جامعة أكلي محند أولحاج بالبويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

دور الإرادة في حل منازعات عقود التجارة الالكترونية

مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطالب:

- بن حمدوش نوارة

تحت إشراف الأستاذة:

- عتيق حنان

لجنة المناقشة:

- الأستاذة عتيق حنان	مشرفا
- د/ عرعار الياقوت	رئيسا
- الأستاذ نبهي محمد	ممتحنا

السنة الجامعية:2022- 2023

الشكر و العرفان

روى الترميذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال رسول الله عليه وسلم

"من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

و تطبيقا لهذا الحديث الشريف و هذا الأدب الرفيع فإذن الشكر لله و الحمد لله الذي أعاني على أتمام هذا العمل

فما كان شيء ان يجري في ملكه إلا بمشيئته جل شانه

ولا يسعني و أنا في هذا المقام إلا أن أتقدم بشكري و تقديري و عرفاني و امتناني إلى الأستاذة المشرفة عتيق حنان

و التي لم تبخل علي بإرشاداتها و نصائحها و كذا صبرها و سعة صدرها و حرصها على إتمام هذا العمل في أحسن

ظروف كما احيي فيها روح التواضع و المعاملة الجيدة فجزاها الله عني كل خير

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر و العرفان إلى كل أساتذتي في الجامعة و اخص بالشكر أيضا أستاذة عرعار

الياقوت و كل من أمدني بيد المساعدة من قريب أو بعيد في انجاز هذا العمل و لم يتسنى لي ذكر اسمه .

إهداء

قال تعالى:(قل اعملوا فيسر الله عملكم و رسوله و المؤمنون)

الهي لا يطيب الليل إلا بشكرك و لا يطيب النهار إلا بطاعتك و لا تطيب اللحظات إلا بذكرك . . . و لا تطيب الآخرة إلا بعفوك . . . و لا تطيب الجنة إلا برؤيتك

الله جل جلاله

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة و نور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى مصدر قوتي إلى من علمني العطاء بدون انتظار إلى من كان اهتمامه قوام عزيمتي إلى من زرع في قلبي حب العمل و المثابرة إلى من احمل اسمه بكل افتخار أبي المرحوم أرجو من الله أن يرحمك و يتقبلك من الشهداء ستبقى كلماتك نجوم اهتدي بها إلى الأبد والدي العزيز رحمه الله

إلى ملاكي في الحياة إلى معنى الحب و إلى معنى الحنان إلى بسمة الحياة و سر الوجود إلى المرأة العزيزة التي كان دعائها سر نجاحي و حنانها بلسم جراحي إلى أغلي الحبايب إلى أمي الحبيبة

والى اخواتي وأخواتي كل الشكر و الاحترام لكم على مساندة و اخص أختي الصغيرة تسعديت على وقوفك بجانبي

إلى منارة العلم و العلماء إلى الصرح الشامخ إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم و المعرفة أساتذتنا الأفاضل .

قائمة المختصرات:

باللغة العربية:

ص: صفحة.

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ج ر: جريدة رسمية.

ع: عدد

ط: طبعة

ق.م: قانون مدني

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ج: جزء

باللغة الفرنسية:

P : page.

Pp : de page à page.

AMGI : Agence Multilatérale de Garantie des Investissements.

CIRDI : centre international pour Règlement des Différends relatifs aux investissement.

مقدمة

مقدمة:

إنّ التطورات التكنولوجية الحديثة التي رافقت ثورة المعلوماتية في العصر الأخير من القرن العشرين، قد غزت مناحي الحياة كافة، حتى أصبحت سمة من سمات هذا العصر الذي عرف بعصر المعلوماتية نتيجة التطور الهائل الذي شهدته الأخيرة في مجال الاتصالات وتقنيات المعلومات، وظهور الانترنت واستعمالها في النشاط التجاري أدى إلى ظهور نوع جديد من التبادل التجاري يسمى بالتجارة الإلكترونية حيث تتفاوض الأطراف عن بعد ويتبادلون المعلومات والبيانات بسرعة كبيرة في مجلس العقد الافتراضي.

أصبحت التجارة الالكترونية حقيقة واقعية وصارت احد دعائم الأساسية للاقتصاد العالمي الجديد ، حيث أسفر استعمال الانترنت فيها عن ميلاد العقد الالكتروني الذي أثار جدلا فقهيا واسعا حول مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة للعقد عليه نظرا لاعتباره عقدا دوليا لتوافر فيه كل من المعيارين الاقتصادي و القانوني .

أثار العقد الالكتروني العديد من الإشكالات القانونية خاصة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، تحديد زمان ومكان إبرام العقد، التحقق من أهلية الأطراف المتعاقدة، تنفيذ العقد، القانون الواجب التطبيق على العقد و كذا تحديد الجهة المختصة بالفصل في النزاع ، لذا بادر رجال القانون لإيجاد حلول لهذه الإشكالات إلا أنها كانت قاصرة لارتكازها على أسس جغرافية ومكانية تتنافى و طبيعة العقد المبرم عبر الانترنت .

ومع زيادة معدل التعاقد عبر الانترنت انتشرت بالتوازي العديد من المنازعات بين الأطراف ، خاصة في ظل عدم وجود قواعد قانونية موحدة و ملزمة تراعى فيها الخاصية العالمية التي تتمتع بها العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت،وأمام التحديات التي تواجه الأنظمة القانونية لتنظيم التعاقد عبر الانترنت وشرعية التعاملات الإلكترونية اتجه الفقه إلى ضرورة تفعيل مبدا سلطان الإرادة لتنظيم العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت ، أي ترك الحرية للمتعاملين عبر شبكة الانترنت للتعاقد و كذا حل نزاعاتها، بالاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهم ، والبحث عن آليات جديدة تعتمد على نفس التقنية المستخدمة في إبرام هذه المعاملات من أجل تسوية منازعات العقود الالكترونية، أي باستخدام الإنترنت، ودون الحاجة لوجود أطراف النزاع في مكان واحد، مما يوفر لهم الوقت

والتكاليف، وقد توج هذا البحث بتطوير صور متطورة للوسائل البديلة التقليدية، فظهرت الوساطة الإلكترونية، والتوفيق الإلكتروني وأخيرا التحكيم الإلكتروني كصورة حديثة للتحكيم التقليدي، ليكون أفضل الوسائل البديلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية ويتمكن الأطراف المتنازعة من اختيار الوسيلة التي يفضلوها.

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا الموضوع قيد الدراسة في أنه يوفر فائدة عملية وعلمية وقانونية في نفس الوقت أما بالنسبة لوجهة النظر العملية، فقد تم إبراز دور إرادة المتعاقدين في تنظيم و حل نزاعات العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت ،لأنه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بنوع جدد من التجارة إلا وهي التجارة الإلكترونية، التي أصبحت تفرض نفسها بقوة على مجتمعنا المعاصر، في ضوء ما حققته من قيمة مادية واقتصادية ضخمة تتجاوز أحياناً المليارات.

ومن الناحية العلمية فإن أهمية هذا البحث تتمثل في الحاجة الماسة إلى دراسة بحث متخصص القضايا الشائكة التي تثيرها معاملات التجارة الإلكترونية، والمتعلقة بحل المنازعات الناشئة عنها، ولهذا الغرض تبرز هذه الدراسة دور الإرادة في حل المنازعات العقود الالكترونية، و تقدم تحليلا شاملا عن دور إرادة المتعاقدين التي تتسم بالطبيعة الغير مادية التي تتماشى و طبيعة البيئة الافتراضية التي يبرم فيها العقد الالكتروني.

من وجهة نظر قانونية يتضمن هذا البحث تحليلا قانونيا لمبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، ومدى قدرته على تنظيم وحل المنازعات الالكترونية الناشئة عن التعاقد الالكتروني ، بهدف العمل على إيجاد مكانة لهذا المبدأ ضمن لب التجارة الالكترونية و هو العقد الالكتروني في ظل غياب تنظيم تشريعي خاص به، وتذليل الصعوبات والتحديات التي تنشأ بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

أسباب اختيار موضوع البحث

من بين الأسباب التي أدت بنا لاختيار هذا الموضوع هي أسباب ذاتية وأخرى موضوعية كالآتي:

أ- الأسباب الذاتية:

- الرغبة في فهم حقيقة التجارة الإلكترونية.

- حداثة الموضوع واحتلاله الصدارة على المستوى الدولي، سواء كان في التقارير أو الملتقيات الدولية.

- الاهتمام الشخصي بالتكنولوجيا الحديثة للمعلومات والاتصالات والتطورات المصاحبة لها.

- الانتشار السريع للتجارة الإلكترونية في السنوات الأخيرة، فالمتصفح لشبكة الانترنت يرى بوضوح اللجوء المتزايد لاستعمالها للأغراض التجارية، فلا يكاد يخلو موقع ما من عرض ومضات إشهارية للترويج لمنتجات معينة.

ب- الأسباب الموضوعية:

إنّ التجارة الإلكترونية أصبحت في متناول الجميع وأي مكان في العالم، حتى في الجزائر بدأت تشهد ظهور هذا النوع من التجارة من خلال المواقع الإلكترونية الجزائرية التي تعرض منتجاتها من خلالها باشرت الانترنت والعديد من المؤسسات المالية الجزائرية بإصدار بطاقات الدفع الإلكتروني عبر الانترنت وعلى سبيل المثال البطاقة الذهبية للبريد الجزائري.

وهذا يدفع إلى التساؤل عن مصير الخلافات التي قد تنشأ في المستقبل بين المستهلك البسيط و التاجر، خاصة إذا كانت القيمة المالية لتلك المعاملات بسيطة مقارنة بالمصاريف التي يتكبدها أطراف النزاع إذا اتخذوا طريق التحكيم القضائي أو التقليدي لتسوية نزاعهم، ومن ثم كانت الرغبة في دراسة مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية لتبيان دور إرادة

المتعاقدين في فض منازعاتهم عبر الوسائط الالكترونية بسرعة وبأقل تكلفة، باتفاقهم على اختيار القانون الواجب التطبيق و كذا الوسيلة الالكترونية البديلة لحل المنازعات التي تعد أسلوب حديث لفض هذه المنازعات.

إن دور الإرادة في مجال العقود الدولية بقى هو الأصل ، وهذا ما يؤكده جل الفقه و تنص عليه التشريعات الوطنية و الاتفاقيات الدولية ،لهذا اتجهنا في بحثنا هذا إلى تفعيل المبدأ المطبق في العقود الدولية على العقود الالكترونية بنفس الضمانات و القيود الواردة عليه في العقود الدولية ،فقد اتسع مبدأ حرية التعاقدية في مجال عقود الالكترونية ، فإبرام هذه العقود عبر الانترنت أدى إلى انتشارها لسهولة التعاقد و قلة النفقات ، لذلك سعى أطراف هذه العقود إلى تحديد شروط التعاقد و أهمها تحديد القانون الواجب التطبيق و الجهة المختصة بحل المنازعة.

أهداف الموضوع:

نهدف من خلال هذه الدراسة إلى التعرف على إمكانية تطبيق المبدأ الإرادي المفعل في العقود الدولية على العقد الجديد الذي جاءت به التجارة الإلكترونية، والتي تتميز عن الأسلوب التقليدي في المبادلات التجارية بالطبيعة الافتراضية التي تبرم من خلالها.

أمام عدم وجود تشريعات موحدة و ملزمة تراعي فيها خاصية العالمية التي تتمتع بها العقود الالكترونية بسب البيئة المبرمة فيها كان لابد من ترك الحرية للمتعاملين عبر شبكة الانترنت من اجل تنظيم هذا العقد ، وذلك كون الطبيعة الغير مادية للإرادة هي الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تلازم إبرام هذا العقد الحديث وكذا حل منازعاته .

ففي ظل تضارب القوانين المنظمة للعقود الإلكترونية بسبب التحديد الدقيق لتفاصيل إبرام هذه العقود خاصة أنها تبرم عبر الانترنت، لذلك نجد إمكانية تطبيق عدة قوانين في النظر لكل جزئية في العقد، وإمكانية تطبيق قانون جنسية الأطراف المتعاقدة أو قانون إبرام العقد أو قانون تنفيذ التزامات العقد أو قانون الإرادة في حالة اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق ،هذه التداخلات والصعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت دفعتنا إلى تناول هذا الموضوع لإزالة الغموض حول القانون الواجب

التطبيق في هذه العقود و أعمال اتفاق الطرفين كأنسب حل لتحديد القانون الواجب لحل منازعات العقود الإلكترونية.

تلعب الإرادة دورا هاما كذلك في تحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع أو اختيار الوسائل الالكترونية البديلة لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية.

ومن هنا نطرح الإشكالية التالية:

هل لأطراف النزاع الحرية في اختيار كل من القانون الواجب التطبيق وكذا الجهة القضائية للفصل في نزاعات عقود التجارة الإلكترونية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذا الموضوع إلى فصلين، نتطرق في الفصل الأول إلى دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وفي الفصل الثاني إلى دور الإرادة في اختيار الجهة المختصة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية.معتمدين في ذلك على منهج يجمع بين التحليل و المقارنة، و ذلك بالتحليل الفقهي لدور إرادة الأطراف في العقد الالكتروني و مقارنة العديد من التشريعات و الاتفاقيات الدولية وتحديد موقفها من قانون الإرادة في العقود الالكترونية و القيود الواردة على هذا المبدأ، و كذا تلك الواردة على حرية أطراف العقد في تحديد المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية.

الفصل الأول:

دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية

استقرت القواعد القانونية والتشريعات على إخضاع العقود الدولية لقانون إرادة المتعاقدين، أي القانون الذي يحدده طرفا العقد سواء كان ذلك بشكل صريح أم ضمني ليكون هو واجب التطبيق على العقد.

