جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إعداد الطالبة:

– جندولي فاطمة زهرة

إشراف:

– أ.د يوسف فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة

■ أ.د رايس محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
■ أ.د يوسف فتيحة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
■ أ.د قاسم العيد عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا
■ أ.د مكلكل بوزيان	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا

السنة الجامعية: 2017–2018

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا قِيلَ لَكُمْ تَفَسَّحُوا فِي الْمَجَالِسِ فَافْسَحُوا يَفْسَحِ اللَّهُ لَكُمْ وَإِذَا قِيلَ انْشُزُوا فَانْشُزُوا يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آَمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾

[سورة المجادلة، الآية 11].

شكر وتقدير

الحمد لله ...أحمده سبحانه حمد الشاكرين المقرين بنعمه وواسع كرمه الجزيل، فبفضله سبحانه ظهرت هذه الدراسة موضوعا وبتوفيقه سبحانه طبعت، فأصبحت دراسة علمية لها مستقبلا إن شاء الله تعالى مأمولا في خدمة من يستفيد منها، ثم أصلي وأسلم على رسول الله الأمين والهادي البشير وعلى من اتبعه بإحسان إلى يوم الدين...وبعد.

يشرفني أن أتقدم بخالص شكري وتقديري وامتناني إلى أستاذتي الكريمة، الأستاذة الدكتورة"يوسف فتيحة"، لما أغدقته علي من علمها الغزير، وتوجيهاتها القيمة وآرائها السديدة، والتي كان لها الأثر البالغ في إثراء هذه الدراسة وتقويمها، فقد كانت لي وما تزال أستاذة موجهة، ناصحة، ومرشدة، فجزاها الله عني خير جزاء.

كما وأتقدم بوافر الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين، تحملوا عناء قراءة هذا البحث وتقييمه لمناقشته.

ولا يمكنني إلا أن أتقدم بالشكر الخالص للأستاذ الدكتور "بلوحي محمد"، الذي ورغم مسؤولياته المتعددة إلا أنه تحمل عناء قراءتها وتطويعها.

ويستمر شكري ليصل إلى كل أساتذتي، وإلى كل من ساعدني بكلمته الطيبة وأخص بالذكر الأستاذة "صاري نوال،كريم كريمة، لعروسي"، وإلى كل من مد لي يدي العون من قريب أو من بعيد.

ج.فاطمة زهرة

إهداء

إلى من أعانتني بصلاتها وبدعواتها الخالصة، من تمنت وتتمنى لي الأفضل، من وجدتها معي في كل خطواتي موجهة، ناصحة، مرشدة، متطلعة هذا اليوم أكثر من الكل، "جدتي" أطال الله عمرها.

إلى من رآها قلبي قبل أن تراها عيني، إلى من تسكن الجنة تحت قدميها، إلى رفيقة الدرب وصديقة العمر، إلى الوفية المخلصة التي لم ترى النوم لأعيش في راحة وهناء، إلى من تضرعت للواحد الأحد لأكون في أحسن الأحوال، إلى التي لو كتبت فيها معلقات، ورتلت فيها قصائد وأشعارا ما أوفيتها حقها، إليك "غاليتي" أطال الله في عمرك.

إلى من حملته جنينا ووضعته رضيعا، إلى من كدت وجدت في تربيته لتقدمه لي في كامل الأوصاف، إلى من تحملت معي مسؤولية حياتي الجديدة، وتقاسمتها معي بكل لحظاتها، إلى من لم تبخل عني بحنانها واعتبرتني احدى بناتها فساندتني في مشواري هذا، إليك "زهرة بيتك" أطال الله في عمرك.

إلى من ألهمني الفكر والصبر، إلى فيض المشاعر وينبوع الحنان، إلى من أخر حلمه ليرى حلمي النور، إلى من ضحى وجاهد ليخرج هذا العمل إلى حيز الوجود، إلى من لا يعرف اليأس سبيل، إلى من لا تختفي البسمة من شفاهه رغم صعوبات الحياة ومشاقها، إلى من علمني أن الصعب سهل، وأنه لا ينبغي أن نعرف اليأس طريقا، إلى "زوجي الوفي" مزيدا من التألق والنجاح.

إلى النور الذي دخل حياتنا مؤخرا، إلى قرة عيني وزهرة حياتي، ابني الغالي، "بلحسيني إسلام".

إلى من ساندني بدعائهما وابتسامتهما، إلى من قدما لي الدعم المعنوي لإخراج هذا العمل المتواضع إلى حيز الوجود. إلى "الوالدين الكريمين" أطال الله عمرهما، وأدام بقائهما شامخين.

إلى كل "إخوتي وأخواتي"...

إلى كل هؤلاء وبأسمى عبارات الحب والعرفان أهدي هذا العمل.

ج.فاطمة زهرة

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر: جريدة رسمية

ج: جزء

د.س.ن: دون سنة نشر

د.ط: دون طبعة

س. سنة

ص: صفحة

ط: طبعة

ع: عدد

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والادرية الجزائري

ق.ت.ج: قانون تجاري جزائري

ق.م.أ: قانون مدني أردني

ق.م.ج: قانون مدني جزائري

ق.م.م.ت.م: قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري

ق.م.م: قانون مدني مصري

م.ع: المحكمة العليا

مج: المجلد

ثانيا: باللغة الفرنسية

AL : Alinéa

Art : article

C. Pro.Civ.Fr : code de procédure civile français

c.cons.fr : code de la consommation français

CE : Communauté européenne.

Cf : Se conformer

D :Dalloz

Ed: Edition

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

ibid. : ibidem (au même endroit).

J.O : Journal Officiel

J.O.C.E : Journal Officiel des Communautés européennes

J.O.U.E: Journal officielde l'Union européenne

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de jurisprudence.

N° : numéro

op.cit : operecitato (ouvrage précédemment cité) .

OPU :Office des Publications Universitaires

p : Page

R.T.D :Revue Tunisienne de Droit

R.D.C:Revue des contrats.

Rev. Int.dr.comp:Revue International de droit comparé.

Rev.arb :Revue de l'arbitrage.

RTD.com : Revue trimestrielle de droit commercial

RTDeur : Revue Trimestrielle de Droit européen

S : suivant

T : tome

UE: Union européenne.

V :voir

vol : volume

www : world wide web

مقدمة

مقدمة

لقد أثر استخدام الوسائل التقنية على شتى مناحي الحياة، فيسر سبل العيش، وأرسى قواعد الرفاهية بحلة جديدة، أساسها الإبتكارات والإبداعات، بل وحول الخيال حقيقة، والحلم واقعا، وقد كان من سمات ذلك التطور ما شهده الحقل الاقتصادي من إنجازات تصب في خدمة البشرية، إذ قد نجم عن استخدام الوسائل التقنية في المجال الاقتصادي التأثير على حجم المبادلات الاقتصادية، وعلى مركز الدول بين نظيراتها في سلم التطور والرقي، بحيث لم يعد قياس معدلات النمو والتطور يتحدد بمقدار ما تمتلكه الدول من موارد طبيعية، بل بمقدار التطورات التقنية التي وصلت لها.

وفي ظل هذه التحولات لم يبق القانون بمنأى عن أي تطور، إذ قد هبت رياح التغيير لتشمله، فتأثر هو الآخر بزخم ووهج التكنولوجيا[1]، وقد كان من نتاج ذلك تحول وصف القاعدة القانونية من قاعدة آمرة وأخرى مكملة إلى قاعدة قانونية تقنية، كما وتراجعت تقسيمات القانون الكلاسيكية، وظهرت تقسيمات جديدة تستلهم تسميتها من المجال الذي تعالج في ضوئه، فظهر قانون المنافسة، قانون النقد والقرض، قانون العمران أو التهيئة العملية، قانون الاستثمار، قانون حماية البيئة، القانون البنكي، القانون الطبي...، كما وظهر مؤخرا القانون الإلكتروني[2]، والذي غير مفهوم القانون من معناه التقليدي إلى معنى آخر إلكتروني حتى ذاعت تسمية تكنولوجيا القانون، أو ما يسمى تقننة أو مكننة القانون[3].

لقد ظهر هذا المصطلح كنتيجة حتمية للمرونة التي تتميز بها خاصية السلوك الاجتماعي، باعتبارها إحدى خصائص القاعدة القانونية، إذ طالما أن هذه الأخيرة قاعدة سلوك إجتماعي، فهذا يعني أنها قاعدة مرنة تتطور بتطور الجماعة وتسعى إلى مسايرة حاجاتها، ومواكبة مقتضيات العصر المتجددة، بحيث يتحكم في مضمونها عاملا المكان والزمان، إذ تتغير بتغير الأمكنة، وبمرور الأزمنة[4].

---

[1]- تعرف التكنولوجيا بأنها علم يُعنى بدراسة مجموعة من الصناعة والفنون والحرف، وكل ما يمت لها بصلة من وسائل ومواد، وكلمة (technology) أصلها إغريقي، وقسم إلى قسمين techno ومعناها فن ومهارة إكتساب الأشياء، أما (logi) فهي تعني طريقة التعبير، وبذلك كلمة تكنولوجيا مجتمعة معناها التعبير عن طريقة إكتساب الأشياء، كما يمكن تعريفها بأنها إيجاد الطرق لتحويل المعلومات والموارد للحصول على قيم محددة..30: 14 à 25-06-2017 Date de consultation le site :com. Wawoloo3

[2]- عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، الجزائر، د.س.ن، ص،ص. 349-350.

[3]- كريم كريمة، تأثير إستعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني، ملتقى وطني حول الأمن القانوني، يومي 5و6 ديسمبر2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص.2.

[4]- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج1، الوجيز في نظرية القانون، ط 19، دار هومه، الجزائر، 2012، ص.20.

وهو ما حدث حقا بعد ولوج الوسائل التكنولوجية مختلف مجالات القانون، بحيث تغيرت المصطلحات التي ظلت راسخة منذ زمن، بحيث تحول مفهوم الهجوم المسلح في القانون الدولي العام إلى الهجوم الالكتروني[1]، وتغير مصطلح الجريمة ليبرز ما يسمى بالجريمة المعلوماتية، وتحول معنى الإدارة في القانون الإداري ليظهر ما يعرف بالإدارة الرقمية، وامتد ذلك ليشمل مختلف أعمالها القانونية فوجد العقد الإداري الإلكتروني، القرار الإداري الإلكتروني، كما وشهد القانون الدستوري ميلاد الحكومة الالكترونية، وامتد ذلك التحول ليشمل الشريعة العامة بحيث طغت المصطلحات التقنية على فروع القانون المدني لتبرز فكرة العقد الإلكتروني، الإثبات الالكتروني، الكتابة الالكترونية، التوقيع الالكتروني، كما وشمل الأمر القانون التجاري بحيث برزت الشركات الإفتراضية، الوفاء الالكتروني، وعقود التجارة الالكترونية.

وللإشارة فإن عقود التجارة الالكترونية هي إحدى مخلفات التزاوج الحاصل بين تكنولوجيا الاتصال وتكنولوجيا المعلومات، بل هي إحدى نتائج الثورة المعلوماتية التي غيرت وجه التاريخ، فقدمت للبشرية إنجازات أعظم من تلك التي قدمتها لها الثورتان الزراعية والصناعية.

ولئن كان التطور التقني قد انفجر مع مطلع القرن العشرين، إلا أن بداياته ترجع إلى سنة 1964 حين صمم العالم الأمريكي(بول باران) شبكة انترنت لا تعتمد على أية إدارة مركزية[2]، لينتقل سنة 1968 ما بدأه لوزارة الدفاع الأمريكية، حيث أنشأت هذه الأخيرة وكالة مشاريع الأبحاث المتقدمة، وحفزت من خلالها علماء الحاسب الآلي والإتصالات لتصميم شبكة تصل بين عدد من الشبكات تضمن الوصول لأمن البيانات والرسائل التي تنتقل بين أجهزة الكمبيوتر في مرحلة الحرب، وقد كان من ثمار تلك اللجنة ما أطلق عليه (Arpanet)[3].

وفي سنة 1983 استُخدمت شبكة وكالة مشاريع الأبحاث المتقدمة في المجال العلمي، وبصفة خاصة من قبل الجامعات، وظهر إلى جانب تلك الشبكة، شبكة (Nilnet)لخدمة المواقع العسكرية فقط، وفي سنة 1990 شهدت الشبكة دخول شبكة أخرى إليها عظمت من قدراتها في الإمكانيات وزودتها بالصوت والصورة وأدوات الإعلام المتقدمة وهي شبكة (Web)[4].

---

[1]- مصطفى نعوس، حق الدولة في إستخدام القوة في الفضاء الالكتروني للدفاع عن النفس، مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع1، س الثامنة والثلاثون، جمادى الأولى 1435هـ-مارس2014 ، ص.579.

[2]- ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 2009-2010، ص.4.

[3]- نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلوماتية الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1430هـ- 2009م، ص.13.

[4]- يقصد بلفظ شبكة الويب(Web)المعلومات الدولية(World Wide Web)وهي تتكون من عدد كبير من الوثائق المخزنة في حواسيب مختلفة بالعالم. وهذه الصورة من التعاقد تتم عن طريق زيارة العميل للموقع الإلكتروني للبائع، أو مقدم الخدمة لإتمام التعاقد، حيث يتم إنشاء هذا الموقع (Site)عن طريق الاشتراك في خدمة إنشاء صفحة خاصة بالعميل (Home Page) ليضع فيه البائع أو مقدم الخدمة كل ما يرغب فيه من بيانات مكتوبة أو مصورة، أو أفلام داخل هذا

وبالرغم من فاصل سبع وعشرين سنة من تاريخ ميلاد الانترنيت، إلا أن إندلاع تجارة الانترنت تضاعفت منذ سنة 1994، بحيث استخدمتها المواقع المخصصة للأنشطة التجارية لتأسيس ما يعرف اليوم باسم السوق الالكترونية العالمية، والتي تعرف على أنها: "المواجهة بين العرض والطلب على الشبكات الالكترونية المفتوحة."[1]

وبهذا يلاحظ أن شبكة الانترنيت ساهمت في ذيوع وإنتشار عقود التجارة الالكترونية، بحيث حولت العالم إلى قرية كونية صغيرة، فأزالت الحدود[2]، واختزلت المسافات، وغيرت المفاهيم التي كانت سائدة من قبل فخلقت الزمن الإفتراضي والمكان الإفتراضي، ومكنت أطراف العملية التجارية من إبرام تعاقداتهم من خلال الولوج إلى عالم رقمي، والتجول في أسواق إفتراضية بأقل الأثمان، ودون تكبد عناء ومشقة الانتقال.

ومن البديهي أن الحقيقة التي لا يمكن إنكارها، تتمثل في أن عقود التجارة الالكترونية وإن كانت قد ذاعت وانتشرت بظهور الحواسيب الآلية، وانتشار إستخدام شبكة الانترنت، إلا أنها لا تعد عقودا حديثة كما قد يتبادر للأذهان، بل هي عقود تأصلت جذورها بمرحلة استخدام المينتل[3]، التلكس[4]، الفاكس[5]،

=الموقع، وذلك للترويج لتلك البضائع والخدمات ليكون لكل من يرغب في زيارة الموقع الدخول إليه، ودون استخدامه لكلمة السر. يراجع، لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية د.ط، دار هومة، الجزائر، 2012، ص. 66؛ ناجي الزهراء، المرجع السابق، ص.6.

[1]- Cf. Elie Chaktoura, Le Droit International Privé à L'épreuve Du Commerce électronique, Mémoire Présenté Comme Exigence Partielle De La maîtrise En Droit, Université du Québec à Montréal, Octobre 2011, p.1.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر، الحكومة الالكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2008، ص.3.

[3]- جهاز المينتل جهاز قريب الشبه من جهاز الكمبيوتر، ولكنه صغير الحجم نسبيا، وهو يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشتمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وجهاز المينيتل وسيلة اتصال مرئية حيث تنتقل الكتابة من جهاز لآخر على الشاشة دون الصور، أي أنه وسيلة اتصال عن طريق الكتابة، ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط تلفون، وهو يعد من وسائل إبرام العقود إلكترونيا.يراجع: لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 58.

[4]- التلكس (Télex) وهو جهاز لإرسال البيانات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، ويعتمد هذا الشكل على كتابة الرسالة على آلة (Teletype) التي تقوم بتسجيل الرسالة على شريط ورقي، ثم يقوم المستخدم بالاتصال بالجهة المستهدفة وينقل الرسالة من خلال تمرير الشريط الورقي عبر أداة للقراءة في جهاز (TeletypeWriter)، ليتم نقل الرسالة عبر محطة وسطية، وذلك إذا لم يكن الاتصال مباشرا، إذ خلال هذه المرحلة يتم عمل شريط ورقي آخر للرسالة ليستخدم هذا الشريط الورقي الثاني في نقل الرسالة إلى المكان المطلوب في وقت لاحق. لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 58؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص. 41.

[5]- جهاز الفاكس (FAX) عبارة عن جهاز نسخ بالهاتف، يتم عن طريقه نسخ (نقل) المستندات، أو الرسائل نسخا مطابقا للأصل فتظهر نُسخ تلك المستندات، والرسائل على جهاز الفاكس الآخر المرسل إليه، والفاكس هو نقل الصورة الثابتة من مكان إلى آخر عبر شبكة الهواتف.

ويعتمد الإرسال بالفاكس على مسح ضوئي للصورة المراد إرسالها، والتي تنزلق بدورها على أسطوانة متحركة مسلط عليها بقعة ضوئية خلال مجموعة من العدسات، وهكذا تكون شدة الضوء المنعكس على الصورة متناسبة مع أشكال الحروف، أو المنحنيات، أو الأرقام الموجودة بها، وباستخدام محول للطاقة تتحول الإشارة الضوئية إلى إشارة كهربية، شأنها في ذلك شأن الإشارة الهاتفية، وتنتقلا عبر نفس الشبكة الهاتفية، وفي جهاز الاستقبال تتم خطوات مشابهة إلى حد كبير لما تم في عملية الإرسال ولكن بطريقة معكوسة، حتى يمكن استخلاص الصورة المرسلة.

يراجع في ذلك، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 59؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 38؛ هالة جمال الدين محمد محمود، الأحكام الخاصة في إثبات عقود التجارة الدولية وفقا لطرق الإثبات الحديثة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011، ص.106.

الهـاتف[1]، وهي وسائل ساهمت إلى جانب وسائل الاتصال في تطوير حركة التجارة الدولية، وفي انتقال السلع والخدمات من وإلى دول مختلفة.

إذ بعدما كان التجار يركبون الصعاب، يتحملون المخاطر، ويتكبدون عناء ومشقة الانتقال لمسافات طويلة، بحثا عن أسواق جديدة تسمح لهم بالترويج لمنتجاتهم، وجلب منتجات تلبي احتياجات متعامليهم، أضحى بإمكانهم تحقيق غاياتهم واكتشاف أوطان كانت مجهولة بالنسبة لهم، ولقد ساهم هذا كله في بروز ما يسمى بعقود التجارة الدولية.

ومن منطلق أن هذه العقود تشكل العصب الرئيسي في الحياة الاقتصادية الدولية، فقد تأثرت هي الأخرى بالوسائل التكنولوجية، فظهرت عقود التجارة الالكترونية الدولية.

وقد كان من مخلفاتها أن أصبحت حركة إنتقال الأفراد عبر الحدود أشد تعاظما، ذلك أن المقصود بالحركة لم يعد ينصرف للإنتقال الجسدي من دولة لأخرى، بل بدأ يأخذ بعدا آخر، بحيث امتد ليشمل الانتقال الافتراضي، الذي يكون فيه لكل من يملك جهاز حاسب آلي مرتبط بشبكة الإنترنت الإبحار في قنوات إفتراضية ليكتشف جديد ما يعرض وما يطرح يوميا.

وقد استفاد المستهلكون من هذه الشبكات، بحيث وجدوا فيها ضالتهم التي بحثوا عنها ردحا من الزمن، إذ بواسطة هذه الوسائل أضحى بإمكانهم التنقيب عن مختلف العروض لاقتناء ما يتناسب واحتياجاتهم.

ولكن على الرغم مما حققته الانترنت من مزايا في عالم التجارة، وما قدمته من خدمات جليلة للبشرية، إلا أنها طرحت في الوقت ذاته مخاطر تقنية، مردها إنعدام الوعي المعلوماتي لدى مستخدمي شبكة الانترنت من جهة، وإنتشار مجرموا المعلوماتية من جهة أخرى[2].

إذ يمكن نتيجة الجهل بقواعد وأسس المعلوماتية، أو نتيجة الأعطال التي تصيب جهاز الحاسوب، إبرام عقد نتيجة النقر الخاطئ على لوح المفاتيح، أو نتيجة الطرق الاحتيالية التي يستخدمها التجار لعرض منتجاتهم، كالإعلانات الكاذبة والإشهارات المضللة، كما قد يتم إبرام عقد مع شخص ناقص الأهلية، أو نتيجة الخلل في البرمجة الأوتوماتيكية لجهاز الحاسب الآلي.

---

[1]- يعد الهاتف(Téléphone) أحد وسائل الاتصال الحديثة التي تستخدم لإبرام العقود، وتقوم فكرة الهاتف على استخدام نفس تكنولوجيا التلغراف، وذلك من خلال سريان التيار الكهربائي في الأسلاك النحاسية، بواسطة شريحة رقيقة من المعدن تهتز حين تصطدم بها الموجات الصوتية، وتحول الصوت إلى تيار كهربائي يسري في الأسلاك لتقوم سماعة الهاتف بتحويل تلك الذبذبات الكهربائية إلى إشارات صوتية تحاكي الصوت الأصلي. ولقد تطور جهاز الهاتف إذ ظهرت الهواتف النقالة، بل وظهر الجيل الثالث للهاتف النقال، والذي يعد أداة فعالة للاتصال وتبادل الرسائل المكتوبة والصور والمعلومات، وأداء الخدمات في سهولة ويسر على نحو يفوق الخيال. يراجع في ذلك، سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. ص 34-35.

[2]- يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة مقدمة إستكمالا لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص.14.

ولا تقف مخاطر إستخدام الانترنت في مجال العقود التجارية عند هذا الحد، بل تتسع بسبب اختلاف الرؤى السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية من دولة لأخرى، لتشمل إمكانية عرض منتجات تحظر النصوص القانونية في بعض الدول التعامل بها لمساسها بمقومات النظام العام فيها.

من هنا يلاحظ أن الانترنت، وإن كانت منفذ العديد من الممتهنين والمستهلكين، إلا أنها في الوقت ذاته أضحت أداة فتاكة في وجه الأنظمة القانونية، وهي تثير إلى جانب المشاكل السابق ذكرها، مشاكل ترتبط بتطرق العنصر الأجنبي للعلاقة العقدية، والتي لا يمكن تجاوزها إلا بإعمال قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره القانون الذي وجد خصيصا لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، أي العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي بتحديده لأصحاب الحقوق فيها، إستعمالها، ونفاذها[1].

ونتيجة لأن قواعد القانون الدولي الخاص، والمرتبطة بتحديد القانون الواجب التطبيق، بيان المحكمة المختصة، وكذا تنفيذ الأحكام الأجنبية، وجدت خلال فترة كانت المعاملات فيها تتم بطريقة مادية واستنادا لمرتكزات جغرافية، فقد وجد رجال القانون أنفسهم بعد ظهور عقود التجارة الالكترونية الدولية أمام معضلة لا يمكن إلا وصفها بمعضلة العصر المتسارع.

وبعد أن تبين أن شظايا الانفجار التقني التي لحقت المعاملات التجارية خلفت ضحايا الفجوة القانونية، تكاثفت الجهود وتوالت المؤتمرات لإيجاد حلول تتماشى ومعطيات البيئة الرقمية، فصدرت العديد من النصوص القانونية أهمها القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، والقانون النموذجي للتوقيع الالكتروني، وقد استفادت القوانين الوطنية من نتائج وتوصيات الندوات واللقاءات التي عقدت لتحليل جزئياتها، فسنت على هدي القانونين السابقين، قواعد تضبط وتنظم أحكام المبادلات الالكترونية.

إنطلاقا من كل ما تقدم، تتضح أهمية موضوع عقود التجارة الالكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، وهي في الحقيقة أهمية تبرز من ناحيتين إحداهما نظرية، والأخرى عملية، فأما الأهمية النظرية فتكمن في تحديد صلاحية قواعد القانون الدولي الخاص لضبط عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق أو من حيث تحديد الاختصاص القضائي، أو حتى من حيث تنفيذ الأحكام الأجنبية، كما وتتجلى تلك الأهمية في معرفة قدرة قواعد التحكيم التقليدية على ضبط وتنظيم أحكام التحكيم الالكتروني باعتباره أهم آلية لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية.

[1]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ط 2 ، مطبعة الفليسة، الدويرة، س 2008.ص.10.

وكذا صلاحية الشروط المقررة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية الواردة بشأن عقود التجارة الدولية التقليدية لتطبق على أحكام التحكيم الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية، والناجمة عن إعتماد الهيئات التحكيمية على الوسيلة الالكترونية اعتمادا كليا.

هذا عن الأهمية النظرية، أما الأهمية العملية فتكمن في رصد الحلول التي ينبغي إتباعها لمواجهة الصعوبات التي تطرحها عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، سيما بعد إنتشارها المذهل، وذلك كله لتمكين رجل القانون، وبصفة خاصة القاضي الجزائري من التعامل معها، سيما وأن ارتفاع معدلاتها لم يؤثر على المنظومة القانونية الوطنية، إذ لم تحرك هذه الأخيرة ساكنا في سبيل وضع أحكام تضبط من خلالها هذه المعاملات، باستثناء ما تعلق منها بقواعد الإثبات.

من هنا يتضح أن اختيار هذا الموضوع لم يكن وليد الصدفة، بل تضافرت فيه عدة اعتبارات وعوامل، ولعل أهمها:

- الإقبال المتزايد للأشخاص على شبكة الانترنت لإبرام معاملاتهم التجارية.
- قصور المنظومة القانونية الوطنية عن ضبط وتنظيم أحكام المعاملات الإلكترونية، مقارنة بتشريعات أخرى عربية وغربية.
- الصعوبات التي يطرحها هذا الموضوع على مستوى العلاقات الخاصة الدولية، سواء ما تعلق منها بالمعايير الواجب إعمالها لإضفاء الطابع الدولي على تلك العقود، أو ما تعلق منها بالمنهج الواجب الإعمال لتحديد القانون المختص لتسوية النزاع، أو ما ارتبط فيها بتأثير الوسائل التقنية على الهيئات القضائية، سيما مع ما يثيره موضوع الاختصاص القضائي من مشاكل.

ومن منطلق أن كل بحث تكتنفه صعوبات، فإن الصعوبات التي اعترضت إعداد هذه الدراسة تكمن في:

- ندرة المراجع العلمية المتخصصة في هذا الموضوع، ولا يقصد بها، الندرة العددية، بل الندرة المعرفية، إذ أن أغلب الكتب، والأطروحات، والرسائل، بل وحتى المقالات التي تعرضت للموضوع كانت صورة طبق الأصل عن بعضها البعض.
- قلة الكتابات الوطنية التي تعرضت لهذا الموضوع بالدراسة، والموجود منها يتناول جزئيات منه، ويتم تحليلها على ضوء أحكام القانون المصري، دون محاولة الاجتهاد والقياس على الأحكام الموجودة في القانون الجزائري.
- دقة المصطلحات الواردة بها، فهي مصطلحات تقنية تستلزم الإلمام بأسس وقواعد المعلوماتية، والاتصال الدائم بأصحاب الفن والتخصص.

- تشعب موضوع الدراسة، وارتباطه بمواضيع عديدة كالمنهج التنازعي، منهج القواعد المادية، انعقاد العقد الالكتروني، اثبات العقد الالكتروني، الاختصاص القضائي الدولي، التحكيم الالكتروني....وكلها مواضيع تصلح لأن تكون أطروحة دكتوراه، وهو ما يجعل المتصدي لموضوع البحث في حيرة من أمره، وذلك خشية أن يقع في أحد المحظورين: الإطناب الممل أو الإيجاز المخل.
- اختلاف الحلول المتوصل إليها عند التحاور مع تقني المعلوماتية عن تلك الواردة في القوانين النموذجية، والمتبناة من قبل أغلب التشريعات المنظمة للمعاملات الالكترونية، إذ بينما يعتمد متخصصوا المعلوماتية على مكان تواجد المعدات لتجاوز المشاكل الناجمة عن زوال الحدود الجغرافية، يرفض رجال القانون الاستناد لهذا الحل، لقدرة أصحابها على تغيير أماكن تواجدها.
- عدم وجود قانون في الجزائر يضبط كافة الجوانب المتعلقة بالتجارة الالكترونية، ناهيك عن عدم إمكانية حصر القوانين المنظمة لهذا الموضوع لارتباطه بفروع متعددة، منها القانون المدني، القانون التجاري، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلى جانب الاتفاقيات الدولية المنظمة لموضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية.
- انعدام الاجتهادات القضائية الجزائرية الواردة بشأن هذا الموضوع، رغم انتشار الوسيلة الالكترونية في الميدان التجاري، واستخدامها كأداة لإبرام المعاملات العقدية، أو لإبرامها وتنفيذها.

ولعل ما زاد من صعوبة هذا البحث كثرة المتغيرات التي تحيط بالأسس التي تقوم عليها الدراسة،فتتبع التعديلات الطارئة على تشريعات دول الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالموضوع، جعل الدراسة شاقة ومحفوفة بمخاطر تغير النصوص، وتغير النظريات المؤسسة لها.

بناء على المعطيات السابق الإشارة لها، يتبين أن موضوع عقود التجارة الالكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، يعد من أكثر المواضيع التي هي بحاجة إلى دراسة ومناقشة وتحليل، لارتباطه بمشاكل عديدة نظرية وقانونية، تجعل من الواجب، بل ومن اللازم، التطرق إليه وبحثه لتحديد معالمه خاصة، أنه لن يكون بحثا فكريا معزولا عن الواقع. وعليه تهدف هذه الدراسة إلى رسم تصور شامل، لظاهرة من أشد الظواهر تعقيدا، ينظمها قانون أشد تعقدا لم تكتمل حلقاته بعد حتى في الدول المتقدمة، وذلك كله سعيا لرسم وبيان نطاقه الشامل في التشريع الجزائري في ظل نظرية واضحة المعالم.

على أن دراسة هذا الموضوع ستقتصر على عقود التجارة الالكترونية المبرمة نتيجة استخدام شبكة الانترنت، دون تلك المبرمة بالوسائل الأخرى، كما أنها ستشمل في كل مرة العقود التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، لاعتبار أنها من العقود التي نالت حصة الأسد في الواقع العملي.

من خلال ماسبق، يتضح أن تعدد زوايا البحث وتشعبها يستلزم الإجابة على الإشكالية التالية: ما مدى كفاية الآليات التقليدية المقررة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية التقليدية للتطبيق على منازعات عقود

التجارة الالكترونية الدولية؟ وهل أن قواعد القانون الدولي الخاص قادرة على تحقيق وظيفتها في مواجهة المشاكل الناجمة عن عقود التجارة الالكترونية الدولية؟

وإذا كانت هذه هي الإشكالية المحورية، فإن هناك إشكاليات أخرى تنبري على بساط البحث، ولعل أهمها:

- هل تصلح مناهج القانون الدولي الخاص التقليدية كمنهج تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية؟
- إلى أي مدى تمكن مستخدمو شبكة الانترنت من تنظيم قواعد القانون المادي الالكتروني؟
- ما مدى كفاية ضوابط الاختصاص القضائي الدولي لتحديد اختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية؟
- هل أن القواعد المنظمة للتحكيم التقليدي كافية بذاتها لمعالجة التحكيم الالكتروني، باعتباره أهم الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية الدولية؟
- كيف يمكن التصدي لمشكلة تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية، وبصفة خاصة منها الأحكام التحكيمية الالكترونية؟

إن الإجابة على الإشكاليات السابقة، يستلزم تبنى مناهج متعددة، وبما أن البحث العلمي يتميز بالتكامل المنهجي لا الأحادية المنهجية[1]، فقد تم الاعتماد على كل من المنهج الوصفي، المنهج التحليلي، والمنهج المقارن، ولتكامل المنهجين الوصفي والتحليلي، فقد تم الاستناد عليهما معا من خلال الوقوف على المعلومات والحقائق الواردة في هذا الموضوع، وتحليل مختلف جزئياته، انطلاقا من الآراء الفقهية مرورا بالنصوص القانونية، تعريجا على الأحكام القضائية إن وجدت وصولا للرأي الأنسب والواجب الاتباع من قبل رجال القانون، ولارتباط الدراسة بالقواعد التقليدية فقد تم اعتماد المنهج التأصيلي، القائم على رد الفروع إلى أصولها بالرجوع إلى مناهج القانون الواجب التطبيق، وقواعد الاختصاص القضائي الدولي، وتنفيذ الأحكام الأجنبية الواردة في مجال العقود الدولية، ومحاولة تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية الدولية.

وبسبب القصور الذي يشهده التنظيم القانوني لعقود التجارة الالكترونية في الجزائر، فقد تم توسل المنهج المقارن بالاعتماد على النصوص القانونية المنظمة للمعاملات الالكترونية، ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل تم التطرق للمعاهدات الدولية ذات الصلة، ولأحدث أوراق العمل الصادرة عن الكيانات المعنية بالقانون، وبخاصة منها التنظيمات والتوجيهات الصادرة عن البرلمان الأوروبي، والقوانين النموذجية الصادرة عن لجنه الأمم المتحدة

[1]- ميكالي الهواري، أبعاد وإنعكاسات ضوابط الإسناد في الزواج وإنحلاله، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2010-2011، ص.9.

لقانون التجارة الدولية، وهذا كله قصد تحقيق التراكمية العلمية الكمية منها والنوعية، وإضفاء مزيد من الزخم والتنوع القانوني، لتحديد ما ينبغي على المشرع الجزائري الأخذ به عند سنه لقانون المعاملات الالكترونية.

ترتيبا على ما تقدم فإن موجبات بلوغ هذا البحث أهدافه اقتضت تبني الخطة الثنائية، بتقسيمه إلى بابين،يسبقهما فصل تمهيدي يعالج دولية عقود التجارة الالكترونية باعتبارها أساس إعمال قواعد القانون الدولي الخاص، وفيه يتم تحديد مفهوم عقود التجارة الإلكترونية، ثم بيان معايير دولية عقود التجارة الإلكترونية.

بعد ذلك يخصص **الباب الأول** لدراسة الآليات التشريعية المقررة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، ويقسم هذا الباب إلى فصلين، فصل أول يتم التعرض فيه لمنهج التنازع باعتباره آلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، في حين يتم التطرق في الفصل الثاني لمنهج القواعد المادية باعتباره آلية مستحدثة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية.

أما **الباب الثاني** فيعالج مسألة الآليات القضائية المقررة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، وقسم هو الآخر إلى فصلين، تطرق الفصل الأول منه لمسألة الجهات المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية، وورد هذا الأخير بعنوان عقود التجارة الإلكترونية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، في حين عالج الفصل الثاني مسألة تنفيذ الأحكام الفاصلة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

الفصل التمهيدي

دولية العقد التجاري الالكتروني أساس إعمال قواعد القانون الدولي الخاص

يعتبر العقد قوام الحياة الاقتصادية، بل هو الأداة الفعالة والمساهم الأول في تطوير المجتمعات، ولأهميته تلك جعلته التشريعات مصدراً من مصادر الالتزام[1] وخصته بتنظيم قانوني شامل.

ورغم تطور المجتمعات يظل العقد محتفظا بمكانته القانونية، ومواكبا في ذات الوقت لعجلة التنمية الاقتصادية، والشاهد على ذلك أن تلك المكانة تطورت وبلغت ذروتها بعد بروز عصر المعلوماتية الذي خط طريقا جديدا للعقد، بظهور عقود التجارة الإلكترونية.

هذه الأخيرة التي انتشرت انتشارا مذهلا، حتى أنها تجاوزت الحدود المرسومة قانونا، والضوابط المؤسسة لنظرية العقد الكلاسيكية، وهو ما دفع الفقه ومن بعده التشريع إلى السعي وراء وضع الإطار القانوني لها وذلك في محاولات متعددة لتعريفها وبيان أنواعها.ولعل من أهم المسائل التي حظيت باهتمام كبير، تحديد التكييف القانوني لها لإعادتها إلى نصابها المحدد، والتمكن من معرفة الأحكام القانونية المطبقة عليها وما إذا كانت عقودا داخلية أو دولية.

بهذا يتبين أن دولية العقد التجاري مسألة مهمة في مجال القانون الدولي الخاص، إذ على أساسها يتم تحريك قواعد هذا الأخير لتحديد القانون الواجب التطبيق، ولبيان الجهة المختصة بنظر منازعاته، ولأهمية هذه المسألة كان من الضروري التعرض لها، غير أنه وقبل التطرق لمعايير تدويل العقد التجاري الالكتروني (**المبحث الثاني**)، كان من اللازم وبسبب حداثة هذا النوع من العقود الوقوف على المقصود بها (**المبحث الأول**).

المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية.

لقد شهد العصر الحديث ثورات علمية وتكنولوجية في شتى المجالات وقد نتج عن هذه الأخيرة ميلاد عصر جديد يختلف تمام الاختلاف عن العصر المادي الذي يعتمد في قيامه أساساً على الوسائل البشرية والمادية لإنجاز مجمل العمليات سيما التعاقدية منها.

من هنا كان العصر الحديث، عصر البيئة الرقمية الذي يعتمد في كافة استخداماته على الوسائل التكنولوجية، ولعل من أهم المجالات التي انتشرت فيها التقنية الحديثة مجال العمليات التعاقدية التي خلقت للوجود ما يسمى بالعقود الإلكترونية.

هذه العقود التي نجدها في مجمل فروع القانون، غير أن المجال الخصب لها هو المجال التجاري، وعليه تعتبر عقود التجارة الإلكترونية من أكثر العقود انتشارا في البيئة الإلكترونية[2]، وهي تتعدد بتعدد زمن تدخل الوسائل الإلكترونية والمضمون الذي ترد عليه سواء تعلق الأمر بأشخاصها أو بموضوعها.

---

[1]- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.7.

[2]-رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة فصلية محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة المنصورة، ع الثاني والأربعون، أكتوبر 2007، ص.28.

والظاهر للعيان أن تعدد عقود التجارة الإلكترونية ترتب عليه اختلاف في المفاهيم والمضامين، وهو الأمر الذي دفع الفقه ومن بعده التشريع إلى محاولة وضع تعريف دقيق لها يتماشى واستخداماتها، وكذا الوسائل المستعملة فيها.

فإلى أي مدى أثرت التقنيات الحديثة على تعريف العقود الواردة وفقا للنظرية التقليدية؟ وهل أثر ذلك التطور على تقسيمات العقود؟

هذا ما ستتم الإجابة عليه من خلال التطرق لتعريف عقود التجارة الإلكترونية وخصائصها (**المطلب الأول**)، ثم بيان أنواعها (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الإلكترونية وخصائصها

لقد ترتب على استخدام الوسائل الالكترونية في المجال التجاري ظهور نمط جديد من العقود أطلق عليه تسمية العقود التجارية الالكترونية، هذه الأخيرة تختلف عن نظيرتها التقليدية،من نواحي متعددة، ولأهمية هذه المسألة سيتم التطرق إليها بتحديد تعريفها (**الفرع الأول**)، وكذا خصائصها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تعريف عقود التجارة الالكترونية

نتيجة للتطور الذي شهدته وسائل الإعلام والاتصال، أصبحت العمليات التجارية تتم بطرق حديثة، ولاعتبار أن العقد هو أحد أهم وسائل إبرام هذه العمليات، فقد تأثر هو الآخر بها فظهرت من ثم العقود التجارية الإلكترونية، ونظرا لحداثة هذا النوع من العقود سعى الفقه جاهداً لمحاولة وضع تعريف لها.

والواقع أن الأمر لم يتوقف عند ذلك الحد، بل سعت الهيئات الدولية والإقليمية إلى رسم الإطار العام له، وانتشرت عملية التنظيم لتشمل التشريعات الداخلية الأجنبية منها والعربية، والواضح أن جل الدراسات كانت مؤسسة على الجانب اللغوي.وعليه إلى أي مدى تمكن رجال القانون من وضع تعريف دقيق لعقود التجارة الإلكترونية؟

هذا ما ستتم الإجابة عليه من خلال التطرق للتعريف اللغوي والفقهي لعقود التجارة الإلكترونية (**البند الأول**)، وللتعريف التشريعي لها (**البند الثاني**).

البند الأول: التعريف اللغوي والفقهي لعقود التجارة الإلكترونية.

نظرا لحداثة مصطلح عقود التجارة الالكترونية، وقصد تعريفه،فانه يظهر ضروريا تحليل مكوناته تحليلا لغويا والوقوف على معناه الأدبي، وهو الأمر الذي استلزم التطرق للتعريف اللغوي لعقود التجارة الإلكترونية (**أولا**)ثم تعريفها الفقهي(**ثانيا**).

أولا: التعريف اللغوي لعقود التجارة الإلكترونية.

من الناحية اللغوية، فإن ما يعرف "بعقود التجارة الإلكترونية" يتكون من ثلاث مصطلحات لكلٍ منها قيمتها الأدبية.وفي هذا يعرف العقد لغة بأنه العهد والجمع عقود، ويقال عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت عاقدته، أو عقدت عليه، فتأويله ألزمته ذلك باستيثاق، والمعاقدة، المعاهدة، والعُقدة بالضم موضع العقد وهو ما عقد عليه، والمعاقد، مواضع العقد[1].

ويقال عقدت الحبل من باب ضرب فانعقد، والعقد ما يُمسكه ويُوثقه، ومنه قيل، عقدت البيع، ونحوه، وعقدت اليمين،وعقدتها بالتشديد توكيد، وعقدت النكاح وغيره إحكامه وإبرامه...يُطلق العقد على الربط الحسي واللغوي، فالحسي كربط الحبل، والمعنوي كربط الإيجاب والقبول في عقد البيع والإجارة[2].

أما التجارة فتعني لغة حرفة التاجر وما يُتجر فيه، والمتجر، هو مكان التجارة، والجمع (متاجر)، وتجر، تجرا أو تجارة: مارس البيع والشراء ويُقال تجر في كذا[3].وتاجر فلان: اشتغل بالتجارة، وفلان اتّجر معه، واتّجر، اتّجارا بمعنى تاجر.والتاجر الذي يبيع ويشتري، وقانونا كل رجل مشتغل بالتجارة[4]ويعقد بسبب التجارة مقاولة[5]، ومعاملة مربوطة بصكوك، والتاجر أيضا الحاذق بالأمر والجمع تجار، وتُجّارُ.

أما الإلكترون فيعرف لغة بأنه: "دقيقة ذات شحنة كهربية سالبة، وهو أحد العناصر المكونة للذرة"[6].

أما كلمة إلكتروني، فيقصد بها كل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة، وذا قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية[7]، أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك، بشكل تكون معه

---

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 57.

[2]- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية وأثره، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ج1،روح القوانين، مجلة علمية محكمة تصدر عن أعضاء هيئة التدريس، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ع41، مطبعة الجامعة، إصدار أبريل 2007، ص.250.

[3]- المنجد في اللغة والإعلام، ط الحادية والثلاثون، دار المشرق، بيروت، 1991، ص.59؛ أحمد أمداح، التجارة الالكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2005-2006، ص.11.

[4]- لقد كان المشرع يستخدم في المادة 01 من القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الأمر 75-59 المؤرخ في20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 مصطلح حرفة، غير أنه وبعد تعديل تلك المادة بمقتضى الأمر 96-27 المؤرخ في 28 رجب 1417هـ الموافق لـ 09 ديسمبر 1996، ج.ر، ع.77، س.1996تم استبداله بمصطلح مهنة إذ أصبح النص كالتالي: " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا، ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

ولعل من مبررات ذلك التعديل شمولية مصطلح المهنة وارتباطها بكل الأعمال التجارية، على خلاف مصطلح حرفة والذي يظل مقتصرا على النشاطات التقليدية واليدوية فقط. يراجع في ذلك، أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، ط1، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، جانفي 2011، ص.52.

[5]- لقد عرف الفقه المقصود بالمقاولة أو المشروع (L'entreprise) بعد أن تم استنباطها من المجال الاقتصادي بأنها:" مشروع منظم مسبقا تتوفر فيه وسائل قانونية، بشرية، مادية قصد مباشرة نشاط إنتاج، توزيع، أداء خدمات، وهو يعد أحد المعايير المستخدمة للتمييز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية."يراجع في ذلك، محمد فريد العريني، محمد السيد الفقى، مبادئ قانون الأعمال، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.38.

[6]- صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص.24.

[7]- بوعزة هديات، نظام الدفع الإلكتروني بين المزايا والمخاطر، مجلة دراسات قانونية، مجلة علمية محكمة تصدر دوريا عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 11، س2014، ص.297.

المعلومات ذات الخصائص الإلكترونية في شكل نصوص، أو رموز، أو أصوات، أو صور، أو برامج حاسب آلي، أو غيرها من قواعد البيانات، وتكون في شكل نظام؛ إما لإنشاء، أو استخراج، أو إرسال، أو استلام أو تخزين، أو عرض، أو معالجة المعلومات، أو الرسائل الكترونيا[1].

بعد أن تم تحديد المقصود بعقود التجارة الالكترونية لغة، سيتم التطرق إلى تحديدها من الناحية الفقهية.

ثانيا: التعريف الفقهي لعقود التجارة الإلكترونية.

لم تتوان جهود الفقه المضنية ومساعيهم الدؤوبة عن محاولة التأصيل لعقود التجارة الإلكترونية ووضع تعريف شامل جامع ومانع لها، غير أن خصوصيات هذه العقود وقفت حاجزا وراء تحقيق كل هذه المساعي، بحيث ركز الغالبية منهم بما فيهم المحدثون على تعريف هذا المصطلح الدقيق من خلال تجزئته، إذ اقتصرت الجهود على تحديد المقصود بالتجارة الإلكترونية[2] والعقود الإلكترونية دون دمجهما معا معتقدين بانسحاب التعريف الخاص بالمصطلح الشامل لتجارية الأعمال[3] واتسام العقود بالسمة الإلكترونية إلى عقود التجارة الإلكترونية.

وعليه عرفت التجارة الإلكترونية بأنها:" ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصالات وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد، لاسيما شبكة المعلومات الدولية – الإنترنت–دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين، وسواء أمكن تنفيذ الالتزامات المتبادلة إلكترونيا أم استلزم الأمر تنفيذها بشكل مادي ملموس"[4]. وفي نفس السياق عرفت بأنها: "اتفاقات تبرم وتنفذ كلياً أو جزئياً باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة عن بعد بإيجاب وقبول معبّر عنهما بالوسائل نفسها التي تتيح التلاقي بين المتعاقدين من

---

[1]– رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص.36.

[2]– يرى جانب من الفقه الفرنسي (Allain Rallet) أن استخدام مصطلح التجارة الإلكترونية استخدام خاطئ، ذلك أن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية، سوى في أنها تأثرت بظاهرة تكنولوجياالاتصالات الحديثة، ومن ثم فهو يقترح استخدام اصطلاح إلكترونية التجارة (electronisation du commerce) بدلا من اصطلاح التجارة الإلكترونية (Commerce électronique) ، في حين أن هناك اتجاها فقهيا آخر ينادي باستخدام اصطلاح التجارة عبر الوسائل الإلكترونية بدلا من اصطلاح التجارة الإلكترونية، وممن يتبنى هذه الوجهة الأستاذ الدكتور (فيصل زكي عبد الواحد). يراجع في ذلك، نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1428هـ-2007م، ص. 9؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 60.

[3]– من الضروري عدم الخلط بين مصلح التجارة الإلكترونية (Electronic Commerce) ومصطلح الأعمال الإلكترونية(Electronic business) ذلك أن المصطلحين مختلفان وغير مترادفان كما يسود الاعتقاد لدى البعض من الفقه، فالأعمال الإلكترونية أوسع مجالا وأكثر شمولية، فهي تتسع لتحوي التجارة الإلكترونية، البنوك الإلكترونية، وشركات التأمين الإلكترونية، بل وهي تقوم على فكرة أتمتة الأداء في العلاقة بين إطارين من العمل، وتمتد لسائر الأنشطة الإدارية والإنتاجية والمالية والخدماتية، ولا تتعلق بعلاقة البائع أو المورد بالزبون، إذ تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وعملائها، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل وتقييمه والرقابة عليه، وذلك على خلاف التجارة الإلكترونية التي تعد نشاط تجاري وتعاقدات حول طلب المنتجات والخدمات باستخدام وسائل إلكترونية وضمن بيئة إلكترونية. يراجع في ذلك، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ط1، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص. 39؛ مكاري نزيهة، التجارة الإلكترونية وبيئتها العامة، المحامي، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين، سيدي بلعباس، ع4، س3، نوفمبر 2005، ص. 83.

[4]– هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، د.ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص.31.

دون اشتراط الحضور المادي المكاني للمتعاقدين، وذلك بقصد إشباع الحاجات المتبادلة لأطراف العلاقة العقدية"[1].

كما عرفت بأنها:" عملية توصيل المعلومات والمنتجات والخدمات والمدفوعات وإبرام الصفقات التجارية بطريقة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت أو أي شبكة دولية أخرى"[2]، أو هي "معاملة تجارية تتم عن طريق وسيط إلكتروني"[3].

في حين يوجد من اعتبرها:" استعمال الشبكة الإلكترونية لتسهيل وتسريع جميع مستلزمات إجراء الأعمال التجارية من تخطيط وتنفيذ أعمال بيع وشراء وتسليم"[4].

وعرّفت أيضا بأنها : "عملية البيع والشراء للسلع والخدمات والمعلومات وبرامج الحاسوب وغيرها من الأنشطة التي تساعد على الممارسات التجارية عبر الوسائل الإلكترونية المختلفة"[5]، وفي نفس المعنى عرفت بأنها:" نوع من عمليات البيع والشراء بين المستهلكين والمنتجين وبين الشركات بعضها مع بعض باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال، وهي بذلك تعد أداة عملية تجارية بين شركاء وتجاريين باستخدام تكنولوجيا معلومات متطورة تضمن رفع كفاءة وفاعلية الأداء"[6].

وإلى جانب هذه التعريفات المقتضبة، فإن هناك تعريفات أخرى ربطتها بفكرة المؤسسة أو المشروع التجاري، إذ اعتبرت أنها:" مجموع اتصالات المؤسسات بواسطة الشبكات الرقمية"، أو " عملية استخدام المشروع التجاري للمعلوماتية من خلال ارتباطه بشبكة الاتصالات لكي يتصرف ويتعامل في إطار البيئة التي يعمل فيها"[7]، أو أنها:"التبادل الالكتروني للبيانات والمعلومات المتعلقة باستغلال المشروع (L'entreprise)"[8].

.[8]"(L'entreprise)

من خلال ما سبق، يتضح أن تعريفات الفقه للتجارة الإلكترونية جاءت متباينة متراوحة بين تعريف موسع وآخر مضيق، ومعبرة عن وجهات مختلفة، فبعض تلك التعريفات وسّعت من مفهوم التجارة الإلكترونية

[1]– عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2010، ص. 37.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 56.

[3]– إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكتروني، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2008، ص. 20.

[4]– هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص.31.

[5]– عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص. 37.

[6]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 21.

[7]– هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص. 34.

[8]– علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ع الثاني والسبعون، 2002، ص.5.

لتجعلها شاملة لسائر الأعمال المنجزة بالأساليب الإلكترونية، في حين أن البعض الآخر ضيق من نطاق التعريف، فخص التجارة الإلكترونية بعمليات البيع والشراء المدفوعة بوسائل إلكترونية[1].

بل إن بعض التعريفات ركزت على الوسيلة التي تبرم من خلالها، فاعتبرتها عملية عرض لبيع سلع أو خدمات من جانب شخص طبيعي أو معنوي، يتصرف في إطار نشاطه المهني الموجه إلى مستهلك طبيعي يتصرف لأغراض ليست لها علاقة بنشاطه المهني عن طريق شبكة الإنترنت[2]، وفي هذا الإطار تعتبر جميع المعاملات التي تتم عبر الإنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية معاملة تجارية، وإن كان الغالب أن التمتع بهذه الصفة يكون من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل، والذي غالبا ما يكون تاجراً[3]، على أن الأمر لم لم يقتصر على ما سبق ذكره، بل هناك من جمع بين خصائص التعريفين المحددين، واعتبرها: "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين تاجر ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"[4].

ورغم تعدد التعريفات، إلا أنها لم تسلم من النقد، فيوجد من جعلها مقتصرة على وسيلة الإنترنت دون غيرها[5]، في حين أن هناك وسائل أخرى لإبرام عقود التجارة الإلكترونية غير الإنترنت، كالمينيتل، التلكس، الفاكس، التلفزيون، والتلفون[6].

هذا عن التجارة الإلكترونية، أما العقد الإلكتروني فقد عرفه البعض بأنه:" العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونياً فتنشئ التزامات تعاقدية"[7]، وعُرف أيضا بأنه:" العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى، وذلك من خلال الوسائط الإلكترونية المتعددة ومنها شبكة المعلومات الدولية للإنترنت بهدف إتمام العقد"[8].

وعرفه آخر بأنه:" العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا، وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل

---

[1]- علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2008، ص. 39.

[2]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 31.

[3]- صلاح على حسين، المرجع السابق، ص. 28.

[4]- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص. 29.

[5]- وهو موقف (محمد عبد الحليم عمر) مشار إليه من طرف، صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 29.

[6]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 59؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 38؛ هالة جمال الدين محمد محمود، المرجع السابق، ص. 106.

[7]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 73؛ أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص.253.

[8]- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص. 73.

المعلومات بين المتعاقدين"[1]، كما يمكن اعتباره بأنه :"اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب لغرض بيع أشياء أو تقديم خدمات ويعبر عنه على طريقة الإذاعة المرئية المسموعة أو بواسطة شبكة دولية للاتصالات عن بعد، ويلاقيه القبول عن طريق اتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها"[2].

وقريب من هذا التعريف فإن الفقيه (Iteanu) يعرف العقد الإلكتروني بأنه: " تقابل لعرض سلع أو خدمات يعبر عنه بوسيلة اتصال سمعية مرئية من خلال شبكة دولية للاتصالات، مع قبول يمكن أن يعبر عن نفسه من خلال التفاعل"[3].

ورغم تعدد الزوايا التي عُرف من خلالها العقد الإلكتروني، إلا أن تعريفا واحدا لم يسلم من النقد، ذلك أن البعض قصر العقد الإلكتروني على عقود البيع، في حين ربطها البعض الآخر بوسيلة الإنترنيت[4]، بل وتجاوز البعض حدود التعريفات إذ عرف العقد الإلكتروني بأنه العقد أي عرف الشيء بنفسه، في حين يدرك العام قبل الخاص أن العقد هو اتفاق بين طرفين وهو ما نبه إليه العديد من فقهاء[5]– القانون المدني–، ومن هذا يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[6].

والواقع أن هذا التعريف يخص العقد المبرم عبر الإنترنت، وليس عقد التجارة الإلكترونية ذلك أن هذا الأخير ينعقد بأي وسيلة إلكترونية[7]، ويقتصر على الاتفاقات التجارية، بحيث يكتسب العقد الصفة "التجارية" لأسباب وظروف لا تتصل بطبيعته ولا تتغلغل إلى جوهره، ولعل من أهم تلك الأسباب صفة من يبرم العقد،

---

[1]– صلاح علي حسن، المرجع السابق، ص. 114؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 57؛ عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، 2009، ص. 13.

[2]– سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص. 40

[3] –" la rencontre d'un offre de biens ou de services qui s'exprime sur un mode audiovisuel au travers d'un réseau international de Télécommunications et d'une acceptation qui est susceptible de se manifester au moyen de l'interactivité. "Cité par, ITEANU Olivier, Internet et le droit, aspect juridique du commerce électronique, éd Ey ralles, Avril 1996, p.27.

[4]– وهو موقف كل من (أسامة أبو الحسن مجاهد، محمد حسين منصور، صابر عبد العزيز سلامة). مشار إليه من طرف، صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.114؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 66.

[5]– وهو موقف (نبيلة إسماعيل رسلان، سعيد السيد قنديل)، مشار إليه من طرق، محمود محمد لطفي محمود، المعلوماتية وإنعكاساتها على الملكية الفكرية للمصنفات الرقمية "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، الدراسات العليا، قسم القانون المدني، 2009، ص.251.

[6]– لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005، ص. 15؛ سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص. 36.

[7]– فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان– الأردن، 1429هـ – 2008م، ص. 28؛ نافذ ياسين محمد المدهون، المرجع السابق، ص. 1.

فيكون العقد تجاريا إذا أبرم بين تجار، وفي هذا يرى (G.Ripert) أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى الذي يوحي به هذا الاصطلاح، وإنما توجد عقود مسماة يبرمها غير التاجر فتكون مدنية، أو يبرمها التاجر لحاجات تجارية.

ويعرّف الفقيه (عبد الحي حجازي) العقد التجاري بأنه: " العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلا بحرفته التجارية" وهو تعريف ضيق، في حين يعرفه الفقيه (علي جمال الدين عوض) بأنه: "العقد الذي ينشئ في ذمة أحد طرفيه أو ذمة طرفيه معاً التزاماً تجارياً" ولكن هذا التعريف غير محدد إذ يحيل في الواقع إلى تعريف الالتزام التجاري[1].

وعليه يكتسب العقد الصفة التجارية إذا أحاطت بتكوينه ظروف معينة وهو ما يتم تحديده من خلال نظرية الأعمال التجارية.

وأكثر من ذلك ينبغي الإشارة إلى وجود فوارق عديدة ما بين العقد الالكتروني وعقد التجارة الالكترونية، سواء من حيث الماهية أو الآثار المترتبة على كل منهما، فالعقد الالكتروني يشمل جميع صور التعاقد من خلال الوسائط الإلكترونية بغض النظر عن موضوع العقد وأطرافه، سواء أكان موضوع العقد يدخل في إطار الأعمال التجارية أم المدنية وسواء كان الطرفين أو أحدهما من التجار أم لا، في حين أن عقد التجارة الالكترونية ينصرف إلى العقد الإلكتروني الذي يقع في مجال التجارة من حيث الموضوع أو الأطراف، بل ويشمل بعض صور الاتفاقات المتداولة في أوساط التجارة الالكترونية(كاتفاق التبادل الالكتروني للبيانات)[2].

والحقيقة أنه ومن خلال ربط التعريفات السابقة والخاصة بالتجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني، يمكن تعريف عقد التجارة الإلكتروني بأنه: " الاتفاق الذي يتم في البيئة التجارية ويتلاقى فيه الإيجاب والقبول كليا أو جزئيا من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة كالمينيتل"[3].

ونظرا لتعدد أحكام هذه العقود بتعدد الوسائل المستخدمة في إبرامها، فإنه سيتم التركيز على العقد المبرم عن طريق الإنترنت باعتباره من أكثر العقود انتشارا في الحياة المعاصرة، والذي يعرف بأنه: "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الإنترنيت، بهدف إتمام العقد"[4].

---

[1]- مأخوذ من، علي البارودي، محمد فريد العريني، القانون التجاري، ج2، العقود التجارية، عمليات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص. 7.

[2]- هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص. 146.

[3]- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص. 41؛ هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص.147.

[4]- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 36.

بعد أن تم تحديد المقصود بعقود التجارة الالكترونية من الناحية الفقهية، وجب التطرق لتعريفاتها الواردة من الناحية التشريعية، وذلك لبيان التطابق الموجود بينهما.

البند الثاني: التعريف التشريعي لعقود التجارة الإلكترونية.

رغم أن المسائل المفاهيمية النظرية متأصلة الجذور بالتنظيم الفقهي، إلا أن التشريعات لم تدخر جهدا في سبيل الوصول إلى تحديد الإطار القانوني للمصطلح الذي ظل لفترة زمنية بعيدا كل البعد عن الدراسات القانونية، إذ قد أثر تطور وسائل الاتصال الحديثة بشكل لا متناهٍ، وتعدد استخداماتها في المجال التعاقدي على السياسة التشريعية المنتهجة، بحيث أضحت مسألة التعريفات الشغل الشاغل للسلطات المختصة وهو ما تجلى من خلال سن العديد من النصوص القانونية على المستويين الداخلي والدولي.

أمام توسع دور السلطات المختصة في سن النصوص القانونية، وتعديها على الوظيفة المخولة لأصحاب التخصص، أصبح يلوح في الأفق إشكالات متعددة أهمها:

إلى أي مدى وُفقت السلطات المختصة بسن النصوص القانونية في تعريفها لعقود التجارة الإلكترونية؟ هذا ما ستتم الإجابة عليه من خلال التعرض لتعريف عقود التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي (**أولا**)،ثم على المستوى الوطني (**ثانيا**).

أولا: تعريف عقود التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي.

إن الاهتمام بالجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، والعقود المبرمة بواسطتها لم يقتصر على هيئة أو منظمة دولية أو إقليمية معينة بالذات، بل اهتمت بذلك الكثير منها، إلا أن جهودها والنتائج المترتبة عليها تفاوتت تفاوتا صارخا.

ولتسليط الضوء على ذلك سيتم التعرض للجهود المبذولة من قبل أهم المنظمات وذلك من خلال التطرق لتعريف المنظمات الدولية لعقود التجارة الإلكترونية (**1**)، ثم لتعريف المنظمات الإقليمية لهذه العقود (**2**).

1- تعريف المنظمات الدولية لعقود التجارة الإلكترونية:

انطلاقا من الإدراك الواسع لأهمية التجارة الإلكترونية، وما حققته خلال الآونة الأخيرة في شتى المجالات سيما في مجال العقود، اتجهت أغلب المنظمات الدولية إلى محاولة تنظيمها، وذلك من خلال عقد المؤتمرات والتوقيع على المعاهدات لتذليل العقبات والمشاكل التي تعترض التقدم السريع لها. غير أنه وخلال مجمل المحاولات المتجددة والرامية لرسم الإطار العام لها، هل وفقت المنظمات الدولية في تحديد المقصود من عقود التجارة الإلكترونية؟

هذا ما سيتم التطرق إليه من خلال عرض مجمل الأعمال الصادرة عن المنظمات الدولية، وذلك بداية بأعمال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ثم منظمة التجارة العالمية، ليليها بعد ذلك منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية

أ. منظمة الأمم المتحدة[1]:

تعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من أولى اللجان التي عملت في مجال التجارة الإلكترونية، ونتيجة لأبحاثها في هذا الميدان قدمت أهم تقرير لها للجمعية العامة سنة 1985[2]، والذي من خلاله تم دعوة الحكومات والمنظمات الدولية للتحرك السريع لضمان الأمن فيما يتعلق باستعمال التجهيز الآلي للبيانات في التجارة الدولية واستخدامها على نطاق واسع[3].

ولقد كان المصطلح الشائع في البداية–أي قبل إستخدام مصطلح التجارة الالكترونية التي تستخدم شبكة الانترنت– تبادل المعطيات المعلوماتية والمشار إليه اختصارا (Echange des Données Informatisée EDI)[4] ويقصد به البرمجة الأوتوماتيكية للعمليات التجارية والصناعية والإدارية التي يتم قيدها وتسلسلها بطريقة آلية دون أي تدخل إنساني، وكذلك استخدام الوسائل الحديثة وضبطها من الناحية الشكلية وفقا لمستوى معياري أو قياسي معين.

ولكن سرعان ما تم استخدام مصطلح أكثر عمومية وتطورا من المصطلح الأول وهو **(EDIFACT)** ويعني تبادل المعطيات المعلوماتية في مجالات الإدارة والتجارة والنقل (Echange de Donnée Informatisées pour l'administration le commerce et le transport)[5]. ونتيجة للعراقيل التي أفرزتها المستندات الورقية أمام نمو التجارة الإلكترونية شكلت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فريق عمل يعنى بالتجارة الإلكترونية سنة 1992 وأوكلت له مهمة توحيد القواعد القانونية المنظمة لها، وعلى إثر أعماله طالبت اللجنة سنة 1995 جميع الحكومات بإعادة النظر في المتطلبات القانونية الخاصة بالمستندات ذات الصلة بالتجارة ووجوب أن تكون

[1]– علي صادق أبو الهيف، القانون الدولي العام، الأصول والمبادئ العامة، أشخاص القانون الدولي العام، النطاق الدولي، العلاقات الدولية، التنظيم الدولي، المنازعات الدولية، الحرب والحياد، ط الحادية عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن، ص.618.

[2]– قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1985/11/11 بإعادة النظر في القواعد القانونية الوطنية التي تعد عائقا في سبيل استخدام الوسائل الإلكترونية في المعاملات التجارية. يراجع في ذلك،مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص. 42.

[3]– حسين عبده الماحي، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، مجلة فصلية يصدرها أساتذة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ع الحادي والثلاثين، أبريل 2012، ص. 271.

[4]– إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي، الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية عبر الدول، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الإتفاقي والقانون المقارن، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005–2006، ص.139.

[5]– أحمد أمداح، المرجع السابق، ص. 19.

هذه الأخيرة ممهورة بتوقيع بخط اليد، أو بغير ذلك من وسائل التصديق الورقية مع السماح باستخدام وسائل التصديق الإلكترونية[1].

وقد أثمرت تلك المجهودات عن إقرار لجنة الأونيسترال في 14 جوان 1994 عن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، والذي اعتمدته الجمعية العامة في جلستها 162/51 المؤرخة في 16 ديسمبر 1996[2].

والملاحظ على هذا القانون أنه لم يعرف مصطلح التجارة الإلكترونية في مجمله، بل اكتفى بالنص في المادة الأولى منه على ما يلي: " ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات التي تكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية".

وقد تم تحديد المقصود بالأنشطة التجارية في دليل تشريعه، والذي تبنى خلاله التفسير الموسع لها فجعلها شاملة لكافة الوسائل الناشئة عن العلاقات التجارية سواء كانت تعاقدية أم لا[3]، ومنها على سبيل المثال المعاملة التجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات، اتفاق التوزيع والتمثيل التجاري، الوكالة التجارية، الوكالة بالعمولة، الكراء، أعمال التشييد، الخدمات الاستشارية أو الأعمال الهندسية، منح الرخص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك أو الطرق البرية[4].

هذا عن تفسير المادة الأولى، أما المادة الثانية، والواردة في نطاق التعريفات، فالملاحظ أنها وبعد تعريفها لرسالة البيانات الإلكترونية التي تحتوي المعلومة الممهدة للتعاقد مع الطرف الآخر، حددت وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية إذ نصت: " يُراد بمصطلح رسالة بيانات تلك المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو

---

[1]- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص. 79.

[2]- يتضمن هذا القانون جزأين من الأحكام القانونية موزعة على 17 مادة فضلا عن الدليل التشريعي له، والذي أعدته الأمانة العامة للجنة الأونيسترال. ويتضمن الجزء الأول 15 مادة موزعة على فصول ثلاثة الأول خصص للأحكام العامة، والثاني سمي (تطبيق الاشتراطات القانونية على رسائل البيانات) والثالث بعنوان (إبلاغ رسائل البيانات).

أما الجزء الثاني من هذا القانون فقد جاء تحت عنوان (التجارة الإلكترونية في مجالات محددة) وتضمن فصلا واحدا عنوانه (نقل البضائع).

ويتميز هذا القانون بسمتين الأولى: أنه ذو طابع إرشادي فهو يتكون من مجموعة من القواعد الموضوعية التي ينبغي أن تسير الدول الوطنية في تشريعاتها على هديها، والثانية: أن قواعده تعد قواعد عامة لم تتطرق إلى تفصيلات سواء موضوعية أو فنية مما يسمح للتشريعات الوطنية بالنص على استثناءات عليها. يراجع، صلاح علي حسين، المرجع السابق، هامش ص. 31؛ هادي مسلم يوسف البشكاني، المرجع السابق، ص. ص 78- 79؛ إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1430هـ -2009 م، ص.17؛ عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، هامش ص 29؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 42.

[3]- رمضان محمد مقلد، السيد محمد أحمد السريتي، آثار التجارة الالكترونية على هيكل الأسواق مع الإشارة إلى الدول النامية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، مجلة فصلية تصدرها كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع2 ، 2002، ص.14.

[4]- الدليل التشريعي لقانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 1996، بند 1، ص. 14.

تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي".

ثم تعرضت لتعريف تبادل المعلومات الالكترونية، على أنها: "نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

والواقع أن جهود لجنة الأونيسترال لم تقتصر على وضع القانون المنظم للتجارة الإلكترونية بل ما زالت مستمرة لحد الساعة، ولقد أسفرت عن وضع مشروع اتفاقية بشأن التعاقد الإلكتروني الذي اكتملت نصوصه وقدم في صورة توصية من قبل الفريق العامل المكلف بصياغته إلى اللجنة في الدورة الخامسة والثلاثين لعام 2001، وقد سمي (المشروع الأولي بشأن التعاقد الإلكتروني) ويتكون من أربعة عشر مادة تتعلق بجوانب معينة من التعاقد الإلكتروني.[1]

مما سبق يتضح، أن لجنة اليونسترال تركت مسألة تعريف هذين المصطلحين –العقد الإلكتروني[2]، التجارة الإلكترونية–مفتوحا، وذلك لضمان الهدف الذي تأسست من أجله والقائم على إزالة العقبات القانونية للتجارة الإلكترونية عامة وللعقود المرتبطة بها خاصة، وعدم تقييد الدول بتعريفاتها[3]، سيما وأن مسألة التعاريف فقهية أكثر منها تشريعية.

ب. منظمة التجارة العالمية:

نشأت منظمة التجارة العالمية بموجب اتفاقية مراكش، التي تم التوقيع عليها في 15 أبريل 1994، وقد أصبحت هذه المنظمة في حيز الوجود منذ أوائل 1995، وللإشارة فإن من أهدافها تحرير التجارة الدولية بواسطة إيجاد نظام تجاري دولي متعدد الأطراف معتمد على قوى السوق (العرض والطلب) من خلال إزالة القيود والعوائق التي تمنع تدفق حركة التجارة عبر الدول معتمدة في ذلك على مبادئ رئيسية هي تجارة بدون تمييز والتي تبرز من خلال شرط المعاملة الوطنية، شرط الدولة الأولى بالرعاية، تجارة حرة من خلال التفاوض وتتجلى في خفض أو إلغاء الرسوم الجمركية والقيود الكمية وفتح الأسواق، تعامل تجاري قابل للتوقع ويتضح من خلال تثبيت الالتزامات والشفافية[4].

[1]– هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص. 80.

[2]– إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، ع2، 2003، ص. 60.

[3]– محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 81.

[4]– إبراهيم الناصر، منظمة التجارة العالمية وآثارها الثقافية وموقف المملكة فيها، ص. 2.

www.pdf factory.com.created with pdf factorial version. date de consultation le site 22-02-2014 à 10 :30.

ولكن بالرغم من أهدافهاإلا أن دورها لا يزال ضعيفا في مجال التجارة الإلكترونية، بل ولم يرتق إلى المستوى المطلوب من هذه المنظمة، فكل ما هناك مناقشات وحوارات بشأنها في مطلع سنة 1998 والتي على إثرها تم إصدار دراسة بعنوان "التجارة الإلكترونية ودور منظمة التجارة العالمية"، والتي تناولت آليات التجارة الإلكترونية وما يتعلق بمباشرتها باستخدام الإنترنت[1].

خلال هذه الدراسةعُرفت التجارة الالكترونية على أنها:" **"**عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال**"**[2]، وعليه يلاحظ أن المنظمة تطرقت لتعريف التجارة الإلكترونية ووسائلها، إلا أنها لم تتعرض لتعريف عقود التجارة الإلكترونية رغم أهميتها في الوقت الراهن، ورغم أنها تعد عصب التجارة الإلكترونية، بل إنها قصرت تعريف التجارة الإلكترونية على المنتجات دون الخدمات[3].

ونظرا لأن الاتفاقيات والقواعد التي تتضمنها تفتقد إلى الخصوصية التي تتميز بها التجارة الإلكترونية من كونها تتم في بيئة إلكترونية تنتقل فيها المعلومات وفقا لبرنامج خاص بالتبادل الإلكتروني، فقد دعا المدير العام لمنظمة التجارة العالمية إلى وجوب إجراء مفاوضات جديدة لمد تلك القواعد إلى البنية الإلكترونية[4].

ج.منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية [5](OECD):

بدأت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية عملها فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية، فعمدت إلى عقد المؤتمرات المتخصصة، والتي كان من أهمها المؤتمر الذي عقد بتركيا سنة 1997 تحت عنوان **"**تذليل العقبات أمام التجارة الإلكترونية**"**، وفيه سعت المنظمة إلى تحديد المشاكل التي تقف حجر عثرة أمام تنمية هذا النوع من

[1]– هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص. 81؛ محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 89.

[2]– مأخوذة من، محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 26؛ سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص. 26؛ رمضان محمد مقلد، السيد محمد أحمد السريتي، المرجع السابق، ص.13.

[3]– محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 26.

[4]– محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 91.

[5]– منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية منظمة دولية تأسست سنة 1961، تنطوي تحت لوائها 31 دولة من الدول المتقدمة التي تلتزم بالديمقراطية واقتصاد السوق، مقرها العاصمة الفرنسية باريس، وهي من المنظمات التي تسعى إلى دعم النمو المستدام، التوظيف، رفع مستوى المعيشة للحفاظ على الاستقرار المالي، مساعدة البلدان الأخرى في التنمية الاقتصادية وكذا المساهمة في نمو التجارة العالمية، وقد تطورت أهدافها بعد انتشار استخدام الوسائل الإلكترونية في شتى المجالات، وبصفة خاصة في مجال عقود التجارة الدولية أين برزت عقود التجارة الإلكترونية كنتيجة حتمية للوسيلة المستخدمة. يراجع في ذلك، بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم،في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2014-2015، ص.14.

التجارة[1]،كما عقدت في الفترة الممتدة بين 7-9 أكتوبر 1998 مؤتمرا بعنوان (عالم بلا حدود، تحقيق إمكانيات التجارة الإلكترونية)[2] بمدينة أوتاوا، وبالتعاون مع الحكومة الكندية[3].

وقد خلص المؤتمر إلى ضرورة إدخال تعديلات على الشروط الواردة في القوانين والمتعلقة تحديدا بالتكنولوجيا وبوسائل الإعلام، والتي قد تعوق التجارة الإلكترونية، مع الأخذ بعين الاعتبار الأحكام ذات الصلة بالقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[4].

ولعل من أهم ما تعرضت له المنظمة تعريف التجارة الإلكترونية بأنها: "جميع أنواع الصفقات التجارية التي تعقد سواء بين الإدارات أو الأفراد عن طريق المعالجة الإلكترونية للبيانات، أيا كانت البيانات مقروءة أو أصوات أو صور مرئية"[5].

ومما يلاحظ، أنه ورغم أهمية عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن هذه المنظمة وكغيرها لم تتطرق إلى تعريفها مقتصرة على تعريف التجارة الإلكترونية ومشيرة إلى ضرورة حماية العقود الإلكترونية.

بعد أن تم بيان دور المنظمات الدولية في زيادة تطوير عقود التجارة الإلكترونية وتحديدها، وجب تحديد دور المنظمات الإقليمية في ذلك.

---

[1]- أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري الإلكتروني، د ط، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009، ص. 169.

[2]- يعد هذا المؤتمر من أوسع المؤتمرات التي تعرضت للجوانب القانونية المختلفة للتجارة الإلكترونية وقد حضره نحو ألف مندوب عن الدول الأعضاء في المنظمة، وممثلون عن (12) دولة ليست عضوا فيها، و(12) منظمة دولية وممثلو الاتحادات النوعية التجارية والصناعية، وممثلو مجموعات المستهلكين والمنظمات غير الحكومية الاقتصادية والاجتماعية. يراجع، محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 98؛ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 34.

[3]- نتج عن هذا المؤتمر خطة عمل بشأن التجارة الإلكترونية، وفيها تم التعرض لأربعة مواضيع رئيسية تتمثل في: إيجاد الثقة للمستخدمين والمستهلكين وإنشاء قواعد أساسية للسوق الرقمية، تعزيز البنية التحتية للمعلومات بشأن التجارة الإلكترونية، تحقيق أقصى الفوائد من التجارة الإلكترونية. وقد كانت المجالات ذات الأولوية في هذا النطاق مرتبطة بمواضيع السرية، التوثيق، قواعد حماية المستهلك، قرض الضرائب، الوصول إلى البنية التحتية، التأثير الاجتماعي والاقتصادي. ولتطوير سياسات التجارة الإلكترونية وضعت المنظمة منهجا تعاونيا تهدف من خلاله إلى:

- تشجيع التعاون فيما بين الجهات الفاعلة في مجال تقرير السياسات والتي تشمل كل من الحكومة، المستهلكين، العمال، دوائر الأعمال التجارية، والمؤسسات بشكل عام.
- العمل على إيجاد بيئة مشجعة للمنافسة تتيح للتجارة الإلكترونية الازدهار، وذلك كله مع إزالة الحواجز غير الضرورية القائمة والتي تعد عائقا في طريق تقدمها.
- التأكيد على دور القطاعين العام والخاص في تنظيم أعمال التجارة الإلكترونية.
- تحديد وسائل الدفع النقدي، والتحويلات المالية عبر شبكات الاتصال والإنترنت، وحماية وسائل الدفع الإلكتروني، والعقود الإلكترونية والتواقيع الإلكترونية.
- تحديد جملة الشروط التي ينبغي توافرها في كل من الحكومات وأوساط الأعمال التجارية. يراجع في ذلك، محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 100.

[4]- نفس المرجع، ص. 100.

[5]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 22.

2- تعريف المنظمات الإقليمية لعقود التجارة الإلكترونية:

إن الاهتمام بالجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية لم يكن حكرا على الهيئات أو المنظمات الدولية، بل امتد ليشمل حتى المنظمات الإقليمية التي ساهمت في تطوير الأحكام القانونية المنظمة لهذا الوافد الجديد، وذلك بالتعرض لمجمل ما قد يطرحه من مشاكل.

وعليه هل تطرقت المنظمات الإقليمية عند عرضها لأحكام التجارة الإلكترونية لتحديد العقد باعتباره أهم وسيلة لتطويرها؟هذا ما سيتم التطرق إليه بالتعرض لكل من جهود منظمة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادي، وكذا لجهود الاتحاد الأوروبي.

أ.تعريف منظمة التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادي (الباسفيك)[1] لعقود التجارة الالكترونية

نتيجة لذيوع الوسائل الإلكترونية وتأثيرها على المجال التجاري، اتفق قادة الدول الأعضاء سنة 1997 على وضع خطة عمل للتجارة الإلكترونية لكفالة تحقيق متطلباتها وإيجاد إطار قانوني موحد لها، ولتحقيق هذه الغاية كانت من أولى الخطوات العملية التي تم اتخاذها عقد مؤتمر بكوالالمبور سنة 1998، والذي أصدر فيه الوزراء تصريحا يتضمن المطالبة بإطلاق النشاط التجاري الإلكتروني في المنطقة، وتطوير صيغ التعاون التقني، وإنشاء البنية التحتية للتجارة الإلكترونية، والاستثمار في هذا القطاع[2].

كما وتقرر في أبريل 2003 بعد اجتماع الدول الأعضاء أن تقوم هذه الأخيرة بتطوير قوانينها فيما يتعلق بالصفقات التجارية الإلكترونية والتوثيق الإلكتروني وتأمين الحماية لمستعملي شبكة الإنترنت بما يخدم قضايا الأمن والخصوصية، خاصة بعد أن أكدت لجنة العمل التابعة لها أن هذه التجارة تنمو في المنطقة بمعدل مرتفع بسبب المزايا التي توفرها[3].

نتيجة للإيمان بأهمية التجارة الالكترونية عمد منتدى التعاون الاقتصادي لآسيا والمحيط الهادي إلى تعريفها بأنها: "أي شكل من أشكال الصفقات التجارية والخدمات التي يتعامل فيها الأطراف بطريقة إلكترونية سواء تمت بين شخص وشخص آخر أو بين شخص وكمبيوتر أو بين كمبيوتر وكمبيوتر"[4].

---

[1]- نتيجة لشعور دول آسيا والمحيط الهادي بالدور الاقتصادي للمنطقة وبأهمية التكتل لمواجهة تحديات النمو والمنافسة الاقتصادية تم تأسيس منظمة التعاون الاقتصادي لدول آسيا والمحيط الهادي APEC وكان ذلك سنة 1989، وهذه المنظمة عبارة عن منتدى إقتصادي تعاوني لتسهيل نمو التجارة والاقتصاد والاستثمار في الدول الأعضاء. يراجع في ذلك، محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 115.

[2]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 25.

[3]- محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 116.

[4] - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.46.

ب. تعريف الاتحاد الأوروبي لعقود التجارة الالكترونية

لقد لعب الاتحاد الأوروبي دورا متميزا في مجال التجارة الإلكترونية لاعتماده على الدراسات التي قامت بها لجان متخصصة في مجال التعاقدات الإلكترونية، وهو ما ساهم في إصدار مجلس الاتحاد الأوروبي لقواعد موحدة ذات قيمة قانونية لتطبق في الدول أعضاء الاتحاد، وتتمثل في التوجيه رقم CE/97/7 بشأن البيع عن بعد وحماية المستهلك الصادر في 20 ماي 1997[1]، والذي ألغي بمقتضى التوجيه (2011/83/ UE)[2] المتعلق بحقوق المستهلكين، ويهدف التوجيه الأخير إلى المساهمة في الوصول إلى مستوى عال من الحماية المقررة للمستهلك، مع حسن سير العمل في السوق الداخلية، والعمل على تقريب الأحكام التشريعية، التنظيمية، والإدارية للدول الأعضاء في الاتحاد، وبصفة خاصة في العقود المبرمة عن بعد بين طائفة الموردين، وطائفة المستهلكين[3].

بموجب هذا التوجيه تم تعريف التعاقد عن بعد في المادة 7/2منه بأنه: " كل عقد أبرم بين مهني ومستهلك في إطار تنظيمي يخص بيع السلع أو تقديم الخدمات عن بعد، دون الحضور المادي المعاصر لهما، وباستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، بما في ذلك الوقت الذي يبرم فيه العقد "[4].

إضافة لهذه التوجيه أصدر البرلمان والمجلس الأوروبيين التوجيه رقم (CE/31/2000) في 8 جوان 2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات وخصوصا التجارة الإلكترونية[5]، وكان الهدف من هذا التوجيه تطوير قوانين الدول الأعضاء وأنظمتها فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية، خصوصا في السوق الداخلية، وحدد ميعاد 2002/01/27 لدخول هذا التوجيه حيز النفاذ، كما استوجب أن لا يؤدي تطبيقه إلى

---

[1]-Cf. Patrick Thieffry, L'émergence d'un droit européen du commerce électronique, Revue trimestrielle de droit européen, dalloz, vol 36, n°.4, octo-dec,2000,paris, p.655.

[2]- Directive N° 2011/83/UE, du Parlement Européen et du conseil du 25 Octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, abrogent la directive 97/7/CE du Parlement européen et du conseil, J.O .U.E

[3]-Art 1Directive N° 2011/83/UE dispose que: "L'objectif de la présente directive est de contribuer, en atteignant un niveau élevé de protection du consommateur, au bon fonctionnement du marché intérieur en rapprochant certains aspects des disposition législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives aux contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels.»

[4]-Art 2Al 7 de la directive N °2011/83/ UE ,dispose que: « tout contrat conclu entre le professionnel et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance sans la présence physique simultanés du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu. »

[5]- Directive 2000/31/C.E, du Parlement Européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieure (Directive sur le commerce électronique), J.O.C.E, L.178,du17 juillet 2000.

وضع عقبات أمام إبرام العقود الإلكترونية، ولا أن يؤدي إلى إهدار قيمتها القانونية لمجرد صدورها بالوسائل الإلكترونية، كما واستلزم من الدول الأعضاء العمل على إزالة العوائق القانونية التي تحول دون إتمام عملية التعاقد الإلكتروني أو التي تجردها من آثارها[1].

ولم يقتصر الأمر على ذلك، إذ عرف الإتحاد الأوروبي التجارة الإلكترونية بأنها:" كل الأنشطة التي تتم بوسائل الكترونية سواء تمت بين المشرعات التجارية والمستهلكين، أو بين كل منهما على حدى وبين الإدارات الحكومية."[2]

من خلال هذا كله، تتضح رغبة الاتحاد الأوروبي في الإلمام بمجمل الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مع حثه للدول الأعضاء بضرورة تبني مختلف التوجيهات والتوصيات التي أصدرها عند سنهم للتشريعات الوطنية ذات الصلة بالموضوع[3].

ثانيا: تعريف عقود التجارة الإلكترونية على المستوى الوطني.

أمام تعدد الرؤى الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية، حاولت التشريعات الوطنية هي الأخرى التصدي لها بوضع النصوص القانونية الكفيلة بتنظيمها.

غير أن نظرة التشريعات قد تباينت في هذا الشأن، إذ أن هناك من التشريعات من عمدت إلى سن النصوص القانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني، في حين أن تشريعات دول أخرى اقتصرت على تمديد العمل بالنصوص القانونية العامة لشموليتها لكل وسائل الاتصال الحديثة، وذلك لتفادي مسألة التضخم التشريعي، ولذلك سيتم بيان موقف كل من هذين التوجهين من خلال التطرق إلى نظرة التشريعات الغربية لعقود التجارة الإلكترونية بالارتكاز على موقف القانون الفرنسي(**1**)، ونظرة التشريعات العربية لعقود التجارة الإلكترونية(**2**).

1- موقف التشريع الفرنسي من عقود التجارة الإلكترونية.

لقد أصبحت ضرورة مواكبة التطورات التقنية مسألة وجوبية، وضرورة حتمية، وهو ما جعل التشريعات الغربية تحاول التصدي للمشاكل التي تثيرها تلك التطورات من خلال سن نصوص قانونية تتماشى مع ما تطرحه من تحديات.

---

[1]- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص. 175.

[2]- Rovikalakota&andrew B.Whinstone, frontiers of electronic commerce, Addison Wesley3 pwklis hinny 1996, p.225.

مأخوذة من، بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص.14.

[3]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 25.

وتعد فرنسا من الدول السباقة لإيجاد تنظيم قانوني للتجارة الإلكترونية، ولعل خير دليل على ذلك محاولتها التصدي للمشاكل التي تطرحها حتى قبل ظهور الإنترنت باعتبارها حدث الساعة ووسيلة العصر في إبرام هذه العقود، طبعا إلى جانب محاولتها التصدي لكل ما يعيق التجارة من خلال إستعمال الوسائل الإلكترونية، وتعد أبرز إصداراتها في هذا المجال القرار المتعلق بإعلام المستهلك عن الثمن المؤرخ في 3ديسمبر 1987 المعدل، والذي قرر في المادة 14 منه: " يجب أن يكون ثمن كل سلعة أو خدمة معروضة على المستهلك وفق تقنية الاتصالات عن بعد، ظاهرا بشكل واضح بالنسبة للمستهلك بأية وسيلة قبل إبرام العقد. تعتبر من تقنيات الاتصال عن بعد بمفهوم هذا المرسوم كل تقنية تسمح للمستهلك بطلب منتج أو خدمة، وذلك في غير الأماكن المعتادة لاستقبال العملاء، لطلب المنتوج أو طلب إنجاز خدمة"[1].

والواضح أن هذا النص قابل للتطبيق على الوسائل التقنية المعروفة آنذاك كالهاتف والفاكس، إلا أن شموليته تسمح بسريانه وتطبيقه على الوسائل المستحدثة، والحقيقة أن التشريع الفرنسي لم يظل جامدا، بل واكب التطورات التقنية منذ البداية وهذا ما يؤكده التقرير المقدم من مجموعة العمل المشكلة برئاسة (Lorentz)في يناير 1998 لوزير الاقتصاد الفرنسي[2]، والذي من خلاله عُرفت التجارة الإلكترونية بأنها: " مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها البعض، وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة"[3].

والواضح أن هذا التعريف جاء موسعاً، إذ يعتبر التجارة الإلكترونية تشمل تبادل المعلومات والمعاملات التجارية المتعلقة بالمعدات والمنتجات، كما وتشمل الخدمات مثل خدمات المعلومات والخدمات المالية والقانونية[4]، وذلك على خلاف ما ورد في المادة 1/14 من القانون575-2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي،

[1]- Art 14Al1 de l' arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, JORF du 10 décembre 1987, JORF du 10 décembre 1987 modifier par arrêté du 4 juillet 2014 relatif à l'information au consommateur sur les prix des produits et prestations destinés à compenser la perte d'autonomie dispose que: « Le prix de tout produit ou de toute prestation de services proposés au consommateur selon une technique de communication à distance doit être indiqué de façon précise au consommateur, par tout moyen faisant preuve, avant la conclusion du contrat.
Constitue une technique de communication à distance au sens du présent arrêté toute technique permettant au consommateur, hors des lieux habituels de réception de la clientèle, de commander un produit ou de demande la réalisation d'un service. »

[2]- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 28.

[3]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 61؛ صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 28؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، ج1،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002، ص.18.

[4]- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 32.

والذي عرفها بأنها:" النشاط الاقتصادي الذي يعرض من خلاله شخص أو يضمن توفير السلع أو الخدمات عن بعد، وعن طريق الوسائل الالكترونية"[1].

وقد تدخل المشرع الفرنسي بعديد النصوص القانونية لتنظيم المسائل المتعلقة بالعقد الالكتروني، منها القانون 2000/230 المتعلق بالتوقيع الالكتروني[2]، والذي عمل على تطويع قواعد الاثبات الواردة في القانون المدني، والذي تم تعديله مؤخرا[3]، والأمر 2001/741 المتعلق بنقل التوجيه المشترك وتطويع القواعد المشتركة في مجال حق الاستهلاك[4]، وقد تدخل مؤخرا لإعادة تنظيم قانون الاستهلاك بحيث عرف العقد عن بعد في المادة L221-1[5] منه بذات التعريف الوارد في المادة 7/2من التوجيه الأوروبي 2011/83 فاعتبرها: "كل عقد أبرم بين مهني ومستهلك في إطار تنظيمي يخص بيع السلع أو تقديم الخدمات عن بعد، دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، وبإستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد، وإلى غاية إتمام العقد."

من خلال ما سبق، يتضح أن المنظومة التشريعية الفرنسية تكاد تكون مكتملة أكثر من غيرها فيما يتعلق بالتنظيم التشريعي للتجارة الإلكترونية[6]، فما هو موقف التشريعات العربية من ذلك؟

2- موقف التشريعات العربية من عقود التجارة الإلكترونية:

رغم ولوج الوسائل التكنولوجية الحديثة المجال التجاري، وبروز فكرة عقود التجارة الإلكترونية، ورغم انتشار هذه العقود في العالم العربي، وتعامل غالبية الأشخاص بها، إلا أن التشريعات العربية لم تمنح الموضوع حقه إلا بحلول الألفية العشرين، ولعل من أولى الدول المنظمة له" تونس" والتي تعد الرائدة في هذا الميدان، فقد قامت

[1]-Art 14Al1 de la loi 2004-575du 21juin 2004pour la confiance dans l'économie numérique le commerce électronique, JORF N°0143 du 22juin 2004 dispose que: « le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de bien ou de service. »

[2]- Loi n° 2000-230 du 13Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF N°62du 14Mars 2000.

[3]- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,JORFN°0035 du 11 février 2016.

[4]-Ordonnance n°2001-741du 23 aout 2001 portant transposition de directives communautaire et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation JORF n°196 du 25 aout 2001 .

[5]- Art L 221Al1 du C.Cons.Fra (créepar Ordonnance n°2016-301 du 14 mars2016) dispose que: « contrat à distance: tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanés du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'à la conclusion du contrat".

[6]- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 29.

بإصدار قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية[1]، والذي عرفت فيه التجارة الإلكترونية حسب الفصل الثاني بأنها: "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية" كما عرفت في الفصل ذاته المبادلات الإلكترونية بأنها: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية". أما "المغرب" فلم تتعرض لتنظيم التجارة الالكترونية، بل تطرقت في القانون المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية[2] إلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة الكترونية، وإلى التوقيع الالكتروني.

وعليه إذا كانت تونس الدولة العربية الوحيدة من دول المغرب العربي التي تعرضت لدراسة الموضوع، فإن دول المشرق والخليج العربي سارعت لتنظيمه، وفي هذا يلاحظ أن الأردن واستجابة منها لوجوب مواكبة التطورات التكنولوجية وضرورة إيجاد تنظيم قانوني للتجارة الإلكترونية أصدرت سنة 2001 قانون المعاملات الإلكترونية[3]، حيث عرفت في المادة 2منه المعاملات الالكترونية بأنها: "المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية"، كما وتعرضت في ذات المادة لتعريف العقد الإلكتروني بأنه: " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا".

أما مصر فرغم ريادتها في المجال القانوني إلا أنها لم تصدر لحد الساعة قانونا ينظم التجارة الإلكترونية، بل اكتفت بإصدار مشروع التجارة الإلكترونية[4] والذي من خلاله عُرف العقد الإلكتروني بأنه: " كل عقد تصدر فيه فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني". كما وتعرض ذات المشروع لتعريف التجارة الإلكترونية بأنها: " كل معاملة تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية".

هذا عن دول المشرق العربي، أما دول الخليج العربي فنجد أن قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية والإعلام[5] خصها بعد إجمالها لكل الوسائط الالكترونية بالإنترنيت، إذ عرفها في المادة 2 منه بأنها: "الأعمال المنفذة بالوسائط الالكترونية وبشكل خاص الانترنيت." في حين أن إمارة دبي أصدرت قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية سنة 2002[6] وعرفتها في المادة 2 بأنها: "المعاملات التجارية التي تتم بواسطة

---

[1]- قانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ بتاريخ 9 أوت 2000المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

[2]- ظهير شريف رقم 129-07-1 صادر في 19ذي القعدة1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، ج.ر ، ع 5584 الصادرة يوم الخميس 6دجنبر 2007.

[3]- قانون رقم 85 لسنة 2001 المؤرخ في 31 ديسمبر 2001، المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني، ع. 4524، والذي أصبح ساري المفعول بتاريخ 31 مارس 2002.

[4]- أعد هذا المشروع عام 2001 عن طريق لجنة مشكلة من العديد من المختصين بالوزارات والجهات المختلفة، وتمت صياغته من قبل إدارة التشريع بوزارة العدل بالاشتراك مع لجنة فنية من مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء، إلا أنه ما زال حبيس الأدراج. يراجع في ذلك، معوان مصطفى، التجارة الالكترونية ومكافحة الجريمة المعلوماتية، قواعد الإثبات المدني والتجاري، د.ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 1430هـ، 2009م، ص. 151.

[5]- قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية والاعلام رقم (1) لسنة 2000، صادر بتاريخ 25شوال 1420الموافق لـ 31 يناير2000.

[6]- قانون رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في الإمارات العربية الصادر بتاريخ 30 ذي القعدة 1422 الموافق 12 فبراير 2002.

المراسلات الإلكترونية"، وعرفت المراسلة الالكترونية بأنها: "إرسال واستلام الرسائل الالكترونية"، والتي تعتبر: "معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه."

أما المشرع البحريني فلم يتعرض في القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية الذي أصدره سنة 2002 لتعريف التجارة الإلكترونية[1]، بل اكتفى بالنص في المادة العاشرة منه على أنه: "في سياق إبرام العقود التي يجوز فيها التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل، أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول، عن طريق السجلات الإلكترونية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

أما المملكة العربية السعودية، فقد نظمتها بموجب المرسوم الملكي رقم 18 الصادر بتاريخ 1428/3/8هـ المتضمن نظم التعاملات الإلكترونية[2]، وإن لم يكن هذا المرسوم قد تضمن تعريفا محددا لاصطلاح التجارة الإلكترونية، إلا أنه عرّف التعاملات الإلكترونية بأنها: " أي تبادل أو تراسل أو تعاقد، أو أي إجراء آخر يُبرم أو يُنفذ بشكل كلي أو جزئي بوسيلة إلكترونية"، في حين تطرق مشروع نظام التجارة الالكترونية في المملكة العربية السعودية [3]لهذا المصطلح في المادة الأولى منه وعرفها بأنها: " نشاط اقتصادي يتم كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد باستخدام وسيط الكتروني لتوفير سلعة أو خدمة."

إذا كانت مجمل التشريعات العربية حاولت مؤخرا اللحاق بالتطور التكنولوجي من خلال سن نصوص قانونية لمواجهة المشاكل التي يطرحها، إلا أنه بالنسبة للجزائر ورغم انتشار استخدام الوسائل الإلكترونية بها، إلا أنها لم تصدر لحد الآن قانونا يهدف إلى تنظيم التجارة الإلكترونية، وهو ما يعاب على المشرع الجزائري الذي لا يتدخل لتنظيم مسائل وقضايا الساعة إلا ببروز مشاكل لا يمكن مواجهتها، ويصعب التصدي لمخلفاتها.

وعليه، فإنه ينبغي على المشرع الجزائري العمل على سن قانون خاص بالتجارة الإلكترونية عموما، وبالعقود المبرمة في إطارها خصوصا، وفي هذا المجال ينبغي عليه تجاوز التعريفات، وتركها للفقه والقضاء، سيما وأن التطورات في مجال الاتصالات ما تزال مستمرة، وقد يقدم الغد وسائل أخرى يمكن التعاقد من خلالها.

من خلال ما سبق يتبين بأن الفقه والتشريع لم يتمكنا من تحديد المقصود بعقود التجارة الإلكترونية، بحيث تعرض كل منهم إما لتعريف العقد الإلكتروني، وإما لتعريف التجارة الإلكترونية، ولكن يمكن القول بأن عقود التجارة الإلكترونية هي تلك الإتفاقات التي تتم في البيئة التجارية بإستخدام وسائل إلكترونية بطريقة كلية

[1]- مرسوم بقانون رقم 28لسنة 2002 بشأن المعاملات الالكترونية، الصادر بتاريخ 7 رجب 1423هـ-الموافق 14سبتمبر 2002، ج.ر، ع. 2548 الأربعاء 18 ديسمبر 2002، المعدل والمتمم.

[2]- نقلا عن إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 38.

[3]- مشروع نظام التجارة الالكترونية في المملكة العربية السعودية 2014.

أو جزئية. أو هي تلك الإتفاقات التي تتم عن بعد دون حضور مادي متعاصر بين الأطراف، على أن يتعهد فيها أحد الطرفين (المورد) بتوفير سلعة أو تقديم خدمة لطرف آخر، وذلك كله باستخدام الوسائل الإلكترونية بطريقة كلية أو جزئية.

ونظرا لأن الدراسة ستقتصر على عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، فيمكن القول أن هذه العقود هي تلك الإتفاقات التي تتم في البيئة التجارية وبإستخدام شبكة الإنترنت بطريقة كلية أو جزئية. وبعد أن تم تحديد المقصود بعقود التجارة الإلكترونية، وجب التطرق لخصائصها.

الفرع الثاني: خصائص عقود التجارة الالكترونية

تتسم عقود التجارة الالكترونية بخصائص متعددة تميزها عن التجارة التقليدية، وتشمل هذه الخصائص كل من غياب الدعامات الورقية (**البند الأول**)، انعدام الحضور المادي بين الأطراف (**البند الثاني**)، السرعة في انجاز المعاملة (**البند الثالث**)، وزيادة المنافسة بين التجار (**البند الرابع**).

البند الأول: خاصية غياب الدعامات الورقية

تتميز المعاملات التجارية الإلكترونية بعدم وجود أي وثائق ورقية، إذ تتم كافة الإجراءات والمراسلات بين طرفي المعاملات بطريقة إلكترونية، بحيث تبرز المستندات الالكترونية محل المستندات الورقية التقليدية، ويعتبر من ثم المستند الالكتروني السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء أي نزاع بينهما.

لاشك أن من أهم ما يترتب على خاصية غياب الدعامات الورقية، القضاء على المشاكل التي كانت تثيرها المستندات الورقية، وبصفة خاصة منها تلك الناجمة عن بطء تداولها وما ينجم عنه من تأخر في إجراءات الجمارك، وما يستتبعه من تعرض البضاعة لخطر الفساد والتلف[1]، ولا يقتصر الأمر على ذلك، بل يمتد ليشمل التخفيف من الأماكن المخصصة لعمليات حفظ المستندات الورقية، إذ أضحى تخزينها يتم بطريقة الكترونية، حتى برز ما يسمى بالأرشيف الالكتروني.

البند الثاني: خاصية انعدام الالتقاء المادي

من المعلوم أن المفاوضات التي تتم في التعاقد التقليدي بين الأطراف تتم في مجلس العقد، وقد يتم ذلك في جلسة واحدة أو في جلسات متعددة، وذلك بخلاف عقود التجارة الالكترونية حيث يكون العقد فيها إفتراضي إذ قد يكون البائع في مكان، ويكون المشتري في مكان آخر، وليس ذلك فحسب بل قد يختلف

[1]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص.20.

التوقيت الزمني بين مكاني البائع والمشتري، وقد يغيب في هذه المعاملات العنصر البشري لتقوم أجهزة الحاسب الآلي بالتراسل الالكتروني فيما بينها فيما يعرف بالوكيل الالكتروني، ليبرز ما يسمى بالعقود المؤتمتة[1].

من هنا يتبين أن السمة الأساسية لعقود التجارة الالكترونية أنها تتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل تكنولوجيا مختلفة، ويتم تبادل التراضي إلكترونيا عبر شبكة الانترنت من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي[2].

البند الثالث: السرعة في انجاز المعاملة

لاشك أن استخدام الوسيط الالكتروني لإنجاز المعاملة أدى إلى اتمامها بطريقة أسرع من تلك التي كانت تتم بها المعاملات التقليدية، فالتاجر في إطار المعاملات التجارية الالكترونية لم يعد بحاجة إلى طبع الكتالوجات وإرسالها إلى العملاء لينتظر وصول بريد منهم، كما أنه لم يعد يتأخر في عملية الشحن والتسليم، كون أن الرسالة الالكترونية تصل فور إرسالها بخلاف الرسالة العادية التي تستغرق بعض الوقت حتى يتم إرسالها، كما أن تسليم بعض السلع والخدمات أصبح يتم بطريقة إلكترونية.

البند الرابع: زيادة المنافسة بين التجار

لقد ترتب على استخدام الوسيط الالكتروني في انجاز المعاملة التجارية، وكذا قلة تكلفة استخدامها إلى زيادة المنافسة بين التجار أصحاب المواقع الالكترونية، بحيث سعى كل واحد منهم إلى جذب المستهلكين للتعاقد معهم، وذلك بتقديمهم لعروض ومزايا متعددة سواء في مجال ضمان العيوب الخفية، خدمات ما بعد البيع، سرعة التسليم، حسن معاملة المستهلكين، ولاشك أن توفير التاجر لهذه الخدمات يسمح له بالاستحواذ على السوق الافتراضي، وأن تجاهله لها يؤدي إلى فقدانه لعملائه الذين سيجدون ضالتهم لدى موقع تجاري الكتروني آخر [3].

من خلال ما تقدم، يلاحظ أن عقود التجارة الالكترونية وخاصة منها تلك المبرمة عبر الانترنت، تتمتع بمميزات متعددة، ومرد هذه الأخيرة الوسيلة المستخدمة لإنجازها، والتي بحكم حداثتها مقارنة بالوسائل الأخرى اتجه الفقه، والهيئات على المستويين الدولي والوطني إلى الاهتمام بها، وبتعريفها.

[1]- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتواره في الحقوق كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة بنها، السنة الجامعية 2010، ص.61.

[2]- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص.29.

[3]- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.61.

المطلب الثاني: أنواع عقود التجارة الإلكترونية.

نظرا لاعتبار العقد اتفاق بين طرفين أو أكثر، ونظرا لورود ذلك الاتفاق على محل معين، فإن عقد التجارة الإلكترونية وكغيره من العقود يتطلب هو الآخر ماتتطلبه العقود كافة، غير أنه يتميز باستخدامه للوسيط الإلكتروني خلال مرحلة إبرامه أو مرحلة تنفيذه، أو خلال المرحلتين معاً، فيؤثر ذلك على تقسيماته وتظهر عقود التجارة الإلكترونية الكلية، وعقود التجارة الإلكترونية الجزئية.

والمعلوم أن الوسائط الإلكترونية كما قد تؤثر على تقسيمات العقد التجاري الالكتروني، فتظهر عقود تجارية الكترونية تستند إلى الوسيلة المختلفة، فإنها وبالمثل قد تؤثر على مضمونه. ولذلك سيتم التطرق لبيان عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها (**الفرع الأول**)، وكذا من حيث الوسيلة المستخدمة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: أنواع عقود التجارة الإلكترونية اعتمادا على مضمونها.

من المعلوم أن عقود التجارة الإلكترونية تتعدد بتعدد مجالاتها، وتختلف في المجال الواحد باختلاف المتعاملين بها – أطرافها- وباختلاف الموضوع الذي ترد عليه – المحل-.

ونظراً لأهمية المضمون في تحديد أطرافها، وبيان موضوعها، سيتم التطرق إلى كل من أنواع عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها الشخصي (**البند الأول**)، ومن حيث مضمونها الموضوعي (**البند الثاني**).

البند الأول: عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها الشخصي.

إن الاعتماد في تحديد أنواع عقود التجارة الإلكترونية على المضمون الشخصي، يؤكد تعدد التقسيمات بتعدد الأطراف الفاعلة فيها. فمن الواضح أن عقود التجارة الإلكترونية كغيرها من العقود لا تنعقد إلا بوجود طرفين أو أكثر، ولايفتأ أن يخرج الطرفان في تكوين هذه العقود عن تاجر ومستهلك.

وعليه يعد واضحا أن هذه العقود ثلاث إما عقود مبرمة بين طرفين من نفس القوة، أي بين المشروعات أو الشركات فيما بينها، أو بين مستهلكين فيما بينهم، أو بين طرفين مختلفين يتميز أحدهما بمظاهر القوة والمعلومة، والثاني بمظاهر الضعف والإذعان، ويقصد بذلك العقود المبرمة بين المشروعات أو الشركات وبين المستهلكين.

ففيما يخص العقود المبرمة بين الشركات فيما بينها يرمز لها بـ B2B (Business To Business)[1] ويقصد بها المعاملات التجارية الناشئة بين المنشآت التجارية مع بعضها البعض باستخدام شبكة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات[1]،وهي تعد من أكثر الأنواع انتشارا على الشبكة بحيث تشكل حوالي 90% منها[2].

[1]- إن التعامل في هذه التجارة يكون ما بين الشركات وعدد من مورديها وعملائها الكبار، وهو ما يتم عن طريق شفرة (وتسمى المعاملات الإلكترونية الموثقة (Set)والتي تم استحداثها من قبل شركات بطاقات الائتمان(Visa و Master Card)ومن أمثلة التجارة الإلكترونية لمشروعات الأعمال فيما بينها، المتاجرة عبر شركة الإنترنت مباشرة في سلع مثل الصلب والبلاستيك والكيماويات. يراجع، نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، النقود الإلكترونية،

وإذا كانت هذه العقود تتم بين المشروعات، فما المقصود بالمشروعات؟ خاصة أن المشرع أحجم عن تعريفها. وفي هذا الشأن اختلف الفقه إذ أشار الأستاذ (Kahn) إلى عمومية وشمولية المفهوم للأشخاص والهيئات الخاصة أو العامة المشاركين في صنع عادات التجارة الدولية، في حين اتجه جانب من الفقه[3] إلى تفسيرها بالنظر لضدها أي لمفهوم المستهلكين، وجعلوا المفهوم مقتصراً على غير المستهلكين، وبشكل أكثر تحديدا على كل من لا يستفيد من الحماية الخاصة التي يكفلها القانون والقضاء للمستهلكين، وعليه يتجسد هذا المفهوم في مجال التجارة الإلكترونية بالمشروعات التجارية التي تسعى للانتفاع بشبكة الإنترنت وغيرها من الوسائل الإلكترونية لإشباع حاجاتها المهنية أو التجارية.

والواقع أن تحديد هذه العقود بدقة يستلزم التمييز بين نوعين منها؛ العقود التي تتم بين المشروعات بشكل دائم ومستمر بغرض إشباع حاجاتها المهنية، وهي تعد عقودا تجارية، ذلك أن التاجر هو الذي باشرها على سبيل الامتهان، أو لأنها وردت مرتبطة بأعماله التجارية فتكون من ثم عقودا تجارية بالتبعية، وهو ما أكدت عليه المادتان 1و4[4] من القانون التجاري الجزائري، أما العقود الثانية فهي تلك التي تبرم بين التجار لإشباع حاجاتهم الشخصية أو العائلية أو المنزلية وهي تعد عقوداً مدنية، رغم أن الذي باشرها تاجر، ذلك أنها لا تتعلق بتجارته[5].

هذا عن النوع الأول من العقود التي تتم بين نفس الطائفة، أما النوع الثاني منها فهي العقود التي تبرم بين المستهلكين فيما بينهم ويرمز لها بـ (C2C)(Consumer to Consumer)، وقد اختلف الفقه بشأنها هي الأخرى، إذ اتجه البعض منهم إلى اعتبارها عقودا تجارية، ذلك أن المستهلكين يقومون بإعادة البيع لمستهليكن آخرين بقصد تحقيق الربح[6]، في حين أن الفقه الآخر اتجه إلى خروج هذه العقود من طائفة العقود التجارية لبعدها عن الأنشطة التجارية وارتباطها بإشباع الحاجات الشخصية أو العائلية للمستهلكين[7].

=التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني والبصمة الإلكترونية، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، المرجع السابق، ص 251؛ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 59.

[1]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص 56؛ طاهر شوقي مؤمن،عقد البيع الالكتروني، بحث في التجارة الالكترونية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، دورية علمية محكمة نصف سنوية يصدرها أساتذة كلية الحقوق، جامعة حلوان، ع18، يناير، يوليو 2008، ص.332.

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاءعرسان، عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الثقافة، عمان –الأردن، 2005، ص. 26

[3]- وهو موقف (HUET). مشار إليه من طرف، صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د.ط، دار الجامعة الجديدة،الأزاريطة–الإسكندرية، 2008، ص. 31.

[4]- تنص المادة 4 من ق.ت.ج: " يعد عملاً تجاريا بالتبعية:

– الأعمال التي يقوم بها التاجر والمتعلقة بممارسة تجارته أو حاجات متجره.

– الالتزامات بين التجار".

[5]- يحي يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص. 24.

[6]- وهو موقف الفقيه (جاك يوسف الحكيم). يراجع، محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 43.

[7]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 32.

والواقع أنه لا يمكن الجزم في طبيعة هذه العقود إذا كانت مدنية أو تجارية، إلا بالنظر للغرض منها، فحتى ولو أبرمت بين مستهلكين إلا أنها قد تأخذ الطابع التجاري متى كان الغرض منها تحقيق الربح، فإيجاد المتجر الإلكتروني (Electronic Bay) الذي يساعد المستهلك على تقديم البضاعة في المزاد لمزايدة المستهلكين الآخرين على ثمنها يطرح إشكالا كبيرا، وهو ما أكدته مجلة الوسيط الإعلانية الحائزة على شهرة واسعة في مختلف الدول العربية، والتي من خلال موقعها أتيح للأفراد إضافة إعلاناتهم التجارية المتضمنة شراء أو بيعاً أو تبادلا للسلع والخدمات مع مستهلكين آخرين حيث يستطيع الأفراد البيع والشراء من المزادات المفتوحة مباشرة على الشبكة[1].

وعليه، فإذا كان اكتساب العقود الصفة التجارية يستلزم صدورها على وجه الامتهان من تاجر وخلال ممارسته لأنشطته التجارية بغية تحقيق الربح، فإن اعتياد أحد المستهلكين على عرض منتجاته يعد بلا شك عملاً تجاريا تطبق عليه قواعد القانون التجاري، باعتبارها من الأعمال التجارية بحسب الموضوع، التي يكتسب البعض منها هذه الصفة حتى لو وقعت مرة واحدة، بل ولو وقعت من غير تاجر[2]، وهو ما أورده المشرع الجزائري صراحة في المادة 2/1-2 من القانون التجاري والتي تنص على أنه: " يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه:

- كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها أو بعينها أو تحويلها وشغلها.
- كل شراء للعقارات لإعادة بيعها..."[3].

وإلى جانب هذه العقود المبرمة بين طرفين من نفس القوة، توجد عقود تبرم بين طرفين مختلفين من حيث القوة أي بين التجار والمستهلكين ويرمز لها بـ (B2C) (Business To Consumer)ويطلق عليها بعقود التسوق الإلكتروني[4]، ذلك أن الصفقة تتم مع المستهلك بشكل مباشر، فيقوم التاجر بعرض منتجاته على شبكة الويب في متاجر إلكترونية أو افتراضية، ويقدم فيها كافة أنواع السلع والخدمات لعقد الصفقات مع المستهلكين الراغبين بذلك، ومن الأمثلة الرائجة في هذا الميدان ذلك المجتمع الإلكتروني الموجود في سيريلانكا، والذي يعرض مختلف أنواع الشاي والملابس والأحجار الكريمة التي يشتهر بها هذا البلد[5]،وقد انتشرت حاليا مثل هذه الأسواق في شتى الدول بما في ذلك الدولة الجزائرية، إذ أصبح العديد من التجار يعتمدون على شبكة الإنترنت للترويج لسلعهم وخدماتهم، بل ويرفقون صفحاتهم الإعلانية بأرقام هواتفهم لتمكين المستهلكين من الاطلاع على السلع والخدمات الموجودة لديهم.

---

[1]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 57.

[2]- أحمد بلودنين، المرجع السابق، ص. 33.

[3]- ذكر المشرع في المادة 2 من القانون التجاري عددا من الأعمال التجارية بحسب الموضوع، واعتبرها تجارية ولو وقعت مرة واحدة، وتتمثل هذه الأخيرة، إلى جانب شراء المنقولات لإعادة بيعها بعينها أو بعد تحويلها وشغلها، شراء العقارات لإعادة بيعها، كل عملية مصرفية أو صرف أو وكالة بالعمولة أو سمسرة ....

[4]- نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص. 252؛ سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص. 37.

[5]- يحي يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص. 25.

وعليه يتضح أن هذه العقود ذات صفة مختلطة، إذ أنها تعد تجارية بالنسبة للتاجر الذي يقوم بها على سبيل الاعتياد لتحقيق الربح وتنمية نشاطه التجاري، ومدنية بالنسبة للمستهلك الذي يسعى لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية البعيدة كل البعد عن النشاط التجاري[1].

بعد دراسة تقسيمات عقود التجارة الإلكترونية المبنية أو المؤسسة على المضمون الشخصي، سيتم تحديد تلك المؤسسة على المضمون الموضوعي.

البند الثاني: عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها الموضوعي.

لقد اتضح من خلال تحديد تقسيمات عقود التجارة الإلكترونية من حيث المضمون الشخصي عدم وجود فارق كبير بينها وبين العقود التجارية المبرمة بطرق تقليدية، والواقع أن ذات الأمر ينطبق على المضمون الموضوعي، ففي هذا الشأن يؤكد جانب من الفقه بأن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف عن غيرها من العقود التقليدية التي تتم في العالم الحقيقي استناداً إلى أنها كأي عقد آخر، ترد على أشياء أو خدمات يصح التعامل فيها[2].

وعليه فقد يكون محلها، وهو الشيء المعقود عليه،أي العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد،بضاعة[3]وتشمل كل من المنقولات المادية وغير المادية – المعنوية–على حد السواء، ويندرج ضمنها السلع الاستهلاكية كالمنتجات الغذائية، الملابس، مواد التجميل، أو السلع ذات القيمة المالية الكبيرة، كالسيارات والمجوهرات، وكذا السلع الثقافية كالأفلام والأقراص الموسيقية والألعاب وما إلى ذلك[4].

وكما قد يكون المحل بضائع، فإنه قد يكون عبارة عن خدمات[5]، وفي هذا يؤكد جانب من الفقه[6] على على اعتبار المعلومات من الأموال ذات القيمة الاقتصادية، خاصة وأنه يمكن استغلالها في تحقيق منافع مادية.وتعتبر تجارة الخدمات من أكثر أنواع العقود الالكترونية التي تتم وتنفذ عبر الخط، وهي تشمل أنواعا

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 32.

[2]– نفس المرجع، ص. 33.

[3]– تنص المادة 17/3 من قانون رقم09–03 مؤرخ في 29صفر عام1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، ع15، س2009:"السلعة كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا."

[4]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 123.

[5]– تنص المادة 16/3 من قانون 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:" الخدمة كل شيء مقدم، غير تسليم السلعة، حتى لو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة."

[6]– وهو موقف (فاروق الأباصيري)، مشار إليه من طرف، هالة جمال الدين محمد محمود، المرجع السابق، ص. 185.

متعددة كالخدمات المعرفية، والخدمات المالية، الخدمات الاستشارية، وخدمات الإعلام والاتصال، وخدمات وكلاء السياحة[1].

ولعل من أهم المسائل التي تطرح في مجال المضمون الموضوعي لعقد التجارة الالكتروني قضية برامج الكمبيوتر المسجلة على أقراص، والتي اختلف الفقه والقضاء بشأنها؛ إذ اتجه البعض[2] بشأنها إلى التمييز بين القرص المرن كشيء مادي يمكن أن يكون محلا للتداول كسلعة، وبين البرنامج المسجل عليه والذي يعد حقا من حقوق الملكية الفكرية، وهو ما قضت به محكمة الاستئناف في إنجلترا في قضية (St.Albans City and District Council v.International Computer Ltd.). في حين اتجه جانب آخر إلى انتقاد ذلك لاعتبار أن القرص والبرنامج المسجل عليه شيء واحد –وهو بضاعة –وتطبق عليه أحكام قانونية واحدة، وهو ما أكدت عليه محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة في قضية (Advent Systems Limited v. Unisys Corp)، وعلى الخلاف من ذلك اتجه البعض إلى إعتبارها عقود من طبيعة خاصة، وفي ذلك قرر القضاء الاسكتلندي في قضية (Beta Computer (Europe)Ltd, v. Adobe Sustems(Europe)Ltd.) بأن عقد بيع الأقراص (Disks) ليس مجرد عقد بيع أقراص وحدها وليس عقد تقديم خدمات(معلومات) بوصفها نتاجا ذهنيا، بل هو عقد مركب لشراء منتج مركب يتكون من الوسيط والمعلومات المسجلة عليه، والتي تعد حقوق ملكية فكرية للمؤلف[3].

بعد أن تم بيان أنواع عقود التجارة الإلكترونية من حيث المضمون الشخصي وكذا الموضوعي، وجب التعرض لأنواعها من حيث الإعتماد على الوسيلة المستخدمة.

الفرع الثاني: أنواع عقود التجارة الإلكترونية إعتمادا على الوسيلة المستخدمة.

من المعلوم أن تحديد تقسيمات عقود التجارة الإلكترونية يرتبط ارتباطا وثيقا بالوسائل المستخدمة أكثر من غيرها، وفي هذا يرى جانب من الفقه[4] أن عقود التجارة الإلكترونية هي تلك الاتفاقات التي تتم في البيئة التجارية ومن خلال استخدام شبكة الإنترنت، في حين أن غالبية الفقه[5] يرون أنها الاتفاقات التي تمارس من خلال الوسائل التكنولوجية الحديثة المعروفة في عالم الاتصالات كجهاز المينيتل (Minitel)، التلكس (Télex)،

[1]– رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص. 63؛ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 124؛ مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، رسالة دكتوراه في الحقوق، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012، ص.113؛

Michel Vivant, Les contrat du commerce électronique, Litec,Paris,1999, p .105.

[2] – وهو موقف (شيزيك وكيلمان) . مشار إليه من طرف، سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الالكترونية، العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها، ط2، إعداد مجموعة خبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، مصر الجديدة، 2008، ص.61.

[3]– نفس المرجع، ص. 63.

[4]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 24.

[5]– من هؤلاء الفقهاء (Arvide Panagariya). مشار إليه من طرف، هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص. 32.

الفاكس (Fax)، التلفون (Téléphone)، التلفزيون (Télévision)، وعليه فإن إبرام العقود من خلال جهاز الكمبيوتر وباستخدام شبكة الإنترنت ما هو إلا نوع من أنواع هذه العقود.

من خلال هذا، يتضح أن تطور الحياة قد ساهم بشكل جذري في إبرام العقود عبر الوسائل السمعية والبصرية، إذ لم يعد الأمر مقتصرا على الوسائل السمعية، بل أصبح من الممكن للشخص مشاهدة من يتفاوض معه لإبرام العقد من خلال استخدامه للهواتف الجديدة والذكية، أي هواتف الجيل الجديد[1].

وإذا كانت الوسائل التكنولوجية الحديثة قد أفرزت الكثير وأثرت بشكل مذهل في العقود التجارية المبرمة، فإن أهم وسيلة ينعقد بها العقد، بل والوسيلة التي تعد حدث العصر وحديث الساعة هي الإنترنت، والتي من خلالها يمكن إبرام العقد بطرق متعددة؛ منها التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني (E-mail)[2] والذي يعتبر الوسيلة الرقمية المساوية للبريد العادي، فمن خلاله يمكن القيام بكل ما يقوم به البريد العادي، كما يمكن استخدامه في العروض والدعاية.

إلى جانب البريد الإلكتروني يمكن إبرام هذه العقود من خلال الاعتماد على الربط بين الخوادم وأجهزة العملاء عن طريق تبادل المعلومات على الشبكة، وذلك بالضغط على الأيقونة الخاصة بالموافقة (I agree or OK)، ولكن تعد هذه الطريقة أقل استخداماً من نظيرتها التي عرفت رواجا كبيرا في المجتمع التجاري[3]، وتعرف هذه الطريقة بالتعاقد عبر شبكة الويب (Web)، كما وأن هناك طريقة أخرى وهي التخاطب أو التعاقد بالمحادثة أو المشاهدة[4].

[1]- فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 27.

[2]- إذ يمكن لكل شخص يملك عنوان بريد إلكتروني خاص به أن يرسل رسائل بريد باستخدام هذه الخدمة إلى مشترك آخر بالبريد الإلكتروني، كما ويمكنه إرسال ذات الرسالة إلى عدد غير محدد من المشتركين وذلك باستخدام خدمة القوائم البريدية (Mailing Lists)، وهو ما مكن التجار والشركات من تسويق منتجاتهم على قطاعات واسعة من مستخدمي الإنترنت.

وفي هذا الإطار ينبغي القول أن رسالة البريد الإلكتروني لا تصل مباشرة إلى المرسل إليه، بل تصل بداية إلى مقدم الخدمة (Mail Server) الذي يشترك معه المرسل ليتولى بدوره تمريرها إلى مقدم الخدمة الذي يشترك معه المرسل إليه ليتم بعد ذلك إيصالها إلى المرسل إليه، وهو ما قد يستغرق دقائق أو ساعات. يراجع، محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان- الأردن، 1430هـ -2009م، ص. 32.

[3]- صلاح علي حسن، المرجع السابق، ص.112.

[4]- وفي هذه الصورة قد يتم التعاقد بطريق المحادثة وذلك عن طريق التخاطب (Chating) عبر شبكة الإنترنت، وهو ما يتحقق من خلال فتح كلا الطرفين الصفحة الخاصة به في ذات التوقيت ليتم نقل ما يكتبه الطرف الأول إلى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني عبر صندوق البريد الإلكتروني، أما في التعاقد عن طريق المشاهدة فيتحقق عن طريق ربط الجهاز بوسائط الاتصال الصوتية والمرئية (ميكروفون وكاميرا فيديو مثبتة على جهاز كل متخاطب) بما يسمح لكل من المتعاقدين رؤية وسماع المتعاقد الآخر (conversation). يراجع، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 65؛ محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص. 32.

من خلال ما سبق، يتضح أن عقود التجارة التقليدية هي تلك العقود التي تستخدم في إبرامها وتنفيذها أساليب التجارة التقليدية، وذلك على خلاف عقود التجارة الإلكترونية التي تعتمد على الوسائل الإلكترونية أثناء العملية التعاقدية بصفة كلية أو جزئية.

وعليه يتعلق الأمر بتجارة إلكترونية جزئية في حالة استخدام الوسائل الإلكترونية في إحدى مراحل العملية التعاقدية، في حين يتعلق الأمر بتجارة إلكترونية كاملة أو تامة عند استخدام الوسائل الإلكترونية في كافة مراحل العملية التعاقدية.

فشراء الكتب من المكتبة يعد نموذجا للتجارة التقليدية، أما إذا تم شراؤه عن طريق الإنترنت فتتعلق العملية بتجارة إلكترونية جزئية، لأن المبيع (الكتاب) وعملية التسليم تتم بطريقة مادية، وهذا ما يعرف بالعقود المبرمة افتراضيا والمنفذة ماديا. أما إذا تم شراء هذا الكتاب عن طريق نسخ صورة منه بطريقة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت[1]، وتحميلها على الحاسب الآلي مباشرة ليتم السداد بعد ذلك إلكترونيا، فالعملية هي تجارة إلكترونية تامة أو كاملة ذلك أن جميع مراحل العملية التعاقدية تمت بصورة رقمية، وهذا ما يعرف بالعقود المبرمة والمنفذة افتراضياً[2].

إنطلاقا مما تقدم يتضح بأن عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت تتشابه إلى حد معين مع عقود التجارة الدولية المبرمة عبر الوسائل التقليدية، وتختلف إلى حد آخر معها، ويبرز وجه الإختلاف في وجود عقود محلها بضائع رقمية وأخرى محلها بضائع طبيعية من جهة، كما وتختلف عنها في الوسيلة المستخدمة بحيث أن هناك عقود تجارة إلكترونية كلية وأخرى جزئية، وللإشارة فإن أمر الإختلاف هذا لم يقتصر على التقسيمات فقط، بل تعداه ليشمل التكييف القانوني لها.

[1]- Thierry Piette-Coudol, André Bertrand, Internet et la loi, éd dalloz,Paris, 1997, p.179.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 37.

المبحث الثاني: معايير دولية عقود التجارة الالكترونية

لا شك أن تحديد دولية عقود التجارة الالكترونية تعتبر مسألة أولية لازمة لبيان القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، إذ من خلاله يتمكن الباحث من وضع أولى خطواته في سبيل رسم الإطار القانوني الصحيح، وتحديد الضوابط القانونية السليمة المنظمة للقضية المعروضة عليه.

لأهمية هذه المسألة، سعى الفقه جاهدا لتحديد المعايير التي يتم على أساسها تحديد طبيعة العقد التجاري الالكتروني وبيان ما إذا كان هذا الأخير دوليا أو وطنيا، كما وعمدت التشريعات إلى تبني المعيار الذي يتماشى والمنظومة القانونية السائدة بها.

وعليه ما مدى صلاحية المعايير المقررة لتحديد دولية عقود التجارة الالكترونية؟

هذا ما سيتم التعرض له، بالتطرق إلى موقف الفقه من معايير دولية عقود التجارة الالكترونية (**المطلب الأول**)، ثم لموقف التشريعات من معايير دولية هذه العقود (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: موقف الفقه من معايير دولية عقود التجارة الالكترونية

إن حداثة عقود التجارة الالكترونية، دفع بالفقه إلى محاولة طرح المعايير التي يتم على أساسها تدويلها، فظهر فقهاء محدثون استندوا على معايير مستحدثة للتفرقة بينها وبين العقود الوطنية (**الفرع الأول**)، في حين عمد فقهاء آخرون إلى الاستعانة بالمعايير الكلاسيكية الواردة لتحديد دولية العقود التجارية المبرمة بالوسائل التقليدية (**الفرع الثاني**).

نتيجة لتعدد المعايير الواردة لتحديد دولية عقود التجارة الالكترونية، كان لزاما الوقوف عليها لتحديد المعيار المناسب والواجب الأعمال للتفرقة بين عقود التجارة الالكترونية الوطنية وعقود التجارة الالكترونية الدولية.

الفرع الأول: صلاحية المعايير المستحدثة لتحديد دولية عقود التجارة الالكترونية

لقد طرح مشكل تدويل وتوطين عقود التجارة الإلكترونية جدلا فقهيا صاخبا في الواقع العملي[1]، وبرز في سبيل حسمه اتجاهين فقهيين: الأول منهما يؤكد على دولية عقود التجارة الإلكترونية دون استثناء، في حين يفرق الثاني بين نوعين من العقود عقود دولية وأخرى داخلية، ويستند في ذلك على معيار إطلاق العرض وتقييده.

[1]– عدلي محمد عبد الكريم، انطباق قاعدة قانون الإرادة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، المعيار مجلة دولية محكمة تصدر عن المركز الجامعي بتيسمسيلت، الجزائر، ع04، ديسمبر 2011، ص. 170.

لأهمية هذه المسألة سيتم التطرق لمعيار الوسيلة المستخدمة (**البند الأول**)، ثم لمعيار إطلاق العرض وتقييده (**البند الثاني**).

البند الأول: معيار الوسيلة المستخدمة

ينادي أنصار الاتجاه الأول[1] بالتدويل الكلي لعقود التجارة الالكترونية، ويستندون في تبرير موقفهم على جملة من الحجج أهمها الطبيعة العالمية لشبكة الانترنت، والتي ينجم عن ربطها بين أجهزة كمبيوتر العالم كله صعوبة توطين العلاقة القانونية، وعدم إمكانية تركيزها في نطاق جغرافي محدد ما يجعل من المعاملات التي تتم عبرها واقعة في منطقة خارج نطاق القانون[2]، وهي منطقة الفضاء المعلوماتي المستقلة عن الأنظمة القانونية الوطنية[3].

بهذا يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن شبكة الانترنيت قد قضت دون منازع على ظاهرة الحدود السياسية والجغرافية فيما بين الدول، وأوجدت مجتمعا عالميا افتراضيا غير خاضع لسيطرة أية سلطة إقليمية أو سياسية[4]، بحيث مكنت البائعين والمشترين من التجمع في معارض تجارية افتراضية[5]، من خلال اعتمادهم على العناوين الإلكترونية المنتهية في نهاية المقطع بـ (Net, com, org)[6].

ويتجه جانب آخر عند تبريره لدولية عقود التجارة الالكترونية، وبصفة خاصة منها تلك المبرمة عبر الانترنت إلى طبيعة هذه الشبكة العابرة للحدود، ويبرر موقفه بالرجوع إلى مسمى كلمة (internet) الإنجليزية المكونة من مقطعين أولهما (inter) وهي اختصار لكلمة دولية (international)، والثاني (Net) وهي اختصار لكلمة (network) ويقصد بها مجموعة من محطات الإذاعة المسموعة والمرئية التي ترتبط مع بعضها، بحيث تتمكن كلها من أن يسري عبرها بث أثيري.

بهذا التعريف، يبدوا جليا حسب هذا الفقه النتائج المترتبة على الطابع الدولي لشبكة الانترنت، والتي تتمثل في عولمة وسائل الاتصال والمعلومات، وكذا عولمة الاقتصاد، إذ قد أتاحت الشبكة سوقا واسعا أمام ملايين التجار والمستهلكين، ويسرت أمامهم سبل الحصول على السلع والخدمات دون حاجة للانتقال.

---

[1] – وهو موقف (مهند مسعود أبو مغلي، عبد الباسط جاسم محمد، طارق عبد العال حماد، سامي مصطفى فرحان). مشار إليه من طرف، صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.149؛ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.423.

[2] – أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني– السياحي – البيئي، ط 1 ، دار النهضة العربية، القاهرة ،2000، ص. 40.

[3] – حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، د.ط ، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة،2009، ص.22.

[4] – أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 38.

[5] – عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص. 58.

[6] – أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 38.

وينتهي صاحب هذا الرأي إلى أن العولمة الاقتصادية التي ساهم في خلقها عولمة وسائل الاتصال وتبادل المعلومات، ترتب عليها أن صارت أغلب العمليات والعقود التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية ذات طابع دولي، حيث يتدخل فيها أشخاص متواجدون ومنتمون إلى دول مختلفة، فالعقود المبرمة عبر الانترنت يكون أطرافها مستخدم شبكة الإنترنت (Internaute) مقيم في دولة، ومورد خدمات الاشتراك (fournisseur d'accès) مقيم في دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة (Provider Le serveur) في دولة ثالثة[1].

ولم يقف الأمر عند هذه الحجج، بل اتجه جانب آخر[2] عند تبريره لدولية كافة عقود التجارة الالكترونية على قدرة الأطراف في هذا النوع من العقود على إدراج شرط الاختصاص التشريعي الذي يُفترض أن يرد في العقود الدولية دون سواها، وهو ما لوحظ حقا في الواقع العملي إذ غالبا ما تلجأ المواقع إلى إدراج هذا الشرط في عروضها دون تمييز بين مشتر وطني وآخر أجنبي.

رغم الحجج التي ساقها أنصار الاتجاه المؤيد لدولية كافة عقود التجارة الالكترونية، إلا أن جانبا من الفقه يرفضها، وينطلق من فكرة الخلط الواضح التي وقع فيها أنصار الاتجاه المؤيد لدولية عقود التجارة الالكترونية، فشبكة الانترنت لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة أو أداة لإبرام العقود عن بعد، لا أداة لإضفاء الصفة الدولية على العقود التي تبرم بواسطتها، إذ من المتوقع أن يتم إبرام عقود عبر شبكة الانترنت، لتنفذ داخل حدود الدولة الواحدة، بل والمدينة الواحدة، ومن ذلك أن يطلب جزائري مقيم بوهران عبر شبكة الانترنت وجبة طعام من مطعم يقع بذات المدينة، ويقوم بسداد الثمن عبر الشبكة ليوصل له المطعم الوجبة في الوقت المحدد، فمثل هذا العقد لا يمكن إضفاء صفة الدولية عليه لمجرد استعانته بوسيلة الانترنت، ويطبق الحل ذاته لو كان طالب الخدمة أجنبيا مقيما بالجزائر[3].

ولا يقتصر الأمر على هذا فحسب، بل لا يمكن التسليم بصعوبة التركيز المكاني للمعاملات المبرمة عبر الانترنت في حدود إقليمية معينة لوجود عامل ربط احتياطي يعول عليه دائما، فمثلا عقود بيع السلع الالكترونية وإن كانت عقود تبرم على الخط وتنفذ أحيانا داخله، إلا أنها تظل مع ذلك مرتبطة بعوامل مكانية.

وإلى جانب هذا، فإنه ينبغي التأكيد على عدم إمكانية الاعتماد على أماكن تواجد كل من ناقل البيانات ومقدم الخدمة لإضفاء الصفة الدولية على عقود التجارة الالكترونية، ذلك أنهم ليسوا أطرافا في العقد التجاري الالكتروني،كما لا يمكن الاعتماد على شرط الاختصاص التشريعي لتبرير دولية كافة عقود التجارة

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.ص. 35- 36.

[2]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.23.

[3]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.145 .

الإلكترونية، بل يتوجب التحقق مسبقا من دولية العقد قبل الاعتداد بالقانون المختار من قبل الأطراف بوصفه قانونا للعقد.

من خلال ما سبق، يتبين أنه لا يمكن إضفاء صفة الدولية على كافة عقود التجارة الالكترونية، بل ينبغي الابقاء على التفرقة التقليدية بين العقود الالكترونية الدولية والعقود الالكترونية الوطنية، وهو الأمر الذي يتطلب الاعتماد على معيار آخر يتلاءم ومعطيات العالم الالكتروني.

البند الثاني: معيار قصر العرض وإطلاقه

ينادي أنصار الاتجاه الثاني[1] بوجوب التمييز بين عقود التجارة الالكترونية الداخلية وعقود التجارة الالكترونية الدولية، ويستندون في سبيل تحديد ذلك على معيار إطلاق العرض وتقييده، بحيث إذا كان العرض مقتصرا على دولة بعينها ، كأن يعرض التاجر سلعه على أحد مواقع الانترنيت مع قصر توزيعها على الأشخاص المقيمين بدولته[2]، تجنبا لمخاطر البيع لشخص متواجد في دولة أخرى، كان العقد داخليا وطنيا لتركز جميع العناصر القانونية له في الدولة الواحدة ودون إمكانية تجاوز الأموال حدود تلك الدولة، أما إذا كان العرض مطلقا يشمل الأشخاص كافة، دون تقييد بعملاء متواجدين في دولة معينة كان العقد دوليا، لإمكانية التعاقد مع أشخاص مختلفي الجنسية، ولقابلية الأموال للانتقال بين حدود الدول[3].

الواقع أنه، لا يمكن الإقرار بسلامة هذا الرأي ذلك أن العرض قد يكون مقيدا، ويتم الاتفاق أثناء إبرامه أو بعده على نقل السلعة إلى دولة أخرى، كما قد يكون مطلقا ومع ذلك لا يتم تداول السلع والخدمات خارج حدود الدولة الواحدة، وهو ما يبرز في كل أنواع عقود التجارة الالكترونية وخاصة منها العقود المبرمة والمنفذة إلكترونيا، والتي لا يمكن الجزم مسبقا بدوليتها أو بتوطينها إلا بعد التحقق من انتقال رؤوس الأموال – تجاوزها حدود الدولة الواحدة–.

بعد أن تم تحديد الانتقادات التي وجهت للآراء الفقهية التي طرحها المحدثون للتمييز بين عقود التجارة الالكترونية الداخلية، وعقود التجارة الالكترونية الدولية، وجب التطرق لصلاحية المعايير الكلاسيكية الواردة لتحديد دولية عقود التجارة التقليدية للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، خاصة وأن

[1]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.146؛ جمال محمود الكردي، مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.25؛ زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المشكلات والحلول، ط1، دار وائل للنشر، عمان– الأردن، 2010، ص.112.

[2]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 146؛ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ع1، 2004، ص.10.

[3]– سليمان أحمد محمد فضل،المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2011، ص. 147.

التدقيق في معيار إطلاق العرض وتقييده يحمل في طياته ما يحيل إلى معايير التدويل الكلاسيكية، وبصفة خاصة منها المعيار الاقتصادي.

الفرع الثاني: صلاحية المعايير الكلاسيكية لتدويل عقود التجارة الالكترونية

نظرا لعدم إمكانية تحديد دولية عقود التجارة الالكترونية وفقا للمعايير السابقة، والمتمثلة في كل من معيار الوسيلة المستخدمة، معيار العرض المقدم، كان من اللازم إعمال المعايير التقليدية الواردة في مجال العقود الدولية الكلاسيكية وتحديد صلاحيتها لبيان دولية هذا النوع من العقود.

ولاعتبار أن تلك المعايير تشمل كل من المعيار القانوني(**البند الأول**)، المعيار الاقتصادي(**البند الثاني**)، والمعيار المختلط (**البند الثالث**). فإنه سيتم التطرق لذلك كله تباعا.

البند الأول: صلاحية المعيار القانوني للكشف عن دولية عقود التجارة الالكترونية

يعتمد جانب من الفقه عند تحديده لدولية الرابطة العقدية على المعيار القانوني،الذي مفاده ارتباط العناصر القانونية للعقد بأكثر من نظام قانوني واحد[1]، فالعقد يكون دوليا فيما لو أبرم في الجزائر بين جزائري مقيم بالجزائر وفرنسي مقيم بفرنسا، وثار نزاع بشأن بضاعة موجودة بإيطاليا، مطلوب تسليمها هناك، مع دفع الثمن بفرنسا، فمثل هذا العقد يتسم بالطابع الدولي لاتصاله بثلاثة أنظمة قانونية (فرنسا، الجزائر، إيطاليا).

وعليه ينبغي الذكر أن تحديد الصفة الدولية يستلزم البحث في عناصر الرابطة العقدية عن العنصر الأجنبي، فإذا اتضح اتصالها بدولة أو أكثر غير دولة القاضي المعروض عليه النزاع اكتسبت الرابطة العقدية الصفة الدولية[2].

إذا كان تطرق العنصر الأجنبي يضفي على الرابطة العقدية الصفة الدولية، فإنه ينبغي الذكر أن هناك تباينا واختلافا في الآراء الفقهية الواردة في تحديد معنى العنصر الأجنبي، بحيث تبنى الفقه التقليدي[3] المفهوم الموسع له والقائم على أساس تكافؤ العناصر القانونية، إذ يكفي لاعتبار العقد دوليا وفقا لوجهة النظر هذه تطرق العنصر الأجنبي للعلاقة العقدية في أي من عناصرها، بحيث يكون العقد دوليا إذا تطرق العنصر الأجنبي إلى

[1]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الازاريطة، الإسكندرية، 2001، ص. 72؛ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، "أصولا ومنهجا"، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996، ص.1089؛

Chiheb Ghazouani, Le contrat de commerce électronique international, Thèse de doctorat en droit ,Université, Panthéon – Assas (ParisII), Faculté du droit- économie- science sociales, 2008, p.17.

[2]- شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011- 2012، ص. 17.

[3]- وهو موقف (Bredin, Loussouarn , Alfonsin). مشار إليه من طرف، هشام خالد، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية- اللاتينية- العربية والإتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن ،ص.ص.75-76.

أطراف العلاقة العقدية، موضوعها، واقعتها المنشئة، أي إذا تطرق ذلك العنصر للعلاقة العقدية في أحد عناصرها الموضوعية- كأن يتم إبرام العقد في الخارج أو يتم تنفيذه بها- أو الشخصية- كأن تكون جنسية أحد المتعاقدين أجنبية أو يكون متوطنا بالخارج-[1].

رغم ذيوع هذا المعيار وإنتشاره إلا أنه تعرض لانتقادات لاذعة أهمها اتسامه بالجمود، بحيث يترتب على الأخذ به إعمال قواعد القانون الدولي الخاص لمجرد توافر العنصر الأجنبي في الرابطة العقدية، وبصرف النظر عن أهمية هذا العنصر[2]، كما وأنه يخول للمتعاقدين صلاحية إضفاء الصفة الدولية على الرابطة العقدية[3]، باصطناعهم لأوضاع ظاهرة تمكنهم من التهرب من نصوص القانون الداخلي الآمرة، ومن ذلك إبرام العقد في غير دولة القاضي غشاً وتهرباً، أو تغيير أحد المتعاقدين لجنسيته بما يؤدي إلى اكتساب العقد الصفة الدولية وتحريك قواعد القانون الدولي الخاص لفض ما ينشأ بينهم من منازعات[4].

نتيجة للانتقادات التي وجهت لأنصار المعيار القانوني الموسع،اتجه الفقه الحديث إلى الاعتماد على معيار تباين العناصر القانونية القائم أساسا على تحليل الظروف المحيطة بالعقد للتأكد من اتصاله بعملية قانونية تتجاوز حدود النظام القانوني لدولة واحدة[5]، إذ لا يكفي لاعتبار العقد دوليا تطرق العنصر الأجنبي له، بل لا بد أن يكون هذا الأخير إيجابيا ومؤثرا، ذلك أن العناصر السلبية المحايدة وغير المؤثرة لا تضفي على العقد الصفة الدولية[6].

وقد أشار الفقه في هذا الصدد إلى أن جنسية المتعاقدين لا تعد عنصرا مؤثرا في مجال العقود التجارية والعقود المالية بصفة عامة، ومن ثم فهي لا تصلح في ذاتها أساسا لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود[7]، ويطبق الأمر ذاته على محل إبرام العقد، إذ بالرغم من أن هذا الأخير يعد معيارا مؤثرا عند إسناد العقود من حيث شكلها، إلا أنه يعد معيارا محايدا غير صالح لإضفاء الطابع الدولي على العقد من حيث الموضوع. وعلى عكس

---

[1]- سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص. 67.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص.88.

[3]- Cf. Elie Chakthoura, op. cit., p.84 ; Mohamed El Arbi Hachem, Leçon de droit international privé, livre II: Les conflits de lois (droit applicable à une relation transfrontière), Centre de Publication Universitaire, Tunis, 1997, p.231.

[4]- شبة سفيان، المرجع السابق، ص. 14.

[5]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.36.

[6]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.10.

[7]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص 141؛ نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص. 51.

ما سلف ذكره فإن محل التنفيذ وإختلاف موطن المتعاقدين يعتبران من العناصر المؤثرة وغير المحايدة في إضفاء الطابع الدولي على عقود المعاملات المالية والتبادل التجاري[1].

من هنا يتضح أن تحديد صفة الدولية وفقا لأنصار المعيار القانوني المضيق، لا يتم على أساس كمي، بل وفقا لمنهج كيفي يقوم على طبيعة العنصر الذي لحقته الصفة الأجنبية، وما إذا كان عنصرا مؤثرا أو مجرد عنصر محايد، وذلك بصرف النظر عن العناصر التي لحقتها هذه الصفة، إذ قد تتعدد العناصر الأجنبية في الرابطة العقدية وتظل رابطة داخلية في مفهوم القانون الدولي الخاص، وقد يوصف العقد بالدولية لمجرد أن تلحق الصفة الأجنبية عنصرا واحدا من عناصره، طالما كان ذلك العنصر فعالا ومؤثرا[2].

بهذا يتبين أن مسألة تحديد دولية العقد من عدمه مسألة نسبية، ويتأكد الطابع النسبي من خلال معيار كيفي هو العنصر الأجنبي المؤثر بصرف النظر عن الكم العددي للعناصر الأجنبية المحايدة التي قد تتطرق إليها[3].

بالرغم من وجاهة الطرح الذي تقدم به أنصار الاتجاه القانوني المضيق، إلا أن جانبا من الفقه رفض الاعتماد عليه[4]، وذلك من منطلق أن هذا المعيار يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد العناصر الإيجابية في كل حالة على حدة ليطبق قانونه الوطني إذ قد يعتبر العقد دولياً في حالات، ويرفض ذلك في حالات أخرى، وذلك كله لتحقيق المصالح العليا للدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.

ولكن بالرغم من الانتقادات التي وجهت للمعيار القانوني المضيق، إلا أن الفقه المؤيد له تمسك به لتحديد دولية الرابطة العقدية، خاصة وأن بعضا من تلك الانتقادات واهية يمكن تخطيها وتجاوزها، فالقاضي ورغم تمتعه بسلطة تقديرية في تحديد دولية الرابطة العقدية، إلاّ أن سلطته تلك تظل خاضعة لرقابة المحكمة العليا، ويترتب على خطأه في تطبيق القانون المختص نقض الحكم الصادر عنه[5].

استنادا للمعطيات السابقة، يلاحظ تطور المعيار القانوني، إذ لم يعد يتم الاكتفاء بتطرق العنصر الأجنبي للعلاقة العقدية لإضفاء الصفة الدولية عليها، بل أصبح من الضروري البحث عن العناصر المؤثرة لذلك.

ولعل من أسباب هذا التحول التوسع المفرط في إضفاء الصفة الدولية على العقود عامة، وعلى العقود الإلكترونية خاصة، ذلك أن تبني المفهوم الموسع للعنصر الأجنبي سيضفي على العقد المبرم بين فرنسي مقيم بالجزائر وشركة الأدوات المنزلية الجزائرية العارضة لمنتوجاتها على الموقع الالكتروني الخاص بها الصفة الدولية، رغم أن

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.141.

[2]- عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص.39.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 141.

[4]- وهو موقف (إبراهيم أحمد إبراهيم). مشار إليه من طرف، عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.38.

[5]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.40.

التسليم يتم في محل إقامة المشتري أي بالجزائر، ورغم أن هذا النوع من العقود من عقود شراء الحاجيات اليومية التي تخرج من نطاق العقود الدولية لكون أن الجنسية عنصرا غير مؤثر[1].

الواقع أنه إذا كان للآراء الفقهية الواردة في المجال القانوني قدرة تجاوز بعض الصعوبات، إلاّ أنّ المتغيرات السياسية والاجتماعية وخاصة منها الاقتصادية، التي ألقت بها العولمة في مجمل الميادين، دفعت إلى تراجع المبادئ المكرسة وعدم كفاية المعيار المعتنق منذ القدم لتحديد دولية الرابطة العقدية، وبات من المؤكد عدم كفاية المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للعقد، خاصة وأن هذا الأخير أصبح وسيلة من وسائل النهوض بالاقتصاد الدولي وطريقة ناجعة لتطوير التجارة الدولية.

البند الثاني: صلاحية المعيار الاقتصادي للكشف عن دولية عقود التجارة الالكترونية

نظرا للانتقادات الموجهة للمعيار القانوني، اتجه الفقه إلى البحث عن معيار آخر يحل محله، وقد كان المعيار الاقتصادي في نظرهم أفضل بديل، إذ قد أثر مضمون هذا المعيار في تحديد دولية الرابطة العقدية تأثيراً بالغاً، وتطور فحواه بما قدمه القضاء الفرنسي من إسهامات، بحيث اعتبر العقد دوليا في المرحلة الأولى العقد الذي ينطوي على حركة مد وجزر أي ذهاب وإياب للقيم الاقتصادية عبر حدود دولتين أو أكثر[2]، فلا يكفي لاعتبار العقد دوليا اختلاف جنسية المتعاقدين، أو مكان الوفاء عن مكان التنفيذ، بل يتعين وفقا لحكم محكمة النقض الفرنسية أن تنشأ حركات متتالية للأموال على شكل مد وجزر عبر الحدود الدولية[3].

إذ يعد دوليا العقد المبرم بين فرنسي الجنسية وجزائري طالما أن موضوعه يتمحور حول نقل البضائع من الثاني إلى الأول، ونقل الأموال من الأول إلى الثاني، وسبب إضفاء الصفة الدولية على هذا العقد وجود حركة ذهاب وإياب للبضائع والمقابل المالي عبر الحدود من فرنسا والجزائر.

ولئن كانت هذه أولى مراحل المعيار الاقتصادي، فإنه ينبغي الذكر، أن القضاء الفرنسي حاول تطويره فبرزت صورة جديدة له، ذات طابع مرن وخاص بمصالح التجارة الدولية، ووفقا لها اعتبر دوليا العقد الذي يتصل بعملية اقتصادية تتضمن حركة الأموال والخدمات أو بمدفوعات عبر الحدود ولو كانت في اتجاه واحد[4].

وقد برزت هذه الصورة لأول مرة بمناسبة نظر صلاحية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية إثر القضية الشهيرة التي طُرحت على محكمة النقض الفرنسية[5]، والتي تتلخص وقائعها في أن عقد بيع أبرم في فرنسا

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.36.

[2]- Cf.Chiheb Ghazouani, op.cit., p.231.

[3]- نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص. 55.

[4]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص.75؛ محمد سالمين محمد العرياني، أثر تغير الظروف على تنفيذ عقود التجارة الدولية في القانون الإماراتي (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة عين شمس، 2006، ص.27.

[5]-Cass.Civ 19Fevrier 1930et 27janvier 1931 Rév crit1931

بين فرنسيين بشأن بيع مائة طن قمح بموجب عقد بيع (C.A.F)يتم نقلها من ميناء شيلي (Chili) إلى ميناء (Le Havre)حسب شروط جمعية لندن لتجارة الحبوب،التي تتضمن شرط التحكيم، وعلى إثر نشوب الخلاف عرض النزاع أمام القضاء الفرنسي، فانتهت المحكمة إلى خضوع العقد للقانون الفرنسي نتيجة لأن العقد أبرم في فرنسا بين فرنسيين، كما وتحدد فيه مكان الوفاء والتنفيذ بفرنسا.

غير أنه ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية قررت هذه الأخيرة نقض حكم الإستئناف، وقضت بأن بطلان شرط التحكيم المقرر بمقتضى المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي لا يتعلق بالنظام العام في فرنسا، فحتى لو كان هذا البطلان يسري في نطاق العقود الداخلية، إلا أنه لا يسري في نطاق العقود الدولية التي تكتسب هذه الصفة لمجرد أنها تأخذ في الاعتبار مصالح ومقتضيات التجارة الدولية.

بتدقيق النظر فيما سبق يلاحظ أن المعيار الاقتصادي لا يتعارض والمعيار القانوني الذي يُعتبر العقد بمقتضاه دوليا فيما لو اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، ذلك أن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال للأموال من دولة لأخرى والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو ما يفيد توافر المعيارين الاقتصادي والقانوني[1].

بالرغم من وجاهة هذا الطرح، إلا أن البعض يقرر إمكانية توافر المعيار الاقتصادي في العقد رغم عدم تحقق الصفة الدولية في الرابطة العقدية وفقا للمعيار القانوني، ذلك أن المعيار الاقتصادي يمنح العقد محتوى اقتصادي واقعي لاعتباره الوسيلة القانونية التي تتم بها أغلب المبادلات التجارية على المستوى الدولي. كما وأن تكييف العلاقة العقدية بوصفها وطنية أو دولية لا يُرجع فيها إلى عناصر العقد فقط، بل كذلك لسبب العلاقة وارتباطها بمعاملة دولية تدخل في المجال التجاري الدولي[2]، وقد استند هذا الفقه لتبرير موقفه على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 8 جويلية 1931 عند نظرها في قضية العقد المبرم في فرنسا بين فرنسيين متوطنين فيها والمتعلق ببضاعة كائنة بها عند العقد مع اشتراط تسليمها في الخارج مع دفع الثمن بالعملة الأجنبية[3]، ليتم طرح النزاع في هذه القضية قبل تنفيذ العقد.

في هذا المثال تتقرر دولية الرابطة العقدية وفقا للمعيار الاقتصادي لارتباط موضوعه بمصالح التجارة الدولية، مع خلوها من العناصر اللازمة لتحقيق المعيار القانوني نتيجة لطرح النزاع قبل تنفيذ العقد، ولئن كان ذلك تبرير الفقه المؤيد لتحقق المعيار الاقتصادي في القضية السالفة، دون المعيار القانوني، إلا أن جانبا من الفقه

=مشار إليه من طرف، عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.43.

[1]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.107.

[2]- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، ص. 16.

[3]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 108.

يقر بأن الرابطة العقدية في المثال السابق لا تخلو من العناصر الأجنبية، إذ تتركز هذه الأخيرة في سبب التعاقد والغاية التي يستهدفها المتعاقدان، وكذلك الجهة المتفق على تصدير البضاعة إليها، إضافة إلى العملة التي يتم بها أداء الثمن، وهو ذات ما قرره الفقه في القضية المطروحة بين السيد (Renard) رئيس الغرفة النقابية للوكلاء بالعمولة المعتمد لدى بورصة تجارة باريس وشركة (Reutres) الانجليزية، والسيد (Laurent).والتي قام فيها السيد (Renard) بإبرام عقد توريد معلومات مع شركة (Reutres) لحساب السيد (Laurent)، وكان موضوع العقد يتمثل في تحديد أسعار بورصات التجارة الامريكية من خلال شبكة الإتصال عن بعد.

بعد أن قامت شركة (Reutres) بتنفيذ إلتزاماتها، وقدمت المعلومات المتعلقة بالبورصة إلى الطرف الآخر في الوقت المتفق عليه من خلال بنك معلومات موجود في نيويورك وآخر كائن بلندن، أرسلت الفاتورة بالفرنك الفرنسي فيما يتعلق بالمعلومات، وبالدولار فيما يتعلق بالإشتراك.

تبين أن السيد(Laurent) توقف عن دفع الأداء المضاف المنصوص عليه في شرط تصفية الخسارة المدرج في العقد حسب القانون الإنجليزي الذي اتفقا على إخضاع العقد له، وهو ما ترتب عليه طرح النزاع على محكمة باريس، حيث قضت هذه الأخيرة بتطبيق القانون المختار من الأطراف، واعتبرت أن شرط تصفية الخسارة المدرج في العقد لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي.

في هذه القضية تعاملت محكمة باريس[1] مع العقد على أنه عقد دولي،بحيث قضت لصالح شركة (Reutres)، ذلك أن هذه الأخيرة تعهدت بنقل المعلومات المتعلقة بالبورصة إلى السيد (Renard) مقابل دفع هذا الأخير ثمن الخدمة، وهو ما يفيد بوجود حركة مد وجزر أي ذهاب وإياب للأموال والخدمات عبر الحدود.

وإذا كانت المحكمة استندت للمعيار الاقتصادي لتبرير دولية هذا العقد، إلا أن الفقه[2] نوه إلى إمكانية الاستعانة بالمعيار القانوني لتواجد كل من السيد (Laurent) وشركة (Reutres)بدولتين مختلفتين، حيث يستقبل السيد (Laurent) الموجود في فرنسا المعلومات المرسلة إليه من الشركة الموجودة في انجلترا (وهو ما يعني أن العقد يرتبط بأكثر من نظام قانوني واحد).

