط بين العرضين، أو يحاول إيجاد متوسط العروض المقدمة ويضع الحل الذي يقترحه الكمبيوتر حدا للمنازعة بين الطرفين .

2- **المفاوضات المعاونة أو المساعدة :** فهي كالنوع الأول من المفاوضات يبحث عن إيجاد إتفاق عرفي بين طرفي النزاع[1] دون تدخل أي شخص أثناء الإجراءات، وتجرى المفاوضات بين الطرفين بمساعدة آلية إتصال معينة قد تكون عن طريق التلفون أو عن طريق تبادل الرسائل و الحلول عبر البريد الإلكتروني ، أو بواسطة الرجوع إلى الفاكس أو التلكس، وقد تتجسد الخدمات التي تقدمها المراكز التي تتولى إدارة مثل هذه المفاوضات في تمكين الطرفين من إستخدام برامج الإتصال، أو تسهيل دخولهم إلى مواقع إلكترونية مؤمنة أو تقديم برامج تدير الحوار بينهما و تطرح عليهم حلولا نموذجية أو حلولا تم التوصل إليها من قبل في منازعات مماثلة [2].

من التعريف السابق نرى أنه يكمن الإختلاف بين التفاوض التقليدي و الإلكتروني في تسيير إجراءاته عبر وسائل إلكترونية دون الحضور المادي لأطراف المنازعة ،ومقارنة بالتحكيم الإلكتروني فالفارق الأساسي يكمن في إتمام إجراءات التفاوض الإلكتروني دون تدخل شخص ثالث أما في التحكيم الإلكتروني فيخضع الطرفان منازعاتهم إلى شخص

[1] كريم محجوبة ، المرجع السابق، ص 17.

[2] أمينة خبابة ، المرجع السابق ، ص70.

ثالث تكون له سلطة إصدار حكم تحكيمي، أضف إلى ذلك ان المفاوضات الإلكترونية غالبا تنتهي بإتفاق يوقعه الأطراف على خلاف التحكيم الإلكتروني الذي ينتهي بحكم تحكيمي ملزم للطرفين [1].

من جانب آخر فإن النظامين يتفقان في ضرورة التراضي و الموافقة على اللجوء إلى هذه الوسيلة فرضاء الطرفان يشكل أساسا مشتركا بين النظامين و أيضا الإتفاق من ناحية إستعمال وسائل الإتصال الحديثة [2].

ثانيا : الوساطة الإلكترونية :

تعتبر الوساطة الإلكترونية آلية لحل المنازعات بمقتضاها يحاول الاطراف إدارة حل المنازعة التي نشبت بينهم من خلال تدخل شخص ثالث محايد و نزيه، لايتمتع بسلطة قضائية، بواسطة إستخدام وسائل الإتصالات الحديثة مجسدة في شبكة الإنترنت ويقود الأطراف إلى إتفاق يحل المنازعة .

يظهر لنا مما سبق إختلاف بين الوساطة الإلكترونية و التحكيم الإلكتروني من عدة أوجه[3] :

- يتم اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية من أجل الحفاظ على إستمرار العلاقات فيما بين الطرفين المتنازعين وعدم القضاء عليها، بينما يتم اللجوء إلى التحكيم بين أطراف لاتربط بينهم علاقات وثيقة ويستوي لديهم إستمرار التعامل بينهم من عدمه[4] .

[1] بوديسة كريم ، المرجع السابق ، ص16.

[2] كريم محجوبة ، المرجع السابق ، ص 17.

[3] بوديسة كريم ، المرجع السابق ، ص 18.

[4] أمينة خبابة ، المرجع السابق ، ص72.

- يتمتع المحكم بسلطة قضائية تمنحه القدرة على إصدار أحكام و قرارت ملزمة للطرفين، نجد أن الوسيط[1] لايتمتع بمثل هذه السلطة ، وإنما يتمتع بسلطة إقتراح الحلول على الطرفين.

ومن النقاط التي يتشابه فيها الوساطة والتحكيم الإلكترونيين :

- أنه لايجوز اللجوء لأي من النظامين إلا بناء على إتفاق أطراف النزاع ، سواء قبل نشوء النزاع في صورة شرط تحكيم أو شرط الوساطة يوضع في العقد ، أو بعد وقوعه بتوقيع اتفاق تحكيم أو وساطة إلا أنه هناك بعض أنظمة التحكيم الإلكتروني التي ترجع للوساطة بدون أن تتقيد في العقد الإلكتروني بشرط الوساطة كنظام محكمة الإفتراضية [2] .

ثالثا : التوفيق الإلكتروني

يعد التوفيق الإلكتروني كالوساطة الإلكترونية أحد الوسائل البديلة لحل المنازعات الإلكترونية ، أين يقوم شخص ثالث محايد يدعى "الموفق" بالتوفيق بين الاطراف عن طريق تقديم مقترحات يظل أمرها معلقا إلى غاية قبولها من قبل الاطراف المتنازعة، عبر وسائل الإتصال الحديثة دون إنتقال الأطراف للتلاقي ماديا .

[1] المرجع نفسه، ص73.

[2] كريم محجوبة ، المرجع السابق ، ص 19.

هناك بعض الفقه الذي فرق بين التوفيق و الوساطة الإلكترونيين[1] فالأول يعني عملية جمع الأطراف المتنازعة ومساعدتهم في توفيق أوجه الخلاف بينهم و التصالح، بينما الثاني عملية يكون للوسيط من خلالها إقتراح شروط تسوية النزاع[2] .

رغم هذه الآراء المتباينة فإننا نؤيد الرأي القائل أنه لا تترتب عن التفرقة بين الوساطة الإلكترونية أو التوفيق الإلكتروني نتائج قانونية محددة ،كون تدخل كل من الوسيط و الموفق يتوقف على رضا أطراف النزاع أضف إلى ذلك أن الحلول المتوصل إليها في كلتا الحالتين لاترتب أي أثر قانوني و لاينهي النزاع إلا إذا تم الإقرار بها من الطرفين ، على عكس التفرقة بين التوفيق الإلكتروني أو الوساطة الإلكترونية من جهة و التحكيم الإلكتروني من جهة أخرى، ترتب آثارا قانونية هامة خاصة فيما يخص القرارات التي يصدرها المحكم التي تتمتع بصفة الإلزام و التنفيذ الجبري على الأطراف[3]، و أيضا أن الفروق القائمة بين التحكيم و الوساطة هي نفسها الموجودة بين التوفيق و التحكيم.