وقانون الإرادة ينطبق على العقود الالكترونية وعلى كافة المعاملات الالكترونية التي تتسم بالطابع الدولي، حيث يتم الاختيار من خلال شبكة الانترنت أو الرسائل الالكترونية التي يتم تبادلها من قبل طرفي العقد لتحديد قانون العقد، وذلك ما تم استخلاصه من خلال دراسة القواعد العامة ورأي الفقه الخاص بالقانون واجب التطبيق.

ويستخلص التحديد الضمني لقانون العقد من ظروف الحال وملابسات العقد والقرائن المحيطة به، مثل تحديد عملة الوفاء أو مكان التنفيذ. فللقاضي السلطة التامة في إمكانية استخلاص النية لدى طرفي العقد, دون خضوع للرقابة من المحكمة العليا من المحكمة التي تنظر الموضوع, مادام القاضي قد استند في حكمه إلى أسباب مستساغة .

إلا أن أغلب أطراف التعاقد في مجال التجارة الالكترونية يفضلون وضع شروط خاصة لتسوية المنازعات المتوقع حدوثها, منعا لإهدار الحقوق و للحفاظ على ديمومة العقد, لأن هنالك تشريعات تبيح بعض التصرفات الممنوعة أو غير المشروعة في قوانين أخرى. فيسعى أطراف التعاقد لتضمين العقد الحلول الواجبة لبعض المشكلات التي من الممكن أن تثور بين طرفي العقد.

أما في حال عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وعدم التمكن من تحديد إرادة المتعاقدين الضمنية, فتظهر هنا سلطة القاضي في توطين العقد والبحث عن القانون الأنسب بين القوانين الوطنية التي تم توطين العقد بها, إلا أن الأغلب يوطن العقد في الدولة التي ينتج العقد فيها أغلب أثاره ويطبق قانونها, أو في الدولة التي يقع فيها المقر الرئيسي للشركة مقدمة الخدمة. ولمحاولة توضيح آلية تحديد القانون الواجب التطبيق لا بد من بيان هذه الأمور على النحو التالي:

المبحث الأول: إرادة الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية.

المبحث الأول:

إرادة الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية

في عقود التجارة الالكترونية تلعب إرادة المتعاقدين دورا مهما بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم ما بين الأطراف، وقد اختلف الفقه حول مل إذا كانت قدرة الإرادة على اختيار قانون العقد الدولي ترجع إلى مبدأ سلطان الإرادة بما يعني تحرر الإرادة من سلطان القانون وإخضاعها لسلطان الإرادة، أم أن الأمر مرجعه أولاً وأخيراً إلى إرادة المشرع التي سمحت للإرادة على الاختيار.

ويؤكد الاجتهاد القضائي لقانون التجارة الالكترونية خضوع العقد الالكتروني للقاعدة التقليدية التي تحكم العقد الدولي بشكل عام, و هو "مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم العقد", و الذي استخدمه الفقه لتسميته في القانون الدولي بالإسناد الشخصي الذي يقتضي بمنح حرية تعاقدية كبيرة للمقاولين أو المتعاقدين لتضمين عقدهم بندا يحدد قانونا محددا يحكم العلاقة التعاقدية, أضف إلى ذلك حرية تحديده في مرحلة لاحقة لإبرام العقد أو تغييره في مرحلة البعض الآخر, ولعل ما يبرز أهميته هو تكريسه في معظم الأنظمة القانونية على المستوى الدولي و الداخلي, و التي سنشرحها من خلال المطلب الأول.

أقر الفقه والقضاء في سياق التجارة الدولية بضرورة إحاطة المبدأ ببعض القيود و الغرض منه تفعيل المزيد من الحماية للأطراف وعدم المساس بحريتهم, ويتجسد في الحاجة إلى ارتباط بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية، وأن الاختيار لا يعتمد عليه الغش تجاه القانون, مثل تحديد قانون محدد للتهرب من الضوابط أو قانون يوفر المزيد من التسهيلات بالنسبة لأحد الطرفين, بالإضافة إلى احترام النظام العام، إلا أن خصائص العقد الالكتروني أشارت إلى ضرورة تجريده من هذه القيود لأنه يستحيل تجسيدها في عالم افتراضي يطال العالم كله ومع ذلك في نفس الوقت خلال العقد, ظل شرط احترام النظام العام وحماس المستهلك ساري المفعول من أجل أنهم يحققونهم من مصلحة عامة على المستوى الدولي والداخلي للدول, وهذا ما سنظهر من خلاله في **المطلب الثاني** من هذا المبحث.

المطلب الأول

إعمال بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الالكترونية

في مجال العقود الالكترونية الدولية يقوم المتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وقد يتم هذا الاختيار صراحة, كما يمكن استخلاصه من ظروف الحال بإشارات تكشف عن إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد, وهذا يعني أن اختيار قانون العقد يمكن ان يكون بشكل صريح أو شكل ضمني, حيث تعد إرادة المتعاقدين أفضل وسيلة لتسوية تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الالكترونية وذلك بواسطة الاختيار الصريح لقانون العقد حيث تعترف معظم الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد, "ففي إطار المجتمع المعلوماتي نجد أن جميع المؤسسات الاقتصادية التي لها منبر على شبكة الانترنت وعلى اختلاف نشاطها تخصص جانبا من موقعها لإبرام التعاقد والذي يحتوي على كافة جوانب العملية التعاقدية وشروطها وهنا تعد الإرادة هي الوسيلة المثلى لتحديد القانون الذي يطبق على العقود المبرمة عبر الانترنت"[1].

الفرع الأول: الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في الأنظمة القانونية

ثبت أن مبدأ سلطان الإرادة هو السائد منذ العصور القديمة في المعاملات التعاقدية، والذي أيدته العديد من المدارس وعلى رأسها المدرسة الإدارية، والتي تجسد عدم قدرة الأطراف على الالتزام بما يتفقون عليه، إلا أن هذا المبدأ لم يعرف فعاليته الحقيقية إلا بعد أن تبنته معظم التشريعات الداخلية، وسيتم التعامل مع بعضها في النقطة الأولى، وبعد تكريسها بالاتفاقات الدولية، والتي سنشرحها في النقطة الثانية

[1] محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية "أركانه، اثباته، القانون الواجد تطبيق، حمايته، التشفير، التوقيع الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان، الأردن، 2008، ص128

أولا: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في القوانين الوطنية

إن أهم تطبيقات هذا المبدأ ما أقرّهُ المشرع الجزائري في المادة 18 والمادة 19 من القانون الجزائري، حيث يتَضح من مفهوم نص المادة 18 أن يشترط في تطبيق قانون الإرادة صلة ورابطة حقيقية بين المتعاقدين، أو العقد[1]، أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة بين المتعاقدين، وإذا تعذر ذلك يطبق قانون مكان إبرام العقد، وما تضمنته المادة 19 هو أن شكل العقد يخضع لقانون الموطن المشترك للطرفين المتعاقدين.

ذهب قانون المعاملات المدنية الإماراتي في نص المادة1/19 على أنه: "**يسري على الالتزامات التعاقدية شكلاً وموضوعاً قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبيَنُ من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه** ".

أما بموجب المادة رقم 19 من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه: "**يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن هناك قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقهُ**".

جاء في القانون الأردني رقم 2011/31 المؤرخ في 14 يونيو 2001 بشأن التحكيم في المادة رقم 36 أنه: "**تطبق محكمة التحكيم على موضوع نزاع القواعد التي وضعها الأطراف في اتفاقهم**"، ويتَضح أن المشرع الأردني قيَّد الطرفين بتطبيق قواعد اتفاقهم في العقد.

كما اعترف بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق كل من المشرع التونسي في المادة 62، و المشرع الفنزويلي في المادة 29 من القانون الدولي الخاص لهما[2].

[1] الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.

[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود لتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص246

ثانيا: الاعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية

لقد جسدت المعاهدات الدولية الاعتراف بمبدأ سلطان أو قانون الإرادة، حيث ورد في اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع للمنقولات المادية الموقَعة بتاريخ 15 يونيو 1955 والنافذة ابتداء في 01 سبتمبر سنة 1964 وجاء في نص المادة 1/2 على أنه: "**يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إدارة الأطراف**"، كما نصت اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 21 أبريل 1961 والنافذة في 07 يونيو 1964 ونصت المادة رقم 1/7 على أنه "**الأطراف احرار في اختيار القانون الذي يتعيّن على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع**"، كما تضمن القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي في 21 يونيو 1958، وجاء في نص المادة رقم 1/28 أنه "**تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً للقانون المختار بواسطة الأطراف**"[1].

الفرع الثاني: كيفية تحديد إرادة الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

كما سبق و أسلفنا فقد أصبح من الثابت في القانون الدولي الخاص وفي إطار العقود الدولية والتي تعتبر عقود التجارة الالكترونية من ضمنها، أن لأطراف العقد تحديد القانون الذي سوف يخضع له عقدهم الالكتروني الدولي، وهذا التحديد قد يكون صريح أي بالنص عليه صراحة في العقد، أو يكون ضمنيا يستشف من ظروف التعاقد وحيثياته.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، "الانترنت و القانون الدولي الخاص – فراق تلاقي"، المجلد الأول،أيام 01-03 مايو 2000، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت، ط3، كلية الشريعة و القانون، جامعة لامارات العربية المتحدة، 2004، ص 82، مشار اليه: نبيل زيد مقابلة، النظام القانون لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، رسالة دكتورة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، 2009، ص114

أولا:الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على معاملات التجارة الالكترونية

يشير استقراء الواقع في مجال التجارة الالكترونية أن العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية، و بصفة خاصة في العقود الأمريكية، تحرص على تنظيم مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد.

كما أنه صار من المألوف في مجال التجارة الالكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها نبذ يحدد بموجبه الأطراف القانون الذي يخضع له عقدهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي clause de a compétence législative، ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد[1]، ومثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الالكترونيةالذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أبريل عام 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين، إذ ينص أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي، بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه[2] .

ولكن ذلك لا يستبعد أن يطبق القاضي الأجنبي، الذي قد يرفع المستهلك الذي ينتمي إلى بلد أجنبي الدعوى أمامه، قانونا امرايحقق له حماية أكثر[3].

من خلال العرض السابق يتضح أن اختيار القانون الذي يخضع له عقد التجارة الالكترونية قد تم من جانب واحد، وهذا رغم أن جوهر مبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن يتم الاتفاق بين الأطراف على القانون الذي يحكم عقدهم. لكن هناك تبرير لهذا الاختيار من جانب واحد، وهو يعود إلى القول بأن عقود التجارية الالكترونية هي من عقود الإذعان، باعتبار أن هذه العقود يتم إعدادها سلفا، ويستقل بفرض شروطها، وإملاء بنودها طرف واحد، وهو الموجب دون تفاوض أو مشاركة من الطرف الاخر أي الموجب له (أو القابل) على نحو لا يكون

[1] بن غارابيسومية، عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع: "قانون تعون الدولي"، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص97

[2] د. صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص283

[3] بن غارابيسومية، مرجع سابق، ص97

أمام هذا الأخير (أي القابل) إلا قبول هذه الشروط كلية أو رفضها كاملة دون تعديلها، فلا يوجد بشأنها تفاوض ولا مساومة[1]. لكن ليس هناك ما يمنع إمكانية التفاوض على بنود عقود الإذعان– كما رأينا سابقا– في مجال التجارة الالكترونية.

وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة فإنه لا يوجد مانع من أن يقوم الأطراف باختيار القانون الذي يحكم عقدهم، سواء عند إبرام العقد أو في أي مرحلة لاحقة[2]، بل لا يوجد مانع حتى من تعديل الاتفاق المبرم سابقا طالما كان هذا التعديل قد تم بإرادة الأطراف، مع ملاحظة وهي أن هذا التعديل لا يجب أن يسبب ضرر التغير.

ثانيا:الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

وقد يغفل الأطراف على تحديد القانون الذي يحكم عقدهم بصورة صريحة ولكن ومن ملابسات و حيثيات وظروف إبرام العقد يمكن استخلاص اتجاه إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق وهو ما يسمى بالإرادة الضمنية.

وقد استقر الفقه والقضاء على وجود عدة قرائن تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد، حيث يجمع القضاء بين أكثر من مؤشر أو علامة لاستنباط نية المتعاقدين، ومن أمثلها إدراج نص في العقد يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولية معينة، أو يتم إبرام عقد مرتبط بعقد آخر سبق إبرامه، و كم اختيار القانون الواجب التطبيق فيه، كذلك مثال آخر حيث يمكن استخلاص اتجاه إرادة الأطراف من اللغة التي حرر بها العقد أو بالعملة التي تم الاتفاق على الوفاء بها.

هذا ونشير إلى أن بعض التشريعات الحديثة لم تعد تعقد إلا بالإرادة الصريحة للمتعاقدين في اختيار قانون العقد، فإن سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد صراحة، فلا يصح للقاضي البحث عن إرادتهم الضمنية. وإنما عليه أن يلجأ إلى قواعد الإسناد الاحتياطية والتي ينص عليها قانون دولته، مما يحقق للمتعاقدين أمانا قانونيا أفضل من تخويل القاضي حرية البحث عن إرادتهم الضمنية، مما قد ينتج عنه الإخلال الصارخ بتوقعاتهم.

---

[1] بن غارابيسومية، مرجع سابق، ص97

[2] و هو ما نصت عليه المادة 2/3 من اتفاقية روما بعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب تطبيق على الالتزامات التعاقدية و التي نصت على أنه: "يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على اخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له، من قبل و سواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعا بنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى".