من هنا يتضح أن تحقق المعيار الاقتصادي يفضي لزوما إلى تحقق المعيار القانوني، إلا أن العكس غير صحيح، فتوافر المعيار القانوني لا يفضي بالضرورة إلى توافر المعيار الاقتصادي، إذ قد تكتسب هذه الأخيرة

[1]- paris22dic1983.Rev.crit1984 .

مشار إليه من طرف، عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص.48.

[2]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.51؛ سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.149.

الطابع الدولي حسب المعيار القانوني دون أن يتحقق ذلك وفق المعيار الاقتصادي، ويحدث ذلك في الغالب عندما تتطرق الصفة الأجنبية إلى عنصر غير مؤثر في الرابطة العقدية[1].

إذا كان المعيار الاقتصادي وفقا لهذا المفهوم يصلح للكشف عن دولية العقود التجارية الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية، إلا أن تطبيقه يصعب حسب جانب من الفقه في مجال عقود التجارة الالكترونية وخاصة منها عقود الاستهلاك التي تبرم وتنفذ عبر الخط كعقد بيع برامج الحاسب الآلي على الانترنت، وبيع الألعاب الالكترونية، لعدم إمكانية الجزم المسبق بتعلقها بمصالح التجارة الدولية[2].

كما وأنه لا يمكن حسب الفقه السابق تبرير دولية هذه العقود استنادا لصورة إنتقال رؤوس الأموال والقيم عبر الحدود، لإستلزام تحقق الإنتقال المادي أو الفعلي للبضائع من دولة لدولة أخرى، وليس الانتقال الافتراضي الذي يحدث في العالم الإلكتروني.

وعليه يلاحظ أن المعيار الاقتصادي وفقا لهم لا يقوى على الكشف عن دولية بعض عقود التجارة الالكترونية، وخاصة عقود التجارة الالكترونية الكلية، ما يجعله غير ملائم لمعطيات العالم الافتراضي الالكتروني[3].

بعد توضيح المقصود بالمعيار الاقتصادي، وتبيان أن هذا الأخير يأخذ صورتين، صورة معيار المد والجزر التي تتطلب أن يكون الانتقال متبادلا، وصورة معيار مصالح التجارة الدولية والتي تكتفي بأن يكون الانتقال في اتجاه واحد، مع تحديد عدم صلاحيته للكشف عن بعض عقود التجارة الالكترونية، وجب التعرض للمعيار الحديث الذي قرره القضاء الفرنسي لتفادي الانتقادات الموجهة للمعيار الاقتصادي.

البند الثالث: صلاحية المعيار المختلط للكشف عن دولية عقود التجارة الالكترونية.

يجمع المعيار المختلط بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، بمعنى أنه لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني)، بل لا بد من تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي)[4].

وقد برز هذا الجمع بالنسبة لعقود التجارة الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 4 جويلية 1972 إثر نظرها في قضية العقد المبرم في هولندا بين شركة هولندية وشخص فرنسي الجنسية كان وكيلا لها لتسويق منتجاتها في فرنسا.

---

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 143.

[2]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.35.

[3]- نفس المرجع، ص.35.

[4]- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها – وسائل تسوية منازعاتها)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2006 ص. 83.

ففي هذه القضية قررت محكمة النقض الفرنسية توافر الصفة الدولية لهذا العقد، على أساس اتصال هذه الرابطة بأكثر من نظام قانوني واحد (الفرنسي، الهولندي) ومن ثم توافر المعيار القانوني، إلى جانب أنها تؤدي إلى تشجيع دخول الصادرات الهولندية إلى فرنسا، وهو الأمر الذي يترتب عليه انتقال الأموال عبر الحدود والمساس بمصالح التجارة الدولية ومن ثم توافر المعيار الاقتصادي[1].

وسارت على ذات النهج محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 9نوفمبر1984 [2]، حيث انتهت إلى دولية العقد المبرم في السويد بين شركة سويدية وشخص فرنسي تم بمقتضاه إعطاء هذا الأخير الحق في تسويق منتجات الشركة في فرنسا باعتباره وكيلا عنها، واستندت المحكمة في تقرير دولية العقد إلى أنه أبرم مع شركة أجنبية، وهو ما يعني توافر المعيار القانوني، علاوة على أنها أشارت أثناء تأكيدها على دولية العقد إلى أن تلك العلاقة التعاقدية ستؤدي إلى تشجيع إستيراد فرنسا لبضائع أنتجت في دولة أجنبية، مما يفيد توافر المعيار الاقتصادي[3].

وعليه إضفاء الصفة الدولية يجب أن يستند إلى المعيار الذي من شأنه تحقيق نوع من العالمية، وهو ما لا يتأتى إلا من خلال الاستناد إلى المعيار المختلط لاتصافه بالعمومية على نحو يُمكنه من استيعاب النماذج المختلفة لهذه العقود[4].

بعد بيان مجمل الآراء الفقهية الواردة في هذا الشأن، ومدى صلاحيتها لتحديد دولية عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، وجب التعرض إلى الموقف التنظيمي من دولية عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: موقف التشريعات من معايير دولية عقود التجارة الإلكترونية.

لم يبق مشكل تحديد دولية عقود التجارة الإلكترونية مقتصرا على الدراسات الفقهية ولا على الأحكام القضائية، بل امتد ليشمل الدراسة الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بمناسبة النظر في نطاق تطبيق القانون النموذجي للتجارة الالكترونية. ومدى اقتصاره على العقود الدولية؟أم امتداده ليشمل كل العقود المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات بغض النظر عن مكان وجود أطرافها؟

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص .144.

[2]- Cour d'appel de paris, 9Novembre 1984,Clunet1986 .P.1039 ,note Eloqui.

مشار إليه من طرف محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص. 54.

[3]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.47.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص .150.

لأهمية النتائج المترتبة على هذه الدراسة، سيتم التعرض إليها من خلال بيان موقف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من معايير دولية عقود التجارة الالكترونية (**الفرع الأول**)ولموقف التشريعات من معايير دولية هذه العقود (**الفرع الثاني**)

الفرع الأول:موقف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من معايير دولية عقود التجارة الالكترونية

المعلوم أنّ معظم الاتفاقيات الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تُطبق على المعاملات الدولية دون الداخلية، وذلك بعد تحديد طابعها وفق الطرق المحددة، والمختلفة من تشريع لآخر، إذ بينما يعتد في البعض منها بمكان النشاط التجاري، يعتد في البعض الآخر بمقر الإقامة المعتادة للطرفين في بلدين مختلفين، مع الأخذ بمعيار عام شامل لارتباط العقد بأكثر من دولة أو تعلقه بالتجارة الدولية[1].

الواقع أن هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناء في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مؤداه عدم التمييز بين المعاملات الدولية والمعاملات الداخلية، وإن كان للدول المتعاقدة صلاحية قصر نطاق تطبيقه على المعاملات الدولية فقط.

ولعل من الأسباب التي أدت إلى عدم تبني معيار محدد لتحديد دولية عقود التجارة الالكترونية، وخاصة العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت أسلوب التعاقد الخاص بها، لذي يتميز عن الأسلوب المعتمد بالنسبة للعقود المبرمة بالطرق التقليدية.

وعلى هذا أكد الفريق العامل في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في الدورة الثامنة والثلاثين له، حين تعرض إلى صعوبة تحديد مكان النشاط التجاري للأطراف المتعاقدة عبر رسائل البيانات –عدا حالة تحديدها بوضوح من جانب الأطراف–، كما وأقر بصعوبة تحديد المكان الذي يجري فيه إرسال الرسالة أو تسلمها، ذلك أن بروتوكولات نقل رسائل البيانات بين نظم معلومات مختلفة عادة ما تسجل اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام معلومات إلى آخر، أو اللحظة التي تم فيها تسلمها فعلا أو قراءتها من قبل المرسل إليه[2].

إذا كانت الاتفاقيات الدولية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تعتمد في تحديد دولية الرابطة العقدية على مركز الثقل الأوثق صلة بالعقد وبتنفيذه، إلا أنها فكرة كغيرها لا تصلح للتطبيق على العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية، ذلك أنها مجرد أدوات فرعية لتحديد مكان عمل كل طرف من الطرفين في حالة تعدد أماكن العمل، كما وأن مركز الثقل في الرابطة العقدية غالبا ما لا يكون واضحا للأطراف وقت إبرام العقد.

[1]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.155.

[2]– نفس المرجع، ص. 156.

للأسباب السابق ذكرها، قرر القانون النموذجي للتجارة الالكترونية قاعدة عامة مفادها إمكانية تطبيق أحكامه على كل عقد يجري إبرامه أو إثباته برسائل بيانات بغض النظر عما إذا كان مكان عمل الطرفين يقع أو لا يقع في دولتين مختلفتين[1]، وهو ما أكدت عليه المادة الأولى من القانون النموذجي لسنة 1996[2].

لئن كان القانون النموذجي للتجارة الالكترونية كرس القاعدة السالفة الذكر، إلا أنه قرر بالمثل منح الدول المشرعة الحق في قصر نطاق تطبيقه على العقود الدولية فقط، وفي سبيل هذا طرحت اللجنة نصا بديلا عن النص الوارد في المادة الأولى للدول الأعضاء التي ترغب في تبني هذا الطرح، وجاء النص البديل كالتالي: "ينطبق هذا القانون على رسائل البيانات حسب تعريفها الوارد في الفقرة الأولى من المادة الثانية عندما تتصل رسالة البيانات بالتجارة الدولية".

من خلال هذا النص يستشف ضرورة إيجاد معيار لتحديد دولية عقود التجارة الالكترونية، ويبدو أن المعيار المعول عليه هو المعيار الاقتصادي لاستلزام اتصال رسالة البيانات بالتجارة الدولية، وإذا كان هذا موقف القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، فإنه وبالرجوع للمادة الأولى من المشروع الأولي لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل البيانات[3]، و كذا المادة الخامسة فقرة ب منها[4]،يلاحظ إعتمادها على المعيار القانوني المضيق، إذ وبعد أن استلزمت وجود مكان عمل الطرفين بدولتين مختلفتين، ومن ثم اتصال العلاقة بأكثر من نظام قانوني واحد، عادت لتقرر إغفال العوامل غير المؤثرة في الرابطة العقدية كجنسية الطرفين والطابع المدني أو التجاري للطرفين في العقد، وهو ما تم التأكيد عليه فيما بعد بمقتضى المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية[5].

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.158.

[2]- تنص المادة 01 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996: " ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية".

[3]- تنص المادة 1 من المشروع الأولي لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل البيانات على أنه: " تنطبق هذه الاتفاقية على العقود التي تبرم أو تثبت باستخدام رسائل بيانات. لأغراض هذه الاتفاقية يعد العقد دوليا إذا كان مكان عمل الطرفين وقت إبرام العقد يوجد في دولتين مختلفتين" .صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.159.

[4]- تنص المادة 5 من المشروع الأولي لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل البيانات على أنه: " لا يؤخذ في الاعتبار جنسية الطرفين، ولا الطابع المدني أو التجاري للطرفين أو للعقد في تقرير انطباق هذه الاتفاقية" صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.159.

[5]- تنص المادة1 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، 2005:"1-تنطبق هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الالكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد بين أطراف تقع مقار عملها في دول مختلفة.

....-2

3-لا تؤخذ جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية."

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية من معايير دولية عقود التجارة الالكترونية

إذا كانت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية تبنت المعيار القانوني المضيق، فإن من التشريعات الوطنية من تبنت الاتجاه ذاته، ومن ذلك القانون الدولي الخاص التونسي، الذي قرر في الفصل الثاني منه[1] دولية العلاقة القانونية في حالة ما إذا كان لأحد عناصرها المؤثرة صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانوني التونسي .

ولئن كان القانون التونسي تبنى المعيار القانوني المضيق، القائم على العناصر الفعالة أو المؤثرة، فإن المشرع الجزائري التزم الصمت بحيث لم يحدد المعيار الذي يتم على أساسه إضفاء الطابع الدولي على العقد التجاري،لكن بالرجوع لمواد التحكيم التجاري الدولي يلاحظ تبنيه للمعيار الاقتصادي[2]، إذ اعتبر التحكيم دوليا حسب المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التحكيم المتصل بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل[3]، وهـو في ذلك يكون قد تبنى مـا قررته المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة1981 وأكدت عليه المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة [4] 2011.

ولما كان التحكيم التجاري الدولي وسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، فإنه يمكن القول أن العقد يكون دوليا عند اتصاله بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، أي عند اتصاله بمصالح التجارة الدولية وفقا للمعيار الاقتصادي، وبهذا الرأي كذلك تتقرر دولية عقود التجارة الالكترونية.

وتبني المشرع الجزائري لهذا الطرح هو محاولة منه لمسايرة ما أورده القانون النموذجي للتجارة الالكترونية ذلك أن المعيار القانوني المضيق لا يتناقض مع المعيار الاقتصادي[5]، خاصة وأن الأول يعني ارتباط العقد بأكثر من من نظام قانوني واحد مع الأخذ في الاعتبار العناصر الفعالة والمؤثرة والمتمثلة في ضابط مكان التنفيذ، وهو الأمر المعول عليه في تفسير المعيار الاقتصادي، الذي يقصد به تعلق العقد الدولي بالمصالح الاقتصادية الدولية، خاصة

---

[1]– ينص الفصل الثاني من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998: "تعتبر دولية العلاقة القانونية التي لأحد عناصرها المؤثرة على الأقل صلة بنظام أو بعدة أنظمة قانونية غير النظام القانون التونسي."

[2]– علال – بن تركية ليندة أديبة، الرقابة على أحكام المحكمين في منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2015-2016، ص.106.

[3]– تنص المادة 1039 من قانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، س2008:" يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل."

[4]– Art 1504 du c.pro.civ.fr (inséré par Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 Journal Officiel du 14 mai 1981) modifier par le (décret n° 2011-48du 13 janvier 2011,JORF n°0011 du 14 janvier 2011) qui dispose: »Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

[5]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.114.

وأن القيمة الحقيقية للأخذ بالمعيار الاقتصادي في مجال عقود المعاملات المالية تكمن في إضفاء الطابع المؤثر للعنصر أو العناصر الأجنبية التي تطرقت إلى العقد فجعلته دوليا لارتباطه بأكثر من نظام قانوني واحد[1].

ولئن كان المعيار الإقتصادي الذي يعد رديف المعيار القانوني المضيق أفضل المعايير لإضفاء الطابع الدولي على عقود التجارة الإلكترونية المبرمة بين المهنيين، فإنه ينبغي القول أن تدويل عقود الاستهلاك الالكترونية يظل خاضعا لتقدير القضاء، بحيث يكون لهذا الأخير السلطة التقديرية في تحديد دولية مثل هذه العقود.

من خلال ما تقدم يلاحظ أن عقود التجارة الإلكترونية، شأنها شأن عقود التجارة الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية منها ما هو داخلي ومنها ما هو دولي، وتتقرر دوليتها وفقا للمعايير الكلاسيكية المحددة لدولية عقود التجارية المبرمة بالوسائل التقليدية، ويترتب على تحقق تلك المعايير إعمال قواعد الإختصاص التشريعي اللازمة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

[1]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 119.

الباب الأول

الآليات التشريعية المقررة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

من المعلوم أن ثبوت الصفة الدولية لعقود التجارة الالكترونية، يؤدي إلى تنازع قوانين العالم لقدرة وسائل الاتصال الحديثة، وبصفة خاصة منها شبكة الانترنت على تقريب الأشخاص من مختلف الدول، وتمكينهم من إبرام وتنفيذ عقود تجارية في فضاء إفتراضي بطريقة كلية أو جزئية، دون تكبد عناء ومشقة الانتقال من دولة على دولة أخرى.

ولا شك أن حل مشكلة تنازع القوانين باعتبارها المشكلة الأم في مجال القانون الدولي الخاص[1]، والتي تبرز نتيجة تزاحم [2]قانونين متعارضين أو أكثر تابعين لدولتين أو أكثر لحكم علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي لا يتقرر إلا بالرجوع لمناهج القانون الدولي الخاص، وبصفة خاصة منها منهج التنازع التقليدي، الذي يعد أحد أهم المناهج المعول عليها لتسوية منازعات العلاقات الخاصة الدولية عموما، ومنازعات الحياة التجارية الدولية بصفة خاصة.

وللإشارة فإن إعمال المنهج التنازعي يقتضي الرجوع إلى قواعد الإسناد الوطنية التي وضعتها التشريعات لتحديد القانون الواجب التطبيق، ونظرا لعدم ورود قاعدة إسناد خاصة بعقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، فإنه لا مناص من الاستعانة بقواعد الإسناد الخاصة بعقود التجارة الدولية التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق على تلك التي تستخدم الوسيلة الالكترونية لابرامها أو تنفيذها.

ولكن برغم المكانة التي يحتلها المنهج التنازعي، ورغم انتصار الفقه له، إلا أنه لا يعدو أن يكون مجرد منهج من مناهج القانون الدولي الخاص، إذ يوجد إلى جانبه منهج القواعد المادية، والذي يجد صداه وتطبيقاته في الحياة الخاصة الدولية، وبصفة خاصة منها عقود التجارة الدولية. بل يمكن القول أنه منهج أوجده الفكر القانوني لتلاءمه مع موجبات التجارة الدولية، وذلك خلال محاولته البحث عن آلية أخرى لتسوية ما يثور من منازعات في مجال عقود التجارة الدولية، وقد انبثق هذا المنهج من الأنقاض كوليد جديد ذو أصول متجذرة في العصور الوسطى بحلة جديدة، وأخذ يعرف بهذه التسمية أي بتسمية منهج القواعد المادية[3].

ولئن كان منهج القواعد المادية للتجارة الدولية هو المنهج المعول عليه لحل ما يثور من إشكالات في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية، فإنه لابد من الذكر أن هذا المنهج أوجد له نظيرا في مجال عقود التجارة الالكترونية

---

[1] – جورج حزبون حزبون، قواعد القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، ع2، السنة السادسة والعشرون، س.2002، ص. 247.

[2] – ينادي الفقه (ومنهم سامي منصور، وGAVALDA)بأن مصطلح "تزاحم القوانين" هو التعبير الأدق لأن الأمر يتعلق في الحقيقة باختيار قانون أنسب من بين القوانين المرشحة للتطبيق على العلاقة، فالمسألة ليست تنازع بين أنظمة قانونية كما يراها الفقه التقليدي، بقدر ما هي تناسق بين أنظمة قانونية بهدف انتخاب القانون الأكثر ملاءمة لحكم تلك العلاقة. مشار إليه من طرف، بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الانترنت على صعيد القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 2006، ص.21.

[3] – دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010، ص. 46.

ذات الطابع الدولي، أطلق عليه تسمية القواعد المادية للتجارة الالكترونية، وقد وُجد هذا الأخير نتيجة لسعي مستخدمي شبكة الانترنت إلى وضع قواعد تتماشى وتعاملاتهم التجارية وكذا لحرص الهيئات على المستويين الداخلي والدولي على تجاوز مشكلات العالم الافتراضي، التي تختلف اختلافا كبيرا عن مشكلات العالم المادي.

نتيجة لأهمية الرجوع لهذين المنهجين في مجال عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فإن التساؤل يظل مطروح حول قدرة الأحكام الواردة بهما على تجاوز مشكلات عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي. بمعنى آخر هل وفق المنهج التقليدي المعروف في القانون الدولي الخاص لحل مشاكل عقود التجارة الالكترونية، وبيان القانون الواجب التطبيق عليها؟ وإلى أي مدى تمكنت هذه العقود من إيجاد النظام الخاص بها؟

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق لمنهج التنازع كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية (**الفصل الأول**)، ومنهج القواعد المادية الالكترونية كآلية لتسوية منازعات هذه العقود (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول: منهج التنازع آلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

لما كان بيان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من بين الاهتمامات الأساسية للمتعاملين في هذا الميدان، فقد سعت التشريعات إلى محاولة إيجاد مجموعة من الآليات التي تسمح بتوفير الأمان القانوني المنشود للمتعاملين من جهة، وتعزيز الثقة في المعاملات من جهة أخرى.

ويعد منهج الاختيار التنازعي أو ما يعرف بمنهج قاعدة الإسناد من بين الآليات المعول عليها لتسوية المنازعات التي تثيرها عقود التجارة الدولية، إذ يطرح هذا المنهج وسائل جديدة وطرق غير مألوفة في القانون الداخلي، ويعتمد على قواعد ذات ميزات خاصة به، فهي وإن كانت قواعد وطنية، إلاّ أنها قواعد محايدة، مزدوجة، وغير مباشرة[1].

بهذا يتبين أن الآلية المعول عليها شملت مجمل علاقات الحياة الخاصة الدولية، بما فيها عقود التجارة الدولية، حيث أوردت التشريعات قاعدة إسناد خاصة تتعلق بالالتزامات التعاقدية، وخصتها بتسوية المشاكل التي يثيرها موضوع هذه العقود، في حين أوردت قواعد إسناد أخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل ترتبط ارتباطا وثيقا بالعقد، وذلك لتشعب الموضوع وتعدد مجالاته، ولم تكتف التشريعات بذلك بل بينت الحالات التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص بتسوية منازعات العلاقات الخاصة الدولية، بما فيها موضوع عقود التجارة الدولية.

ونظرا لأن الأحكام السالفة وردت لحسم مشكلات عقود التجارة الدولية التقليدية، وبسبب بروز عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، فقد كان من اللازم تمديد العمل بقواعد الاسناد التقليدية لبيان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية وتحديد مدى صلاحيتها لتحديد القانون المختص، وذلك لاختلاف البيئة التي وضعت فيها القواعد التقليدية الضابطة لعقود التجارة الدولية التقليدية عن بيئة التجارة الالكترونية، إذ بينما تقوم الأولى في عالم مادي، تقوم الثانية في عالم إفتراضي.

وعليه هل تمكن منهج التنازع التقليدي باعتباره أهم آلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من التماشي مع عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي؟

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق لتحديد قدرة قواعد الاسناد التقليدية على تحديد القانون المختص بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية، وذلك تحت عنوان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية (**المبحث الأول**)،ثم التطرق لحدود إعمال القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية (**المبحث الثاني**).

---

[1]- ميكالي الهواري، المرجع السابق، ص.52؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص.8؛
Laurence-Caroline Henry, L'essentiel du Droit international privé, 4éd ,Gualino,lextenso éditions, 2013,p.34.

المبحث الأول:تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

يستلزم فض النزاعات التي تثور في مجال العلاقات الخاصة الدولية، بما فيها العلاقات العقدية الدولية الاعتماد على قواعد الاسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق[1]، وفي هذا الإطار ينبغي الذكر أن التشريعات عملت جاهدة على إيراد مجموعة من الضوابط التي تتماشى والأهداف المرجوة من تشجيع التعاملات الدولية، وتسيير دخول وخروج الأموال عبر الحدود تدعيما لسياسة فتح الأسواق الوطنية على الاستثمار الأجنبي.

ولقد كان من بين الاهتمامات التشريعية، منح إرادة الأطراف صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق، واعتبارها ضابطا أصليا يعتمد عليه القاضي أولا وأخيرا، غير أنه وبسبب الفراغ التشريعي الذي قد ينجم عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، اتجهت التشريعات[2] إلى إدراج ضوابط احتياطية يعمل القاضي على تطبيقها في حال عدم تحقق الفرض السابق[3].

وقد تكون هذه الضوابط جامدة محددة من قبل التشريعات مسبقا، بحيث لا يكون للقاضي غير إعمالها، كما قد تكون مرنة يبقى للقاضي السلطة التقديرية في استنباطها من فكرة الأداء المميز للعقد.

ولكن لما كانت هذه الدراسات تخص العقود الدولية المبرمة في البيئة المادية، فإن انتشار عقود جديدة تعتمد كليا أو جزئيا على الوسائل الإلكترونية، وتسمى بعقود التجارة الالكترونية، أوجد فراغا تشريعيا بخصوص القانون الواجب التطبيق عليها.

أمام ذلك كله كان لابد من تمديد العمل بالضوابط الكلاسيكية المقررة في مجال العلاقات الخاصة الدولية لتنظيم عقود التجارة الدولية على عقود التجارة الالكترونية[4]، وذلك بالتعرض لقدرة ضابط قانون الإرادة على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية (**المطلب الأول**)، ثم لتحديد قدرة الضوابط الاحتياطية للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية (**المطلب الثاني**).

---

[1]- Cf. Cécile Pellegrini et Sabine Robert, Principes et méthodes du droit international privé, Travaux dirigés Droit international privé,5 ème éd, lexis Nexis, Paris, 2013, p .2 .

[2]- من ذلكالمادة19ق.م.م، المادة 20ق.م.أ.

[3]- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دراسة في ضوء فقه الشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.50.

[4]- عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 1429هـ، 2008م، ص.253.

المطلب الأول: قدرة ضابط قانون الإرادة على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

من المعلوم أن الإرادة تلعب دورا كبيرا في المسائل العقدية، سواء في المجال الداخلي، أو في المجال الدولي، ولكن إذا كان هدفها في المجال الداخلي يتمثل في منح المتعاقدين حرية إبرام العقود، طبعا مع مراعاة عدم المساس بالمصلحة العامة، فإنه في المجال الدولي تسعى الإرادة إلى منح الأطراف القدرة على تحديد القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية، وتستمد الإرادة قوتها في مجال القانون الدولي الخاص من قاعدة الإسناد الوطنية التي وضعتها التشريعات لتجاوز مشكلة الاختصاص التشريعي.

ولكن لاعتبار أن قاعدة الإسناد الوطنية قررت إعمال ضابط قانون الإرادة على العقود الدولية التقليدية، فإن السؤال يبقى مطروحا حول مدى قدرة إعمال هذا الضابط في مجال عقود التجارة الإلكترونية؟

هذا ما سيتم بيانه من خلال التطرق إلى مفهوم ضابط قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية (**الفرع الأول**)، ثم عن كيفية التعبير عن قانون الإرادة في هذا المجال (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم ضابط قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية

رغم اعتراف التشريعات الدولية والوطنية بقاعدة قانون الإرادة، لبيان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، ورغم تكريسها في العديد من الأحكام القضائية، إلاّ أن التعارض الوارد بشأن مضمونها ما يزال قائما، وذلك لمحاولتها الارتقاء إلى مصاف القاعدة القانونية المتكاملة، وسعيها لاستيعاب مجمل التطورات الاقتصادية والاجتماعية[1].

وإذا كان هذا الطرح قد شمل عقود التجارة الدولية التقليدية التي تُعالج في عالم مادي، اعتمادا على المستندات الورقية، فإنه امتد ليشمل في ظل غياب النصوص القانونية المنظمة لعقود التجارة الإلكترونية هذه الأخيرة التي تعتمد على الوسائط الإلكترونية، وتُبرم في بيئة افتراضية لا تعتمد على أدنى مرتكزات جغرافية.

ونظرا لخصوصيات هذه العقود كان لا بد من تحديد قدرة قانون الإرادة بمفهومه الوارد في عقود التجارة الدولية التقليدية للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (**البند الأول**)، وكذا لبيان إمكانية استيعابه لذات النتائج المترتبة على عقود التجارة الدولية التقليدية (**البند الثاني**).

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 268.

البند الأول: تعريف قانون الإرادة

تعتبر قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة[1] من أهم القواعد التي أسست لها قواعد تنازع القوانين في جل الأنظمة القانونية[2]، وقد كان لهذا المبدأ تأثير في آلية القانون الدولي الخاص التي اعتبرت التقاء الإرادات المتعاقدة كافيا بحد ذاته ليكون مصدرا للالتزام[3].

ونظرا لاستجابة هذا المبدأ للتنوع الهائل والمعقد للعمليات التعاقدية الدولية[4]، فقد أصبح مبدءً مقدسا يمكن وصفه بالعالمية[5]، وذلك كله لأن الإرادة تعتمد على تركيز العقد في نظام قانوني معين[6].

ولكن رغم استقرار هذه القاعدة فقها وقضاء، وتبنيها من قبل التشريعات الوطنية والدولية، إلا أن هناك خلافا بشأن المقصود بقانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد التنازع، ويمكن إجمال هذا الخلاف في ثلاثة اتجاهات:

بحيث يضيق الاتجاه الأول من نطاق هذا القانون، ويقصره على القوانين الوطنية الصادرة عن كل دولة تتمتع بهذا الوصف وفقا لأحكام القانون الدولي العام، وعليه اختيار الأطراف لقانون دولة معينة لتنظيم التزاماتهم العقدية يستلزم أن ينصب على القانون الداخلي لتلك الدولة[7].

---

[1]– تعتبر قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة قاعدة قديمة، إذ عُمل بها في مصر البلطمية في الفترة الواقعة ما قبل مائتي عام قبل الميلاد، حيث كان المتعاقدان آنذاك يقومان بأنفسهم باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، على أن يكون ذلك القانون القانونالبلطمي أو المصري، وهو ما كان يستشف من اللغة التي يحرر بها العقد، بحيث إذا تم تحريره باللغة "الديموطيقية" المصرية، فذلك يعني أن القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق، ولكن إذا حررا العقد باللغة " الاغريقية" فذلك يعني أن إرادتهما انصرفت إلى اختيار القانون البلطمي.

والواقع أن هذا التصور لم يكن ذاته في كل المدارس، إذ خضعت العقود في ظل مدرسة الأحوال القديمة لقانون الدولة التي أبرمت فيها شكلا أو موضوعا، وفي عام 1495 قام (Rochus Curtius) بتفسير هذه القاعدة بقوله أن أساس خضوع العقد لقانون محل إبرامه يرجع إلى الرضاء الضمني للمتعاقدين بذلك، وظلت المسائل خلافية إلا أن ظهر مبدأ قانون الإرادة في القرن السادس عشر وتبلور على يد المحامي الفرنسي الشهير (ديمولان) (Dumoulin) وذلك عند نظره في قضية الزوجين (ديجاني) التي قرر فيها خضوع النظام المالي لهما لقانون الإرادة الضمنية، وهو القانون العرفي السائد في باريس باعتباره قانون موطنهما المشترك، ثم أكد سافيني هذه القاعدة.

وقد ازدهر هذا المذهب بفضل أنصار مذهب الحرية الفردية ونظام الاقتصاد الرأسمالي أو الاقتصاد الحر. يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن، ص. 330؛ مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005، ص.31، سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص. 95؛ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع، المرجع السابق، ص.1059؛ عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص.169.

[2]– Cf. Pierre Mayer, Droit International Privé, 5e éd, Motchrestien, E.J.A, 1994, p.456 ; Dominique Bureau, l'influence de la volenté individuelle sur les conflits de lois, Mélanges en hommage afrançoisterée, presses universitaires de france, éd D.paris 1999, p.186.

[3]– محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة، عمان –الأردن، 1430هـ–2009م، ص. 180.

[4]–نفس المرجع، ص. 181.

[5] حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987، ص. 190.

[6]–ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص.166.

[7]–سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 157.

وهو ما أقرته محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر بتاريخ 1929، حيث قضت: " أن كل العقود التي لا تبرم بين الدول، تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص"[1].

وقد اتبعت محكمة النقض الفرنسية ذات المنوال، فأكدت في حكمها الصادر بتاريخ 21 جوان 1950على أن: " كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة"[2].

كما التزمت بهذا المنطق العديد من الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية، والتي نصت في المادة الثانية منها على أن: " البيع يكون منظما بواسطة القانون الداخلي للدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة"[3].

إلى جانب ذلك نشر معهد القانون الدولي لتوحيد القانون الدولي الخاص (UNIDROIT) إعلانا في هذا الشأن وأوضح فيه: " أن الأطراف لهم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق، ويمكنهم الاتفاق على تطبيق قانون أي دولة"[4].

ورغم تبني العديد من التشريعات المضمون المضيق لقانون الإرادة، إلا أنه تعرض في مجال عقود التجارة الإلكترونية للنقد، على أساس أن تطبيق هذا المنهج يؤدي إلى إعمال حلول وطنية، وُضعت أساسا من أجل العقود الداخلية، على عقود التجارة الإلكترونية التي تتسم بالطابع الدولي، فضلا عما يترتب على الأخذ به من تباين للحلول القضائية الصادرة بشأن العقود التي تتم عبر الانترنت[5].

وهو ما يبدو جليا وواضحا من خلال المقارنة بين القضية الأمريكية (Playmen) والقضية الفرنسية (Yahoo)، التي رغم استخدام كلا الموقعين لأعمال غير مشروعة، إلا أن مواقف القضاء تباينت بشأنهما، بحيث رفض القضاء الفرنسي إغلاق موقع (Yahoo) لأن ذلك سيكون ضد مصلحة المجتمع، في حين أغلق القضاء الأمريكي الموقع الإيطالي، مسببا ذلك بضرورة دعم النظام القضائي الأمريكي وإعادة الاعتبار له لما تعرض له من إهانة[6].

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 269.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.461؛ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.356.

[3]- Art 2 Al1du convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels: « la vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. »

[4]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 270؛ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع1، س11، يناير 2003، ص. 27.

[5]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.192.

[6]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 271؛ سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.159.

هذا عن الاتجاه الأول، أما الاتجاه الثاني فقد نادى أنصاره بمنح الحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم[1]، ومن ثم التوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، ذلك أنه لا ينبغي التوقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة، بل يجوز للأطراف الاتفاق على إسناد علاقتهم العقدية لقواعد ذات طبيعة عالمية، كالقواعد العرفية التي استقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية، والعقود النموذجية الصادرة عن هيئات متخصصة والمتضمنة مجموع العادات الجارية في إطار العلاقات الواجب تنظيمها[2].

وقد تبنت العديد من الاتفاقيات الدولية المنهج الموسع لقانون الإرادة، ومن ذلك اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 التي نصت في المادة 7 منها على أن: " الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع"[3]، وقد سارت لائحة روما بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمسماة (روما 1) على نفس المنوال[4]، إذ قررت في المادة(1/3)منها على أنه: "يخضع العقد العقد للقانون الذي اختاره الأطراف"[5].

رغم اعتناق العديد من الاتفاقيات الدولية لهذا الاتجاه، إلا أنه عيب عليه منحه المتعاقدين الحرية المطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد، مما قد يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعقد ارتباطا وثيقا[6].

أمام الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه، وبسبب النقد اللاذع الذي وُجه للاتجاه الأول، ظهر اتجاه ثالث معتدل، ينادي بضرورة منح المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عموما،

---

[1]- نافذ ياسين محمد المدهون، المرجع السابق، ص.265.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 461.

[3]-Art 7du convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 21avril1961: « Les parties sont libre de déterminer le droit que les arbitres devront appliquer au fond du litige. »

[4] - لقد حل تنظيم روما2008/593 محل اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية 1980 بالنسبة للدول الأعضاء فيه، باستثناء أقاليم الدول الأعضاء التي تدخل في نطاق التطبيق الإقليمي لاتفاقية روما، والمستبعدة من النظام الحالي، وذلك ما أكدته المادة 24من التنظيم.

-Art 24 du Règlement (CE) N°593/2008du Parlement Européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)dispose que: «1. Le présent règlement remplace, entre les états membre, la convention de Rome, sauf en ce qui concerne les territoires des états membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en ...

2. Dans la mesure où le présent règlement remplace entre les états membres les dispositions de la convention de Rome, toute référence fait à celle –ci s'entend comme faite au présent règlement. »

[5]-Art 3Al1 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que :«le contrat est régi par la loi choisie par les parties."

[6]- محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، ط1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 1430 هـ-2009م، ص.99.

وعلى عقود التجارة الإلكترونية خاصة، استنادا لحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد، واحتراما لتوقعاتهم، ولكنه وضع في الوقت ذاته حدودا لتلك الإرادة والتي يجب أن لا ينتج عنها الإفلات من الأحكام الآمرة للقوانين المختارة[1].

من خلال هذا، يتضح أن هذا الاتجاه حاول الموازنة بين حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وبين إرساء هذه الحرية على أسس مشروعة[2]، وهذا ما ذهبت إليه إتفاقية روما لسنة1980بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع في مادتها السابعة فقرة أولى[3].

وعن موقف المشرع الجزائري في هذا الإطار يرى البعض[4] أنه وقياسا على المادة (1/3) من لائحة روما قد تبنى في تعديله لنص المادة 18 من القانون المدني[5] المفهوم الموسع إذ نص على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين ...".

وفقا لهذا الاتجاه، مصطلح "قانون" المستخدم دون الإشارة لكلمة "دولة" الواردة حسب أنصار الاتجاه المضيق، يفسر على أن للمتعاقدين حرية اختيار القانون التجاري الدولي لحكم روابطهم العقدية، غير أن هذا التفسير لا يمكن الأخذ به، وفقا لجانب من الفقه الفرنسي [6]ذلك أن لائحة روما تبنت المفهوم المضيق للقانون، وهي من ثم تسلب الأطراف إمكانية إختيار قانون غير وطني.

إن الإنضمام لهذا الرأي أو ذاك يقتضي الرجوع إلى لائحة روما وتفسيراتها، وفي هذا يلاحظ أن هذه الأخيرة استخدمت في المادة 3 منها كلمة (loi) دون الإشارة إلى كلمة دولة، كما منحت في الحيثية 13 منها للأطراف إمكانية أن يكون القانون المحدد في العقد قانونا غير وطني أو اتفاقية دولية[7].

ولئن كان هذا موقف لائحة روما، فإنه وبالنسبة للمشرع الجزائري، ينبغي الذكر أن هذا الأخير لم يفسر المقصود بالقانون، ولكن بالرجوع إلى المصطلح الوارد بالمادة 18 من القانون المدني وهو مصطلح "قانون" (Loi)

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.274؛ بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.44.

[2]- نفس المرجع، ص. 274.

[3]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص194؛ بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.45.

[4]- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.44؛

Heuzé ,Mayer,ChihebGhazouani , Lagard , Rigaux. Cité par, ChihebGhazouni, op .cit.,p. 272et s.

[5]- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع. 44، س.2005.

[6]-Cf. Philippe DELEBECQUE, Droit du commerce international,Croniques, RTD com., Octobre/Décembre, n°4, 2008, Dalloz, p.898.

[7]- le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention international.

ومقارنته بمصطلح قواعد القانون(Règles de droit) الوارد في المادة 1050من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، يتبين أن المقصود بالقانون هو القانون الداخلي الصادر عن دولة، أما المقصود بمصطلح قواعد القانون فهو القانون بمفهومه الموسع الشامل للقانون التجاري الدولي في مجال عقود التجارة الدولية الكلاسيكية، وللقانون التجاري الالكتروني في مجال عقود التجارة الالكترونية، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أسند الاختصاص في مجال الالتزامات التعاقدية للقانون المختار من المتعاقدين على أن يكون هذا الأخير قانون دولة، طالما أن النزاع مرفوع أمام الهيئات القضائية.

نظرا لأن المشرع الجزائري استلزم بموجب المادة 18 من القانون المدني اختيار الأطراف للقانون الداخلي لدولة معينة، إلا أن الفقه اختلف بخصوص ما إذا كان للأطراف حرية اختيار أي قانون أم يتوجب عليهم اختيار قانون له صلة بالعقد، وفي هذا الشأن تعددت الآراء الفقهية، بحيث اتجه البعض[2] إلى منح المتعاقدين حرية طليقة في اختيار قانون العقد، طالما أن هذا الإختيار قانوني لا يتعارض مع النظام العام، ولم ينعقد له الاختصاص بطريق الغش نحو القانون[3]، في حين اتجه رأي آخر[4] إلى تقييد حرية المتعاقدين، وعدم منحهم صلاحية اختيار قانون منبت الصلة بالعقد، ذلك أن الصلة بين العقد وقانون الإرادة هي التي تبرر إختياره، ويبدو أن المشرع الجزائري أخذ بهذا الرأي، بحيث استلزم في المادة آنفة الذكر ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين.

ولم يقف الجدل الفقهي عند هذا الحد، بل امتد ليشمل المقصود بالصلة، وفي هذا الشأن ظهرت اتجاهات فقهية متعددة؛ بحيث استلزم اتجاه فقهي[5] ضرورة توفر الصلة المادية أو الشخصية بين القانون المحدد في العقد وبين وبين العقد أو المتعاقدين، كأن يكون القانون المختار قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، أو قانون الجنسية المشتركة

---

[1]- تنص المادة 1050 من ق.إ.م.إ.ج. سالف الإشارة إليه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."

[2]- وهو موقف كل من (Wright ,Rabel). مشار إليه من طرف، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، ص.1095.

[3]- لقد استد أنصار هذا الاتجاه على ما قررته المادة 1/3 من إتفاقية روما التي بقيت على حالها عند حلول تنظيم روما محلها، إذ لم تتطلب هذه المادة وجود رابطة بين القانون المختار والعقد، ونفس الشيء بالنسبة لاتفاقيتي لاهاي لسنة 1955و1986، وكذلك القانون المدني الأردني في المادة 20، والقانون المدني المصري في المادة 19منه. يراجع في ذلك، عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق،هامش ص.80؛ محمد أحمد علي المحاسنه، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، دراسة مقارنة، ط1، الحامد للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 1434هـ، 2013، ص.68.

[4]- وهو موقف (Diecy,Morris ,North,Cheshire,Batiffol) . مشار إليه من طرف، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، المرجع السابق، هامش ص.1097.

[5]- وهو موقف هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.452؛ محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.68؛

Jean Christophe Pommier, la résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit, Clunet, 1992, p .12.

لقد استند أنصار هذا الاتجاه على المادة2/187 من تقنين تنازع القوانين الأمريكي الثاني والتي نصت على أن القانون الذي يختاره الأطراف لا يكون واجب التطبيق إلا إذا كان للدولة المختار قانونها صلة جوهرية بالأطراف أو بالعقد. مشار إليه من طرف عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، هامش ص.80.

للمتعاقدين، أو قانون موطنهم المشترك، ليترتب على إنعدام مثل تلك الصلة انعدام الاختيار وتطبيق القاضي للقانون الذي له أوثق صلة بالعقد[1]، فتعاقد جزائري عبر شبكة الانترنت مع فرنسي، يستلزم إسناد العقد إلى أحد هذين القانونين، واختيار قانون آخر منبت الصلة عن العلاقة يجعل من القانون المختار عديم الجدوى، ويقتضي من القاضي إغفال إرادة المتعاقدين وتطبيق قانون آخر له صلة بالعقد.

هذا عن الرأي الأول، أما الرأي الثاني فقد اكتفى في معرض تحديده للمقصود بالصلة الواجب توافرها الصلة المعنوية، الاجتماعية، أو حتى الاقتصادية النابعة عن حاجات المعاملات والتجارة الدولية[2]، إذ وفقا لهذا الرأي قد يتفق الأطراف على إسناد العقد المبرم بينهما للقانون المحدد في العقد النموذجي الذي اختاراه ليبرما عقدهما وفقا له[3]، كأن يختار المتعاقدين في مجال عقد نقل البضائع تطبيق القانون الإنجليزي لحكم عقدهم، نتيجة لما يحتله هذا الأخير من أهمية في مجال النقل البحري، وذلك رغم عدم ارتباطه بالعقد بموجب صلة مادية[4]، وإلى جانب هذين الاتجاهين ظهر اتجاه ثالث[5] يفسر المقصود بالصلة بالمصلحة المشروعة، وهي مصلحة يقدرها القاضي الذي ينظر النزاع من حيث مشروعيتها في ضوء أحكام القانون المختار، مع إبداءه مرونة عالية عند تقديرها بغية تحقيق مصلحة التجارة الدولية، ولا شك أن هذا الرأي يؤدي إلى تطبيق محايد لا يرتبط بالعقد بأية صلة، وهو ما يتعارض مع وظيفة قاعدة التنازع التي تهدف إلى تطبيق أحد القوانين المتنازعة لحكم الرابطة العقدية[6].

من خلال ما سبق يتبين أن المشرع الجزائري قيد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، واستلزم وجود صلة حقيقية بين القانون المختار وبين المتعاقدين أوالعقد، وقد أورد هذه الأحكام في مجال عقود التجارة الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية، وهو ما رفض البعض[7] الأخذ به في مجال عقود التجارة الالكترونية كون أن هذه العقود العقود تستلزم تحرير اختيار المتعاقدين من كل قيد، ذلك أن الاعتداد بوجود الصلة في هذه العقود غير ممكن نتيجة لطبيعة شبكة الاتصال الالكترونية، التي تفترض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد نتيجة انفتاح

---

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.166.

[2]- خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2013، ص. 150؛ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.197.

[3]- أحمد سعد الدين، قانون الإرادة وضوابط إعماله لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، دراسات قانونية، مجلة سنوية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 10، س 2013، ص.205.

[4]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.459.

[5]- وهو موقف (Pierre Mayer) . مشار إليه من طرف، هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، .454.

[6]- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.48.

[7]- محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص.98؛ بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص.56، عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.81؛ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.280؛ محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الالكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص.395.

الشبكات على العالم، كما أن إختلاف وسيلة التعاقد بين التجارتين يجعل من قياس عقود التجارة الدولية التقليدية مع عقود التجارة الالكترونية الدولية قياس مع الفارق، لاختلاف وسيلة التعاقد بين التجارتين، إذ يتم في مجال التجارة الالكترونية إبرام العقد عبر شبكات الكترونية لا تتركز في إقليم الدولة الواحدة، ولا تخضع لدولة بعينها حتى يمكن القول بتطبيق قانونها وحدها، وذلك على خلاف عقود التجارة الدولية التقليدية التي يمكن تحديد القوانين المتنازعة حكمها[1].

ولئن كان البعض استلزم عدم تقييد حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد في مجال العقد الالكتروني، إلا أن البعض الآخر لا يحول دون تقييد حرية المتعاقدين، إذ لا بد من إستلزام توفر الصلة بين القانون المختار والعقد على الأقل بالنسبة لعقود التجارة الالكترونية الجزئية، لوجود مركز ثقل الرابطة العقدية في دولة التنفيذ[2]، في حين يبرر جانب آخر من الفقه[3] استلزام هذه الصلة من منطلق أن شبكة الانترنت وإن كانت تتصل بكافة دول العالم، العالم، إلا أن درجة إتصالها بتلك الدول ليست واحدة، وإنما متفاوتة تختلف من دولة لأخرى بحيث يمكن تحديد درجة إتصال تلك الدول بالعقد من خلال تطبيق القواعد العامة المنظمة للتعاقد بين غائبين، وكذا القواعد الخاصة التي حددت مكان إرسال واستلام رسالة البيانات.

من خلال ماسبق، يتبين دور ضابط الإرادة في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ولا تقتصر أهميته على تحديد القانون المختص، بل تتجلى بوضوح في النتائج التي يكرسها في هذا النوع من العقود.

البند الثاني: النتائج المترتبة على إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لضابط قانون الإرادة.

يترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون الإرادة نتائج جد هامة، ومنها السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون لحكم الجوانب الموضوعية للعقد، ورفض فكرة الإحالة.

فبالنسبة للنتيجة المتمثلة في السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون لحل مشكلة تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونية، فإنه ينبغي الذكر أن جانبا من الفقه رفض ذلك[4]، ونادى بضرورة النظر إلى العقد على أنه وحدة غير قابلة للتجزئة، يجب خضوعه لقانون واحد، حفاظا على تجانسه ووحدته، واستقرارا للمعاملات

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.168.

[2]- خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص.156.

[3]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.74.

[4]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص. 85.

العقدية[1]، ومن الأسباب التي رُفضت على أساسها فكرة تجزئة العقد الإلكتروني تميز هذا الأخير بسرعة إبرامه، بما لا يخول للأطراف القدرة على التفاوض بشأنه[2].

ولكن رغم وجاهة هذا الطرح، إلا أن الرأي الراجح [3]فقها يتمثل في منح المتعاقدين الحرية لإخضاع عقود التجارة الإلكترونية لأكثر من قانون، وهو ما يسمى بتجزئة العقد الإلكتروني، إذ قد يخضع العقد في تكوينه لقانون، وفي آثاره لقانون، وفي زواله لقانون آخر، كأن يخضع في تكوينه مثلا لقانون محل إبرامه، وفي تنفيذه لقانون محل التنفيذ، وإن تعددت مجالات التنفيذ فلهما الحق في إخضاع كل التزام لقانون المحل المتفق على تنفيذه فيه[4]، وقد تدعم الرأي الراجح فقها من قبل الاتفاقيات الدولية، إذ نصت المادة 1/3 من لائحة روما على[5]:"... يمكن للمتعاقدين اختيار قانون يحكم كل العقد أو جزء منه."

من هنا، يتضح أن إعلاء مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية لن يتحقق إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد، وإسناد كل جانب منه إلى قانون معين، ذلك أن هناك مسائل خاصة تتم عبر الشبكات الإلكترونية –كالوفاء مثلا–وتتلقى تعاملا منفصلا عن العقد[6].

وإن كان جانب من الفقه[7] يرى ضرورة التمييز بين العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت وتنفذ من خلالها، خلالها، وبين العقود التي تبرم عبر الشبكة لتنفذ خارجها، فيقر بعدم تناسب فكرة تجزئة العقد مع الحالة الأولى بسبب إبرامه في وقت قصير ودون مفاوضات طويلة، مع عدم وجود ما يمنع الأطراف في الحالة الثانية من اختيار أكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية.

مع تعدد الاتجاهات الفقهية، فإنه ينبغي الذكر أن للمتعاقدين القدرة على اختيار أكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية شريطة ألا يترتب على ذلك الإخلال بالانسجام المتطلب فيها[8]، إذ لابد أن تكون تلك التجزئة

---

[1]– خليفي مريم، الرهانات القانونية للتجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011–2012، ص. 148.

[2]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 477.

[3]– وهو موقف (أحمد صادق القشيري)، و (عنايت ثابت). مشار إليه من طرف صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 477؛ محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الالكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، المرجع السابق، ص. 396؛ عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة–الإسكندرية، 2009، ص.385؛ عكو فاطمة الزهرة، المسؤولية المدنية لمقدمي الخدمة الوسيطة في الانترنت، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015–2016، ص.278.

[4]– سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 163.

[5]– Art 3 Al 1 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que: « .... Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. »

[6]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 276.

[7]– سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 164.

[8]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 478.

منسجمة بحيث لا يخضع العقد في جزء منه لقانون يبيح التوقيع الإلكتروني ويعترف بصحة المعاملات التي تتم عبر شاشات الحاسوب الآلي، ويخضع في الجزء الآخر منه لقانون لا يعترف بمثل هذه التصرفات، كما لا يجب أن تؤدي هذه التجزئة إلى الإفلات من الأحكام الآمرة للقوانين المختارة[1].

إلى جانب تجزئة العقد الإلكتروني، تبرز مسألة رفض الأخذ بالإحالة كأحد أهم النتائج المترتبة على إعمال قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ففكرة الإحالة – التي هي نظرية تقضي باستشارة قاعدة الإسناد الأجنبية المحددة بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، متى وجد اختلاف في ضوابط الإسناد، وكان التنازع بينهما سلبيا–[2] تتعارض وضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع في قانون القاضي، التي تخول المتعاقدين حق حق اختيار قانون العقد، لما فيها من إخلال بتوقعات الأطراف، واضطراب لمعاملاتهم المبرمة عبر شبكة الإنترنت[3].

الإنترنت[3].

لتفادي هذا كله، ذهب الفقه[4] إلى رفض الأخذ بالإحالة في مجال عقود التجارة الالكترونية، وإلزام القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المحدد بموجب الأطراف، ودون إعمال قواعد التنازع فيه، وفي هذا الشأن يلاحظ أن العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية سعت إلى تكريس هذا النهج، ومن ذلك عقد (Apple store) الذي نص في أحد شروطه العامة على أنه: "تخضع كل عقود البيع التي يكون (Apple store) طرفا فيها لقانون كاليفورنيا"، وأضافت بعد ذلك: "دون أي أثر لنصوص التنازع الواردة فيه"[5].

بعد بيان المسائل الخاصة بتعريف قانون الإرادة، وتوضيح النتائج المترتبة عليه، وجب التطرق إلى كيفية تحديد إرادة الأطراف في هذا النوع من العقود.

الفرع الثاني: كيفية اختيار الأطراف لقانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية

لقد اعترفت النظم القانونية بإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي ينظم معاملاتهم العقدية، ويستوي في هذا الإختيار أن يكون صريحا أوضمنيا[6]، ولأهمية هذه المسألة سيتم التعرض لها بالتطرق للاختيار الصريح لقانون

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 277؛ خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 148.

[2]– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.48.

[3]– بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 49؛

Pierre Mayer,op.cit., p.468.

[4]– نافذ ياسين محمد المدهون، المرجع السابق، ص. 236؛ سيد محمد سيد شعراوى، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، 2010، ص.509.

[5]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 283؛ بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص.96.

[6]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.283.

الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية (**البند الأول**)، وكذا للاختيار الضمني لقانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية (**البند الثاني**).

البند الأول: الاختيار الصريح للقانون في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

يعتبر ضابط إرادة المتعاقدين الوسيلة المثلى لتسوية مشكلة تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونية[1]، وتتعزز فعالية هذا الضابط عند اختيار القانون الواجب التطبيق بصفة صريحة من قبل الأطراف[2]، عن طريق إدراجهم لبند خاص بتحديد القانون الواجب التطبيق على كل ما قد يثور فيما بينهم مستقبلا من منازعات، ويسمي الفقه الشرط الرامي إلى إخضاع العقد للقانون الوارد فيه ببند الاختصاص التشريعي[3].

وكما يمكن تحديد القانون المختار عن طريق بند الإختصاص التشريعي، فإن تحديده قد يتقرر من خلال إعتماد الأطراف على أحد العقود النموذجية المألوفة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، والتي غالبا ما يدرج بها بند الإختصاص التشريعي، ولعل من أهم الأمثلة الرائجة في هذا المجال مشروع العقد النموذجي لغرفة التجارة والصناعة الفرنسية للمعاملات الالكترونية الصادر في أكتوبر 1998، الذي نص في البند الثاني منه تحت عنوان (Loi applicable) على أنه يخضع هذا العقد لأحكام القانون الفرنسي، ومن ذلك أيضا العقد النموذجي (Apple store) الذي نصت أحد شروطه العامة على أن تخضع كل عقود البيع التي يكون (Apple store) طرفا فيها لقانون ولاية كاليفورنيا، كما نصت أحد الشروط العامة للمركز التجاري الفرنسي (surf and buy Dim Europe) على أن يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي[4].

من هنا يتبين أن الاختيار الصريح لقانون العقد في مجال عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، يتم إما من خلال إدراج بند الاختصاص التشريعي على صفحة الموقع الخاص بالمورد[5]، أو من خلال تبادل الأطراف الرسائل الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية المرتبطة بالعقد[6].

---

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 463.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.39؛

Yvon Loussouarn, PierreBourel, Passcal de Vareilles –Soummière, droit international privé, Dalloz,8eme Ed,paris .2004,p.493.

[3]- محمود محمد أبو فروة، المرجع السابق، ص. 98؛ أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص.334؛ أحمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مج الرابع، 9-11 ربيع الأول1424هـ الموافق 10-12 مايو 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي، ص.1654.

[4]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.83؛

Michel Vivant, les contrats du commerce électronique, Litec, Paris, 1999, p.173.

[5]- فادي محمد عماد الدين توكل،المرجع السابق، ص.139.

[6]- سامي مصطفى فرحان، المرجع السابق، ص.159؛ بن جبارة عباس، تكوين العقد الالكتروني في ظل نظرية العقد في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس-سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2013-2014، ص.354 .

وإذا كان الأصل أن يتم إتفاق الأطراف على إختيار قانون العقد لحظة إبرامه بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي، أو بموجب اتفاق مستقل عنه[1]، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتراخى إلى ما بعد ذلك[2]، وهو ما قضت به المادة 2/3 من لائحة روما[3] إذ نصت على أنه: " يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، سواء تم ذلك بموجب اختيار لاحق بحسب هذه المادة، أو بمقتضى أحكام أخرى من هذا النظام".

للإشارة فإن المادة سالفة الذكر[4] لم تقتصر على تخويل الأطراف صلاحية الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق بصفة سابقة أو لاحقة على إبرام العقد، بل أجازت لهم إلى جانب ذلك إمكانية تعديل القانون المختار في أية مرحلة شريطة ألا يترتب على ذلك المساس بصحة العقد الذي جرى عليه تعديل القانون الذي كان يحكمه، أو الإضرار بحقوق الغير حسني النية الذين بنوا توقعاتهم على القانون المختار مسبقا[5].

من خلال ماسبق، يتبين بوضوح أهمية إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم بصفة صريحة، إذ يترتب على مثل هذا الاختيار، تجنيب القاضي عملية البحث عن القانون المختص بحكم العلاقة العقدية، غير أن تطبيق هذا القانون المختار يكون مقيدا بعدم مخالفته للنظام العام في دولة القاضي من جهة، وعدم ثبوت الاختصاص له بطريق الغش نحو القانون من جهة أخرى، وهو ما قررته محكمة استئناف (نيوجيرسي) العليا حينما أيدت حكم محكمة الدرجة الأولى في قضية المدعي (Caspietal)ضد شركة (Microsoft) التي تتلخص وقائعها في مطالبة المدعي السيد (Caspietal) عدم تطبيق القانون المحدد من طرف شركة (Microsoft) الوارد كبند صريح في العقد المبرم بينهما للاشتراك في شبكة شركة (Microsoft)،بيد أن المحكمة لم تأخذ بمطالبه وطبقت القانون المختار بصفة صريحة من منطلق أن المدعي (Caspital) لم يتمكن من إثبات توفر الاستثناءات المانعة من اعتماد بند الاختصاص التشريعي المتمثلة في كل من: 1- وجود البند نتيجة

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.284؛ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 201؛ محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.227.

[2]- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص.103؛ إلياسناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2009، ص. 321؛ أحمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.1655.

[3]- Art3Al 2 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que: «Les parties peuvent convenir، à tout moment، de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant ,soit en vertu d'un choix antérieur selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement".

[4]-Art3 Al 2 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que: « ... Toute modification quant à la conclusion du contrat, n'affecte pas la validité formelle du contrat au sens de l'article 11et ne porte pas atteinte aux droits des tiers. »

[5]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 285؛ مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، القانون الدولي الخاص، أساليب فض المنازعات المدنية والتجارية الخاصة الدولية في القانون اليمني، الكتاب المنهجي رقم 4، سلسلة إصدارات جامعة صنعاء لعام 2005، ص.251؛

Florence Mas, La conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J, Paris, 2005, p.34.

احتيال أو قوة مساومة "مستقبلية"، 2- مخالفة بند الاختصاص التشريعي المحدد في العقد للنظام العام لولاية (نيو جيرسي)، 3- خرق بند الاختصاص التشريعي لأصول المحاكمة العادلة[1].

ولئن كان من الأحسن اتفاق الأطراف في مجال عقود التجارة الالكترونية الدولية على القانون المختار بصفة صريحة، إلا أن سكوتهم لا يعني عدم إمكانية تحديد هذا القانون، بل ينبغي على القاضي الكشف عن إرادتهم الضمنية من خلال الاستهداء بظروف وملابسات العقد.

البند الثاني: الاختيار الضمني للقانون في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

يترتب على عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بصفة صريحة، إسناده إلى القانون الذي يتضح من ملابسات العقد ارتباطه به أكثر من غيره، وذلك من خلال كشف القاضي المعروض عليه النزاع عن نية المتعاقدين والبحث عن الإرادة الضمنية لهما[2].

ويجد إعمال الإرادة الضمنية للمتعاقدين أساسه في العديد من الإتفاقيات الدولية، إذ نصت المادة 1/3 من لائحة روما الخاصة بالإلتزامات التعاقدية على أنه: " يسري على العقد القانون المختار من الأطراف، على أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بشكل مؤكد من أحكام العقد أو من ظروف التعاقد"[3].وهو ذات ما أكدته المادة 1/7 من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، المبرمة في 22ديسمبر 1986التي نصت على أن : " اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد، أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معاً"[4].

---

[1] -Superior court Of New Jersey Appellate Division, decided July 2, 1999.

مشار إليه من طرف، إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 111.

[2]- حبار محمد، المرجع السابق، ص. 90؛ خليفي مريم، المرجع السابق، ص. 152؛ محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.227؛

Jean- christophe Pommier, principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, préface Yvon Loussouarn, economica, paris, 1992, p.97 ;

Yvon Loussouarn,PierreBourel, Passcal de Vareilles –Soummière, op.cit.p.494.

[3]- pour plus de details, v. Laurence Usuner, la loi applicable au contrat électronique, L'acquis communautaire- Le Contrat électronique, sous la direction de Judith Rochfeld, Economica, 2010, p.337.

[4]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.287.

وقد سارت على هذا النهج معظم التشريعات العربية، إذ جاء نص المادة 20 من القانون المدني الأردني عاما [1]، بذكره "ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك"، ولفظ الاتفاق الوارد في هذا النص مطلق يشمل إلى جانب الإرادة الصريحة الإرادة الضمنية للمتعاقدين[2]، وقد أورد المشرع المصري في المادة 19 من القانون المدني[3] عبارة "...ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه"، واستخدم العبارة التي أوردها القانون الأردني عند سنه للمادة 2من مشروع قانون المعاملات الالكترونية[4].

أما بخصوص المشرع الجزائري، ونظرا لأنه لم يورد مثل هذه العبارات في المادة 18 من القانون المدني المعدلة،فقد اتجه البعض[5] إلى القول بأنه قد تبنى كغيره من التشريعات[6] الاتجاه الذي ينكر على الإرادة الضمنية دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق، ومرد ذلك وفقا لهم الصعوبات العملية التي تعترض القاضي عند الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

لكن ما يلاحظ بالرجوع إلى المادة 18 من القانون المدني الجزائري أن المشرع استخدم عبارة" القانون المختار من المتعاقدين"، وهي عبارة مرنة فضفاضة تحمل أكثر من معنى، إذ قد تكون هذه الإرادة وفقا للقواعد العامة[7] صريحة، كما قد تكون ضمنية يكشف عنها القاضي من ظروف وملابسات العقد.

ونظرا لأن التشريعات خولت للقاضي صلاحية الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، فقد عمد الفقه والقضاء إلى تحديد القرائن التي يمكن الإستعانة بها للكشف عن تلك الإرادة، ولعل من بين تلك القرائن، اللغة التي حرر بها العقد، العملة التي يتم الوفاء بها[8]، الجنسية المشتركة للمتعاقدين، موطنهما المشترك، البند الخاص بالاختصاص القضائي والرامي إلى بيان المحكمة المختصة للنظر في النزاعات التي قد تثور بينهما، إذ غالبا ما

---

[1]– تنص المادة 20ق.م.أ:" يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن إختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك."

[2]– محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.55.

[3]– تنص المادة 19ق.م.م:" يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

[4]– تنص المادة 2 من مشروع قانون المعاملات الالكترونية المصري على أنه:" يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك ".

[5]– سيد محمد سيد شعراوى، المرجع السابق، ص. 510؛ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1،تنازع القوانين، ط الثانية عشر دار هومه، الجزائر، 2011، ص.309 ؛ بن غرابي سمية، المرجع السابق، هامش ص.99.

[6]– من تلك التشريعات التشريع البولندي(م25)، التشريع البرتغالي (م1/41)، التشريع التركي (م1/24)، والقانون المدني الاسباني(م5/10). يراجع في ذلك، عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، المرجع السابق، ص.44.

[7]– تنص المادة 60منق.م.ج المعدل والمتمم:"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

[8]–أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص. 335؛ خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص.160؛ صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 467؛ بن غرابي سمية، المرجع السابق، ص.99.

يستدل من خلال هذا البند عن رغبة الأطراف في الخضوع لقانون تلك المحاكم[1]، مكان تنفيذ العقد ذلك أن هذا العنصر من أهم العناصر التي يمكن للقاضي الإستعانة بها لتحديد قانون العقد، باعتبار أن دولة التنفيذ هي المكان الفعلي الذي تنتج فيه الرابطة العقدية آثارها، وإلى جانب هذه للقرائن يستند جانب من الفقه [2]على مضمون القوانين المتنازعة حكم الرابطة العقدية، إذ لو كان أحد القوانين المرتبطة بالعقد يؤدي إلى إبطاله على خلاف القانون الآخر، فإنه يفترض أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تطبيق القانون الأخير بوصفة المصحح للعقد، ذلك أنه لا يتصور أن يختار المتعاقدان قانونا يبطل تعاقدهم.

وللإشارة فإن القاضي وهو بصدد إعمال هذه القرائن، غالبا ما يعمد إلى الجمع بين أكثر من قرينة للتعرف على نية المتعاقدين[3]، وإن كان ذكر هذه القرائن ورد في مجال العقود الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية، فإن جانبا من الفقه[4] يرى إمكانية الاسترشاد بها بالنسبة للعقود التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الانترنت، بيد أنه يلزم وجود صلة واضحة بين السوق الإلكتروني الذي يتم فيه عرض السلع أوالخدمات، وبين قانون الدولة المراد تطبيقه، فمثلا لو أن مؤسسة تجارية قامت بعرض خدماتها عبر موقع إلكتروني، وتمكن المتعامل الياباني من الدخول إليه، فهذا لا يعني اعتبار القانون الياباني هو الواجب التطبيق، بل لا بد من وجود صلة أكثر وضوحا بين السوق وهذه الدولة.

رغم وجاهة هذا الطرح، إلا أنّ غالبية الفقه تميل إلى رفض الأخذ به في مجال عقود التجارة الإلكترونية، وذلك لأسباب متعددة، ومنها صعوبة الاعتماد على قانون الموطن المشترك للمتعاقدين لبيان القانون الواجب التطبيق، كون أنه من الضوابط التي تؤدي إلى توطين الرابطة العقدية مكانيا، وهو أمر غير ميسور في مجال عقود التجارة الإلكترونية إذ قد تكون هذه الرابطة افتراضية كالعالم الذي تبرم في ظله، ضف إلى ذلك إمكانية عدم وجود موطن مشترك يجمع بين طرفي العقد، ويسري الأمر ذاته على الجنسية التي تفشل في المجتمع المعلوماتي، كمعيار يمكن الإستناد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق، ليس لأن الشخص في العالم الافتراضي يتسع

---

[1]- يتجه الفقيه (هشام علي صادق)إلى أن اتفاق الأطراف على اخضاع المنازعة في العقد إلى اختصاص محاكم دولة معينة أو للتحكيم في هذه الدولة دلالة على رغبة الطرفين الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة، إلا أن هذه المؤشرات يراعى فيها أمران:

1- أن يتحدد قانون العقد بحسب الظروف السائدة وقت تكوينه، بحيث لا يتأثر بظروف لاحقة.

2- أن لا يؤخذ بالمؤشرات الأخرى للبحث عن الإرادة الضمنية، في حالة الاتفاق الصريح للأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق.

يراجع في ذلك، سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص.105.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 468.

[3]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.89.

[4]- وهو موقف (سلطان عبد الله محمود الجواري). مشار إليه من طرف، صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 468.

حسب بعض الفقه ليشمل الأشخاص المعترف بهم من طرف الدولة والمدونين في سجلاتها، بحيث قد يكون الشخص في هذا المجتمع آليا دون أي تردد[1]، بل لندرة وجود مثل ها التطابق.

كما ويصعب اعتماد اللغة كقرينة لتحديد القانون الواجب التطبيق، لأن اللغة الانجليزية هي اللغة الرسمية في مجال الروابط العقدية التي تتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، وحتى لو استخدمت لغة أخرى فإنها ستترجم بطريقة آلية إلى اللغة الانجليزية بواسطة البرامج الموجودة على الحواسيب الآلية[2].

ويظهر إلى جانب ذلك عدم فعالية معيار عملة الوفاء لبيان القانون الواجب التطبيق، ذلك أن مقابل الخدمة أصبح يؤدى بطريقة آلية من خلال تحويل النقود إلكترونيا أو بواسطة بطاقات الوفاء، وغيرها من الوسائل الآلية الأخرى[3]، خاصة وأن هذه النقود وتلك البطاقات ليست من إصدار دولة معينة، إنما تصدرها مؤسسات دولية، والهدف من ورائها جعل طرق الوفاء دولية لا ترتبط بدولة أو شركة أو مصرف محدد[4].

كما ويصعب تبني ضابط الاختصاص القضائي، لقيام القانون الدولي الخاص على مبدأ عدم التلازم بين الاختصاصين التشريعي والقضائي، وهو أمر يترتب على مخالفته القضاء على فكرة التنازع ومن ثم على مسألة العلاقات الخاصة الدولية[5].

إلى جانب عدم إمكانية الاستعانة بالضوابط السابقة، فإنه لا يمكن اللجوء إلى مكان تنفيذ العقد على الأقل بالنسبة لعقود التجارة الالكترونية الكلية.

من خلال ما سبق يتبين أن الفقه مجمع[6] على عدم إمكانية استخدام كل من قرينة اللغة، عملة الوفاء، الجنسية المشتركة للمتعاقدين للكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، كون أنها مؤشرات ضعيفة، لا يمكن الاستناد إليها وحدها، ما لم تسند بمؤشرات أخرى مستمدة من نصوص العقد وظروف التعاقد،إلا أن الأمر يظل خلافيا بالنسبة للقرائن الأخرى، وسيظل الأمر على ما هو عليه إلى أن يكشف الواقع العملي عن صلاحية القرائن الأخرى لتحديد الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

---

[1]- قرر (Shane A. Mclean) أن قانون الأونيسترال النموذجي لسنة 1996 في المادة 2/15 منه إمكانية إبرام العقد بين وكيل آلي وشخص طبيعي، ويبرز ذلك عندما يبرمج الشخص جهاز الكمبيوتر الخاص به ليقوم بدوره باستقبال الرسالة الإلكترونية. يراجع في ذلك، إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 154؛ صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.471.

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 288؛ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.16.

[3]- خليفي مريم، المرجع السابق، ص.154؛ سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.179.

Schwerer François, De la circulation électronique de monnaies scripturales à la monnaie électronique universelle, Droit des affaires, colloque annuel de l'association, droit et commerce, colloque de Deauville organisé les 27et28juin2000, par l'association de droit et commerce, p .55et.s.

[4]- خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص.162؛ هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.16.

[5]- عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، المرجع السابق، ص.47.

[6]- خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص،ص.161-162؛ سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.179؛ عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.89؛ نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص.119.

المطلب الثاني:قدرة الضوابط الإحتياطية الواردة في المجال المادي على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

على الرغم من أهمية ضابط قانون الإرادة وقدرته على فض المشاكل التي تثيرها العقود الدولية، إلا أن إعماله يتعطل في حال سكوت الأطراف عن بيان القانون الواجب التطبيق، وأمام ضرورة فصل القاضي في النزاع، فإنه يتعين عليه التدخل لبيان القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، وهو في ذلك ملزم باختيار أكثر القوانين ملائمة، ذلك أنه لا يمكن أن يطبق قانونه الوطني ولا قانون آخر بصفة تلقائية، بل ينبغي عليه البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين واستنباطها من القرائن المستمدة من الرابطة العقدية نفسها، أو من ظروف وملابسات العقد[1].

وعليه يتوجب على القاضي عند تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية الاستناد إما إلى الضوابط الجامدة، أو الانطلاق من الضوابط المرنة والمستمدة من الطبيعة الذاتية للعقد[2]، ولكن لما كان تطبيق الضوابط السابق ذكرها يهدف إلى تجاوز ما تطرحه العقود الدولية التقليدية من صعوبات، فهل من الممكن أن يتم إعمال هذه الضوابط على عقود التجارة الإلكترونية؟

هذا ما سيتم التطرق له من خلال التعرض لقدرة ضوابط الإسناد الجامدة الواردة في المجال المادي على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية (**الفرع الأول**)، ثم لقدرة ضوابط الإسناد المرنة على تسوية تلك المنازعات (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: قدرة ضوابط الإسناد الجامدة على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

إن سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، يستلزم من القاضي التعويل على الضوابط الجامدة، والمستنبطة أصلا من القرائن المستمدة من الرابطة العقدية نفسها، وتتمثل الضوابط الجامدة في كل من الجنسية المشتركة، الموطن المشترك، محل الإبرام، ومحل التنفيذ، وعليه يلاحظ أن هذه الضوابط تكون مرتبطة إما بالمتعاقدين أو بالعقد.

ولكن إذا كان إعمال هذه الضوابط من المسائل الميسورة في عقود التجارة الدولية، فهل يمكن للقاضي الاستعانة بها لبيان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية؟

هذا ما سيتم التعرض له من خلال التطرق لكل من قدرة ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالمتعاقدين على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية(**البند الأول**)،ولقدرة ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالعقد على تسوية تلك المنازعات(**البند الثاني**).

---

[1]- سيد محمد سيد شعراوى، المرجع السابق، ص.510.

[2]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.548.

البند الأول: قدرة ضوابط الإسناد الجامدة المتعلقة بالمتعاقدين على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

تشمل ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالمتعاقدين كل من ضابط الموطن المشترك وضابط الجنسية المشتركة، وفي هذا الشأن اختلفت التشريعات حول موقع الأفضلية بينهما، إذ خولت بعض التشريعات[1] ضابط الجنسية المشتركة موقع الأفضلية على ضابط الموطن المشترك، في حين فضلته تشريعات أخرى على غيره من الضوابط الأخرى بما فيها ضابط الجنسية المشتركة[2].

وقد اعتمد المشرع الجزائري هذا الرأي إيمانا منه بصحته[3]، ذلك أنه القانون الذي يتوقع المتعاقدان تطبيقه على معاملاتهم[4]، لاعتيادهم على ضبط سلوكاتهم وفقا لأحكامه ولمعرفتهم بالآثار التي تترتب جراء إعماله، ونظرا لأن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، فإن الفقه يعرفه[5] بأنه:" المكان الذي يقيم فيه الشخص، أو يتخذ منه مركزا لأعماله"،وبهذا التعريف يشمل الموطن كلا من الموطن العام[6]، والموطن الخاص[7].

وعلى الرغم من وضوح فكرة الموطن في مجال المعاملات العادية، إلاّ أنه يثير في مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت مشاكل متعددة، كون أن التعامل عبر هذه الشبكة يعتمد على العناوين الإلكترونية، التي لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي، فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين تبدو ظاهريا مرتبطة ببلدان معينة، إلا أنه لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه[8]، علاوة على أن هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة كالعناوين التي يشار إليها في نهاية المقطع بـ "Com " أو "org ".

---

[1]– من تلك التشريعات القانون المدني الإيطالي والذي فضل قانون الجنسية المشتركة على قانون دولة محل إبرام العقد، في حين قرر القانون المدني الإسباني تفضيل قانون الجنسية المشتركة على قانون الموطن المشترك، يراجع، لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 211.

[2]– فضّل القانون المصري قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وجعله في الموقع الأول: المادة 19 من القانون المدني المصري السالف الذكر، وأقر القانون الأردني ذات الأمر في المادة 20 من القانون المدني.

[3]– تنص المادة 2/18ق.م.ج المعدل والمتمم: "وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة."

[4]– وهو موقف الفقيه (أحمد الهواري)، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص..155 مشار إليه من طرف، سيد محمد سيد شعراوى، المرجع السابق، ص. 516.

[5]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 213؛ ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 171.

[6]–تنص المادة 1/36 ق.م.ج المعدل والمتمم: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن."

[7]–تنص المادة 37ق.م.ج المعدل والمتمم: "يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة."

[8]– على الرغم من أن الموقع الالكتروني قد ينتهي باسم دومين يدل على تبعيته لمصر مثل www.montda.com.eg، إلا أن ذلك الوضع لا يعني أن الكيان التجاري – أو أحد مكوناته أو صاحب الموقع موجود فعليا في مصر، وإنما كل ما يشير إليه هو أن إسم الدومين قد تم شراؤه من الجهة المرخصة في مصر، وهو ما قد يحدث أيضا حال كون الموقع مستضيفا على سرفر موجود في أحد الدول أو بواسطة مقدمي الخدمة بها، إلا أن هذا لا يمنع ألا يكون للشركة أي وجود فعلي على أرض هذه الدولة، فهناك العديد من المواقع المصرية الخالصة ومع ذلك فإن استضافتها تكون على سرفر موجود في دولة أجنبية أخرى لرخص هذه الخدمة أحيانا،

وبهذا يتبين عدم تمتع العناوين الإلكترونية بخاصية التموقع لعدم ارتباط تصميمها بمنظور جغرافي محدد، وهو الأمر الذي دفع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف قيمة التوطين في العناوين الإلكترونية[1]، وهو ذات ما أكدت عليه إتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية في المادة 5/6 منها، حيث نصت على أن مجرد إستخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد.

وإذا كان بعض من الفقه[2] يستند إلى الحجج السابقة لرفض الإعتماد على ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، فإنه ينبغي الإشارة أن البعض الآخر[3] يرفض الإعتماد على هذا الضابط من منطلق ندرة تطابق مواطن الأطراف في مجال عقود التجارة الدولية، إذ حتى لو اتحدت مواطن الأطراف فإن ذلك الإتحاد قد يكون من قبيل المصادفة أو التعمد المنطوي على غش قصد إستبعاد قانون معين من التطبيق.

وكما يرفض الاتجاه السابق الاستعانة بهذا الضابط، فإن جانبا آخر[4] يجيز اللجوء إليه، ويفضل لحل الإشكالات التي تواجهه الإستعانة بخبراء التكنولوجيا الحديثة، في حين يقترح جانب آخر حل إشكالية موطن الأطراف في مجال عقد التجارة الإلكتروني، عند إمتناع الأطراف عن تحديده، بالرجوع للعنوان الإلكتروني الذي أرسلت منه الرسالة، سيما أن بعض الدول تسعى لتحديد العناوين عبر الانترنت، ومن ذلك فرنسا التي أنشئت شركة(AFNIC) المعرفة بشركة (Le Nommage)وخولت لها المهمة السالفة الذكر، إلى جانب مهمتها في منح الشركات عناوين إلكترونية مشار إليها في نهاية المقطع ب (fr) وإعطائها شهادة تفيد ملكية العلامة التجارية المقيدة في سجل التجارة والمعلومات.

وعليه إذا تم تسجيل الإسم التجاري لشركة ما في فرنسا، فإن فرنسا تكون مكان الإقامة[5]، لكن رغم وجاهة هذا الحل إلا أنه انتقد، كون أن الرقابة التي تفرضها بعض الشركات بشأن إستغلال المواقع الإلكترونية كتلك المدرجة في (Nommage) ، لا تمتد إلى كل الدول وبالتالي تستطيع الشركات الأجنبية الحصول على المزايا التي تريدها من دولة أخرى دون أن تلتزم بإثبات قيدها في سجل وطني، علاوة على أن المواقع الالكترونية تتسم بأنها مؤقتة رغم أنه يشترط في الإقامة أن تكون دائمة.

=ولجودتها أحيانا أخرى. يراجع، عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1430هـ-2009م، هامش ص.359.

[1]-سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.204.

[2]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.212؛ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.334.

[3]- وهو موقف (نافع بحر سلطان). مشار إليه من طرف، خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص.164؛ محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.103.

[4]- نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص.124.

[5]- هند الطوخى السيد، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة عين شمس، 1431هـ – 2010م، ص.94.

وعليه لا يمكن حسب الفقه الاعتماد على مكان تواجد المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات لتحديد مكان العمل[1].

وما بين هذين الاتجاهين، وبالرجوع إلى إتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، يتبين أن هذه الأخيرة حددت في المادة 4 /ح المقصود بمقر العمل واستخدمته كأساس لبيان مكان الأطراف في المعاملات الالكترونية، واعتبرته كل مكان يحتفظ فيه الطرف بمنشأة غير عارضة لمزاولة نشاط إقتصادي غير التوفير المؤقت لسلع أو خدمات من مكان معين، وافترضت في المادة 6 بأن المكان المحدد من قبل الأطراف هو مقر عملهم، ما لم يثبت طرف آخر بأن المكان الذي حدده المعني بالأمر ليس له فيه مقر عمل، على أنه وفي حال عدم تحديد الأطراف لمقرات عملهم أو في حال تعدد مقرات عمله اعتبرت الاتفاقية، أن مقر العمل بالنسبة للشخص الاعتباري، هو المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية، أما بخصوص الشخص الطبيعي الذي ليس له مقر عمل فإن مكان تواجده يتحدد بمحل إقامته المعتادة[2].

بهذا يتبين أن موطن الأطراف في المجال الإلكتروني لا يتحدد بالعنوان الإلكتروني، بل وفقا لمفهوم الموطن في العالم المادي، وعليه ينبغي لتجاوز الإشكالات التي يثيرها الموطن تحديد الأطراف لمقرات عملهم، وهو ما تعمد القوانين التي نظمت التجارة الالكترونية على استلزامه، بحيث اشترطت على المورد تحديد الموقع الجغرافي الذي يوجد به وينظم علاقاته، مع بيان وسائل الاتصال به من قبل المستخدم[3].

رغم محاولة الوقوف على حل لمشكلة الموطن في المجال الإلكتروني، إلا أنه ينبغي الذكر أن هذا الضابط من الضوابط التي لا يحبذ اللجوء إليها في المجالين المادي والإلكتروني، لعدم كشفه عن القانون الأوثق صلة بالمعاملة المعنية من جهة، ولندرة تحقق مثل هذا الإشتراك من جهة أخرى.

هذا عن ضابط الموطن المشترك، أما ضابط الجنسية المشتركة فيمكن القول أنه رغم تعويل بعض التشريعات الوطنية عليه كضابط لبيان القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أنه يبقى إسناد منتقد يصعب الأخذ به في مجال العقود الدولية، ويصعب إعماله أكثر في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ذلك أن الاعتداد بجنسية المتعاقدين يستلزم التحقق من هوية الأطراف، وهو أمر لا تعيره عقود التجارة الإلكترونية أي اهتمام، بل وترجع صعوبة إعماله إلى ضعف الصلة بين هذا القانون والعقد[4]، ولهذا نجد أن مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري لم يعتمد عليه لتحديد القانون المختص بشأن الالتزامات التعاقدية التي تتم باستخدام الوسائل الالكترونية.

---

[1]- هند الطوخي السيد، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، ص.96.

[2]- يراجع نص المادة 6 من إتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

[3]- نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق،، ص.200.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 205.

ولئن كان هذا هو حال ضوابط الإسناد الجامدة المتعلقة بالمتعاقدين، فإنه يتوجب التطرق لضوابط الإسناد الجامدة المتعلقة بالعقد لتحديد قدرتها على تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

البند الثاني: قدرة ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالعقد على تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

تشمل ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالعقد كل من ضابط بلد الإبرام، وضابط بلد التنفيذ، ولأهميتهما سيتم التطرق لهما، ببيان قدرة ضابط بلد الإبرام على تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال عقود التجارة الالكترونية (**أولا**)، ثم لقدرة ضابط بلد التنفيذ على تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال عقود التجارة الالكترونية (**ثانيا**).

أولا: قدرة ضابط بلد الإبرام على تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال عقود التجارة الالكترونية

يعتبر ضابط بلد الإبرام من الضوابط التي عولت عليها التشريعات[1]، بما فيها المشرع الجزائري لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الالتزامات التعاقدية، ويطبق هذا الضابط في حال سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون المختص صراحة، أو في حال عدم إمكانية الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

ويرجع سبب اعتماد التشريعات على هذا الضابط لإعتبارات متعددة أهمها سهولة التعرف عليه كونه المكان الأول الذي تتجسد فيه إرادات الأطراف، إعتباره قرينة على وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد، كفالته لوحدة الحلول القانونية المطبقة على الروابط العقدية، بحيث تخضع هذه الأخيرة لقانون واحد شكلا وموضوعا، مع تميزه بصيانة توقعات الأطراف وتوفير الأمان القانوني لهم نتيجة لعلمهم المسبق به[2].

ولكن رغم وجاهة الحجج التي ساقها أنصار الاتجاه المؤيد لإسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد، إلا أنه اسناد منتقد، إذ قد يتم إبرام العقد نتيجة لظروف عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين الرابطة العقدية والقانون الذي يحكمها[3]، ويبرز ذلك بصورة واضحة في مجال معاملات التجارة الإلكترونية حيث يتعاقد الشخص من خلال حاسوبه الشخصي وهو ينتقل من دولة لدولة أخرى[4]، كما قد يؤدي إعمال هذا الاسناد إلى الإخلال باليقين القانوني الذي ينشده أطراف العقد، ذلك أن التعاقد من خلال الانترنت يفترض معه إتصال العقد أثناء إبرامه بكافة الدول المتصلة بها، بحيث يصعب القول أن مكانا معينا هو مكان إنعقاد العقد، ولعل ما

---

[1]- لقد منح المشرعان الأردني والمصري لقانون دولة إبرام العقد الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وهو ما قررته المادتان 1/19 من ق.م.م. و1/20 من ق.م.أ، في حين احتل هذا الضابط موقعا ثالثا في التشريع الإسباني بعد قانون الجنسية المشتركة، وقانون الموطن المشترك. يراجع، محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.104.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 482؛ مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص. 120.

[3]هشام صادق، نظرات إنتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التي تضمنتها المجموعة المدنية المصرية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية محكمة صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، الدار الجامعية، ع1، مج1، تموز (يوليو)1998، ص.381.

[4]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.554، صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.483.

يؤكد ذلك أن العقد في التجارة الالكترونية يبدأ انطلاقا من محطة، ليُعالج في الحاسب الآلي الذي يتلقاه، ثم يتم نقله في نهاية المطاف إلى المتلقي، وكل ذلك يتم في أماكن مختلفة[1].

بهذا يؤكد البعض[2] أن ضابط محل إبرام العقد، وإن كان يتفق ومقتضيات التجارة الدولية التي كانت تتم في الماضي، عندما كان التجار ينتقلون من مكان لآخر سعيا وراء إبرام عقودهم، إلا أنه لم يعد يتلاءم والعقود التي تبرم من خلال وسائل الإتصال الحديثة، لصعوبة تحديد ذلك المكان، ولعل ما زاد من حدة هذه الصعوبة إختلاف الحلول الواردة في التشريعات الداخلية لتحديد مكان إنعقاد العقد.

ولم يقف الأمر على الانتقادات السابقة، بل تعداه ليشمل عدم ملائمة النظرية الأحادية التي تبنتها التشريعات الداخلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، والتي على أساسها يتحدد مكان إنعقاد العقد بزمانه[3]، حسب النظرية التي يعول عليها التشريع الداخلي ووفقا لما يتماشى وسياسته التشريعية، بحيث يتقرر إنعقاد العقد وفقا لنظرية إعلان القبول بمكان تواجد القابل[4] لأن العقد ينعقد في اللحظة التي يحرر فيها القابل الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول الصادر عنه، أو في اللحظة التي يضغط فيها على زر القبول، ولو لم يقم بتصديره لنقره على مفتاح التوقف[5]، ورغم ما تثيره هذه النظرية من حقائق يتم على أساسها تحديد اللحظة الحقيقية التي يقترن فيها الايجاب بالقبول، إلا أنها تعرضت لانتقادات عديدة وذلك لصعوبة إثبات وقت اعلان القبول، خاصة أن الرسالة الالكترونية التي حررها القابل ليس لها وجود إلا في حاسبه الخاص، بحيث قد يعلن القابل عن قبوله بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة(accepet/ok)، مع عدم تصديره بالنقر على مفتاح التوقف (stop)الموجود في أعلى صفحة البريد الالكتروني[6].

---

[1]-Cf .Jerome Huet, aspects juridique du commerce électronique : approche internationale, les petites affiches, n°116, 26, septembre1997, p .6 .

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.328؛ محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.105؛ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.555.

[3]- زياد خليف شداخ العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الالكترونية من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، ط1، دار وائل، عمان – الأردن، 2010، ص.148.

[4]- Cf. Arnoud Rynourad, la formation du contrat électronique, le contrat électronique, travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique français,Université Panthéon- assas(PARIS II), journée nationales T. V- Toulouse, 2000, L.G.D.J.p.24.

[5]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 111؛ محمد فواز المطالقة،المرجع السابق، ص. 117.

[6]- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص.117؛ عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص.345.

هذا عن نظرية إعلان القبول، أما بخصوص نظرية تصدير القبول أو كما تسمى بنظرية إرسال القبول، فإن العقد ينعقد فيها بلحظة إرسال رسالة البيانات المتضمنة القبول إلى نظام معلومات خارج عن سيطرة القابل، بشكل لا يستطيع معه استرجاعها كالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول أو الفأرة في حالة البريد الإلكتروني[1]، وبهذا يكون مكان انعقاد العقد المكان الذي قام فيه القابل بالسلوك الذي يدل على قبوله، وهو في مجال الانترنت، المكان الذي تم فيه الضغط على مفتاح القبول من أجل إرساله إلى الموجب[2].ولعل من بين التشريعات التي تبنت هذه النظرية القانون الألماني، قانون مقاطعة الكيبك الكندية،كما أخذت به مبادئ (UNIDROIT)[3]، وكذا لجنة التنمية التكنولوجية التابعة لمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء عند إعدادها لمشروع قانون التجارة الالكترونية المصري[4].

رغم تبني العديد من التشريعات لهذه النظرية إلا أنها تعرضت للنقد، ومن المآخذ التي وجهت لها عدم تقديمها للجديد كسابقتها، بحيث أنها لا تزيد عنها إلا واقعة مادية، تكمن في تصدير القبول، وهي واقعة لا أثر لها على الإرادة، خاصة مع ما قد يصيب التعاقد المعبر عنه بهذه الوسيلة من أعطاب سببها الخلل الذي يصيب الأجهزة الإلكترونية أثناء إرسال الرسالة الإلكترونية، وما يترتب عليه من عدم وصول الرسالة إلى الموجب الذي لا يكون من ثم على علم بالقبول المرسل، إضافة إلى ذلك قد لا يعلم الموجب بالرسالة بسبب عدم فتحه لصندوق بريده الإلكتروني لمدة معينة، وهو الأمر الذي لا يسمح له بتنفيذ العقد والوفاء بالتزاماته[5].

أمام الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية حددت نظرية الوصول أو التسليم مكان إنعقاد العقد بالمكان الذي تصل فيه الرسالة الإلكترونية إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب سواء كان قد تصفحها وقرأها أم لا، واعتبرت هذه النظرية أن الرسالة استُلمت بمجرد وصولها إلى الموقع الذي تم الإرسال إليه في حالة استخدام المواقع الإلكترونية[6].

---

[1]– حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، ط1، دار الثقافة، عمان–الأردن،1433هـ – 2012م، ص. 245.

[2]– حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.109.

[3]– هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.101؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا مصر الأردن دبي البحرين، الكتاب الأول، المدخل لقانون المعاملات الالكترونية – العقد الالكتروني–الاثبات الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص.237.

[4]– تنص المادة 2 من مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري: " تسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول."

[5]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 113.

[6]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 410؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 141؛ حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 247؛ محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص.167.

وقد اتبعت دول الرابطة الأوروبية للتجارة الحرة قاعدة الاستقبال التي بموجبها يبرم العقد في المكان والزمان الذي يتسلم فيه الموجب قبول الايجاب، كما حدد الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات وقت ومكان إنشاء العقد بالمكان والزمان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا للايجاب بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات إلى نظام حاسوب مقدم الايجاب[1].

رغم اعتماد هذه النظرية من قبل التشريعات، إلا أنها انتقدت كسابقتها، ولعل مما وجه لها عدم مراعاتها للطابع الخاص الذي تتميز به المعاملات الإلكترونية، ذلك أن البريد الوارد قد يزوّد المرسل بتقرير استلام الرسالة، في حين أنها لم تكن قد وصلت أو تكون قد أتلفت، أو لا يكون الحاسوب قد تعرّف على اللغة التي أرسلت بها، وعليه لم تقدم هذه النظرية الجديد بل اكتفت باشتراط وصول القبول، الذي هو مجرد واقعة مادية ليست لها قيمة قانونية في إثبات علم الموجب به[2].

لكل الانتقادات السابقة، ظهرت نظرية العلم بالقبول، والتي لا تكتفي بإرسال المرسل الرسالة المتضمنة القبول، بل تشترط إطلاع المرسل إليه عليها، وعلمه بالمضمون الوارد فيها[3]،غير أنه ونظرا لأن مسألة العلم صعبة الإثبات، اعتُبر مجرد الوصول قرينة على العلم بمحتوى الرسالة، وإن كانت هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس[4]، وقد أخذ بهذه النظرية المشرع الجزائري في المادة 67 من القانون المدني[5]، كما تبناها المشرع المصري لتحديد مكان انعقاد العقد في التعاقد بالطريق غير الالكتروني[6].

بموجب هذه النظرية يتبين أن زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني يتحدد في اللحظة التي يقرأ فيها الموجب الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول، وإن كان جانب من الفقه[7] يعيب على ذلك عدم وجود دليل بيد القابل يثبت من خلاله علم الموجب بالقبول، سيما وأن علمه ذاك ليس شرطا لانعقاد العقد، بل هو شرط لزوم ونفاذ، إذ وبمجرد علمه بالقبول يلتزم بتنفيذ العقد ويكون له المطالبة بحقوقه في مواجهة الطرف الآخر.

---

[1]- هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.104.

[2]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، هامش ص. 113.

[3]- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص. 119؛

Arnoud Rynourad, op.cit, p.25.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 87.

[5]- تنص المادة 67ق.م.ج المعدل والمتمم:" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول."

[6]- تنص المادة 97 من القانون المدني المصري: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول."

[7]- وهو موقف (نوري محمد خاطر) مشار إليه من طرف لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 114.

إن الإقرار بصعوبة تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني وفقا للنظريات الأحادية التي أوردتها التشريعات لتحديد مكان انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين[1]، لم يمنع الفقه من الإجتهاد في هذا الصدد بحيث اتجه جانب منهم[2]إلى تجاوز المشكلة من خلال منح المتعاقدين صلاحية الاتفاق على تحديد مكان إنعقاد العقد وبيان ما إذا كان مكان الإرسال أو مكان الاستلام، ليترتب في حال عدم اتفاقهم تبني النظرية الازدواجية التي تقوم على الفصل بين زمان إنعقاد العقد ومكانه نتيجة لأن تقنيات نقل رسالة البيانات بين نظم الاتصالات المختلفة تسجل اللحظة التي تكون فيها رسالة البيانات مقروءة من جانب المرسل إليه، دون أن تشير إلى الموقع الجغرافي لتلك النظم[3].

وعليه يتحدد مكان انعقاد العقد وفقا للنظرية الإزدواجية بمقر عمل المرسل أو مقر عمل المرسل إليه[4]، وذلك حسب النظرية التي تبناها القانون الوطني عند تنظيمه للتعاقد بين غائبين، وقد كرس هذه النظرية القانون النموذجي للتجارة الالكترونية[5]، و تبنتها العديد من التشريعات العربية[6]، ووفقا لها يتحدد زمان إنعقاد العقد بخلاف ما يتحدد به مكان إنعقاد العقد، بحيث يكون مكان إنعقاد العقد في حال عدم اتفاق الأطراف عليه[7] بالنسبة للتشريعات التي تتبنى في قواعدها العامة نظرية إرسال القبول الدولة التي يتواجد بها مقر عمل المرسل، فإن كان له أكثر من مقر عمل يكون مقر عمله المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية[8]، أو مقر العمل الرئيسي، ليترتب عند عدم وجود مقر عمل له إفتراض أن مكان إرسال الرسالة هو محل إقامته، في حين يكون بالنسبة للتشريعات التي تتبنى في قواعدها العامة نظرية تسلم القبول الدولة التي يتواجد فيها مقر عمل المرسل إليه فإن كان له أكثر من

---

[1]– كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.468.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.418.

[3]– محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص.124؛ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.390.

[4]– يتحدد مكان إنعقاد العقد بمقر عمل المرسل أو مقر عمل المرسل إليه، وذلك لأن الفقه ومنهم (محسن شفيق)يرى أن النظريات الأربعة يمكن دمجهما في نظريتين اثنتين وهما نظرية اعلان القبول، ونظرية العلم بالقبول، أما نظرية تصدير القبول ونظرية التسليم فهما إما تزيد في نظرية اعلان القبول، أو بتر من نظرية العلم بالقبول. مشار إليه من طرف، محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص.164.

[5]– لم يتطرق القانون النموذجي في كافة نصوصه لمسألة زمان ومكان انعقاد العقد عبر الوسائل الالكترونية، بل اقتصر بحثه على مسألة زمان ومكان ارسال رسالة البيانات، وذلك لأهميتها باعتبار أنها هي التي تحمل الإرادات التعاقدية. مشار إليه من طرف محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص.175.

[6]– المادة18 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني، المادة 15من قانون المعاملات الالكترونية البحريني.

[7]– مثلا إذا اتفق الموجب والذي يوجد مقر عمله بسوريا مع القابل والذي يوجد مقر عمله في الكويت على اعتبار الأردن مكانا لانعقاد العقد الالكتروني، فإن مفعول هذا الاتفاق يسري على العقد بكل آثاره القانونية. يراجع، مهند عزمي أبو مسعود مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي، دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، مج 41، ع42، 2014، ص..1351

[8]– تعد مسألة المقر الأوثق صلة بالمعاملة مسألة موضوع لم يضع القانون النموذجي أي مؤشرات لتحديدها، بحيث يختص قاضي الموضوع بتحديد المقر الأكثر صلة بالمعاملة عن طريق المؤشرات التي يراها مناسبة، فإن لم يكن بالإمكان تحديد المقر الأكثر صلة لعدم وجود ما يرجح ذلك، أو لعدم ارتباط المعاملة بأي مقر، فيصار في هذه الحال لمقر العمل الرئيسي، ويتسع المقصود بالمقر الأوثق صلة بالمعاملة ليشمل المكاتب، الوكالات، الفروع، بشرط أن تكون هذه الأخيرة حقيقية وتتمتع بقدر من الاستقرار في الدولة المعنية، كما يمكن أن ينصرف هذا المفهوم إلى المكان الذي يباشر فيه أي من المتعاقدين أي جزء من نشاطه بشرط أن يتمتع بالإستقرار.يراجع، مهند عزمي أبو مسعود مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، المرجع السابق، ص.1352.

مقر عمل كان مقر عمله المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي، ليترتب في حال عدم وجود مقر عمل إفتراض أن مكان تلقي الرسالة هو محل إقامته.

فمثلا إذا أرسل شخص يتواجد مقر عمله بعمان رسالة إلكترونية وهو في الإمارات العربية المتحدة يعبر فيها عن قبوله للايجاب الذي أرسله له المرسل إليه، وطرحت على القاضي الأردني مسألة تحديد مكان إنعقاد هذا العقد، فإن هذا الأخير وبرجوعه للمادة 101 من القانون المدني الأردني، التي تعتبر أن مكان انعقاد العقد هو مكان صدور القبول، وكذا المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية، التي تعتبر أن الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل، يحدد مكان إنعقاد العقد بعمان.

بهذا يلاحظ أن المشرع الأردني اعتبر حكما أن القبول الإلكتروني صادر في المكان الذي يوجد به مقر عمل القابل، وذلك لأن العقد الالكتروني ينعقد في فضاء إلكتروني لا يسمح بتحديد مكان انعقاد العقد من جهة، وكذا لعدم وجود صلة بين العقد والمكان أو الحيز المادي الذي يوجد فيه القابل وقت إصداره القبول إلكترونيا.[1]

زيادة في التوضيح ولإثبات صحة العلاقة بين المادة 101 من القانون المدني والمادة 18 من قانون المعاملات الالكترونية يضرب "نائل مساعدة" المثال التالي، فوفقا له لو أن (س) مقيم في عمان ومقر عمله في الكويت، بينما أن (ص) مقيم في مصر ومقر عمله في أسبانيا، وقام هذا الأخير وهو في الصين بإعداد رسالة الكترونية تتضمن إيجابا، وأعطى أمرا الكترونيا للحاسب الآلي بإرسالها إلى (س) فانه يكون قد أرسلها حكما من مقر عمله وهو اسبانيا، ويكون (س) قد تسلمها حكما في الكويت، وإن تصفحها ورد عليها وهو في الهند بواسطة بريده الالكتروني.

وعليه، يكون مكان انعقاد العقد هو المكان الحكمي للقبول وهو الكويت وليس المكان الذي يوجد فيه (س) حقيقة وهو الهند، وعلة ذلك أنه لا يعتد بالحيز المكاني الفعلي في تحديد مكان الانعقاد، لأن العقد الإلكتروني ينعقد في البيئة الإلكترونية (الانترنت) ولا يتجاوزها إلى الارتباط بالمكان الذي يوجد فيه أي من أطرافه، وبهذا يتبين أن المشرع الأردني لم يعتد بالحيز المكاني لتحديد مكان انعقاد العقد بل اعتد بالمكان الحكمي للانعقاد وهو مقر عمل القابل فإن لم يوجد فمحل إقامته[2].

وهي الحلول ذاتها التي أوردتها اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مع إختلافات طفيفة بحيث استبعدت حالة إتفاق الأطراف على تحديد مكان إنعقاد العقد، واعتبرت أن هذا الأخير يتحدد

[1]- مهند عزمي أبو مسعود مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، المرجع السابق، ص.1352؛ محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص.91.

[2]- نائل مساعدة، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الالكترونية في القانون الأردني، المنارة، المجلد 13، ع18، س2007، ص.177.

بمقر العمل الذي يعينه الطرف المعني، ما لم يقرر المتعامل معه عدم وجود مقر عمل لذلك الطرف في المكان المحدد، ليترتب في حال تعدد مقرات عمل المرسل إليه أو في حال عدم تحديده لمقر عمله اعتبار مقر عمله، المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية، ويطبق هذا الحل بالنسبة للشخص الإعتباري، في حين يتم حل الإشكال بالنسبة للشخص الطبيعي الذي لم يحدد مقر عمله بمحل إقامته المعتادة.

وفقا لما سبق، فإنه ينبغي الذكر أنه إذا طرُح نزاع يتعلق بعقد التجارة الإلكترونية على قاضي دولة سنت تشريع المعاملات الالكترونية، كان لقاضي تلك الدولة بعد أن تتبين له الطبيعة الدولية للعقد المطروح عليه حل الإشكالية بإعمال الافتراضات السابقة مع مراعاته للقواعد العامة الواردة في القانون المدني لدولته، ما لم يحدد تشريع المعاملات الإلكترونية لتلك الدولة حلا مغايرا، وذلك على خلاف القاضي الجزائري، الذي سيعجز عن إيجاد حل لهذه المشكلة، لتبني القانون المدني النظرية الأحادية التي يطرح إعمالها صعوبات في المجال الإلكتروني، وعليه ينبغي على المشرع الجزائري التدخل بسن قانون المعاملات الالكترونية، وتبني الافتراضات السابقة.

ولئن كانت نظرية تسلم القبول أفضل النظريات لتحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني وفقا لأغلب الاتجاهات الفقهية، إلاّ أنّه ينبغي الإشارة إلى أن هذه المسألة سيكشف عنها الواقع العملي، خاصة وأن ضرورات حماية المستهلك الالكتروني تقتضي اعتبار العقد انعقد في محل إقامة هذا الأخير.

بعد أن تم التعرض لقدرة ضابط بلد الإبرام على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، فإنه سوف يتم بيان قدرة ضابط بلد التنفيذ على بيان هذا الأخير.

ثانيا: قدرة ضابط بلد التنفيذ على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

لقد اعتمدت بعض التشريعات[1] على ضابط محل التنفيذ[2] لبيان القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية في حالة عدم تحديد هذا الأخير بصفة صريحة من قبل المتعاقدين، وكذا في حالة عدم إمكانية الوقوف عليه من خلال البحث عن الإرادة الضمنية لهما، ولئن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الضابط في المادة 18 من القانون المدني، إلا أنه يظل بإمكان القاضي الإستناد إليه لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية لاعتباره

[1]- من التشريعات التي تأخذ بضابط محل التنفيذ التقنين الأهلي الأمريكي الثاني المادة (2/188)، المادة (2/24) من القانون الدولي الخاص التركي . يراجع في ذلك، عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، هامش ص.94.

[2]- يعتبر الفقيه الألماني (Savigny) أول من نبّه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل التنفيذ، باعتبار أن العلاقة التعاقدية ترتب آثارها في هذه الدولة. يراجع في ذلك، سيد محمد سيد شعراوى، المرجع السابق، ص.512؛ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 208؛ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.557.

أحد مبادئ القانون الدولي الخاص التي يمكن التعويل عليها إذا لم يرد بشأنها نص، وهو ما قررته المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري[1].

ومما لا شك فيه أن سبب اهتمام التشريعات بقانون محل التنفيذ كضابط لإسناد الرابطة العقدية يرجع لأهميته باعتباره المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، ولكونه الضابط الذي تتحقق فيه مصالح المتعاقدين، ففي هذا المكان يجني هؤلاء ثمار تعاقدهم، وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ إلتزاماتهم[2]، فضلا عن أن محل التنفيذ لا يكون عرضيا ويرتبط إرتباطا وثيقا بالعقد[3].

رغم مزايا ضابط محل التنفيذ، إلا أنه لا يخلو من بعض الصعوبات، والتي تظهر في حال تعدد أماكن التنفيذ، وفي حال ما إذا نشب نزاع قبل بدء التنفيذ وتبين عدم تحديد الأطراف لهذا المكان بصفة مسبقة، ولئن كان بالإمكان تجاوز إشكالية تعدد أماكن التنفيذ فيما لو وُجد بينها مكان تنفيذ رئيسي، إلا أن الإشكال لا يزول في حال تعذر تحديده، كون أن النتيجة المترتبة تكمن في تجزئة العقد الدولي وإخضاع كل جزء منه لقانون الدولة التي نفذ فيها وهو ما لا ينسجم مع طبيعة التجارة الدولية[4].

إذا كانت هذه هي الصعوبات التي يثيرها ضابط بلد التنفيذ في مجال العالم المادي، فإن هناك صعوبات يواجهها هذا الأخير في مجال العالم الإلكتروني[5]، ويرجع أساس هذه الصعوبات إلى إختلاف مميزات مجتمع الإنترنت الافتراضي عن مميزات المجتمع المادي، إذ بينما يقسم الأول إلى مناطق شبكية للاتصال ، يقسم الثاني وفق ركائز جغرافية إلى أقاليم معروفة في العالم الحقيقي تسمح بإستبيانه.

رغم الصعوبات التي تواجه ضابط محل التنفيذ في مجال عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن من الفقه[6] من يرى إمكانية تجاوزها على الأقل بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية الجزئية، أي العقود التي تنفذ ماديا خارج الخط، ذلك أن هذا الفرض يحيل إلى عناصر مادية لتحديد مكان التنفيذ، والذي يكون إما مكان تسليم البضاعة، أو مكان تقديم الخدمة[7]،وقد طرح هذا الحل في مؤتمر لاهاي من قبل الجمعية الخاصة للسياسة والأعمال العامة التي ترأسها السيد (Kessadjian) والتي توصلت إلى إمكانية الرجوع إلى المادة (b/1/5) من التنظيم الأوروبي لسنة 2000 المتعلق بالإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الصادرة في المجالين المدني والتجاري[8]، والتي أضحت حاليا

[1]- تنص المادة 23 مكرر 2 من ق.م.ج المعدل والمتمم: " تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين."

[2]- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص. 142.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 201؛ صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.484.

[4]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.107.

[5]- وهو موقف (Regarde Bariatti). مشار إليه من طرف، صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.485.

[6]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 210؛ سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.201.

[7]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص. 96.

[8]-Cf. Chiheb Ghazouni, op .cit., p. 245.

حاليا المادة (1/7/ب) من التنظيم رقم 2012/1215 لدول الاتحاد الأوروبي، والمتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف بتنفيذ الأحكام الصادرة في المجالين المدني والتجاري، والتي جاء فيها أن مكان تنفيذ العقد في حالة عدم وجود اتفاق مخالف هو مكان الدولة العضو التي بموجب العقد سُلمت فيها السلعة أو يجب أن تُسلم فيها، وبالنسبة لتقديم الخدمات فإن مكان التنفيذ هو المكان الذي قدمت فيه أو يجب أن تقدم فيه الخدمة[1].

إذا كانت اللجنة قد توصلت إلى إيجاد حل لعقود التجارة الإلكترونية الجزئية، إلا أنها صرحت يعدم إمكانية إعمال مكان إنعقاد العقد، مكان التنفيذ، ولا مكان ممارسة النشاط في مجال عقود التجارة الإلكترونية الكلية، وبهذا تكون اللجنة قد استبعدت المعايير السابقة لتحديد مكان التنفيذ، كما وأنها لم تقدم بديلا يمكن الاستعانة به في هذا المجال.

وعليه يتبين أن الإشكال ما يزال مطروحا بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية الكلية لصعوبة تحديد مكان تنفيذ العقد، الذي يتراوح بين مكان موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ، مكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع، مكان المستضيف الذي تجري فيه عملية التحميل، والمكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري[2].

إزاء غياب الحلول القانونية الكافية لحل هذا الإشكال، فقد اتجه البعض[3] إلى الاستناد لحكم محكمة إستئناف باريس التي اعتبرت أن مكان تنفيذ العقد المبرم بين مستخدم الإنترنت، ومورد الخدمة في عقود خدمة المعلومات الإلكترونية هو موطن المستخدم أي مكان ربط المستخدم بالشبكة.

الواقع أن هذا الحكم لم يلق تأييدا من الفقه[4]، على أساس أن تركيز الأداء في موطن المشترك وإن كان مقبولا بالنسبة للعقود التي تنفذ لحظيا مثل تحميل البرامج والأفلام والأسطوانات الموسيقية، لتواجد حاسب

---

[1]-Art 7Al b du Règlement (UE) N° 1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O .U.E dispose que :« au fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:

- pour la vente de marchandises, le lieu d'un état membre où, en vertu du contrat, les marchandises en été ou auraient dû être livrées ;

- pour la fourniture de service, le lieu d'un état membre ou, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis. »

[2]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 210.

[3]-مجموعة من الأحكام الصادرة من محكمة إستئناف باريس في 7ماي 2001. مشار إليها من طرف، سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 202؛ عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.95؛

Chiheb Ghazouani, op.cit., p.406.

[4]- Cf.Oliver Cachard, La régulation internationale du marché électronique, L.G.D.J., 2002, p. 381 ; Chiheb Ghazouani, op.cit., p.245.

المستخدم بموطنه، إلا أنه لا يمكن تطبيقه بالنسبة لعقود خدمات المعلومات المتسمة بخاصية الاستمرارية، التي قد يتم تنفيذها في أماكن مختلفة.

إذا كانت محكمة استئناف باريس حددت مكان التنفيذ بموطن المستخدم، فإن من الفقه[1] من يرى أن حل إشكالية تحديد مكان تنفيذ العقد في عقود التجارة الإلكترونية الكلية يتم بالرجوع إلى أحكام الفقرة 4 من المادة 15 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، والتي من خلالها يتم اعتبار مكان تنفيذ العقد إما مكان المنشأة الرئيسية للبائع، أو مكان محل إقامة المشتري.

إزاء تعارض الآراء الفقهية، ولصعوبة إعمال الحلول السابقة بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية الكلية تتجه غالبية الفقه[2] إلى ضرورة حل هذه الإشكالية من خلال منح الأطراف صلاحية تحديد مكان تنفيذ العقد، ولو لم يكن هو ذات المكان الذي تم فيه إستقبال الإستشارات أو الملفات المحملة[3]، على أنه وفي حال سكوت الأطراف عن تحديد مكان تنفيذ العقد، كان للقاضي إعتبار أن التنفيذ تم بموطن المستخدم، والذي يمكن له الوقوف عليه بالرجوع إلى البيانات التي يملأها المشتري على الموقع الإلكتروني، والتي غالبا ما تتضمن بيان خاصا بمحل إقامته.

إنطلاقا مما تقدم، يتبين أنه رغم سعي الفقه إلى محاولة تجاوز الصعوبات التي تطرحها ضوابط الإسناد الجامدة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، إلا أنه ينبغي الذكر أن هذه الضوابط في ذاتها منتقدة لعدم كفايتها لمواجهة كافة الفروض التي يكشف عنها التطور العلمي والتكنولوجي الذي يطرأ على التجارة الدولية، وهو ما نجم عنه تبني بعض الاتفاقيات الدولية لضوابط أكثر مرونة، يطبقها القاضي في حالة إنتفاء الإختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد.

الفرع الثاني: خضوع عقود التجارة الالكترونية لضابط الأداء المميز

تنهض فكرة الأداء المميز كضابط إسناد[4] على أساس تفريد معاملة العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء، أي حسب الالتزام الأساسي في العقد، إذ

---

[1]- وهو موقف (Coutellier et Durindel). مشار إليه من طرف، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.421.

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.421؛ عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.316 ؛ حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.119.

[3]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 119.

[4]- ظهرت فكرة الأداء المميز في الفقه في العقد الثالث من القرن العشرين من قبل الفقه السويسري، وقد كان القاضي السويسري (Stauffer) هو أول من اقترح إسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء الجوهري أو المميز، وكان ذلك في الأربعينات من القرن الماضي، ثم تبنت المحكمة الفيدرالية السويسرية هذا الطرح بعد ذيوعه، إذ طبقته سنة 1952 في قضية (Chevally c . Genimpartex S.A)، وقد طبقت الفكرة ذاتها سنة 1966، إذ قررت أنه في حالة سكوت المتعاقدين عن القانون الذي يحكم العقد فإنه يخضع للقانون الذي يرتبط به بأوثق صلة وهو قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد، وقد طبقت محكمة إستئناف (جرينوبل) ضابط الأداء المميز في حكمها الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1955، وهي بصدد نظر عقد بيع أبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيسي في إيطاليا، ومشتر فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بوصفه قانون المدين بالأداء المميز في العقد.يراجع، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 340؛ خالد

على الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد، ويعبر عن جوهره، وهو الذي يجب الإستناد إليه لتحديد القانون الواجب التطبيق[1]، ونظرا لأن الآداءات مختلفة في العقود كافة، فقد كان من الطبيعي اختلاف الحلول الصادرة بشأن كل قضية، تبعا لاختلاف الالتزام الأساسي في كل عقد، ومن ثم اختلاف القانون الذي يحكمها[2]، إذ يخضع العقد الذي تبرمه شركة النقل مع الشاحن لقانون الدولة التي يمارس فيها الناقل نشاطه الرئيسي بإعتباره المدين بالأداء المميز، على خلاف الشاحن الذي يعد أداؤه مجرد أداء محايد، كما ويخضع عقد البيع لقانون الدولة التي تتواجد بها المنشأة الرئيسية للبائع، لاعتبار أن أداء البائع هو الأداء المميز، بخلاف أداء المشتري الذي يقل أهمية عن الأداء الأول[3]، في حين تخضع عقود التأمين لقانون الدولة التي يتواجد بها مركز الشركة المؤمنة بوصفها المدينة بالأداء المميز في العقد، وذلك بصرف النظر عن الأماكن التي ستقدم فيها الشركة خدماتها التأمينية وفقا للعقد المبرم بينها وبين العميل[4] .

لأهمية هذا الضابط عرفه الأستاذ (Jean-Baptiste) بأنه: " الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى"، في حين عرفه الأستاذ (Van Overstraeten) بأنه: " الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا"[5]، وقد علق الأستاذ الأخير على هذه الفكرة، فذكر أن الالتزام بأداء الثمن لا يمكن أن يكون أداءً مميزا لأنه التزام مشترك في الكثير من العقود ولا يميزها عن بعضها[6]،خاصة وأن فكرة الأداء المميز تتركز في البحث عن الأداء الجوهري والهام في الرابطة العقدية[7].

من هنا يتبين أن ضابط الأداء المميز يتميز ببساطته وملائمته لطوائف العقود المختلفة، وتبرز خاصية البساطة التي يتميز بها هذا الضابط في إحترامه لتوقعات الأطراف، بحيث يخضع العقد لقانون موطن المدين بالأداء، وهو الأمر الذي يستطيع الأطراف تحديده منذ البداية، ولا يقتصر الأمر على ما سبق بل يترتب على الخاصية السابقة عدم تجزئة العقد، نتيجة لوجود إلتزام واحد فعال، هو إلتزام المدين بالأداء المميز، هذا عن خاصية

=عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 155؛ محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.256.

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 206؛ ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية (مجلة علمية محكمة) تصدرها هيئة النشر العلمي بكلية الحقوق-جامعة أسيوط، ع الحادي والثلاثون، يناير 2012، ص.376.

[2]- نافذ ياسين محمد المدهون، المرجع السابق، ص. 243.

[3]- هشام صادق، نظرات إنتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التي تضمنتها المجموعة المدنية المصرية، المرجع السابق، ص.382.

[4]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.591.

[5]- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.58.

[6]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.337 .

[7]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 206.

البساطة، أما عن خاصية المرونة فتتجلى في إيجاد القانون الذي يلاءم كل نوع من أنواع العقود حسب طبيعة كل عقد[1].

وبهذا تحتل نظرية الأداء المميز مركزا وسطا بين الإسناد الجامد لهذه الروابط لقانون دولة الإبرام أو لقانون دولة التنفيذ، وهو إسناد يتميز بالوضوح ويصون للمتعاقدين توقعاتهم منذ البداية، ولكنه يفتقد للمرونة التي تتطلبها إختلاف طبيعة العقود في الحياة الدولية الخاصة، وبين نظرية التركيز الموضوعي التي قررها الأستاذ (باتيفول)[2]، التي وإن كانت تحقق المرونة في إسناد العقد حسب كل حالة على حده وفقا لظروف التعاقد وملابساته، إلا أنها تضحي بإعتبارات الأمان القانوني لصعوبة توقع المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق عند سكوتهم عن تحديده، لاعتبار أن ذلك التحديد لن يتم إلا بمعرفة القاضي عند نظر النزاع وفقا ظروف وملابسات التعاقد[3].

نظرا لخصائص نظرية الأداء المميز، فإنها تعد نظرية ثابتة في أغلب الأنظمة القضائية[4]، كما وتعترف بها أغلب الأنظمة القانونية[5]، والاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، التي قررت في المادة الثالثة (3) منها خضوع عقد البيع لقانون محل الإقامة المعتادة للبائع بصفته الملتزم بتقديم الأداء المميز للعقد[6]، كما وعولت على هذا الضابط المادة الثامنة(8) من إتفاقية لاهاي لسنة 1986 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي، والتي قررت إعمال محل الإقامة المعتادة للبائع ، بوصفه الملتزم بالأداء المميز، ووضعت قرينة مفادها أن العقد يرتبط بالدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف المدين بالأداء المميز للعقد بأكثر روابطه قوة ووثوقا، فإذا كان ذلك الطرف شخصا معنويا وأبرم أثناء ممارسته لنشاطه المهني عقدا، كانت الدولة التي يرتبط بها العقد بأكثر روابطه وثوقا الدولة التي بها المنشأة الرئيسة لهذا الشخص أو المنشأة التي تلتزم بالأداء المميز للعقد[7].

---

[1]- محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.251.

[2]- حسب نظرية التركيز أو التوطين التي قررها الأستاذ (باتيفول) فإن دور الإرادة لا يقتصر على إختيار قانون العقد، بل ينحصر في تركيز الرابطة في مكان معين، ويكون للقاضي في حال ما إذا تبين له عدم إحترام الأطراف لهذا التحديد تطبيق القانون الأوثق صلة بالإستناد إلى ظروف وملابسات العقد. لمزيد من التفاصيل. براجع هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.512 وما يليها.

[3]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 588.

[4] – من ذلك القضاء الألماني، القضاء السويسري، القضاء القرنسي. يراجع في ذلك، صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.490.

[5]- تنص المادة 26 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية على أنه: 'يخضع العقد للقانون الذي تعينه الأطراف، وإذا لم تحدد الأطراف القانون المطبق يعتمد قانون الدولة التي بها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثرا في تكييف العقد أو مقر مؤسسته إذا كان العقد قد أبرم في نطاق نشاط مهني أو تجاري"، كما أخذ بنظرية الأداء المميز القانون الأردني رقم 31/ 2001 الصادر في 14يونيو 2001 الخاص بالتحكيم في المادة 136/ب التي نصت على أنه: " في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة التي لديها أكثر الروابط وثوقا مع النزاع". يراجع في ذلك، عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص. 103.

[6]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.209.

[7]- سيد محمد سيد شعراوى، المرجع السابق، ص. 517.

وقد تبنت لائحة روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ذات الضابط في المادة الرابعة(4)[1]، بحيث قررت خضوع العقد عند غياب اتفاق الطرفين لقانون دولة الإقامة المعتادة للبائع بالنسبة لعقد بيع الأشياء، ولقانون دولة الإقامة المعتادة لمؤدي الخدمات بالنسبة لعقد توريد الخدمات[2]، على أن يخضع العقد لقانون دولة الإقامة المعتادة للطرف الذي يتعين عليه تقديم الأداء المميز كلما لم تتمكن الفقرة الأولى من ذات المادة من تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، أو كلما كانت عناصر العقد مرتبطة بأكثر من عنصر من العناصر الواردة في ذات المادة. وقد بينت المادة 19 من ذات اللائحة[3] أن الإقامة المعتادة لشركة، جمعية أو شخص معنوي تتحدد بالمكان الذي يوجد فيه الإدارة الرئيسي، في حين تتحدد بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يتصرف في إطار نشاطه المهني بالمكان الذي توجد فيه منشأته الرئيسية، أما إذا تم إبرام العقد أو تقديم الخدمة من طرف فرع، وكالة، أو أي مؤسسة أخرى، فإن مقر الإقامة المعتادة يتحدد بمكان تواجد الفرع، الوكالة، أو

[1]- Art 4 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que: « 1. A défaut des choix exercé conformément à l'article 3 et sans préjudice des articles 5à 8, la loi applicable au contrat suivant est déterminée comme suit:

a) le contrat de vente de bien est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ;

b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de service a sa résidence habituelle ;

-

2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des point a)à h) du paragraphe 1 , le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. »

[2]- محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الالكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، المرجع السابق، ص.400.

[3]- Art 19 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que: « 1 .Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale.

La résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu où cette personne a son établissement principal.

2. Lorsque le contrat est conclu dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, ou si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par lesdits succursale, agence ou autre établissement, le lieu où est situé cette succursale, cette agence ou tout autre établissement est traité comme résidence habituelle.

3 . La résidence habituelle est déterminée au moment de la conclusion du contrat. »

المؤسسة الأخرى، ويتم في كل الحالات تحديد الإقامة المعتادة بوقت إبرام العقد، ذلك أن هذا التوقيت يصون للمتعاقدين توقعاتهم[1].

من خلال ما سبق يتبين أن ضابط الإسناد المرن الذي عولت عليه الإتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية يرمي إلى حماية الطرف القوي في العقد، لذلك عمدت أحكام الاتفاقيات ذاتها إلى حماية الطرف الضعيف من خلال إيجاد ضوابط خاصة لتنظيم عقود الإستهلاك، ولهذا كله سيتم بداية تحديد قدرة ضابط الأداء المميز للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (**البند الأول**)، ثم تحديد الحماية الموضوعية التي كرستها الاتفاقيات الدولية للمستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية (**البند الثاني**).

البند الأول: قابلية ضابط الأداء المميز للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.

لقد إختلف الفقه بخصوص إمكانية إعمال نظرية الأداء المميز في مجال عقود التجارة الإلكترونية بين مؤيد ومعارض، وقد حاول كل إتجاه فقهي تبرير موقفه، إذ استند أنصار الإتجاه المؤيد[2] على حجج متعددة أهمها المرونة التي تتميز بها هذه النظرية، والتي يكون بمقتضاها للقاضي إمكانية ربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة، وقد أكد الاتجاه السابق موقفه نتيجة لميل الإتجاه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية إلى هذه النظرية[3]، رغم أنه لم يقر أية قاعدة تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

وفقا لمنطق الاتجاه السابق تخضع العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت بين مقدم المادة المراد إدخالها على الشبكة والشركة التي تتولى معالجة المادة إلكترونيا وتحميلها على موقع الانترنت، إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق لقانون الدولة التي يتواجد بها مقر أو مركز الشركة، كون أنها المدينة بالأداء المميز[4].

وتخضع العقود التي يتم تسليم المبيع فيها من خلال شبكة الانترنت كعقود بيع برامج الحاسوب لقانون المكان الذي توجد به منشأة المورد وقت إبرام العقد، وذلك نتيجة للعدد الضخم من المشترين الذين يدخلون إلى موقع المورد من مختلف دول العالم، ولصعوبة إلمامه بالقوانين التي ينتمي إليها كافة المشترين، وعليه فإن العقود التي

---

[1]–هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.593.

[2]– عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.106.

[3]– قرر التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يونيو 2000 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية إعمال ضابط الأداء المميز في المادة 2/ ج، وحدده بمكان إقامة مؤدي الخدمات عبر الإنترنت، واعتبره المكان الذي يُمارس فيه ذلك الأخير أنشطته الاقتصادية بشكل دائم ومستقر.

. Art 2/c du DIRECTIVE 2000/31/CE (directive sur le commerce électronique) dispose que :"Au fins de la présente directive, on entend par :

c-" Prestataire établi" : prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée."

[4]– سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.210.

تبرمها شركة أمازون المشهورة ببيع الكتب من خلال الانترنت نظير دفع المشتري الثمن المتفق عليه، تخضع لقانون الشركة البائعة، كون أنها صاحبة الأداء المميز في العقد، ولاعتبار أن عنصر التحميل أو التسليم هو الأداء المميز فيها[1].

من منطلق ما تقدم، يتبين أن شراء شركة جزائرية الجنسية اسم نطاق(nom de domaine) مملوك لشركة فرنسية، يؤدي في حال عدم إتفاقهما على تحديد القانون الواجب التطبيق على التزاماتهما التعاقدية في حال نشوب نزاع بينهما إلى تطبيق القانون الفرنسي، لاعتبار أن الطرف الفرنسي في هذه القضية هو الملتزم بنقل ملكية اسم الدومين، ولا يمكن القول عند تطبيق هذا القانون أنه تم الرجوع إلى المعيار المكاني، لأن تحديد القانون في هذا الفرض تم بناء على معيار مرن يراعي كل حالة على حدة، خاصة أنه لا يوجد كيان مطروح على شبكة الانترنت إلا وله ارتباط بصورة أو بأخرى بالعالم المادي، لأن هذا العالم هو الأب الشرعي لمجتمع الإنترنت[2].

إن خصوصيات ضابط الأداء المميز دفع الهيئات القضائية إلى تكريسه في أحكامها، بحيث طبقته المحاكم الأمريكية في العديد من القضايا المعروضة عليها، ومنها قضية(American Network v. Access America) والتي رفعت فيها المدعية وهي شركة (N.A) المتخذة من نيويورك مقرا لها دعوى ضد شركة (A.A) المتخذة من ولاية جورجيا مقرا لها، بسبب تقديم المدعى عليها خدماتها لحوالي 75000 عميل حول العالم، من بينهم ستة في نيويورك يدفعون لها مائة وخمسين ألف دولار شهريا (150000$) بعد توقيعهم على العقود المرسلة لهم، علما أن تلك الاتصالات مقرها ولاية نيويورك، في هذه القضية قررت محكمة نيويورك إعمال ضابط الأداء المميز، وتطبيق قانون جورجيا، ذلك مجرد استخدام سكان نيويورك للموقع الموجود في جورجيا غير كافٍ لتطبيق قانون نيويورك لعدم وجود فائدة ينتج عنها أداء مميز تقدمه الشركة المدعى عليها[3].

ولكن على الرغم من تأييد غالبية الفقه لهذا الاتجاه[4]ورغم إعماله من قبل الهيئات القضائية، إلا أن جانبا منهم[5]يرى أن تطبيقه في مجال عقود التجارة الالكترونية لا يخلو من الإنتقادات، ولعل أهمها إستناد هذه النظرية لفكرة المرتكزات الجغرافية التي لا تتلاءم وطبيعة المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، كون أن هذه الأخيرة تتعدى الحدود الجغرافية، فلا تسمح بتحديد مكان معين لتنفيذ العقد بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية الكلية،كما ولا تسمح بتحديده بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية الجزئية، التي تستخدم فيها شبكة الإنترنت كوسيلة للإتصال

[1]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.129.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 495.

[3] -American Network Inc.v . Access America, connect Atlanta, inc, 975f, supp .(494s.d.n.y.1997).
مشار إليه من طرف، إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 208.

[4]- وهو موقف كل من« Monnet (J) ; Jean – Baptiste(M) ; Vanoverstraeten (T) ; Verbiest (T) ; Camille(F)، ومن الفقه العربي(أحمد محمد الهواري)، و (أحمد عبد الكريم سلامة). مشار إليه من طرف، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، هامش ص. 344.

[5]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 344.

والتفاوض حول بنود العقد لإبرامه، ذلك أن التعاقد من خلال الشبكة يفترض إتصال العقد وقت إبرامه بكافة الدول لإتصال الإنترنت بها في الوقت ذاته[1].

ويرفض الاتجاه ذاته إعمال هذه النظرية من منطلق أن ضابط الأداء المميز يستلزم توفر شروط محددة بمحل الإقامة، وهما شرطا الديمومة والإستقرار، في حين أن هذه الشروط لا تتوفر في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، لأن أغلب المواقع الإلكترونية التي يتم التعاقد من خلالها مواقع مؤقتة[2].

وقد تم إنتقاد النظرية ذاتها بحجة أنها تفترض إرتباط كل عقد بمحل تنفيذ واحد، ولو نشأ عنه التزامان رئيسيان[3]، وهو الأمر الذي لا يمكن قبوله إذ قد تكون العقود مركبة يصعب تعيين الأداء المميز فيها، كون أن الالتزامات الناتجة عنها لها نفس الأهمية بحيث يمكن اعتبار أي منها أداء مميزا[4]، ومن ذلك عقود المقايضة على شبكة الإنترنت التي يقدم فيها أحد الأطراف صورا ويقدم فيها الطرف الآخر بيانات عنها بهدف نقل صورة متكاملة، ففي مثل هذه الحالة يصعب تحديد العمل القانوني المميز للعقد[5].

إزاء الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية حاول أنصارها الدفاع عنها من خلال ما تبنته محكمة العدل للمجموعة الأوروبية، التي اتجهت عند تعريفها للمنشأة (Etablissement stable) بالقول أنها الممارسة الفعالة لأنشطة إقتصادية من خلال تجهيزات وأدوات ثابتة ولمدة غير محددة، وبهذا الوصف يتحدد مقر منشأة البائع الذي يستخدم موقع على شبكة الانترنت لممارسة نشاطه بالمكان الذي يمارس فيه هذا الأخير أنشطته الاقتصادية، وفي حال تعدد منشآته، فإن المنشأة محل الإعتبار هي التي ترتبط بالأداء المميز في العقد، أي بالسلعة المراد بيعها[6].

ويمكن التعرف على المنشأة التي يمارس من خلالها البائع نشاطه عن طريق إلزامه بالإعلان عن العنوان الجغرافي على موقع (Web sit) المستخدم من قبله حسب ما قررته المادة 1/5/ب من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية، وحسب ما قرره المشرع الفرنسي في المادة L 111-1/4 من قانون الإستهلاك، وكذا المادة c-b 1/6 من التوجيه الأوروبي 2011/83 المتعلق بحقوق المستهلك، على أن يترتب في حالة عدم إحترام

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 212.

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 345.

[3]- محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.257.

[4]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 219.

[5]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 212؛ عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص. 217.

[6]- محمد أحمد المحاسنه، المرجع السابق، ص.131.

المورد أو البائع لهذا الالتزام وإخفائه العنوان الجغرافي لمنشأته، تطبيق قانون دولة المستخدم بوصفه الدائن بالأداء المميز[1].

ولئن كان ضابط الأداء المميز بما يتسم به من مرونة وتحديد يعين القاضي على مواجهة الغالبية العظمى من الفروض العملية دون إهدار لتوقعات الأفراد، إلا أنه فكرة كغيرها من الأفكار القانونية لا يقوى على مواجهة كافة الفروض، وعليه تبقى الحالات الاستثنائية التي يستحيل فيها عليه تحديد المقصود بالأداء المميز (عقد القرض السالف الإشارة إليه)، أو الحالات التي يتبين له فيها أن ظروف وملابسات العقد تشير إلى وجود قانون آخر أوثق صلة بالرابطة العقدية الإعتداد بالقانون الأوثق حسبما تشير إليه ظروف العقد وملابساته[2]، لا وفقا للطبيعة الذاتية للعقد حسبما تقرره نظرية الأداء المميز.

بعد أن تم تحديد قدرة ضابط الأداء المميز لبيان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية وكذا صعوبات إعماله، وجب التعرض الضابط المقرر لحماية المستهلك من ضابط الأداء المميز في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

البند الثاني: نحو حماية موضوعية للمستهلك من ضابط الأداء المميز في مجال عقود التجارة الإلكترونية

مع تزايد حجم التجارة الالكترونية وتنامي المبيعات عبر البريد الإلكتروني والمواقع الالكترونية، ظهر الاهتمام بضرورة حماية المستهلك من الموردين الذين لا يراهم، ويبرم معهم عقودا تجارية[3]، ذلك أن تلك العلاقات غالبا ما تنطوي على اختلال في التوازن بين المستهلك كطرف ضعيف والمهني كطرف قوي[4].

ولاعتبارات القوة التي يتميز بها المهني في مجاله، أضحى المستهلك بحاجة إلى الحماية، التي لا تنفك النصوص القانونية عن محاولة تأكيدها على المستويين الداخلي والدولي، خاصة أنه كان وما يزال الحلقة الواجب الإهتمام بها في جميع المجالات، وبصفة خاصة منها مجال القانون الدولي الخاص لتزاحم النصوص القانونية حكم العلاقة القانونية الواجب الفصل فيها.

أمام ضرورات حماية المستهلك الإلكتروني كان لا بد من تقديم تعريف له(**أولا**)، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التي يكون طرفا فيها(**ثانيا**)، خاصة وأن الضوابط السابق ذكرها، غالبا ما ترمي إلى حماية الطرف القوي.

---

[1]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.109؛ محمد أحمد المحاسنه، المرجع السابق، ص.131.

[2]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.612.

[3]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 219.

[4]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 16.

أولا: تعريف المستهلك الإلكتروني.

يتطلب تعريف المستهلك الإلكتروني تحديد مجمل الآراء الفقهية الواردة في مجال عقود الإستهلاك، ومحاولة تطبيقها على تلك المبرمة بالوسائل الإلكترونية مع بيان النصوص القانونية المتعلقة بتعريف المستهلك، وبصفة خاصة منها تلك الواردة في الاتفاقيات الدولية المنظمة للعقود الدولية بوجه عام.

وذلك كله نتيجة لغياب تعريف دقيق للمستهلك الإلكتروني على الرغم من انتشار مثل هذه العقود، وكثرة الصعوبات التي يواجهه المستهلك في تعاملاته، وللوصول إلى هذا كله سيتم التعرض لتعريف المستهلك من الناحية الفقهية (**1**)، ثم من الناحية التشريعية (**2**).

1- التعريف الفقهي للمستهلك الالكتروني.

لقد تعددت وجهات نظر الفقه بشأن تعريف المستهلك، بحيث عرفه البعض بأنه:"كل شخص يتعاقد بهدف تلبية وإشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية غير المرتبطة بنشاطه المهني"[1].

وفي هذا أشار بعض من الفقه إلى أن لفظ المستهلك يقتصر على الشخص الطبيعي، في حين قرر البعض الآخر أن هذا التعريف يتعدى الشخص الطبيعي ليشمل بعض الأشخاص المعنوية التي لا تهدف إلى تحقيق الربح كالجمعيات الخيرية والنقابات، وعليه، فإن مفهوم المستهلك يشمل إلى جانب الأشخاص الطبيعية الأشخاص المعنوية شريطة أن لا يكون الغرض من نشاطها مهنياً[2].

وعليه يستلزم تحديد تعريف المستهلك الوقوف على الغرض من النشاط، سواء كان محل العقد سلعا أو خدمات، ذلك أن كل الأموال تصلح لأن تكون محلا لعقد الاستهلاك طالما أن استعمالها أو اكتسابها كان لهدف غير مهني، بل يستوي أن تكون السلع الاستهلاكية قابلة للاستخدام مرة واحدة فقط، أو لمرات عديدة، كما وأن الخدمات على اختلاف أنواعها (مادية، ثقافية، مالية) تصلح لأن تكون محلا لعقد الاستهلاك[3].

وعلى هذا الأساس يعد المستهلك طرفا نهائيا في سلسلة توزيع السلع أو الخدمات، التي تمر بمراحل متعددة ليكون دوره فيها إشباع حاجاته منها[4]، وبذلك يكون مستهلكا الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على المال أو الخدمة بغرض غير مهني[5].

---

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 189.

[2]- عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص.9.

[3]- لقمش محمد أمين، الحماية القانونية لحقي المؤلف والمستهلك على النات – دراسة مقارنة ما بين القانون الجزائري والفرنسي-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم-تخصص قانون خاص-فرع قانون الأعمال-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية -2016 2015، ص.81.

[4]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص.21.

[5]- مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص. 227.

ويعتبر التعريف السابق ضيقا، ذلك أن هناك اتجاها فقهيا يحاول التوسع في مفهوم المستهلك ليعتبره كل شخص يقوم بتصرف قانوني لاستخدام السلع أو الخدمات استخداما شخصيا أو مهنيا، وعليه يشمل هذا التعريف المعاملات التجارية بين المنتجين أنفسهم شريطة أن تكون تلك المعاملات خارجة عن إطار اختصاصهم المهني[1].

وفي إطار ضبط فكرة المستهلك في ضوء الاتجاه الموسع ظهر معيارين، معيار الاختصاص أو التخصص المهني(la compétence professionnelle)[2]، ومعيار الصلة أو العلاقة المباشرة (rapport direct)[3]؛ ويعد الأول أكثر اتساعا لأنه يساوي بين المهني الذي يتعاقد لأغراض مهنية خارج نطاق اختصاصه ومابين المستهلك، بحيث يعتبر مستهلكا المهني الذي يبرم تصرفا تجاريا يتعلق بتجارته، طالما أن ذلك التصرف يخرج عن نطاق تخصصه الدقيق، في حين يعتمد المعيار الثاني على وجود صلة تربط بين العقد الذي يتم والمهنة التي تمارس[4]، بحيث لا يعتبر مستهلكا المهني الذي يتعاقد خارج نطاق إختصاصه المهني، طالما أن العقد له صلة أو علاقة مباشرة بنشاطه المهني[5].

إذا كانت التعاريف السابقة تخص المستهلك في مجال المعاملات التقليدية، فإن التعاريف ذاتها تمتد في مجال المعاملات الإلكترونية، كل ما هنالك أن تعامله في الحالة الأخيرة يتم عبر وسائل إلكترونية أهمها من حيث الانتشار شبكة الاتصالات الإلكترونية[6].

وعليه المستهلك الإلكتروني هو ذلك الشخص الذي يبرم العقود الإلكترونية المختلفة من شراء، إيجار، قرض، انتفاع وغيرها من أجل توفير كل ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها، ودون أن تتوافر له الخبرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها[7]. بمعنى آخر

---

[1]- مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص. 228.

[2]- Cass.28 Avril 1987- bull.civ 1-N°134-Dalloz-1987-somm. p. 455.

مشار إليه من طرف، نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع2، الثانية والثلاثون، جمادى الآخرة 1429-يونيو 2008، ص.178.

[3]-Cass.com 14mars 2000, Brda 2000-N°8, p.10.

مشار إليه من طرف، نبيل محمد أحمد صبيح، المرجع السابق، ص.179.

[4]- عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع السابق، ص. 15؛ جوليانا ميخائيل عبد الله، رغيد عبد الحميد فتال، إثبات صحة العقد الالكتروني في القانون الفرنسي، الفكر الشرطي دورية ربع سنوية علمية محكمة ومفهرسة تعنى بالعلوم الشرطية تصدر عن مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، مج رقم 25، ع رقم 96، يناير2016، ص.225.

Sur ce Rapport, V.J.Calais- Auloy, Droit de la Consommation, Consommation,D.7eme éd.2004, n.12 et s.

[5]- نبيل محمد أحمد صبيح، المرجع السابق، ص.179.

[6]- مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص. 225؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.25.

[7]- أوشن حنان، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مجلة الفقه والقانون، www.majalah-droit.ici.st، 2012، ص. 3.

تاريخ زيارة الموقع 2013-03-12 على الساعة19:34 .

المستهلك هو ذلك الشخص الذي يقتني سلعة أو خدمة لاستخدامه النهائي، وعليه فإن لفظ المستهلك يشمل إلى جانب الشخص الذي يرمي إلى تحقيق متطلباته الشخصية، المهني الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه المهني.

وتجدر الملاحظة في هذا المقام أن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد صفة المتعاقد من خلال ظروف وملابسات الدعوى، وتعد هذه الصفة مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا[1].

2- تعريف المستهلك الإلكتروني تشريعاً

بعد أن أصبحت مصالح المستهلكين ورجال الأعمال وممثليهم بارزة على المستويين الإقليمي والعالمي، بات وضع المصالح الخاصة بالمستهلكين مراعى لدى العديد من الاتفاقيات الدولية، التي أخذت على عاتقها مهمة تحديد المقصود بالمستهلك بغية تحقيق التوفيق بين قواعد القانون الدولي الخاص[2].

وفي هذا يلاحظ أن اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 عرفت المستهلك بطريقة ضمنية في المادة 2 /1 منها بأنه الشخص الذي يشتري البضائع من أجل الاستعمال الشخصي العائلي أو المنزلي[3]،بمعنى الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط غير مهني، وبهذا تكون الإتفاقية قد أخذت بعنصر النشاط في تحديد مفهوم المستهلك[4]، في حين اعتبرته المادة 1/6من لائحة روما الشخص الطبيعي الذي يتصرف لأغراض أجنبية عن نشاطه المهني[5]، وبذلك تكون اللائحة هي الأخرى قد تبنت عنصر النشاط في تحديد المقصود المقصود بالمستهلك، كما قررت ذلك المادة 1/17 من إتفاقية بروكسل 1 المتعلقة بالاختصاص القضائي، الاعتراف وتنفيذ القرارات في المواد المدنية والتجارية[6]، حيث اعتبرته الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط غريب غريب عن نشاطه المهني.

---

[1]- عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص.118.

[2]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 219.

[3]- تنص المادة 2 /1من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع 1980: " لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البيوع التالية:
(أ) البضائع التي تشترى للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشتريت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة..."

[4]- نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.142.

[5]- Art 6Al1 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que: «Sans préjudice des articles 5et 7 , un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle,... »

[6]- Art17Al 1 du Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I)dispose que : « 1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle,..... »

إلى جانب الاتفاقيات الدولية تبنى التوجيه الأوروبي 83/2011 الصادر عن البرلمان الأوروبي والخاص بحماية المستهلك ما سبق لقضاء بعض الدول تأكيده[1]، حين استبعد الأشخاص الاعتبارية من مفهوم المستهلك فعرفه في المادة 2 منه[2]بأنه:"أي شخص طبيعي، في إطار العقود التابعة للتنظيم الحالي، يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، أو الحر.".

من خلال ما سبق يلاحظ أن التوجيه الأوروبي قصر لفظ المستهلك على الأشخاص الطبيعية[3]، في حين أن تشريعات أخرى وعلى رأسها المشرع الجزائري استخدمت مصطلحا واسعا، يشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية، وفي هذا الإطار عرفت المادة1/3 من قانون 09-03 المستهلك بأنه:"كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"[4].

ولعل ما ينبغي التنويه إليه بخصوص هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتنق فيها المفهوم الضيق للمستهلك، بحيث استبعد المهني المحترف الذي يتعاقد لأغراض تخرج عن مجال نشاطه[5]، وذلك بخلاف ما تبناه بمقتضى المادة 2 من المرسوم التنفيذي المتعلق رقابة الجودة وقمع الغش[6]، الذي اعتمد فيه المفهوم الموسع، بإدراجه مصطلح المستهلك الوسيطي، فإقتناء الشخص سلعة من أجل استعمالها الوسيطي يجعل منه وفقا للمادة آنفة الذكر مستهلكا رغم كونه محترفا[7].

بعد تحديد المقصود بالمستهلك من الناحيتين الفقهية والقانونية، وجب التعرض للضوابط الواجب إعمالها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي يكون طرفا فيها.

---

[1]-C .A Paris. 7Nov 2001-R-G N° 1999/23262

بمقتضى هذا الحكم قررت محكمة إستنافباريس في الدعوى المطروحة أمامها، والمتعلقة بإبرام عقد إيجار آلات مراقبة لاسلكية بين شركة تجارية وجمعية إستبعاد الأشخاص الإعتبارية من نطاق الحماية المقررة للمستهلكين. مشار إليه من طرف، نبيل محمد أحمد صبيح، المرجع السابق، ص.176.

[2]- Art 2 Al1 du DIRECTIVE 2011/83/UE dispose que : « Aux fins de la présente directive, on entend par :

1) «Consommateur», toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ;"

[3] – نبيل محمد أحمد صبيح، المرجع السابق، ص.174.

[4] – المادة1/3من ق 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سابقالإشارةإليه.

[5]– عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص.112.

[6]–تنص المادة 2من المرسوم التنفيذي 90-39 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر، ع.06، س.1990 تنص: "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به."

[7]– عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، المرجع السابق، ص.113.

ثانيا: تفعيل الضوابط التقليدية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية.

نظرا لجسامة النتائج المترتبة على إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال عقود الاستهلاك، والمتميزة أساسا باختلال التوازن بين طرفيها، وإذعان الطرف الضعيف – المستهلك–للطرف القوي –المهني–بسبب ضغط هذا الأخير عليه وإعدام إرادته وإجباره على الخضوع كليا لشروط العقد[1]، كان من الواجب حماية الطرف الضعيف، ومنع الطرف القوي من الانفراد باختيار قانون العقد واستبعاد تطبيقه كلما كان الاختيار تعسفيا[2].

وعليه يتضح أن استبعاد وظيفة الإسناد الممنوحة للإرادة في المجال التعاقدي تعود أساساً إلى رغبة المشرع في إعادة التوازن بين أطراف العقد وحماية العاقد الضعيف، سيما وأن مبدأ سلطان الإرادة لا يتفق أساساً ومقتضيات حماية المستهلك، بل يتنافى مع إرادة التشريعات الوطنية المعدة أساساً لحمايته[3]، ونفس الأمر يسري على باقي ضوابط الإسناد الجامدة التي يترتب على إعمالها الأضرار بالمستهلك[4].

ولاعتبار أن إعمال نظرية الأداء المميز على عقود الاستهلاك الالكترونية تؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي باعتباره المدين بهذا الأداء[5]، كان لابد من إسناد هذه العقود لقانون يتماشى والحماية التي قررتها له التشريعات، من خلال منح الإختصاص لضابط محل إقامته باعتباره القانون الذي يحقق له مصلحته، على أن يتم إستبعاد هذا الضابط، كلما تبين وجود قانون آخر يوفر له حماية أكثر.

ولكن إذا كان هذا الوضع يتماشى وعقود الاستهلاك الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية، فإلى أي مدى يمكن إعماله في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية؟

هذا ما سيتم الإجابة عليه، من خلال التطرق لقدرة ضابط محل إقامة المستهلك على تسوية منازعات عقود الإستهلاك المبرمة بالوسائل الالكترونية(**1**)، ثم إلى فكرة الحل الوظيفي كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني (**2**).

1– قدرة ضابط محل إقامة المستهلك على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية

يترتب على فض منازعات عقود الاستهلاك استنادا لضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك، تطبيق القانون الذي يحقق له مصلحته، باعتباره المكان الذي يعيش فيه، والذي يسهل عليه توقع النتائج المترتبة على تطبيقه، كما أنه يسمح له بتجنب عنصر المفاجآت الناجمة عن تطبيق قانون آخر[6].

---

[1]– شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، ع4، جانفي2011، ص228.

[2]– سيد محمد سيد شعراوى، المرجع السابق، ص. 529.

[3]– خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 90.

[4]– يراجع في تفصيل ذلك، سيد محمد سيد شعراوى، المرجع السابق، ص. ص531-533.

[5]– حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.57.

[6]– إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.322 .

وعليه يُلاحظ أن ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك يؤدي إلى حماية رضاء المستهلك وتكريس توقعاته المشروعة، كما يسمح للدولة بتكريس أهدافها وتحقيق النظام الاجتماعي الذي تسعى من خلاله إلى حماية مصالح معينة كمصلحتها في إقامة التوازن في العلاقة العقدية بين المهنيين والمستهلكين[1]، ومصلحتها في وضع قانونها الحمائي موضع التطبيق، بإعتبار أن قواعد هذا القانون تشكل جزءا من مفهوم النظام العام الاقتصادي الذي يعد عقبة أمام تطبيق القوانين الأجنبية في دولة القاضي[2].

لأهمية ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك قررت اتفاقية روما لسنة 1980 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة الخامسة (5)إسناد عقود الاستهلاك له[3]، غير أنها قيدت تطبيقه بثلاث حالات:

تتعلق الأولى بالعقود التي تسبقها عروض خاصة أو دعاية في محل إقامة المستهلك، كعقد البيع بالمراسلة، البيع بالموطن، والبيع الذي يتم عن طريق دعاية للمشروع في محل الإقامة المعتادة للمشتري أو الموجهة نحو هذه الدولة[4]، الدولة[4]، وفي الواقع يتم إخضاع هذه البيوع لهذا الضابط لأنها بيوع يتعاقد فيها المستهلك تحت تأثير الأساليب المغرية، غير أنه ينبغي لتطبيق هذه الفقرة قيام المستهلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد في محل إقامته المعتادة.

هذا عن الحالة الأولى، أما الحالة الثانية فتتعلق بتلقي المتعاقد أو ممثله الطلب من المستهلك في محل إقامته المعتادة، ومن ذلك توجه المستهلك إلى مركز الشركة الأجنبية المقدمة لعروضها في بلد محل الإقامة المعتادة له، وكذا حالة تعاقده مع فرع أو وكيل لشركة أجنبية في ذلك البلد وسواء تم التعاقد فيه أو في غيره[5].

---

[1]– سيد محمد سيد شعراوى، المرجع السابق، ص.535.

[2]– حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.62.

[3]– تنص المادة 5 من اتفاقية روما لعام 1980: "

1–تطبق هذه المادة على العقود التي يكون محلها توريد منقولات مادية أو خدمات لشخص المستهلك من أجل استعمال يمكن اعتباره غريبا على نشاطه المهني، وكذلك على العقود المخصصة لتمويل هذا التوريد.

2–مع عدم المساس بنصوص المادة الثالثة، فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته:

– إذا كان العقد قد سبقه، في هذا البلد عرض خاص أو دعاية، وإذا كان المستهلك قد قام باتخاذ الإجراءات الضرورية لابرام العقد في هذا البلد.

– إذا تلقى المتعاقد مع المستهلك أو ممثليه الطلب من المستهلك في هذا البلد.

– إذا كان العقد يتعلق ببيع بضائع، وانتقل المستهلك من هذا البلد إلى بلد أجنبي وأبرم العقد، بشرط أن تكون الرحلة منظمة بواسطة البائع من أجل حث المستهلك على إبرام عقد البع. "

[4]– خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص.187.

[5]– حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.79.

أما الحالة الثالثة فتتعلق بتنقل المستهلك من بلده إلى بلد أجنبي لإبرام عقد بيع بضائع على أن تكون تلك الرحلة منظمة بواسطة البائع، وتهدف إلى حث المستهلك على إبرام العقد وشراء المنتجات المعروضة في دولة أجنبية، وهو ما يطلق عليه باسم بيوع الرحلة voyages-ventes[1].

ورغم أن اتفاقية روما قيدت إعمال محل الإقامة المعتادة للمستهلك بالحالات الثلاثة السابق ذكرها، إلا أن الحالات الواردة بالمادة الخامسة (5) لم تخلو من النقد في مجال العلاقات الدولية خاصة منها المبرمة بالوسائل الإلكترونية، بحيث اتجه البعض[2] إلى رفض تطبيق هذه المادة على عقود الاستهلاك المبرمة عبر شبكة الإنترنت ذلك أن مجرد الوصول للموقع من دولة المستهلك لا يكفي لإثبات حدوث الإعلان في هذه الدولة، كما وأنه يصعب معرفة نية المورد في توجيه إعلانه إلى دولة المستهلك بالذات، إذ يفترض أن إعلانه موجه إلى كل الدول، وهذه هي النتيجة الحتمية للطبيعة الافتراضية لشبكة الإنترنت.

كما وأن الشرط الخاص بإتمام المستهلك لإجراءات التعاقد الضرورية في دولة محل إقامته المعتادة غير متصور، ذلك أن القيام بتلك الإجراءات-كتسجيل البيانات على موقع البائع-لا يمكن أن يخضع للتركيز المكاني، وهو ما يبرز غالبا عند تعاقد المستهلك أثناء القيام بإحدى رحلاته[3].

ولعل من أسباب عدم إمكانية تطبيق ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية عدم إمكانية الحديث عن الإغراء الصادر من جهة المورد، ذلك أن هذه المسألة تصدر عنه في العقود التقليدية حينما يقوم بالإعلان في الصحيفة أو التلفاز، أما في مجال التجارة الإلكترونية فهو يقوم بعرض إيجاب الشراء ليتوجه المستهلك إليه بطلب التعاقد[4].

ولكن رغم الانتقادات التي تعرض لها تطبيق المادة الخامسة (5) من اتفاقية روما على عقود التجارة الإلكترونية، ورغم رفض الفقه تمديد العمل بها في هذا النوع من العقود، إلا أن البعض منهم يرى خلاف ذلك[5]، ويقر بإمكانية تطبيقها، ذلك أن الدعوة المرسلة للمستهلك يمكن اعتبار أنها مرسلة إلى الدولة التي يقيم فيها، إذا قام مورد الخدمة بإرسال رسالة إلكترونية ذات طبيعة دعائية إلى تلك الدولة[6]، ويؤخذ لتحديد ما إذا كانت الدعوة الدعوة موجهة إلى دولة المستهلك، اللغة المستخدمة، عملة الوفاء، على أن إستخدام اللغة الإنجليزية لا

[1]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 190.

[2]- وهو موقف الفقيه (VincentGautrais et pierre- Emanuel Moyes). مشار إليه من طرف، عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.132.

[3]- محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.269.

[4]- عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص.133.

[5]- وهو موقف كل من (Zanobetti,Hoedl,M.Fallon Et J.Meeusen). مشار إليه من طرف، نفس المرجع، ص. 134.

[6]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.90.

يعد دليلا على توجيه الرسالة إلى الدول الناطقة باللغة الإنجليزية لأنها اللغة العامة في مجال الانترنت، أما إذا كانت اللغة المستخدمة هي اللغة العربية فإن ذلك يعد دليلا على توجيه الدعوة للمستهلكين الموجودين في الدول العربية.

إلى جانب ذلك يمكن التأكد من شرط قيام المستهلك بالخطوات الضرورية اللازمة لابرام العقد في دولة إقامته العادية، وذلك في حالة ما إذا قام المستخدم بتسجيل طلبه على شبكة الإنترنت في دولة محل إقامته، أو قبل إيجاب المورد من خلال البريد الإلكتروني[1].

بسبب تضارب الآراء الفقهية الرامية إلى تفسير مضمون المادة 2/5 من اتفاقية روما 1980، بما يتوافق وعقود الاستهلاك الالكترونية، إتجهت لائحة روما المعدلة للاتفاقية السالفة الذكر إلى محاولة تلافي الانتقادات المختلفة، بتبنيها لفكرة "توجيه النشاط" بدلا من فكرة "العرض الخاص" المقررة في الفقرة أ من المادة 2/5 من الاتفاقية، كما وألغت الشرط الوارد بذات الفقرة، والمتعلق بضرورة إتخاد المستهلك الخطوات الضرورية لإبرام العقد في محل إقامته، وذلك كله رغبة منها في تمديد الحماية لتشمل المستهلك الذي قد يتعاقد خلال رحلاته، والذي سبق لاتفاقية روما أن استبعدته من نطاق الحماية.