رابعا- الصلح الإلكتروني:

يعرف التصالح بأنه الإجراء الذي يتخذه طرفان أو أكثر لإنهاء نزاع ما بينهما لمنع السير في إجراء قضائي، أو لوقف ذلك الإجراء إذا كان قد بدأ[4].

ويتضح من هذا التعريف أن الصلح و التحكيم يتفقان في العديد من نقاط و يختلفان في العديد من النقاط ، من حيث الإتفاق فكلاهما يقوم على توافق إرادة أطراف النزاع، فإن إنعدم

[1] بوديسة كريم ، المرجع السابق ص 19.

[2] رجاء ناظم حافظ بني شمسه ، المرجع السابق ، 24

[3] بوديسة كريم ، المرجع السابق، ص 19

[4] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم ، المرجع السابق ، ص34

الإتفاق فلا تحكيم ولا صلح، وبالتالي يجب أن يسبق اللجوء للتحكيم الإلكتروني إتفاق وكذلك الحال بالنسبة للصلح الإلكتروني وأيضا يتفقان في الأدوات التي تستخدم في إجرائهما، فكلاهما يتم بإستخدام وسائل إلكترونية .

ومن حيث الإختلاف فنلاحظ أن:

- التصالح لايوجد فيه وسيط بين طرفي النزاع، خلافا للتحكيم الذي يتطلب شخصا من الغير يعمل كعمل القاضي بينهما لحسم هذا النزاع، سواء كان كلاهما يتمان بوسائل عادية أو إلكترونية[1].
- التحكيم بنوعيه عاديا أم إلكترونيا ، يكون القرار بمثابة حكم مثل أحكام القضاء، ويتمتع بحجية الأمر المقضي، و بالتالي يكون واجب التنفيذ مثل الاحكام، أما في الصلح سواء كان عاديا أم إلكترونيا فإن حسم النزاع يكون بواسطة العقد أو الإتفاق نفسه مما يتطلب تدخل القضاء بعمل ولائي، لكي يتم بهذا العمل التصديق على الصلح، و بالتالي الإعتراف به إستصدار لأمر تنفيذه[2].

الفرع الثالث : ظهور المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني

بإنتشار فكرة التحكيم الإلكتروني بدأت مراكز و تنظيمات متعددة تعمل على حل الخلافات و النزاعات عن طريق شبكة الإنترنت، وذلك ضمن قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية التحكيمية .

ومن هذه المراكز جمعية المحكمين الأمريكية التي طورت نظام القاضي الإفتراضي [3] الذي يهدف هذا الأخير إلى إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت

[1] المرجع نفسه، ص 35.

[2] كريم محجوبة ، المرجع السابق ، ص 21.

[3] ماجد محمد سليمان أبا الخيل ، العقد الإلكتروني ، ط01، مكتبة الرشد ، الرياض ، 2009 ، ص 125.

عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم و القوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية و عقودها و قانون الإنترنت و منازعات العلامات التجارية و الملكية الفكرية [1]، ومحكمة التحكيم الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية ويبو حيث وضعت نظاما لتسوية منازعات أسماء الحقول (الدومين)[2]، كما إبتكرت مراكز اخرى كنظام المفاوضات المباشرة ، وهذا النظام يستخدم اسلوب الوساطة عبر الإنترنت الذي يساعد على حل العديد من النزاعات التي يتعذر توصل طرفي النزاع فيها لحل دون طرف ثالث يقوم بعملية الوساطة و التوفيق بينهما ، وقد قامت بعض المؤسسات غير الحكومية مثل كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا[3] بإنشاء نظام محكمة تحكيم إلكترونية أو المحكمة الفضائية ترمي إلى وضع قواعد تتفق و طبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها و تسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات المتبعة[4]، ورغبة من المحكمة ببث الثقة في نظامها أصدرت شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتعامل بالتجارة الإلكترونية و التي تستوفي شروط المحكمة المطلوبة وذلك تعبيرا عن إلتزام هذه المواقع أو المسؤولين عنها بتسوية منازعاتهم مع المستخدمين وفقا لنظام و إجراءات هذه المحكمة[5]، وتتميز هذه المحكمة بتقديم خدمات تسوية المنازعات باللغتين الإنجليزية و الفرنسية ذلك لوجودها في مقاطعة ذات طبيعة لغوية مختلطة من هاتين اللغتين، وكذلك تجمع بين نظامين اللاتيني و الانجلوساكسوني مما يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين انظمة قانونية متباينة فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية و سبل فض النزاعات المتعلقة بها، و في الآونة الأخيرة تعددت هذه المراكز بحيث لايمكن حصرها وفيما تقدم نماذج لتلك المراكز حيث

[1] عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 310.

[2] خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 321.

[3] ماجد محمد سليمان أبا الخيل ، المرجع السابق ، ص 125.

[4] خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 321.

[5] سيف الدين إلياس حمدتو ، التحكيم الإلكتروني ، مجلة العلوم القانونية ، د.م ، عدد03 ، 2011 ، ص56.

تحرص المراكز على سرية الإتصالات بينها و بين أطراف النزاع حيث يمكن إرسال رسائل مشفرة لضمان سرية معلومات التحكيم [1].

الفرع الرابع : مزايا وعيوب التحكيم الإلكتروني

يمكن تأسيس سبب الإلتجاء إلى التحكيم في المواد التجارية بصفة معتادة إلى سببين رئيسين، أحدهما سبب قانوني ، فالمنازعة التجارية لا ترتبط بالنظام العام إلا نادرا ، حيث لا يخضع للتحكيم إلا في بعض المنازعات النادرة مثل تلك المرتبطة بالمحلات التجارية و الإجراءات الجماعية للتسوية أو التصفية و أعمال المنافسة غير المشروعة التي لاتخضع للتحكيم[2]، أما السبب الثاني فهو سبب واقع، ذلك أن العمليات التجارية تستفيد من الإمتيازات التي يقدمها التحكيم بالمقارنة مع القضاء العادي، خاصة في المنازعات التجارية ذات الطابع الوطني و الدولي .

نميز في هذا الموضوع بين عنصرين، الأول : مزايا التحكيم الإلكتروني، و الثاني: عيوب التحكيم الإلكتروني.