المطلب الثاني:

النتائج المترتبة على خضوع العقود الالكترونية لقانون الإرادة

يترتب على خضوع عقود التجارة الالكترونية لقانون إرادة المتعاقدين العديد من النتائج الهامة نتطرق إليها في الفرعين، حيث نعرض في الفرع الأول إلى السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الالكترونية (تجزئة العقد)، ثم نتناول في الفرع الثاني عدم لزوم توفر صلة بين القانون المختار و العقد الالكتروني .

الفرع أول: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الالكترونية (تجزئة العقد)

إذا كان لإرادة المتعاقدين دورا جوهريا في حل مشكلة تنازع القوانين بصدد عقود المعاملات الالكترونية، فإن ذلك يثير التساؤل حول مدى إمكانية اختيار الأطراف لأكثر من قانون يحكم العلاقة العقدية، فيطبق على كل جزء منها قانون يختلف عن الآخر[1].

في ذلك ينظر البعض من الفقه إلى العقد باعتباره وحدة واحدة في كل أجزائه، ومن ثم يجب أن تخضع هذه الوحدة القانونية لقانون واحد، فهي وحدة قابلة للتأويل التفسير، ولا تكلفها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها[2]، و طبقا لهذا الرأي فإنه يتعين إخضاع العقد الالكتروني لقانون واحد ينظم الالتزامات المتبادلة للمتعاقدين، وهو ما يعني عدم إمكانية تجزئة العقد الالكتروني، لأن التجزئة لا تناسبه لما يمتاز به من سرعة في إبرامه، إضافة إلى ما يؤديه هذا المبدأ إلى الإخلال بالروابط العقدية، وذلك لاختلاف القوانين المطبقة على هذا العقد، فمن الممكن مثلا تنظيم جزء من العقد بقانون يقر

[1] سلايم غيلاس، كولوقلي سماعيل، القانون الواجب التطبيق عن العقود المبرمة عبر الانترنت، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2021–2022، ص 23.

[2] المرجع نفسه، ص 23.

حجية التوقيع الالكتروني وبصحة المعاملات الالكترونية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية، والجزء الآخر ينظم بقانون آخر لا يقبل مثل هذه التصرفات[1].

وعلى النقيض من الرأي السابق يرى بعض الفقهاء بتجزئة العقد، وأنه يمكن للمتعاقدين تحديد أكثر من قانون للعقد ذاته إذا ما حدد نطاق تطبيق كل قانون وأخضع كل جزء فيه لقانون معين، على أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بالعلاقة العقدية، ويتمثل أساس هذا الرأي في عدم جواز الاحتجاج بمبدأ وحدة العقد، لأن هذه الوحدة المقال بها غير متحققة في الواقع في صدد المسائل القابلة بطبيعتها للانفصال بإسناد مستقل، سيما وأن المشرع نفسه قد تصدى إلى تجزئة الرابطة العقدية، حيث ميز في الإسناد بين شكل العقد وموضوعه، مما يؤدي إلى القول أنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد باختيار أكثر من قانون ليحكم عناصره المختلفة[2] .

أما في إطار العقود الالكترونية فيؤكد فقه قانون التجارة الالكترونية أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعوا كل جانب من جوانب العقد لقانون معين، فيصح أن يتفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه، وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد وتعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوع العقد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره[3].

وبهذا يمكن في إطار عقود التجارة الالكترونية الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد، مؤكدين على أن إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال العقود الالكترونية لن يتحقق إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد، وإسناد كل جانب إلى قانون معين، فهناك مسائل خاصة تتم عبر الشبكات الالكترونية كالوفاء الذي يعد تعاملا منفصلا عن العقد.

---

[1] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 277.

[2] بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، ط 1، مكتبة بدوان الحقوقية، لبنان، 2017، ص 231.

[3] المرجع نفسه، ص 235- 236.

الفرع الثاني: عدم لزوم توفر صلة بين القانون المختار والعقد الالكتروني

اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول ضرورة وجود صلة بين القانون تم اختياره بإرادة الأطراف المتعاقدة، والعقد الدولي الذي سيخضع لأحكام القانون المختار، كما اختلفوا أيضا حول المقصود بتلك الرابطة التي يتعين أن تتوافر بين قانون الإرادة والعقد الدولي، وما إذا كانت هذه الرابطة ذات طبيعة مادية أو شخصية، أم أنها كافية لتكون هناك مصلحة مشروعة في تطبيق القانون المختار حتى توجد هذه الصلة.

ذهب بعض من الفقهاء لتقييد سلطة إرادة الأطراف المتعاقدة ف اختيار قانون العقود من خلال اشتراط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد، بحيث يعتمد اختيار المتعاقدين أحد القوانين التي تتزاحم حكم العقد الدولي، لا يهم أن يتم التركيز على اختيار القانون الأكثر ارتباطاً بالسند التعاقدي على أساس أنه يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة[1].

ولكن إذا اختارت الأطراف المتعاقدة قانوناً لا يتوفر فيه تلك الرابطة[2]، فلا يجوز للقاضي بالنظر إلى هذا الاختيار وتركيز الرابطة العقدية في البيئة التي تبدو متناسقة مع العناصر الخارجية لتلك الرابطة، ونجد في رأس هذا الاتجاه الفقيه باتيفول (Batiffol) الذي يرى أن قاضي العقد لا يستقبل اختيار الأفراد بأيد مطوية، بدلاً من ذلك يجب أن يعيد النظر في هذا القانون للنظر في توافر رابطة جدية بينه و بين العقد، بحيث لا تكفي إرادة الطرفين في حد ذاتها لاختيار القانون الواجب التطبيق بل هي من الضوابط التي تعين القاضي في هذا

[1] وذلك لان تنفيذ مبدأ الصلة الأقرب بالرابطة العقدية يتم فقط في حالة عدم الإفصاح عن إرادة الأطراف المتعاقدة صراحة أو ضمنا عن اختيار قانون العقد، ولكن إذا كان ذلك يعبر عن رغبتها في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فلم يعد هناك مجال أن ينص على أن هذا الاختيار يعبر عن مركز الثقل في الرابطة العقدية وأننا لم نجرد الإرادة من قدرتها على الاختيار الذي يتعارض مع قاعدة التعارف التي تمنح الأطراف المتعاقدة الحق في اختيار قانون العقد. كذلك د/ هشام علي صادق، قانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص 345.

[2] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 79.

الاختيار[1]، وبناءً عليه أنشأ الفقيه السابق منهجاً واحداً لتحديد القانون الواجب التطبيق و هو منهج التركيز الذي يجب إتباعه سواء في حالة الاختيار الصريح أو حالة عدمه، وبالتالي فإن الرابطة أو الصلة التي يُنظر إليها على أنها موجودة بين القانون المختار والعقد يتم تمثيلها بمكان أداء العقد أو مكان إبرامه، وإذا كان هذا الارتباط موجوداً في مجال العقود التجارية الدولية، لكن يبدو أنه صعب في مجال العقود الالكترونية التي تتم عبر الأنترنت النظر في تلك الصلة بين القانون المختار بإرادة الأطراف المتعاقدة والعقد قياساً على عقود التجارة التقليدية للأسباب التالية[2]:

- إن التعاقد عبر الأنترنت يجعل العقد متصلاً وقت إبرامه لجميع الدول في نفس الوقت نتيجة لانفتاح الشبكة على العالم أجمع، وبالتالي يصعب تحديد هذا الارتباط المزعوم بين القانون المختار والعقود الالكترونية.
- لا يختلف العقد الالكتروني عن العقد العادي من حيث الموضوع أو الأطراف، لكنها تختلف في وسيلة الختام أو الإبرام، وفي العقود الالكترونية يتم إبرام العقد من خلال الشبكات الالكترونية التي لا تتركز في أراضي دولة معينة ولا تخضع لدولة معينة، بحيث يمكن القول من خلال تطبيق قانونها، فإن الأمر يختلف فيما يتعلق بالعقود الدولية التقليدية.
- الرابطة التي يتخيل وجودها بين القانون المختار والعقد تنشأ في الغالب من عناصر مادية مثل مكان إبرام العقد أو تنفيذه، إذا كانت هذه الضوابط المادية صالحة في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية أو في حالة العقود الالكترونية التي يتم تنفيذها من الناحية المالية، هناك صعوبة حقيقية في تطبيق هذه الضوابط في حالة المعاملات التي تم إبرامها وتنفيذها بالوسائل الإلكترونية، وينطبق الشيء نفسه في حالة توريد برامج الكمبيوتر عن طريق تنزيله

[1] فاروق محمد أحمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت – دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 113.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 280. وأيضا كل من د/ فاروق محمد أحمد الاباصيري، المرجع نفسه، ص 114، فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 671 – 672.

مباشرة على الكمبيوتر، في هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد لأننا في عملية بيئة غير مادية أو افتراضية يتم من خلالها تنفيذها.

ولهذا الأسباب، دعا جزء من الفقه إلى تحرير اختيار الأطراف المتعاقدة للقانون الواجب التطبيق من كل قيد إلى ذلك المذهب الشخصي[1]، ويبدو أن هذا الاتجاه الحديث في القوانين الوضعية الأوروبية، وهذا يتأثر باتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام1980، والتي تسمح باختيار قانون محايد من قبل الأطراف المتعاقدة دون اشتراط وجود علاقة أو سند في هذا الصدد، ومن ثم ليس للقاضي أي سلطة في هذا الصدد، لأن طرفي العلاقة التعاقدية هم الأكثر قدرة على تحديد مصلحتهم واختيار القانون الذي يخدم مصالحهم المشتركة ويساعد على إبرام وتنفيذ العلاقة التعاقدية دون افتراض الاحتيال في حقهم[2].

وقد اتبعت اتفاقية لاهاي لعام 1955 بشأن القانون المنطبق على البيع الدولي للتحويلات الملموسة إلى هذا الاتجاه من خلال محتوى المادة الثانية منها والتي تنص على أن البيع يحكمه قانون الدولة المختار من قبل الأطراف المتعاقدة دون وضع أي قيود في هذا الصدد، وأيضا اتفاقية "لاهاي" لعام 1978 بشأن القانون المنطبق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، وهذا ما توصلت إليه أيضاً اتفاقية لاهاي لعام 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على المبيعات الدولية للبضائع[3].

---

[1] وهذا الاتجاه يؤيده بعض الفقه المصري، لكنه لا يميل إلى الاتجاه الشخصي المطلق الذي يقدس إرادة الأطراف، ويعطي دور مطلق نتيجة النتائج التي نتجت عن ذلك، أهمها فكرة العقد الحر، وإنما يناصر الاتجاه الشخصي الذي يجعل الإرادة تعمل في إطار القانون وليس خارجه، ويمنح لها السلطة على اختيار قانون العقد دون الحاجة إلى وجود علاقة بين القانون المختار والعقد. راجع في هذا: د/ فاروق محمد احمد الاباصيري، المرجع السابق، ص 114. رقم 01.

[2] د/ فيصل محمد محمد فيصل كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 675.

[3] د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 281. د/ عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 79. أيضا د/ د/ فيصل محمد محمد فيصل كمال عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 675.

من أهم المزايا التي حققتها العقيدة أنها تحترم توقعات الأفراد بالأمن الذي توفره قانونياً بالنسبة لهم، من خلال تحديد قانون محدد يحكم العقد يحدد كل طرف حقوقه والتزاماته، التي تنتج عن مخالفته لشروط العقد وفقاً لهذا القانون الذي تم اختياره، وتتفق عليه أيضاً العقيدة الليبرالية السائدة حالياً في التجارة الدولية والتي تعطي الإرادة دوراً متقدماً في تنظيم العلاقات التجارية الدولية[1].

إنّ التعاقد من خلال الأنترنت هو أمر عابر للحدود بطبيعته يستلزم الاستفادة من معظم دول العالم ويجعلها في حالة اتصال دائم، أي اتصال العقد وقت إبرامه لجميع الدول في نفس الوقت نتيجة لإلغاء الحدود الجغرافية، كما أن العقود التي يتم إبرامها من خلالها لا يتم تضمينها داخل حدود دولة معينة ويتم الاستدلال على ذلك من خلال العناوين الالكترونية التي لا تنتمي إلى دولة معينة، لذلك نجد من تمكن الصعوبة في اشتراط وجود صلة بين القانون المختار والعقد في العقود الالكترونية، فلا بدَّ من الإفراج عن إرادة الأطراف المتعاقدة لاختيار القانون المعمول به.

[1] د/ فاروق محمد أحمد الاباصيري، المرجع السابق، ص 115 – 116.

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ قوة الإرادة في العقود الالكترونية

الأصل في العقود الالكترونية هو تطبيق مبدأ قوة الإرادة، وهذا ما ينتج عنه الاعتداد بالقانون الذي أشارت إليه الإرادة، ولكن مثل هذا التسليم قد يحتاج إلى نوع من التوضيح، فالقول بقانون الإرادة، لا يعني أن تطبيق هذا القانون بالكامل في جميع الأحوال، بينما هناك بعض القيود التي تحد من قدرة هذا الاختيار مما يؤدي إلى استبعاد القانون المختار من قبل أطراف القانون الذي في بعض الحالات لا يخدم مصلحة الأطراف المتعاقدة، ولكنها من جهة أخرى البعض الآخر يخدم المصلحة العامة، وهذا في إطار الاستثناء من القانون بسبب مخالفته للنظام العام، وهناك حالات أخرى يتم فيها استبعاد القانون المختار لحماية مصلحة أحد الطرفين الذي يوصف بأنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وفي طريق حماية هذا الأخير هي اختيار قانون أكثر ملائمة له وهذا ما يعكس استبعاد القانون المختار لحماية المستهلك.