وبذلك أصبح نص المادة 2/5 من إتفاقية روما بعد صدور لائحة 593/ 2008 المعدلة لها المادة 1/6 والتي قضت[2] ب: "دون الإخلال بالمادتين 5 و7، يخضع العقد الذي يبرمه الشخص الطبيعي (المستهلك) لأغراض أجنبية عن نشاطه المهني مع شخص آخر (المحترف) يتصرف في إطار نشاطه المهني، لقانون الدولة التي تتواجد بها الإقامة المعتادة للمستهلك، على أن يكون المحترف:

أ- يمارس نشاطه المهني في الدولة التي تتواجد فيها الإقامة المعتادة للمستهلك، أو

ب- يوجه، بأية وسيلة كانت، نشاطه لهذه الدولة أو لعدة دول، بما فيها هذه الدولة،

---

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 195؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 2005، ص.57؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.90؛ نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص.156.

[2]- Art 6Al1 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que: «Sans préjudice des articles 5et 7 , un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays ou le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnelle :

a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle,ou

b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci,

et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité. »

وأن يدخل العقد في إطار هذا النشاط. "

إنطلاقا من هذه المادة، وإستنادا لفكرة توجيه النشاط يتضح أن مجرد ظهور الموقع في دولة المستهلك غير كافٍ للقول بمباشرة المهني لنشاطه أو قصد توجيهه إلى هذه الدولة، بل لا بد على القاضي أن يتحرى الوضع، بالرجوع إلى ظروف وملابسات التعاقد، يمكن له الإستدلال على ذلك وفقا لما قررته محكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر بتاريخ 2010، من خلال طبيعة النشاط وتحديد ما إذا كان دوليا أم محليا، اللغة المستخدمة من الموقع الإلكتروني، العملة الأجنبية التي يعتمدها الموقع للوفاء، أرقام الهواتف ورموز الدول المعول عليها للتعاقد، أو بالإستناد إلى شروط التسليم المادي وقواعده[1].

إن ما ينبغي الإشارة إليه أن حدود حماية المستهلك في لائحة روما تقتصر على توفر إحدى حالتي المادة 2/6، بحيث في غيابهما يتم تحديد القانون المطبق على العقد بين المستهلك والمهني وفقا للمواد 3و4 من ذات الاتفاقية، إذ لا يجوز للمستهلك في غير تلك الحالتين التمسك بتطبيق قانون محل إقامته، وإن كان بالإمكان تجاوز ذلك وفقا لقوانين البوليس الواردة في المادة9 من لائحة روما.

بهذا يتبين أن لائحة روما وضعت نظامين متكاملين من أجل العقود التي تتم مع المستهلكين عبر الخط مباشرة، النظام الأول، نصت عليه المادة 2/6، ويعمل به عندما تكون أنشطة مقدم الخدمة أو السلعة موجهة نحو دولة محل إقامة المستهلك، والنظام الثاني تضمنته المادة 9 وهو لا يتطلب أن تكون تلك الأنشطة موجهة نحو دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك[2].

إذا كانت هذه هي الأحكام التي قررتها لائحة روما لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك ذي الطابع الدولي، فإنه ينبغي الذكر أن حماية المستهلك بالنسبة للتشريعات التي لم تورد نصوصا مماثلة لتلك التي أوردتها اللائحة، يتقرر وفقا لضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك باعتباره حسب البعض[3] من قوانين البوليس أو قوانين التطبيق الضروري[4]، التي تطبق إلى جانب قانون الإرادة، مع أولويتها في التطبيق عليها، في حين

---

[1]-Cases no, C-585/08and C-144/09 .official Journal of the European Union. C55 ,19/2/2011 .p.4 .

مشار إليه من طرف محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص..270

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.312.

[3]- صاري نوال، قواعد حماية المستهلك وقوانين التطبيق الآني، مجلة العلوم القانونية والإدارية، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والإدارية تصدرها كلية الحقوق بجامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، ع خاص، أبريل 2005، ص.56؛ نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص.152؛ مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، المرجع السابق، ص.1358.

[4]- تنسب نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري للأستاذ (فرانسسكاكيس) والذي تطرق إليها تحت مسمى " القوانين ذات التطبيق المباشر"، وقد اعتبرها قواعد تهدف إلى توفير الحل الموضوعي المباشر للمسائل القانونية التي تقع تحت طائلها، بغض النظر عن الطابع الدولي الذي قد تتصف به، بل إن القوانين الضرورية من وجهة نظره تعكس التنظيم في الدولة، ومن ثم يتحتم تطبيقها دون تزاحم، ذلك أن طابع التنظيم فيها لا يطيق تدخل القانون الأجنبي. وقد تطرق المشرع الجزائري لقوانين الأمن بمقتضى نص المادة 5 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم التي تنص على:" " يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن."

يتقرر حسب جانب آخر[1] وفقا لمبادئ القانون الدولي الخاص التي تطبق فيما لم يرد بشأنه نص في قوانينها، وذلك وفقا لما تقرره نصوص تلك التشريعات، وفي مقدمتها المشرع الجزائري في المادة 23مكرر2 من القانون المدني[2].

إزاء القصور الذي تشهده نصوص القانون الجزائري في هذا الشأن، فإنه يتوجب على المشرع الجزائري التدخل لإيراد استثناء على نص المادة 18 من القانون المدني، شبيه بالاستثناء الذي قرره على العقود الواردة على العقار[3]، ويسند فيه عقود الإستهلاك لقانون محل إقامة المستهلك.

بعد أن تم تحديد أهمية ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك في بيان القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية، وجب بحث حدود هذا الاعمال.

2: فكرة الحل الوظيفي كآلية لحماية المستهلك في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

رغم ما يحققه ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك من نتائج إيجابية إلا أن جانبا من الفقه [4]اتجه إلى ضرورة إنتهاج فكرة الحل الوظيفي واختيار أكثر القوانين ملائمة لحماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية خاصة إذا كانت هذه العلاقة دولية.

والواقع أن فكرة الحل الوظيفي[5] التي نادى بها أنصار هذا الاتجاه تتطلب عدم الوقوف على القانون المحدد بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، بحيث تستلزم الأخذ بعين الاعتبار النتائج التي ستترتب على تطبيقه والمفاضلة بين القوانين المتنازعة لاختيار أكثرها ارتباطا بالعقد وأنسبها لحسم النزاع وفعالية لحماية المستهلك.

=هذا ويجب الإشارة إلى أن مجالات قوانين التطبيق الضروري تشمل مجالات متعددة، ومن ذلك مثلا القواعد المنظمة للإشهار، إشهار الأدوية، المتاجرة في الكحول، قانون البورصة، كيفية عرض المنتوج، الإعلام عن الأسعار، إستخدام اللغة الوطنية للتعبير عن الإيجاب،كما يمكن أن ترتبط قوانين التطبيق الضروري بقوانين المنافسة. يراجع في ذلك، أحمد قسمت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع 1و2، السنة الرابعة والعشرون، يناير ويوليو 1982، ص. 5 وما يليها؛ موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ج1، قواعد التنازل، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص.130 وما يليها.

Sylvaine Poillot Peruzzetto,la loi applicable au contrat électronique, le contrat électronique, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Université Panthéon- Assas (PARIS II),Journée nationales Tome v/Toulouse-2000, L .G .D .J ,P.24.

[1]- حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.83.

[2]- تنص المادة 23 مكرر 2 من ق.م.ج المعدل والمتمم: "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين."

[3]- تنص المادة 4/18ق.م.ج المعدل والمتمم: " غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."

[4]- وهو موقف خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 196.

[5]- استعمل هذا المصطلح الفقيه (F. Rigou) في كتابه القانون الدولي الخاص، طبعة 1987 لأول مرة، ثم تبناه الفقيه (Lagarde) في مقاله نحو تقريب وظيفي للتنازع الايجابي للجنسيات، المجلة الإنتقادية 1988، ص29 وما بعدها، وأخذ به الفقيه عكاشة محمد عبد العال في كتابه الاتجاهات الحديثة في مشكلة =تنازع الجنسيات.مشار إليه من طرف. جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص.44.

إذ رغم أن ضابط الإرادة كثيرا ما يحقق الحماية الفعالة للمهني، إلا أنه قد يتفق الأطراف على منح الاختصاص التشريعي لقانون يحقق أو يخدم مصلحة الطرف الضعيف، في حين تكون الحماية المقررة لهذا الأخير في ظل قانون محل إقامته المعتادة أقل من تلك التي يوفرها له القانون المختار، وعليه لا يمكن الجزم المسبق بأن قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك هو أكثر القوانين حمائية، بل لا بد من الوقوف على تركيز غائي لقاعدة الإسناد وفقا لوظيفتها[1].

وقد تبنت لائحة روما فكرة الحل الوظيفي في المادة 2/6 منها[2]حيث منحت للأطراف اختيار القانون المطبق على العقد طبقا للمادة 3، شريطة أن لا ينتج عن ذلك الاختيار حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته، ذلك أن أحكام هذا القانون لا يمكن الاتفاق على مخالفتها.

الملاحظ أن هذه المادة تتضمن تخييرا بين القانون المختار بواسطة الأطراف، وبين قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، إذ يُطبق الأول كلما كان أكثر صلاحية للمستهلك، في حين يستبعد كلما كانت النصوص الآمرة في قانون محل إقامة المستهلك أكثر صلاحية لهذا الأخير، ويتم تحديد ذلك بواسطة القاضي[3].

وعليه يعد تطبيق القانون الأكثر صلاحية للمستهلك، –ولو كان القانون المختار بواسطة الأطراف– متفقا مع لائحة روما وهدفها الرامي إلى توفير حماية أفضل للمستهلك في عقود الاستهلاك، وإذا كانت اللائحة قد وضعت قيوداً على إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وجعلت الأولوية لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك، فإن ذلك كله من أجل حماية هذا الأخير من تعسف الطرف القوي في العقد.

إن أهمية فكرة القانون الأكثر صلاحية للمستهلك، دفعت القضاء إلى الإعتماد عليها، بحيث طبقها القضاء الأمريكي في قضية (Pasieka V. America online inc)، التي رفع فيها المدعي دعواه ضد الشركة كدعوى فئوية(Class Action) نتيجة لمواجهة صعوبة إنهاء الاتفاقية المبرمة معه على الخط، واستمرارية الشركة في تحصيل أتعاب خدمتها رغم إلغاء الاتفاقية، إذ رغم أن المدعى عليها دفعت بأن المحكمة غير ملائمة (Forum non convenience) لوجود شرط الاختصاص الحصري والمانع الذي يخول لمحاكم فيرجينيا صلاحية الفصل في تلك القضية، إلا أن المحكمة رفضت ذلك الدفع لاتصال موضوع الدعوى بقانون الممارسات

[1]– محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.277.

[2]– Art 6Al2 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que: «Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux condition du paragraphe 1, conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de l à loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe1. »

[3]– خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 203.

غير المشروعة، الذي لا يمكن الإفلات من تطبيق أحكامه خاصة مع عدم ضمان وجود حماية مماثلة للمستخدم في قانون ولاية فرجينيا، وعليه طبقت المحكمة قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك واستبعدت القانون المحدد بصفة ضمنية من قبل الأطراف والمستنبط من إدراج شرط الاختصاص القضائي[1].

في الحقيقة رغم وجاهة الحل القائم على تطبيق أكثر القوانين حماية للمستهلك، ولو لم يكن قانون الدولة التي يقيم فيها، إلا أن مثالبه تتضح حسب البعض عندما يوفر أحد القوانين حماية للمستهلك في نقطة لا يوفرها له القانون الآخر، ويوفر له القانون الثاني حماية في مسألة أخرى لا يوفرها له القانون الأول، بحيث تصبح مسألة تحديد القانون الأصلح موضوع خصومة يترتب عليها تجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه لقانون معين[2]، وقد أكد جانب من الفقه[3] على أن هذا النقد يجانبه الصواب، كون أن هذه التجزئة تبرز كذلك في حال إطلاق العنان للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق.

إن الأمر لم يقتصر على النقد السالف ذكره، بل تعداه ليشمل إخلال القانون الأكثر حماية للمستهلك بالأمان القانوني والتوقعات المشروعة للأطراف، ذلك أن مثل هذا الحل يجعل مسألة القانون الواجب التطبيق غير معروفة مسبقا وتعتمد على تحديد القانون الأصلح للمستهلك، وهو ما يضر بتوقعات الأطراف ومصالحهم، وبصفة خاصة منهم الطرف القوي في العقد[4]، وقد تم التصدي لهذا النقد كون أن الأمر يتعلق بعقود يحتاج أحد أطرافها إلى حماية خاصة، ولابد أن تأخذ بعين الاعتبار حماية مصالح الطرف الضعيف في العقد، حتى لو كان ذلك ينطوي على بعض المخالفات لمبدأ الأمان القانوني، فحماية الطرف الضعيف هدف يفوق هدف الحفاظ على التوقعات المشروعة للأطراف، ومن ثم فإنه لابأس في التضحية بالثاني في سبيل تحقيق الأول[5].

[1]- محمد محمود علي محمود، المرجع السابق، ص. 301.

[2]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص.209.

[3]- شبة سفيان، المرجع السابق، ص.231.

[4]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص.213.

[5]- محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.281.

المبحث الثاني: حدود إعمال القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

لا شك أن الضوابط السالف ذكرها تسمح ببيان القانون المختص بحكم عقود التجارة الالكترونية من ناحية موضوعها، وبذلك فهي لاتطبق إلا على مسائل محددة ولا تتعداها لتشمل مسائل أخرى، بحيث تخضع هذه الأخيرة لقواعد إسناد خاصة بها، وكما يكون نطاق إعمال قاعدة الاسناد الخاصة بموضوع الالتزامات التعاقدية محددا بنطاق معين بحيث لا يمكن لها أن تطبق في ما عداه، فإن إعمالها في حالات أخرى لا يتقرر رغم انعقاد الاختصاص لها، ذلك أن هناك موانع تحول دون تطبيقها.

نظرا لأهمية هذا الموضوع فإنه لابد من بيان حدود إعمال القانون المختص بتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، وذلك من خلال التطرق للإستثناءات الواردة على إعمال القانون المختص في مجال عقود التجارة الإلكترونية (**المطلب الأول**)، ثم لموانع إعمال هذا القانون (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الإستثناءات الواردة على القانون المختص بتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

مما لا شك فيه أن فقه القانون الدولي الخاص الغالب مستقر على أن القانون المحدد بمقتضى ضوابط الاسناد السالف ذكرها يطبق على المسائل الموضوعية المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، ولاعتبار أن عقود التجارة الالكترونية الدولية تندرج من حيث موضوعها ضمن فئة الالتزامات التعاقدية، فإنه لا مراء في أن تحديد نطاق المسائل المندرجة ضمنها يرجع بشأنه إلى القانون المحدد بمقتضى الضوابط السالفة، بحيث يتم وفقا له بيان المسائل المتعلقة بتكوين العقد، شروط إنعقاده الضرورية، آثاره، وكذا انقضائه.

ولئن كان الفقه يكاد يجمع على إدراج المسائل السالفة الذكر ضمن نطاق قاعدة الاسناد الخاصة بموضوع الالتزامات التعاقدية، فإنه متفق على استبعاد مسألة الأهلية، والشكلية من نطاق هذا التطبيق، إذ تخضع كل منهما لقاعدة إسناد خاصة بها، ولأهمية هاتين المسألتين وجب بحث القانون الواجب التطبيق عليهما، وبيان مدى إمكانية تجاوز الصعوبات التي قد تعترض تحديدهما أو تُطرح عند إعمالهما في مجال عقود التجارة الالكترونية، وذلك بالتطرق للقانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية (**الفرع الأول**)، ثم للقانون الواجب التطبيق على مسائل الشكل (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية

من المعلوم أن مباشرة التصرفات القانونية يستلزم صدور الإرادة التعاقدية من شخص يتمتع بالأهلية القانونية، ولا ريب في أن هذه الأخيرة متطلبة في مجال عقود التجارة الالكترونية، إذ لا تنعقد هذه العقود صحيحة إلا إذا صدرت عن متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية القانونية اللازمة.

نظرا لأن دراسة موضوع الأهلية يخص عقود التجارة الالكترونية الدولية، فإن الأمر يقتضي بيان الضابط الذي على أساسه يمكن تحديد أهلية أطراف هذه العقود، مع بيان الاستثناء الذي قررته التشريعات لحماية المتعامل مع مستخدم الطرق الاحتيالية، خاصة وأن الواقع العملي يشهد ارتفاعا ملحوظا لمثل هذه التحايلات، والتي يكون سببها الرئيسي إنعدام الالتقاء المادي لأطراف المعاملة التجارية الالكترونية.

لتحديد هذه المسائل سيتم التطرق لضابط الاسناد الخاص بالأهلية في إطار ما يسمى بالقاعدة العامة (**البند الأول**)، ثم التعرض للإستثناء الوارد عليها (**البند الثاني**).

البند الأول: القاعدة العامة

تقرر غالبية التشريعات [1]على غرار المشرع الجزائري[2]مبدأ عاما، مفاده خضوع الأهلية لقانون الجنسية، ولاعتبار أن تحديد ما يندرج ضمن مضمون هذه الفكرة المسندة يعد مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي[3]، فإنه يتوجب بيان المقصود بالأهلية الواردبها وفقا لهذا القانون، وفي هذا يجمع الفقه[4] على أن المقصود بالأهلية الوارد بالمادة 10/ 1 من القانون المدني ينصرف إلى أهلية الأداء العامة، التي يقصد بها صلاحية الشخص لمباشرة التصرف القانوني بإسمه ولحسابه، أو هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه وفي ذمته[5].

نظرا لأن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز، فإن نطاقها يتحدد بالتصرفات القانونية التي تحتاج إلى الإرادة في إنشائها وفي ترتيب آثارها، وبهذا تختلف أهلية الأداء لدى الإنسان بحسب تفاوت الإدراك والتمييز لدى كل شخص، وهي تتراوح بين الإنعدام، النقصان، والكمال تبعا لإنعدام أو نقص أو كمال التمييز والإرادة، بحيث يكون الشخص كامل الأهلية إذا توافر لديه كمال التمييز، ويكون عديم الأهلية إذا كان فاقد التمييز، ويكون ناقص الأهلية إذا كان غير مكتمل التمييز[6].

---

[1]– المادة1/11ق.م.ليبي، المادة 1/11ق.م. مصري، المادة 1/12. ق.م. أردني، المادة 18ق.م. عراقي.

[2]– تنص المادة 10 /1 من ق.م.ج المعدل والمتمم: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم."

[3]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، 2000، ص.140.

[4]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2003، ص.396؛ ؛ هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998، ص.266؛ محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة بنغازي،1994، ص.146.

[5]– محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص. 246؛ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص.146؛علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص.206.

[6]– محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.247.

ولاعتبار أن الأهلية شرط لصحة التصرفات القانونية، فإنه ينبغي الإشارة أن العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها يتحدد بجنسية الشخص وقت إنعقاد التصرف[1]، بحيث إذا أبرم شخص عقدا ثم اكتسب جنسية أخرى بتاريخ لاحق، فإن تحديد أهليته يتقرر وفقا لقانون جنسيته عند إبرام العقد[2].

بهذا يرجع إلى قانون جنسية الشخص لتحديد القواعد الموضوعية المتعلقة بالأهلية لتحديد سن الرشد، عوارض الأهلية (الجنون العته السفه والغفلة)، حالات فقد الأهلية، نقصانها، كمالها، التصرفات التي يجوز لناقص الأهلية القيام بها وحده، حالات اعتبار الصبي قادرا على إدارة أمواله، الجزاء المترتب على فقد الأهلية ونقصها، تحديد من له حق التمسك بالبطلان، المدة التي يجب رفع دعوى البطلان خلالها، جواز إقرار التصرف الباطل من عدمه[3].

إن إعمال الأحكام السابقة يقتضي إسناد أهلية الأجنبي لممارسة التجارة في الجزائر للقانون الشخصي[4]، ذلك أن التجارة من التصرفات القانونية التي يتطلب لمزاولتها توفر أهلية الأداء[5]، لكن الأمر يقتضي حسب البعض[6] تحليلا مختلفا فممارسة الأجنبي للتجارة في الجزائر يتعلق بتوفر الشروط القانونية المتطلبة لممارستها في الجزائر، وعليه ينبغي أن يكون الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الجزائري لا وفقا لقانونه الشخصي، فحتى يمارس الأجنبي التجارة في الجزائر لابد أن يكون بالغا 19سنة كاملة وفقا للمادة 1/40 من القانون المدني- كون أن المشرع الجزائري لم يحدد سنا خاصة للممارسة التجارة في الجزائر – ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن، وهذا كله من أجل المحافظة على إستقرار المعاملات التجارية.

إلى جانب ما سبق، ينبغي الإشارة أن ممارسة الأجنبي للتجارة في الجزائر يستلزم الحصول على البطاقة المهنية التي حددها المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم التنفيذي 06-454[7]، وتمكين الشخص من هذه البطاقة يتطلب كمال أهلية الأجنبي وفقا للقانون الجزائري.

---

[1]- محمد المبروك الافي، المرجع السابق، ص.143؛ هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.265.

[2]- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.122.

[3]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، المرجع السابق، ص.152.

[4]- نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ط 5منقحة ومزيدة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص.139.

[5]- سعيد يوسف البستاني، علي شعلان عواضة، الوافي في أساسيات قانون التجارة والتجار، الشركات التجارية-المؤسسةالتجارية-الأسناد التجارية-، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2011، ص.129.

[6] - Cf. Jean Ripert, Louis Vogel, Traité de droit commercial, G. Ripert, R. Roblot , T1,V.1 , 18e éd, L.G.D.J , DELTA, 2001 , p.170 , n° 214 ;

سعيد يوسف البستاني، علي شعلان عواضة، المرجع السابق، ص.129.

[7]- مرسوم تنفيذي 06-454 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق 11ديسمبر2006 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، ج.ر، ع80، س2006.

من هنا يتبين أن ضرورات حماية الاقتصاد الوطني والمحافظة على الإئتمان الذي يعد أحد دعائم القانون التجاري يستلزم إسناد الأهلية التجارية للقانون الجزائري باعتباره قانون مكان ممارسة النشاط، خاصة وأن بعض التشريعات تبنت هذا الاتجاه[1].

إذا كان هذا الجدل قد طرح بخصوص أهلية ممارسة التجارة - دون أهلية المتعامل مع التاجر الذي يظل خاضعا إذا ما كان غير تاجر للقانون الشخصي، وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته حسب القانون الجزائري-، باعتبارها من المسائل التي تندرج ضمن أهلية الأداء العامة الواردة بالمادة 1/10 من القانون المدني، فإنه ينبغي الذكر أن الفقه متفق على أن نطاق هذه المادة لا يشمل أهلية الوجوب، بحيث تخضع هذه الأخيرة للقانون المختص بحكم الحق الذي يراد معرفة ما إذا كان الشخص يتمتع به من عدمه[2]، كما ويخرج من نطاق الفكرة المسندة الأهلية الخاصة التي من بين ما تشتمل عليه ترشيد القاصر لمزاولة التجارة، بحيث عمد الفقه في هذا الشأن إلى التفرقة بين القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية والقانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية، فأسند الأولى لقانون الدولة التي يريد مزاولة التجارة فيها بوصفها إجراءات خاصة بمزاولة النشاط التجاري من جهة، وإعطاءه صفة التاجر من جهة أخرى،- ويندرج ضمن هذه المسألة الحصول على الإذن دعما لطلب التسجيل في السجل التجاري-، في حين أسند الثانية بإعتبارها من الإجراءات المكملة للأهلية لقانون الشخص الذي تجب حمايته، بحيث يرجع إلى هذا القانون لتحديد الأشخاص المخول لهم قانونا صلاحية منح الإذن، نوع الإذن وما إذا كان عاما أو خاصا، ويضيف البعض[3] لذلك السن المقررة قانونا لمزاولة التجارة، في في حين يسندها جانب آخر[4] لقانون الدولة التي يريد القاصر مزاولة التجارة فيها وفقا لما تقرره بعض التشريعات[5].

التشريعات[5].

[1]- تنص المادة 1/11/ أ من القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999: " يكون أهلا لمزاولة التجارة مصريا كان أو أجنبيا: أ-من بلغت سنه إحدى وعشرين سنة كاملة، ولو كان قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته يعتبره قاصرا في هذه السن..."

كما وتسند المادة 2/1 من القانون التجاري الفرنسي أهلية التاجر فرنسيا كان أو أجنبيا لقانون البلد الذي يتخذ فيه مقر نشاطه التجاري. مشار إليه من طرف، يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، س2009، مطبوعة، ص.44؛ رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الدراسية 2016-2017، ص.48.

[2] - هشام علي صادق، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.299.

[3]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص.143؛ عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، ط2، دار هومه، الجزائر،2007، ص. ص. 372-373.

[4]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.404.

[5]- تنص المادة1/11/ب من القانون التجاري المصري: "يجوز لمن أكمل الثامنة عشرة أن يزاول التجارة في مصر وفقا للشروط المقررة في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، على أنه يشترط في هذه الحالة أن يحصل على إذن من المحكمة المصرية المختصة."

إذا كان من السهل التعرف على أهلية التاجر في مجال معاملات البيئة المادية، من خلال الإطلاع على القيد في السجل التجاري، فإنه في مجال معاملات البيئة الإلكترونية يكون للغير التحقق من هذه المسألة كذلك بالرجوع إلى القيد في السجل التجاري الذي أضحى يتم بطريقة إلكترونية[1]، خاصة أنه لا يعد إلا تطورا للقيد في السجل التجاري التقليدي، أو بالرجوع إلى شهادة التصديق الالكترونية[2] التي يقدمها مزود خدمة التصديق الإلكتروني لصاحبها بعد تحققه من معلوماته الشخصية كبيان إسمه، سنه، عنوانه، وكل البيانات الجوهرية اللازمة لتحديد هويته على نحو يمنع معه الإختلاف حول ذلك[3].

وقد تبنى المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات هذا الحل، بمقتضى قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين بحيث ألزم مزود خدمات التصديق الالكتروني بمنح الشهادة لطالبها بعد التحقق من هويته، عنوانه، وعند الإقتضاء صفاته الخاصة[4]، وألزمه بتضمين تلك الشهادة جملة من البيانات منها إسم الموقع، الإسم المستعار

---

[1]- مرسوم تنفيذي رقم15-111 مؤرخ في 14رجب 1436 الموافق 3 مايو سنة 2015، المحدد لكيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري، ج.ر، ع. 24، س.2015.

[2] – شهادة التصديق الالكتروني، أو ما يطلق عليها تسمية شهادة التوثيق الالكتروني، عبارة عن شهادة يصدرها مقدمي خدمات التصديق للتأكيد على أن التوقيع الالكتروني صحيح، وصادر ممن ينسب إليه، تعتبر شهادة التصديق الإلكترونية بطاقة هوية إلكترونية تستخرج من شخص مستقل ومحايد ومرخص له بمزاولة هذا النشاط.

تعرف هذه الشهادة حسب المادة(2/ب) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 بأنها: " رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكد الإرتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع". وعرفها القانون الجزائري بمقتضى المادة (3/ 8) من المرسوم التنفيذي 07-162 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428 الموافق ل 30 مايو سنة 2007 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق ل 09 مايو سنة 2001 و المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية ، ج.ر ،ع 37 سنة 2007 بأنها: " وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع" وأضافت المادة نوعا آخر من الشهادات، وسمتها بالشهادة الالكترونية الموصوفة وعرفتها في المادة(3 /9) بأنها : "شهادة إلكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة." ولم يحدد المشرع في المرسوم السالف الذكر المتطلبات المحددة لإضفاء وصف الموصوفية على شهادة التصديق الالكترونية، لذلك فقد تطرق المشرع من جديد لشهادة التصديق الالكترونية في قانون 15-04المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق لـ 1 فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ع. 6 سنة 2015،وعرفها في المادة(7/2) منه بأنها: "وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع". وذكر في المادة (15) من ذات القانون شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة واستلزم لإضفاء هذا الوصف عليها أن تتوفر فيها شروط دقيقة تمكن المتعاملين من معرفة مجمل التفاصيل المتعلقة بالموقع أو مقدم خدمات التصديق. لمزيد من التفاصيل بخصوص شهادة التصديق يراجع، خالد ممدوح إبراهيم، أمن المعلومات الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص.117؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التوقيع الإلكتروني ومدى حجته في الإثبات "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق،مجلة فصلية محكمة تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية، جامعة الكويت، ع3، س2005، ص.129.

[3] – صلاح علي حسين المرجع السابق، ص.449؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.167؛ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2002، ص.57؛ محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني-الإثبات الإلكتروني- المستهلك الإلكتروني)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص.34.

[4]- تنص المادة 2/44 من ق 04/15 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، سابق الإشارة إليه،: ....يمنح مؤدي خدمات التصديق الالكتروني شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا وذلك بعد التحقق من هويته، وعند الاقتضاء، التحقق من صفاته الخاصة."

الذي يسمح بتحديد هويته[1]، كما اعتبر مقدم خدمة التصديق مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمد على المعلومات الواردة بشهادة التصديق الإلكتروني [2].

بهذا يتبين أن الإستعانة بالطرف الثالث يعطي المتعاقدين مزيدا من الأمان والمصداقية في التعامل ويحول دون إنكار أحدهم لهويته أو أهليته[3].

هذا عن أهلية الشخص الطبيعي، أما فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية الأجنبية فتخضع أهليتها في مباشرة تصرفاتها باعتبارها من المسائل التي تندرج ضمن نظامها القانوني لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي والفعلي، أما إذا مارست هذه الأخيرة نشاطها في الجزائر وكان مركزها الرئيسي في الخارج، فإنها ستخضع للقانون الجزائري، حسب ما قررته المادة(4/3/10)من القانون المدني[4]، وهي في ذلك خاضعة لجميع الالتزامات المرتبطة بهذا الإسناد[5].

يتضح من خلال نص المادة (3/10) من القانون المدني أن المشرع الجزائري في تحديده للنظام القانوني الذي يخضع له الشخص الإعتباري أخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، ويشترط للإعتداد بمركز الإدارة كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق شرطان؛ يتمثل الأول في ضرورة أن يكون مركز الإدارة رئيسيا بمعنى إذا كان للشخص الإعتباري أكثر من مركز إدارة، كأن يكون له أكثر من فرع وكل فرع في دولة فيعتد حينها بالمكان الذي يوجد فيه مركز الإدارة العليا لتلك الفروع، ولا يكفي هذا الشرط لوحده، بل لابد أن يكون مركز الإدارة

[1] – تنص المادة 15ف 3/ج من ق 15- 04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، سابق الإشارة إليه. :" شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:.....

3- يجب أن تتضمن على الخصوص:...

ج- اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته؛.."

[2] – تنص المادة1/53 من 15-04 المحدد للقواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، سابق الإشارة إليه: " يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو أي شخص طبيعي أو معنوي اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني هذه وذلك فيما يخص:

1- صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، في التاريخ الذي منحت فيه، ووجود جميع البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني ضمن هذه الشهادة."

[3] – خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص.126.

[4] – تنص المادة 4/3/10ق.م.ج المعدل والمتمم :" أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي.

غير أنه، إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري."

[5] – من تلك الالتزامات الخضوع للضريبة، والذي يكون مقتصرا على الأشخاص المعنوية التي تتمتع بجنسية ذلك البلد، ولاعتبار أنها التزام يقع على عاتق مواطني تلك الدولة، فقد اتجه التفكير نحو الاستعانة به لتحديد جنسية الشخص المعنوي، لكن اتضحت عدم إمكانية إعمال أحكامه لارتباطه بمعيار إقليمي، سيما وأن إدارة الضرائب ستعترض حسب الفقيه (AlinBenssoussan) على وضع فكرة إقليم مالي إفتراضي، ويرجع ذلك لأغراض مالية صرفة، إذ قد تلجأ الشركات لشراء أسماء نطاق في الدول التي لا تفرض الضرائب قصد جلب الاستثمار.

Cf. Roger G.Lanou, Réformer les règles de juridiction d'imposition pour le commerce électronique, Un bref aperçu comparatif des problématiques en droits burkinabè et français, jurisdoctria,n°8, 2012 ,p .90

فعليا، أي مرتبطا ارتباطا حقيقيا بالدولة التي يوجد فيها، وقد تقرر هذا الشرط لمنع الأشخاص الإعتبارية من إتخاذ مركز إدارة لا يعبر عن الرابطة الحقيقية بينها وبين الدولة التي توجد بها، وذلك رغبة في التخلص من القيود التي يفرضها قانون الدولة التي يرتبط بها فعلا[1].

إذا كان الأصل العام إخضاع النظام القانوني للشخص الإعتباري لقانون دولة مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، فإن المشرع قد أردف هذه القاعدة بإستثناء مفاده خضوع النظام القانوني للشخص الإعتباري للقانون الجزائري متى مارس ذلك الشخص الاعتباري نشاطه في الجزائر.

إن تطبيق الأحكام السابقة لا يطرح إشكالا في مجال معاملات البيئة المادية، غير أنه وفي مجال معاملات البيئة الرقمية، يستلزم التمييز بين الشركات الإفتراضية التي لها وجود في العالم المادي، وتلك التي تمارس نشاطها من خلال مواقع إلكترونية دون أن يكون لها وجود في العالم المادي، وفي هذا الشأن ينبغي الذكر أن الشركات الإفتراضية التي لها وجود في الواقع المادي لا تطرح إشكالا، إذ يمكن الإستدلال على مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، وذلك بخلاف الشركات الإفتراضية التي تمارس نشاطها من خلال المواقع الإلكترونية، دون أن يكون لها مركز إدارة رئيسي فعلي.

يبدوا أن حل هذه الإشكالية يجد أساسه في القانون التجاري الذي يستلزم شهر ملخص عن عقد الشركة التأسيسي في إحدى الصحف الرسمية التي تصدر في مقر الشركة الرئيسي وفي مراكز فروع الشركة، ذلك أن من بين البيانات التي يشملها الملخص: إسم الشركة، أسماء الشركاء، ألقابهم، أسماء المدراء، ومقر الشركة الرئيسي، الغرض الذي قامت الشركة من أجل تحقيقه، مدة الشركة، كيفية توزيع الأرباح والخسائر... إلخ [2].

الحقيقة أن تدقيق النظر في البيانات التي يتم شهرها، وبصفة خاصة شرط تحديد مركز الإدارة الرئيسي لا يسمح ببيان النظام القانوني الذي تخضع له الأشخاص الاعتبارية، ذلك أن المشرع إستلزم في المادة(3/10) من القانون المدني لتحديد هذا النظام الإعتداد بمعيار مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، لا بمركز الإدارة الرئيسي، وعليه لا يمكن الإعتداد بمركز الإدارة الرئيسي إذا لم يكن هو مركز الإدارة الرئيسي الفعلي.

أمام وجود مثل هذه الفرضية، فإنه يقع لزاما على القاضي البحث عن مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، فإن لم يتمكن من تحديده، توجب عليه البحث عن حل آخر، وفي هذا الشأن يلاحظ تعدد الآراء الفقهية، إذ بينما

[1]- زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.83؛ رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.33.

[2]- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية-التاجر-الشركاتالتجارية،د.ط، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص.229.

يتجه الفقيه (Alin Benssoussan)إلى الاستعانة بالعنوان الالكتروني لتحديد مركز الشركة[1]، يتجه جانب آخر[2] إلى ضرورة إعتماد معيار إحتياطي لتوطين بعض الشركات التي لا يثبت لها وجود مركز إدارة رئيسي فعلي في أي دولة، ويكمن المعيار الإحتياطي في إعتماد بلد التأسيس ، وقد تبنى هذا الاتجاه القانون البحريني في المادة (3/15/ ج) من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني[3].

الحقيقة أن إعمال الحلول السابقة يتقرر في حالة عدم ممارسة تلك الشركات لنشاطها في الجزائر، أما إذا مارست نشاطها فيها، فما يكون على القاضي إلا الإستعانة بمعيار مكان ممارسة النشاط، ولا يجد هذا المعيار أساسه في الممارسة المادية للنشاط فحسب، بل كذلك في فكرة توجيه النشاط، بحيث إذا تبين للقاضي أن الشركات الإفتراضية التي لها مركز إدارة رئيسي في الخارج، وتعمل من خلال موقعها الالكتروني على توجيه نشاطها نحو الإقليم الجزائري، الاعتداد بمعيار مكان ممارسة النشاط وإخضاعها من ثم للقانون الجزائري[4].

بعد أن تم تحديد القانون الذي تخضع له أهلية إبرام عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، باعتبارها من المسائل التي تخرج من نطاق تطبيق القانون الذي يحكم موضوع التصرفات القانونية، وجب التطرق للإستثناء الذي يرد على القاعدة العامة.

البند الثاني: الإستثناء

إذا كانت القاعدة العامة في مجال الأهلية تستوجب الرجوع إلى قانون جنسية المتعاقد، فإن هذه القاعدة يرد عليها استثناء مفاده تطبيق القاضي لقانونه الوطني متى توافرت الشروط المقررة في المادة 10 فقرة 2 من القانون المدني والتي تقضي:" ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة."

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع إستلزم حماية للمصلحة الوطنية عدم الإعتداد بنقص الأهلية الوارد في القانون الأجنبي، وإعتبار الأجنبي كامل الأهلية وفقا للقانون الوطني إذا توافرت في المعاملة شروط محددة[5]،

---

[1]- حسب الفقيه السابق الاستعانة بالعنوان الالكتروني لتحديد مركز الشركة، يقتضي تشدد التشريعات في منح أسماء النطاق التابعة لها، مع استلزامه إضافة عبارات تفيد تواجد الأشخاص المعنوية في ذلك البلد، فمثلا في فرنسا الشركات المقيمة وحدها تستطيع في الأصل الحصول على إسم نطاق ينتهي ب fr.
Cf . Roger G.Lanou, op.cit.,p .91.

[2]- زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.87.

[3]- تنص المادة 3/15/ ج من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني: " يعتبر مقر إقامة الشخص الإعتباري هو المكان الذي أسس فيه".

[4]- يراجع في ذلك، ص.227. من هذه الأطروحة وما يليها.

[5]- زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.90.

وتشمل هذه الأخيرة تعلق الموضوع بتصرف مالي، وفي هذا الإطار ينبغي الذكر أن جانبا من الفقه[1] حاول قصر مجال الإستثناء على التصرفات المالية العادية أو الجارية التي تتسم بالسرعة، دون التصرفات المالية ذات الأهمية، كون أن الأولى لا تترك للمتعاقد مع الأجنبي فرصة البحث عن أهليته، بخلاف الثانية التي تتطلب قدرا من الحيطة والحذر.

لكن بسبب عمومية النص وإطلاقه لم يقبل غالبية الفقه هذا التمييز[2]، بحيث وفقا لهم يطبق الإستثناء سواء تعلق الأمر بصفقة كبيرة، أو بعقد من العقود الجارية التي تنصب على الأمور البسيطة.

بهذا يتبين أن التقييد الذي نادى به الفقه السالف لا يحتمله النص الذي جاء مطلقا، إذ يكفي ما يستلزمه المشرع من أن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، وهذه مسألة موضوعية يترك أمر تقديرها للقاضي حسب كل حالة على حدة[3].

إذا كان هذا الشرط قد ورد بخصوص معاملات البيئة المادية، فإن إستلزام تحققه في عقود التجارة الإلكترونية لايطرح أي إشكال طالما أنها من التصرفات المالية[4].

ولا يقتصر الأمر على الشرط السالف فحسب، بل ينبغي أن ينعقد التصرف في الجزائر ويرتب آثاره فيها، بحيث لايكفي تحقق أحد الشرطين بأن يبرم التصرف في الجزائر ويرتب آثاره في الخارج، أو يبرم في الخارج ويرتب آثاره في الجزائر، بل لابد من تلازم الأمرين وحصولهما معا في الجزائر، ولعل الحكمة من إستلزام هذا الشرط تأمين سلامة المعاملة التجارية الدولية المبرمة بدولة القاضي[5].

بسبب حكمة هذا النص قرر غالبية الفقه تعميم الأخذ بالإستثناء ليشمل حالة التعاقد في الجزائر بين أجنبيين، خاصة وأن القضاء الفرنسي قرر إستبعاد القانون الأجنبي المختص بأهلية الأجنبي ولو كان المتعاقد الآخر أجنبيا[6]، في حين أن جانبا آخر[7] استلزم قصر الشرط على حالة التعامل بين وطني وأجنبي، وبرر هذا الإتجاه موقفه

---

[1]– وهو موقف الفقيه (عز الدين عبد الله). مشار إليه من طرف، أعراب بلقاسم، ج1، المرجع السابق، ص.221.

[2]– وهو موقف كل من (فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، إبراهيم أحمد إبراهيم). مشار إليه من طرف، زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.91؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.126؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.222.

[3]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.127.

[4]–خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص.118؛ أكرم ياملكي، القانون التجاري الأردني (دراسة مقارنة)، ج 1، في الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 1998، ص.116.

[5]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.128؛ موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2011–2012، ص.34؛علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.66.

[6]– مأخوذ عن، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.402.

[7]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.66.

موقفه استنادا لوقائع قضية (LIZARDI) التي كان أحد طرفيها وطنيا والآخر أجنبيا[1]، إضافة للعبارة الواردة بالمادة (2/10)من القانون المدني الذي ذكرت: "إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية."

نظرا لأن سبب إعمال هذا الإستثناء يكمن في حماية المصلحة الوطنية بدلا من الجالية الوطنية، فإنه لابد من تعميمه ليشمل حالة التعاقد بين أجنبيين، شريطة ألا يكون هذين المتعاقدين من جنسية واحدة لعدم وجود مبرر لتطبيق الإستثناء[2].

من خلال ما سبق يتبين أن إعمال هذا الشرط لا يطرح أي إشكال بخصوص معاملات البيئة المادية، وذلك بخلاف معاملات البيئة الإلكترونية، إذ غالبا ما يترتب على إستخدام الوسائل الإلكترونية تواجد مكان إبرام التصرف في غير دولة القاضي، ونتيجة لإمكانية تحقق هذه الفرضية طالب الفقه الحديث[3]– قياسا على ما نادى به الفقه الكلاسيكي[4]– تعديل النص والتوسع في مجال النطاق الإقليمي ليشمل المعاملات الإلكترونية التي يتواجد يتواجد مكان إبرامها خارج حدود دولة القاضي، سواء كانت المعاملة كلية أو جزئية، في حين اتجه جانب آخر [5]من الفقه إلى قصر الإستبعاد على حالة عقود التجارة الإلكترونية الكلية دون الجزئية التي تنفذ في الإقليم المادي، نتيجة لقدرة تحديد مكان التنفيذ في الحالة الأخيرة، بخلاف الحالة الأولى التي يطرح مكان التنفيذ فيها إشكالات متعددة.

لعل سبب مطالبة الفقه بتعديل هذا الشرط ما ورد من أحكام في نصوص بعض التشريعات كالقانون الألماني، السوسيري، البرتغالي التي قررت إعمال الاستثناء على إختصاص القانون الشخصي دون النظر إلى المكان الذي أبرم فيه التصرف ولا المكان الذي رتب فيه آثاره[6].

ولئن كانت الدول السالفة الذكر تورد في نصوصها أحكاما تسمح بتجاوز هذا الشرط، إلا أن الأمر مختلف لدى المشرع الجزائري بحيث ينبغي لإعمال هذا الاستثناء توفر شروطه.

---

[1]– تتلخص وقائع قضية(Lizardi) التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 كانون الثاني1861، في قيام المدعو(Lizardi)وهو مواطن مكسيكي بشراء مجوهرات بمبلغ كبير من بائع فرنسي، ثم احتج عليه بكون العقد باطلا لنقص أهليته حسب قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وهو القانون المكسيكي الذي يحدد سن الرشد بخمس وعشرين سنة، ولكن المحكمة لم تأخذ بهذا الادعاء مقررة أن الفرنسي ليس مضطر بمعرفة قوانين الأمم المختلفة لاسيما النصوص المتعلقة بتمام الأهلية أو نقصها. مشار إليه من طرف، أكرم ياملكي، المرجع السابق، ص.116.

[2]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.402.

[3]– زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.93.

[4]– من الفقه العربي (فؤاد رياض، سامية راشد). مشار إليه من طرف، هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.273.

[5] – صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 448.

[6]– محمد وليد المصري، المرجع الساق، ص.127.

وللإشارة فإن إعمال الإستثناء لا يشمل الشرطين السالف ذكرهما، بل يستوجب إلى جانب ذلك أن يكون أحد طرفي العقد أجنبيا ناقص الأهلية طبقا لقانونه وكامل الأهلية طبقا لقانون القاضي، وعليه إذا كان الأجنبي ناقص الأهلية طبقا للقانونين فإنه لا مجال لإعمال هذا الاستثناء.

على أنه لا يتم الاكتفاء بهذه الشروط الثلاث، بل لابد أن يرجع نقص الأهلية إلى سبب فيه خفاء يصعب على الطرف الآخر تبينه، وبمقتضى هذا الشرط ينبغي ألا يكون المتعاقد مع الأجنبي مقصرا في تبصره وإحتياطه، ويقدر سلوكه هذا وفقا لمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي[1]، فإن كان بإمكان الرجل العادي الموجود في نفس ظروف المتعاقد مع أجنبي أن يتبين نقص أهلية هذا الأخير، فإنه لا مجال حينئذ لإعمال هذا الإستثناء، في حين يتم إعماله إذا تبين خلاف ذلك، أي إذا تبين أن الرجل العادي لم يكن بإمكانه اكتشاف نقص أهلية المتعامل معه[2].

إن تحقق هذا الشرط يبرز كثيرا في مجال معاملات البيئة الإلكترونية، ذلك أن إستخدام شبكة الانترنت لابرام التصرفات يعد في ذاته سبب فيه خفاء، إذ غالبا ما يرجع نقص الأهلية في هذا النوع من العقود إلى عدم قدرة المتعاقد الآخر على اكتشاف سببها، نتيجة اختلاف أماكن تواجد كلا الطرفين، وعدم إمكانية اجتماعهما في مجلس واحد، باستثناء حالة استخدام غرف المشاهدة من طرف المتعاقدين، وعليه قد ينجم عن البعد المكاني التعاقد مع ناقص الأهلية، إما نتيجة للجوئه لوسائل إحتيالية لإخفاء نقص أهليته كإدلائه بمعلومات غير صحيحة عن أهليته، أو نتيجة لسرقته للبطاقة الائتمانية لأحد والديه، ذلك أن هذه البطاقة تخول للمتعاقد معرفة سن المستخدم، وبيان هويته[3].

أمام فرضية إنتشار الحالة الأخيرة سعت معظم قوانين المعاملات الإلكترونية[4] إلى حل هذه الإشكالية من من خلال تبنيها أحكام المادة(3/13/ب) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية[5]، فاعتبرت أن الرسالة

---

[1]–زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.145؛ أعراب بلقاسم، ج1، المرجع السابق، ص.223.

[2]– أعراب بلقاسم، ج1، المرجع السابق، ص.223.

[3]– خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011، ص.461.

[4]– المادة 3/15 قانون أمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية، المادة 1/13/ج من قانون التجارة الالكترونية البحريني، المادة 2/15 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني.

[5]– تنص المادة 3/13/ب من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترووونية:"في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، يحق للمرسل إليه أن يعتبر أن رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض، إذا:

(ب) كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لاثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلا."

الالكترونية تعد صادرة عن صاحب الوسيلة الإلكترونية المستخدمة للتحقق من الهوية[1]، ما لم يتبين للمرسل إليه، بعد بذله العناية المعقولة أو استخدامه لأي إجراء متفق عليه من معرفة أن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ.

ولعل من بين الحالات التي تؤدي إلى صعوبة التحقق من أهلية المتعاقد، التعاقد عن طريق نظام معلومات معد لابرام العقود بشكل آلي دون تدخل بشري، وفي هذا يمكن القول أن تشريعات المعاملات الإلكترونية تجاوزت هذا الوضع من خلال إعتماد أحكام المادة(2/13/ب) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، حيث اعتبرت أن رسالة البيانات تعد صادرة عن المنشئ، إذا أرسلت من نظام معلومات مبرمج علي يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا[2].

إنطلاقا من كل ما تقدم، يتبين أن الطابع الخاص للعقد الإلكتروني يوجب إعمال نظرية الوضع الظاهر لحماية المتعاقد الآخر عبر شبكة الانترنت، الذي لا يعلم بنقص أهلية المتعاقد معه طالما أن هذا الأخير اتخذ مظهر الشخص البالغ الراشد، وذلك كله لتوفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر الشبكة، وللحفاظ على إستقرار المعاملات الإلكترونية، حتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه، ولم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد[3].

إن تحقق الشروط السالفة الذكر في مجال عقود التجارة الإلكترونية، يترتب عليه إعتبار التصرف صحيحا منتجا لكافة آثاره [4]، وعليه لا يكون للأجنبي ناقص الأهلية وفقا لقانونه وكامل الأهلية وفقا لقانون القاضي التذرع بنقص أهليته للمطالبة بإبطال العقد، متى ما كان الطرف الآخر قد تعامل معه بحسن نية، ولم يتمكن من إكتشاف نقص أهليته.

بعد أن تم الوقوف على القانون الواجب التطبيق على الأهلية في مجال عقود التجارة الإلكترونية، والاستثناء الوارد عليها، وجب التطرق للقانون الذي يحكم شكل هذه العقود، خاصة وأن مسألة الشكل تخرج هي الأخرى من نطاق تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بموضوع التصرفات القانونية.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشكل

لاريب في أن مسألة الشكل شأنها شأن مسألة الأهلية تخرج من نطاق تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بموضوع الالتزامات التعاقدية، بحيث تخضع لقاعدة إسناد خاصة بها، غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن قاعدة الاسناد

[1]- زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.94.

[2]- عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص.314؛ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.98.

[3]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 156.

[4]- أعراب بلقاسم، ج1، المرجع السابق، ص.223.

الخاصة بشكل التصرفات القانونية لا تمتد لتشمل مختلف الشكليات، بل إن نطاق إعمالها محدد بشكليات دون الأخرى.

ولئن كان هذا الوضع معمول به في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية، فإن الإشكال يبقى مطروحا بخصوص عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، إذ هل ستخضع هذه الأخيرة لذات القاعدة التي تخضع لها العقود الأولى؟ وهل سيكون بالإمكان التصدي لمسألة غياب الدعامات الورقية ومن ثم تجاوز الصعوبات التي يطرحها نطاق إعمالها؟

هذا ما سيتم بيانه بتحديد أساس إعمال قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل في مجال عقود التجارة الالكترونية (**البند الأول**)، ثم لتحديد نطاق إعمال قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل في مجال هذه العقود (**البند الثاني**).

البند الأول: أساس إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل في مجال عقود التجارة الالكترونية

أورد المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات[1] قاعدة إسناد خاصة بشكل التصرفات القانونية، بحيث نص في المادة 19 من القانون المدني:"تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية."

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع وضع قاعدة إسناد ذات ضوابط متعددة لحل التنازع الذي يثور بصدد شكل التصرفات القانونية ذات الطابع الدولي، وبالرجوع لهذه الضوابط يتبين بجلاء الطبيعة الإختياريةلاختصاص قانون محل إبرام العقد في مسألة الشكل[2].

فالمشرع وإن كان قد أخضع شكل التصرف القانوني لقانون محل إبرامه كمبدأ عام إلا أنه أجاز للأطراف إختيار قانون آخر جاعلا من قاعدة المحل يحكم شكل التصرف قاعدة إختيارية[3]، وعليه يكون للأطراف الحرية في

---

[1]– من ذلك المشرع المصري الذي قرر في المادة 20ق.م:" العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك."

ومن التشريعات العربية التي تضمنت نصوصا مماثلة: المادة 21 مدني أردني، المادة 21 مدني سوري، المادة 20 مدني ليبي.

[2]–أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، المرجع السابق، ص.343؛ هشام صادق، نظرات إنتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التي تضمنتها المجموعة المدنية المصرية، المرجع السابق، ص.378؛ أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المرجع السابق، ص.222.

ChihebGhazouani, op. cit., p.69 .

[3]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.209؛ بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت "دراسة مقارنة"، ط1، عالم الكتاب الحديث، إربد–الأردن، 1425هـ، 2004م، ص.72.

إختيار القانون الذي يحكم شكل تصرفهم، إذ قد يخضع الأطراف شكل تصرفاتهم لقانون محل إبرام العقد، كما قد يختارون إخضاع عقدهم لقانون موطنهم المشترك إذا اتحدا موطنا، أو لقانون جنسيتهم المشتركة إذا اتحدا جنسية، كما ويكون لهم بغية تحقيق وحدة العقد إخضاع شكل العقد للقانون الذي يحكم موضوعه[1]، ورغم الطبيعةالإختيارية لهذه القاعدة، إلا أنه يتوجب على الإرادة العقدية أن تعين القانون الذي سيتم الإستناد إليه بصورة ثابتة في العقد[2].

ولئن كانت غالبية التشريعات تخول للأطراف صلاحية الإختيار بين القوانين السالفة الذكر، فإنه ينبغي الذكر أن لائحة روما ميزت عند تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية بين حالة ما إذا كان الأطراف متواجدين في ذات البلد وقت إبرام العقد، وحالة ما إذا كانوا متواجدين في دول مختلفة وقت إبرام العقد، فإن كانوا متواجدين في ذات البلد اعتبرت اللائحة العقد نافذا من حيث شكله إذا استوفى شروط الشكل المقررة في القانون الذي يخضع له موضوعه وفقا للتنظيم الحالي، أو لقانون الدولة التي أبرم فيها، في حين اعتبرت التصرف نافذا من حيث شكله إذا كان الأطراف أو ممثليهم المتواجدين في دول مختلفة وقت الابرام، قد احترموا شروط الشكل المقررة في القانون الذي يحكم موضوعه وفقا لذات التنظيم أو للقانون الذي يتواجد فيه أحد الطرفين أو ممثليهم وقت إبرام العقد، أو لقانون الدولة التي تتواجد فيها الإقامة المعتادة لأحد طرفيه وقت ابرامه[3].

بالتدقيق في هذه المادة يتضح أن لائحة روما ميزت بين العقود المبرمة في ذات البلد، وتلك المبرمة في دول مختلفة، فخولت للأطراف في الحالة الأولى صلاحية الإختيار بين القانون الذي يحكم موضوع العقد أو القانون الذي أبرم فيه العقد، في حين خولت لهم في الحالة الثانية صلاحية الإختيار بين القانون الذي يحكم موضوع العقد، أو قانون البلد الذي يتواجد فيه أحد الطرفين وقت إبرام العقد، أو القانون الذي تتواجد فيه الإقامة المعتادة لأحد طرفيه وقت إبرام العقد، وهو ما يتماشى والاتجاه العام في مجال عقود التجارة الالكترونية.

---

[1]- زياد خليف شداخالعنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.127.

[2]- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت -لبنان، 1428 هـ -2008، ص.329.

[3]- Art 11Al 1-2 du Règlement (CE) N°593/2008 dispose que: « 1 . Un contrat conclu entre des personnes ou leurs représentants, qui se trouvent dans le même pays au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat conclu entre des personnes ou de leurs représentants, qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion, est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi d'un des pays dans lequel se trouvent l'une ou l'autre des parties ou son représentant au moment de sa conclusion ou de la loi du pays dans lequel l'une ou l'autre des parties avait sa résidence habituelle à ce moment – là. »

إنطلاقا مما تقدم يتبين أن تكريس الطبيعة الإختيارية للقانون الذي يحكم شكل التصرف كان الغرض منه التيسير على المتعاقدين[1] الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر، بحيث لا يجبر المتعاقدين على إتباع الشكل المقرر في قانون بلد الإبرام إذا كان في إستطاعتهم العلم بأحكام قانون آخر أكثر إرتباطا بالتصرف المبرم بينهم، كالقانون الذي تتجه إليه إرادتهم المشتركة لحكم موضوع العقد[2].

بهذا يتبين أن التشريعات أجازت للقاضي إمكانية تطبيق أحد القوانين المشار إليها في النصوص المتقدمة على شكل العقد، طالما أن ذلك التطبيق سيترتب عليه صحة التصرف القانوني من حيث شكله[3] .

الواقع أن الضوابط السالف الإشارة لها[4]، وبصفة خاصة ضابط محل الابرام أثار في مجال عقود التجارة الإلكترونية جدلا صاخبا، ذلك أن إبرام العقد قد يكون عرضيا، بل قد يبرم الشخص العقد وهو في رحلة عابرة للحدود الإقليمية للدول والقارات، أو في مكان لا يخضع لسيادة دولة معينة[5].

لهذه الأسباب قرر الفقه أن إسناد الرابطة العقدية لقانون محل الإبرام لم يعد يتلاءم والمعاملات المبرمة عبر الشبكات الإلكترونية التي لا تسمح لها طبيعتها بالتركيز المكاني[6]، سيما وأن تلك التعاملات تتم بين نظم معلومات ومواقع يصعب تحديد مكانها[7]، وفي هذا اتجه جانب من الفقه[8] إلى القول أن هذا الضابط أضحى من من الضوابط التي دخلت ذاكرة التاريخ بظهور شبكة الإنترنيت.

نتيجة للانتقادات التي وجهت لضابط بلد الإبرام، ولندرة تحقق كل من ضابط الموطن المشترك وضابط الجنسية المشتركة في عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، اقترح جانب من الفقه[9] ضرورة إعمال القانون الذي يسري على موضوع التصرفات القانونية، أي إعمال قانون العقد، إذا ما تبين بأن هذا الأخير يسمح بإثبات العقد، ويضيف قائلا :" إن صعوبة تحديد بلد الإبرام نادرا ما تحدث في الواقع العملي، كون أن المحترف يحرص على تحديد قانونه أو القانون الذي يحمي مصالحه على أفضل وجه باعتباره قانون العقد."

في الواقع، ينبغي الذكر أنه رغم سعي الفقه إلى إهدار القيمة القانونية لضابط محل الإبرام، إلا أنه يلاحظ أن تشريعات المعاملات الالكترونية ما تزال تعول عليه، وتمنح للأطراف إمكانية تجاوز الانتقادات الموجهة له من

---

[1]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.20.

[2]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.382 .

[3]- نفس المرجع، ص.383 .

[4]- يراجع في ذلك، ص. 78 وما يليها من هذه الأطروحة.

[5]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 328، خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص.144.

[6]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 200.

[7]- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص. 147.

[8]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 484.

[9]- Cf. Chiheb Ghazouani, op.cit., p.70 et. S.

خلال تحديدهم لمحل إبرام العقد، على أن يترتب في حال عدم إتفاقهم على مكان إبرام العقد،اعتبار هذا الأخير متواجدا بمقر عمل المرسل أو مقر عمل المرسل إليه، وفي حال ماإذا كان للمرسل أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل اعتبر مقر العمل المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية[1]، على أن يتحدد محل الإبرام بالنسبة للشخص الطبيعي بمحل إقامته.

انطلاقا مما تقدم اتجه جانب من الفقه[2] إلى اعتبار أن قاعدة خضوع شكل العقد للضوابط السالف ذكرها، قاعدة وضعت لتطبق على العقود المبرمة عبر الانترنت وهي تمنح للقاضي خيارات متعددة لتلافي مشاكل الشكل التي تطرح عليه، بصفة خاصة في مجال الإثبات، إذ يكون له في حال ما إذا كان قانون محل إبرام العقد يتطلب عدة شروط في المحرر الإلكتروني حتى يعتد به كدليل إثبات، تطبيق قانون الموطن المشترك، إذا ما تبين له أن هذا القانون لا يتطلب تلك الشروط أو يتطلب شروطا أقل، وكانت تلك الشروط متوافرة في المحرر الإلكتروني.

بعد أن تم تحديد أساس إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل، وبحث مدى ملاءمتها لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وجب التطرق لنطاق إعمال هذه القاعدة.

البند الثاني: نطاق إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل في مجال عقود التجارة الإلكترونية

تتعدد الشكليات المقررة قانونا، فهناك شكليات مقررة للإنعقاد، وأخرى للإثبات، بل إن هناك شكليات إجرائية، وأخرى خاصة بشهر التصرفات القانونية.

وللإشارة فإنه ينبغي الذكر أن الشكليات السالف ذكرها لا تندرج بأكملها ضمن قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل، بحيث يخرج من نطاقها الشكليات المقررة لشهر التصرفات القانونية (كنشر العقود الجارية على الشركة التجارية)، إذ تخضع هذه الأخيرة لقانون موقع المال، كون أن الغرض منها حماية الغير وتحقيق الاستقرار في المعاملات[3].

كما ويخرج من نطاقها الشكليات المقررة للتقاضي، بحيث تخضع المسائل المتعلقة برفع الدعوى الناجمة عن عقود التجارة الإلكترونية، أصول تقديمها، السير فيها، التبليغ، جلسات المحاكمة والأحكام، طرق الطعن بها لقانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى[4]، وذلك وفقا لما قرره المشرع الجزائري في المادة 21مكرر من القانون المدني[5].

المدني[5].

[1]- يراجع في ذلك ، ص، ص.87-88 من هذه الأطروحة.

[2]- زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.127.

[3]- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.213؛ أعراب بلقاسم، تنازع القوانين، ج1، المرجع السابق، ص. 327.

[4]- هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.217.

[5]- تنص المادة 21 مكرر من ق.م.ج معدل ومتمم: " يسري على قواعد الإختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات."

أما بخصوص الأشكال المقررة للإنعقاد فقد اختلف الفقه بشأنها، وانقسم إلى فريقين فريق أدرجها ضمن مسائل الموضوع، وآخر ربطها بمسائل الشكل، وقد برر فقه الإتجاه الأول موقفه من منطلق أن الشكليات المقررة للإنعقاد يترتب على تخلفها بطلان التصرف، بحيث لا يجوز إفراغها في غير الشكل المتطلب، وعليه إذا استلزم المشرع في مجال عقود التجارة الالكترونية شكلا معينا، كوجوب إفراغ العقد في مستند مكتوب كان من اللازم حسب هذا الاتجاه اعتبار الشكل من مسائل الموضوع، ومن ثم يتم إسنادها للقانون الذي يحكم موضوع التصرف القانوني[1].

نتيجة لما يترتب على الأخذ بالاتجاه الأول من توسع بارز في قاعدة الإسناد الخاصة بالموضوع، اتجه الفقه الراجح [2]إلى إسناد الشكليات المقررة لإنعقاد التصرف القانوني لقانون محل إبرامه، وقد أسس هذا الاتجاه موقفه على الرغبة في التيسير على المتعاقدين، وعدم التوسع في قانون الموضوع بما يعطل قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل[3].

ولئن كان هذا الجدل قد ساد بخصوص الشكليات المقررة للإنعقاد، فإنه قد برز كذلك بخصوص الشكليات المقررة للإثبات، غير أن الرأي الراجح يسندها لقاعدة الإسناد الخاصة بشكل التصرف[4]، بحيث يرجع إلى هذا القانون لمعرفة لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي المعد لاثبات التصرف، قوة الدليل المعد في الإثبات، وتكمن الحكمة من وضع هذه القاعدة في تيسير المعاملات الدولية من جهة[5]، وتلافي مشكلة الإثبات من جهة أخرى، بحيث إذا كان قانون بلد إبرام العقد وفقا للتشريعات الوطنية لا يقر بصحة التوقيع الإلكتروني أو المحررات الإلكترونية، بينما يقر بصحتها قانون الموطن المشترك إن وجد أو قانون الجنسية المشتركة إن اتحدا جنسية، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد، تعين الأخذ بالقانون الذي يوفر إستقرار المعاملات[6].

بهذا يتضح أنه يرجع إلى القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل لتحديد الحالات التي يكون فيها المحرر الإلكتروني لازما لإثبات عقد التجارة الإلكتروني، فمثلا إذا كان القانون المحدد بمقتضى القاعدة آنفة الذكر هو القانون الجزائري، فإنه يتوجب على القاضي إعتبار المحرر الإلكتروني لازما لإثبات المعاملة التجارية الإلكترونية المختلطة، متى كان المدعى تاجرا وكانت قيمة التصرف القانوني تتجاوز 000 100دج، أو غير محدد

[1]– مأخوذ عن حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.386.

[2]– من الفقه الفرنسي (Arminjon) مشار إليه من طرف. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.220.
ChihebGhazouani, op. cit., p.69.

[3]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.388.

[4] – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.20.

[5]– الطيب زروتي، المرجع السابق، ص.234؛ عليوشقربوع كمال، المرجع السابق، ص.369؛ لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.207.

[6] – زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.127.

القيمة حسب نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري[1]، إستنادا لمبدأ الإثبات المقيد السائد في مجال المعاملات المدنية، ولا يكون للتاجر تجاوز هذه المسألة إلا من خلال إبرام اتفاقات خاصة للاثبات[2]، في حين لا يكون المحرر الإلكتروني لازما للإثبات إذا كان المدعي هو الطرف المدني، وكذا إذا كانت المعاملة التجارية الالكترونية قد تمت بين تاجرين، وذلك إستنادا لمبدأ حرية الإثبات السائدة في القانون التجاري، والتي يكون من شأنها منح الأطراف صلاحية إثبات عقودهم التجارية بأي وسيلة كانت[3] بما فيها المحررات، البرقيات، رسائل الطرفين، الدفاتر التجارية، اليمين، البينة، ما لم يوجد إتفاق بين الأطراف يقضي بخلاف ذلك[4]، والسبب في ذلك ذلك أن قواعد الإثبات الموضوعية في الجزائر لا تعد من النظام العام، ومن ثم يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها[5].

إن سيادة مبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية لا يتعارض مع ما اتجه إليه الفقه الراجح من خضوع الأدلة المعدة للإثبات وحدها – وهي الأدلة التي يضعها الأطراف تحوطا لنشوء أي نزاع في المستقبل، وقد تكون أوراقا رسمية أو أوراق عرفية–لقاعدة الإسناد الخاصة بالشكل، وعليه يرجع إلى القانون المحدد بمقتضاها وليكن مثلا القانون الجزائري لبيان شروط المحرر العرفي الإلكتروني المعد للإثبات، والتي لا تعدو أن تخرج بعد التطور الذي شهدته المعاملات التجارية عن عنصري الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني[6].

وفي هذا السياق ينبغي الذكر أن المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات اعترف بالكتابة في الشكل الإلكتروني [7]من خلال التوسع الذي أجراه على المادة 323 مكرر من القانون المدني والتي ذكر فيها:

---

[1]– تنص المادة 333ق.م.ج معدل ومتمم: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك."

[2]–محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص.170.

[3]– جوليانا ميخائيل عبد الله، رغيد عبد الحميد فتال، المرجع السابق ص.266؛ علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2010، ص. 341؛ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص.64. عيسى الصمادي، الاثبات في عقد نقل التكنولوجيا الالكتروني – عبر شبكة الانترنت–، دراسات قانونية، دورية فصلية، ع6، فيفري 2010، ص.64.

[4]– علي أحمد الجراح، المرجع السابق، ص.348.

[5]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الاثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، ط1، دار هومه، الجزائر، 2008–2009، ص.17.

[6]– بودالي محمد، التوقيع الإلكتروني، إدارة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مجلة سداسية تصدر عن مركز التوثيق والبحوث الإدارية، الجزائر، مج13، ع2، العدد 26، 2003، ص.51.

[7]– لقد اختلفت التسميات الواردة في التشريعات للدلالة على الكتابة الالكترونية، إذ أطلق عليها التشريع الأردني لفظ السجل الالكتروني، في حين سماها المشرع المصري المحرر الالكتروني، أما المشرع في دبي فقد أطلق عليها تسمية السجل أو المستند الالكتروني، أما المشرع الفرنسي فقد إستخدم عبارة الكتابة على الدعامة الالكترونية، ويعتبر هذا المصطلح أفضل المصطلحات، إذ لا توجد كتابة إلكترونية وأخرى تقليدية، بل كتابة على دعامة ورقية وأخرى على دعامة إلكترونية. يراجع في

"ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها." وهو ذات التعريف الذي تبناه الفقه الغالب[1] لدى تعريفه للكتابة الإلكترونية حيث اعتبرها: "حروف، أشكال، أرقام، رموز، إشارات، أو أي علامات أخرى ذات دلالة قابلة للإدراك أيا كانت الدعامة المثبتة عليها إلكترونية، رقمية، أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة".

وحتى يعتد بالكتابة الإلكترونية كعنصر من عناصر المحرر الكتابي المعد للإثبات، لابد أن تتوافر شروط ثلاثة، وهي القراءة، الإستمرارية والدوام، الثبات[2]، إذ لابد أن تكون الكتابة حسب ماورد في المادة 323 مكرر التي إستخدمت مصطلح "ذات معنى مفهوم"مقروءة، بحيث لا يمكن الإعتداد بمضمون السند المكتوب في مواجهة الغير إلا إذا كان مقروءا، وكانت الكتابة واضحة يمكن فهمها وإدراك محتواها، سواء تم ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كما هو الشأن بالنسبة للمحررات الإلكترونية التي ينبغي لقراءتها الإستعانة بالحاسب الآلي نتيجة لتدعيمه ببرامج لها القدرة على ترجمة اللغة المكتوب بها المحرر إلى لغة مفهومة وواضحة[3].

كما لابد أن تكون الكتابة حسب ماقررته المادة 323مكرر 1 من القانون المدني محفوظة ، أي دائمة ومستمرة، إذ لا يمكن الإعتداد بالمحرر إلا إذا كانت الكتابة قد وردت على وسيط يسمح بثباتها واستمرارها، بحيث يمكن الرجوع إليها في حال نشوب نزاع بين الأطراف، وقد تحقق هذا الشرط في مجال المعاملات الإلكترونية من خلال إبتكار وسائل إلكترونية لها القدرة على الإحتفاظ بالبيانات المخزنة لمدة طويلة تتجاوز تلك المقررة للأوراق العادية، كما وعمدت التشريعات إلى تجاوز هذه العقبة من خلال إلزام مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني بحفظ البيانات المتعلقة بشهادة التصديق التي تصدرها لمدة مناسبة تتلاءم ومدة تقادم التصرف الثابت بشهادة التوثيق[4].

إلى جانب ذلك لابد أن تكون الكتابة ثابتة، بمعنى خالية من الكشط، المحو، التحشير، فإن كانت هناك أي علامات تدل على التعديل في بيانات السند، فإن ذلك ينال من قوته في الإثبات، ولتحقيق هذا الشرط تم إكتشاف برنامج حاسب آلي يحول دون ذلك، حيث يقوم بتحويل النص الإلكتروني إلى صورة ثابتة تحافظ على

ذلك، علاء حسين مطلق التميمي، المستند الإلكتروني، عناصره–تطوره، ومدى حجيته في الإثبات المدني، "دراسة مقارنة"، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.ص.35؛ سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، هامش ص.176.

[1]– رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص.36.

[2]– باطلي غنية، حجية المستند الالكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع3، سبتمبر 2011، ص.171.

[3]– عابد فايد عبد الفتاح، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني (الفكرة والوظائف)، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، دورية علمية محكمة نصف سنوية، عالثامن عشر، يناير–يوليو2008، ص.46؛ سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.98.

[4]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص.147؛ لموم كريم، الاثبات في معاملات التجارة الالكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع "قانون التعاون الدولي"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص.31

بقاء النص على صورته النهائية التي تم تثبيته عليها،[1] ويعرف هذا البرنامج باسم (Document Image Processing)، كما وأضحت نظم المعلومات بتقنياتها المتطورة قادرة على الكشف عن كل تعديل في البيانات الإلكترونية مع تحديد وقت حدوث تلك التعديلات[2]. بل تم ابتكار طريقة أخرى لحفظ البيانات الإلكترونية دون تعديل، وتقوم هذه الطريقة على حفظ البيانات في صناديق إلكترونية يتعذر فتحها دون المفتاح الخاص الذي تشرف عليه سلطات الإشهار العامة والخاصة، ليترتب عن كل محاولة تعديل إتلاف الوثيقة المحفوظة أو محوها[3].

ولا يكفي للإعتداد بالمحرر الإلكتروني التحقق من عنصر الكتابة الإلكترونية، بل لابد من الوقوف على التوقيع الإلكتروني[4] الذي يعتبر العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات، ذلك أن الكتابة لا يكون لها حجية في مواجهة الخصم ما لم يضع الخصم الآخر توقيعه عليها، وفي هذا ينبغي الذكر أن التوقيع الإلكتروني عبارة عن: "بيان مكتوب في شكل إلكتروني يتمثل في حرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة تنتج عن إتباع وسيلة آمنة، ليلحق هذا البيان أو يرتبط منطقيا ببيانات المحرر الإلكتروني للدلالة على هوية الموقع والرضاء بمضمونه"[5].

أو هو:" تعبير شخص عن إرادته في الالتزام بتصرف معين عن طريق تكوينه لرموز سرية يعلمها هو وحده وتسمح بتحديد هويته"[6]، أو هو: " مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه"[7].

لأهميته تطرق له المشرع الجزائري بداية بموجب المادة 2/327من القانون المدني عند تعرضه للكتابة الإلكترونية، واستلزم للإعتداد به توفر الشروط المذكورة في المادة 323مكرر 1، ثم تطرق له بالتعريف بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162 واعتبره:"... معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من الأمر 75-58"، ثم تعرض له بالتدقيق بموجب المادة 2 من قانون 15-04واعتبره: " بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

---

[1]- حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 281.

[2]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص. 147.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 100.

[4]- يفضل بعض من الفقه"عبد الحميد ثروت، علاء حسين مطلق التميمي" إستعمال مصطلح التوقيع في الشكل الإلكتروني بدلا من مصطلح التوقيع الالكتروني على اعتبار أن الفارق بين نوعي التوقيع هو في الشكل الذي يصدر به، وليس في الطبيعة أو في الآثار القانونية. يراجع في ذلك، علاء حسين مطلق التميمي، المرجع السابق، هامش ص.130.

[5]- وهو موقف الفقيه (عبد العزيز المرسي حمود). مشار إليه من طرف، ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي طبقا للقواعد العامة في قانون الإثبات وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004 ولائحته التنفيذية وبعض القوانين الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.7.

[6]- وهو موقف الفقيه (أيمن سعد سليم). مشار إليه من طرف، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص.236.

[7]- وهو موقف الفقيه (حسن عبد الباسط جميعي). مشار إليه من طرف، فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 173؛ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص.245.

وقد استلزم المشرع الرجوع للقانون 15-04 لتحديد الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني، وفي هذا ينبغي الإشارة إلى أن المشرع أورد نوعين من التوقيع الإلكتروني توقيع إلكتروني موصوف واعتبره وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، وتوقيع إلكتروني غير معزز[1]، واستلزم للإعتداد بالتوقيع الإلكتروني الموصوف ضوابط محددة بمقتضى المادة 7 من القانون السالف الذكر، وتشمل نشوءه على أساس شهادة تصديق إلكترونية موصوفة، بمعنى نشوءه لدى جهة معتمدة للتصديق وتتولى هذه الجهة التحقق من التوقيع الإلكتروني الخاص بالموقع، وتتتبع الثغرات التي تحدث بعد إنشاء التوقيع[2] .

كما واقتضى للإعتداد به أن يكون مرتبطا بالموقع دون سواه، والموقع حسب المادة 2/2 من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين: "شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني يتصرف لحسابه، أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله"[3] ، وينصرف معنى بيانات إنشاء إنشاء التوقيع الالكتروني حسب المادة 3/2 من ذات القانون لكل بيان فريد كالرموز، مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الالكتروني.

يشترط إلى جانب الشرطين السالف ذكرهما أن يكون التوقيع قادرا على تحديد هوية الموقع، وهو ما يتقرر من خلال الرجوع إلى جهات إصدار التوقيع الإلكتروني، وشهادات التصديق المعتمدة التي تبين شخصية مستخدم التوقيع، كما ولا بد أن يكون التوقيع مصمما بآلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني ومنشأ بواسطة وسائل تتواجد تحت التحكم الحصري للموقع، أي لابد أن يكون صاحب التوقيع الإلكتروني منفردا به، بحيث لايستطيع أي شخص معرفة فك رموز التوقيع الخاصة به أو الدخول إليه.

[1]- التوقيع غير المعزز هو توقيع لا تتوفر فيه شروط التوقيع المعزز، ولكن رغم ذلك فإنه لا يمكن انكاره كدليل للإثبات لمجرد أنه توقيع الكتروني أو أنه غير معزز بشهادة مؤهلة تفيد صحته أو أنه تم دون استخدام أداة من أدوات تأمين التوقيع، وعليه يتوجب على من يتمسك به أن يقيم الدليل أمام القضاء بأن التوقيع تم بطريقة تقنية موثوق بها يراجع في ذلك، بودالي محمد، المرجع السابق، هامش ص.56؛ خالد علي العراقي علي إسماعيل، مكافحة جرائم التوقيع الالكتروني بدولة الإمارات العربية المتحدة، الفكر الشرطي، دورية ربع سنوية علمية محكمة ومفهرسة تعنى بالأبحاث الشرطية، تصدر عن مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، الامارات العربية المتحدة، مج الثاني والعشرون، ع2، العدد رقم 85، أبريل 2013، ص. 130.

[2]- تنص المادة 1/07 من قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، سابق الإشارة إليه:" التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة."

[3]- لقد عرف المشرع الجزائري الموقع بذات التعريف الذي أوردته المادة 2/د من الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 التي نصت على:"شخص حائز على بيانات إنشاء التوقيع، ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه، وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله".

وإلى جانب ما سبق يشترط أن يكون التوقيع مرتبطا بالسند على نحو لا يمكن فصله عنه، بمعنى أن يكون متصلا إتصالا مستمرا يمكن حفظه واسترجاعه بطريقة معلوماتية آمنة طوال الفترة الزمنية الكافية لإستخدامه في الإثبات[1].

إن ما ينبغي الإشارة إليه أن الرجوع إلى الضوابط المحددة بالمادة 19 من القانون المدني لا يكون الغرض منه تحديد لزوم أو عدم لزوم الإعتداد بالمحرر العرفي الإلكتروني المعد فحسب، بل يكون كذلك لتحديد قوته في الإثبات، وفي هذا يلاحظ أن المشرع الجزائري عمد إلى إقرار مبدأ المعادل الوظيفي بين المحرر العرفي الورقي والمحرر العرفي الإلكتروني، وذلك بإقراره لمبدأ التعادل الوظيفي بين التوقيع الإلكتروني الموصوف والتوقيع التقليدي، وكذا لمبدأ التكافؤ أو التناظر الوظيفي بين الكتابة على الدعامة الورقية، والكتابة على الدعامة الإلكترونية بموجب المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، غير أنه استلزم لتكريس مبدأ التناظر في مجال الكتابة الالكترونية وجوب التحقق من الشخص الذي أصدرها، مع الثقة في محتواها.

هذا عن الأدلة المعدة للإثبات، أما الأدلة غير المعدة للإثبات، والتي يندرج ضمنها المحررات العرفية التي لم تعد أصلا للإثبات، والتي عادة ما لا يكون موقعا عليها من قبل ذوي الشأن، بحيث يلجأ إليها وقت قيام النزاع فقط[2]، كالرسائل، الدفاتر التجارية، الأوراق المنزلية، فيخضعها البعض[3] لقانون القاضي لإرتباطها بإقتناعه وحريته في تكوين عقيدته، في حين يسندها الإتجاه الآخر[4] للقانون الذي يحكم موضوع الدعوى لارتباطها الوثيق بموضوع الحق، وعليه يرجع إلى هذا القانون لتحديد الأدلة غير المعدة للإثبات، وما إذا كانت تشكل دليلا قاطعا أم دليلا يؤخذ به على سبيل الإستئناس، وما إذا كان من الجائر الإعتداد بالمحرر كمبدأ ثبوت بالكتابة إن لم يكن دليلا كتابيا كاملا.

وفي هذا السياق ينبغي الذكر أن التطورات التكنولوجية التي شهدتها البيئة التجارية أفرزت في مجال الإثبات مفاهيم موسعة للأدلة غير المعدة للإثبات، بحيث برزت رسائل البريد الإلكتروني، الدفاتر الحسابية الإلكترونية، وتعتبر رسائل البريد الإلكتروني رسائل يتم إرسالها أو إستلامها بواسطة نظام إتصالات بريدي إلكتروني، تتضمن ملحوظات مختصرة ذات شكل حقيقي، يمكن إستصحاب مرفقات به كمعالجة الكلمات أو أي

---

[1]- بن قراش كلثوم، مسؤولية البنك عن فحص المستندات في الاعتماد المستندي، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص/ قانون البنوك، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية2009-2010، ص.362.

[2]- محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، الكتابة-البينة-القرائن-الإقرار-حجية الأمر المقضي-اليمين-المعاينة-الخبرة-الإثبات الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، 2000، ص.77؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.38.

[3]- وهو موقف (Batiffol et Lagarde,Motulsky) مشار إليه من طرف، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.366 .

[4]- وهو موقف " أحمد عبد الكريم سلامة، حفيظة السيد الحداد." مشار إليه من طرف، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ص.367.

مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها[1]، وتتنوع هذه الرسائل بين رسائل بريد إلكتروني موقعة وأخرى غير موقعة، وتحديد شروط الإعتداد بهذه الرسائل، وقوتها الثبوتية، يرجع فيه إما لقانون القاضي أو القانون الذي يحكم موضوع التصرف القانوني، ويعد هذا الرأي الراجح في مجال الإثبات، فإن كان هذا القانون هو القانون الجزائري، فإنه ينبغي الإشارة إلى أن المشرع لم يتطرق لرسائل البريد الإلكتروني، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات يلاحظ أنه منح رسائل البريد الموقعة ذات القوة الثبوتية للمحررات العرفية، وعليه يكون لرسائل البريد الإلكتروني الموقعة حجية كاملة في الإثبات لا تقل عن حجية المحرر العرفي الإلكتروني[2].

أما إذا لم تكن موقعة فيكون للتجار إستخدامها في مجال معاملاتهم التجارية المحظة، كما يكون لغير التاجر إستخدامها في مجال المعاملات الإلكترونية المختلطة، أما التاجر فلا يكون له التمسك بها في مواجهة غير التاجر إذا ما كانت قيمة التصرف القانوني تتجاوز 100.000 دج، وعليه أن يسلك طرق الإثبات المحددة في القانون، ما لم يكن هناك إتفاق بينهما على الأخد بها كدليل إثبات[3].

إلى جانب رسائل البريد الإلكتروني، تعتبر الدفاتر التجارية أحد طرق الإثبات غير المهيأة، وفي هذا يلاحظ أن المشرع الجزائري استجاب لتطور تقنيات الاتصال الحديثة واستخدامها من قبل التجار في تدوين حساباتهم التجارية، فأصدر نصوصا قانونية تتعلق بالدفاتر المحاسبية الإلكترونية[4]، وعليه يرجع إلى هذه القوانين لتحديد الأشخاص المكلفون بمسك الدفاتر المحاسبية، أنواع الدفاتر المحاسبية، وقوة هذه الدفاتر في الإثبات.

بعد أن تم تحديد الاستثناءات الواردة على إعمال القانون المختص بتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، وجب التطرق لموانع إعمال هذا القانون.

المطلب الثاني: موانع إعمال القانون المختص بتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

يثير إعمال منهج التنازع في مجال عقود التجارة الدولية مشاكل متعددة، بحيث قد يواجه القاضي وهو بصدد تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد تعارض مضمونه مع الأحكام الواردة في دولته، الأمر الذي يثير حكم التعارض بين النظام العام وقواعد الإسناد، كما قد يتبين له أن اختصاص القانون الأجنبي كان نتيجة لتغيير الأفراد لضابط الإسناد، وهذا ما يثير حالة الغش نحو القانون[5].

---

[1]- وهو موقف خالد ممدوح إبراهيم. مشار إليه من طرف، يوسف أحمد النوافلة،الإثبات الالكتروني، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة الإسكندرية، 2010، ص.128.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.88.

[3]-يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص.130، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.ص.78-79.

[4]- قانون 07-11 المؤرخ في 15 ذي القعدة عام 1428هالموافق 25نوفمبر سنة2007 والمتضمن النظام المحاسبي المالي،ج.ر، ع74، س2007.

[5]- بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص.32 .

ولما كان تطبيق هذه الموانع قيدا يحد من تطبيق القانون الأجنبي المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية في جميع المجالات، بما فيها المعاملات التجارية الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية، فهل يمكن تمديد العمل بها في مجال عقود التجارة الالكترونية الدولية؟

هذا ما سيتم التطرق له من خلال التعرض لكل من النظام العام وعقود التجارة الإلكترونية (**الفرع الأول**)، ثم لمدى شمولية الغش نحو القانون لعقود التجارة الإلكترونية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: النظام العام قيد على إعمال القانون المختص بتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

لاريب أن القاضي وهو بصدد إعمال القانون الأجنبي الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية ملزم باحترام الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام العام في دولته، بحيث لا يمكن له تطبيق القانون الأجنبي وإهدار المبادئ الأساسية لدولته، ذلك أن المشرع عندما سمح بتطبيق القانون الأجنبي، استلزم ألا يكون هذا الأخير مخالفا للنظام العام.

بهذا يبدو أن النظام العام يعد قيدا يحول دون إعمال القانون الأجنبي المختص بتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، إلا أن هذا النظام العام قد عرف تطورا ملحوظا في مجال عقود التجارة الدولية، فمن النظام العام في مجال تنازع القوانين، إلى النظام العام الدولي الحقيقي، وعليه هو النظام العام الذي يعمد القاضي إلى حمايته؟ وما هي الآثار المترتبة على هذا الإعمال؟

لأهمية هذه المسألة سيتم التطرق لها ببيان مفهوم النظام العام في مجال عقود التجارة الالكترونية (**البند الأول**)، ثم للآثار المترتبة على إعماله (**البند الثاني**).

البند الأول: مفهوم النظام العام في مجال عقود التجارة الالكترونية

إن التطرق لهذه المسألة يستلزم تحديد تعريف النظام العام في مجال عقود التجارة الالكترونية (**أولا**)، ثم التطرق لشروط إعماله (**ثانيا**).

أولا: تعريف النظام العام

تعد فكرة النظام العام من الأفكار القانونية التي استعصى على الفقه تعريفها، بحيث اعتبرها جانب من الفقه[1]:" الأساس السياسي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها"،

[1]- ميلاط عبد الحفيظ، الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنيت وفكرة النظام العام، تحديد المسؤولية في حالة مخالفة النظام العام في العقود المتعلقة بمنح التوطين Hebergement والدخول Accesللمواقع الالكترونية في شبكة الانترنيت، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد، ع5، س2008، ص.173.

وعرفها البعض[1] بأنها :" مجموع القواعد القانونية التي تنظم المصالح السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الخلقية التي تهم المجتمع أكثر مما تهم الأفراد".

الحقيقة أن هذه التعاريف وردت بخصوص النظام العام الداخلي، الذي يكون الهدف منه إبطال إتفاقات الأطراف المخالفة للقواعد الآمرة، أما النظام العام في مجال تنازع القوانين[2] فقد عُرف بأنه: "وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي، الاختصاص العادي، المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"[3]، في حين عرفه جانب آخر[4] بأنه: " الدفع الذي يراد به إستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بشأن علاقة قانونية معينة، وإحلال القانون الوطني (قانون القاضي) محله، نظرا لإختلاف الحكم الوارد في كل منهما في هذا الصدد إختلافا جوهريا، أو لعدم التكافؤ القانوني بين التشريعين في هذا الشأن".

إن إختلاف مجالات تطبيق النظام العام في المجال الداخلي عنه في مجال العلاقات الخاصة الدولية دفع بالبعض[5] إلى القول بأن النظام العام الداخلي، والنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص عبارة عن دائرتين متحدين في المركز، غير أنهما مختلفتان في المحيط، ذلك أن الدائرة الأولى أكثر إتساعا من الثانية، في حين اتجه جانب آخر [6]إلى التوسيع من نطاق تلك الدوائر فجعلها أربعة متحدة في المركز مختلفة في المحيط، بحيث تشمل الدائرة الأولى القواعد الآمرة، في حين تشمل الثانية قواعد البوليس، أما الدائرة الثالثة فتشمل النظام العام بمفهوم

---

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 181؛ إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي، المرجع السابق، ص.396.

[2]- تعتبر فكرة الدفع بالنظام العام فكرة قديمة، ترجع جذورها الأولى إلى الفقيه الإيطالي (Bartole) الذي ميز عند تعرضه لنظرية الأحوال الشخصية بين الأحوال المستهجنة (Odieux) والأحوال المستحسنة (Favorable) وقرر أن الأولى لا تتعدى آثارها حدود إقليم الدولة التي أصدرتها وقد أكد على هذه الفكرة الفقيه (Bouhier) في =القرن 17، غير أنها لم تلق آنذاك صدى واسع، لأن قوانين الدول كانت قريبة من بعضها، ومستمدة من القانون الروماني، والديانة المسيحية، لكن في القرن 19 برزت هذه الفكرة على يد الفقيه (مانشني)، باعتبارها أداة تثبت الاختصاص للقانون الإقليمي، الذي يعد استثناء عن قاعدته الأساسية وهي مبدأ شخصية القوانين.غير أن فكرة الدفع بالنظام العام بمفهومها الحالي لم تبرز إلا لدى الفقيه (سافيني) الذي انطلق من فكرة الاشتراك القانوني.ففي نظره الدول الغربية يجمعها تراث قانوني واحد "القانون الروماني" وديانة واحدة "الديانة المسيحية" وبذلك فالقاضي عند ما يسمح بتطبيق قانون أجنبي فإنه يفترض توافر قدر من الاشتراك ما بين هذا القانون وقانونه الوطني، إلا أنه متى اتضح له عدم توافر هذا الاشتراك امتنع عن تطبيق القانون الأجنبي وطبق قانونه الوطني. لمزيد من التفاصيل يراجع، نادية فضيل،تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، 2001، ص.115؛ أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، ط1، الشروق للنشر والتوزيع، 2001، ص.291.

Cf.Henri Batiffol, Paullagarde, traité de Droit international privé, T1, 8ème éd, librairie générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A. Paris, 1993, p.568 ; Patrick Courbe, droit international privé, éd D, 2000, P.102.

[3]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط 9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986، ص.537.

[4]- وهو موقف الفقيه(جابر جاد عبد الرحمن). مشار إليه من طرف، محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.142

[5]- مشار إليه من طرف، أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر-المحلة الكبرى، 2006، ص.36.

[6]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص.37.

القانون الدولي الخاص، وتشمل الدائرة الرابعة النظام العام الدولي الحقيقي[1]، ويبرز هذا الأخير حسب البعض في مجال عقود التجارة الدولية، كلما كانت العلاقة مطروحة أمام الهيئات التحكيمية.

من هنا يتضح، أن إعمال النظام العام يختلف بحسب ما إذا كان النزاع مطروحا على القضاء الوطني أم على القضاء الخاص، إذ بينما يتم إعمال فكرة النظام العام بمفهومها الوارد في مجال القانون الدولي الخاص أمام القضاء الوطني، فإن إعماله أمام الهيئات التحكيمية يتقرر وفقا لمعنى النظام العام عبر الدولي، ذلك أن المحكم ليس له قانون إختصاص داخلي يهدف إلى حماية مبادئه العليا، بل هو مكلف بحماية المصالح العليا لمجتمع التجارة والأعمال العابر للحدود[2].

ولئن كان القاضي ملزم عند تطبيقه للقانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية باحترام النظام العام بمفهومه الوارد في مجال تنازع القوانين، فإنه لابد من الذكر أن هذا النظام العام يتميز بمجموعة من الخصائص وأهمها الطبيعة الاستثنائية له، وقد ظهرت هذه الخاصية، بعد تطور مفهوم النظام العام، حيث أصبح دفعا استثنائيا عاما، يقيد حكم قواعد الإسناد، ويستبعد القانون الأجنبي المختص اختصاصا عاديا طبقا لقواعد الإسناد في كل حالة يختلف فيها الاشتراك القانوني بين ذلك القانون وقانون القاضي[3]، وقد تم تبرير هذه الخاصية حسب الفقيه (Rappe)بالرغبة في عدم منح مشرعي الدول توقيعا على بياض، حتى يؤدي تطبيق النص الأجنبي من طرف القضاة إلى القفز نحو المجهول.

---

[1]- إختلف الفقه في تسمية النظام العام الذي يعتد به في نطاق العلاقات القانونية الدولية، بحيث أطلق عليه البعض تسمية النظام العام الدولي الحقيقي، في حين أشار له البعض بمسمى النظام العام للقانون التجاري الدولي، في حين سماه البعض بالنظام العام غير الوطني، وسماه البعض نظام عام عالمي، و استخدم البعض للتدليل عليه مصطلح النظام العام العالمي، وأطلق عليه البعض الآخر نظام عام عبر دولي، وتفضل هذه التسمية على ما عداها من تسميات لانها تدل على طبيعة العلاقة القانونية المحكومة به، كما وأنها تزيل اللبس حول فكرة وجود نظام عام وهمي ..

ويُعرف النظام العام عبر الدولي على أنه: " مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية، والتي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية عبر الدول"، أو هو: "مجموعة الأسس والقواعد العامة التي لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، بقدر ما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية"' أو هو مجموعة القواعد الآمرة التي تقرها الأمم المتحضرة، أي تلك التي تشكل قاسما مشتركا بين أكبر عدد ممكن من الدول.

وفي هذا المجال يفسر الأستاذ(CHAPELLE) الخصيصة الأساسية التي يتصف بها هذا النظام العام بقوله" إنه دولي بالمعنى الحقيقي، لأن نشاط المجموعة التي يحكمها (ويقصد مجموعة التجار) يتجاوز حدود الدولة الواحدة، سواء من الناحية الموضوعية أو الإقليمية" لكن رغم سعي الفقه نحو إيجاد ما يسمى بالنظام العام عبر =الدولي بالمعنى الحقيقي، إلا الفقه إختلف بشأنه بين مؤيد ومعارض، بحيث رفض البعض الإعتراف به، بحجة أن تجسيد هذه الفكرة يتطلب توحيد العالم كله، وهذه المسألة بعيدة التحقق في ظل الظروف الراهنة، بل هي أقرب إلى الخيال منها إلى الواقع، فالنظام العام يتميز دائما بالوطنية، ويتغير مفهومه ومحتواه من مجتمع لآخر بغض النظر عن الوصف الذي يلحق به، إضافة لذلك يكرس النظام العام الدولي صعوبة أخرى مردها المصلحة التي سيسعى هذا النوع من النظام العام إلى حمايتها، إذ هل ستشمل هذه الحماية مصالح الدول المتقدمة أم الدول الآخذة في النمو، ولا يخفى على أحد مدى التناقض الموجود بين مصالح هذه الدول.

رغم الحجج التي ساقها أنصار الإتجاه الرافض لفكرة النظام العام عبر الدولي، يقر الإتجاه الثاني وجود هذه الفكرة، ويربط وجودها بفكرة التحكيم الدولي لعدم وجود قانون إختصاص داخلي يفرض الإستقامة في مجال المعاملات الدولية. لتفاصيل أكثر يراجع، إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام،دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2004، ص. 568 وما بعدها.

[2]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 1014.

[3]- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)،ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص.512.

ولا يتميز النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية بهذه الخاصية فقط، بل يمتاز بخاصية أخرى ألا وهي الصفة الوطنية، ففكرة النظام العام هي دائما فكرة وطنية[1]، تهدف إلى حماية الأسس التي يقوم عليها مجتمع قاضي النزاع[2]، والقول بوجود نظام عام داخلي أو نسبي، ونظام عام دولي أو مطلق للتمييز بين النظام العام في دائرة الحالات القانونية الوطنية، والنظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية يعتبر ضربا من المحال[3]، لأن النظام العام يتميز بطابعه الوطني، وله مدلول واحد، وكل ما هنالك أن مقتضيات النظام العام تنكمش في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، عنها في نطاق العلاقات الوطنية، فبينما تهدف في القانون الداخلي إلى استبعاد تطبيق اتفاقات الأفراد المخالفة للنصوص الآمرة، فإنها تهدف في القانون الدولي الخاص إلى استبعاد القانون الأجنبي[4].

إلى جانب هذه الخاصية يمتاز النظام العام بطابعه النسبي، ففكرة النظام العام، فكرة نسبية، يتغير مفهومها ومحتواها من مجتمع لآخر[5]، كما أنها تتغير داخل المجتمع من زمان لآخر، فما يعد من النظام العام في دولة معينة لا يعد منافيا لها في دولة أخرى، وما يعتبر من النظام العام داخل ذات الدولة لا يعتبر منافيا للنظام العام في وقت آخر[6]، فشرط الدفع بالذهب كان جائز في القانون المصري قبل سنة 1914، ثم صدر في نفس السنة قانونا يفرض التعامل الإلزامي بالعملة المصرية، فأصبح شرط الوفاء بالذهب مخالفا للنظام العام المصري، ومع ذلك ظل القضاء في مصر يجيز هذا الشرط في المعاملات الخارجية، واستمر الوضع كذلك إلى أن صدر قانون تفسيري سنة 1939 يقضي ببطلان شرط الدفع بالذهب في جميع المعاملات الداخلية والخارجية[7].

إنطلاقا مما تقدم، يتبين بأن النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية يؤدي وظائف متعددة، فهو يهدف من جهة إلى حماية السياسة التشريعية، والدفاع عن المبادئ التي تشكل الأسس الجوهرية لمجتمع قاضي النزاع، كما أنه يسمح من جهة أخرى بحماية أطراف النزاع من خلال رفض تطبيق قوانين أجنبية غير عادلة[8].

---

[1]- أعراب بلقاسم، ج1، المرجع السابق، ص175.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص.517.

[3]- إذا كان معظم الكتاب يعتبرون أن النظام العام له مدلول واحد فإن الدكتور سامي بديع منصور يؤكد وجود نوعين من النظام العام أحدهما خاص بالعلاقات الدولية والآخر يرتبط بالعلاقات الوطنية. يراجع، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفيسور فايز الحاج شاهين، ط الأولى، دار العلوم العربية، بيروت -لبنان، 1414هـ -1994م، ص.778.

[4]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.149.

[5]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.278.

[6]- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص.119؛ زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستر، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2010-2011، ص.139.

[7]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.143.

[8]- للإشارة فإن النظام العام عبر الدولي الذي يطبقه المحكم يهدف إلى الحفاظ على المبادئ الأساسية للأمم المتحضرة، وعلى أخلاقيات التعامل الدولي، ومن ثم إحترام المبادئ الأساسية في مجتمع التجارة الدولية، وإن كانت تتعارض مع المبادئ السائدة في دولة معينة. مشار إليه من طرف، إياد محمود بردان،المرجع السابق، ص .604.

أمام الوظائف التي يؤديها الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية، عمدت جل التشريعات إلى تضمين قوانينها نصوصا قانونية خاصة به، وهو ما عمد إليه المشرع الجزائري بمقتضى المادة 24 من القانون المدني،[1] على غرار التشريعات العربية الأخرى،[2] وعليه إذا خلصنا من تحديد المقصود بالنظام العام الذي يعمد القاضي إلى حمايته في مجال عقود التجارة الالكترونية الدولية، وجب التطرق لبحث شروطه.

ثانيا: شروط الدفع بالنظام العام.

يشترط لإثارة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية لإستبعاد القانون الأجنبي المنعقد له الإختصاص ثلاث شروط معينة، وتتمثل هذه الأخيرة في كل من:

1 –ثبوت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي مختصا طبقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي[3]، ومن ذلك ذلك أن يتفق أطراف عقد التجارة الالكتروني الدولي على منح الإختصاص التشريعي لقانون أجنبي إعمالا لقاعدة التنازع الوطنية، كما ويتحقق هذا الشرط إذا كان موطن الأطراف المشترك موجود ببلد أجنبي، أو إذا كانوا ينتمون بجنسيتهم المشتركة إلى دولة أجنبية غير دولة القاضي المطروح عليه النزاع، وكذا إذا تم إبرام العقد ببلد أجنبي، وعليه إذا اتفق الأطراف على منح الإختصاص لقانون القاضي بنظر منازعاتهم الناجمة عن عقد التجارة الالكتروني الدولي، فهنا لا يثور الدفع بالنظام العام، كما ولا يثور إذا تركزت ضوابط الإسناد الجامدة في بلد القاضي المعروض عليه النزاع.

---

[1]– تنص المادة 24 ق.م.ج العدل والمتمم: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان خالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو تبث له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري مكان القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة."

[2]– تقابل المادة 24 من القانون المدني الجزائري، المادة 28 مدني ليبي، المادة 27 مدني مصري، المادة 30 مدني سوري، المادة 32 مدني عراقي. يراجع، فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة =الجزائر، ج 37، ع2، سنة1999، ص. 98؛ محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.166. إذا كانت التشريعات السالفة الذكر تستخدم مصطلح النظام العام، فإن المشرع التونسي في الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص استخدم مصطلح الخيارات الأساسية للدولة التونسية بدلا من مصطلح النظام العام والآداب العامة، إذ ينص في الفصل 36 منه: "لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي. ويثير القاضي الدفع بالنظام العام مهما كانت جنسية أطراف النزاع. ولا يخضع الدفع بالنظام العام لمدى قوة ارتباط النزاع بالنظام القانوني التونسي. ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي، ويطبق القاضي أحكام القانون التونسي بدلا عن أحكام القانون الأجنبي الذي استبعد تطبيقها". من خلال هذا الفصل، يتضح أن المشرع التونسي استخدم مصطلحي النظام العام، والاختيارات الأساسية للدولة التونسية ذلك أن المشرع التونسي يعتمد على قواعد دينية معدلة، لذلك تعتبر الخيارات الأساسية أساس ومعيار للنظام العام التونسي.

[3]– يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 5، سنة2008، ص.214.

2– مخالفة أحكام القانون الأجنبي لمقتضيات النظام العام في دولة القاضي

يقتضي هذا الشرط أن يكون القانون الأجنبي مختلفا في حكمه الموضوعي مع نظيره في قانون القاضي إختلافا جذريا بصفة كلية أو جزئية[1]، ومن بين الحالات التي يكون فيها القانون الأجنبي متعارضا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي، حالة إدراج بند الدفع بالذهب في العقد التجاري الدولي، إذ قد يختار الأطراف قانونا لحكم عقدهم التجاري الدولي، ويكون هذا القانون يعترف بشرط الدفع بالذهب، في حين لا يكون قانون القاضي يأخذ بهذا الشرط سواء في العقد الدولي أو الداخلي[2]، كما يمكن للدولة استخدام آلية الدفع بالنظام العام إذا كان القانون الأجنبي يعترف بالعقد الالكتروني أو بالتوقيع الالكتروني وفقا لما يخالف المفاهيم السائدة بها.[3]

للإشارة فإنه ينبغي الذكر أن تقدير مسألة مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وهو في ذلك يظل خاضعا لرقابة المحكمة العليا[4]، لأن المهمة الموكلة له تعد مسألة قانونية، لا يترك فيها الأمر لتقديره الشخصي، بل يجب أن يكون لهذا التقدير أساس موضوعي ويتم وقت نظر المنازعة[5].

3– آنية الدفع بالنظام العام

يقرر الفقه أن العبرة في تقدير القاضي لمخالفة القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية لحكم العقد الدولي للنظام العام من عدمه يتحدد بوقت الفصل في الدعوى، لا بوقت نشوء العلاقة العقدية موضوع النزاع، وعليه إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانوني،[6]ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على إثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فإنه لا يمكن استبعاد تطبيق ذلك القانون[7].

فمثلا هناك بعض الدول تعتبر أن العقود الدولية المتعلقة بالمتاجرة بالسلاح مشروعة، ولكنها مخالفة للنظام العام إذا تمت خلال فترة الحرب، بحيث إذا تم العقد الدولي حول المتاجرة بالسلاح، وكان الوقت الذي ينظر فيه

---

[1] رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.161.

[2] – شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر –بن يوسف بن خدة، السنةالجامعية2008-2009، ص.76.

[3] - Cf. Thierry Revet, Le contrat electronique, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique français, Université Panthéon- assas (PARIS II), journées nationales T V/ Toulouse - 2000, L.G.D.J, p.48.

[4] – حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، المبادئ العامة للحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص.187؛ أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص236.

[5] – شويرب خالد، المرجع السابق، ص.77.

[6] – محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.152؛ يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في مجال القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.215.

[7] – صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص.30.

القاضي الدعوى هو وقت حرب في تلك الدولة، فإن ذلك العقد يعد مخالفا للنظام العام ولو كان القانون الواجب التطبيق على العقد يعتبر الصفقة صحيحة وغير مخالفة للنظام العام[1].

وفي هذا يقر الدكتور موحند إسعاد ما يلي: " يتحتم على القاضي عند إعماله للدفع بالنظام العام في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق أن يضع في اعتباره مسألة حالية مفهوم النظام العام السائد وقت إصدار الحكم لا وقت نشوء المنازعة"[2].

إن توفر شروط إستبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي، يستوجب منع تطبيق هذا الأخير، ويصاحب هذا الإستبعاد بعض الآثار التي تلحق العلاقة المراد إنشاؤها.

البند الثاني:آثار الدفع بالنظام العام في مجال عقود التجارة الالكترونية

تختلف آثار الدفع بالنظام العام في مجال عقود التجارة الالكترونية الدولية، إذ قد يستعمل بشأن علاقة يراد إنشاؤها في بلد القاضي (**أولا**)، كما قد يستعمل بشأن علاقة نشأت في دولة أجنبية لكن يراد التمسك بها في دولة القاضي(**ثانيا**).

أولا: آثار الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي

يُرتب الدفع بالنظام العام باعتباره قيدا على قاعدة التنازع الواردة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أثرين؛ أثر إيجابي وأثر سلبي، ويتضح الأثر السلبي كلما كانت قاعدة النظام العام في بلد القاضي ناهية، تستبعد تطبيق القانون الأجنبي المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، ويتقرر هذا الوضع كلما كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجيز أمرا لا يقره النظام العام في بلد القاضي كأن يكون القانون الأجنبي يجيز التعامل في مواد يحظر القانون الوطني التعامل بها، كالتعامل في الأسلحة، أو في بعض المواد الصيدلانية، أو في الأفلام المخلة بالآداب.

وقد أثارت مسألة الإستبعاد هذه جدلا فقهيا صاخبا، وكان مرد هذا الخلاف، تعارض مضمون القانون الأجنبي في جزء منه مع مقتضيات النظام العام في بلد القاضي، وفي هذا الشأن انقسم الفقه إلى اتجاهين، اتجاه يقر الإستبعاد الكلي[3]، ذلك أن إستبعاد جزء من القانون الأجنبي والإبقاء على جزء آخر يؤدي إلى مسخ أو

[1]- شويرب خالد، المرجع السابق، ص.78.

[2]-Cf. Mohand Issad , Le jugement étranger devant le juge de l'éxequetur de la révision au contrôle , L.G.D.J , Soufflot, 1970, p .129 .

[3]- من أنصار هنا الاتجاه (عكاشة محمد عبد العال، إبراهيم أحمد إبراهيم) مشار إليه من طرف، محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص. 152.

تشويه القانون الأجنبي، كما أن تطبيق جزء دون الجزء الآخر يتنافى مع الحكمة من قاعدة الإسناد التي تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي برمته باعتباره القانون الأنسب لحل النزاع[1].

ولئن كان البعض من الفقه يقر الإستبعاد الكلي، فإن غالبية الفقه[2] تنادي بالإستبعاد الجزئي، بحيث ينبغي أن يتم إستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، دون المساس بأحكامه الأخرى التي لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام في ذلك البلد، ذلك أن الإستبعاد الكلي يتعارض مع حكمة التشريع ويؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد، وعليه إذا طرح على القاضي نزاع يتعلق بعقد تجارة إلكتروني ذي طابع دولي، وكان ذلك العقد يتضمن شرط الدفع بالذهب الذي يعتبر مخالفا للنظام العام في بلده، دون البلد الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانونه، فهنا يتوجب على القاضي في هذه الحالة استبعاد القانون الأجنبي في الشق المتعلق بشرط الدفع بالذهب، ليبقى العقد فيما عدا هذه المسألة خاضعا للقانون الأجنبي[3].

ويرى أنصار هذا الإتجاه أن هذا الحل يتماشى مع الطابع الإستثنائي للنظام العام الذي لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، بحيث يجب أن ينحصر استبعاد القانون الأجنبي في الحدود اللازمة للمحافظة على مقتضيات النظام العام[4]، ذلك أن الهدف من إعمال النظام العام هو حماية الأسس الجوهرية والقيم العليا السائدة في المجتمع، وطالما أن هذه الغاية تتحقق بإستبعاد الجزء المتعارض مع النظام العام، فإنه لا يوجد أي مبرر لاستبعاد الأجزاء الأخرى التي لا تتعارض في مضمونها مع النظام العام، كما أن القول بأن الإستبعاد الجزئي يخالف قاعدة الإسناد الوطنية ويتعارض مع إرادة المشرع الأجنبي أمر غير صحيح، إذ على العكس من ذلك يحفظ الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي ولقاعدة الإسناد التي قررت تطبيقه أكبر قدر من الفعالية[5].

من هنا يتبين أن الاتجاه الثاني يتسم بالمرونة ويكفل للمتعاقدين الأمان القانوني، بحيث لا يخل بتوقعاتهم المستقبلية بخصوص القانون الواجب التطبيق، ومع ذلك فإن هذا الحل لا يمكن الأخذ به في الفروض التي يرتبط فيها نص القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بباقي نصوصه الأخرى ارتباطا وثيقا لا يقبل التجزئة، بحيث يكون من الصعب تطبيق تلك النصوص بمعزل عن النص المخالف للنظام العام[6].

---

[1]- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.214.

[2]- Cf.HenriBatiffol, Paul Lagarde ,op. cit., p.592.

[3]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.152.

[4]- شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016-2017، ص.86.

[5]- أعراب بلقاسم، ج1، المرجع السابق، ص.177؛ زيدون بختة، المرجع السابق، ص.150.

[6]-شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص.87.

وعليه، يتضح أن الإستبعاد الجزئي يبقى متوقفا على مدى أهمية الجزء الذي يتعين على القاضي إستبعاده، فمتى كان الجزء المستبعد يشكل روح القانون الأجنبي فإن إقصاؤه يستتبع بالنتيجة إقصاء الأجزاء الأخرى[1].

وإذا كان الأثر السلبي يتمثل في إستبعاد القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام في بلد القاضي، فإن الأثر الإيجابي يكمن في إحلال قانون آخر محل القانون المستبعد، ويتقرر كلما كان القانون الأجنبي يمنع أمرا يجيزه قانون القاضي، وكان ذلك المنع مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، ويكون أثر الدفع بالنظام العام في هذه الحالة إيجابيا لأنه لا يقتصر على إستبعاد القانون الأجنبي، بل يؤدي كذلك إلى إحلال قانون آخر محله، فمثلا قد يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بصحة عقد إلكتروني يجيزه القانون الجزائري، وكان القانون الواجب التطبيق على النزاع بمقتضى قاعدة الإسناد الجزائرية قانون دولة لا يعترف بمستخرجات الحاسب الآلي غير القائمة على مرتكزات ورقية عرفية موقع عليها، ففي مثل هذه الحالة يتوجب على القاضي الجزائري إستبعاد القانون الأجنبي الذي لا يعترف بصحة العقد الالكتروني، ويطبق القانون الجزائري على النزاع[2].

ولئن كان الفقه الغالب يتجه إلى إحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد، لما لقانون القاضي من إختصاص إحتياطي، إلا أن إتجاها آخر يرى ضرورة البحث في القانون الأجنبي ذاته عن حكم آخر، على أن يكون ذلك الحكم متفقا مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي، ويستند أنصار هذا الاتجاه في تبرير هذا الحل إلى الطبيعة الاستثنائية للدفع بالنظام العام، والتي يترتب على الأخذ بها إستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع مقتضيات النظام العام وإحلال نص آخر من القانون الأجنبي محل النص المستبعد باسم النظام العام.

وفي هذا الشأن ينبغي الذكر أنه مهما كان من أمر الاختلافات الفقهية السابقة، فإن الاتجاه نحو إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، هو أفضل الحلول التي توصل إليها الفقه، بل هو أكثرها ملائمة للإعتبارات العملية، وقد أخذ المشرع الجزائري بمقتضى المادة 24 من القانون المدني بضرورة إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد.

ويعتبر هذا الاتجاه الراجح قضاء في كل المجالات بما في ذلك مجال عقود التجارة الالكترونية، بحيث طبقته محكمة (Minnessota)حين أعلنت عن اختصاصها في قضية (Minnesota v. Granite Gate Resorts) المتعلقة باتصال عدد من مواطني الولاية بأحد المواقع المعلنة للقمار في ولاية نيفادا الأمريكية المشهورة بمثل هذه

[1]- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص،المرجع السابق، ص.216.

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء عرسان، عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.117.

الأندية، فاستبعدت تطبيق القانون الأجنبي على أساس أن المدعى عليه قصد الاتجار داخل ولاية "مينسوتا"عن طريق موقعه على شبكة الإنترنت، مخالفا بذلك النظام العام الوطني لها[1].

كما حكمت المحكمة الفيدرالية في ولاية تينسي باختصاصها للنظر في قضية(US. V Thomas)، وطبقت القانون المحلي لها ، وحكمت ضد موقع على شبكة الإنترنت يمتلكه شخص في ولاية (كاليفورنيا) يقوم بتقديم الأفلام المخلة بالآداب في الولاية[2].

بل إن الحفاظ على النظام العام الوطني دفع القضاء في بعض الحالات إلى تغريم المخالف بسبب عدم تنفيذه للأحكام القضائية الصادرة ضده، وهو ما حصل في قضية العملاق الأمريكي (Yahoo) الذي ألزمه القضاء الفرنسي بدفع غرامة تأخير مقدرة ب 100 ألف فرنك فرنسي عن كل يوم في حال عدم التزامه خلال ثلاثة أشهر من صدور ذلك الحكم بوضع آليات تقنية لمنع نشر بيوع المزاد العلني التي تحمل رموز نازية، وكذا في حال عدم تنبيهه للمبحرين عبر الشبكة من عدم استعمال محرك البحث لإجراء بحوث أو الدخول إلى مواقع وملتقيات يتضمن مضمونها الاعتداء على القوانين الفرنسية المتعلقة بالنظام العام[3].

ثانيا: آثار الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأت في دولة أجنبية ويراد التمسك بها في دولة القاضي

يستلزم تحديد آثار الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأت في دولة أجنبية ويراد التمسك بها في دولة القاضي التطرق لكل من الأثر المخفف للنظام العام(**1**)، وللأثر الانعكاسي للنظام العام (**2**).

1-الأثر المخفف للنظام العام

[1]- سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 65.

[2] -U.S. v. Thomas 1996 n°94-6648/660*fed. App., 5532 (6th. Cir)

مشار إليه في، المرجع السابق، ص. 66.

[3]- تتلخص وقائع هذه القضية التي فصل فيها القاضي (jean-jaques gommez)بموجب الأمر الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 2000 بين العملاق الأمريكي للإنترنيت(Yahoo) ضد إتحاد الطلبة اليهود الفرنسية(UEJF) والرابطة الدولية لمكافحة العنصرية واللاسا مية (LICRA) في تقديم موقع (Yahoo) لخدمات إعلامية متعددة ومنها توطين مواقع على شبكته للبيع بالمزاد العلني يتم فيها عرض وبيع متعلقات من الحقبة النازية ما أدى بكل من اتحاد الطلبة اليهود الفرنسيين والرابطة الدولية لمكافحة العنصرية واللاسامية باللجوء إلى القضاء الاستعجالي الفرنسي الذي أمر مؤسسة (Yahoo)بوضع آليات تقنية لمنع مستعملي الشبكة من الولوج إلى المواقع التي تتضمن أفكار نازية وعنصرية.

وقد دفعت (Yahoo) أمام المحكمة باستحالة خلق مثل هذه التقنيات، الأمر الذي حدا بالمحكمة إلى تعيين خبراء في المعلوماتية (وهم كل من الأمريكي vincent – cerf، والفرنسيfroncoiswillon والبريطانيben lawie) اللذين أكدوا إمكانية ذلك، فقضت المحكة بالأمر المشار إليه في المتن. يراجع، ميلاط عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص.ص 180-181.

تطرح مسألة الأثر المخفف للنظام العام عند بحث القاضي في إشكالية مدى إمكانية الاحتجاج بحق اكتسب في الخارج ونشأ صحيحا طبقا للقانون الأجنبي المختص، رغم أن إنشاء هذا الحق في بلد القاضي غير ممكن لتعارضه مع النظام العام الوطني[1].

بهذا يتبين أنه من غير الممكن للقاضي أن يسمح بإنشاء علاقة قانونية تتعارض مع الأسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها نظامه القانوني، في حين إذا نشأت تلك العلاقة في ظل نظام قانوني أجنبي يعترف بها، فإن التمسك بآثارها في دولة القاضي لن يخدش الشعور العام بنفس الدرجة التي يؤدي إليها إنشاء تلك العلاقة فيها[2].

إن تطبيق هذه النظرية يقوم على مبررات عديدة أهمها إستجابتها لمتطلبات الحياة الدولية التي تقتضي اضطراد وتطور العلاقات التي تمتد عبر الحدود[3]، من خلال الحد قدر الإمكان من إعمال فكرة النظام العام، وما يؤدي إليه من تقليص حجم المعاملات التجارية الدولية، والحيلولة دون انتشارها على نطاق واسع وفعال، بما يهدد حياة المجتمع الدولي ويصيب التجارة الدولية بأضرار بليغة[4]، إضافة إلى عدم تأثر الشعور العام في دولة القاضي بخصوص علاقة قانونية نشأت في الخارج بنفس القدر الذي تتأثر به إذا نشأت العلاقة في دولة القاضي[5].

رغم ما تحققه نظرية الأثر المخفف للنظام العام، إلا أن اضمحلال مفعول النظام العام أمام الحقوق المكتسبة في الخارج لا يؤخذ به على إطلاقه، فهو يستعيد دوره في الحالات الخطيرة بوصفه صمام الأمن اللازم لحماية الأسس الجوهرية في المجتمع[6]، فالقضاء الفرنسي الذي يرجع له الفضل في بروز هذه النظرية لم يلتزم بتطبيقها بشكل مطلق في جميع أحكامه وبصفة دائمة، إذ لا يمكن تجاهل مقتضيات النظام العام ولو تعلق الأمر بحقوق نشأت في الخارج، وعليه يبقى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقرير الاعتراف أو عدم الاعتراف بهذه الحقوق مع أخذه بعين الإعتبار مدى تقبل وتسامح الرأي العام بشأن نفاذ هذه الحقوق المكتسبة في دولته[7].

2-الأثر الانعكاسي للنظام العام

[1]-Cf . George CAVALIER et Stéphanie BOREL, L'ordre publique français et les lois de police, Travaux dirigés droit international privé, 5éd, lexis nexis, Paris, 2013, p .116 .

[2]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.162.

[3]- شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص.89.

[4]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.163.

[5]- Cf. Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, op. cit., p. 321.

[6]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.258؛ جندولي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص.81.

[7]- محمود وليد المصري، المرجع السابق، ص.270.

يقصد بالأثر الانعكاسي للنظام العام إمكانية الاعتراف في دولة ثالثة بآثار علاقة قانونية نشأت في دولة أخرى لتشابه فكرة النظام العام فيها مع فكرة النظام العام في دولة القاضي الفاصل في النزاع، رغم أن تلك العلاقة لا يمكن الاعتراف بآثارها في الدولة التي استبعد القاضي المطروح عليه النزاع قانونها لمخالفتها للنظام في ذلك البلد[1]، فمثلا لو اتفق أطراف عقد تجاري إلكتروني دولي على إخضاع هذا العقد للقانون المصري، وطرح نزاع فيما بعد أمام القضاء الفرنسي حول صلاحية شرط الدفع بالذهب، فإن هذا الأخير سيعمد كأصل عام إلى تطبيق القانون المصري، غير أنه سيتبين له أن هذا القانون يحظر شرط الدفع بالذهب في المعاملات الداخلية وكذا الدولية، بخلاف القانون الفرنسي الذي يجيز هذا الشرط في مجال المعاملات الدولية.

أمام هذا الوضع لن يكون أمام القاضي الفرنسي غير إستبعاد القانون الواجب التطبيق وإعمال قانونه، ومن ثم القضاء بصحة شرط الدفع بالذهب في مجال المعاملات الدولية، وعلى فرض أن هذا النزاع طرح على قضاء دولة أخرى يتشابه نظامها العام مع النظام العام الفرنسي، فإنه لن يكون لقاضي هذه الدولة غير الاعتراف بمثل هذا الشرط لتشابه النظام العام في كلا البلدين.

بهذا يتبين أن إقرار الاحتجاج بالحق في دولة أخرى من عدمه يتوقف على مدى توافق المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام العام في الدولة الثالثة مع أسس النظام العام في بلد القاضي، فمتى وجد اشتراك قانوني بين الدولتين وتوافق مفهوم النظام العام في شأن هذا الحق، فلا مانع من الاعتراف به والأخذ في كلا البلدين بما يعتبر من النظام العام في البلد الآخر، أما إذا لم يوجد اشتراك قانوني بين الدولة الثالثة ودولة القاضي واختلف النظام العام في الدولتين اختلافا جوهريا، فلا يمكن الاحتجاج في الدولة الثالثة بالحق الذي نشأ في دولة القاضي[2].

بعد أن تم التطرق للنظام العام وآثاره في مجال عقود التجارة الالكترونية الدولية باعتباره أول مانع يحول دون تطبيق القانون الأجنبي المختص، وجب التطرق للغش نحو القانون ومدى شموليته لعقود التجارة الالكترونية.

الفرع الثاني: مدى فعالية إعمال الدفع بالغش نحو القانون في مجال عقود التجارة الالكترونية

يعتبر الدفع بالغش[3] نحو القانون أحد الموانع التي تحول دون تطبيق القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، ويتحقق هذا الأخير بصفة عامة عن طريق قيام أحد الأطراف بتغيير ضابط الإسناد بهدف نقل

---

[1]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.163.

[2]- شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص.94.

[3]- الغش في معناه اللغوي الخديعة والتحايل قصد الإضرار بالغير، وقد جاء في المعجم القانوني للفاروقي في تحديده لعبارة (Fraud) الإنجليزية بأنها: "غش- تدليس- احتيال أو تحايل- نصب- قلب الحقائق أو كتمانها قصدا لخداع الغير- حيلة، خديعة- طرق ملتوية- مزاعم كاذبة يتذرع بها الشخص ليصيب ما ليس له أو ما لا يستطيع إدراكه بالطرق المستقيمة."

بينما ورد في القاموس القانوني تعريف لكلمة (fraude) الفرنسية بأنها: "غش(مدني)- المناورات المقرونة بسوء نية للإضرار بالغير، وفي القانون الجنائي هو سوء النية وهو الخداع كالغش في البيع فإنه خداع وسوء نية."

الإختصاص التشريعي من قانون دولة إلى قانون دولة[1] أخرى قصد التهرب من أحكام القانون الأول المختص أصلا بحكم النزاع، والإستفادة من التسهيلات الواردة في أحكام القانون الثاني الذي يتماشى ورغباتهم الشخصية[2]، وغالبا ما يتقرر إستخدام الغش عندما يكون القانون المختص من القوانين التي تتطلب شروطا أو إجراءات أكثر شدة أو تستلزم وقتا طويلا وجهدا كبيرا أو نفقات أو ضرائب ورسوم باهضة من تلك التي يتطلبها قانون آخر[3].

لأهمية الدفع بالغش نحو القانون عمدت التشريعات[4] إلى إعتماده ضمن نصوصها القانونية، وهو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري بعد تعديله للقانون المدني[5]، ولكن بسبب إقتصار التشريعات على تبنيه كمانع يحول دون تطبيق القانون المختص، وبسبب أن مسألة التعريف لا تعد من إختصاص المشرع، فقد عمد الفقه إلى محاولة تحديد المقصود به، وفي هذا تعددت التعاريف الفقهية بحيث عرفه جانب من الفقه[6] بأنه:" اتخاذ أعمال إرادية بطريقة عمدية، أو غير عمدية لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون لكن يخالف غرضه"، وعرفه جانب آخر بأنه: "مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة"[7].

بسبب الانتقادات التي وجهت لهذين التعريفين نتيجةلعدم منحهما "نية التحايل" الوزن الحقيقي المقرر لها، بذكرهما عبارة "عن غير عمد"، رغم أن نية التحايل تعد أحد شروط قيام الدفع بالغش نحو القانون[8]. فقد اتجه

ولما كانت هذه التعاريف قد وقفت على الغش بمفهومه الواسع، فقد اتجه الفقيه (بيار أميل طوبيا) إلى محاولة تعريفه بعد أن انتقد عدة تعريفات وكان تعريفه للغش كالتالي: "التحايل على القانون يتمثل بكل عمل، أو امتناع، أو تصرف قانوني صادر عن سوء نية ويرمي إلى التهرب من تنفيذ قاعدة إلزامية بإعمال قاعدة أخرى مضادة لها لتحقيق نتيجة غير مشروعة، لا يسمح التطبيق الطبيعي للقانون الوضعي بإدانتها وإعلان عدم مشروعيتها." يراجع في ذلك، بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شئ، تقديم القاضي غسان رباح، د.ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، 2009، ص.99 وما يليها؛ نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص.51.

[1]-Cf . Audit Bernard, Davout Louis, Droit international privé,Economica ,Paris ,2013,p.268.

عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط2، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص.116.

[2]- نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص.52.

[3]- غالب علي الداودي،القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط4، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص.20.

[4]- من ذلك القانون السوسيري (المادة 15 من القانون الدولي الخاص لسنة 1878)، مشروع تعديل القانون الفرنسي (المادة54 منه)، قانون مقاطعة كيبك (المادة3802 من القانون المدني لسنة 1991)، القانون المكسيكي (المادة 1/15 من القانون المدني المعدل لسنة 1987)، القانون الإسباني (المادة 4/12 من القانون المدني المعدل لسنة 1974)، القانون الروماني (المادة 19فقرة ب من مجموعة القانون الدولي الخاص لسنة 1992)، المادة 2/30 من القانون الدولي الخاص التونسي. يراجع في ذلك، رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، هامش ص. 185,.

[5]- تنص المادة 24ق.م.ج المعدل والمتمم:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون."

[6]- وهو موقف (LIGEROUPOLO). مشار إليه من طرف. نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص. 54؛ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 247.

[7]- مأخوذة عن، زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص.261.

[8]- شويرب خالد، المرجع السابق، ص.82.

جانب من الفقه [1]إلى تعريف هذا الدفع بأنه :"إتباع وسائل مشروعة للوصول إلى تطبيق قانون آخر غير ذلك الذي عينته قاعدة الإسناد، وذلك إما بتغيير وصف العلاقة القانونية محل الاهتمام أو بتغيير ضابط الإسناد كتغيير الجنسية أو الموطن"، في حين عرفه جانب آخر[2] بأنه: "التغيير الإرادي المقصود لضابط الإسناد بهدف التهرب من من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، وإحلال قانون آخر بدلا منه، لتحقيق الغاية التي يحصل التغيير بسببها" وفي السياق ذاته عرفه اتجاه آخر بأنه: "قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط بشكل متعمد قصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة"[3]، وعرفه جانب آخر [4]بأنه: " [4]بأنه: " إستعمال الشخص لوسائل مشروعة ظاهرا لإنجاز أفعال قانونية لم يكن يسمح له القانون المختص بإنجازها".

ورغم أن المجال الرئيسي للدفع بالغش نحو القانون يكمن في مسائل الأحوال الشخصية والأحوال العينية، إلا أن من الفقه من يرى إمكانية إعماله في مجال الإلتزامات التعاقدية، ولئن كان بالإمكان في نظر هذا الفقه[5] إعمال الدفع بالغش نحو القانون في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية، فإنه وبالمثل سيتم إعماله في مجال عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، حيث سيعمد الأطراف إلى التلاعب في العناصر الواقعية لتحديد القانون المختص بحكم النزاع، واستبداله بقانون يحقق مصلحتهم، لا لشيء إلا لأن القانون المختص يمنعهم من بعض التعاملات، أو يفرض عليهم شكليات معقدة، أو تكاليف مرتفعة لإبرام بعض العمليات التجارية الإلكترونية.

لحساسية الموضوع وأهميته سيتم التطرق له من خلال تقييم الغش نحو القانون بالنظر إلى ضابط الإسناد المعتمد في مجال عقود التجارة الالكترونية (**البند الأول**)، ثم إلى تقييمه بالنظر إلى وصف العلاقة القانونية (**البند الثاني**).

البند الأول: تقييم الدفع بالغش نحو القانون بالنظر إلى ضابط الإسناد المعتمد في مجال عقود التجارة الالكترونية

من المقرر قانونا أن إعمال الدفع بالغش نحو القانون يستلزم توافر العنصرين المتفق عليهما فقها[6]، والمتمثلين في العنصر المادي والعنصر المعنوي، ولا يخفى مدلول العنصر المعنوي على أحد، فمؤداه يبرز من خلال

[1]- أمين رجا رشيد دواس، المرجع السابق، ص. 247.

[2]- عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.118.

[3]- أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.187.

[4]- وهو موقف الفقيه "موسى عبود". مشار إليه من طرف، شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص.107.

[5]- نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص.113.

[6]- إلى جانب الشروط المتفق عليها يضيف الفقه شروطا أخرى مختلف بشأنها وتشمل هذه الأخيرة كل من قصر الدفع بالغش نحو القانون على حالات التهرب من القاعدة الآمرة كون أن القاعدة المكملة لا يمكن تصور التهرب من أحكامها، ولكن غالبية الفقه ترى أن العبرة بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم، إذ

تسميته، التي تقوم على نية التحايل وعلى قصد الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع[1]، بمعنى أن يكون الغرض من التغيير التهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة، وجلب الإختصاص لقانون آخر، وذلك بغية تحقيق هدف لم يكن في الإمكان الوصول إليه وفقا لأحكام القانون المختص[2].

وذلك بخلاف العنصر المادي الذي ينبغي لفهمه تحديد المقصود به وشروط إعماله، وفي هذا الإطار يمكن القول أن العنصر المادي في إطار فكرة الدفع بالغش نحو القانون المعروفة في مجال القانون الدولي الخاص يجد صداه في تغيير ضابط الإسناد، على أن يكون التغيير إراديا بتغيير الجنسية، الموطن[3]، موقع المنقول، كما ويجب أن يكون تغييرا فعليا غير صوري بحيث إذا ثبتت الصورية تم إعمال أحكامها لإهدار آثار التغيير مع العزوف عن إستخدام الدفع بالغش نحو القانون[4]، ولا يكفي تحقق الشرطين السالف ذكرهما، بل لابد أن يكون التغيير مشروعا، بحيث لو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة ما أمكن الإعتداد بالغش[5].

ونظرا لأن إعمال فكرة الدفع بالغش نحو القانون يستلزم التقصي عن العنصرين المادي والمعنوي، فإنه ينبغي الذكر أن استبيان هذه العناصر في مجال الأحوال الشخصية وكذا العينية- مع ما يتطلبه إعمالهما من تقصي وبحث في أغوار النفس البشرية[6]، وكذا تحقق من شروط قيام العنصر المادي- يجد صداه بحيث تبقى نظرية الغش

من الممكن أن ينحرف الأفراد عن الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة، سواء كانت آمرة أو إختيارية، وغالبا ما يسهل حدوث الغش بالنسبة للقواعد المكملة، كون أن المتعاقدين لهما مسبقا حرية مخالفتها.

إلى جانب هذا الشرط يتجه الفقه إلى أن الغش نحو القانون لا يمكن التمسك به إلا لصالح قانون القاضي، وقد تم تبرير ذلك من منطلق أن وظيفة القاضي في الدولة تكمن في كفالة تطبيق القانون الوطني، ومنع الأفراد من مخالفته أو التهرب من أحكامه، ولا يكون له من ثم منعهم من التهرب من أحكام القوانين الأجنبية، وبسبب عدم وجاهة ذلك الرأي عمد الفقه مؤخرا إلى قبول التمسك بالغش سواء كان القانون وطنيا أو أجنبيا. يراجع في ذلك، نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص.82 وما يليها؛ أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.192 وما يليها؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.257.

[1]- خالد صبري الجنابي، المرجع السابق، ص.180؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.256؛ ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص.210.

[2]- شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين، المرجع السابق، ص.114.

Etienne Cornut , la fraude, Sous la direction de Hugues fulchiron, cyrilnourissat, Edouard Treppoz , Alain Devers, Travaux dirigés droit international privé, 5éd, lexixnexis, Paris, 2013, p.130.

[3]سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، (تنازع القوانين-المعاهدات -التحكيم التجاري الدولي)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004، ص.187.

[4] - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.279.

[5]- عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.121.

[6]- نظرا لأن النية من الأمور الباطنية التي يصعب على القاضي الكشف عنها فقد تردد الفقه في التسليم بفكرة الغش نحو القانون، إذ تساءل الفقيه (Kant) عن السبل والوسائل التي تمكن من الكشف عن النوايا الداخلية للشخص وذلك كله للإطاحة بنظرية الغش نحو القانون، والتي تُعتبر في نظره وسيلة لتحكم القضاة في إصدار أحكام تخمينية حسب النوايا الخفية.

رغم الإنتقادات التي وجهت لهذا الشرط، إلا أنه ينبغي الذكر أن مسألة النية ليست صعبة كما يدعي الفقه، بل هي من الأمور اليسيرة التي يمكن للقاضي الوقوف عليها من خلال استعانته ببعض القرائن، كالتلازم الزمني بين الإجراء المادي المتمثل في تغيير ضابط الإسناد، وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد كتغيير أحد الأطراف لمحل إقامته بغية إيجاد موطن مشترك يخضع العقد لأحكام القانون الساري المفعول به. يراجع في ذلك، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص132.

في مجالهما أميرة مدللة على عرشها، وذلك بخلاف مجال الإلتزامات التعاقدية التي يثير إعمال الغش فيها جدلا فقهيا صاخبا لتعويل المشرع على الإرادة كضابط لتحديد القانون المختص.

إن هذا السبب هو الذي دفع البعض إلى التمسك بصعوبة إعمال نظرية الغش، إذ من غير المعقول أن يتم منح الإرادة حرية إختيار القانون الواجب التطبيق، ثم يتم الطعن عليها بالغش على أساس أن ذلك الإختيار قد قصد منه التهرب من أحكام قانون آخر لم يتم إختياره.

ويبرر البعض سبب رفضه لنظرية الغش نحو القانون في مجال الاختيار الإرادي لقانون العقد نتيجة لعدم إشارة قاعدة الإسناد بإختصاص قانون محدد بصفة مسبقة، مما يترتب عليه عدم القدرة على إثبات العنصر المعنوي المتمثل في نية التحايل على القانون، فعدم وجود قانون مختص بصفة مسبقة لا يسمح بالقول أنإختيار الأطراف لقانون آخر قصد به التحايل على القانون المختص أصلا.

وكما لا يمكن التذرع بتحقق العنصر المعنوي وفقا لهذا الإتجاه، فإنه لا يمكن القول بتحقق العنصر المادي كذلك، كون أن توافر هذا العنصر يفترض تصدي الأطراف لتغيير ضابط الإسناد المحدد بصفة مسبقة تغييرا إراديا وهو ما لم يحدث في هذه الحالة[1].

إذا كان الفقه السالف يستند إلى الحجج السابقة للتأكيد على صعوبة إعمال الغش، فإن جانبا آخر يقر بإمكانية إعمال هذه النظرية ولو في نطاق محدود، وذلك في حالة إنحراف المتعاقدين عن إستعمال الرخصة الممنوحة لهم بموجب المادة 18 من القانون المدني بإختيارهم لقانون لا صلة له بالعقد أو بهما[2]، ويتم إثبات الغش في هذه الحالة عندما يفشل المتعاقدون عن تقديم مبرر جدي لإختيار قانون لا صلة له بالرابطة العقدية، فإختيار المتعاقدين لقانون عديم الصلة يمكن أن يكشف عن قصدهم في الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط به[3].

والحقيقة أن الأمر يستلزم عدم الخلط بين فكرة عدم الإعتداد بقانون الإرادة فيما إذا انعدمت الصلة بينه وبين العقد من جهة، وبين مجال إعمال نظرية الغش نحو القانون من جهة أخرى، كون أن الفقه يجمع على أن

Holleaux Dominique, Foyer Jacques, de Geouffre de la Pradelle Géraud, Droit international privé, Masson, Paris, 1987, p.233.

[1]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.445.

[2]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص.182.

[3]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.420.

إستخدام الغش نحو القانون له دور إحتياطي ولا يلجأ إليه إلا عند تعذر إبطال التصرف وفقا لقاعدة قانونية أخرى، ذلك أنه وسيلة إحتياطية وعلاج أخير (Temedium Ultimul)[1].

في السياق ذاته، يمكن القول أن جانبا من الفقه يرى أن إعمال نظرية الغش نحو القانون يجد صداه عندما يختار المتعاقدون قانونا يرتبط بالعقد المبرم بينهم، ويتبين للقاضي فيما بعد أن الأطراف لم يسعوا لإختيار هذا القانون إلا للتهرب من الأحكام الآمرة التي تتضمنها القوانين الأخرى التي ترتبط بدورها بالعقد محل النزاع، كما ويتصور إعمال نظرية الغش في الحالة التي يسعى فيها المتعاقدون إلى إيجاد صلة مصطنعة بين العقد والقانون الذي تم إختياره كأن يقوموا بتنفيذ عقد التجارة الإلكتروني في الدولة التي يهدفون إلى تطبيق قانونها على العقد إبتداء ولأغراض غير مشروعة[2].

من خلال ما سبق يتبين أن إستلزام الصلة بين العقد والقانون المختار وفقا لما قرره أنصار النظرية الموضوعية كان الغرض منه التقليل من فرص التحايل التي كثرت في مجال النظرية الشخصية التي منحت للأطراف الحرية المطلقة في إختيار قانون العقد من جهة[3]، كما أنه يؤدي إلى إعفاء القاضي من عناء البحث عن مدى إمكانية إعمال الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكون له إستبعاد القانون المختار إذا ما تبين له أن العقد لا يرتبط بالقانون المختار بأي صلة، ليفصل في النزاع بينهما كما لو كانوا قد سكتوا تماما عن إختيار القانون الواجب التطبيق، بحيث إما يتصدى بنفسه لتركيز العقد وإسناده للقانون الأوثق صلة، أو يعمد إلى تطبيق الضوابط التي حددها المشرع بنفسه في حال ما إذا كان هذا الأخير قد تصدى لتركيز العقد موضوعيا بمقتضى ضوابط الإسناد الإحتياطية كما هو الشأن في الجزائر[4].

ولئن كانت الصعوبات السالفة تشكك في إمكانية إستخدام الدفع بالغش نحو القانون في مجال ضابط الإسناد الأصلي، فإن إثارة هذا الدفع بصدد الضوابط القضائية يطرح إشكالا آخر بخصوص إمكانية إعماله خاصة و أن تلك الضوابط من الضوابط القابلة للتغيير، وعليه قد يعمد أحد أطراف العقد التجاري الإلكتروني الدولي إلى تغيير موطنه وجعله متحدا مع موطن الطرف الآخر للتهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع، كما قد يقوم أحد الأطراف بتغيير جنسيته إلى جنسية الطرف الآخر حتى يصبح القانون الواجب التطبيق

[1]- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص.130.

[2]- مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، المرجع السابق، ص.253؛ محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.71.

[3]- بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، هامش ص.331.

[4]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.71.

هو قانون الجنسية المشتركة، وقد يسعى صاحب الأداء الجوهري في العقد إلى تغيير محل إقامته إلى دولة أخرى تحقق له أغراضه، بل قد تعمد الشركة إلى تغيير مركز إدارتها الرئيسي للتهرب من أحكام مقر المركز الحقيقي[1].

الحقيقة أن التفكير بإمكانية إثارة الدفع بالغش نحو القانون بصدد الضوابط السالفة لا يجد صداه، ذلك أنه من غير المعقول أن يعمد الأطراف إلى التحايل بتغيير هذه الضوابط، لتحقيق أهدافهم والتهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع، في حين أن المشرع قد خول لهم صلاحية إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

بهذا يتبين أن إعمال الدفع بالغش نحو القانون لا يجد صداه في مجال عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي كلما تعلق الأمر بتغيير ضابط الإسناد، ولئن كان هذا هو حال الفرض الأول، فما هو حال الفرض الذي يتم فيه تغيير وصف العلاقة القانونية.

البند الثاني: تقييم الدفع بالغش نحو القانون بالنظر إلى تغيير وصف العلاقة القانونية في مجال عقود التجارة الالكترونية

إذا كان من الصعب إثارة إستخدام الدفع بالغش نحو القانون عند تغيير الأطراف لضابط الإسناد المقرر في مجال الإلتزامات التعاقدية، فإن الفقه يجمع على إمكانية إعمال هذا الدفع عند تغيير الأطراف لوصف العلاقة القانونية، ويتقرر هذا الأمر عند قيام الأطراف بتدويل عقد داخلي بطبيعته للتوصل إلى إخضاعه لقانون دولة غير تلك التي تنتمي إليها الرابطة العقدية بكافة عناصرها[2]، وكما يتصور إصطناع الأطراف للعنصر الأجنبي في العلاقة القانونية الوطنية حتى تفلت من رقابة قانون القاضي، فإنه يتصور كذلك سعيهم إلى تغيير العنصر الأجنبي كي تصبح هذه الأخيرة علاقة وطنية[3].

---

[1]- لقد أثار تغيير الشركة لجنسيتها من خلال تغيير مركز إدارتها الرئيسي إلى الخارج قصد الخضوع لتشريع ضريبي أقل قساوة من التشريع الذي كانت خاضعة له في الأصل جدلا فقهيا صاخبا حول إعتماد نظرية الغش نحو القانون أو الإكتفاء بالصورية، إذ بينما يكتفي البعض بإعمال الصورية من خلال إظهار الحقيقة وإثبات وهمية المركز الرئيسي المنشأ في الخارج حتى يتم إعتبار المركز الرئيسي الحقيقي للشركة موجود في دولة غير تلك المصرح بها، وفي هذا ينكر الفقيه الفرنسي (Desbois) دور نظرية الغش نحو القانون في مادة جنسية الشركة، ويؤكد أن الشركة إما يكون مركزها الرئيسي المنشأ أو المنقول إلى الخارج وهمي، ويتم التصدي لذلك من خلال فكرة الصورية، وإما يكون ذلك المركز حقيقي ويكون قانون ذلك البلد هو الواجب التطبيق، وعلى خلاف الفقيه السابق يتجه الفقيه (Vidal) إلى إمكانية إعمال الغش نحو القانون وذلك متى تبين أن إنشاء أو نقل مركز الشركة الرئيسي إلى الخارج كان بقصد التهرب من أحكام القانون المختص أصلا، خاصة إذا كان القانون الأجنبي أقل قساوة منه. يراجع، بيار إميل طوبيا، المرجع السابق، هامش ص.329؛ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص.264.

[2]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.445.

[3]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص.262.

ولعل المثال الشائع بخصوص تغيير وصف العلاقة القانونية في مجال الإلتزامات التعاقدية حالة سفر وطنيين مقيمين ببلدهم الأصلي إلى دولة أجنبية لإبرام عقد قرض فيما بينهما قصد الاتفاق على إخضاعه لقانون بلد الإبرام، والتهرب من النصوص الآمرة الخاصة بالفوائد في بلدهم الأصلي الذي يخضع العقد لأحكامه[1].

رغم إمكانية إعمال الدفع بالغش نحو القانون في مثل هذه الحالة، إلا أنه ينبغي في هذا المجال ملاحظة الطابع الخاص لها، فإختيار المتعاقدين لقانون بلد الإبرام وإن كان القصد منه التهرب من الأحكام الآمرة في القانون الوطني الواجب التطبيق أصلا على العقد بوصفه من عقود القانون الداخلي، وهو ما يسمح بالقول بتحقق العنصر المعنوي في الغش (نية التحايل على القانون المختص)، إلا أنه لا يسمح بتحقق العنصر المادي القائم على تغيير ضابط الإسناد المقرر في مجال الروابط العقدية الدولية، ذلك أن التغيير تم من خلال إصطناع ضابط إسناد لم يكن موجودا من الأصل في مجال العقود الداخلية.

وبغض النظر عن الطابع الخاص لنظرية الغش نحو القانون في مثل هذه الحالة إلا أنه ينبغي الذكر أن الجزاء المترتب على حالة إصطناع العنصر الأجنبي في عقد داخلي بطبيعته يكمن في تجاهل القاضي للقانون المختار وإعادة الإختصاص للقانون الداخلي للدولة التي ينتمي إليها العقد، وهو ما يتفق مع الأثر الحلولي أو الاستبدالي للدفع بالغش نحو القانون كما تعرفه المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص[2].

إذا كان تغيير وصف العلاقة القانونية يجد صداه في مجال الإلتزامات العقدية التقليدية على نحو ما تم التفصيل فيه، فإنه ينبغي الذكر بأن إستخدام هذا الطرح في مجال عقود التجارة الإلكترونية يجد صدا أوسع، خاصة إذا تم إعتماد الرأي القائل بدولية عقود التجارة الإلكترونية إنطلاقا من الوسيلة المستخدمة، فالتسليم بهذا الرأي سيؤدي لا محال إلى تذرع الأطراف بالوسيلة المستخدمة للقول بدولية عقد التجارة الالكتروني الداخلي، والتمسك من ثم بصلاحية إختيارهم لقانون أجنبي لحكم علاقاتهم الوطنية قصد التهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع. وعليه قد يتفق أطراف العقد التجاري الالكتروني الداخلي على إختيارقانون أجنبي لحكم العلاقة القانونية لاعتبار أن شبكة الانترنت تجعلهم في حالة إتصال دائم بجميع دول العالم، وتتيح لهم إختيار أي قانون لحكم عقدهم.

ولا يقتصر الأمر على ذلك فحسب، بل يتعداه ليشمل إتفاق الأطراف في العقد المبرم بينهم على تحديد مكان دولة أجنبية باعتبارها دولة إبرام العقد، لإضفاء الصبغة الدولية على عقدهم، رغم أنه عقد وطني محض، ويجد إتفاقهم ذلك صداه في نصوص تشريعات المعاملات الإلكترونية التي تبنت موقف القانون النموذجي للتجارة

[1]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.421.

[2]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.448؛ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص.421.

الإلكترونية، فخولت لأطراف عقد التجارة الالكترونية صلاحية تحديد مكان إنعقاد العقد، ويجد هذا التفكير أساسه عند ربطه بالقواعد المكملة، التي يسهل حدوث الغش فيها، لما يكون فيها لإرادة المتعاقدين من حرية مخالفتها[1].

من خلال ما سبق يتبين أن نظرية الغش نحو القانون تجد صداها في مجال الإلتزامات التعاقدية، كلما تعلق الأمر بتغيير وصف العلاقة القانونية، وهو ما يستلزم من القاضي الوقوف على ظروف وملابسات العقد لتحديد دولية العقد التجاري من عدمه، حتى لا يعمد إلى إضفاء الصفة الدولية على عقد داخلي محض، ومتى تبين له ذلك كان عليه إستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني.

بناء على ما تقدم، يلاحظ أن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية بمقتضى المنهج التنازعي تعرض لانتقادات لاذعة سببها الرئيسي اختلاف المعطيات التي أسست عليها ضوابط الإسناد الواردة في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية عنها في مجال عقود التجارة الالكترونية، والتي كان من نتيجتها سعي الفقه إلى الإقرار بوجود ما يسمى القانون المادي الالكتروني.

[1]- نادية فضيل، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص.83.

الفصل الثاني: منهج القواعد المادية آلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

كان منهج التنازع حتى وقت المنهج السائد لحل مختلف المشاكل الناشئة عن العلاقات العقدية ذات الطابع الدولي، غير أنه ونتيجة لتطور عقود التجارة الدولية، وتنوع أنماطها في النصف الثاني من القرن العشرين، بات من المؤكد البحث عن قواعد مادية تتلاءم مع طبيعة ومقتضيات هذه العقود[1]، وتلبي احتياجاتها بعيدا عن منهج الإسناد التقليدي[2].

وقد ظهر منهج القواعد المادية كنتيجة حتمية لما عرف بأزمة منهج التنازع، التي كان مردها الانتقادات التي وجهت لهذا الأخير باعتباره منهجا غريبا يفتقد للحلول الدولية، ناهيك عن أنه منهج زائف أعمى وفي هذا يقول الأستاذ الفرنسي (Louis Lucas): " لو أن منهجا ما لا يعدو أن يكون نظرية توقفت عن التطور فهو أكثر من طريقة عمياء "[3]، كما يقول العميد (Batiffol): "إن منهج تنازع القوانين قد أضحى زائفا، لأنه يقود إلى تطبيق قواعد موضوعة أساسا لأوضاع داخلية على أوضاع دولية"[4].

بهذا يتبين أن قاعدة التنازع باعتبارها الأداة الفنية التي يستند إليها منهج التنازع لحل مشكلة تنازع القوانين، تعمد إلى تطبيق حلول داخلية على علاقات ذات طابع دولي، وهي تتجاهل عن عمد خصوصيات

---

[1]- يتجه الفقيه الألماني (G.kegel)، الفقيه الفرنسي (Pierre Mayer)، والفقيه المصري (أحمد عبد الكريم سلامة) إلى جانب كل من (أحمد عبد الحميد عشوش)، و(محمد عبد الله محمد المؤيد)،إلى ضرورة تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية، وقد بروا موقفهم هذا بكون أن مصطلح القواعد الموضوعية يبرر بُعد القانون من حيث مضمون قواعده، خاصة أن مصطلح مادي في القانون يقابله مصطلح معنوي، وهذا الأخير يختلف عن القانون الوضعي لأنه يعبر عن الضمير والأخلاق، في حين يفضل البعض من أمثال(Y-Loussouarn, Goldman , Kahn, Francescakis, , Level , H-Bauer) و (هشام صادق) إطلاق مصطلح القواعد المادية على هذه القواعد بدلا من المصطلح السابق الذكر، لأن مصطلح القواعد الموضوعية قد يثير الخلط على أساس ما يفهم من مقابلته لاصطلاح القواعد الإجرائية، التي يقتصر دورها على بيان الإجراءات الكفيلة بإعمال القانون الموضوعي وتطبيقه، ذلك أنها تبين الطريق الذي يتعين سلوكه لتحقيق الحماية القضائية للحق أو المركز القانوني. يراجع في ذلك، محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، هامش ص.19؛ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص.ص.23-24.

[2]– أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع 2، السنة العشرون، يوليو2012، ص.9؛ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.15؛

Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, Droit International Privé, 4émé Ed, D, Paris,1993, p.64.

[3]– عصام الدين القصبي، تنازع الإختصاص القانون والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، مج الرابع، 9-11 ربيع الأول1424هـ الموافق 10-12 مايو 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي، ص.1615.

[4]-Cf.HenriBatiffol, la loi appropriée au contrat in " le droit des relation économique international ", étude affectes a Berthord Goldman, paris ,Letec , 1983, p.6 .

مشار إليه من طرف، بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، هامش ص.73.

العلاقة الخاصة الدولية[1]، بل ولا تعدو أن تكون مجرد أداة تحكمية بيد القاضي، وقاعدة ميكانيكية تعمل بشكل آلي في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق، بغض النظر عن مضمون أحكام هذا القانون وآثار تطبيقه على النزاع[2]، زيادة على ذلك فإن قاعدة التنازع تفتقد للوظيفة الوقائية كونها قاعدة لا فائدة منها إلا إذا رفع بشأن العلاقة دعوى أمام القضاء، ولاشك أن قاعدة كهذه ينبغي هجرها، لأنها لا تتفق ومقتضيات السرعة والتوقع الذي تتطلبه عقود التجارة الدولية[3].

ولا يقف أمر الانتقادات على الحلول التي تترتب على إعمال قواعد الإسناد، بل تتعداها لتشمل التعقيد الذي يحيط بهذا المنهج، وفي هذا اتجه الفقيه (Prosset) إلى تشبيه منهج التنازع بأنه:" منهج كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصي على الفهم"[4].

لعل من أهم الأسباب التي دفعت الفقه إلى توجيه مثل هذا الانتقاد لمنهج قاعدة التنازع العمليات الفنية المعقدة التي يقوم بها القاضي قبل الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، من ذلك مثلا تفسير قاعدة الإسناد، تكييف المسائل القانونية المعروضة، تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي وما إن كانت قاعدة موضوعية أم قاعدة تنازع، إمكانية عدم التوصل إلى الكشف عن مضمون تلك القواعد[5]، ناهيك عن ذلك فإن العلاقة القانونية قد لا تغطيها قاعدة تنازع واحدة، بحيث يصبح من الضروري البحث عن قوانين أخرى تحكم باقي جوانب النزاع، وبذلك تتجلى عملية تجزئة المسألة المطروحة، مع ما قد يترتب على ذلك من آثار غير محمودة العواقب في بعض مجالات الحياة الخاصة ذات الطابع الدولي[6] .

ولا يقتصر الانتقاد الموجه لمنهج قاعدة التنازع على ما سبق ذكره، بل يتعداه ليشمل عدم قدرة هذا المنهج على تحقيق الأمان القانوني المتطلب لأطراف النزاع الخاص الدولي، فقاعدة التنازع غير قادرة على تمكين المتعاقدين من معرفة القانون الواجب التطبيق على نزاعهم، بحيث يظلون على جهل بهذا القانون حتى يعرض النزاع

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.42.

[2]– بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.73.

[3]–بلاق محمد،حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.74؛ محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.171.

[4]– بلمامي عمر، نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة محامي سطيف، ع5، الجزائر، 2007، ص.76.

[5]–لمزيد من التفاصيل حول أزمة منهج التنازع. يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.42

[6]– بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.77.

على القاضي، ويقوم بتطبيق قاعدة التنازع المختصة في قانونه الوطني، وبهذا يصبح هذا المنهج وسيلة تحكمية بيد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة[1].

ولئن كانت خصوصيات علاقات التجارة الدولية قد دعت مند منتصف القرن الماضي بالفقهاء إلى المناداة بعدم استجابة منهج الإسناد التقليدي القائم على فلسفة تركيز العلاقات القانونية التي قال بها الفقيه سافيني لمقتضيات هذه العلاقات، واقتراح منهج يقوم على إستخدام قواعد مادية تتفق وهذه المقتضيات، فإنه ينبغي الذكر أن الطرح ذاته أكد عليه أنصار المجتمع الإفتراضي، بحيث اتجه جانب من الفقه[2] إلى القول بأن هذا المنهج القائم على ضوابط أو مرتكزات مكانية وجغرافية لا يتلاءم مع طبيعة المعاملات والعمليات التي تتم عبر الالكترون أو من خلال شبكة الإنترنت، ومن بعض هذه المعاملات بالطبع عقود التجارة الإلكترونية، ذلك أن هذه الشبكات خلقت مجتمعا افتراضيا عالميا له أشخاصه وأدواته، يعج بأجهزة الحاسب الآلي والكوابل التلفونية، والألياف الضوئية وهو مجتمع متصل لا تحده حدود سياسية أو جغرافية ويبدو كما لو كان يعلو الأقاليم الجغرافية لكل الدول، إذ يظهر هذا المجتمع كما لو كان عدوا لفكرة الحدود أو فكرة السيادة وهي الأفكار التي كانت سببا لوجود القانون الدولي الخاص ولوجود مناهجه وأهمها منهج الإسناد.

إن هذه الأفكار هي التي أدت ببعض الفقه إلى القول بأن قواعد هذا القانون لها وظيفة سياسية أكثر منها قانونية، وتتمثل هذه الوظيفة في فض التنازع بين سيادات الدول صاحبة الاختصاص التشريعي[3].