أولا : مزايا التحكيم الإلكتروني

يتميز التحكيم الإلكتروني بعديد من المزايا التي تميزه عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية و حتى التحكيم التجاري التقليدي ومنها :

- اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني، يجنب أطراف العقد عدم مسايرة القانون و القضاء للعقود الإلكترونية سواء قانونيا أو قضائيا، حيث أنه يجنبهم عدم الإعتراف القانوني

[1] المرجع نفسه ، ص 57.

[2] كريم محجوبة ، المرجع السابق ، ص 21.

بهذه العقود، أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق و تحديد المحكمة المختصة، وهذا ليس بالأمر اليسير وفقا للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه .

- السرعة في عرض النزاع على أشخاص[1] ذوي خبرة فنية خاصة ومحل الثقة تعنى و تواكب تطور التجارة الإلكترونية خاصة في المجال الفني و القانوني لهذه التجارة[2].
- السرية، وهي ميزة التحكيم من حيث وجوده و نتائجه و في جميع مراحله مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحكمين[3].
- سرعة إصدار الأحكام نظرا لسهولة الإجراءات حيث يتم تقديم المستندات و الأوراق بالبريد الإلكتروني ويمكن الإتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الإنترنت .
- قلة التكلفة وذلك مايتناسب مع حجم العقود الإلكترونية المبرمة التي لاتكون في الغالب الأعم كبيرة بل متواضعة[4]، مثل إستخدام الوسائل السمعية و البصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف و للخبراء وهذا يقلل من نفقات السفر و الإنتقال[5] .

ثانيا : عيوب التحكيم الإلكتروني

رغم المزايا التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني إلا أن هناك بعض المعوقات التي تمنع اللجوء إليه، ومنها[6] :

- **الأهلية :**

[1] أمينة خبابة ، المرجع السابق ، ص 77.

[2] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 151.

[3] أمينة خبابة ، المرجع السابق ، ص 77.

[4] عصام بد الفتاح مطر ، المرجع السابق ، ص 54.

[5] أمينة خبابة ، المرجع السابق ، ص 77.

[6] المرجع نفسه، ص 78.

إن مسألة بحث الأهلية بالنسبة[1] للمحكمين لا ضرورة لها إذ تتم العملية التحكيمية عموماً عن طريق الانترنت بواسطة مراكز كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب وخصوصاً الأمور الأساسية فيها ،لكن ففي حالة عدم توفر الأهلية في الاطراف يؤدي إلى إتفاق تحكيم باطل ومايترتب عليه من بطلان لحكم التحكيم الصادر في تلك المنازعة التجارية[2].

ويمكن التغلب على هذه المشكلة بعمل تصميم بذات الموقع بشكل يلزم الطرف الذي ينوي الإتفاق لإحالة نزاعه لإحدى مراكز التحكيم الإلكتروني بالكشف عن هويته و الإفصاح عن عمره على انه إذا أغفل[3] تحديد ذلك لايسمح له بالمضي أو إستكمال إتفاقه مما يضفي نوع من المصداقية أمام طرفي النزاع ويبعده عن شبهة البطلان[4].

- **الخشية من عدم سرية التحكيم :**

يعد الحفاظ على سرية النزاع و الفصل فيه أحد الدوافع المهمة للجوء إلى التحكيم دون القضاء ، ولاسيما فيما يتعلق بالمنازعات التجارية ذلك أن التحكيم الإلكتروني قد لايحقق السرية المبتغاة بذات النسبة التي يحققها التحكيم التقليدي[5]، فبالرغم من حرص مراكز التحكيم الإلكتروني وعملهم على توفير بيئة آمنة وعلى مستويات

[1] عصام عبد الفتاح مطر ، المرجع السابق، ص 55.

[2] المرجع نفسه، ص 56.

[3] بريش عبد القادر وحمدي معمر ، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية ، الملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع عن البنوك الجزائرية و إشكالية إعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر –عرض التجارب الدولية– ص 10.

[4] المرجع نفسه ، ص 11.

[5] خليفي سمير ، المرجع السابق ، 155.

مختلفة سواء لحظة إرسال البيانات أم عند التخزين فإن الأمر لايسلم من إنتهاك داخلي أو خارجي للبيانات[1].

- **عدم ملائمة القوانين :**

تشترط معظم القوانين التي تنظم التحكيم كأسلوب لفض المنازعات شكلية معينة في إبرام إتفاق التحكيم وكذا في إصدار قرار التحكيم وشروط معينة لتنفيذ حكم التحكيم، وقد يكون من المتعذر إستيفاء التحكيم الإلكتروني لكل ما تتطلبه من القواعد من شكليات و شروط كونها وضعت أصلا لتنظيم تحكيم تقليدي الذي يتم بوسائل و إجراءات تقليدية[2] كون أن الأغلبية من النظم القانونية لازالت بعيدة عن مواكبة التطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية[3] .

المطلب الثاني : الإجراءات المعتمدة في التحكيم الإلكتروني

يعتمد في التحكيم الإلكتروني، على نفس الإجراءات المعتمدة في التحكيم التقليدي، لكن يضاف إليه بإتفاق الأطراف على قواعد خاصة بالتحكيم الإلكتروني من أبرزها هي طريقة التواصل عن بعد بين المتخاصمين و المحكمين بإستعمال الإنترنت[4]، فقبل اللجوء إلى مركز التحكيم يتعين إتخاذ عدة إجراءات معينة لعرض النزاع على المركز المعين[5] .

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، التحكيم الإلكتروني ،الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات –الوساطة و التوفيق –التحكيم–المفاوضات المباشرة ،دار الثقافة ، ط02 ،عمان ، 2010 ، ص 62.

[2] رجاء ناظم حافظ بني شمسه، المرجع السابق ، ص 19.

[3] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 156.

[4] خليفي سمير ، المرجع السابق، ص 157.

[5] خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ،ص 322.

ومن هنا سنعرض في الفرع الأول الإجراءات السابقة لعملية التحكيم الإلكتروني وبعدها سير عملية التحكيم الإلكتروني الفرع ثاني ثم تنفيذ الحكم التحكيمي الإلكتروني الفرع ثالث و أخيرا تنفيذ الحكم التحكيمي الفرع رابع

الفرع الأول : الإجراءات السابقة لعملية التحكيم

ويمكن عرض هذه الإجراءات في الخطوات الأتية :

أولا : تقديم طلب التحكيم [1]:

يقصد بطلب التحكيم ذلك الطلب الذي يوجهه أحد طرفي إتفاق التحكيم إلى مركز التحكيم المتفق عليه، أو إلى الطرف الآخر يخطره فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم، ويطلب منه إتخاذ اللازم لتحريك إجراءات التحكيم و إستكمالها[2].