المطلب الأول

النظام العام واستبعاد القانون المختار

ثبت في النظم القانونية الكلاسيكية المعروفة في القانون الدولي الخاص، هناك ضوابط تحد من الحرية التعاقدية، وتتكون من مجموعة من القواعد القطعية التي يجب للأطراف الالتزام بها، والتي تم تكييفها لتكون جزءاً من النظام العام، علما أن هذا الأخير يختلف باختلاف نطاقه الداخلي أو الدولي، وهذا التقسيم مرتبط بالنطاق الجغرافي، الذي يتلاشى أمام التجارة الالكترونية مما يؤدي إلى اتساع مفهوم النظام العام الذي ستخضع له العقود الالكترونية .

الفرع الأول: المقصود بالنظام العام

إنّ التعامل مع النظام العام باعتباره قيداً على حرية الإرادة يتطلب منا توضيح الأدوار المختلفة التي تلعبها هذه الفكرة في مجال القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص، وأيضا دورها المتميز في عقود التجارة الالكترونية.

أولا: فكرة النظام العام الداخلي

تعتبر فكرة النظام العام من الأفكار الجوهرية في علم القانون بشكل عام، ويتم استخدام هذه الفكرة في القانون المحلي للإشارة إلى القواعد القطعية التي لا يمكن للأفراد الانحراف في حكمها باتفاق خاص، وقد حدده الفقه القانوني الدولي الخاص على أنه: «وسيلة قانونية يستبعد فيها في النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمع بلد القاضي»[1].

رغم أن الفقه الحديث أجمع على أهمية فكرة النظام العام ودوره كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي يظل مختلفاً بشأن تحديد محتواه، هناك اتفاق حول تحديد هدفها، الذي يتجسد بشكل عام في حماية المبادئ والأسس الأساسية التي تحمي المجتمع سواء كانت تلك المبادئ والأسس اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية[2].

في القانون الدولي الخاص يتمثل دور النظام العام في منع تطبيق القانون الأجنبي، الذي يتم الاحتفاظ بقاعدة الإسناد الوطنية له الاختصاص، إذا كان من تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون المساس بالأسس والمبادئ والركائز التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي[3]، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 من القانون المدني والتي

---

[1] د/ محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية (العقود الالكترونية – المنازعات العقدية وغير العقدية – القانون الواجب تطبيق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 111.

[2] مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب تطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005، ص 131.

[3] Selon: NAMIE CHARBONNIER Maire, la formation et exécution du contrat électronique, thèse de doctorat, droit économie- science sociale, université panthéon-ASSAS, Paris, 2003, P 252.

تنص: «**لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوصالسابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة**»[1].

لذلك يجب ألا يكون اختيار القانون المطبق لبلد معين متحيزاً بأي حال من الأحوال فالنظام العام الساري في الدولة الأجنبية التي تم اختيار قانونها لتنظيم العلاقة التعاقدية، وإلا فإن القاضي يتجاهل القانون المختار لتعيين القانون الأقرب إلى العلاقة التعاقدية، وهذا ما يؤدي إلى استبعاد إرادة الطرفين[2].

بينما توجد فكرة العقود الإلكترونية في النظام العام الذي يلعب دور هام، حيث تتم إبرام هذه العقود عن طريق الوسائط الإلكترونية، وينتج عن حرية المعاملات في مجال الانترنت خلق قوانين تتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي فلهذا يجب أن تتدخل قواعد النظام العام في التجارة الإلكترونية، سواء ما يخص العروض التي توجه إلى دولة واحدة أو عدة دول، أو الإعلانات التي تنشر على موقع التاجر والتي تلزم مراقبة القواعد والشروط الواردة في هذه العقود والقوانين التي تطبق عليها لمعرفة مدى توافقها مع النظام العام ، أو تعارضها فيتم استبعادها.

لسهولة وقلة التكاليف للتعاقد عن طريق الأنترنت يتزايد يومياً بالنسبة لأطراف العقد، وعدم اشتراط التواجد المادي أو اقتضاء السفر من دولة إلى أخرى لإبرام العقد أو تنفيذه، وليس من الممكن ترك هذه القواعد التي تحكم التجارة الإلكترونية دون ضوابط، ولا يسمح لقانون أجنبي أن يحكم العقد الذي قد يبرم في ثوان الدخول أو الاطلاع على الشروط، وقد

[1] الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.

[2] خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 32.

ينتهي الأمر عند إدخاله الرقم السري password للمتعاقد، وتأكيده مرة أخرى ويتم تبادل الإيجاب والقبول وينعقد العقد.

وتؤدي قواعد النظام العام وظيفتها كقواعد آمرة في مجال التجارة الإلكترونية التي تتم في عالم افتراضي، ويكون تجسيدها إلكترونياً، لتأخذ تلك القواعد مكانها في المحافظة على حقوق المجتمع والمتعاملين، ويجب إعمالها حسب التطور الذي يلحق بالتجارة الإلكترونية سعياً نحو تحقيق العدالة في العلاقات الخاصة الدولية، واستبعاد القوانين الأجنبية التي تهدد مصالح المجتمع[1].

ثانيا: فكرة النظام العام الدولي

أدت التطورات الأخيرة في التجارة الدولية إلى ظهور فكرة النظام العام الدولي بمفهوم يختلف عن النظام العام الداخلي في إطار القوانين الداخلية، وهو ما يعني وجود منظمة قانونية فوق الدول، والتي أقر الفقه الحديث بوجودها نتيجة تشابك العلاقات الدولية الخاصة ومساهمة كل طرف (دول، منظمات دولية، شركات عالمية...) في تطويره، للاجتماع متطلبات واحتياجات التجارة الدولية من خلال تشجيع واستنباط القواعد الذاتية الخاصة التي تتماشى مع نمو التجارة الدولية[2].

وقد ذهب جزء من الفقه في مجال عقود التجارة الدولية ليقول إن القانون مستبعد أجنبي على أساس فكرة النظام العام، إذا كان تطبيق هذا القانون يخل بمبادئ عدالة القانون الدوليأو مبادئ القانون الطبيعي أو المبادئ العامة التي يعترف بها مجتمع الدول المتحضرة، أو في شكل آخر ينتهك النظام العام الدولي والذي يعرف بأنه:

---

[1] د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، دور الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة لدور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق و الاختصاص القضائي الدولي في ضوء الفقه و التشريعات الوطنية للاتفاقيات الدولية و التوجيهات الأوروبية، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، 2019، ص 68.

[2] عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعيد دحلب، البليدة 2007، ص 76.

«مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وإنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية، لأنه عبارة عن مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية ومرتبطة بالعلاقات الدولية»[1].

ففكرة النظام العام الدولي تعبر عن مجموعة من المصالح الأساسية للمجتمع الدولي أو المصلحة العليا التي لا يمكن تصور وجودها دون المساس أو الاستقرار بقواعد النظام العام الدولي، والقواعد القانونية المتعلقة به هي قواعد قطعية، ما لا يمكن الاتفاق على ما ينتهكها فهي بذلك تفرض قيوداً على الإرادة لذلك فإن السياج القوي هو الذي يحمي النظام القانوني الدولي. كما أن طبيعة القواعد المتعلقة بالنظام العام الدولي "تتطور" وتستجيب لما هو مطلوب ويلبي احتياجات المجتمع الدولي.

مهما تغيرت التعريفات، فمن المتفق عليه أن النظام العام الدولي يشكل أساس تنظيم المجتمع الدولي، وهي الوظيفة التي حددها الفقه كمعيار للتمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، ففي القانون الداخلي يضمن النظام العام إبطال اتفاقات الأفراد المخالفة للقواعد الآمرة لذلك يظهر النظام العام في هذا الصدد كحليف أو حامي للقاعدة القانونية الوطنية أما في مجال العلاقات الدولية فهو يسعى إلى حماية المجتمع الدولي وتنظيمه، إنه متجذر في ملاحظة أن كل ما يتعلق بالنظام العام الداخلي لا يجب أن يكون بالضرورة من النظام العام الدولي[2].

مما سبق يمكن استنتاج المصادر التي تساهم في خلق قواعد النظام العام الدولي، ويتجسد في كل من القضاء الوطني والتحكيم والاتفاقيات الدولية، إذا وجدنا القضاء الوطني من خلال الأحكام التي يصدرها، وتساهم في إنشاء العديد من القواعد التي توضح في النظام العام الدولي، ونذكر على سبيل المثال الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريسفي قضية البنك

[1] انظر د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 298.

[2] بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الانترنت على صعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 34.

العثماني Banque ottomane والتي أكدت أن أمن العلاقات التجارية والمالية والدولية، وهو مبني على الاعتراف بوجود نظام عام إن لم يكن كونياً، وفي حكم آخر ألحت إلى وجود مبادئ عدالة عالمية التي لها قيمة دولية مطلقة[1].

وحيث كان لاختيار القانون الواجب التطبيق بالغ الأهمية في تحقيق مصالح التجارة الدولية والإلكترونية، فإنه قد يبدو غير منطقي، حين يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته على حساب الطرف الأخر باختيار قانون غير معروف له، وهذا ما يتسع المجال له في عقود الاستهلاك الالكترونية، التي لا يستطيع المستهلك استيعاب كافة شروطها والآثار الناتجة عنها.

وتعمل قواعد النظام العام على إعادة التوازن بين الأطراف في العقد الالكتروني في مواجهة الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي، وهو التاجر أو المهني، على الطرف الضعيف وهو المستهلك ويستغل التاجر حاجة المستهلك إلى اللجوء إلى التقنيات الحديثة في الانترنت والاتصالات ويفرض شروطه التي قد تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي التي ينتمي إليها، أو يقيم فيها المتعاقد مع الشركات أو المشروعات التجارية.

وتقف قواعد النظام العام حائلا أمام تطبيق القانون الأجنبي الذي يتجاهل حقوق المستهلك، لهذا يقتضي الأمر استبعاد القوانين الأجنبية التي تحرم المستهلك من الحماية المقررة له بنصوص قانون محل إقامته المعتادة.

وعلى القاضي عندما تعرض عليه منازعة تتعلق بأحد عقود الاستهلاك أن يبحث مضمون القانون الأجنبي للتأكد من مدى نيله من حقوق المستهلك من عدمه، وألا يكتفي بالبحث الظاهري في هذا القانون[2].

[1] مشار لدى: د/ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 298.

[2] د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، مرجع سابق، ص 69

فالعقود الإلكترونية، التي تبرم عبر الوسائط الإلكترونية، وتكون متاحة ومطروحة أمام المتعاملين والمستخدمين للانترنت يجب أن يتم التعرف على شروطها ومدى توافقها أو تعارضها مع حماية المستهلك، ولا تتعمد الشركات في كل الأحوال الإضرار بالمستهلك، بل تسعى إلى المحافظة على سمعتها التجارية، وتحاول جذب المستهلك مع وضع شروط قد تناسبه، وتطبيق تلك الواردة في قانونه الوطني أو قانون محل إقامته. لذلك يجب البحث جيداً في مضمون القانون الأجنبي قبل استبعاده وتطبيق قانون القاضي، والإبقاء على شرط الاختيار عندما يأتي منسجما ومتفقا مع حماية المستهلك في العقود التي تبرم عبر الانترنت.

ومن المتصور أن يؤدي تطبيق الدفع بالنظام العام إلى النيل من حماية المستهلك، إذا لم يتم بحث مضمون القانون الأجنبي، ومعرفة أثار تطبيقه، وهو ما يؤدي في هذه الحالة إلى تهديد مصالح الطرف الضعيف في العقد، باستبعاد القانون الذي اختاره الأطراف.

الفرع الثاني: النظام العام باعتباره قيداً على مبدأ قوة الإرادة في عقود التجارة الالكترونية

بحسب النظرية العامة لمبدأ سلطان الإرادة، فإنه لا يقوم التزام على شخص إلاّ إذا قبل به، "وفي حالة رفض أي التزامات لا إرادية على الشخص تحقيقا للمصلحة العامة أو حفاظاً على النظام العام والآداب العامة فإنها يجب أن تكون في أضيق الحدود[1]، وقد أقر الفقه وكذلك القوانين المدنية المعاصرة بمبدأ سلطان الإرادة في قيام التصرفات القانونية، ولكن ضمن حدود معينة، ولغايات قيام التوازن ما بين الإرادة والعدالة والصالح العام، وبعبارة أخرى قد تم إقرار حرية الإرادة في التعاقد وعدم التعاقد، وفي تحديد مضمون العقود و أثارها وفقا للحدود التي يحددها القانون استناداً إلى معايير المصلحة العامة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة.

[1] قضت محكمة النقض المصرية في الطعن (رقم 4291 لسنة 62 ق جلسة 5/29 1996 س 47 ج 1 ص748): «المقرر في قضاء محكمة النقض أن الأصل في الإرادة هو المشروعية فلا يلحقها البطلان إلا إذا كان الالتزام الناشئ عنها مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة أو محلا أو سببا أو كان على خلاف نص آمر وارد في القانون».

وفيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص "فإن فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين تقسم إلى قسمين وهما النظام العام التوجيهي أو ما يعرف بقوانين البوليس، والقسم الثاني ما يسمى بالنظام العام الحمائى أو النظام العام الاستبعادي، أما النظام العام التوجيهي[1]، فهي القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها للمجتمع حداً كبيراً يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية، "ويجب تطبيقها مباشرة دون النظر إلى تصنيفها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو الخاص[2]، ويعد النظام العام في هذا المعنى ضابط إسناد لصالح قانون القاضي، حيث يطبقه بالأولوية على أي قانون أجنبي تحدده قاعدة التنازع، "حيث يلعب النظام العام في هذه الحالة دوراً إيجابياً بحيث يفرض تطبيق القواعد التي يتضمنها قانون القاضي، وذلك لتحقيق المصالح الجوهرية والأساسية للدولة، بينما النظام العام الإستبعادي هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ونسبت الاختصاص إليه إذا كان تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون المساس بالأسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام العام القانوني لدولة القاضي".