للأسباب السالف ذكرها، اتجه أنصار المجتمع الإفتراضي إلى التأكيد على عدم صلاحية منهج الإسناد لتنظيم وحكم العلاقات القانونية التي تتم عبر الانترنت، مع إشارتهم إلى الفراغ القانوني الذي ستواجهه هذه العلاقات، وهو أمر لا يمكن تخطيه وفقا لهم إلا بالإعلان عن استقلال هذا المجتمع عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة وعدم خضوعه لأي قانون وطني، بحيث يحل منهج القانون المادي الالكتروني، بدلا من منهج الإسناد، فيعمد إلى تنظيم العقود التجارية المبرمة عبر الانترنت[4].

---

[1]– بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.80.

[2]– وهو موقف الفقيه (Von Mehrem). مشار إليه من طرف، أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.1661.

[3]– أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص.1661.

[4]– نفس المرجع ، ص.1662.

ولئن كانت هذه هي وجهة نظر أنصار المجتمع المعلوماتي، فإلى أي مدى تمكن الواقع العملي من تكريسها؟ وهل سيتمكن منهج القواعد المادية للتجارة الإلكترونية من تشكيل منهج قائم بذاته ينازع باقي مناهج القانون الدولي الخاص، أم أنه سيظل بحاجة إلى منهج قاعدة الإسناد؟

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق إلى مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية (**المبحث الأول**)، ثم لتقييم منهج القواعد المادية للتجارة الالكترونية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية

من المعلوم أن التجارة الالكترونية ولدت وترعرعت على يد التطور الهائل في عالم الاتصالات والمعلومات، ومنذ مولدها وهي تحاول جاهدة البحث عن كل الوسائل التي تحافظ بها على حياتها واستمراها وتطورها لإزالة جميع المعوقات التي يمكن أن تقضي عليها أو حتى تعترض طريق تقدمها، ولهذا فإنه حينما صادفتها بعض المعوقات والمتمثلة في ظهور منازعات بين أطرافها، فإنها لم تتوان لحظة في البحث عن الغطاء التشريعي الذي يتلاءم معها، وقد أسفر هذا البحث عن ظهور نظام قانوني متحرر من العوائق القانونية التي تفرضها القوانين الوطنية، وأطلق على هذا النظام القانوني كما سبق الذكر تسمية القانون المادي الالكتروني[1].

ويستمد القانون المادي الالكتروني أسسه وقواعده من مصادر متعددة صُممت أو يجري تصميمها لفضاء الإنترنت لمواجهة النزاعات والأوضاع الدولية المتعددة التمركز على المستوى الجغرافي في شبكة الإنترنت[2]، وذلك كله قصد توفير الثقة والحماية لدى أطراف التجارة الالكترونية، والمساهمة في زيادة حجم المبادلات التجارية الإلكترونية.

بهذا يمكن القول أن حداثة القواعد المتعلقة بالمجتمع الشبكي، طرحت العديد من التساؤلات المتعلقة بمدلوله، ولعل أهمها ماذا يقصد بالقواعد المادية للتجارة الالكترونية؟، وما هي مصادرها؟.

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق إلى تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية وخصائصها (**المطلب الأول**)، ثم إلى مصادرها المتعددة (**المطلب الثاني**).

[1]- محمد مأمون أحمد سليمان، التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس، 2009، ص. 397 .

[2]- حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص.483.

المطلب الأول: تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية وخصائصها

تنبعث القواعد المادية للتجارة الإلكترونية من صميم المنهج المادي، وهي تهدف إلى تسوية المنازعات التي تثور بصدد عقود التجارة الإلكترونية، وتتميز هذه القواعد بخصوصياتها الفنية، ومصطلحاتها التكنولوجية التي تكون قابلة للتطور والنمو اللازم لملاحقة الثقافة العلمية السريعة التطور للإنترنت[1].

ونظرا لحداثة هذه القواعد ودقة المصطلحات الواردة بها حاول الفقه جاهدا بيان المقصود منها، وخصائصها لتحديد مدى تأثير التقنية الحديثة على دراسات المنهج المادي الكلاسيكي، سيما بعد أن اتضح تأثير البيئة الجديدة على ضوابط الإسناد التي يشملها منهج التنازع.

وعليه، هل أثرت البيئة التي لا تعتمد على أدنى مرتكزات جغرافية على المفاهيم التي كانت سائدة في ظل المنهج المادي، وعلى الخصائص التي يتميز بها هذا الأخير، أم أنها احتفظت بمبادئه وطورتها بما يتماشى ومتطلباتها؟

هذا ما سيتم تحديده بالتطرق إلى تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية (**الفرع الأول**)، ثم لخصائص هذه القواعد (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية

نظرا لحداثة منهج القواعد المادية في المجتمع الإلكتروني، فقد تعددت المصطلحات المستخدمة للدلالة على القواعد المنظمة له، بحيث أُطلقت عليه تسميات متعددة منها القانون الإلكتروني(Lex électronica) ، القانون الرقمي(Lex numerica)، قانون الإنترنت(Lex net)، قانون الاتصالات(Jus Communication)، القانون الافتراضي(Lex virtual)، القانون الموضوعي للانترنت(Substantative internet law)، قانون الفضاء الإفتراضي(Cyber space common law)، قانون المعلوماتية (Lex informatica)[2]، في حين أطلق عليها اتجاه آخر تسميات تقترب إلى حد كبير من القواعد المادية المنظمة للتجارة الدولية، منها مصطلح القانون الطائفي(Lex corporative)، قانون التجار الجديد(neo lex mercatoria)، قانون التجار

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.46.

[2]- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص. 487.

الرقمي(Lex mercatoria numerica)، قانون عابر للحدود(Droit transfrontier)[1]، قانون فوق الدول(Droit supernational)، قانون تجاري عبر الدول(Droit commercial transnational)، بحيث يعتبر هذا القانون نظيرا للقانون المادي للتجارة الدولية (Lex mercatoria)[2]، الذي تعددت هو الآخر تسمياته، بين قانون عبر الدول، القانون اللاوطني، القانون فوق الوطني، القانون التجاري بين الشعوب، القانون العرفي عبر الدول[3].

من خلال المصطلحات السابقة، يبدوا أن مصطلح القواعد المادية[4] للتجارة الإلكترونية يعد أفضل المصطلحات للدلالة على مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشراً وخاصا للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، بل هو مصطلح يسمح بتمييزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية[5]، وكذا عن القواعد المادية التي يضعها المشرع الوطني لحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريق مباشر، ذلك أنها قواعد تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية[6].

---

[1]- حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، مجلة معارف، ع5، س3، ص.166. منشورة على الموقع الالكتروني dspace.univ-bouira.dz ، تاريخ وساعة زيارة الموقع، 29-07-2017 على سا 12:36.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 48؛ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والإختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، المرجع السابق، ص.267.

[3]-Cf. Ferrari Franco, Le champ d'application des « principes pour les contrats commerciaux internationaux », élaborés par unidroit ,Rev. Int.dr.comp.1995, p.985.

[4]- يراجع في ذلك، ص.154 من هذه الأطروحة.

[5]- إذا كان الفقيه (MONNET) يقر بالوجود الخاص للقواعد المادية ولا ينكر عليها استقلالها عن القواعد المادية التقليدية المعروفة باسم (LexMercatoria)، فإن فقهاء آخرين من أمثال (Gautrais,Leferbvre, Benyekhlef) يرفضون فكرة الوجود الخاص للقواعد المادية الالكترونية، وينكرون استقلالها عن القواعد المادية التقليدية، فهي وفقا لهم تندرج ضمن نطاق هذه الأخيرة، وما هي إلا إمتداد لها. فحسب (Gautrais) القانون الالكتروني، جزء من القانون التجاري، الذي يتوافق مع مجموعة القواعد المطبقة على الاتصالات المتعلقة بالتبادل في مجال الفضاء المعلوماتي.مشار إليه من طرف، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.114.

ChihebGhazouani, op.cit., p.284.

[6]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 60؛ محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الالكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، المرجع السابق، ص. 304؛ محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.401.

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية Lex Electronicaبأنها:" مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية"[1]، أو هي:" مجموعة القواعد التلقائية ذات الطبيعة الموضوعية الخاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية"[2].

إذا كان هذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصواب، إلا أنه يبقى اتجاها قاصرا بل وغير متكامل إلا مع التعريف الذي يقوم ببيان دور الهيئات والحكومات والمستخدمين في مجال التجارة الإلكترونية، والذي يعرف تلك القواعد بأنها: "مجموعة قواعد قانونية تقدم تنظيما مباشرا وخاصا لحكم المعاملات التي تتم عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، ولكنه لا يقتصر على العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي فحسب، بل يمتد ليشمل كل التقنيات المتطورة التي قدمتها الهيئات والحكومات والمستخدمين في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"[3]، أي أنه : "القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الالكترونية والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي، بالإضافة إلى القواعد المادية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن"[4].

بهذا يتضح أن القانون المادي الإلكتروني عبارة عن كيان قانوني مادي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت، وهو نظير للقانون المادي للتجارة الدولية ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الإفتراضي للإنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة، وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات، فهو قانون تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية، التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملة[5].

---

[1]- عرفها بذلك "Monnet". مشار إليه من طرف، حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص.487.

Vincent Gautrais, Le contrat électronique international : encadrement juridique, 2éme Ed, Bruxelle, Acadimica Bruylant, 2002, p.229.

[2]- عرفها بذلك (SerieulEt Caprioli). مشار إليه من طرف، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.111.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 233.

[4]- حمودي محمد ناصر،العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص.487.

[5]- وهو موقف "أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق". مشار إليه من طرف، محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.174؛ أحمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.1662.

وترجع ضرورة وجود قانون مادي لتنظيم المعاملات الإلكترونية إلى الاختلافات الواضحة بين هذه الأخيرة، وبين عقود التجارة الدولية المبرمة بالطرق التقليدية، والتي بسببها يُشبّه جانب من الفقه[1] عقود التجارة الإلكترونية بمنطقة المياه الدولية التي لا تخضع لسيادة دولة معينة، إذ واستنادا إلى تلك الاختلافات كان لا بد من وجود عادات وأعراف تجارية إلكترونية يخضع لها العقد التجاري الإلكتروني، بحيث تكون تلك الأعراف والعادات تناظر أعراف وعادات التجارة الدولية في عقود التجارة الدولية المبرمة بالطرق التقليدية، ويكون لها الأولوية للتطبيق على العلاقات التجارية الالكترونية ذات الطابع الدولي، لكونها قواعد خاصة بهذا النوع من العلاقات[2].

عموما يمكن القول أن القانون المادي الالكتروني قانون يتكون من مجموعة من القواعد والمبادئ التي كرسها المتعاقدون في مجال التجارة الالكترونية الدولية، والتي ساهمت المنظمات الدولية والإقليمية وكذا بعض القوانين الخاصة في تكريسها والإعتراف بها، وذلك لإيجاد قانون خاص لحكم العلاقات العقدية المبرمة عبر الانترنت، ولتمكين المتعاملين عبرها من الرجوع إليها[3]، وبموجب هذه القواعد يتم حل النزاع ماديا دون حاجة لتعيين قانون محدد، ذلك أنها قواعد وضعت خصيصا لتستجيب لطبيعة المعاملات الالكترونية ومن بينها الروابط العقدية الإلكترونية ذات الطابع الدولي، وهي غالبا ما تأخذ بتأمل عميق العلاقات الدولية، وتعطي حلولا تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي[4].

بناء على ما تقدم، يتبين أن القواعد المادية للتجارة الالكترونية تتمتع ببعض الخصائص التي تميزها عن باقي القواعد التي تنشط في مجال القانون الدولي الخاص، وهي خصائص تمنح لها بعدا عمليا يضفي عليها صبغة فنية معينة[5].

بعد أن تم تحديد مجمل الآراء الفقهية الرامية لتعريف القانون المادي الالكتروني، وجب التطرق لخصائصه.

---

[1]- من ذلك الفقه(BariathiStifania) مشار إليه من طرف، ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص. 384.

[2]- أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، المرجع السابق، ص. 10.

[3]- حمودي ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص.488.

[4]- Jean- Michel Jacquet et Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, Droit du commerce international, éd D, 2007, p.67.

[5]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.27.

الفرع الثاني: خصائص القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

يتميز القانون المادي الإلكتروني الدولي عن باقي القواعد القانونية المعروفة في مجال القانون الدولي الخاص بمجموعة من الخصائص أهمهما أنه:

قانون طائفي نوعي، فهو قانون طائفي من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه[1]، ذلك أن هذه الأخيرة لا تخاطب إلا طائفة معينة من الأشخاص[2] هم مستخدمو شبكة الإنترنت (Internautes)، مقدمو خدمات المواقع الرقمية(Sites numériques) والاشتراك في الشبكة وممارسة التجارة الإلكترونية[3]، ويُرجع الفقه سبب هذه الخاصية إلى الطبيعة الخاصة التي يتميز بها المجتمع الإفتراضي، والتي تتنافى وتطبيق قواعد قانونية وطنية، كون أن هذه القواعد وجدت أساسا لحكم معاملات مادية ملموسة، في حين أن المجتمع المعلوماتي يتميز بذاتيته الخاصة التي تقتضي إيجاد قواعد تتفق معه لتخاطب فئة محددة[4]، وبهذا يتبين أنه قانون طائفي بالنسبة إلى المخاطبين بأحكامه.

ليس هذا وحسب، بل هو قانون نوعي، ذلك أن قواعده وأحكامه لا تنظم إلا نوعا معينا من المعاملات، وهي تلك التي تنشأ في مجال التجارة الإلكترونية، الدعاية، الترويج للسلع والخدمات[5]، المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، نظام التعامل مع بنوك المعلومات، الدفع الإلكتروني والبريد الإلكتروني[6]، بل إنّ لهذا القانون الطائفي النوعي نظام مؤسسي مشكل بجميع أدواته وأجهزته، كما أن له قضاؤه الافتراضي الخاص به[7].

---

[1]- ينبغي الإشارة إلى أن هناك خلاف بين القواعد المادية للقانون التجارية الدولي (lex mercatoria)، والقواعد المادية للقانون الالكترونية، إذ بينما تعمد الأولى إلى تنظيم العلاقات التجارية الدولية القائمة بين التجار، تعمد الثانية إلى تنظيم العلاقات القائمة بين أطراف من ذات الطائفة وكذاا أطراف مختلفين ويقصد بذلك العلاقات المختلطة بين التجار والمستهلكين، وبسبب أن المستهلك طرف ضعيف في العقد، وأن قواعد القانون الالكتروني يضعها المتعاملون في مسرح الحياة التجارية الدولية، أي الفاعلين في التجارة الالكترونية، يتجه الفقه إلى انشاء ما يسمى القانون الاستهلاكي. والواقع ان مثل هذا الطرح محدود كون أن حماية المستهلك تخضع إلى حد كبير لأحكام النظام العام الدولي.

Chiheb Ghazouani, op.cit., p. 286.

[2]– أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى ،2003، ص. 106.

[3]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 246.

[4]– حمودي ناصر،العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت،المرجع السابق، ص.495.

[5]– سليمان أحمد محمد فاضل، المرجع السابق، ص. 242.

[6]– محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.176.

[7]– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.56، حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني، المرجع السابق، ص.174.

هو قانون تلقائي النشأة، لأنه نتاج عادات وأعراف وممارسات سادت بين أفراد المجتمع الالكتروني ذاتيا مع مرور الوقت، دون المرور عبر القنوات الرسمية لسن القوانين[1]، وهو في ذلك شأنه شأن القوانين الداخلية في بداية تكوينها، وإن كان منذ بداية التسعينات شهدت حركة التقنين في مجال المعاملات الالكترونية تطورا ملحوظا، سواء من قبل المنظمات الدولية، الإقليمية، بل وحتى التشريعات الوطنية، والواقع أن خاصية التلقائية التي يتميز بها القانون المادي الإلكتروني لا ترتبط بنشأته فحسب، بل تشمل حتى تطبيقه، ذلك أنه لا يحتاج في تطبيقه إلى تدخل سلطة عامة، بل يتم من قبل أطراف المجتمع الدولي بطريقة تلقائية رضائية تتماشى والطبيعة الذاتية للتعامل مع شبكة الإنترنت، وتتوافق مع توقعات المتعاملين عبرها، وذلك كله لتجنب خضوعهم للقوانين الوطنية البدائية التي لا تجاري أنماط معاملاتهم الإلكترونية الدولية[2].

ولعل من بين مزايا خاصية التلقائية، المرونة ذلك أن قواعده كانت وليدة ظروف واقعية وجاءت لتعكس حاجات المتعاملين عبر شبكة المعلومات الدولية، ما يجعل منها قواعد شديدة الحساسية والتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الافتراضي الذي تعمل فيه تلك الشبكة، سواء من حيث المؤثرات التكنولوجية، الاقتصادية، أو حتى السياسية[3].

هو قانون عبر دولي موضوعي، فهو قانون عبر دولي لأنه ينظم فضاء إفتراضيا مشتركا غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، بل يتطلب قانونا عابرا للحدود، ويبرز الطابع الدولي لهذا القانون من طبيعة المعاملات التي يحكمها باعتبارها معاملات عابرة للحدود تتصل بأكثر من دولة واحدة في ذات الوقت، تتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية فيما بينها وتتعلق بمصالح التجارة الدولية[4].

هو قانون موضوعي أي مادي، ذلك أنه يقدم الحل الموضوعي للمسألة محل النزاع مباشرة دون أن يحيل إلى غيــره لاستمداد الحل، وهو ما يجعل من قواعده مباشرة محددة الهدف والمضمون، واضحة المعالم سهلة التطبيق

[1]- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص.496.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 248؛ أحمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.1662.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 59، محمد احمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.177.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.243؛ صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 248.

تحقق مصلحة العلاقات الخاصة الدولية ومصلحة الدول ذاتها[1]، وفي هذا يرى جانب من الفقه[2]أن كل من القاضي و المحكم الدولي يطبقان القواعد الموضوعية مباشرة على المنازعات ذات الطابع الدولي الناشئة عن علاقات الانترنت، بحيث لا يوجد بينهما وبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع وسيلة وسطية، بخلاف ما هو سائد في منهج التنازع، وهو بهذه الخاصية يحقق توقعات المتعاملين في هذا الوسط، كما يسمح لقواعده من أن تتبوأ مكانة مهمة كوسيلة تنظيم مباشرة يؤدي إعمالها إلى مرونة في التطبيق ونتيجة مأمولة في الهدف[3].

كنتيجة لهذه الخصائص يرى جانب من الفقه[4] أن قواعد القانون المادي الإلكتروني ترمي إلى تحقيق وظيفتين إحداهما وقائية والأخرى علاجية، وتبرز الوظيفة الوقائية لهذه القواعد في أنها تمنع نشوء النزاع والتنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده، بحيث يستعان بها في المرحلة الأولى لنشوء النزاع كما أنها تساعد الأطراف في مرحلة التفاوض على إبرام العقود بما يؤدي إلى التقليل من فرص نشوء النزاع في المستقبل.

في حين تبرز الوظيفة العلاجية عند نشوء النزاع من خلال مساعدة الأطراف على حسن التفاهم وإعادة التنفيذ السلمي للالتزامات التعاقدية، وذلك من خلال اللجوء إلى أسلوب التوفيق والوساطة اللذين يؤديان إلى تسوية ودية، وعادلة للنزاع، أو عن طريق اللجوء إلى القضاء الذي سيصدر حكما ملزما للأطراف فيعطي حلا مباشرا ينهي به النزاع[5].

بعد تحديد خصائص القانون المادي الإلكتروني، يتعين التطرق للمصادر التي يستقي منها هذا القانون وجوده.

---

[1]- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،مج 1، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص. 356.

[2]- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء إستخدام الانترنت، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،2007، ص.140.

[3]- Cf.Pierre Mayer, Droit International Privé, 6éd, Montchrestien, Paris, 1998, P.96.

[4]- وهو ما جاء به الفقيه (محمد عبد الله محمد المؤيد)، يراجع في ذلك، هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة- الإسكندرية، 2001، ص. 11.

[5]- هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، المرجع السابق، ص.11.

المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

لقد ترتب على ظهور عقود التجارة الإلكترونية بروز قواعد موضوعية تطبق مباشرة على هذه الأخيرة تسمى القواعد المادية الإلكترونية، وبهدف تحديد هذه القواعد، وأمام الطبيعة غير المنتظمة وغير المتجانسة لهذه المصادر، ينبغي الكشف عن الخلاف الفقهي الذي ظهر بخصوص مكوناتها، بحث انقسم الرأي الفقهي الذي أنكر على القواعد المادية للتجارة الالكترونية وجودها إلى ثلاث، فأدرج جانب منهم[1] ضمن القانون الالكتروني كل من القواعد التعاقدية والتوصيات الدولية الأساسية، التي من بين ما تشمله أعمال المنظمات الدولية والإقليمية، الحكومية وغير الحكومية، في حين قرر البعض[2] تشكل هذه المصادر من: القانون الموحد الدولي، القانون المشترك (الأوروبي)، القانون المرن الصادر عن المنظمات الدولية، الأنشطة الخاصة ذات التنظيم الذاتي، الأعراف الدولية، الممارسات التعاقدية الدولية، في حين شملت هذه المصادر لدى الاتجاه الثالث[3]، العادات المهنية المقننة، مجموعة القوانين الوطنية، الشروط التعاقدية، قرارات وأحكام التحكيم.

وإذا كان هذا تقسيم الفقه الذي أنكر وجود القانون الالكتروني منفصلا عن القانون التجاري الدولي، فإن الفقه[4] الذي أقر بهذا الانفصال، عمد إلى تقسيمها إلى مصادر رسمية، ومصادر ذات نشأة تلقائية، ويندرج ضمن الأولى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المطبقة في التجارة الالكترونية(ويدرجون ضمنها القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية)، الأدوات التعاقدية، والتي تشمل تقنينات السلوك، العقود النموذجية، قرارات التحكيم الخاصة بالتجارة الالكترونية، في حين يندرج ضمن الثانية كل من الممارسات التجارية في مجال التجارة الالكترونية، المبادئ العامة للقانون، والأعراف.

أمام تعدد الرؤى، يمكن القول أن هذه القواعد تجد أساسها في مصادر تنظيمية(**الفرع الأول**)، وأخرى تلقائية (**الفرع الثاني**).

---

[1] - هو موقف (Caprioli (E) et Sorieul (R مشار إليه من طرف صالح المنزلاوي، ص.115.

[2] - هو موقف (Monnet (J مشار إليه من طرف صالح المنزلاوي، ص.115.

[3] - هو موقف (Goldman (B مشار إليه من طرف صالح المنزلاوي، ص.116.

[4] - هو موقف (Monnet (J مشار إليه من طرف صالح المنزلاوي، ص.116.

الفرع الأول: المصادر التنظيمية

لقد تولد عن الرغبة في حماية المصالح المشتركة المنبثقة عن انتشار عقود التجارة الإلكترونية الدولية تكتل الدول من جهة، والمنظمات من جهة أخرى لإبرام مجموعة من المعاهدات الدولية، ووضع توصيات أساسية الغرض منها تقديم قواعد مادية مباشرة تهدف إلى فض النزاع[1]، ولم يقتصر الأمر على ذلك بل تم السعي لإيجاد نصوص نموذجية، ومع تعدد هذه القواعد يبقى السؤال مطروحا حول مدى كفايتها لمواجهة مشاكل العالم الافتراضي؟

هذا ما سيتم بيانه بالتعرض إلى النصوص الدولية (**البند الأول**)،النصوص النموذجية(**البند الثاني**).

البند الأول: النصوص الدولية

من بين ما تشمله النصوص الدولية الاتفاقيات الدولية، وكذا التوصيات الأساسية التي أصدرتها هيئات ومنظمات متخصصة في مجال التجارة الالكترونية، ولأهمية هذه النصوص في تكوين القواعد المادية للتجارة الالكترونية سيتم تحديدها، ببيان المصدر الأول والمتمثل في الاتفاقيات الدولية (**أولا**)، ثم التعرض للتوصيات الأساسية (**ثانيا**)

أولا: الاتفاقيات الدولية وعقود التجارة الالكترونية

تعتبر الاتفاقيات اتفاق مكتوب بين أشخاص القانون الدولي، وهي تهدف إلى تنظيم مسألة معينة تهم أفراد المجتمع الدولي أو تخص دولا معينة، وهي بذلك إما اتفاقيات ثنائية أو اتفاقيات متعددة ترمي إلى تكريس قواعد ذات قيمة عالمية[2]، وككل الميادين، تعد الاتفاقيات الدولية أحد أهم المصادر التي يستقي منها القانون المادي الإلكتروني أحكامه[3]، بل هي السبيل الوحيد للوصول إلى توحيد القواعد التي تحكم الروابط القانونية المبرمة عبر الشبكة الدولية[4].

---

[1]-Cf . Cécile Pellegruni et Sabine Robert,op .cit, p .3.

[2]- يقرر المسلك الاستثنائي لتشريع المعاهدات، والذي يسمح لها بالتوقيع في مجال تطبيقها الإقليمي لتشمل إلى جانب العلاقات العقدية المرتبطة بالدول المتعاهدة، تلك التي لا ترتبط بالدول المتعاهدة، وهذا كله لمنحها طابعا عالميا، ولعل من أهم المعاهدات المعروفة في مجال البيوع الدولية التقليدية نجد معاهدات لاهاي لسنة 1964 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية. يراجع، محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. ص 35- 36، بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص. 63

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 118.

[4]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 275؛ أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص. 22.

إذ من خلالها يتم وضع قواعد ذات طابع دولي لتنظيم علاقات قانونية بها عنصر أجنبي[1]، تطبق على مواطني الدول المتعاقدة، ما لم يرد نص بشمولية أحكامها للعلاقات الداخلية، الأجنبية، وسواء كانت بين مواطني الدول المتعاقدة أو من غير مواطني هذه الدول.

ولكن على الرغم من أهميتها، إلا أنها تظل في مجال عقود التجارة الإلكترونية نادرة لصعوبة إبرامها واختلاف المفاهيم والفوارق بين حضارات الدول وثقافاتها[2]، لذلك تم التأكيد على وجوب تمديد العمل بالاتفاقيات الدولية المتضمنة حلولا تقليدية –كاتفاقيات لاهاي واتفاقية فيينا للبيع الدولي للسلع لسنة 1980– على عقود التجارة الإلكترونية، والعمل على تطويعها بغية تحقيق الأمان القانوني للعقود المبرمة عبر الإنترنت[3].

ورغم الصعوبات التي تواجه الاتفاقيات الدولية في مجال عقود التجارة الإلكترونية إلا أنه تم إصدار البعض منها، ومن ذلك نجد الاتفاقية المتعلقة بإستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، وإتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية.

لبيان هذا كله سيتم تحديد إمكانية تمديد العمل بالاتفاقيات التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية (**1**)، ثم إلى الحاجة إلى سن اتفاقية تتعلق بالتجارة الالكترونية (2).

1: قابلية إعمال الاتفاقيات المنظمة لعقود التجارة الدولية على عقود التجارة الإلكترونية

حسب جانب من الفقه[4] تعد كل من اتفاقيات لاهاي (1955، 1964، 1986، 1998)، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع[5] من الاتفاقيات المساهمة في وضع عدد من المبادئ القانونية المادية

[1]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 196.

[2]– بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص. 66.

[3]– من ذلك الفقيه(رشا علي الدين أحمد على تقي الدين). مشار إليه من طرف، إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص.275.

[4]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 287.

[5] -La convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, (Vienne), d'atte d'adaptions 11Avril1980, entrée en vigueur 1Janvier1988 .

تعد اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع، من ثمار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي اهتمت بهذا الموضوع، غير أن الملاحظ أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز النفاذ الفعلي إلا ابتداء من أول يناير لسنة 1988، وهي تعد اتفاقية عالمية رسميا بالنظر إلى عدد الدول المنضمة إليها–إذ تضم هذه الاتفاقية 70 طرفا–، واختلاف نوعية الدول المنضمة لها من حيث النظام الاقتصادي، السياسي، والثقافي. يراجع في ذلك، أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق،ص. 26؛ زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.39.

في مجال المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي، وهو ما يسمح بتمديد العمل بها في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

ولكن بالرجوع إلى اتفاقيات لاهاي لسنة 1955-1986-1998يتضح أن التوحيد المنشود والمحقق من ورائها ينصب على ضوابط الإسناد ذات الصلة بالقانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلا للتنظيم بين الدول المتعاقدة، وليس على قواعد مادية تتضمن تنظيما مباشرا في هذا الشأن، وعليه لا يمكن ادراج تلك الاتفاقيات ضمن مصادر القواعد الموضوعية، باستثناء اتفاقيتي لاهاي لسنة 1964 المتعلقتين بالقانون الموحد بتكوين وأحكام عقد البيع الدولي للأشياء المنقولة المادية، واللتان حلت محلهما اتفاقية فيينا للأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980[1].

وعليه تعد اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، من أهم الاتفاقيات الدولية التي تضمنت قواعد أساسية لتنظيم علاقات القانون الدولي الخاص ذات الطابع الدولي، وقد اتخذت هذه الأخيرة توجها معينا يقوم على تنظيمها لقواعد مادية موحدة تقوم محل القوانين التي تتسم بالتباين بشأن أطراف تقع أماكن عملهم في دول مختلفة [2]متى اتضح ذلك من العقد أو من معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت إنعقاده، وذلك بصرف النظر عن جنسياتهم وعن الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد[3]، بشرط أن توجد أماكن عمل الأطراف بالمعنى المحدد سابقا في دول مختلفة متعاقدة، أو أن تشير قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة[4]، وعليه تعتبر الاتفاقية بمثابة قانون دولي موحد يُطبق بشكل أساسي على المبيعات الدولية للبضائع[5].

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 217؛ محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص.ص. 32- 36.

[2]-Cf. Cécile Pellegruni et Sabine Robert, op .cit, p .12.

[3]- إبراهيم بن أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 282.

[4]- تنص المادة 1 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع: "1) تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة:

أ) عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة، أو

ب)عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

2) لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد أو من أي تعاملات سابقة بين الأطراف.

3) لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية."

[5]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 736؛ أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص.27؛ زياد خليف شداخ العنزي، المرجع السابق، ص.43.

لهذا كله يرى جانب من الفقه[1]، إمكانية إعمال اتفاقية فيينا على عقود التجارة الإلكترونية، غير أنه يتوجب عند تطبيقها اللجوء إلى تفسير نصوصها وفقا لعادات وتقاليد وأعراف أطراف هذه التجارة، سيما أن غاية واضعيها تتمثل في تطبيق المبادئ العامة المناسبة سواء كانت هذه الأخيرة دولية أو وطنية، على أن يقتصر تطبيقها على المنازعات الناشئة بين التجار دون تلك الناشئة بينهم وبين المستهلكين (B2C)[2]والتي تتدخل التشريعات بشأنها بمقتضى قواعد آمرة لحماية الطرف المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

وحتى لا تخضع هذه البيوع لأحكام الاتفاقية ينبغي أن يكون البائع على علم بأن الغرض منها هو الاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، وهي مسألة يحددها المشتري بذكره عند التعاقد الغرض من الشراء، وعدم التزامه بذلك يترتب عليه اعتبار الشراء تم لغير الأغراض الاستهلاكية، وهو ما يستتبع خضوعه لأحكام الاتفاقية[3].

وإذا كانت عقود الاستهلاك تخرج من نطاق تطبيق هذه الاتفاقية، فإنه وبالمثل لا تُطبق أحكامها على عقود بيع المنقولات غير المادية التي أطلق عليها تسمية البضائع الافتراضية (Marchandise virtuelle) لأن هذا النوع من المعاملات يندرج حسب أحكام الاتفاقية في إطار الخدمات، كما ولا تطبق أحكامها على العقود التي تتم وتنفذ عبر الخط، ولا على العقود التي تبرم عبر الخط وتنفذ خارجه إلا إذا برزت الصفة الدولية لهذه المعاملة الأخيرة، وفقا لأحكام الاتفاقية[4]، ويمتد نطاق عدم تطبيقها ليشمل بيوع المزادات، وكذا الأوراق المالية[5].

بهذا يمكن القول أن أهم ما يعيب هذه الاتفاقية إلى جانب عدم تنظيمها لبيوعات هامة، قصر تطبيق أحكامها على إبرام العقد وإلتزامات الأطراف، دون أن تمتد لتشمل بالتنظيم آثار العقد وصحته وكذا صلاحية

[1]- إبراهيم بن أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 285.

[2]- تنص المادة 2 من اتفاقية فيينا: "لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البيوع التالية:

1- البضائع التي تشترى للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يفترض فيه أن يعلم، بأن البضائع اشتريت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة؛..."

[3]- زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الالكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.48.

[4]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 108.

[5]-Cf.ChihebGhazouani, op.cit., p.265.

أحد بنودها[1]، بحيث يرجع فيما يتعلق بهذه المسائل إلى المبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية، وفي غيابها لقواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق على الموضوع[2].

من خلال ما سبق، يلاحظ أنه رغم أهمية اتفاقيتي لاهاي 1964، واتفاقية فيينا 1980، إلا أن صعوبات تطبيق القواعد الواردة بها على شبكة الإنترنت واضحة، ذلك أن تلك القواعد لم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ المعلوماتي الدولي لمفهوم الشبكات،[3] وعليه تبدو الحاجة إلى وجود اتفاقيات دولية تتعلق بعقود التجارة الإلكترونية.

2: الحاجة إلى إيجاد اتفاقيات دولية خاصة بعقود التجارة الإلكترونية

رغم أن الاتفاقيات الدولية تشكل أحد أهم المصادر التي يستقي منها القانون المادي الإلكتروني أحكامه، إلا أن عددها في مجال التجارة الإلكترونية محدود لدرجة أنه يمكن القول أنها تعجز عن تقديم الحلول الكافية لمواجهة ذلك الكم الهائل من المعاملات، ومن أبرز تلك الاتفاقيات، اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، التي سعت من خلالها منظمة الأمم المتحدة إلى اعتماد قواعد موحدة لإزالة العقبات القائمة أمام استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، بما فيها العقبات التي قد تنشأ عن بعض الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالقانون التجاري الدولي، وفي مقدمتها اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع 1980[4]، وعليه تعد الاتفاقية بمثابة[5] معاهدة تمكينية يتمثل أثرها في تدليل مجمل العقبات من خلال تحقيق التكافؤ بين الخطاب الإلكتروني والخطاب المكتوب.

---

[1]- تنص المادة 4 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع: "يقتصر تطبيق هذه الاتفاقية على تكوين عقد البيع والحقوق والالتزامات التي ينشئها هذا العقد لكل من البائع والمشتري. وفيما عدا الأحوال التي يوجد في شأنها نص صريح مخالف في هذه الاتفاقية، لا تتعلق هذه الاتفاقية بوجه خاص بما يلي:

أ) صحة العقد أو شروطه أو الأعراف المتبعة في شأنه

ب) الآثار التي قد يحدثها العقد في شأن ملكية البضائع المبيعة."

[2]- تنص المادة 2/7 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع: " المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية والتي لم تحسمها نصوصها، يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها الإتفاقية، وفي حالة عدم وجود هذه المبادئ، تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الولي الخاص."

[3]- بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص. 64.

[4]- زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الالكترونية والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.67.

[5]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 198.

وقد حققت الاتفاقية أغراضا إضافية، إذ جعلت استخدام الخطابات الإلكترونية في التجارة الدولية أسهل، وذلك عن طريق تعزيز مواءمة القواعد المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، تعزيز التوحيد في تشريع قوانين اليونسترال النموذجية على الصعيد الوطني فيما يتعلق بالتجارة، كما سعت الاتفاقية إلى تزويد الدول–التي لم تسن أحكام خاصة بالتجارة الإلكترونية–بتشريعات حديثة موحدة ودقيقة الصياغة[1].

ومما ينبغي التنويه إليه أن اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية، وإن كانت تهدف إلى تقديم حلول عملية للمسائل المتعلقة باستخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في مجال العقود الدولية، إلا أنها لا تهدف إلى وضع قواعد موحدة للمسائل التعاقدية الموضوعية التي لا تتعلق تحديدا باستخدام الخطابات الإلكترونية.

وجدير بالذكر أن لجنة الأونسترال عند إعدادها للاتفاقية وضعت نصب عينيها مبدأين؛ مبدأ الحياد التكنولوجي، ومبدأ التكافؤ الوظيفي، ويقرر المبدأ الأول شمولية الاتفاقية لكل وسائل الاتصال وهو ما يسمح بتطبيقها على إرسال وتخزين جميع أنواع المعلومات، كما ويكرس في الوقت ذاته ما يعرف بـ"حياد الوسائط" الذي يُقصد به تيسير إستخدام وسائل الاتصال غير الورقية بتوفير معايير يمكن بمقتضاها أن تصبح هذه الوسائل مكافئات للورق.

وإلى جانب هذا المبدأ كرست اتفاقية الخطابات الإلكترونية مبدأ التكافؤ الوظيفي الذي يقوم على توسيع نطاق المفاهيم الواردة بها لتشمل كل من الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، ذلك أن هذا المبدأ يقوم على إجراء تحليل أغراض ووظائف الاثبات التقليدي الخاص باستعمال الشكل الورقي بغية تقرير الكيفية التي يتم بواسطتها أداء تلك الأغراض أو الوظائف من خلال تقنيات التجارة الإلكترونية[2].

هذا ويلاحظ أن أحكام اتفاقية الخطابات الإلكترونية تطبق على العقود الدولية، أي على العقود المبرمة بين أطراف يوجد مقر عملهما في دول مختلفة، ويُصرف النظر عن وقوع مقار عمل الأطراف في دول مختلفة عندما لا تتبين هذه الحقيقة من العقد، أو أي تعاملات بين الأطراف أو من المعلومات التي تفصح عنها الأطراف في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه[3]، وذلك كله لتبسيط وتوسيع مجال تطبيقها من الناحية العملية،

[1]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 199.

[2]– نفس المرجع، ص. 201.

[3]– المادة 2/1 من اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية: يصرف النظر عن مفهوم مقار عمل الأطراف في دول مختلفة عندما لا تتبين هذه الحقيقة من العقد أو من المعلومات التي تفصح عنها الأطراف في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه."

وللإشارة فإن الاتفاقية لم تأخذ بعين الاعتبار جنسية الأطراف المتعاقدة ولا الصفة المدنية أو التجارية لدى الأطراف أو العقد.

وعليه تطبق الاتفاقية على مواطني الدول غير المتعاقدة الذين توجد مقار عملهم في دول متعاقدة، وحتى على الذين توجد مقار عملهم في دول غير متعاقدة، متى كان القانون المطبق على العقد هو قانون دولة متعاقدة، وبالمثل تطبق الاتفاقية على العقود المبرمة بين مواطني دولة واحدة، متى كان مقر عمل أحدهما [1]أو محل إقامته المعتادة موجود في بلد مختلف[2].

وعلى الرغم من أن الاتفاقية لم تقيد أحكامها بوجوب توافر الصفة التجارية لدى أطراف المعاملة أو في العقد، إلا أنها قررت استبعاد العقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية ومنزلية، وذلك لعدم تناسب القواعد الواردة بها مع عقود الاستهلاك، فمثلا القاعدة الواردة بالمادة (2/10) منها والخاصة بلحظة انعقاد العقد تفترض أن الخطاب الإلكتروني يحقق الغرض منه منذ اللحظة التي يصبح فيها قابلا للاستخراج من جانب المرسل إليه، وهي قاعدة لا تناسب المعاملات التي يشارك فيها المستهلكين، لأنه لا يمكن أن يُنتظر منهم الاطلاع على بريدهم الإلكتروني بصفة منتظمة، ولا التمييز بين الرسائل التجارية الحقيقية والرسائل التطفلية[3]Spam، وذلك على خلاف المهني الذي يتميز بحرصه الشديد على متابعة بريده الالكتروني.

ومما ينبغي التنويه إليه، أن تطبيق أحكام اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية كما قد يكون مؤسسا على منهج القواعد الموضوعية، -بحيث تطبق أحكامها مباشرة على المسائل المتعلقة بزمان ومكان ارسال الخطابات الالكترونية، الاعتراف القانوني بالخطابات الالكترونية، وعلى ما يترتب عن الخطأ في الخطابات الالكترونية-، فإنه قد يكون مبنيا على منهج قاعدة الاسناد، بحيث متى أشارت هذه الأخيرة إلى تطبيق قانون إحدى الدول المتعاقدة طُبقت الاتفاقية على المنازعة العقدية، ما لم يكن الأطراف قد اختارا قانونا آخر لحكم معاملاتهم العقدية.

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.202.

[2]- تقرر المادة3/6 من اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية: إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد."

[3]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 203.

وعليه إذا طُرح النزاع على قاضي دولة غير عضو في الاتفاقية وجب عليه الرجوع عند سكوت الأطراف عن بيان القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية إلى قواعد القانون الدولي الخاص بقانونه، فمتى أشارت هذه الأخيرة إلى اختصاص قانون دولة متعاقدة في الاتفاقية طبقها استنادا لمنهج قاعدة الإسناد المزدوج، باعتبارها جزءا من النظام القانوني للدولة الأجنبية.

وبالمثل فإنه يتوجب على القاضي الموجود بمحكمة إحدى الدول المتعاقدة تطبيق أحكام الاتفاقية، على العلاقة العقدية التي توجد مقار عمل طرفيها المتبادلين الخطابات الالكترونية بدولتين مختلفتين، متى أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في قانونه إلى منح الاختصاص لقانون دولة المحكمة، أو لقانون دولة أخرى طرف في الاتفاقية.

من هنا يتعين ملاحظة أن تطبيق إتفاقية الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، يتقرر إذا كان مقر عمل المطرفين المتبادلين الخطابات الالكترونية واقعين في دولتين مختلفتين، ولو لم تكن هاتين الدولتين متعاقدتين في الإتفاقية، طالما أن قانون دولة متعاقدة هو الواجب التطبيق، سواء باتفاق الطرفين، أو بمقتضى قاعدة الإسناد في دولة القاضي المطروح عليه النزاع[1].

ولئن كان تطبيق القاضي للاتفاقية يتم حسب الاشتراطات السابقة، فإن إعمال المحكم لهذه الاتفاقية يتقرر باتفاق الطرفين على تطبيقها، أو بوصفها تعبيرا عن القانون الالكتروني الذي يملك المحكم القدرة على تطبيقه تطبيقا مباشرا بوصفه جزءا من النظام القانوني الذي ينتمي إليه[2].

وللإشارة فإن اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية ليست هي الاتفاقية الأخيرة، إذ قد شهد الوطن العربي اتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية في الدول العربية، والتي تم إبرامها في 5 يونيه 2008[3]، والتي وقعت عليها كل من العراق، سوريا، والجامعة العربية[4]، وتعد هذه الاتفاقية الأولى عربيا في مجال المعاملات الالكترونية، وهي ترمي إلى تنمية التجارة العربية، وبصفة خاصة التجارة البينية، وهي تطبق على

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.214.

[2]-هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، هامش ص.746.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 236.

[4]- syria- new .com/readnes .php ?

تاريخ الدخول للموقع،27-12-2016 على الساعة 37: 20.

جميع المعلومات التي تكون في شكل رسالة بيانات، خاصة في المعاملات الالكترونية بين الدول العربية والمواطنين العرب الحاصلين على جنسية هذه الدول العربية، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين، كما تسري على العقود الالكترونية، والأحكام العامة للعقود[1].

إذا كانت هذه الاتفاقيات هي الواجبة الأعمال في مجال عقود التجارة الالكترونية المبرمة بين المهنيين، وذلك متى توافرت عوامل الربط الخاصة بها، فإنه لابد من الإشارة إلى وجود اتفاقية أخرى، وهي إتفاقية مجلس أوروبا رقم (108) الخاصة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفقها عبر الحدود لسنة 1981[2].

ولأهمية هذه الاتفاقيات في مجال عقود التجارة الالكترونية، كان يتوجب على المشرع الجزائري الانضمام لها، أو على الأقل إيجاد اتفاقيات مماثلة في هذا الجانب للتخفيف على القاضي من البحث في الأحكام المتضاربة والمختلفة من دولة إلى أخرى، سواء ما يتعلق منها بالاعتراف بالخطابات الالكترونية، أو ما يتعلق منها بالتوقيع الالكتروني، وحتى ما يرتبط منها بزمان ومكان ارسال الخطابات الالكترونية.

وعلى الرغم من مزايا الاتفاقيات الدولية، إلا أنه يتبين أن عددها ضئيل للغاية، وهي من ثم تعجز عن تقديم حلول كافية لمواجهة الكم الهائل من المعاملات، وبسبب قلة الاتفاقيات ذات الصلة بهذا المجال، بذلت مجهودات ضخمة من جانب اللجان والهيئات الحكومية وغير الحكومية على المستويين الدولي والإقليمي لتنظيم الروابط القانونية المتعلقة بالتجارة الالكترونية، وقد وردت هذه الأعمال في صورة توصيات دولية.

ثانيا: التوصيات الدولية

أمام التزايد المستمر للمعاملات التي تتم بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات وغير ذلك من وسائل الاتصال التي تنطوي على استخدام دعامات تكنولوجية كبديل للأشكال الورقية، وبسبب الحاجة الملحة لوضع تنظيم تشريعي موحد مادي يتفق والمعطيات التكنولوجية، برزت أهمية الاستعانة بالأعمال الدولية، فكانت التوصيات الدولية، أحد أهم مصادر القانون المادي الالكتروني، ولقدظهرت هذه الأخيرة نتيجة لشعور الدول بالبعد العالمي

[1]- site .eastlaw. Com/generalsearch/home/articles TDetails ?MasterID=1372403 date de consultation du site 27-12-2016 à 20:53.

[2]- Cf. Pierre Trudel , la lexelectronica, dans charles-Albert Morand (dir), le droit saisi par la mondialisation, Beruxelles, «éd Bruylant, collection Droit international 2001, p.246.

لوسائل الاتصال الإلكترونية، وخاصة منها شبكة الإنترنت، ولعل من أهم هذه الأعمال التوصيات التي صدرت عن لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا سنة 1979، الخاصة بوثيقة الشحن البحري، حيث تضمنت إقتراح باستخدام المعالجة الالكترونية للمعلومات في إطار القواعد الضرورية، والإجراءات الخاصة بالنقل البحري[1]، توصية منظمة التعاون والتنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لسنة 1980[2]، كما نشرت منظمة التعاون والتنمية مبادئها التوجيهية التي ترمي إلى حماية المستهلك في التجارة الالكترونية[3]، ناهيك عن توصية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المتعلقة بالقيمة القانونية لسجلات الحواسيب لسنة 1985[4]، التي اقترحت فيها اللجنة على الحكومات والمنظمات إستعراض القواعد التي تدخل في إطار إختصاصها فيما يتعلق بالتجهيز الأوتوماتيكي للبيانات، بهدف القضاء على العقبات التي تعترض استخدام التجهيز الأوتوماتيكي للبيانات في التجارة الدولية[5].

البند الثاني: النصوص النموذجية

لقد سبق الذكر أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تسعى إلى العمل على زيادة التنسيق والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي، وقد نسبت لها العديد من المبادرات منها تلك المتعلقة بالتحكيم، النقل، طرق الدفع، وعلى الرغم من أنها لم تنشأ خصيصا للإهتمام بمعاملات التجارة الالكترونية، إلا أنها واستجابة للتحول العميق لوسائل الاتصال بين الأطراف نتيجة استخدام التقنيات الالكترونية والتكنولوجيا الحديثة لإبرام العقود، أصدرت سنة 1996 القانون النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 [6]، ثم تلاه القانون النموذجي في شأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001[7].

---

[1]–محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص327.

[2]– حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية. أزمة مناهد تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، المرجع السابق، ص. 170.

[3]- Cf. Pierre Trudel , op.cit., p. 247.

[4]– Recommandation de la cnudci relative a la valeur juridique des enregistrements informatiques (1985)http://www.uncitral.org.textselectcom

25فبراير 2017 على الساعة 59: 15

[5]– عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، ط2، دار هومه، الجزائر، 2009، ص. 83.

[6]- Cf. Pierre Trudel, op.cit., p. 248.

[7]– سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 236.

يهدف القانون الأول إلى إيجاد مجموعة من القواعد الموحدة المقبولة دوليا لتكون مرشدا للدول عند إصدار قوانينها، أو عند إعادة النظر في تشريعاتها بغية تذليل العقبات القانونية الداخلية التي تحول دون إستعمال وسائل الاتصالات الالكترونية في التجارة الدولية، وهو يتضمن مبادئ توجيهية للمتعاملين عند إبرام اتفاقاتهم التعاقدية، في حين يهدف القانون الثاني إلى تيسير استخدام التوقيعات الالكترونية في معاملات التجارة الدولية وتشجيع استخدامها بطرق محايدة إزاء التكنولوجيا، وتعزيز توحيد القانون ودعم الممارسات التجارية[1].

إذا كانت القوانين النموذجية أحد أهم مصادر القانون المادي الالكتروني، فإنه لابد من الإشارة أن التوجيهات التي أصدرها البرلمان والمجلس الاقتصادي الأوروبي لتوحيد بعض الأحكام الموضوعية في شأن بعض الموضوعات بين الدول الأعضاء تعد هي الأخرى مصدرا من مصادر القانون المادي الإلكتروني، ومن ذلك التوجيه الأوروبي الصادر في نوفمبر 1998 والذي يتضمن جوانب قانونية معينة عن التجارة الالكترونية في الأسواق الداخلية، والتوجيه الأوروبي الذي أقره الاتحاد الأوروبي في 13ديسمبر 1999 والخاص بشأن التوقيعات الإلكترونية[2]، إضافة إلى التوجيه رقم31/2000/EC المتعلق بالتجارة الالكترونية، والتوجيه رقم 2011/83/EU بخصوص حقوق المستهلك، لاعتبار أن حماية المستهلك من أهم القضايا التي تهدد مجتمع الانترنت[3]، ولقد تضمن هذا التوجيه عددا من الأحكام المادية لفض التنازع في مجال عقود المستهلك عبر مختلف وسائل الاتصال عن بعد، ومنها الانترنت، سواء وقعت هذه العقود على البضائع أو الخدمات، وتضمن ثلاث طوائف تتعلق الأولى ببيانات العقد الأساسية والالتزام بالإعلام، وتشمل الثانية الأحكام المتعلقة بشكل عقد الاستهلاك والمعلومات التي يلتزم التاجر بإخطار المستهلك بها عند التعاقد، في حين تشمل الثالثة الأحكام المادية لتنظيم حق العدول وإلتزامات الطرفين في حال ممارسة هذا الحق[4].

ولما كانت المادة 4 من هذا التوجيه تحظر على الدول الأعضاء تبني أحكام مغايرة في قوانينها الداخلية لضمان مستوى حماية للمستهلك أكثر أو أقل مما ورد بالتوجيه، ومع إشارة التوجيه إلى أن الأحكام الواردة فيه لا تؤثر على الأحكام الموضوعية الوطنية للعقود وخاصة منها تلك المتعلقة بتكوين العقد أو صحته، وذلك في حدود

[1] – سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.ص.236-237.

[2]- محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.411.

[3]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 153.

[4]– يراجع في ذلك أحكام التوجيه2011/83 المتعلق بحماية المستهلك.

ما لم يتم تنظيمه من مسائل في التوجيه، فإنه يصدق وصف أحكامه بالقواعد الموضوعية ذات المصدر الدولي والانطباق الدولي المحدود[1].

وتتضح أهمية هذه التوجيهات في تطبيق القاضي المعروض عليه النزاع لأحكامها بطريقة مباشرة على عقود التجارة الالكترونية، دون الرجوع إلى قواعد الاسناد، وذلك بالنسبة للدول الأعضاء في الاتحاد.وعليه حبذا لو توجد مثل هذه التوجيهات في البلدان العربية حتى تخفف على القضاة عبء البحث في القوانين المختلفة.

بعد أن تم تحديد المصادر ذات النشأة التنظيمية سواء كانت دولية أو وطنية، وجب التعرض إلى المصادر ذات النشأة التلقائية.

الفرع الثاني: القواعد المادية ذات النشأة التلقائية

إلى جانب المحاولات التنظيمية الرامية إلى وضع قانون مادي يحكم معاملات التجارة الإلكترونية، عملت الجماعات المهنية – باعتبارها الجماعة الأقدر على تحقيق مصالح أعضائها من المشاركين في مجال الإنترنت- على إرساء أسس ذلك القانون بطريقة تلقائية ذاتية تستنبط مما جرى عليه العمل من عادات وأعراف وممارسات المتعاملين على الشبكة.

والحقيقة أن اصطلاح القواعد التلقائية أو الذاتية يشمل القواعد النابعة عن مجتمع ذاتي، أي تلك التي لا يقوم على تنظيمها جهة رسمية، والتي لا تتأتى عن طريق المرور بالإجراءات الشكلية اللازمة لسن القوانين الوضعية، ويعبر عن هذا التنظيم التلقائي أو الذاتي أحيانا بالقانون المرن(Soft – law)[2].

ولحداثة هذه المصادر يبقى السؤال مطروحا. هل وفق المجتمع الشبكي في تقديم قواعد قابلة للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية؟

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق إلى العرف والعادة كمصدرين تلقائيين لتنظيم عقود التجـارة الإلكترونية (**البند الأول**)، ولقواعد السلوك باعتبارها أحد مصادرها(**البند الثاني**)، ثم للعقود النموذجية (**البند الثالث**).

[1]– محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الالكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، المرجع السابق، ص. 487.

[2]–هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص. 107.

البند الأول: العرف والعادة مصدرين تلقائيين لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية

تلعب الأعراف والعادات دورا كبيرا كمصدر من مصادر القانون المادي الالكتروني، إذ يعتبر العرف مصدرا من مصادر القانون، وهو يحتل المرتبة الثالثة من حيث الأهمية في القانون المدني الجزائري بعد النص التشريعي والشريعة الإسلامية[1]، والمرتبة الثانية في القانون التجاري[2]، لكن في مجال التجارة الإلكترونية وقياساً على القانون الدولي العام يمكن اعتباره المصدر الأول وذلك نظرا لحداثة مجتمع الإنترنت من جهة، ولعدم وجود سلطة عليا تملك سن قواعده وتفرض الجزاء على مخالفته[3]، ويطلق العرف على أحد معنيين، إذ يقصد به البعض تواتر العمل على الأخذ بحلول معينة إلى الحد الذي يتكون معه اعتقاد بضرورة احترامها والانصياع لحكمها، في حين يعرفه البعض بأنه:" القاعدة أو السنة ذاتها التي تحمل اعتقاد الناس بأنهم ملزمون على اطراد اتباعها في العمل"[4].

وعليه يتضح، أن العرف يقصد به تارة مصدر القاعدة، ومن ثم فهو الاعتياد على سلوك معين والشعور بإلزاميته، في حين يقصد به تارة أخرى القاعدة ذاتها التي تنشأ عن هذا المصدر، ولكن غالبا ما يفضل المعنى الأول.

استنادا لما سبق، يُعرف العرف في مجال عقود التجارة الإلكترونية على أنه اعتياد مستخدمي أو مستعملي وسائل الاتصال الإلكترونية وبصفة خاصة وسيلة الإنترنت على إتباع سنة معينة، والشعور بإلزاميتها، وعليه للعرف ركنان أحدهما مادي يتمثل في إتباع سلوك معين، والآخر معنوي يتمثل في الشعور بإلزامية تلك السلوكات، وهو بذلك يختلف عن العادة، فهو في الأساس عادة تتحول متى توفرت شروطها إلى أعراف.

لأهميته في مجال عقود التجارة الإلكترونية حاول الفقه تحديد مكانته، وفي هذا يرى جانب من الفقه[5] أن أوساط المتعاملين ومقدمي خدمات الانترنت قد ساهمت في مجال عقود التجارة الإلكترونية في وضع أعراف ذات طبيعة تعاونية وخاصة بنوع من أنواع التعامل الذي يتم عبر الشبكة، ومن ذلك الأعراف السائدة في مجال الدعاية

[1]- تنص المادة 01 ق.م.ج. المعدل والمتمم، سابق الاشارة اليه: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف."

[2]- تنص المادة1مكررق.ت.ج المعدل والمتمم، سابق الاشارة اليه: " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، وفي حالة عدم وجود نص فيه يطبق القانون المدني وأعراف المهنة عند الإقتضاء."

[3]- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. 46.

[4]- وهو موقف (الجمالمحمد وجدي عبد الصمد) ، مشار إليه من طرف، محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص. 171.

[5]- وهو موقف (أحمد عبد الكريم سلامة). مشار إليه من طرف، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 185.

والترويج للسلع والخدمات، وكذا في مجال حماية الحياة الخاصة وفي شأن حماية المستهلك، وفي مجال حقوق الملكية الفكرية وغيرها.

في حين يرى البعض[1] أنه لا يمكن القول بوجود عرف دولي في إطار المجتمع المعلوماتي، ذلك أن هذا الأخير لم يظهر على نحو واضح ولم تستقر أحكامه، إذ ما زالت السوابق القضائية في هذا الشأن قليلة ولم تصل بعد إلى الحد الكافي لاعتبارها قواعد عرفية يمكن الرجوع إليها.

غير أن الواقع العملي يؤكد إمكانية خضوع عقود التجارة الإلكترونية للأعراف التجارية الإلكترونية تشبيها لها بأعراف التجارة الدولية (La lexmercatoria) السائدة في مجال عقود التجارة الدولية التي تبرم بالطرق التقليدية، ومن ذلك نجد أنّ هناك عرفا رائجا في المجتمع المعلوماتي وله طابع ملزم، وهو قبول كل من له منبر (موقع) على شبكة الإنترنت لطرح خدماته وسلعه، الخضوع للتحكيم الإلكتروني الذي تسيطر عليه مؤسسة الايكان بصدد ما قد يثور من نزاعات قد تتعلق باسم النطاق (الدومين) الذي يستخدمه عنوانا له في المجتمع الإلكتروني، فمثل هذا العرف أصبح مسألة مفروضة على كافة المواقع على الشبكة ولا يستطيع أحد مخالفته أو الامتناع عن الخضوع له[2].

ولكن إذا كان إعمال الأعراف التجارية الدولية يتم بطريقة مباشرة أمام هيئات التحكيم التجاري الدولي لاعتبارها المنبر الخاص بالمجتمع الدولي للتجار، فإن إعمالها أمام القضاء الوطني يكون بطريقة غير مباشرة، إما لانضمام دولة القاضي المطروح عليه النزاع إلى بعض المعاهدات الدولية التي تحيل نصوصها إلى الأعراف التجارية الدولية، أو لأن قواعد الإسناد في دولة القاضي تشير إلى تطبيق القانون الوطني لتحيل نصوص هذا الأخير إلى الأعراف السائدة المنبثقة عن الأسواق الدولية[3].

ونظرا لأن هذا الإعمال سائد في مجال التجارة الدولية التقليدية، فإنه وبالمثل يطبق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، لأنها مجرد عقود دولية تختلف عن أصلها من حيث الوسيلة المستخدمة، وعليه أكد البعض على مكانة العرف في القانون المادي للتجارة الإلكترونية، ذلك أن النشأة التلقائية له تجعله يتلاءم مع

[1]- وهو موقف خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص.401؛ (بلال عبد المطلب بدوي) مشار إليه من طرف، صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 226.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 227.

[3]- أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص، ص. 32- 38؛ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 42.

التطور السريع المتلاحق في هذا المجال[1]، وبرغم من أن وجهة نظر هذا الفقه صائبة، إلا أن جانبا آخر قرر صعوبة التسليم بها، كون أن الاعتداد بالعرف يقتضي توفر شروط محددة، ومنها شرط القدم[2]، وهو شرط يصعب تحققه في مجال التجارة الالكترونية، ناهيك عن صعوبة إثبات تحقق العنصر المعنوي المتمثل في الاعتقاد بالإلزامية، لهذه الأسباب يصرح الأستاذ(Gautrait)، بأن استعمال العرف في مجال التجارة الالكترونية أصبح غير ممكن[3].

وإذاكان الفقيه السابق أكثر صراحة، فإن جانب آخر[4] لم يحكم نهائيا بزوال العرف في مجال التجارة الالكترونية، بل أكد على تلاءمه ولكن بدرجة قليلة، وذلك نتيجة اختلال التوازن بين التجديد الذي تشهده التجارة الالكترونية بصفة يومية، وبين شرط اعتياد الأشخاص على سلوكات محددة لارتقاءها إلى مصاف العرف.

وبهذا فإن صرامة الشروط اللازمة لوجود العرف، وتطلب وجوده تحقق العنصرين المادي والمعنوي أدى إلى ظهور تيار فقهي متردد بين قبول اعتماده، وبين التخلي عنه، خاصة وأن القانون الأمريكي المتميز بطابعه العملي تخلى عن العرف واكتفى بالعادة، بل إن الاتفاقيات الدولية ذاتها غالبا ما تتطرق إلى العادات، وفي الحالات النادرة إلى الأعراف.

إن هذه الآراء تكرس تفوق العادة على العرف في مجال التجارة الالكترونية، وما يؤكد هذا تصريح الأستاذ (فوشار)[5] حيث ذكر" حاليا، فقد العرف في مجال القانون الخاص تماسكه، وأضحى مصطلح العادة مستخدما لتحديد كل ما يتعلق بالأعراف والعادات."

---

[1]– سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 241؛ نجلاء محمد سعيد قطب، الاختصاص التشريعي والقضائي في مجال عقود نقل التكنلوجيا،" دراسة مقارنة على ضوء أحكام قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 99"، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، قسم القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2010، ص.159.

[2]– من شروط تحقق الركن المادي شرط القدم، والذي يقصد به مضي زمن كاف على نشوء السلوك مما يسمح بتأصله في نفوس الأفراد.

شرط الثبات بمعنى تكرارها بصفة منتظمة، بحيث لا يتم إتباعها في وقت معين ويتم الانقطاع عنها في أوقات أخرى.

شرط العموم بمعنى انصراف حكمها إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، ولكن لا يقصد بشرط العموم شمولية العادة لإقليم الدولة بأكمله. إذ قد تكون محلية قاصرة على منطقة جغرافية، وقد تكون مهنية خاصة بمهنة معينة أو طائفة معينة كالتجار، وهناك شرط الشهرة، الذي يستلزم أن تكون العادة علنية ذائعة لدى الكافة المخاطبين بها. يراجع: محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص. 178.

[3]– Cf. Vincent Gautrais , op.cit., p.248.

[4]–Cf. ChihebGhazouani, op.cit., p.282.

[5]– Cf. Philippe Fouchard, l'état face aux usages du commerce international, danstravaux du comitéfrançais de droit international privé 1973-1975, D,Paris, 1977, p.74. cite pat, ChihebGhazouani, op.cit., p.283.

برغم محاولات الفقه الإطاحة بفكرة الأعراف في مجال التجارة الالكترونية، وذلك نتيجة للتطور المتسارع الذي لا يسمح باستقرارها، والشعور بإلزاميتها، إلا أن الفقه يناشد إلى ضرورة الاحتفاظ للعرف بمكانته مع إدراج مرونة خاصة عند التعامل مع شروطه، وبصفة خاصة شرط القدم، الذي يتطلبه المشرعون، وسبب هذا الاقتراح التغير الذي يشهده عصر المعلوماتية المتسم بسرعة التطور[1].

إن وجاهة هذا الطرح، دفع تشريعات المعاملات الإلكترونية إلى اعتماده، بحيث منحت للعرف مكانة خاصة في مجال التجارة الالكترونية، ومن ذلك ما قررته المادة الرابعة من تشريع المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي لسنة 2002 حيث نصت: " يراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها"[2].

ويعد مصطلح "درجة التقدم في تقنية تبادلها" بديلا في المجتمع الإلكتروني عن شرط القدم المعروف في العالم المادي، لأن شرط القدم وإن كان يؤدي إلى ذيوع انتشار العمل بها وتكوين الاعتقاد بإلزاميتها، فإن درجة التقدم تلك تغني عن هذا كله لأن الوسائل الالكترونية وخاصة منها شبكة الإنترنت تكفلت بتحقيق هذه الغايات.

ونظرا لمكانة العرف، فإنه يتوجب على القاضي الجزائري إذا ما طرح عليه نزاع بصدد عقد تجاري إلكتروني دولي، وأشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون دولة يحيل إلى عرف معين سائد في المجتمع المعلوماتي استشارة المختصين في مجال التجارة الالكترونية، حتى يتمكن من الفصل في النزاع وفقا لخصوصيات الموضوع المعروض عليه، أو يتوجب على المشرع اشتراط درجة كافية من المعرفة في المساعدين المتواجدين على مستوى القسم التجاري، وإلمامهم بالأعراف التي تسود المجتمع الافتراضي، حتى يتمكنوا من مساعدة القاضي للوصول إلى الحل العادل.

[1]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.183.

[2]- وقد وردت إشارات أخرى في هذا التشريع تؤكد هذا التوجه ومنها المادة 1/19 و2، والمادة3/21، وكذلك المادتين 30 و31 من التشريع الأردني للمعاملات الإلكترونية.

وإلى جانب الأعراف، تعد العادات الاتفاقية[1] مصدرا من مصادر القانون المادي الإلكتروني، ذلك أنها عادات تتصل بالعلاقات القانونية الناشئة بمناسبة معاملات معينة، وقد أطلق عليها بعض الفقهاء تسمية العادات الإرادية (Usage volontaire) للإشارة إلى أن قوتها تستمد من إرادة الأفراد الذين تواتروا على إتباعها.

وتختلف العادة الاتفاقية عن العرف في عدم توافرها على الركن المعنوي واكتفائها بالركن المادي وحده، الذي يتمثل في الاعتياد على إتباع سلوك معين دون أن يرقى ذلك الاعتياد إلى مرتبة الإيمان بكونه سلوكا ملزما، وهذا كله لكون أن العادة الاتفاقية مجرد واقعة مادية[2]،وعليه فهي لا تعد بمثابة القاعدة القانونية، بل هي تطبيق لمبدأ حرية الإرادة، وهو ما يجعلها غير ملزمة للأطراف إلا في حالة الاتفاق على الأخذ بها.

وفي مجال التجارة الدولية تعد العادات التجارية الدولية – والتي هي شكل آخر من أشكال العادات–[3] سلوكات مادية موحدة لكونها تنبثق عن المجتمع الدولي للأعمال، وهي على ذلك تعد المصدر الرئيسي لقانون التجارة الدولية، بل هي نتاج الممارسات العملية للنشاط الاقتصادي في مختلف قطاعات الأعمال الدولية، سيما وأنها تعد مجرد ممارسات تعارف عليها المتعاملون في مجال مهنة أو تجارة معينة، حتى أصبحوا يتوقعون تطبيقها في مثل تلك النشاطات، ما لم يصرح الأطراف بما يخالفها[4].

[1]– يصف التقنين التجاري الموحد الأمريكي هذه العادة في المادة 1205 بأنها سلسلة من التصرفات السابقة بين الأطراف في معاملة، ومن ثم يكون من المنطقي أن تعتبر أنها قد أقرت بينهما أساس مشترك لتغيير تعبيراتهم وتصرفاتهم. يراجع أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص. 52.

[2]– محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص. 181.

[3]– تعد عادات التجارة (Usage de commerce)عادات عامة، وهي تقوم بنفس الدور الذي تقوم به العادات الاتفاقية من حيث مساعدة القاضي والمحكم في الوصول إلى النية المشتركة للأطراف في عقد معين محل خلاف، إلا أن عادات التجارة لها سمة مميزة، وهي أنها تتعدى الدائرة الضيقة للأطراف المتعاقدة، وتمتد إلى العمليات المشابهة التي يمكن أن تحدث في فرع من فروع النشاط التجاري، وبذلك تكون صالحة للتعميم وكذا صالحة لتكوين قاعدة قانونية، لذلك يصفها البعض ومن بنيهم الفقيهين(Jacquet et Delabecque) بأنها عادات قواعد قانونية (Usage règles). يراجع أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص. ص 53- 54.

[4]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. 311.

وقد تم تجميع الكثير من العادات التجارية الدولية في العمل من قبل هيئات متخصصة، ومن ذلك ما أصدرته غرفة التجارة الدولية من قواعد يطلق عليها قواعد (Incoterms[1])، والتي هي عبارة عن مصطلحات تجارية لها استخدام شبه عالمي في مجال المبيعات الدولية[2].

هذه القواعد طرحت مسألة إمكانية تطبيقها في المجال الإلكتروني، وهنا أجمع الفقه على إمكانية تمديد العمل بها طالما وجد إسناد صريح من جانب الأطراف على إتباع أحكامها، غير أنه في حالة سكوت الأطراف عن تحديد موقفهم اختلفت الآراء الفقهية، لأن المسألة تتعلق بتحديد القيمة القانونية لها، وما إن كانت تندرج تحت وصف العادة الاتفاقية(les usages conventionnelles[3])، ومن ثم لا تطبق إلا في إطار اتفاق الأطراف على استخدامها، أم أنها تندرج تحت وصف العادات التي تطبق دون اتفاق الأطراف والتي تسمى عادات القواعد (Usage-règle)الصالحة لتكوين قواعد قانونية[4].

وفي هذا يؤكد أنصار الاتجاه الأول أن قواعد (Incoterms) لها طابع اتفاقي لأنها قواعد تعاقدية[5] يتوقف تطبيقها على الإرادة الصريحة لأطراف العقد، في حين يتجه أنصار الاتجاه الثاني إلى منح تلك المصطلحات

---

[1]- Incoterms : c'est l'abréviation de International Commercial Term، لقد قامت غرفة التجارة الدولية بمحاولات عديدة لتوحيد المضمون الدقيق للمصطلحات المستخدمة وفقا للعادات السائدة، وصدرت الطبعة الأولى من مجموعة الاصطلاحات Incoterms في عام1953وقد تناولت بالتعريف والتحديد بعض المصطلحات التجارية بهدف تجنب وتلافي الاختلاف في تفسير هذه المصطلحات، وقد حققت هذه الطبعة نجاحا هاما، وبعد ذلك صدرت عدة طبعات متلاحقة عام 1967- 1980- 1990. يراجع أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص. 68؛ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين،دراسة تحليلية مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2015، ص.189؛يوسف عبد الهادي خليل الاكيابى، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، د.ب.ن، 1989، ، ص.384.

Jean Delacollette, les contrats de commerce internationaux, 3e éd revue et augmentée, Droit/Economie, De Boeck &larcier, Bruxelles, Paris1996, p.134.

[2] - Cf. ChihebGhazouani,op.cit., p. 304.

[3]- لقد انقسم الفقه حول مدى تمتع العادات بالصفة القانونية إلى تيارين: الأول ويتزعمه الفقيهين(Lousouarn et Lagarde) يرى أن هذه العادات التجارية لا تشكل قواعد قانونية بالمعنى المعروف، ذلك أنها مجرد عادات ذات صفة اتفاقية أو تعاقدية بحيث تكون العقود النموذجية والشروط العامة وسائر العادات التجارية مجرد اقتراحات أو صيغ قانونية معروضة على رجال التجارة الدولية الذين لهم حرية قبولها أو رفضها، وهي لا تلزمهم ما لم يتفق هؤلاء على إتباعها، في حين يرى الاتجاه الثاني وعلى رأسهم(Bredin, Goldman) أن تواتر العمل على إتباع العادات التجارية الدولية التي نشأت في مجمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود – سواء تم تقنينها في الشروط العامة للعقود النمطية أو لم يتم تقنينها بعد- قد أدى مع مرور الوقت إلى تحويل هذه العادات من مجرد عادات اتفاقية إلى أعراف ملزمة، فأضحت بذلك ذات مضمون عام وهو ما يضفي عليها في النهاية الصفة القانونية. يراجع محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 57.

[4]- لتفاصيل أكثر يراجع، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.187؛ أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص.55 ومايليها.

[5]-CF. Philippe Delebecque, Droit du commerce international, RTD.com, juillet/septembre n°3, 2005, p.640.

قوة القاعدة القانونية الحقيقية التي تطبق مع غياب الاتفاق الصريح من جانب الأطراف، لأنها قواعد تعبر عن الإرادة الضمنية لمجتمع التجار.

ولكن إذا كان أنصار هذا الرأي اعترفوا بالقوة القانونية لقواعد(Incoterms) إلا أنهم أنكروا ذلك على قواعد (E-Termes)والتي هي مصطلحات تجارية إلكترونية وضعتها غرفة التجارة الدولية[1] بعد أن وضعت قواعد (EDITERMS)[2] لتطبق على المعاملات الإلكترونية، وأكدوا أن قواعد (E-Termes) لا يمكنها أن تحتل ذات المكانة التي وصلت لها (Incoterms) في مجال التجارة الدولية[3] لأسباب متعددة منها:

- أن تلك القواعد لا تعبر عن واقع المعاملات الإلكترونية في مجال البيع الدولي، بل تم وضعها من طرف فريق الخبراء المعني بالتجارة الإلكترونية، ومن ثم يصعب وصفها بأنها عادات تجارية مستمدة من الممارسات التجارية التي استقر عليها التعامل في هذا المجال.

- أن تلك القواعد لا تعبر عن واقع التكنولوجيا الجديدة، بل ولا تتماشى مع التطورات التي تحدث في البيئة الإلكترونية، ومن ثم فهي لا تصلح لتوليد الاعتقاد بالالتزام بأحكامها[4].

- أن مجرد اعتماد هذه القواعد من طرف غرفة التجارة الدولية لا يضفي عليها صفة الإلزام لأن هناك العديد من النصوص التي أصدرتها هذه الغرفة في مجال التبادل الإلكتروني للبيانات ولم تثبت لها قوة الإلزام[5].

وعليه ينتهي أنصار هذا الرأي إلى أنه من السابق لأوانه اعتبار تلك النصوص معبرة عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد، ومن ثم يكون تطبيقها رهن الاتفاق الصريح للأطراف.

---

[1]- أخذت غرفة التجارة الدولية منذ 15 ديسمبر2003 على عاتقها مهمة صياغة دليل إرشادي، عبارة عن قواعد إختيارية لمساعدة الشركات على التفاوض إلكترونيا، وأطلقت عليه إسم "المصطلحات التجارية الالكترونية" لعام 2004، وقد أصبحت هذه القواعد محل إعمال منذ جوان 2006. يراجع في ذلك، إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص.26.

[2]- EDITERMS هي بيانات مشفرة، تنقل في دائرة التبادل الإلكتروني وفي البيانات المعالجة لتحيل إلى قاموس خارجي، كل أو جزء من النظام القانوني لهذه الوسائل أو العمليات التجارية التي تشارك فيها.

Cf. ChihebGhazouani, op.cit., p. 302.

[3] -Ibid., p. 304.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 241.

[5]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 188.

من هنا تتجلى أهمية تحديد العادات السائدة في مجال التجارة الإلكترونية والتي تنقسم حسب الأستاذ (Emmanuel Gaillard) إلى نوعين؛ الأول يضيق من نطاقها ويقصر دورها على تفسير إرادة الأطراف فقط، في حين أن الثاني يوسع من ذلك النطاق ليضم الممارسات التعاقدية[1] المستقرة في مجال التجارة الدولية إضافة إلى المبادئ القانونية المستخلصة من القانون المقارن أو المصادر الدولية الأخرى.

وفي هذا انتقد الأستاذ(Vincent Gautrait) المفهومين السابقين لتحديد العادات، ذلك أن دور الأول في نظره يقتصر على تفسير العقود، وهو في تبريره ذلك يستند إلى قرار غرفة التجارة الدولية الذي أشار إلى قواعد الانكوترم) (Incotermsلسنة 1953 دون تحديد للعقود التي طُبقت عليها، في حين أنه يستند في تبريره لاستبعاد المفهوم الثاني على المفاوضات التي تسبق عملية التعاقد، التي وإن كانت تفرز بعض المعايير لتحديد العادات السارية، إلا أن سكوت أطراف العقد عنها لا يمكن أن يدل على إعمالها[2].

أمام هذا الجدل اتجه جانب من الفقه إلى تقسيم العادات التجارية إلى قسمين، الأول ويتكون من نوعين من العادات، عادات خاصة (غير مدونة) وأخرى مكتوبة أي (مدونة) ويعد النوع الأخير من العادات محددا لدى بعض الهيئات مثل غرفة التجارة الدولية، أما النوع الأول فما يزال غامضا بل وهو بحاجة إلى الكشف عنه للتحقق من وجوده وتواتر العمل به من جانب القضاة والمحكمين، أو من جانب الهيئات الدولية أو لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.

هذا عن التقسيم الأول والمبني على الكتابة من عدمها، أما التقسيم الثاني والمؤسس على النطاق الذي تمتد له، فإنه يمكن تقسيمها إلى عادات عالمية وأخرى إقليمية، وتتمثل الأولى في تجميع الأفكار الفقهية السائدة بين الدول أو القارات بقصد منع التباين بين العادات السائدة بينها، في حين يقتصر نطاق سريان الثانية – وهي محلية المنشأ– على العقود التجارية غير الدولية[3].

[1]– الممارسات التعاقدية هي العقود التي تتم وتبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة أيا كان أطرافها، سواء مقدمو خدمات الإنترنت أو المتعاملين في مجال الشبكة، وهي نوعين الأولى مجموعة العقود الخاصة بالاشتراك في شبكة الإنترنت وتبرم بين الراغبين في استعمال الشبكة لترويج بضاعتهم أو الحصول على بيانات علمية أو ثقافية أو ترفيهية وبين الشركات التي تقدم خدمة الاشتراك، والثانية مجموعة العقود التي تبرم بين مقدم المادة المراد إدخالها وتحميلها على شبكة الإنترنت وبين مقدم خدمة الموقع التي ستبث تلك المادة عليه. يراجع، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. ص 48– 49؛ حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 488.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص .ص. 188– 189.

[3]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص. ص.311– 312.

وفي هذا يرى الكثيرون أن العادات العالمية حل مثالي وآلية مبتكرة في تنظيم استخدام هذه الشبكة، ويدعم هذا التوجه ويؤيده فريق واسع من الفقهاء الأمريكيين، كما يروج له بشكل أساسي أنصار نظرية وضع شرعة خاصة بشبكة الإنترنت، لأنهم يعتبرون أن العادات التي تتركز وتتكون تدريجيا على مستوى عالمي تمتاز بقدرتها على لعب دور مرجعي متجاوز للحدود يؤدي إلى التخفيف من العناء والمشقة المعروفة على الصعيد القانوني.

وفي هذا يؤكد التقرير الصادر في فرنسا عن مجموعة عمل يرأسها الفقيه (Kahn)حول "التنظيم الذاتي لشبكة الإنترنت" بأن: " هذا التنظيم لا يحل محل القانون أو القاضي، بل هو توجه إيجابي وعملي يُجسد بموجبه اللاعبون عادات الشبكات بشكل متوافق مع القانون..."[1].

وعليه من خلال ما سبق، يلاحظ أن المتعاملين في إطار المجتمع الافتراضي سعوا إلى إرساء قواعد القانون المادي الإلكتروني، وكانت العادات أحد هذه القواعد لكون أنها قواعد قادرة على الاستجابة لمقتضيات وحاجات المعاملات الإلكترونية – وخاصة تلك المبرمة عبر الإنترنت– ذات الطبيعة غير المادية، وهي تتوافق مع البيئة الفنية والتكنولوجية للشبكة على عكس القواعد القانونية الوضعية التي طابعها التطور البطيء والحذر الذي يصطدم بالسرعة التي تعرفها المعاملات الإلكترونية[2].

البند الثاني: تقنينات السلوك

تعد قواعد السلوك التي يضعها المتعاملون عبر شبكة الإنترنت بأنفسهم لتطبق عليهم، والتي يتم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهنية المعنية بوضع مبادئ وأسس التعامل عبر الشبكة الدولية للاتصالات من أهم المصادر التي تتكون منها القواعد الموضوعية للمعاملات الإلكترونية، ويرجع ذلك إلى تنوع أنماط المتعاملين مع شبكة الإنترنت تنوعاً يتعارض مع وضع تنظيم موحد ومحكم لها، وبذلك تبدو ضرورة وجود قواعد سلوك تتضمن حدا أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين والمستفيدين من التعامل في هذا العالم الافتراضي[3].

[1]- بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص .ص. 67- 68.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 240.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 168؛ محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.190.

وتعد تقنينات السلوك مجموعة القواعد والأحكام المدونة من قبل الهيئات والمؤسسات المهتمة بسيادة أخلاقيات قويمة في التعامل عبر شبكة المعاملات الدولية[1]، ذلك أنها تتضمن قواعد سلوك لتعريف أخلاقيات العلاقة الاقتصادية عبر الحدودية[2].

ومن أهم القواعد التي يمكن الاسترشاد بها في هذا المجال "قواعد السلوك الموحد للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد" التي أعدتها غرفة التجارة الدولية بالاشتراك مع عدد من المنظمات الدولية[3]، وهي تعد قواعد اختيارية تهدف إلى تقديم نموذج موحد لقبول اتفاقات التبادل الإلكتروني بشأن المعلومات التجارية التي تتم عن بعد[4].

وإلى جانب هذه القواعد، هناك المشروع الذي أعدته غرفة التجارة الدولية لسنة 1996 والمتعلق بالممارسات الموحدة في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، وكذا الأعمال التي طرحها فريق العمل المعني بأمن المعلومات سنة 1997 لتجميع العادات الدولية المستقرة بشأن التجارة الدولية، والرامية إلى ضمان الاستقامة والنزاهة في مجال النقل الإلكتروني للمعلومات، والثقة في المعاملات الرقمية التي تتم عبر الإنترنت[5].

والواضح أن القواعد السالفة الذكر تهدف إلى حث المتعاملين في مجال الإنترنت على مطابقة سلوكهم لحسن النية أو السلوك الصحيح أو لتقنين حسن السلوك، وذلك قصد تأكيد ثقة الجمهور في الإنترنت، وتكريس حرية التعبير عبر الشبكة، وكذا تقليل دور المؤسسات والهيئات الحكومية في التدخل بالتنظيم بالنسبة لهذه الشبكة[6].

وإلى جانب هذه القواعد توجد مبادرات عديدة تهدف إلى العمل على التعاون الدولي في مجال استخدام الإنترنت، وتوصي بوضع تقنين لحسن السلوك ينهض به القائمون على الشبكة، ومنها تقرير اللجنة المشتركة

---

[1]- ناصر عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص.387.

[2]- حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص. 490.

[3] -Chambre de Commerce International،«Donnéescommerciales par télétransmission- U.N.C.I.D », 22 septembre 1987, Cf. Michel Vivant Christian le Stanc, Lucien Rapp et Michel Cribal, Lamy, 1992, p. 318.

[4]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 168.

[5]- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص.142.

[6]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 169.

للمعلومات التي تتبع مجلس الشيوخ الأمريكي بخصوص الدخول في مجتمع المعلومات، والذي أعلن في نهايته عن ثلاثة إقتراحات، يتمثل الإقتراح الأول في فتح خط ساخن يجيب على متطلبات المستخدمين، في حين تمثل الإقتراح الثاني في إنشاء مكتب يكون مسؤولا عن التنظيم عبر الانترنت ومسؤولا عن المعلومات وإبداء النصح والإرشاد لكافة المتعاملين عبر الانترنت، أما الاقتراح الثالث فقد انصب على إنشاء ملاحظ وطني يراقب تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ويهتم بالممارسات التكنولوجية[1]، وإلى جانب هذا الاقتراح برزت مبادرة وزير الاتصالات الفرنسي (François Fillon) التي حث فيها الدول الأعضاء على التعاون لإصدار (تقنين حسن السلوك)[2].

ومما تجدر الإشارة إليه أن التوجيه الأوروبي رقم EC /31/2000 أشار على الدول الأعضاء إلى ضرورة التشجيع على وضع قواعد سلوك للتعامل تتناسب مع الاتحادات والمنظمات التجارية والمهنية والاستهلاكية للإسهام في التنفيذ السليم له، كما أكد على ضرورة استخدام الوسائل الإلكترونية لإتاحة فرصة وصول قواعد السلوك المذكورة بكل لغات المجتمع الأوروبي[3].

من خلال ما سبق تبرز أهمية وضع تقنين للسلوك يتضمن حدا أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب احترامها من طرف كل المتعاملين ومستخدمي شبكة الإنترنت، ذلك أن هذه المبادئ تعد ثروة وتراثا مشتركا لكل الجماعة الدولية، بل هي تمهيد طبيعي لوضع قواعد تشريعية وطنية ودولية لحكم التعامل عبر شبكة الإنترنت[4].

كما يشجع العديد من المتعاملين مع الإنترنت، المبحرين على الشبكة، مموني خدمة الدخول للشبكة، مموني التوطين أو مصممي الخدمات، مقدمي الخدمات على احترام تقنينات السلوك، ويقدمون قواعد أخلاقية على المستخدم احترامها عند إمضاء العقد، وتشكل تلك القواعد آداب وأخلاقيات (nétiquette) ويندرج ضمنها:

[1]- أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص.143.

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 171.

[3]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 243.

[4]- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 490.

- عدم استخدام الحاسوب لأذية الغير.
- عدم التدخل في المعطيات المعلوماتية الخاصة بالغير.
- عدم العبث بملفات الغير.
- عدم استخدام الحاسوب لتقديم شهادة كاذبة.
- عدم استخدام ونقل البرامج غير المدفوعة الثمن.
- عدم استخدام مصادر الحاسوب دون ترخيص.
- توقع النتائج الاجتماعية للبرنامج الذي تم وضعه.
- استخدام الحاسوب بطريقة تشير إلى الاحترام.

ويترتب على مخالفة قاعدة أو أكثر من تقنين حسن السلوك، تطبيق عقوبات من نفس الفعل المرتكب، والتي غالبا ما تكون ردود فعل منظمة تشمل قطع استخدام الشبكة، وفي هذا نشير إلى ما توصلت إليه إحدى المحاكم الأمريكية عند إدانتها لمخترقي الرسائل التطفلية حين اعتبرت الإرسال غير المطلوب للبريد الإشهاري يتعارض مع مبادئ الأخلاقيات إلا إذا سمح الممون بذلك[1].

وبالمثل قرر الاجتهاد القضائي الفرنسي عند نظره في قضية المتطفلين ضد موني خدمة الدخول إلى الشبكة والذين قطعوا اشتراكهم بسبب الشكاوى المتكررة من مستخدمي الشبكة، إدانة كل انتهاك للممارسة التجارية المتعلقة بالرسائل التطفلية، وذلك استنادا إلى أحكام المسؤولية العقدية[2]، وقد برر القضاء موقفه استنادا لنص المادة 1135 من القانون المدني لاعتبار أن الاستعمال التطفلي يشكل خرقا لعادات الإنترنت.

[1]- Cf.ChihebGhazouani, op.cit., p. 307.

[2] -TGI Rochefort, sur, mer.- 28 janvier 2001 et TGI paris, réf., 15 janvier 2002, commun. Comm. Elec., 2002, comm., n°59, obs., Grynbaum , Cf . ChihebGhazouani, op.cit., p. 308.

من هنا تتضح أهمية هذه القواعد في وضع أخلاقيات قويمة للمتعاملين عبر شبكة الانترنت، ويفضل أن تعمل المؤسسات والهيئات المهنية في الدول العربية إلى صياغة قواعد السلوك التي تحكم معاملات المبحرين عبر الشبكة، سيما مع التطور المذهل الذي تشهده عقود التجارة الالكترونية.

ولا يقتصر الأمر على تقنينات السلوك، بل يمتد ليشمل العقود النموذجية باعتبارها أحد المصادر التلقائية للقانون الموضوعي الالكتروني.

البند الثالث: العقود النموذجية[1]

لقد تعاظم دور الإرادة في إنشاء قواعد القانون الموضوعي الالكتروني، حتى أصبح للعقد دور هام في ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي، وظهرت العقود النموذجية أو النمطية(contrat types)[2]، التي هي عبارة عن عقود يتفق بمقتضاها الأطراف على شروط قانونية وفنية لإستخدام تبادل المعطيات المعلوماتية عبر شبكة الإنترنت والوسائل الأخرى في إطار علاقاتهم التجارية[3]، وعليه يعتبر العقد النموذجي وثيقة مكتوبة أعدت سلفا بواسطة المنظمات المهنية الدولية، ومجموعات المشروعات المرتبطة، بشكل يتوافق مع الأعراف والعادات التجارية الدولية ولتي قبلها المتعاملون بعد ضبطها، لتتلاءم مع مقتضيات التعامل بينهم[4]، وعلى هذا الأساس يعد العقد النموذجي صك مكتوب يتضمن كافة أحكام العقد من إيجاب وقبول، محل وسبب، إلتزامات الطرفين، الضمانات، الجزاءات، أسباب إنتفاء المسؤولية، إلى آخر مثل هذه الأحكام[5]، وبمقتضى هذه العقود لا

[1]- يكمن الفرق بين العقود النمطية والشروط العامة، في أن وثيقة العقد النموذجي يمكن لطرفي العقد استخدامها على أنها وثيقة العقد نفسه بعد إضافة البيانات الخاصة بظروف العقد مثل أسماء الأطراف والسعر، في حين أن الشروط العامة هي مجموعة الأحكام التي يتعين إبرام العقد وتنفيذه على أساسها، وهي تحتوي على الأمور الهامة والمعقدة التي يهتم المتعاقدون بها عادة. يراجع أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص. 91؛ أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص. 27.

[2]- أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص. 27؛ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، هامش ص. 53؛ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، 208؛ يرى جانب من الفقه (خليل إبراهيم محمد خليل) أن العقود النموذجية هي التي صارت عادات مألوفة في التعامل، ثم أصبحت مصدرا عرفيا للقانون الموضوعي الالكتروني الدولي. يراجع في ذلك، خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص. 191.

Chiheb Ghazouani, op.cit., p. 300 ؛Vincent Gautrais,op.cit ., p. 276.

[3]-هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص.170؛ نجلاء محمد سعيد قطب، المرجع السابق، ص.162.

[4]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.194.

[5]- نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الثقافة، عمان – الأردن، 1430هـ-2009م، ص.73.

يكون للمتعاقدين إلا إدراج إسمهم، والتوقيع على العقد، مع ملئ بعض البيانات كالكمية، والثمن وميعاد التسليم، وعليه تعد العقود النموذجية نماذج عقود مطبوعة من الناحية الشكلية، ونصوص تشريعية من الناحية الموضوعية[1].

وبسبب نجاعة هذه العقود في مجال التجارة الالكترونية، تزايد الإقبال عليها، خاصة وأن طالب السلعة أو الخدمة لم يعد يكتف باتخاد مواقف سلبية، بل أصبح يقوم بالبحث عن مواقع المؤسسات التي تعرض تلك السلع أو الخدمات، ويجمع المعلومات الكافية عنها، حتى يكون على بينة من أمره، فإن شاء أتم الصفقة، وإن شاء صرف نظره عنها[2].

ولعل من أكثر النماذج العقدية ذيوعا وإنتشارا، الاتفاق النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الإلكتروني للبيانات EDI عبر شبكات الحواسيب الآلية، الاتفاق النموذجي الذي أعدته لجنة الاتحادات الأوروبية عام 1994 بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية، وكذلك اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1995 بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكتروني للبيانات[3].

هذا على المستوى الدولي، أما على المستوى الوطني فهناك أكثر من عشرين نموذجا ينحصر مجال تطبيقها داخل الدولة التي أعدتها، ويسري عليها القوانين السارية فيها، ومن أمثلة العقود النموذجية التي أبرمت في هذا الصدد، اتفاق الشركاء التجاريين في الولايات المتحدة الأمريكية المعد بواسطة l'american) BarAssociation)، نموذج (Edia Association)في المملكة المتحدة، إضافة إلى العقد النموذجي الفرنسي الخاص بالمراكز التجارية الإفتراضية، نموذج تبادل البيانات الإلكترونية الذي أعده المجلس الكندي تحت مسمى)، والعقد النموذجي الخاص بالتبادل الالكتروني للبيانات الذي أعدته سويسرا سنة 1994.

بالإضافة إلى هذه العقود النموذجية، هناك نماذج ينحصر إستخدامها في قطاع معين، وأهمها عقد Odette النموذجي المطبق في المجال الخاص بالسيارات في أوروبا[4]، والعقد النموذجي للتجارة الالكترونية بين

[1]- إمحمد محمد إمحمد المعلول، القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستر في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة المنصورة، 2014، ص.158؛ يوسف عبد الهادي خليل الاكيابى، المرجع السابق، ص.381.

[2]- هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص.118.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.178.

[4]- نفس المرجع، ص.179.

التجار والمستهلكينContrat- type de commerce électronique Commerçants- Consommateurs، الذي إعتمدته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أبريل1998[1].

هذه النماذج تهدف إلى تحقيق الأمن القانوني بالنص على مجموعة من الأحكام التي تنظم العلاقات المتبادلة بين مستخدمي التبادل الإلكتروني للبيانات، بما في ذلك تلك الشروط التي يعملون بموجبها. وتتناول هذه النماذج عددا من القضايا الرئيسية منها شكل رسالة البيانات وكيفية التحقق من استلامها، والتدابير الأمنية المتخذة ضد مخاطر وصول الرسائل أو فقدانها أو تدميرها، وسرية البيانات وتسجيلها وتخزينها، بالإضافة إلى المسؤولين عن عدم أداء الإلتزامات، وطرق تسوية المنازعات، واختيار القانون الواجب التطبيق...إلخ[2].

إنطلاقا مما تقدم، يتبين أن حداثة القانون الموضوعي الالكتروني وتعدد مصادره، أثرت بشكل جلي في تحديد طبيعته القانونية، ومدى اعتباره منهجا مستقلا بذاته.

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص. 117؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص.19.

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.180.

المبحث الثاني: تقييم منهج القواعد المادية الإلكترونية

لقد ترتب على وجود مصادر دولية وأخرى وطنية لتنظيم العلاقات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية الدولية، ميلاد القانون الإلكتروني الدولي الذي يتسم بخاصية الحداثة المرتبطة بظهور أنواع عديدة من العقود التجارية الإلكترونية، وخاصة منها تلك المعتمدة على شبكة الإنترنت.

هذه الأسباب وغيرها، تستوجب تقييم منهج القواعد الموضوعية الإلكترونية، خاصة بعد اختلاف الفقه بشأنه، بحيث اعترف البعض له بصفة النظام القانوني، في حين أنكرها البعض الآخر عنه، ولم يقتصر الأمر على ذلك الحد، بحيث اتجه جانب من الفقه إلى القول بقصور قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي عن تسوية مجمل منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية وهو ما يقتضي إعمال منهج التنازع.

وعليه، هل يتمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني؟ وما مدى قدرته على تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟

هذا ما سيتم بيانه بالتعرض إلى الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية(**المطلب الأول**)، ولمكانة منهج القواعد المادية في ظل منهج قاعدة التنازع (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للقواعد المادية التي تتولى بالتنظيم المعاملات التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية، حيث ذهب البعض إلى أنه يصعب القول بأن تلك القواعد تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا وقادرا على تقديم حلول لكافة المشاكل التي يمكن أن تثور في ميدان التجارة الالكترونية، بحجة أنه من السابق لأوانه إعطاء أي دلائل ذات قيمة تحدد نطاق وجود هذا النظام القانوني، في حين قرر البعض الآخر بأن تلك القواعد تشكل نظاما قانونيا معادلا للنظام القانوني الذي تضعه الدولة بغية تنظيم الروابط القانونية بين أفرادها[1] .

أمام هذا الاختلاف يتبين أن إلتزام الدقة القانونية يتطلب قبل تحديد الاتجاهات الفقهية الواردة بشأن الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الالكترونية (**الفرع الثاني**)، بيان المقصود بالنظام القانوني كأصل عام

[1]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.32.

(**الفرع الأول**)، وذلك لمعرفة مدى توفر العناصر التي يتطلبها الحديث عن النظام القانوني في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: مفهوم النظام القانوني

يعتبر مفهوم النظام القانوني من أكثر المفاهيم التي شغلت اهتمام الفقهاء القانونيين، وذلك كله قصد فهمهم للظواهر القانونية عموما، وكذا لوضع تصور شامل يجمع بين العناصر القانونية وغير القانونية، ولعل من بين أكثر ما يؤكد هذا الطرح اختلاف الفقه في تحديد مفهوم النظام القانوني، بحيث ينظر إليه البعض على أنه قاعدة قانونية، ويعتبر أن القواعد المعيارية هي العنصر الأبرز في النظام القانوني، في حين ينظر إليه البعض الآخر من زاوية التنظيم أو البناء، وعلى الخلاف من ذلك يرى اتجاه آخر أن الحديث عن النظام القانوني يتطلب الجمع بين القاعدة والتنظيم[1].

فأما الاتجاه الأول فقد تزعمه الفقيه(Rigaux) مصادر مترابطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها"[2]، وفي نفس السياق عرفه (Virally) بأنه:" نظام تهذيب الروابط الاجتماعية يميزه ليس فقط وضع القواعد ...ولكن أيضا إنشاء نظم مخصصة لضبط الروابط الاجتماعية...أو لحل النزاعات"[3] .

إستنادا لهذين التعريفين يبدو جليا بأن هذا الاتجاه حاول تحديد مفهوم النظام القانوني إستنادا لنظرية هانز كلسن الشهيرة التي أطلق عليها اسم النظرية الخالصة للقانون (La Théorie Pure du droit) التي يعتبر فيها النظام القانوني نظام تدرجي للقواعد، يقوم على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي، وعلى التطابق بين القانون والدولة. فالدولة هي تجسيد للقواعد القانونية النافذة، وقواعد القانون ليست على درجة واحدة، بل يعلو

[1]- محمد محوسب درويش، قانون التجار الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 1995، ص.90 وما يليها؛ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.33؛ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.196.

[2]- Cf.Giardino Andrea,Les principes unidroit sur les contrats internationaux,clunet,1995,p.751 .

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.197.

بعضها فوق بعض، بحيث تشبه الهرم المكون من عدة درجات متماسكة فيما بينها، وذلك نظرا لأن صحة القواعد الموجودة في كل درجة منها يعتمد على القواعد الموجودة في الدرجة الأعلى[1].

من خلال ما سبق يتبين أن هذا الجانب من الفقه القانوني قد ركز على مفهوم القاعدة القانونية، وعلى العلاقات الداخلية بين هاته القواعد في مجملها، فالنظام القانوني وفقا لهم هو مجموعة قواعد متناسقة مرتبطة ببعضها البعض، وهي في الوقت ذاته مغلقة لا تقبل أي انتقال لقواعد أخرى من نظام قانوني آخر، والنقص الذي قد يظهر فيها يتم تجاوزه بطريق التفسير لا بطريق الاستعارة من نظام قانوني آخر[2].

رغم وجاهة هذا الطرح، إلا أنه عيب عليه إغفاله الجانب التنظيمي القائم على وجود هيئة متماسكة لها تنظيمها الخاص، وقدرتها على إيجاد القواعد القانونية التي تحكم الروابط الاجتماعية، حسب ما أشار إليه الفقيه (Santi Romano) الذي استخدم في تحليله للنظام القانوني مصطلح (institution juridique) بدلا من مصطلح (ordre juridique)، ليؤكد على عدم كفاية القاعدة القانونية التي ركز عليها أنصار التعاريف السابقة للتعبير عن فكرة النظام القانوني.[3]

إنطلاقا من هذا الانتقاد، برز الاتجاه الثاني الذي أكد فيه الأستاذ (Guy Rocher) أن النظام القانوني يتحقق بوجود أجهزة أو هياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية تتولى مهمة وضع القوانين الجديدة وصياغتها، فضلا عن سعيها لتنقيح القواعد الموجودة والسهر على إحترامها[4]، وفي السياق ذاته وضع(Henry Perrritt) ثلاث شروط للاعتراف بوجود النظام القانوني، وهي إصدار القوانين، فرض الانضباط عن طريق القضاة، قوة تنفيذية لأحكام القضاء.

وعليه يتطلب وجود النظام القانوني حسب هذا الاتجاه وجود قوانين يطبقها القضاة، ونظام إلزام يفرض على الأشخاص، ذلك أن النظام القانوني وفقا لهم يستخدم للتعبير عن الهيكل والتنظيم والسلطة[5].

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.197.

[2]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.34.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 198.

[4]-Cf. Vincent Gautrais, op. cit.,,p .291 .

[5]- Ibid; Antoine kassis, Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J, paris, 1984, p.381 et s .

نتيجة التباين الواضح الذي طبع التوجهين السابقين عند تحديدهما لمفهوم النظام القانوني، فإنه يمكن القول أنه لا مجال للخيار بين الجانب التنظيمي المتمثل في الروابط والتنظيم الاجتماعي، والجانب القاعدي المتمثل في القواعد القانونية، ولعل هذا هو ما أدى إلى ظهور جانب توفيقي يمثل الإتجاه الفقهي الراجح، والذي سعى إلى الجمع بين الجانبين للوصول إلى أن كل نظام قانوني يتكون من هيكل وتنظيم، كما يتكون من قواعد تطبق داخل هذا التنظيم.

وقد تزعم هذا الإتجاه الفقيه الايطالي(Santi Romano)الذي عبر في كتابه الشهير المعروف باسم "النظام القانوني"أن فكرة النظام القانوني فكرة مركبة ذلك أن " القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن يكون ذا صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء، يوجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي يشكل به وحدة، أو كائنا قائما بذاته"[1].

وفقا لهذا التوجه لا يتكون النظام القانوني من مجموع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع فحسب، وإنما يتكون علاوة على ذلك من عناصر أكثر أهمية وهي مجتمع منظم ومتماسك، سلطة تسهر على تطبيق القوانين، وقد تأخذ شكل الجهاز الإداري للدولة أو أي شكل آخر، وبهذا يبدو أنه لا يمكن النظر إلى النظام القانوني دون توافر الجانب العضوي أو الجانب القاعدي، والقول بخلاف ذلك، يؤدي إلى تشويه وصف النظام القانوني[2]، الذي يعرف على أنه : "مجموعة من القواعد الخاصة والأجهزة القادرة على تطبيقها والتي توجد مع نشأة ونشاط وحدة إجتماعية معينة هي بذاتها ذات طبيعة خاصة."[3]

إذا كان هذا مفهوم النظام القانوني بوجه عام، فهل يمكن إضفاء وصف النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الالكترونية التي تعنى بتنظيم سلوك المتعاملين عبر شاشات الحواسيب الآلية؟ أم أن إضفاء هذا الوصف ما يزال بعيدا عنها؟

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 62.

[2]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.36.

[3]- مقتبس عن، نجلاء محمد سعيد قطب، المرجع السابق، ص.159.

الفرع الثاني: الاتجاهات الفقهية الواردة بشأن الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

لقد سبق الذكر بأن الفقه اختلف حول فكرة تكوين القواعد المادية للتجارة الالكترونية لصفة النظام القانوني، بحيث أنكر عليها البعض هذه الصفة من منطلق عدم تحقق عناصر النظام القانوني فيها، في حين أيد البعض الآخر تمتعها بهذه الصفة، وأورد للدفاع عن موقفه جملة من الحجج.

لأهمية هذه المسألة سيتم التطرق إليها بالتعرض لحجج الاتجاه المنكر للطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية (**البند الأول**)، ثم لحجج الاتجاه المؤيد لانطباق صفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (**البند الثاني**).

البند الأول: الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

لقد أنكر البعض صفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، فهي وفقا لهم لا تعدو أن تكون مجرد قواعد مادية تندرج ضمن عموم قانون التجار(Lex Mercatoria)، ومن ثم فهي لا تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته، كما وأنها لا تتميز بأي سمة خاصة تجعلها تختلف عن القواعد المادية للتجارة الدولية، وقد استند أنصار هذا الاتجاه على عدة حجج لتدعيم وجهة نظرهم، ولعل من بين تلك الحجج ما قدمه كل من الفقيهين(P.lagarde, Monnet)[1] حينما أكدا على أن هذه القواعد تفتقد للتنظيم المتجانس الذي يعد أحد عناصر قيام النظام القانوني، ذلك أنه من المعلوم أن جوهر أي نظام قانوني يتمثل في وجود الجماعة والتنظيم، ولا يمكن الحديث عن هذه الصفات إلا إذا وجدت جماعة متماسكة ومتضامنة لا ينقصها التنظيم اللازم من أجل بناء نظام قانوني متكامل، ومن هذا المنطلق يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني لمجموع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، كون أن المجتمع المعني بهذا القانون –أي جماعة الانترنت (La communauté cybernétique) – يضم أشخاصا ينتمون إلى دول وأنظمة قانونية متباينة، وهم في الغالب لا يعرفون بعضهم البعض، ولا يوجد بينهم رابط إجتماعي سابق على رابط العمل، كما لا تجمعهم ثقافة واحدة ولا فكر إيديولوجي واحد، فهي جماعة تفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأي نظام قانوني.

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 63.

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أيضا على أن عدم التجانس الناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار والمهنيين والفنيين داخل جماعة الانترنت، قد أدى إلى وجود عادات خاصة بكل طائفة تعبر بها عن مصالحها المتعارضة، وهو ما يصعب معه القول بتوافر فكرة التنظيم اللازم لقيام النظام القانوني[1] .

وقـد عبر الأستاذ (Hobbes) عن هذا التعارض من خلال نظريته الشهيرة تنازع أو تعارض المصالح (la théorie de la conflictualisté) داخل المجتمع الشبكي، التي أكد فيها أن هذا التنازع يبلغ ذروته في الفرض الذي لا يستطيع أفراد الجماعة أن يحددوا المصالح الخاصة لكل منهم أو مصالح الجماعة ككل، حتى تصبح نظرة المتعاملين (Cybernautes) غير متناسقة مع بعضها البعض ويظهر كما لو أن مصالح أحدهم تضر أو تخالف مصالح الطرف الآخر[2]، وتبرز هذه الفرضية بجلاء في السوق الالكتروني الذي لا يضم فقط المتعاملين المحترفين، وهو ما كان سائدا في القانون التجاري الدولي قديما، بل يشمل عددا كبيرا من مستخدمي الشبكة الرقمية، ويستوي أن يكون المستخدم محترفا، مستهلكا، ولا يخفى على أحد التعارض القائم بين مصالح المهنيين، ومصالح المستهلك الالكتروني[3].

في السياق ذاته، يضيف الأستاذ "أحمد عبد الكريم سلامة" أن غياب التنظيم مرده قضاء الدول على محاولات إنشاء القواعد المادية للتجارة الالكترونية نتيجة لتضارب المصالح الاقتصادية والسياسية لهم، وكذا تمسك كل دولة بقواعدها ورفضها تطبيق القواعد الافتراضية على المنازعات التي يكون رعاياها أطرافا فيها[4]، ويعكف تبريره هذا بالاستشهاد برأي الأستاذ (Burnestein) الذي ذكر أنه :" لا يُعتقد أن دولة كالصين مثلا ، ترتضي وتساهم في وضع قانون موضوعي للإنترنت تسمح قواعده بالانتشار الحر للأفكار والثقافات، كما وأنه من المستبعد أن تتوافق الدول المتقدمة مع الدول الفقيرة أو النامية حول تدابير حماية الملكية الفكرية في مجال الإنترنت"[5].

---

[1]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.38 .

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 203.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 244.

[4]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 250.

[5]- Bubnstein M, A Global network in compartmentalised legal environment.

مشار إليه من طرف، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 63

من خلال ما سبق، يتضح أن الادعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول إفتراض يصعب قبوله، لأن المتعاملين مع شبكة الإنترنت ومقدمي الخدمات هم في الأصل آدميون من لحم ودم، لهم مواطن حقيقية يقومون بدفع التزامات مالية حقيقية من خلال البنوك التي يتعاملون معها، كما وأن الوسائل التكنولوجية والفنية المستعملة في اتصالاتهم تتمركز في حدود إقليمية معينة فتخضع العمليات التي تتم عبرها لقوانين تلك المواقع الإقليمية حسبما تحدده قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص[1].

إلى جانب تشكيك البعض في غياب صفة التنظيم عن القواعد المادية للتجارة الالكترونية، يشكك البعض الآخر في القيمة القانونية لهذه القواعد، لافتقادها لعنصر الجزاء الواجب التطبيق عند مخالفة أي قاعدة قانونية، فمن المعلوم أن أي نظام قانوني لا يقوم له أساس ما لم تقترن قواعده بجزاء يحمل الأفراد على احترامها، وذلك ما أكده الواقع العملي، فالأنظمة القانونية الوضعية في مختلف الدول ترتب جزاءات على مخالفة القواعد القانونية[2].

وإذا كان أنصار القانون الموضوعي الالكتروني قد أكدوا على وجود هذا الجزاء وبأنه جزاء من نوع خاص، إلا أن الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الالكترونية يردون على هذه الحجة من خلال الإشارة إلى ضرورة الرجوع إلى السلطة العامة للدولة لتنفيذ القرارات التحكيمية، وبهذا يتبين عجز الهيئة التحكيمية عن فرض الجزاء الذي يكفل إحترام قواعدها، بحيث تصبح تلك القرارات بدون قيمة قانونية، وهو الأمر الذي لم ينكره جانب من أنصار القانون الموضوعي الالكتروني حين أكدوا أنه في ظل الوضع الراهن لا يمكن تأكيد وجود جزاء مستقل لقواعد هذا القانون عن تدخل الدولة[3].

إن إنكار البعض لصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية مرده الطابع المكمل الذي تتميز به قواعد هذا القانون، إذ يلاحظ أن معظم قواعد هذا القانون قواعد مكملة يتم إعمالها بناء على رغبة وإرادة الأطراف المتعاقدة، وهي غالبا ما تتخذ شكل قواعد سلوك محددة وتلقائية في نشأتها وفي

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 204؛ حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية. أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، المرجع السابق، ص.178.

[2]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد الماديةفي حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.37.

[3]- محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.74.

مضمونها[1]،والحقيقة أن افتقاد هذه القواعد لعنصر الالزام سببه عدم اقترانها بجزاء توقعه سلطة عامة يكفل احترامها واتباعها[2]، ولئن تبين أن قواعد القانون المادي الالكتروني قواعد مكملة، فإنه من غير المعقول القول بتمتع هذا القانون بصفة النظام القانوني، كون أن مثل هذه القواعد لا تعدو أن تكون مجرد ترف قانوني لا يصلح لتشكيل نظام قانوني مستقل ومتكامل[3].

إن هذا الطرح يؤكد عجز القواعد المادية عن تشكيل نظام قانوني مستقل، إذ لا يمكن قبول تنظيم هذا المجتمع بمقتضى قواعد مكملة، فمجتمع الانترنت يتكون إلى جانب المهنيين من مستهلكين ينبغي أن تتم حماية حقوقهم بمقتضى قواعد قانونية آمرة[4]، ولتحقيق هذا تبقى الحاجة إلى تدخل الدولة قائمة ليس لإقامة التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة والذاتية للمتعاملين مع شبكة الانترنت، بل لتوقيع الجزاءات على كل مخالف للقواعد السلوكية السابقة والقواعد القانونية الوطنية ذات الصلة[5].

بعد أن تم تحديد الحجج الواردة من الفقه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية الالكترونية، سيتم التطرق للاتجاه الثاني الذي يكرس فكرة تمتع القواعد المادية بصفة النظام القانوني.

البند الثاني: الاتجاه المؤيد لتمتع القواعد المادية الإلكترونية بصفة النظام القانوني

لقد انقسم أنصار الاتجاه المؤيد لتمتع القواعد المادية للتجارة الالكترونية بصفة النظام القانوني إلى اتجاهين، اتجاه يؤكد تمتع هذه القواعد بصفة النظام القانوني المتكامل والذي يوازي ما تضعه الدولة لتنظيم الروابط القانونية الدولية، واتجاه وسطي لم يذهب إلى حد إنكار هذه الصفة عنها ولا الإعتراف لها بها بشكل مطلق .

ولقد استند أنصار الاتجاه الأول إلى تبرير موقفه بالاستناد على جملة من الحجج أهمها توفر وصف القاعدة القانونية في القاعدة المادية، بحيث تعتبر هذه الأخيرة كغيرها من القواعد القانونية قاعدة عامة مجردة

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 244.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 251.

[3]- محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لمفهوم عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 73.

[4]- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص.82.

[5]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص. 65.

وضعتها سلطة مختصة لتنظيم وضبط سلوكات الأشخاص في المجتمع، وهي مقترنة بجزاء توقعه سلطة مختصة عند الاقتضاء[1].

بهذا يتبين أن خاصية العموم والتجريد متوافرة في القاعدة المادية، ذلك أن تحقق هذه الخاصية في القاعدة القانونية لا يستلزم اعتياد الناس كافة على العمل بها، بل يكفي أن يتواتر العمل بها من قبل فئة أو طائفة معينة من الأشخاص[2]، وهو ما يجري عليه العمل في مجال عقود التجارة الالكترونية.

كما وأنه لا يمكن القول بانعدام صفة الإلزام في القاعدة المادية، ذلك أن صفة العموم والتجريد في القاعدة القانونية يعني بأنها قاعدة فرضية يرتبط فيها عنصر الالزام بصفة في الشخص أو الشيء أو الحدث، زيادة على الأثر القانوني الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع القائم، إذ ينطبق الحكم عند توفر الشروط المحددة، وبقياس القواعد المادية على ما سبق ذكره، يتبين بأن هذه القواعد تتوافر على صفة الالزام، من خلال أصل قواعدها العرفي المنبثق من عادات وأعراف درج متعاملو التجارة الالكترونية على العمل بها، فتكرار تطبيق هذه العادات والأعراف على نحو مضطرد وتغلغلها في مجتمع معين مكن من إدراجها ضمن عقود نموذجية، مما اضفى عليها طابع القانون الملزم[3].

بهذا يتبين أن الاشكال المتعلق بتوفر صفة النظام القانوني في القواعد المادية للتجارة الالكترونية لا وجود له، إذ لا يمكن التشكيك في القيمة القانونية لهذه القواعد، على أساس وجود أو عدم وجود قانون دولي طائفي، بل يتحقق بمدى قدرته الحقيقية على تشكيل نظام قانوني يستند على مبادئ كافية لضمان فعاليته وتماسكه[4].

لهذه الأسباب يؤكد أنصار هذا الاتجاه على تمتع القواعد المادية للتجارة الالكترونية بصفة النظام القانوني، بحيث تجتمع فيها العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني مستقل ومتميز، وتشمل هذه العناصر بداية وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية، ففكرة عدم وجود المجتمع الافتراضي التي نادى بها أنصار

[1]– أحمد محمد الرفاعي، برنامج الدراسات القانونية، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2007-2008، ص.28.

[2]– حفيظة عياشي، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة، د.س.ن، ص.42.

[3]– بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.ص.41-42؛ حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص.504.

[4]–C.f Antoine Kassis, le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J , 1993, p.392.

الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الالكترونية فكرة واهية، ذلك أن التجمعات في هذا المجتمع ترتبط مع بعضها بعلاقات ومعاملات وثيقة تجعلها تشكل مجتمعا دوليا حقيقيا، يعيش أشخاصه معاً كوحدة واحدة متماسكة لها فكر واحد وهدف واحد[1].

وفي هذا السياق، يشير أنصار هذا الاتجاه إلى أن تعارض الجماعات والطوائف في هذا المجتمع لا يؤدي إلى تعارض المصالح، لأن التباين هو أحد مقتضيات العمل التجاري، بل هو أحد عوامل وحدته لا انقسامه، وحتى لو تعارضت تلك المصالح يظل هناك حد أدنى من المصالح المشتركة بين تلك الجماعات يدفعها إلى التضامن من أجل تحقيقها[2].

وفي هذا يرى جانب من الفقه[3] أن هناك مفهوم يمكن اتخاذه كمعيار في هذا الصدد وهو (التوقعات expectations)، الذي لا يمكن معه الاحتجاج بتعدد الطوائف داخل مجتمع الإنترنت لإنكار صفة النظام القانوني عنه، خاصة أن ذلك التعدد موجود داخل النظام القانوني الوطني كجماعة التجار والزراع والصناع...الخ، وموجود أيضا في النظام الدولي الذي يضم الدول أعضاء المجتمع الدولي، ومع ذلك لم ينكر أحد صفة النظام القانوني على أي منهما.

ولا يقتصر الأمر على هذا العنصر فحسب، بل يتعداه ليشمل وجود كيانات وأجهزة قانونية تتولى مهمة تنقية القواعد السلوكية وصياغتها والسهر على احترامها، ولعل من أهم هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية التي وضعت عقودا نموذجية لتسهيل المعاملات عبر الشبكات الالكترونية، وكذا لجنه الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي عمدت إلى صياغة العديد من القوانين النموذجية في مجال المعاملات الالكترونية، ولا شك أن القواعد الصادرة عن هذه الهيئات تعمل على تحقيق الأمان للمتعاملين عبر الانترنت، وتضمن وحدة الحلول للمشكلات الفنية والقانونية التي فرضتها الطبيعة الالكترونية للشبكة الدولية، كما وتعمل على تجنب القصور التشريعي الذي يمكن ظهوره في التشريعات الوطنية بسبب عدم وجود قواعد وطنية في هذا الصدد[4].

---

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 245؛ محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.426 .

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 250؛ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 75.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 210.

[4]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.206؛ محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.427.

إلى جانب العنصرين السالف ذكرهما تتميز القواعد المادية للتجارة الالكترونية بوجود جزاءات ذاتية خاصة بها، وعليه لا يمكن القول بافتقار هذه القواعد لخاصية الجزاء، ذلك أن هذا الأخير باعتباره الأثر الذي يترتب على مخالفة قاعدة قانونية يختلف باختلاف القاعدة التي تعرضت للانتهاك، إذ قد يكون جزاء ظاهرا للعيان كما قد يكون جزاء مستورا في ثنايا النظام القانوني، ويؤكد الواقع العملي أن مجتمع الانترنت أضحى له قضاته وعدالته الافتراضية التي تتم عبر الانترنت، وهؤلاء القضاة يمكنهم عقد جلساتهم بطريقة آلية عن بعد، وإصدار أحكام على العضو المخالف بطرده أو إنهاء اشتراكه وحرمانه من التعامل عبر الشبكة أو تعليق استفادته منها[1].

الحقيقة أنه وإن كانت غالبية الفقه تنتصر للحجج السالف ذكرها، إلا أن جانبا آخر من الفقه وإن كان يعترف للقواعد المادية للتجارة الالكترونية بصفة النظام القانوني، إلا أنه يرى ضرورة التريث في الحكم عليهاوعدم محاولة إجهاضها في المهد كما فعل أنصار الاتجاه المنكر، ولا التأكيد على تمتعها بصفة النظام القانوني الكامل كما قرر أنصار الاتجاه الثاني، بهذا يكون أنصار هذا الاتجاه قد تبنوا موقفا معتدلا، فاعترفوا للقواعد المادية للتجارة الالكترونية بصفة النظام القانوني غير الكامل، وهي على حد تعبيرهم ما تزال كالجنين في طور النمو والتكوين[2].

إن تشكيك هذا الاتجاه في القيمة القانونية للقواعد المادية للتجارة الالكترونية مرده قصورها عن حل العديد من المشاكل التي قد تطرحها عقود التجارة الالكترونية، إذ هناك العديد من المسائل التي لا نجد لها حلولا في القواعد المادية، من ذلك الأهلية، التراضي، التقادم المسبق، تقدير قيمة التعويض للمضرور، وينبغي الرجوع لحلها للنظم الوضعية في الدول المختلفة[3]، وبهذا الطرح لا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار الارتباط الوثيق بين النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية والأنظمة القانونية الوطنية التي تعنى بتقديم الدعم والتكملة لها[4].

إن مثل هذا النقص والقصور من شأنه أن يولد حسب أنصار هذا الاتجاه مخاطر متعددة أهمها:

– خضوع إعمال القواعد المادية للتجارة الالكترونية لسلطة القاضي أو المحكم التقديرية، وهو تقدير يخضع للإعتبارات الشخصية والخلقية التي قد لا تتفق وصحيح الحل القانوني.

[1]– يراجع،في ذلك ص.396 من هذه الاطروحة.

[2]– أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص.118؛ أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.65.

[3]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 254، محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لمفهوم عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.78

[4]– بلاق محمد، حود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.46.

– إنعدام الأمان القانوني في عدالة القانون المادي الالكتروني، فقواعد هذا القانون وإن كانت تستجيب للمعطيات الذاتية والحاجات الخاصة للمتعاملين عبر شبكة الانترنت، وتحقق العدالة بينهم، إلا أنه قد تبين أن عدالة هذه القواعد عدالة عرجاء، كونها مقررة لصالح الطرف الأقوى إقتصاديا، خاصة وأن قواعد هذا القانون تقف بجوار المشروعات والشركات الأجنبية المصدرة للمنتجات والبضائع، وتتجاهل مصالح الطرف الآخر، لأن تلك العادات التجارية المزعومة هي من وضع رجال القانون في الدول الغربية وبطبيعة الحال تهدف إلى تحقيق مصالح الدول المتحكمة في المجتمع التكنولوجي على حساب مصالح الدول المستوردة[1].

وحتى لو تم افتراض أن قواعد هذا القانون تحقق العدالة، إلا أنه لا ينبغي حسب الفقيه (Mayer) أن ننسى أن الهدف الجوهري للقانون الدولي الخاص هو الأمان وليس العدالة، فهذا القانون يقدم التنظيم ليس الأكثر عدالة، أو الأحسن توافقا، ولكن التنظيم الذي يكون تطبيقه في القضية، الأكثر اتفاقا مع توقعات الأطراف"[2].

إزاء ما تقدم يمكن القول، أن القواعد المادية للتجارة الالكترونية تشكل في مجموعها نظاما قانونيا ولكنه نظام غير متكامل، كالبناء الذي أسس ولم يشيد بعد، فالقواعد المعنية هي قواعد تنموا يوما بعد يوم وما التطلع لأن تولد عملاقة متكاملة إلا نوع من التزيد غير المنطقي، إذ سيكون مستقبلا لعاملي الوقت والجهد الدولي الدور الكبير في بناء هذا النظام القانوني بشكل متكامل[3].

بعد عرض هذه الاتجاهات الفقهية، تبين أن المسألة لم تعد قاصرة على وجود أو عدم وجود قواعد مادية للتجارة الإلكترونية، بل تجاوزتها إلى مدى قدرتها على تشكيل نظام قانوني متكامل كاف بذاته لمواجهة كل ما يعترض عقود التجارة الإلكترونية، ومن ثم ما هو المصدر الذي يمكن أن يستقي منه هذا القانون ما يسد الثغرات التي تعتري أحكامه؟

[1]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 255.

[2]– مشار إليه من طرف، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.66.

[3]– بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.49.

المطلب الثاني: مكانة منهج القواعد المادية الإلكترونية في ظل منهج قاعدة الإسناد

اختلف الفقه حول طبيعة العلاقة فيما بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج الإسناد، ولعل السبب في ذلك يكمن في تصور جانب من الفقه[1] وجوب إقصاء منهج الإسناد عند وجود قواعد مادية إلكترونية واجبة التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي، وتمسك جانب من الفقه[2] بذلك مع التنويه بضرورة الرجوع للقوانين الداخلية بغية سد النقص الوارد في القواعد المادية الإلكترونية الدولية.

وعليه يلاحظ أن بعضا من الفقه أكد على أن إعمال منهج القواعد المادية الإلكترونية الدولية يكون بطريقة تنافس منهج الإسناد فلا يُسمح له بالتطبيق، في حين أقر الرأي الثاني أن إعمال تلك القواعد يعد ضرورة حتمية، غير أنه يتولد عن عجزها بروز الحاجة إلى منهج الإسناد.

وعليه ما هي طبيعة العلاقة بين المنهجين، هل هي علاقة تنافس؟ أم أنها علاقة تجاور وتعايش؟

هذا ما سيتم بيانه بعرض وجهتي النظر السابقتين، إذ يتم تحديد رأي الاتجاه الأول الذي يقر بأن العلاقة بين المنهجين علاقة تنافس (**الفرع الأول**)، ثم يتم عرض الاتجاه الثاني الذي يؤكد على أنها علاقة تكامل وتجاور يتعايش في ظلها المنهجين (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: منهج القواعد المادية الإلكترونية منافس لمنهج قاعدة التنازع

لقد أدى التزاحم الموجود بين منهج القواعد المادية ومنهج التنازع في مجال عقود التجارة الإلكترونية بالفقه إلى القول بوجود علاقة تنافس وتنافر بين المنهجين، وترجع أسباب تبني هذا الرأي إلى نقاط متعددة، منها كيفية تنظيم المنهجين للعلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة، وعقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي بصفة خاصة، إذ بينما ينهض منهج التنازع بذلك التنظيم بطريقة غير مباشرة عن طريق إرشاد القاضي إلى القانون

[1]- أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص. 57.

[2]- محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 79.

المختص، بواسطة ضابط إسناد مجرد لا يحدد قانون معين بذاته، بل بصفاته، ينهض منهج القواعد المادية بذلك التنظيم بطريقة مباشرة، عن طريق تقديمه لحلول مباشرة تلائم الروابط الخاصة الدولية[1].

من هذا المنطلق يتبين أن قواعد القانون المادي الالكتروني هي قواعد دولية القلب والقالب جاءت لتلاءم متطلبات التجارة الالكترونية الدولية، فهي مخلوقة من أجلها وتحل مباشرة مشكلاتها، وذلك بخلاف قاعدة التنازع التي تعد وطنية المنشأ تستهدف في الأساس تحديد قانون وطني معين لحكم الروابط الخاصة الدولية[2].

استنادا لهذه النتائج اتجه مؤيدوا منهج القواعد المادية إلى الانتصار له وتغليبه على منهج قواعد التنازع ومن ثم الحلول محله، فالقصور والتعقيد الذي يطبع منهج قاعدة التنازع وكذا المصدر الوطني الذي يميز قواعده، يجعل من دوره محصورا في مجرد توزيع الاختصاص التشريعي بين مختلف الأنظمة القانونية ودون أن يكون له القدرة على إعطاء حلول موضوعية للنزاع المطروح، وذلك بخلاف منهج القواعد المادية الذي جاء ليتلاءم ويستجيب لاحتياجات الروابط الدولية الحديثة لكونها شرعت أصلا لفض منازعاتها، ومن ثم فهي تطبق تطبيقا مباشرا وبغض النظر عما يقضي به منهج قاعدة التنازع[3].

ولا يقتصر الأمر على ذلك، إذ تبدو علاقة التنافس واضحة عند بحث نطاق تطبيق كلا المنهجين، بحيث يؤدي تطبيق منهج القانون الموضوعي الموحد (من خلال اتفاقية دولية مثلا) إلى استبعاد منهج قاعدة الإسناد في المجال الذي يسري فيه ليمنح القواعد الموضوعية شمولية الاختصاص، التي يترتب عليها إنكار إمكانية تطبيق كل قانون وضع أصلا لحكم روابط داخلية على روابط ذات طابع دولي، وفي هذا يقول البعض : " إن القواعد المادية تنطلق من تلك الخصوصية للعلاقات الدولية، وتنكر تنوع واختلاف الحلول، فهي تقود إلى شمولية إختصاص هذا القانون الخاص... ولاتستطيع إقصاء أو استبعاد قاعدة التنازع."[4]

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 633؛ محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 79.

[2]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.228.

[3]- خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص.211.

[4]- وهو موقف (Santa. M-Crose) مشار إليه من طرف، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، المرجع السابق، ص.431.

هذه الشمولية وجدت تأسيسا لها في خصوصية الأنشطة الخاصة الدولية التي تستلزم تنظيما ذاتيا يتناسب وخصوصية العلاقات الخاصة الدولية، ما يبرر استبعاد منهج قواعد التنازع لاسيما تحت ستار صعوبة تحديد القانون الذي ترشد إليه قواعده وعدم كفاية توطين العلاقة متى تبين استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع، سواء بسبب نقص في العقد مثار النزاع أو بسبب تعارض وتناقض مواقف أطراف المنازعة وعدم إمكان ربط النزاع بقانون معين[1]، فالقواعد المادية –وبصفة خاصة منها تلك المستمدة من الاتفاقيات الدولية تنطبق مباشرة على العلاقة الخاصة الدولية –لم تأت من فراغ، بل كانت حصيلة دراسات ومقارنات متعمقة بالنظم الوطنية والدولية المختلفة ومحاولات موفقة للتقريب بينهما، واختيار حل ملاءم لتلك العلاقات لتستجيب لها، ومن ثم مهاجمة ومواجهة التنازع في مهده واقتلاعه من جذوره، وهو ما يتناسب مع الهدف الأساسي الذي تسعى الاتفاقيات الدولية إلى ادراكه، وذلك بالقضاء على ظاهرة التنازع في إطار العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في نطاق تطبيق هذه الاتفاقيات، ذلك أن رجوع القاضي إلى قواعد التنازع يفترض قيام التنازع بين القوانين التي حرصت دولته على تداركها بانضمامها إلى المعاهدة، مما يجعل آلية قواعد التنازع مستبعدة بطريقة أوتوماتيكية لانتفاء المصلحة في البحث عن القانون الواجب التطبيق[2].

على هذا النحو يتأكد التطبيق المباشر للقواعد المادية بمعزل عن منهج التنازع، كونها قواعد وضعت أساسا لتخطي أزمة هذا المنهج الأخير ومن أجل تفادي الشكوك وعدم اليقين القانوني اللذين يحيطان به، فضلا عن نتائجه التي تجعل منه قاصرا عن مواجهة متطلبات التجارة الخارجية، بما يفيد بأن التطبيق المباشر للقواعد المادية يعد من أهم الأسباب التي أعطت هذا المنهج ذاتيه واستقلاله، وجعلت منه منهجا منافسا لمنهج التنازع فيؤدي من ثم إلى استبعاده[3].

إن هذه الخصوصيات تبرر استبعاد منهج التنازع، خاصة عند صعوبة تحديد القانون الواجب تطبيقه بسبب تركيز العلاقة مكانيا في أكثر من دولة نتيجة ارتباطها بها بروابط متساوية، أو بسبب عدم إمكانية ربط

[1]– خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص.212.

[2]– بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.229.

[3]– نفس المرجع، ص.231.

النزاع بقانون معين، أو بسبب خلو العقد من تحديد القانون الواجب التطبيق وتمسك كل طرف بتطبيق قانونه الوطني[1].

وإلى جانب ما سبق، تبرز علاقة التنافس تلك عند الوقوف على دور القضاء في إعمال قواعد كل من المنهجين، وفي هذا نجد أنه من المتعذر الإدراك أن منهج قاعدة التنازع هو منهج قضائي، لأن إعماله يقتضي رفع دعوى قضائية استنادا إلى الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، وذلك على عكس منهج القواعد المادية الذي لا ينحصر إعماله في حل المنازعات بين أطراف التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، بل يمكن الاستعانة به في المراحل الأولى لنشأة روابط تلك التجارة، كما هو الشأن بالنسبة للعقود النموذجية والشروط العامة، والعادات والأعراف المهنية التي تساعد جميعها في حسن إبرام الاتفاقيات الدولية.

وعليه يلاحظ أن تطبيق هذه القواعد يفترض معرفة القاضي بصفة مسبقة بمضمونها وأهدافها، وكذلك نتائج تطبيقها على النزاع المطروح عليه، وهي على هذا النحو تساعد على الحد من فرصة وقوع النزاع لأنه عن طريقها يمكن أن يعرف كل طرف مسبقا حقوقه والتزاماته[2].

إن كل ما سبق يؤكد وجود التنافر أو على الأقل التنافس بين كل من منهج قاعدة التنازع ومنهج القواعد المادية، فالمنهج الأخير يضيق الخناق على المنهج الأول، ويُظهر في نفس الوقت مثالبه وعدم ملائمته لحاجات العلاقات الخاصة الدولية ويضعه في أزمة لا يستطيع تجاوزها.

بهذه المعادلة لا يمكن للقاضي اللجوء إلى منهج قاعدة التنازع إلا في الحالة التي لا يجد فيها حلا للمسألة المطروحة من خلال القواعد المادية، ذلك أن هذه الأخيرة هي الأصل، بينما لا تلعب قواعد التنازع إلا دورا احتياطيا لا تبدو أهميته إلا عند عدم وجود قاعدة مباشرة ممكنة التطبيق، وهو ما يؤكد عليه جانب من الفقه حين يذكر: " أن قواعد التنازع هي الأداة الاستثنائية المتبعة لحل مشكلة التنازع في إطار الروابط الخاصة الدولية"[3].

بعد أن تم عرض حجج الاتجاه المؤكد لعلاقة التنافس بين منهج التنازع ومنهج القواعد المادية، سيتم تحديد الحجج التي ساقها أنصار التعايش بين المنهجين.

[1]- أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص. 58.

[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص. 696.

[3]- نفس المرجع، ص. 693.

الفرع الثاني: منهج القواعد المادية مكمل لمنهج قاعدة التنازع

إذا كان البعض من الفقه يرى أن العلاقة بين منهج القواعد المادية ومنهج قاعدة التنازع هي علاقة تنافس وتنافر، فإن البعض الآخر[1] يرى أنها علاقة تكامل تنافسية يتجاور ويتعايش فيها المنهجين لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية عامة، وعقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي خاصة، فإدخال القواعد الموضوعية في منافسة مع منهج قاعدة التنازع من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير عادلة بالنظر إلى انعدام التكافؤ بين المنهجين، خاصة وأن المنهج الأول غير كامل يعوزه الكثير من القواعد والأحكام، وهو في وضعه الراهن يعجز عن التصدي لتنظيم العقود الخاصة الدولية بمفرده.

إذ في إطار تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية نجد أن المحكم كما هو الشأن في عقود التجارة الدولية يعمل على تطبيق القواعد الموضوعية على مسألة معينة، في حين تظل باقي المسائل الأخرى من اختصاص القانون الوطني الذي يحدده منهج التنازع.

وهنا يبرز وجود توزيع ولو ضمني للاختصاص بين المنهجين، بحيث يظهر أن منهج القواعد الموضوعية له الأولوية في التطبيق على منهج التنازع، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على حتمية القواعد الموضوعية وملاءمتها لطبيعة المعاملات التجارية الدولية، سيما إذا كان النزاع معروضا على التحكيم، وفي هذا كشفت أحكام التحكيم عن قناعة المحكمين بتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية مباشرة على المنازعة، وقصرت الرجوع إلى قانون الإرادة على المسائل التي لم تتضمن أعراف التجارة الدولية في شأنها حلا للنزاع، وذلك بخلاف ما هو مقرر أمام القضاء الوطني بحيث لا يمكن للقاضي إعمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ولو تعلق الأمر باتفاقية دولية كاتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي للبضائع، واتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية، طالما أن دولته لم تصادق عليها، وعليه إعمال القاضي للقواعد المادية الموجودة بالاتفاقيتين السالفتي الذكر لا يتقرر إلا بإعمال المنهج التنازعي، وتطبق أحكامها باعتبارها جزء من القانون الداخلي للدولة التي أشارت قاعدة الاسناد إلى تطبيقها.

ولكن إذا كان القانون الدولي الخاص يشير إلى تزايد حالات تطبيق القواعد المادية، فالملاحظ أن منهج التنازع ما زال يمثل الأصل في التصدي للحلول المتطلبة في الحياة الخاصة الدولية بوجه عام، وفي علاقة التجارة

[1]- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.14؛ منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص.158.

الدولية بوجه خاص، وفي مجال عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي بوجه أخص، إذ لا يزال هذا المنهج محتفظا بمكانة مرموقة وهيمنة واسعة، حتى اتجه بعض الفقه إلى اعتبار القواعد المادية بمثابة استثناء من القاعدة العامة.

بهذا يتأكد أن تطوير أي علم في أي فرع من فروع القانون هو مسألة حتمية، يتمكن بمقتضاها هذا الأخير من مواكبة الحياة ومتطلباتها الآنية والوقتية، ولكن لا ينبغي أن يترتب على ذلك التطور ردم الماضي، إذ لا يمكن أن تبرز نظرية أو فكر قانوني جديد على حساب ما كان قبله فيعمل على إزالته، كما وينبغي التنويه إلى أن الوقوف على أي وسيلة فنية جديدة وفعالة يعد إثراءا وتوطيدا وتثبيتا لدعائم القانون الدولي الخاص، حتى وإن كانت مناهجه لم تكتمل بعد، أو ما تزال قاصرة أو غامضة بسبب عدم وجود معيار واضح لتحديدها. فالأكيد أن تكون هناك صيغة معينة من أجل تعايش وتعاون هذه المناهج وذلك لتقديم أفضل الحلول لجميع العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي.

والحقيقة أن احتفاظ منهج التنازع غير المباشر بمكانته هذه بوصفه الأصل في تنظيم الروابط العقدية الدولية، لا يعني دائما معاملة القواعد المادية بوصفها منهجا تابعا في هذا الخصوص، لأن سيادة منهج التنازع مرتبطة إلى حد ما بالندرة النسبية للفروض التي يضطر فيها القاضي إلى إتباع منهج القواعد المادية، أما في حالة إيجاده لتنظيم مباشر للحالة المطروحة عليه في قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، يتعين عليه حينئذ تغليب الحكم الذي تتضمنه القاعدة المباشرة استجابة للاعتبارات الدولية التي تقتضيها طبيعة العلاقات التعاقدية الدولية.

نتيجة لذلك يبدو أن منهج التنازع أصيل من حيث اتساع نطاق إعماله، واحتياطي من حيث كيفية إعماله، الأمر الذي يؤكد استقلاله عن منهج القواعد المادية فيقوم إلى جانبه ويتعايش معه.

وفي هذا يدعو الفقيه الفرنسي(Jean Michel Jacquet) إلى تبني ما أسماه بقواعد التنازع الموجهة(Règle de conflit orientée)القائمة في تركيبتها وبنائها على مزيج من قاعدة التنازع والقاعدة المادية، والتي تؤدي إلى نشوء قاعدة تنازع حديثة مرتدية ثوبا جديدا مكرسة التكامل بين المنهجين[1].

[1]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.245.

ولعل ما يعضد من ضرورة تواجد منهج التنازع إلى جانب منهج القواعد الموضوعية ما نصت عليه المادة 1/7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم الدولي والتي منحت للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يجب أن يطبقه المحكمون على موضوع النزاع، على أنه في حالة عدم إشارة الأطراف إلى ذلك، يخول لهم تطبيق القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد التي يقدرون ملاءمتها للنزاع مع مراعاتهم في الحالتين السابقتين لشروط وعادات التجارة، وهو ذات ما قررته المادة 2/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والتي تستلزم من الهيئة التحكيمية في حالة عدم تحديد الأطراف للقواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، تطبيق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي تقدر ملاءمتها.

كما أن المادة 2/7 من إتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع قررت وجوب الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق حسب قواعد تنازع القوانين في الحالة التي لا تتضمن فيها أحكام الاتفاقية حلا بخصوص مسألة معينة، وهو ذات ما قررته المادة 2/5 من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن إستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية.

بل إن من الأسباب المدعمة لهذا الطرح عدم إمكانية الوصول إلى عدالة موحدة في كافة المسائل ولو تعلق الأمر بموضوع واحد، وعليه سيبقى لقواعد التنازع مجالها في مواجهة القواعد المادية كمنهج لفض التنازع عموما، ولفض منازعات عقود التجارة الالكترونية، بل إن الاختلافات العميقة في بعض المجالات القانونية يجعل من قاعدة التنازع برغم الصعوبات التي تصاحب تطبيقهاتحتفظ بميزتي الحياد والتجريد، مما يجعلها أكثر الطرق قبولا لإقامة الانسجام والتواضع عن باقي مناهج فض التنازع الأخرى[1].

ولعل من بين الأسباب التي تؤدي إلى عدم إمكانية الإستغناء عن منهج التنازع إختلاف قوانين الدول فيما بينها، فمن دول تقرر الفائدة إلى دول تحضرها، ومن دول تستقي نظامها العام من الدين إلى دول تتبنى فكرة الدول المدنية، فعلى سبيل المثال، يعد تشغيل المواقع الإباحية من المجالات التي ينظمها القانون في بعض الدول كالولايات المتحدة، وهو مجال لا يمكن تصور توحيد الأحكام المتعلقة به على المستوى الدولي، ولو عرفته العديد من الدول على أنه إحدى صور التجارة الالكترونية[2].

[1]- محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الالكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، المرجع السابق، ص.509.

[2]- نفس المرجع، هامش ص.509.

بناء على ما تقدم، يتبين أن عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، بحاجة إلى تكافل المناهج القانونية التي تنير سبيلها عند توظيفها في العلاقات التعاقدية خصوصا أثناء مواجهة الأزمات، وهو الامر الذي يفرض على القائمين على هذه التجارة- بحسبان أنهم اللاعب الهام والمسيطر الدائم- مجهودا خاصا، ذلك أن فكرة التعايش والتعاون بين المنهجين تطرح التعاون الدولي كبديل يستهدف تحقيق الأمن القانوني والمصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة، بالشكل الذي يسمح بإحداث تحولات اقتصادية وقانونية تدفع بالعلاقات الدولية نحو التقدم والإزدهار[1].

بعد بيان القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية وفقا لمنهجي الاسناد والقواعد الموضوعية، وتحديد مجمل الصعوبات التي تعترض تطبيقه، وبعد تحديد الحلول التي أوردتها التشريعات لتجاوز ذلك، سواء عن طريق إيجاد تقنيات تخص الوسيلة المستخدمة والاعتراف من ثم بالمحررات الالكترونية وبالشروط الواردة بها، خاصة شرط الاختصاص التشريعي، أو من خلال الاعتراف للقواعد الموضوعية الالكترونية بصفة النظام القانوني، وبوجوب إعمالها مع تكملة النقص الوارد بها من خلال قواعد الاسناد تكريسا لفكرة التعايش بين المنهجين، سيتم التطرق بعد ذلك للجهات القضائية المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية، والآثار الناجمة عن الأحكام القضائية الصادرة في هذا المجال.

[1]- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.247.

الباب الثاني

الآليات القضائية المقررة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

يثير استخدام شبكات الاتصال الإلكتروني في إنجاز المعاملات التجارية عدة مسائل مرتبطة بالقضاء الذي يجري من خلاله تسوية المنازعات التي تثور بصددها، وفي هذا يلاحظ وجود عدة آليات يمكن للأطراف الاستعانة بها، بدءا بالهيئات القضائية وصولا للهيئات التحكيمية التي تعتبر أحد أهم الوسائل البديلة[1].

ولأن عقود التجارة الإلكترونية الدولية تتجاوز حدود الدولة الواحدة، وترتبط بأكثر من نظام قانوني واحد، فإنها تثير لا محالة ما يعرف بتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الذي من خلاله يتم رسم الحدود التي تباشر فيها الدولة سلطتها القضائية في مقابل الحدود التي تباشر فيها الدول الأخرى هذه السلطة[2]، وبموجب هذه القواعد يكون لكل دولة صلاحية تحديد اختصاص محاكمها، آخذة بعين الاعتبار ضرورات المحافظة على سيادة إقليمها، صيانة حقوق مواطنيها، وكفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عنها.

وهي تستند عند صياغتها لهذه القواعد على ضوابط إقليمية بحتة، قوامها مرتكزات جغرافية وجدت أصلا لحل منازعات العالم المادي دون العالم الإلكتروني الذي تنعدم فيه الحدود الجغرافية، وتزول فيه الفواصل المكانية التي تسعى ضوابط الاختصاص القضائي الدولي إلى احترامها لتحقيق الأهداف السالف ذكرها.

وبسبب التعقيدات التي يشهدها اللجوء إلى هذا النظام كأسلوب لتسوية المنازعات، أضحى أطراف عقود التجارة الإلكترونية يلجؤون إلى الوسائل البديلة، وبصفة خاصة منها التحكيم الذي كان وما يزال يمتاز بخصوصيات تجعله الآلية المثلى لفض المنازعات، وقد ظل هذا الأخير محتفظا بمكانته بسبب التطورات التي طرأت عليه نتيجة استعانة مراكز التحكيم بالوسائل الالكترونية خلال مجمل مراحل العملية التحكيمية.

ولما كانت الهيئات على اختلاف أنواعها تفصل في المنازعة المطروحة عليها بمقتضى حكم، فقد أثار هذا الأخير مشكلة تنفيذه سيما بعد أن أصبح إلكترونيا في المجال التحكيمي، على خلاف المجال القضائي الذي ما تزال الأحكام فيه محتفظة بطبيعتها الكلاسيكية لعدم توغل الوسيلة الإلكترونية إلى هذا المجال بذات الدرجة التي شهدها مجال التحكيم، ولنقص الوعي القانوني لدى المتقاضين بأهمية الوسيلة الإلكترونية في المجال القضائي، وتخوفهم من الاستعانة بها لجهلهم لتقنياتها، ولانعدام الإطارات القانونية والكوادر الفنية التي يمكن توظيفها لتسيير هذا النظام.

---

[1]- الوسائل البديلة لحل النزاعات، آليات تلجأ لها الأطراف عوضا عن اللجوء إلى القضاء العادي عند نشوء خلاف بينهم بغية التوصل لحل ذلك الخلاف، وهي تشمل إلى جانب التحكيم، كل من الوساطة، والتوفيق. يراجع في ذلك، عروي عبد الكريم، الطرق البديلة لحل النزاعات القضائية "الصلح والوساطة القضائية" طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 30-06-2012، ص.8.

[2]- سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، ط 2002، ص.250.

وعليه كيف تصدت التشريعات للمشاكل التي يطرحها الاختصاص القضائي الدولي لنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟ وما مدى كفاية الضوابط التقليدية المقررة لتسوية منازعات العقود التجارية الدولية للتطبيق على عقود التجارة الالكترونية؟ وهل اكتمل النظام القانوني للتحكيم الالكتروني بما يسمح باعتباره أفضل بديل للهيئات القضائية؟ وكيف يمكن تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الصادرة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟ وما مدى إمكانية تجاوز صعوبات تنفيذ الأحكام التحكيمية الإلكترونية في ظل عالم الشكليات المنتشر في مجال البيئة المادية؟

هذا ما سيتم التعرض له من خلال تحديد الجهات المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وذلك تحت عنوان منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم (**الفصل الأول**)، وكذا لتنفيذ الأحكام الفاصلة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول:عقود التجارة الإلكترونية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم

من المعلوم أن مطالبة الأشخاص بحقوقهم تتطلب لجوئهم إلى جهات مختصة بذلك، وتتراوح هذه الأخيرة بين قضاء عام تتحكم فيه الدولة، وقضاء خاص يكون للأشخاص اللجوء إليه تحت رقابة الدولة.

ولاعتبار أن العقود التجارية الإلكترونية تشكل مجالا خصبا للمنازعات، فقد عرفت مسألة الجهات المختصة بنظرها مشاكل متعددة وهو ما اقتضى الرجوع إلى القواعد التقليدية لحل منازعات عقود التجارة الدولية.

وهنا ينبغي الذكر أن غالبية الأنظمة القانونية تتطلب لعقد الاختصاص لمحاكمها بنظر منازعات العقود التجارية الدولية، وجود علاقة أو صلة تربط بينها وبين العقد المعروض على محاكمها[1]، كأن يكون أحد أطراف العقد مقيما على إقليم تلك الدولة، أو يحمل جنسيتها، أو أن يجري إبرام العقد أو تنفيذه على إقليمها، أو يمنح الاختصاص لمحاكمها بمقتضى اتفاق بين الأطراف[2].

ونظرا لتعقيدات اللجوء إلى الهيئات القضائية، سواء من حيث طول الإجراءات أو من حيث ارتفاع التكاليف على عاتق المتقاضين، اتجه البعض إلى البحث عن أسلوب جديد يتماشى وخصوصيات التجارة الدولية، فظهر التحكيم كأداة بديلة لتسوية ما يثور من منازعات، ونظرا لأن التحكيم هو الأسلوب المفضل في عقود التجارة الدولية، فقد عمدت الهيئات التحكيمية بعد ذيوع عقود التجارة الإلكترونية إلى تطويره قصد الحفاظ له على مكانته، فظهر بذلك ما يسمى بالتحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات الكترونيا.

بهذا يتبين أنه أضحى للمتقاضين في مجال عقود التجارة الإلكترونية اللجوء إلى أحد الأسلوبين للمطالبة بحقهم، فما هو الأسلوب الذي يحقق لأطراف المعاملة الالكترونية حماية أفضل؟

هذا ما سيتم بيانه بالتعرض إلى كل من القضاء كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلـكترونية (**المبحث الأول**)، ثم للتحكيم الإلكتروني كآلية لتسوية هذه المنازعات (**المبحث الثاني**).

---

[1]– صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص.21؛ لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 224؛ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص.710.
Laurence- Caroline Henry, op.cit., p.65.

[2]– أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية وآليات تسوية منازعاتها، العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية "أوراق ندوة عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها"، ط2، إعداد مجموعة خبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، مصر، 2008، ص.168.

المبحث الأول: القضاء كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

تثير خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية في مجال الاختصاص القضائي قضايا معقدة لاختلاف بيئة كل منهما، إذ بينما تقوم ضوابط الهيئات القضائية على البيئة المادية، تؤسس أحكام التجارة الالكترونية على البيئة الافتراضية.

بسبب هذه التركيبة الدقيقة في المعاني والمعطيات، وأمام التزام القاضي بالفصل في المنازعات المطروحة عليه،يبقى المنفذ الوحيد لدى بعض التشريعات وفي مقدمتها التشريع الجزائري الذي اهتدى بهدي المشرع الفرنسي- خاصة بعد أن أضحت الأقطاب المتخصصة التي أنيطت لها مهمة تسوية منازعات التجارة الدولية في الجزائر مجرد تشريع على بياض-[1]، إعمال الآراء الفقهية المطالبة بتمديد العمل بالقواعد الإجرائية الداخلية[2]، لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، في حين يتوجب على تشريعات الدول المنظمة لأحكام الاختصاص القضائي الدولي- شأن التشريع المصري-إعمال هذه الأحكام لتحديد اختصاص محاكمها من عدمه -طبعا - متى اتضح أن النزاع العقدي المعروض على القاضي دولي.

وعليه ما مدى كفاية ضوابط الاختصاص القضائي المقررة لتحديد اختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الدولية للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟.

هذا ما سيتم تحديده بالتعرض إلى فعالية ضوابط الإختصاص الشخصية والموضوعية لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية(**المطلب الأول**)، ثم التعرض إلى فعالية ضابط الخضوع الاختياري لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول:فعالية ضوابط الإختصاص الشخصية والموضوعية لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

تنقسم ضوابط الاختصاص التي يؤول بمقتضاها للمحاكم الوطنية صلاحية النظر في المنازعات التجارية العقدية المشملة على عنصر أجنبي إلى ضوابط شخصية وأخرى موضوعية،ونظرا لأن التشريعات نظمت هذه الضوابط لتُطبق في العالم المادي المحض، فإن ولوج المجال التجاري عالم التكنولوجيات والرقميات أوجد فضاء

[1]- تنص المادة 7/32ق.إ.م.إ.ج:" تختص الأقطاب المتخصصة المنعقدة في بعض المحاكم بالنظر دون سواها في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية...". للإشارة لم تنصب الأقطاب المتخصصة لحد الآن.

[2]-Cf.Jean Derruppe, Droit international privé, 7édition, Dalloz, 1984, p.111 ;Mohand Issad ,Droit international privé, T2 ,O.P.U, Alger, 1989,p.19 ;Laurence- Caroline Henry, op.cit., p.66.

جديدا يعتمد على الإبحار في عالم افتراضي غير مادي، قوامه المعلومات المشفرة في صيغة أرقام.فطرحت من ثم مشكلة قدرة هذه الضوابط على الإعمال في البيئة التجارية الافتراضية.

وعليه إلى أي مدى يمكن الاستناد إلى هذه الضوابط لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر منازعات العقود التجارية الإلكترونية ذات الطابع الدولي؟

هذا ما سيتم مناقشته بالتعرض إلى فعالية ضوابط الاختصاص الشخصية لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية (**الفرع الأول**)، ثم فعالية الضوابط الموضوعية لتحديد المحاكم المختصة بتسوية مثل هذه المنازعات (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: فعالية ضوابط الاختصاص الشخصية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

تختص المحاكم الوطنية بالنظر في النزاعات العقدية المعروضة عليها استنادا إلى ضوابط شخصية، وتشمل هذه الأخيرة كلا من ضابط الموطن وضابط الجنسية،ويعد ضابط الجنسية من الضوابط الشخصية البحتة، بخلاف ضابط الموطن الذي يعد ضابطا شخصيا ذا طابع مكاني، وذلك لاعتباره من عناصر الشخصية القانونية، ولارتباط صاحبه بمكان محدد[1].

ولاعتبار أن هذه الضوابط تخص النزاعات العقدية المبرمة بالوسائل التقليدية، فإن استخدام الوسائل الإلكترونية لإنجاز التعاقدات التجارية، وما تطرحه هذه الأخيرة من مشكلات ينبغي عرضها على القضاء المختص للنظر فيها، يطرح مشكلة مدى إمكانية إعمال ضوابط الاختصاص الشخصية لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

لأهمية هذه المسألة سيتم التطرق إلى موطن المدعى عليه كضابط لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية (**البند الأول**)، ثم للجنسية كضابط لتحديد اختصاص المحاكم بنظر هذه المنازعات (**البند الثاني**).

البند الأول: موطن المدعى عليه كضابط لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية

من المعلوم أن اختصاص المحاكم للنظر في المنازعات يرتكز على ضابط موطن المدعى عليه باعتباره ضابطا عاما يطبق في جميع القضايا[2]، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الضابط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

[1]– حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.43.

[2]– عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة،تقديم الأستاذ الدكتور القاضي غسان رباح، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014، ص.168؛ صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص.37 .

كـأساس لـعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، وفي ذلك نصت المادة 37 من هـذا القانون:"يـؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". وقد ساير القانون الجزائري في ذلك معظم التشريعات العربية[1]والتوجيهات الأوروبية[2].

والواقع أن المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري، وتبنته مختلف التشريعات المقارنة تعود جذوره التاريخية للعهد اللاتيني طبقا للقاعدة المشهورة (Actor Sequitur forum rei)[3]، وهو يهدف على المستوى الداخلي إلى ضمان المبادئ الأولية المكرسة دوليا، التي مفادها أن الأصل في الإنسان براءة الذمة، وأنّ من يدعي حقا في مواجهة آخر أن يسعى إلى موطنه[4]،تجسيدا للمبدأ المعروف "الدين مطلوب وليس محمول"، كما يؤسس هذا المعيار على مبدأ سيادة الدولة على إقليمها والذي يقتضي أن تكون لمحاكمها الولاية القضائية على الأشخاص الموجودين في إقليمها بغض النظر عن جنسيتهم[5].

من هذا المنطلق، يكون من شأن القاعدة الماثلة دفع الضرر عن المدعى عليه حتى لا يجذبه المدعي إلى محكمته على النحو الذي يلحق به ضررا جسيما دون مقتضى، وعليه يتعين على كل من يدعي حقا قبل آخر أن يلجأ إليه ويطالبه به أمام المحكمة التي يتواجد بها موطنه[6].

وإذا كانت هذه الاعتبارات تمثل الأساس الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص الإقليمي على المستوى الداخلي، فلا شك أنها تصلح من باب أولى لتبرير اختصاص محكمة موطن المدعى عليه على المستوى الدولي، بل

---

[1]– من التشريعات التي نصت صراحة على إعتماد ضابط موطن المدعى عليه المادة 29 قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، المادة 12من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، المادة 1/3 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي، المادة 20 من القانون رقم 11 لسنة 1992 المتعلق بالإجراءات المدنية الإماراتي، الفصل الثالث من قانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية. يراجع في ذلك، شبورونورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين– دراسة مقارنة–، المرجع السابق، هامش ص.148؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.48.

[2]–Art4AL1 du reglement (ue) n°1215/2012 du parlement europeen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétencejudiciaire، la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commercial (refonte) , J.O.U.E., 2012.disposeque: « Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. »

[3] –Expression latine qui signifie littéralement « celui qui plaide une affaire suit le for du défendeur »

بمعنى رافع الدعوى يتبع موطن المدعى عليه. يراجع: فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، د.ب.ن، 2009، ص. 123.

[4]– جمال محمود الكردي، المرجع السابق، 2005، ص.58؛ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الإجراءات الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة– الجزائر، 2009، ص.88؛ هشام علي صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق،، ص.98.

[5]– حسين الهداوي، المرجع السابق، ص. 239.

[6]– هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص. 58.