ومنه هنا تبدأ الإجراءات بالتقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج المبين على موقع الإنترنت، إذ يجب أن تتضمن وثيقة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين[3]، وغالبا ماتشترط مراكز التحكيم تضمين طلب التحكيم البيانات الشخصية و الموضوعية منها[4] : أسماء أطراف النزاع، ووسيلة الإتصال بهم سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس أو التلكس، تحديد عدد المحكمين إختيار طريقة الإجراءات المتبعة خلال نظر النزاع، مدة التحكيم. وبالإضافة إلى تقديم المستندات و الوثائق و الأدلة التي تدعم حق كل طرف، مع إرفاق نسخة من إتفاق التحكيم[5].

[1] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص158.

[2] عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 320.

[3] خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 322.

[4] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 158.

[5] ماجد محمد سليمان أبا الخيل ، المرجع السابق ، ص 126.

ثانيا : القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني

تمنح الحرية الكاملة للأطراف في إختيار القواعد التي تنظم إجراءات المنازعة، سواء بوضع هذه القواعد في إتفاق التحكيم أو بالإحالة لقانون معين لتنظيم هذه الإجراءات، وخصوصيات العالم الإفتراضي تفرض على الأطراف الخضوع لإجراءات التحكيم الإلكتروني و التي تهدف إلى تحديد أنظمة الإثبات و الوسائل الفنية التي تضمن إحترام مبادئ المواجهة و الدفاع و القواعد المتعلقة بالإجتماعات الإلكترونية، وللأطراف الحرية في إختيار القانون الواجب التطبيق[1] على موضوع النزاع أيضا، كما يمكن للمحكم القيام بهذا الإختيار في حالة غياب إتفاق الأطراف بشرط عدم تعارضه مع قواعد النظام العام.

ثالثا : إخطار أطراف التحكيم بموعد التحكيم [2]:

يقوم المركز بالإتصال بالأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات وذلك وفق فترات زمنية معينة ثم يتم أداء الرسوم الإدارية المحددة التي تختلف من مركز تحكيم لآخر[3]، ويكون إخطار الطرفين بأول جلسة إستماع ومناقشة وتبادل الوثائق و الطلبات .

رابعا : تعيين المحكم :

يحق للخصوم الحق في إختيار أو تعيين المحكمين بالطريقة التي ينعقد عليها إتفاقهم [4]، ويكون ذلك سواء بالنص على تعيينهم في التحكيم مباشرة أو بالإشارة إلى

[1] خليفي سمير ، المرجع السابق، ص 158.

[2] المرجع نفسه ، ص159.

[3] ماجد محمد سليمان أبا الخيل ، المرجع السابق ، ص 126.

[4] سيف الدين إلياس حمدتو ، المرجع السابق ، ص74

النظام التحكيم المؤسسي كنظام المحاكم الإفتراضية ،لكن يبقى ان الإتفاق على التحكيم النظامي يتقيد الاطراف في اختيار المحكم فنظام المحكمة الإفتراضية هو أن تختار أمانة المحكمة المحكم أو المحكمين[1].

فتتشكل هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين من محكم واحد أو اكثر فإذا لم يتفقوا على عدد المحكمين كان عدد ثلاثة وإذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا و إلا كان التحكيم باطلا.

حيث يشترط في المحكم صلاحيته للتحكيم في الخصومة المحالة له[2] وذلك :

- لايجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه .
- لايشترط جنسية المحكمين إلا إذا إتفق طرفي التحكيم أو نص القانون على غير ذلك [3].
- تمتع المحكم بالحياد و الإستقلال من بداية تعيينه إلى نهاية الخصومة التحكيمية .

الفرع الثاني : سير عملية التحكيم الإلكتروني

تتفق معظم الأنظمة البديلة لحل المنازعات على بيان كيفية سير الإجراءات بصفة عامة و التحكيم الإلكتروني بصفة خاصة بما يحقق كسب الوقت وتقليل النفقات تجسيدا لخصوصيات هذا الأخير، وفي سبيل ذلك تجمع أغلب الأنظمة القائمة في مجال

[1] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 159

[2] سيف الدين إلياس حمدتو ، المرجع السابق ، ص 73

[3] المرجع نفسه، ص 74.

حل المنازعات بطرق إلكترونية على ضرورة إنشاء موقع خاص بكل قضية لا يستطيع الدخول إلا أطراف التحكيم الإلكتروني ومحكمة التحكيم بموجب أرقام سرية وتتجمع مختلف المعلومات الخاصة المتبادلة بين الأطراف[1] ليت بعد ذلك صدور حكم التحكيمي الإلكتروني.

أولا : تبادل البيانات بين الأطراف:

تعتبر الوسائل التكنولوجية في هذا المجال وسيلة لتبادل النصوص و الصور و الأصوات، بشكل فوري ولحظي بين الاطراف كما أن تقنية البريد الإلكتروني تسمح بنقل المستندات و البيانات عبر الإنترنت، وكذا إجراء المؤتمرات المرئية أين يتواجد الأطراف بطريقة إفتراضية، وفي هذا الصدد نجد لائحة المحكمة الإلكترونية تنص في مادتها 1/21 على أنه :"للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة لتسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف " [2].

ثانيا : صدور الحكم التحكيمي:

بعد إقفال باب المرافعة تتولى هيئة التحكيم المداولة و إصدار الحكم[3] الذي توصلت إليه بعد التشاور مع أعضائها[4]، ومن ثم تصدر المحكمة حكمها في النزاع خلال 30 يوما من إغلاق باب المرافعة مالم تمد الأمانة هذا الميعاد بناءا على طلب المحكمة ويجب أن يتضمن الحكم أسبابه، تاريخ ومكان الصدو، ونفقات العملية و أجور

[1] بوديسة كريم ، المرجع السابق ، ص 131.

[2] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 160.

[3] أمينة خبابة ، المرجع السابق ، ص127.

[4] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 98.