و يجب التنويه أنه عند اختيار القاضي الوطني للقانون الواجب التطبيق لدولة ما بجب أن لا يمس النظام العام الساري المفعول لتلك الدولة التي تم اختيار قانونها لحكم العلاقة التعاقدية، وعلى القاضي أن يقوم بتجاهل القانون المختار ليعين القانون الأقرب إلى العلاقة التعاقدية وهو ما يحول إلى استبعاد إرادة الأطراف، حيث أن النظام ألاستبعادي يرسم الإطار العام الذي يسمح فيه تطبيق أحكام القانون الأجنبي، وهنا لابد من القول أنه ليس كل ما يعد من النظام العام في مجال القانون الداخلي يعد كذلك في مجال تنازع القوانين لأن قواعد النظام العام نطاقها أضيق في مجال تنازع القوانين عنه في مجال الفانون الداخلي[3].

---

[1] علاء الدين محمد عبابنة، القانون والواجب التطبيق على العقد الالكتروني في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، 2004، ص 116.

[2] المرجع نفسه، ص 165.

[3] د/ هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 315.

المطلب الثاني

اعتبارات حماية المستهلك واختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الالكترونية

ثبت في النظم القانونية الدولية والمحلية أن مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ أساسي ومسؤول وضابط إسناد رئيسي يحكم العلاقات التعاقدية التقليدية والالكترونية، وكانت هذه الأخيرة تعتبر معظمهم عقوداً للمستهلكين ومن الضروري مراعاة الاتفاقات الدولية والتشريعات المحلية بشأن حماية المستهلك عند إبرام العقود الالكترونية، التي كثيراً ما تخصص القواعد على وجه الخصوص، فقد أصبح مقيداً من مبدأ سلطان إرادة الأطراف، وذلك لأنّ تطبيق هذا الأخير في هذا النوع من العقود يؤدي حتماً إلى فقدان التوازن في العقد، خاصة أنه غالباً ما يكون المورد الوحيد أو مقدم الخدمة بتحديد القانون الواجب التطبيق، والأمر الذي حرك القوانين والفقه الوطني والقضاء من أجل حماية المستهلك وإيجاد نوع من التوازن في العلاقات التجارية الداخلية ولذلك ذهب بعض الفقهاء إلى الاستبعاد التام لمبدأ سلطان الإرادة، في عقود الاستهلاك أي عند اختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا ما سنناقشه في الفرع الأول . أما في الفرع الثاني سنتطرق إلى الفقه المعاكس الذي اعتبر وجوب الحفاظ على المبدأ مع تقييده بالنصوص القطعية في القانون الواجب التطبيق . وأخيراً في الفرع الثالث سنناقش الحلول المقترحة من قبل التاجر الالكتروني.

الفرع الأول: حماية المستهلك واستبعاد قانون الإرادة

يرى مؤيدو هذه الفكرة[1] أنّ استبعاد مبدأ قوة الإرادة من عقود المستهلك التي تفرضها الطبيعة الحمائية المتوخاة لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد، بالإضافة

[1] عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، معهد الحقوق البويرة، 2012، ص 123.

إلى أساس وجود قوانين الاستهلاك في الأصل، إنها رغبة المشرع بإضفاء حماية المستهلك، لإعادة التوازن في العلاقة التعاقدية بين الطرفين، وكريس هذا المبدأ على أساس مطلق، يؤدي إلى استبعاد النصوص القطعية المعمول بها في بلد المستهلك واستبدلت بقواعد القانون المختار، فلا يجوز أن يتضمن هذا الأخير حماية خاصة للمستهلك[1].

كما أنهم يعتمدون على جهل المستهلك المتعاقد على الأنترنت بعالمية عقده المبرم، هذا ما يدفعه إلى إهمال اختيار القانون الذي يحكم العقد وإذا تم ذلك فسيكون إرضاء الطرف الآخر، وإذا طبقنا في هذه الحالة مبدأ سلطان الإرادة فسينتج عنها إضعاف حماية المستهلك، والتي تجسد ضرورة الإقصاء التام لمبدأ سلطان الإرادة[2].

ويضيف البعض[3]، لترك الحرية لأطراف العقد في اختيار القانون المعمول به، يؤثر سلباً على مفهوم التوازن العقدي حيث يترك المستهلك وحده يواجه شروط الطرف القوي الذي لا يملك الصلاحية في مناقشة هذه الشروط إما أن يقبلها أو يرفضها بالكامل.

فقد وجدت فكرة الاستبعاد التام لمبدأ قوة الإرادة في عقود الاستهلاك صدى لها العديد من التشريعات، بما في ذلك القانون الدولي السويسري الخاص في المادة 120 والتي تنص على أنه في حالة العقود التي يكون فيها المستهلك طرفاً فيها فإن حرية الاختيار تكون مستبعدة، وإذا اختار قانون غير القانون السويسري من جانب الأطراف، سيتم اتخاذ هذا الاختيار يستثنى في حالة إحالة النزاع إلى القضاء السويسري[4].

لا شك في أن هذا الاستبعاد لمبدأ سلطان الإرادة سيؤدي إلى مزيد من الحماية للمستهلك، وأن ذلك لم يمنع هذا الرأي من التعرض لعدة انتقادات سنذكر من بينها:

---

[1] عتيق حنان، مرجع نفسه، ص 123.

[2] د/ نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص 147.

[3] عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص 120.

[4] د/ أشرف وفا محمد، «عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص»، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد57، مصر، ص 214.

- سيؤدي الإخلال التام بمبدأ سلطان الإرادة إلى الإضرار بمصالح التجارة الدولية ويهدد نموها وتطورها، إذ تقوم على تحفيز وتفعيل إرادة الأطراف.
- لا يمكن اعتبار أن القانون الذي اختاره الطرفان سيؤدي بالضرورة إلى ضرر على المستهلك إذا كان طرفا في العقد، حيث يجوز قانون الإرادة أن يقدم ضمانات للمستهلك أكثر من القانون المفروض تطبيقه، وبمعنى آخر قد تكون القواعد الداخلية ضارة به مقارنة بالقانون المختار، سواء من حيث مدة انسحاب المستهلك من العقد، أو كيفية اشتقاق قيمة التعويض[1].
- إن استبعاد مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى هروب العقد من القانون جملة وتفصيلاً، لأن قد يستند تجنب المبدأ إلى حماية الطرف الضعيف، كأن يتم الاستبعاد استناداً على أساس لا توجد صلة بين القانون المحتار والعلاقة التعاقدية أو لغرض عدم إخضاع العقد لأي قانون (نظرية العقد الحر أو الطليق)[2].

في ظل هذه الانتقادات الموجهة لهذا الرأي الأول، لجأ الفقه إلى تعديل النظرية السابقة والعودة إلى تفعيل مبدأ سلطان الإرادة مع ضرورة صياغة قواعد القانون القطعي و التي تحول إلى حماية المستهلك وتقيد إرادة الأطراف دون أدنى شك.

الفرع الثاني: حماية المستهلك بتقيد إرادة الأطراف

دعت اعتبارات حماية المستهلك إلى النظر في صياغة بعض القواعد التي تأخذ بعين الاعتبار ونظراً للتركيز في العملية التعاقدية مقارنة بشركات الإنتاج والخدمات العملاقة، من الملاحظة أن إرضاء المستهلك يكون منقوصا في تعاقده معها، حيث يكون تحت ضغط فتن الدعاية والإعلانات الخادعة والرائعة، لا تكون هناك فرصة له للتفكير الحر المتأني في قبول

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 89.

[2] د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ص 107–108.

العرض وفحص مكان العقد[1]، وفي ضوء ذلك مال الفقه إلى ضرورة تقييد سلطان الإرادة بدمج جانب حكم الإسناد محا الإقامة (الإسناد الجامد)، ترك الحرية التامة للقاضي المحاكمة بالسلطة الكاملة لمقارنة مدة الحماية والضمانات الموجودة في القانون المختار من قبل الأطراف، والقانون المعين له من قبل موطن المستهلك، وبالتالي سوف يطبق القانون الذي يوفر أكبر حماية للمستهلك[2].

ويعتبر الحل الراجح ويدعمه كثير من الفقه في مسألة العقود الاستهلاكية الدولية التي تحدث عبر الأنترنت، خاصة أنها تحافظ من جهة على قداسة مبدأ سلطان الإرادة الضرورية لتنمية التجارة الدولية، ومن جهة أخرى توفر حماية للمستهلك عن أساليب الحرية التي مُنحت للقاضي ليبتكر أي القانون الأفضل بالنسبة له[3].

اتخذت اتفاقية روما لعام 1980 هذا الرأي مباشرة من خلال محتوى المادة 03منها تنص على أن جميع العقود تخضع لقانون الإرادة، بما في ذلك عقود المستهلك، وتكريس أهمية حرية الأطراف في تنظيم العقد، ومع ذلك فإنه يضيف في المادة 2/5 على تقييد واستثناء قانون الإرادة واستبعاده إذا كان يحرم المستهلك من الحماية المنصوص عليها في القواعد القانونية بالنسبة لمحل إقامته المعتادة، وبعبارة أخرى تنتهي حدود مبدأ سلطان الإرادة في بداية الحماية الأكثر فائدة لقانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك[4].

أثار بعض الكتاب أن تطبيق المادة 5 من معاهدة روما يثير العديد من الصعوبات في مجال العقود الالكترونية، بالنظر إلى تحديد محل الإقامة المعتادة للمستهلك و التي حددته المادة 5 بأنه:

---

[1]SelonSHANDI Yousef, «la formation du contrat a distance par voie électronique », doctorat régime mention «droit privé», faculté de droit, de science politique et de gestion, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III, 28 juin 2005, P191.

[2] د/ نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق، ص 150.

[3] د/ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 90 وما يليها.

[4]www.dgdr.cnrs.frdaj/docconvention_de_rome.pdf.

وكذلك د/ أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 219.

«- أن يكون إبرام العقد مسبوقا في دولة مقر إقامة المستهلك باقتراح متعلق بالبيعوأن يتخذ المستهلك في تلك الدولة الإجراءات الضرورية لإبرام العقد.

- **أن يكون مقر إقامة المستهلك هو المكان الذي استقبل فيه البائع الطلب المتعلق بعقد البيع المزمع إبرامه.**
- **إذا كان العقد هو بيع البضائع، وانتقل المستهلك إلى دولة أجنبية لتقديم الطلب، على أن يكون التنقل مدفوعا من البائع من أجل تحفيز المستهلك على إبرام العقد»**[1].

وتعتبر صياغة هذه المعايير التي تجسدها معاهدة روما لتحديد مكان الإقامة المعتادة للمستهلك المصممة خصيصاً للعقود التقليدية، وتفعيلها في إطار العقود الالكترونية تثير صعوبات ميدانية على الرغم من أنه يمكن توفر الشرط الأول و الثاني في العقد الالكتروني أما الشرط الثالث من المستحيل توفيره أو التحقق منه على الأنترنت[2]، إذ في مجال التعاقد عبر الانترنت، لا يمكن القول أن المستهلك قد قام بالطلب خارج البلد الذي يقيم فيه تحت تكلفة البائع، لكون أن عملية العرض والطلب تتم من خلال الكمبيوتر عبر الأنترنت و هذه الأخيرة تسعى إلى تجنب التنقل وتسهيل التعاقد، لذلك اللجوء إلى هذه الشروط تتعارض مع أغراض الانترنت[3].

إضافة إلى التطبيق الفعلي لهذا الرأي وتجسده في اختيار القاضي القانون من أجل مصلحة المستهلك، يتعين على البائع الإلكتروني معرفة جميع قوانين الدول التي تحمي المستهلك من أجل عدم استبعاد القاضي للقانون، الذي تم الاتفاق عليه مع المستهلك، وبما أن

[1] www.dgdr.cnrs.frdaj/docconvention_de_rome.pdf.

[2] Préalablement les dépositions de l'article 5 de la convention sont conçues pour les contrats traditionnels, le problème de leur transposition dans le contexte de l'Internet se pose avec acuité et l'on est confronté à d'énormes difficultés en l'espèce. Ainsi, à la différence de la première et peut être de la deuxième circonstance, la troisième circonstance est pratiquement irréaliste dans le contexte de l'Internet. Voir : KONÉ Moriba Alain, La protection du consommateur dans le commerce international passé par Internet: une analyse comparée des systèmes juridiques européen, français, canadien et =québécois, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade LLM, Université de Montréal, Août 2007, p 151.

[3] د/ أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 219.

استجابة البائع الإلكتروني تكون عادة موجهة إلى العالم بأسره، من المستحيل استيعاب جميع الأنظمة القانونية المختلفة المستهدفة إلى حماية المستهلك.

الفرع الثالث: الحلول المقترحة من التاجر الإلكتروني

أمام السلبيات التي تتجالها الآراء السابقة، التي اعتبرها التجار عبر الأنترنت كذلك إنه يعيق تطور التجارة وتحول الائتمان في المعاملات، خاصة منذ استبعاد القانون المختار يؤدي إلى تطبيق قانون آخر يجهله البائع، لجأ التجار إلى وضع شروط أو حلول من أجل إبرام العقود مع المستهلك دون أي خوف التشريعات الوطنية الحمائية له، ويتجسد في جانب: بند تحديد المحكمة المختصة[1]، والقانون المعمول به وإعداد حدود للوصول إلى المواقع المخصصة للمستهلك وتقنية الاعتراف الإرادي.