إن هناك اعتبار أقوى يؤكد ضرورة المبدأ السابق في المجال الدولي بصفة خاصة، وهو مبدأ القوة والفعالية، فمحكمة موطن المدعى عليه هي الأقدر على إلزامه بالحكم الصادر ضده لما لها من سلطة فعلية عليه[1]،باعتباره متواجد في دائرة سلطاتها ويملك أموالا فيها يمكن التنفيذ عليها[2].

وعليه يثبت الاختصاص للمحاكم الجزائرية بنظر النزاع إذا كان للمدعى عليه موطن في الجزائر، على أن تحديد فكرة الموطن يتم أساسا وفقا لتصور القانون الجزائري، لأن الأمر يتعلق بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الجزائرية[3].

ولكن لما كانت الاعتبارات السابقة تطرح على المستويين الداخلي والدولي بالنسبة للقضايا العادية، بما فيها منازعات الالتزامات التعاقدية التي تثور في العالم المادي، فإن الأمر يقتضي –وبعد انتشار الوسائل الإلكترونية– تحديد إمكانية إعمالها في الوسط الإلكتروني خصوصا في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

هذه العقود التي انتشرت وعرفت رواجا كبيرا في الآونة الأخيرة، رغم الصعوبات التي تثيرها، وعليه هل يمكن الاستناد لضابط موطن المدعى عليه لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟

إن الإجابة على ذلك تقتضي التطرق إلى تحديد المقصود بالموطن(**أولا**)، ثم لفعالية ضابط موطن المدعى عليه لتحديد اختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية(**ثانيا**).

أولا: تحديد المقصود بالموطن

لتحديد المقصود بالموطن لا بد من الرجوع لنص المادة 36 من القانون المدني الجزائري – المعدل والمتمم– التي تقضي بـ: " موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن".

من هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري، تبنى معيارا مزدوجا لتحديد الموطن، وأسسه على التصور الواقعي شأنه شأن التشريعات الحديثة[4]، وعليه يتحدد الموطن وفقا للمادة 36 من القانون المدني على أساس "محل

---

[1]– محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص. 622؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996، ص. 435؛ موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط1، المركز الثقافي العربي، 1994، ص.320.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة القانون، الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص. 1048؛ صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص.38.

[3]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، تنازع الاختصاص القضائي – الجنسية، ط4،دار هومه، الجزائر، 2006، ص.12؛ هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص. 51.

[4]– فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص.38.

"محل وجود السكن الرئيسي"، وإن تعذر تطبيق ذلك المعيار لعدم وجود سكن يطبق المعيار الثاني وهو "مكان الإقامة العادي"[1].

وإن كان نص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يؤكد أن المشرع الجزائري لم يتبن محل الإقامة كضابط ينعقد بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في النزاعات بصفة عامة، وفي نزاعات الدعاوى التعاقدية بصفة خاصة، إلا أن القراءة الواعية والتكاملية لنصي المادتين 36 من القانون المدني و37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تؤكد أن للمحاكم الجزائرية صلاحية النظر في النزاع إذا كان للمدعى عليه محل إقامة بالجزائر.

من هذا المنطلق تتضح الاختلافات ما بين ضابط الموطن، وضابط محل الإقامة، فالموطن هو المكان الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص[2]، أي المقر القانوني الذي يُعتد به لمخاطبته في شأن علاقاته القانونية.وعليه الموطن رابطة واقعية تربط الشخص بإقليم الدولة، ويشترط فيه عنصران: أحدهما مادي ويتمثل في الإقامة بالجزائر على وجه مستمر، والآخر معنوي، قوامه اتجاه نية الشخص إلى البقاء في الجزائر، أي نيته في أن يتخذ من الإقليم الجزائري مستقرا وسكنا له على وجه الديمومة[3]، إلا أنه لا يقصد بالاستقرار، إستمرار الإقامة دون انقطاع، وإنما يقصد به استمرارها بما يتحقق معه شرط الاعتياد، ولو تخللتها فترات غيبة بين فينة وأخرى[4].

إذا كان هذا هو المقصود بالموطن، فإن محل الإقامة يقصد به المكان الذي يقيم فيه الشخص إقامة مادية، دون أن تتوفر لديه نية الاستقرار[5]، وتبني المشرع لضابط محل الإقامة لعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية للنظر في النزاع له ما يبرره لا سيما بعد فتح الحدود، واستقطاب اليد العاملة الأجنبية، حيث ارتفع عدد الجالية الأجنبية في الجزائر، وإن كان أغلبهم يهدف إلى العمل بصفة مؤقتة، ودون نية الاستقرار[6].

---

[1]– عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومه، الجزائر، 2010، ص. 108.

[2]– إن موطن الشخص لا يتأثر بتنقلاته التي تتدرج في إطار ممارسة حرية التنقل المقررة في المادة 55/1،2منقانون16-01المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع. 14، س.2016 التي تنص: " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن ينتقل عبر التراب الوطني،

حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له".

[3]– محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون. نظرية الحق، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006، ص. 14؛ صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص، ص.41-43.

[4]– هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.52.

[5]– أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة ، 2006، ص. 260.

[6]– هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص. 209.

وعليه يبدو أن معيار محل الإقامة، وإن لم يجد له مجالا واسعاً باعتباره بديلا للمعيار الأساسي، وهو معيار السكن الرئيسي، إلا أن الاعتبارات السابقة سمحت بتطبيقه بشكل واسع، إذ هناك الكثير من الأشخاص الذين لا يتوافر لهم مكان رئيسي، كما لا يتوافر لهم أي سكن بمفهوم القانون الجزائري[1].

وإذا كانت الإقامة على هذا النحو، تبرر اختصاص المحاكم الجزائرية للنظر في دعاوى الالتزامات التعاقدية، إلا أن المشرع لم يمنح الاختصاص للمحاكم بناء على مجرد الوجود العارض أو المرور العابر للمدعى عليه بإقليم الدولة، ذلك أن هذه المسألة لا تكفي لربط النزاع بالإقليم، كما أن الأخذ به يؤدي إلى التعارض مع مبدأ قوة النفاذ الذي يعد الأساس الجوهري لقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه في المجال الدولي[2].

وذلك خلافا لبعض التشريعات، كالقانون الانجليزي الذي يعقد الاختصاص اكتفاء بالإقامة العارضة للمدعى عليه، فتواجد المدعى عليه في إقليم الدولة لغرض السياحة، أو الزيارة، أو المهمة المؤقتة يعد كافيا لعقد الاختصاص للقضاء الانجليزي، طالما أن الإعلان بالدعوى تم أثناء تواجده بإقليمها[3].

وينبغي الذكر أن الموطن في القانون الجزائري يتخذ صورا متعددة، فإلى جانب الموطن العام والذي هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة معتادة مع وجود نية الاستقرار كما سبق الذكر، فإن هناك الموطن الخاص، والذي هو المكان الذي يباشر فيه التاجر تجارته أو عمله، فيكون موطنا لما ينشأ عن هذه التجارة من منازعات[4]، وهناك أيضا الموطن المختار الذي هو المقر الذي يختاره أحد الأطراف بخصوص علاقة معينة[5]، وهناك أخيرا الموطن الموطن الحكمي أو القانوني[6]، وهو موطن من ينوب قانونا عن ناقصي الأهلية، أو عن شخص لا يستطيع مباشرة أعماله القانونية لوجود عارض يحول دون ذلك (المحجور عليه، المفقود، الغائب)[7].

ولما كانت هذه المسائل تخص تصور فكرة الموطن في العلاقات الداخلية، فإنه ينبغي الذكر أن هذا التصور يختلف في مجال العلاقات الخاصة الدولية، ذلك أن فكرة الموطن في هذا النوع من العلاقات تعبر عن ارتباط الشخص بإقليم دولة معينة، أما فكرة الموطن في العلاقات الداخلية، فهي تعبر عن ارتباطه بمكان معين داخل هذه

---

[1]- عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص. 114.

[2]- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص. 102.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 1049.

[4]- تنص المادة 37ق.م.ج المعدل والمتمم: " يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنة."

[5]- تنص المادة 39ق.م.ج المعدل والمتمم:" يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين.

يجب إثبات إختيار الموطن كتابة.

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

[6]- تنص المادة 1/38ق.م.ج المعدل والمتمم: " موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا".

[7]- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.62؛ صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص.43.

الدولة، ولذلك يكفي لبيان موطن الشخص في العلاقات الخاصة الدولية تعيين إقليم الدولة التي يعتبر الشخص متوطنا فيها، ولا يهم بعد ذلك تعيين مكان ضمن هذا الإقليم ليكون المكان الذي يتوطن به الشخص[1].

وللإشارة، فإنه ينبغي الذكر أنه يستوي في موطن المدعى عليه الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الوطنية للنظر في النزاع، أن يكون موطنا للشخص الطبيعي، أو الشخص الاعتباري[2] وفي هذا اعتبر المشرع الجزائري في المادة 50من القانون المدني[3] والمادة 547 من القانون التجاري[4] أن الشخص المعنوي يعتبر متوطنا في الجزائر، إذا كان مركز إدارته الرئيسي فيها، ويعتبر كذلك ولو لم يكن مركز إدارته الرئيسي في الجزائر، طالما باشر نشاطه فيها[5]، غير أنه في هذه الحالة يكون الاختصاص للمحاكم الجزائرية قاصرا على المنازعات المتعلقة بنشاط الفرع الموجود في الجزائر[6].

بعد أن تم تحديد المقصود بالموطن عموما، وجب الرجوع إلى إمكانية إعماله في مجال عقود التجارة الالكترونية.

ثانيا– فعالية ضابط موطن المدعى عليه لتحديد إختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية

يرى جانب من الفقه[7] أن ممارسة التجارة عبر الإنترنت أصبحت تقلل من فرص إعمال جميع قواعد الاختصاص ذات الطابع الإقليمي، ولعل أبرزها قاعدة موطن المدعى عليه – سيما إذا تعلق الأمر بإبرام الصفقة عن طريق جهاز (Lap top)[8]–ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد موطن الأطراف بوضوح.

---

[1]– صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الالكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة المنصورة، 2010، ص.86.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص.49.

[3]– تنص المادة 50ق.م.ج المعدل والمتمم: " يتمتع الشخص الإعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان، وذلك في الحدود التي يقررها القانون.

– يكون لها خصوصا:

– ذمة مالية،

– أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقررها القانون،

– موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها،

– الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في الجزائر يعتبر مركزها، في نظر القانون الداخلي في الجزائر...."

[4]– تنص المادة 547 ق.ت.ج المعدل والمتمم:" يكون موطن الشركة في مركز الشركة.

تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري."

[5]– تنص المادة 4/10 ق.م.ج المعدل والمتمم: " غير أنه، إذا مارست الأشخاص الإعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري."

[6]– سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 261؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج1، تنازع القوانين– الاختصاص القضائي الدولي– تنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998، ص.252.

[7]-Cf. Patrick Thieffry, op.cit., p.649.

[8]– (Lap top) هو جهاز كمبيوتر محمول يستطيع من خلاله أي شخص الانتقال به في أي مكان، وبواسطته قد يقوم أحد رجال الأعمال بشراء مجموعة من البرامج عبر الإنترنت، وهو على متن الطائرة، كأن يبرم العقد مثلا في مطار اليابان، ويتسلم البرنامج أثناء عبوره ببلجيكا، ويدفع ثمن الصفقة من خلال(Credit Card) في لحظة هبوطه في مطار أمريكا. يراجع، صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 89.

إذ يصعب تحديد موطن البائع لعدم كتابته بوضوح على صفحات الموقع، كما ويصعب تحديد موطن المشتري في عقود التجارة الإلكترونية الكلية التي لا يذكر فيها موطنه على خلاف عقود التجارة الإلكترونية الجزئية التي تبرم على الخط وتنفذ خارجه، ذلك أن هذه الأخيرة يكون المشتري فيها ملزما بتحديد عنوانه الجغرافي الذي سَتُسَلَمُ له البضاعة المطلوبة فيه[1].

إزاء هذه الصعوبات يقرر الفقه عدم إمكانية تطبيق المفاهيم الواردة في العالم الحقيقي على العالم الإلكتروني لأنها مفاهيم مادية ملموسة لا تتماشى والعالم الإلكتروني الذي لا يتسم بهذه الخاصية، ولا يعتمد على أدنى مرتكزات جغرافية، ففكرة الموطن في العالم المادي تشير إلى مكان ثابت ودائم، وهو ما لا يتحقق في العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية[2].

وفي سبيل تجاوز ذلك اقترح جانب من الفقه تبني فكرة الموطن الافتراضي، الذي يقوم على منح الاختصاص للمحاكم التي يوجد بها مركز أعمال المورد، غير أن هذه الفكرة انتقدت للمشاكل التي تثيرها في الواقع العملي، إذ قد يختلق المورد موطنا مصطنعا له، كما أنه قد يضع العديد من العراقيل أمام وصول المدعي إليه، كأن يقوم بإخفاء موقعه عنه أو يفاجئه بضرورة رفع دعواه في دولة بعيدة بلغة غير مفهومة بالنسبة إليه، وطبقا لقانون لا يعرفه[3].

أمام الصعوبات التي يثيرها الموطن في عقود التجارة الإلكترونية، وضعت اتفاقية الخطابات الإلكترونية في البيوع الدولية بعض القواعد، وكانت من بين التوصيات التي انتهت إليها "إلزام المواقع الإلكترونية بذكر موقعها الجغرافي الحقيقي عند طرح عروضها عبر شبكة الإنترنت "[4].

لكن مع وجود فرضية عدم احترام المواقع الإلكترونية للالتزام الملقى على عاتقها، والمتمثل في تحديد موقعها الجغرافي بوضوح، اتجهت اتفاقية الخطابات الإلكترونية في البيوع الدولية إلى تبني حل بديل يُلجأ إليه في حال تحقق الفرض السابق.

غير أنه وقبل تحديد الحل الذي اعتمدته الاتفاقية، ينبغي الإشارة إلى الآراء الفقهية التي طُرحت آنذاك بهذا الصدد، إذ اتجه جانب من الفقه[5] في سبيل تحديد موطن المدعى عليه إلى الاستناد لاسم الحقل الذي يحمله الموقع الإلكتروني عنوانا له لدلالته على دولة معينة بما قد يفيد تواجد مقر عمل الموقع بهذه الدولة.

---

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 59.

[2]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 88.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 263؛ جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.122.

[4]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 66.

[5]- أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، بدون ناشر، 2003، ص. 13 . مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 61.

غير أن هذا الرأي انتقد لاختلاف سياسة منح العناوين الإلكترونية من مكان لآخر، ولعدم تعبيرها عن تطابق توطيني حقيقي للأطراف، إذ أن هناك العديد من المواقع الإلكترونية ذات نطاق عالمي ولا ترتبط أسماء حقولها بدول معينة، كما أن هناك العديد من العناوين الإلكترونية التي لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الموطن، فقد يقوم التاجر بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين دون أن يكون هناك تطابق بين محل الإقامة والمؤشر الوطني الذي تم تسجيل العنوان الإلكتروني فيه[1]، وفي هذا يمكن الإشارة إلى التقارب الموجود بين تسجيل العناوين الإلكترونية وأعلام المجاملة المقررة في القانون البحري.

إن هذه المعطيات دفعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الانحياز لهذا الرأي، والإقرار بضعف قيمة التوطين في العناوين الإلكترونية، وفي هذا أشارت المادة السادسة(6)من اتفاقية الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية إلى أن مجرد استخدام شخص اسم حقل أو عنوان بريدي إلكتروني يرتبط ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد[2].

نتيجة لهذا كله، تبنت الاتفاقية معيارا واسعا للكشف عن موطن أو مقر عمل الأطراف في هذا النوع من العقود، – وهي في ذلك تبنت الرأي الذي اعتمده مسبقا القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية–[3] وهو معيار المقر الأوثق صلة بالعقد، إذ من خلال هذا المعيار يمكن للقاضي استنباط مقر عمل المعني في حالة عدم تحديده لمقر عمله، أو في حالة إدراجه أكثر من مقر عمل واحد ضمن موقعه الإلكتروني[4]، ولعل من بين القرائن التي يستدل بها القاضي لتحديد مقر عمل المعنى المراسلات العادية التي تمت بين الأطراف لتحديد مقر عمل مادي خارج الوسط الإلكتروني، وكذا أرقام الهواتف التي تم الاتصال بها أكثر من مرة أثناء مرحلة المفاوضات، ذلك أن هذه الأرقام تحمل مفاتيح دول محددة وتدل بذلك على مقر وجود المعني بالأمر، وهذا ما استدل عليه القضاء الأمريكي في مجمل القضايا المطروحة عليه[5].

[1]– صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 88.

[2]– تراجع المادة 5/6 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2005.

[3]– تنص المادة4/15/أ من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996: " إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق صلة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة".

[4]– تنص المادة 2/6 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2005: " إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه".

[5]– سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 264.

غير أنه لا يجوز للقاضي الأخذ بالظروف التي لم يكن يعلمها الأطراف أو يتوقعها عند أو قبل التعاقد احتراما منه لفكرة اليقين القانوني،بل ينبغي عليه الاعتداد بالتوقعات المشروعة للأطراف بوصفها من الأهداف الرئيسية للقانون الدولي الخاص المعاصر[1].

وإذا كانت اتفاقية الخطابات الإلكترونية تبنت معيار المقر الأوثق صلة بالعقد لتحديد موطن الشخص الاعتباري عند عدم تحديده لموقعه الجغرافي الحقيقي، فإنها اعتمدت على ضابط محل الإقامة المعتادة للشخص الطبيعي لبيان الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاع عند عدم تحديده لمقر عمله، وهو ما يستدل من نص المادة 3/6 منها[2].

وهي في ذلك تكون قد تبنت الطريق الأكثر واقعية، خاصة وأن الشخص الطبيعي غالبا ما يقتصر عند تعاقده عبر الإنترنت على ذكر محل إقامته المعتاد باعتباره المكان الذي ستُسَلَمُ له البضائع فيه[3].

وعليه إذا كان في الإمكان تجاوز صعوبات الموطن على النحو السالف ذكره، إلا أن هناك صعوبة تتعلق بمدى إمكانية اعتبار الموقع الالكتروني فرعا للشركة التي يمثلها[4]، وفي هذا اختلف الفقه، إذ يرفض الاتجاه الأول[5] اعتبار الموقع الالكتروني للشركة التجارية فرعا لها، ذلك أن الموقع الالكتروني موصول بشبكة الانترنت التي تتواجد في كل دولة في العالم، والقول بأن الموقع فرع للشركة يعني إمكانية رفع الدعوى عليها أمام محاكم أية دولة موصولة بشبكة الانترنت.

وعلى الخلاف من ذلك يناقض الرأي الثاني[6] الاتجاه الأول فيعتبر أن وصول الموقع الالكتروني إلى كل دول العالم يجعل منه فرعا للشركة التجارية التي يمثلها، ويترتب على ذلك إمكانية رفع الدعوى ضد الشركة التي يمثلها الفرع أمام محاكم جميع دول العالم.

للتناقض البارز بين الرأيين السابقين، اتجه أنصار الرأي الثالث[7] إلى ضرورة التمييز بين حالتين: حالة الدول التي يصل إليها الموقع الإلكتروني، بحكم طبيعة شبكة الانترنت، ودون أن تقصد الشركة التي يمثلها الموقع

---

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 65؛ عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.174.

[2]- تنص المادة 3/6 من اتفاقية الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية: " إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد".

[3]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 65.

[4]- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.713.

[5]- وهو موقف (Gerbeaux (T) internet et le contentieux international)

مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.69.

[6]- وهو موقف

(Kessedjian Catherine, commerce électronique et compétence juridictionnel ;Rosner Norel, jurisdictional Issues in International E-commerce contracts).

مشار إليه من طرف، عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق ، ص.178.

[7]- وهو موقف

(Gillies (L), Review of the new juridiction rules for electronic consumer contracts within the European union) .

مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 69.

توجيه نشاطه لها، وحالة الدول التي يصل إليها الموقع الإلكتروني بقصد التعامل معها وتوجيه النشاط إليها، إذ بينما لا يمكن في الحالة الأولى منح المواقع الموجودة في تلك الدول وصف الفرع، فإنه يمكن منح هذا الوصف في الحالة الثانية، ويعد هذا الرأي الأجدر بالتأييد فقها، مقارنة بمعيار قوة النفاذ الذي طرحه الأستاذ "حسام أسامة محمد"[1]، الذي على أساسه يتم اعتبار الموقع الالكتروني فرعا للشركة التجارية التي يمثلها، إذا كان بالإمكان تنفيذ الحكم الصادر ضدها، ولعل سبب اعتماد النشاط الموجه الوضوح الذي يحيط به، وقدرة القاضي على التحقق منه بالرجوع إلى حجم النشاط بين الشركة التي يمثلها الموقع الالكتروني وبين المقيمين على إقليم تلك الدولة، حيث تكون العلاقة طردية بين حجم الزائرين للموقع وحجم التعامل الفعلي معه، فكلما ازداد حجم التعامل مع الموقع أمكن الجزم بأن الشركة قصدت توجيه نشاطها وتعاملها مع المقيمين في هذه الدولة.

بناء على ما تقدم ينبغي الإشارة إلى ضرورة الاعتداد بضابط موطن المدعى عليه، وضابط محل الإقامة الواردين في كل من القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية، لتحديد اختصاص المحاكم الجزائرية لنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بحيث ينعقد الاختصاص لهذه الأخيرة إذا كان التاجر المدعى عليه يباشر نشاطه في الجزائر وسواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، كما وينعقد الاختصاص لها إذا كان مركز إدارة الشخص المعنوي المدعى عليه موجودا بالجزائر، ويتم تحديد الموطن على النحو السالف ذكره في مجال معاملات التجارة الالكترونية من خلال اعتماد ما تبنته إتفاقية إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، بإلزام الأطراف بتعيين مكان معين على أنه موطنا لها، وفي حال سكوتهمو عدم إيرادهم لمكان تواجدهم في شهادة التصديق الالكترونية الخاصة بهم، يتم استخلاص مكان تواجدهم بمجموعة من القرائن أهمها أرقام هواتف الدول التي تم الاتصال منها، إذ غالبا ما يرغب التاجر في التحقق من البيانات التي قدمها له المتعامل معه، فيرسل له بعد ملئه تلك البيانات رسالة عبر هاتفه الجوال، وبموجب رقم الهاتف الصادرة عنه الرسالة يتم التحقق من موطن المدعى عليه.

وقد تبنى التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية في المادة الخامسة (5) منه الحل السابق[2]، حين أوصى الدول الأعضاء بأن تجعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقي الخدمة والهيئات المتخصصة بشكل دائم ومباشر المعلومات الآتية: 1- إسم مؤدي الخدمة.

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.69.

[2]- Art 5Al1 du directive 2000/31 (directive sur le commerce électronique) dispose que: « Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les états membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent , pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux infirmations suivant:

a) le nom du prestataire de services ;

b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi ;

c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui

2- العنوان الجغرافي الذي يقيم فيه.

3- المعلومات الخاصة بمؤدي الخدمة بما فيها عنوانه بالبريد الالكتروني الدائم الذي يساعد على الاتصال به بشكل سريع ومباشر.

4- إذا كان مقيدا في السجل التجاري أو سجل مماثل، فإن اسم السجل التجاري المقيد به ورقمه وأية وسيلة أخرى تساعد على تحديد هوية هذا السجل يجب الادلاء بها[1].

بعد أن تم تحديد المقصود بموطن المدعى عليه كضابط ينعقد بمقتضاه الاختصاص لجهة قضائية محددة للنظر في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، والسبل المعوّل عليها لتجاوز صعوبات إعماله في العالم الإلكتروني، وجب التطرق لضابط الجنسية باعتباره ضابطا شخصيا يعول عليه لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات الإلتزامات التعاقدية.

البند الثاني: الجنسية كضابط لتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية

إلى جانب ضابط موطن المدعى عليه، هناك ضابط آخر ينعقد بمقتضاه الاختصاص للمحاكم الوطنية لنظر النزاعات الناشئة عن الالتزامات التعاقدية، ولا يخرج هذا الضابط عن كونه ضابطا شخصيا، جوازيا، يكون بمقتضاه للأطراف الحق في اللجوء إلى المحاكم التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ما لم يتنازلوا عن ذلك الامتياز بصفة صريحة أو ضمنية.

لأهمية هذا الضابط سعت التشريعات الوطنية إلى تنظيمه بنصوص قانونية، غير أن ذلك التنظيم كان مقتصرا على المنازعات التي تنشأ في العالم المادي دون العالم الإلكتروني، الذي أضحى بعد ظهور مشاكل العقود التجارية الإلكترونية يُعول على النصوص الكلاسيكية.

فما مدى إمكانية الاعتماد على ضابط الجنسية لمنح المحاكم الوطنية صلاحية النظر في منازعات عقود التجارة الإلكترونية؟

هذا ما سيتم التعرض له، من خلال تحديد المقصود بضابط الجنسية وفقا للأحكام العامة (**أولا**)، ثم لتقييم ضابط الجنسية لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية (**ثانيا**).

=d) dans le cas oùle prestataire est inscrit dans un registre de commerce public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre… »

[1] - هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.97.

أولا: المقصود بضابط الجنسية وفقا للأحكام العامة

يعد ضابط الجنسية من الضوابط الشخصية التي تعتمد على المركز القانوني للشخص، وهو من أقدم الضوابط التي يبنى عليها الاختصاص القضائي في أغلب التشريعات لما له من أهمية سياسية، عملية وقانونية[1].

ولذات الأهمية، تبنى المشرع الجزائري كغيره من التشريعات هذا الضابط كاستثناء عن الأصل العام، وخول للمحاكم الجزائرية صلاحية النظر في النزاع إذا كان المدعي، أو المدعى عليه جزائريا حسب المادتين 41[2] و42[3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من خلال هاتين المادتين، يلاحظ أن المشرع الجزائري منح للمتقاضي سواء كان مدعي أو مدعى عليه امتياز رفع قضيته أمام المحاكم الجزائرية، ويستوي في ذلك أن يكون المتقاضي شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وحيد الجنسية أو متعددها،[4] طالما كان متمتعا بالجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى[5]، ذلك أن التغيير الطارئ للجنسية بصورة لاحقة لا يؤثر على اختصاص النظام القضائي الجزائري[6]، كما ويتضح أن إعمال هذا الضابط لا يشترط أي شرط أو قيد آخر إلى جانب الجنسية الجزائرية، كأن يكون للمعني بالأمر أو لخصمه موطن بالجزائر مثلا، أو أن يكون موضوع النزاع مرتبط بالإقليم الجزائري[7].

وهو ذات ما قرره الفقه الفرنسي بخصوص المادتين 14[8] و15[9] من القانون المدني الفرنسي، واللتان قررتا منح الاختصاص للمحاكم الوطنية متى كان أحد الخصوم فرنسيا[10]، وبغض النظر عن موطن الفرنسي أو محل

---

[1]- صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص. 53.

[2]- تنص المادة 41 من ق.إ.م.إ: " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

[3]- تنص المادة 42 من ق.إ.ج.م.إ.: " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

[4]- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 85.

[5]- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2010، ص. 325؛

Henri Batiffol, Paul Lagarde, traité de droit international privé, T1, 8e éd, L.G.D.J .Paris,1999*, p.480.*

[6] -Cf .MohandIssad,T2, op.cit., p.33.

[7]- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص. 85.

[8] -Art. 14 du C. CIV. Fr. dispose que :"L'étranger, même non résident en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des français".

[9] -Art. 15 du C. CIV. Fr. dispose que: " Un français pourra être traduit devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger".

[10]-Cf. Jean Derrupe,op.cit., p.112.

إقامته، سواء كان داخل الإقليم الفرنسي أو خارجه، إذ ينعقد الاختصاص للقاضي الفرنسي ولو كانت جنسية المدعي أو المدعى عليه الصلة الوحيدة التي تربطه بالإقليم الفرنسي[1] .

انطلاقا مما سبق، فإنه يجوز للجزائري ولو لم يكن له محل إقامة في الجزائر أن يرفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية لمطالبة الأجنبي بتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها معه في الجزائر، أو بشأن الالتزامات التي تعاقد معه عليها في بلد أجنبي، كما ويجوز حسب نص المادة 42 اختصام الجزائري أمام المحاكم الجزائرية بخصوص الالتزامات التي تولدت عن عقود قام بإبرامها خارج الإقليم الجزائري، ولو مع أجنبي[2].

وعليه يتضح أن هاتين المادتين تقرران امتيازا لصالح الجزائريين[3]، لكن يشترط لإعمالهما ألا يكون صاحب صاحب الامتياز قد تنازل عن الامتياز المقرر لصالحه صراحة، بإدراج شرط اتفاقي في العقد يتضمن استبعاد تطبيقه، أو ضمنا بعدم إثارة صاحب المصلحة الامتياز المقرر لصالحه، رغم استدعاءه أمام محكمة أجنبية، وهو ما أخذ به أيضا القانون المدني الفرنسي وأكده القضاء[4].

وإذا كان المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي قد ربط نطاق تطبيق المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالالتزامات التعاقدية، إلا أن الفقه يستثني من ذلك الدعاوى العينية العقارية[5]، والدعاوى المتعلقة بالتنفيذ الجبري[6]، وذلك احتراما لسيادة الدولة الأجنبية التي يعترف لها بالاختصاص المانع في مثل هذه القضايا، وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1970/05/27 أن: " للمادة 14من القانون المدني مجال عام يشمل كل المسائل، باستثناء الدعاوى العينية العقارية، وطلبات القسمة بخصوص عقارات متواجدة بالخارج، وكذا الطلبات الخاصة بطرق التنفيذ الممارسة خارج فرنسا"[7].

---

[1]- Cf. Patrick Courbe, Droit International Privé, rec d 1er juillet 2010,n°25 , P.1591.

[2]- هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2002، ص. 117. هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 71.

[3]- محمد سعادي، المرجع السابق، ص.182.

[4] - Pour l'art. 14, V.CIV. 21 mai 1963 ; cie marocaine de boissons, RC63, 34on. Loussouorn, JDI64, 113obs, Sialchi ; pour l'article 15, CIV, com 9 oct. 1967. JDI68.918, Berdin. Cf. Bernard Audit, Droit international privé , 3eme éd , coll.Droit civil, paris 2000, p. 322 ; Daniel Gutmann, Droit international privé , 6éme éd.D,Paris,2009, p .234.

[5]- بيار مايير، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص،ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، س2008، ص.273.

Audit Bernard, Louis D'avout, op.cit.,p. 378 ; François Mélin, Droit International Privé,5éme Ed,Gualino, Lextenso édition,Paris ,2012,p.42.

[6]- هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص. 31.

Pierre Mayer, Vincent Heuze, Droit International Privé, 8e éd, Montchrestien, Delta, 2005,p.208; Jean Derrupe, op.cit., p.112.

[7]- "L'article 14 du code civil a une portée générale s'étendant à toute matière à l'exclusion des actions réelles immobilières et des demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger ainsi que

وعلى الرغم من أهمية ضابط الجنسية، إلاّ أنه قد تعرض للنقد بسبب عدم ملاءمته لمبدأ قوة النفاذ الذي يشكل أساساً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي، خاصة وأن اعتماده وحده دون اشتراط رابطة أخرى بين النزاع ودولة المحكمة يجرد الحكم من فعاليته الحقيقية عند التنفيذ[1].

بعد أن تم تحديد المقصود بضابط الجنسية وصلاحيته لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بنظر الالتزامات التعاقدية التي يكون أحد أطرافها متمتعا بجنسيتها، وجب تحديد صلاحية هذا الضابط لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

ثانيا: فعالية ضابط الجنسية لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية

إذا كان المشرع الجزائري تبنى ضابط الجنسية كأساس لمنح المحاكم الجزائرية صلاحية فض المنازعات التي تثور بصدد الالتزامات التعاقدية التي تتم في العالم المادي، إلاّ أنّ الفقه انقسم بشأن تطبيق هذا الضابط على المعاملات الإلكترونية بصفة عامة، وعقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصة إلى رأيين:إذ اتجه الرأي الأول إلى رفض إعمال هذا الضابط لتحديد المحكمة المختصة دوليا في مجال عقود التجارة الإلكترونية لعدم إمكانية التحقق من هوية الأطراف، وللصعوبات التي تواجه الدائن في إثبات وتأكيد إدعائه نتيجة لسيطرة المدين على الأجهزة المعلوماتية[2]، وفي هذا اتجه الفقيه(J.P. Ballow) إلى التأكيد على عدم إمكانية تطبيق المفاهيم الموجودة في العالم الحقيقي على العالم الإلكتروني، لأنها مفاهيم مادية، في حين لا توجد مادية ملموسة في العالم الإلكتروني[3].

هذا عن الرأي الأول، أما الرأي الثاني فقد اتجه إلى عدم إمكانية الجزم المسبق بصلاحية ضابط الجنسية لتحديد المحكمة المختصة دوليا للنظر في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لاختلاف طبيعة المنازعة، وأكد على ضرورة التمييز بين المواقع الإلكترونية التي تمثل شركة تجارية موجودة بالفعل في العالم المادي، وبين المواقع الإلكترونية الافتراضية، التي لا تمثل أي شركة تجارية في العالم المادي[4].

فبالنسبة للمواقع الإلكترونية التي تمثل شركات لها وجود في العالم المادي، يجمع الفقه[5] على عدم وجود أية مشكلة بالنسبة لها لسهولة تحديد جنسيتها، والتي تتقرر بالرجوع إلى جنسية الشركة التي يمثلها الموقع، خاصة وأن الشركات التجارية تعد أشخاصا اعتبارية يمكن تحديد جنسيتها من خلال الرجوع إلى معايير تحديد جنسية

=des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de france". Cass.27/05/1970. Cite par, Pierre Mayer, Vincent Heuze, op.cit., p.208.

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 256.

[2]- نفس المرجع، ص. 256.

[3]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص. 331.

[4]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 118.

[5]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 49؛ عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.163.

الأشخاص الاعتبارية، والتي تشمل معيار مكان التأسيس، معيار مكان الاستغلال، معيار مركز الإدارة الرئيسي للشركة، ومعيار الرقابة[1]، وقد عالج المشرع الجزائري جنسية الشركة في المادة4،3/10 من القانون المدني، وتبنى معيار الإدارة الرئيسي والفعلي، ومعيار مكان ممارسة النشاط، وعليه سينعقد الاختصاص للمحاكم الجزائرية بنظر منازعات التجارة الالكترونية إذا كان الموقع يمثل شركة يتواجد مركز إدارتها الرئيسي الفعلي في الجزائر، أو كان لها فرع فيها.

هذا عن النوع الأول من المواقع، أما النوع الثاني والذي يتمثل في المواقع الإلكترونية الافتراضية[2] التي ليس لها وجود مادي حقيقي يُظهر العناصر المميزة لشخصيتها القانونية، فإنها مواقع يصعب تحديد جنسيتها، ومن ثم يصعب الاستناد إلى ضابط الجنسية لتحديد القضاء المختص بنظر منازعاتها[3].

ولعل من الأسباب التي دفعت الفقه إلى تبني وجهة النظر السابقة، عدم وجود مركز إدارة رئيسي يمكن الاستعانة به لتحديد جنسية تلك المواقع، خاصة وأنه لا يمكن للقاضي الاعتماد على ملخص العقد التأسيسي الذي ينشر في السجل التجاري لتحديد مركز الإدارة الرئيسي للشركة، ذلك أن العديد من الشركات التي تمارس نشاطها بشكل كلي عن طريق المواقع الالكترونية، تسجل مركز إدارة رئيسي لها لاستكمال إجراءات التسجيل فقط دون أن يكون لها مركز رئيسي في ذلك المكان.

إن وجاهة هذا التبرير يستلزم من القاضي البحث عن مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، فإن لم يتمكن من التوصل إلى ذلك المكان، يقترح جانب من الفقه، الاعتداد بمعيار احتياطي يتمثل في معيار بلد التأسيس، في حين يتجه جانب آخر إلى ضرورة اعتماد اسم الحقل الذي يتخذه الموقع عنوانا له للانطلاق إلى العالم المادي.

إذا كان تحديد جنسية الموقع الإلكتروني يثير صعوبات متعددة وفقا لما سبق ذكره، فإن تحديد جنسية المستخدم العادي(internaute) أو الطرف الذي يتعامل مع هذه المواقع يثير صعوبات أكثر، ذلك أن معظم عقود التجارة الإلكترونية تلزم المستخدم بملئ وثيقة خاصة بالبيانات الشخصية، وهذه الأخيرة غالبا ما تكون خالية من كل بيان خاص بالجنسية، في حين تتضمن بيانات أخرى عن الموطن ومحل الإقامة[4].

---

[1]- لتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع يراجع، الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص.88 وما يليها.

[2]- حاول المشرع الجزائري إيجاد حل بالنسبة للشركات التجارية المستثمر الأولي التي ليس لها مقر إجتماعي، بحيث منح لها صلاحية اختيار موطن لها لدى محافظ الحسابات، الخبير المحاسب، المحامي، الموثق، أو محل إقامة الممثل القانوني، ولكن يلاحظ أن الحل الذي أورده بمقتضى المادة 2/21 من قانون رقم 13-06 مؤرخ في 14 رمضان عام 1434 الموافق 23 يوليو سنة 2013، المعدل والمتمم للقانون رقم04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر، ع 39 س 2013 مؤقت، ذلك أنها تنص:"يمكن الشركة التجارية المستثمر الأولي التي لا تحوز مقرا اجتماعيا، أن تختار موطنا لها لدى محافظ حسابات أو خبير محاسب، أو محام أو موثق أو محل إقامة الممثل القانوني للشركة لمدة أقصاها سنتان (2) قابلة للتجديد مرة واحدة، عند الاقتضاء، وعند بداية النشاط، يصبح موقع نشاط الشركة موطنا لها."

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 119.

[4]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 51.

ولما كان الفقه قد انتقد ضابط الجنسية الوارد لبيان المحكمة المختصة للنظر في المعاملات العقدية التقليدية لتعارضه مع مبدأ قوة النفاذ، فإنه قد تعرض لنقد أكثر حدة في مجال المعاملات الإلكترونية، لأن جنسية الأطراف في هذا النوع من المعاملات لم تعد تمثل عنصرا هاما[1]، واختصاص المحاكم بالنسبة إليها يكون بناء على رابطة تكاد تكون منعدمة بين النزاع الإلكتروني ودولة المحكمة، وهو ما يتعارض بدوره مع المبدأ السابق.

للأسباب السالفة، قررت الاتفاقيات الدولية الحديثة عدم الاعتداد بضابط الجنسية في المعاملات الإلكترونية، إذ استلزمت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 من المواقع الإلكترونية التي تطرح عروضا على شبكة الانترنت، بيان الموقع الجغرافي الفعلي لها، دون أن ترد أية إشارة في الاتفاقية إلى جنسية الموقع[2].

كما لم يتطرق تشريع بروكسل1 رقم 2012/1215 بشأن الاختصاص القضائي، الاعتراف وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية في دول الاتحاد الأوروبي للجنسية كأحد ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الأوروبية، رغم أن واضعي التشريع أخذوا بعين الاعتبار معطيات التجارة الإلكترونية عند وضعهم له[3]، وقد استند البعض[4] في تبريرهم لذلك إلى اتجاه الدول ذات المصالح المشتركة نحو الوحدة السياسية.

إن تقدير مدى وجاهة هذه الحلول لا يتطلب الاقتصار على وثيقة البيانات التي يملئها المتعاقد، والتي ستظهر على حاسوب التاجر، فحقيقة أن هذه الوثيقة لا تتضمن بيانا يتعلق بالجنسية، لا يستلزم استبعادها، كون أن هذه الأخيرة قد تكون من بين البيانات التي ستتضمنها شهادة التصديق الالكترونية، وهو ما قد يسفر عنه الواقع العملي، غير أن ما ينبغي التأكيد عليه أن اختصاص المحاكم الوطنية بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية استنادا لضابط الجنسية، يستلزم عدم انعقاد الاختصاص لها استنادا لضوابط الاختصاص الأخرى، وكذا عدم تنازل صاحب الامتياز عن الامتياز المقرر لمصلحته، وهو الأمر الذي غالبا ما يحدث في مجال معاملات التجارة الالكترونية، حيث يدرج التاجر في العقود النموذجية بند الاختصاص القضائي، ويوافق المتعامل معه على هذا الأخير، فيتنازل من ثم عن الامتياز القضائي المقرر لمصلحته[5].

بعد أن تم تحديد فعالية الضوابط الشخصية لتحديد اختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية، وجب التطرق لمكانة ضوابط الاختصاص الموضوعية في هذا النوع من المعاملات.

---

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 52.

[2]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 258.

[3]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 53.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 259؛ عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.167.

[5]- Cf. Chiheb Ghazouani,op.cit., p.411 ;

يراجع ص.258 وما يليها من هذه الأطروحة .

الفرع الثاني:فعالية الضوابط الموضوعية لتحديد اختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية

لقد سبق الذكر أن الضوابط الشخصية التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص للمحاكم الوطنية بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية، تثير صعوبات تمنع من الوصول إليها، ونتيجة لذلك كان لابد من اللجوء إلى ضوابط موضوعية ترتبط بموضوع الدعوى، وتشمل في مجال الالتزامات التعاقدية كلمن ضابط محل الإبرام، وضابط محل التنفيذ[1]، ويعد هذين الضابطين منأهم الضوابط التي يستأنس بهما التشريع لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، وفي هذا يلاحظ أن المشرع المصري [2]منح للمحاكم المصرية صلاحية النظر في الدعاوى المتعلقة بالالتزامات العقدية إذا كانت مصر هي محل نشوء الالتزام أو محل تنفيذه[3]، ولاعتبار أن المشرع الجزائري لم ينظم مسائل الاختصاص القضائي الدولي، فإن الأمر يقتضي إعمال قواعد الاختصاص الإقليمي الداخلي على المستوى الدولي. وبالرجوع إلى هذه الأخيرة يتضح أن المشرع الجزائري وعلى خلاف ما قرره في المادة3/804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] المتعقلة باختصاص المحاكم الإدارية، لم يورد نصا مماثلا له في اختصاص المحاكم العادية، باستثناء ما قرره في المادة 4،3/39، التي منح بمقتضاها الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية والصناعية، لمحكمة مكان إبرام العقد أو تنفيذه، ومنح الاختصاص بنظر المسائل المتعلقة بالمواد التجارية للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة.

وعليه سيتم الاستعانة بهذه المواد لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية استنادا لضابط محل الإلتزام(**البند الأول**)ثم استنادا لضابط محل التنفيذ (**البند الثاني**).

البند الأول: فعالية ضابط محل الإبرام لتحديد اختصاص المحاكم بتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

ينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية للنظر في المنازعات العقدية استنادا لضابط محل إبرام العقد الوارد في المادة 3/39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[5] بسبب الترابط الإقليمي مع محاكم الدولة التي ينشأ

---

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 268.

[2]- تنص المادة 2/30ق.م.م.ت.م: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية:

- إذا كانت الدعوى متعلقة... بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها.."

[3]- لتفاصيل أكثر يراجع، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2003، ص. 87.

[4]- تنص المادة 3/804ق.إ.م.إ.ج: "خلافا لأحكام المادة 803 أعلاه، ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه:

- في مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه."

[5]- تنص المادة 3/39، 4 منق.إ.م.إ.ج.: "ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهات القضائية الآتية:

- في المنازعات المتعلقة بالتوريدات والأشغال وتأجير الخدمات الفنية أو الصناعية، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق أو تنفيذه، حتى ولو كان أحد الأطراف غير مقيم في ذلك المكان.

- في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية، أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة إختصاصها الوعد، أو تسليم البضاعة،..."

الالتزام في إقليمها، وذلك لأن هذه المحاكم هي الأكثر إلماما بظروف وملابسات النزاع، والأقدر على إصدار حكم مشمول بالنفاذ[1].

وإذا كان الأمر يبدو هيّنا في ظاهره، إلاّ أنه يثير بالنسبة للعقود التي تبرم عن طريق الإنترنت مشاكل متعددة يقتضي حلها الرجوع إلى القانون الوطني، لاعتبار أن الأمر يتعلق بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص القضائي الوطنية[2].

وفي هذا الشأن سبق الذكر أن مواقف التشريعات قد تباينت حسب النظرية المعول عليها لحسم مشكلة التعاقد بين غائبين، وتراوحت بين نظرية إعلان القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية تسليم القبول، ونظرية العلم بالقبول التي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 67 من القانون المدني، والتي بمقتضاها ينعقد العقد في المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاقي يقضي بغير ذلك[3].

من هذا المنطلق، تكون المحاكم الوطنية مختصة بنظر النزاع العقدي الذي ثار في الجزائر متى كان الموجب موجودا بها وقت نشأة الالتزام وعلم بالقبول فيها، في حين لا ينعقد لها الاختصاص إذا كان الموجب موجوداً بالخارج لحظة علمه بالقبول[4].

ولاعتبار أن المشرع الجزائري لم ينظم المسائل الخاصة بالتجارة الإلكترونية ومن بينها اختصاص المحاكم بنظر المنازعات التي تثور بصددها، سيكون لزاما تمديد العمل بقواعد الاختصاص القضائي الداخلية وتفسيراتها الواردة في المجال الداخلي على المجال الدولي، إلا أن هذا التمديد سيثير حال تطبيقه العديد من الصعوبات، لعدم إمكانية تحديد محل إبرام العقد في فضاء الانترنت.

ولكن إذا كان هذا الوضع معمولا به في الجزائر، فإن تشريعات المعاملات الالكترونية العربية التي تصدت للمسألة تبنت ما ورد في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، بحيث تأرجح موقفها بين نظرية إرسال القبول، ونظرية تسلم القبول، رغم أن غالبية الفقه تتجه إلى ترجيح الأخذ بنظرية الإستقبال، والتي على أساسها ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي تسلم فيها الموجب القبول، أي الدولة التي تسلم فيها رد القابل الوارد إلى صندوق بريده الإلكتروني، ولو لم يعلم به ولو لم يطلع عليه[5]، مع إفتراض أن التسليم وقع في مقر عمله.

في حين ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يقع فيها المقر الذي له أوثق صلة بالمعاملة المعنية إذا كان للمرسل إليه أكثر من مقر عمل[6]، فإن لم تتضح الصلة الأخيرة انعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها مقر مقر عمله الرئيسي، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

---

[1]- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص. 76؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق،ص.490.

[2]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.96.

[3]- يراجع في ذلك ص.84 من هذه الأطروحة.

[4]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.88.

[5]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 270.

[6]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 111.

وهو ذات الأمر الذي تبنته إتفاقية الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، مع اختلافات طفيفة، بحيث اعتبرت أن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يحدده الطرف، مع افتراض أن ذلك المكان هو مقر عمله، فإن لم يعين مقر عمل أو كان له أكثر من مقر عمل، اعتبر مقر عمله المقر الذي له أوثق صلة بالمعاملة المعنية[1].

على الرغم من الحلول التي أوردتها الاتفاقيات لتحديد محل إبرام العقد، إلا أنها حلول منتقدة، فقد يعمد المرسل إليه إلى تحديد مقر عمل محدد باعتباره محل إبرام العقد، في حين أنه يتسلم رسالة القبول في مكان بعيد تماما عن مقر عمله، وعليه وبسبب الخصوصية التي أفرزها ضابط محل إبرام العقد في مجال الاتصالات الإلكترونية، اتجه البعض[2]إلى منح الأطراف صلاحية تحديد مكان انعقاد العقد، من خلال وضع شروط تعاقدية تفيد أن العقد قد أبرم في مكان محدد، على أنه وفي حالة عدم إتفاق الأطراف ينبغي الرجوع إلى المنهج الافتراضي، الذي ينتهي إلى اعتبار مكان إبرام العقد هو مقر عمل المرسل إليه، ويكون للقاضي تفادي عدم مطابقة هذا المنهج للواقع، بمحاولة تحديده للمكان الحقيقي لعمل المرسل إليه، من خلال الاسترشاد ببعض القرائن، كالاستعانة بأرقام الهواتف المستخدمة من المواقع الإلكترونية، لاعتبار أن تلك الأرقام بها رموز تدل دلالة واضحة على انتمائها لدولة معينة[3].

إذا كانت هذه هي تفسيرات ضابط محل الإبرام في مجال الاختصاص الإقليمي الدولي، فما تفسيرات ضابط محل التنفيذ؟

البند الثاني: فعالية ضابط محل التنفيذ لتحديد اختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية

إلى جانب ضابط محل إبرام العقد، قرر المشرع الجزائري في المادة 3/39من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على غرار غيره من التشريعات الدولية[4] والوطنية[5]، منح الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها محل محل تنفيذ الالتزام صلاحية النظر في المنازعات العقدية.

---

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 112.

[2]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 101؛ بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت-الجزائر، ع04، أكتوبر 2016، ص. 22.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 273.

[4]- Art7 du règlement (UE) N° 1215/2012 dispose que : « Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être attraite dans un autre État membre:

1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande;

b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:

-pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis . »

[5]- من ذلك القانون الفرنسي

Art 46AL1 C. Pro.Civ.Fr (modifier par Décret N° 81-500 du 12 mai 1981 art 8 J.O.R.F 14mai1981 P. 1380) dispose que: « le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :

ولاعتبار أن هذه المادة قد وردت في شق الاختصاص الإقليمي لتنظيم المنازعات التي تثور في العالم المادي بصدد الالتزامات العقدية الداخلية، فإن تطبيقها في العالم الإلكتروني يثير صعوبات متعددة، لا يمكن تجاوزها إلا بتبني ما اقترحه الفقه الغربي[1] عند تصنيفه تلك العقود إلى عقود إلكترونية جزئية، وعقود إلكترونية كلية[2].

والواقع أن هذه التفرقة أثيرت خلال مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص (2000) عند محاولة وضع قواعد للاختصاص القضائي الدولي بشأن العقود الإلكترونية، بحيث ناقش الخبراء فيها مشروع اتفاقية دولية للاختصاص القضائي للمحاكم وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية، وذلك بالنظر إلى التطورات التي حدثت في مجال التجارة الإلكترونية[3].

وفي هذا المؤتمر اتجه الخبراء إلى منح الاختصاص بنظر مثل هذه المنازعات لمحاكم الدولة التي ستسلم فيها البضائع كلياً أو جزئياً بالنسبة لعقود بيع البضائع، ولمحكمة الدولة التي ستؤدى فيها الخدمة كلها أو جزء منها بالنسبة لعقود الخدمات[4].

من هذا المنطلق، يلاحظ أن تطبيق هذا الضابط لا يثير مشكلة تحديد مكان تنفيذ الالتزام بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية الجزئية التي يتم تنفيذها خارج الخط لوجود مكان جغرافي محدد تسلم فيه البضاعة للمشتري، وهو الحل الذي يقرره الفقه من منطلق واجب تصدير المبيع في عقود التجارة الالكترونية للمشتري بإيصاله إليه في مكان تواجده[5]، لا في مكان وجود الشيء وقت نشأة الالتزام إذا ما كان الشيء معينا بالذات، ما لم يحدد الأطراف مكانا آخر غير مكان وجوده الفعلي، ولا في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الشيء معينا بالنوع ، وكان العقد يتعلق بهذه الأعمال[6].

=- en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service. »

والقانون المصري، حيث تنص المادة 30ق.م.م.ت (قانون رقم 13 لسنة)1986: تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية:

– إذا كانت الدعوى ...بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها."

[1] وهو موقف (KessedjianCatherine, commerce électronique et compétence juridictionnel) ، (بيار مايروفانسان هوزيه). مشار إليه من طرف،عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.312.

[2]– يراجع في ذلك، ص.37 من هذه الأطروحة.

[3]– بلاق محمد، ضوابط تحديد الإختصاص القضائي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، المرجع السابق، ص.22.

[4]– حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 116.

[5]- شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص.25.

[6]– تنص المادة 282 من ق.م.ج:" إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك.

أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان هذا الالتزام متعلقا بهذه المؤسسة."

بهذا يتبين أن تحديد مكان تنفيذ الالتزام على أنه موطن المشتري في عقود التجارة الالكترونية الجزئية يتقرر ما لم يكن المورد قد أورد في العرض المعلن عبر صفحة الويب، أو المعلن عبر البريد الالكتروني عبارات تفيد أن مكان التنفيذ هو مكان مزاولة النشاط[1]، أو يقصر التسليم على أماكن محددة في دول معينة دون تلك التي يتواجد فيها المشتري لارتفاع تكاليف التسليم في حال إيصالها له في مكان تواجده، وعليه فإذا ما وردت مثل هذه الشروط ووافق عليها المشتري كان مكان التنفيذ هو المكان المتفق عليه[2].

وللإشارة، فإنه ينبغي الذكر أن الاجتهاد القضائي الفرنسي[3] عرف مكان التسليم الفعلي للشيء بأنه المكان الذي تم فيه التسليم ماديا لا المكان الذي كان يجب أن يتم فيه التسليم، وقد أكد اجتهاد قضائي آخر على ذلك[4]، بحيث قرر عدم إمكانية تمسك البائع بأن مكان التسليم موجود في مقر مؤسسته محتجا بأن عملية نقل المبيع تمت بعنايته، ذلك أن هناك فرق بين تبادل التراضي وتحمل تبعة الهلاك، وبين التسليم الفعلي للشيء المبيع الذي يتم في موطن المشتري، ويبدو أن هذا الحل يفضل المشتري الذي عادة ما يقتني منتوجا بمبالغ مالية قليلة عبر الشبكة، ذلك أنه لا يمكن له أن يتحمل مصاريف رفع الدعوى أمام جهة قضائية بعيدة عن مكان التنفيذ الفعلي[5].

إذا كان الحل السابق لا يثير إشكالا بالنسبة لعقود التجارة الالكترونية الجزئية، إلا أنه يثير بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية الكلية العديد من الصعوبات، لأنها عقود تنفذ افتراضياً من خلال الوسط الإلكتروني ودون تواجد حقيقي في العالم المادي[6].

لهذه الأسباب نادى جانب من الفقه[7] بضرورة اللجوء إلى قواعد الاختصاص الاحتياطية لتحديد الجهة القضائية المختصة لنظر مثل هذه القضايا، على أن يتم استنباط هذه القاعدة من خلال ما ورد في المادة 4/15 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، والتي تخول الاختصاص بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية الكلية لمحكمة مقر عمل المرسل إليه، أو محل إقامته المعتادة إذا لم يكن له مقر عمل.

---

[1]- شايب بوزيان، المرجع السابق، ص.26؛ بن جديد فتحي، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الالكتروني المبرم عبر الأنترنت-دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 2013-2014، ص.196.

[2]- كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص.420.

[3]-Cass.Com, 3 novembre 1988, Gaz. Pal,1989,1 Somm.252, obs. Guinchard et Moussa. Cite par, Chiheb Ghazouani, op.cit , 403.

[4]-C.A. Rouen,2mai1979, Gaz. Pal, 1980, 1Somm.81. Cite par, Chiheb Gazouani, op.cit , 403.

[5]-Chiheb Ghazouani,op.cit ,p.403.

[6]- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.723.

[7]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 102.

وعليه إذا كان العقد متعلقا ببيع برامج للحاسب الآلي على الإنترنت، فإن محكمة مكان تنفيذ العقد هي محكمة الدولة التي يقع فيها مقر عمل الشخص الذي سيتلقى البرنامج، أو محكمة الدولة التي يقع فيها محل إقامته المعتادة إذا لم يكن له مقر عمل، غير أن هذا الرأي انتقد لوجود قواعد اختصاص أصلية تكفي لبيان الجهة القضائية المختصة والتي تتحدد بالرجوع إلى تشريع بروكسل1 بشأن الاختصاص القضائي، الاعتراف وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية، والتي تعتبر أن محكمة مكان التنفيذ هي محكمة الدولة التي تم فيها تسليم البضاعة بحسب نصوص العقد في عقود بيع البضائع، ومكان أداء الخدمة عندما يتعلق الأمر بتأدية خدمة[1].

فتحميل البرنامج على الإنترنت يعد عقد بيع بضائع ينعقد الاختصاص بنظر ما يثور بشأنه من نزاعات للمحكمة التي تم أو سيتم تسليم البضاعة فيها، باعتبارها محكمة مكان التنفيذ، وتتحدد هذه الأخيرة بالمكان الذي يتم فه استقبال الملف المحمل[2]، في حين أن الاختصاص بعقود تقديم الاستشارات إلكترونيا يكون للجهة التي أديت أوستؤدى فيها الخدمة، وهي الدولة التي تم استقبال الاستشارة فيها[3]، باعتبارها دولة التنفيذ الافتراضي الافتراضي (Exécution virtuelle).

وعليه لا يمكن اعتبار مكان تواجد حاسوب المرسل إليه هو مكان التسليم الفعلي للشيء، وهي الفكرة التي دافعت عنها الأستاذة (Naimi Charbonnier)، معتبرة أن استقبال المعلومات أو البرامج محل العقد في الكمبيوتر يمكن مراقبته ماديا، بالرجوع للمكان الذي تخزن فيه المعلومات داخل القرص الصلب (disque dure)، وهو المكان الذي يتواجد داخل ذاكرة الحاسب الآلي.

والحقيقة أن رفض الفكرة آنفة الذكر يرجع لسببين؛ أولهما أن الموطن الفعلي للمرسل إليه يتحدد بمكان ثابت قانونا، في حين أن حاسوب هذا الأخير مال منقول يمكن نقله من مكان لآخر، وهو من ثم يسمح بتغيير المكان بصفة تحكمية وبسهولة تبعا لإرادة مستخدمه، ولئن كان هذا هو وجه الانتقاد الأول، فإن السبب الثاني الذي رفضت على أساسه الفكرة السابقة يعود للتطورات التكنولوجية التي تفوق ما يمكن لرجل القانون تخيله، فالحاسب الآلي أصبح محمولا ومجهزا تقنيا بوسائل تسمح لصاحبه بالارتباط بالانترنت من أي مكان، كما وتسمح له بالتعاقد عبر الخط وهو في رحلة قطار بين فرنسا وبلجيكا[4].

---

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 118.

[2]-Cf.Tribault Verbiest,Commerce électrinique:loi applicable et juridiction compétente,JDN ,mardi10 décembre2002, www .journal dunet. com/juridique/juridique 021210 .shtml , la date de consultation de site 09-02-2017à14 :29

[3]- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص. 19 وما بعدها؛

Chiheb Gazouani, op.cit , p.404.

[4]-Chiheb Ghazouani, op.cit , p.404.

بخلاف ما يستند له منتقدوا المعيار السابق، تتمسك الأستاذة بموقفها وتعتبر أن الإشكالية المتعلقة بالتعاقد باستخدام الحاسوب المتنقل، يمكن مواجهتها بالرجوع إلى مكان تواجد مقدم الخدمة الذي يسمح بالاتصال بالانترنت، وهو حل منتقد حسب جانب آخر من الفقه[1] لأن مقدمي خدمة الانترنت شركات دولية تمارس نشاطها في أكثر من إقليم، وهو ما لا يسمح بالاعتماد عليها لحل إشكالية مستخدم الانترنت المتنقل عبر بلدين[2].

إذا كانت الإنتقادات السابقة قدمت للحلول المقترحة لتفسير مكان التواجد الفعلي للشيء، فإنه ينبغي الإشارة إلى أن تحديد المقصود بمكان تنفيذ الخدمة، والذي يبرز كلما تعلق الأمر بأعمال فكرية يتحدد وفقا لجانب من الفقه[3] بحسب ما إذا اعتبر أن مكان صدور الاستشارة هو ذاته مكان تنفيذ الخدمة، أو أن هذا الأخير يتحدد وفقا لمكان تلقي الاستشارة، بحيث تعتبر المحكمة المختصة في الحالة الأولى محكمة مكان إستضافة موقع الاستشارة، في حين تتحدد في الحالة الثانية بمكان تواجد حاسوب المرسل إليه، وهذا الحل هو المعول عليه، إذ يعتبر مكان تواجد حاسوب المرسل إليه مكان تنفيذ الخدمة.

قد يبدوا هذا الحل منطقيا، غير أنه منتقد إذ لا يمكن الاستناد لمكان حاسوب المرسل إليه لتحديد مكان تنفيذ الخدمة، ذلك أن مثل هذا التوطين لا يعدو إلا أن يكون توطينا إفتراضيا عندما ينفذ العقد عبر الخط[4]، كما أنه لا يمكن الاعتماد على الخادم كضابط إسناد لتحديد مكان التنفيذ.

للانتقادات السابقة، يلاحظ أن محكمة استئناف باريس استندت للمادة 46 من قانون الإجراءات المدنية عند فصلها في قضية تتعلق بعقد الدخول إلى الشبكة، وأكدت في القرارات الخمسة الصادرة عنها أنه في مجال الاتصال بالشبكة، مكان تقديم الخدمة يتحدد بموطن المشترك حيث يتصل بالشبكة(lieu de connexion)، لا بعنوان تسجيل الاشتراك[5].

وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد اعتبر أن موطن المشترك هو مكان تنفيذ الخدمة، وهو الحل الذي تبناه جانب من الفقه معتبرين أن الموطن الالكتروني أو الرقمي هو ذاته الموطن الواقعي، وبرغم وجاهة هذا الحل إلا أنه

---

[1] -Chiheb Ghazouani, op.cit , p.405.

[2]-Ibid.

[3]- Marine Naimi Charbonnier, la formation el l'exécution du contrat électronique. Cite par,Chiheb Ghazouani, op.cit, p.405.

[4]-Cf. Oliver Cachard, op.cit,p.451.

[5]- Paris, 7 mars 2001, juris-Data n°136806,137059,137060,137062et137063 ; V . JCP E et A,3 janv.2002,p.27.Cf. Patrick Thieffry, Commerce électronique : droit international et européen, éd litec, Groupe Lexis Nexis, 2002, p.214.

تعرض للنقد، بحيث لا يمكن إفتراض أن جهاز حاسوب المشترك يكون متواجدا دائما بموطنه، فمثل هذه القرينة لا تتطابق مع الواقع، ولا مع التطورات التكنولوجية حيث تتعدد وسائل الاتصال بالانترنت[1].

نتيجة لكل ما سبق، يرى جانبا من الفقه[2] وجوب الاعتماد على إرادة الأطراف لتحديد مكان تنفيذ العقد، خاصة وأن تشريع بروكسل1 أضاف بعد تحديده لمكان تنفيذ العقد كضابط ينعقد بمقتضاه الاختصاص للجهة القضائية لنظر المنازعات التي تثور بصدد الالتزامات العقدية- سواء كانت تتعلق ببيع البضائع أو أداء الخدمات- عبارة "بحسب نصوص العقد"، وهي عبارة تُلزم القاضي باحترام إرادة الأطراف، واعتبار أن مكان التنفيذ هو المكان المتفق عليه وفقا لنصوص العقد، وهو ما سبق للمجلس الأوروبي أن أكده، حيث ذكر: " إذا ما حدد مكان تنفيذ الالتزام التعاقدي عن طريق اتفاق الأطراف وفقا لإرادتهم، وكان هذا الاتفاق صحيحا وشرعيا وفقا للقانون الواجب التطبيق على العقد، فإن محكمة هذا المكان هي التي تعتبر مختصة بالنزاع الناشئ عن هذا الالتزام"[3].

من هنا يلاحظ أن المجلس الأوروبي أقر منح الاختصاص بنظر منازعات الالتزامات التعاقدية للجهة القضائية التي يتفق الأطراف على اعتبارها المكان الذي سينفذ فيها الالتزام، غير أنه ربط ذلك بوجوب أن يكون الاتفاق صحيحا، شرعيا أي قانونيا، لا يهدف من خلاله الأطراف إلى سلب الاختصاص من ولاية جهة قضائية معينة ولا الحصول على مكاسب غير مشروعة لا تمنحها لهم المحكمة المختصة أصلاً بحكم النزاع.

ولكن في حال عدم اتفاق الأطراف على مكان تنفيذ العقد، يتوجب على القاضي الكشف عن المكان الحقيقي الذي استقبلت فيه الملفات والاستشارات محل التنفيذ، وله أن يسترشد في سبيل تحديد ذلك بوثيقة البيانات التي يملأها المشتري على الموقع الإلكتروني عند إبرام العقد، ذلك أنها غالبا ما تتضمن بيانا خاصا بمحل إقامته[4].

من خلال ما سبق، تتضح أهمية ضابط محل التنفيذ في عقد الاختصاص لمحاكم الدولة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وينبغي على القضاء الجزائري الاعتداد به لتحديد اختصاص المحاكم الجزائرية، غير أنه ينبغي على الأطراف تحديد مكان معين باعتباره محل التنفيذ، وإلا اعتبر محل التنفيذ الدولة التي تم فيها تسليم البضائع، أو التي تم تقديم الخدمات فيها، وتتحدد هذه الأماكن بالرجوع إلى وثيقة البيانات التي يملأها المشتري، والتي غالبا ما تتضمن بيان خاص بمحل إقامته.

---

[1]-Cf.Chiheb Ghazouani, op.cit , p.407.

[2]- وهو موقف (Caprioli (E), Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique). مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.119.

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 103.

[4]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 119.

بعد أن تم تحديد مجمل الضوابط الشخصية والموضوعية، التي على أساسها يتم تحديد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية، سيتم التطرق لضابط الخضوع الإختياري وقدرته على تحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: فعالية ضابط الخضوع الاختياري لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

يعتبر ضابط الخضوع الاختياري أحد الضوابط التي ينعقد بمقتضاها الاختصاص للمحاكم بنظر المنازعات، وقد تقرر العمل بهذا الضابط على أساس مراعاته لحماية المصالح الخاصة للأفراد، وتيسيره لحرية التجارة الدولية باعتبارها أهداف أصيلة في القانون الدولي الخاص[1].

ولئن كان هذا الضابط يحقق الأهداف السابقة في مجال المعاملات المادية، فهل بالإمكان العمل به في مجال المعاملات الالكترونية؟ وما مدى صلاحية الأخذ به في مجال عقود الاستهلاك الالكترونية؟

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق إلى فعالية الأحكام المنظمة لضابط الخضوع الاختياري في مجال عقود التجارة الالكترونية (**الفرع الأول**)، ثم التعرض لفعاليته في مجال عقود الاستهلاك الالكترونية تحت عنوان نحو حماية إجرائية خاصة لحماية المستهلك الإلكتروني من ضابط الخضوع الاختياري (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: فعالية الأحكام المنظمة لضابط الخضوع الاختياري في مجال عقود التجارة الالكترونية

يعد ضابط الخضوع الاختياري[2]أحد الضوابط الجوازية، وفيه يتفق الأطراف على منح قضاء دولة معينة صلاحية النظر في المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهم، وعلى الرغم من أهميته إلا أن الفقه اختلف بشأنه بحيث رفض البعض[3] الاعتداد به ذلك أن ترك الإرادة طليقة في تحديد المحكمة المختصة يستتبع المساس بالاستقرار في تحديد القانون المطبق على العلاقات القانونية ذات الصفة الأجنبية، والذي يعد أحد الأهداف الأساسية للقانون الدولي الخاص، في حين اعترف البعض الآخر[4]به وأيده، وبرر ذلك بالاستناد لما هو مقرر في مجال تنازع القوانين، إذ كما يسمح للإرادة في هذا المجال باختيار القانون الواجب التطبيق مع وضع جملة من القيود لمنع الغش نحو القانون، فإنه يجب التسليم بأن القضاء وإن كان مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، إلا أنه وجد لخدمة المتقاضين، ومن ثم فلا مانع من احترام إرادة الخصوم في تحديد المحكمة المختصة، خاصة أن التعويل عليه كضابط

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.139؛ عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.227.

[2]- يرجع الأصل التاريخي لمبدأ الخضوع الاختياري إلى عهد الإغريق، حين قرر الفيلسوف أفلاطون أن أكثر المحاكم إختصاصا بنظر الدعوى المحكمة التي ارتضى الخصوم الخضوع لحكمها. يراجع، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.93.

[3]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص. 410.

[4]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 52؛ محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص. 228

لبيان الجهة المختصة يسمح بسد النقص الوارد في قواعد الاختصاص القضائي الدولي التي لا ترتكز على نظرية عامة في هذا المجال.

أمام هذه الاختلافات سعت التشريعات إلى تنظيم ضابط الخضوع الاختياري،بحيث عمدت بعض التشريعات إلى تنظيمه في المجال الدولي بمقتضى نصوص قانونية صريحة، وهو الأسلوب الذي اعتمده المشرع المصري[1] في المادة 32من قانون المرافعات، وعلى الخلاف من ذلك يلاحظ أن تشريعات أخرى التزمت الصمت، ولم تورد أحكاما لتنظيم هذا الضابط في المجال الدولي، ومن تلك التشريعات المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي، اللذين اكتفيا بتنظيمه في المجال الداخلي.

بهذا يتبين أن منهجية المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري في مجال الاختصاص القضائي الدولي واحدة، بحيث سبق الذكر أن المشرعين اقتصرا عند تنظيمهما لموضوع الاختصاص القضائي الدولي على ضابط الجنسية، وبسبب ذلك القصور نبه الفقه إلى ضرورة تمديد العمل بالمواد الواردة في الاختصاص الداخلي على المجال الدولي، بما يتلاءم وعملية التطويع، وعليه يمدد العمل في مجال الخضوع الاختياري بالمادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، في حين يمدد في القانون الجزائري العمل بالمادتين[2]45و 46[3] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

للإشارة فإن تمديد العمل بالمادة 48 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على المجال الدولي يستلزم بطلان كل اتفاق يقع بخلاف ما تقضي به القواعد المنظمة للاختصاص المحلي، ما لم يكن الاتفاق بين تجار، ذلك أن المادة آنفة الذكر تقضي بأن كل شرط يخالف بطريق مباشر أو غير مباشر قواعد الاختصاص الإقليمي يعتبر عديم الأثر، ما لم يكن قد اتفق عليه بين أشخاص لهم صفة التجار[4].

نتيجة للآثار التي تترتب على ذلك التمديد في المجال الدولي، اتجه الفقه مستندا على حكم محكمة النقض الفرنسية إلى إقرار مشروعية الشروط المعدلة للاختصاص القضائي الدولي كأصل عام طالما أن الشرط انصب على نزاع دولي، ولم يؤد إلى انتهاك الاختصاص الآمر للقضاء الفرنسي.

---

[1]- تنص المادة 32ق.م.م الواردة في الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول المعنون بالاختصاص الدولي للمحاكم :"تختص محاكم الجمهورية بالفصل في الدعاوى ولو لم تكن داخلة في إختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا."

[2]- تنص المادة 45 من ق.إ.م.إ:" يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار."

[3]- تنص المادة 46 من ق.إ.م.إ.: " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا.

- يوقع الخصوم على التصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك.

يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له".

[4]- Art 48C. Pro.Civ.fr : « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personne ayant toute contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée. »

ولئن كان القضاء الفرنسي حسم إشكالية ضابط الخضوع الاختياري في المجال الدولي، فإنه يتوجب الذكر أن حسمها في التشريع الجزائري تعترضه صعوبات نتيجة للنصوص التي استحدثها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، إذ بينما قرر في المادة 45 بطلان الاتفاق على منح الاختصاص لجهة غير مختصة، إلا إذا كان بين التجار، عاد ليمنح في المادة 46 للأطراف صلاحية الحضور أمام جهة قضائية غير مختصة، وبذلك يكون قد عطل في المادة 45 مبدأ سلطان الإرادة، فلم يجز لغير التجار الاتفاق على منح الاختصاص لجهة قضائية غير مختصة، رغم أن إيراد مثل تلك الشروط في العقد قد يكون في مصلحة المستهلك، وفي المقابل أجاز للخصوم سواء كانوا تجارا أو غير تجار بعد قيام النزاع منح الاختصاص لجهة قضائية غير مختصة.

إن تبني المشرع لهذا الطرح في المجال الداخلي دفع بالفقه إلى تفسير المادتين، فقدم البعض[1] خلال قراءاته تفسيرات متعددة، مفاد الأولى رغبة المشرع في قصر أحكام المادتين على تنظيم الاختصاص الإقليمي في مجال المنازعات الداخلية دون الدولية، ووفقا له يكون المشرع بهذا التأويل قد فوت على نفسه فرصة تدارك النقص الموجود في قانون الإجراءات المدنية السابق، وما يكون على القاضي الجزائري إلا إيجاد حلول لمشكلة ضابط الخضوع الاختياري في المجال الدولي بإستعانته بما توصل إليه القضاء الفرنسي في هذا الشأن.

هذا عن قراءته الأولى، أما قراءته الثانية فكانت تمييز المشرع لأحكام الاختصاص القضائي الدولي عن الداخلي، بحيث نظم في المادة 45 ضابط الخضوع الاختياري في المجال الدولي، في حين عالج بمقتضى المادة 46 ضابط الخضوع الاختياري في المنازعات الوطنية المحضة، والواقع أن هذا الرأي يجانبه الصواب، ذلك أن المشرع لم يورد أي إشارة لهذه التفرقة، كما أنه من غير المعقول أن يجعل المشرع في المادة 45 الشرط لاغيا تلقائيا، ثم ينص في المادة 47 من ذات القانون أن الدفع بعدم الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام[2].

أمام وجاهة الانتقادات الموجهة للاقتراحين الأول والثاني، قدم الفقه ذاته قراءة ثالثة للمادتين بحيث اعتبر أن المشرع أورد حكما خاصا في المادة الأولى ومنع من خلاله الأطراف من الاتفاق على منح الاختصاص لجهة غير مختصة ما لم يكن الأمر متعلقا بتجار، ثم جاء بصياغة عامة في المادة الثانية[3].

نتيجة لتضارب هذه التأويلات، لا يمكن وفقا للفقه السابق فض التناقض الوارد بين المادتين إلا من خلال اسقاط الشطر الأول من المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ودمج المواد 45 ،46، 47 ليصبح النص كالآتي: " يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار. يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك. يكون القاضي

[1]- عبد الرزاق دربال، ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الإختياري لجهة قضائية معينة، ملتقى وطني يومي 21 و 22أفريل 2010 حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة، واقع متطور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص.23.

[2]- نفس المرجع، ص.23.

[3]- نفس المرجع، ص.24.

مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له، يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول"[1].

ولئن كان هذا موقف جانب من الفقه، فإن البعض[2] يرى عدم وجود تناقض بين المادتين، بحيث تعالج المادة الأولى فرضية إدراج الشرط المانح للاختصاص في النزاع الذي قد يثور مستقبلا بين الطرفين، وهي لا تجيزه إلا بين التجار، في حين أن المادة الثانية تخص الحالة التي يثور فيها النزاع ويعبر الخصوم عن قبولهم منح الاختصاص لجهة غير مختصة بحضورهم أمامها، ويعتبر هذا التفسير الأقرب إلى الصواب، ذلك أن المشرع سعى بموجب المادة 45 إلى حماية المستهلك فمنع الشرط المانح للإختصاص، في حين أجاز بمقتضى المادة 46للمستهلكين الحضور باختيارهم أمام جهة قضائية غير مختصة، وتكمن الحكمة من وراء استحداث المادتين في حماية المستهلك من حالة الضعف التي يكون فيها في الحالة الأولى دون الثانية.

إذا كان هذا التفسير سليما، إلا أنه يتوجب الذكر أن البند المانح للاختصاص والوارد في العقد قبل قيام النزاع لا يكون ضارا بمصلحة المستهلك في كل الحالات، وعليه يقتضي الأمر عند تمديد العمل بالمادتين على المستوى الدولي تطويعهما، بتكريس مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة لكافة العقود، سواء كانوا تجار أو غير تجار، ليصبح المبدأ كأصل عام مشروعية الشروط المقررة للاختصاص القضائي الدولي، ما لم يترتب عليها المساس بمصلحة المستهلك.

هذا عن موقف المشرع الجزائري من ضابط الخضوع الاختياري أما بخصوص التشريعات الدولية فيلاحظ أن مشروع اتفاقية لاهاي تعرض له بموجب المادة 17 فمنح للأطراف الحرية الكاملة في الاتفاق على اختصاص قضاء معين للنظر فيما يثور بينهم من نزاعات[3]، كما منح التنظيم الأوروبي رقم 1215 لسنة 2012 المتعلق بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية بموجب المادة 1/25منه الاختصاص لمحاكم الدولة المتفق عليها بين الأطراف، حيث نص على أنه :" إذا اتفق الأطراف، بدون اعتبار لموطنهم، على جهة قضائية أو قضاء دولة عضو لعرض خلافاتهم الناشئة أو التي ستنشأ بشأن علاقة قانونية محددة، تكون هذه الجهات القضائية مختصة، إلا إذا كان الاتفاق الذي يمنح الاختصاص باطل وفق قانون تلك الدولة العضو..."[4].

---

[1]- عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص.26.

[2]- صاري نوال، القانون الدولي الخاص، محاضرات منشورة ألقيت على طلبة السنة الثالثة ل.م.د، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2017-2018، ص.18؛ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، طبعة ثالثة مزيدة ومنقحة، منشورات بغدادي، الجزائر،2011،ص.97.

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 54.

[4]- Art 25AL1 du Règlement (UE) n° 1215/2012 dispose que : « Si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des

ولكن، لما كانت هذه المسائل تخص الالتزامات العقدية الدولية الواردة على دعائم ورقية، فإن انتشار التجارة الإلكترونية المعتمدة أساساً على الوسيلة الإلكترونية طرح إشكالية قدرة الأطراف على إدراج الشرط المانح للاختصاص في اتفاقهم لتسوية المنازعات الناشئة عن عقودهم التجارية الإلكترونية.

لأهمية هذه المسألة، سيتم التعرض إلى ملائمة صور ضابط الخضوع الاختياري لتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية (**البند الأول**)، ثم لملائمة شروط ضابط الخضوع الاختياري لتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية(**البند الثاني**).

البند الأول: فعالية صور ضابط الخضوع الاختياري لتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية

لاريب أن ضابط الخضوع الاختياري يتخذ صورا متعددة إذ قد يكون ذلك الاتفاق صريحا وفيه يتفق الطرفان على منح الاختصاص لقضاء دولة معينة غير مختصة أصلا طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي الخاص لنظر النزاعات التي تنشأ عن علاقاتهم التعاقدية[1]، كما أنه قد يكون ضمنيا، كأن يعين الطرفان موطنا مختارا لهما في دولة معينة، أو يحضر أحدهما جلسة المحاكمة دون أن يقيد خضوعه الاختياري لقضائها. وفي هذا الإطار يتوجب الذكر أن سكوت المدعى عليه عن الدفع بعدم الاختصاص يعد دليلا على قبوله الضمني الخضوع لولاية محاكم هذه الدولة[2]، في حين أن غيابه عن الحضور أمام المحاكم الوطنية لا يعني قبوله الضمني على الخضوع لمحاكمها،وهو الأمر الذي يتوجب معه على المحكمة القضاء بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، ما لم تكن محاكمها مختصة لسبب آخر[3].

إن إنتشار الصورة الأولى المتمثلة في إدراج بند في العقد لمنح الاختصاص لجهة قضائية غير مختصة، سمح بوجود إجتهادات قضائية، أهمها ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية والتي أكدت على شرعية مبدأ "شرط تحديد المحكمة المختصة" منذ سنة 1930 إثر نظرها في قضية (Mardélé)التي اتفق فيها تاجرين فرنسيين في عقد بيع (Blé chilien) على منح الاختصاص للمحاكم الانجليزية إذا ثار نزاع بينهما، وقررت: " إذا ما

=différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. »

[1]- جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص.91؛ محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم (15) لسنة2004 ،ط1 دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.225.

[2]- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص. 152؛ غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص. 291؛ محمد سعادي، المرجع السابق، ص.180؛ أعراب بلقاسم، ج2، المرجع السابق، ص.27.

[3]- حسين الهداوي، المرجع السابق، ص. 252.

اختص القضاة بالبحث عن نية الأطراف وتحديد معنى نيتهم ومدى الاتفاق، فهذه السلطة لا يمكن اعتبارها رفض تطبيق الاتفاق، طالما كان ذلك الاتفاق واضحا، صريحا ورسميا"[1].

بهذا يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية استلزمت لصحة البند المانح للاختصاص والمدرج في العقد أن يكون واضحا صريحا ورسميا، ولئن كانت هذه الشروط قد تقررت في مجال المعاملات العادية، فإنه يتوجب تحديد مدى ضرورة توفرها في مجال المعاملات الإلكترونية خاصة بعد أن تبين أن ضابط الخضوع الاختياري يعد أحد أهم الضروريات التي يفرضها التعامل عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية، كون أن اتفاق الأطراف على تحديد محكمة مختصة دوليا بالنزاع سينهي المشاكل الناجمة عن تطبيق ضوابط الاختصاص القضائي المعتمدة على مفهوم المكان الجغرافي،التي تعتبر معدومة في المعاملات التي تتم عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية مثل ضابط الموطن، وضابط محل الالتزام وتنفيذه، ناهيك عن أن مثل هذا الاتفاق سيحقق المصلحة المشتركة لأطراف العقد، وسيساهم في تنفيذ الأحكام الأجنبية[2].

لأهمية النتائج المترتبة على إدراج البند المانح للاختصاص في مجال المعاملات الإلكترونية، عمد أصحاب المواقع التجارية الالكترونية إلى إدراجه في الشروط العامة للبيع، وقد طرح مثل هذا الأمر إشكالا كبيرا ذلك أن مستخدم الانترنت يوقع على العقد الرئيسي لا على الشروط العامة للبيع التي تكون مرتبطة بالعقد الأساسي عن طريق روابط تشعبية.

إن صحة مثل هذا الشرط تستلزم أن يرد بشكل واضح وصريح، وذلك ما أكده القضاء الأمريكي في قضية(Mendoza) حيث اعتبر أن الشرط المحدد لمحكمة دولة فرجينيا للنظر في النزاع باطل، طالما أنه كان مدرجا ضمن الشروط العامة في مصطلحات الخدمة (terms of service)بشكل غامض وغير واضح[3]، ولاشك أن سبب تبني القضاء لهذا الموقف يكمن في عدم قدرة مستعمل الإنترنت(Internaute)على التنبه له لوروده ضمن الشروط العامة لاستخدام الموقع.

وفي السياق ذاته، يلاحظ أن محكمة العدل للاتحاد الأوروبي أجازت إدراج البند المانح للاختصاص في الشروط العامة للبيع، غير أنها استلزمت إجراء مراجعة صريحة له في النص الفعلي الذي وقعه الطرفان[4].

---

[1]- وذلك في إحدى القرارات القضائية الفرنسية المشهورة .Cass. civ. 19 février 1930, 1933 . مشار إليه من طرف، صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 54.

[2]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 55.

Oliver Cachard, la régulation internationale du marché électronique, op.cit., p.439.

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 70.

[4]- C.J.C.E. , 14 decembre 1976, aff.24/76,Estasis Salottic.Ruwa. Cf .ChihebGhazouani, op.cit., p.363 et .s.

ولا يقتصر الأمر على ذلك، بل يتوجب لصحة الاتفاق المانح للاختصاص في مثل هذه الحالة، أن يكون قبول مستخدم الانترنت صريحا وواضحا من خلال الضغط على الأيقونة(click warp) المخصصة لكلمة القبول (I agree) ، وهو ما أكده القاضي (Winkler) في قضية [1](Microsoft Corp Rudder) التي قرر فيها صلاحية الشروط المحددة للمحكمة المختصة في العقود الإلكترونية وفقا لنظام (click warp).

بناء عليه، يتضح أن اتفاق الأطراف إلكترونيا على منح محكمة معينة صلاحية الفصل في نزاعاتهم القائمة أو المستقبلية، ينبغي أن يُعبر عنه برضاء صريح وواضح من خلال الضغط على أيقونة (I agree) وفقا لرخصة (Click warp،) كما وينبغي أن يبرز الشرط بوضوح، فإذا كان مدرجا ضمن الشروط العامة للبيع بالشكل الذي يجعله غير واضح وغامض (mystérieuse) لأطراف العقد، فإنه يكون غير صحيح.

علاوة على ما تقدم، يطرح البند المانح للاختصاص في مجال البيئة الالكترونية مشكلة عملية أخرى، ذلك أن بعض المواقع التجارية الالكترونية لا تقتصر على إدراج ذلك الشرط ضمن الشروط العامة للبيع، بل تدرج الشروط ذاتها في صفحات الويب (web) أو في نافذة منفصلة تسمى (pop up) ، ووفقا لهذه التقنية تظهر صفحات إعـلانية تـحتوي على شروط عامة للبيع، ويتم إيقاف ظهور تلك النوافذ عن طريق برامج مثل برنامج (Mozila Firefox) (Internet Explorer)، وذلك حتى لا يتم إغراق مستخدم الانترنت بالصفحات الإعلانية. وعليه فإنه وفي مثل هذه الحالة يبقى التساؤل مطروحا حول ما إذا كان مستخدم الانترنت قد اطلع على الشروط التعاقدية التي قدمها البائع من خلال نافذة (pop up)، في حين أنه واقعيا لم يطلع عليها بسبب الإعدادات الأمنية للبرامج المثبتة في جهاز المستخدم.

الإجابة على هذه السؤال تقتضي الاستعانة بما توصل له القضاء الألماني الذي فصل في قضية تتعلق بنزاع بين مستهلك ألماني وموقع يناصيب استهدف السوق الألماني، إلا أنه لم يكن بإمكان مستخدم الانترنت الذي أراد التسجيل في اللعبة الوصول إلى قواعد المشاركة إلا من خلال النافذة المنفصلة (pop up)، وهو ما يتمكن من القيام به، كون أنه منع آليا من الولوج إليها بواسطة برنامج مستخدم الانترنت.

في هذه القضية قررت المحكمة بأن استخدام تقنية(pop up)لا يتماشى ومتطلبات الإعلام الخاصة بالقانون الألماني، لأن المعلومات المرسلة بواسطة هذه النوافذ لا يمكن الاعتماد عليها بما يضر مصلحة المستهلك[2].

---

[1]- Rudder. Microsoft corporation (1999) 2 , c.p.r (4TH) 474 (ont .s.c.j) .

مشار إليه من طرف، صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 70.

[2]- Cf .Chiheb Ghazouani, op.cit., p.365.

إن جدارة هذا الحل تستوجب تبنيه من قبل التشريعات، ذلك أن وضع بند الاختصاص على نافذة منبثقة يدل على سوء نية المحترف، وعليه يجب أن تبرز هذه البنود الهامة على الموقع نفسه، أو على العقد الالكتروني ذاته.

للإشارة، فإن البند المانح للاختصاص في المجال الالكتروني، يتخذ صورة أخرى، إذ قد يتم إعلام مستخدم الانترنت به عن طريق البريد الالكتروني بعد توقيعه للعقد، وقد أجازت محكمة العدل الأوروبية للاتحاد الأوروبي مثل هذه الطريقة، واعتبرت الإبلاغ كاف لجعل الشرط نافذا ضد مستخدم الانترنت، طالما أن هذا الأخير لم يعترض عليه[1].

استنادا لهذا الاجتهاد، أكد أحد الفقهاء [2]على سلامة هذا الحل في مجال التجارة الإلكترونية، فعدم اعتراض مستخدم الانترنت الذي يتلقى عبر بريده الالكتروني رسالة تذكير بالبند المانح للاختصاص تعد موافقة من طرفه، غير أن ذلك الرأي انتقد من نواحي متعددة، إذ لا يمكن تفسير السكوت في جميع الفرضيات على أنه قبول من مستخدم الانترنت، كما أنه لا يوجد ما يؤكد بشكل قطعي ولوج المستخدم إلى بريده الإلكتروني، طالما لم يطلب منه تقنيا التأكيد على قراءته لتلك الرسالة[3].

بعد أن تم تحديد فعالية صور الخضوع الاختياري في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وجب التطرق للشروط الواجب توافرها لإعماله.

البند الثاني: ملائمة شروط ضابط الخضوع الاختياري لتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية

من المعلوم أن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي لا يتطلب شروطا محددة لصحة الشرط المانح للاختصاص، غير أن الفقه وبسبب الخطورة التي تترتب على ذلك الاتفاق، استلزم توفر شروطا محددة. بعضها موضوعية كرسها القضاء الفرنسي في أحكامه المتعددة، والأخرى شكلية.ولئن كان تطلب هذه الشروط مقرر في العالم المادي،فإن الإشكال يطرح بخصوص مدى إمكانية تمديد العمل بهذه الشروط في العالم الالكتروني، وعليه هل يستلزم إعمال هذا الضابط في المجال الإلكتروني توافر الشروط ذاتها، أم ينبغي توفر شروط أخرى تتماشى والبيئة الإلكترونية؟ هذا ما سيتم بيانه بالتطرق إلى كل من الشروط الموضوعية للاتفاق المانح للاختصاص (**أولا**)، ثم الشروط الشكلية للاتفاق المانح للاختصاص (**ثانيا**).

---

[1]- C.J.C.E., 11juillet 1985 , aff.221/84, BerghoeferGmbH. Cité par, chiheb Ghazouani, op.cit., p.364.

[2]-Cf. Sylvette Guillemard, le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, thèse en cotutelle de paris II et de l'Université Laval (Québec), décembre 2002,p. 39.

[3]- Cf. Chiheb Ghazouani, op.cit., p.365.

أولا: الشروط الموضوعية للاتفاق المانح للاختصاص

لقد كرس القضاء الفرنسي في القضايا التي فصل فيها عند نظره في صلاحية البند المانح للاختصاص في المجال الدولي شروطا موضوعية، غير أن هذه الأخيرة وردت بصدد منازعات العالم المادي، ولأهميتها سيتم التطرق لها لبحث ملاءمتها في المجال الالكتروني.

1: الصفة الدولية للمنازعة

لقد أثار هذا الشرط جدلا فقهيا صاخبا في مجال القانون الدولي الخاص، إذ بينما يشكك جانب من الفقه[1] في ضرورة إتصاف النزاع محل الاتفاق المانح للإختصاص بالصفة الدولية، يجمع غالبية الفقه[2] على ضرورة أن يكون الاتفاق المانح للإختصاص واردا بصدد منازعة متضمنة عنصرا أجنبيا، فحسب هذا الاتجاه يترتب على منح محكمة أجنبية صلاحية النظر في المنازعات الوطنية البحتة بطلان الاتفاق، إذ يعتبر باطلا وعديم الأثر اتفاق أطراف متحدي الجنسية على منح الإختصاص لمحاكم دولة أخرى بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد المبرم بينهما في الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما والمراد تنفيذه بها[3].

في الحقيقة استلزام تحقق هذا الشرط بالنسبة للتشريعات المنظمة للاختصاص القضائي الدولي شأن المشرع المصري لا يطرح إشكالا، رغم عدم وروده بصفة صريحة في النص القانوني المنظم لضابط الخضوع الاختياري، وسبب ذلك أن المادة 32 من قانون المرافعات المصري لا تعالج سوى حالات الاختصاص القضائي الدولي، ومثل هذا التنظيم يقتضي اتصاف النزاع بالصفة الدولية[4].

ولئن كان هذا موقف الفقه من شرط دولية النزاع في القانون المصري، فإنه ينبغي الذكر أن المشرع الفرنسي على غرار نظيره الجزائري لم يقرر ذلك الشرط نتيجة لعدم تنظيمه لقواعد الاختصاص القضائي الدولي واكتفاءه حين قيام النزاع، بتمديد العمل بقواعد الاختصاص الإقليمي إلى المجال الدولي بما يتلاءم وعملية التطويع، ولكن يلاحظ أن القضاء الفرنسي استلزم توافر هذا الشرط بحيث قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها السالف الإشارة إليه مشروعية الشروط المعدلة للاختصاص القضائي الدولي كأصل عام طالما كان الشرط منصبا على نزاع دولي.

---

[1]- وهو موقف (HéléneGaudément-Tallon) مشار إليه من طرف حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.93.

[2]- وهو موقف (Batiffol,Jodlowski, Frances cakis, Mayer) . مشار إليه من طرف حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.93.

[3]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 1999، ص.97.

[4]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.107.

وفقا لما سبق ذكره، واستنادا لموقف القضاء الفرنسي، ولما تعارف عليه جمهور الفقه، يعد الاتفاق المانح للاختصاص مشروعا كأصل عام طالما أن الشرط كان منصبا على نزاع دولي، وسواء تمت المعاملة بطريقة مادية أو إلكترونية.

2: وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة

يشترط الفقه المعاصر [1]ضرورة توافر رابطة بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح أمامها، وقد تُستمد هذه الرابطة من عناصر شخصية أو من عناصر موضوعية ترتبط بالعلاقة القانونية محل النزاع، ومثال الحالة الأولى انتماء أحد الأطراف بجنسيته إلى دولة المحكمة المختارة للفصل في المنازعة ذات الطابع الدولي، ومثال الحالة الثانية ارتباط أحد عناصر العلاقة بالدولة التي تتبعها المحكمة المختارة، كأن يتم تنفيذ العقد بها[2].

لتحديد المقصود بالرابطة انقسم الفقه إلى فريقين: بحيث استوجب الفريق الأول أن تكون الرابطة جدية بين المحكمة المختارة والنزاع المطروح أمامها،وذلك للحفاظ على رغبة المشرع في جعل إرادة الخصوم ضابط اللاختصاص القضائي الدولي لافتراض قيام هذا الضابط على أسس ثابتة تؤدي إلى القضاء على فكرة انصياع القضاة لأهواء الخصوم على نحو يخل بحق الدولة الأصيل في تنظيم اختصاص محاكمها[3]، وكذا لضمان فعالية الأحكام الصادرة من المحاكم الوطنية[4].

أما الفريق الثاني فقد استوجب أن تكون الرابطة قائمة على فكرة المصلحة المشروعة،[5] ذلك لصعوبة وضع معيار منضبط لتحديد مضمون فكرة الرابطة الجدية، فهناك حالات يصعب فيها تحديد جدية الرابطة، ومن ذلك إبرام الأطراف لعقدهم في شكل نموذجي متعارف على استخدامه في دولة المحكمة المختارة[6]. وعليه معيار تحديد الصلة حسب هذا الاتجاه لا ينبغي أن يشمل ارتباط النزاع بمحكمة معينة، بل ينبغي أن يتحدد من خلال ما يحققه اختصاص قضاء معين للخصوم ولو كان ذلك القضاء محايدا، بحيث يكون الاتفاق المانح للاختصاص باطلا إذا لم يكن الهدف من ورائه إلا الغش نحو قواعد الاختصاص[7].

رغم وجاهة الحجج التي ساقها الفقه لتبرير شرط الرابطة بين النزاع والمحكمة المختارة في مجال الاختصاص القضائي الدولي، لم تورد التشريعات هذا الأخير ضمن نصوصها القانونية، لكن بالرجوع إلى القضاء الفرنسي

---

[1]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص. 102.

[2]- محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق،ص.93.

[3]- وهو موقف (هشام صادق، أحمد عبد الكريم سلامة، Loussourant et Bourel، Mayer) مشار إليه من طرف، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.108.

[4]-محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص. 314.

[5]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 267.

[6]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص.104

[7]- وهو موقف (عكاشة عبد العال). مشار إليه من طرف، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص. 109.

يلاحظ اعتماده على فكرة "المصلحة المشروعة"، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صلاحية الشرط المحدد للمحكمة المختصة بين الشركة الفرنسية والشركة الألمانية اللتان اتفقتا على تعيين محكمة سويسرا للفصل في النزاع رغم عدم وجود أي عنصر في النزاع يرتبط بهذه المحكمة، وأسست قرارها كالتالي:" اختيار محكمة أجنبية غير محكمة دولة الطرفين يعتبر ضمانة واضحة لأطراف العقد، فتعيين محكمة ثالثة غير محكمة دولة الطرفين تكون صعوبته موزعة ومقسمة بين المتعاقدين بشكل منصف وعادل"[1].

وإذا كان هذا موقف القضاء الفرنسي، فإن الفقه المصري تبنى فكرة "جدية الرابطة"، وفي هذا يذكر الدكتور (هشام علي صادق): "إن صعوبة الكشف عن مدى مشروعية المصلحة، بوصفها شرط لصحة الاتفاق المانح للاختصاص يستوجب الاعتماد على ارتباط النزاع بإقليم المحكمة"[2].

إذا كانت هذه القواعد واردة في مجال الالتزامات التعاقدية العادية، فإنه في مجال العقود الإلكترونية يلاحظ أن اتفاق الأطراف على منح الاختصاص لجهة قضائية معينة دون مراعاة وجود الصلة المعقولة أي الجدية بينها وبين النزاع المعروض عليها يؤدي إلى رفض قضاتها نظر النزاع وفقا للفقه المصري، واعتباره صحيحا وفقا للقضاء الفرنسي.

بناء على ما تقدم، يتصور أن رأي القضاء الفرنسي هو الأجدر بالتأييد، وينبغي على القضاء الجزائري الأخذ به في مجال عقود التجارة الالكترونية لتميز شبكة الانترنت بانعدام الصلات والروابط الجغرافية، وعدم القدرة على تركيز الضوابط المحددة سلفا كضابط الموطن، ضابط محل الإبرام وضابط محل التنفيذ تركيزا جغرافيا، سيما أن قيام الأطراف بتحديد المحكمة المختصة دوليا بمناسبة العقود الإلكترونية المبرمة بينهم وفقا لإرادتهم يمثل في جوهره مصلحتهم المشتركة، وإن كان هناك صعوبات، فإن كلا الطرفين سيتحملانها بالتساوي[3].

في هذا الإطار ينبغي الإشارة أن الرأي الأخير يبرز بحدة في مجال الدعاوى المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، حيث تشير العديد من المواقع الإلكترونية بصفة صريحة في صفحاتها الرئيسية إلى موطن مختار غير موطنها الحقيقي بخصوص ما تبرمه من تعاقدات مع عملائها، وغالبا ما يكون ذلك الموطن الولايات المتحدة الأمريكية، رغم أن تلك المواقع يمكن ألا تكون أمريكية، بل وليس لها مركز إدارة رئيسي في الولايات المتحدة الأمريكية، بل ولا يوجد لها حتى فرع مادي فيها، واختيار هذه الدولة يكون سببه وجود مصلحة مشروعة بها كأن تكون من الدول الأولى

[1] -Cass. com. 19 décembre 1978.

مشار إليه من طرف، صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 66.

[2]- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص.174 وما يليها.

[3]- من ذلك رأي الباحثة: (صفاء فتوح جمعة فتوح)، نفس المرجع، ص. 67.

التي فصل قضاؤها في منازعات التجارة الإلكترونية، أو لوجود تشريعات خاصة بها لمواجهة هذا النوع من التعاملات[1].

3: ألا يكون إختصاص المحكمة المتفق على سلب الاختصاص منها قاصرا عليها:

من منطلق أن اتفاق الأطراف على منح الاختصاص لجهة قضائية غير مختصة يترتب عليه سلب الاختصاص من محاكم أخرى مختصة، فقد اتجه القضاء الفرنسي إلى تعليق صحة ذلك الاتفاق بعدم ارتباطه بحالات الاختصاص الأصلي، أو ما يسمى بالاختصاص القاصر أو الوجوبي.

وبالرغم من أهمية هذا الشرط لم يتمكن فقه القانون الدولي الخاص من وضع معيار منضبط يتم على أساسه تحديد ما يعد وما لا يعد من حالات الاختصاص القاصر، إذ بينما أدرج الفقه الفرنسي ضمن حالاته كل من الدعاوى المتعلقة بمسائل الحالة المدنية للأشخاص، الدعاوى العينية العقارية، وما يتعلق بطرق التنفيذ[2]، وسع الفقه المصري من تلك الحالات، بحيث استعان الفقيه (محمد كمال فهمي) بصياغة المواد لتحديد حالات الاختصاص الوجوبي، فأدرج ضمنها ضابط موطن المدعى عليه، مكان تواجد المال، ضابط محل الإبرام أو التنفيذ، دعاوى الإفلاس الذي اشهر بمصر، مسائل الإرث ودعاوى التركات، الإجراءات الوقتية والتحفظية، في حين أدرج ضمن حالات الاختصاص الاختياري، المسائل المتعلقة بضابط الجنسية، ضابط الخضوع الاختياري، المسائل الأولية والطلبات العارضة والدعاوى المرتبطة، طلبات فسخ الزواج أو التطليق، طلب نفقة للأم أو للزوجة أو للصغير، الدعاوى المتعلقة بنسب الصغير المقيم في مصر[3].

وإلى جانب الرأي السابق، أيد الفقيه(أحمد سلامة) صحة هذا الشرط، إلا أنه عدد حالات الاختصاص القاصر استنادا للغرض من قواعد الاختصاص القضائي الدولي، بحيث إذا كان الهدف من وراء هذه القواعد حسن إدارة القضاء كانت من قواعد النظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، أما إذا كان الهدف منها التيسير على المتقاضين جاز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

وقد أدرج وفقا لهذا التحليل ضمن حالات الاختصاص القاصر، الدعاوى المتعلقة بمال موجود في مصر، مسائل الإفلاس، وكل ما يتعلق باختصاص الإجراءات الوقتية والتحفظية، في حين أدرج ضمن حالات

---

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 75؛ عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.182.

[2]- عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص.26.

[3]- هشام خالد، طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة لاتجاهات الفقه والقضاء، ط1، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 1997، ص،ص.99-100.

الاختصاص الجوازي، ضابط الجنسية، ضابط الخضوع الاختياري، وكذلك ضابط الاختصاص في المسائل الأولية والدعاوى المرتبطة عموما، وضابط موطن أو محل إقامة المدعى عليه[1].

ولئن كان هذا موقف الفقه المصري، فإن تمييز حالات الاختصاص القاصر عن المشترك في القانون الجزائري تستند إلى صياغة هذه المواد، بحيث تعد الحالات الواردة في المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من حالات الاختصاص الوجوبي، التي لا يجوز للأطراف فيها الاتفاق على سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية ومنحه لمحاكم أخرى أجنبية[2].

بناء على ما تقدم، ينبغي الذكر أن حصر ما يعد وما لا يعد من الاختصاص القاصر لا يتماشى وتطور الحياة الدولية، وعليه يتوجب الابتعاد عن التقسيمات الجامدة والمجردة، والتوجه نحو المرونة بمنح القاضي صلاحية تقدير كل حالة على حدى، مراعيا في ذلك ظروف وملابسات كل قضية[3].

بعد أن تم تحديد الشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة البند المانح للإختصاص، وجب بحث الشروط الشكلية.

ثانيا: الشروط الشكلية للاتفاق المانح للإختصاص

لقد سبق الذكر أن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي لم يحدد شروطا لصحة البند المانح للاختصاص، وهو ما أثار استغراب الفقه، فإجراء خطير كهذا يقتضي توفر شروط مشددة، والكتابة وفقا لهم أقل ما يمكن تطلبه.

إن رجاحة الفكر الذي توصل له الفقه السابق، تستشف من خلال نص المادة 1/23 من قواعد المجموعة الأوروبية (2001/44) التي حلت محل اتفاقية بروكسل لسنة 1986[4]، التي أصبحت المادة 1/25 من التنظيم الأوروبي 1215/2012[5] التي نصت على :"تعقد الاتفاقية المانحة للاختصاص:

---

[1]- هشام خالد، المرجع السابق، ص.103.

[2]- محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج1،ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.191.

[3]- هشام خالد، طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص.111.

[4]-Cf.Meriem Rekik, le juge du contrat électronique international, mémoire pour l'obtention du mastère de recherche en droit privé, faculté de droit, université de sfax, année universitaire 2012-2013,p.21.

[5] -Art25AL1du REGLEMENT (UE) N °1215/2012 dispose que : « La convention attributive de juridiction est conclue:

=a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite;

b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles; ou

أ- كتابيا أو شفاهيا مع تأكيد مكتوب

ب- في شكل يكون مطابقا للعادات التي أرساها الأطراف فيما بينهم؛ أو

ت- فيما يخص التجارة الدولية، في شكل مطابق لعرف يعلم به الأطراف أو يفترض علمهم به، والذي يكون معروفا بشكل واسع ومطبقا بشكل منتظم في مثل هذا النوع من التجارة من قبل أطراف العقد في نفس النوع من الفرع التجاري المعني.".

انطلاقا من هذه المادة، يتبين أن عقد الاتفاقية المانحة للإختصاص ينبغي أن يرد في شكل كتابي، ويستوي أن يكون هذا الأخير قد تم على الدعامة الورقية أو على الدعامة الإلكترونية، وذلك استنادا لنص المادة 2/25 من التنظيم ذاته، والتي كرست مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الورقية والكتابة الالكترونية، حيث نصت على أن:"كل تحويل بطريق الكتروني يسمح بالتسجيل الدائم للاتفاق يعتبر كأنه يتخذ شكلا كتابيا."[1]، وهي بذلك تكون قد تبنت موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية[2].

إن صلاحية هذه الصورة تستلزم أن تكون المعلومة متاحة ودائمة بشكل يمكن من خلاله لأطراف التعاقد الاطلاع عليها بشكل لاحق، وعليه إذا كان الاتفاق المحدد للقضاء المختص دوليا بالنزاع متاح على جهاز الكمبيوتر بشكل دائم ويمكن للأطراف الاطلاع عليه في أي وقت لاحق، فإنه يكون بذلك قد استوفى متطلب الكتابة اللازم لصلاحيته.

إذا كانت اللائحة تستلزم اثبات الاتفاق المانح للاختصاص بالكتابة، إلا أنها لم تعتبرها الوسيلة الوحيدة، بل أجازت ذات المادة للأطراف صلاحية تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاعات الناشئة عن التزاماتهم العقدية الدولية شفهيا،على أن يتم التأكيد على ذلك بالكتابة، والتي ينبغي أن تكون إلكترونية في العقود التجارية الإلكترونية.

ولا يقتصر الأمر على هاتين الصورتين فقط، بل أورد التنظيم الأوروبي صورا أخرى لصياغة الاتفاق المحدد للمحكمة المختصة بالنزاع، وتشمل كل من تطابق الشكل المصاغ به الاتفاق لعادات أطراف العقد الدولي أو

=c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties ont connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce

par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée. »

[1]- Art 25AL2 du RÈGLEMENT (UE) N°(1215/2012 dispose que :«Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite . »

[2]- Khachatur Abrahamyan, contrat de vente par voie électronique, Rapport de stage, université de Bourgogne-Institut de Relations Internationales,Master II Mention Juriste d'affaires Internationales, année universitaire2005-2006, p.15.

أعراف التجارة الدولية، وعليه يكون للأطراف صياغة شرط الخضوع الاختياري وفقا لأعراف التجارة الدولية أو عادات أطراف العقد الدولي طالما أنهم قد اعتادوا على تسيير معاملاتهم الدولية وفقا لسلوكات وأعراف معينة.

ولكن إذا كان هذا الأمر جائز في مجال المعاملات التجارية الدولية، فما مدى إمكانية اللجوء إليه في عقود التجارة الإلكترونية؟

لقد عارض اتجاه فقهي ذلك،فرفض اللجوء إلى عادات العالم المادي للاتفاق على منح الاختصاص لمحكمة معينة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود التجارية الإلكترونية، واستند في ذلك لذات الأسباب التي رُفض على أساسها اعتبار عادات التجارة الدولية مصدرا من مصادر القانون المادي الإلكتروني، في حين وسع اتجاه آخر من نطاق الإعمال، وأجاز استخدام هاتين الصورتين سواء كان اتفاق الأطراف صريحا أو ضمنيا[1].

ولئن كان اتفاق الأطراف على الاستعانة بالعادات السائدة في المجال الدولي لمنح الاختصاص لمحكمة معينة للنظر في نزاعاتهم الناجمة عن العقد الإلكتروني محل خلاف، فإن لجوءهم إلى العادات والأعراف السائدة في المجال الإلكتروني لقي ترحيبا من الفقه الذي أجمع على تطبيقه سواء كان اتفاقهم صريحا أو ضمنيا[2].

بناء عليه، إذا صيغ الاتفاق المحدد للمحكمة المختصة دوليا بالنزاع المتعلق بعقود التجارة الإلكترونية وفقا لعادات وأعراف التجارة الإلكترونية، فإن ذلك الاتفاق يعتبر صحيحا طالما ارتضى الأطراف التعامل به صراحة أو ضمنا.

بعد أن تم التطرق لضابط الخضوع الاختياري وللشروط الواجب توفرها فيه لعقد الاختصاص للمحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية، سيتم تحديد صلاحية مثل هذا الضابط في عقود الاستهلاك الإلكترونية، خاصة وأن هذه الأخيرة تعد من عقود الإذعان التي يجد فيها المستهلك الإلكتروني نفسه غير قادر على مناقشة البنود الواردة بها، غير أنه قبل التطرق لها، فلابد من تحديد الضابط الذي يوفر حماية للمستهلك في مجال العقود التجارية الدولية.

الفرع الثاني: نحو حماية إجرائية خاصة لحماية المستهلك الإلكتروني من ضابط الخضوع الإختياري

من المعلوم أن حماية المستهلك الإلكتروني في مجال الاختصاص القضائي الدولي تبدو أكثر إلحاحاً لما تتميز به العملية التعاقدية من إجراءات متسارعة، يجد فيها المستهلك نفسه أمام متاجر افتراضية من جميع أنحاء

---

[1] – وهو موقف

(Kassis (A), Le nouveau droit européen des contrats internationaux ; Cachard (O), La régulation internationale du marché électronique .

مشار إليه من طرف، صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 63.

[2] – يراجع في ذلك، ص.185 من هذه الأطروحة.

العالم تخوّل له فرصة التعاقد والشراء الإلكتروني بطرق بسيطة من جهة، وتمنعه من جهة أخرى من مناقشة شروط العقد المبرم بينه وبين البائع لانفراد هذا الأخير بوضع الشروط المناسبة له، والتي لا يكون للمستهلك حق مناقشتها أو تعديلها[1].

أمام هذا التداخل، حاولت التشريعات وضع قواعد أساسية لتكون بمثابة ركائز حقيقية لحماية المستهلك من البند المدرج في العقد الإلكتروني والمتضمن التحديد المسبق للجهة القضائية المختصة، مع إقرار هذا الشرط إذا كان في إعماله حماية له.

وعليه ما هي الضوابط التي عولت عليها التشريعات لحماية المستهلك الإلكتروني في مجال الاختصاص القضائي الدولي؟

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق إلى اختصاص محكمة موطن المستهلك في مجال عقود التجارة الالكترونية(**البند الأول**)، ثم لصلاحية ضابط الخضوع الاختياري للتطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية (**البند الثاني**).

البند الأول: اختصاص محكمة موطن المستهلك في مجال عقود التجارة الالكترونية

لاشك أن المشرع الجزائري لم يورد ضابطا لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر منازعات عقود الاستهلاك، وذلك خلافا لبعض التشريعات [2]التي سعت إلى حمايته بمنح الاختصاص لمحكمة محل إقامته سواء كان مدعي أو مدعى عليه، ولكن نظرا لأن تلك المواد وردت في مجال معاملات البيئة المادية، فإن التساؤل ظل مطروحا بشأن إمكانية إعمالها في مجال عقود الاستهلاك الالكترونية.

في هذا الإطار يلاحظ أن الفقه عمد إلى حماية المستهلك الإلكتروني في مجال الاختصاص القضائي الدولي من خلال تمديده الحماية التي قررتها بعض الاتفاقيات الرامية إلى حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في مجال المعاملات العادية على المعاملات الالكترونية، وأهمها اتفاقية بروكسل التي ميزت في المادة 14منها بين حالة ما إذا كان المستهلك مدعيا أو مدعىً عليه، بحيث إذا كان مدعياً كان له حق الخيار بين رفع الدعوى القضائية أمام محكمة موطن المورد أو أمام محكمة محل إقامته العادية، في حين إذا كان مدعى عليه فلا يكون للمدعي وهو المورد إلا أن يرفع الدعوى أمام محكمة موطن المستهلك[3]، وذلك متى توفر شرطين اثنين وهما: إبرام العقد نتيجة

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 279.

[2]- من تلك التشريعات القانون الدولي الخاص السويسري الذي قرر في المادة 1/114 بأن للمستهلك أن يرفع باختياره دعواه إما أمام : أ- محكمة موطنه أو محل إقامته العادية أو ب- محكمة موطن، وعند غيابه، الإقامة العادية لمقدم السلعة أو الخدمة. مشار إليه من طرف، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.79.

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 90.

عرض خاص موجه من البائع إلى دولة المستهلك، وإتمام المستهلك الإجراءات الضرورية الخاصة بإبرام العقد في دولته[1].

الواقع أنه، وبسبب هذه الشروط، رفض البعض تطبيق نصوص هذه الاتفاقية على عقود الاستهلاك الإلكترونية، وذلك لعدم إمكانية تحقق الشرط الأول في هذا النوع من العقود التي يتطلب تحقق العرض الخاص فيها تحديد الإيجاب جغرافيا، وهو ما لا يمكن حدوثه في عروض شبكة الإنترنت[2]، كما لا يمكن تحقق الشرط الثاني لعدم تصور قيام المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية بإجراءات التعاقد الضرورية في دولته، لأن تحقق ذلك الأمر يقتضي قيام المشتري بكتابة البيانات اللازمة في دولته قبل الشراء، وهو ما لا يتفق وعالم المواقع الإلكترونية، لاعتبار أن قيام المستهلك بكتابة بياناته على الموقع الإلكتروني قبل الشراء تصرف لا يمكن تركيزه ماديا في دولة موطن أو محل إقامة المستهلك[3].

رغم اعتراض الاتجاه الفقهي السابق على هذين الشرطين، إلا أن جانبا آخر من الفقه[4] أقرب إمكانية تطبيق نصوص الاتفاقية على المستهلك الإلكتروني لتحقق فكرة العرض الخاص من خلال نطاق التغطية الجغرافية أو المكانية المتعلقة بحدود الإيجاب الإلكتروني، عن طريق إدراج الموقع الإلكتروني لشرط قَصر عروضه على إقليم محدد وبطريقة صريحة، أو عن طريق توجيه الموقع الإلكتروني خطابات على البريد الإلكتروني لأشخاص يقيمون في دولة واحدة، كما يمكن تحقق الشرط الثاني عند قيام المستهلك بالرد الإيجابي بطريقة إلكترونية على العرض المقدم من البائع، خاصة أن اتمام الإجراءات عبر شبكة الإنترنت لا ينفي عنها أنها اتخذت في الدولة التي يقيم بها، وهو ما يسمح بتركيزها مكانيا.

بسبب النقد الذي وجه إلى معيار العرض الخاص الوارد باتفاقية بروكسل، تم السعي إلى طرح مشروع اتفاقية لاهاي لسنة1999 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية[5]، وقد راعا واضعوا هذا المشروع مسائل التجارة الالكترونية، فقرروا في المادة السابعة (7)منح الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك إذا توفر الشرطين التاليين:

-إذا تم إبرام العقد نتيجة ممارسة البائع أنشطته الإحترافية في دولة المستهلك، وبصفة خاصة من خلال ممثلين له في هذه الدولة، أو بأي وسيلة من وسائل الدعاية أو الإعلان.

---

[1]- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.176.

[2]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 280.

[3]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 126.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 281.

[5]- محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.122.

-أن يتم المستهلك الإجراءات الضرورية للتعاقد في دولته[1].

ولكن رغم محاولة مشروع اتفاقية لاهاي تفادي الانتقادات الموجهة لاتفاقية بروكسل، إلا أنه تعرض هو الآخر للنقد، لإغفاله حالة التواجد العابر للمستهلك في دولة أخرى غير موطنه أو محل إقامته المعتادة، واتخاذه الإجراءات اللازمة للتعاقد أثناء تواجده في تلك الدولة، ولعدم إمكانية توقع حدوث العرض المقدم على الإنترنت في دولة المستهلك فقط، وهو ما عبر عنه الشرط الأول بمصطلح- بصفة خاصة-، وذلك لخصوصيات شبكة الإنترنت المفتوحة على العالم بأسره[2].

لهذه الانتقادات، أصبح معيار العرض الخاص الذي أرست دعائمه اتفاقية بروكسل، ونسج مشروع اتفاقية لاهاي نصوصه على منوالها، لا يتناسب مع ما يجب تقريره من حماية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، فظهر معيار حديث في لائحة بروكسل 2001، يتوافق مع طبيعة شبكة الانترنت[3]، وقد تم تأكيد ذلك المعيار في التنظيم الأوروبي 2012-1215 في المادتين C/1/17 و18، حيث قررت المادة 18[4]منه منح المستهلك حق رفع دعواه ضد الطرف الآخر (المهني) في العقد، إما أمام الجهات القضائية للدولة العضو التي يوجد بها موطن هذا الطرف، وإما أمام الجهات القضائية التي يوجد فيها موطن المستهلك، في حين ألزمت الطرف الآخر في العقد (المهني)، برفع دعواه أمام الجهات القضائية للدولة العضو التي يوجد بها موطن المستهلك[5].

على أن الاختصاص لا ينعقد لمحكمة دولة موطن المستهلك، إلا إذا أبرم المستهلك عقده مع شخص يمارس أنشطة تجارية، أو مهنية في الدولة العضو التي يتواجد بها موطنه (موطن المستهلك)، أو إذا كان البائع قد وجه نشاطه بأي وسيلة كانت، اتجاه تلك الدولة العضو أو اتجاه مجموعة من الدول في هذه الدولة العضو، وأبرم العقد نتيجة لتلك الأنشطة[6].

---

[1]- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.210؛ صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 90؛ فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.726؛ محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.122.

[2]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.282.

[3]- Cf. Khachatur Abrahamyan, op.cit., p.16 ; Axelle Perrot-Vesperini, contrat de vente en ligne et protection du cyber-consommateur, université de Bourgogne, Faculté de droit et de science politique, Master2Recherche, Droit de la personne et protection de l'humanité, Année2005-2006,p.62.

[4]-Art 18 du Règlement (UE) N ° (1215/2012 dispose que: « 1. L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié.

2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur. »

[5]- Cf. Axelle Perrot-Vesperini, op.cit.,p.63.

[6]- Art17AL1/c Règlement (UE) n° 1215/2012 dispose que:"

من خلال ما سبق، يلاحظ أن التنظيم الأوروبي رقم 1215/2012 تخلى عن الشرط الذي أثار حفيظة النقاد، وهو الشرط المتعلق بإتمام المستهلك إجراءات التعاقد الضرورية في دولته[1]، كماوتبنى معيار النشاط الموجه[2](Activité dirigée)، الذي ينعقد بمقتضاه الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك، سواء وجه التاجر نشاطه إليها بطريقة صريحة من خلال وجود فرع أو ممثل له في إقليم تلك الدولة، أو من خلال استخدامه لوسائل أخرى كلجوئه إلى السوق الافتراضي وتوجيهه لنشاطه الافتراضي بالاستعانة بالوسط الإلكتروني[3]،وعليه أضحى المهني الذي يستخدم شبكة الإنترنت للإعلان عن خدماته يتحمل تكلفة الانتقال إلى محاكم الدولة التي وجه أنشطته إليها، وهو ما تم استنباطه من عبارة "يوجه أنشطته بأي وسيلة لدولة المستهلك"[4].

ولكن لما كان التنظيم الأوروبي 1215/2012 قد ذكر عبارة "يوجه أنشطته بأي وسيلة لدولة المستهلك" دون تحديد للطريقة التي ينبغي أن يوجه بها التاجر نشاطه، فقد طُرح إشكال بخصوص ما إذا كان إنشاء الموقع الإلكتروني يعد توجيها للنشاط نحو الدول التي يتعامل معها فقط، أم أنه يمتد ليشمل جميع دول العالم، ذلك أن الموقع الذي يتخذ من شبكة الإنترنت منبرا للانطلاق يصل إلى جميع دول العالم.

في هذا الشأن اتجه جانب من الفقه الفرنسي[5] إلى ضرورة التمييز بين المواقع الالكترونية السلبية(passif)، التي توجه إلى دول محددة دون تقديم عروض مباشرة للتعاقد، وبين المواقع الإلكترونية الإيجابية (actif)التي تقدم عروضا على الموقع لتمكين المتعامل معها من التعاقد المباشر في أي دولة كان متواجداً[6].

ووفقا لهذا التمييز،لا يمكن اعتبار مجرد الإتاحة البسيطة لدخول الموقع الإلكتروني في إقليم دولة المستهلك توجيها للنشاط نحو هذه الدولة[7]، وعليه لا يمكن أن يترتب على إنشاء المواقع الإلكترونية السلبية منح الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك، في حين أن إنشاء المواقع الإلكترونية الإيجابية يعقد الاختصاص لهذه المحاكم، وبذلك

=1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice de l'article 6 et de l'article 7, point 5):

c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'état membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet état membre ou vers plusieurs états, dont cet état membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités. »

[1]- محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.123.

[2]- Cf. Axelle Perrot-Vesperini, op.cit.,p.62.

[3]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 129.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 283.

[5]- وهو موقف الفقيه

(Fallon (m), Commerce electronique et droit international privé, Revue Critique N°3 ,2002,p.163.)

مشار إليه من طرف، عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.218.

[6]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 284.

[7]-Cf. Khachatur Abrahamyan, op.cit., p.16.

يكون التنظيم الأوروبي رقم1215/2012 قد راعى مصلحة كل من المستهلك الإلكتروني، وكذا مصلحة المورد، إذ خول للأول رفع قضيته أمام محاكم موطنه، ومنح للثاني حق الدفع بعدم إمكانية مقاضاته أمام محاكم أي دولة، طالما لم يوجه نشاطه إليها، ولم يقصد التعامل معها[1].

نتيجة للحماية الواسعة التي قررها التنظيم الأوروبي رقم 1215/2012 للمستهلك الإلكتروني، اتجه جانب من الفقه[2] إلى التأكيد على وجوب تغيير وصف المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية من مستهلك سلبي (passif) إلى مستهلك شبه سلبي (semi passif)، وهو مصطلح في محله، إذ لا يمكن إنكار الدور الإيجابي الذي يقوم به المستهلك عند تعاقده عبر الإنترنت، ومن خلال اختياره لأفضل السلع وبأقل الأثمان.

ولكن رغم اتساع نطاق الحماية المقررة للمستهلك في التنظيم الأوروبي على نحو ما سبق ذكره، إلا أن ذلك التنظيم لم يسلم من النقد، ولعل من بين ما وجه إليه قصره نطاق تطبيقه على حالة تواجد المدعى عليه بدولة من دول الاتحاد الأوروبي، بحيث لا تطبق القواعد الحمائية الواردة في التنظيم الأوروبي إلا إذا كان للمدعى عليه موطن في دولة من دول الاتحاد، وعليه إذا تعاقد مستهلك مقيم في دولة من دول الاتحاد الأوروبي مع أحد البائعين على الإنترنت، متوطن في دولة خارج الاتحاد، فإن المستهلك لن يستفيد من نطاق الحماية المقررة في التنظيم الآنف ذكره، وفي هذا يرى جانب من الفقه[3] إمكانية تجاوز المشكل من خلال عقد اتفاقية دولية عامة لحماية مستهلكي الإنترنت، على أن لا يقتصر نطاق تطبيقها على نطاق إقليمي محدد.

هذا بخصوص ضابط محل إقامة المستهلك بالنسبة للتشريعات التي أوردت نصوصا قانونية لحمايته، أما بخصوص التشريعات التي لم تورد مثل هذه النصوص، وفي مقدمتها المشرع الجزائري، فإنه ينبغي عليها التدخل لتدارك القصور الوارد في تشريعاتها، من خلال سن قاعدة قانونية تمنح الإختصاص بنظر منازعات عقود الاستهلاك للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المستهلك، مع منح هذا الأخير إذا كان مدعيا حق التقاضي إما أمام محاكم موطنه أو أمام محكمة موطن المورد.

إذا كان الوضع كذلك بالنسبة لضابط محل إقامة المستهلك، فما هو وضع ضابط الخضوع الاختياري في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية؟

البند الثاني: صلاحية ضابط الخضوع الاختياري للتطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية.

لقد سبق الذكر أن المشرع الجزائري لم يحدد اختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود الاستهلاك الدولية، وهو بالمثل لم يقرر أي حكم يتعلق بمنع إدراج الشرط المانح للاختصاص في هذا النوع من العقود، رغم أن مثل هذا الشرط يعرض المستهلك لخطر تحمل مصاريف قضائية باهضة وإمكانية مقاضاته أمام محاكم بعيدة عن دولته.

---

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 285.

[2]- من ذلك الفقيه((Fallon (m) . مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 134.

[3]- وهو موقف الفقيه ((Gillies (L) ، نفس المرجع، ص. 137.

ونظرا لعدم تنظيم المشرع الجزائري لموضوع الاختصاص القضائي الدولي عموما- باستثناء ما ورد في المادتين 41و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية-، فإنه يتوجب كما حدث بالنسبة لكافة ضوابط الاختصاص الأخرى تمديد العمل بقواعد الاختصاص الإقليمي الداخلية والواردة لتنظيم الاتفاق المانح للاختصاص إلى المجال الدولي بما يتلاءم وعملية تطويعها، وفي هذا الشأن يلاحظ أن المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي المعنية بالاعمال، ولا مراء في أن هذه المادة تقرر عدم إمكانية الاعتداد بالشرط الذي يمنح الاختصاص لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين تجار.

الحقيقة أن الرجوع لهذه المادة يترتب عليه اعتبار الاتفاق على منح الاختصاص محضور في المجال الداخلي، ما لم يتم بين تجار، وعليه متى ورد بند الإختصاص في مجال عقد الاستهلاك الدولي ، وجب عدم الاعتداد به، ولعل سبب رفض المشرع الاعتداد بالشرط المانح للاختصاص والوارد بصفة مسبقة في العقد حماية الطرف الضعيف من تعسف وجور الطرف القوي، الذي قد يدرج هذه الشروط بما يحقق له مصلحته، فيعمد إلى استدعاء المستهلك أمام جهة قضائية بعيدة عن محاكم دولته ويكلفه بتحمل مصاريف قضائية باهظة، رغم أن العقد المبرم بينهما من العقود البسيطة القيمة، وهو ما أثبته الواقع العملي، حيث غالبا ما يعمد المهني إلى إدراج الشرط المانح للاختصاص ضمن المواقع الالكترونية، ويتعاقد المستهلك معه تحت طائلة الحاجة، أو نتيجة لعدم انتباهه لذلك الشرط لوروده ضمن البنود العامة[1].

لهذه الأسباب، يؤكد الفقه[2] أن الشرط المانح للاختصاص الوارد في عقود الاستهلاك بصفة سابقة على قيام النزاع، شرط فاسد مثله مثل شرط الإعفاء من المسؤولية، ذلك أنه يكون محددا من قبل الطرف الأكثر قوة، ويشكل بذلك عدم توازن في مواجهة الطرف الأضعف، وهو من ثم شرط تعسفي الهدف منه خلق عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب غير المهني أو المستهلك، خاصة وأن المستهلك لا يكون بإمكانه مناقشة هذه الشروط، أو على الأقل يتغاضى عنها في سبيل إتمام الصفقة، دون إدراك منه لعواقب تلك التصرفات.

الحقيقة أن توجه المشرع الجزائري صائب، غير أنه ناقص نوعا ما، فاستلزامه اعتبار الشرط لاغيا في عقود الاستهلاك، يقتضي عدم الاعتداد به ولو كان في مصلحة المستهلك، ومن ثم كان يفترض أن يتم تكريس مبدأ سلطان الإرادة في مجال البند المانح للإختصاص، ويترك للقاضي السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان ذلك البند يضر أو لا يضر بمصلحة المستهلك.

[1]- محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.96؛ حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 141.

[2]- Steinmetz et MM. Calais- Auloy.citepar ,Chiheb Ghazouani, op.cit. p.381.

ويمكن التأكيد على هذا الطرح بموجب قرار مجلس قضاء الاتحاد الأوروبي[1] الذي ألزم القاضي بضرورة مراقبة مدى اعتبار الشرط المانح للاختصاص بندا تعسفيا، وذلك من خلال ما يترتب على إدراجه من اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف.

بهذا يتبين أن هذا القرار لا يكيف الشرط المانح للاختصاص الوارد في عقد الاستهلاك بأنه شرط تعسفي في كل الأحوال، بل لا بد لإطلاق هذا الوصف عليه أن تتوفر فيه خصائص الشرط التعسفي، ويترتب عليه الإخلال بالتوازن بين حقوق والتزامات الأطراف، ويعتبر الشرط المانح للاختصاص –وفقا لقرار المحكمة الأوروبية والذي لم يصدر – صحيحا في أربع حالات، وتشمل حالة وجود اتفاقية مكتوبة، وجود قبول شفهي مع تأكيد مكتوب، وروده في شكل يكون مطابقا للعادات التي أرساها الأطراف فيما بينهم؛ وكذا حالة وروده في عقد تجاري دولي، في شكل مطابق لعرف يعلم به الأطراف أو يفترض علمهم به، على أن يكون ذلك الأخير معروفا بشكل واسع ومطبقا بشكل منتظم في مثل هذا النوع من التجارة من قبل أطراف العقد في نفس النوع من الفرع التجاري المعني[2].

إذا كان هذا هو وضع الشرط المانح للاختصاص والوارد بصفة سابقة على قيام النزاع، فإنه لابد من الإشارة إلى أن الاتفاق اللاحق على قيام النزاع بين الطرفين يكون صحيحا، لانتفاء العلة التي من أجلها اعتبر الشرط تعسفيا، فبعد قيام النزاع تتساوى إرادة الطرفين، ويكون بالإمكان التعويل على مثل ذلك الاختيار، ما لم يحظر المشرع مثل ذلك[3].

هذا على المستوى الوطني، أما على المستوى الدولي فيلاحظ أن التنظيم الأوروبي1215/2012 حظر اتفاق الأطراف على منح الاختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المستهلك، متى تعلق الأمر بعقود الاستهلاك، غير أنه قصر ذلك على حالة الاتفاق المسبق بينهما، حيث لا يمكن للمستهلك التنازل عن اختصاص محاكم الدولة التي يوجد فيها موطنه قبل أن يثبت لهذه الأخيرة الحق بذلك،سيما أن المستهلك قد يقبل مثل هذا الاختصاص لإتمام الصفقة لا غير.

لذلك، فإنه وبعد أن حظر التنظيم الأوروبي منح الاختصاص لمحكمة غير محكمة موطن المستهلك عاد ليجيز ذلك في حالات واردة على سبيل الحصر[4]، وتشمل كل من الاتفاق اللاحق على نشأة النزاع، حالة ما إذا

[1]- CJCE, 27juin2000, aff. Jointes c-240/98Àc-244/98, Oceano, note M. Carballo Fidalgo et G.Paisant, JCP G., 2001.II.10513. Cf.Chiheb Ghazouani, op.cit. p.382.

[2]- Ibid

[3]- محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.98.

[4]-Art19 dispose que : « Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:

1) postérieures à la naissance du différend;

كان الاتفاق يمنح للمستهلك حق اختيار محكمة أخرى عن المحكمة المشار إليها في هذا التنظيم، وكذا الحالة التي يكون فيها الاتفاق على شرط الاختصاص القضائي معاصرا للاتفاق الأصلي بخصوص العقد موضوع النزاع، ويورد الأطراف بندا مفاده منح محكمة موطنهم المشترك صلاحية النظر في النزاع، على أن لا يحظر قانون تلك الدولة مثل تلك الاتفاقات.

بهذا يكون التنظيم الأوروبي قد حقق حماية كافية للمستهلك في إطار شروط الاختصاص القضائي، فأبطل كقاعدة عامة هذه الشروط في عقود الاستهلاك، ولم يجزها إلا في أحوال استثنائية منصوص عليها على سبيل الحصر[1]، وكان من الأفضل أن تورد التشريعات مثل هذه القاعدة حتى لا يحرم المستهلك من حماية أفضل من تلك التي يقررها له قضاء الدولة التي يقيم بها.

بعد أن تم تحديد مجمل الضوابط التي يتم على أساسها تحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية، والحلول التي ينبغي اعتمادها لتجاوز المشاكل التي يطرحها انعدام التركيز المكاني في البيئة الرقمية، وجب التطرق للآلية الثانية التي يكون للأطراف حق اللجوء إليها للفصل في منازعاتهم المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية

=2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres juridictions que celles indiquées à la présente section; ou

3) qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux juridictions de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions."

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 144.

المبحث الثاني: التحكيم الالكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية.

بسبب قصور النصوص القانونية المنظمة لاختصاص الهيئات القضائية عن مجابهة مشاكل عقود التجارة الالكترونية، ظهرت آلية جديدة لمواجهة كل ما يثور من نزاعات أثناء إبرام تلك العقود، وتنفيذها فأضحت الوسائل البديلة وبصفة خاصة منها التحكيم، من أهم الآليات المعول عليها.

وقد احتل التحكيم هذه المكانة لثقة المتعاملين فيه كنظام بديل لتسوية منازعات التجارة الدولية، ولقدرته على تحقيق متطلباتها التي تتماشى واقتصاد السوق، ولكن إذا كان التحكيم التقليدي يشكل حجر الزاوية للتجارة الدولية، فإنه لم يتمكن بأحكامه التقليدية من التصدي للقضايا المطروحة عليه، والخاصة بالتجارة الإلكترونية[1].

أمام هذا الوضع سعت هيئات التحكيم إلى تبني أسلوب جديد لإدارة وتسيير الخصومة التحكيمية، أسلوب يتماشى والآلية التي نجمت عنها الخلافات بين المتعاقدين، ويحافظ في الوقت ذاته على متطلبات التجارة الإلكترونية القائمة على السرعة والثقة بين أطرافها.

أسلوب وجد أساسه كغيره من الوسائل البديلة في المحافل الدولية والإقليمية، وبصفة خاصة منها التوجيه الأوروبي 2000/31 في شأن بعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات وخصوصا التجارة الإلكترونية الذي حث بمقتضى المادة 17 /1 منه الدول الأعضاء على السماح لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم، وباستخدام الوسائل التكنولوجية المعروضة في العالم الإلكتروني[2]، كما استلزم بمقتضى الفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر من الدول الأعضاء تشجيع أجهزة تسوية المنازعات خارج المحاكم، خصوصا منازعات المستهلكين، على نحو يكفل الضمانات الإجرائية لحقوق الدفاع[3]، كما يحث التوجيه الأوروبي 2013/11 المتعلق بالتنظيم غير القضائي لنزاعات المستهلكين الدول الأعضاء على تسهيل اللجوء إلى الوسائل البديلة في المنازعات المتعلقة بالاستهلاك[4].

---

[1]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات-الوساطة والتوفيق-التحكيم-المفاوضات المباشرة، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص.45.

[2]- Art 17 Al 1 du directive2000/31 dispose que:" les états membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement de différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés."

[3] -Art 17Al 2 du directive2000/31 dispose que: « les états membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire , notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation à fonctionner, de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées »

[4]- directive n° 2013/11/UE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiante le règlement (CE) n2006/2004 et la directive n°2009/22/CE :JO UE 18 juin 2013, n° L 165,P.63 ET S. cf. Karim Benyekhlef, Valentin Callipel, Emmanuelle Amar, la médiation en ligne pour les conflits de basse intensité ,Gaz .Pal, vendredi 27, samedi28 MARS 2015,135éme Année, n°86, p.18.

من هذا المنطلق سعت هيئات التحكيم إلى استخدام الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات المعروضة عليها، وكان نتيجة جهودها ظهور ما يسمى بالتحكيم الالكتروني(Arbitrage électronique) ، الذي تحولت مفاهيمه من وصفها التقليدي إلى وصف آخر إلكتروني، وتغيرت نتيجة لذلك الأحكام الضابطة له، فهل تمكن نظام التحكيم بمعطياته الجديدة من التصدي لما يثور في العالم الالكتروني من مشاكل خاصة بعقود التجارة الدولية؟

هذا ما سيتم الإجابة عليه بالتطرق إلى الإطار المفاهيمي للتحكيم الالكتروني(**المطلب الأول**)، ثم للإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم الالكتروني

لقد ترتب على ظهور التحكيم الإلكتروني عزوف الأشخاص عن اللجوء إلى الهيئات القضائية، والاستعاضة بها عنه لتسوية منازعات البيئة الإلكترونية، وبصفة خاصة منها منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وقد ساهم في ذلك انتشار هيئات التحكيم الإلكترونية المتخصصة لتسوية منازعات محددة ووفقا لتقنيات مستحدثة.

وبسبب استعانة مختلف الهيئات التحكيمية بالوسائل التقنية، يبقى السؤال المطروح إلى أي مدى يمكن أن يساهم استخدام الوسائل الإلكترونية في تحول وصف التحكيم؟ وما هي أهم هيئات التحكيم الإلكترونية؟

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق إلى مفهوم التحكيم الإلكتروني (**الفرع الأول**)، ثم للتطبيقات العملية لهيئات التحكيم الإلكترونية(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني

لا يعتبر التحكيم الإلكتروني الأسلوب الوحيد لتسوية منازعات البيئة الإلكترونية، بل إن هناك وسائل أخرى تقوم إلى جنبه، غير أن بروزه كأحد أهم هذه الوسائل يعود إلى المزايا التي يتمتع بها، وإلى إقتراب النتيجة المتوصل إليها من تلك التي تتمتع بها الهيئات القضائية.

ولأهمية ذلك سيتم التعرض لتعريف التحكيم الإلكتروني وتمييزه عن غيره من الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية (**البند الأول**)، ثم إلى مميزات ومخاطر التحكيم الإلكتروني (**البند الثاني**).

البند الأول: تعريف التحكيم الالكتروني وتمييزه عن غيره من الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

يعد التحكيم الالكتروني آلية من آليات التسوية الإلكترونية للمنازعات (ODR)[1]، التي انتشرت وذاع صيتها بعد ظهور شبكة الإنترنت وانتشار المعاملات الإلكترونية، وتعرف هذه الآليات بأنها الوسائل التي تسمح

[1]- Online Dispute Résolution.

رضوان هاشم حمدون، نحو نظام قانوني للتحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة-الإسكندرية، 2013، ص.26.

للمتنازعين بالالتقاء المادي عبر شبكة الإنترنت بغرض حسم النزاع إما باتفاق بين الأطراف أو بحكم يلزم الطرفين، وتتنوع آليات التسوية الالكترونية إذ قد تتخذ شكل المفاوضات الإلكترونية، الوساطة الإلكترونية، التوفيق الإلكتروني، التحكيم الإلكتروني[1].

ونتيجة الإقبال المتزايد لأطراف المعاملات التجارية الالكترونية على نظام التحكيم الالكتروني سيتم التعرض لتعريفه (**أولا**)، ثم لتمييزه عن غيره من الوسائل البديلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية(**ثانيا**).

أولا: تعريف التحكيم الالكتروني

لقد تعددت التعاريف الفقهية الواردة بشأن نظام التحكيم، وذلك بحسب الزاوية التي ينظر منها كل فريق، ففريق عرفه استنادا لطبيعته التعاقدية، وفريق عرفه انطلاقا من النتيجة التي يتوصل إليها كنظام شبه قضائي، وآخر جمع بين الخاصيتين.

وفي هذا عرف التحكيم بأنه:" نظام لتسوية المنازعات يُخول بمقتضاه الأطراف مهمة الفصل في نزاعهم إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم"[2]، أو هو: "نوع من العدالة الخاصة ينظمه القانون، ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العام ليتم تسويته بواسطة أفراد عاديين يختارهم الخصوم، وتسند إليهم مهمة القضاء في هذه المنازعات"، أو هو:" إجراء اختياري لتسوية المنازعات بحكم ملزم يتأسس على القبول المسبق من جانب أطراف النزاع"[3].

كما عرف بأنه : "نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي"[4].

وفي ذات السياق عرف بأنه:" نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف بإرادتهم قضاتهم، ويخولونهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ بينهم بخصوص علاقتهم العقدية أو غير العقدية، وفقا لمبادئ وأحكام القانون والعدالة لإصدار حكم ملزم يفصل في النزاع"[5]، وعرف بأنه:" نظام عدالة

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.151.

[2]- محمد سامي الشوا،التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، مجلة كلية الدراسات العليا، متخصصة في علوم الشرطة، مجلة علمية نصف سنوية محكمة تصدر عن كلية الدراسات العليا بأكاديمية مبارك للأمن، القاهرة، ع التاسع عشر، جمادى آخر 1429هـ-يوليو 2008م، ص.69.

[3]-إبراهيم شحاته، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، مصر المعاصرة، مجلة ربع سنوية تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، س الثمانون، ع 417و 418، القاهرة، يوليو وأكتوبر 1989، ص.05.

[4]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2004، ص.44.

[5]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012، ص.18.

خاصة، يُنتزع من خلالها النزاع من اختصاص المحاكم العادية ليعهد به لأشخاص خواص يختارون مبدئيا من قبل الأطراف أو بمساعدتهم"[1].

ورغم أن مسألة التعريف من اختصاص الفقه، إلا أن قانون التحكيم الهولندي تجاوز ذلك في محاولة منه لتعريفه فاعتبره: "الإدارة الخاصة للعدالة، والقاضي الخاص أو المحكم يتم تعيينه ودفع أجره من قبل الأطراف بخلاف قضاة الدولة الذين يتم تعيينهم ودفع أجورهم من قبل الدولة"[2].

بهذا التعريف يكون القانون الهولندي قد خالف معظم التشريعات، بما فيها المشرع الجزائري الذي لم يتطرق لتعريف التحكيم –سواء التقليدي منه أو الإلكتروني– تاركا هذه المهمة لأهل الاختصاص.

ونظرا لكون التحكيم الإلكتروني(Arbitrage électronique)، أو ما يعرف بالتحكيم الافتراضي (Arbitrage virtuel) ، أو التحكيم عبر الأنترنيت (Arbitrage sur net)، أو التحكيم على الخط (Arbitrage en ligne)[3]، أو التحكيم الشبكي(Cyber Arbitration)صورة متطورة من الأسلوب التقليدي فإن ذات التعريفات تمتد لتشمله، مع إضافة طفيفة تكمن في تعويل الأسلوب الجديد على الوسيلة الالكترونية[4].

وفي هذا عرف التحكيم الإلكتروني بأنه:" طريقة لحل النزاع تتم فيها جميع الإجراءات بما فيها تقديم طلب التحكيم عبر شبكة الاتصالات الدولية الإلكترونية." أو هو :" التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية، دون الحاجة إلى الوجود المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين"[5].

كما عرف بأنه: "اتفاق بين الأطراف على إحالة النزاع إلى هيئة تحكيم مرخص لها من طرف مقدم خدمة التسوية الالكترونية لتتولى تسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، وفقا للقواعد القانونية والعرفية المنظمة له"[6]، أو هو: "التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالبا بوسائل إلكترونية، إلى شخص ثالث يفصل فيه بموجب سلطة مستمدة من اتفاق أطراف النزاع، وباستخدام

---

[1]-Bedjaoui Mohamed, « l'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international », in Actes du séminaire sur l'arbitrage commercial Alger,14et15 décembre 1992, éd chambre national du commerce, p.16.

[2]– إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص.304.

[3]–معتز سيد محمد أحمد عفيفي، قواعد الاختصاص القضائي بالمسؤولية الالكترونية عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الجامعة الجديدة،الأزاريطة، الإسكندرية، 2013، ص.116.

[4]– سارة عبد الحسين رحمانيان، – تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني (دراسة تحليلية مقارنة)–، رسالة ماجستير مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص9.؛ هند الطوخي السيد ،المرجع السابق، ص.125.

[5]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.261؛ حسين فريجة، التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات، إدارة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مجلة سداسية تصدر عن مركز التوثيق والبحث والخبرة، مج 20، العدد1، 2010، ع 39، ص.50؛ رضوان هاشم حمدون، المرجع السابق، ص.21.

[6]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص.332.

وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي."[1] ، أو هو : " نظام قضائي إلكتروني خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تنشأ أو يحتمل نشوبها إلكترونيا بين المتعاملين في التجارة بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك."[2]

ولما كان التحكيم الإلكتروني رؤية جديدة للتحكيم التقليدي لاستعانته بالوسيلة الالكترونية انقسم الفقه في مدى اعتبار كل تحكيم يستعين بالوسيلة الالكترونية تحكيما إلكترونيا إلى فريقين: فريق[3] يرى أن استخدام الوسيلة الإلكترونية في أي مرحلة من مراحل العملية التحكيمية يجعل منه تحكيما الكترونيا، بحيث يعد الكترونيا التحكيم الذي يتم فيه إبرام اتفاقية التحكيم أو خصومة التحكيم باستخدام الوسيلة الالكترونية، ولو استكملت مراحله المتبقية بالطرق التقليدية، وفريق آخر[4] يرى عدم إمكانية إضفاء خاصية الإلكترونية على التحكيم إلا إذا استخدمت الوسيلة الإلكترونية في كل مراحله، بداية من اتفاقية التحكيم وإلى غاية صدور حكم فاصل في النزاع.

وعليه حسب هذا الاتجاه حتى يوصف التحكيم بأنه إلكتروني لابد أن تستخدم الوسيلة الالكترونية في كل مراحله، والقول بخلاف ذلك يجعل من كل تحكيم تحكيما إلكترونيا، وقد عمد هذا الاتجاه عند تبرير موقفه على ما طرحه الواقع العملي من استعانة معظم الهيئات التحكيمية بالوسيلة الإلكترونية، إذ قد تستعمل هذه الأخيرة الفاكس لإرسال المستندات، أو البريد الالكتروني لتبليغ أحد أطراف العملية التحكيمية، أو غير ذلك من الطرق[5].

الطرق[5].

استنادا لما سبق لا يعد التحكيم الذي يستخدم الوسائل الإلكترونية لعقد بعض جلسات التحكيم، دون الأخرى تحكيما إلكترونيا[6]، ذلك أن معظم مراكز التحكيم الدولية تسعى إلى الاستفادة من التطور التقني، وتستخدم مواقع إلكترونية لتمكين الأطراف من التواصل معها، إذ تستخدم غرفة التجارة الدولية (ICC)في باريس نظام (Net case)[7] لتمكين أطراف التحكيم من التواصل فيما بينهم عبر الانترنيت، ولكن لا يعد التحكيم

---

[1]- حسين فريجة، التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات، المرجع السابق، ص.49.

[2]- أحمد عوض هندي، حكم التحكيم الالكتروني، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، مجلة علمية فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع2،2009، ص. 48.

[3]- سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.20؛ توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الالكتروني (التحكيم عبر الانترنت) كوسيلة لفض منازعات التجارة الالكترونية، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية)، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 3، 2010، ص.1092.

[4]- صلاح علي حسن، المرجع السابق، ص.262، محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص.93؛ ألاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية)، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 3، 2010، ص.977.

[5]- هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.143.

[6]- صفا فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.226.

[7]-(NET case) هو أحد أنظمة إدارة المنازعات إلكترونيا، وهو يختلف عن وسائل التسوية الالكترونية للمنازعات (ODR)، ذلك أن هذه الأخيرة هي آليات لإنهاء النزاع على على الانترنت ولا تستلزم حضور الأطراف ماديا في أي مرحلة من مراحل التسوية، في حين يستلزم نظام إدارة المنازعات استخدام الوسائل الالكترونية لإرسال وحفظ البيانات والطلبات والمستندات إلكترونيا، مع حضور الأطراف ماديا لجلسات النزاع أو جلسة إصدار الحكم.يراجع في ذلك، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.161؛ بودیسة کریم،

الذي يجري من خلال هذا البرنامج تحكيما إلكترونيا، لأنه وإن كان يعتمد على الانترنت ويسمح لأطراف النزاع بالحصول على المعلومات حول إجراءات النزاع على مدار الساعة، إلا أنه لا يغني عن وجود جلسات تحكيم مادية ولا عن اتباع الإجراءات التقليدية[1].

من هنا يتضح أن التحكيم العادي يختلف عن التحكيم الإلكتروني في أن الأول يتم بحضور الأطراف لجلسات التحكيم في مقر التحكيم، أما الثاني يتم عبر شبكة الإنترنيت ودون حضور مادي للأطراف، وفيه تتم الجلسات باستخدام وسائل الاتصال الالكترونية التي تسمح للأطراف بالالتقاء التزامني مع محكمهم عن طريق استخدام جهاز الفيديو كنفرانس مثلا(vidéo conférence)[2].

من خلال هذا كله، يلاحظ أن التحكيم الإلكتروني يعد أفضل السبل لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، ذلك أنه يتلاءم والمعاملات التي يتواجد أطرافها في مناطق بعيدة، فيسمح بتقريبهم من الناحية الافتراضية، ويمكنهم من مشاهدة بعضهم البعض في وقت واحد، ولاعتبار أن التحكيم الالكتروني أحد وسائل التسوية الالكترونية للمنازعات، فلابد من تمييزه عن غيره من الوسائل البديلة الأخرى.

ثانيا: تمييز التحكيم الالكتروني عن غيره من الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية

تمخض عن التطور التكنولوجي في إبرام وتنفيذ عقود التجارة الدولية عبر شبكة الاتصالات الدولية استحداث وسائل بديلة لتسوية المنازعات الناشئة عنها[3]، بالإضافة إلى التحكيم الالكتروني مثل المفاوضات الإلكترونية، والوساطة الإلكترونية[4]، والتوفيق الإلكتروني، وقد لقيت هذه الوسائل قبولا لا مثيل له مقارنة بالقضاء العام، وذلك لما تتمتع به من سرعة في حسم منازعات التجارة الالكترونية[5]، ولأهمية هذه الوسائل سيتم الوقوف عليها، مع تمييزها عن نظام التحكيم الالكتروني.

1: تمييز التحكيم الالكتروني عن المفاوضات الالكترونية

يعتبر التفاوض من أكثر الطرق البديلة انتشارا، وأقلها تعقيدا يعرف بأنه: "حوار مباشر بين الطرفين المتنازعين، اللذين يسعيان لحل الخلاف بينهما، دون تدخل طرف ثالث"[6]. ولئن كان هذا تعريف التفاوض التقليدي، فإن التفاوض الالكتروني، هو الحوار الذي يتم بين طرفي النزاع عبر شبكة الانترنت، دون أن يلتقيا

التحكيم =الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص.13.

[1]- صلاح علي حسن، المرجع السابق، ص.264؛ صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.227.

[2]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.178.

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.231.

[4]- Cf. Karim Benyekhlef, Valentin Callipel, Emmanuelle Amar, op.cit., p.20.

[5]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص.14.

[6]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.163.

وجها لوجه كما يحدث في التفاوض العادي، وعليه يعتبر التفاوض عبر شبكة الانترنت من أهم الآليات المستخدمة في مراكز التسوية الالكترونية للمنازعات، ولذلك فقد لقي نجاحا واسعا وإقبالا كبيرا من قبل المتنازعين لما لمسوه فيه من فعالية في حل منازعاتهم.

ويمكن تمييز التفاوض الالكتروني عن التحكيم الالكتروني، ببيان أوجه الشبة والاختلاف بينهما، إذ يتشابه النظامان في وجوب تراضي أطراف النزاع على اللجوء إلى كل منهما، في حين يختلفان من عدة أوجه، فالتفاوض يتم بين الأطراف المتنازعة دون تدخل طرف ثالث، ويتم تسوية النزاع باللجوء إلى الحلول العرفية، لينجم عند توصلهما إلى الحل المرضي التوقيع على الاتفاق المتوصل إليه، في حين يستلزم التحكيم تدخل طرف ثالث يسمى المحكم أو الهيئة التحكيمية لتتولى هذه الأخيرة الفصل في النزاع بتطبيق الحلول القانونية والوصول إلى حكم تحكيمي ملزم للطرفين[1].

وأوجه الشبه والاختلاف هذه تصدق بغض النظر عن الطريقة التي تتم بها عملية التفاوض، والتي تكون إما عن طريق التفاوض بالمساعدة، وإما عن طريق التفاوض الآلي، ففي التفاوض بالمساعدة أو ما يسمى التفاوض عبر شبكة الانترنت، أو التفاوض المعان بالأتمتة، يتفق الأطراف عبر شبكة الانترنت دون إستخدام برامج كمبييوتر خاصة للتسوية، وذلك بتبادل الرسائل الالكترونية بينهما بواسطة تقنية (Messenger)، أو من خلال الالتقاء المباشر بينهما بالصوت والصورة بواسطة تقنية (Video conference)، وذلك للوصول إلى التسوية التي يرتضيانها للنزاع القائم بينهما[2].

في هذا النوع من التفاوض، يعتبر الكمبيوتر مجرد وسيلة اتصال بين الأطراف لتبادل وجهات النظر والحلول المقترحة للتسوية، وفيه يقوم المركز بتزويد الطرفين بموقع إلكتروني آمن وخاص بهما، حفاظا على السرية، فضلا عن توفير وسائط تخزين ممكنة، وعليه لا يقدم الموقع خدمات تفاوضية فعلية، بل يترك ذلك لطرفي النزاع.

ويعد مركز (Square trade) أولى المراكز التي قدمت هذه الخدمة عبر شبكة الانترنت، وفيه تبدأ عملية التفاوض من خلال تقديم الطرفين، أو أحدهما إلى المركز طلبا إلكترونيا متضمنا البيانات الرئيسية لهما، مع ملخص عن موضوع وأسباب النزاع، فإذا كان الطلب مشتركا بدأت عملية التفاوض، أما إذا كان الطلب مقدما من أحدهما، فعندئذ يتم إخطار الطرف الآخر، برغبة مقدم الطلب التفاوض معه، فإن قبل، بدأت عملية التفاوض، وإن رفض، أو امتنع عن الإجابة خلال المدة المحددة له، اعتبرت مرحلة التفاوض منتهية[3].

[1]–حسين فريجه،التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات،المرجع السابق، ص.52.

[2]- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.491.

[3]– نفس المرجع، ص.492.

في الحالتين السابقتين يقتصر دور المركز على إرسال كلمة المرور السرية الخاصة بكل طرف، حتى يُمكنهما من الدخول للصفحة الخاصة بنزاعهما والمعدة على الموقع الالكتروني التابع للمركز، مع التأكيد عليهما بأن المدة التي يتوجب عليهما التوصل خلالها إلى تسوية، يجب أن لا تزيد عن ثلاثين يوما.

ولعل من أهم القضايا التي تمت تسويتها بهذا النظام تلك التي أثيرت بين الجمعية الأمريكية لحماية الخصوصية في العالم الالكتروني

Electtonic Frontier Foundation, Defending freedom in the digital world (EFF).

ضد ثلاث شركات هي:

Sony BMG music entertainment, sunn, comm international Inc, And first 4 internet,LTd.(defe).

في هذه القضية اشترك المدعى عليهم في إنتاج أسطوانات مدمجة تحتوي على برامج كمبيوتر موسيقية وتعتمد على تقنيات،(media Max XCP , sunn, comm)، وقد طرحت تلك البرامج للبيع مقابل 5, 7دولارات للواحدة، ولكن بعد إستعمال المشترين لتلك البرامج تبين أن بها مشكلات تتعلق بخصوصية كل من يستعملها، حيث تجيز للغير التعرف على بيانات المشتركين دون علمهم، وبعد اكتشاف الجمهور لهذا العيب نوهت الإدارة الأمريكية عنه في الصحف، وبتاريخ 12/11/2005 أرسلت جمعية(EFF) خطابا إلى المدعى عليهم تطالبهم بضرورة معالجة ذلك العيب الخطير، مع مطالبة شركة (Sony BMG music entertainment) بتعويض المستهلكين الذين اشتروا تلك البرامج مع الأخذ بعين الاعتبار قيمة الوقت والجهد والأعطال التي أصابت بعض أجهزة الكمبيوتر الخاصة بهم.

ولقد دافع مدير شركة (Sony) عن موقفها حيث أنكر وجود مشكلات فعلية في تلك البرامج تضر بخصوصية المستهلكين، كما أدلى ببيان أمام الإذاعة القومية يوضح فيه هذا الموقف، وفي الوقت ذاته اعترف بوجود خطأ في تقنية (XCP)، وبأنه تم بيع حوالي 20 مليون أسطوانة، أي ما يعادل عشر أضعاف الأسطوانات التي بها برنامج(XCP)، وأرسل ذلك الرد في ملف إلكتروني لجمعية (EFF)، لتنتهي المنازعة بتوقيع إتفاق تسوية ودية بين الخصوم، مع إعتماد محكمة المنطقة الجنوبية بنيويورك ذلك الاتفاق[1].