المحكمين و الخبراء، ويصدر الحكم بالأغلبية في المحكمة النظامية، ويتم توقيعه إلكترونيا [1].

حيث يبلغ الحكم للأطراف عن طريق البريد الإلكتروني المشفر وتضعه المحكمة على الموقع الشبكي للقضية، ولهؤلاء العودة إلى الهيئة للاستفسار عن أي غموض يشوب هذا الحكم أو تصحيح أخطاء مادية خلال مدة 30 يوم من تاريخ استلامهم للحكم التحكيمي[2].

الفرع الثالث : تنفيذ الحكم التحكيمي

ويعتبر تنفيذ الأحكام أهم و أدق المراحل في المنازعات التحكيمية فما يصبو إليه كل طرف، هو المسارعة إلى تنفيذ الحكم إقتضاءا لحقه الذي قضت به هيئة التحكيم، فالأصل أن الحكم التحكيم يتم تنفيذه بشكل رضائي[3]، بين أطراف الخصومة التحكيمية دون تأخير، وهو ماأكدته لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة 6/28 منها[4] .

أما في حالة عدم رضا أحد الأطراف بتنفيذ الحكم التحكيمي هنا يحق للطرف المستفيد من الحكم اللجوء إلى قضاء دولة التنفيذ طالبا الأمر بالتنفيذ الجبري بالحكم[5]، وماعليه إلا تقديم أصل الحكم أو صورة طبق الأصل منه للإعتراف به لتنفيذه حيث تبقي هذه القاعدة مقبولة في التحكيم العادي أما في التحكيم الإلكتروني يثير صعوبة تتمثل في عدم التمييز بين الأصل والصورة في المجال الإلكتروني، و صعوبة التصديق على الوثائق الإلكترونية[6]،

[1] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 160.

[2] المرجع نفسه، ص161.

[3] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم،المرجع السابق ، ص 121.

[4] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 161.

[5] كريم محجوبة ، المرجع السابق ، ص 175.

[6] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 161.

وفي هذا الصدد تطرق قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 من خلال المادة 10منه إلى الشروط التي يجب توافرها لحفظ الوثائق الإلكترونية وهي :

- تيسير الإطلاع على المعلومات الواردة في الوثائق على نحو يتيح إستخدامها في وقت لاحق.
- الإحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو إستلمت به [1].
- الإحتفاظ بالمعلومات التي تتعلق بمنشا رسالة البيانات ووجهة وصلها وتاريخ و وقت إرسالها و إستلامها[2].

الفرع الرابع : طرق الطعن في حكم التحكيمي للتحكيم الإلكتروني

أفادت المادة 24 من قواعد تحكيم لغرفة التجارة الدولية أن تمتع القرار التحكيمي بالحجية فور صدوره لايعني عدم إمكانية الطعن فيه، فأغلب الانظمة القانونية الداخلية تتمسك بجميع طرق الطعن المتاحة عند توفر إحدى الأسباب التي تسمح بالطعن ضد القرار ، سواء تعلقت تلك الأسباب متعلقة بمحتوى القرار ، أو تعلقت باختصاص هيئة التحكيم أو تكون متعلقة بإجراءات التحكيم و إنعدام الأهلية في أطراف التحكيم[3] وبتحقق أحد هذه الاسباب يتحقق الطعن في القرار التحكيمي ويكون :

أولا : الطعن بالبطلان ضد القرار التحكيمي :

[1] بوديسة كريم ، المرجع السابق ، ص 171.

[2] المرجع نفسه، ص 172.

[3] القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25فبراير 2008 المتضمن قانون إجراءات المدنية و الإدارية ،ج.ج.ج.ر ،العدد21 ، المؤرخة في 23 أفريل 2008 ، أنظر المادة 1056

أقر المشرع الجزائري الطعن بالبطلان ضد قرارات التحكيم الدولي وحصرها في الأحكام الصادرة في الجزائر [1]هي نفس الحالات التي يجوز فيها إستئناف الحكم التحكيمي الدولي ، فيرفع الإستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد إبتداءا من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة .

حيث تتم إجراءاته حسب المادة 1059 من القانون السالف الذكر على أنه : " يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة إختصاصه ، ويقبل الطعن إبتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم ، ولايقبل الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ".

ثانيا : الطعن بالنقض في القرار التحكيمي:

اعتمد المشرع الجزائري على نفس الحالات السابقة الذكر ، أي تقبل الحالات المذكورة في المواد السابقة الطعن بالنقض هذا ما نصت المادة 1061 من ق إ.م.إ على أن "تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و1056و1058أعلاه قابلة للطعن بالنقض "[2].

حيث جاءت المادة 25من لائحة المحكمة الإفتراضية في فقرتها الخامسة بما يلي : "يعد حكم التحكيم الإلكتروني نهائيا لايجوز الطعن فيه إلا بالإستئناف ".

و نصت الفقرة السادسة من المادة المشار إليها على أن : " يعتبر إتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم وفقا للائحة المحكمة الفضائية تنازلا منهم عن الطعن في الحكم بأي

[1] قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المرجع السابق ، أنظر المادة 1058

[2] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 163

طريق من طرق الطعن وهذا الحكم هو نفس الحكم الذي يقرره نظام القاضي الإفتراضي "[1].

وذهبت محكمة التحكيم الفضائية التي نشأت بموجب القانون رقم 262 لسنة 2001 و الذي دخل حيز التنفيذ في 09 يناير 2002[2]، و الذي يجيز إستئناف الأحكام الصادرة من محاكم أولى درجة و بالتالي لايستطيع الأطراف طلب التنفيذ الحكم إلا بعد أن يصبح الحكم نهائيا بفوات مواعيد الطعن بالإستئناف أو برفض الطعن[3].

[1] بن دحمان صبرينة ، المرجع السابق ، ص 80

[2] خليفي سمير ، المرجع السابق ، ص 164

[3] بن دحمان صبرينة ، المرجع السابق ، ص 80

الـــخـــاتـــمـــة

الخاتمة :

وفي الأخير نستخلص من دراسة الموضوع أحكام تنازع القوانين لعقد تجاري الإلكتروني أنه يتم إبرام هذا الأخير عن بعد دون الحضور المادي مما يثور إشكال حول القانون الواجب التطبيق على عقد تجاري الإلكتروني وكذا حول تحديد الجهة القضائية المختصة التي ستظهر في النزاع القائم بينهما، ويتمثل هذا الإشكال في مثل هذه المنازعات في حالة عدم تحديد قانون الإرادة صراحة أو ضمنيا وهي الحالة التي تلجأ فيها المحاكم عادة إلى تطبيق معايير الإسناد العامة التقليدية وهو ما لا يتماشى مع عقود التجارة الالكترونية ليست سوى معاملات عابرة للحدود،تسري في فضاء غير محسوس مما يصعب إسناد المعاملة لقانون معين أو محكمة معينة.