وفيما يتعلق بوضع حدود لدخول المواقع المخصصة للمستهلك، فإن العديد من التجار على الأنترنت يفضلون تحديد أنشطتهم الإيجابية على مستهلكين محددين، أو في شكل آخر يتم التعامل مع المستهلكين المقيمين في دول معينة كالاتحاد الأوربي على سبيل المثال، وتحتوي هذه الأخيرة على تشريع موحد من خلال مختلف الصادرة عن الاتحاد الأوربي، والمستهلك مطالب بإدخال الرمز البريدي للبلد المقيم فيه[2]، وهذا ما يضمن معرفة البائع الإلكتروني بالنظام القانوني المعمول به من أجل تنظيم الصفقة على أكمل وجه.

ويحث العديد من التجار عبر الأنترنت أيضاً على دمج شرط "الاعتراف الإرادي" حيث يحث الطرف الثاني من خلاله الزائر على موقع التجار للإفصاح عن محل الإقامة المعتادة له قبل البدء في أي استدام للموقع، وهذا ما يعطي للبائع نظرة ثاقبة على القانون الذي سيخضع له في حالة ما إذا تم التعاقد معه لزيارة الموقع[3]، ومع ذلك من الجدير بالذكر أن

[1]Selon/dans les contrat de consommation le droit communautaire européen a interdit les clauses de juridiction à l'article 15 de la Convention de Bruxelles et à l'article 17 du règlement 44/2001lCE en ce qui concerne les contrats visés par l'article 13 de la Convention de Bruxelles et à l'article 15 du Règlement. Voir : le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, j.o. n° L12 du 16/01/2001.

[2]KONÉ Moriba Alain, op-cit, p 170.

[3]KONÉ Moriba Alain, op-cit, p 171.

المستهلك قد يقدم معلومات كاذبة، مما سيؤدي إلى إبرام العقد على أساسه، الأمر الذي من شأنه أن يضر البائع إذا التزم المستهلك بقانون دولة غير تلك المذكورة في التعاقد، وهذا ما يبرز ضرورة تجسيد نظام قانوني يكرس هذه البنود التي وضعها التجار عبر الأنترنت لحماية مصالحهم ومصالح المستهلك.

الفصل الثاني:

دور الإرادة في اختيار الجهة المختصة لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية

تعتبر المعاملات التجارية التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية من خلال الشبكات الدولية للاتصالات باختلافها وتنوعها وكذا سهولة إبرامها، من بين المجالات الأكثر استعمالاً من طرف المتعاقدين في هذا المجال، مما جعلها تفرض نفسها في عالم التجارة الدولية منافسة في ذلك المعاملات التجارية، وهذا ما أدى إلى زيادة حجم التعاملات من خلال هذه الوسائل، نظراً لتعدد العلاقات في هذا المجال وتنوع المعاملات التجارية لكن هذا التنوع والسهولة في إبرام هذه العقود، يقابلها نمواً مطرد في حجم الخلافات والمنازعات بين الأطراف المتعاقدة، سواء في إبرامها أو تنفيذها.

أرجع معظم المطلعين على مجال التجارة الإلكترونية في تحليلهم إلى أسباب ظهور ذلك الخلافات والنزاعات بين طرفي الغياب المادي للأطراف المتعاقدة في لحظة إبرام العقد، ففي معظم الحالات تتواجد الأطراف في دول مختلفة، ويقومون بتنفيذ التزاماتهم إلكترونياً عبر حدود تلك الدول، وفي ضوء هذه العلاقات التي تنشأ بين أطراف متباعدة جغرافياً، وكذا استخدامهم لطريقة مفتوحة للعالم، الأمر الذي يجعل من هذه العلاقات مجالاً خصباً لتنازع الاختصاص القضائي للنظر في منازعاتها مما يجعل المشكلة تكمن أساساً في صعوبة تحديد الجهة القضائية للفصل في الخلاف القائم بينهما، الأطراف هنا عليهم أن يبحثوا عن السلطة القضائية المختصة للنظر في الخلاف الناتج عن العقد من بين محاكم الدول المشاركة في العقد، مما يثير قضية الاختصاص القضائي وبذلك تحدد الجهة القضائية المختصة.

يزيد من صعوبة تحديد المحكمة المختصة لحل نزاعات عقود التجارة الالكترونية الوسط الذي يتم فيه إبرام مثل هذه العقود، والمتمثل في فضاء خاص يتجنب الاصطدام بالطابع الإقليمي والمادي للاختصاص الذي يقوم على آليات تقليدية وتعتمد بشكل رئيسي على الضوابط المكانية، أي إحالة النزاع إلى المحاكم الوطنية ذات الاختصاص الإقليمي، والتي لا تستجيب لطبيعة المعاملات الإلكترونية من حيث كونها تستند إلى بيانات غير ملموسة.

وتنشأ مسألة تحديد الاختصاص القضائي، عندما تتضمن الدعوى عنصراً أجنبياً من حيث الأطراف أو من حيث موضوع النزاع هناك العديد من المشاكل بسبب تداخل عدة أنظمة قضائية تنتمي لدول مختلفة، حتى وإن تم تحديد قضاء دولة معينة، كان من الضروري تعيين أي من المحكمة المختصة التي لها علاقة بالعقد دون غيرها، فإن المشكلة هنا متناقضة في حالة وجود بند صريح يحدد المحكمة أو الجهة المختصة للنظر في النزاع القائم على وجه الخصوص تلك المتعلقة بنزاعات العقود الإلكترونية الأمر الذي سنناقشه في **المبحث الأول.**

ذهب معظم الفقهاء والمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية للبحث عن طرق أخرى متوافقة مع التعاملات الإلكترونية وعدم تعارضها مع الضوابط الإقليمية التي تمتاز بها القواعد العامة المعمول بها لتحديد الاختصاص القضائي لحل النزاعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية.

ظهرت فكرة استخدام الأساليب الإلكترونية لحل الخلاف، على أساس أن التعامل الذي يجري عبر الوسائل الإلكترونية يتطلب حل نزاعاته من خلال قنوات مماثلة لتلك التي أبرم من خلالها العقد.

من الضروري أن تكون هذه الأساليب الجديدة المستخدمة في إبرام العقود مصحوبة بآليات مميزة بالسرعة والسهولة بعيداً عن الإجراءات المعقدة والتي تستغرق وقتاً طويلاً أمام القضاء العادي، فالواقع العملي أثبت آليات جديدة لتسوية المنازعات التي تثيرها التجارة الالكترونية، يتم اتخاذ إجراءاتها على قنوات إلكترونية مماثلة لتلك التي تمت من خلالها التعامل محل النزاع.

اتجه الفكر بعد الاستخدام الشائع للتقنيات الحديثة في إبرام العقود وإتمام الصفقات، إلى تسوية مثل هذه النزاعات إلكترونياً من خلال شبكات الاتصال دون الحاجة إلى انتقال الأطراف المتنازعة أو تواجدهم في مجلي واحد، وذلك إما عن طريق اللجوء إلى الوسائل غير قضائية التي تعتبر بديلة كالمفاوضات والوساطة، وباستخدام وسائل إلكترونية، أو اللجوء للطريق القضائي ألا وهو التحكيم الإلكتروني وهي المسألة التي ستكون موضوع دراستنا في **المطلب الأول.**

المبحث الأول

حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة

إنّ النظم القانونية أثبتت أن كل بلد فريد من نوعه في تحديد ضوابط الاختصاص القضائي بسبب علاقة الأخيرة بظهور سيادة الدولة على أراضيها وصلاحيتها واختصاصها لحل أي نزاع يقع على إقليمها، ولكنه تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة تم إعطاء الأولوية لحرية الأطراف في اختيار المحكمة عند رفع النزاع أمامهم، وهذا ما يجسد تكريس ضابط الإرادة كأساس أولي لتحديد الجهة القضائية المختصة، وهي المسألة التي سنتطرق إليها في **الفرع الأول**.

ولقد تبينّ في الفقه والقضاء من أجل إنتاج اتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة وأثار إلى توفر شرطين أساسيين أولاً ضرورة وجود صلة حقيقية بين النزاع والمحكمة المختارة، وثانياً، أن يوجد هناك مصلحة مشروعة للطرف أو الأطراف لجعل الاختصاص للمحكمة معينة بالذات، بالإضافة إلى ضرورة مراعاة قدرة الأطراف المتعاقدة ونقصد بذلك في حال كان أحد أطرافه مستهلكاً، تسعى العديد من التشريعات لحمايته باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وخاصة تلك العلاقة المبرمة في شبكة الأنترنت، حيث تمت عدّة ضمانات في مجال الاختصاص القضائي، وهو موضوعنا في **الفرع الثاني**.

المطلب الأول

التكريس التشريعي و ألاتفاقي

في المعاملات الدولية أن للأطراف حرية تحديد السلطة القضائية المختصة بالنظر في المنازعة المحتملة، وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة في تعيين المحكمة الآهلة لطرح المنازعة على مستواها[1]، وهو الضابط المتفق عليه في معظم التشريعات المقارنة بغض النظر عن نوع العلاقة القانونية أو نوع النزاع.

يجسد أطراف الاتفاق على اختصاص محكمة ما بحل المنازعة، إما في مرحلة ما قبل نشوب النزاع أو في المرحلة التالية له، بصفة صريحة، أي بإدراج بند صريح في العقد أو في المستند المرفق به، أو ضمنياً من قبل المدعي الذي يرفع دعوى أمام محكمة غير مختصة، يمضي المدعى عليه في إجراءات التقاضي دون إثارة حجة بعدم الاختصاص رغم ثبوت حقه في ذلك[2].

وقد أقرت النصوص القانونية المختلفة بحرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة سواء على الصعيد الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية والتي سنشرحها في الفرع الأول، أو على مستوى التشريعات الداخلية للدول والتي ما تعكس الاتفاقيات الدولية التي تم التصديق عليها، وهو ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تجسيد مبدأ على مستوى التشريعات

أقرت المواثيق الدولية لإدارة الأطراف بالحق في الاتفاق على تحديد المحكمة التي ستنفرد بحل المنازعة القائمة بينهما، ولعل أهمها هو الذي تم تبنيه على مستوى الاتحاد الأوروبي، والنصوص عليه في اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 سبتمبر 1968 بشأن الاختصاص

---

[1] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 92.

[2] د/ عصام الدين القصبي، «تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدولي في مجال التجارة الالكترونية»، مؤتمر الإعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة دبي، أيام 10–12 ماي 2003، ص 1632. انظر كذلك طنجاوي مراد، المرجع السابق، ص 108.

القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية (التي تحولت إلى تنظيم أوروبي رقم 44/2001)، والتي تم تمديد اختصاصها إلى دول خارج الاتحاد الأوروبي بموجب اتفاقية لوجانوا لعام 1988 إلى دول المنظمة للاتحاد الأوروبي للتبادل الحر[1].

نصت اتفاقية بروكسل من خلال محتوى المادة 17 منها على شروط قبول القاضي الذي يفصل في النزاع، والتي تتجسد في الحاجة إلى الاتفاق الذي يتم من خلاله تعيين المحكمة المختصة مكتوباً سواء بتضمين بند في العقد الذي يمنح الاختصاص لمحاكم دولة معينة، أو بتضمين شرط التحكيم، وفي هذه الحالة يكون النزاع خارج تماماً من اختصاص القضاء[2].

تكمن أهمية تضمين اتفاقية بروكسل في هذه الدراسة في حقيقة أنه تمّ تعديلها وتحويلها إلى التنظيم الأوروبي 2001/44 لمواكبة أحكامها مع ثورة المعلومات وخاصة التعاقد الإلكتروني، حيث شددت على مبدأ حرية الأطراف في الباب السابع تحت عنوان (prorogation de compétence) من خلال محتوى المادة 23 التي ألزمت دول أطراف المعاهدة على احترام اتفاق الأطراف في تحديد السلطة القضائية سواء قبل أو بعد ظهور المنازعة، لكن احترام حرية الأطراف المتعاقدة كان مصحوباً بشرط إفراغ الاتفاق في شكل مكتوب، أو على شكل تتفق الأعراف والعادات المتداول في ذلك المجال، حيث اعتبرت أن الاتفاق الذي يتم عبر الوسائل الالكترونية بقيمة مطابقة للاتفاق الشكلي.

في تطبيق هذا يمكن اعتبار شروط احتيار الولاية القضائية صحيحة إذا تم تأكيدها بموجب رسالة إلكترونية بشرط حفظ هذه الرسالة في ذاكرة الطرف المتعاقد بطريقة يُسمح لها

[1] la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, CE 72/454 Journal officiel n° L 299 du 31/12/1972, pp 32 –42 . Remplacé par : le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, j.o. n° L12 du 16/01/2001, pp 1-23.
-la convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui étend l'application des dispositions de la convention de Bruxelles de 1968 à certains Etats membres de l'Association européenne de libre-échange. CE 88/592 Journal officiel n° L 319 du 25/11/1988, pp 09 - 33

[2] د/ عادل هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص 333 – 334.

بمشاهدته لاحقاً، ويبقى أن طباعة الرسالة على سند ورقي والاحتفاظ بها ليس كذلك يعتبر دليلاً كافياً[1].

أقرت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود النقل الدولي للبضائع كليّاً أو جزئياً عن طريق البحر المبرمة عام 2008[2]، بحرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة لتسوية النزاع وذلك من خلال الفصل 14 منه والمنصوص عليه في المادة 66 منه على:

«إذا لم يتضمن عقد النقل اتفاقا بشأن اختيار حصري للمحكمة يتمثل لأحكام المادة 67 أو المادة72 ...».

وتميل التشريعات والاتفاقيات الحديثة إلى الاعتراف بمتطلبات الولاية القضائية عندما يتم تقديمه في شكل كتابة إلكترونية، بما في ذلك مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي تم تطويره في نص المادة 4 من مشروع الاتفاقية، ينص على صلاحية شروط الاختصاص يتم استلامها بأي وسيلة إلكترونية[3].