هذا عن التفاوض بالمساعدة، أما التفاوض الآلي فهو تفاوض يتم بين الأطراف عبر شبكة الانترنت مع تدخل بعض برامج الكمبيوتر التي تساعد هؤلاء الأطراف على الوصول إلى تسوية النزاع[2]، ومن أهم مراكز التسوية

[1]- هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص. 158.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص.22.

الالكترونية التي تقدم هذه الخدمة مركز (Click settle)،مركز(claim room)، مركز (Cyber settle)، ويعد هذا المركز من أول مراكز التسوية التي قدمت برامج التفاوض[1].

يقوم برنامج التفاوض الآلي في هذا المركز على تقديم أطراف المفاوضة لثلاث مبالغ محتملة، يمكن بواسطتها أن يقبلا الوصول إلى تسوية للنزاع القائم بينهما، إذ يقوم المدعي بتقديم ثلاث أرقام، ويقوم المدعى عليه هو الآخر بتقديم ثلاثة أرقام،وتكون المبالغ التي يقدمها المدعى عليه أقل من تلك التي يقدمها المدعي، بعد ذلك يقوم البرنامج الالكتروني الموجود على الموقع بإجراء مقارنة بين المبالغ المطروحة من الطرفين، فإن وجد تطابقا بين الرقمين، كان ذلك بداية التسوية، ولكن إذا وجد أن هناك فرقا بين المبالغ المقترحة، وكان ذلك الفرق يعادل30%، قام البرنامج بحساب متوسط هذين المبلغين ليحدد في الأخير المبلغ المستحق للتسوية، بعد التوصل إليه يرسل المبلغ المستحق إلى الطرفين على بريدهم الإلكتروني، فإذا تم قبول المبلغ من الطرفين اعتبرت التسوية قد تمت على ذلك الأساس[2].

انطلاقا من آلية عمل هذا المركز، يتبين أن التفاوض الآلي المقدم من قبله يقتصر على فض المنازعات المالية، وذلك بخلاف مراكز أخرى التي تسعى إلى إستخدام طرق أخرى للتفاوض الآلي والتي تسمح لها بتسوية مختلف أنواع المنازعات، ومن ذلك مركز (Smart settle)، الذي يعتمد على برنامج تقدير الحلول، بموجب هذا الأخير يتم طرح جملة من الأسئلة التوقعية، وتتعلق هذه الأخيرة بموضوع النزاع، نسبة التنازل التي يمكن أن يقدمها كل من الطرفين، أو المعدل الذي يقبل أطراف النزاع التنازل عنه، ومن خلال النقاط المشتركة في إجابات الأطراف يصل البرنامج إلى وثيقة أو تصور موحد للتسوية،وللإشارة فإن هذا المركز يمنح أطراف النزاع فرصة التفاوض المباشر بينهما في حالة ما إذا أرادا تعديل بنود هذه الوثيقة، وذلك كله للوصول إلى التسوية النهائية للنزاع[3].

إنطلاقا مما تقدم، يتبين أن التفاوض بمساعدة الكمبيوتر أكثر فعالية من التفاوض الآلي، وذلك لعوامل متعددة، أولها أن التفاوض بالمساعدة يغلب فيه دور العنصر البشري بخلاف التفاوض الآلي الذي يطغى عليه دور عنصر التكنولوجيا، فالحلول التي تطرح من خلال برامج الكمبيوتر تستخدم طرقا تقديرية رياضية معقدة، قد لا تتناسب مع الواقع، أو مع رغبات الأطراف، وذلك بخلاف ما هو عليه الأمر في التفاوض بالمساعدة، حيث يتطلب الأمر وجود حاسب آلي يستخدمه أطراف النزاع هذا من جهة، ومن جهة أخرى، يمكن القول أن أهم عوامل نجاح التفاوض بالمساعدة، يكمن في سهولته وانعدام تكلفته، إذ لا يحتاج استخدام الحاسب الآلي في هذا النوع من التفاوض إلى الخبرة أو المعرفة المسبقة ببرامج الكمبيوتر الخاصة التي تقدم حلولا للتسوية كما هو الشأن في التفاوض الآلي، كما لا يلتزم أطراف النزاع بدفع مبالغ مالية نظير استخدامهم صفحات موقع مركز التسوية

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.301.

[2]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.165.

[3]- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.495.

للتفاوض، وعليه يبدوا أن هذا النوع من التفاوض يتماشى مع عقود التجارة الالكترونية بصفة عامة، ومع عقود الاستهلاك الالكترونية بصفة خاصة، كون أنها عقود ضئيلة القيمة، يسعى فيها الأطراف إلى تجاوز الإجراءات الطويلة والمعقدة التي تعرف بها الهيئات القضائية[1].

من هنا يلاحظ أن هناك عوامل قوة كبيرة في التفاوض الالكتروني، غير أن هناك معوقات تؤدي إلى التقليل من فعاليته، ولعل أهمها عدم وجود طرف ثالث محايد يسعى إلى إقناع الأطراف بالتسوية، وذلك بخلاف ما هو عليه الأمر في الوساطة الالكترونية[2].

2: تمييز التحكيم الالكتروني عن الوساطة الالكترونية

على الرغم من أن التحكيم ما يزال الوسيلة الأساسية البديلة عن القضاء الرسمي في حسم منازعات التجارة الدولية، إلا أن هناك وسيلة بديلة أخرى بدأت تقف إلى جانبه، وتتمثل هذه الأخيرة في الوساطة، التي تعرف بأنها: " طريقة ودية لحل النزاع تقوم على التفاوض بين الفرقاء بمساعدة طرف ثالث، يكون محايدا ونزيها، وهي لا تخضع في في إجراءاتها لأي شكل، كما أن إرادة الطرفين تتحكم في كافة مراحلها، وحتى في مآلها، ذلك أن الوسيط لا يقترح حلا، ولا سلطة له بإلزامهم بأي رأي"[3].

فالوساطة عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، وفيها يكون للمتنازعين السلطة الكاملة في قبول أو رفض اللجوء إليها، على أن يترتب في حال قبولها إنصراف عمل الوسيط صوب نقاط الخلاف وإقتراح سبل الحل[4].

هذا عن الوساطة بصفة عامة، أما الوساطة الالكترونية فيمكن تعريفها بأنها: "آلية من آليات حل المنازعات، يحاول بمقتضاها الأطراف حل منازعة نشبت بينهم من خلال تدخل شخص ثالث محايد ونزيه لا يتمتع بسلطة قضائية، لكنه يحاول بواسطة إستخدام وسائل إتصال حديثة أن يقود الأطراف إلى الاتفاق لحل المنازعة استنادا لقواعد قانونية محددة أو قواعد العدالة التي تفرضها طبيعة العلاقة بين الطرفين المتنازعين، تتركز مهمة هذا الشخص في الحصول على موافقة الطرفين على الحل الذي ينتهي إليه"[5]، أو هي: "وسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الالكترونية والعقود الالكترونية عموما، عبر استخدام الوسائل التكنولوجية وعلى رأسها شبكة

---

[1]- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.500؛ حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.170.

[2]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.171.

[3]- عامربورورو، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي، مجلة المحكمة العليا، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح والوساطة والتحكيم، ج1، جوان 2008 ، ص.336؛ الأخضر قوادي، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي، في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات (الصلح القضائي- والوساطة القضائية) (قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 الصادر بتاريخ25 فبراير سنة2008)، دار هومه، الجزائر، 2013، ص.104.

[4]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص.26.

[5]- هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.160.

الانترنت، حيث يتم الاستعانة من قبل المتنازعين بوسيط لا يقوم باتخاذ قرار لحل النزاع، ولكنه يساعدهم على إيجاد حل مقبول لكل منهما بشكل محايد"[1].

بناء على ما تقدم، يتضح بأن الوساطة نوعان: وساطة تقليدية[2]، ووساطة عبر شبكة الإنترنت، ويتمثل الفارق الرئيسي بينهما في إستخدام التقنية الالكترونية في النوع الثاني دون الأول، على أن يتم ذلك الاستخدام عبر مختلف مراحلها، أي من مرحلة بداية الإجراءات وإلى غاية تسوية النزاع، حيث يتم إتصال الأطراف في الوساطة الإلكترونية مع الوسيط على الانترنت في لحظة زمنية واحدة من خلال غرف المحادثة (chat room)، أو عن طريق مرسال (Messenger)، أو باستخدامهم لتقنية الاتصال المرئي (video conferonce)، على أن يكون للوسيط إرسال رسائل خاصة لأطراف النزاع عن طريق البريد الالكتروني، ويكون لهم بالمثل استخدام ذات التقنية لإرسال تعليقاتهم على الرسائل التي أرسلها إليهم.

وللإشارة، فإن الإشراف الصحيح على الوساطة عبر الانترنت يؤدي حسب البعض[3] إلى الوصول إلى حل مرضي للنزاع، مع العلم أن هذا الاشراف يختلف بحسب ما إذا كانت الوساطة بسيطة أو فعالة، بحيث يعمد الوسيط في الوساطة البسيطة، بعد إتمام إجراءات التسجيل، وموافقة الأطراف على السير فيها، إلى الإشراف على جلسات الوساطة عبر الانترنت وإيصال عروض الأطراف ووجهات نظرهم إلى بعضهم البعض، دون أن يكون له أي تأثير في اقتراح الحلول، أو وضع تسوية للنزاع، ليترتب على إنقضاء مدة معينة من هذه العملية، إنتقال الوسيط إلى النوع الثاني من الوساطة، ألا وهي الوساطة الفعالة التي يكون له فيها القيام بدور إيجابي بين طرفي النزاع، بحيث لا يكتفي بنقل وجهات نظرهم إلى بعضهم البعض، بل يساعدهم في إنشاء الاقتراحات، والبحث عن حلول للتسوية ومراجعة الأطراف لحين الوصول إلى موافقتهم عليها[4]، ولعل من بين مراكز التسوية الالكترونية التي تمر فيها الوساطة بمرحلتيها البسيطة والفعالة مركز (Squartrade)[5]، كما يشتهر مركز وساطة (Web Mediate)، Mediate)، بتقديمه لخدمة الوساطة الفعالة[6].

---

[1]- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.507.

[2]- تشمل الوساطة التقليدية ثلاثة أنواع، وساطة قضائية يتولى فيها القضاء الإحالة على الوسطاء المعتمدين لديه، وساطة إتفاقية يتفق عليها الأطراف في ذات العقد الأصلي أو في عقد لاحق قبل أن ينشب نزاع بينهم، ووساطة قانونية توجب فيها القوانين الوطنية لبعض الدول إحالة الأطراف إلى وسيط قبل المرور بمرحلة التقاضي، وقد عالج المشرع الجزائري موضوع الوساطة في المواد 994-1005من قانون 08-09، المتضمن ق.إ.م.إ، كما صدر في تطبيق أحكامها المرسوم التنفيذي09-100 المؤرخ في 13ربيع الأول عام 1430 الموافق 10 مارس سنة2009، المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر، ع.16، س.2009.لمزيد من التفاصيل حول موضوع الوساطة يراجع، زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص، ص. 46-48.

[3]- Cf. Jérome HUET ,Stefania VALMACHINO, Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, les journées d'étude des éditions du Juris-Classeur, 8 juin 2000, p.251.

[4]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.174.

[5] نفس المرجع، ص.176.

[6]- يمكن الاطلاع على تفاصيل قيام المركز بعملية الوساطة من خلال موقعه الالكتروني

http://www.webmediate.com

وتختلف الوساطة الالكترونية عن التحكيم الالكتروني من عدة وجوه، ويشمل الوجه الأول العلاقة التي تربط بين طرفي النزاع وسبب إختيارهم لهذه الآلية أو تلك، إذ بينما تجري الوساطة بين أشخاص تربط بينهم علاقة وثيقة، ويعرف كل منهم الآخر معرفة جيدة، يجري التحكيم بين أطراف لا توجد بينهم علاقات وثيقة، سوى العلاقة التجارية الناشئ عنها النزاع[1].

في حين يتمثل وجه الخلاف الثاني بينهما في سلطات كل من المحكم والوسيط، إذ بينما يتمتع المحكم بسلطة تمنحه القدرة على إصدار أحكام وقرارات ملزمة للطرفين، لا يكون للوسيط مثل هذه السلطة بحيث تقتصر حدود سلطاته على إقتراح الحلول للطرفين، فالمحكم يحكم، أما الوسيط يقترح، وفارق كبير بين الأمرين[2].

وثالث إختلاف بين هذين النظامين، يكمن في أن الوساطة يحق فيها لطرفي النزاع الانسحاب في أية مرحلة كانت عليها الوساطة، في حين أنهما لا يتمتعان بنفس الإمكانية في حالة التحكيم[3].

وإذا كان هذا وجه الخلاف بين الوساطة والتحكيم، فإن وجه الشبه بينهما يكمن في عدم جواز اللجوء إلى أي منهما، إلا بناء على تراضي الأطراف على ذلك، سوا قبل النزاع في إطار ما يسمى(شرط التحكيم أو شرط الوساطة)، أو بعد وقوعه في إطار ما يعرف (باتفاق التحكيم أو اتفاق الوساطة).

إنطلاقا مما تقدم، يتبين أن الوساطة تتمتع بجملة من المميزات أهمهما مرونة الإجراءات، وقلة التكاليف، وهي من ثم تتماشى مع منازعات عقود الاستهلاك ذات القيمة المنخفضة، بحيث تجنب المستهلك تحمل مصاريف قضائية باهضة مقارنة بقيمة نزاعه، ولكن رغم مميزاتها يتجه الفقه إلى محاولة الاطاحة بها، ووضع حدود لفعاليتها، فالوساطة وفقا لهم تؤدي إلى إطالة أمد المنازعات وهو ما قد يترتب عليه إنقضاء مواعيد رفع الدعوى أمام الهيئات القضائية، الأمر الذي يخول أحد الطرفين إستخدامها بسوء نية للإضرار بالطرف الآخر، وحرمانه من اللجوء إلى القضاء[4].

إن الانتقادات السابقة، لا تنقص من فعالية الوساطة الالكترونية، فواقع المماطلة الذي وصفت به، لا يمكن أن يطرح أي إشكال، طالما أنه يكون لأطرافها الانسحاب منها في أي وقت واللجوء إلى قضاء الدولة، وعليه إذا ما تبين للمدعى عليه سوء نية المدعي كان له أن يضع حدا للوساطة ويلجأ إلى الهيئات القضائية[5]، وأكثر من ذلك يمكن القول بأن سلبية إطالة أمد المنازعات، وإنقضاء مواعيد رفع الدعوى أضحت مسألة من

[1]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.232.

[2]- حسين فريجه،التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات، المرجع السابق، ص.53.

[3]-Cf. Eric A .Caprioli ,Arbitrage et médiation dans le commerce électronique(l'expérience du cyber tribunal),Rev.arb,n°2 ,1999,p.234.

[4]- Cf. Chiheb Ghazouani, op.cit.,p.491. et.s.

[5]- Ibid., p.494.

الممكن التغلب عليها، كون أن مراكز الوساطة تحدد مددا ثابتة وقصيرة يتم خلالها التوصل إلى تسوية نهائية، وفي حالة إنقضاء تلك المدة دون تحقيق نتيجة تعتبر الوساطة منتهية حكما[1].

3: تمييز التحكيم الالكتروني عن التوفيق الالكتروني

التوفيق وسيلة لتسوية المنازعات، يتدخل بمقتضاها الموفق لتقديم مقترحاته التي قد تلقى قبولا وتأييدا من الأطراف، كما قد لا تلقى منهم ذات القبول، بمقتضى هذه الوسيلة يعمد الموفق إلى تقديم مقترحاته للأطراف، فإن لم ينجح في ذلك كان للأطراف حق اللجوء إلى التحكيم[2].

هذا عن التوفيق عموما، أما التوفيق الالكتروني فيعتبر وسيلة بديلة لحل المنازعات الالكترونية، يقوم بمقتضاه شخص ثالث محايد يسمى "الموفق" بالتوفيق بين الأطراف عن طريق تقديم مقترحات يظل أمرها معلقا على قبول الأطراف المتنازعة عبر وسائل الاتصال الحديثة، ودون انتقالهما للتلاقي ماديا[3].

ويعتبر البعض[4] أن التوفيق والوساطة مصطلحان مترادفان، وذلك استنادا لنص المادة الأولى الفقرة الثالثة من القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي التي نصت على :" لأغراض هذا القانون، يقصد بمصطلح التوفيق أي عملية، سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين (الموفق)، مساعدتهما في سعيهما للتوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين."

والحقيقة أنهما مصطلحان مختلفان ويكمن الخلاف بينهما في السلطات الممنوحة لكل من الموفق والوسيط، إذ بينما يعمل الوسيط على تقريب وجهات النظر دون التطرق لمحاولة فرض آرائه وتصوراته على أطراف النزاع، يعمد الموفق إلى الإدلاء برأيه حول العروض المطروحة عليه، وتقييم ما يعد مناسبا منها من عدمه، بل إن له سلطة إتخاذ قرار والوصول إلى نتيجة محددة[5]، بل إن التوفيق مرحلة تسبق كلا من الوساطة والتحكيم ويختلف التوفيق عن عن التحكيم في أن قرار الموفق غير ملزم لطرفي النزاع، في حين أن قرار المحكم يكون ملزما للطرفين[6].

---

[1]- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.530.

[2]- حسين فريجه، التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات، المرجع السابق، ص.54؛ إبراهيم شحاته، المرجع السابق، ص.6.

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

[4]- صديق بغداد، دور إرادة الأطراف في مجال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري والقانون الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2013-2014، ص.65.

[5]- حسين فريجه، التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات، المرجع السابق، ص.54؛ سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.304.

[6]- حسين فريجه،التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات، المرجع السابق، ص.54؛ محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص.82.

البند الثاني: مميزات ومخاطر التحكيم الالكتروني

على الرغم من أن استخدام الوسائل الالكترونية في مجال التحكيم أدى إلى تمتعه بميزات عديدة، إلا أنه في الوقت ذاته جعلته محفوفا بالمخاطر، وعليه سيتم تحديد أثر الوسائل الالكترونية على التحكيم الالكتروني ببيان مميزاته (**أولا**)، ثم مخاطره (**ثانيا**).

أولا: مميزات التحكيم الالكتروني

يتمتع التحكيم الالكتروني بمزايا عديدة أهمها السرعة في حسم النزاع، إذ بمقارنة القضاء العادي بالتحكيم الالكتروني يلاحظ اختلافا شاسعا في تسيير الخصومات، بحيث تسير الخصومة القضائية ببطء كبير وتتميز بتعقد إجراءاتها، في حين تسير وتيرة التحكيم الالكتروني بسرعة رهيبة.

ولعل مكمن هذه الاختلافات تعدد درجات التقاضي وتراكم الملفات القضائية على مستوى الهيئات القضائية التي تستعين بالوسائل التقليدية[1]، واستخدام الوسائل الالكترونية على مستوى الهيئات التحكيمية، بحيث تتم مختلف مراحل التحكيم الالكتروني عبر شبكة الانترنت، ويكون لأطراف النزاع المشاركة في جلساتها من خلال الاتصالات الالكترونية[2]، وهو ما ينجم عنه إلى جانب السرعة في حسم النزاعات، التقليص من النفقات مقارنة بالقضاء العادي[3]، ففي التحكيم الالكتروني لا يحتاج المحتكمون، الشهود والمحكمون إلى التنقل من دولة لأخرى[4]، لأخرى[4]، بخلاف القضاء العادي الذي تكون نفقاته غالبا مرتفعة.

ولا تعود ميزة السرعة هذه إلى البيئة التي تتم من خلالها إجراءات التحكيم فحسب، بل ترجع إلى الدقة التي صيغت بها لوائح وأنظمة مراكز التحكيم الالكتروني، والتي تحدد مدة زمنية معينة ينبغي صدور الحكم فيها، إذ تلزم القواعد الداخلية لهيئات الايكان المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن تسجيل عناوين المواقع الالكترونية على شبكة الانترنت المحكم بالفصل في النزاع خلال 60 يوما من تاريخ تقديم طلب التحكيم[5]، على خلاف القضاء العادي الذي لا يحدد آجالا زمنية للفصل فيها، بل يكتفي بالتنويه إلى وجوب الفصل في المنازعة ضمن آجال معقولة، ويبقى تقدير هذه الآجال خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

وإلى جانب السرعة في حسم النزاع يمتاز التحكيم الالكتروني بكفاءة المحكمين وخبرتهم، بحيث يتولى عملية الفصل في النزاع أشخاص أكفاء يتم إختيارهم بعناية ودقة من قبل المحتكمين أو من قبل مؤسسات

---

[1]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ع1، س الثامنة والأربعون، 2006، ص.94.

[2]- رضوان هاشم حمدون، المرجع السابق، ص.30.

[3]-Cf. Karim Benyekhlef, Valentin Callipel, Emmanuelle Amar,op.cit, p.19.

[4]-Cf. JéromeHuet ,StefaniaValmachino, op.cit., p.251.

[5]- هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.146.

التحكيم بما يتماشى والموضوع الذي سيعرض عليهم للفصل فيه، وذلك بخلاف التقاضي العادي، حيث يستعين القضاء الوطني برجال مؤهلين للفصل في المنازعات وفقا للقواعد القانونية الضابطة للموضوع المعروض عليهم، ودون أن تتوفر لديهم الخبرة الفنية التي تمكنهم من الإلمام بالموضوع، وهو ما يضطرهم إلى الاستعانة بالخبراء الفنيين والاستئناس بتقاريرهم للفصل في النزاع[1].

ولعل من أهم ما يمتاز به المحكمون إلى جانب كفاءتهم، حيادهم واستقلاليتهم فالمحكم لا يخضع لأي جهة رسمية، ويكون له مساحة واسعة للوصول إلى الحكم العادل، دون تقيد بنظام رسمي شكلي أو قانوني، وذلك بخلاف القاضي الذي لا يعتد إلا بالتشريع.

وكما يسمح التحكيم الالكتروني بتجاوز مشاكل الاختصاصين التشريعي والقضائي التي تطرحها منازعات عقود التجارة الالكترونية، لقيامه على الإرادة الحرة للمتنازعين في إختيار المحكم الكفء وتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وهو في الوقت ذاته يجنب الأطراف مشكلة عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الالكترونية[2].

ولا يقتصر الأمر على الميزات السابقة، بل يمتد ليشمل سهولة تنفيذ الأحكام التحكيمية، ويرجع ذلك إلى وجود اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، وذلك على خلاف أحكام القضاء حيث لا يوجد لحد الآن إتفاقية تحكم الاعتراف والتنفيذ الدولي كاتفاقية نيويورك، إذ وبالرغم من وجود اتفاقيات إقليمية وثنائية، إلا أنه قد يصعب في بعض الأحيان تطبيقها لتدخل عوامل سياسية.

وإذا كان للتحكيم الالكتروني مزايا لا يستهان بها، إلا أنه في الوقت ذاته يظل محفوفا بمخاطر عديدة.

ثانيا: مخاطر التحكيم الالكتروني

على الرغم من المميزات التي يتمتع بها التحكيم الالكتروني، إلا أن هناك مخاطر عدة تعيق مساره وتقف في وجه تطوره، وغالبا ما ترتبط هذه المخاطر بعقود الاستهلاك الالكترونية، فقبول المستهلك التعاقد دون الوقوف على جزئيات الشروط المدرجة، وبصفة خاصة شرط التحكيم، يجعله يقبل تسوية النزاع الذي قد يثور بينه وبين المورد بطريق التحكيم، ويحرمه من حق اللجوء إلى الهيئات القضائية.

ولا يقف الأمر عند حد إدراج شرط التحكيم في العقد، بل يمتد ليشمل مرحلة الفصل في النزاع، حيث لا يقوم المحكم بتطبيق القواعد الآمرة والحمائية المنصوص عليها في القانون الوطني للمستهلك، بل يطبق القانون المختار، رغم ما قد يترتب على تطبيقه من أضرار بالمستهلك.

[1]- محمد سعادي، المرجع السابق، ص.204.

[2]- ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص.983؛ أمينة خبابة، التحكيم الالكتروني في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014، ص.76.

بسبب النتيجة السالف ذكرها، تمت معارضة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستهلاك، فحماية المستهلك تكون من خلال القواعد الآمرة التي يضعها مشرعوا الدول لحماية طائفة خاصة ومصالح جماعية، في حين لا يهتم المحكم إلا بحل النزاع بين الأطراف دون النظر إلى مصالح السياسة التشريعية العليا للدول[1].

وبرغم هذا الانتقاد، يبقى التحكيم من أهم وسائل تسوية منازعات التجارة الالكترونية، بما فيها منازعات الاستهلاك، ذلك أن المحكم لا يهمل المصلحة العامة، بل يأخذ في اعتباره القواعد الآمرة التي تنص عليها التشريعات الوطنية، كما قد يطبق قواعد تحقق مصالح أكبر من تلك التي ينص عليها التشريع الوطني، وتكون تلك القواعد مستقاة من قانون الطرف الآخر أو من طبيعة الأعراف التجارية.

ونظرا لأن المحكم يهدف إلى تحقيق مصالح وأهداف المجتمع الدولي، فإنه يستعمل وسائل لاحترام وحماية مصالح المستهلكين أكثر من تلك التي يستخدمها القاضي الوطني، ويكون له آنذاك أن يختار ضمن عدة قوانين القانون الذي يحقق الأهداف الحمائية للمستهلك.

إلى جانب المخاطر السابق ذكرها، يعيق التحكيم الالكتروني عدم السرية، فالمعلوم أن أحد أهم دوافع اللجوء إلى التحكيم التقليدي كبديل عن القضاء الوطني، السرية التي تحيط بالمنازعة، والتي تمكن التاجر من المحافظة على أسراره التجارية التي يخشى استغلالها من منافسيه.

ولئن كانت هذه ميزة التحكيم التقليدي، فإن التحكيم الالكتروني لا يحقق السرية المبتغاة التي يحققها التحكيم التقليدي، ذلك أن إجراءات التحكيم الالكتروني تتم عبر الانترنت حيث تواجه الصفحات التي تحتوي معلومات الأطراف ومستندات النزاع في كل لحظة خطر الاختراق من قبل القراصنة (hackers) أو المخربين (cracker) الذين يجوبون الانترنت، ويعترضون المعلومة السرية، وبصفة خاصة منها أرقام بطاقة الائتمان.

ولا يقتصر الأمر على هاتين الطائفتين، بل إن حصول أطراف التحكيم على الأرقام السرية التي تتيح لهم الدخول إلى موقع القضية والحصول على الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع، يستلزم تدخل أشخاص آخرين لا علاقة لهم بالنزاع، وبالرغم من أن هؤلاء الأشخاص من المختصين فنيا، إلا أن ذلك يمس بالتحكيم ويشكل تهديدا لسريته[2].

وعلى الرغم من خطورة هذه المسألة إلا أنه يمكن تلافيها باتخاذ إجراءات تشفير البيانات المتعلقة بالتحكيم، وتزويد المواقع التي تضم هذه البيانات ببرامج تحصنها من الاختراق والتجسس من جهة، مع إلزام المختصين فنيا بالمحافظة على الأسرار المهنية تحت طائلة العقوبات الجزائية[3].

بعد تحديد مميزات التحكيم الالكتروني والمخاطر التي قد تعوق تقدمه، وجب التعرض لتطبيقاته العملية.

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.60.

[2]- ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص.985.

[3]- هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.152.

الفرع الثاني: التطبيقات العملية لنظام التحكيم الالكتروني

لقد استتبع وجود شبكة الانترنت ظهور مجتمع عالمي إفتراضي تنساب وتتدفق فيه المنتجات دون أن تكون لها وجهة معينة، ماعدا حالة تحديد النطاق الجغرافي لها، ولاعتبار أن هذا المجتمع أو المجال الافتراضي يعلو الحدود الجغرافية ولا يخضع لسيطرة أي سلطة إقليمية أو سياسية، ظهرت آليات جديدة موحدة تجمع بين جميع مستخدمي شبكة المعلومات وتتناسب مع هذا العالم الافتراضي الجديد غير المحدود جغرافيا، ولعل من تطبيقات هذه المحاكم نظام القاضي الإفتراضي، المحكمة الفضائية، ومنظمات هيئات الإيكان. فهل اكتمل النظام القانوني لهذه الهيئات؟ وهل وفقت في تأدية مهامها؟

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق لكل من القاضي الإفتراضي(**البند الأول**)، المحكمة الفضائية (**البند الثاني**)، ومنظمات هيئات الإيكان(**البند الثالث**).

البند الأول: القاضي الافتراضي

نظام القاضي الافتراضي فكرة أمريكية طرحت في مارس 1996 من طرف أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات بجامعة فيلانوفا، وتم تدعيمها بواسطة جمعية المحكمين الأمريكية، ومعهد قانون الإنترنت، والمركز الوطني لأبحاث المعلومات الأمريكي[1].

وقد كان الهدف من إنشاء نظام القاضي الافتراضي إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنيت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها وقانون الأنترنيت ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية، وغيرها من المواضيع المتصلة بهذه التجارة[2].

وعليه ينظر نظام القاضي الافتراضي في المنازعات السابقة الذكر والناشئة بين مستخدمي شبكات المعلومات، أو تلك الناشئة بينهم وبين القائمين على إدارة هذه الشبكات، وبصفة خاصة المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، والمنازعات الناشئة عن اختلاس الأسرار التجارية أو التعدي عليها أو انتهاكها وتشويه السمعة والغش والممارسات التجارية المضللة وغير ذلك من المنازعات، غير أن مهامه هذه لا تمتد لتشمل البث في المنازعات المتعلقة بالتزامات مالية أو محاسبية بين مستخدمي شبكات الاتصال الالكترونية وبين القائمين على هذه الشبكة[3].

من الجدير بالذكر أن نظام القاضي الافتراضي هذا يعتمد على فكرة تجميع الخبراء القانونيين المتخصصين حيث يقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتحاور مع الأشخاص الراغبين في الخضوع لهذا النظام ليفصل في

[1]– هند الطوخي السيد، المرجع السابق، ص.131؛ عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص.302؛ عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص.165.

[2]– فيصل عبد العزيز محمد محمد كمال، المرجع السابق، ص.742.

[3]–صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.246؛ هند الطوخي السيد، المرجع السابق، ص.133.

النزاع القائم بينهم خلال 72 ساعة من اللحظة التي يعرض فيها الموضوع عليه، ويحدث الاتصال بين القاضي والأطراف بالبريد الالكتروني ليصدر الحكم ويخطر به الأطراف بالوسيلة ذاتها[1].

وعليه يمتاز نظام القاضي الافتراضي بالطابع غير الشكلي لإجراءات التحكيم حيث أن المحكم لا يتقيد بالقواعد الإجرائية المنصوص عليها في القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وإنما عليه أن يراعي إلى جانب هذه القواعد النصوص التعاقدية التي تحكم العلاقة بين الطرفين وأخلاقيات الشبكة المعلوماتية التي تجري عن طريقها إجراءات التحكيم وإدعاءات أطراف التحكيم والحلول المطروحة والمأمولة من جانبيهما[2]، ورغم ما يمتاز به نظام القاضي الإفتراضي، إلا أنه منتقد بسبب الصعوبات التي تواجه تنفيذ الحكم الصادر عنه حال التحقق من سوء نية الطرف الخاسر[3].

البند الثاني: المحكمة الافتراضية Cyber tribunal

تعد المحكمة الإفتراضية من أهم التنظيمات الذاتية لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات الالكترونية، ويرجع أصل نشأتها إلى المشروع الذي تقدم به مركز أبحاث القانون العام بجامعة مونتريال[4] بكندا في سبتمبر 1996، وتمت الموافقة عليه والإعلان عنه في 4 يونيو 1998[5].

وقد دخلت لائحة إجراءات التحكيم التي وضعتها المحكمة حيز التنفيذ في 20 ديسمبر 2005، وكانت الإجراءات المعمول بها مستوحاة من قواعد القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس مع إجراء بعض التعديلات عليهما لجعلها متوافقة وطبيعة التجارة الالكترونية[6].

تختص هذه المحكمة بالفصل في المنازعات التي تحدث في المجال الالكتروني مثل حق المؤلف، العلامة التجارية، التجارة الالكترونية، المنافسة ومجالات أخرى، ويستبعد من نطاق اختصاصها ما يتعلق بالنظام العام[7]، وكذا المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية التقليدية، وعليه يلاحظ أن هذه المحكمة لا تنظر إلا في المنازعات المتعلقة باستخدام التكنولوجيا الحديثة في مجال المعاملات الدولية[8].

---

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.315.

[2]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.315؛ فيصل عبد العزيز محمد محمد كمال، المرجع السابق، ص.743.

[3] - عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص.302.

[4]-Cf. Karim Benyekhlef, Valentin Callipel, Emmanuelle Amar, op.cit., p.20.

[5]-صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.244؛ محمد إبراهيم موسى، التحكيم الالكتروني،بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية)، بحوثالمؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 3، 2010، ص.1073.

[6]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.245؛ بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.148.

[7]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.314؛ عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص.303؛ عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص.166.

[8]-فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.743.

ويهدف نظام هذه المحكمة، إلى وضع قواعد سلوك تتفق وطبيعة التجارة الالكترونية وتكفل سلامة بياناتها من ناحية، وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الالكترونية وينضم إليه أطراف النزاع ويتحقق الارتباط به بموجب إطار تعاقدي من ناحية أخرى[1]، كما تصدر هذه المحكمة شهادات مصادقة على المواقع الشبكية التي تستوفي الشروط المطلوبة بغرض بث الثقة بين الأطراف المتعاملة، وهذه الشهادات تفيد أصحاب المواقع بتسوية الخلافات والمنازعات مع المتعاملين معهم وفقا للائحة إجراءات المحكمة الإفتراضية ويراعى أن تسوية النزاع عبرها يتطلب رضاء صريح من أطرافه بطرحه على أجهزتها[2].

بمقتضى نظام المحكمة الإفتراضية تتم جميع الإجراءات إلكترونيا، حيث يقوم الطرف الراغب في اللجوء إليها بملئ نموذج إلكتروني موجود على موقع المركز الالكتروني، ويرسله إلى أمانة محكمة التحكيم لتقوم هذه الأخيرة بفحص الطلب، وتعيين محكمين للنظر في النزاع، كما تفتح ملفا للقضية وتضعه على موقع خاص بها لا يمكن الدخول إليه إلا بإستخدام المفتاح السري الذي تقدمه للأطراف ولأعضاء المحكمة[3]، بعد نظر النزاع تصدر المحكمة المحكمة حكمها خلال ثلاثين يوما من تاريخ إغلاق باب المرافعة، ويكون ذلك الحكم مسببا وموقعا عليه من المحكمين توقيعا إلكترونيا، ليرسل بعد ذلك إلى الأطراف عبر بريدهم الالكتروني، كما يوضع على الموقع المؤمن المخصص للقضية الالكترونية لمدة ستين يوما عقب إصداره[4].

لعل من بين ما تجدر الإشارة إليه أنه يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على اللجوء إلى القضاء الوطني في حال عدم رضاء أحدهم بالحكم، ليترتب في حال عدم الاتفاق عدم جواز اللجوء إلى القضاء الوطني ما لم يكن هناك سبب لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم[5].

بناء على ما تقدم، يتضح أن نظام المحكمة الفضائية يمثل تحديا لفاعلية النظام الجديد وأمنه وعدالته سيما بالنسبة لمن يمتلك إمكانيات استخدام تقنيات المعلومات والاتصال[6]. ولفعاليته سعت بعض الدول لإصدار قوانين قوانين لإنشاء محاكم فضائية، من ذلك محكمة التحكيم القضائية التي نشأت بولاية Michigan بالولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون Public Actسنة 2001، ودخلت حيز التنفيذ في 9 يناير 2002[7].

[1]- هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.128، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص.182.

[2]- توجان فيصل الشريدة، المرجع السابق، ص.1095.

[3]- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.743.

[4]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.195.

[5]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.314.

[6]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.323.

[7]- هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.127.

البند الثالث: منظمة الأيكان[1]

منظمة الأيكان هيئة أنشات في الولايات المتحدة الامريكية عام 1998، وهي تسعى لحماية أسماء الدومين[2] والمواقع الالكترونية، وفقا للائحة القواعد الموحدة لتسوية المنازعات (UDRP)[3] التي وضعتها لتنظيم قواعد تسجيل أسماء المواقع عالمية النطاق[4]، الملاحظ أن الهدف من نظام التحكيم الخاص بهذه المنظمة هو محاربة جريمة (Cyber-squattin) المتمثلة في اختطاف العناوين الالكترونية وأسماء العلامات التجارية المشهورة بهدف استغلالها والاستفادة منها ماديا[5].

وعليه تقتصر المنازعات التي يتم نظرها وفقا للقواعد الموحدة التي وضعتها هذه المنظمة على المسائل التي تنطوي على الغش في استخدام أو استغلال الأسماء أو العناوين الالكترونية المتشابهة والمتطابقة مع علامات أو أسماء تجارية مملوكة لأشخاص ليس لهم حق في استغلالها[6]، وذلك كله قصد خلق اللبس لدى الجمهور والاعتقاد بأن ذلك الموقع يبيع المنتجات التي تحمل هذه العلامات[7].

---

[1]- pour une étude exhaustive V : Thierry de Galard , Internet et non de domaine , déroulement d'une procédure administrative' selon la pratique uniforme de l'ICANN , Gaz.pal., 18avril2000, n°109 , p.25 ; Fabien GELINAS, Splendeurs et misères de la célérité ; bilan du système de règlement de différends relatifs à l'adressage internet, Gaz.pal., 6 juin 2002, n°157,p.46 ; P.LASTENOUSE , Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine, in Rev.Arb., 2001, p.95.

[2]- إسم الدومين (Domaine Name) عبارة عن نسخة ذاكرة للعنوان الرقمي على شبكة الأنترنيت تسمح للحائز بهذا الاسم من التعريف بطريقة أكثر شخصية وصديقة للمستخدم من خلال نظام حرفي رقمي. فهو عنوان منفرد لموقع على شبكة الأنترنيت يسمح بتحديد الموقع وتمييزه عن غيره أو نوعه أو دولة المنشأ بالنسبة له. ويقصد به اسم المجال أو النفوذ أو النطاق، أي الاسم الذي يدخل المستخدم عن طريقه إلى شبكة الأنترنيت لغرض ما ويكون في نطاق التجارة الالكترونية تجاريا يتعلق بشركة أو مؤسسة.

وبسبب الدور الذي يؤديه هذا الاسم في التعريف بالمنتج من خلال شبكة الأنترنيت أصبح له أهمية اقتصادية كبيرة، حتى أصبح عارضوا السلع والخدمات على الأنترنيت يحرصون على اتخاذ اسم نطاق لهم على الشبكة يكون مقتصرا ومميزا على نحو يسهل معه على الجمهور والمستهلكين حفظه، ويكون مشجعا لهم على تكرار الدخول عليه، الأمر الذي تنعكس معه القدرة على الترويج للسلع والمنتجات عبر الأنترنيت.

يراجع، صلاح علي حسن، المرجع السابق، ص.335.

[3] -Uniform Dispute Resolution Policy.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.312.

[5]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.246.

Patrick Thieffry, commerce électronique: droit international et européen, op.cit., p.225.

[6]- لعل من بين القضايا التي تم الفصل فيها في هذا الإطار قضية(All state) التي تتلخص وقائعها في أن شركة التأمين الموجودة في الولايات المتحدة الأمريكية والمسماة بـ (All state) وصاحبة العنوان الالكتروني(All state.com)قدمت شكوى إلى مركز(WIPO)ضد صاحب موقع (all state.com) الموجود في هولندا والمتخذ من العنوان الالكتروني التالي (Privacy protect.org)اسما لها لتشابه الاسمين مع اختلاف في الحرف الأول بحيث تعتمد الأولى على "A" والثانية على "a" الأمر الذي أثار اللبس لدى المتعاملين مع الشركة الأصلية، فتحول جميع العملاء إلى اسم النطاق المزيف، مما يدل على سوء نية المدعي عليه الذي ليس له أي حق مشروع على الشركة الأصلية يفند سوء نيته. وفي هذه القضية حكمت هيئة التحكيم برد اسم الموقع (All state.com) إلى المدعي مقدم الشكوى.

صدر الحكم في فبراير 2011 من حكم منفرد(Kiyoshi Tsuru) قضية رقم D2011 – 0003. مشار إليه من طرف، صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.248.

[7]- نفس المرجع، ص.247.

للإشارة، فإن هيئة الايكان مجرد جهة رقابة، وهي لا تفصل في المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق، بل يتم الفصل فيها من قبل جهات رخصت لها مؤسسة الايكان بإدارة نظام التسوية، يطلق عليها إسم موردي أو مزودي خدمات تسوية المنازعات المعتمدين، وتشمل هذه الجهات كل من مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)[1]، محكمة التحكيم الوطنية (NAF)[2]، مركز تحكيم الموارد العامة (CPR)[3]، ومركز ومركز آسيان لحل منازعات أسماء الحقول (ADNDRC)[4]،

وعليه يتوجب على الشاكي أن يقدم دعواه إلى أحد الجهات الأربعة السالفة الذكر، ويدعي فيها أن إسم الموقع المسجل لدى هيئة الايكان يطابق أو يماثل علامته التجارية لتقوم الجهة التي قُدمت لها الشكوى بإخطار المشكو في حقه في غضون ثلاثة أيام التالية لسداد الشاكي للرسوم المقررة، ويتم ذلك الإخطار عن طريق البريد أو الفاكس على العنوان الذي يظهر في بيانات اسم صاحب النطاق محل الشكوى، أو على عنوان البريد الالكتروني، أو عنوان البريد المتنازع عليه أو على أي عنوان بريد إلكتروني يظهر كوصلة على صفحة الويب، التي يتبعها اسم النطاق محل الشكوى.

يلتزم المشكو في حقه بتقديم الرد إلى المزود أي إلى الجهة التي قُدمت لها الشكوى، وذلك في غضون عشرين يوما(20) التالية لبدء الإجراءات[5]، ويتعين أن يكون الرد محددا وواضحا على الإدعاءات الواردة بالشكوى، ويتضمن الأسس والدعائم التي تؤكد ملكية المدعى عليه لاسم النطاق للاحتفاظ بتسجيله واستخدامه لنفسه، وللمدعى عليه أن يرفق بالرد أي مستندات أو أدلة يعتمد عليها في دفاعه، وبعد ذلك يتوجب على العضو الذي تم اختياره أو اللجنة المكونة من ثلاثة أعضاء بعد دراستها للملف وتقديرها للأدلة المقدمة لها إصدار قرارها في غضون (14) يوما التالية لبدء عملها، ويصدر القرار بالأغلبية في حالة ما إذا كانت التشكيلة ثلاثية، علما أن قرار اللجنة لن يخرج عن إحدى صورتين فهي إما تقبلها وتقر من ثم بوجود اعتداء على العلامة التجارية بسبب تسجيل المدعي عليه لاسم موقعه الالكتروني المتماثل مع الاسم المملوك للمدعي، وإما ترفض الشكوى لعدم ثبوت الاعتداء على العلامة التجارية، ويقتصر قرار جهة التسوية على إلغاء تسجيل اسم الموقع الالكتروني محل النزاع في الحالة الأولى، أو الإبقاء عليه في الحالة الثانية.

[1] -World Intellectual Property Organization.

[2] -National Arbitration Forum.

[3] -Center of Public Ressource.

[4]- l'Asian Domain Name Dispute Resolution Center.

[5]- Cf. Chiheb Ghazouani, op.cit., p.440.

بعد فصل اللجنة في الشكوى، يتوجب على المزود إبلاغ القرار إلى الأطراف والايكان في غضون ثلاثة أيام من تاريخ صدوره[1]، وللإشارة فإن قرار جهة التسوية لا يمكن أن يشمل الحكم بأي تعويضات[2]، إذ يتوجب على الطرف المضرور للحصول على التعويض اللجوء إلى القضاء الوطني.

الثابت أنه رغم نجاعة الإجراءات التي تعتمد عليها هيئات الإيكان لحل النزاعات، إلا أنه يأخذ عليها مخالفتها في الكثير من المواضيع للقواعد المستقر عليها بشأن التحكيم، ومن ذلك عدم وجود إتفاقية تحكيم بين المدعى والمدعى عليه، فكل ما هنالك عقد تسجيل مبرم بين هيئة الايكان وبين المدعى عليه (المشكو ضده)، وبموجب عقد التسجيل هذا يجد المدعى عليه نفسه مضطرا لقبول الإحالة للتحكيم وفقا للائحة هذه المنظمة، لورود ذلك في اتفاقية التسجيل الموقعة بينه باعتباره حائز الموقع الالكتروني وبين المسجل الالكتروني. هذا من جهة، من جهة أخرى يلاحظ أن الإجراءات أمام هيئة الايكان يتخلف فيها الأثر المانع للتحكيم، بحيث يجوز للأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني في أي مرحلة من مراحل التحكيم، أي سواء قبل بدء إجراءات التحكيم، أو أثناء سريانها، أو حتى بعد صدور قرار هيئة التحكيم[3]، وهو ما يخالف القواعد العامة في التحكيم، التي تمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطني بمجرد اتفاقهم على التحكيم.

ولا يقتصر الأمر على ذلك، بل تتضح خصوصيات هذا النوع من التحكيم في تخلف الطبيعة الإلزامية للقرار الصادر عن هيئات الايكان، إذ يكون للمحكوم ضده الطعن في القرار الصادر من اللجنة المكلفة بالتسوية أمام محاكم الدول، وهو ما يخالف كذلك القواعد العامة في التحكيم، والتي تقرر إلزامية القرار الصادر عن المحكم[4].

بسبب هذه الخصوصيات شكك البعض في الطبيعة التحكيمية للعملية واعتبروها بمثابة وساطة إلكترونية، وذلك لاشتراكها مع الوساطة في الطبيعة غير الملزمة للقرار الصادر عن الوسيط، فالتسوية أمام هيئات الايكان كالوساطة لا تنفذ إلا بموافقة طرفي النزاع[5].

رغم صحة هذا الأمر، إلا أنه لا يمكن حسب جانب من الفقه [6]التسليم به واعتبارها وساطة، كون أن هذه الأخيرة كالتحكيم تحتاج إلى اتفاق مسبق بين طرفي النزاع، وهو ما لا يحدث في إجراءات التسوية أمام هيئات الايكان، بحيث لا يوجد عقد بين المدعي والمدعى عليه يمكن منه استخلاص وجود اتفاق للوساطة، وبهذا لا يمكن لإجراءات التسوية أمام هيئة الايكان أن تأخذ وصف الوساطة.

---

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.357.

[2]-سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.313.

[3]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.358.

[4]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.189.

[5]- Cf.Chiheb Ghazouani.op.cit., p.444.

[6]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.191.

بناء على ما تقدم، يتبين أن الإجراءات التي تمارس أمام هيئات الايكان لا يمكن أن تشكل وساطة، كما لا يمكن أن تعتبر تحكيما بالمعنى الدقيق للكلمة، بل هي اجراءات تسوية ذات طبيعة خاصة أنشأتها اللائحة التي وضعتها هيئة الإيكان[1]، ولا ينفي عنها هذه الطبيعة ما تبناه جانب من الفقه[2]، عند محاولته الرد على عدم تمتع القرارات الصادرة عن هيئات الايكان بالطابع الالزامي، مستندا في تبريره على ما تملكه هذه الهيئات من وسائل تنفيذ ذاتي تسمح لها بتنفيذ قرارات الهيئات التابعة لها، ودونما حصول على موافقة الأطراف[3]، كما ولا ينفي عنها ذلك ما نوه إليه جانب آخر من الفقه[4] من إمكانية تضمين عقود التسجيل التي تبرمها هيئة الايكان مع المسجلين المسجلين شرطا يفيد إلتزامهم بقبول القرار الصادر عن هيئاتها في أي شكوى تقدم ضدهم، بحيث يترتب على لجوء أحدهم إلى محكمة وطنية بعد صدور قرار ضده، تطبيق المحكمة الشرط التعاقدي الذي يلزم هذا المسجل بقبول قرارات هيئات الايكان.

من هنا يتوجب الذكر، أنه حتى لو كانت قرارات هيئات الايكان حسب التصور السابق ذات طبيعة إلزامية، إلا أن هذا لا يعني أنها تكتسب صفة حكم التحكيم، إذ لا يمكن تجاهل تخلف الأثر المانع من اللجوء إلى القضاء حتى بعد صدور قرار هيئة الإيكان، كما لا يمكن إغفال عدم وجود اتفاق مباشر بين المدعي والمدعى عليه، والأكثر من ذلك لا تخضع القرارات الصادرة عن هيئات الإيكان لنظم تنفيذ أحكام المحكمين التقليدية، وعليه فهي لا تحتاج إلى تدخل قضاء التنفيذ في الدولة المراد التنفيذ فيها، وذلك نظرا لقيام هيئة الايكان بتنفيذه مباشرة باستخدام وسائل فنية[5].

بعد أن تم تحديد المقصود بالتحكيم الالكتروني، وتمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة له، والوقوف على مميزاته ومخاطره، وكذا على تطبيقاته العملية، وجب التعرض للإطار القانوني للتحكيم الالكتروني.

المطلب الثاني: الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني

يعد التحكيم نظام قانوني له هياكله وإجراءاته وقواعده المحددة قانونا، ولكن برغم ذلك فهو نظام قضائي من حيث إجراءاته، واتفاقي من حيث إنعقاده، إذ بمقتضى اتفاق الأطراف يتقرر اللجوء إلى التحكيم وتتحدد إجراءاته، والقانون المختص بحكمه[6].

وما قيل عن التحكيم التقليدي ينطبق على التحكيم الالكتروني، كل ما هنالك أن الاختلاف يشمل الوسائل المستخدمة في كل منهما، وإذا كان هذا الاختلاف يبدوا يسيرا في جوهره إلا أنه دقيق من حيث

[1]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.313.

[2]- وهو موقف (SCHULTZ). مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.190.

[3]- يراجع في ذلك، ص.402 من هذه الأطروحة.

[4]- وهو موقف (Caprioli). مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.191.

[5]- نفس المرجع، ص.191.

[6]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.47.

مضمونه، بحيث أنه يؤثر في مجمل مراحل التحكيم، فإلى أي مدى سيؤثر استخدام الوسيلة الالكترونية في جوهر التحكيم الالكتروني؟

هذا ما سيتم التعرض له بالتطرق لكل من مفهوم إتفاقية التحكيم الالكترونية (**الفرع الأول**)، ثم لمضمون إتفاقية التحكيم الالكترونية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مفهوم اتفاقية التحكيم الالكترونية.

تعد اتفاقية التحكيم الالكترونية جوهر التحكيم الالكتروني وأساسه، بل هي الممر الوحيد الذي يعبر من خلاله الأطراف إلى نظام التحكيم، فبدون هذه الاتفاقية لا يستطيع الأطراف اللجوء إلى إحدى الهيئات التحكيمة الالكترونية لمباشرة التحكيم، وحسم المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الالكترونية[1].

واتفاقية التحكيم الالكترونية كنظيرتها التقليدية تتراوح صورها ما بين شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم[2] التي يسميها المشرع بإتفاق التحكيم، بل إن هناك من التشريعات من كرست صورة التحكيم بالإحالة، غير أن اتفاقية التحكيم–ومهما كانت صورتها– لا ترتب آثارها إلا إذا استجمعت كافة الشروط المتطلبة قانونا سواء الموضوعية منها أو الشكلية.

ونتيجة لكون اتفاقية التحكيم الالكترونية امتداد لنظيرتها التقليدية، لم تعمد التشريعات إلى تنظيمها بنصوص قانونية خاصة بها، الأمر الذي دفع المتخصصين وكذا العاملين على التعامل بها إلى الاستهداء بالأحكام العامة. فهل قدمت الأحكام التقليدية المنظمة لاتفاقية التحكيم لمجتمع الانترنت، وبصفة خاصة لمتعاملي التجارة الالكترونية الأحكام الكفيلة بضبط كل ما يتعلق بها؟

هذا ما سيتم معالجته بتحديد تعريف اتفاقية التحكيم الالكترونية وصورها (**البند الأول**)، ثم شروط صحة اتفاقية التحكيم الالكترونية (**البند الثاني**).

البند الأول: تعريف اتفاقية التحكيم وصورها

يقتضي عقد الاختصاص للمحكم أو للهيئة التحكيمية لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية اتفاق الأطراف المحتكمة على ذلك، وهم في ذلك ملزمين باعتماد إحدى صور الاتفاقية، التي تتراوح بين منح الاختصاص للمحكم أو الهيئة التحكيمية قبل نشوء النزاع، أو منحها له بعد نشوءه، فأي الصورتين أكثر استجابة لمقتضيات التجارة الالكترونية؟ وهل أثرت الوسائل الالكترونية على فحوى اتفاقية التحكيم؟

لأهمية هذه المسألة سيتم تحديد تعريف اتفاقية التحكيم الالكترونية (**أولا**)، ثم لصور اتفاقية التحكيم الالكترونية (**ثانيا**).

[1]– محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق،ص.93.

[2]– هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.167.

أولا: تعريف اتفاقية التحكيم الالكترونية

تعرف اتفاقية التحكيم بأنها:" اتفاق الأطراف المحتكمون(أطراف الاتفاق على التحكيم) على اللجوء إلى نظام التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت فعلا بينهم لحظة إبرام اتفاق التحكيم(مشارطة التحكيم)، أو يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل بمناسبة علاقة قانونية معينة –عقدية أو غير عقدية- (شرط التحكيم)"[1]، أو هي: "العقد الذي التزم بمقتضاه الأطراف حل نزاعاتهم، الناشئة أو التي ستنشأ، بواسطة محكمين وليس من قبل جهة قضائية."[2]

وقد عرفها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة(1/7)[3]تحت مسمى اتفاق التحكيم واعتبرها:" اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا على التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية "، كما تعرضت لها المادة (1/2) من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة بنيويورك سنة1985 المصادق عليها من قبل الجزائر[4] وعرفتها: "الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم."

أما المشرع الجزائري فلم يضع تعريفا محددا لاتفاقية التحكيم بل اكتفى في المادة 1/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالتمييز بين صورتيها[5]، فذكر:" تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية."

ولاعتبار أن اتفاقية التحكيم الالكترونية تشكل التطور الطبيعي لاتفاقية التحكيم التقليدية، فقد عرفت على أنها: "إتفاق الأطراف على التحكيم بطريقة إلكترونية لحسم المنازعات القائمة بينهم أو التي سوف تقوم بينهم والتي تتعلق بالمعاملات التجارية التي تتم بينهم إلكترونيا عبر شبكة الانترنت الدولية"[6].

من هنا يلاحظ أن اتفاقية التحكيم الالكترونية وإن كان تتفق مع اتفاقية التحكيم التقليدية، من حيث أنهما وسيلتان لتسوية المنازعات الناشئة أو التي سوف تنشأ مستقبلا بين الأطراف، إلا أن اتفاقية التحكيم

---

[1]- محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.94.

[2]- Cf. Fouchard Phillipe, Gaillard Emmanuel et Goldman Berthold, traité de l'arbitrage commercial international, éd LITEC,paris, et Delta,Liban,1996,p.395.

[3]- قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (وثيقتا الأمم المتحدة A/40/17، المرفق الأول وA/16/17، المرفق الأول) بالصيغة التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21حزيران/ يونيه1985، وعدلتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 7 تموز/ يوليه2006.

[4]- مرسوم 88-233مؤرخ في 25ربيع الأول عام 1409 الموافق 5نوفمبر سنة 1988 يتضمن الانضمام، بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.

[5]-نور الدين بكلي، دور وأهمية إتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، ج1، ع خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والوساطة والتحكيم، م.ع، قاعة المحاضرات،15و 16جوان2008، ص.268.

[6]-محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.95.

الالكترونية تتميز عن نظيرتها التقليدية من حيث وسيلة إبرامها، إذ بينما تستعمل الوسيلة الالكترونية لإبرامها، لا تستعمل هذه الأخيرة لإبرام اتفاقية التحكيم التقليدية.

بعد الوقوف على معنى إتفاقية التحكيم الإلكترونية، وجب التطرق لصورها.

ثانيا : صور اتفاقية التحكيم الالكترونية

تتعدد صور اتفاقية التحكيم الالكترونية، بين شرط يضمنه الأطراف العقد قبل نشوب النزاع، ومشارطة (إتفاق) يتفقون فيها على منح الهيئة التحكيمية صلاحية النظر في النزاع بعد نشوبه، وتحكيم بالاحالة يشير فيه الأطراف إلى الرجوع لوثيقة تتضمن شرط التحكيم.

وأيا ما كانت الصورة التي تتخذها اتفاقية التحكيم الالكترونية، فإنها تعد الأساس التي تُعول عليه الهيئة التحكيمية للنظر في النزاع، ولأهمية هذه الصور سيتم تحديدها بالتطرق لكل من شرط التحكيم "**1**"ثم لشرط التحكيم بالاحالة"**2**"، على أن يتم التطرق بعد ذلك لاتفاق التحكيم "**3**".

1 : شرط التحكيم.

في إطار عمليات التجارة الالكترونية غالبا ما يتم الاتفاق على التحكيم الالكتروني في صورة شرط من الشروط العامة الواردة في عقود التجارة الالكترونية، التي يتم الاتفاق عليها عن طريق الوسائل الالكترونية المتمثلة في شبكة الانترنت، لتترجم موافقة الأطراف على العقد الأصلي على أنها موافقة على شرط التحكيم باعتباره بندا من بنود العقد[1].

وعليه يعرف شرط التحكيم على أنه:" بند يرد ضمن بنود أخرى في عقد معين يتفق بمقتضاه أطرافه على عرض ما ينشأ بينهم من منازعات على محكم أو أكثر يختارونه للحكم فيها بدلا من المحكمة المختصة"[2]، كما يعرف بأنه: "نص وارد ضمن نصوص عقد معين يقرر الالتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه."[3]، وإذا كانت هذه التعاريف تخص شرط التحكيم بصفة عامة، فإن شرط التحكيم الالكتروني يعرف بأنه:" اتفاق الأطراف في أحد بنود العقد الالكتروني الأصلي على اللجوء إلى التحكيم لفض أي نزاع مستقبلي قد يحدث بينهم"[4].

إنطلاقا مما تقدم، يتبين أن شرط التحكيم الإلكتروني هو إتفاق الأطراف في أحد بنود العقد الإلكتروني الأصلي على إستخدام آلية من ذات الطبيعة التي أبرم بها العقد لحل أية منازعة بشأنه[5] .

---

[1]- محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.99.

[2]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية،المرجع السابق، ص.112؛ أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2003، ص.223.

[3]- محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.99.

[4]- نفس المرجع، ص.97.

[5]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.113.

لأهمية شرط التحكيم تعرضت له المادة2/2 من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية،[1] و المادة 1 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي،[2] والمادة7 /1 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التحكيم[3]، كما قرر المشرع الجزائري الأخذ به في المادتين 1007[4] و1008[5] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من خلال ما سبق، يلاحظ أن أطراف العلاقة القانونية لا ينتظرون في شرط التحكيم نشوب النزاع بينهم لتحديد الوسيلة التي يعتمدونها لحله[6]، بل يتخذون القرار بشكل مسبق، فيتفقون على اخضاع النزاع الذي قد ينشئ بينهم مستقبلا بسبب تلك العلاقة إلى التحكيم[7].

وكما يتحقق شرط التحكيم في العالم المادي، فإنه يتحقق في العالم الالكتروني، إذ تدرج الكثير من الشركات التي تعتمد على شبكة الاتصالات لإنجاز تعاملاتها الالكترونية في عقودها شرط التحكيم كوسيلة لتسوية ما قد يحتمل أن ينشأ من منازعات بين أطراف العقد[8]، ومن ذلك ما تضمنه العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الالكترونية الذي أعدته غرفة التجارة بباريس بين التاجر والمستهلك، والعقد النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر من المركز الدولي للأبحاث والدراسات في قانون المعلوماتية والاتصال[9].

ولئن كان شرط التحكيم يمثل الوضع الغالب في الحياة العملية[10]، إلا أن الفقه تساءل وبحق عن صلاحية إدراج مثل هذا الشرط في مجال عقد الإستهلاك، وفي هذا نوه جانب من الفقه[11] إلى عدم ملاءمة إستخدام شرط التحكيم في عقود الإستهلاك، وكان من بين المسوغات التي اقترحها لتبرير موقفه ارتفاع تكاليف اللجوء للتحكيم مقارنة بقيمة منازعات عقود الاستهلاك من جهة، وعدم توافق القواعد التي تطبقها هيئات التحكيم مع طبيعة

---

[1]–تنص المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية: " المراد "بالاتفاقية المكتوبة" هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد."

[2]– تنص المادة 1 /2من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21نيسان لسنة 1961:" اتفاقية التحكيم الناتجة عن شرط تحكيمي مدرج في عقد وتلك الناتجة عناتفاق تحكيمي بموجب عقد او اتفاقيات تحكيم موقع من الفرقاء، أو بموجب رسائل متبادلة او برقيات او بواسطة التلكس .".

[3]– تنص المادة 1/7من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (بالصيغة التي اعتمدتها اللجنة في دورتها التاسعة والثلاثين في عام 2006): ""... ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد ..."

[4]– تنص المادة 1007 ق إ.م .إ.ج : "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

[5]– تنص المادة 1008 ق إ. م.إ.ج : "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

[6]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص266؛ سامي محمد مزعل الشمري، التحكيم وسيلة لحسم المنازعات الناشئة عن عقد الوكالة التجارية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص.9.

[7]– أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012، ص.464.

[8]– صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.290.

[9]– فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص.741.

[10]– هند الطوخي السيد، المرجع السابق، ص.168؛ شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي الجزائري "دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، ع2، ديسمبر 2016، ص. 17؛ تراري ثاني مصطفى، إستقلاليةإتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، تصدر عن دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي – الجزائر، 2003، ص.9.

[11]– وهو موقف (SCHULTZ) وكذا موقف(طرح البحور علي حسن). مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.217.

هذه العقود لنشوء التحكيم كأصل عام لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية بين الشركات العملاقة، ناهيك عن كون هذا الشرط سيكون مدرجا ضمن مجموعة شروط ويكون مفروضا من قبل أحد الأطراف على الآخر، الذي لا يكون له إلا أن يقبل كل الشروط أو يرفضها كلها[1]، كما أن شرط التحكيم قد يكون على درجة من الإبهام وعدم الوضوح، بحيث لا يتمكن المتعاقد من التنبه لموافقته عليه كوسيلة لتسوية المنازعات، بل إن رداءة وسوء صياغة شرط التحكيم قد تؤدي إلى حدوث تنازع بينه وبين اختصاص القضاء بالنظر في النزاع، بحيث قد يترتب على عدم خبرة من يقوم بصياغة شرط التحكيم النص في عبارة واحدة على إختصاص التحكيم وقضاء الدولة بتسوية النزاع[2].

إن المبررات التي ساقها أنصار الإتجاه السابق تتماشى حسب جانب من الفقه وشرط التحكيم في مجال عقد الإستهلاك الذي يحدث في العالم المادي، دون شرط التحكيم الإلكتروني، كون أن المستهلك لا يتحمل عند لجوئه للتحكيم الإلكتروني أي تكاليف مالية، إذ تدفع تلك التكاليف من قبل البائع، وقد استند هذا الاتجاه لتبربر موقفه على موقف المحكمة الأمريكية التي اتجهت إلى اعتبار شرط التحكيم الوارد في عقد الإستهلاك الإلكتروني شرطا معقولا طالما أنه قد تم على الإنترنت، وطالما أن البائع تحمل كافة تكاليف التحكيم[3].

للأسباب السالف الذكر، فضل جانب من الفقه الأمريكي تعميم شرط التحكيم الإلكتروني على العقود الالكترونية من خلال اعتماد آلية (Third party beneficiary) التي تسمح بوضع الشرط في كل بنود الانضمام أو الاشتراك للحصول على خدمات الأنترنيت، في حين اتجه الفقه اللاتيني عند تبريره للتعميم إلى تبني الاشتراط لمصلحة الغير، كبديل مقابل للآلية الأمريكية المشار إليها.

ولكن ما يلاحظ أن اعتماد الآلية الأخيرة كأساس لتعميم شرط التحكيم وتسوية المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية ينطوي على صعوبات ومخاطر كبيرة، أهمها ضرورة قبول المستفيد من الاشتراط لشرط التحكيم، وهو أمر يهدم أو يقوض فكرة التعميم هذه، إذ كما يكون للمستفيد قبول الشرط فإن له أن يرفضه[4].

لتفادي هذه الصعوبة، اتجه الأستاذ (Cachard) إلى تبني فكرة الشروط التخييرية (clause optionnelles) التي بمقتضاها يلتزم التاجر المنظم لخدمة الإنترنيت بإخضاع أي منازعة تنشأ عن العقود التي يبرمها للتحكيم مع إعطاء الطرف الآخر في العقد – وهو المستهلك – حق الاختيار بين الموافقة على الشرط، وإخضاع المنازعة للتحكيم، أو رفضه واستبعاد اللجوء إليه لصالح المحاكم الوطنية[5].

---

[1]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص.120.

[2]– صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.291.

[3]– حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.228.

[4]– سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، "دراسة مقارنة"، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، مجلة نصف سنوية تصدرها الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، ع الرابع والعشرون، أكتوبر/ تشرين الأول، 2006، ص.117.

[5]– صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.291.

وفقا لهذا الطرح، يمكن القول أن فكرة الشروط التخييرية تعد سببا لتشجيع المستهلك على التعاقد، كون أن اللجوء إلى التحكيم من عدمه يبقى محل تقدير من قبله، ولكن في الواقع يتجه جانب آخر إلى ضرورة التخفيف من غلواء هذه الفكرة، نتيجة للمخاوف الطبيعية للمستهلك في مواجهة التحكيم الدولي، والمتمثلة في تكاليف اللجوء إليه، الحرية الممنوحة للمحكم لاختيار القواعد المطبقة واستبعاد القواعد الآمرة، ناهيك عن طول الإجراءات الرامية لتنفيذ القرارات التحكيمية أمام الهيئات القضائية[1].

وعليه فإن مشروعية الشروط التخييرية تقتضي الإجابة عن مدى إمكانية التضحية بالقواعد الآمرة التي تلزم المستهلك باللجوء إلى محاكم الدولة، واللجوء إلى الهيئات التحكيمية الالكترونية؟

غني عن البيان، أنه يمنع في عقد الاستهلاك، إدراج شروط من شأنها الإخلال الواضح بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد كون أنها شروط تعسفية، وهو ما قرره المشرع الجزائري بموجب المادة (5/3) من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، وهو ما أكدته بتوضيح أكثر المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي حيث حظرت البنود التي يكون من شأنها منع أو إعاقة المستهلك من ممارسة الإجراءات القانونية أو المطالبة بالتعويضات، لاسيما تلك التي يترتب عليها إلزامه باللجوء إلى محاكم التحكيم غير المشمولة بحماية قانونية.

وفقا للنصوص القانونية، إدراج شرط التحكيم في عقد الاستهلاك، يعد شرطا تعسفيا، ولكن في الحقيقة تحديد طبيعة الشروط التخييرية في مجال عقد الاستهلاك الالكتروني يقتضي الرجوع للنظام الداخلي لبعض هيئات التحكيم الالكترونية لتحديد مدى التزامها بتطبيق القواعد الآمرة للمستهلك، وفي هذا يتبين أن المحكمة الالكترونية قررت في نصوصها تطبيق القانون الوطني للمستهلك في عقود الاستهلاك الالكترونية.

بالرغم مما تقرره هذه الهيئات، فإنه يتوجب القول أن الاعتراف بشرط التحكيم الالكتروني في مجال عقود الإستهلاك يخضع لتقدير القضاء حسب كل حالة على حدة، وفقا لمعيار المعقولية الذي تبناه القضاء الأمريكي، بحيث يكون هذا الشرط معقولا إذا وفر للمستهلك مزايا إقتصادية لا يمكن أن تتحقق له حتى لو لجأ إلى القضاء الوطني، وذلك بأن يتحمل البائع كافة تكاليف التحكيم، ويكون للمستهلك حق رفض الحكم بعد صدوره نتيجة لاعتماد هيئة التسوية الالكترونية على نظام التحكيم الملزم لجانب واحد فقط وهو البائع، أما إذا ترتب على شرط التحكيم الإلكتروني تكليف المستهلك بمبالغ مالية لا تتناسب وقيمة النزاع، أو تم حرمانه من حق رفض التحكيم واللجوء إلى القضاء الوطني المختص، كان ذلك الشرط غير معقول واستوجب الحكم ببطلانه[2].

ولئن كان هذا واقع شرط التحكيم الالكتروني في مجال منازعات الاستهلاك، فإن الأمر يقتضي التطرق لشرط التحكيم بالإحالة.

---

[1]-Cf.Chiheb Ghazouani, op.cit., p.489.

[2]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.234.

2: شرط التحكيم بالاشارة

إذا كان شرط التحكيم الإلكتروني يشكل صورة من صور اتفاق التحكيم الالكتروني، فالملاحظ أن الممارسة العملية الدولية طرحت للوجود صورة جديدة تعرف بشرط التحكيم بالإشارة (clause arbitrale par référence)، أو ما يسمى بالتحكيم بالإحالة، ويمكن تعريف هذا النوع من اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق على التحكيم غير مدرج في العقد الذي يترجم اتفاق الأطراف والموقع عادة من قبلهم، ولكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن هذا العقد تحيل إليها إرادة الأطراف صراحة أو ضمنا، على نحو يؤدي إلى إدماج هذه الوثائق في العقد ذاته"[1].

وعليه لا يستلزم شرط التحكيم بالإحالة إدراج شرط في العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، بل يتقرر من خلال إشارة الأطراف إلى عقد سابق بينهم أو إلى عقد نموذجي لتكملة النقص الوارد في عقدهم[2]، ولأهميته تطرق له المشرع المصري في المادة(3/10) من قانون التحكيم والتي نصت على أنه: "يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد"، كما تعرض له القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في الصيغة التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 2006 في المادة 6/7التي نصت" تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بندا تحكيميا إتفاق تحكيم مكتوبا، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءا من العقد "، أما عن المشرع الجزائري فيمكن القول بأنه قد أشار له في المادة 1/1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حين ذكر: "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"، فمصطلح تستند إليها يمكن تفسيره بأنه شرط التحكيم بالإحالة[3]، وهو في ذلك يكون قد تبنى ذات موقف المشرع الفرنسي، الذي أورد ذات الصياغة التي تطرق بها هذا الأخير لشرط التحكيم بالاحالة في المادة 1443 من قانون من قانون المرافعات الفرنسي الصادر سنة 1980[4].

للإشارة فإن شرط التحكيم بالإحالة لقي رواجا كبيرا في العالم المادي، إلا أن الفقه ظل مختلفا بشأنه، وانقسم في ذلك إلى اتجاهين إتجاه[5]يستلزم الإحالة الخاصة التي يتم فيها الإشارة بصفة خاصة إلى شرط التحكيم، وهو ما اعتد به قانون التحكيم المصري الجديد في المادة آنفة الذكر، ذلك أن الإحالة العامة إلى العقد الذي

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة "بين منهج تنازع القوانين ومنهج القوانين المادية "دراسة تحليلية وانتقادية لأحكام القضاء الفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ع الأول والثاني، س 1995، ص.2.

[2]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.56؛ أمينة خبابة، المرجع السابق، ص.89.

[3]- ناجي عبد المؤمن، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ع1، س44، يناير2002، ص.416.

[4]– Art1443Al1 c .pro .civ .fr : "la clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans convention principale ou dans un document auquel celle –ci se réfère."

[5]– مأخوذ عن حسامأسامة محمد، المرجع السابق، ص.211.

يحتوي على شرط التحكيم -كأن يذكر الأطراف مثلا في عقدهم أن العقد النموذجي الصادر عن هيئة.... جزء لا يتجزأ من العقد – لا يتحقق معه العلم الكافي للأطراف بوجود شرط تحكيم، كما أنها لا تسمح بالقول بوجود شرط تحكيم مكتوب. واتجاه آخر قرر الاعتراف بصحة شرط التحكيم بالإحالة أيا كانت صياغته، أي سواء كانت الإحالة خاصة أو عامة، طالما أنه قد ثبت العلم اليقيني للأطراف بها، وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا الاتجاه فاعترف بصحة شرط التحكيم بالإحالة ولو كانت هذه الأخيرة عامة طالما تحقق علم الأطراف اليقيني بوجود شرط التحكيم بأية وسيلة[1].

إن الخلاف الفقهي السابق لم يظل حبيس العالم المادي بل امتد ليشمل العالم الالكتروني، بحيث اتجه جانب من الفقه[2] إلى قبول الإحالة العامة لهذا الشرط طالما أنه قد ورد في عقد من عقود التجارة الإلكترونية، استنادا لثبوت العلم اليقيني للأطراف بمضمون شرط التحكيم، ذلك أن الوثيقة المحال إليها والتي تحتوي على شرط تحكيم تتواجد بصفة دائمة على صفحة الموقع الالكتروني للبائع، بحيث يمكن للمستخدم العادي الدخول إليها ومعرفة محتواها، بل يكون له حتى إمكانية حفظها لقراءتها فيما بعد، والأدهى من ذلك يلاحظ أن بعض المواقع الالكترونية لا تسمح بإتمام إجراءات التعاقد، إلا إذا قام المستخدم بفتح الصفحة التي تحوي الوثيقة المحال إليها، ناهيك عن وجود فترة زمنية للمستخدم في العقود الإلكترونية يمكنه الرجوع فيها إلى الوثيقة المحال إليها.

إلى جانب الفقه السابق، تمسك رأي آخر[3] بضرورة الإحالة الخاصة لشرط التحكيم في العقود الالكترونية، ذلك أن الإكتفاء بالإحالة العامة من شأنه تعريض المتعاقدين اللذين ليس لهم دراية كافية بالكمبيوتر إلى خطر عدم المعرفة أو العلم بوجود شرط تحكيم، ويعتبر الاتجاه الأخير حسب الأستاذ "حسام أسامة محمد" الأقرب إلى الصواب، إذ ليس هناك ما يضر المواقع الالكترونية من ادراج الإحالة الخاصة لشرط التحكيم الوارد في صفحة الشروط العامة، بل إن صاحب هذا الرأي يقترح وجود صفحة خاصة تحتوي على شرط التحكيم، مختلفة عن الصفحة التي تحتوي على الشروط العامة، ويكتب في الصفحة الأولى مصطلح شرط التحكيم، بحيث يستطيع المستخدم النقر على هذا المصطلح لكي يتم فتح الصفحة التي تحوي هذا الشرط، ثم يضغط بعد ذلك على الموافقة أو القبول ليكمل إجراءات التعاقد.

إن اعتبار شرط التحكيم في مثل هذا الفرض اتفاق تحكيم بالإحالة يستلزم تحقق شرطين؛ الأول يشمل تضمن العقد الأصلي إشارة إلى شرط التحكيم الموجود في ملف مستقل على أحد الروابط الواردة في صفحة الموقع، بحيث إذا قبل المتعاقد إبرام العقد الأصلي فإن ذلك يعد قبولا ضمنيا منه لشرط التحكيم طالما كان المتعاقد على علم به، ويستوي بعد ذلك أن يكون المتعاقد قد قرأ شرط التحكيم بفتحه الرابط الخاص به أم لم يقرأه،

[1]- مأخوذ عن حسامأسامة محمد، المرجع السابق، ص.212.

[2]- وهو موقف (Schultz). مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.213.

[3]- وهو موقف، (Kaufman-Kohler). مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.213.

وعليه يكفي أن يعلم بالإحالة إليه واعتباره جزءا من العقد، ويشمل الشرط الثاني إمكانية الوصول الفعلي إلى الملف الذي يتضمن شرط التحكيم، بحيث يكون بالإمكان فتح الرابط الخاص به وقراءة المعلومات الواردة به، والتي تتضمن الاتفاق على إحالة النزاع إلى التحكيم[1]، وهو ما يؤدي إلى تحقق علم الأطراف بمحتوى الوثيقة[2]، وكما في الشرط السابق يكفي أن يكون الوصول إلى المعلومات المذكورة ممكنا دون اشتراط أن يكون المتعاقد قد قام بفتح الرابط فعلا واطلع عليه، فالمتعاقد الذي لم يقم بالاطلاع على المعلومات رغم كونها متاحة ويسهل الوصول إليها يعد مقصرا ولا يستطيع أن يحتج بجهله بها.

ولا يكفي القول بأن المعلومات المتعلقة بشرط التحكيم متاحة أن يكون بالإمكان الاطلاع عليها مرة واحدة، بل لابد أن تكون قابلة لاسترجاعها وخزنها[3].

إن الخلافات الفقهية السابقة لم تمنع القانون النموذجي للتجارة الالكترونية من التعرض لمسألة الإدراج بالإشارة في المادة الخامسة مكرر[4]، بحيث اعتبرته وسيلة وجيزة لوصف الأحوال التي تشير فيها وثيقة عامة إلى أحكام مفصلة في موضع آخر بدلا من استنساخها كاملا[5]، وقد منح القانون النموذجي للمعلومات المشار إليها في رسالة البيانات نفس القيمة القانونية للمعلومات الواردة برسالة البيانات الأصلية، وذلك تيسيرا منه لعمليات تبادل البيانات، خاصة وأنه لا يوجد ما يفرض على المتعاملين في البيئة الالكترونية الإسهاب في تحميل رسائل البيانات المتضمنة النصوص المكررة والنمطية، طالما أنه يمكن استغلال المصادر الخارجية للمعلومات كقواعد البيانات، قوائم الرموز، مسار المصطلحات، وكذا الاستفادة من المختصرات والرموز، وغير ذلك من الإشارات المرجعية إلى تلك المعلومات[6].

وعليه إذا تحققت شروط إعمال شرط التحكيم بالإحالة فلا ضرر من استخدامه في عقود التجارة الالكترونية، خاصة وأنه يسمح لمتعاملي الانترنت بالاستفادة من خصائص التحكيم، ويوطد العلاقات بينهم، ويسمح لهم بالتفكير فيما هو جديد لصالح المجتمع التجاري الالكتروني.

---

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.269.

[2]- ناجي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص.414.

[3]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.270؛ ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص.995.

[4]-تنص المادة 5 مكرر من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الذي اعتمدته لجنة الأونيسترال في دورتها الحادية والثلاثين المنعقدة في حزيران/يونيه 1998 على: "لا ينكر المفعول القانوني للمعلومات أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنه لا ترد في رسالة البيانات التي تفيد بأنها تنشئ ذلك المفعول القانوني، بل هي مشار إليها مجرد إشارة في رسالة البيانات تلك".

[5]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.50.

[6]- نفس المرجع، ص.51.

3: اتفاق التحكيم.

إتفاق التحكيم أو ما يطلق عليه لدى غالبية التشريعات بمشارطة التحكيم هو:" اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات التي نشأت فعلا بينهم"[1]، أو هو:"اتفاق يبرمه الأطراف، منفصل عن العقد الأصلي، وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلا"[2].

من هذا المنطلق يلاحظ، أن اتفاق التحكيم يكون لاحقا لقيام النزاع ومستقلا عن العقد الأصلي المبرم بين الطرفين[3]، ولأهميته تطرق إليه المشرع الجزائري في المادة 1011[4] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بمفهوم بمفهوم اتفاق التحكيم[5]، واعتبره اتفاق الأطراف على عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم[6]، وقرر لصحته اتفاق اتفاق الأطراف على كل من موضوع النزاع، أسماء المحكمين أو كيفيات تعيينهم[7].

وإذا كان المشرع الجزائري عمد إلى تعريف اتفاق التحكيم، فإن تشريعات أخرى وفي مقدمتها المشرع المصري لم يعرفه، بل اكتفى بالإشارة إليه عند تعريفه لاتفاقية التحكيم[8]،وفي هذا يكون المشرع المصري قد حذا حذو الاتفاقيات والقوانين الدولية، ومن ذلك اتفاقية نيويورك الصادرة سنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكين الأجنبية، الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961،والقانون النموذجي لسنة 1985.

ولاعتبار أن اتفاق التحكيم يرد في محررات أو مستندات مستقلة عن العقد الأصلي،- لأنه اتفاق يبرم بين الأطراف بعد نشوء النزاع-، فإنه يبقى صحيحا طالما أن المستند الذي تضمنه صحيح، وسواء تقررت صحة أو عدم صحة العقد الأصلي وذلك تطبيقا لمبدأ استقلالية شرط التحكيم[9].

---

[1]- بلال عبد المطلب، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوسة منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.111؛ سامي محمد مزعل الشمري، المرجع السابق، ص.9.

[2]- محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.101.

[3]- أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص.464؛ أحمد بوقادوم، حرية الأطراف في إختيار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي (في القانون الجزائري)، مجلة المحكمة العليا، ج1، ع خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والوساطة والتحكيم، م.ع، قاعة المحاضرات،15و16جوان 2008، الجزائر، ص. 249.

[4]- تنص المادة 1011 ق إ.م .إ.ج : "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوءه على التحكيم".

[5]- من الملاحظ أن المشرع الجزائري تطرق في المادة 1011 من ق.إ.م.إ إلى مشارطة التحكيم، غير أنه استخدم عبارة اتفاق التحكيم، وعليه تعتبر هذه المسألة من الانتقادات الموجهة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي يتوجب على المشرع تصحيحها عند أول تعديل لهذا القانون. يراجع، لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.59.

[6]-بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.538.

[7]- تنص المادة 2/1012 ق إ. م.إ .ج: "يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم"

[8] - تنص المادة 2/10من قانون التحكيم المصري: " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع..... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا."

[9]-صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.290.

من هنا يلاحظ أن ما يميز اتفاق التحكيم أنه يتم بعد نشأة النزاع[1]، فإذا أبرم قبل نشأته كان باطلا، ويعتر النزاع قد نشأ إذا كان قد نشأ فعلا بين الأطراف، وكان ما يزال قائما، بحيث لا يكفي لنشأة النزاع الاعتراض(contestation) أو عدم الاتفاق (désaccord)، بل لابد من الاختلاف بين الأطراف ، ويتخذ هذا الأخير شكل ادعاءات محددة يناط بالمحكم فصلها[2].

إذا كانت هذه المسائل تخص اتفاق التحكيم الذي يتم في العالم المادي، فإنه يمتد حتما ليشمل العالم الالكتروني، وما يؤكد ذلك سعي الكثير من التجار الذين يتخذون من شبكة الاتصالات الالكترونية منبرا للانطلاق إلى العالم الافتراضي لسلوك طريق التحكيم الالكتروني بالاستعانة بأحد المواقع التي تعرض خدماتها لتسوية المنازعات الالكترونية، ومن ذلك مثلا موقع (cyberjudge.Org)[3].

ويعتبر اتفاق التحكيم الالكتروني أفضل من شرط التحكيم الالكتروني، وذلك لسببن أولهما قدرة الأطراف بعد نشوء النزاع على تقدير مدى أهمية اللجوء إلى التحكيم الالكتروني لحسمه، وثانيهما قدرة الأطراف بسبب العلم بالنزاع وأبعاده على الاتفاق على جميع المسائل التي تتعلق بكيفية مباشرة التحكيم وحتى صدور حكم في النزاع، ومن ذلك تشكيل هيئة التحكيم، اللغة المستخدمة، كيفية عقد جلسات التحكيم، طريقة إصدار حكم التحكيم.

ونظرا لما يقدمه اتفاق التحكيم الالكتروني من مزايا لمتعاملي الانترنت يفضل اللجوء إليه لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، بدلا من اللجوء إلى شرط التحكيم الالكتروني[4]، خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود المختلطة المختلطة المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، فالمستهلك في هذه الحالة يكون له الخيار بعد نشوب النزاع بين اللجوء إلى التحكيم وبين اللجوء إلى القضاء[5].

بعد أن تم تحديد صور اتفاقية التحكيم الالكترونية، وجب التطرق للشروط اللازم توافرها لصحة هذه الاتفاقية.

البند الثاني: شروط صحة اتفاقية التحكيم الالكترونية.

من المعلوم أن انعقاد الاختصاص للمحكم أو للهيئة التحكيمية الالكترونية بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية، يستلزم تحققها من توفر الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لصحة اتفاقية التحكيم الالكترونية.

ولكن بسبب عدم اكتمال البناء القانوني للأحكام المتعلقة بالتحكيم الالكتروني بما فيها المنظمة لشروط صحة اتفاقية التحكيم الالكترونية كان لزاما محاولة ضبطها من خلال تمديد العمل بالأحكام الواردة في مجال التحكيم

---

[1]- شعران فاطمة، المرجع السابق، ص.17.

[2]– فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ،ط1 ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،2007، ص.104.

[3]–صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.290.

[4]– محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.102.

[5]– ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص.1007؛ أمينة خبابة، المرجع السابق، ص.93.

التقليدي، فهل ستتمكن الأحكام المنظمة لشروط صحة اتفاقية التحكيم التقليدية من تحقيق متطلبات اتفاقية التحكيم الالكترونية؟

هذا ما سيتم تحديده بالتطرق لكل من الشروط الموضوعية لصحة اتفاقية التحكيم الالكترونية (**أولا**)، ثم للشروط الشكلية المتطلبة لصحتها (**ثانيا**).

أولا: الشروط الموضوعية المقررة لصحة اتفاقية التحكيم الالكترونية.

تعد اتفاقية التحكيم تصرف قانوني، وهي كغيرها من التصرفات القانونية، تتطلب لانعقادها ما يتطلبه أي عقد آخر من أركان موضوعية متراوحة بين التراضي، المحل والسبب[1]، وقد تطورت هذه الاتفاقية بسبب تطرق الوسيلة الالكترونية لنظام التحكيم، الأمر الذي طرح علامات استفهام لدى رجال القانون، ولعل ما زاد من حدة التساؤلات عزوف الأطراف عن اللجوء إلى القضاء، واستعاضتهم عنه بنظام التحكيم لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية.

وعليه إلى أي مدى يمكن للأطراف الاتفاق على إخضاع مشاكل عقود التجارة الالكترونية لنظام التحكيم الالكتروني؟ وهل يختلف ما ينصب عليه اتفاق الأطراف باختلاف ما إذا اتخذ ذلك الاتفاق شكل شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم؟

هذا ما سيتم الإجابة عنه بالتطرق لكل من التراضي في اتفاقية التحكيم الالكترونية (**1**)ثم للمحل في اتفاقية التحكيم الالكترونية (**2**)، ثم للسبب (**3**).

1: التراضي على اتفاق التحكيم الالكتروني.

إن من الشروط الموضوعية المقررة لصحة اتفاقية التحكيم الالكترونية شرط التراضي الذي يظهر في تجلي إرادة الأطراف المشتركة ورغبتهم في منح صلاحية الفصل في المنازعات التي نشبت أو التي سوف تنشب بينهم إلى محكمين متخصصين[2].

ولا شك أن بحث التراضي يختلف بحسب الصورة التي تأخذها اتفاقية التحكيم، فإذا ما اتخذت هذه الأخيرة شكل الشرط، فإن بحث التراضي سيكون منصبا على ذلك الشرط دون الشروط العقدية الأخرى، وذلك لاستقلاله عن العقد، أما إذا اتخذت اتفاقية التحكيم شكل إتفاق أي مشارطة، فإن التراضي سيكون منصبا على العقد بأكمله، وفي هذه الحالة يكون استظهار التراضي أكثر سهولة من الحالة الأولى[3].

[1]- هند الطوخي السيد، المرجع السابق، ص.174.

[2]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.330.

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.273.

والمعلوم أن صحة اتفاقية التحكيم تتطلب تقابل إرادة الأطراف على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض المنازعات، وفي هذا يرى جانب من الفقه[1] أن إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم ينبغي أن يكون صريحا، كأن يبرم الطرفان إتفاقا خاصا على التحكيم، أو ينصان في العقد الأصلي على الإلتجاء إلى التحكيم عند قيام النزاع في المستقبل، في حين يرى جانب آخر[2] إمكانية التعبير عنها ضمنيا، بإدراج شرط التحكيم بالإحالة، فإعتياد الأطراف على إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بينهم، دون إيراده في عقد لاحق من نفس النوع، يعني إتجاه إرادتهم إلى الأخذ به، ما لم يتبين من العقد الجديد أن الطرفين تعمدا إسقاط ذكر شرط التحكيم.

إذا كانت هذه الأحكام قد وردت بشأن إتفاقية التحكيم الواردة في البيئة المادية، فلا ضير في إعمالها في المجال الالكتروني، بما في ذلك حالة التعبير الضمني على اللجوء إلى التحكيم من خلال إدراج شرط التحكيم بالإحالة، ولكن المشكلة تدق عندما يرسل أحد المتعاقدين إلى الآخر رسالة إلكترونية، يعرض عليه فيها اللجوء إلى التحكيم ويحدد له ميعادا للرد[3]، فهل سيعد إنقضاء الميعاد المحدد دون موافقة الطرف الآخر بمثابة رضاء بالتحكيم؟

في هذه الحالة ينبغي التمييز بين ما إذا كان مرسل الرسالة اعتبر عدم الرد في الميعاد المحدد رفضا، أو اعتبره سكوتا، بحيث لا يطرح الأمر إشكالا إذا ما كان عدم الرد رفضا، غير أن اعتباره سكوتا يقتضي التفرقة بين حالتين؛ حالة اعتياد المتعاملين عبر الأنترنيت على اعتبار السكوت رضاء، وحالة عدم وجود تعامل مسبق بينهم لعدم اعتيادهم على ذلك أو لكونهم حديثي العهد في هذا المجال، إذ بينما يعد السكوت في الحالة الأولى رضاء، فإنه يعتبر في الحالة الثانية رفضا ما لم توجد رسالة من المتعاقد الآخر تؤكد قبوله سلوك طريق التحكيم في كل المواعيد[4].

والواقع أن تعبير الأطراف عن إرادتهم لانعقاد اتفاقية التحكيم لا يتحقق بمجرد تطابق إرادتيهما، بل يتطلب إلى جانب ذلك خلو الإرادة من العيوب، وصدورها عن شخص ذي أهلية.

في هذا يرى البعض[5] أن تعيب الإرادة فرض نادر الحدوث لإشراف مراكز تحكيم موثوق بها على العملية التحكيمية، ولحرص المواقع التجارية على المحافظة على سمعتها عند تأديتها لخدمات التحكيم الالكتروني، وعليه لا يمكن تصور إبرام اتفاقية التحكيم نتيجة تدليس أو ضغط من الشركة التي تعمل على إدارة الموقع التجاري.

---

[1]–ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 37لسنة1994، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،1996، ص.219. مشار إليه من طرف سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.331.

[2]– سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق،ص.285.

[3]– صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.276.

[4]–نفس المرجع السابق، ص.276.

[5]– وهو موقف(مصلح أحمد الطراونة، ونور حمد الحجايا). مشار إليه من طرف، آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص.1000.

في حين يرى البعض الآخر أن الأمر سيان بين اتفاقية التحكيم التقليدية ونظيرتها الالكترونية، إذ كما يتصور وقوع الغلط والتدليس في اتفاقية التحكيم التقليدية، فإنه يتصور حصوله في اتفاقية التحكيم الالكترونية، ولعل من العيوب البارزة في مجال التحكيم الالكتروني عيب الغلط الذي ينجم بسبب نقر الأطراف خطئا على الماوس عند اختيارهم لمركز التحكيم الذي يفصل في النزاع، أو عند اختيارهم لاسم المحكم، على أن الغلط الذي يؤدي إلى إبطال اتفاقية التحكيم هو الغلط المؤثر والمعاصر للعقد لا اللاحق له[1].

إلى جانب خلو الإرادة من العيوب يشترط لصحة اتفاقية التحكيم صدورها من شخص له أهلية التصرف حسب ما ورد ذكره في المادة 1/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، وعليه تعد اتفاقية التحكيم التي يقوم بها شخص لا يملك حق التصرف في حقوقه، وكذا الاتفاقية الصادرة عن شخص لم يبلغ سن الرشد، والمعتوه والسفيه، والمحجور عليه باطلة، أو قابلة للإبطال، وذلك حسب ما إذا تعلق الأمر بعارض من العوارض المعدمة أو العوارض المنقصة، ويمتد الأثر ذاته بالنسبة للمحروم من حقوقه المدنية، وكذا التاجر المفلس[3]، الذي تعد إتفاقية التحكيم الصادرة منه غير نافذة في حق جماعة الدائنين[4].

هذا عن الأشخاص الطبيعية، أما عن الأشخاص المعنوية فيلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 3/1006من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حظر على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم ما لم يتعلق الأمر بعلاقاتها الاقتصادية الدولية، أو بالصفقات العمومية[5]، وعليه يكون للأشخاص المعنوية الخاصة متى اكتسبت الشخصية القانونية اللجوء للتحكيم.

وبسبب ما تثيره الأهلية في المجال الالكتروني سعت التشريعات جاهدة إلى رصد الوسائل الكافية لتجاوز ما ينجم عنها.

بعد أن تم بيان الشروط اللازم توافرها في التراضي لصحة اتفاقية التحكيم الالكترونية، وجب التعرض إلى المحل باعتباره ثاني شرط موضوعي.

2: المحل في اتفاقية التحكيم

يشمل المحل في اتفاقية التحكيم موضوع النزاع الذي يراد فضه، وينبغي أن يتوافر في هذا المحل شرط القابلية للتحكيم، بحيث لا يكون من المسائل التي يستبعد فيها القانون اللجوء إلى التحكيم، كما يجب أن لا

[1]– صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.278.

[2]– تنص المادة 1006 /1ق.إ. م. إ.ج : "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

[3]–لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.58؛ صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.284.

[4]– فتحي والي، المرجع السابق، ص.109.

[5]– محمد سعادي، المرجع السابق، ص.234؛ عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، ج1، ع خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، م.ع، قاعة المحاضرات، 15و16 جوان 2008، الجزائر ص.69.

يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلا[1]، وفي هذا تقضي المادة 2/1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم".

ترتيبا على ما سبق يمنع الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة وأهلية المتعاقدين، وإن كان يجوز اللجوء إليها بخصوص الآثار المالية المترتبة عن العقود المبرمة بينهم[2]، ويُمنع كذلك في المسائل المخالفة للنظام العام، غير أن هذه المسألة تخص كل دولة، وما يؤكد ذلك اتجاه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، وفي مقدمتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958[3]، التي ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاع متعلقا بمسألة تقبل التسوية عن طريقه دون أن تضع قواعد مادية تلتزم بها كل الدول الأعضاء[4].

من هنا يلاحظ أن قابلية النزاع للتحكيم تحتل أهمية كبيرة إذ من خلاله يتم رسم الحدود التي يضعها النظام العام له باعتباره أداة لحسم الخلافات[5]، وما قيل عن محل التحكيم التقليدي، يمتد إلى محل التحكيم الالكتروني، والذي غالبا ما يكون نطاقه محددا بصفة مسبقة حسب كل هيئة فمثلا نجد هيئة(Icann)تختص بالفصل في منازعات أسماء النطاق (Domaine Name)الرامية إلى محاربة جريمة اختطاف هذه الأسماء واستبدالها بأسماء علامات تجارية شبيهة في إطار ما يسمى (Trademark)، كما تتجه جهات أخرى إلى اعتماد التحكيم الالكتروني –وعلى رأسها المحكمة الافتراضية– كأسلوب للفصل في مسائل محددة كالتجارة الالكترونية، وكافة المسائل المتعلقة بالخصوصية، حرية التعبير ، العلامة التجارية[6]، بل إن منظمة (Wipo) تعتمد على التحكيم الالكتروني لتسوية منازعات الملكية الفكرية بشقيها المتمثلين في الملكية الأدبية أو الفنية والملكية الصناعية، على أن اختصاصها بالنظر في هذه المنازعات يرتبط بتنفيذ العقود ولا سيما التراخيص المتعلقة باستثمار حقوق براءة الامتياز أو الماركة، المسؤولية العقدية للأطراف مستثمري هذه البراءات دون تلك المنازعات المتعلقة بوجود أو صحة سند الملكية الصناعية أو الأدبية التي يندرج ضمن الاختصاص الحصري للهيئات القضائية[7].

3. السبب في إتفاقية التحكيم.

سبب إبرام إتفاقية التحكيم هو اللجوء إلى التحكيم كعدالة خاصة لما فيه من مميزات، وتفادي قضاء الدولة لما فيه تعقيدات إجرائية[8]، وعلى هذا يجد الاتفاق على التحكيم الالكتروني سببه في إرادة الأطراف

---

[1]– ألاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص.1004.

[2]– سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.331.

[3]– تنص المادة 2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958:"تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي ياتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم."

[4]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.63.

[5]–صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.283.

[6]– يراجع في ذلك ، ص.283 من هذه الأطروحة.

[7]–صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.285.

[8]– نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص.274.

لاستبعاد طرح النزاع على القضاء، وتفويض الأمر للمحكمين[1]، وهذا السبب مشروع دائما، ولا يتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه القانون من إلتزامات يراد التحلل منها، وهو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الإستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

بعد تحديد الشروط الموضوعية اللازم توفرها لصحة إتفاقية التحكيم الالكترونية، وجب التطرق للشروط الشكلية المتعلقة بها.

ثانيا: الشروط الشكلية اللازمة لصحة اتفاقية التحكيم المبرمة الكترونيا.

تشترط معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية أن تكون إتفاقية التحكيم مكتوبة حتى تكون صحيحة[3]، غير أنها لم تستقر على رأي واحد، إذ برز في ذلك إتجاهين؛ اتجاه يقر بوجوب التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ويستلزم لصحة اتفاقية التحكيم في المجال الداخلي الكتابة التي يترتب على تخلفها البطلان، في حين لا يشترط في التحكيم الدولي الكتابة سواء تعلق الأمر بشرط التحكيم أو إتفاق التحكيم[4].

أما الاتجاه الثاني فيتطلب الكتابة بغض النظر عن نوع التحكيم داخليا كان أم دوليا، ويعد القانون الجزائري من التشريعات التي تعتنق الاتجاه الثاني، وذلك ما أكدت عليه المادتين1008[5]و1012[6]من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث استلزمت الكتابة في التحكيم الداخلي، كما استلزم تحققها في التحكيم الدولي وفقا لنص المادة 1040من ذات القانون وإلا كانت إتفاقية التحكيم باطلة[7].

كما استلزمت غالبية الاتفاقيات الدولية كتابة اتفاقية التحكيم ومن ذلك اتفاقية نيويورك[8]التي تطلبت في المادة 2 منها الكتابة، غير أنها لم تحدد ما إذا كانت هذه الأخيرة متطلبة للصحة أو للإثبات، وهو مادفع الفقه إلى محاولة تفسيرها، بحيث اتجه البعض[9] إلى اعتبار الكتابة الواردة بالمادة آنفة الذكر متطلب للصحة، في حين

---

[1]- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص.26.

[2]- رضوان هاشم حمدون، المرجع السابق، ص. 50؛ هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.182.

[3]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.113.

Jerome Huet, StefaniaValmachino, op.cit.,p.251.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.324.

[5]-تنص المادة 1008 ق.ا. .م.إ.ج:"يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها."

[6]- تنص المادة 1/1012 ق ا. م .إ.ج:"يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا."

[7]- تنص المادة 1040 /2 ق.إ.م.إ.ج:" يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة....."

[8]- تنص المادة 2 من اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:"تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات أو بعض الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينها.."

[9]- نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص.277؛ حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة، المرجع السابق، ص. 6.

فسر البعض الآخر [1] أنها متطلبة للإثبات، ذلك أنها لم ترتب البطلان كجزاء لتخلف كتابة اتفاقية التحكيم، ويعد ويعد الرأي الأول الأجدر بالتأييد ذلك أن الاتفاقية إستلزمت لتنفيذ حكم التحكيم تقديم طالب التنفيذ أصل إتفاقية التحكيم[2].

وقد سارت اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 21 أبريل 1961 على ذات النهج واستلزمت في المادة الأولى منها أن يكون شرط التحكيم مكتوبا، وبالمثل قررت المادة 2/7 [3] من القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن الأمم المتحدة في 02-06-1985 أن تكون إتفاقية التحكيم مكتوبة.

ونظرا لأن شرط كتابة اتفاقية التحكيم الوارد في المواد المذكورة أعلاه، يتحقق بالكتابة الخطية التقليدية، فإن التساؤل يطرح بخصوص مدى توافر هذا الشرط في إتفاقية التحكيم الالكترونية، وفي هذا يلاحظ أن اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين بعد أن استلزمت كتابة اتفاقية التحكيم، ذكرت في المادة **2/2** منها أن شرط الكتابة يتحقق إذا ورد في عقد أو اتفاق تحكيم موقع عليه من قبل أطرافه أوتضمنته خطابات أو برقيات متبادلة، وللإشارة فإن هذا النص يبدوا خاليا من الإشارة إلى إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام اتفاقية التحكيم[4].

الواقع أنه وبسبب خلو النص من كل إ شارة إلى إمكانية استخدام الوسائل الالكترونية لإبرام اتفاقية التحكيم اتجه عدد من الدول الأعضاء في الاتفاقية إلى تبني المفهوم الضيق للكتابة، ومن ثم عدم الاعتراف بحكم التحكيم الصادر استنادا إلى اتفاقية تحكيم مبرمة بصورة الكترونية لاعتبار أن اتفاقية التحكيم لا تتمتع بقيمة قانونية، إلا إذا وَقَع الطرفان على الوثيقة كتابة، وتبادلا الرسائل بينهما على النحو الكتابي أيضا[5].

إزاء المشاكل الناجمة عن عدم مواكبة التطور القانوني للتطور التكنولوجي، عملت الجهات المعنية بوضع أنظمة التحكيم جاهدة على محاولة تلافيها،وذلك من خلال التوسع في مفهوم الكتابة وتطويعها على نحو لا يغاير بين الكتابة المستخدمة بصورة يدوية وتلك المستخدمة بصورة الكترونية في إبرام اتفاقية التحكيم[6]، لكن دون

---

[1]- وهو موقف(أحمد عبد الكريم سلامة). مشار إليه من طرف، فتحي والي، المرجع السابق، هامش ص.136.

[2]- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دراسة في ضوء الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.23؛ محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص.156.

[3]- تنص المادة 2/7 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:"يتعين أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا."

[4]-أحمد بوقادوم، المرجع السابق، ص.250 .

[5]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.118.

[6]- نفس المرجع، ص.119.

أن يقصد من ذلك التوسع التحرر من وجود دلالات صريحة على الاتفاق على التحكيم، إذ لا يمكن افتراض وجود تلك الاتفاقية استنادا إلى مجرد مراسلات لم تحمل صراحة معنى تلك الاتفاقية[1].

من خلال ما سبق يلاحظ أن الاتجاه المتحرر لا يفرض شكلا معينا لاتفاقية التحكيم، بحيث لا يوجد ما يمنع من قبول اتفاقية التحكيم المبرمة بالوسائل الالكترونية، وعليه يمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم من خلال تبادل رسائل البيانات، خاصة بعد ظهور عقود التجارة الالكترونية التي تستوجب التوسع في تعريف الكتابة اللازمة لصحة اتفاقية التحكيم، ولعل ما يساعد على الأخذ بذلك قياس الفقه حكم الوسائل الالكترونية المستخدمة في اتفاقية التحكيم الالكترونية على البرقيات والخطابات المنصوص عليها في المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك،لعدم وجود اختلاف تقني مؤثر في طرق تشغيلها ولقدرتها على توفير تسجيل أو تدوين الرسالة التي تنتقل عبرها من طرف لآخر.

وكذا لعدم وجود فروق كبيرة بين التلكس والفاكسميل والبريد الالكتروني، باعتبارها وسائل تقنية تسمح بتحويل الرسائل المكتوبة إلى صيغ رقمية تمرر عبر شبكة الانترنت لتتحول في محطتها النهائية إلى صيغة أبجدية قابلة للقراءة[2].

وأيا كان الأمر يلاحظ أن اتفاقية الخطابات الالكترونية في العقود الدولية تبنت مبدأ المعامل الوظيفي وجعلت نطاق الاعتراف بالمحرر الالكتروني يمتد ليشمل الخطابات الالكترونية التي تستخدم في تكوين أو تنفيذ عقد أو اتفاق يسري عليه اتفاقية الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها(اتفاقية نيويورك1958).[3]

إلى جانب التفسيرات الواردة بخصوص اتفاقية نيويورك ينبغي الإشارة إلى أن الأخذ بالاتجاه المتحرر يرجع إلى تبني العديد من الاتفاقيات الدولية الأخرى والتشريعات الوطنية والأحكام القضائية المفهوم الموسع للكتابة[4]، فاتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي، قررت في المادة 2/1 منها بعد أن استلزمت الكتابة كشرط لاتفاق التحكيم أن شرط التحكيم غير المكتوب يكون صحيحا إذا تم بين أطراف يجيز القانون الخاص بهما ذلك[5].

كما وتم الاعتداد في المادة7 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي(اليونسترال) بشأن التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 بالوثائق الالكترونية التي يبرم فيها اتفاق التحكيم.

---

[1]- أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص.27.

[2]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.291.

[3] – تنص المادة 20 من اتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية 2005على أن :"تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الالكترونية وتكوين أو تنفيذ عقد أو اتفاق يسري عليه أي من الاتفاقيات الدولية التالية:التي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الاتفاقية أو قد تصبح دولة متعاقدة فيها.

– اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك10 حزيران/يونيو 1958) ".

[4]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.262.

[5]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص.23.

وأبعد من ذلك اتجهت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) إلى وضع مجموعة من الملاحظات حول تنظيم إجراءات التحكيم، وتضمنت بصفة خاصة قبول المستندات المرسلة بوسائل الاتصال الحديثة (كالبريد الالكتروني والقرص الضوئي) خلال مدة التحكيم، وأجازت الاتفاق على تبادل المستندات في شكل الكتروني.

وقد وضعت لجنة اليونيسترال هذه الملاحظات بناء على توجيهات كانت قد صدرت إليها من اللجنة الاقتصادية لأوروبا التابعة للأمم المتحدة التي كانت قد أوصت فيها بعدم التفرقة بين التجارة اليدوية والتجارة الالكترونية، كما أوصت بشمولية المصطلحات التالية والشاملة لكل من التوقيع، الكتابة والمستندات –الواردة في الاتفاقيات الدولية– لنظائرها الالكترونية.

ولم تنته جهود لجنة اليونسترال عند هذا الحد فقد بحث فريق العمل الخاص بالتحكيم في لجنة اليونسترال المسائل الخاصة بالشكل الكتابي لاتفاقية التحكيم، وكيف يمكن تقديم أفضل الإرشادات في ضوء احتياجات التجارة الدولية، وكان من ضمن ما قام به هذا الفريق محاولة وضع صيغة منقحة للمادة 2/7 من قانون اليونسترال بشأن التحكيم السابق الإشارة إليها.

وعرضت أكثر من صيغة من بينها:"يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وتشمل الكتابة أي شكل يوفر تدوينا للاتفاق، أو يكون في المتناول بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة، بما في ذلك رسائل البيانات الالكترونية أو البصرية أو غيرها"[1].

ووردت صياغة أخرى في دورة لاحقة مفادها أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلا ملموسا للاتفاق، أو يكون في المتناول بصفته رسالة بيانات بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة[2].

وقد دارت خلافات بين أعضاء الفريق العامل حول الصياغة المقترحة، وانتهى الأمر إلى صياغة تتضمن مساواة كاملة بين الكتابة الالكترونية والكتابة اليدوية، وجاءت على هذا النحو:"تعني الكتابة أي شكل يوفر سجلا للاتفاق أو يتسنى الاطلاع عليه، بأي نحو آخر، بحيث يكون قابلا للاستعمال بالرجوع إليه لاحقا بما في ذلك رسالة بيانات دون تقييد"[3].

إزاء المناقشات السابقة، تم تنقيح المادة4/3/7 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ووردت صياغتها كالتالي: "– يكون إتفاق التحكيم مكتوبا إذا كان محتواه مدونا في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد أبرم شفويا أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى.

[1]– وثيقة اليونسترال الصادرة في 2001/03/23 بشأن التحكيم التجاري الدولي، يراجع بلال عبد المطلب بدوي، المرجع السابق، ص.124.

[2]– وثيقة اليونسترال الصادرة في 2002/04/12 بشأن التحكيم التجاري الدولي ، يراجع، المرجع السابق، ص.124.

[3]– وثيقة اليونسترال الصادرة في 2002/04/12 بشأن التحكيم التجاري الدولي، يراجع، المرجع السابق، ص.124.

يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا؛ ويقصد بتعبير "الخطاب الالكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات؛ ويقصد بتعبير" رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي."

الواقع أنه إلى جانب الإقرار الدولي لاتفاقات التحكيم المبرمة الكترونيا، أدرجت التشريعات الوطنية في قوانينها الداخلية قواعد مفادها إنزال اتفاقية التحكيم المبرمة الكترونيا منزلة الاتفاقية المبرمة يدويا دون مغايرة بينهما على أساس اختلاف الدعامة التي تشمل كل منهما، ومن ذلك ما أورده المشرع الجزائري في المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث سمح باستخدام أية وسيلة إتصال لإبرام اتفاقية التحكيم الدولية(شرطا كانت أو إتفاقا)[1].

ولم يقف الأمر عند هذا الحد بحيث اعترفت القواعد الحالية للمحاكم الإفتراضية بصحة شرط التحكيم تحت تحفظ مقتضاه أن تكون المستندات أو الوثائق المعالجة الكترونيا مضمونة وموثوق بها حتى يمكن الاعتماد عليها، وذلك ما قررته محكمة (IlliNois) الأمريكية في11 ماي 2000 عند نظرها في موضوع شرط التحكيم المدرج في عقد الكتروني مبرم عبر الانترنت، والذي قررت فيه صراحة مشروعية شرط التحكيم الموجود في الشروط العامة لعقد التخصيص المبرم الكترونيا، على أساس تماثل شرط التحكيم المبرم الكترونيا مع شرط التحكيم المبرم بصورة تقليدية[2].

بعد أن تم تحديد الشروط اللازمة لصحة اتفاقية التحكيم الالكترونية، وجب تحديد مضمونها.

الفرع الثاني: مضمون اتفاقية التحكيم الالكتروني

استنادا للطبيعة التعاقدية للتحكيم يكون للأطراف الاتفاق على كل ما يتعلق بسير الخصومة التحكيمية سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية، ويكون لهيئات التحكيم الالكتروني تحديد ذلك النظام إذا لم يتفق الأطراف عليه، ولكن بسبب حداثة التحكيم الالكتروني لم تتمكن الهيئات التحكيمية الالكترونية من وضع نظام متكامل خاص به، وهو الأمر الذي استدعى العمل بالنصوص التقليدية المنظمة للوسيلة التقليدية والموجهة لحل منازعات التجارة الدولية، ألا وهي التحكيم التقليدي، فهل تمكنت القواعد التقليدية من معالجة ما يثور بصدد نظام التحكيم الالكتروني؟

[1]- تنص المادة 1040 /2 ق. ا. م.ا.ج:" يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة."

[2]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص..269

هـذا مـا سـيتم بيـانه بالتطرق إلى كل من القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني (**البند الأول**)، ثم للقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الالكتروني(**البند الثاني**).

البند الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني

يتطلب تحريك خصومة التحكيم وإنعقادها قيام المدعي فيها بإجراء يستهدف إعلان رغبته في تحريك التحكيم إلى كل من الخصم والهيئة، إلا أن بداية إنعقاد خصومة التحكيم الالكترونية، أضافت كثيرا من المسائل القانونية الجديدة على التحكيم التقليدي. وعليه سيتم تحديد هذه المستجدات من خلال تحديد إجراءات سير الخصومة التحكيمية الالكترونية (**أولا**)، ثم القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني (**ثانيا**).

أولا: إجراءات سير الخصومة التحكيمية الالكترونية

إذا وقع خلاف بين أطراف التحكيم الالكتروني فإنه يُمكن لأي منهما وضع اتفاقية التحكيم موضع التنفيذ، غير أن اللجوء إلى مركز التحكيم يتطلب إتباع إجراءات محددة لعرض النزاع على المركز المعين[1]، فما هي هذه الإجراءات؟

هذا ما سيتم بيانه بالتعرض إلى كل من مرحلة عرض النزاع على التحكيم(**1**)، مرحلة انعقاد جلسات التحكيم(**2**)، ثم مرحلة الفصل في النزاع (**3**).

1: مرحلة عرض النزاع على التحكيم:

تبدأ عملية التحكيم من خلال تَقَدُم المعني بالأمر بطلب التحكيم إلى مركز التحكيم الموجود على الموقع الإلكتروني[2]حسب النموذج المعد سلفا من قبل المركز أو الجهات المعنية بالتحكيم، وذلك بالنقر على مفتاح (create a case) ليتم ملئ البيانات الموجودة بالنموذج والمتمثلة في كل من:

- الأسماء الكاملة للمحتكمين، عناوينهم، أرقام هواتفهم، الفاكس أو عناوين بريدهم الالكتروني، أو أية وسيلة أخرى تسمح بالاتصال بهم[3].
- أسماء ممثلي الطلب ووكلائهم مع إيضاح محل إقامتهم، طريقة الاتصال بهم التي قد تكون عن طريق البريد الالكتروني، الفاكس، التلكس[4]، غرف المخاطبة والحوار على الانترنت أو عن طريق عقد مؤتمرات عن بعد (video conférence)[5].

---

[1]- توجان فيصل الشريدة، المرجع السابق، ص.1096.

[2]- إنشاء موقع الكتروني، المشار إليه من طرف، لزهرين سعيد، المرجع السابق، ص.269.

[3]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص. 259.

[4]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص.39.

[5]- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.267.

- تحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم، لأن إغفال ذلك يعد دليلا على اختيار مقدم الطلب محكما واحدا للنظر في النزاع[1].
- تحديد موضوع النزاع وبيان الوقائع المؤيدة لادعاءاته،وطلباته وكذا الحلول التي يراها مقدم الطلب مناسبة[2]، وعليه يلاحظ أن مقدم الطلب يقع عليه التزام بتحديد موضوع النزاع بعناية فائقة، ويمتد ذلك إلى المحتكم ضده بعد إعلامه من قبل المحتكم أو من قبل المركز المعين لفض النزاع، والغرض من ذلك رسم الإطار العام الذي سيمارس فيه المحكم أو الهيئة التحكيمية عملها، خاصة وأن كل تعديل لاحق على الموضوع لا يتحكم به الأطراف، بل يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للمحكم.
- تحديد إجراءات نظر النزاع، وفي حال إغفال ذلك يعد مقدم الطلب راضيا بالإجراءات التي سيعتمدها المحكم.

بعد تضمين الطلب البيانات السابقة، يتم إرساله إلى المركز بالنقر على مفتاح الإرسال (Send)، مع تزويد المحتكم ضده بنسخة من الطلب أو ترك ذلك للمركز، وذلك بعد أداء المحتكم الرسوم الإدارية المحددة حسب جدول الرسوم المعروض على موقع المركز الالكتروني[3].

بعد ذلك تقوم سكرتارية المكتب بقيد الدعوى في سجل الكتروني موضوع خصيصا لذلك،وتقوم بعدها بإخطار المحتكم ضده بالإدعاء – طبعا ما لم يتم إخطاره من قبل المدعي- وتمنحه مهلة لتقديم دفوعه واعتراضاته على الادعاء[4]، وكذلك ذكر طلباته، مع إعداد قائمة بالبيانات التي سيستند إليها في دفاعه ليرسلها مع الجواب أو يقدمها للهيئة مباشرة أثناء نظر النزاع، وكذا مساهمته في تحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم، غير أنه يفقد ذلك الحق إذا كان المحتكم قد اختار ثلاثة محكمين لنظر النزاع، إذ وفي مثل هذه الحالة يتعين عليه إرسال قائمة بأسماء ثلاثة محكمين من القائمة ليعين المركز واحدا منهم في هيئة التحكيم، وفي حالة تجاهله إرسال القائمة المتضمنة أسماء المحكمين الثلاثة يتولى المركز إختيار المحكم الذي يراه الأنسب لفض النزاع، أما إذا كان المحتكم قد اختار محكما وحيدا لنظر النزاع ، يكون للمحتكم ضده الخيار بين القبول أو الرفض، فإذا أيد وجود محكم فرد ووافق على الشخص الذي اختاره المحتكم، تعين عليه إخطار المحكم بذلك خلال مدة محددة غالبا ما لا تتجاوز الخمسة عشر يوما من بدء التحكيم، وإلا انتقل الخيار للمركز في تعيين المحكم[5].

---

[1]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص.71.

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، المرجع السابق، ص.40.

[3]-محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص260.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص338؛ بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.117.

[5]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.337.

غير أنه وفي حالة ما إذا رفض المحتكم ضده نظر النزاع من قبل محكم فرد، يتعين عليه إرسال قائمة بثلاثة محكمين مع دفعه الرسوم الإدارية المقررة، ليقوم المركز بعدها بإخطار المحتكم بالعدد الذي ستتكون منه الهيئة التحكيمية وإعلامه بضرورة أداء الفرق في الرسوم الإدارية خلال مهلة زمنية معينة وإلا عد منسحبا عن المضي في إدعائه، ويتم إرجاع ما كان قد أداه المحتكم ضده من رسوم إدارية بعد حسم تكاليف إختيار الهيئة من الرسوم التي أداها المحتكم[1].

بعد أن تم تحديد الطريقة التي يتم بها عرض النزاع للتحكيم بوجه عام، وجب التطرق لثاني مرحلة من مراحل التحكيم والتي تشمل انعقاد الجلسات.

2: مرحلة انعقاد جلسات التحكيم

تتطلب هيئات التحكيم عقد الجلسات للأطراف، ممثليهم، الشهود، الخبراء وغيرهم، وذلك لتمكينهم من تقديم دفاعهم وتكريس مبدأ حق الدفاع، الذي يعد ضمانة من ضمانات التقاضي، خلال هذه المرحلة يقوم الأطراف بتقديم مرافعاتهم وتبادل المذكرات فيما بينهم، وعليه تعتبر جلسة التحكيم ظرف مكان وزمان تجتمع فيها هيئة التحكيم مع أطراف الخصومة وممثليهم لفحص موضوع النزاع وإستجلاء مختلف جوانبه وسماع أقوالهم ومرافعاتهم الشفوية حول إدعاءاتهم وذلك في المكان والزمان المحددين من قبل الأطراف بأنفسهم أو من قبل هيئة التحكيم عند سكوت الأطراف عن تحديده[2].

من هنا يلاحظ أن مرحلة إنعقاد جلسات التحكيم تشمل كل من تبادل الوثائق والطلبات إلكترونيا، وكذا تقديم أدلة الإثبات بين الأطراف وذلك لمساعدة الهيئة التحكيمية على الفصل في موضوع النزاع.

ولاعتبار أن نصوص التحكيم العادي اكتفت بقصر التبادل على الوثائق المكتوبة، فينبغي الذكر أن هيئات التحكيم الالكترونية تستلزم تبادل الوثائق إلكترونيا، وفي هذا أجازت المادة 2/3 من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية للأطراف الاتصال بالمحكمة إلكترونيا، سواء عن طريق البريد، التلغراف، التلكس، أو بكل وسيلة إتصال تسمح بإثبات الرسالة، وهو ما يعني إمكانية حدوث الاتصال وتبادل الوثائق إلكترونيا [3].

وقد سارت على هذا النهج الهيئات التحكيمية الالكترونية الدائمة كجمعية التحكيم الأمريكية التي أرست نظام القاضي الافتراضي وقررت في قواعدها الداخلية انعقاد جلسات التحكيم بوسائل الكترونية سمعية

---

[1]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص. 74.

[2]– محمد مأمون أحمد سيليمان، المرجع السابق، ص.327.

[3]– عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.320؛ بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كآلية لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.126.

وبصرية بواسطة (video conférence)أو بأية وسيلة أخرى تسمح بانعقاد هذه الجلسات بين الأطراف وهيئة التحكيم وغيرهم ممن يتصلون بموضوع النزاع بطريقة الكترونية أيضا دون التقابل المادي بينهم.

كما وأخذت بذات المبدأ المحكمة الفضائية التي أجازت المادة 2/19 من القواعد المنظمة لها حدوث الحوار بين الخصوم بكل وسيلة مقبولة، كما سمحت بإنعقاد جلسات التحكيم عبر شبكة الانترنت حيث يتم نقل الصوت والصورة في الحال بما يتيح لأصحاب الشأن الفرصة لرؤية المؤتمر بشكل يضمن احترام حقوق الدفاع وحق المواجهة[1].

بل إن محكمة التحكيم الالكترونية التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo) الخاصة بالمنازعات الإدارية في أسماء الحقول نصت في المادة 48 منها على أن مصطلح الجلسة يجب أن يشمل فضلا عن الاجتماعات بين الأشخاص ماديا، المداولات التلفزيونية، المرئية والتبادل الفوري والموثق للخطابات الالكترونية، وكل أسلوب يسمح للأطراف باستقبال وإرسال الخطابات[2].

من خلال ما سبق يلاحظ أن هيئات التحكيم الالكترونية منحت للأطراف الفرصة الكاملة خلال عقد الجلسات الالكترونية لتقديم دفاعهم وطرح قضيتهم والاطلاع على ما يقدمه كل طرف والتعامل مع خصمه خلال تلك الجلسات وبالتالي المساواة بينهم، ذلك كله إعمالا للمبادئ الأساسية في التقاضي[3].

3 – مرحلة الفصل في النزاع

بعد الانتهاء من تقديم البيانات يتم الإعلان عن إنتهاء المحاكمة لغاية صدور القرار، وذلك خلال مدة زمنية محددة يبدأ حسابها من الإعلان، ما لم تطرء ظروف إستثنائية تحول دون ذلك. وصدور القرار لا يقتضي إجماع كافة أعضاء الهيئة التحكيمية على ما تم التوصل إليه، إذ يكفي لصدوره موافقة الأغلبية شريطة توقيع القرار من رئيس الهيئة والأعضاء مع ذكر رأي العضو المخالف، ويتضمن القرار بالإضافة لمنطوق الحكم، تاريخ ومكان صدوره، تسبيب الحكم، رسوم وأجور المحكمين والخبراء وأية نفقات استلزمتها عملية التحكيم[4].

بصدور القرار تقوم الهيئة بإرساله للمركز ليسلمه للمحتكمين، ويعد الحكم ملزما لهم بمجرد الاستلام، على أنه يجوز للمحتكمين الرجوع على هيئة التحكيم وطلب تصحيح الأخطاء المادية الحسابية التي اعترت القرار، وكذا طلب تفسير الغموض الذي شاب حيثياته، بل إن لهم الحق في طلب إصدار حكم إضافي إذا ما أغفلت

[1]– سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.340.

[2]– لزهرين سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.271.

[3]– محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.329.

[4]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص. 84.

الهيئة الفصل في مسألة تتعلق بالنزاع، وتكون الهيئة ملزمة بإجابة المحتكمين إذا ما رأت صحة الطلب المقدم من طرفهم[1].

ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني.

من المعلوم أن لإرادة الأطراف دور مهم في مجال التحكيم، بحيث تتعدد مجالات تدخلها وتمتد لتشمل القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، على أن يترتب في غياب أي إتفاقية منح الهيئة التحكيمية صلاحية بيان القانون المختص لتنظيم إجراءات التحكيم.

ورغم أن دور الإرادة واحد في المجالين المادي والالكتروني، إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن النصوص المنظمة لهذا الجانب جاءت خاصة بمجريات البيئة المادية، فما مدى إمكانية تطبيقها في البيئة الالكترونية؟

هذا ما سيتم بيانه بالتعرض إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني وفقا لإرادة الأطراف (**1**)، ثم للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني في ظل غياب إتفاق الأطراف(**2**).

1: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني وفقا لقانون إرادة الأطراف.

إن اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم إجراءات سير المنازعة أمر مهم، لما له من مردود في تحديد أنظمة الإثبات وتحديد الوسائل الفنية التي تضمن احترام مبادئ المواجهة والدفاع والقواعد المتعلقة بالاجتماعات[2]، وترجع الأولوية في هذا الاختيار لكون التحكيم اتفاق، ويحق فيه للأطراف تحديد القانون الذي ينظم اتفاقهم[3].

من هنا تتضح أهمية مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وبسبب أهميته عمدت التشريعات الدولية والوطنية، وحتى الاتفاقيات الدولية إلى تبينه، بحث قرر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي إعماله في المادة 1/19 منه[4]،كما أكدت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على ضرورة عدم الاعتراف بالأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم وعدم تنفيذها، في حالة عدم مراعاة تلك الهيئات التحكيمية للقانون الإجرائي المختار من قبل الأطراف[5].

---

[1]- محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص. 270.

[2]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 332؛ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص.35؛ عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص.314.

[3]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.161.

[4]- تنص المادة 1/19 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي :"مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم"

[5]- تنص م 1/5/د من اتفاق نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الصادرة سنة 1958:" لا يرفض إعتماد القرار وتنفيذه بناء على طلب من طرف المستشهد به ضده إلا إذا قدم هذا الطرف للسلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على ما يأتي:

د- أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو إجراءات التحكيم لم يكن مطابقا لاتفاقية الأطراف...."

وفي السياق ذاته، يلاحظ أن المشرع الفرنسي كرس هذا المبدأ فمنح للأفراد الحرية الكاملة في تنظيم القانون الواجب التطبيق على إجراءات العملية التحكيمية، وذلك بطريقة مباشرة أو بالإحالة إلى لائحة إحدى هيئات التحكيم أو إحدى القوانين الإجرائية الوطنية[1]، وهو ذات الحل الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة1043/ 1من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فأسند إجراءات الخصومة التحكيمية للقانون المحدد من قبل الأطراف، سواء كان قانون دولة معينة، أو نظام تحكيم، أو حتى القواعد الإجرائية المبتكرة من قبل الأطراف، وذلك ما يستشف في الحالة الأخيرة من استخدامه لعبارة:"الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة"وعبارتي:"استنادا إلى نظام تحكيم، وكذا قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم"دلالة على الحالتين السابقتين[2].

بهذا يتبين أن للأطراف الحرية في تحديد القانون الذي يحكم سير إجراءات التحكيم، بحيث يمكنهم اختيار القانون الذي يحكم تلك الإجراءات في اتفاقهم التحكيمي، كما يمكنهم الخضوع للوائح إحدى هيئات التحكيم، بل إن لهم صلاحية تعيين قانون وطني باعتباره القانون الواجب التطبيق[3].

ولئن كانت هذه هي الطرق التي يتم الاستعانة بها في مجال التحكيم التقليدي لتحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، فإنها وبالمثل تتقرر للأطراف في مجال التحكيم الالكتروني، غير أن ما ينبغي الإشارة له أن اتفاق الأطراف على اختيار قانون وطني لتنظيم المسائل الإجرائية الخاصة بسير المنازعة التحكيمية يعترضه في الواقع العملي صعوبات عديدة، وذلك بسبب حداثة هذا النوع من التحكيم، وكذا بسبب عدم وجود نصوص قانونية تنظم الإجراءات الخاصة به، وهو الأمر الذي دفع الأطراف إلى العزوف عن اللجوء إليه ولو كانت لديهم الرغبة في ذلك[4].

هذا عن طريقة الاختيار الأولى أما في حالة ما إذا اتفق الأطراف على إسناد إجراءات الخصومة التحكيمية لمركز من مراكز التحكيم الالكترونية، أو لوائح إحدى هيئات التحكيم الالكترونية الدائمة، فإن الأمر لا يطرح إشكالا، وذلك نظرا لأن هذه القواعد تقوم بوضع قواعد شاملة لجميع الإجراءات التي تتفق مع الطبيعة الالكترونية للعملية التحكيمية[5]، ولعل من أهم تلك التنظيمات لائحة محكمة التحكيم الالكترونية، لائحة تحكيم

---

[1] –Article 1509 Al1 du C.Pro.civ dispose que (Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2) : « La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. »

[2]- أوسهلة عبد الرحيم، الآليات القانونية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، فرع قانون إقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي ليابس– سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2015-2016، ص.200.

[3]– حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص.35.

[4]– بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.163.

[5]– محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص374.

تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية، ونظامها لحل المنازعات الخاصة بأسماء حقول الانترنت، وكذا لائحة هيئة التحكيم الأمريكية المختصة بحل المنازعات التي تقع بين مشغلي الأنظمة ومستخدمي الخدمات الالكترونية الذين يدعون أنهم ضحايا الرسائل غير المشروعة[1].

إن ما ينبغي الإشارة إليه، أن هناك فرقا بين الإحالة إلى مركز تحكيم، وبين الإحالة إلى لائحة إحدى مراكز التحكيم؛ إذ تعالج الحالة الأولى التحكيم المؤسسي والذي تفصل فيه هيئة التحكيم وفقا للوائحها التنظيمية وقوانينها الداخلية،في حين تتعرض الحالة الثانية للتحكيم الحر الذي يتفق فيه الأطراف على إخضاع إجراءاته للضوابط الموضوعة من قبل المركز المختار[2].

وتعتبر الحالة الأولى من الحالات الأكثر انتشارا، خاصة بعد أن أصبح الواقع العملي يشهد انتشارا هائلا لمراكز التحكيم الالكتروني والتي هي في تزايد مستمر بسبب الكفاءة التي تظهرها خاصة في مجال حل منازعات التجارة الإلكترونية[3].

وإذا كان إتفاق الأطراف على الخضوع للإجراءات الواردة بمراكز التحكيم الالكتروني لا يثير إشكالا، فإن اتفاقهم على الخضوع لإجراءات التحكيم التقليدي كلائحة غرفة التجارة الدولية،، أو للقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي يثير صعوبات جمة ذلك أنه لا يتصور أن تواجه هذه القواعد خصوصيات العالم الإفتراضي المتعلقة بكيفية إتصال الأطراف بمحكمة التحكيم الإلكتروني، وطرق تقديم الوثائق وإتصال المحكمة بها، ولكن رغم ذلك يمكن تجاوز هذه المشكلة من خلال إبرام الأطراف لاتفاق تكميلي للقواعد التقليدية لتنظيم المسائل الفنية التي تواجههم[4].

إلى جانب هذه الصور، تتجلى قدرة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم من خلال صياغة وتقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة التحكيمية بشكل مفصل[5]، في إطار ما يسمى يسمى بالتحكيم العائم (l'arbitrage sans loi)[6]، ففي مثل هذا النوع من التحكيم يضع الأطراف القواعد التي تحكم سير المنازعة أمام هيئة التحكيم، كأن ينظموا كيفية تعيين المحكمين، ردهم، قواعد سير

[1]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص35.

[2]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 322.

[3]- بلال عبد المطلب بدوي،التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.164.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.333؛ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص.36.

[5]- خالد إبراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، جهينة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص.29.

[6]- يطلق على هذا النوع من التحكيم تسميات متعددة منها التحكيم بلا قانون، التحكيم الطليق، التحكيم الدولي المحض، وسمي كذلك لعدم تقيده بنظام قانوني واحد أو قواعد إجرائية بذاتها، بل هو مزيج من جميع القوانين والقواعد المختارة من قبل الأطراف. يراجع في ذلك، محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.374.

المـرافعـات ومكانها، كيفية سماع الشهود، لغة التحكيم، وغير ذلك مما تتطلبه إجراءات التحكيم، وقد يستهدي الأطراف في ذلك بمجموعة من القواعد الإجرائية الموجودة في أنظمة مختلفة أو في مراكز تحكيم دائمة[1].

الحقيقة أنه رغم نجاعة هذه الصورة إلا أنها ما تزال نادرة، خاصة في مجال التحكيم الالكتروني ذلك أن خطى هذا النوع من التحكيم لم تثبت بعد، ويصعب على الأطراف حين اللجوء إليها أن يضعوا القواعد التي ستنظم سير العملية التحكيمية لعدم إلمامهم بالمعلومات القانونية والفنية اللازمة التي تمكنهم من اختيار الإجراءات المناسبة لهذا النوع من التحكيم، وكذا بسبب الخشية من تصادم تلك الصياغة الاتفاقية –حال الإتفاق عليها–مع القواعد الإجرائية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام في دولة التنفيذ[2].

بهذا يتبين أن خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف من القواعد المسلم بها، والتي لا يمكن لأحد أن ينتقد العمل بها حتى وإن اتخذ التحكيم شكلا إلكترونيا، لكن قد يحدث عملا أن يغفل الأطراف الاتفاق على القواعد التي تحكم الإجراءات، أو يلتزموا الصمت بشأن الإشارة إلى قانون أو لائحة مركز معين يطبقها المحكم على الإجراءات، ولأهمية هذه المسألة سيتم بيان الحلول المقترحة لتحديد القانون الواجب على إجراءات التحكيم في حالة عدم تحديد الأطراف لذلك.

2: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني عند غياب اتفاق الأطراف.

قد لا يحدد المحتكمون القانون أو القواعد الإجرائية التي تتبعها محكمة التحكيم عند نظرها في النزاع المطروح عليها، وذلك إما لاعتقادهم بأنها مسائل قضائية تختص بها هيئة التحكيم، أو لاعتقادهم أنها الأقدر على تحديد القواعد الإجرائية التي تتبع أمامها، أو لجهلهم التام بهذه المسألة، أو لخشيتهم من الاختلاف على ما تم الاتفاق عليه مسبقا.

لتجاوز هذه المسألة، يلاحظ إختلاف في الحلول التي قررتها التشريعات، بحيث يشير البعض منها إلى تطبيق قانون مقر التحكيم (loi du siègearbitrable)، في حين يخول البعض الآخر للهيئة التحكيمية صلاحية إختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم .

وفي هذا يلاحظ أن اتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها، تبنت الاتجاه الأول وقررت تطبيق قانون مقر التحكيم كضابط احتياطي يُصار إليه عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم[3]، ولا شك أن هذا الأمر لا يثير إشكالا في حال اتفاق الأطراف على تحديد مقر

---

[1]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.162.

[2]– نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3]– تنص م 1/5/د من اتفاق نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الصادرة سنة 1958:" :" لا يرفض إعتماد القرار وتنفيذه بناء على طلب من طرف المستشهد به ضده إلا إذا قدم هذا الطرف للسلطة المختصة في البلد المطلوب الاعتماد والتنفيذ فيه الدليل على ما يأتي:

د– أن تشكيل المحكمة التحكيمية أو إجراءات التحكيم لم يكن مطابقا لاتفاقية الأطراف، أو أنه في حالة عدم وجود الاتفاقية، لم يكن مطابقا لقانون البلد الذي وقع فيه التحكيم."

التحكيم غير أن الإشكال يطرح في حال سكوتهم عن بيان هذا المكان، بحيث يتوجب على الهيئة التحكيمية في ظل التشريعات العادية تحديده، على أن لا يستتبع هذا التحديد أن تجري جميع جلسات التحكيم فيه، إذ قد تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم.

إن إعمال هذا الحل لا يثير إشكالا في مجال التحكيم العادي، بيد أنه يثير صعوبات عويصة في مجال التحكيم الالكتروني نتيجة للطبيعة اللامادية لشبكة الانترنت، ولتجاوز هذا الإشكال عمد الفقه إلى إيجاد بعض الحلول، بحيث استند جانب منهم [1]لتحديد مكان التحكيم على مكان وجود المحكم، غير أن هذا الحل انتقد لعدم دقته إذ هل سيعتد بمكان وجود المحكم في بداية الإجراء، أم سيتم الاعتداد بقانون موطنه أو بمحل إقامته، والأمور تتعقد أكثر عندما تكون هيئة التحكيم ثلاثية[2].

أمام الانتقادات التي وجهت لضابط مكان تواجد المحكم اتجه البعض إلى القول بحل المسألة بالرجوع إلى قانون مقدم الخدمة، غير أن هذا الإسناد يبدوا مصطنعا لإمكانية تعدد مقدمو خدمة الانتفاع بالإجراء التحكيمي إذا قد يكون كل منهم مقيما في دولة[3]، لذلك استند جانب آخر[4] على مكان موقع القضية على الإنترنت باعتباره مكان محايد وليس له علاقة بالأطراف.

ويميل إتجاه آخر إلى ترجيح نظرية التحكيم غير التوطيني التي توجب الإعتراف للتحكيم الالكتروني بالطابع غير الوطني، وهو ما يعني عدم إسناد هذا النوع من التحكيم إلى قانون مكان التحكيم، وقد تم تبرير ذلك بفكرة عدم إرتباط هذا النوع من التحكيم بمركز معين أو بدولة معينة، ولكنه انتقد لصعوبة قبوله بالنسبة للمحاكم الوطنية، ولعدم توافقه مع أحكام إتفاقية نيويورك[5].

لكل الانتقادات السابقة، ولصعوبة تحديد مقر التحكيم الالكتروني اتجه البعض إلى وجوب الرجوع للفكرة الأصلية، من خلال منح الهيئة التحكيمية صلاحية تحديد مكان التحكيم، وذلك من منطلق أن مكان التحكيم وفقا لمحكمة النقض الفرنسية فكرة قانونية، وليست مادية[6]، وهي على هذا الأساس لا ترتبط بالموقع الجغرافي الذي تجري فيه إجراءات التحكيم، بقدر ما ترتبط بالتوطين القانوني له،[7] وهي المسألة التي تبنتها لائحة محكمة التحكيم الفضائية حين قررت في المادة 13من نظامها الداخلي، أن مقر التحكيم لا يعتد به إلا بمفهومه

---

[1]– بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.168.

[2]– محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص.254؛ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 37.

[3]– هند الطوخي السيد، المرجع السابق، ص.195؛ أمينة خبابة، المرجع السابق، ص.120.

[4]– عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص. 315.

[5]– محمد أحمد علي المحاسنه، المرجع السابق، ص. 254؛ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص.38.

[6]–CA Paris, 28 octobre 1997, Société Procédés de prefabrication pour le béton c/ Lybie, Rev.Arb.1998, p.399, note B. LEURENT.Cf, ChihebGhazouani, op.cit., p.557.

[7]– بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.167.

القانوني، بحيث لا يمكن فرض تواجد المحكم في مكان محدد طيلة إجراءات التحكيم، ويكون لسكرتارية المحكمة، بناء على طلب أطراف التحكيم، حق تحديد مكان التحكيم بصفة مؤقتة، قبل تشكيل محكمة التحكيم على أن يتم بعد تشكيل هذه الأخيرة تحديد مكان التحكيم من طرف المحكمة آخذة بعين الاعتبار ظروف الدعوى ورغبات أطراف التحكيم.

لئن كان هذا هو الحل المقرر لتجاوز مشكلة تحديد المكان الذي يجري فيه التحكيم باعتباره الحل الذي اعتمدته إتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أنه يلاحظ أن تفضيل تطبيق قانون مقر التحكيم باعتباره ضابطا إحتياطيا بدأ التخلي عنه شيئا فشيئ، ليحل محله منح هيئة التحكيم صلاحية تطبيق القانون الذي تراه مناسبا على إجراءات التحكيم المعروض أمامها، ويستوي في هذا القانون أن يكون قانونا وطنيا داخليا يراه المحكم أكثر إرتباطا بموضوع التحكيم، أو بالرجوع إلى قواعد نظام تحكيمي يراه أكثر ملاءمة[1].

بناء على ما تقدم يتبين أن لهيئة التحكيم في هذا الفرض دور إيجابي في إختيار القواعد الإجرائية التي تطبق على المنازعة التحكيمية، وللهيئة في هذا الشأن أن تختار بنفسها القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لموضوع النزاع، فلها أن تضع هذه القواعد عند إتصالها بالنزاع، ولها أن تضع ما تدعو الحاجة إليه منها، ولها أن تقرر إتباع الإجراءات النافذة في النظام الإجرائي في دولة من الدول، كما لها أن تقرر إتباع نظام إجرائي معتمد من طرف منظمة أو مركز من المراكز الدائمة للتحكيم[2].

بهذا يتبين أن هذا الإتجاه يحقق أكثر من ميزة، فهو ينأى بالتحكيم عن الشكليات والتعقيدات، كما أنه يقف على الدور الحقيقي للإجراء باعتباره وسيلة وليس غاية في ذاته، وفي مجال التحكيم الإلكتروني يبدو أن هذا الأمر في غاية الأهمية ، بل لعله الأكثر إستخداما في هذا المجال، إذ يميل الأطراف إلى تخويل هيئات التحكيم الإلكتروني هذه السلطة، باعتبارهم الأقدر على تنظيم إجراءات هذا التحكيم لما يتمتعون به من قدرات خاصة تؤهلهم لذلك[3]، خاصة وأن التشريعات الوطنية، وكذا الاتفاقيات الدولية تعمد في نصوصها الداخلية إلى تكريس هذا الحل ومن ذلك ما قررته المادة 2/1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[4] والمادة

[1]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص.106،جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص.48.

[2]- جارد محمد، المرجع السابق، ص.49.

[3]- بلال عبد المطلب بدوي، ،التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.170.

[4]- تنص المادة 2/1043ق.إ.م.إ.ج:" إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة، أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم."

2/1509من قانون المرافعات الفرنسي[1]، وكذا المادة2/19 من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[2].

كما أخذت بهذا الإتجاه المادة 3/4 من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على أن: " إذا اتفق الأطراف على تسوية النزاع القائم بينهم عن طريق تحكيم خاص بواسطة محكم أو عدة محكمين، دون أن يتضمن اتفاقهم تحديدا للأصول اللازمة لتنظيم عملية التحكيم، فإنه يكون للمحكمين الذين تم تعيينهم تحديد هذه الأصول."

بناء على ما تقدم، يتبين أن ما أورده هذا الإتجاه لن يقلل من فاعلية ما جاء النص عليه في إتفاقية نيويورك من منح قانون مقر التحكيم صفة إحتياطية للإنطباق على إجراءات التحكيم عند عدم وجود إتفاق للأطراف على ذلك، ذلك أن الإتفاقية ذاتها نصت في المادة 1/7 منها على أن: "أحكام هذه الاتفاقية لا تخل بصحة الاتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف من حقه في الإستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية وبالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ."

إن التقريب بين النصوص السابقة ونص المادة 1/7 من إتفاقية نيويورك يمكن أن يقضي على أي خلاف ظاهري قد ينشأ بينهما من جراء منح المحكم سلطة تحديد الإجراءات بصفة سابقة على تطبيق قانون مقر التحكيم. هذا من جهة ومن جهة أخرى، بين الواقع العملي في مجال التحكيم العادي أن مختلف الطلبات التي تقدم بها المدعون لرد تنفيذ أحكام التحكيم إستنادا إلى تفضيل هيئة التحكيم لقانون آخر بخلاف قانون مقر التحكيم عند عدم تنظيم الأطراف لمثل هذا الوضع، لم تلق قبولا من محاكم الدول المنظمة للإتفاقية، خاصة إذا كان المحكم قد راعى القواعد الآمرة الخاصة بالإجراءات، والوارد عليها في قانون مقر التحكيم، وكان ذلك بدافع الحرص على سير تنفيذ أحكام التحكيم بين الدول المنظمة للإتفاقية.

وبخصوص التحكيم الإلكتروني، فإن هذا الإتجاه يبدوا في رأي جانب من الفقه[3]ذا قيمة عملية، فهو من ناحية يجنب الخوض في المشكلة المتعلقة بتحديد مقر التحكيم في حالات التحكيم الذي يجري عبر شبكة الانترنت، ومن ناحية أخرى يبدوا هذا الرأي الأكثر إستجابة لمقتضيات الواقع المهني بما يمتلكه القائمون على هذا

[1]- Art 1509 Al2 du c.pro.civ. fr dispose que : « Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure. »

[2]- تنص المادة 2/19 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: "فإذا لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة..."

[3]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.171.

التحكيم من خبرات خاصة تؤهلهم لتحديد أنسب الإجراءات تطبيقا على ما يعرض عليهم، خاصة وأن هيئات التحكيم الالكترونية الدائمة وبصفة خاصة منها المحكمة الفضائية تخضع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية المحددة في لائحتها.

بهذا يتبين أن الأولوية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني تكون وفقا لما اتفق عليه الأطراف، فإذا لم يوجد مثل ذلك الاتفاق كان لهيئة التحكيم سلطة تحديد تلك الإجراءات، وقانون مقر التحكيم ما هو إلا أحد الخيارات التي يكون لهيئة التحكيم اللجوء إليها.

بعد أن تم تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، وجب التطرق للقانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني.

البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الالكتروني

لقد أدى تغيير شكل التحكيم ووضعه في قالب الكتروني إلى إحداث تغيير مواز له على مستوى القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني، إذ باتت القاعدة المستقر عليها في التحكيم التقليدي غير ملائمة للتطبيق في إطار التحكيم الالكتروني، ومرد ذلك الاختلاف الجوهري البيئة التي تدور بمناسبتها منازعات التحكيم الالكتروني، وهي في الغالب الأعم بيئة الكترونية عن تلك التي تثور بمناسبتها منازعات التحكيم العادي.

فاللجوء إلى التحكيم الالكتروني غالبا ما يكون في المنازعات الخاصة بالتجارة الالكترونية، وهي منازعات لها من الطبيعة ما يستعصي على قواعد القانون الدولي الخاص مسايرتها، الأمر الذي يتطلب تطويع تلك القواعد على نحو يتماشى مع الطبيعة الخاصة التي يقوم عليها مجتمع تنعدم فيه الروابط المكانية والذي يقصد به شبكة الانترنت[1]، فكيف يمكن تحديد هذا القانون في ضوء هذا التطويع؟

الواقع أن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الالكتروني يقتضي من المحكم البحث في إرادة الخصوم (أولا) مع إعمال قواعد أخرى في حال غياب مثل ذلك الاتفاق (ثانيا).

أولا–تحديد النظام القانوني الموضوعي بواسطة الأطراف.

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه نظام التحكيم عامة، والتحكيم الالكتروني خاصة، إذ بمقتضاه يكون للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويرجع ذلك إلى أن شبكة الانترنت لا يقتصر دورها على الربط بين الأطراف فقط، بل يشمل تعبيرهم عن إرادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية[2].

[1]– بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.148.

[2]– محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.386.

ويقصد بالقانون المختار القانون بمعناه الواسع، بحيث يشمل إلى جانب التشريع –سواء كان قانون وطني أو أجنبي– القواعد التي ليست ذات أصل تشريعي وطني وبصفة خاصة قواعد قانون التجارة الدولية[1]، وقد أكدت على ذلك العديد من النصوص الوطنية[2] والدولية[3] وكذا لوائح هيئات التحكيم التي استخدمت عبارة قواعد القانون[4].

غير أن ما تجدر الإشارة إليه أنه حينما يقوم أطراف العملية التحكيمية باختيار قانون إحدى الدول لتطبيقه على موضوع النزاع، فإن هذا الاختيار ينصب حسب الفقه[5]على القواعد الموضوعية في القانون المختار دون قواعد التنازع فيه، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، كأن يتفق الأطراف صراحة على تطبيق قانون دولة معينة بما فيها قواعد التنازع، وهنا يكون على هيئة التحكيم تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الواردة بالدولة التي تم اختيار قانونها لفض النزاع، وقد أخذ بهذا الرأي كل من القانون المصري[6] والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي[7]، في حين أن المشرع الفرنسي التزم الصمت، وذكر في المادة 1511من قانون الإجراءات المدنية[8]أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع حسب قواعد القانون الذي اختاره الأطراف .

من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع الفرنسي منح للأطراف صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وألزم المحكم بتطبيق قواعد القانون المحددة من قبل الأطراف، وللإشارة فإن عبارة قواعد القانون المحددة في المادة سالفة الذكر عبارة واسعة ينصرف مدلولها إلى عدم تقييد إرادة الأطراف بإختيار القواعد القانونية التي تنتمي لقانون وطني معين، بحيث يكون لهم إخضاع النزاع لقانون وطني معين، سواء كان قانون دولة

[1]– لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.314؛ سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.334.

[2]– المادة 39من قانون التحكيم المصري استخدمت عبارة قواعد القانون، نفس الشيء بالنسبة للمادة 1050 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[3]– المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم اتلتجاري الدولي 1985.

[4]– تنص المادة 17/ 1 من لائحة غرفة التجارة الدولية المعدلة والسارية اعتبارا من 1 يناير 1977:" الأطراف أحرار في إختيار قواعد القانون التي يجب على المحكمة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع." مشار إليه من طرف، حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص.39.

[5]– أمينة خبابة، المرجع السابق، ص.132؛ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع1، س السادسة عشرة، يناير 2008، ص.38.

[6]– تنص المادة 39 /1 من قانون التحكيم المصري:"تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه، دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك."

[7]– تنص المادة 1/28 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك."

[8]– Art1511Al 1 du C .Pro.civ.fr : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies.''

أحد الأطراف أو قانون أجنبي، كما لهم إخضاع النزاع لقواعد لا تنتمي لقانون داخلي لدولة ما كقواعد الأعراف الدولية[1].

أمام تأكيد المشرعين الفرنسي والمصري على أولوية دور الأطراف في تحديد القانون الموضوعي للعقد، ينبغي الذكر أن المشرع الجزائري كرس هو الآخر مبدأ حرية الأطراف في إختيار القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع، بحيث أورد في المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] مصطلح قواعد القانون، وهو مصطلح مرن يخول للأطراف مجالا واسعا لإجراء إختيارهم، بحيث لا يكون لهم إمكانية إختيار قانون وطني فحسب، بل يكون لهم إمكانية إختيار عدة قوانين وطنية، كما يمكن لهم إخضاع نزاعهم للأعراف التجارية والعادات والمبادئ العامة للقانون[3].

إلى جانب ما سبق ينبغي الإشارة إلى أن إتفاقية نيويورك لسنة1958 بشأن الإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية خولت للأطراف صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فنصت في المادة 05/أ منها على: " لا يجوز رفض الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي ... إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ الدليل على ... أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف...."

وإذا كانت هذه الأحكام قد وردت في مجال التحكيم التقليدي، فإنه لا إشكال في تمديد العمل بها في مجال التحكيم الالكتروني، بحيث يكون لأطراف العقود الالكترونية تحديد القانون الذي يطبقه المحكم أو الهيئة الالكترونية على ما يثار بينهم من منازعات، إما بصفة صريحة لا لبس أو غموض فيها أو بصفة ضمنية، بحيث تقوم هيئة التحكيم بتحديد القانون من خلال البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف والتي يتم استخلاصها من ظروف وملابسات موضوع النزاع، و لعل من أهم المؤشرات التي تستعين بها هيئة التحكيم الالكترونية لاستظهار الإرادة الضمنية Tacite)(للخصوم محل إقامة المتعاقدين، العملة المستخدمة، وغيرها من الضوابط الأخرى، كما ويكون لها في حالة عدم إمكانية الوقوف على الإرادة الضمنية الكشف عن الإرادة المفترضة (Hypothetique) للأطراف[4].

[1]- خالد إبراهيم التلاحمة، المرجع السابق، ص.55؛ صديق بغداد، المرجع السابق، ص.182؛ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص.39.

[2]- تنص المادة1050ق.إ.م.إ.ج:"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف..."

[3]- جارد محمد، المرجع السابق، ص.53.

[4]- يتم الإستناد إلى الإرادة المفترضة عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف، وغالبا ما يكشف أن الأطراف قصدوا تطبيق قانون معين كقانون مكان التحكيم. مشار إليه من طرف، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والإتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، ط7، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2015، ص.181.

وهذا ما أقرته الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961حيث أكدت في المادة السابعة منها :" عند عدم إتفاق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تقوم هيئة التحكيم بالبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، وذلك من ظروف وملابسات النزاع"[1].

من خلال ما سبق، يلاحظ أن المبدأ الأساسي في نظام التحكيم الالكتروني هو حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويتم ذلك إما صراحة أو ضمنا إذ وفي حالة الاتفاق الصريح يجب على هيئة التحكيم تطبيق القانون المختار، حتى ولو كان لا يتصل بموضوع النزاع، أما في حالة عدم اتفاق الأطراف صراحة على ذلك، فيكون لهيئة التحكيم الالكتروني دور في استخلاص ذلك القانون من خلال الإرادة الضمنية للأطراف عن طريق إعمال مؤشرات عديدة تدل على تلك الإرادة[2]، على أنه في حالة عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي حالة عدم إمكانية وقوف الهيئة التحكيمية على الإرادة الضمنية للأطراف، يكون لها صلاحية تحديد القانون المختص.

ثانيا–تحديد النظام القانوني الموضوعي في ظل غياب إتفاق الأطراف

إذا كان تحديد النظام القانوني الموضوعي لعملية التحكيم يتم أساسا بواسطة إرادة الأطراف، وذلك بإختيارهم لهذا القانون إما صراحة أو ضمنا، فإن هناك حالات لا يتفق فيها الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، وفي مثل هذه الحالة يظهر دور هيئة التحكيم في إختيار القانون الذي يتلاءم وطبيعة المنازعة القائمة بين الأطراف[3].

إن نجاعة هذا الرأي دفع التشريعات الوطنية إلى تبنيه[4]، كما واعتمدته الأنظمة الداخلية لهيئات التحكيم إذ قررت المادة 1/17من غرفة التجارة الدولية بباريس: " إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، تطبق محكمة التحكيم قواعد القانون الذي تراه ملائما."، وهو ذات ما تبنته المادة 4/17 من النظام الداخلي للمحكمة الافتراضية حيث نصت على: "تقوم هيئة التحكيم باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك في حالة عدم تحديده من قبل الأطراف."[5]

---

[1]– محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.390.

[2]– نفس المرجع، ص.392.

[3]– محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.393؛ لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.316

[4]– تنص المادة 1050 ق.إ.م.إ.ج:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة." كما تنص المادة 3/2/39 من قانون التحكيم المصري: "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالا بالنزاع.

– يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة." "

[5]– محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.395.

وقد عمد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي إلى تبني ذات الحل، بحيث قرر في المادة 4/2/28" " إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق.

وفي جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد، وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبق على المعاملة."

ولئن كانت النصوص السالفة تخول للهيئة التحكيمية صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق عند عدم تحديده من قبل الأطراف، فإنه ينبغي الإشارة إلى أن النظام الكندي الخاص بنظر المنازعات الناشئة عن استخدام استغلال أسماء المواقع الإلكترونية حول الهيئة التحكيمية هذه الصلاحية مباشرة، دون إشارة منه إلى حق الأطراف في تحديد القانون المختص، بحيث منح لمحكمة التحكيم الحق في أن تطبق على موضوع النزاع القواعد القانونية التي تقدر أنها ملاءمة طبقا لظروفكل نزاع، مع أخذها في الاعتبار الممارسات المعتادة في إطار التجارة بصفة عامة والتجارة الالكترونية بصفة خاصة[1].

وقد سار نظام القاضي الافتراضي على نفس نهج النظام الكندي، كما ولم يلزم المحكم بتطبيق قانون معين، بل خوله حق مراعاة نصوص العقد المتضمن شرط التحكيم ووجهات نظر الطرفين والظروف الخاصة بكل منازعة[2].

من خلال النصوص السابقة، يتبين أن مواقف لوائح مؤسسات وتشريعات التحكيم اختلفت وتباينت فيما بينها، فمنها ما خول لهيئة التحكيم سلطة الاختيار المباشرة للقانون الذي تراه ملائما لظروف وملابسات النزاع- ومن ذلك المادة2/39 من قانون التحكيم المصري والمادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وباقي النصوص السالفة الذكر-[3]، ومنها ما قررت أن يكون تحديد القانون بطريق غير مباشر، أي بإعمال قواعد التنازع- ومن ذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي-، وبخصوص قواعد تنازع القوانين التي يكون للهيئة التحكيمية صلاحية إعمالها للبحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فهي متعددة، إذ قد تلجأ الهيئة التحكيمية لإعمال قواعد التنازع لمقر التحكيم، قواعد التنازع لقانون الجنسية والموطن المشترك لأطراف العلاقة، قواعد التنازع في قانون البلد الذي سيتم فيه تنفيذ القرار التحكيمي، قواعد التنازع لقانون جنسية المحكم.

---

[1]- هند الطوخى السيد، المرجع السابق، ص.198.

[2]- Cf. Vincent Tilman, Arbitrage et nouvelles technologies : alternative cyberdisputeresolution, Revue Ubiquité, 1999, p.52.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم- محاذير وتوجيهات، المرجع السابق، ص.46.