1- النتائج :

- في حالة تنازع القوانين لعقود التجارة الإلكترونية في الجزائر يطبق القانون الجزائري وجوبا وهذا حسب المادة 02 من القانون 05/18.
- يطبق القانون المختار من المتعاقدين وذلك في حالة إتفاق الأطراف على ذلك وهذا حسب المادة 01/18 من قانون المدني الجزائري(الإرادة صريحة بين متعاقدين).
- تطبق الضوابط الجامدة المرتبطة ارتباطًا وثيق بالعقد في حالة غياب الإرادة وهذا حسب المادة 18/ف2وف3 من القانون المدني الجزائري،والمتمثلة في قانون الموطن المشترك أو قانون محل إبرام العقد أو قانون الجنسية المشتركة، وكذلك تطبق ضوابط المرنة(فكرة الأداء المميز للعقد) متى كانت أحد هذه الإلتزامات مميزة له و تعبر عن جوهره.

- عند عجز قواعد الإسناد في حل المنازعات عقود التجارة الإلكترونية تطبق القواعد المادية والتي تقسم إلى : قواعد مادية ذات نشأة تنظيمية وأخرى قواعد مادية ذات نشأة تلقائية.
- ظهور فكرة التحكيم كأسلوب عصري لحسم المنازعات التي تنشأ نتيجة استخدام الإنترنت في المعاملات الإلكترونية مقارنة بالأساليب الأخرى لحل المنازعات كالمفاوضات الإلكترونية و الوساطة الإلكترونية و كذا الصلح الإلكتروني.
- يسمح التحكيم الإلكتروني باستخدام التقنيات الإلكترونية دون حاجة إلى انتقال أو تواجد الأطراف في مكان التحكيم، وله من المميزات مايحفز اللجوء إليه دون غيره من المحاكم أو حتى التحكيم بصورته التقليدية .
- ظهور مراكز قانونية و تنظيمات دولية تعمل على حل النزاعات عن طريق شبكة الإنترنت وفقا لقواعد يحددها كل مركز لسير العملية التحكيمية .
- يعتمد التحكيم الإلكتروني على نفس إجراءات المعتمدة في التحكيم التقليدي لكن يختلف في وسيلة التواصل عن طريق الإنترنت بين المتخاصمين و المحكمين والتي تبدأ من تقديم طلب التحكيم وتحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني و كذا تعيين المحكم لنشرع في عملية سير التحكيم الإلكتروني من تبادل البيانات بين الأطراف إلى صدور الحكم التحكيمي وفي الأخير تنتهي بعملية تنفيذ الحكم التحكيمي الذي يعتبر أهم المراحل في المنازعات التحكيمية .
- تقضي المحكمة ببطلان الحكم في حالة توافر حالة من الحالات التي تعيب حكم التحكيم .

2- التوصيات :

- ضرورة تعديل الاتفاقيات التجارية الدولية وتنقيحها حتى تقبل التطبيق على كل المعاملات الإلكترونية وذلك في شكل اتفاق موحد تفسيري يتضمن إيضاح لكل المفاهيم.
- بما أن شبكة الأنترنت شبكة عابرة للحدود ومقربة للمسافات فإنها لابد من توحيد القوانين و القواعد المادية بين الدول حول إعطاء حلول للمنازعات عقود التجارة الإلكترونية.
- سن قواعد قانونية خاصة بمنازعات عقود التجارة الإلكترونية من قبل المشرع الجزائري.
- إن المشرع الجزائري لم ينص على قواعد الإختصاص بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقود التجارية الإلكترونية واكتفى بالقواعد التقليدية ، لذا يستوجب وضع قواعد اختصاص تتعلق بالمعاملات التجارية الإلكترونية.
- يجب تدخل المنظمات الدولية و الدول لوضع إطار قانوني شامل يتحقق به شمولية الإعتراف و التنظيم للنوع الجديد من أنواع التحكيم و هو التحكيم الإلكتروني.

قائمة المصادر و المراجع

Les références

قائمة المصادر و المراجع :

أولا : النصوص القانونية

I. الإتفاقيات الدولية

1- قانون الأونيسترال بشان التوقيعات الإلكترونية مع دليل الاشتراك1966،الأمم المتحدة نيويورك الموقع الإلكتروني :

https://www.uncitral/.org.//pdf/arabic/texsts/electcom/m/-ekcsig-

2- اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية لعام1980.المتاحة على الموقع الإلكتروني الآتي :

.https://journals.ju.edu.jo/DirasatLaw/article/download/4393/4337

3- اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية المبرمة في 22 ديسمبر1986 المتاحة على الموقع الإلكتروني الآتي:
www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/AHani.pdf

II. النصوص التشريعية و التنظيمية

1- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25فبراير 2008المتضمن قانون إجراءات المدنية و الإدارية ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد21 الصادر ب 23 أبريل 2008.

2- قانون 18-05 متعلق بالتجارة الالكترونية، ج ج ج ر، العدد 28، المؤرخ في2018/5/10.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون05- 10،ج ج،ج ر، العدد 44، لسنة 2004.

4- مرسوم رئاسي رقم 94-181 مؤرخ في 27 يونيو 1994 يتضمن المصادقة على إتفاقية التعاون القانوني و القضائي بين دول الإتحاد المغرب العربي الموقعة برأس لانوف ليبيا في 9 و 10 مارس 1991.

5- مرسوم رئاسي رقم 47/01 المؤرخ 11 فبراير 2001 المتضمن التصديق على إتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض وكذا تعديل المادة69 من الإتفاقية الموافق عليه في 26 نوفمبر 1997 من طرف مجلس وزراء العرب في دور إنعقاده العادي الثالث عشر.

ثانيا : المراجع

I. المراجع باللغة العربية

1- أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني ، السياحي ، البيئي) ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000

2- أمينة خبابة ، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، دار الفكر و القانون ، الطبعة الأولى ، المنصورة ،2010

3- إيناس خلف الخالدي ،التحكيم و الوسائل البديلة لحل المنازعات ، دراسة سعودية مقارنة ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2016

4- إيهاب السنباطي ،الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008.

5- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2006

6- صالح المنزلاوي،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008.

7- عصام أحمد البهجي ،التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2017

8- عصام عبد الفتاح مطر ، التحكيم الإلكتروني ، ماهيته إجراءاته و آلياته في تسوية المنازعات التجارة الإلكترونية و العلامات التجارية و الملكية الفكرية، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009

9- لزهر بن سعيد،النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دط، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2012.

10- ماجد محمد سليمان أبا الخيل ، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى ،مكتبة الرشد ،المملكة العربية السعودية ، 2009

11- محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات- الوساطة والتوفيق -التحكيم-المفاوضات المباشرة،دار الثقافة، الطبعة الثانية، عمان ،2010

12- محمد إبراهيم أبو الهيجاء،عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الطبعة الأولى، عمان،2005.

13- محمد صغير بعلي، المدخل العلوم القانونية، دط،دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2006.

14- محمود عبد الرحيم الشريفات،كتاب التراضي في التعاقد عبرالأنترنت، الطبعة الأولى، د.د.ن،2005،عمان.

15- هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم ،التحكيم الإلكتروني ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2012

II. المراجع باللغة الفرنسية

1- Chatillon stéphone , le contrat international,4^{e}edition, vuilbert, paris,2007

ثالثا :الأطروحات و المذكرات الجامعية

1- البشير أورير،تنازع الإختصاص القضائي الدولي، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، مذكرة تكميلية لنيل شهادة ماستر ، قانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، 2017/2016.

2- بن دحمان صبرينة ، التحكيم الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ،قانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس ،مستغانم ،2019/2018

3- بن غرابي سمية ، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين ، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون ، قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، 2009

4- بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية،مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر ، قانون إقتصادي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولاي الطاهر،2015/2014.

5- تناح بشير ، قواعد إختصاص الدولي لفض المنازعات عقود التجارة الإلكترونية، نيل شهادة الماستر في الحقوق ، قانون الأعمال ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة ، 2020/2019.

6- خليفي سمير، حل المنازعات في عقود التجارة الإلكترونية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، قانون التعاون الدولي،كلية الحقوق،جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010.

7- دبة حورية ، منازعات العقد الإلكتروني ، مذكرة مقدمة لنيل متطلبات شهادة ماستر، قانون العلاقات الدولية الخاصة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2017/2016

8- رجاء ناظم حافظ بني شمسه ، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، أطروحة لإستكمال متطلبات درجة ماجستير ، القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين، 2009

9- ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، قانون دولي خاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي،2018/2017.

10- عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،قانون التعاون الدولي،معهد الحقوق،المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج البويرة،2012.

11-كريم محجوبة ، التحكيم الإلكتروني ودوره في حل منازعات عقود التجارة الدولية،مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر ، قانون إقتصادي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة ،2015/2014

12-كمال سمية ، تطبيق قانون القاضي في المنازعات الدولية الخاصة ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه ،القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر القايد ، تلمسان ،2016/2015

13- محمد الحافظ الأخضري ، الموطن في القانون الدولي الخاص ، ، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر ، قانون علاقات دولية خاصة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2016/2015

14- محمد بلاق، قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011.

خامسا : المقالات و الدراسات

1- بقنيش عثمان ، الإطار القانوني المنظم للتجارة الإلكترونية في الجزائر ، مجلة حقوق الإنسان و الحريات العامة ،د.م، العدد 04 ،2017

2- بلاش ليندة، الاتفاقيات الدولية من المنظور القانون الدولي الخاص المادي ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، بجاية، العدد2015،01.

3- بلاق أحمد، ضوابط تحديد الإختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الإتجاهين التقليدي و الحديث ، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، المجلد02، العدد04 ، 2016/2015

4- د.ن، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016.

5- حسايد حمزة العقاد، الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية القائم على قواعد الإختصاص ، دفاتر البحوث العلمية ،المجلد05،العدد10 ،د.ت.

6- حوالف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية،مجلة حقيقية، تلمسان، العدد 31، د.ت.

7- ربحي فاطمة الزهراء،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الميزان، بومرداس، العدد 01،د.ت.

8- سيف الدين إلياس حمدتو، التحكيم الإلكتروني ،مجلة العلوم القانونية ،د.م ، العدد 03 ، 2011.

9- سالم عبد الكريم،أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية،المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، تلمسان، العدد02، 2018.

10- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي و علي عبد الستار أبو كطيفة، الضوابط العامة للإختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الإلكترونية ، دراسة مقارنة ،مجلة العلوم الإنسانية ،المجلد22، العدد04، 2015.

11- فهد بن عبد العزيز الداود، الإختصاص القضائي في عقد التجارة الإلكترونية ،مجلة العدل ، د.م ،العدد60، 2015.

12- المقداد هدى، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية،المجلد03،العدد،02 د.ت.

13- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، العدد01، لبنان ، 2004.

سادسا: المداخلات

1- بريش عبد القادر و حمدي معمر، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، الملتقى العلمي الدولي الرابع حول عصرنة نظام الدفع البنوك الجزائرية و إشكالية إعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر –عرض التجارب الدولية –.

سابعا : المواقع الإلكترونية

1- العقد الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، محاماة نت ،2021/03/21
http //www.mohamah.net/law

2- شروط ممارسة التجارة الإلكترونية في الجزائر،تخيل ،2021/04/21
http//www.Takhail.org