الفرع الثاني: تجسيد مبدأ على اتفاقيات الأطراف

جسدت التشريعات الداخلية المختلفة حق الأطراف المتنازعة في تحديد المحكمة المختصة لحل النزاع، لذلك نجد المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على:

«يجوز للخصوم باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليمياً، ويوقع الخصوم على تصريح بطلب القاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، ويكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له»[4].

---

[1] د/ إلياس ناصف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص315.

[2] قرار رقم 133/63، اتخذته الجمعية العامة في دورتها 63 تعتمد اتفاقيات الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا مرفق بهذا القرار، رقم الجريدة: AJRES /63/122، ديسمبر 2008، متوفر على موقع: www.un.orq/arabic/document/instrument/docs_ar.asp.

[3] CAPRIOLI Eric.A Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du Juris-Classeur, Litec, Paris, 2002, op-cit, p 14.

[4] قانون رقم 09/08، مؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ص08.

أما المشرع الفرنسي فقد وافق على المبدأ من خلال المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة، حيث أشار إلى حرية الطرفين في عرض نزاعهما على أي محكمة من اختيارهما رغم ذلك أنها ليست مختصة في حل المنازعة، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، للسماح للأطراف بإضفاء على الحكم الصادر صفة الحكم النهائي غير قابل للطعن إذا اتفق على ذلك بصفة صريحة[1].

على الرغم من الإقرار بمبدأ حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة لتسوية نزاعهما الحالي أو الذي سينشأ بمناسبة علاقتهما التعاقدية على المستويين الدولي والمحلي، فقد ذكر هذين الأمرين الآخرين هما القيود على الأطراف والتي سنتناولها أدناه.

[1] عتيق حنان، المرجع السابق، ص 135.

المطلب الثاني

القيود الواردة على حرية الأطراف لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية

صحيح أنّ الأصل في الأنظمة القانونية الدولية والمحلية في كل مجال يتم فيه الاعتراف بحرية الأطراف نجدها في نفس الوقت قد قيدته على بعض الضوابط التي تتطلبها المصلحة العامة ولحماية النظام العام، وفي موضوع دراستنا نجد أنّ اتفاقية بروكسل وضعت قيوداً على الأطراف لتحديد المحكمة المختصة لحل النزاع، بإفراغ الاتفاق بشكل مكتوب أو بأي شكل آخر منهج يحل محل الكتابة، والغرض منه التأكد من إرادة الأطراف، أن تكون المحكمة المختارة ذات صلة بالنزاع المطروح، وأنّ الاختيار لا يعتمد على الغش بقصد التهرب من القواعد الآمرة في قوانين دولة المحكمة التي هي في الواقع مختصة للنظر في النزاع.

الفرع الأول: توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختصة

تتمثل حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة للنظر في النزاع من المبادئ القانونية المستقرة في مجال التجارة الدولية، سواء كان سابقاً على قيام النزاع أم لاحقاً عليه إلاّ أن حرية الأطراف تبقى مقيدة، ولكي ينتج هذا الاختيار أثره يجب أن تكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي تم اختيارها للنظر في النزاع[1].

ولكي ينتج هذا الاختيار أثره يجب أن تكون هناك رابطة جدية بن النزاع الصلة حين يتعلق الأمر بالخضوع الإرادي للجهة القضائية المختصة، وتكون من الضرورة رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحاكم التي تم اختيارها، فإذا تبين للمحكمة أن النزاع منعدم الصلة بالمحكمة المعروض عليها النزاع، فليس لها أن تنظر لمثل هذا الشرط المانح للاختصاص وأن تحكم من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص.

[1]L'article 41 du NCPC énonce : « Le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande.Elles peuvent également, sous la même réserve et pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur= =différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort ».

وينتج عن هذه الرابطة كفالة القوة والفعالية للأحكام الصادرة عن المحكمة التي يتوفر فيها هذا الشرط، عكس الحكم الذي يصدر عن القضاء دون أن يكون ثمة ارتباط، والذي سوف يأتي مجرد من القوة والفعالية، يثير إشكالية تنفيذه في الخارج لكونه صادر من قضاء غير مختص[1].

الفرع الثاني: سلامة اختيار المحكمة المختصة من أي لبس أو غش

استقرت مختلف القوانين والتشريعات الدولية على حق المتعاقدين في اختيار الجهة القضائية المختصة، قصد النظر في النزاع القائم بينهما والناتج عن مختلف العقود المبرمة في مجال التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية، عملاً بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد واحتراماً لتوقعاتهم، إلا أن هذه الحرية تبقى معلقة على شرط الحرص ألا تصل إلى حد الإطلاق على نحو قد يؤدي إلى الغش، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في قوانين الدولة التي تختص محاكمها بالنظر في النزاع[2].

الفرع الثالث: مبررات حماية المستهلك على حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة

عادة ما تثير شروط الاختصاص القضائي، مشكلة المساس بحقوق الطرف الضعيف في مسألة العقد كالمستهلك، الذي يجد نفسه أحياناً مضطراً لقبول مثل هذه الشروط، لذلك أكد الفقه على ضرورة التحقق من صحة شرط الاختصاص القضائي ومدى مساسه بحقوق المستهلك، فقد ذهبت اتفاقية بروكسل إلى أبعد من ذلك حيث نصت على بطلان الاتفاق المسبق في عقود الاستهلاك على اختصاص محكمة غير محكمة محل إقامة المستهلك[3].

العديد من التجار عبر الأنترنت يدرجون متطلبات الاختصاص القضائي تقدم على الصفحة المقصودة لموقعهم، ويوافق عليها المستهلك صراحةً، باستثناء العديد من التشريعات التي

---

[1] أحمد شرق الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، النسر الذهبي للطباعة، مصر 2003، ص35.

[2] المرجع نفسه، ص، 1582.

[3] CAPRIOLI Eric.A, op-cit, p -123.

اعتبرته شرطاً تعسفياً، على سبيل المثال ما أشارت إليه اللائحة الأوروبية رقم 2001/44 المعدلة لاتفاقية بروكسل من أجل مواكبة ظهور التعاقد الإلكتروني، المادة 16 منه بشأن حماية المستهلك في العقود الإلكترونية باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية حيث ميز بين الحالتين:

1. في حالة كون المستهلك هو المدعى في النزاع يثبت أنه يحق له الخيار في رفع دعواه أمام محكمة موطن المتهم أو أمام محكمة موطن إقامته.
2. في حالة كون المستهلك هو المدعى عليه فلا يجوز رفع الدعوى إلاّ أمام محكمة موطن المستهلك.

تسمح معظم التشريعات وكذلك الاجتهاد القضائي للأطراف باختيار المحكمة المختصة، من ناحية أخرى تم وضع بند يعلن بطلان هذا الاختيار، إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى حرمان أحد الأطراف تعسفاً من الحماية التي كانت ستوفرها له المحكمة التي تتولاها الولاية القضائية، وربما يكون هذا هو ما يثير آثاراً سلبية فيما يتعلق بتنمية التجارة الإلكترونية، بحيث العرض الذي يقدمه البائع على الأنترنت على سبيل المثال لا يوجه إلى شخص معين على وجه الخصوص، بل هو عرض عام مع أي شخص من دول العالم، وسوف يتقدم بطلب وفقاً لهذا المبدأ فإن البائع يلتزم برفع دعوى قضائية ضد العديد من الدول بتعدد جمهور المستهلكين المبرم معهم عقود عبر الأنترنت[1].

وبالتالي من الملاحظة أن اختيار الأطراف الصريح للمحكمة التي عهد إليها أمر مهم يثير حل نزاعات العديد من المشاكل أهمها:

- أنّ دولة محكمة المختارة لا تنظر في المعاملات الإلكترونية وهذا ما يمنع وجود إطار قانوني الذي يعتمد عليه القاضي، مما يؤدي إلى ضياع حقوق المتقاضين.

[1] أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 244.

- أضف إلى ذلك حقيقة أن الأحكام القضائية تصدر في الغالب لصالح أحد الأطراف ولكن تنفيذ الحكم فب بلد آخر قد يستغرق وقتاً طويلاً لا يتناسب مع سرعة المعاملات الإلكترونية، ولهذا السبب اتجهت معظم التوصيات والآراء إلى ضرورة اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية، بحيث يمكن الاتفاق على تسوية النزاع إلكترونياً على الخط، وبطريقة تضمن السرية والسرعة في نفس الوقت، والإلمام بطبيعة المنازعة الإلكترونية[1].

وفي ضوء المشكلات التي تواجه اختيار الأطراف للمحكمة المختصة لحل النزاعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية، خاصة وأنّ القوانين المعمول بها لا تزال متوافقة مع البيئة الإلكترونية التي يتم فيها التعاقد، الأمر الذي أدى بالمتعاقدين على الأنترنت البحث عن وسائل بديلة لحل منازعاتهم بطرق بسيطة، وسريعة، وفعالة بعيدة عن الإجراءات القضائية العادية الطويلة والمعقدة، وتتجسد في طرق بديلة إلكترونية وجدت خصيصاً لحل النزاعات الناشئة في البيئة الإلكترونية.

[1] من أوجه القصور التي أعانيها من اللجوء إلى القضاء عدم الكفاءة في المنازعات الالكترونية، حيث تحتوي الأخيرة غالبا على نقاط فنية، مما يؤدي إلى الاستعانة بخبير مما يزيد المصاريف ويأخذ وقت طويلا لحل النزاع. أنظر د/ حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 145.

المبحث الثاني

حرية الأطراف في اللجوء إلى الوسائل بديلة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية

تعرف الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بأنها الطرق غير القضائية لحل النزاعات والفصل فيها خارج المحكمة، وهي الجهة التي تتطلب موافقة الأطراف للجوء إليها، فهي وجهة اختيارية من المتنازعان لعرض نزاعهما على إحدى الجهات، أو اختيار إحدى الطرق البديلة والمفضلة لديهم للوصول إلى حل يرضى كلا الطرفين، لكن يبقى الاتفاق على اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاع يفقد الطرفان حقهما في اللجوء إلى القضاء العادي إلا هذه الأساليب تفشل في حل الصراع.

باعتبارها الجهات أكثر خبرة في التعامل مع مسائل التجارة الإلكترونية، والتقنية المعقدة والقانونية المستجدة، وتفسير البنود التعاقدية وخاصة في تراخيص الملكية الفكرية وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الخدمات الفنية وغيرها، والثقة التي تسمح بها في كفاءة الجهة التي تتولى البت في النزاع، بالإضافة إلى بيان الشروط العقدية التي تقرر اللجوء إلى طرق التقاضي البديلة، وتحديد الطريقة المقررة في حالة النزاع وآلية اللجوء إليها والقوانين المتعين تطبيقها من قبل الجهة المكلفة بفحص النزاع، سواء كانت موضوعية أو إجرائية ومدى صلاحية القرار النهائي الصادر عن النزاع، وتحديد الأحكام المتعلقة بحالات الامتناع عن اللجوء إلى هذه الوسائل لحل النزاع، كل هذه العوامل ذات أهمية استثنائية وتتطلب التشجيع على تبني هذه الوسائل بشكل رئيسي في العقود الإلكترونية.

تلك الوسائل غير القضائية للنظر والفصل في النزاع عبر شبكات الحاسوب، ولقد عرفت انتشاراً كبيراً لأسباب عديدة، من ناحية أن الأطراف الذين يبرمون عقودهم عبر الوسائط الإلكترونية يفضلون أن تتم المعاملة من خلاله بما فيه حل أي نزاع، ومن ناحية أخرى تتم

التسوية الإلكترونية للمنازعات بإجراءات بسيطة بدون تكاليف مالية على عاتق الأطراف فلا تتطلب إلى سفر أو انتقال مما يجعلها تتناسب مع القيمة الضئيلة لمنازعات التجارة الإلكترونية. تتجسد الوسائل الإلكترونية البديلة في المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية والتي سنعرضها في **المطلب الأول**، أهم هذه الوسائل أكثر فاعلية وانتشاراً هو التحكيم الإلكتروني، والذي سنناقشه في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول

المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية

تعتبر المفاوضات الإلكترونية والوساطة الإلكترونية من بين الوسائل الأساسية التي يعتمد عليها المتنازعون في محاولة للتوفيق والتقريب بين وجهات نظرهم المختلفة، وهذا ما تمت الموافقة عليه مثلاً القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لعام 1999 بشأن إمكانية إجراء اتفاقيات ومفاوضات وإبرام العقود وظهور الالتزامات بطريقة إلكترونية، وهذا ما نراه من مضمون المادة2/2 والتي تنص على: "...**تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني، وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية**"[1]، كما استفاد من جواز إتمام المفاوضات بشكل إلكتروني، وهنا تظهر أهميتها في نجاح المعاملات التجارية الإلكترونية، وأنها وسيلة لفهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف، حيث تلعب دوراً وقائياً بالنسبة لمرحلة إبرام العقد وحصر من أسباب الخلاف في المستقبل[2]، وهذا ما سنوضحه من خلال المفاوضات المباشرة في **الفرع الأول**، ثم نتناول الوساطة الإلكترونية في **الفرع الثاني**.

[1] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 119.

[2] د/ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص ص 218-219.

الفرع الأول: المفاوضات المباشرة

يشار إلى المفاوضات أحياناً بالمشاورات، بالإضافة إلى مصطلح المصالحة، وهي من بين السبل الودية لتسوية النزاعات الناشئة عن عقود التعاون الاقتصادي بشكل عام والتجارة الدولية بشكل خاص، وتعتبر من أفضل الوسائل لحل النزاعات التي يسعى من خلالها الأطراف مباشرة لحل المشكل المطروح، مع إمكانية النجاح أو الفشل حسب أرادة الأطراف.