وقد تعرضت الإقتراحات السالف ذكرها للنقد، إذ انتقدت قاعدة التنازع الواردة في مقر التحكيم لصعوبة تحديد مقر التحكيم[1]، كما انتقدت قواعد تنازع البلد الذي توجد فيه الإقامة المشتركة أو الجنسية المشتركة للأطراف، وذلك لندرة وحدة جنسية أو موطن أطراف النزاع في مجال عقود التجارة الدولية[2]، وبالمثل انتقد إعمال قواعد التنازع في قانون البلد الذي سيتم فيه تنفيذ القرار التحكيمي، لصعوبة تحديد بلد التنفيذ بشكل أكيد، ولإمكانية تعدد الدول التي سيتم فيها تنفيذ القرار التحكيمي[3]، أما عن إعمال قواعد التنازع لقانون جنسية المحكم فهي الأخرى انتقدت لانتقاصها من كفاءة المحكمين والتشكيك في قدرتهم على معرفة الأنظمة القانونية الخاصة بقواعد القانون الدولي الخاص غير تلك التي تخص بلدهم[4] .

إذا كانت الإنتقادات السالفة وجهت لإعمال قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مجال التحكيم التقليدي، فإنها وبالمثل انتقدت وبشدة في مجال التحكيم الإلكتروني، وهو الأمر الذي دفع جانبا من الفقه[5] إلى التساؤل حول إمكانية إعمال قواعد قانون التجارة الدولية، وقد توصل هذا الاتجاه إلى عدم اعتبار هذه القواعد بمثابة العصا السحرية التي يمكن أن تعين المحكمين على الفصل في منازعات التجارة الإلكترونية، لاختلاف البيئة التي تنشأ فيها كل من هذه المنازعات عن تلك التي تثور بشأنها منازعات التجارة الدولية.

بسبب صعوبات إعمال المنهج التنازعي في مجال عقود التجارة الالكترونية، ولعدم كفاية قواعد قانون التجارة الدولية لتسوية منازعات البيئة الإفتراضية عملت هيئات التحكيم الالكترونية ومتعاملي شبكة الانترنت على الخروج من بوتقة القوانين الوطنية، والبحث عن قوانين تتماشى وهذا النوع من العقود، فلم تجد هيئات التحكيم الالكترونية ملاذا غير تطبيق القانون المادي الالكتروني الذي تتعدد مصادره بين تلك التنظيمية والأخرى التلقائية على أن تطبيق هذا القانون يظل مقيدا بملائمته للنزاع المعروض عليها[6].

تطبيقا لذلك، فإن على هيئات التحكيم الإلكتروني التي تنظر منازعات خاصة بالتجارة الإلكترونية أن تلتمس الحل في إرادة الأطراف سواء الصريحة أو الضمنية، فإن لم تجد فيها ذلك الحل، فعليها أن تلجأ إلى القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، فإن لم يكن فيها ما يوفر حلا عادلا، فلا مناص وقتئذ من الرجوع إلى المناهج التقليدية في القانون الدولي الخاص باعتبارها الملاذ الأخير في هذا الصدد[7].

---

[1]- جارد محمد، المرجع السابق، ص.63.

[2]- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص.187.

[3]- نفس المرجع، ص.188.

[4]- جارد محمد، المرجع السابق، ص.64.

[5]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص. 152.

[6]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص.41.

[7]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.95.

ولئن كان تطبيق الهيئة التحكيمية للقواعد السالف الإشارة لها يهدف في مجال عقود التجارة الإلكترونية إلى الفصل في المنازعة وإصدار حكم تحكيمي ملزم للأطراف، شأنها في ذلك شأن ما تتوصل إليه الهيئات القضائية عند فصلها في النزاعات الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية، فإنه لابد من الذكر أن الإشكال قد لا يقف عند هذا الحد، بحيث قد تطرح إشكالية أخرى تتعلق بتنفيذ الحكم الصادر في مجال عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي.

الفصل الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

لا تنتهي الخصومة بمجرد صدور حكم فاصل في النزاع، بل تبدأ خصومة جديدة هي خصومة التنفيذ، وفيها يسعى طالب التنفيذ إلى تحصيل حقه بالاستعانة بأعوان القضاء الذين منح لهم القانون صلاحية تنفيذ ما قضى به الحكم باستخدام القوة العمومية إذا اقتضى الأمر ذلك، طالما أن المحكوم ضده لم ينفذ الحكم عن طواعية واختيار.

ولما كان أعوان القضاء، وبصفة خاصة منهم المحضرين القضائيين يباشرون مهامهم في الحدود المقررة لهم قانونا، ولا يتحركون إلا بمقتضى الأمر بالتنفيذ الصادر من القاضي المختص، وفي حدود الإقليم الذي يباشرون فيه اختصاصهم، فإنه لا يمكن تنفيذ الأحكام الأجنبية – سواء كانت قضائية أو تحكيمية- إلا إذا خضعت لمراقبة من قاضي دولة التنفيذ، والذي يتحقق من احترام الشروط الموضوعية المقررة قانونا، وذلك بعد إتباع طالب التنفيذ للإجراءات المقررة وتقديمه للوثائق اللازمة لتحصيل الأمر بالتنفيذ.

ولقد أثبت الواقع العملي تنامي ظاهرة تقديم طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية، نتيجة لتعدد العلاقات الخاصة الدولية، ولذلك حاولت التشريعات جاهدة التصدي لهذه الظاهرة من خلال صياغة النصوص القانونية، ولاريب أن هذه الأخيرة وردت لتنظيم تنفيذ الأحكام الصادرة في منازعات البيئة المادية، غير أنه وبظهور منازعات البيئة التجارية الالكترونية، واستخدام الهيئات التحكيمية لشبكة الانترنت طيلة مراحل العملية التحكيمية، ظهرت أحكام التحكيم الالكترونية.

هذه الأخيرة طرحت للوجود عديد المشكلات وخاصة منها تلك المتعلقة بقدرتها على التأقلم مع الأحكام القانونية التقليدية المنظمة للأحكام التحكيمية الصادرة في البيئة المادية، بل إن من الصعوبات التي أفرزتها الأحكام التحكيمية الالكترونية، الاستعانة بأعوان القضاء لتنفيذ ما قضى به الحكم التحكيمي الالكتروني، والذي من المفروض أن يدعم خصوصيات الآلية التي استخدمت للفصل فيه، والتي كانت السبب الرئيسي للجوء الأطراف للتحكيم الالكتروني، خاصة وأن الاحتفاظ بالوسائل التقليدية لتنفيذ الحكم التحكيمي الالكتروني قد يؤدي إلى عزوف المحتكمين عن اللجوء إلى هذه الآلية كبديل لتسوية منازعاتهم، طالما أنها لا تحقق الغاية المنشودة منها عبر مختلف مراحلها، ولا تمكن صاحب الحق من تحصيل حقه، إلا باستخدام الوسائل التقليدية.

وعليه ما مدى كفاية النصوص التقليدية المنظمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية لمواجهة ما تطرحه منازعات عقود التجارة الالكترونية؟وهل تمكنت الهيئات الالكترونية من التصدي لمسألة تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية فأوجدت وسائل جديدة لتنفيذها؟

هذا ما سيتم بيانه بالتعرض لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية (**المبحث الأول**)، ثم لتنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

الحكم بصفة عامة هو: "كل عمل صادر عن سلطة عامة تمارس وظيفتها وفقا للنظام القانوني السائد في دولة معينة."[1]أو هو: "كل قرار صادر عن المحاكم في خصومة، ولو لم يكن فاصلا في النزاع"[2].

هذا عن المقصود بالحكم بصفة عامة، أما الحكم القضائي، فيعرف بأنه "قرار صادر من جهة قضائية يترتب عليه إنهاء الخصومة بين أطراف النزاع، ويقوم بتطبيق القانون في الدعوى التي رفعت أمام تلك الجهة"[3]، كما يعرف بأنه :" إعلان لفكر القاضي في استعماله لسلطته القضائية، أيا كانت المحكمة التي أصدرته وأيا كان مضمونه"[4]، أو هو:" القرار الذي يصدر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها وفق قواعد المرافعات سواء كان صادرا في موضوع الخصومة أو في شق منها أو في مسألة متفرعة عنها"[5].

وللإشارة فإن المشرع الجزائري قرر في المادة 5/8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المقصود بالحكم ينصرف ليشمل كلا من الأوامر، الأحكام والقرارات القضائية[6].

ولئن كان هذا تعريف الحكم القضائي، فإن الحكم القضائي الأجنبي يعرف بأنه :"كل ما يشكل عملا قضائيا ، ويكون صادرا عن محكمة غير وطنية تابعة لدولة أجنبية في علاقة يحكمها القانون الخاص"، وعليه حتى يكون الحكم أجنبيا لابد أن يصدر من محكمة غير وطنية، أي يصدر باسم سيادة دولة أجنبية، وذلك بغض

---

[1]– هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص. 237.

[2]– عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية للنشر، لبنان، 1986، ص.169.

[3]– محمد أحمد القناوي، حجية أحكام المحكمة الجنائية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2010، ص.70.

[4]– سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي (دراسة تركيبية دلالية)، تقديم محمد سليم العوا، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2008، ص.18.

[5]– سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، مصر، 2002، ص. 298.

[6]– تنص المادة 8ف5 من ق.ا.م.ا.ج :"يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية."

إن هذه المادة تعتبر من المواد المفتاح التي تحدد المقصود بالأحكام بصفة عامة، وهي تُدرج ضمن مفهوم الحكم القرارات الصادر عن المجالس القضائية أو المحكمة العليا، غير أن القرار الصادر عن المجلس القضائي هو وحده القابل للتنفيذ، في حين أن تلك الصادرة عن المحكمة العليا، فهي إما قرارات مبدئية لا تلزم إلا المحاكم والمجالس القضائية، أو هي قرارات تؤدي إلى نقض الحكم أو القرار المطعون فيه وتحيله لذات الجهة التي أصدرته للفصل فيه بتشكيلة مغايرة، وإما تقضي برفض الطعن بالنقض لعدم توافر وجه من أوجه الطعن بالنقض المحددة في المادة 358 من ق.ا.م.ا.ج.

لتحليل أكثر، فإنه ينبغي الذكر أن المحكمة العليا عند أول طعن بالنقض أمامها، فإنها إما تعمد إلى رفض النقض أو تقبله وتحيل النزاع للفصل فيه أمام نفس الجهة وبتشكيلة مغايرة، أو أنها تحيله أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع والدرجة. على أنه إذا تم الطعن بالنقض للمرة الثانية فيجوز لها أن تحيله إذا قبلت الطعن بالنقض، كما لها أن تفصل هي فيه، فإن لم تفصل هي فيه وأحالت النزاع للفصل فيه وتم الطعن بالنقض للمرة الثالثة، فهنا يجب عليها في هذه الحالة الفصل في النزاع.

هذا بخصوص القرارات القضائية، أما عن الأوامر فيقصد بها الأوامر الإستعجالية ناهيك عن الأعمال الولائية التي تصدر في غياب أي منازعة بين الأطراف، بحيث تنعدم فيها الوجاهية، خلافا لذلك فالحكم هو ما يصدر عن المحكمة الابتدائية ولا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان نهائيا ولا يكتسب هذه الصفة إلا إذا صدر في حدود الاختصاص النهائي للمحكمة شأن أحكام الطلاق، وإما لأنه استنفد مواعيد الطعن وعليه فمن بين ما يعاب على هذا النص اعتباره أن الحكم هو حكم .

النظر عن مكان صدوره، جنسية الخصوم فيه، ديانتهم، وقوميتهم. وأن يصدر في مسألة متعلقة بالقانون الخاص [1]، والتي تعتبر المسائل التجارية إحداها، وعليه يخرج من نطاق الأحكام القضائية الأجنبية الأحكام الجزائية والإدارية لأنها تخضع لمبدأ الإقليمية، ولا يمكن تنفيذها في غير إقليم الدولة التي صدرت فيها، وإن كان لها خارج نطاق القضية المتعلقة بالتنفيذ آثار أخرى يمكن تحقيقها، إذ يمكن الاعتداد بها كواقعة أو دليل إثبات، يستعين به القاضي للفصل في القضية المطروحة عليه[2].

وعليه يلاحظ أن العبرة في كون الحكم الأجنبي صادر في مواد القانون الخاص هي بطبيعة المسألة التي فصل فيها، لا بالهيئة التي أصدرته، فالحكم الصادر بالغرامة لا يمكن تنفيذه ولو كان صادرا من محكمة تجارية أجنبية[3]، وتكيف المسألة التي فصل فيها القضاء الأجنبي بالرجوع إلى قانون قاضي التنفيذ، فإن اعتبرها مدنية رتب الحكم آثاره بعد الأمر بالتنفيذ، وإن لم يعتبرها كذلك لم يولد الحكم أثره.

استنادا لما سبق، يعد الحكم القضائي الفاصل في منازعة من منازعات عقود التجارة الالكترونية الصادر باسم سيادة دولة أجنبية حكما أجنبيا، يتطلب تنفيذه توافر شروط معينة ليترتب عليه آثار محددة. فما هي شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية؟ وما هي الآثار المترتبة عنها؟

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق إلى شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في مجال عقود التجارة الالكترونية (**المطلب الأول**)، وإلى الآثار المترتبة على تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في تلك المنازعات (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الصادرة في مجال عقود التجارة الالكترونية

لا مندوحة أن تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية يستلزم توفر شروط إجرائية وتشمل الإجراءات اللازم اتباعها للتنفيذ، وأخرى موضوعية يقف عليها قاضي التنفيذ لمنح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ.

ونظرا لأن شروط التنفيذ المنصوص عليها في النصوص القانونية الدولية والداخلية، جاءت لتنظيم الأحكام الفاصلة في منازعات البيئة المادية بما فيها تلك المتعلقة بعقود التجارة الدولية، دون منازعات البيئة الالكترونية التي تتمتع بخصوصيات تميزها عن نظيرتها التقليدية، إلا أنه ينبغي الذكر أن القضاء باعتباره أحد وسائل التقاضي التي

---

[1]- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج2، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص.33؛ محمد سعادي، المرجع السابق، ص.189؛ دربة أمين، دور تنفيذ السندات الأجنبية في تدعيم مركز الدائن، دراسات قانونية، مجلة سداسية محكمة تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 09، س.2011، ص.191.

[2]- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.319.

[3]- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق،ج2، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص.61.

يلجأ لها الأطراف لفض منازعاتهم الوطنية والأجنبية، التي أبرمت أو أبرمت ونفذت في العالم المادي أو العالم الالكتروني لم تصل فيه التقنية الحديثة إلى درجة إصدار أحكام قضائية إلكترونية ، فإنه لا مناص من تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة باسم سيادة دولة أجنبية والفاصلة في منازعة من منازعات عقود التجارة الالكترونية وفقا لشروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية في الدولة المطلوب منها التنفيذ.

لأهمية هذه المسائل سيتم بيانها بالتعرض إلى الشروط الإجرائية اللازمة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية (**الفرع الأول**)، وإلى الشروط الموضوعية اللازمة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الشروط الإجرائية اللازمة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

بادئ ذي بدء، يجب التذكير أن نظام تنفيذ الأحكام الأجنبية في النظم القانونية المختلفة يتنازعه نظامان، يطلق على الأول، نظام الدعوى الجديدة[1]، وهو النظام السائد في الدول الأنجلوسكسونية والأنظمة المتأثرة به، ويطلق على الثاني نظام الأمر بالتنفيذ[2]، ويسعى كلا النظامان إلى تحقيق الملاءمة والموازنة بين الطابعين الوطني والدولي اللذان يتنازعان مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية[3].

---

[1]- يعد نظام الدعوى الجديدة النظام السائد في إنجلترا، وبمقتضاه يتوجب على صاحب المصلحة رفع دعوى جديدة أمام المحكمة الإنجليزية للمطالبة بالحق الذي يتضمنه الحكم الأجنبي الذي صدر لصالحه، ويتمسك به كدليل حاسم في الدعوى على ثبوت الحق المطالب به، بحيث يكون الحكم الصادر عن المحكمة الإنجليزية هو القابل للتنفيذ. لمزيد من التفصيل يراجع، هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.344.

[2]- يسود هذا النظام بصفة خاصة في بلاد القارة الأوروبية والبلاد العربية التي تحذو حذوها، كمصر، الجزائر، تونس ولبنان، وحسب هذا النظام يتعين على صاحب المصلحة اللجوء إلى القضاء في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها ليستصدر منه أمر التنفيذ، والذي بصدوره يرقى الحكم الأجنبي إلى مصاف الحكم الوطني، وقد مر هذا النظام بمرحلتين: مرحلة المراجعة ومرحلة المراقبة، فأما مرحلة المراجعة فيتم فيها مراجعة الحكم بالتعرض للوقائع وتفسيرها، بل يكون للمحكمة أن تعدل من الحكم الأجنبي كأن تقوم بتفسير العقد على نحو مغاير للتفسير الذي أعمله القاضي، كما يكون لها قبول طلبات جديدة أو إدخال الغير الذي لم يسبق اختصامه في الدعوى الأصلية التي تم الفصل فيها في الخارج.

هذا عن مرحلة المراجعة، أما مرحلة المراقبة فيتم من خلالها تحقق قاضي التنفيذ من توفر شروط معينة في الحكم الأجنبي دون أن يمس ذلك موضوعه، وخلال هذه المرحلة لا تتعرض المحكمة المطلوب منها منح الأمر بالتنفيذ للحكم الأجنبي بفحص موضوعه إلا بالقدر اللازم للتحقق من عدم تعارضه مع النظام العام. وقد برز هذا التحول انطلاقا من قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية (Munzer)الصادر بتاريخ 04-1-1964. يراجع في ذلك، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج2، المرجع السابق، ص.57؛ ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص119؛ عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دار العلوم، 1425هـ، 2004م، ص، ص.81،82؛ رحاوي آمنة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010- 2011، ص، ص.166-168؛ بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2008-2009، ص.386.

Christine Bidaud-Garon Et Celine Moille, les effets en France des décisions étrangères selon le droit commun, Travaux dirigés de droit international privé, 5e éd, lexis nexis, Paris, 2013, p.170.

[3]- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص.109.

وفي هذا يلاحظ أن المشرع الجزائري اعتنق نظام المراقبة، كصورة من صور نظام الأمر بالتنفيذ لسهولته وملاءمته للاعتبارات الدولية، فنظمه بموجب نصوص قانونية داخلية ودولية، إذ حدد الجهة القضائية المختصة لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحدد في القانون الاتفاقي مختلف الوثائق التي يجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ.

ونظرا لأن البناء القانوني للمحاكم الالكترونية لم تتضح معالمه بعد، إذ ما يزال الأمر في بداياته الأولى مقتصرا على تسجيل الدعاوى الكترونيا، وتحديد مواعيد الجلسات وتواريخ إصدار الحكم الكترونيا، مع إجراء المرافعة وإصدار الأحكام في العالم المادي، فإن طرح الحكم القضائي الأجنبي للتنفيذ ما يزال يتم وفقا للإجراءات المقررة لتنفيذ الأحكام المادية سواء اتبع في تسجيله الطريق العادي أو الطريق لالكتروني.

وعليه سيتم تحديد الجهة القضائية المختصة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الصادرة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية (**البند الأول**)، وللوثائق الواجب تقديمها لتمكين قاضي الصيغة التنفيذية من مراقبة توفر الشروط الموضوعية، ومن ثم منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ (**البند الثاني**).

البند الأول:الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

يتعين على طالب التنفيذ المتحصل على الحكم الأجنبي، الفاصل في منازعة من منازعات العقود التجارية الالكترونية رفع دعوى الأمر بالتنفيذ أمام القسم المختص المماثل للقسم الذي أصدر الحكم الأجنبي وهو القسم التجاري[1]، المتواجد بالمحكمة المنعقدة بمقر المجلس القضائي، التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ طبقا لنص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

وفقا لهذه المادة يكون المشرع الجزائري قد اعتمد ضابطين لتحديد الجهة المختصة بدعوى طلب التنفيذ، أولهما موطن المنفذ عليه، الذي ورد النص عليه تكريسا للقاعدة العامة في الإختصاص الإقليمي، لأن المنفذ عليه سيكون بدون شك في مركز المدعى عليه، وموطن محل تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتطابق في غالب الأحيان مع مكان تواجد المال[3]، وللإشارة فإن المعيارين السابقين يحتلان ذات المرتبة ولطالب التنفيذ الاختيار بينهما مع

---

[1]- ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص.175؛

Mohand Issad ,T2, op.cit. , p.78 .

[2]- تنص المادة 607 من ق.إ.م.إ.ج: "يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة إختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

[3]- بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.37.

مراعاة ما قضت به المادة آنفة الذكر، من وجوب رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة المنعقدة بمقر المجلس القضائي[1].

بناء على ذلك، لا ينفذ الحكم الأجنبي الفاصل في منازعة من منازعات العقود التجارية الالكترونية بصورة آلية، بل لابد من صدور الأمر بتنفيذه إما كليا أو جزئيا[2]،وهو ما لا يتحقق إلا من خلال تقديم طلب الأمر بالتنفيذ، ويستوي في ذلك الحكم، أن يكون صادرا عن المحكمة الابتدائية، أو مجلس الاستئناف، أو عن أعلى هيئة قضائية في البلد الأجنبي، سواء كان ذلك القرار الخاضع للصيغة التنفيذية تنازعيا كالحكم بتسليم البضاعة وفق المواصفات المتفق عليها، أو ولائيا[3] كترشيد القاصر لمزاولة التجارة.

والواقع أن هذا الأمر يجد تفسيرا له في ضرورة تأمين ازدواجية درجات التقاضي لأطراف دعوى الصيغة التنفيذية، مع تخويلهم حق ممارسة كافة طرق المراجعة القضائية الناجمة عن دعوى الصيغة التنفيذية، نظرا لطابعها الوجاهي والتنازعي، حيث ترفع إلى المحكمة بموجب ادعاء يتبعه تكليف بالحضور موجه إلى المدعى عليه وفقا لأحكام المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]، وهو ذات ما أقرته المادة 22من الاتفاقية الجزائرية المغربية[5]، التي تقتضي أن تتم إجراءات دعوى الأمر بالتنفيذ وفقا لقانون البلد المطلوب فيه التنفيذ، أي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. وهو ذات ما أكدت عليه الاتفاقية الجزائرية التونسية في نص المادة 21منها[6]،وكذا الاتفاقية المبرمة مع فرنسا في نص المادة 3منها[7].

---

[1]- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.409.

[2]-سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج2، طرق التنفيذ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص.44.

[3]- موحند إسعاد، ج2، المرجع السابق، ص.84.

[4]-تنص المادة 14 ق.إ.م.إ.ج:"ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف ".

[5]-تنص المادة 22 من الاتفاقية الجزائرية المغربية الخاصة بالتعاون المتبادل بين البلدين الموقع عليها في 15مارس 1963 المصادق عليها بالأمر رقم 69-68 المؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1389 الموافق 2 سبتمبر1969، ج.ر ، ع.77 س.1969، المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه بأفران يوم 15 يناير 1969:"تمنح السلطة المختصة، حسب قانون البلد الذي يطلب فيه التنفيذ ،أمر التنفيذ بناء على طلب كل طرف له شأن أما الإجراءات المتعلقة بطلبه فيسري عليها قانون البلد المطلوب فيه التنفيذ "

[6]- المرسوم رقم 450/63 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963 المتضمن المصادقة على اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس، الموقع عليها في 26 يوليو 1963، ج.ر ع.01، س. 1963.

[7]- تنص المادة 3 من الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا: " يمنح التنفيذ بناء على طلب كل جهة معنية من قبل السلطة المختصة حسب قانون الدولة المطلوب منها التنفيذ.

تكون الإجراءات الخاصة بطلب التنفيذ خاضعة لقانون الدولة المطلوب منها التنفيذ." مأخوذة عن، يوسف دلاندة، اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، ج2، الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وبعض الدول الأوروبية، دار هومه، الجزائر، 2012؛ ، ص.26.

وعلى ذلك، تعد دعوى الصيغة التنفيذية التي يرفعها صاحب المصلحة كأي دعوى، تتميز بصفة حضورية تبادلية، إذ تشمل خصمين، فتوجه ضد الطرف الذي خسر دعواه أمام المحكمة الأجنبية، وفي حالة عدم وجوده ضد السلطة التي تقوم بوظائف المدعى عليه، أي ضد النيابة العامة[1].

في هذا الإطار يجب الإشارة، إلى أن دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، الفاصل في منازعة من منازعات العقود التجارية الالكترونية، يمكن أن تكون محل دعوى أصلية، يطلب فيها طالب التنفيذ، الاعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي به ومنحه الصيغة التنفيذية تفاديا لأي نزاع مستقبلي، كما يمكن أن تتخذ شكل الدعوى الفرعية.

وعليه تخول دعوى الأمر بالتنفيذ للقاضي فحص توافر الشروط المقررة قانونا لمنح الأمر بالتنفيذ، غير أنه يتعين على المدعي إرفاق الطلب بمجموعة من الوثائق، وهذه الأخيرة رغم أن القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تستلزم تقديمها، إلا أنها لم تُعدد في المادة 605 من ذات القانون إلا بصورة ضمنية من خلال الشروط التي استلزمها المشرع الجزائري لتنفيذ الحكم الأجنبي، وذلك بخلاف القانون الاتفاقي الذي حددها تحديدا دقيقا.

البند الثاني: الوثائق الواجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ.

لم يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصورة صريحة الوثائق الواجب تقديمها من طرف طالب تنفيذ الحكم الأجنبي أثناء رفعه لدعوى الأمر بالتنفيذ، لكن بالرجوع للقانون الاتفاقي[2]،أي الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع عدة دول في نطاق تنفيذ الأحكام الأجنبية يتم تحديد تلك الوثائق.

وفي هذا قضت المادة 25 من الاتفاقية الجزائرية المغربية:"يجب على الطرف الذي يستشهد بقوة الشيء المحكوم به بحجة حكم قضائي أو الذي يطلب تنفيذ هذا الحكم أن يقدم ما يلي:

-صورة رسمية للحكم تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها.

-أصل عقد الإعلان للحكم أو كل عقد يحل محل هذا الإعلان (محضر تبليغ الحكم).

---

[1]- موحند إسعاد، ج2، المرجع السابق، ص. 85.

[2]- إلى جانب الاتفاقيات السالف الإشارة لها، أبرمت الجزائر في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية عددا من الاتفاقيات منها، الاتفاقية الجزائرية المصرية (وكانت تسمى الجمهورية العربية المتحدة) الموقع عليها في1964/02/29 المصادق عليها بالأمر رقم 195/65المؤرخ في 1965/07/29، ج.ر، ع.76س. 1963، الاتفاقية الجزائرية السورية المبرمة في 1981/04/27 المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 130/83المؤرخ في 1983/02/19، اتفاقية التعاون القضائي بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الجمهورية الموريتانية الإسلامية المصادق عليها بالأمر رقم 70-04 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1389الموافق 15 يناير 1970، ج.ر ع.14س.1970.يراجع في ذلك، يوسف دلاندة، إتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، ج1، الاتفاقيات المبرمةبين الجزائر والدول العربية وبعض الدول الإفريقية والأمريكية والآسياوية، دار هومه، الجزائر، 2012؛ سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج2، طرق التنفيذ، المرجع السابق، ص. 45.

-شهادة من كتاب الضبط المختصين تثبت أنه لا يوجد اعتراض على الحكم ولا استئناف ولا طعن بالنقض.

-نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور الموجهة إلى الطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة".

إن النص الوارد في الاتفاقية الجزائرية المغربية، له ما يقابله في الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى، غير أن هناك اختلاف بين المستندات المطلوب إرفاقها بالطلب[1]،لذلك سيتم التعرض لكل وثيقة على حدى لبيان أوجه التشابه والاختلاف، ولتحديد ما يتوجب على طالب تنفيذ الحكم الأجنبي الفاصل في منازعة من منازعات العقود التجارية الالكترونية إرفاقه من وثائق حسب الدولة التي استصدر منها الحكم، إذ يتوجب عليه تقديم صورة رسمية للحكم المطلوب تنفيذه إذا كانت الدولة التي حصل منها على الحكم الفاصل في منازعة من منازعات العقود التجارية الالكترونية هي الدولة التونسية،الدولة الموريتانية، الدولة الفرنسية، والدولة المصرية[2]،أما إذا كانت الدولة التي حصل منها على الحكم هي الدولة السورية، فيتوجب عليه أن يرفق بطلبه الحكم المطلوب تنفيذه ويجب أن يكون ذلك الحكم معلنا ومصدقا عليه من المرجع القضائي الصادر عنه ومذيلا من قبله بما يفيد أنه صالح للتنفيذ.

إلى جانب الوثيقة الأولى، يجب على طالب التنفيذ أن يرفق طلبه بأصل عقد الإعلان بالحكم أو كل عقد يحل محل هذا الإعلان، وهو ما يسمى بمحضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه. وتكمن الحكمة من تقديم هذه الوثيقة في إثبات المدعي في دعوى الأمر بالتنفيذ أنه قام بإعلان المدعى عليه إعلانا صحيحا، دون الإخلال بإجراءات التبليغ، وأتاح له الفرصة للطعن في الحكم بطرق الطعن المقررة قانونا.

ومن الوثائق التي لابد أن يتضمنها ملف دعوى الأمر بالتنفيذ، الشهادة الصادرة عن كتاب الضبط المختصين، والتي تثبت عدم وجود معارضة أو استئناف أو طعن بالنقض ضد الحكم المطلوب تنفيذه[3]،وإن كان هناك اختلاف بالنسبة لهذه الوثيقة، فبينما تستوجب الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (المادة 6/ج)، والاتفاقية الجزائرية المصرية (المادة 21/ج)تقديم شهادة عدم وجود المعارضة، الاستئناف، والطعن بالنقض، تشترط الاتفاقية الجزائرية الموريتانية (المادة 24/ج)، والاتفاقية الجزائرية التونسية (المادة 24/ج)، تقديم شهادة عدم وجود معارضة أو استئناف ضد الحكم، وذلك خلافا للاتفاقية الجزائرية السورية، التي تستلزم أن يكون الحكم أو القرار صالحا

[1]-حسين الهداوي، المرجع السابق، ص.285.

[2]- تنص على ذلك الاتفاقية الجزائرية التونسية (المادة 24 فقرة أ)، والاتفاقية الجزائرية الموريتانية (المادة 24 فقرة أ)، الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (المادة 6 فقرة أ)، الاتفاقية الجزائرية المصرية (المادة 21 فقرة أ).

[3]- إن هذه الوثيقة تجد ما يقابلها في القانون المشترك إذ اشترط المشرع الجزائري في المادة 605 ف2من ق.إ.م.إ: "أن يكون الحكم أو الأمر أو القرار حائزا لقوة الشيء المقضي فيه".

للتنفيذ، على أن يُرجع في تحديد قابليته للتنفيذ من عدمها إلى قانون الدولة التي أصدرت الحكم، للحفاظ على المراكز القانونية المستحدثة بموجب الحكم الأجنبي.

إلى جانب هذه المستندات، يجب أن تتضمن حافظة الوثائق التي يقدمها المحامي القائم في حق المدعي في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الفاصل في منازعة من منازعات العقود التجارية الالكترونية والصادر عن القضاء الأجنبي، نسخة طبق الأصل من ورقة التكليف بالحضور التي وجهت للطرف الذي تخلف عن حضور المرافعة، أي للمدعى عليه في دعوى الأمر بالتنفيذ، متى كان الحكم غيابيا، وهو ما قضت به المادة (24/د) من الاتفاقية الجزائرية التونسية، المادة (21/د) من الاتفاقية الجزائرية المصرية، (المادة 6/د) من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، المادة (24/د) من الاتفاقية الجزائرية الموريتانية، خلافا للاتفاقية الجزائرية المغربية التي اشترطت في المادة(25/د) هذه الوثيقة دون تعليقها على حالة الحكم الغيابي، وتبرز الحكمة من اشتراط هذه الوثيقة في إثبات أن المحكوم ضده قد كلف بالطرق القانونية للحضور والدفاع عن مصالحه، ورغم ذلك تغيب[1].

إلى جانب هذه الوثائق، استوجبت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية والاتفاقية الجزائرية الموريتانية ترجمة الوثائق الجاري تعدادها والمصادقة عليها من طرف ترجمان محلف أو مقبول، وفقا لقانون الدولة طالبة التنفيذ حسب الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة (6/هـ)، وطبقا لقانون الدولة المقدم إليها الطلب في الاتفاقية الجزائرية الموريتانية في المادة (24/هـ) وهذا بغية تمكين القاضي من فهم محتوى الوثائق والحكم محل النظر وهو ما تبناه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

وإذا كانت هذه الوثائق تخص تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن دولة ترتبط معها الجزائر بإتفاقية دولية للتعاون القانوني والقضائي، فإن الدول التي لا تربطها بها إتفاقية يمكن إجمال الحد الأدنى من الوثائق التي ينبغي تقديمها للقاضي المختص بتنفيذ الحكم الأجنبي الفاصل في إحدى منازعات عقود التجارة الالكترونية في كل من:

- صورة رسمية كاملة للحكم المطلوب تنفيذه مطابقة للأصل
- نسخة تنفيذية للحكم المراد تنفيذه تثبت أن هذا الأخير قابل للتنفيذ.
- محضر تبليغ الحكم المطلوب تنفيذه، أو أي شهادة رسمية دالة على أن الحكم قد تم تبليغه على الوجه الصحيح.

---

[1]–ولد الشيخ، تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص.192.

[2]–تنص المادة 8 ق.ا.م.إ.ج:"يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول.

يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول.

تتم المناقشات والمرافعات باللغة العربية..."

- صورة طبق الأصل لورقة التكليف بالحضور وذلك إذا كان الحكم المطلوب تنفيذه قد صدر غيابيا[1].
- كما يتوجب تقديم نسخ مترجمة للوثائق المبينة أعلاه في كل مرة يكون فيها الحكم صادرا عن قضاء دولة الأحكام فيها غير محررة باللغة الرسمية التي تصدر بها الأحكام بالجزائر.

بعد أن تم تحديد مختلف الوثائق التي يجب تقديمها من طرف المدعي في دعوى الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الفاصل في منازعة من منازعات العقود التجارية الالكترونية، وجب التعرض للشروط الموضوعية التي يتوجب على القاضي المختص إقليميا التحقق من توافرها لمنح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية اللازمة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

عملا بنظام المراقبة الذي تبناه المشرع الجزائري، يمنع تنفيذ الأحكام الأجنبية بصفة عامة، وتلك المتعلقة بعقود التجارة الالكترونية بصفة خاصة فوق إقليم الجمهورية بصورة آلية ومباشرة، ما لم يتحصل طالب التنفيذ على حكم من الجهات القضائية الجزائرية المختصة يأذن له بالتنفيذ من أجل استعادة حقوقه[2].

ولتحقيق ذلك لابد من توافر الشروط القانونية التي حددتها المادة (605)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ما لم ترتبط الدولة المطلوب منها التنفيذ والدولة المصدرة للحكم باتفاقية، لأنه في مثل هذه الحالات تكون الأولوية للقانون الاتفاقي، وهو ما أكدت عليه المادة (608)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي قضت على: " إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605و 606، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول."

بناء على ما تقدم، يتضح أن تنفيذ الحكم الأجنبي يقتضي توافر شروط موضوعية محددة في المادة (605) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذه الأخيرة يمكن تقسيمها بالنظر إلى المادة التي أوردتها إلى شروط مرتبطة بالقواعد الخاصة بإصدار الحكم (**البند الأول**)، وأخرى مرتبطة بموضوع الحكم(**البند الثاني**).

البند الأول: الشروط المرتبطة بالقواعد الخاصة بإصدار الحكم

من خلال نص المادة (605) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يلاحظ أنه يندرج ضمن هذه الشروط، كل ما يتعلق باحترام قواعد الاختصاص (**أولا**)، وحيازة الحكم لقوة الشيء المقضي به (**ثانيا**).

[1]- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.408.

[2]- بربارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ في المسائل المدنية، دراسة تفصيلية للتشريع الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا، منشورات بغدادي، سنة 2002، ص.62.

أولا –احترام قواعد الاختصاص

تطرح العبارة الواردة في الفقرة الأولى من المادة (605) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتمثلة في إحترام قواعد الاختصاص سؤالا وجيها حول المقصود بها، إذ هل يقتصر معناها على شرط الرقابة القضائية، أم يمتد ليشمل شرط الرقابة التشريعية؟

هذا ما سيتم بيانه بالتعرض لكل من إحترام قواعد الإختصاص القضائي الدولي (**1**)، ثم إحترام قواعد الاختصاص التشريعي (**2**).

1–إحترام قواعد الإختصاص القضائي الدولي

يتعين على القاضي المطلوب منه منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي الفاصل في منازعة من منازعات التجارة الالكترونية، أن يتحقق من شرط اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وهو ما يسمى بشرط الرقابة القضائية[1]،الذي ورد ذكره في المادة 605 فقرة 1من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن بالرجوع لهذه المادة، يلاحظ أن المشرع لم يحدد إذا كان المقصود بالاختصاص، الاختصاص الداخلي أم الدولي، كما لم يوضح القانون الذي يتعين الرجوع إليه لتحديد اختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم[2].

وعليه إذا كان المشرع الجزائري قد أغفل بيان القانون الذي ينبغي الرجوع إليه لتحديد إختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، فإن تشريعات أخرى قد حسمت الأمر إما في قوانينها أو من خلال الأحكام الصادرة عن قضائها، حيث أسند التشريع الليبي[3]، السوري[4]، واللبناني[5] الاختصاص لقانون الدولة التي أصدرت الحكم، في حين منح التشريع السويسري، الإيطالي، والألماني[6] الاختصاص إلى قواعد الاختصاص العام المباشر في

---

[1]– بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.393؛ طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1418هـ، ص.298.

[2]– بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، مجلة الحقيقة، مجلة أكاديمية محكمة تصدر فصليا عن جامعة أدرار، المطبعة العربية، غرداية، ع الحادي والعشرون، جوان2012، ص.6.

[3]– تنص المادة 407 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي: " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:– أن الحكم أو الأمر صادر من هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه..."

[4]– تنص المادة 308 من قانون أصول المرافعات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1953/9/29: "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي: – أن الحكم صادر عن هيئة قضائية مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه..."

[5]– قضت المادة 1014/أ من قانون أصول المحاكمات المدنية: " تمنح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي إذا توافرت فيه الشروط التالية:أ– أن يكون صادرا عن قضاة مختصين بحسب قانون البلد الذي صدر فيه شرط ألا يكون اختصاصهم مقرر بالنظر إلى جنسية المدعي فقط..."

[6]– رحاوي آمنة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.172؛ شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الموت في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010–2011، ص.208.

قانون القاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي، وقد سار في ذات الاتجاه القضاء الفرنسي[1]،حيث استلزم من قاضي التنفيذ التحقق من أن المحكمة التي أصدرت الحكم مختصة وفقا لقانون الدولة المطلوب منها التنفيذ لا وفقا لقانون الدولة مصدرة الحكم.

وقد تعرض هذا الاتجاه لانتقادات لاذعة ذلك أنه لا يمكن للقاضي الأجنبي عند نظره في النزاع المعروض عليه توقع الدولة التي سيتم تنفيذ ذلك الحكم فيها حتى يفصل في مسألة الاختصاص القضائي وفقا لقانونها، والقول بذلك يترتب عليه التدخل في عمل الهيئات القضائية الأجنبية[2]، والتقليل من حالات تنفيذ الحكم الأجنبي التي لا يمكن أن تتحقق إلا إذا تطابقت قواعد الإختصاص الفرنسية مع القواعد المقررة في الدولة الأجنبية التي أصدرت الحكم[3].

للانتقادات السابقة اتجه جانب من الفقه والقضاء في فرنسا إلى التخفيف من غلواء موقف القضاء السابق، فأخضع مشكلة اختصاص المحكمة الأجنبية التي يراد تنفيذ الحكم الصادر عنها في دولة القاضي لقواعد الاختصاص السائدة في قانونها، شريطة ألا تكون المحكمة الفرنسية مختصة بنظر النزاع اختصاصا قاصرا[4]، ولا يكون يكون انعقاد الاختصاص للمحاكم الأجنبية التي فصلت في النزاع قد تقرر نتيجة الغش والتحايل، وهو ما تطرقت له محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير (Simitch) الصادر بتاريخ 985/02/06 حين قضت بأنه: " يجب في كل مرة لا تعطي فيها القواعد الفرنسية الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي الاختصاص الحصري للمحاكم الفرنسية، الاعتراف باختصاص المحكمة الأجنبية بنظره متى كان النزاع يرتبط بشكل واضح بالبلد الذي رفعت أمام قضائه الدعوى، وما لم يتم إختيار هذا القضاء عن طريق التحايل"[5].

[1]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 156.

[2]- موحند إسعاد،ج2، المرجع السابق، ص.72.

[3]-Cf. Yvon Loussouarn , Pierre Bourel,op.cit., p.592.

[4]- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.395 ؛ عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2010، ص.401.

Chiheb Ghazouani, op.cit., p.542.

[5] -« toute les fois que la règle française de solution des conflits de juridiction n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »Cass . 06/02/1985 , cf .Jean Derruppe,op. cit.,p .119.

إلى جانب الاتجاهين السابقين عمد المشرع المصري[1] إلى الجمع بين القانونين حيث اشترط أن تتم رقابة اختصاص المحكمة الأجنبية على ضوء قانون الدولة التي أصدرت الحكم، لكن بعد التأكد من أن المحاكم الوطنية غير مختصة بنظر النزاع وفقا لقانونها الوطني، بمعنى آخر يتوجب على قاضي التنفيذ إستشارة قواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونه الوطني، فإذا تبين له توافر الضوابط التي على أساسها ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يمارس وظيفته فيها توجب عليه رفض الأمر بالتنفيذ، أما إذا تبين له عدم توافر تلك الضوابط انتقل إلى التأكد من أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه كانت مختصة دوليا وفقا لقانون دولة هذه المحكمة[2].

وبذلك تكون المادة (298)من قانون المرافعات المصري قد أوردت قيدين أحدهما إيجابي ومفاده اختصاص المحاكم التي فصلت في النزاع وفقا لقانونها، والآخر سلبي مفاده عدم إختصاص المحاكم المصرية بنظر النزاع الذي صدر بصدده الحكم الأجنبي[3]، وقد انتقد الفقه المصري موقف المشرع بخصوص القيد السلبي، ذلك أنه لا ينبغي أن يترتب على انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية رفض تنفيذ الحكم الأجنبي، وإلا نجم عن ذلك إهدار المعنى الذي تقرر إدراجه بمناسبة القيد الإيجابي، فإنعقاد الاختصاص للمحاكم الجزائرية بنظر النزاع العقدي المتعلق بالتجارة الالكترونية نتيجة لاتفاق الأطراف على تنفيذ الالتزامات بها، رغم أن العقد أبرم بإلاقليم المصري يستلزم من القاضي المصري المعروض عليه الحكم الأجنبي لتنفيذه إجراء نوع من المفاضلة بين الاختصاص الواجب ترجيحه لا الأمر برفض التنفيذ[4].

لتجاوز هذه المسألة طرحت العديد من الاقتراحات،بحيث اتجه جانب من الفقه[5] إلى ضرورة التمييز بين حالتي الاختصاص المانع أو القاصر للمحاكم الوطنية، وبين الاختصاص الجوازي أو المشترك،بحيث يتعين على قاضي الصيغة التنفيذية أي القاضي المصري رفض منح الأمر بالتنفيذ في الحالة الأولى، أي متى تبين له أن المحاكم الوطنية هي المختصة دون غيرها للفصل في الدعوى، في حين يتوجب عليه منح الأمر بالتنفيذ إذا تبين له أن اختصاص المحاكم المصرية، لم يكن ليتحقق إلا بناءا على أحد ضوابط الاختصاص الجوازي، ويندرج ضمن حالات الاختصاص الوجوبي وفقا لهذا الاتجاه كل من موطن المدعى عليه، وجود المال في دولة القاضي، إنعقاد

---

[1]–تنص المادة 298ف1 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري:"لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:1–أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها...."

[2]– بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.394.

[3]– هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث ، المرجع السابق، ص.152.

[4]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.205.

[5]– محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص617؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص.693؛هشام خالد، طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص.95.

العقد أو تنفيذه في دولة القاضي، في حين يندرج ضمن حالات الاختصاص الجوازي كل من ضابط الجنسية، وضابط الخضوع الاختياري[1]، وعليه وفقا لهذا الاتجاه يتم رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الوارد في المثال السابق لانعقاد العقد في الإقليم المصري، ولو كانت المحاكم التي فصلت فيه مختصة وفقا لقانونها.

من خلال ما سبق تتضح عدم وجاهة هذا الرأي، إذ لا يوجد إختصاص قاصر على محاكم دولة وإختصاص مشترك بينها وبين محاكم دولة أخرى، فالمحاكم إما أن تكون مختصة، وإما أن تكون غير مختصة[2].

إنطلاقا من هذا الانتقاد، حاول جانب من الفقه[3] تفسير المادة (298) من قانون المرافعات استنادا لاعتبارات الملائمة، وعليه إذا كان الأصل هو رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الصادر في منازعة تندرج ضمن اختصاص المحاكم المصرية، إلا أنه استثناء من القاعدة العامة يمكن تنفيذ الحكم في مصر استجابة لاعتبارات الملائمة التي من بين ما يرتبط بها حالة صدور الحكم الأجنبي في منازعة متولدة عن عقد أبرم أو نفذ في مصر، أو كان واجب التنفيذ بها، ما لم يكن الأمر متعلقا بمال موجود في إقليم هذه الأخيرة وقد برر الفقيه السابق موقفه هذا بارتباط المنازعات العقدية باختصاص أكثر من دولة، وبضرورة تيسير المعاملات الدولية ومنع سيئ النية من تعطيل العدالة عن أداء دورها برفضها تنفيذ الحكم الصادر من محاكم دولة أخرى رغم صدوره في حدود إختصاصها طالما أن النزاع كان من اختصاص محاكم دولة قاضي التنفيذ[4].

ولكن رغم وجاهة هذا الاتجاه، إلا أنه تعرض لانتقادات لاذعة لعدم اعتماده على معيار منضبط لتحديد الحالات التي يُعترفُ فيها للقاضي الوطني بتنفيذ الحكم الأجنبي، رغم أن هذا الأخير يعد من المنازعات الداخلة في اختصاص القضاء الوطني[5].

لذلك اتجه الرأي الثالث[6] إلى ضرورة الاستعانة بفكرة النفاذ الدولي للأحكام الأجنبية، والتي تبرز نتيجة وجود رابطة جدية بين النزاع وولاية المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وعليه يتوجب على قاضي الصيغة التنفيذية قبل منحه الأمر بالتنفيذ، أن يتأكد من ارتباط النزاع بالمحكمة التي فصلت فيه ارتباطا فعليا، فإن تحقق من توافر مثل تلك الرابطة منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ، وإلا رفض ذلك، وقد بارك الفقه هذا الاتجاه استنادا للنسبية التي يتسم بها، والتي بمقتضاها يُمنح للقاضي المصري سلطة تقدير أي الاختصاصين أكثر فاعلية من الآخر وفقا

[1]- محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص.629.

[2]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص.160.

[3]- عز الدين عبد الله،المرجع السابق، ص.738.

[4]- هشام خالد، طبيعة قواعد الإختصاص القضائي الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص.17,

[5]- حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، .209.

[6]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 162.

للظروف والملابسات الخاصة بكل منازعة[1]. فحسب هذا الاتجاه يمنح القاضي المصري الحكم الأجنبي الوارد في المثال السابق الأمر بالتنفيذ، لوجود رابطة بين المحاكم الجزائرية وبين النزاعالذي فصلت فيه.

في خضم الاختلافات الفقهية، ينبغي الذكر أن تقرير اختصاص المحكمة المطلوب منها منح الصيغة التنفيذية في النزاع الذي صدر بشأنه الحكم الأجنبي، يتحدد بوقت رفع دعوى طلب الأمر بالتنفيذ، وليس بالنظر إلى وقت رفع الدعوى التي صدر فيها الحكم أمام المحكمة الأجنبية، أما تحديد اختصاص هذه المحكمة وفقا لقانونها فينظر فيه إلى وقت رفع الدعوى إليها[2].

نتيجة لاختلاف الآراء الفقهية، وفي ظل غياب الاجتهادات القضائية الجزائرية المحددة للقانون الواجب التطبيق لتحديد فكرة الاختصاص القضائي الدولي باعتباره أحد شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية بما فيها تلك المتعلقة بعقود التجارة الالكترونية يعتقد أن الحل الأجدر بالتأييد يتمثل في تحقق القاضي الجزائري من اختصاص المحكمة الأجنبية وفقا لقواعد الدولة التي صدر الحكم عن قضائها، ذلك أن إسناد الاختصاص لقانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم الأجنبي منتقد إذ لا يعقل إلزام القاضي الوطني عند إصداره للحكم بتطبيق قواعد الإختصاص القضائي لدولة أجنبية، سيما وأنه لا يدرك مسبقا الدولة التي سيراد تنفيذ الحكم أمامها[3]، طبعا ما لم تقض قواعد القانون الاتفاقي بخلاف ذلك، إذ متى ارتبطت الدولة الجزائرية باتفاقية مع الدولة التي أصدرت الحكم توجب على القاضي تغليب أحكام الاتفاقية لسمو المعاهدة على القانون.

وفي هذا الإطار يلاحظ تباين موقف الاتفاقيات، إذ بينما يتحدد الاختصاص القضائي وفقا لقواعد الدولة مانحة الصيغة التنفيذية، أي وفقا لقانون البلد الأجنبي المطلوب منه تنفيذ الحكم، في كل من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (المادة 1/أ منها)، الاتفاقية الجزائرية الألمانية (المادة 30/ب منها)، الاتفاقية الجزائرية الرومانية (المادة 22/ب منها)،[4] يتحدد الاختصاص ذاته وفقا لقواعد الدولة طالبة التنفيذ، أي مصدرة الحكم بالنسبة للأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية، التونسية، والمصرية، وذلك ما وضحته المادة (20/أ) من الاتفاقية الجزائرية المغربية، المادة (19/أ) من الاتفاقية الجزائرية التونسية، والمادة (17) **من** الاتفاقية الجزائرية المصرية،وإن كانت الاتفاقيات قد ربطت ذلك بعدم تنازل المعني بالأمر عن طلبه بصورة أكيدة، وقد انتقدت العبارة الأخيرة لغموضها

[1]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.210.

[2]-عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.908.

[3]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.200.

[4]- رحاوي آمنة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.176.

وعدم وجود مبرر مرض لها، سيما وان قواعد الاختصاص تعد جزءا من قواعد تسيير المرفق العام التي يتعذر قبول أي تنازل عنها من قبل الأفراد[1].

إذا كانت هذه التساؤلات، قد طُرحت بصدد بيان القانون الذي يعول عليه لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المراد تنفيذه في الإقليم الجزائري، فإن استعمال المشرع الجزائري لعبارة قواعد الاختصاص بصفة عامة، دون تحديد طرح تساؤلا عن حدود الرقابة التي يجريها القاضي الجزائري، إذ هل تقتصر حدود رقابته على الاختصاص الدولي، أم تتجاوز ذلك إلى درجة رقابة الاختصاص الداخلي، بالتأكد من أن المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم مختصة نوعيا وإقليميا بإصداره؟[2]

إن التزام المشرع الجزائري الصمت في هذا النطاق، يستوجب الاهتداء بأحكام القضاء المقارن، وفي هذا يلاحظ أن القضاء الفرنسي،عمد إلى عدم الاكتفاء باختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي من الوجهة الدولية، إذ وسع من نطاق هذه الرقابة لتشمل الاختصاص الداخلي للمحكمة الأجنبية، إلا أنه وبعد صدور حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 04 أكتوبر 1967 في قضية (Bachir)تراجع عن موقفه[3]، وألغى كل رقابة على صحة الإجراءات إلا ما تعلق منها بالنظام العام الدولي، ومن هذا الحكم يستنتج تخلي القضاء عن الرقابة الداخلية للمحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم[4].

وإذا كان هذا الوضع هو السائد في فرنسا، فإنه ينبغي العمل به في الجزائر، خاصة أن القاضي الجزائري لا يمكنه أن يلعب دور الرقيب على القاضي الأجنبي عند تطبيقه لقواعد وإجراءات لا علاقة لها بالنظام القانوني الجزائري[5].

وعليه، إذا طرح أمام القضاء الجزائري حكم فاصل في منازعة من منازعات التجارة الالكترونية وصادر عن القضاء التونسي، يتعين على القاضي التحقق من أن المحاكم التونسية هي المختصة بإصداره وفقا لقواعد الدولة مصدرة الحكم، أي وفقا لقواعد الاختصاص في القانون التونسي، على أن ذلك الاختصاص لا يمتد لبحث ما إذا كانت محكمة "سوسة" أو "صفاقس" هي المختصة بإصداره، ذلك أن مسألة الاختصاص الإقليمي والنوعي

---

[1]- موحند إسعاد، ج2، المرجع السابق، ص.81.

[2]-بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.398.

[3]- Cass. 04/10/1967. Cf . Henri Batiffol, Paul Lagarde , op.cit., p.571.

[4]- أعراب بلقاسم، ج2، المرجع السابق، ص.63، بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص.10.

Yvon Loussouarn , Pierre Bourel,op.cit.,p.629

[5]- موحند إسعاد، ج2، المرجع السابق، ص.74.

للمحكمة الأجنبية قضية داخلية تخص الجهاز القضائي للدولة الأجنبية، ولا يمكن من ثم أن تؤدي مخالفتها إلى رفض الحكم[1]، شريطة ألا تكون تلك المخالفة مؤثرة في صفة الحكم وتحول دون ترتيبه لآثاره في الدولة التي صدر فيها، لكن إذا ترتب على عدم الاختصاص الداخلي بطلان الحكم في الدولة التي صدر فيها فإنه لا يجوز تنفيذه، إذ لا يعقل أن يقوم القضاء بتنفيذ حكم باطل[2].

بعد أن تم تحديد المقصود بالإختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق عليه، وجب تحديد قواعد الاختصاص التشريعي الدولي.

2-إحترام قواعد الإختصاص التشريعي الدولي:

أول ما يجب الإشارة إليه أن شرط الرقابة التشريعية شرط قضائي كرسته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 11أبريل 1945[3]، بعد أن كان الفقيه (Bartin) قد كرس دعائمه، وبمقتضى هذا الشرط يتم مراقبة الاختصاص التشريعي على ضوء قاعدة الإسناد الفرنسية لا على ضوء قاعدة الإسناد الأجنبية[4]، بحيث لا يمكن منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القاضي الأجنبي قد طبق على النزاع نفس القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الفرنسية[5].

وقد تعرض هذا الشرط لانتقادات عديدة كونه يضيق إلى حد كبير من الحالات التي يمنح فيها الأمر بالتنفيذ، ويؤدي إلى المساس بحقوق الأفراد حسني النية الذين لا شأن لهم بالاختلاف القائم بين الأنظمة الوضعية الواردة لحل تنازع القوانين، كما يضفي على قاعدة الإسناد الوطنية طابعا عالميا لا تتمتع به أصلا[6].

بسبب الانتقادات التي وجهت لهذا الشرط عمدت محكمة النقض الفرنسية[7] إلى التخفيف من غلوائه بإعمال نظرية التعادل(théorie de l'équivalence) ، والتي بمقتضاها يتم منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ

---

[1]- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.365؛ صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.210.

[2]-هشام علي صادق،تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص. 262.

[3]-Cass.Civ.1 avr.1945.s, 1945.1.121 note Battifol.

مشار إليه من طرف، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.237.

[4]-Cf. Jean Derrupe, op .cit.,p.119 .

[5]- Cf. Mohand Issad, T2, op .cit .,p . 68 .

[6]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.238.

[7]-Cass .civ 29juillet, 1929 ,D .H 1929 ,458 Clunet 1930 , 377 ,Paris 15nov1960 ,Rév. Crit1961 ,397 note Loussouarn.

مشار إليه في حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.238.

متى وجد تطابق بين النتيجة المتوصل إليها في الحكم وتلك التي كان سيتوصل إليها القاضي الفرنسي عند تطبيقه للقانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية[1]، ولو كانت المحكمة الأجنبية قد طبقت قانونا آخر غير الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الفرنسية.

ورغم ما حققته هذه النظرية من تيسير في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، إلا أن محكمة النقض الفرنسية[2] عمدت في أحدث قضاء لها إلى إلغاء شرط الرقابة التشريعية.

نظرا لرجعية القضاء بخصوص هذا الشرط، يتم تفسير العبارة الواردة في الفقرة الأولى من المادة (605)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشرط الاختصاص القضائي الدولي دون سواه، سيما وأن هذا الموقف يتماشى مع ما هو مقرر في ظل المعاهدات الثنائية المبرمة بين الجزائر وغيرها من الدول بخصوص تنفيذ الأحكام الأجنبية[3].

الأجنبية[3].

وعليه إذا طرح على القاضي الجزائري حكم أجنبي فاصل في منازعة من منازعات عقود التجارة الالكترونية لتنفيذه، توجب عليه مراقبة شرط الاختصاص القضائي الدولي دون التشريعي لأن القاضي الأجنبي عند فصله في ذلك النزاع يكون قد طبق القانون المحدد بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية في دولته لا في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، لعدم معرفته مسبقا بمكان التنفيذ، ولضرورة إحترامه للأوامر الصادرة عن مشرعه، وتقيده من ثم بالنصوص القانونية في بلده.

بعد أن تم تحديد الشرط الأول الذي يتعين على قاضي الصيغة التنفيذية التحقق من توفره في الحكم الأجنبي وجب التعرض إلى شرط حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي به.

ثانيا– حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي به

حسب هذا الشرط، يجب أن يكون الحكم الأجنبي الفاصل في إحدى منازعات عقود التجارة الالكترونية، والمراد تنفيذه في الإقليم الوطني نهائيا، ويكون كذلك متى استنفذت في شأنه طرق الطعن العادية[4]، وإن أمكن الطعن فيه بالطرق غير العادية، كالتماس إعادة النظر والطعن بالنقض، ويرجع في تحديد تمتع الحكم

[1]- Cf . Yvon Loussarn , Pierre Bourel,op. cit.,p.630 .

[2]- Cass . 1er civ., 20/02/2007

مشار إليه من طرف، بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 404.

[3]- موحند إسعاد، ج2 ، المرجع السابق، ص.75؛ أعراب بلقاسم، ج2، المرجع السابق، ص.65.

[4]- دربة أمين، المرجع السابق، ص.191.

بقوة الأمر المقضي به إلى قانون المحكمة التي أصدرته[1]، وهو ما قررته المادة 605 في فقرتها الثانية، وغني عن البيان أن الأحكام الأجنبية الباتة التي استنفذت كافة طرق الطعن سواء منها العادية أو غير العادية، يجوز الأمر بتنفيذها في غير الدول التي صدرت فيها [2].

وقد تبنى المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات هذا الشرط[3]، لأنه يكفل استقرار المعاملات من جهة، ويسعى إلى تفادي المفاجآت التي تترتب على إلغاء الأحكام غير النهائية في البلد الذي صدرت فيه من جهة أخرى[4]. وعليه بمقتضى هذا الشرط لا يمنح قاضي الصيغة التنفيذية الأمر بالتنفيذ إلا للأحكام التي توافر لها قدر من الثبات والاستقرار في الدولة التي صدرت فيها، إذ لا يمكن تنفيذ الأحكام غير القطعية، أي الصادرة قبل الفصل في الموضوع، لأنها لا تحوز حجية الأمر المقضي به، على أن يستثنى من ذلك الأحكام المتعلقة بسير الدعوى لدى المحكمة والخاصة بالتحقيق حيث يتم تنفيذها بطريق الإنابة القضائية[5].

كما لا يجوز الأمر بتنفيذ الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل لاعتبارها أحكام تقبل الإلغاء والتعديل، ولا يجوز كذلك تنفيذ الأحكام الوقتية لأن الغرض منها اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية من أجل حماية مصالح الخصوم إلى حين الفصل في نزاعهم[6].

البند الثاني: الشروط المرتبطة بمحتوى الحكم

بعد أن يتأكد القاضي الجزائري المعروض عليه الأمر بتنفيذ حكم أجنبي فاصل في منازعة من منازعات عقود التجارة الالكترونية من صدوره عن جهة قضائية مختصة وحيازته لقوة الشيء المقضي فيه، توجب عليه البحث في محتواه أو مضمونه لا ليقوم بمراجعته، بل ليتأكد من عدم تعارضه مع حكم آخر صادر عن القضاء الجزائري، ومن أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

[1]- عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.917؛ عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص.80.

[2]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.221؛ جمال محمود الكردي، ج2، المرجع السابق، ص. 556؛ عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.620؛ شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.213.

[3]- من بينها التشريع المصري الذي قضى في المادة 298/ 3 من قانون المرافعات المدنية المصري : "لايجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته."

[4]- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص.281.

[5]-هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.422.

[6]- بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص.11.

أولا –عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدروه من جهات قضائية وطنية

اشترط المشرع الجزائري في الفقرة 3 من المادة (605)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لإمكان تنفيذ الحكم أو الأمر أو القرار الأجنبي في الجزائر، ألا يكون متعارضا مع حكم، أو أمر، أو قرار آخر سبق صدوره عن المحاكم الجزائرية، وأثير من المدعى عليه.

وأساس هذا الشرط حسب البعض، سمو السيادة الجزائرية على ما عداها من سيادات، في حين يُبرر ذات الشرط من قبل البعض الآخر على أساس أن تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة، يتعارض مع حجية الشيء المقضي به التي كفلها القانون للأحكام الوطنية، إذ ليس من المعقول أن تهدر هذه الحجية لمصلحة حكم صادر من محكمة أجنبية[1].

والواقع أن غالبية الفقهاء[2]يعتبرون أن هذا الشرط يعد من تطبيقات النظام العام، إذ لاشك أن السماح بتنفيذ حكم أجنبي يتعارض مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني، هو أمر يتعارض مع النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم الأجنبي فيها، ذلك أن الحكم الوطني يطوي بين جنباته قرينة الصحة وقرينة الحقيقة لما تضمنه، ويكون من ثم حاسما في تجسيده للعدالة في دولة القاضي[3].

وعليه تفرض ضرورة الحفاظ على السيادة الإقليمية الاعتراف بالحجية والنفاذ للحكم الوطني دون الأجنبي، متى اتحد الموضوع والسبب في الدعويين، وكان الخصوم في إحداهما خصوما في الأخرى، ولكن على الرغم من أهمية هذا الشرط، إلا أن المشرع أورد قيدا مفاده ضرورة إثارة ذلك التعارض من طرف المدعى عليه، وبذلك لا يمكن للقاضي الجزائري التأكد من تلقاء نفسه من أن الحكم الأجنبي يتعارض مع حكم وطني، بل يتعين عليه أن ينتظر حتى يثير المدعى عليه هذا الدفع[4]، وهو ما يؤدي إلى إهدار مبدأ كفالة تطبيق الأحكام الوطنية.

---

[1]– هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.487؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2007، ص.137.

[2]– وهو موقف الفقيهين الفرنسيين (Loussouarn , Bourel). مشار إليه من طرف، بن عصمان جمال، المرجع السابق، ص.400؛عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص. 624؛ هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص.282 .

[3]– عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص.80؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.138.

[4]– بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.401.

وإذا كان المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات الأخرى[1]، قد فصل في مسألة عدم التعارض بين الحكم الأجنبي والحكم الوطني، إلا أن الفقه يتساءل عن إمكانية امتداد ذلك التحليل لمجرد الإجراءات المباشرة أمام المحاكم الوطنية، وعلى حالة التعارض بين الحكمين الأجنبيين.

فبالنسبة للحالة الأولى، يمكن القول، أنه لما كانت مبادئ العدالة تهدف إلى توفير الجهد، الوقت، والمصاريف بالنسبة للمتقاضين من جهة، وتُجنب صدور أحكام قضائية متناقضة من جهة أخرى[2]، فقد استخدم المشرع الجزائري مصطلح "حكم سبق صدوره"،وعليه مفهوم الحكم لا ينصرف إلى مجرد الإجراءات المتبعة أمام المحاكم الوطنية، بل يستلزم فصل الهيئة القضائية في النزاع المعروض عليها[3]، وبذلك لا يترتب على وجود دعوى قضائية مرفوعة أمام القضاء الجزائري رفض منح الحكم الأجنبي الأمر بالتنفيذ، خاصة وأن القول بخلاف ذلك يترتب عليه فتح باب التحايل للخصم سيء النية الذي صدر الحكم ضده، لرفع دعوى جديدة أمام المحاكم الوطنية، لعرقلة سير خصومة التنفيذ في الجزائر[4].

هذا بالنسبة للحالة الأولى، أما الحالة الثانية، فهي تشمل صدور حكمين أجنبيين من دولتين مختلفتين، فقد يحدث أن يتحصل الأطراف على حكمين أجنبيين، ويطرح كلا الحكمين أمام القضاء الوطني لمنحهما الصيغة التنفيذية، فما هو الحل المقرر في هذه الحالة؟

في هذا الشأن اختلفت الآراء الفقهية، إذ اتجه البعض إلى أن مناط المفاضلة بينهما تكون بالأسبقية في طلب التنفيذ، وإعمالا لهذا الاتجاه يكون الحكم الأجنبي الذي قُدم لقاضي الصيغة التنفيذية ابتداء أولى بالتفضيل، إلا أنه عيب على هذا الرأي، لافتقاره إلى السند القانوني، فتقديم الحكم إلى القاضي للأمر بالتنفيذ هو عملية مادية بحتة، ويجب ألاّ ينجم عنها تفضيل صاحبها عمن سواه ممن يحملون سند نظير.

---

[1]- تنص المادة 4/298 من قانون المرافعات المصري:" لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي: - أن الحكم أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية."

كما اعتمدت هذا الشرط العديد من التشريعات منها القانون الألماني في المادة (3/238) منه، والقانون السويسري في المادة (27) منه. مشار إليه من طرف، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.224.

[2]- أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، (دراسة القواعد العامة-قاضي التنفيذ-أوامر الأداء-الحجوز المختلفة-التنفيذ على العقار-التعليق على نصوص الحجز الإداري)، مؤسسة المعارف، الإسكندرية، 1978، ص.226؛ حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.225.

[3]- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، المرجع السابق، ص.489.

[4]- أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص.500.

لذلك اتجه رأي آخر[1] إلى أن أساس المفاضلة بين الحكمين الأجنبيين يكمن في شرط الاختصاص بالدعوى، حيث تمنح الأفضلية للحكم الأجنبي الصادر عن قضاء الدولة الأكثر اختصاصا بالنزاع وفقا لقواعد الاختصاص في قانون الدولة المطلوب منها منح الأمر بالتنفيذ، وهو ما تبناه المشرع اللبناني، إذ نص في المادة (1/1014)من قانون أصول المحاكمات المدنية:" في حالة صدور حكمين أجنبيين باسم سيادتين مختلفتين في موضوع واحد وبين نفس الخصوم تمنح الصيغة التنفيذية للحكم الذي يتفق وقواعد القانون اللبناني للإختصاص".

على خلاف هذا الرأي، اتجه جانب من الفقه إلى وجوب الامتناع عن تنفيذ الحكمين المتعارضين، وذلك نظرا لتعادلهما في القوة، بيد أنه يعاب على هذا الرأي، هروبه من المشكلة في الوقت الذي كان يتعين عليه أن يتصدى لها بوضع الحل الملائم، والمتمثل في اختيار معيار يسمح بتمييز أحد الحكمين المتنافسين[2]، وهو ما أقره الاتجاه [3]الذي نادى بتنفيذ الحكم الأسبق في التاريخ من حيث حيازته لقوة الأمر المقضي به وفقا لقانون الدولة التي صدر عن محاكمها الحكم الأجنبي[4]، وهو الرأي الذي يتوجب على المشرع الجزائري الأخذ به متى كان الحكم الأسبق في التاريخ مستوفيا لكامل شروط منح الصيغة التنفيذية في الجزائر.

ثانيا: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام والآداب العامة في الجزائر

لما كان فقه القانون الدولي الخاص يشبه النظام العام بصمام الأمان، الذي يمكن بمقتضاه حماية المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع قاضي النزاع، فإنه يجب الإشارة إلى أن تلك الحماية لا تقتصر فقط على مجال تنازع القوانين بل تمتد لتشمل تنفيذ الحكم الأجنبي.

فإذا كان الدور الذي يؤديه في الحالة الأولى يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فإنه في الحالة الثانية يهدف إلى رفض تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يبدو متعارضا سواء من حيث مضمون ما قضى به، أو من حيث الإجراءات التي اتبعت في إصداره، مع المبادئ المتعارف عليها في الدولة المراد تنفيذ الحكم الأجنبي فيها[5]. وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في الفقرة 4 من المادة (605)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على غرار غيره من التشريعات الأخرى[6].

---

[1]– غالب علي الداوودي، المرجع السابق، ص.338.

[2]– هشام خالد، المرجع السابق، ص.488.

[3]– حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.230.

[4]– نور حمد مسلم الحجايا، التناقض بين الأحكام الأجنبية القضائية وأثره في القانون الدولي الخاص الأردني، مجلة الحقوق، ع الثاني، سنة2005، ص.256.

[5]– عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2008، ص.629.

[6]– ورد هذا الشرط في المادة 298 من قانون المرافعات المصري، المادة 4/407 من قانون المرافعات الليبي، المادة 1014/هـ قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المادة 1/07 قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني، المادة 235/ 2 قانون الإجراءات المدنية الإماراتي. مشار إليه من طرف، شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة

بناء على المعطيات السالف ذكرها، فإنه لا يمكن تنفيذ الحكم الأجنبي الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية، إذا كان متعارضا مع النظام العام في إحدى صورتيه، الإجرائي والموضوعي.

ويبرز التعارض مع النظام العام الإجرائي إذا تخلفت الإجراءات التي اتبعت في إصداره كأن تفصل المحاكم الأجنبية في النزاع المعروض عليها بعد فترة وجيزة من مثول المدعى عليه أمامها أو قبل إستلام المدعى عليه التكليف بالحضور، أو عند عدم احترام حقوق الدفاع كأن يكون قانون الدولة التي أصدرت الحكم الأجنبي لا يجيز طرقا محددة للطعن فيصبح الحكم نهائيا بمجرد صدوره[1].

وقد أدرج القضاء الفرنسي[2] الشرط المتعلق بمخالفة الإجراءات، واحترام حقوق الدفاع ضمن النظام العام منذ حكم (Bachir)، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية: "إذا كان من واجب قاضي التنفيذ أن يتأكد من أن الدعوى المقامة أمام الجهة القضائية الأجنبية تمت بشكل سليم، فإن شرط السلامة ذلك يجب أن يقدر بالنظر إلى النظام العام الفرنسي فقط واحترام حقوق الدفاع"[3].

وفي هذا السياق ينبغي الذكر أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تبنى موقف القضاء الفرنسي بحيث لم يفرق بين شرط سلامة الإجراءات وشرط النظام العام، وذلك على خلاف ما ورد في أحكام القانون الاتفاقي[4]، حيث تم فصل الشرطين عن بعضهما.

إن ما يتوجب الإشارة إليه أن مجال النظام العام الإجرائي لم يقتصر على سلامة الإجراءات واحترام حقوق الدفاع، بل ثار التساؤل حول إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تخلو من بيان الأسباب التي تستند إليها فيما انتهت إليه من قضاء، ذلك أن القواعد الواردة في التشريعات الإجرائية[5]تستلزم تسبيب الأحكام الوطنية،

=بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.219؛ رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، هامش ص.344.

[1]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.232.

[2]- صدر الحكم من نفس المحكمة في 1967/10/04 في قضية السيد (بشير Bachir) وبمقتضاه قلصت الشروط التي حددها حكم منزر إلى أربعة شروط من خلال إدراج شرط صحة الإجراءات ضمن شرط النظام العام. وتتعلق قضية(Bachir) بالقرار الذي صدر من مجلس قضاء داكار والذي حكم بالطلاق بين الزوجين مع إسناد حضانة الطفل للأم والحكم على الأب بدفع نفقة غذائية. وبعد أن أرادت السيدة (Bachir) تنفيذ القرار في فرنسا. أصدر مجلس استئناف اكس بروفانس (Aix en Provence) قرار بالرفض في 30 نوفمبر 1965 وفي 1967/10/04 رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن بالنقض.

[3]- "Si le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette condition de régularité doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public Français et au respect des droit de la défense"Cass.4.10.1967.Cité par, Holleaux Dominique, Foyer Jacques, de Geouffre de la Pradelle Géraud, op.cit.,, p.444 ; Henri Batiffol, Paul Lagarde, op.cit,.p. 579.

[4]- حسب المادة 20/ب من الاتفاقية الجزائرية المغربية فانه يجب أن يكون الطرفين قد حضرا وهو ما ورد في الصياغة العربية خلافا لذلك الصياغة الفرنسية تقضي بأن يكون الأطراف قد تم استدعائهم وفقا للإجراءات القانونية. يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص.168.

[5]- تنص المادة277ق.إ.م.إ:"لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة."

بحيث يستوجب تنفيذ الحكم الإحاطة بالقضاء الذي ورد فيه، وهو ما لا يتأتى إلا بالرجوع إلى منطوقه، الذي يتضمن تسبيبا كافيا،عن طريق ذكره للحجج القانونية والأدلة الواقعية التي اعتمدت عليها المحكمة لإصداره[1].وإذا كان إعمال هذا الوضع يسري بالنسبة للأحكام الوطنية، فهل يطبق بصدد الأحكام الأجنبية المطلوب تنفيذها في الجزائر ؟

بادئ ذي بدء يجب الذكر أن الفقه الفرنسي [2]يؤكد وبحق أن العديد من أحكام القضاء الفرنسي، أدرجت مسألة عدم تسبيب الحكم الأجنبي ضمن فكرة التعارض مع النظام العام، ولكن سرعان ما عدل القضاء الفرنسي[3] عن هذا المسلك، وقضى بأن عدم التسبيب لا ينهض بذاته مبررا كافيا لعدم تنفيذ الحكم الأجنبي متى كانت الأوراق والمستندات المقدمة في خصومة التنفيذ كافية لتمكين القاضي من الوقوف على أن ما قضى به الحكم ليس فيه ما يتعارض مع النظام العام، وعليه لا يعتبر إنعدام التسبيب حالة من حالات المساس بالنظام العام إلا إذا لم يتمكن القاضي من ممارسة رقابته على الشروط الأخرى، وخاصة شرط مطابقة مضمون الحكم للنظام العام في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها[4].

هذا عن النظام العام الإجرائي أما النظام العام الموضوعي، فتتجلى صورته في تعارض مضمون الحكم مع المبادئ والمثل السائدة في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها، وفي الحقيقة تعارض الحكم الأجنبي في هذه الحالة ما هو إلا نتيجة لتعارض القانون المطبق على موضوع النزاع مع المبادئ الأساسية، الاقتصادية، الاجتماعية لمجتمع دولة القاضي، وذلك أمر بديهي، فمضمون الحكم هو تجسيد للنصوص القانونية الواجبة التطبيق على موضوع الدعوى التي صدر فيها[5]، وذلك ما حصل في الدعوى المقامة من (Licr et Uejf) ضد شركة

---

[1]- عكاشة محمد عبد العال، هشام علي صادق، المرجع السابق، ص432.

[2]- وهو موقف

" Francescakis, Henri Jacques Lucas, Martha Weser, « Jugement étranger » Rép. Dr. Inter ; Daniel Alexander, les pouvoir s du juge de l'exequatur ."

مشار إليه من طرف، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني،المرجع السابق، ص.233.

[3]-Cass .civ , 11 juill . 1961, 2 arrêts, Rév. Crit 1961 813 note Motulsky , D.1961, 577 note G. Holleaux, Clunet 1962 ,184 observ. Sialeli ; Cass. Civ, 26dec.1961, Bull.civ Im.627 p.497. Cass.civ, 4 mai 1965 , Bull.civ I , n239 p216 ; Cass. Civ, 17 octobre 1972 , Rév. Crit,1973 ,556 NOTE francescakis.

مشار إليه من طرف، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.233.

[4]-حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.233.

[5]- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.1140.

(Yahoo.Fr et yahoo.Inc)[1]، حيث رفض القضاء الأمريكي الاعتراف بالحكم الفرنسي والقاضي بإلزام شركة(Yahoo)بمنع الدخول على مواقع المزادات الالكترونية التي تعرض أشياء تروج للنازية من الإقليم الفرنسي، لمخالفة هذا الحكم لقاعدة دستورية في النظام الأمريكي تتمثل في حرية التعبير عن الرأي[2].

ولكن إذا كانت فكرة النظام العام في إطار القانون القضائي الخاص الدولي تحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ والمثل السائدة في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها،إلا أن ذلك لا يكون بصورة واسعة تطبيقا لفكرة الأثر المخفف للنظام العام[3]، فالقاضي الوطني يمكنه أن يسمح بتنفيذ حكم أجنبي أقر حقا أو مركزا قانونيا نشأ في الخارج وفقا لقانون أجنبي، ولو لم يكن القانون الوطني يسمح بذلك الحق، إذا ما طلب منه إقراره إعمالا للقانون الأجنبي، وذلك لوجود فرق بين حق نشأ بالفعل وثبتت له فعاليته بالحكم الذي بني عليه، وبين حق احتمالي يقرره قانون أجنبي ولم يتمثل بعد، إذ من البديهي أن يكون القاضي الوطني أكثر تشددا عند التعامل مع قانون أجنبي يقرر حقا مخالفا للنظام العام لديه، عن الحال الذي يتعامل فيه مع حكم أجنبي قد اعتمد على القانون المعني[4].

ورغم أن فكرة الأثر المخفف للنظام العام لها صدى واسع في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، إلا أن هناك بعض المبادئ الجوهرية التي لا يمكن التنازل عنها، وهو الأمر الذي يستلزم قبول الحكم الأجنبي في الشق غير المخالف، ورفض منحه الصيغة التنفيذية في الشق المخالف للنظام العام.

بيد أن رفض تنفيذ الحكم الأجنبي في الجزء المتعارض مع النظام العام، يقتضي توافر شرطين؛ أولهما أن يكون من الممكن الفصل بين الجزء المتعارض مع النظام العام والجزء غير المتعارض معه، وثانيهما، ألا يترتب على تجزئة الحكم تعديله، فالقاضي الجزائري له إما منح الأمر بالتنفيذ أو رفض منح الأمر بالتنفيذ، دون أن يكون له إمكانية تعديله أو تشويهه[5]، وقد قررت هذه الشروط صراحة المادة (1018) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني حيث قضت:" للمحكمة أن تمنح الصيغة التنفيذية للحكم بكامله أو لناحية جزئية منه، متى كانت هذه

---

[1]-Cf. Peirre-Alain Gourion, Maria Ruano Philippeau, le droit de l'internet dans l'entreprise, L.G.D.J, Paris, 2003,p125

[2]- Cf. Khatchur Abrahamyan, op.cit, p. 71.

[3]-Cf. Roula el-Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J, paris, 2002, p158 ; Monia Ben jemia, l'exequatur des décisions étrangères en matière de statu personnel, R.T.D, Centre de Publication Universitaire, 2000, p152.

[4]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.142.

[5]- Mohand Issad ,T2, op.cit,. p.70 .

الناحية قابلة للإنفصال على النواحي الأخرى، وليس لها أن تدخل أي تعديل من شأنه أن يوسع من مداه سواء بالنسبة للموضوع أو بالنسبة للخصوم."

وللإشارة ينبغي الذكر أن تقدير مخالفة الحكم الأجنبي لمقتضيات النظام العام الوطنية حسب الرأي الراجح[1] يتحدد بوقت التقدم بطلب التنفيذ لا بوقت صدور الحكم في الخارج، ذلك أن النظام العام فكرة مرنة، نسبية، ومتطورة، لا يتمثل الهدف منها في التحقق من أن الحكم قد فصل في النزاع على نحو سليم من الناحية الموضوعية، وإنما يكمن في التحقق من أن الحكم المراد تنفيذه لا يتعارض مع المبادئ الأساسية المعتمدة في دولة القاضي.

وإذا كان شرط النظام العام يحظى بأهمية كبيرة في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة بشأن المعاملات التجارية الدولية المبرمة بالطرق التقليدية، فإن أهميته تزداد في إطار المعاملات التجارية المبرمة عبر شبكة الانترنت، بحيث يتخذ الدور المعطل له منحى أشد خطورة لاختلاف النظام القانوني والاجتماعي والاقتصادي لكل دولة من الدول الموصولة بالشبكة، ولتمسك كل دولة بنظامها دون الاستعداد للتنازل عنه أو حتى الاعتراف بالأنظمة الأخرى.

وعليه يلاحظ أن قيد النظام العام يأخذ أهمية كبيرة ويشكل عائقا خطيرا يهدد عملية تنفيذ الأحكام الأجنبية على الأراضي الوطنية، وسبب ذلك الاختلاف القائم بين الأنظمة في الدول المختلفة، سيما وأن الأمر لا يقتصر على بعض الفوارق في الدرجات، بل يمتد ليشمل التباين والتناقض الحاد بين المفاهيم التي قد تختلف من دولة لأخرى[2].

وفي هذا يرى جانب من الفقه[3] أن التعددية التي يتميز بها مجتمع الانترنيت تلزم المشرعين والسلطة القضائية بضرورة التفاهم على الآراء الثقافية والدينية التي تسود هذا المجتمع، مع الأخذ بعين الاعتبار المبادئ الأساسية للدول المختلفة لتبقى هذه الأخيرة مصانة في إطار شبكة الانترنت، وذلك كله للحيلولة دون الحد من تطور التجارة الالكترونية، ولتحقيق هذه الأهداف يكمن الحل الأساسي في تجسيد الاتفاقيات الدولية التي تبرم مستقبلا لفكرة التنفيذ التلقائي للأحكام الأجنبية.

[1]- هشام علي صادق، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص.ص285-284.

[2]- بولين أنطونيس أيوب، المرجع السابق، ص.127.

[3]- نفس المرجع، ص.129.

ولعل ما ينبغي الإشارة إليه في مجال شرط النظام العام أن المشرع الجزائري لم يستلزم شرط إنتفاء حالة الغش ذلك أن التمسك بالنظام العام يرتب ذات الآثار التي يرتبها التمسك بالغش[1]، الذي قد يتحقق إما عن طريق قيام الخصوم بالتحايل على ضابط الإسناد في الدولة الصادر عن قضائها الحكم الأجنبي للتهرب من أحكام القانون الأجنبي المختص ومن ذلك اتفاق الأطراف على تدويل العقد التجاري الالكتروني الداخلي، أو تغيير ضابط الموطن أو ضابط بلد الإبرام لمنح الاختصاص لقانون لم يكن مختصا أصلا بحكم النزاع[2].

أو من خلال التحايل على قواعد الاختصاص القضائي الدولي بعقد الاختصاص لمحكمة معينة استنادا لضابط الخضوع الإرادي رغم عدم وجود صلة بين النزاع والمحكمة التي فصلت في الدعوى[3]، أو بتحايل الخصوم على القواعد الإجرائية المتبعة في الدولة التي أصدرت الحكم كاستخدام أحد الخصوم لوسائل احتيالية لحرمان الخصم الآخر من حقه في الدفاع، أو كتمان المدعي لموطن المدعى عليه الفعلي لتلافي تبليغه بالدعوى[4].

من خلال ما سبق يلاحظ أن المشرع الجزائري، قرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مجمل الشروط الواجب توافرها لتنفيذ الأحكام الأجنبية أمام القضاء الوطني، وقد راعى في ذلك ضرورة الحفاظ على السيادة الوطنية من جهة، وحماية الأطراف من جهة أخرى، كما وعمد إلى مراعاة الأحكام الواردة في مجمل الاتفاقيات المبرمة مع الدول الأجنبية، وهو الأمر الذي دفعه إلى تغليب أحكام القانون الاتفاقي على القانون المشترك في المادة (608)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري قرر إدراج الشروط المتفق عليها، واستبعد كل شرط من شأنه التدخل في وظيفة القاضي الذي أصدر الحكم الأجنبي، ومن ذلك شرط الرقابة التشريعية، وكذا كل شرط يمكن أن يشمله شرط أوسع منه كشرط انعدام التحايل، والذي يندرج ضمن مفهوم النظام العام الأكثر اتساعا[5]، غير أن ما يآخذ على المشرع الجزائري حصره لعدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية على تمسك المدعى عليه به، في حين كان من الأولى أن يخول للقاضي صلاحية إثارته من تلقاء نفسه.

[1]- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.405.

[2] - Cf . Mohand Issad, T2 , op. cit., p.72.

[3]- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص.287.

[4]- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.406؛ موحند إسعاد، ج2، المرجع السابق، ص. 78.

[5]- بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.405.

ولعل مما يحسب للمشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي[1] استبعاده لشرط المعاملة بالمثل أو ما يسمى بشرط التبادل، رغم تبني العديد من التشريعات له[2]، ويقصد بشرط التبادل معاملة القاضي الوطني الأحكام الأجنبية المراد تنفيذها في دولته بذات المعاملة التي تلقاها الأحكام الوطنية المراد تنفيذها في هذه الدولة الأجنبية، بحيث إذا كان قانون الدولة الأجنبية ينظر للحكم الوطني بوصفه دليلا بسيطا قابلا لإثبات العكس، ويلزم صاحب المصلحة برفع دعوى جديدة للمطالبة بحقوقه، فإنه يجب معاملة الحكم الأجنبي بذات المعاملة، أما إذا كانت الدولة الأجنبية المراد تنفيذ أحكامها تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ في مواجهة الأحكام الوطنية، فقاضي التنفيذ ما عليه سوى أن يعامل الأحكام الأجنبية معاملة مماثلة[3].

وقد تعرض هذا الشرط لانتقادات لاذعة كونه شرط ذو طبيعة سياسية ويترتب على الأخذ به المساس بحقوق الأفراد أجانب كانوا أو وطنيين، إذ قد لا يقتصر رفض التنفيذ بسبب شرط التبادل على الأحكام الصادرة بحق الأجانب، بل يمتد ليشمل الأحكام الصادرة لصالح المواطنين[4].

للإعتبارات السابقة نادى جانب من الفقه المصري[5] بضرورة إلغاء هذا الشرط لكونه لا يتماشى مع التطور المعاصر لفلسفة القانون الدولي الخاص، الذي باتت أحكامه التي تسعى إلى إستقرار المعاملات الدولية تقوم على أفكار مختلفة أهمها تكريس فكرة التعاون الدولي، والتعايش المشترك بين الدول الأعضاء في الجماعة الدولية.

وعليه تعد مسألة جواز أو عدم جواز تنفيذ الأحكام الأجنبية مسألة ينبغي أن تقدرها الدولة وفقا لما تراه ملائما للعدالة، ووفقا لحاجات المعاملات الدولية، بصرف النظر عما تجري عليه الدول الأخرى، ولتحقيق هذه الغاية ينبغي عليها أن تتبع نظاما واحدا لا يتغير بحسب تغير الدولة التي صدر الحكم من محاكمها[6]، وفي هذا لا يمكن إلا الإشادة بموقف المشرع الجزائري الذي حاول من خلاله تلافي الانتقادات التي وجهت للتشريعات التي اعتمدت هذا الشرط بعدم إيراده ضمن شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية.

---

[1]-Cf. Christiane Feral- Schuhl, la mise en application des décisions de justice, in Georges CHATILON(sous la direction), le droit international d'internet, Actes du colloque, Paris I, 19 et 20 novembre 2001, Bruylant, Bruxelles 2002,.p.541.

[2]- من التشريعات التي تأخذ بشرط المعاملة بالمثل المشرع الأمريكي، والمشرع الألماني، والمشرع المصري. مشار إليه من طرف، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص.149.

[3]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.192.

[4]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المرجع السابق، ص.152؛ محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص.364.

[5]- هشام علي صادق، تنازع الاختصاصالقضائي الدولي، المرجع السابق، ص.259.

[6]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.195.

إن تطبيق الشروط السالف ذكرها في مجال تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الصادرة بشأن منازعات عقود التجارة الالكترونية لا يثير إشكالا إذا كانت المنازعة بين مهنيين، ولكن إذا كانت المنازعة مختلطة وكان المدعي في دعوى التنفيذ مستهلكا تحصل على حكم أجنبي من محاكم الدولة التي يقيم بها نتيجة لفصلها في المنازعة المعروضة عليها، والمتعلقة بالمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة حصوله على منتجات معيبة من الشركة الأجنبية، التي كانت تعرض بضائعها على موقع إلكتروني يوجه نشاطه إلى دولة محل إقامة المستهلك، يقتضي تحليلا خاصا.

فتنفيذ ذلك الحكم يقتضي من المدعي في دعوى التنفيذ للحصول على المبالغ المحكوم له بها، أن يقدم لقاضي التنفيذ كافة الوثائق اللازمة لإثبات صلاحية الحكم الأجنبي، وذلك حتى يتحقق القاضي من أن الجهة التي أصدرت الحكم كانت مختصة، وأن محاكم دولة التنفيذ لم تكن مختصة اختصاصا حصريا بنظر هذه المنازعة، وأن الحكم المراد تنفيذه حائزا لقوة الشيء المقضي به، وأنه لا يخالف النظام العام في دولة التنفيذ. و بعد تحقق القاضي من هذه الشروط يمنح الحكم الأجنبي الصيغة التنفيذية.

من خلال هذا المثال يبرز جانب من الفقه[1] الصعوبات التي تواجه مستخدم الانترنت الأجنبي –باعتباره المدعي في دعوى التنفيذ– أمام قضاء التنفيذ، بحيث يتوجب عليه تكليف محام لرفع دعوى التنفيذ، وهو ما يترتب عليه دفع مصاريف قضائية باهضة قد تتجاوز قيمة التعويض المقرر له، وعليه يمكن القول أن فعالية الأحكام القضائية الأجنبية تتضاءل بسبب الإجراءات التقليدية المكلفة، التي لا تأخذ بعين الاعتبار طبيعة منازعات عقود الاستهلاك.

لهذه الأسباب، ظهرت العديد من الاقتراحات الرامية إلى التخفيف من غلواء هذه الإجراءات، بحيث أصدرت غرفة التجارة الدولية بيانا حول السياسة القضائية والقوانين الواجبة التطبيق في التجارة الالكترونية الدولية، بعدما تبين لها أن النصوص السارية المفعول لا تقدم حلولا فعالة لتمكين المستهلك الأجنبي من الحصول على حقه في مواجهة التاجر الذي يتواجد مقره ببلد أجنبي، وكان من بين ما اقترحته غرفة التجارة الدولية، التوجه نحو الوسائل والآليات الداخلية للشركة للمطالبة باسترجاع الحق، وجعل محاكم الدولة الملاذ الأخير[2].

ولئن كان هذا الحل صائبا، خاصة وأن الشركة غالبا ما تعمد إلى محاولة القضاء على المنازعة قبل ولوج الطريق القضائي، وذلك حتى تتجنب المواجهة مع جمعيات حماية المستهلك، إلا أنه يمكن القول أن التعجيل بظهور قضاء الانترنت، لتمكين مستخدم الانترنت من المطالبة بتنفيذ الحكم في غير إقليم الدولة التي صدر بها،

[1]- Cf. Chiheb Ghazouani, op.cit., p.544.

[2]- Ibid, p.549.

يكون أفضل حل، فتجسيد هذه الفكرة في أرض الواقع سيترتب عليه صدور أحكام قضائية إلكترونية، شبيهة بتلك التي تصدرها الهيئات التحكيمية الالكترونية، ولا يطرح ظهور هذا النوع من الأحكام أية مشكلة، كون أن التوقيع الالكتروني معترف به، على أن لا يقتصر الأمر على ذلك، بل يتوجب أن يسمح بتنفيذ هذه القرارات من قبل الموثقين والمحضرين القضائيين.

الواقع أن ترسيخ الطرح الأخير بما له من إيجابيات يقتضي التدخل السريع بسن نصوص قانونية لولوج عالم الحكومة الالكترونية، ولعل من بين النصوص الواجب صياغتها تلك التي تخول الموثقين والمحضرين القضائيين تشكيل وحدة مركزية(Minutier Central)تمكنهم من تلقي العقود الرسمية الالكترونية والمحافظة عليها، وهو ما اتجهت الدولة الفرنسية إلى تجسيده بموجب مرسومي 972-2005[1] و 973-2005[2].

استنادا لما سبق، يتضح أن تطور التجارة الدولية الذي كان مرده تطور وسائل النقل، وكذا فتح الحدود الناجم عن ظاهرة العولمة يفرض تسهيل عملية تنفيذ الأحكام الأجنبية، ويتأكد ذلك في ظل شبكة الانترنت باعتبارها فضاءا جديدا يغطي دول العالم بأسرها، ويتجاوز حدود الدول ويتخطاها، وذلك كله حتى لا يتم الوقوف في وجه هذا النوع من التعامل والاتصال.

بعد أن تم تحديد مختلف الشروط الإجرائية والموضوعية الواجب توافرها لتنفيذ الحكم القضائي الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية، وجب التعرض للآثار التي تترتب على تنفيذها.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

إن مرفق العدالة باعتباره جهازا قضائيا، لا تقتصر مهمته على الفصل في الدعاوى، بل يتعين عليه كفالة تنفيذ الأحكام الصادرة عنه،ذلك أن هذه الأخيرة لن تكون لها قيمة فعلية، إلا إذا تجسد ما اشتملت عليه، وتمكن صاحب الحق من الحصول على حقه بالقوة والجبر إن اقتضى الأمر ذلك. وعليه، وإذا كانت الأحكام الصادرة عن القضاء الوطني قابلة للتنفيذ في الإقليم الوطني، باعتبارها قرارات صادرة عن محاكم مشكلة تشكيلا صحيحا وفقا لقواعد الإجراءات،[3] فإن الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي، باعتبارها قرارات صادرة باسم سيادة دولة

[1]- décret n°2005-972 du 10 aout 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice.

[2]-décret n°2005-973 du 10 aout 2005 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971relative au actes établis par les notaire.

[3]- سهيل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص.298.

أجنبية، ومتعلقة بمسألة من مسائل القانون الخاص،[1] لا يمكن تنفيذها في الإقليم الوطني إلا بتوافر شروط قانونية معينة يتوجب على قاضي الصيغة التنفيذية التحقق منها.

وعليه تعتبر مسألة الآثار الدولية للأحكام من أهم المسائل التي يعالجها القانون القضائي الخاص الدولي، بل هي من أهم مسائل القانون الدولي الخاص بصفة مطلقة، ذلك أن الحكم القضائي الأجنبي بصفة عامة تترتب عليه آثار من غير المعقول عدم الاعتراف بها في دولة غير تلك التي صدر فيها، وذلك كله لضمان استقرار المعاملات، وحماية الغير حسن النية.

من هذا المنطلق، يبرز سؤال محوري، ماهي القيمة القانونية للأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي؟ وهل يمكن لهذه الأحكام أن ترتب آثارا في إقليم دولة غير تلك التي صدرت عنها قبل اقترانها بالصيغة التنفيذية في الدولة المطلوب منها التنفيذ؟

هذا ما سيتم بيانه من خلال تحديد آثار الحكم القضائي الأجنبي بعد منحه الأمر بالتنفيذ (**الفرع الأول**)، وإلى الآثار المترتبة عنه قبل منحه الأمر بالتنفيذ (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الآثار المترتبة بعد منح الحكم القضائي الأجنبي الأمر بالتنفيذ

يترتب على منح الحكم القضائي الأجنبي الفاصل في منازعة من منازعات عقود التجارة الالكترونية الأمر بالتنفيذ أثرين، يتمثل أولهما في حيازته حجية الشيء المقضي فيه، ويتمثل ثانيهما في تمتعه بالقوة التنفيذية، وفي هذا الإطار ينبغي الذكر أن منح الأمر بالتنفيذ للحكم القضائي الأجنبي لا يترتب عليه خلع الصفة الأجنبية عنه، بل يظل محتفظا بها ويرتب آثاره تلك في ظلها.

إنطلاقا من ذلك، سيتم تحديد كل من حجية الحكم الأجنبي (**البند الأول**)، والقوة التنفيذية له(**البند الثاني**).

البند الأول: حجية الحكم الأجنبي

يُقصد بحجية الحكم الأجنبي، منع عمال القضاء من إعادة النظر في النزاع الذي فُصل فيه بموجب الحكم القضائي[2]. وعليه يمنع على القاضي الجزائري مثلا إعادة الفصل في دعوى ضمان العيوب الخفية، التي سبق للقضاء الأجنبي الحكم فيها مع احترامه للشروط المحددة قانونا. وعليه يتضح أن حجية الحكم المقضي صفة تلحق

[1]- Cf. Monia Ben Jemia, op.cit., p.141.

[2]- ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص.193.

الحكم القضائي القطعي الصادر من محكمة مختصة، ويترتب على توافر هذه الصفة احترام المحاكم له، بعدم البحث في نفس الموضوع، والتسليم بما قضى به الحكم بين الخصوم.

إذن تعتبر الحجية نوع من الحرمة التي يتمتع بها الحكم، فيكون بمقتضاها محصنا بقرينة لا تقبل الدليل العكسي على صدوره صحيحا من حيث إجراءاته[1]، وقد عرفها أحد الفقهاء[2] بأنها:" القرينة المطلقة الدالة على الحقيقة، والتي بموجبها تكون الوقائع الثابتة والحقوق التي اعترف بها الحكم غير قابلة للمجادلة فيها من جديد لا أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، ولا أمام أي محكمة أخرى".

وبذلك تعد الحجية نوع من الحرمة يتمتع بها الحكم، ويكون بمقتضاها متضمنا قرينة الدليل العكسي على أنه صدر صحيحا من حيث إجراءاته، وأن ما قضى به هو الحق بعينه من حيث الموضوع، وعليه تتكون قرينة الحجية من شقين، قرينة الصحة وقرينة الحقيقة، ومن ثم لا يجوز لأي من أطراف النزاع رفع دعوى جديدة بشأن نفس الموضوع[3]،فإذا ما رفع أحد الأطراف مثل هذه الدعوى، كان للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبولها[4].

على الرغم مما تؤكده هذه التعريفات، إلا أن القوانين المقارنة تباينت بخصوص هذا الأثر، فبينما يتجه القانون الألماني إلى الاعتراف للحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي فيه بعيدا عن تنفيذه الجبري، يرفض القانون الفرنسي، الاعتراف للحكم الأجنبي بحجة الشيء المقضي به، طالما لم يشتمل على الأمر بالتنفيذ، ذلك أن التسليم بحجية الحكم مجردا عن الأمر بالتنفيذ هو اعتراف بمظهر من مظاهر السلطة الآمرة في دولة أخرى وهو ما لا يجوز[5]،إضافة لذلك فإن قوة التنفيذ وحجية الأمر المقضي به وجهان لمسألة واحدة هي تنفيذ الحكم، فإذا كانت قوة التنفيذ تستعمل ليصل بها صاحب الحق إلى حقه، فإن الحجية يتمسك بها لإقرار ذلك الحق[6].

---

[1]–عبد الحكم فوده، حجية الأمر المقضي وقوته في المواد المدنية والتجارية، الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية، هامش ص.14؛عمارة بلغيث، المرجع السابق، ص.126.

[2]–Gaursonnet :« On appelle autorité de la chose jugé une présomption absolue de vérité, en vertu, de laquelle les faits constates est les droits reconnus par un jugement ne peuvent être contestés de nouveau, ni devant le tribunal qui a rendu ce jugement, ni même devant une autre juridiction »

يراجع،عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص.14. .

[3]– أشرف عبد العليم الرفاعي، الإختصاص القضائي الدولي، المرجع السابق، ص.504.

[4]–تنص المادة 67 من ق.إ.م.إ.ج:" الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع."

[5]– هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص. 504.

[6]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.159.

وقد استند جانب من الفقه[1] لتبرير حجية الشيء المقضي به إلى فكرة قديمة، تُكيف بمقتضاها الخصومة بأنها، "عقد قضائي(Judiciaire Contrat)، يستمد منه القاضي سلطته، فيكون الحكم في الدعوى بمثابة حق ناشئ عن عقد، وعلى هذا، فإن الاعتراف بحجية الشيء المقضي به للحكم الأجنبي لا يعدو أن يكون اعتراف بحق ناشئ عن عقد أبرم في الخارج، وإن كانت هذه الفكرة في الوقت الحالي لا يقوم لها مقام، ذلك أن القاضي إنما يستمد سلطته من القانون، ويكفي لإثبات تلك الفكرة تصور حالة ما إذا كان الحكم غيابيا.

لهذا السبب، أكد القضاء الفرنسي أن الحجية لا تثبت للحكم الأجنبي إلا بعد الأمر بتنفيذه كقوته التنفيذية، غير أنه استثنى من ذلك الأحكام الخاصة بالحالة والأهلية[2].

بعد أن تم بيان المقصود بحجية الأمر المقضي به كأثر من آثار الأمر بالتنفيذ، وجب التعرض للأثر الثاني ألا وهو القوة التنفيذية.

البند الثاني: القوة التنفيذية

يقصد بقوة التنفيذ، قابلية الحكم للتنفيذ الجبري على الأموال أو على الأشخاص بواسطة الجهة التي يناط بها التنفيذ، وبمعاونة السلطات المختصة، ولو باستعمال القوة عند اللزوم[3]،وعليه تقتضي قوة التنفيذ صدور كلمة خطاب إلى عمال السلطة العامة لتنفيذ الحكم جبرا عند الاقتضاء، إذ يصبح الحكم الأجنبي كالحكم الوطني بعد أن يمهر بالصيغة التنفيذية الوارد ذكرها في المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص :"لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية الآتية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري.

وتنتهي بالصيغة الآتية :...وبناء على ما تقدم، إن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمر جميع المحضرين وكذا كل الأعوان اللذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم، القرار...، وعلى النواب العامين ووكلاء

[1]- محمد كمال فهمي، المرجع السابق، ص.296.

[2]- أعراب بلقاسم، ج2، المرجع السابق، ص.70.

[3]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.152.

الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية."[1]

استنادا لما سبق، يلاحظ أن هناك فرقا بين الأمر بالتنفيذ الذي يترتب على دعوى الأمر بالتنفيذ، وبين وضع الصيغة التنفيذية، فإذا كان مقتضى الأمر هو منح الضوء الأخضر والاعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه، فإن وضع الصيغة التنفيذية يعد إجراء لاحق، يتم من خلاله اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري التي يقتضيها الحكم، ويرتب الحكم بالتنفيذ أثره على جميع أطراف الدعوى المطلوب لها أمر التنفيذ، وفي مجموع التراب الوطني، كما يسمح الحكم المتعلق بالصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي، بأن ينتج آثاره ابتداء من تاريخ الحصول على أمر التنفيذ كما لو صدر من المحكمة التي منحت الأمر بتنفيذه عند تاريخ الحصول عليه، وذلك ما أكد عليه القانون الاتفاقي، وخاصة المادة 24 من الاتفاقية الجزائرية المغربية،المادة 23 من الاتفاقية الجزائرية التونسية والمادة 5 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[2].

بعد أن تم تحديد الآثار التي يتمتع بها الحكم القضائي الأجنبي عموما، والحكم الأجنبي الفاصل في منازعة من منازعات عقود التجارة الالكترونية بعد الحصول على الأمر بالتنفيذ، فإنه يتوجب تحديد الآثار التي تترتب عليه قبل صدور هذا الأمر.

الفرع الثاني: آثار الحكم القضائي الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ

على الرغم من أن الأحكام الأجنبية لا ترتب آثارها خارج إقليم الدولة التي صدرت بها ما لم تتوافر بها شروط الأمر بالتنفيذ، إلا أن ذلك لا ينكر حقيقة أنها تؤدي إلى نشوء واقع لا يمكن تجاهله، وعليه تنتج الأحكام

---

[1]–تنص المادة 502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على الصيغة التنفيذية كالآتي: وعليه الجمهورية الفرنسية تخبر وتأمر كل محضري القضاء بتنفيذ هذا القرار وهذا الحكم وعلى كل النواب العموميين ووكلاء الدولة لدى المحاكم. مديد المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء وإذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية وبناء على ذلك وقع هذا الحكم.

En conséquence la république Française monde à tous huissiers de justice pour ce requis de mettre le dit arrêt (an le dit jugement) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la république prés des tribunaux de première instance d'y tenir la main à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main forte lorsqu'ils en seront légalement requis. En fois de quoi le présent arrêt (au jugement) à été..

يراجع، ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص.193

[2]–تنص المادة 5من الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بين الجزائر وفرنسا والمصادق عليها بأمر رقم 65–194 المؤرخ في 30 ربيع الأول عام 1385 الموافق 29 يوليو 1965: " يسري مفعول القرار بالتنفيذ بين جميع أطراف دعوى طلب التنفيذ وفي عموم البلاد القابلة فيها هذه الأحكام للتطبيق.

وأنه يمنح القرار الذي يصبح قابلا للتنفيذ من تاريخ صدوره ولجهة إجراءات التنفيذ ذات المفاعيل التي يحوزها قرار ما كما لو كان صادرا من المحكمة التي منحته قوة التنفيذ بتاريخ صدوره." مأخوذة عن، يوسف دلاندة، اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، ج2، المرجع السابق، ص.26.

القضائية الأجنبية قبل منحها الأمر بالتنفيذ آثارا محددة، إذ يمكن الاستناد إليها باعتبارها واقعة، وباعتبارها سندا. كما يمكن لها أن ترتب آثارا أخرى بالنسبة لحالات محددة تتعلق بحجية الشيء المقضي به، وعليه سيتم تحديد الإستثناء الوارد على حجية الشيء المقضي به والخاص ببعض الأحكام (**البند الأول**)،ثم إلى كل من الأثر الواقعي(**البند الثاني**) والأثر المستندي للحكم الأجنبي (**البند الثالث**).

البند الأول: الاستثناء الوارد على حجية الشيء المقضي به

إذا كانت القاعدة العامة أن الأحكام الأجنبية لا تتمتع بحجية الشيء المقضي به إلا بعد صدور الأمر بتنفيذها، إلا أن هناك استثناء على هذه القاعدة، مؤداه أن أحكام الحالة والأهلية ترتب آثارها في غير الدولة التي صدرت عنها، رغم عدم صدور الأمر بتنفيذها، ما لم تكن تلك الأحكام تتضمن إكراها على الأشخاص، أو تنفيذا على الأموال[1].

ولقد حاول الفقه تبرير هذا الاستثناء لاعتبار أن الأحكام الصادرة في مواد الحالة والأهلية ممتدة شأنها في ذلك شأن القوانين التي تحكمها، ولكن انتقد هذا الرأي لأنه يعمد إلى الخلط بين مشكلة تنازع الاختصاص القضائي ومشكلة تنازع الاختصاص التشريعي، كما أنه يفترض مسبقا أن المحاكم التي أصدرت الحكم هي محاكم دولة الشخص، في حين أن الحكم قد يصدر عن محاكم غير تلك الدولة.

نتيجة لذلك الانتقاد، عمد بعض الفقهاء إلى تبرير استثناء أحكام الحالة والأهلية من نظام الأمر بالتنفيذ، استنادا لفكرة الاستقرار التي ينبغي أن تتمتع بها تلك الأحكام، ولكن رغم وجاهة هذا الطرح، إلا أنه قد تعرض لانتقادات عديدة أهمها، أن الاعتراف لأحكام الحالة والأهلية بهذا النظام التفضيلي، يبدو تعسفيا، لاسيما أنه لا يوجد سبب مقنع يستدعي استثناء الأحكام الأخرى من هذا التصنيف، إضافة إلى تعذر وضع حد فاصل بين حجية الحكم الأجنبي وقوته التنفيذية، خاصة أن مجرد الاعتداد بالحكم الأجنبي أو مجرد طلب القيد أو التسجيل في سجلات الحالة الشخصية يعتبر بمثابة عمل تنفيذي[2].

وإذا كان إعمال هذا الاستثناء مقررا لدى القضاء الفرنسي، فيلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين موقفه منه، خاصة بعد الانتقادات التي وجهت إليه، وذلك على خلاف نصوص القانون الاتفاقي التي رفضت الاعتراف بحجية الشيء المقضي به للحكم الأجنبي خارج إطار الصيغة التنفيذية، وفي ذلك قضت المادة (21) من الاتفاقية الجزائرية المغربية بأن:" الأحكام المشار إليها في المادة السابقة لا يمكن أن تخول الحق لأي تنفيذ جبري

[1]- محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 3 مارس 1930. مشار إليه من طرف، موحند إسعاد، ج2، المرجع السابق، ص.92؛ عبد الفتاح بيومي حجازي،المرجع السابق،ص. 154.

[2]- موحند إسعاد، ج2، المرجع السابق، ص.92.

تقوم به سلطات البلد الآخر، ولا أن تكون موضوع أي إجراء عمومي تقوم به هذه السلطات، كالتقييد والتسجيل والتصحيح في الدفاتر العمومية إلا بعد إعلانها نافذة للإجراء في تراب الدولة التي يطلب فيها التنفيذ "وقد ورد الحل ذاته في المادة (20)من الاتفاقية الجزائرية التونسية، والمادة (2)من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية[1].

وعلى الرغم من موقف المشرع الجزائري، إلا أنه ينبغي على القضاء الجزائري الاعتداد بموقف القضاء الفرنسي ومعاملة أحكام الحالة والأهلية بذات الطريقة التي تعامل بها في فرنسا، ما لم تتضمن تلك الأحكام إكراها على الأشخاص أو تنفيذا على الأموال، إذ لا يمكن للقاضي الجزائري تجاهل الآثار التي يرتبها الحكم الأجنبي القاضي بصحة تصرف قانوني أبرم بين جزائري ناقص الأهلية وفقا للقانون الجزائري وكامل الأهلية وفقا للقانون الأجنبي، متى توفرت الشروط المقررة قانونا لهذا الاستثناء، خاصة أن رفضه الاعتداد به سيؤدي إلى اضطراب المراكز القانونية والمساس باستقرار العلاقات التجارية.

بعد أن تم تحديد الاستثناء الوارد على حجية الشيء المقضي به، وجب التطرق إلى اعتبار الحكم القضائي الأجنبي واقعة.

البند الثاني:الحكم الأجنبي كواقعة.

يمكن أن يرتب الحكم الأجنبي المجرد من الأمر بالتنفيذ أثره أمام القضاء الوطني باعتباره واقعة، يتمسك بها الخصوم، أو يعتد بها القاضي من تلقاء نفسه ليستخلص منه أمورا معينة، وقد تمسك بهذه الفكرة الفقيه (Bartin) واستند لتبريرها على الحكم الصادر من محكمة استئناف Nancy الصادر بتاريخ 8 يونيو1961، إثر نظرها في قضية العامل البلجيكي الذي يعمل لدى شركة أجنبية في فرنسا بسبب حادث العمل الذي أصيب به والخاضع للقانون الفرنسي الصادر بتاريخ 9 أبريل1898 المتعلق بالمسؤولية عن حوادث العمل، للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به.

في هذه القضية عمدت محكمة استئناف Nancy إلى استنزال قيمة التعويض الذي قدرت أحقية العامل به من مبلغ التعويض الذي سبق للقضاء في لكسمبورج أن حكم به نتيجة لمقاضاة ذلك العامل الشركة أمامه عن ذات الفعل الذي ترافع بشأنه أمام القضاء الفرنسي[2].

[1]- تنص المادة 2 من الاتفاقية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين بين الجزائر وفرنسا: " إن القرارات المنوه عنها في المادة السابقة لا يسوغ تنفيذها بالقوة الجبرية من قبل سلطات الدولة الأخرى ولا يسوغ لهذه السلطات إتخاذ أي إجراء عمومي لجهتها كالقيد والتسجيل والتصحيح في السجلات العمومية إلا بعد التصريح بقابليتها للتنفيذ في بلد الدولة المطلوب منها التنفيذ." مأخوذة عن، يوسف دلاندة، اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، ج2، المرجع السابق، ص.26

[2]- هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي، المرجع السابق، ص.468.

وعليه يرجع الفضل في تحديد الأثر الواقعي للحكم الأجنبي إلى الفقيه(Bartin)الذي أكد أن للحكم الأجنبي مفاعيل خاصة به مستقلة عن طبيعته القضائية، وبهذه الصفة يعتبر حالة واقعية لا يمكن تجاهلها، وقد أشار إلى هذا الأثر بصورة مقتضبة في مقدمة كتابه "دراسات في المفاعيل الدولية للأحكام (Etudes sur les effets internationaux des jugements). وفصل نظريته في مقالة معنونة "الحكم الأجنبي كواقعة (Le jugement étranger considéré comme un fait). وأورد فيها أن الحكم الأجنبي ينتج في فرنسا بمعزل عن الصيغة التنفيذية آثار واقعية تختلف عن الآثار الناشئة عن النقاط المفصولة بالحكم نفسه، ولكنها متلازمة ومقتربة منه، ولا يمكن للقاضي الفرنسي إهمالها وعدم الأخذ بها، وبهذا يكون(Bartin) قد أوجز رأيه بخصوص الآثار الواقعية للحكم الأجنبي، إذ أكد أن طبيعة الآثار الناشئة في فرنسا عن الحكم الأجنبي ليست في حقيقتها سوى الآثار نفسها التي أحدثها أو التي من المفترض إحداثها في الخارج[1].

استنادا لما سبق، ينبغي الذكر أن الحكم الأجنبي المجرد من الأمر بالتنفيذ والمعتد به كواقعة أمام القضاء الوطني، قد يعدل بصفة غير مباشرة العلاقة القانونية المطروحة أمامه ويكون الحكم فيها مختلفا فيما لو لم يوجد مثل ذلك الحكم الأجنبي، وعليه لا يمكن تجاهل الواقع الذي يوجده الحكم الأجنبي الذي لم يصدر الأمر بتنفيذه عن محاكم دولة التنفيذ، ولا الآثار التي رتبها في الخارج، بحيث يمكن اعتباره سببا مشروعا وصحيحا لما نشأ عنه من أوضاع ومراكز جديدة يتوجب على القاضي أخذها بعين الاعتبار، عند نظره في دعوى يتعلق بها الحكم الأجنبي[2]، ولا يقتصر أثر الحكم الأجنبي كواقعة على طرفيه، بل يتعداها إلى الغير الذي يجوز الاحتجاج إزاءه بمنطوق الحكم كحالة واقعية، كما ويجوز للغير الاحتجاج بالحالة الواقعية الناجمة عن تنفيذ الحكم في البلد الأجنبي، وينظر إليه في هذه الحالة لا كعمل قضائي بل كمصدر للحق[3].

وعليه يتوجب على القاضي الوطني الاعتداد بالحكم الأجنبي القاضي بتعويض المستهلك عن تسليمه منتوجا غير مطابق للمواصفات المتفق عليها كواقعة، عند رفع ذات المستهلك دعوى جديدة أمامه للمطالبة بمراجعة قيمة التعويض الذي سبق للقاضي الأجنبي أن فصل فيه، وذلك ليخصم قيمة التعويض الذي سيحكم به من قيمة التعويض الذي سبق للقضاء الأجنبي أن حكم به.

بعد تحديد الأثر الواقعي للحكم القضائي الأجنبي الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية، وجب التعرض إلى الأثر المستندي لهذا الحكم.

---

[1]- عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص.ص.566-567.

[2]- موحند إسعاد، ج2، المرجع السابق، ص.90.

[3]- عبده جميل غصوب، الأحكام القضائية الأجنبية أمام القضاء اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، ع2، 2004، ص.312.

البند الثالث: الحكم الأجنبي كسند

يتفق الفقه والقضاء في فرنسا أنه يمكن الاعتداد بالحكم الأجنبي مجردا من الأمر بالتنفيذ بوصفه سندا، وهو بهذه الصفة يعد ذا قوة في الإثبات، باعتباره وثيقة محررة من طرف سلطة عامة أجنبية، ويكون له بهذا الوصف أمام القاضي الوطني قوة الإثبات التي تكون لكل محرر حرر في الخارج[1]، وعليه يعد الحكم الأجنبي المجرد من الأمر بالتنفيذ محرر رسمي تتحدد قوته في الإثبات وفقا لقانون السلطة التي قامت بتحريره.

ويقصد بقوة الإثبات التي يتمتع بها الحكم الأجنبي، اعتباره دليلا على ما يحتويه، وعلى جميع الإجراءات التي تضمنها، أي صلاحيته لأن يكون دليلا على ما تضمنه من أدلة في الإثبات، كالكتابة، الإقرار، اليمين، البينة، المعاينة، الخبرة، وغيرها من الأدلة[2]، فالتحقيق الذي يجريه القاضي خلال الدعوى ويُذكر في الحكم، يُعتبر حجة بالنسبة للتصريحات المدونة فيه[3]، ومع ذلك فإن القاضي الوطني غير ملزم بالنتيجة التي توصل إليها القاضي الأجنبي، إذ تبقى له حرية تقدير ما أُثبت في الحكم الأجنبي بناء على التحقيق الذي تلقاه[4].

وإذا كان الحكم الأجنبي بهذا الوصف يعتبر سندا، فإنه يصلح لأن يكون أساسا لدعوى مباشرة فيما إذا فضل المتقاضي نظرا لحالة الاستعجال، رفع دعواه أمام قاضي الأمور المستعجلة عوضا عن البدء بتحريك دعوى الصيغة التنفيذية التي تكون مطولة بحكم الضرورة، كما أن الحكم الأجنبي النهائي القابل للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه، يصلح لأن يكون ركيزة لدعوى قضائية جديدة ترفع أمام القضاء الجزائري[5]، وقد أكد القضاء الفرنسي على إمكانية الاعتداد بالحكم الأجنبي كدليل إثبات حين أجاز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير بناء على حكم أجنبي لم يشمله الأمر بالتنفيذ[6].

ولاعتبار أن هذا الأثر يخص الحكم الأجنبي بصفة عامة، فإنه لا محال أن الحكم الأجنبي الفاصل في إحدى منازعات عقود التجارة الالكترونية هو الآخر يتمتع خارج الأمر بالتنفيذ بهذا الأثر.

---

[1]- أعراب بلقاسم، ج2، المرجع السابق، ص.73؛ عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.951.

[2]- محمد المبروك اللافي، المرجع السابق، ص.298.

[3]- عبده جميل غصوب، الأحكام القضائية الأجنبية أمام القضاء اللبناني، المرجع السابق، ص.312.

[4]- ولد الشيخ شريفة، المرجع السابق، ص.197؛ أعراب بلقاسم، ج2، المرجع السابق، ص.73.

[5]- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.91.

[6]- عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010، ص.69؛حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، المرجع السابق، ص.425.

المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

يعتبر تنفيذ حكم التحكيم أساس ومحور نظام التحكيم ذاته، بل ومن خلاله تتحدد مدى فاعلية التحكيم كنظام لفض وتسوية منازعات عقود التجارة الدولية[1]، ويعد التنفيذ الطوعي أحد طرق تنفيذ الأحكام التحكيمية، بل هو أفضلها ذلك أنه يحافظ على ميزة التحكيم ولا يسمح للقضاء بالتدخل لتنفيذه، ولكن قد يتقاعس الطرف المحكوم ضده عن تنفيذ حكم التحكيم عن طواعية وإختيار مما يستلزم اللجوء إلى القضاء لاستصدار الأمر بالتنفيذ وإجباره على تنفيذ ما قضى به الحكم التحكيمي[2].

ويقصد بالأمر بالتنفيذ الإجراء الذي يترتب عليه رفع الحكم التحكيمي الدولي إلى مصاف الأحكام القضائية الوطنية، وهو يشكل نقطة الالتقاء بين نظام التحكيم وقضاء الدولة، حيث لا يجوز التنفيذ الجبري بموجب هذا النظام إلا بسند تنفيذي مركب يحتوي على الحكم بالتحكيم والأمر بتنفيذه، ومن ثم يعد الأمر بالتنفيذ أداة الرقابة القضائية التي يفرضها المشرع على إرادة الأطراف وعلى ما قضت به هيئة التحكيم من حل في موضوع النزاع[3].

ولورود القواعد المنظمة للأحكام التحكيمية لمعالجة ما يصدر عن هيئات التحكيم التقليدية عند فصلها في منازعات عقود التجارة الدولية، فقد طرحت مسألة ظهور هيئات التحكيم الالكترونية المتخصصة للفصل في منازعات متعددة، أهمها منازعات عقود التجارة الالكترونية إشكالية إعمال القواعد التقليدية الواردة لتنفيذ أحكام التحكيم التقليدية على أحكام التحكيم الالكترونية.

ونتيجة للصعوبات التي قد تواجهها عملية تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية أمام الهيئات القضائية، سعت هيئات التحكيم الالكترونية إلى إستحداث آليات جديدة تكفل تنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية بصفة فعالة وفي مدة زمنية قصيرة[4]، وعليه ما مدى إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية أمام الهيئات القضائية؟ وما وما هي الآليات التي استحدثتها هيئات التحكيم الالكتروني لتنفيذ الأحكام الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية والصادرة عنها؟

---

[1]- أميرة حسن الرافعي، المرجع السابق، ص.497.

[2]- محمد حسن محمد علي، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، إدارة الدراسات العليا، قسم القانون التجاري والبحري، جامعة حلوان، 2011-2012، ص.553.

[3]- بلقاسم خلوط، دور القضاء الجزائري في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة تخرج ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015، ص.54.

[4]- حسن علي هجاري الحربي، أثر تكنولوجيا المعلومات على تسوية المنازعات، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، جامعة حلوان، 2014-2015، ص.194.

هذا ما سيتم بيانه بالتطرق إلى تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية أمام الهيئات القضائية (**المطلب الأول**)، ثم لتنفيذها أمام هيئات التحكيم الالكترونية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية أمام الهيئات القضائية

تعد مرحلة تنفيذ الأحكام التحكيمية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الدولية من أهم مراحل العملية التحكيمية وأخطرها، إذ بمقتضاها يتمكن صاحب الحق من اللجوء إلى الهيئات القضائية في بلد التنفيذ لتحصيل حقه، ما لم يتحصل عليه عن طواعية وإختيار[1].

وبسبب خطورة ما قد ينجم عن عملية التنفيذ سواء بالنسبة لأطراف العملية التحكيمية، أو بالنسبة لما توصلت إليه الهيئات التحكيمية، عمدت التشريعات الوطنية إلى ضبط مرحلة التنفيذ بمقتضى نصوص قانونية بغية تحديد الإطار العام لتدخل القاضي المطلوب منه التنفيذ، ولم يقتصر الأمر على التشريعات الداخلية، بل سعت الدول إلى إبرام إتفاقيات دولية لتنظيم هذه العملية، وتعد إتفاقية نيويورك من أهم الاتفاقيات الدولية بسبب الطبيعة العالمية التي تمتاز بها[2]، غير أن تطبيقها على الأحكام التحكيمية الفاصلة في منازعات التجارة الدولية، يكون رهين وقوع تلك الأحكام في نطاق تطبيقها.

ورغم ولوج الوسائل الالكترونية ميدان التحكيم، وانتشار هيئات التحكيم الالكترونية لتسوية منازعات البيئة التجارية الالكترونية ظلت الأحكام القانونية المنظمة لمرحلة تنفيذ الأحكام التحكيمية شديدة الإرتباط بخصوصيات البيئة المادية التي وجدت لتنظيمها، ولعل خير دليل على ذلك عدم إستحداث المشرع الجزائري لنصوص قانونية لضبط عملية تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية. فهل سيتمكن قاضي التنفيذ من إعمال النصوص القانونية المنظمة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الدولية عند تنفيذه للأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية؟

هذا ما سيتم بيانه بالتعرض بداية إلى تحديد مفهوم الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية(**الفرع الأول**)، ثم إلى شروط تنفيذها (**الفرع الثاني**).

---

[1]- محمد حسن محمد علي، المرجع السابق، ص.541.

[2]- أمجد فهد الملحم، التحكيم التجاري الدولي، دراسة تحليلية لقوانين التحكيم وتأثيرها في دولة الإمارات العربية المتحدة، أطروحة لنيل درجة الماجستير في إدارة الأعمال، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، قسم إدارة الأعمال، إدارة التفاوض والنزاعات، 2010، ص.45.

الفرع الأول: مفهوم الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

نظرا لأن الأحكام التحكيمية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الدولية دُولية بطبيعتها، فإن تحديد جنسيتها يستلزم التعرض لمعايير أجنبية هذه الأحكام، ولكن قبل الخوض في هذه المسألة ينبغي التعرض لتعريف الأحكام التحكيمية سيما بعد ولوج التقنيات الالكترونية المجال التحكيمي.

وعليه هل ستتمكن معايير أجنبية أحكام التحكيم الدولية من بيان أجنبية أحكام التحكيم الالكترونية الدولية؟، وهل سيحتفظ تعريفها بمعناه أم سيتغير باستخدام التقنية الالكترونية؟

هذا ما سيتم تحديده بالتعرض إلى تعريف الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية (**البند الأول**)، وإلى معايير أجنبية أحكام التحكيم الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية (**البند الثاني**).

البند الأول: تعريف الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

لقد تباينت الآراء الفقهية في تحديد المقصود بالأحكام التحكيمية[1]، وظهر في ذلك إتجاهين أحدهما موسع والآخر مضيق، فأما الاتجاه الموسع فيعرف الحكم التحكيمي بأنه:" القرار الذي يصدره المحكمون الذين اتفق المتنازعون على اختصاصهم لحل نزاعاتهم."[2]وفي ذات السياق يعرفه الفقيه (E.Gaillard) بأنه:" القرار الصادر عن المحكم، والذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات، طالما أنها أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة."[3]

---

[1]- لابد من الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي استقر على استخدام مصطلح "الحكم" للتعبير عن العمل الذي يصدر عن المحكمين، بدلا من مصطلح "قرار" الذي كان قد استعمله في المرسوم التشريعي93-09المؤرخ في 25 أفريل 1993 ، ج.ر.ع25 لسنة 1993المعدل والمتمم للأمر 66-154المتضمن قانون الإجراءات المدنية، وهو في ذلك يكون قد ساير المصطلح المستخدم من قبل جل التشريعات العربية.

أما المشرع الفرنسي فيلاحظ أنه استخدم مصطلح (SENTENCE)للدلالة على أحكام المحكين، بدلا من مصطلح (JUGEMENT) الذي قصر استخدامه للتعبير عن الأحكام القضائية، ويرى البعض ومنهم (فوزي محمد سامي) عدم تسمية حكم التحكيم بمسمى "الحكم"، بل لابد من تسميته "قرار التحكيم"، وذلك للتمييز بين ما يصدر عن هيئات التحكيم من أحكام وبين الأحكام القضائية التي تصدر عن القضاء الوطني.

في حين يرى البعض الآخر (نبيل إسماعيل عمر) أن حكم التحكيم هو إجراء يقوم به المحكم خلال الخصومة أو في نهايتها للإعلان عن إرادته هو لا إرادة الخصوم وهو يخضع للمبادئ الأساسية في التقاضي حتى ولو لم ينص على ذلك في القوانين. يراجع في ذلك، علال-بن تركية ليندة أديبة، المرجع السابق، ص. 27؛ محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.449.

[2]- محمد حسن محمد علي، المرجع السابق، ص.465.

[3]-« l'acte des arbitres qui tranche de manière définitive, en tout ou en partie, le litige qui leur à été soumis, que ce soit sur le fond, sur la compétence ou sur un motif de procédure qui les conduits à mettre fin à l'instance » .

وما يؤخذ على التعريف الأخير أنه قصر أحكام التحكيم على تلك الصادرة من المحكم دون الهيئة التحكيمية التي يعمل المحكم تحت لوائها، بحيث – وفقا له- لا تعتبر القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس والرامية إلى رفض طلب رد المحكم أحكاما تحكيمية يمكن الطعن عليها بالبطلان[1].

كما أنه اعتبر أن الإجراءات التي يتخذها المحكمون، والتي لا تهدف إلى الفصل في المنازعة، لا تعد أحكاما تحكيمية يتم الطعن عليها بالبطلان، كإجراءا التحقيق في الدعوى، في حين اعتبر القرارات الصادرة عن المحكمين والمتعلقة بالفصل في إختصاص المحكمة أو تحديد القانون الواجب التطبيق أو صحة العقد أو تقرير مسؤولية أحد الأطراف أحكاما تحكيمية حقيقية، ولو لم تفصل في المسائل المتنازع عليها بشكل كلي[2].

كما عيب على هذا التعريف أنه أدرج بعضا من أوصاف الحكم في تعريفه، وهي مسائل لا يجوز الخلط بينها وجعلها في نفس الدرجة، ذلك أن للحكم جوهر وأوصاف كما وله آثار، ولا يجوز خلط هذه الأمور معا[3]،فوصف الحكم بأنه قطعي أو غير قطعي يبنى على أسس معينة، ويهدف إلى تحقيق غايات خاصة، وله معايير معينة، وكل ذلك لا يدخل في تحديد جوهر الحكم، وكذلك وصف النهائية أو الإبتدائية غير جائز، لأن هذه الأوصاف لا تدخل في جوهر الحكم أو مضمونه[4].

=مشار إليه من طرف،نبيل زيد مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.22؛ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2007، هامش ص. 295؛

Jean- Michel jacquet et Philippe Delebeque et Sabine Corneloup, op.cit., p.814.

[1]- حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 1985/01/15، مجلة التحكيم1986 ، تعليق E.Mezger وحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1987/10/08، مجلة التحكيم1987، تعليقMezger والذي نصت فيه:

« Une cour d'appel est fondée à déclarer le recours en annulation formé contre la décision d'une institution permanente d'arbitrage qui a statué sur une demande de récusation, rendu par la cour d'arbitrage de la chambre de commerce international, laquelle avait seulement été chargée d'organiser l'arbitrage et ne remplissait pas une fonction juridictionnelle, ne peut être qualifiée de sentence arbitrale ».

مشار إليه من طرف، علال-بن تركية ليندة أدبية، المرجع السابق، ص.23.

[2]- محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 445، إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص.26؛ محمد حسن محمد علي، المرجع السابق، ص.466، عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، طبعة ثالثة منقحة ومحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص.452.

[3]- محمود السيد عمر التحيوي، حكم التحكيم الالكتروني، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص.219.

[4]- إبراهيم رضوان الجغبير، المرجع السابق، ص.27.

بسبب النقد الذي وجه لأنصار الاتجاه الموسع، عمد أنصار الاتجاه المضيق[1] إلى تعريف حكم التحكيم بأنه: " الحكم الذي يصدر من هيئة التحكيم في موضوع النزاع بحيث يكون فاصلا وحاسما في النزاع القائم بين الأطراف المحتكمين"، أو هو حسب كل من (Lalive, Poudret, Reymond) القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم الرامية للفصل في طلبات محددة، والتي يترتب عليها إنهاء منازعة التحكيم بشكل كلي أو جزئي[2].

وفقا لهذا الرأي الفقهي لا تعتبر القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم حتى ولو كانت متصلة بموضوع المنازعة أحكاما تحكيمية، طالما أنها لم تفصل في طلب محدد ولم تنه منازعة التحكيم بشكل كلي أو جزئي، بحيث لا تعتبر القرارات التي تفصل في المسائل المتصلة بالموضوع كصحة العقد الأصلي، أحكاما تحكيمية، بل هي مجرد أحكام تحضيرية لا يمكن الطعن فيها بالبطلان استقلالا عن الحكم التحكيمي الذي سيصدر بناء على الطلبات المقدمة من الأطراف[3]،كما ولا تعتبر القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم والمتعلقة بأمور إجرائية أحكاما تحكيمية كتلك المرتبطة بتحديد القانون الواجب التطبيق، زمان ومكان جلسات التحكيم، ويمتد الأمر ليشمل القرارات التي تكون ذات طبيعة وقتية وغير حاسمة في موضوع النزاع[4].

هذا على المستوى الفقهي، أما على المستوى التشريعي، فيلاحظ أن غالبية القوانين الوطنية، والقوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، لم تضع تعريفا محددا لمفهوم الحكم التحكيمي، وإن كانت اللجنة المعنية بوضع نصوص القانون النموذجي للتحكيم حاولت إقتراح تعريف له، وكان التعريف المقترح كالتالي: " كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم، وأيضا كل قرار آخر صادر عن محكمة التحكيم، يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع أيا كانت طبيعتها، أو يفصل في مسألة إختصاص محكمة التحكيم، أو أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات، ولكن في هذه الحالة الأخيرة، لا يعد قرار المحكمة حكما تحكيميا إلا إذا قامت محكمة التحكيم بتكييف القرار الصادر عنها بأنه كذلك"[5].

هذا عن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، أما بخصوص الاتفاقيات الدولية، فيلاحظ أن اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية هي الأخرى لم تتعرض للأمر[6]، وإن كان

---

[1]- محمود مختار أحمد بريري. مشار إليه من طرف، محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.446.

[2]- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.297؛ محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص. 219.

[3]- إبراهيم رضوان الجغبير، المرجع السابق، ص.27.

[4]- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص. 220.

[5]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.188؛ محمد سعادي، المرجع السابق، ص.222.

Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, Paris, 1996, p.749.

[6]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.189.

جانب من الفقه[1] يعتبر أن إتفاقية نيويورك عرفت الحكم التحكيمي في المادة 2/1منها حين ذكرت:" المراد "بالقرارات التحكيمية" ليست هي القرارات التي يصدرها حكام يعينون لحالات معينة فحسب، بل هي القرارات التي تصدرها أيضا أجهزة تحكيم دائمة يخضع لها أطراف النزاع."، والحقيقة أن هذا النص لم يتضمن تعريفا للحكم التحكيمي بل اعتبر أن هذا الأخير يشمل إلى جانب الأحكام الصادرة من محكمين مختارين من قبل الأطراف للفصل في حالات معينة، –ويقصد بذلك أحكام التحكيم الحر–، أحكام التحكيم المؤسسي –والمراد به الأحكام الصادرة عن مراكز تحكيمية دائمة–[2].

ولاعتبار أن مهمة التعريف من إختصاص الفقه والقضاء، فقد عرف القضاء الفرنسي حكم التحكيم كالتالي:" قرارات المحكم التي تفصل بطريقة نهائية أو جزئية في مسألة متنازع عليها تتعلق بالموضوع أو بالاختصاص أو بالإجراءات وتؤدي إلى إنهاء الدعوى"[3].

من هنا يلاحظ أن القضاء الفرنسي متبوعا بالفقه المصري خالف ما توصل إليه جانب من الفقه السويسري، واعتبر القرارات الصادرة من المحكم بشأن الاختصاص أو بشأن القانون الواجب التطبيق، والتي تفصل بشكل قاطع في جزء من المنازعة، أحكاما تحكيمية حقيقية[4]، في حين أن القرارات الصادرة في غير خصومة لا تعتبر أحكاما تحكيمية كالقرارات الصادرة عن محكمة التحكيم بتحديد زمان ومكان إنعقادها [5].

ويبدو أن المشرع الجزائري تبنى التعريف الموسع[6]، إذ أنه فرق بين الأحكام النهائية، الجزئية والتحضيرية، وجعلها قابلة للتنفيذ[7]، حسب نص المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[8]، وإن كانت هذه المادة المادة قد وردت في نطاق أحكام التحكيم الوطنية، إلا أنها ترتبط في الوقت ذاته بأحكام التحكيم الدولية، وذلك

[1]– عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص.541.

[2]– عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني وإتفاقيتي الرياض ونيويورك"دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين،2013، ص.9.

[3]– هند الطوخي السيد، المرجع السابق، ص. 217؛ عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص. 322.

[4]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.298.

[5]– إبراهيم رضوان الجغبير، المرجع السابق، ص.28

[6]– عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق،ص.118.

[7]– عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص.165.

[8]– بن عصمان جمال، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد، دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ع8، رمضان 1431هـ، أوت2010 ، ص.6.

حسب ما قررته المادة 1054 من ذات القانون، بل إن المشرع أجاز في المادة 1/1046للمحكمة التحكيمية إتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، ما لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى خلاف ذلك[1].

لما كانت هذه المعطيات قد وردت في مجال البيئة المادية، فإنه ينبغي الذكر أن ما سبق عرضه- بما في ذلك الخلافات الفقهية- ينطبق على البيئة الإفتراضية باستثناء أن الحكم التحكيمي الالكتروني يختلف عن نظيره التقليدي في أنه يتم عبر وسائط إلكترونية، وفي هذا يعرف جانب من الفقه[2] حكم التحكيم الالكتروني بأنه:"القرار الصادر عن هيئة التحكيم عبر شبكة الاتصالات كالانترنيت، سواء كانت قرارات نهائية أو قرارات مؤقتة، أو تمهيدية أو جزئية، دون الحاجة إلى التواجد المادي لأعضاء هيئة التحكيم في مكان واحد."

والواقع أن هذا التعريف فقهي، وعليه إذا تم الرجوع إلى قواعد الهيئات التحكيمية الالكترونية الدائمة ولوائحها الداخلية، مثل القاضي الافتراضي (Virtual Magistrate Project)ومحكمة التحكيم عبر الانترنت(Cyber Tribunal) ومحكمة التحكيم الالكترونية التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية(O.M.P.I)، يلاحظ أنها لم تتطرق لوضع تعريف لحكم التحكيم الالكتروني، رغم ما للتعريف من أهمية بالغة في وصف ما يصدر عن هيئة التحكيم الالكتروني من قرارات تعد أحكاما أو لا، وتحديد ما إذا كان يمكن تنفيذ تلك الأحكام من عدمه، وتحديد الأحكام التي يجوز الطعن فيها طبقا للقوانين الواجبة التطبيق على عملية التحكيم الالكتروني، حيث أن الطعن لا يشمل بدوره كل ما يصدر عن هيئة التحكيم من قرارات، بل يشمل فقط ما يعد منها أحكاما[3].

بعد تحديد المقصود بأحكام التحكيم الإلكترونية، وجب التعرض لمعايير أجنبية هذه الأحكام.

البند الثاني: معايير أجنبية أحكام التحكيم الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

تعتبر أحكام التحكيم الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية الدولية مبدئيا أحكاما تحكيمية دولية لانسحاب وصف دولية التحكيم المستمدة من دولية النزاع عليها[4]، وفي هذا ينبغي الذكر أن التحكيم يكون يكون دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية حسب بعض التشريعات، أو إذا ارتبط بأكثر من نظام قانوني واحد حسب تشريعات أخرى، أو إذا توافر فيه كل من المعيارين القانوني والاقتصادي حسب طائفة ثالثة من التشريعات. وقد اعتنق المشرع الجزائري المعيار الاقتصادي حيث قرر في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن التحكيم يعد دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية.

---

[1]- تنص المادة 1/1046 من ق.إ.م.إ.ج: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك."

[2]- محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.448.

[3]- محمد حسن محمد علي، المرجع السابق، ص. 469؛ محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص. 222.

[4]- هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.200.

ولاعتبار أن أحكام التحكيم الدولية قد تكون أجنبية في بعض الحالات وداخلية في حالات أخرى، فقد طُرحت مسألة تحديد جنسية الحكم التحكيمي الدولي، وفي هذا برزت العديد من المعايير منها معيار جنسية أطراف عملية التحكيم، معيار محل الإقامة، معيار مكان صدور الحكم أو ما يسمى بالمعيار الجغرافي أو الإقليمي، ومعيار القانون الواجب التطبيق أو ما يسمى بالمعيار القانوني أو الإجرائي[1]، ويعد كل من المعيار القانوني والمعيار الجغرافي أهم هذه المعايير.

ولكن لما كانت هذه المعايير قد وردت أساسا للتمييز بين الأحكام التحكيمية الصادرة في البيئة المادية والقائمة على الفواصل الجغرافية والحدود المكانية، فإن ظهور شبكة الإنترنت التي ألغت الحواجز وجعلت من العالم قرية كونية واحدة يمكن الإبحار فيها لإبرام جل التعاملات، بما فيها التعاملات التجارية التعاقدية، وكذا الفصل في المنازعات الصادرة عنها، طرحت فكرة تنفيذ الأحكام التحكيمية الإلكترونية.

وبسبب خصوصيات هذه البيئة وحداثة المسائل المتعلقة بها، برزت فكرة تمديد العمل بالمعايير الكلاسيكية على الأحكام التحكيمية الالكترونية، فهل ستتمكن هذه المعايير من الكشف عن أجنبية الأحكام التحكيمية الالكترونية؟

لأهمية هذه المسألة سيتم تحديد صلاحية المعيار الإقليمي لتحديد أجنبية الحكم التحكيمي الالكتروني الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية(**أولا**)، ثم لصلاحية المعيار القانوني لتحديد أجنبية الحكم التحكيمي الالكتروني الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية(**ثانيا**).

أولا: صلاحية المعيار الإقليمي لتحديد أجنبية الحكم التحكيمي الالكتروني الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية

تتقرر جنسية الحكم التحكيمي حسب أنصار[2] هذا المعيار بمكان صدوره، وذلك بغض النظر عن جنسية الخصوم أو المحكمين أو موطنهم، وعليه يكون حكم التحكيم جزائريا إذا صدر في الجزائر، ويكون فرنسيا إذا صدر في فرنسا، ويكون إماراتيا إذا صدر في الإمارات العربية المتحدة، وهكذا دواليك[3].

---

[1]- عبد الحميد الأحدب، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص.225.

[2]- من أنصار هذا الاتجاه" فؤاد رياض وسامية راشد في مؤلفهما أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار النهضة العربية، 1990، ص.352. وكذلك إبراهيم أحمد إبراهيم في مؤلفه، تنفيذ أحكام التحكيم، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع37، س1981، ص،ص.5-6. مشار إليهما من طرف، بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.137.

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.361.

لأهمية هذا المعيار فقد تبنته العديد من التشريعات الوطنية مثل الكويت[1]، وسوريا[2]، إذ حسب قانون أصول المحاكمات السوري يعتبر حكم التحكيم أجنبيا إذا صدر في بلد أجنبي، وهو ذات ما قررته المادة 25 من القانون الدولي الخاص الكويتي التي نصت على:" أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها إذا كانت نهائية وقابلة للتنفيذ في البلد الذي صدرت فيه".

على أن الأمر لم يقتصر على التشريعات الوطنية، إذ قد تبنت العديد من الاتفاقيات الدولية المعيار الجغرافي لتحديد جنسية الحكم التحكيمي، ومن ذلك اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها التي نصت في المادة الأولى منها:" تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها..."[3]

من خلال هذا النص، يتضح أن أحكام التحكيم الوطنية هي التي تصدر في إقليم الدولة، أما الأحكام الأجنبية فهي التي تصدر خارج إقليم الدولة، وهو ذات ما أكدت عليه الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي التي عقدت في جنيف في 21أبريل 1961[4].

وقد برر أنصار هذا المعيار صلاحيته في مجال الأحكام التحكيمية جراء الارتباط الوثيق مابين حكم التحكيم والدولة التي صدر فيها، ذلك أن المحكمين غالبا ما لا يجلسون للحكم إلا في دولة تربطها بالنزاع موضوع التحكيم رابطة وثيقة[5].

وإذا كانت البساطة والوضوح من السمات الأساسية لهذا المعيار، إلا أنه قد تعرض لانتقادات عديدة منها؛ وجوب انتظار صدور الحكم لتحديد جنسيته، وذلك بغض النظر عن القانون الذي تم وفقا لأحكامه، عدم إمكانية إعماله في بعض الأحكام التحكيمية لاحتمالية صدورها بالطرق الحديثة، التي لا تسمح بارتباط الحكم بدولة معينة، وشأن ذلك الأحكام التي تصدر عن طريق المراسلة، وكذا تلك التي تصدر باستخدام الوسائل الالكترونية الحديثة، وبصفة خاصة منها الانترنت، بل إن هناك انتقاد آخر وَجه لهذا المعيار، ويتمثل في مساواته ما بين الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الوطني، والأحكام التحكيمية الصادرة عن قضاء خاص، بحيث إذا كان هذا المعيار يصلح لتحديد أجنبية الأحكام القضائية فإنه لا يصلح لتحديد أجنبية الأحكام التحكيمية، لارتباطه وتعلقه في الأولى بسيادة الدولة في ممارسة الوظيفة القضائية على إقليمها، وعدم ارتباطه في الثانية بالنظام

[1]- المادة 25من قانون رقم 5 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي.

[2]- تنص المادة 1/311 من قانون 1 لعام 2016 المتعلق بأصول المحاكمات السوري:" أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي يجوز الحكم بتنفيذها إذا كانت نهائية وقابلة للتنفيذ في البلد الذي صدرت فيه، وذلك مع مراعاة القواعد المبينة في المواد السابقة."

[3]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص. 110؛ أمجد فهد الملحم، المرجع السابق، ص.45.

[4]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 362.

[5]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكترونيكوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص. 108.

القانوني أو الإجرائي لدولة معينة رغم صدوره فيها[1]، بل إن مكان صدور الحكم التحكيمي قد يتم على سبيل المصادفة أو بصورة عرضية، فإتفاق شركة فرنسية مع أخرى تركية على اختيار الجزائر العاصمة مكانا للتحكيم مع تطبيق القانون الفرنسي على موضوع التحكيم وإجراءاته لا يجعل منه حكما تحكيميا وطنيا لأن كافة عناصره أجنبية[2].

وإذا كان هناك خلاف حول إمكانية الأخذ بالمعيار السابق لتحديد جنسية حكم التحكيم العادي، فإنه في مجال البيئة الالكترونية ينبغي التمييز بين رأيين فقهيين: الأول[3] يقر بصعوبة تطبيق هذا المعيار على الأحكام التحكيمية الالكترونية لاعتماده اعتمادا كليا على السمة الإقليمية البحتة المتعلقة بسيادة الدولة، ولتعارضه مع مقتضيات البيئة الالكترونية التي تتم في فضاء الكتروني غير مرتبط بمرتجع أرضي، أي في فضاء تتلاشى فيه الحدود وتذوب فيه المسافات.

في حين يتجه الرأي الثاني إلى عدم شمولية الحكم لكل الحالات، بحيث يقتضي الأمر التفرقة بين فرضين؛ في الفرض الأول يحدد الأطراف مسبقا وبصفة صريحة مكان صدور الحكم، وفي الفرض الثاني يكون محل صدور الحكم عنصرا عرضيا مصطنعا غير متفق عليه من قبل الأفراد.

إذ بينما يتم في الفرض الأول الاعتماد على إرادة الأطراف لتحديد جنسية الحكم التحكيمي الالكتروني، بحيث يتم استخلاص نية الأطراف من خلال القانون المختار لحكم موضوع النزاع، أو من خلال إختيارهم لقواعد تابعة لهيئات التحكيم الواقعة في إقليم دولة محددة[4]، فإنه لا يمكن في الفرض الثاني الإعتماد على الحل المصطنع لتحديد جنسية الحكم التحكيمي الالكتروني، إلا إذا ارتضى الأطراف لاحقا الخضوع لهذا المكان.

بعد بيان كيفية تحديد جنسية حكم التحكيم الالكتروني الدولي وفقا للمعيار الجغرافي والإنتقادات الموجهة له، وجب التعرض إلى المعيار القانوني وصلاحيته لتحديد أجنبية أحكام التحكيم الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية.

ثانيا: صلاحية المعيار القانوني لتحديد أجنبية الحكم التحكيمي الالكتروني الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية

يُطلق على هذا المعيار تسمية المعيار القانوني أو المعيار الإجرائي، وفقا له يكتسب الحكم التحكيمي جنسية الدولة التي خضعت إجراءات العملية التحكيمية لقانونها، بحيث يكون الحكم التحكيمي وطنيا إذا اتبعت

[1]- بلال عبد المطلب بدوي،التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية ، المرجع السابق، ص. 110؛ عمار غالب مصطفى تركمان، المرجع السابق، ص.25.

[2]- عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص.121.

[3]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.111.

[4]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 363 .

في إجراءاته أحكام القانون الوطني للدولة المطلوب منها التنفيذ، ولو صدر خارج إقليمها، في حين يكون أجنبيا ولو صدر في إقليم الدولة المطلوب منها التنفيذ، طالما اتبعت في إجراءاته أحكام قانون دولة أجنبية أخرى.[1]

من هنا يلاحظ، أن صعوبة إعمال هذا المعيار لا تبرز عند اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، بل تبرز عند عدم اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية التي تحكم سير العملية التحكيمية.

والواقع أن هذه المسألة لا تثير إشكالات إذا تعلق الأمر بالتحكيم المؤسسي، ذلك أن اتفاق الأطراف على منح هيئة من هيئات التحكيم صلاحية الفصل في النزاع يفسر على أنه قبول ضمني من قبلهم بالخضوع للإجراءات المتبعة في تلك الهيئة، وكذا عند إتفاق الأطراف على إعمال الإجراءات المعتمدة في معاهدة دولية معينة، بحيث يعتبر التحكيم الذي يجري وفقا لإجراءاتها وطنيا بالنسبة للدولة المنظمة إليها، ويكون أجنبيا بالنسبة للدولة التي لم تنظم إليها.[2]

من خلال ما سبق، يلاحظ أن تبني المعيار القانوني يجنب الباحثين المشاكل العملية المترتبة على الأخذ بالمعيار الإقليمي، وذلك لعدم خضوعه لتغيرات المكان إذ لا يتوجب على القاضي المطلوب منه الاعتراف والتنفيذ غير التحقق من صدور الحكم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون الدولة التي اختارها الأطراف صراحة أو ضمنا، وهو ما يجعله متفق مع الطبيعة الخاصة للتحكيم كنظام لحسم المنازعات[3].

ولكن على الرغم من مزايا هذا المعيار، إلا أنه يطرح مشكلة الأحكام الطليقة أو ما يسمى بالأحكام غير المنتمية[4]، وهي الأحكام التي لا تتصل بنظام قانوني وطني معين، أي تلك التي تتحرر من أحكام القانون

---

[1]- نبيل زيد مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المرجع السابق، ص.39 .

[2]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.365 ؛كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولي ، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص.102.

[3]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 366.

[4]- تتعدد التسميات التي أطلقت على هذا النوع من أنواع أحكام التحكيم، منها تسمية الحكم العائم عبر الدول، الحكم الغير المنتمي، الحكم الذي يعلو الدول، ولكن يفضل الفقه تسميته بحكم التحكيم الطليق، ذلك أن اصطلاح حكم التحكيم الذي يعلو الدول يعني وجود هيئة تعلو الدول لها سلطة إملاء إرادتها على الدول الأعضاء في المجتمع الدولي، وتختص بإصدار هذا النوع من الأحكام، وهو ما يترتب عليه إلتزام الدول بتنفيذ تلك الأحكام دون أن تملك الحق برفض تنفيذها أو تقييدها، في حين أن إصطلاح حكم التحكيم عبر الدولي فيعني تمتع أحكام التحكيم بقوة النفاذ الدولي التلقائي، وهو أمر غير حقيقي، وللإشارة فإن فكرة الحكم الطليق طُرحت في إطار الأعمال التحضيرية لاتفاقية نيويورك، ولم تتمخض المناقشات الموسعة في مؤتمر الأمم المتحدة عن الوصول إلى رأي موحد حول هذه الفكرة، حيث لم تشأ معظم الدول الأخذ بمفهوم متحرر وغير محدد لحكم التحكيم، وتركزت الآراء على عدم إمكانية إستبعاد المحاكم الوطنية نهائيا فيما يتعلق بالتحكيم، وبصفة خاصة محاكم الدولة التي يجري على إقليمها، ذلك أن مثل ذلك الاستبعاد يترتب عليه المساس بالعدالة أو إساءة الأطراف للحرية الممنوحة لهم في مجال التحكيم. يراجع في ذلك، صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.368؛ نبيل زيد مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المرجع السابق، ص. 43؛ عمار غالب مصطفى تركمان، المرجع السابق، ص.48.

الوطني[1]، وعليه حكم التحكيم الطليق هو الحكم الذي يصدر بشأن منازعة متعلقة بالتجارة الدولية، ولكنه منقطع الصلة بالقوانين الوطنية، ذلك أن عادات وأعراف التجارة الدولية هي التي تكون بمثابة قانون الاختصاص بالنسبة للمحكم[2].

والحقيقة أنه لا يمكن تصور وجود أحكام التحكيم الطليقة، في مجال التحكيم التقليدي إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى إبعاد التحكيم عن الارتباط بأي نظام قانوني وطني، أي إخضاعه لقانون التجارة الدولية، رغم أن الدولة المطلوب منها التنفيذ تأخذ في تحديد جنسية الحكم التحكيمي بالمعيار الإجرائي.

وعليه يبدوا أن صفة الحكم الطليق صفة نسبية شأنها في ذلك شأن الأحكام الأجنبية والوطنية، إذ قد يكون حكم التحكيم طليقا وفقا لنظام قانوني معين، ويكون دوليا وفقا لنظام قانوني آخر، ومرد ذلك اختلاف المعايير التي يتبناها كل مشرع على حدى، إذ قد تأخذ التشريعات في الدولة المطلوب منها التنفيذ بالمعيار الإجرائي ومن ذلك القانون الألماني[3]، في حين لا يحدد الأطراف القانون الإجرائي الواجب التطبيق على سير العملية التحكيمية، فيكون حكم التحكيم طليقا بالنسبة لها، أما إذا أُريد تنفيذه في دولة تكتفي بالمعيار القانوني كسوريا والكويت، يكون حكم التحكيم ذاته دوليا أجنبيا.

بناء على ما تقدم، يتضح أن المعيار القانوني القائم أساسا على القانون المختار من الأطراف لتسيير إجراءات العملية التحكيمية يسمح بتحديد جنسية الحكم التحكيمي الالكتروني، وتحديد ما إذا كان حكما تحكيميا وطنيا أو أجنبيا، وذلك طبعا إذا كان القانون المختار من الأطراف أو المطبق من قبل هيئة التحكيم هو قانون وطني تابع لدولة محددة، أما إذا كان القانون المختار أو القانون المطبق لا ينتمي لدولة معينة فإنه لا مناص من الرجوع إلى معيار مكان التحكيم[4]، أي المعيار الجغرافي.

ولكن ما ينبغي ذكره، أن الأحكام الالكترونية الطليقة حسب جانب من الفقه[5] لا تبرز فقط عند عدم توفر المعيار الاجرائي كما هو الشأن بالنسبة للأحكام التحكيمية الصادرة في البيئة المادية، بل تبرز كذلك عند عدم توفر المعيار الإقليمي لعدم إرتكاز التحكيم الالكتروني على مرتجع أرضي إستنادا لمبدأ اللامكانية،إذ وفقا لهذا الاتجاهيكون حكم التحكيم الالكتروني في غالب الأحيان حكما عائما طليقا وغير منتم، وهذا ما يبرز عند عدم

[1]- وائل طبارة، النظام العام والتحكيم المطلق، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، أبحاث-مناقشات-توصيات، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، جامعة الإصلاح الإسلامية، طرابلس-لبنان، 1421هـ -2000م، ص.42.

[2]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكترونيكوسيلة لتسوية مازعات التجارة الالكترونية،، المرجع السابق، ص. 108.

[3]- عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص.113.

[4]- بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية مازعات التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص.139.

[5]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.368 .

اتفاق الأطراف على تحديد مكان حكم التحكيم الالكتروني، وكذا عند عدم بيانهم للقانون الإجرائي الواجب التطبيق، واللذان على أساسهما تتحدد جنسية حكم التحكيم الالكتروني.[1]

أمام إنتشار الأحكام الالكترونية الطليقة، وعدم إعتراف غالبية الدول بها ينادي الفقه الحديث[2]،إلى لزوم إبرام إتفاقيات دولية لتنفيذ هذا النوع من الأحكام، ذلك أن مثل هذه الاتفاقيات ستعمد إلى وضع الضوابط العامة لتنفيذ هذه الأحكام، خاصة بعد أن غيرت الوسائل الالكترونية مضمون منازعات عقود التجارة الالكترونية، وانتشرت الأحكام الالكترونية، وإن كان لهذا الرأي وجاهته إلا أنه لا يمكن تحرير أحكام التحكيم الالكترونية من رقابة القضاء ومن سلطان الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، إذ ينبغي الأخذ بموقف القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في هذا المجال، بحيث يُمنح للأطراف حرية تحديد مكان التحكيم، وفي حال إغفالهم عن ذلك التنظيم تتولى الهيئة التحكيمية تحديده مراعية في ذلك أكثر العوامل إرتباطا بالقضية.