فهـرس المحتويات

الإهـداء ..... **I**
الإهـداء ..... **II**
شكر و عرفان..... **III**
قائمة الرموز و الاختصارات ..... **IV**
مقدمة..... أ
الفصل الأول : تحديد القانون الواجب التطبيق لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني.. 2
المبحث الأول:إختيار القانون الواجب التطبيق على عقد تجاري إلكتروني في ظل المنهج التنازعي..... 3
المطلب الأول : إتفاق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق..... 3
الفرع الأول : مفهوم مبدأ سلطان الإرادة 4
الفرع الثاني:تطبيق مبدأ سلطان الإرادة..... 7
الفرع الثالث: صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة 10
أولا:الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح 10
ثانيا: صعوبات على الاختيار الضمني..... 14
المطلب الثاني:غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق..... 16
الفرع الأول:ضوابط الجامدة..... 16
أولا:قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة..... 17
ثانيا: قانون بلد إبرام العقد أو محل تنفيذه..... 18
الفرع الثاني:ضوابط المرنة 20
أولا : مقصود بفكرة الأداء المميز للعقد..... 21
ثانيا: مدى تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية..... 21
الفرع الثالث : صعوبات تطبيق قواعد الإسناد..... 23
أولا : صعوبات الناتجة عن الضوابط الجامدة..... 23
ثانيا : صعوبة تحديد ضوابط المرنة 25
المبحث الثاني : إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود تجارة الإلكترونية وفقا لمنهج القواعد المادية 26

المطلب الأول : القواعد المادية الوضعية لحل المنازعات عقود التجارة الإلكترونية.....27
الفرع الأول : المصادر القانونية للقواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية.....27
أولا : اختلاف الفقه في تحديد مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية 28
ثانيا : تقسيم المصادر القانونية للقواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية.....29
الفرع الثاني: تقييم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.....33
المطلب الثاني : القواعد المادية الواقعية لحل نزاعات عقود تجارة الإلكترونية 36
الفرع الأول : مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.....36
أولا : تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري.....36
ثانيا : القواعد ذات التطبيق الضروري وفكرة النظام العام.....37
الفرع الثاني : مفهوم نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو تنظيم الذاتي 38
أولا : تعريف نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو تنظيم الذاتي.....39
ثانيا : مصادر القواعد القانونية الذاتية.....39
المطلب الثالث : علاقة بين منهج التنازعي ومنهج القواعد المادية في إطار عقود التجارة الدولية.....41
الفرع الأول : علاقة تنافر أو تنافس.....42
الفرع الثاني : علاقة التعايش و التكامل 44
الفصل الثاني : تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني 49
المبحث الأول : القواعد العامة في تحديد المحكمة المختصة بتسوية نزاعات العقد التجاري الإلكتروني.....50
المطلب الأول : محكمة الموطن أو محل إقامة المدعى عليه.....51
الفرع الأول : الإتجاه التشريعي.....52
الفرع الثاني : الإتجاه الفقهي.....55
المطلب الثاني : المحكمة المتفق اللجوء إليها.....56
الفرع الأول: الإختصاص القضائي الدولي القائم على الخضوع الإرادي للخصوم 57
الفرع الثاني : شروط الخضوع الإرادي.....58

المطلب الثالث : محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه.....60
الفرع الأول : مكان إبرام العقد.....61
الفرع الثاني : مكان تنفيذ العقد أو الإلتزام.....62
المبحث الثاني : التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات العقد التجاري الإلكتروني 63
المطلب الأول : مفهوم التحكيم الإلكتروني.....64
الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني.....64
الفرع الثاني : تمييز التحكيم الإلكتروني عن النظم المشابهة له.....71
أولا : المفاوضات الإلكترونية.....71
ثانيا : الوساطة الإلكترونية.....73
ثالثا : التوفيق الإلكتروني.....74
رابعا- الصلح الإلكتروني.....75
الفرع الثالث : ظهور المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني.....76
الفرع الرابع : مزايا وعيوب التحكيم الإلكتروني.....78
أولا : مزايا التحكيم الإلكتروني.....78
ثانيا : عيوب التحكيم الإلكتروني.....79
المطلب الثاني : الإجراءات المعتمدة في التحكيم الإلكتروني.....81
الفرع الأول : الإجراءات السابقة لعملية التحكيم.....82
أولا : تقديم طلب التحكيم :.....82
ثانيا : القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني.....83
ثالثا : إخطار أطراف التحكيم بموعد التحكيم.....83
رابعا : تعيين المحكم.....83
الفرع الثاني : سير عملية التحكيم الإلكتروني.....84
أولا : تبادل البيانات بين الأطراف.....85
ثانيا : صدور الحكم التحكيمي.....85
الفرع الثالث : تنفيذ الحكم التحكيمي.....86
الفرع الرابع : طرق الطعن في حكم التحكيمي للتحكيم الإلكتروني.....87

أولا : الطعن بالبطلان ضد القرار التحكيمي.....87
ثانيا : الطعن بالنقض في القرار التحكيمي.....88
الخاتمة :.....**91**
قائمة المصادر و المراجع.....**95**
الملخص :.....**106**

الملخص

الملخص :

أثار تطور التجارة الإلكترونية العديد من الإشكالات القانونية حول الإطار القانوني الذي ينظمها خاصة من جانب حل منازعات عقود التجارة الإلكترونية ، التي تتميز بطابعها اللامادي .

وتبدأ بإشكال تحديد القانون الواجب التطبيق ومدى قدرة القواعد القانونية و الحديثة للوصول إليه وكذلك إشكال تحديد الجهة القضائية المختصة لحل النزاعات الناشئة عن العقود التجارية الإلكترونية ووسائل حل هذه النزاعات .

الكلمات المفتاحية :

التجارة الإلكترونية ، منازعات العقد التجاري الإلكتروني ، قانون الواجب التطبيق ، التحكيم الإلكتروني

Resumé

Le développement du commerce électronique a suscité de nombreuses questions juridiques sur le cadre juridique qui le réglemente,notamment en ce qui concerne la résolution des litiges relatifs aux contrats de commerce électronique caractérisés par leur caractère immatériel.

Commençant par le probléme de la loi applicable et allant a la capacité des régles juridique modernes a trouver les solutions

Adéquates,a signaler également la problématique de désigner la juridiction compétente pour régler de tels conflits qui peuvent maitre d'actes commerciaux électroniques et les moyens de régler ces litiges.

Mots-clés

Commerce électronique, Conflits(litiges) d'acte commerce électronique,Loi applicable , Arbitrage électronique

Abstrict :

The development of electronic commerce has raised many legal problems about the legal framework that regulates it, especially in terms of resolving disputes of electronic commerce contracts, which are characterized by their immaterial nature.

It begins with the problem of determining the applicable law and the extent of the ability of legal and modern rules to reach it, as well as the problem of determining the competent judicial authority to resolve disputes arising from electronic commercial contracts and the means of resolving these disputes.

Key-words :

Electronic commerce, electronic commercial contract disputes, applicable law, electronic arbitration.