استنادا لما سبق، يلاحظ أن المشرع الجزائري استند عند تحديده لأجنبية حكم التحكيم الدولي على المعيار الإقليمي، بحيث فرق بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة بالخارج وأحكام التحكيم الدولية الصادرة بالجزائر.

بعد تحديد المقصود بحكم التحكيم الالكتروني الدولي، وبيان المعايير التي على أساسها تتحدد الصفة الأجنبية له، وجب التعرض إلى الشروط التي على أساسها يتم الاعتراف به وتنفيذه.

الفرع الثاني: شروط تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

لا جدال في أن خصومة التحكيم –ككل خصومة قضائية–تنتهي بصدور حكم يفصل في النزاع محل إتفاقية التحكيم[3]، إلا أنها تختلف عن نظيرتها القضائية في جل المسائل، بما فيها مسائل التنفيذ، إذ بينما تستلزم التشريعات الوطنية، والاتفاقيات الدولية شروطا إجرائية وموضوعية لتنفيذ الأحكام القضائية، فإنها تستلزم شروطا أخرى لتنفيذ الأحكام التحكيمية، تتماشى وهذه الأخيرة، وتسعى من خلالها إلى فرض رقابة القاضي الوطني على تلك الأحكام التحكيمية، دون أن يتعداها إلى فحص النزاع من ناحية موضوعه[4].

[1]– صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق ، ص. 372.

[2]– وهو موقف (حازم حسن جمعة)، مشار إليه من طرف، صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.372.

[3]– صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 359.

[4]– سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص. 150.

ونتيجة لأن هيئات التحكيم الالكترونية لم تحدد شروطا معينة لتنفيذ أحكام التحكيم التي تصدرها، بل اكتفت بالإشارة إلى ضرورة تنفيذ ما تصدره من أحكام، ومن ذلك ما قررته المادة 6/25 من التنظيم المقرر في شأن التحكيم الالكتروني لدى محكمة التحكيم عبر الانترنت التي نصت على : "يتعهد الأطراف بمجرد خضوعهم لهذا التنظيم، بتنفيذ حكم التحكيم دون تأخير"[1].

ونظرا لأن التحكيم الالكتروني الذي يتم في رحاب محكمة التحكيم عبر الانترنت وغيرها من هيئات التحكيم الالكتروني، لا يعدو أن يكون تحكيما مؤسسيا كالذي يجري في رحاب أي هيئة تحكيمية أخرى، فإن تنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية التي تصدرها تلك الهيئات سيتم لا محال وفقا للأحكام المنظمة لتنفيذ أحكام التحكيم التقليدية في الدولة المطلوب فيها التنفيذ[2].

ولاعتبار أن تلك الشروط قد وردت في ظل النصوص القانونية المنظمة للتحكيم التقليدي، والموجه لتسوية منازعات البيئة المادية، فما مدى إمكانية إعمالها لتنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية الفاصلة في منازعات التجارة الالكترونية؟

هذا ما سيتم التعرض له من خلال التطرق للشروط الإجرائية المقررة لتنفيذ أحكام التحكيم الإلكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية (**البند الأول**)، وللشروط الموضوعية المتطلبة في هذا المجال (**البند الثاني**).

البند الأول: الشروط الإجرائية المقررة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

إن بيان الجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، يقتضي الرجوع للنصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة، وذلك بدءا من نصوص القانون الاتفاقي أي المعاهدات الدولية التي تطرقت لهذا الموضوع، وأهمها اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وصولا لأحكام القانون الداخلي الوطنية والمتمثلة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولكن لاعتبار أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض لهذه المسألة، واكتفت في المادة الرابعة منها بتعداد الوثائق الواجب تقديمها في طلب الأمر بالتنفيذ[3]،وجب الرجوع إلى نصوص القانون الداخلي في بلد التنفيذ لتحديد الجهة

[1]- محمد حسن محمد علي، المرجع السابق، ص.552.

[2]- نفس المرجع، ص.553.

[3]- فتحي والي، المرجع السابق، ص.519.

القضائية المختصة للنظر في طلبات تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، على أن يتم الإستشهاد بأحكام القانون الاتفاقي والقانون الداخلي لتحديد الوثائق الواجب تقديمها.

ونظرا لأن هذه الأحكام وردت في مجال البيئة المادية، فسيتم التعرض لها ولقدرتها على معالجة أحكام التحكيم الالكترونية الصادرة في مجال عقود التجارة الالكترونية، بداية بتحديد الجهة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ (**أولا**)،وصولا للوثائق الواجب تقديمها لتنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية (**ثانيا**).

أولا: الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ

لقد استند المشرع الجزائري عند تحديده للجهة القضائية المختصة بمنح الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي إلى مكان صدور هذا الأخير، ففرقفي المادة 2/1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]،بين ما إذا كان حكم التحكيم صادرا في الجزائر، وبين ما إذا كان صادرا في الخارج.

إذ تم منح الاختصاص لرئيس المحكمة التي صدر الحكم في دائرة إختصاصها بالنسبة لحكم التحكيم الصادر في الجزائر، أي بالنسبة للأحكام التحكيمية الدولية الداخلية، في حين منح الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان التنفيذ عندما يكون حكم التحكيم صادرا في الخارج[2]، أي بالنسبة للأحكام التحكيمية الدولية الخارجية[3].

وهو بذلك يكون قد تبنى ما جاء من أحكام في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والذي عمد إلى تحديد الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ تبعا لمكان صدور حكم التحكيم، بحيث إذا كان حكم التحكيم صادرا في فرنسا، فإن الاختصاص بشأنه يؤول إلى رئيس المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة

[1]– تنص المادة 2/1051 ق.إ.م.إ.ج: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني."

[2]- M Issad, la nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international, revue de l'arbitrage ,n°3, 2008, p.425.

[3]– حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جويلية2012، ص.120؛ جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي–دراسة مقارنة–، المرجع السابق، ص.80؛ عليوش قربوع كمال، تدخل القضاء الجزائري في مجال التحكيم الدولي وفقا لقانون 08-09، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، 23 مايو 2013.

www.droitentreprise.com/ la date de consultation le site08-07-2017à11-56.

إختصاصها[1]، وذلك تطبيقا للمادة 1/1516[2]من قانون التحكيم الفرنسي الجديد، وهو ذات الحكم الذي سبق وأن تضمنه القانون الفرنسي القديم لسنة 1981 من خلال المادة 1500 التي أحالت إلى المادة 1477.

أما إذا كان حكم التحكيم قد صدر في الخارج، فإن الاختصاص بمنح الأمر بالتنفيذ ينعقد لرئيس محكمة باريس طبقا للمادة 1/1516 التي أوردت حكما جديدا لم يسبق لقانون 1981تنظيمه، ذلك أن النظام القديم كان يكتفي بتحديد الجهة القضائية المختصة بإصدار أمر تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة على التراب الفرنسي، أما تلك الصادرة في الخارج فلم يتعرض لها، ولم يحدد لمن يؤول الاختصاص في استصدار أمر التنفيذ بشأنها[3].

ولقد برر الفقه[4] التعديل الوارد في القانون الجديد، بسعي السلطات المختصة إلى تدويل الأحكام القضائية المستقر عليها والصادرة في مجال التحكيم الدولي، فمنح الإختصاص لرئيس محكمة باريس سببه ما تتمتع بهذه الأخيرة من جاذبية كموقع للتحكيم الدولي.

بناء على ما تقدم، يلاحظ أن التشريعات المنظمة للتحكيم لم تجعل الاختصاص بإصدار الأمر بالتنفيذ "للمحكمة" بل " لرئيس" هذه المحكمة، وقد برر ذلك على أساس أن الأمر بالتنفيذ لا يعتبر طريقا للطعن على حكم التحكيم، ولا بحثا لموضوع النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم، بل هو إضفاء للقوة التنفيذية عليه، وهي من المسائل التي لا تدخل في اختصاصات المحكمة، وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ2004 حيث اعتبرت أن النظر في طلب إصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي، يكون من اختصاص رئيس المحكمة المختصة يفصل فيه بموجب أمر على ذيل عريضة ويخرج تماما من إختصاص قاضي الأمور المستعجلة الذي كان قد لجأ إليه أحد أطراف الخصومة[5].

---

[1]- منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية2013-2014، ص.133.

[2]- Art 1516 AL1du C.Pro.Civ.Fr (Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2) : « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquelelle été rendue ou du tribunal de grande instance de Paris lorsqu'elle a été rendue à l'étranger »

[3]- علال-بن تركية ليندة أدية، المرجع السابق، ص. 141.

[4]-وهو موقف الفقيه(Emmanuel Gaillard) مشار إليه من طرف، أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص.181.

[5]- علال- بن تركية ليندة أدية، المرجع السابق، ص. 142.

وعليه يقدم طلب التنفيذ في الجزائر وفقا لإجراءات الأوامر على عرائض[1]، فيرفع الطلب إلى القاضي المختص بناء على عريضة[2]، من نسختين متطابقتين، تشتمل كل منهما على البيانات اللازمة والمتمثلة في تحديد كل من طالب استصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، المطلوب صدور الأمر في مواجهته، الوقائع والأسانيد التي تبرر أحقية طالب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم فيما يطلب[3].

ويستنتج موقف المشرع الجزائري من خلال التطابق الوارد في المواد 1035،1050،1051، المحال عليها بموجب المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمنظمة للاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها الجبري، والمواد 310 و312 من ذات القانون والمنظمة لأحكام الأوامر على عرائض، والبارز في كل من الجهة المناط بها إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي[4]، وتلك المناط لها إصدار الأوامر على عرائض[5]، وكذا من خلال آجال الاستئناف والجهة المقرر لها الاستئناف في كل منهما[6].

هذا عن المشرع الجزائري، أما المشرع الفرنسي فقد كان أكثر وضوحا حيث نص صراحة في المادة 1516 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أن طلب استصدار أمر التنفيذ يكون بموجب عريضة وفقا لشكل وإجراءات الأوامر على عرائض.

ولاعتبار أن هذه الأحكام قد وردت في البيئة المادية، فإن تطبيقها في البيئة الالكترونية يطرح مشاكل عديدة لصعوبة تحديد مكان التحكيم الالكتروني، ولاختلاف الآراء الفقهية الواردة في هذا الشأن[7]، ففضاء الانترنت لا تربطه أي رابطة بالأماكن الجغرافية، وهو ما لا يسمح بتحديد مقر التحكيم ومن ثم تحديد المحكمة المختصة التي يقدم الأمر بالتنفيذ لها.

---

[1]- أمينة خبابة، المرجع السابق، ص.177؛ زروق نوال، الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، السنة الجامعية 2014-2015، ص.109.

[2]- تنص المادة 1/311 ق.إ.م.إ.ج:" تقدم العريضة من نسختين. ويجب أن تكون معللة، وتتضمن الإشارة إلى الوثائق المحتج بها، وإذا كانت العريضة مقدمة بشأن خصومة قائمة، فيجب ذكر المحكمة المعروض أمامها الخصومة."

[3]- سمير جاويد محمد راشد، محاكم الدولة وتنفيذ أحكام المحكمين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، عين شمس، 2009،ص.451؛ محمد حسن محمد علي، المرجع السابق، ص.545.

[4]- تنص المادة 2/1051 ق.إ.م. إ.ج:" وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها...".

[5]- تنص المادة 2/310 ق.إم.إ.ج:" تقدم الطلبات الرامية إلى إثبات الحالة أو توجيه إنذار أو إجراء إستجواب في موضوع لا يمس بحقوق الأطراف، إلى رئيس الجهة القضائية المختصة...."

[6]- تنص المادة3/2/312 ق.إم.إ.ج:" وفي حالة عدم الاستجابة إلى الطلب، يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي.
يرفع الاستئناف خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ أمر الرفض."
وتنص المادة 3/1035:" يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي."

[7]- يراجع في ذلك، ص.317 من هذه الأطروحة.

لقد سبق الذكر أن مقر التحكيم فكرة قانونية، وعليه ينبغي تغليب دور الإرادة في مجال معاملات التجارة الإلكترونية لتحديد مقر التحكيم الالكتروني، حيث يتم منح الأطراف الحرية في تحديد مقر التحكيم، على أن يترتب على سكوتهم، منح الهيئة التحكيمية صلاحية تحديده مع مراعاة أن يكون ذلك المكان أكثر ملائمة وارتباطا بالنزاع.

وعليه إذا تم اختيار الجزائر مثلا مقرا للتحكيم الالكتروني انعقد الاختصاص بنظر الأمر بالتنفيذ لرئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم، أما إذا تم اختيار دولة أخرى باعتبارها مقرا للتحكيم وأريد التنفيذ في الجزائر انعقد الاختصاص بنظر الأمر بالتنفيذ للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التنفيذ، وللإشارة فإن السبب الرئيسي وراء طلب التنفيذ في الجزائر في الحالة الثانية، يكمن في أن هذه الأخيرة يتواجد بها محل إقامة المؤسسة التي تعرض خدماتها الالكترونية، أو التي تمارس الأنشطة التجارية الالكترونية من خلالها[1]، وهو الأمر الذي يسهل تبينه نتيجة لإلزام صاحب المؤسسة بالإعلان عن موقعه الجغرافي الحقيقي بصورة جلية وواضحة.

بعد أن تم تحديد الجهة القضائية المختصة بتنفيذ أحكام التحكيم الالكترونية، وجب التعرض للوثائق اللازم إيداعها لطلب الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الالكتروني.

ثانيا: الوثائق الواجب تقديمها

إعمالا لمبدأ حياد القاضي، ولمبدأ المطالبة القضائية[2]، يتوجب على الطرف المعني بالتعجيل[3] حسب ما ورد في المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،[4] التوجه إلى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة

---

[1]–وهو موقف

(Caprioli) , Aspects internationaux du commerce électronique,p.4

مشار إليه من طرف، صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.375 .

[2]– عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص.143.

[3]– لقد ألقى المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر 19 من قانون 03/19 المنظم للتحكيم التجاري الدولي عبء إيداع الوثائق اللازمة للحصول على أمر تنفيذ الحكم التحكيمي على عاتق أحد المحكمين أو على عاتق الطرف المعني بالتعجيل، وهي بذلك تكون قد تبنت ما قررته المادة 1477 التي كانت تحيل عليها المادة 1500 من قانون التحكيم الفرنسي القديم لسنة 1981 ، وذلك على خلاف المشرع المصري الذي قرر في المادة 47 من قانون التحكيم الجديد إلقاء عبء الاثبات على عاتق من صدر الحكم لصالحه.

ويرى الفقه المعاصر أن عبء الإيداع يقع على هيئة التحكيم أو أحد أفرادها في حال تعددهم، أو بواسطة أحد الخصوم، ويستوي في الخصم أن يكون من صدر حكم التحكيم لصالحه، أو الخصم المحكوم عليه في حكم التحكيم، طالما كانت له مصلحة في ذلك. يراجع، علال – بن تركية ليندة أديبة، المرجع السابق، ص. 150.

[4]– تنص المادة 1053 ق.إ.م.إ.ج:" تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل."

Art1516AL 3 du C.Pro.Civ.Fr dispose que : « La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité. »

للتقدم بطلب تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، وعليه أن يرفق بطلبه كل من أصل حكم التحكيم، أصل اتفاقية التحكيم، أو نسخ عنهما يستوفيان شروط صحتهما، ليقوم أمين الضبط بتحرير محضر عن ذلك الإيداع ويُحمل الأطراف النفقات المترتبة على ذلك[1].

ولا يعد إيداع حكم التحكيم كافيا لتنفيذ الحكم التحكيمي، بل يتوجب على المعني بعد تقديمه للوثائق اللازمة تبليغ الخصم تبليغا رسميا بطلب التنفيذ.

وعليه تبرز الأهمية العملية لإيداع حكم التحكيم تحت تصرف قضاء الدولة المطلوب منها التنفيذ في تمكين الخصوم من الإطلاع عليه، والسماح للقاضي بمراقبته والتحقق من توافر الشروط اللازمة لمنحه الصيغة التنفيذية، وذلك حتى تتمكن السلطة العامة من ممارسة التنفيذ، بالقوة إن اقتضى الأمر[2].

ونظرا لأن المشرع الجزائري قد شمل في المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الوثائق اللازم تقديمها لتنفيذ الحكم التحكيمي في كل من أصل الحكم، وإتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما، فقد تعرض للنقد لعدم استلزامه ترجمة هذه الوثائق إلى اللغة العربية في حالة صدورها بلغة أجنبية، وذلك مراعاة لكون التنفيذ الجبري على التراب الجزائري يتم تحت إشراف سلطته القضائية من جهة، ولاعتبار أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية في البلاد من جهة أخرى،[3] خاصة وأن هناك تشريعات أخرى تتطلب هذا الشرط، ومنها التشريع المصري،[4] والتشريع الفرنسي.[5]

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد شرط ترجمة الوثائق إلى اللغة العربية في المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم أن المحكمة العليا الجزائرية سبق لها أن تعرضت لذلك في حكمها الصادر بتاريخ29 ديسمبر 2004 حيث استلزمت من طالب التنفيذ أن يُقدم لها إلى جانب كل من أصل الحكم أو صورة موقعة عنه، وأصل اتفاق التحكيم، أو صورة موقعة عنه، تقديم ترجمة لهذه الوثائق إذا كانت محررة بغير لغة

[1]- زيري زهية، المرجع السابق، ص.134؛ بن عصمان جمال، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد، المرجع السابق، ص.62.

[2]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص.150.

[3]- علال بن تركية ليندة ادية، المرجع السابق، ص.147.

[4]- تنص المادة 56 /3 من قانون رقم 09 لسنة 1997 المتضمن تعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية:" يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقا به ما يلي: -ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادرا بها."

[5]- يراجع في ذلك ص. 386من هذه الأطروحة.

البلاد الرسمية، وأن يشهد على هذه الترجمة مترجم رسمي، أو خبير على مستوى المحاكم أو المجالس القضائية أو محلف، أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي أو أية جهة معتمدة[1].

الحقيقة أن ما استقرت عليه المحكمة العليا الجزائرية، يعد تجسيدا لانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي نصت في المادة 4فقرة 1و 2منها على هذه الشروط، وعليه عدم ورود بعض الوثائق في المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا ينقص من قيمة النص لورودها في اتفاقية نيويورك، خاصة وأن المشرع يكرس فكرة سمو المعاهدة على القانون، ولوردها في الأحكام العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

علاوة على هذه الوثائق، لابد أن يُرفق ملف طلب التنفيذ بصورة من المحضر الذي يدل على إيداع الحكم، كما ويجب تقديم صورة ورقة إعلان الحكم إلى المحكوم عليه، وهو إعلان يتم عن طريق المحضر القضائي وفقا للقواعد العامة.

هذا عن المشرع الجزائري أما بخصوص المشرع الفرنسي، فينبغي التنويه إلى أنه قد أشار إلى المستندات الواجب إدراجها مع طلب التنفيذ في المادة 1515 فقرة 1 من قانون التحكيم لسنة 2011، وهي نفسها تلك المنصوص عليها في المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، إلا أنه سلك مسلك المشرع المصري – والوارد في المادة 5 من قانون التحكيم لسنة 1994- بنصه في الفقرة 2 من المادة آنفة الذكر على ضرورة ترجمة الوثائق إلى اللغة الرسمية للبلاد، إذا كانت صادرة بغير اللغة الفرنسية.[3]

كما وأن الجديد الذي جاءت به المادة 1515 عدم استلزامها ما كانت تستلزمه المادة 1499من قانون التحكيم القديم لسنة 1981، والتي اشترطت ألا تقدم الترجمة الرسمية الصادرة عن الجهة المعتمدة، إلا إذا تمسك قاضي التنفيذ بذلك، لتقدم إذا طلبها من قبل مترجم مسجل على قائمة الخبراء القضائيين، أو من قبل مترجم رسمي معتمد لدى المحاكم والهيئات القضائية والإدارية لأية دولة عضو في الاتحاد الأوروبي أو طرف في الاتفاق الخاص بالقضاء الاقتصادي الأوروبي أو الكونفدرالية السويسرية.

[1]- علال بن تركية ليندة ادية، المرجع السابق، ص.144.

[2]- تنص المادة 2/8 ق.إ.م.إ.ج:" يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول."

[3]- Art 1515AL2du C.Pro.Civ.Fr Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2« si ces documents ne sont pas rédigés en langue française, la partie requérante en produit une traduction , elle peut être invitée à produire une traduction établie par un traducteur inscrit sur une liste d'experts judiciaires ou par un traducteur habilité à intervenir auprès des autorités judiciaires ou administratives d'un autre état membre de l'union européenne, d'un état partie à l'accord sur l'espace économique européen ou de la confédération suisse. »

من خلال ما سبق يلاحظ أن التشريعات تستلزم لتنفيذ حكم التحكيم التقليدي تقديم أصل حكم التحكيم أو صورة طبق الأصل منه، وأصل اتفاقية التحكيم أو صورة منها إلى الجهة المختصة بإصدار أمر التنفيذ، لكن ما مدى إمكانية تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني الصادر عن محكمة تحكيم إلكترونية في ظل قواعد وضعت أصلا لتطبق على حكم التحكيم التقليدي؟ وهل النسخة الالكترونية لحكم التحكيم والنسخة الالكترونية لاتفاقية التحكيم تفي بالشروط التي تتطلبها التشريعات؟

في هذا الإطار انقسمت الآراء الفقهية إلى ثلاث؛ اتجاه يؤيد فكرة الأخذ بالنسخة الالكترونية لإثبات وجود أصل حكم التحكيم وأصل إتفاقية التحكيم، غير أنه يربط مسألة الاكتفاء بها بالقدرة على التحقق من صحة المعلومة وتكاملها المؤمن والمصدق بالتوقيع الخاص بالمحكمين، في حين يتجه الرأي الثاني إلى عدم إمكانية اعتبار النسخ الالكترونية لحكم التحكيم وإتفاقية التحكيم بمثابة نسخ أصلية، وذلك لسهولة الحصول على آلاف النسخ الالكترونية بما يقلل من إثبات أصالتها وصحتها وشرعيتها القانونية ولعدم إمكانية التمييز بين الأصل والصورة[1]، في حين يشترط الاتجاه الثالث للاعتداد بالنسخ الالكترونية ضرورة المصادقة عليها بالتوقيع اليدوي، ذلك أن هذا الأخير لا يوضع إلا بعد تأكد المحكمين في حكم التحكيم من صحة المعلومات وشرعيتها[2].

إن تعدد الآراء الفقهية لا يؤثر في الصلة الوطيدة التي تربط بين الوثيقة الأصلية والدعامة الورقية، إذ بمجرد استخدام لفظ أصلية الوثيقة تتجسد الصورة الورقية لها، ولكن التطورات التي مست النظام التعاقدي ونجم عنها ظهور المعاملات الالكترونية دفعت بالتشريعات إلى إعادة النظر في منظومتها القانونية الخاصة بالإثبات، فعملت على إدماج طرق مستحدثة كالتوقيع الالكتروني، الكتابة الالكترونية والوثيقة الالكترونية الأصلية[3].

وفي هذا الشأن تعرض قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية إلى مشكلة تقديم صورة مطابقة لأصل الوثيقة الالكترونية في المادة 1/8[4] والتي تشترط من أجل إضفاء صفة الوثيقة الالكترونية الأصلية وجود نظام يكفل سلامة المعلومات في محتواها، مع إمكانية كشف المعلومات للشخص المقدمة إليه، كما قررت ذات المادة في الفقرة الثالثة[5] منها أن المعيار الذي يعول عليه لتقدير سلامة المعلومات يتحدد ببقائها مكتملة دون

[1]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص. 61.

[2]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص.357.

[3]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.203.

[4]- تنص المادة 1/8من القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية:"عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الإحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا:

أ- وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك.

ب- كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات."

[5]- تنص المادة 3/8 من القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية: " لأغراض الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة (أ):

تغيير، باستثناء ما قد يطرأ عليها من تغييرات أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين والعرض، ويتم تقدير درجة التعويل على ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله المعلومات وعلى ضوء جميع الظروف ذات الصلة.

كما أشار دليل تشريع قانون الأونسيترال للتجارة الالكترونية أن المراد من مصطلح "أصلية" الوارد في فحوى المادة 8 ليس تثبيت المعلومات للمرة الأولى، لأنه من المستحيل الحديث عن رسائل بيانات أصلية، سيما أن للطرف الذي ترسل إليه رسالة بيانات تبقى لديه دائما نسخة عنها، وعليه ينبغي أخذ مفهوم مصطلح "أصلية " بما يتماشى والعقبات التي تجابه تطور التجارة الالكترونية، باعتبار أن الكثير من المنازعات في مجال ممارستها ترتبط بمسألة الطبيعة الأصلية للوثائق لذلك يجب على الدولة الإقرار بوجود وسائل تقنية للإشهاد بأن محتوى رسالة البيانات مطابقة للأصل[1].

وإلى جانب ما قررته المادة 8 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية، أوردت المادة[2]4/9 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية حكما مماثلا لها، حيث قررت أنه حين يشترط القانون احتفاظ الخطاب أو العقد في شكله الأصلي أو ينص على عواقب لعدم وجود مستند أصلي، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفاه الخطاب الالكتروني شريطة أن توجد وسيلة موثوقة تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه من وقت نشأة الخطاب بشكله النهائي، وأن تكون المعلومات الواردة فيه متاحة للشخص الذي يتعين أن تتاح له.

وقد قررت الفقرة 5 من ذات المادة[3] معايير تقييم سلامة المعلومات وشملتها في بقاء المعلومة كاملة دون تحوير، بصرف النظر عن إضافة أي مصادقة أو تغيير في السياق المعتاد للإرسال والتخزين والعرض، واعتبرت أن درجة الموثوقية تقدر في ضوء الغرض الذي أنشأت من أجله المعلومات وفي ضوء جميع الظروف ذات الصلة.

=أ- يكون معيار تقدير سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير، بإستثناء إضافة أي تغيير يطرأ أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين، والعرض.

ب- تقدر درجة التعويل المطلوب على ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله المعلومات وعلى ضوء جميع الظروف ذات الصلة."

[1]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.205.

[2]- تنص المادة 4/9 من إتفاقية إستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية:" حينما يشترط القانون وجوب إتاحة الخطاب أو العقد أو الإحتفاظ به في شكله الأصلي، أو ينص على عواقب لعدم وجود مستند أصلي، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفي فيما يخص الخطاب إلكتروني إذا :

(أ) وجدت وسيلة موثوق بها تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه منذ الوقت الذي أنشئ فيه أولا في شكله النهائي، كخطاب إلكتروني أو غير ذلك؛

(ب) وكانت المعلومات الواردة فيه، حيثما يشترط أن تكون متاحة، قابلة للعرض على الشخص الذي يتعين أن تتاح له."

[3]- تنص المادة 5/9 من إتفاقية إستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية: لأغراض الفقرة 4(أ):

(أ) تكون معايير تقييم سلامة المعلومات هي ما إذا كانت تلك المعلومات قذ ظلت كاملة ودون تحوير، بصرف النظر عن إضافة أي مصادقة وأي تغيير ينشأ في السياق المعتاد للإرسال والتخزين والعرض؛

(ب) تقدر درجة الموثوقية المطلوبة في ضوء الغرض الذي أنشئت المعلومات من أجله وفي ضوء جميع الظروف ذات الصلة."

وقد حددت المادة 20[1] من ذات الاتفاقية نطاق تطبيق أحكامها، فألزمت الدول المنظمة إليها بتجسيد أحكامها في كل اتفاقية انضمت إليها تلك الدول كإتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاذها المبرمة في نيويورك 1958، وذلك كله حتى يتم إعادة النظر في الشروط المنصوص عليها في المادة 4من هذه الاتفاقية، والخاصة بوجوب تقديم أصول كل من إتفاقية التحكيم وحكم التحكيم وإقرار حالة إفراغهما في خطابات إلكترونية[2].

على الرغم مما قدمته النصوص القانونية الدولية من حلول لتجاوز مشكلة تقديم أصل حكم التحكيم وأصل إتفاقية التحكيم إلى الجهة التي يطلب منها الأمر بتنفيذ الحكم، إلا أن البعض[3] يرى ضرورة إلزام هيئات التحكيم الالكتروني بإرسال نسخة مكتوبة من حكم التحكيم إلى الأطراف المعنية، وذلك حفاظا على حقوق الأطراف وضمانا لتنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية.

ولئن كان إقرار هذا الرأي يسمح بتجاوز مشكلة تقديم أصل حكم التحكيم وأصل اتفاقية التحكيم بالنسبة للتشريعات التي لم تتعرض لموضوع التجارة الالكترونية بالتنظيم، إلا أن إعماله بالنسبة للتشريع الجزائري لن يجد صداه لمسايرة هذا الأخير لأحكام القانون النموذجي واتفاقية استخدام الخطابات الالكترونية، إذ قرر بمقتضى المادة 2/10 من قانون 15-03 المتعلق بعصرنة قطاع العدالة[4] أن الوثائق المرسلة بالطريق الالكتروني تتمتع بصحة وفعالية الوثيقة الأصلية إذا كان بالإمكان التعرف الموثوق على أطراف التراسل الالكتروني، مع ضمان سلامة الوثائق المرسلة، أمن وسرية التراسل، وكذا حفظ المعطيات بما يسمح بتحديد تاريخ الإرسال والاستلام من طرف المرسل إليه بصفة أكيدة.

هذا عن الوثائق الواجب توافرها للحصول على أمر تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني، أما بخصوص طريقة إيداع هذه الوثائق فينبغي الإشارة أن جانبا من الفقه[5] ينادي بضرورة جعل عملية الإيداع هي الأخرى إلكترونية بإيجاد ما يسمى بالشباك الالكتروني الذي يستعين به المعني بالأمر لطرح الحكم المراد تنفيذه، وتقتضي هذه العملية

---

[1]- تنص المادة 1/20 من إتفاقية إستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية:" تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على إستخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد تسري عليه أي من الإتفاقيات الدولية التالية، التي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الاتفاقية أو قد تصبح دولة متعاقدة فيها:

- إتفاقية الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها (نيويورك، 10حزيران/ يونيه1958)."

[2]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.205.

[3]- سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص.156؛ أمينة خبابة، المرجع السابق، ص.180.

[4]- قانون رقم15-03 المؤرخ في 11ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المتعلق بعصرنة قطاع العدالة، ج.ر، ع06، س2015

[5]- حازم محمد الشرعة،التقاضي الالكتروني والمحاكم الالكترونية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1431هـ- 2010 م، ص، ص. 121-122 .

منه المرور بثلاث وحدات؛ الأولى وتسمى وحدة تسجيل طلبات التنفيذ، الثانية يطلق عليها تسمية وحدة تدوين الطلبات ومتابعة قرارات رئيس وقضاة التنفيذ، والثالثة تعرف بوحدة استيفاء الرسوم والأمانات.

فأما الوحدة الأولى والمعروفة بوحدة تسجيل طلبات التنفيذ فتهدف إلى تمكين طالب التنفيذ من تعبئة طلب التنفيذ الالكتروني المتضمن بياناته الشخصية وصورة شمسية خاصة به، مستندا في ذلك إلى وحدة تدوين الطلبات، ليقوم بعد ذلك الموظف المختص بالتأكد من صحة القرار بالدخول إلى سجلات النظام الداخلية، ليأتي دور الوحدة الثالثة، والتي تعمل على إلزام المعني بالأمر بدفع الرسوم المستحقة بالطرق الإلكترونية.

بعد المرور بهذه المراحل الثلاث، يتم منح طالب التنفيذ رقم سري ورقم مرمز وهو رقم الدعوى التنفيذية، يسمح له إدخالهما بالتأكد من صحة إجراء الطلب التنفيذي، ويتم بمجرد تطابقهما فتح محضر التنفيذ الذي يخول له بالتعاون مع الموظف المختص تسجيل طلبه، ليحوله هذا الأخير إلى القاضي المختص، على أن الموظف المختص لا يعرض الملف على القاضي المختص في حال الشك في شخصية طالب التنفيذ، بل يلزمه بالحضور الشخصي إلى الدائرة.

على أنه في حالة التأكد من المعطيات المدونة يتم إطلاع القاضي المختص على الملف، ليفصل في الدعوى التنفيذية، ويحيل القرار الصادر عنه إلى الموظف المختص ليقوم بإعلام المحكوم له بمضمون القرار ويعمل على تنفيذه.

من هنا يلاحظ أن آلية التنفيذ هي الأخرى ينبغي أن تحكمها مجموعة متطورة من الإجراءات السهلة والمرنة، بحيث تتم كافة الإجراءات إلكترونيا، ويتم تنفيذ مضمون القرار دون ضرورة حضور الأطراف، بحيث يقع على الدائرة الالكترونية مسؤولية تنفيذ وإرسال كتب الحجوزات إلى الجهات المختصة، وإعلام الأطراف بما تم من إجراءات حال القيام بعملية التنفيذ، وبمقتضى هذه الآلية سينشأ نظام تنفيذي يوفر الوقت والجهد على المواطنين والمحامين ويسمح لهم بإنجاز المعاملات التنفيذية بيسر وسهولة[1]، وفي هذا الإطار ينبغي على المشرع الجزائري التدخل على وجه السرعة لتفعيل فكرة الشباك الالكتروني الخاص بتنفيذ الأحكام بصورة عامة، و الأحكام التحكيمية الصادرة بطريقة إلكترونية بصفة خاصة.

بعد تحديد الإجراءات الواجب اتباعها لعرض حكم التحكيم الالكتروني الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية على قاضي التنفيذ المختص، وكذا الوثائق الواجب إرفاقها بطلب التنفيذ، وجب التطرق إلى الشروط الموضوعية التي يتحقق منها قاضي التنفيذ لمنح الحكم التحكيمي أمر التنفيذ.

[1]- حازم محمد الشرعة، المرجع السابق، ص.123.

البند الثاني: الشروط الموضوعية المقررة لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في مجال عقود التجارة الالكترونية

إن احترام الشروط الإجرائية غير كاف لاعتراف الدولة المطلوب منها التنفيذ بالحكم التحكيمي الدولي ومنحه الصيغة التنفيذية، بل لابد أن يتوفر في هذا الأخير جملة من الشروط الموضوعية المقررة قانونا، والتي تختلف باختلاف التشريعات،ومدى انضمامها لاتفاقية نيويورك التي ألقت على عاتق الدول المنظمة إليها إلتزاما بعدم إخضاع تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية لشروط أقسى أو لمصروفات قضائية أعلى من تلك التي تطبقها على الأحكام التحكيمية الوطنية.

وفي هذا يلاحظ أن المشرع الجزائري [1] كرس الحظر الوارد في اتفاقية نيويورك، فأورد شروطا أخف وشملها في كل من وجود حكم التحكيم، وعدم مخالفته للنظام العام الدولي. ولكن لما كان استلزام هذه الشروط قد ورد بخصوص أحكام التحكيم الصادرة في البيئة المادية، فهل سيمتد تطبيقها للأحكام التحكيمية الصادرة في البيئة الإلكترونية؟

هذا ما سيتم التعرض له بداية بالتطرق إلى إثبات وجود حكم التحكيم (**أولا**)، وعدم مخالفته للنظام العام الدولي (**ثانيا**)، ثم إلى شرط المعاملة بالمثل (**ثالثا**).

أولا: إثبات وجود حكم التحكيم

إن إثبات وجود حكم التحكيم أمر بديهي، ذلك أنه لا يعقل أن يعترف بحكم ويصدر أمر تنفيذه دون أن يقدم من يتمسك به سند يثبت بموجبه فصل المحكم أو الهيئة التحكيمية في النزاع المعروض عليها[2]، ولاعتبار أن هذا الشرط يندرج ضمن الأعمال المادية، فان اثباته حسب ما قررته المادة 1052 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادة 1515 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[3] يتم من خلال تقديم أصل حكم التحكيم وإتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما يستوفيان شروط صحتهما[4].

---

[1]- تنص المادة1/1051 ق.إ.م.إ.ج:" يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي."

[2]- علال بن تركية ليندة اديبة، المرجع السابق، ص 156؛ حدادن طاهر، المرجع السابق،ص.110.

[3]-Art1515 duC.Pro.Civ.Fr: « l'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises par leur authenticité »

[4]- عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص.128.

ولاعتبار أن أحكام التحكيم الالكترونية تصدر في شكل إلكتروني فقد واجهت هذه الأحكام في البداية مشكلة الإعتراف بها وتنفيذها، كون أن الكتابة والتوقيع الواردين بها إلكترونيين، ولكن في الحقيقة يمكن القول أنه وبعد أن تطورت أنظمة الإثبات وأقرت مبدأ التعادل الوظيفي لم تعد أحكام التحكيم الفاصلة في منازعات التجارة الالكترونية الصادرة إلكترونيا والموقع عليها إلكترونيا تطرح إشكالا، طالما توافرت فيهما الشروط المقررة قانونا[1].

هذا بخصوص لامادية حكم التحكيم الالكتروني، أما فيما يتعلق بوجوب تقديم المعني بالأمر لأصل الحكم التحكيمي وأصل إتفاقية التحكيم، أو على الأقل نسخا عنهما يستوفيان شروط صحتهما[2]، فقد سبق التعرض لها[3].

ثانيا: عدم مخافة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي.

لا يكفي لمنح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الدولي إثبات من يتمسك به وجوده، بل لابد أن لا يترتب على ذلك التنفيذ مخالفة النظام العام الدولي، وعليه إذا اتضح لقاضي التنفيذ في الجزائر أن الحكم التحكيمي المطلوب تنفيذه مخالف للنظام العام الدولي[4] امتنع عن إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، وذلك إستنادا لنص المادة2/1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تحيل إلى الفقرة الأولى منها، وكذا المادة 5من اتفاقية نيويورك، وإن كانت هذه الأخيرة استخدمت مصطلح النظام العام في بلد التنفيذ،فإن جانبا من الفقه[5] يتجه إلى أن هذا اللفظ يقيده ما جرى عليه العمل في دولة القاضي المطلوب منه التنفيذ، كون أن هذه الأخيرة قد تأخذ بالنظام العام الداخلي، كما قد تأخذ بالنظام العام الدولي كما هو الشأن بالجزائر، وبهذا تكون الاتفاقية قد تبنت نفس المنحى الذي اتبعته في المسائل المتعلقة بالإجراءات.

بالرجوع إلى هذه المواد يلاحظ أن المشرع اكتفى بذكر مصطلح النظام العام الدولي دون أن يحدد المقصود به، ودون أن يوضح المعايير التي على أساسها تتم المحافظة عليه، ولعل السبب في ذلك جلي، إذ أن مهمة

---

[1]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.183.

[2]-Cf. Terki Nour eddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU ,Alger,1999 , p.129.

[3]- يراجع ص،386 من هذه الأطروحة.

[4]- يختلف الفقه حول تسمية النظام العام الذي يجب أن يعتد به في نطاق العلاقات القانونية الدولية، فالبعض يطلق عليه تسمية النظام العام الدولي الحقيقي، والبعض الآخر يشير إليه تحت إسم النظام العام للقانون التجاري الدولي، والبعض الثالث يبحثه تحت إسم النظام العام غير الوطني، والبعض الأخير يشير إليه تحت إسم النظام العام عبر الدولي، ويفضل التعبير الأخير ذلك أنه يزيل إمكانية التفكير وجود نظام عام دولي غير حقيقي أو وهمي، الذي هو غير موجود إطلاقا. لمزيد من التفاصيل. يراجع، إياد محمد بردان، المرجع السابق، ص.568.

[5]- حوت فيروز، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي في ضوء القانون الجزائري والإتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج –البويرة–،2016، ص.117.

التعريف من اختصاص الفقه، وفي هذا يلاحظ أنه رغم الجدل القائم حول وجود فكرة النظام العام الدولي الحقيقي إلا أن من الفقه من حاول تحديد المقصود يه، إذ يرى الفقيه (Niboyet) أن النظام العام الدولي الحقيقي هو النظام العام المشترك بين الأمم المتمدينة أو المتحضرة، والذي يترتب على عدم احترامه الخروج عن نطاق الاشتراك القانوني الذي يعتبر أساس القانون الدولي الخاص[1].

في حين عرفه (Terki Nour eddine) بأنه:"مجموعة من المبادئ الأساسية الضرورية لتنظيم المجتمع الدولي، يتعلق الأمر بالقواعد المشتركة التي يتعين معاقبة إخلالها من قبل المحكم الدولي، بغض النظر عن التشريع الوطني الذي يحكم موضوع النزاع."[2]

في حين يذكر الفقيه(Nestor)أن النظام العام الدولي الحقيقي جزء لا يتجزأ من قانون التجارة الدولية، وهو عنصر ضروري في تكوين النظام العام القانوني الذي يطبقه المحكم الدولي من أجل تحقيق العدالة[3].

بناء على ما تقدم يتضح أن بروز فكرة النظام العام الدولي الحقيقي كان سببها ضرورات التجارة الخاصة الدولية، والتي اقتضت نشأة بعض القواعد التي تحكم العلاقات الدولية بين التجار، سواء كان مصدر هذه الأخيرة الأعراف التجارية السائدة بين التجار في مجال التجارة الدولية، أو المبادئ المستخلصة من نصوص العقود النموذجية التي درج التجار على اتباعها[4].

ولعل السبب وراء ظهور هذا المفهوم منع الدول من التقيد بالنظام العام الداخلي للحيلولة دون تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، بحيث أصبح بالإمكان تنفيذ حكم التحكيم إذا كان مخالفا للنظام العام الوطني في دولة التنفيذ طالما أنه لم يكن مخالفا للنظام العام الدولي، ذلك أن هذا الأخير يرمي إلى الحفاظ على المصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية والخلقية للمجتمع الدولي، في حين أن النظام العام الداخلي يسعى إلى الحفاظ على ذات المصالح لكن في دولة معينة.

---

[1]- جارد محمد،حقيقة وجود النظام العام الدولي الحقيقي في التحكيم التجاري الدولي، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع9، 2011،ص.212.

[2] - « D'une façon schématique, l'ordre public «réellement » international peut être défini comme l'ensemble des principes fondamentaux indispensables à l'organisation de la société internationale. Il s'agit en quelque sorte des régles communes dont la transgression doit être sanctionnée par l'arbitre =international indépendamment de la législation nationale régissant le fond du litige. » cité par.Terki Nour eddine, op.cit.,P.46. :

[3]- جارد محمد، حقيقة وجود النظام العام الدولي الحقيقي في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص.212.

[4]- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص.75؛ صديق بغداد، المرجع السابق، ص.217.

وعليه يمتاز النظام العام الدولي عن النظام العام الوطني بخاصية الاشتراك بين كل دول العالم، على خلاف خاصية الوطنية التي يمتاز بها النظام العام الداخلي[1]، فالنظام العام الدولي وجد خصيصا للحفاظ على العلاقات الخاصة الدولية، ولتحقيق نوع من التنسيق والتعاون بين قوانين الدول المختلفة والقائمة على افتراض وجود حد أدنى من الاشتراك القانوني فيما بينها، ولعل من التطبيقات العملية للنظام العام الدولي، رشوة المحكمين أو الشهود، بيع المخدرات، وتجارة الرقيق[2].

لهذه الأسباب لا يمكن الاعتداد بما هو من النظام العام الداخلي لرفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي، فتسبيب الحكم وإن كان من النظام العام في أغلب الدول لكونه يتعلق بتكوين الحكم في ذاته، إلا أن كثيرا من دول القانون العام لا ترفض تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي بسبب عدم ذكر أسباب حكم التحكيم[3]، إذ لم يستلزم التشريع الفرنسي هذا الشرط، وذلك حتى لا يتعارض مع النظام التحكيمي الإنجليزي، الذي يجيز صدور الأحكام بدون تسبيب، في حين يقر المشرع الجزائري لزوم تسبيب الحكم التحكيمي تحت طائلة بطلان الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر، ورفض منح الأمر بالتنفيذ لأحكام التحكيم الدولية الصادرة في الخارج.

وهو في ذلك يكون قد كرس ما أوردته قوانين وأنظمة التحكيم التقليدية منها والالكترونية، إذ تلزم المادة 3/34 من قواعد الأونسترال النموذجي بصيغتها المعتمدة لعام 2010 هيئة التحكيم أن تبين في منطوق الحكم الأسباب التي استند إليها القرار، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، كما قررت المادة 2/25 من لائحة المحكمة الافتراضية ضرورة تسبيب الحكم الصادر منها[4].

رغم وجاهة ما سبق ذكره، إلا أنه لابد من الذكر أن الفقه يتجه إلى أن المقصود بالنظام العام الدولي الحقيقي، النظام العام الدولي للدولة في بلد التنفيذ، ذلك أن القاضي هو حارس النظام القانوني لدولته، وعليه يقصد بالنظام العام الدولي الحقيقي الصورة المخففة من النظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواء تعلق الأمر بالقواعد الإجرائية أو الموضوعية، وعليه يبدوا أن قواعد النظام العام الدولي ليست قواعد دولية، بل هي قواعد نظام عام محلي خاص بدولة التنفيذ، وهي على هذا الأساس قواعد آمرة من درجة سامية تعلو على مستوى القواعد الأخرى في قانون القاضي[5].

[1]- عبد النور أحمد، المرجع السابق، ص.130.

[2]- نفس المرجع، ص.130.

[3]- فتحي والي، المرجع السابق، ص. 515.

[4]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص.168.

[5]- زروق نوال، المرجع السابق، ص.141.

بناء على ما تقدم، ينبغي الذكر أن هذه المفاهيم نظرية، وتجسيدها في الواقع العملي، يستلزم انتظار الطريقة التي سيفسر بها القضاء الوطني هذا المصطلح عند تطبيقهم للقانون في المسائل المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي[1].

الواقع أن هذه الأحكام قد وردت في مجال أحكام التحكيم التقليدية، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمديد العمل بها في مجال أحكام التحكيم الالكترونية، وعليه لا يمكن تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية، إذا كانت مخالفة للنظام العام الدولي السائد في مجال القانون الموضوعي الالكتروني، هذا الأخير الذي وجدت أحكامه خصيصا لتسوية منازعات التجارة الالكترونية.

ثالثا: المعاملة بالمثل

لم يتم الإشارة إلى هذا الشرط ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكن بالرجوع للمادة 1 من المرسوم88-233 يتبين إلتزام المشرع بهذا الشرط، وبمقتضى مبدأ المعاملة بالمثل لا يجوز تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي، إلا إذا كانت الدولة التي صدر بإسمها الحكم تقبل تنفيذ الأحكام التحكيمية الصادرة في بلد قاضي التنفيذ وبنفس القدر[2].

ويتعلق هذا الشرط أو التحفظ بمجال تطبيق الاتفاقية، بحيث لا ينصب إلا على شروط الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الصادر في الخارج، على أن العبرة في تقدير التبادل لا تتحدد بالدولة التي يتبع لها الخصوم، بل بالدولة التي صدر فيها الحكم المراد تنفيذه.

ويثير شرط التبادل هذا صعوبات، إذ من شأنه الحيلولة دون تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، فهذا الشرط لا يكفل للدولة أن الأحكام الأجنبية التي ستنفذ أحكام سليمة جديرة بالتنفيذ، بل قد يؤدي إلى تحايل الدول الأخرى لإمكان تنفيذ أحكامها لدى الدولة المشترطة التبادل، وعليه يتضح جليا أنه ليس من مصلحة الدول تعليق تنفيذ الحكم الأجنبي على هذا الشرط، لما سبق ذكره، ولصعوبة التحقق عملا من توفره.

ولم يقتصر التحفظ على مبدأ المعاملة، بل شمل حسب المادة 3/1 من الاتفاقية قصر تطبيق أحكام الاتفاقية على النزاعات الناشئة عن علاقات تعاقدية أو غير تعاقدية يعتبرها القانون الوطني للدولة التي التي أبدت التحفظ علاقات تجارية.

[1] – زروق نوال، المرجع السابق ، ص.142.

[2] – بلقاسم خلوط، المرجع السابق، ص.59.

إستنادا لهذا التحفظ، لا تطبق الأحكام الواردة بالاتفاقية إلا مابين التجار، وعليه تستبعد عقود الاستهلاك الالكترونية من نطاق تطبيقها.

بعد أن تم تحديد مجمل العقبات التي تعترض شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية أمام القضاء الوطني، وجب التطرق إلى الحلول التي قدمتها هيئات التحكيم الالكتروني لتجاوز ما قد يثيره تطلب التحقق من الشروط الآنف ذكرها.

المطلب الثاني: التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

إن خصوصيات المنازعة الناشئة عن التجارة الالكترونية أفضت إلى استخدام آلية جديدة تكفل حل ما يطرح خلال إبرامها أوتنفيذها، وتمثلت هذه الأخيرة في التحكيم الالكتروني، ولاعتبار أن إجراءات التحكيم الالكتروني تتم كليا بالوسائل الالكترونية وتسفر عن صدور حكم تحكيمي الكتروني[1]،فقد نادى جانب من الفقه[2]إلى عدم اللجوء إلى القضاء الوطني لتنفيذ أحكام التحكيم الالكتروني، والبحث عن وسائل تستطيع الهيئات الالكترونية من خلالها إجبار الطرف الخاسر على تنفيذ حكمها دون الحاجة إلى الحصول على أمر تنفيذ من قضاء الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم، ويطلق على هذه الوسائل آليات التنفيذ الذاتي.

ولعل من الإشكالات التي كانت سببا لاقتراح آليات التنفيذ الذاتي لجوء محكمة التنفيذ الوطنية إلى التحقق من صحة إجراءات التحكيم الالكتروني وفقا لقواعد قانون وطني، وسواء كان هذا الأخير القانون المختار من الأطراف لحكم الإجراءات، أو قانون دولة مقر التحكيم، وكذا استلزام كتابة الحكم لتنفيذه، ناهيك عن ما قد يترتب عن اللجوء إلى القضاء الوطنيمن زيادة في النفقات على المحكوم لصالحه كون أنه سيضطر للسفر إلى الدولة التي سيتم فيها التنفيذ أو يكلف محاميا بذلك لتحصيل حقه. وعليه ما هي البدائل التي اقترحت لتنفيذ الحكم التحكيمي الالكتروني ؟

هذا ما سيتم بيانه بالتعرض لكل من آليات التنفيذ الذاتي غير المباشر (**الفرع الأول**)، وآليات التنفيذ الذاتي المباشر (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول:آليات التنفيذ الذاتي غير المباشر لأحكام التحكيم الالكتروني

يتم التنفيذ الذاتي غير المباشر لأحكام التحكيم الالكتروني عن طريق حث أو إغراء مركز التسوية الطرف الخاسر على القيام بالتنفيذ دون أن يتدخل مركز التسوية ذاتيا لتحقيق ذلك الهدف، وإذا كانت وسائل التنفيذ

[1] – معتز سيد محمد أحمد عفيفي، المرجع السابق، ص.124.

[2] – وهو موقف الفقيه(Schultz). مشار إليه من طرف، حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.238.

الذاتي غير المباشر تهدف كلها إلى المساس بالذمة المالية للطرف الخاسر إلا أن منها ما يكون ذا طابع معنوي. ولذلك فقد تم التعرض لها بتقسيمها إلى جزاءات مادية (**البند الأول**)، وأخرى معنوية (**البند الثاني**).

البند الأول : الجزاءات المادية

يندرج ضمن الجزاءات المادية كل من سحب العلامة، والغرامة التهديدية، وللإشارة ينبغي الذكر أن الجزاء الأول والمتمثل في سحب العلامة يرتبط بفكرة علامات الثقة التي تمنحها جهات مختصة ليضعها البائعين على صفحات المواقع الالكترونية الخاصة بهم لعرض بضائعهم،وبفضل هذه العلامة يحوز البائع على ثقة العملاء، الذين غالبا ما يبحثون عنها قبل الإقدام على عملية الشراء عبر الانترنت[1].

وللإشارة فإن الحصول على هذه العلامة يستلزم تعهد البائعين بإحترام القواعد الواردة في تقنين الهيئة مانحة العلامة، كإلتزامهم بإحترام الحياة الخاصة للغير، إحترام المنافسة المشروعة، وتحديدهم لطريقة البيع، أي إحترام كل ما تقتضيه تقنينات السلوك، مع إلتزامهم بالخضوع لمراكز التسوية المحددة في ذلك التقنين، وكذا للأحكام والقرارات الصادرة عن هذه المراكز[2].

وعليه تعد علامات الثقة أحد الوسائل الهامة في مجال تنفيذ أحكام التحكيم الإلكتروني، بحيث يترتب على إمتناع البائع عن تنفيذ ما يتضمنه الحكم أو القرار الصادر عن مركز التسوية سحب العلامة منه، في حين يترتب على تنفيذه للحكم الإحتفاظ بها[3].

ومن أمثلة التنظيمات المجسدة لنظام علامة الثقة في سياق تسوية المنازعات عبر الخط، علامة مكتب تحسين العمال التجارية، والذي من خلاله يضع التجار المعتمدين فيه شعار (BBBOnline)على مواقعهم، بعد أن يكون ذلك المكتب قد أعد رابطا من صفحة التاجر إليه، لتمكين المستهلكين من معرفة الشركات المسجلة ضمن برنامج المكتب، وكذا بآليات حل المنازعات المتاحة لهم عندما لا تسوى هذه الأخيرة داخليا[4].

استنادا لما سبق، يلاحظ أن تنفيذ الحكم في مثل هذه الحالة يبقى متوقفا على إرادة البائع لا على مركز التسوية، ما يجعل من التهديد بسحب العلامة أحد وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر، ولكن إذا كان سحب العلامة جزاء يكبد البائع آثار مادية، فإن هناك جزاء آخر يندرج ضمن ذات الطائفة، ويتمثل في الغرامة التهديدية التي تطبقها بعض مراكز التسوية.

---

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.252.

[2]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.353؛ بوديسة كريم، المرجع السابق، ص.184.

[3]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 260.

[4]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.208 .

ويعد نظام الغرامة التهديدية إتفاق بين البائع ومركز التسوية المختص بمنازعاته، ويكيف على أنه شرط جزائي يلتزم بمقتضاه البائع الممتنع عن تنفيذ أحكام مركز التسوية بسداد مبلغ مالي معين يدخل في تقديره قيمة النزاع، وكذا فوائد التأخير عن المدة التي امتنع فيها عن التنفيذ[1].

غير أن ما يأخذ على هذا النظام لجوء مركز التسوية إلى القضاء الوطني لتحصيل قيمة الغرامة، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى إضاعة الوقت[2]، ولعل من بين ما يخفف من حدة هذا الإجراء حصول مركز التسوية على فوائد التأخير مضافا إليها قيمة الغرامة المتفق عليها.

وبذلك تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة ضغط على الطرف الخاسر، من خلالها يقوم هذا الأخير بتنفيذ قرارات وأحكام مراكز التسوية الإلكترونية المختصة بنظر منازعاته[3].

البند الثاني: الجزاءات المعنوية

يعد نظام إدارة السمعة أحد أهم وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر، وهو يندرج ضمن طائفة الجزاءات المعنوية.

يقوم هذا النظام أساسا على وجود مواقع إلكترونية للتسوق عبر شبكة الإنترنت، تضم هذه المواقع في عضويتها العديد من البائعين والمستهلكين، وتسمح للمستهلك بالتعرف على سمعة البائع وسيرته الذاتية قبل بدء عملية الشراء[4]، من بين أهم المواقع التي تطبق نظام إدارة السمعة موقع (E- Bay)الذي ينشر في صفحة خاصة به تحت عنوان تقدير الشراء (E-Bay evaluation) سمعة المواقع التجارية للبائعين الأعضاء فيه، وكذلك آراء المستهلكين الذين تعاملوا مع هذه المواقع من قبل ليكون للمستهلك الذي يود التعامل مع صاحب الموقع الدخول لهذه الصفحة والتعرف على كل ما يرتبط به، ومن العوامل التي يستعان بها لتحديد سمعة التاجر إحترام مواعيد تسليم المبيع، حالة البضائع عند التسليم[5].

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.261 .

[2]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.215.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 352.

[4]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص. 187.

[5]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.211.

بحيث إذا كانت النقاط التي تحصل عليها البائع إيجابية، فانه يكون قد حاز على ثقة أكبر عدد من المستهلكين، ويكون للغير التعامل معه بكل ثقة، في حين إذا كانت نقاطه سلبية، فإن ذلك يدل على سوء سمعته، مما يترتب عليه عزوف المستهلكين عن التعامل معه[1].

وللإشارة فإن البائع العضو في موقع(E-Bay)لا يمكنه التخلص من نقاط السمعة السيئة التي تتعلق بعدم تنفيذه لأحكام وقرارات مركز التسوية الذي يتعامل معه موقع (E-Bay) والمتمثل في مركز (square trade) الذي يكون له هو الآخر حق منح نقاط سلبية للمواقع الالكترونية الخاصة بالبائعين الذين لا ينفذون قراراته[2].

على هذا النحو يعتبر نظام إدارة السمعة وسيلة من وسائل تنفيذ أحكام وقرارات مركز التسوية الالكترونية، حيث أن سيطرة مواقع إلكترونية على تقييم سمعة البائع على الانترنت سيجعل هؤلاء يميلون إلى اتخاذ كل ما يلزم لكي لا توضع لهم نقاط سلبية على سمعتهم، ولعل ما سيلتزمون به هو تنفيذ قرارات وأحكام مراكز التسوية الالكترونية[3].

وإذا كان نظام إدارة السمعة جزاء معنويا، فإن من بين الجزاءات المعنوية التي تهز سمعة البائعين المساهمين في تكوين السوق الإلكترونية، والمالكين للمواقع الإلكترونية، نظام القائمة السوداء الذي يعد هو الآخر جزاء معنويا أكثر منه ماديا، بحيث يحط من السمعة التجارية التي يحرص التجار والشركات على الحفاظ عليها.[4]

بمقتضى هذا النظام تقوم الجهات التي تتولى منح علامات الثقة، وكذلك تلك التي تتولى إدارة السمعة بإصدار قائمة تضم أسماء المواقع الإلكترونية للبائعين الذين لا ينفذون أحكام مراكز التسوية الإلكترونية المختصة ليتم بعد ذلك نشرها على مواقعها بصفة دورية[5].

وما ينبغي التنويه إليه أن ما يميز هذا الجزاء عن غيره من الجزاءات أن القائمة تشير وبكل صراحة إلى إسم البائع الذي لم يلتزم بتنفيذ قرارات المركز، أمام هذا الوضع اتجه جانب من الفقه[6]إلى تصنيف هذه الأعمال ضمن

---

[1]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 256.

[2]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 354.

[3]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.212.

[4]- رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة إستكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2009، ص.130.

[5]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 354.

[6]- وهو موقف .(Schultz Thomas, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne). مشار إليه من طرف. حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.257.

القذف والتشهير الموجب للتعويض، ولكن رغم ذلك لا يمكن إلا اعتبارها أعمالا مشروعة لكونها جزاءات متفق عليها في العقد المبرم بين البائع والجهة مانحة العلامة، أو الجهة التي تتولى إدارة سمعة البائع.

على أن يقتصر الأمر على هذه الجهات دون غيرها بحيث تعد عملية النشر التي تقوم بها جهات حماية المستهلك على مواقعها بعد حصولها على المعلومات من طرف الجهات المختصة من قبيل التشهير والقذف حسب الفقه[1] لعدم وجود صلة تربط بين جمعيات حماية المستهلك والباعة المخالفين.

ولكن رغم إجماع الفقه على عدم مشروعية الأعمال التي تقوم بها جمعيات حماية المستهلك وإدراجها ضمن القذف والتشهير، لعدم وجود أي علاقة تعاقدية بين البائع المخالف وجمعيات حماية المستهلك، إلا أن الأمر يبقى صعب نـوعا ما في الوقت الحالي، خاصة بعد إنتشار المواقع الإلكترونية التابعة لجمعيات حماية المستهلك، ودفع هذه الأخيرة لرفض التعويض بحقها في تقرير الحماية للمستهلكين، سيما مع قدرتهم على الوصول لتلك القوائم بمجرد كتابة عنوان البائع الالكتروني على أحد محركات البحث الموجودة على شبكة الانترنت[2].

وللإشارة فإن الجزاءات المعنوية لا تقتصر على هذين النظامين فحسب، بل إن هناك نظاما آخر أشد قسوة، ويتمثل في الطرد من السوق الالكترونية، إذ وبمقتضى هذا الجزاء يتم حرمان البائع صاحب الموقع الالكتروني من تقديم عروضه على الانترنت عند مخالفته لأحكام وقرارات المركز.

ويقوم بهذا الإجراء مقدم خدمة المعلومات للموقع الالكتروني المخالف بناء على إتفاق تعاقدي سابق بينه وبين كل من مركز التسوية والبائع، ليترتب على هذا الإجراء الأخير إلى جانب الأضرار المعنوية المتمثلة في فقدان البائع لسمعته وثقته التي كان يحوزها ويتعامل بها، فقدانه لخسارة مالية كبيرة جراء غلق موقعه الإلكتروني[3].

من خلال كل ما سبق، يلاحظ أن وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر تتناسب في تطبيقها مع منازعات التجارة الالكترونية الخاصة بالاستهلاك، لأنها وسائل تحمل في طياتها طابعا تهديديا نحو البائع الممتنع عن تنفيذ أحكام وقرارات مركز التسوية الصادرة لصالح المستهلك، وبذلك تشكل وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر أحد الدعائم الأساسية لحماية المستهلك[4].

---

[1]- وهو موقف

(Schultz Thomas, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne)

مشار إليه من طرف. بوديسة كريم، المرجع السابق، ص.187.

[2]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.258.

[3]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 352؛ بوديسة كريم، المرجع السابق، ص.189.

[4]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.266.

الفرع الثاني: آليات التنفيذ الذاتي المباشر لأحكام التحكيم الالكتروني

إلى جانب وسائل التنفيذ الذاتي غير المباشر، تقوم مراكز التسوية الالكترونية بالتنفيذ المباشر للأحكام والقرارات الصادرة عنها، ودون تدخل من المحكوم عليه أي من البائع، وتشمل وسائل التنفيذ الذاتي المباشر، كل من إيداع الضمان المالي المغلق(**البند الأول**)، التحكم في بطاقة الائتمان(**البند الثاني**)، والتنفيذ الذاتي الالكتروني(**البند الثالث**)[1].

البند الأول: إيداع ضمان مالي مغلق

بمقتضى هذه الوسيلة يتوجب على البائع قبل البدء في إجراءات التحكيم تحويل مبلغ نقدي إلى حساب مركز التسوية الالكتروني، ليبقى ذلك المبلغ مغلقا، بحيث لا يمكن للبائع التصرف فيه إلا بعد مرور مدة محددة بصفة مسبقة في اتفاقية التحكيم،ووفقا لهذا الأسلوب يتمكن مركز التسوية من تنفيذ الحكم الصادر ضد البائع مباشرة من خلال المبلغ الذي وضعه تحت تصرفه، دون الرجوع إلى البائع ودون حاجة إلى إذن منه[2].

وهنا ينبغي الذكر أن تطبيق هذا الأسلوب يشمل كل منازعات عقود التجارة الالكترونية، سواء كانت بين المهنيين، أو بين أطراف مختلفين، أي بين مهنيين ومستهلكين (B2C)، كل ما هناك أنه في الحالة الأولى يتم إيداع الضمان المالي من كلا الطرفين، في حين يتم إيداع الضمان في الحالة الثانية من قبل البائع وحده[3].

البند الثاني: التحكم في بطاقة الائتمان

بمقتضى هذه الوسيلة يتفق البائع مع مركز التسوية على منح هذا الأخير سلطة التحكم في عملية السداد ببطاقة الدفع الالكتروني التي تتم على موقع البائع، بحيث يكون لمركز التسوية الحق في إعادة المبالغ التي تدفع بواسطة هذه البطاقات في حالة وجود خطأ ما في الدفع[4].

وللإشارة، فإن مركز التسوية يُمنح هذا الحق بمقتضى شرط تعاقدي يوضع في العقود المبرمة بين البائع ومركز التسوية من جهة، وبين الشركة مصدرة البطاقة ومركز التسوية من جهة أخرى، كما ويوضع في العقد المبرم بين البائع والشركة مصدرة البطاقة، والعقد المبرم بين الشركة مصدرة البطاقة وحامل البطاقة[5].

---

[1]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.215.

[2]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.350.

[3]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص. 262؛ بوديسة كريم، المرجع السابق، ص.191.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 350.

[5]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.263؛ رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع السابق، ص.131.

وعلى ذلك إذا تبين لمركز التسوية الالكتروني أن هناك خللا ما في الدفع الذي تم ببطاقة الائتمان على موقع البائع، جاز له إعادة المبالغ المستحقة إلى حساب المشتري في بطاقة الائتمان مباشرة، ودون حاجة للرجوع إلى البائع[1].

وبهذه المثابة يستطيع مركز التسوية الالكتروني تنفيذ قراراته مباشرة بإعادة المبالغ المالية المستحقة إلى حساب المشتري في بطاقة الائتمان، ما يجعل من هذه الوسيلة تندرج ضمن وسائل التنفيذ الذاتي المباشر لأحكام مركز التسوية الالكتروني[2].

البند الثالث: التنفيذ الذاتي الالكتروني

بمقتضى هذه الوسيلة يكون لمركز التسوية الالكتروني إمكانية تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة عنه مباشرة عبر الانترنيت، وللإشارة فإن إستخدام هذه الوسيلة يتم من خلال هيئات الايكان المختصة بتسوية النزاعات الناشئة عن أسماء الدومين والمواقع الإلكترونية[3]،وتتمثل قرارات هذه الهيئة في وقف استخدام العنوان الالكتروني بسبب عدم وفاء البائع بالتزاماته التعاقدية الناتجة عن اتفاقية التحكيم، أو بسبب ممارسته لأنشطة التجارية محظورة، وكما قد يكون الجزاء وقف إستخدام العنوان الالكتروني، فإنه يمكن أن يكون إلغاء إسم أحد المواقع إذا تبين للمركز تشابهه مع إسم موقع آخر سبق تسجيله[4]، أو حظر تسجيل موقع الكتروني آخر مرة ثانية، ولا يقتصر الأمر على هذه الجزاءات، بل يمكن للمركز نشر الحكم الصادر بوقف إستخدام الموقع الالكتروني، أو إلغائه وذلك في المجلات المتخصصة للانترنت، وفي صفحات(Multimedia)، ويمكن أن يتم نشر الحكم من خلال الموقع الخاص للمدعى عليه، ويكون الهدف من النشر السعي إلى عدم التعامل مع الموقع مجددا، كما يكون للمحكمة أن تفرض جزاء عقابيا على المدعى عليه، الغرض منه جبر الضرر الذي تحمله المدعي بسبب عدم تنفيذه لالتزاماته.

من هنا يلاحظ أن هيئات(ICANN)تتمتع بالقدرة على تنفيذ قراراتها مباشرة عبر الانترنت بطريقة الكترونية، ودون الحاجة إلى تدخل من أطراف النزاع، ولكن ما يعيب على التنفيذ الذاتي الالكتروني أن المحكوم عليه يملك إيقاف سلطة هذه الهيئة في التنفيذ بمجرد أن يقدم خلال عشرة أيام ما يفيد أنه قد رفع دعوى قضائية

[1]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص. 380.

[2]- حسن علي هجاري الحربي، المرجع السابق، ص.216.

[3]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.265.

[4]- سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص.350 .

تتناول ذات الموضوع أمام محكمة مختصة، بحيث بمجرد استخدامه لهذه الصلاحية لا يكون للهيئة شطب العنوان الالكتروني، بل يتوجب عليها انتظار فصل المحكمة في الدعوى المعروضة عليها، بإصدار حكم بشأنها[1].

من هنا يلاحظ أن اللجوء إلى وسائل التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الإلكتروني أكثر فعالية وأقل تكلفة من اللجوء إلى نظام التنفيذ أمام القضاء الوطني، سيما بالنسبة لعقود الاستهلاك، ذلك أن هذه الوسائل تعفي المحكوم له من مصاريف السفر إلى دولة التنفيذ، وكذا من تكليفه للمحامي بالقيام بإجراءات التنفيذ أو مصاريف الحصول على أمر التنفيذ، وعلى الخلاف من ذلك يكون نظام التنفيذ أمام القضاء الوطني أكثر ملاءمة في تطبيقه على عقود التجارة الالكترونية التي تتم بين التجار أو المؤسسات أو الشركات، لأن محل المنازعة فيها غالبا ما يكون ذا قيمة مالية كبيرة[2].

[1]- صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 381 .

[2]- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص.266.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال الدراسة الماثلة، يلاحظ أن موضوع عقود التجارة الالكترونية في العلاقات الخاصة الدولية من أحدث مواضيع القانون الدولي الخاص، بل من أكثرها دقة وحساسية، ويرجع ذلك إلى عدم قدرة قواعد القانون الدولي الخاص بمفاهيمها الكلاسيكية الواردة لحل منازعات عقود التجارة الدولية على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية الدولية، إذ لا يمكن التعويل على معطيات البيئة المادية لحل منازعات البيئة الإلكترونية، بل ينبغي الاحتفاظ بأصولها والعمل على تغيير القواعد المادية المفسرة والضابطة لها من جهة، مع خلق قواعد تتماشى والمجتمع الافتراضي من جهة أخرى، وذلك حتى لا يتم التضحية بالعصرنة والتطور لحساب ميراث قانوني يعجز في كثير من الأحيان عن مواجهة الموقف، ولا التضحية بما هو ثابت وراسخ ومستقر لحساب العصرنة.

ولعل مما لا ينبغي التسليم به في ظل التطورات الراهنة جدلية دولية كافة عقود التجارة الإلكترونية، فهذه الأخيرة شأنها شأن كافة المعاملات الخاصة منها ما هو داخلي، ومنها ما هو دولي، ولا تكتسي هذه العقود في نظر المشرع الجزائري الطابع الدولي إلا إذا تطرق العنصر الأجنبي للعلاقة العقدية وفقا للمعيار الاقتصادي المرسخ لفكرة مصالح التجارة الدولية.

ولئن كان إعمال هذا المعيار لم يتقرر في التشريع الجزائري لتحديد دولية عقود التجارة الالكترونية، ولا حتى عقود التجارة الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية، إلا أن تطبيقه عليهما كان قياسا على دولية التحكيم التجاري الدولي الذي يعتبر أهم آلية بديلة وضعت لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية.

الحقيقة أن تدويل العقد التجاري الإلكتروني وفقا للمعيار الإقتصادي الذي يعد رديف المعيار القانوني المضيق، يجد مآله كلما تعلق الأمر بعقود التجارة الالكترونية المبرمة بين المهنيين، في حين أن إضفاء الطابع الدولي على عقود الاستهلاك الالكترونية، يقتضي منح القاضي سلطة تقديرية حسب الظروف المحيطة بالنزاع المعروض عليه.

على أن تحديد المعيار الذي يتم من خلاله إضفاء الصفة الدولية على عقود التجارة الالكترونية لا يعد المشكل الوحيد الذي تواجهه هذه العقود، بل هو العامل الذي يؤدي إلى بروز مشاكل القانون الدولي الخاص، والتي تشمل كل من الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، وللإشارة فإنه لا يمكن تجاوز الصعوبات التي يطرحها إعمال القواعد الكلاسيكية الواردة بخصوص الاختصاصين التشريعي والقضائي إلا بوضع قواعد تنظم وتضبط المعاملات الالكترونية، ليتم على هديها تفسير الضوابط المعول عليها لحل مشكلتي الاختصاص السالف

ذكرهما، ولعل من أهم القواعد التي ينبغي أن يمسها التعديل تلك المتعلقة بمرحلة إبرام عقد التجارة الالكترونية، لارتباطها الوثيق بمجمل قواعد القانون الدولي الخاص.

إذ لا يمكن تجاوز مشكلة الاختصاص التشريعي إلا بإعلاء دور ضابط الإرادة، ومنح المتعاقدين صلاحية تحديد القانون الواجب التطبيق على أن لا يكون هذا الأخير منقطع الصلة بالمتعاقدين أو بالعقد، وإذا كان بالإمكان تطبيق الضابط الأصلي المتمثل في الإرادة بكل سهولة ويسر، فإن تطبيق ضوابط الإسناد الجامدة بالنسبة للتشريعات التي توردها كضوابط إحتياطية لتحديد القانون الواجب التطبيق في حال سكوت الأطراف عن بيان القانون المختص لا تعامل بالطريقة ذاتها، ذلك أن شبكة الانترنيت لا تعتمد على المرتكزات الجغرافية.

وعليه يقتضي تجاوز المشاكل التي يثيرها ضابط الموطن منح الأطراف صلاحية تحديده، بمعنى إلزام الأطراف في مجال عقود التجارة الالكترونية بتحديد المكان الجغرافي الحقيقي لها، ليترتب في حال عدم ذكرهم لمقر عملهم أو تعدد مقرات عملهم اعتبار مكان تواجدهم المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية، على أن ينصرف مدلول مقر العمل في كل الحالات للمكان الذي يحتفظ فيه الطرف بمنشأة غير عارضة لمزاولة نشاط اقتصادي، بحيث لا يعتبر مقر عمل المكان الذي يوفر من خلاله المورد بصفة مؤقتة سلعة أو خدمة معينة.

وكما يعول على التفسيرات السابقة لتحديد مقر عمل الشخص الاعتباري، فإنه يتم الاعتماد عليها لبيان مكان تواجد الشخص الطبيعي، غير أن الأمر يختلف في حال عدم ذكر هذا الأخير لمقر عمله، إذ يستنبط مكان تواجده آنذاك من محل إقامته.

هذا عن الحلول المقررة لضابط الموطن باعتباره أول ضابط شخصي، أما بالنسبة لضابط الجنسية باعتباره ثاني ضابط يندرج ضمن ذات الطائفة، فلا يمكن إلا التأكيد على تراجع مكانته في مجال معاملات البيئة الالكترونية، وذلك لعدم تحديد الأطراف لهويتهم خلال عملية التعاقد من جهة، ولضعف الصلة بينه وبين العقد الالكتروني من جهة أخرى.

وكما بينت الدراسة عجز ضوابط الإسناد الجامدة المتعلقة بالمتعاقدين بمفاهيمها الواردة في البيئة المادية عن تجاوز مشاكل البيئة الالكترونية، فقد تقررت النتيجة ذاتها بالنسبة للضوابط الجامدة المتعلقة بالعقد، والتي من أهمها ضابط محل الإبرام، إذ لا يمكن التعويل على القواعد العامة الواردة في القوانين الداخلية والمكرسة لفكرة التلازم بين مكان انعقاد العقد وزمانه في مجال البيئة الإلكترونية، بل ينبغي تبني نظرية الازدواجية والقائمة على التمييز بين زمان انعقاد العقد ومكانه.

بحيث يتحدد زمان انعقاد العقد بدخول الرسالة الالكترونية نظام المعلومات الذي حدده المرسل إليه، وفي حال دخولها نظام معلومات تابع له ولكن غير ذلك المحدد من طرفه، يكون العقد قد انعقد عند استرجاع المرسل

إليه لرسالة البيانات من نظام المعلومات الذي دخلت إليه، أما مكان انعقاد العقد فيتحدد إما وفقا لنظرية الإرسال أو نظرية الإستلام، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. وتعد نظرية التسلم أفضل النظريات لتحديد مكان إنعقاد العقد التجاري الإلكتروني المبرم بين المهنيين، في حين أن حماية المستهلك تستلزم إعتبار أن العقد انعقد في محل إقامة هذا الأخير.

وشأن ضابط محل الإبرام الذي تبناه المشرع الجزائري، ضابط محل التنفيذ، إذ لا يمكن التعويل عليه لحسم مشكلة الاختصاص التشريعي، إلا إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الالكترونية الجزئية التي تبرم عبر الخط وتنفذ خارجه لتحديد الأطراف في هذا النوع من المعاملات للمكان الذي ستسلم فيه السلعة أو الذي ستقدم فيه الخدمة، أما بالنسبة لعقود التجارة الالكترونية الكلية فلا يمكن تجاوز صعوباتها إلا إذا حدد الأطراف مسبقا مكان التنفيذ، أو باعتبار أن موطن المستخدم هو المكان الذي سلمت فيه السلعة أو قدمت فيه الخدمة.

وعلى الرغم من أن ضوابط الإسناد الجامدة تكرس لأطراف المعاملة اليقين القانوني، فلا تفاجئهم بما لم يتوقعوه إلا أنه وبسبب الجمود الذي يحيط بها اتجهت الاتفاقيات الحديثة وتشريعات بعض الدول إلى تبني الإسناد المرن، والذي على أساسه يتحدد القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا للأداء المميز فيه،ولكن بالرغم من أهمية هذا الضابط إلا أنه يفتقر في مجال معاملات البيئة الالكترونية شأنه شأن ضوابط الإسناد الجامدة إلى فكرة التركيز المكاني، بحيث لا يمكن تحديده إلا بذكر الأطراف مسبقا لمكان تواجدهم، فإعمال ضابط محل الإقامة المعتادة للبائع والمقرر في لائحة روما لا يمكن تطبيقه في مجال معاملات البيئة الالكترونية إلا إذا حدد البائع مسبقا هذا المقر.

ولما كانت ضوابط الإسناد السابق الإشارة لها تخص عقود التجارة الالكترونية المبرمة بين المهنيين، فإن عقود التجارة الالكترونية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا تستلزم معاملة خاصة، بحيث تقتضي ضرورات حماية المستهلك تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة له، على أن يكون بالإمكان تطبيق قانون الإرادة ما لم يترتب على إعمال هذا الأخير الإضرار بمصالح المستهلك.

ولئن كانت الضوابط السالف الإشارة لها تهدف إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، فإنه لابد من الإشارة أن هناك ضوابط أخرى يتم الرجوع إليها لتحديد أهلية الأطراف، وكذا مسألة شكل التصرفات القانونية، بحيث تخضع أهلية المتعامل في مجال التجارة الالكترونية لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، ويتم التحقق من توفر الأهلية لديه وفقا لأساليب متعددة أهمهما من الناحية القانونية شهادة التصديق الالكترونية، ولكن إذا ما تحققت شروط إعمال الاستثناء الخاص بالأهلية، فإنه يتوجب لزاما على القاضي تطبيق قانون دولته، وذلك لتأمين سلامة المعاملة التجارية الدولية المبرمة بدولة القاضي.

وكما تخرج الأهلية من نطاق تطبيق القانون المختص بحكم موضوع العقد، تخرج مسائل الشكل من نطاق إعماله، بحيث تخضع كأصل عام لقانون بلد الإبرام، ويرجع لهذا القانون لتحديد لزوم أو عدم لزوم الدليل الكتابي المعد لإثبات التصرف، قوة الدليل المعد لإثبات عقود التجارة الالكترونية، والتي يلاحظ أن التشريعات عمدت إلى تجاوزها من خلال إقرارها لمبدأ التكافؤ الوظيفي بين المستند الالكتروني، والمستند المكتوب، أي من خلال تنظيمها لموضوع الكتابة على الدعامة الالكترونية والتوقيع في الشكل الالكتروني، ومنحهما الحجية القانونية المعادلة للكتابة التقليدية والتوقيع التقليدي، متى توفرت فيهما شروطهما.

وإذا كانت مسألتي الأهلية والشكل تخرج من نطاق تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بموضوع التصرفات القانونية، فإن الأمر يقتضي أن هاتين المسألتين لا تندرجان لوحدهما ضمن حدود إعمال القانون المختص،بل إن هناك موانع تحد من نطاق إعماله وتشمل كلا من النظام العام والغش نحو القانون، وعليه لا يمكن إعمال الضوابط السابقة إذا ما تبين أن القانون الذي انعقد له الاختصاص يتعارض مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها مجتمع دولة القاضي، وكذا إذا تبين أن ذلك القانون انعقد له الاختصاص بطريق الغش نحو القانون.

إن إعمال الأحكام السابقة يطرح لا محال مشاكل متعددة في مجال البيئة الرقمية، وإزاء الصعوبات التي يثيرها تطبيق منهج التنازع على عقود التجارة الالكترونية الدولية، عمد مستخدموا شبكة الانترنت إلى تقديم بديل منطقي معقول لمعاملات البيئة الالكترونية بتجسيدهم لفكرة القانون المادي الالكتروني، والذي يتضمن قواعد تضع تنظيما مباشرا وخاصا للروابط القانونية التي تتم بالوسائل الالكترونية، وتمتاز قواعده بكونها قواعد قانونية نوعية مباشرة في مضمونها، دولية عالمية في إعمالها، سهلة ملائمة وواقعية في حلولها.

ولعل ما ساهم في تشييد صرح منهج القواعد المادية للتجارة الالكترونية تعدد مصادره، والتي تتراوح بين مصادر تنظيمية وأخرى تلقائية، ولكن بالرغم من أهمية قواعد هذا القانون إلا أن الدراسة أثبتت قصورها عن معالجة كافة المشاكل التي يمكن أن تنشأ عن استخدام الوسيلة الالكترونية في المجال التجاري، وهو ما لا يمكن تجاوزه إلا بإعلان التعايش بين منهجي التنازع ومنهج القواعد المادية للتجارة الالكترونية.

هذا عن الآليات التشريعية المقررة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، أما بخصوص الآليات القضائية المقررة لتسوية منازعات هذه العقود، فقد أثبتت الدراسة أن الضوابط التقليدية المقررة في القانون الدولي الخاص والمتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي ليست عديمة الفائدة تماما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقود التجارة الالكترونية شأنها في ذلك شأن ضوابط الاختصاص التشريعي، إذ يمكن الركون إلى بعضها في حالات معينة، سيما إذا تم تنفيذ تلك العقود بالطرق المادية المألوفة.

ولكن رغم تجسيد الطرح السالف ذكره لحقائق وضعية راهنة تظل الحقيقة التي لا يمكن تجاهلها مجسدة في عدم قدرة فكرة المكان بتفسيراتها التقليدية على التوافق مع طبيعة وخصوصيات شبكة الانترنت، كما وتبقى الجنسية في مفترق طرق، بحيث لا يمكن الاستئناس بها لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر منازعات هذه العقود سيما إذا تعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية.

وعليه يستلزم تجاوز المشاكل التي يطرحها تحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية تبني التفسيرات السابق الإشارة لها في مجال الاختصاص التشريعي والمقررة في تشريعات المعاملات الالكترونية، على أن لا يقتصر الأمر على ذلك، بل ينبغي الأخذ بعين الاعتبار المسائل التي كانت محل جدل فقهي والتي رسخت لنظريات وأحكام جديدة، وبصفة خاصة منها تحول وصف المستهلك في مجال شبكة الانترنت من مستهلك سلبي، إلى مستهلك شبه سلبي، وكذا تحديد مكان ممارسة النشاط بالنسبة للمواقع الالكترونية الافتراضية، بالاعتماد على معيار النشاط الموجه المدعم بفكرة التفاعلية، بحيث يتحدد مكان ممارسة الموقع الالكتروني الذي يمثل منشأة ليس لها وجود في العالم المادي بالدول التي وجه إليها ذلك الموقع نشاطاته على أن يراعى في ذلك حجم المعاملات التي تمت في تلك الدول، فمجرد توجيه النشاط غير كاف بذاته لاعتبار مكان معين مكانا لممارسة النشاط.

وينبغي أن يراعى في هذا كله حماية المستهلك مستعمل شبكة الانترنت، بحيث يتم منحه حق الخيار بين رفع دعواه أمام محكمة محل إقامته أو محكمة محل إقامة المورد متى كان المستهلك مدعيا، أما إذا كان مدعى عليه فلا يمكن للمورد مقاضاته إلا أمام الجهات القضائية التي يتواجد بها مقر إقامته(محل إقامة المستهلك)، على أن يكون بالإمكان تجسيد فكرة القضاء الأصلح للمستهلك من خلال منح الاختصاص للجهة القضائية المتفق عليها بين أطراف عقد الاستهلاك الالكتروني، وإن كان من اللازم ضبط هذه المسألة بحالات محددة، كأن يكون الاتفاق لاحقا على قيام النزاع، أو معاصرا لموضوع العقد وفيه يختار الأطراف اللجوء إلى محكمة موطنهما المشترك.

ولئن كان القضاء الرسمي يعد أحد أهم الجهات المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية، فإنه ينبغي الذكر أن هناك آلية بديلة يسعى أطراف المعاملة الالكترونية إلى اللجوء إليها لتسوية منازعات هذه العقود، وتكمن هذه الآلية في التحكيم الالكتروني، وقد عرف هذا الأخير رواجا كبيرا، بعد إقرار غالبية التشريعات للكتابة والتوقيع الالكترونيين، وإجازتها استخدام الوسائل الالكترونية لإبرام اتفاقية التحكيم، ويكون التحكيم الكترونيا إذا ما استخدمت الوسيلة الالكترونية خلال مجمل مراحل العملية التحكيمية، بحيث لا يعد الكترونيا التحكيم الذي تستخدم فيه الوسيلة الالكترونية خلال مرحلة دون الأخرى.

ولكن بالرغم من كفاية القواعد السابقة لضبط مسائل التحكيم الالكتروني، تبقى مسألة تحديد مقر التحكيم الالكتروني من أهم المشاكل التي تواجه هذا الأخير، وهي مشكلة لا يمكن تجاوزها إلا بإعلاء مبدأ سلطان الإرادة بمنح المتعاقدين صلاحية تحديده لينجم عن سكوتهما منح الهيئة التحكيمية صلاحية بيان ذلك المقر مع أخذها بعين الاعتبار ملابسات القضية محل النزاع، إذ لا يمكن الاسترشاد بموقع القضية لتحديد المقر، وذلك لعدم إمكانية الاعتماد على العناوين الالكترونية كأساس لتحديد أماكن تواجد الأطراف، بما فيها تحديد الهيئة التحكيمية.

ونظرا لأن قواعد القانون الدولي الخاص لا تقتصر على مسألتي الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، بل تتعداهما لتشمل مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية فقد توصلت الدراسة إلى كفاية القواعد القانونية المنظمة لهذا الموضوع لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية، وإن كان ينبغي على المشرع التدخل لحسم النقص الوارد بشأن شرط الرقابة القضائية، بحيث يحدد القانون الذي ينبغي الرجوع إليه لتحديد صدور الحكم من جهة قضائية مختصة ويكون ذلك وفقا للقواعد الواردة في الدولة مصدرة الحكم، ما لم تقرر نصوص القانون الاتفاقي خلاف ذلك.

كما وينبغي على المشرع إعمال فكرة التنفيذ الافتراضي خاصة بعد بدايات تشكل ملامح المحكمة الافتراضية، وذلك بتبنيه لفكرة شباك التنفيذ الالكتروني الذي يكون من خلاله للأطراف المعنية تقديم طلبات تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية بطريقة إلكترونية.

والأمر ذاته يخص تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية، خاصة وأن المشرع تجاوز المشاكل التي تطرحها الوثيقة الأصلية الالكترونية بإدراجه لجملة من الضوابط في قانون عصرنة قطاع العدالة، وإن كان من الأولى تبنيه ما أوردته المادة 8 من" القانون النموذجي للتجارة الالكترونية"، والتي قررت لإضفاء الصفة الأصلية على الوثيقة الالكترونية ضرورة وجود نظام يكفل سلامة المعلومات في محتواها، مع قدرته على تقديم تلك المعلومات للشخص المقدمة إليه، على أن يكون المعيار المعول عليه لتقدير سلامة المعلومات بقاءها مكتملة بدون تغيير باستثناء ما قد يطرأ أثناء المجرى العادي لعمليات التبليغ، التخزين والعرض، وتقدر درجة التعويل تلك على ضوء الغرض الذي أنشأت من أجله المعلومات، وعلى ضوء الظروف ذات الصلة، على أنه يمكن تجاوز هذه المشكلة في ظل المرحلة الراهنة من خلال إلزام هيئات التحكيم الالكترونية بإرسال نسخة مكتوبة إلى الأطراف المعنية.

بناء على كل ما سبق طرحه، يتضح أن المنظومة القانونية الوطنية عاجزة بأحكامها التقليدية على حل مشاكل عقود التجارة الالكترونية الدولية، وينبغي لتجاوز ذلك سعي المشرع الجزائري إلى التدخل لسد النقص

والقصور من جهة، ومواكبة المستجدات العلمية والتطورات التقنية التي أفرزها الواقع العملي من جهة أخرى وذلك من خلال:

- تكملة المنظومة القانونية الجزائرية بإقرار نظام قانوني خاص ينظم ويضبط معاملات التجارة الالكترونية، ويحمل بين طياته تحديد المقصود بالوسائل الالكترونية، مكان وزمان إنعقاد العقد الالكتروني، المقصود بموطن الأطراف، البيانات التي ينبغي على أطراف المعاملة الالكترونية إحترامها عند إستخدام الوسائل الالكترونية في التعاقد، كذكرهم الموطن، الجنسية، مكان تنفيذ الالتزام، أرقام هواتفهم، عنوان بريدهم الالكتروني، ولعل من أهم المسائل التي ينبغي أن يراعيها هذا القانون خصوصية ودقة التقنية بحيث يعمل على وضع قواعد قانونية مرنة من جهة، ويسهل عملية ضبط المعاملات من جهة أخرى. وللمشرع في صياغة أحكام هذا القانون الإسترشاد بما سارت عليه قوانين الدول العربية السباقة في هذا المجال، "كتونس"، "الإمارات العربية المتحدة"، "الأردن"... خاصة وأن تنظيمه للمعاملات الالكترونية وفقا لهذه القوانين يسهل عليه عملية الانضمام إلى اتفاقيات دولية ذات صلة بالموضوع، كما ويسمح بالمحافظة على حقوق الرعايا التابعين لتلك الدول، بحيث ان تواجدهم كأطراف في نزاعات من هذا القبيل يوفر لهم نوعا من الشعور بالأمان القانوني لمعرفتهم السابقة بالانسجام القائم بين تشريع دولتهم وتشريع الدولة التي سيطبق عليهم قانونها، في حين أن بقاء الدولة الجزائرية منطوية على نفسها متخلفة عن اللحاق بالركب الاقتصادي يجعل منها في حيز منعزل عن الأنظمة القانونية الأخرى، وهو ما يزيد من الهوة بينها وبين ركب التشريعات المتطورة.
- العمل على تجسيد فكرة التخصص، ذلك أن سن تشريعات متخصصة بالمعاملات الالكترونية غير كاف لوحده لتجاوز الصعوبات التي يثيرها عقود التجارة الالكترونية، بل ينبغي تكوين إطارت فنية متخصصة في مجال هذه التقنيات، وهو ما يستلزم العمل على إجراء دورات تدريبية ومحاضرات عملية ونظرية لرجال القانون، وبصفة خاصة القضاة منهم والمحامين كونهم الأمل الوحيد لأطراف المعاملة الالكترونية عند قيام مثل تلك المنازعات، كما وينبغي العمل على إيجاد قضاء رسمي وطني متخصص بنظر المنازعات الناشئة عن البيئة الحديثة خاصة وأن التخصص أصبح سمة عصرية تتجه نحوه مختلف العلوم في الوقت الراهن.
- شمولية مسألة التخصص لكل من الوسطاء والمحكمين، وعليه ينبغي العمل على تأهيل الوسطاء والمحكمين في مجال التجارة الالكترونية، وذلك حتى تكون الحلول المقترحة من طرفهم متماشية والبيئة الالكترونية.
- السعي لإيجاد البيئة المناسبة لانتشار المعاملات الإلكترونية، بالمساهمة في نشر الوعي المعلوماتي بين أطراف المجتمع، مع التأكيد على أهمية استعانتهم بالطرف الثالث الموثوق للدخول في العملية التعاقدية عن بينة ووضوح ودراية.

- تنظيم مؤتمرات وأيام دراسية لمناقشة كل ما يستجد بشأن عقود التجارة الالكترونية، على ألا تكون هذه الأخيرة حكرا على رجال القانون، بل تسعى لإشراك مختصوا المعلوماتية في هذا الشأن، وذلك للوصول إلى حلول عملية وأكثر واقعية.
- العمل على جعل مادة التجارة الإلكترونية بكل تفريعاتها مادة منهجية مستقلة تدرس لطلبة كلية القانون، مع وضع ورشات عمل تشمل مجموعة من الأساتذة والطلبة الباحثين لدراسة المشاكل التي تطرحها العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية، وإيجاد حلول وجيهة لها.

الحقيقة أن هذا كله لن يكون كافيا لوحده، بل يتوجب على الدولة الجزائرية أن تشق لنفسها طريقا نحو مجتمع البيئة الرقمية، وذلك بمشاركتها في فعاليات المؤتمرات الدولية وفي أعمال الهيئات الدولية الناظمة في مجال التجارة الالكترونية، وبصفة خاصة منها منظمة القانون التجاري الدولي التابعة لهيئة الأمم المتحدة.

تم بحمد الله بتاريخ يناير2018.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا– المصادر:

1. المنجد في اللغة والإعلام، ط الحادية والثلاثون، دار المشرق، بيروت، 1991.

ثانيا– الكتب العامة:

أ– باللغة العربية:

1. إبراهيم رضوان الجغبير، بطلان حكم المحكم، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
2. أبو العلا علي أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار الكتب القانونية، مصر المحلة الكبرى،2003.
3. أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته منشأة المعارف، الإسكندرية،2007.
4. أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، ط1، دار بلقيس،دار البيضاء، الجزائر،جانفي 2011.
5. أحمد عبد الكريم سلامة، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
6. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومعاملة القانون، الأجانب، والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
7. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، "أصولا ومنهجا"، ط1، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1996.
8. أحمد محمد الرفاعي، برنامج الدراسات القانونية، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2007-2008.
9. الأخضر قوادي، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي، في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات (الصلح القضائي– والوساطة القضائية) (قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 الصادر بتاريخ25 فبراير سنة2008)، دار هومه، الجزائر، 2013.
10. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
11. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

12. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2003.
13. أشرف عبد العليم الرفاعي، الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة ، 2006.
14. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر- المحلة الكبرى، 2006.
15. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، ط الثانية عشر، دار هومه، الجزائر، 2011.
16. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج2، تنازع الاختصاص القضائي – الجنسية، ط4،دار هومه، الجزائر، 2006.
17. أكرم ياملكي، القانون التجاري الأردني (دراسة مقارنة)، ج 1، في الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1998.
18. أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، ط1، الشروق للنشر والتوزيع، 2001.
19. إياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام،دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2004.
20. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، طبعة ثالثة مزيدة ومنقحة، منشورات بغدادي، الجزائر،2011.
21. بربارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ في المسائل المدنية، دراسة تفصيلية للتشريع الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا، منشورات بغدادي، سنة 2002.
22. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج2، كليك للنشر، الجزائر، 2012
23. بيار إميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء،تقديم القاضي غسان رباح، د.ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 2009.
24. حسام الدين فتحي ناصف، حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
25. حسين الهداوي، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين، المبادئ العامة للحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة)،ط2 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.

26. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2003.
27. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2003.
28. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي،ط1، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت، لينان،2004.
29. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
30. حفيظة عياشي، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة، د.س.ن.
31. خالد إبراهيم التلاحمة، القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، جهينة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
32. خالد عبد الفتاح محمد خليل،حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
33. خالد ممدوح إبراهيم، أمن المعلومات الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.
34. خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
35. خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل مناهج تنازع القوانين، دراسة تحليلية مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2015.
36. دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2010.
37. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر،2000.
38. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفيسور فايز الحاج شاهين،ط الأولى، دار العلوم العربية، بيروت،-لبنان، 1414هـ -1994م.

39. سعيد أحمد بيومي، لغة الحكم القضائي (دراسة تركيبية دلالية)، تقديم محمد سليم العوا، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2008.

40. سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، (تنازع القوانين- المعاهدات- التحكيم التجاري الدولي)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2004.

41. سعيد يوسف البستاني، علي شعلان عواضة، الوافي في أساسيات قانون التجارة والتجار، الشركات التجارية- المؤسسة التجارية-الأسناد التجارية-، ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان،2011.

42. سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، ج2، طرق التنفيذ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006.

43. سهيل حسين الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، المكتب المصري لتوزيع المطبوعات، القاهرة، ط 2002.

44. صاري نوال، القانون الدولي الخاص، محاضرات منشورة ألقيت على طلبة السنة الثالثة ل.م.د، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2017-2018.

45. صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

46. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2004.

47. طلعت محمد دويدار، القانون الدولي الخاص السعودي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1418هـ.

48. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ط 2 ، مطبعة الفليسة، الدويرة، س 2008.

49. الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية الجزائرية، دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002.

50. عبد الحكم فوده،حجية الأمر المقضي وقوته في المواد المدنية والتجارية، الناشر، منشأة المعارف، الإسكندرية.

51. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، طبعة ثالثة منقحة ومحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

52. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دراسة متعمقة في القانون الدولي الخاص، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2007.

53. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

54. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومه، الجزائر، 2010

55. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 1428 هـ -2008.

56. عبده جميل غصوب، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ط2، منشورات زين الحقوقية، بيرون– لبنان، 2009.

57. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، الجزائر، د.س.ن.

58. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1986.

59. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ط1،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

60. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2010.

61. عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الدار الجامعية للنشر، لبنان، 1986.

62. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، (الجنسية المصرية، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1996.

63. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، 2008.

64. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

65. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.

66. علاء حسين مطلق التميمي، المستند الإلكتروني، عناصره- تطوره، ومدى حجيته في الإثبات المدني، "دراسة مقارنة"، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

67. علي أحمد الجراح، قواعد الإثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2010.

68. علي صادق أبو الهيف، القانون الدولي العام، الأصول والمبادئ العامة، أشخاص القانون الدولي العام، النطاق الدولي، العلاقات الدولية، التنظيم الدولي، المنازعات الدولية، الحرب والحياد، ط الحادية عشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.

69. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 2005.

70. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

71. علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

72. عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين،ط2، دار هومه، الجزائر، 2007.

73. عمارة بلغيث، التنفيذ الجبري وإشكالاته، دار العلوم، 1425هـ، 2004م.

74. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، ط2، دار هومه، الجزائر، 2009.

75. عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية- التاجر- الشركات التجارية،د.ط، دار المعرفة، الجزائر، 2000.

76. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط4 دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

77. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ،ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،2007.

78. فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

79. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، د.ب.ن، 2009.

80. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والإتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، ط7، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2015.

81. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012.

82. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت، دار الثقافة، عمان- الأردن، 2002.

83. محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج1،ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

84. محمد أحمد القناوي، حجية أحكام المحكمة الجنائية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2010.

85. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون. نظرية الحق، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2006.

86. محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة بنغازي،1994.

87. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني- الإثبات الإلكتروني- المستهلك الإلكتروني)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

88. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،مج 1 ، ط1 ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

89. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، الكتابة- البينة- القرائن- الإقرار- حجية الأمر المقضي- اليمين- المعاينة- الخبرة- الإثبات الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية،2000 .

90. محمد حسين منصور، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

91. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري،ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

92. محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج1، الوجيز في نظرية القانون، ط 19، دار هومه، الجزائر، 2012.

93. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الاثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء، ط1، دار هومه، الجزائر، 2008-2009.
94. محمد فريد العريني، القانون التجاري، ج2، العقود التجارية، عمليات البنوك وفقا لأحكام قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
95. محمد فريد العريني، محمد السيد الفقى، مبادئ قانون الأعمال، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
96. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع)،ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2005.
97. محمد محوسب درويش، قانون التجار الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 1995.
98. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة، عمان -الأردن، 1430هـ-2009م
99. محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.
100. مصطفى ياسين محمد حيدر الأصبحي، القانون الدولي الخاص، أساليب فض المنازعات المدنية والتجارية الخاصة الدولية في القانون اليمني، الكتاب المنهجي رقم 4، سلسلة إصدارات جامعة صنعاء لعام 2005.
101. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، ج1، تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1998.
102. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2005.
103. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
104. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق،ج1، قواعد التنازل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
105. موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، ترجمة فائز أنجق،ج2، القواعد المادية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
106. موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط1، المركز الثقافي العربي، 1994.
107. نادية فضيل، الغش نحو القانون، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

108. نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ط 5 منقحة ومزيدة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.

109. نادية فضيل،تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، 2001.

110. نبيل زيد مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

111. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الإجراءات الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة- الجزائر، 2009.

112. هشام خالد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

113. هشام خالد، الجنسية العربية للمدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

114. هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة- الإسكندرية، 2001.

115. هشام خالد، دعوى صحة ونفاذ عقد الزواج ذي العنصر الأجنبي والمحكمة المختصة دوليا بنظرها، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

116. هشام خالد، طبيعة قواعد الاختصاص القضائي الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة لاتجاهات الفقه والقضاء، ط1، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 1997.

117. هشام علي صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998.

118. هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

119. هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، القانون القضائي الخاص الدولي والتحكيم الدولي، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 1999.

120. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

121. هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

122. ولد الشيخ شريفة، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

123. يوسف دلاندة، إتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، ج1، الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر والدول العربية وبعض الدول الإفريقية والأمريكية والآسياوية، دار هومه، الجزائر، 2012.

124. يوسف دلاندة، اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني، ج2، الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وبعض الدول الأوروبية، دار هومه، الجزائر، 2012.

125. يوسف عبد الهادي خليل الاكيابى، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، د.ب.ن، 1989.

126. يوسف فتيحة،محاضرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، السنة الرابعة حقوق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، س2009،مطبوعة.

ب– باللغة الأجنبية:

1. Antoine Kassis, le nouveau droit européen des contrats internationaux, L.G.D.J , 1993.
2. Antoine kassis, Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J, paris, 1984.
3. Audit Bernard, Droit international privé , 3eme éd , coll. Droit civil, paris 2000.
4. Audit Bernard, Louis D'avout, Droit International Privé , 7^{e}éd , Economica, Paris,2013.
5. Daniel Gutmann, Droit international privé , 6éme éd.D, Paris,2009.
6. Dominique Bureau, l'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois, Mélanges en hommage afrançoisterée, presses universitaires de France, éd D.paris1999.
7. Fouchard Phillipe, Gaillard Emmanuel et Goldman Berthold, traité de l'arbitrage commercial international, éd LITEC, paris, et Delta, Liban,1996.
8. François Mélin, Droit International Privé,5émeEd,Gualino, Lextenso édition, Paris ,2012.

9. Henri Batiffol, Paul Lagarde, traité de droit international privé, T1, 8e éd, L.G.D.J .Paris,1999.
10. Henri Batiffol, Paull agarde, traité de Droit international privé, T1, 8ème éd, librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993.
11. Holleaux Dominique, Foyer Jacques, de Geouffre de la Pradelle Géraud, Droit international privé, Masson, Paris , 1987.
12. Iteanu Olivier, Internet et le droit, aspect juridique du commerce électronique, éd Ey ralles, Avril 1996.
13. Jean- Christophe POMMIER, principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, préface Yvon LOUSSOUARN, economica, paris,1992.
14. Jean Delacollette, les contrats de commerce internationaux, 3e éd revue et augmentée, Droit/Economie, De Boeck & Larcier, Bruxelles, Paris1996.
15. Jean Derruppe , Droit international privé, 7édition, Dalloz,1984.
16. Jean- Michel jacquet et Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, Droit du commerce international, éd D, 2007.
17. Jean Ripert, Louis Vogel, Traité de droit commercial, G. Ripert, R. Roblot , T1,V.1 , 18e éd, , L.G.D.J , DELTA ,2001
18. Laurence-Caroline Henry, L'essentiel du Droit international privé, 4éd, Gualino, lextenso éditions, 2013.
19. Michel Vivant, les contrats du commerce électronique, Litec, Paris, 1999.
20. Mohamed El Arbi Hachem, Leçon de droit international privé, livre II: Les conflits de lois (droit applicable à une relation transfrontière), Centre de Publication Universitaire, Tunis, 1997.
21. Mohand Issad , Le jugement étranger devant le juge de l'exéquatur de la révision au contrôle , L.G.D.J , Soufflot, 1970.
22. Mohand Issad ,Droit international privé, T2 ,O.P.U, Alger, 1989.
23. Patrick Courbe, droit international privé, éd D, 2000.

24.Pierre Mayer, Droit International Privé, 6éd, Montchrestien, Paris,1998.
25.Pierre Mayer, Droit Intrernational Privé, 5e éd, Motchrestien, E.J.A,1994.
26.Pierre Mayer, Vincent Heuze, Droit International Privé, 8e éd, Montchrestien, Delta, 2005.
27.Roula el-Husseini Begdache, le droit international privé français et la répudiation islamique, L.G.D.J, paris, 2002.
28.Terki Nour eddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU ,Alger,1999 .
29.Thierry Piette-Coudol, André Bertrand, Internet et la loi, éd dalloz, Paris, 1997.
30.Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, Droit International Privé, 4émé Ed, D, Paris,1993,
31.Yvon Loussouarn,Pierre Bourel, Passcal de Vareilles-Soummière, droit international privé, Dalloz,8eme Ed, paris .2004.

ثالثا– الكتب المتخصصة:

أ– باللغة العربية:

1. إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1430هـ -2009.

2. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني- السياحي– البيئي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

3. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا مصر الأردن دبي البحرين، الكتاب الأول، المدخل لقانون المعاملات الالكترونية – العقد الالكتروني- الاثبات الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

4. إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان،2009.

5. أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري الإلكتروني، د ط، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009.

6. أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2012.

7. أمينة خبابة، التحكيم الالكتروني في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014.

8. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكتروني، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2008.

9. إيهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008.

10. بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت "دراسة مقارنة"، ط1، عالم الكتاب الحديث، إربد- الأردن، 1425هـ، 2004م.

11. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها – القانون الواجب التطبيق عليها – وسائل تسوية منازعاتها)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2006.

12. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، ط1، دار الثقافة، الأردن،2006.

13. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

14. بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الانترنت على صعيد القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان،2006.

15. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء إستخدام الانترنت، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،2007.

16. جمال محمود الكردي، مدى ملائمة قواعد الاختصاص القضائي التقليدية لمنازعات الحياة العصرية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

17. حازم محمد الشرعة، التقاضي الالكتروني والمحاكم الالكترونية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1431هـ-2010.

18. حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، د.ط ، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة،2009.

19. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دراسة في ضوء الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

20. حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، ط1، دار الثقافة، عمان- الأردن،1433هـ -2012م.

21. خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2013.

22. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ط1، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.

23. خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

24. رضوان هاشم حمدون، نحو نظام قانوني للتحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة- الإسكندرية، 2013.

25. زياد خليف شداخ العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الالكترونية من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، ط1، دار وائل، عمان – الأردن، 2010.

26. زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المشكلات والحلول، ط1، دار وائل للنشر، عمان- الأردن، 2010.

27. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

28. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

29. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

30. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د.ط، دار الجامعة الجديدة،الأزاريطة-الإسكندرية، 2008.

31. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

32. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

33. عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان- الأردن، 1429هـ ، 2008م.

34. عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2010.

35. عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة،تقديم الأستاذ الدكتور القاضي غسان رباح، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.

36. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

37. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، ج1،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002

38. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 2005.

39. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة- الإسكندرية، 2009.

40. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

41. عصام عبد الفتاح مطر، الحكومة الالكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2008.

42. علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2008.

43. فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان-الأردن، 1429هـ - 2008م.

44. لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية د.ط، دار هومة، الجزائر،2012.

45. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005.

46. محمد إبراهيم أبو الهيجاء عرسان، عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الثقافة، عمان -الأردن، 2005.

47. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات-الوساطة والتوفيق-التحكيم-المفاوضات المباشرة، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.

48. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.

49. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت، دار القافة، عمان- الأردن، 2002.

50. محمد أحمد علي المحاسنه، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة،دراسة مقارنة، ط1، الحامد للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1434هـ، 2013.

51. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

52. محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم (15) لسنة2004 ،ط1 دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

53. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

54. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

55. محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،2013.

56. محمد محمود علي، مدى تأثير التجارة الالكترونية في تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

57. محمود السيد عمر التحيوي، حكم التحكيم الالكتروني، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.

58. محمود عبد الرحيم الشريفات،التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان- الأردن، 1430هـ -2009م.

59. محمود محمد أبو فروة، الخدمات البنكية الالكترونية عبر الانترنت، ط1، دار الثقافة، عمان- الأردن، 1430 هـ-2009م.

60. معتز سيد محمد أحمد عفيفي، قواعد الاختصاص القضائي بالمسؤولية الالكترونية عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الجامعة الجديدة،الأزاريطة، الإسكندرية، 2013.

61. معوان مصطفى، التجارة الالكترونية ومكافحة الجريمة المعلوماتية، قواعد الإثبات المدني والتجاري، د.ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 1430هـ، 2009م.

62. ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي طبقا للقواعد العامة في قانون الإثبات وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004 ولائحته التنفيذية وبعض القوانين الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة.

63. نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلوماتية الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 1430هـ- 2009م.

64. نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، النقود الإلكترونية، التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني والبصمة الإلكترونية، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية،2008.

65. نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الثقافة، عمان – الأردن، 1430هـ-2009م.

66. هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، د.ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

67. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية- اللاتينية- العربية والإتفاقيات الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.ن.

68. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الازاريطة، الإسكندرية، 2001.

ب- باللغة الأجنبية:

1. Florence Mas, La conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J , Paris,2005
2. Laurence Usuner, la loi applicable au contrat électronique, L'acquis communautaire- le contrat électronique, sous la direction de Judith Rochfeld, Economica, 2010.
3. Oliver Cachard, La régulation internationale du marché électronique , L.G.D.J.Paris, 2002
4. Peirre-Alain Gourion, Maria Ruano Philippeau, le droit de l'internet dans l'entreprise, L.G.D.J, Paris, 2003
5. Pierre TRUDEL , la lex electronica, dans charles-Albert MORAND (dir), le droit saisi par la mondialisation, Beruxelles, éd Bruylant, collection Droit international 2001.
6. Vincent Gautrais, Le contrat électronique international: encadrement juridique,2éme Ed, Bruxelle, Acadimica Bruylant,2002..

رابعا- الرسائل والأطروحات الجامعية:

أ- باللغة العربية:

1. أحمد أمداح، التجارة الالكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2005-2006.

2. أمجد فهد الملحم، التحكيم التجاري الدولي، دراسة تحليلية لقوانين التحكيم وتأثيرها في دولة الإمارات العربية المتحدة، أطروحة لنيل درجة الماجستير في إدارة الأعمال، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، قسم إدارة الأعمال، إدارة التفاوض والنزاعات، 2010.

3. إمحمد محمد إمحمد المعلول، القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستر في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة المنصورة، 2014.

4. أوسهلة عبد الرحيم، الآليات القانونية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، فرع قانون إقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2015-2016

5. إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي، الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية عبر الدول، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الإتفاقي والقانون المقارن، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005-2006.

6. بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.

7. بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011.

8. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية 2014-2015.

9. بلقاسم خلوط، دور القضاء الجزائري في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة تخرج ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015.

10. بن جبارة عباس، تكوين العقد الالكتروني في ظل نظرية العقد في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2013-2014.

11. بن جديد فتحي، إلتزامات المتعاقدين في عقد البيع الالكتروني المبرم عبر الأنترنت–دراسة مقارنة–، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيلالي ليابس– سيدي بلعباس، السنة الجامعية: 2013–2014

12. بن عصمان جمال، المسؤولية التقصيرية المترتبة عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2008–2009.

13. بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

14. بن قراش كلثوم، مسؤولية البنك عن فحص المستندات في الاعتماد المستندي، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص/ قانون البنوك، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية2009–2010.

15. بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012

16. جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009–2010.

17. جندولي فاطمة زهرة، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، –2011 2010.

18. حبار محمد، قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987.

19. حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جويلية2012.

20. حسن علي هجاري الحربي، أثر تكنولوجيا المعلومات على تسوية المنازعات، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، جامعة حلوان، 2014–2015.

21. خالد عبد المنعم إبراهيم مصطفى، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011.

22. خليفي مريم، الرهانات القانونية للتجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.

23. رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة إستكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2009.

24. رحاوي آمنة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010- 2011.

25. رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الدراسية 2016-2017.

26. زيدون بختة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2010-2011.

27. زيري زهية، الطرق البديلة لحل النزاعات طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015

28. سارة عبد الحسين رحمانيان، - تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني (دراسة تحليلية مقارنة)-، رسالة ماجستير مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

29. سامي محمد مزعل الشمري، التحكيم وسيلة لحسم المنازعات الناشئة عن عقد الوكالة التجارية، دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

30. سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.

31. سليمان أحمد محمد فضل،المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2011.

32. سمير جاويد محمد راشد، محاكم الدولة وتنفيذ أحكام المحكمين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، عين شمس، 2009.

33. سيد محمد سيد شعراوى، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، 2010.

34. شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.

35. شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011- 2012.

36. شبورو نورية، الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين- دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016-2017.

37. شبورو نورية، الميراث والتصرفات النافذة بعد الموت في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011.

38. شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر –بن يوسف بن خدة-، السنة الجامعية2008-2009.

39. صديق بغداد، دور إرادة الأطراف في مجال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري والقانون الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2013-2014.

40. صفاء فتوح جمعة فتوح، آليات فض منازعات عقود التجارة الالكترونية ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق ، قسم القانون الدولي الخاص ، جامعة المنصورة ،2010.

41. عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.

42. عبد النور أحمد، إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، السنة الجامعية 2009-2010.

43. عبد النور أحمد، الاختصاص القضائي الدولي القائم على فكرة الخضوع الاختياري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.

44. عروي عبد الكريم، الطرق البديلة لحل النزاعات القضائية "الصلح والوساطة القضائية" طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 30-06-2012.

45. عكو فاطمة الزهرة، المسؤولية المدنية لمقدمي الخدمة الوسيطة في الانترنت، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015-2016.

46. علال – بن تركية ليندة أديبة،- الرقابة على أحكام المحكمين في منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2015-2016.

47. عمار غالب مصطفى تركمان، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في ضوء التشريع الفلسطيني وإتفاقيتي الرياض ونيويورك"دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين،2013.

48. عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1430هـ-2009م.

49. عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين شمس، 2009.

50. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.

51. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الالكتروني، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتواره في الحقوق كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة بنها، السنة الجامعية 2010.

52. لقمش محمد أمين، الحماية القانونية لحقي المؤلف والمستهلك على النات – دراسة مقارنة ما بين القانون الجزائري والفرنسي-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم- تخصص قانون خاص- فرع قانون الأعمال-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2015-2016.

53. لملوم كريم، الاثبات في معاملات التجارة الالكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع "قانون التعاون الدولي"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

54. محمد حسن محمد علي، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، إدارة الدراسات العليا، قسم القانون التجاري والبحري، جامعة حلوان، 2011-2012.

55. محمد سالمين محمد العرياني، أثر تغير الظروف على تنفيذ عقود التجارة الدولية في القانون الإماراتي (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة عين شمس، 2006.

56. محمد مأمون أحمد سليمان، التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس،2009 .

57. محمود محمد لطفي محمود، المعلوماتية وإنعكاساتها على الملكية الفكرية للمصنفات الرقمية "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، الدراسات العليا، قسم القانون المدني، 2009.

58. مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، رسالة دكتوراه في الحقوق، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012.

59. مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007.

60. منى بوختالة، التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، السنة الجامعية-2014 2013.

61. مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005.

62. موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية2011-2012.

63. ميكالي الهواري، أبعاد وإنعكاسات ضوابط الإسناد في الزواج وإنحلاله، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2010-2011.

64. نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1428هـ-2007م.
65. نجلاء محمد سعيد قطب، الاختصاص التشريعي و القضائي في مجال عقود نقل التكنلوجيا،" دراسة مقارنة على ضوء أحكام قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 99"، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، قسم القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، 2010.
66. هالة جمال الدين محمد محمود، الأحكام الخاصة في إثبات عقود التجارة الدولية وفقا لطرق الإثبات الحديثة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011.
67. هند الطوخى السيد،التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي الخاص، جامعة عين شمس، 1431هـ –2010م.
68. يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانونية للعقود الإلكترونية، أطروحة مقدمة استكمالا لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.
69. يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، الدراسات العليا، جامعة الإسكندرية، 2010.

ب– باللغة الأجنبية:

1. Axelle Perrot-Vesperini, contrat de vente en ligne et protection du cyber-consommateur, université de Bourgogne, Faculté de droit et de science politique, Master2Recherche, Droit de la personne et protection de l'humanité, Année2005-2006.
2. Chiheb Ghazouani, Le contrat de commerce électronique international, Thèse de doctorat en droit ,Université, Panthéon – Assas (ParisII), Faculté du droit-économie- science sociales, 2008.
3. Elie Chaktoura, Le Droit International Privé à L'épreuve Du Commerce électronique, Mémoire Présenté Comme Exigence Partielle De La maîtrise En Droit, Université du Québec à Montréal, Octobre 2011.

4. Khachatur Abrahamyan, contrat de vente par voie électronique, Rapport de stage, université de Bourgogne-Institut de Relations Internationales ,Master II Mention Juriste d'affaires Internationales, année universitaire2005-2006.
5. Meriem Rekik, le juge du contrat électronique international, mémoire pour l'obtention du master de recherche en droit privé, faculté de droit, université de sfax, année universitaire 2012-2013.
6. Sylvette Guillemard, le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, thèse en cotutelle de paris II et de l'Université Laval (Québec), décembre 2002.

خامسا– المقالات والأبحاث:

1. باللغة العربية:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التوقيع الإلكتروني ومدى حجته في الإثبات "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق،مجلة فصلية محكمة تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية، جامعة الكويت، ع3، س2005.
2. إبراهيم الناصر، منظمة التجارة العالمية وآثارها الثقافية وموقف المملكة فيها.

factory.com.created with pdf factorial versionwww.pdf

3. إبراهيم شحاته، نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية والاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، مصر المعاصرة، مجلة ربع سنوية تصدرها الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، س الثمانون، ع 417و 418، القاهرة،يوليو وأكتوبر 1989.
4. أحمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مجالرابع، 9-11 ربيع الأول1424هـ الموافق 10-12 مايو 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي.
5. أحمد بوقادوم، حرية الأطراف في إختيار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي (في القانون الجزائري)، مجلة المحكمة العليا، ج1، ع خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والوساطة والتحكيم، م.ع، قاعة المحاضرات،15و16جوان 2008، الجزائر.

6. أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية وآليات تسوية منازعاتها، العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية "أوراق ندوة عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها"، ط2، إعداد مجموعة خبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، مصر، 2008.
7. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع1، س السادسة عشرة، يناير 2008.
8. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع1، س11، يناير 2003.
9. أحمد عوض هندي، حكم التحكيم الالكتروني، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، مجلة علمية فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع2،2009.
10. أحمد قسمت الجداوى، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين،مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع 1و2، السنة الرابعة والعشرون، يناير ويوليو 1982.
11. أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع 2، السنة العشرون، يوليو2012.
12. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية وأثره، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ج1،روح القوانين، مجلة علمية محكمة تصدر عن أعضاء هيئة التدريس، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ع41، مطبعة الجامعة، إصدار أبريل 2007.
13. ألاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية)، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 3، 2010.
14. إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، ع2، 2003.
15. أمحمد سعد الدين، قانون الإرادة وضوابط إعماله لحل مشكل تنازع القوانين في العقود الدولية، دراسات قانونية، مجلة سنوية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 10، س2013.
16. أوشن حنان، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مجلة الفقه والقانون

www.majalah-droit.ici.st.

17. باطلي غنية، حجية المستند الالكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ع3،سبتمبر 2011.
18. بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت–الجزائر، ع04، أكتوبر 2016.
19. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ع1، س الثامنة والأربعون، 2006.
20. بلمامي عمر، نظرة تأملية حول قواعد الإسناد في ظل عولمة القانون، نشرة المحامي الصادرة عن منظمة محامي سطيف، ع5، الجزائر، 2007.
21. بن عصمان جمال، الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد، دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ع8، رمضان 1431هـ، أوت2010.
22. بن عصمان جمال، تنفيذ الحكم الأجنبي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، مجلة الحقيقة، مجلة أكاديمية محكمة تصدر فصليا عن جامعة أدرار، المطبعة العربية، غرداية، ع الحادي والعشرون، جوان2012.
23. بودالي محمد، التوقيع الإلكتروني، إدارة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مجلة سداسية تصدر عن مركز التوثيق والبحوث الإدارية، الجزائر، مج13، ع2، العدد 26، 2003.
24. بوعزة هديات، نظام الدفع الإلكتروني بين المزايا والمخاطر، مجلة دراسات قانونية، مجلة علمية محكمة تصدر دوريا عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع11، س2014.
25. تراري ثاني مصطفى، إستقلالية إتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر، دراسات قانونية، مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، تصدر عن دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي – الجزائر، 2003.
26. توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الالكتروني (التحكيم عبر الانترنت) كوسيلة لفض منازعات التجارة الالكترونية، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية)، المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 3، 2010.

27. جارد محمد،حقيقة وجود النظام العام الدولي الحقيقي في التحكيم التجاري الدولي، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع9، 2011.

28. جورج حزبون حزبون، قواعد القوانين بين الوصف التقليدي الإجرائي والمستحدث الموضوعي، مجلة الحقوق، ع2، السنة السادسة والعشرون، س.2002.

29. جوليانا ميخائيل عبد الله، رغيد عبد الحميد فتال، إثبات صحة العقد الالكتروني في القانون الفرنسي، الفكر الشرطي دورية ربع سنوية علمية محكمة ومفهرسة تعنى بالعلوم الشرطية تصدر عن مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، مج رقم 25، ع رقم 96، يناير2016.

30. حسين عبده الماحي، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، مجلة فصلية يصدرها أساتذة كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ع الحادي والثلاثين، أبريل2012.

31. حسين فريجة، التحكيم الالكتروني كوسيلة لحل المنازعات، إدارة، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مجلة سداسية تصدر عن مركز التوثيق والبحث والخبرة، مج 20، العدد1، 2010، ع 39.

32. حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة "بين منهج تنازع القوانين ومنهج القوانين المادية "دراسة تحليلية وانتقادية لأحكام القضاء الفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ع الأول والثاني، س 1995.

33. حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، مجلة معارف، ع5، س3، ص.166. منشورة على الموقع الالكتروني:

dspace.univ-bouira.dz

34. خالد علي العراقي علي إسماعيل، مكافحة جرائم التوقيع الالكتروني بدولة الإمارات العربية المتحدة، الفكر الشرطي، دورية ربع سنوية علمية محكمة ومفهرسة تعنى بالأبحاث الشرطية، تصدر عن مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، الامارات العربية المتحدة، مج الثاني والعشرون، ع2، العدد رقم 85، أبريل 2013.

35. دربة أمين، دور تنفيذ السندات الأجنبية في تدعيم مركز الدائن، دراسات قانونية، مجلة سداسية محكمة تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 09، س.2011.

36. رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلة فصلية محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة المنصورة، ع الثاني والأربعون، أكتوبر 2007.

37. رمضان محمد مقلد، السيد محمد أحمد السريتي، آثار التجارة الالكترونية على هيكل الأسواق مع الإشارة إلى الدول النامية، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، مجلة فصلية تصدرها كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ع2 ،2002.

38. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، "دراسة مقارنة"، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، مجلة نصف سنوية تصدرها الجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، ع الرابع والعشرون، أكتوبر/ تشرين الأول، 2006.

39. سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الالكترونية، العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها، ط2، إعداد مجموعة خبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، مصر الجديدة، 2008.

40. شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، ع4، جانفي2011.

41. شعران فاطمة، اتفاق التحكيم التجاري الدولي الجزائري "دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، الجزائر، ع2، ديسمبر 2016.

42. صاري نوال، قواعد حماية المستهلك وقوانين التطبيق الآني، مجلة العلوم القانونية والإدارية، دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات القانونية والإدارية تصدرها كلية الحقوق بجامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، ع خاص، أبريل 2005.

43. طاهر شوقي مؤمن،عقد البيع الالكتروني، بحث في التجارة الالكترونية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، دورية علمية محكمة نصف سنوية يصدرها أساتذة كلية الحقوق، جامعة حلوان، ع18، يناير، يوليو 2008.

44. عابد فايد عبد الفتاح، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني (الفكرة والوظائف)، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والإقتصادية، دورية علمية محكمة نصف سنوية، ع الثامن عشر، يناير-يوليو2008.

45. عامر بورورو، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي، مجلة المحكمة العليا، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح والوساطة والتحكيم، ج1، جوان 2008.

46. عبد الحميد الأحدب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، ج1، ع خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، م.ع، قاعة المحاضرات، 15و16 جوان 2008، الجزائر.

47. عبد الرزاق دربال، ضابط الاختصاص القضائي الدولي المبني على الخضوع الإختياري لجهة قضائية معينة، ملتقى وطني يومي 21 و 22أفريل 2010 حول تنظيم العلاقات الدولية الخاصة، واقع متطور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة،

48. عدلي محمد عبد الكريم، انطباق قاعدة قانون الإرادة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، المعيار مجلة دولية محكمة تصدر عن المركز الجامعي بتيسمسيلت، الجزائر، ع04، ديسمبر 2011.

49. عصام الدين القصبي، تنازع الإختصاص القانون والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، مج الرابع، 9-11 ربيع الأول1424هـ الموافق 10-12 مايو 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي.

50. علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدر عن أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، ع الثاني والسبعون، 2002.

51. عليوش قربوع كمال، تدخل القضاء الجزائري في مجال التحكيم الدولي وفقا لقانون 08-09، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، 23 مايو 2013.

www.droitentreprise.com

52. عيسى الصمادي، الإثبات في عقد نقل التكنولوجيا الالكتروني – عبر شبكة الانترنت-، دراسات قانونية، دورية فصلية ، ع6، فيفري 2010.

53. فتيحة يوسف عماري،، قواعد التنازع في بعض المسائل من قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ج 37، ع2، سنة1999.

54. كريم كريمة، تأثير إستعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني"، ملتقى وطني حول الأمن القانوني، يومي 5و6 ديسمبر2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.

55. محمد إبراهيم موسى، التحكيم الالكتروني، بحوث مؤتمر التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية)، بحوث المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، مج 3، 2010.

56. محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، مجلة كلية الدراسات العليا، متخصصة في علوم الشرطة، مجلة علمية نصف سنوية محكمة تصدر عن كلية

الدراسات العليا بأكاديمية مبارك للأمن، القاهرة، ع التاسع عشر، جمادى آخر 1429هـ-يوليو 2008م.

57. مصطفى نعوس، حق الدولة في إستخدام القوة في الفضاء الالكتروني للدفاع عن النفس، مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع1، س الثامنة والثلاثون، جمادى الأولى 1435هـ-مارس2014.

58. مكاري نزيهة، التجارة الإلكترونية وبيئتها العامة، المحامي، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين، سيدي بلعباس، ع4، س3، نوفمبر 2005.

59. مهند عزمي أبو مسعود مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي، دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، مج41، ع42، 2014.

60. ميلاط عبد الحفيظ، الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنيت وفكرة النظام العام، تحديد المسؤولية في حالة مخالفة النظام العام في العقود المتعلقة بمنح التوطين hébergementوالدخول Accesللمواقع الالكترونية في شبكة الانترنيت، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد، ع5، س2008.

61. ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 2009-2010،

62. ناجي عبد المؤمن، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، مجلة محكمة يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ع1، س44، يناير2002.

63. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية (مجلة علمية محكمة) تصدرها هيئة النشر العلمي بكلية الحقوق- جامعة أسيوط، ع الحادي والثلاثون، يناير 2012.

64. نائل مساعدة، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الالكترونية في القانون الأردني، المنارة، المجلد 13، ع18، س2007.

65. نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق، مجلة علمية محكمة ربع سنوية تعنى بنشر الدراسات القانونية والشرعية، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع2، س الثانية والثلاثون، جمادى الآخرة 1429-يونيو 2008.

66. نور الدين بكلي، دور وأهمية إتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، ج1، ع خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والوساطة والتحكيم، م.ع، قاعة المحاضرات،15و 16جوان2008.

67. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية محكمة تصدرها كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ع1، 2004.

68. هشام صادق، نظرات إنتقادية في نصوص تنازع القوانين من حيث المكان التي تضمنتها المجموعة المدنية المصرية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية محكمة صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، الدار الجامعية، ع1، مج1، تموز (يوليو)1998.

69. وائل طبارة، النظام العام والتحكيم المطلق، المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون، التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون، أبحاث–مناقشات–توصيات، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، جامعة الإصلاح الإسلامية، طرابلس–لبنان، 1421هـ –2000م.

70. يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع 5، سنة2008.

2. باللغة الأجنبية

1. Cécile Pellegrini et Sabine Robert, Principes et méthodes du droit international privé, Travaux dirigés Droit international privé,5ème éd, lexis Nexis, Paris, 2013.
2. Christiane Feral- Schuhl, la mise en application des décisions de justice, in Georges Chatilon(sous la direction), le droit international d'internet, Actes du colloque, Paris I, 19 et 20 novembre 2001, Bruylant, Bruxelles 2002.
3. Christine Bidaud-Garon et Céline Moille, les effets en France des décisions étrangères selon le droit commun, Travaux dirigés de droit international privé, 5e éd, lexis nexis, Paris, 2013.
4. Eric A .Caprioli ,Arbitrage et médiation dans le commerce électroniqu (l'expérience du cyber tribunal),Rev.arb,n°2 ,1999
5. Etienne Cornut , la fraude, Sous la direction de Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat, Edouard Treppoz , Alain Devers, Travaux dirigés droit international privé, 5éd, lexisnexis, paris, 2013.

6. Fabien Gelinas, Splendeurs et misères de la célérité ; bilan du système de règlement de différends relatifs à l'adressage internet, Gaz.pal., 6 juin 2002, n°157.
7. Ferrari Franco, Le champ d'application des « principes pour les contrats commerciaux internationaux », élaborés par unidroit, Rev. Int.dr.comp. 1995.
8. George Cavalier et Stéphanie Borel , L'ordre publique français et les lois de police, Travaux dirigés droit international privé, 5éd, lexis nexis, Paris , 2013.
9. Giardino Andrea, Les principes unidroit sur les contrats internationaux, clunet,1995.

Html://www.journaldunet.com/ juridique/ juridique.

10. Jean Christophe Pommier, la résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit, Clunet, 1992.
11. Jerome Huet, aspects juridique du commerce électronique : approche internationale, les petites affiches, n°116 ,26septembre1997 .
12. Jérome Huet, Stefania Valmachino, Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, les journées d'étude des éditions du Juris-Classeur, 8 juin 2000
13. Karim Benyekhlef, Valentin Callipel, Emmanuelle Amar, la médiation en ligne pour les conflits de basse intensité, Gaz .Pal, vendredi 27, samedi28 MARS 2015,135e Année, n°86.
14. M Issad, la nouvelle loi algérienne relative à l'arbitrage international, revue de l'arbitrage ,n°3, 2008.
15. Monia Ben Jemia, l'exequatur des décisions étrangères en matière de statut personnel, R.T.D, Centre de Publication Universitaire, 2000.
16. P.Lastenouse , Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine, in Rev.Arb., 2001.

17. Patrick Courbe, Droit International Privé, rec d 1er juillet 2010,n°25.
18. Patrick Thieffry, L'émergence d'un droit européen du commerce électronique, Revue trimestrielle de droit européen, dalloz,vol 36, n°.4, octo-dec, 2000, paris.
19. Philippe Delebecque, Droit du commerce international, CRONIQUES, RTDcom, Octobre/Décembre, n°4 ,2008, Dalloz.
20. Philippe DELEBECQUE, Droit du commerce international, RTD.com, juillet/septembre n°3, 2005.
21. Roger G.Lanou, Réformer les règles de juridiction d'imposition pour le commerce électronique, Un bref aperçu comparatif des problématiques en droits burkinabè et français, jurisdoctria,n°8 , 2012 .
22. Schwerer François, De la circulation électronique de monnaies scripturales à la monnaie électronique universelle, Droit des affaires, colloque annuel de l'association, droit et commerce, colloque de Deauville organisé les 27et28juin2000, par l'association de droit et commerce.
23. Sylvaine Poillot Peruzzetto, la loi applicable au contrat électronique, le contrat électronique, Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Université Panthéon- assas (PARIS II),Journée nationale T. v/Toulouse-2000, L .G .D .J .
24. Thierry de Galard , Internet et non de domaine , déroulement d'une procédure administrative' selon la pratique uniforme de l'ICANN , Gaz.pal., 18avril2000, n°109 .
25. Thierry Revet, le contrat électronique, Travaux de l'ASSOCIATION Henri Capitant des amis de la culture juridique français, Université Panthéon- assas (Paris II),journées nationales T. V/ TOULOUSE – 2000,L.G.D.J.

26. Tribault Verbiest, Commerce électrinique :loi applicable et juridiction compétente,JDN, mardi10 décembre2002.
27. Vincent Tilman, Arbitrage et nouvelles technologies : alternative cyber dispute resolution, Revue Ubiquité, 1999.

سادسا– النصوص القانونية

أ– المصادر الوطنية

1. قانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع. 44، س.2005 .
2. قانون رقم07-11 المؤرخ في 15 ذي القعدة عام 1428هـ الموافق 25نوفمبر سنة2007 والمتضمن النظام المحاسبي المالي،ج.ر، ع74، س2007.
3. قانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21، س2008.
4. قانون رقم09-03مؤرخ في 29صفر عام1430 الموافق 25فبراير سنة2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، ع15، س2009.
5. قانون رقم 13-06 مؤرخ في 14 رمضان عام 1434 الموافق 23 يوليو سنة 2013، المعدل والمتمم للقانون رقم04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 والمتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر، ع 39 س 2013.
6. قانون رقم 15-03 المؤرخ في 11ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، المتعلق بعصرنة قطاع العدالة، ج.ر، ع06، س2015.
7. قانون رقم15-04المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436هـ الموافق لـ 1 فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ع. 6 سنة 2015.
8. قانون رقم16-01المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع. 14، س.2016.

9. الأمر رقم 69-68 المؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1389 الموافق 2 سبتمبر1969، المتضمن الاتفاقية الجزائرية المغربية الخاصة بالتعاون المتبادل بين البلدين، ج.ر، ع.77 س.1969، المعدلة والمتممة بالبروتوكول الموقع عليه بأفران يوم 15 يناير 1969.

10. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر 96-27 المؤرخ في 28 رجب 1417هـ الموافق لـ 09 ديسمبر 1996، ج.ر، ع.77، س.1996، المعدل والمتمم.

11. المرسوم رقم 63-450 المؤرخ في 14 نوفمبر 1963 المتضمن المصادقة على اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجزائر وتونس، الموقع عليها في 26 يوليو 1963، ج.رع.01، س. 1963.

12. المرسوم 88-233مؤرخ في 25ربيع الأول عام 1409 الموافق 5نوفمبر سنة 1988 يتضمن الانضمام، بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10يونيو سنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.

13. المرسوم التنفيذي 90-39 المؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة1990، المتعلق بر قابة الجودة وقمع الغش، ج.ر، ع.06، س.1990.

14. المرسوم التنفيذي 06-454 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1427 الموافق 11ديسمبر2006 يتعلق بالبطاقة المهنية المسلمة للأجانب الذين يمارسون نشاطا تجاريا وصناعيا وحرفيا أو مهنة حرة على التراب الوطني، ج.ر، ع80، س2006.

15. المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428هـ الموافق 30 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001 والمتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، جر، ع.37، س.2007

16. المرسوم التنفيذي09-100 المؤرخ في 13ربيع الأول عام 1430 الموافق 10 مارس سنة2009، المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر، ع.16، س.2009.

17. المرسوم التنفيذي رقم15- 111 مؤرخ في 14رجب 1436 الموافق 3 مايو سنة 2015، المحدد لكيفيات القيد والتعديل والشطب في السجل التجاري، ج.ر، ع. 24، س.2015.

ب– المصادر الأجنبية:

– باللغة العربية

1. اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية 2005.
2. قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.
3. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001 .
4. قانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ بتاريخ 9 أوت 2000المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.
5. قانون98–97 الصادر في 27 نوفمبر1998، المتضمن مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، ج.رقم 96لسنة1998.
6. قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية والاعلام رقم (1) لسنة 2000، صادر بتاريخ 25شوال 1420الموافق لـ 31 يناير2000.
7. قانون رقم 85 لسنة 2001 المؤرخ في 31 ديسمبر 2001، المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني، ع.4524. والذي أصبح ساري المفعول بتاريخ 31 مارس 2002.
8. قانون رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في الإمارات العربية الصادر بتاريخ 30 ذي القعدة 1422 الموافق 12 فبراير 2002.
9. ظهير شريف رقم 129–07–1 صادر في 19ذي القعدة1428(30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 05–53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، ج.ر ، ع 5584 الصادرة يوم الخميس 6 دجنبر 2007.
10. مرسوم بقانون رقم 28لسنة 2002 بشأن المعاملات الالكترونية البحريني، الصادر بتاريخ 7 رجب 1423هـ–الموافق 14سبتمبر 2002، ج.ر، ع.2548 الأربعاء 18 ديسمبر 2002، المعدل والمتمم.

– باللغة الفرنسية:

11. Règlement (CE) N°593/2008du Parlement Européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

12. du Règlement (UE) N° 1215/2012 du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 ,concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décision en matière civile et commerciale, J.O .U.E.2012.
13. Directive 2000/31/CE, du Parlement Européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieure (Directive sur le commerce électronique), J.O.C.E, L.178,du17 juillet 2000.
14. Directive N° 2011/83/UE, du Parlement Européen et du conseil du 25 Octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, abrogent la directive 97/7/CE du Parlement européen et du conseil, J.O .U.E.
15. Loi n° 2000-230 du 13Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF N°62du 14Mars 2000.
16. Loi 2004-575du 21juin 2004pour la confiance dans l'économie numérique le commerce électronique, JORF n°0143 du 22juin 2004.
17. Ordonnance n°2001-741du 23 aout 2001 portant transposition de directives communautaire et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation JORF n°196 du 25 aout 2001.
18. Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORFN°0035 du 11 février 2016.
19. Décret nº 81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile et modifiant certaines dispositions de ce code, Journal Officiel du 14 mai 1981modifier par le (décret n° 2011-48du 13 janvier 2011,JORF n°0011 du 14 janvier 2011.
20. Arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, JORF du 10 décembre 1987, JORF du 10 décembre 1987 modifier par arrêté du 4 juillet 2014 relatif à l'information au consommateur sur les prix des produits et prestations destinés à compenser la perte d'autonomie .

سابعا– مواقع الأنترنت

1. wawoloo3 :com.
2. syria- new .com/readnes .php ?.
3. eastlaw. Com/generalsearch/home/articles TDetails ?MasterID=1372403.
4. http://www.webmediate.com.

الفهرس

الفهرس

كلمة شكر

إهداء

مقدمة..... 1

الفصل التمهيدي: دولية العقد التجاري الالكتروني أساس إعمال قواعد القانون الدولي الخاص..... 11

المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية..... 11

المطلب الأول: تعريف عقود التجارة الإلكترونية وخصائصها..... 12

الفرع الأول: تعريف عقود التجارة الالكترونية..... 12

البند الأول: التعريف اللغوي والفقهي لعقود التجارة الإلكترونية..... 12

أولا: التعريف اللغوي لعقود التجارة الإلكترونية..... 13

ثانيا: التعريف الفقهي لعقود التجارة الإلكترونية..... 14

البند الثاني: التعريف التشريعي لعقود التجارة الإلكترونية..... 19

أولا: تعريف عقود التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي..... 19

ثانيا: تعريف عقود التجارة الإلكترونية على المستوى الوطني..... 27

الفرع الثاني: خصائص عقود التجارة الالكترونية..... 32

البند الأول: خاصية غياب الدعامات الورقية..... 32

البند الثاني: خاصية انعدام الالتقاء المادي..... 32

البند الثالث: السرعة في انجاز المعاملة..... 33

البند الرابع: زيادة المنافسة بين التجار..... 33

المطلب الثاني: أنواع عقود التجارة الإلكترونية..... 34

الفرع الأول: أنواع عقود التجارة الإلكترونية اعتمادا على مضمونها..... 34

البند الأول: عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها الشخصي..... 34

البند الثاني: عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها الموضوعي..... 37
الفرع الثاني: أنواع عقود التجارة الإلكترونية إعتمادا على الوسيلة المستخدمة..... 38
المبحث الثاني: معايير دولية عقود التجارة الالكترونية..... 41
المطلب الأول: موقف الفقه من معايير دولية عقود التجارة الالكترونية..... 41
الفرع الأول: صلاحية المعايير المستحدثة لتحديد دولية عقود التجارة الالكترونية..... 41
البند الأول: معيار الوسيلة المستخدمة..... 42
البند الثاني: معيار قصر العرض وإطلاقه..... 44
الفرع الثاني: صلاحية المعايير الكلاسيكية لتدويل عقود التجارة الالكترونية..... 45
البند الأول: صلاحية المعيار القانوني للكشف عن دولية عقود التجارة الالكترونية..... 45
البند الثاني: صلاحية المعيار الاقتصادي للكشف عن دولية عقود التجارة الالكترونية..... 48
البند الثالث: صلاحية المعيار المختلط للكشف عن دولية عقود التجارة الالكترونية..... 51
المطلب الثاني: موقف التشريعات من معايير دولية عقود التجارة الإلكترونية..... 52
الفرع الأول:موقف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من معايير دولية عقود التجارة الالكترونية.. 53
الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية من معايير دولية عقود التجارة الالكترونية..... 55
الباب الأول:الآليات التشريعية المقررة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 58
الفصل الأول: منهج التنازع آلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 60
المبحث الأول:تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية..... 61
المطلب الأول: قدرة ضابط قانون الإرادة على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 62
الفرع الأول: مفهوم ضابط قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 62
البند الأول: تعريف قانون الإرادة..... 63
البند الثاني: النتائج المترتبة على إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لضابط قانون الإرادة..... 69
الفرع الثاني: كيفية اختيار الأطراف لقانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 71
البند الأول: الاختيار الصريح للقانون في مجال عقود التجارة الإلكترونية..... 72
البند الثاني: الاختيار الضمني للقانون في مجال عقود التجارة الإلكترونية..... 74

المطلب الثاني:قدرة الضوابط الإحتياطية الواردة في المجال المادي على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 78
الفرع الأول: قدرة ضوابط الإسناد الجامدة على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 78
البند الأول: قدرة ضوابط الإسناد الجامدة المتعلقة بالمتعاقدين على تسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 79
البند الثاني: قدرة ضوابط الإسناد الجامدة المرتبطة بالعقد على تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية... 82
أولا: قدرة ضابط بلد الإبرام على تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 82
ثانيا: قدرة ضابط بلد التنفيذ على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية..... 88
الفرع الثاني: خضوع عقود التجارة الالكترونية لضابط الأداء المميز..... 91
البند الأول: قابلية ضابط الأداء المميز للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية..... 95
البند الثاني: نحو حماية موضوعية للمستهلك من ضابط الأداء المميز في مجال عقود التجارة الإلكترونية.... 98
أولا: تعريف المستهلك الإلكتروني..... 99
ثانيا: تفعيل الضوابط التقليدية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية..... 103
المبحث الثاني: حدود إعمال القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية..... 111
المطلب الأول:الإستثناءات الواردة على القانون المختص بتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 111
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على مسائل الأهلية..... 111
البند الأول: القاعدة العامة..... 112
البند الثاني: الإستثناء..... 118
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الشكل..... 122
البند الأول: أساس إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 123
البند الثاني: نطاق إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل في مجال عقود التجارة الإلكترونية..... 126
المطلب الثاني: موانع إعمال القانون المختص بتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 133
الفرع الأول: النظام العام قيد على إعمال القانون المختص بتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 134

البند الأول: مفهوم النظام العام في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 134
أولا: تعريف النظام العام..... 134
ثانيا: شروط الدفع بالنظام العام..... 138
البند الثاني:آثار الدفع بالنظام العام في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 140
أولا: آثار الدفع بالنظام العام بشأن علاقة يراد إنشاؤها في دولة القاضي..... 140
ثانيا: آثار الدفع بالنظام العام بشأن علاقة نشأت في دولة أجنبية ويراد التمسك بها في دولة القاضي..... 143
الفرع الثاني: مدى فعالية إعمال الدفع بالغش نحو القانون في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 145
البند الأول: تقييم الدفع بالغش نحو القانون بالنظر إلى ضابط الإسناد المعتمد في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 147
البند الثاني: تقييم الدفع بالغش نحو القانون بالنظر إلى تغيير وصف العلاقة القانونية في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 151
الفصل الثاني: منهج القواعد المادية آلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 154
المبحث الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية..... 158
المطلب الأول: تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية وخصائصها..... 159
الفرع الأول: تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية..... 159
الفرع الثاني: خصائص القواعد المادية للتجارة الإلكترونية..... 163
المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية..... 166
الفرع الأول: المصادر التنظيمية..... 167
البند الأول: النصوص الدولية..... 167
أولا: الاتفاقيات الدولية وعقود التجارة الالكترونية..... 167
ثانيا: التوصيات الدولية..... 175
البند الثاني: النصوص النموذجية..... 176
الفرع الثاني: القواعد المادية ذات النشأة التلقائية..... 178
البند الأول: العرف والعادة مصدرين تلقائيين لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية..... 179

البند الثاني: تقنينات السلوك..... 187
البند الثالث:العقود النموذجية..... 191
المبحث الثاني: تقييم منهج القواعد المادية الإلكترونية..... 194
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية..... 194
الفرع الأول: مفهوم النظام القانوني..... 195
الفرع الثاني: الاتجاهات الفقهية الواردة بشأن الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية..... 198
البند الأول: الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية..... 198
البند الثاني: الاتجاه المؤيد لتمتع القواعد المادية الإلكترونية بصفة النظام القانوني..... 201
المطلب الثاني: مكانة منهج القواعد المادية الإلكترونية في ظل منهج قاعدة الإسناد..... 206
الفرع الأول: منهج القواعد المادية الإلكترونية منافس لمنهج قاعدة التنازع..... 206
الفرع الثاني: منهج القواعد المادية مكمل لمنهج قاعدة التنازع..... 210
الباب الثاني:الآليات القضائية المقررة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 215
الفصل الأول:عقود التجارة الإلكترونية بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم..... 217
المبحث الأول: القضاء كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 218
المطلب الأول:فعالية ضوابط الإختصاص الشخصية والموضوعية لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 218
الفرع الأول: فعالية ضوابط الاختصاص الشخصية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 219
البند الأول:موطن المدعى عليه كضابط لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 219
أولا: تحديد المقصود بالموطن..... 221
ثانيا:فعالية ضابط موطن المدعى عليه لتحديد إختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية.. 224
البند الثاني: الجنسية كضابط لتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 229
أولا: المقصود بضابط الجنسية وفقا للأحكام العامة..... 230
ثانيا: فعالية ضابط الجنسية لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية... 232

الفرع الثاني:فعالية الضوابط الموضوعية لتحديد اختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية.. 235
البند الأول:فعالية ضابط محل الإبرام لتحديد اختصاص المحاكم بتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية. 235
البند الثاني:فعالية ضابط محل التنفيذ لتحديد اختصاص المحاكم بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية... 237
المطلب الثاني:فعالية ضابط الخضوع الاختياري لتحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 243
الفرع الأول: فعالية الأحكام المنظمة لضابط الخضوع الاختياري في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 243
البند الأول: فعالية صور ضابط الخضوع الاختياري لتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 247
البند الثاني:ملائمة شروط ضابط الخضوع الاختياري لتحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 250
أولا: الشروط الموضوعية للاتفاق المانح للاختصاص..... 251
ثانيا: الشروط الشكلية للاتفاق المانح للإختصاص..... 255
الفرع الثاني: نحو حماية إجرائية خاصة لحماية المستهلك الإلكتروني من ضابط الخضوع الإختياري..... 258
البند الأول: اختصاص محكمة موطن المستهلك في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 258
البند الثاني: صلاحية ضابط الخضوع الاختياري للتطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية..... 262
المبحث الثاني: التحكيم الالكتروني كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 266
المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم الالكتروني..... 267
الفرع الأول: مفهوم التحكيم الإلكتروني 267
البند الأول:تعريف التحكيم الالكتروني وتمييزه عن غيره من الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 267
أولا: تعريف التحكيم الالكتروني..... 268
ثانيا: تمييز التحكيم الالكتروني عن غيره من الوسائل البديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية.... 271
البند الثاني: مميزات ومخاطر التحكيم الالكتروني..... 279
أولا: مميزات التحكيم الالكتروني..... 279

ثانيا: مخاطر التحكيم الالكتروني..... 280
الفرع الثاني: التطبيقات العملية لنظام التحكيم الالكتروني..... 282
البند الأول: القاضي الافتراضي..... 282
البند الثاني: المحكمة الافتراضية..... 283
البند الثالث: منظمة الأيكان..... 285
المطلب الثاني: الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني..... 288
الفرع الأول: مفهوم اتفاقية التحكيم الالكترونية..... 289
البند الأول: تعريف اتفاقية التحكيم وصورها..... 289
أولا: تعريف اتفاقية التحكيم الالكترونية..... 290
ثانيا : صور اتفاقية التحكيم الالكترونية..... 291
البند الثاني: شروط صحة اتفاقية التحكيم الالكترونية..... 299
أولا: الشروط الموضوعية المقررة لصحة اتفاقية التحكيم الالكترونية..... 300
ثانيا: الشروط الشكلية اللازمة لصحة اتفاقية التحكيم المبرمة الكترونيا..... 304
الفرع الثاني: مضمون اتفاقية التحكيم الالكتروني..... 308
البند الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني..... 309
أولا: إجراءات سير الخصومة التحكيمية الالكترونية..... 309
ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني..... 313
البند الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الالكتروني..... 320
أولا- تحديد النظام القانوني الموضوعي بواسطة الأطراف..... 320
ثانيا- تحديد النظام القانوني الموضوعي في ظل غياب إتفاق الأطراف..... 323
الفصل الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 327
المبحث الأول: تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية.... 329
المطلب الأول: شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الصادرة في مجال عقود التجارة الالكترونية..... 330

الفرع الأول: الشروط الإجرائية اللازمة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 331
البند الأول:الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 332
البند الثاني: الوثائق الواجب توافرها لرفع دعوى الأمر بالتنفيذ..... 334
الفرع الثاني:الشروط الموضوعية اللازمة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 337
البند الأول: الشروط المرتبطة بالقواعد الخاصة بإصدار الحكم..... 337
أولا –احترام قواعد الاختصاص..... 338
ثانيا– حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي به..... 345
البند الثاني: الشروط المرتبطة بمحتوى الحكم..... 346
أولا –عدم تعارض الحكم الأجنبي مع حكم سبق صدروه من جهات قضائية وطنية..... 347
ثانيا: عدم تعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام والآداب العامة في الجزائر..... 349
المطلب الثاني:الآثار المترتبة على تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 357
الفرع الأول: الآثار المترتبة بعد منح الحكم القضائي الأجنبي الأمر بالتنفيذ..... 358
البند الأول: حجية الحكم الأجنبي..... 358
البند الثاني: القوة التنفيذية..... 360
الفرع الثاني: آثار الحكم القضائي الأجنبي قبل منحه الأمر بالتنفيذ..... 361
البند الأول: الاستثناء الوارد على حجية الشيء المقضي به..... 362
البند الثاني:الحكم الأجنبي كواقعة..... 363
البند الثالث: الحكم الأجنبي كسند..... 365
المبحث الثاني: تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 366

الفهرس

المطلب الأول: تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية أمام الهيئات القضائية..... 367
الفرع الأول: مفهوم الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 368
البند الأول: تعريف الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 368
البند الثاني: معايير أجنبية أحكام التحكيم الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 372
أولا: صلاحية المعيار الإقليمي لتحديد أجنبية الحكم التحكيمي الالكتروني الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 373
ثانيا: صلاحية المعيار القانوني لتحديد أجنبية الحكم التحكيمي الالكتروني الفاصل في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 375
الفرع الثاني: شروط تنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 378
البند الأول: الشروط الإجرائية المقررة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 379
أولا: الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ..... 380
ثانيا: الوثائق الواجب تقديمها..... 383
البند الثاني: الشروط الموضوعية المقررة لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في مجال عقود التجارة..... 390
أولا: إثبات وجود حكم التحكيم..... 390
ثانيا: عدم مخافة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي..... 391
ثالثا: المعاملة بالمثل..... 394
المطلب الثاني:التنفيذ الذاتي لأحكام التحكيم الالكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الالكترونية..... 395
الفرع الأول:آليات التنفيذ الذاتي غير المباشر لأحكام التحكيم الالكتروني..... 395
البند الأول : الجزاءات المادية..... 396
البند الثاني: الجزاءات المعنوية..... 397

الفرع الثاني: آليات التنفيذ الذاتي المباشر لأحكام التحكيم الالكتروني..... 400
البند الأول: إيداع ضمان مالي مغلق..... 400
البند الثاني: التحكم في بطاقة الائتمان..... 400
البند الثالث: التنفيذ الذاتي الالكتروني..... 401
الخاتمة..... 404
قائمة المصادر والمراجع..... 413
الفهرس..... 453

ملخص:

تثير عقود التجارة الالكترونية في العلاقات الخاصة الدولية مشاكل متعددة، وهذه الأخيرة لا يمكن تجاوزها إلا من خلال تطويع الأحكام التقليدية التي تستند عليها ضوابط الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي المنظمة لعقود التجارة الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية، أو من خلال إرساء آليات جديدة تتماشى والبيئة الالكترونية، وذلك بتجسيد فكرة القواعد المادية للتجارة الالكترونية كبديل مكمل لمنهج التنازع، وتكريس فكرة التحكيم الالكتروني كنظام بديل عن الهيئات القضائية المنوط بها تسوية منازعات هذه العقود، مع العمل على تكييف القواعد المنظمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية بما يتماشى وطبيعة البيئة الالكترونية.

الكلمات المفتاحية: عقود التجارة الالكترونية، منهج التنازع، القواعد المادية للتجارة الالكترونية، الاختصاص القضائي الدولي، التحكيم الالكتروني، تنفيذ الأحكام الأجنبية.

Résumé:

Les contrats de commerce électronique dans les relations internationales privées posent des multiples problèmes, et ceux-ci ne peuvent être surmontés qu'en adoptant les dispositions traditionnelles sur laquelle reposent les rattachement de compétence législative et judiciaire qui organise les contrats commerciaux internationaux conclus par des moyens traditionnels, ou par la mise en place de nouveaux mécanismes compatibles avec l'environnement électronique en incarnant l'idée de règles matérielles électroniques comme alternative à l'approche du conflit, et de consacrer l'idée de l'arbitrage électronique entant que substitut aux organes judiciaires chargés de règlement des différends tels les contrats, pour adapter les règles régissant la mise en œuvre des jugements étrangers en fonctions de la nature de l'environnement électronique .

Mots clés:contrats du commerce électronique, méthodologie de résolution des conflits, règles matérielles du commerce électronique, compétence judiciaire internationale, arbitrage électronique, exécution des jugements étrangers.

Resume:

The contracts of e-commerce, in international private relations, are source of multiple issues that can only be solved by bending the traditional rules upon which the international legislative and judiciary competences that regulate international commercial contracts, concluded by traditional means, are determined, or by creating new mechanisms that fit the electronic environment, through the idea of material rules of e- commerce as an additional alternative to the conflict resolution methodology, by establishing the electronic arbitration to replace the judiciary institutions which have traditionally the competences of settlement of litigations in relation with these contracts , alongside with adapting the rules regulating the enforcement of foreign judgments to be in accordance with the nature of electronic environnement.

Key words:e- commerce contracts, methodology of conflict resolution, material rules of electronic commerce, international judicial competence, electronic arbitration, enforcement of foreign judgments.