اعتمدت بعض الهيئات المفاوضات كمرحلة أولى قبل اللجوء إلى الطرق الأخرى لحل المنازعات، بما في ذلك الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، النصوص عليها في المادة 57 من الاتفاقية أساسها: "... **إلى تسويتها عن طريق المفاوضات قبل اللجوء إلى إجراءاتالتوفيق والتحكيم، وتعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الطرفان في الاتفاق على تسويته خلال 120 يوم من تاريخ طلب الدخول في المفاوضات**"[1].

عملت مراكز الوساطة والتحكيم الإلكتروني على ابتكار المفاوضات المباشرة كحل بديل لحل الخلافات التي تنشأ بين طرفي العقد الإلكتروني، والتي تحدث عن بعد أي بدون حضور الأطراف في مجلس واحد، وقد لاقى نجاحاً واسعاً وإقبالا كبيرا من قبل المتنازعين لما لمسوه من فعالية في حل نزاعاتهم، مع الحفاظ على علاقات العمل الودية في نفس الوقت، ويدعم ذلك دراسة أجراها أحد مراكز الوساطة الإلكترونية، والتي تم من خلاله الإعلان عن 80 بالمائة من حجم المنازعات التي تم التفاوض من خلالها عن طريق المركز تم حلها بالمفاوضات المباشرة[2].

وتقوم فكرة المفاوضات المباشرة على تمكين أطراف النزاع من التواصل معا عبر توفير مراكز تسوية المنازعات لم أفهم لآلية اتصال فيما بين المتنازعين، وذلك من خلال صفحة تابعة لموقع المنازعات الإلكترونية بعد أن يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين باسم المرور

[1] حمودي ناصر، عطال قويدر، التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض نزاعات العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1999–2000، ص 51.

[2] محمد إبراهيم عرسان، المرجع السابق، ص 163.

(PASSWORD) يسمح لهما من خلاله بالدخول إلى صفحة النزاع والتفاوض بعدها على موضوع النزاع، بغية التوصل لحل يفضان فيه النزاع، أدنى تدخل من المركز، سواء تم التوصل لحل النزاع أم لا[1].

أولاً: تعريف المفاوضات الإلكترونية المباشرة

يعتبر التفاوض أو المفاوضات بشكل عام آلية لتسوية المنازعات على أساس الحوار الاتصال المباشر بين الطرفين المتنازعين في محاولة لحل النزاع، والتفاوض لا يتطلب أي طرف ثالث، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين بشكل مباشر[2]، وكل هذا يتم بوسائل الاتصال الإلكتروني، والذي غالباً ما يفضل الأطراف التفاوض باستخدام الإنترنت، والذي يعدمن أحدث الوسائل الإلكترونية وأكثرها طلباً، بسبب سهولة استخدامه سواء عن طريق الكتابة فقط أو باستخدام الكتابة والصورة في نفس الوقت، وتكون المفاوضات المباشرة غالباً من تأطير أحد المراكز الخاصة بذلك[3]، أي يتواصل الطرفان مع بعضهما البعض من خلال صفحة تنتسب إلى موقع تسوية المنازعات الإلكترونية، بعد أن يقدم المركز لكل من المتفاوضين باسم مرور يسمح لهما من خلاله بدخول لصفحة النزاع والتفاوض بشأن قضية النزاع من أجل الوصول إلى حل يفضان فيه النزاع، وهذا دون أدنى تدخل من المركز سواء كان ذلك حل النزاع أو عدم القيام بذلك[4].

---

[1] د/ مهند معزمي أبو مغلي و د/ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 783.

[2] أحمد أنوار ناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، مجلة الفقه والقانون، على الموقع، www.madjalh.new.ma

[3] سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 22.

[4] إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 22.

-SelonCHULTZ Tomas, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne - 184. .Bruylant Bruxelles, 2005, p184.

ثانياً: خصائص المفاوضات المباشرة

يتم تمييز المفاوضات المباشرة، أو المفاوضات الإلكترونية كما يطلق عليها فيما يتعلق بالوسائل التي تتم من خلالها – بعدة خصائص تميزها عن باقي الوسائل البديلة لحل النزاعات بالوسائل الإلكترونية كالوساطة الإلكترونية ومنها:

- تتم عملية التفاوض بين طرفي النزاع كمرتبة أولى قبل اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية أو التحكيم الإلكتروني، مما يجعل النزاع يتم حله غالباً عن طريق التفاوض قبل اللجوء إلى وسائل أخرى[1].
- تتميز فكرة المفاوضات المباشرة بأنها ثنائية، أي أنها تتم بين طرفي النزاع فقط بدون تدخل أي جهة أجنبية فيما بينهم، ويتم ذلك عبر الهاتف أو من خلال صفحة تابعة لموقع تسوية المنازعات الإلكترونية عبر الأنترنت[2].
- تقتصر المفاوضات المباشرة على فترة زمنية محددة، حيث يتعين على الأطراف ينهيان فيها مفوضاتهم إيجاباً أو سلباً، وهي المدة التي تحددها بعض المراكز لتكون ثلاثين يوماً، عند اكتمالها سيتم إغلاق صفحة التفاوض إلكترونيا، مع إمكانية تمديدها عند تقديم مبرر جدي، كما تحددها المراكز الأخرى بعشرة أيام، مع المفاوضين ملزمين في حال انتهاء المدة دون الوصول إلى حل مرضي لكلا للطرفين بإحالته إلى المركز مع طلب وسيط أو أكثر لحل النزاع.
- المفاوضات الإلكترونية تحسم الخلافات ودياً أكثر منها قضائياً، لأن تسمح المفاوضات المباشرة للأطراف بالتعبير عن آرائهم بعفوية وحرية تامة، ويغلب المصلحة في استمرار العلاقات التجارية بين الطرفين، لأنها تخلق جواً من الخفة في حل النزاع الذي يظل غير ملزم للطرفين[3].

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 30.

[2] خالد ممدوح إبرهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 216–217.

[3] المرجع نفسه، ص 215.

الفرع الثاني: الوساطة الإلكترونية

الوساطة من أقدم الوسائل البديلة لحل النزاعات، لأن هذا الشكل من العدالة قديم جداً وظهرت قبل ظهور عدالة الدولة، إذا كانت الوساطة تتم في السابق بطريقة مبسطة تقوم على المصالحة، وتتبع من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع[1]، وتطورت هذه الفكرة أن تصبح وسيلة بديلة لحل النزاع[2] قبل اللجوء إلى التحكيم، وذلك لما يميزها عن قصر الوقت وقلة النفقات على عكس الدعاوي أمام القضاء التي تتواصل لفترة طويلة ومرهقة وثقيلة من المصاريف والنفقات. شهدت الوساطة ازدهاراً لم يكن متوقعا ولا منتظرا، ووافقت عليه أوساط النزاعات القضائية الأمريكية وأقبلت عليها بجدية واهتمام، حيث قدرت نسبة الحالات التي أدت إلى المصالحة بفضل الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات بطريقة ودية بنسبة 80 بالمائة في الأمم المتحدة و37 بالمائة في بلدان الشرق الأقصى، وتقدمت في الصين واستراليا، ولكن في بلدان القوانين المدنية الأوروبية بقيت حذرة ولم تقبل على هذه الوسيلة البديلة لحل المنازعات بطريقة الوساطة، تلقت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس عام 1990 ثماني طلبات لحل النزاع بالصلح بينما تم استلام 365 طلب تحكيم[3].

[1] راجع أحمد أنوار ناجي، المرجع السابق، ص 03.

– تم تطبيق الوساطة في العصر القديم في فرنسا لمفهوم المصالحة، واستخدمت مرة أخرى بع الثورة الفرنسية عام 1789، ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية خلال عام 1965–1970، وقدمت الوساطة الأسرية إلى فرنسا تحت تأثر وسطاء مقاطعة كيبك الكندية، وأعد القانون القانون الأول المتعلق بهذا الموضوع في 03 يناير 1973، واتبعه القانون رقم 24 ديسمبر 1976، الذي تم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية. عن أحمد أنوار ناجي، المرجع نفسه، ص 3.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 25.

– أنظر كذلك أحمد بوقادوم، حرية الأطراف في اختيار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي،مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، الجزء الأول، أيام 15–16 جوان، 2008، ص 251.

[3] أحمد أنوار الهيجاء، المرجع السابق، ص 05.

تطورت الوساطة كحل بديل لتسوية النزاعات التي تتم بطرق أكثر ملائمة لما وصلت إليه وسائل إبرام العقود التجارية الدولية، فظهرت الوساطة الإلكترونية وهي عملية أكثر وفعالة في حل النزاعات العديدة والمختلفة الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية[1].

أولا: تعريف الوساطة الإلكترونية

تُعرف الوساطة الإلكترونية بأنها إحدى أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات الناشئة عن العقود التي تبرم بالوسائل الإلكترونية، وذلك بمساعدة أطراف النزاع من خلال وسيط يعمل على تقديم النصح والإرشادات وربط التواصل بين الأطراف، كما يطرح بعض الاحتمالات وللأطراف الحرية التامة في قبولها دون ضغط أو إكراه لحل النزاع القائم بينهما، كما للأطراف مكنة العدول في كل لحظة عن السير قدما في هذا الطريق ليختاروا الطريق التقليدي في التقاضي[2].

يعتبر الوسيط وكيلاً حيادياً وتطوعياً بشرط أن يتفق الأطراف على العمل معه للوصول إلى نتيجة ربما تكون حلا وسطا للنزاع[3]، بعد التطرق إلى نقاط الخلاف أين يبذل الوسيط جهد في العمل على إقناع الأطراف واقتراح سبل الحل[4]، وقد حددته في المادة 01/03 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنها: "**عملية يتم من خلالها حل النزاع وديا، سواء بالوساطة أو بالتوفيق، مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل**"[5]، ويتم الإشراف على العملية مراكز الوساطة الإلكترونية التي توفر جميع الوسائل المادية والبشرية لإنجاح العملية من أجل

---

[1] سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 25.

[2] صابر عبد العزيز سلامة، العقد الالكتروني، د.م.ن، 2005، ص 82، كذلك في نفس الموضوع، سامي عبد الباقي، نفس المرجع، ص 25.

[3] إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 227.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 222.

I. Verougstraete, Le Juge et La Médiation, revue de la cour suprême, numéro spécial, Mode Alternatifs de Règlement des litiges : Médiation, conciliation et Arbitrage, le 15-16 juin 2008, Tome 2, Alger, 2008, p.54.

أحمد بوقادوم، المرجع السابق، ص 251.

[5] إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 168.

الوصول إلى حل يرضي الطرفين، ووضع مواقع الويب التابعة لهما تحت تصرفهما يعتزم المركز تسهيل العملية[1].

ثانياً: خصائص الوساطة الإلكترونية

وتعمل مراكز الوساطة الإلكترونية على إعطاء الثقة للمتنازعين في اللجوء إليها كوسيلة بديلة لحل النزاعات – للعمل على توفير أسس الثقة والأمان مع السرعة في حل الخلافات التي يحيلها إليها المتنازعين وهي من أبرز خصائص التي تتمتع بها الوساطة الإلكترونية بما يلي:

- ✓ فاعلية الأدوات المستخدمة في عملية الوساطة الإلكترونية المصاحبة للعملية النزاع من لحظة إحالة النزاع حتى الفصل فيه.
- ✓ توفير قنوات اتصال آمنة خلال مرحلة الوساطة الممتدة من وقت الاتفاق عليها من قبل الأطراف إلى غاية التوقيع على اتفاقية التسوية الملزمة[2].
- ✓ توفير قاعدة بيانات متكاملة تتضمن سير عملية الوساطة وكيفية اثباتها وتقديمها الطلبات، إلى جانب أمثلة متعددة لأنواع القضايا.
- ✓ تقديم قائمة بأسماء الوسطاء والدورات التي تلقوها والتي تؤهلهم للنظر في النزاع مع ترك حرية الاختيار للمتنازعين[3].
- ✓ تزويد أطراف النزاع بكافة الحلول الودية لحل النزاع، مع إعطائهم الفرصة الكاملة للاطلاع على الحلول المقترحة، والسماح لهم بالتعبير عن وجهة نظرهم وتعليقاتهم حولها.
- ✓ تقيد الوسيط باتفاقية الوساطة المبرمة بين طرفي النزاع، دون الخروج عنه أو تجاوزه أثناء خلال سير عملية الوسطة.

[1] CHULTZ Tomas, op.cit, p. 186.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 27.

[3] محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 171. وأيضا حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 471.

- ✓ منح طرفي النزاع الحرية الكاملة في التواصل مع الوسيط والطرف الآخر للتفاوض في مسائل النزاع[1].
- ✓ إبداء النصح والإرشاد للمتنازعين مع عرض الاحتمالات التي قد يرتئي طرفا النزاع قبولها دون ضغط أو إكراه من الوسيط لحل النزاع القائم بينهما[2].
- ✓ إرسال رسائل إلكترونية لطرفي النزاع لإخطارهم بأوقات ومواعيد الجلسات.
- ✓ توفير الجهد والوقت عند إجرائها عن بعد، حيث يتم تقديم المفاوضات وتقديم المقترحات والأدلة والطلبات عن بعد، دون تكليف المتنازعين عناء الانتقال لمكان الجلسة.
- ✓ العمل على توضيح الرؤية أمام المتنازعين، من خلال تزويد كل طرف بنموذج العرض المقدم من الطرف الآخر والطريقة المناسبة لحل النزاع.

[1] إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 316.

[2] إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 213.

المطلب الثاني

التحكيم الإلكتروني

يعتبر التحكيم من الأنظمة السائدة في المجتمعات القديمة، حيث لم يكن موجوداً في ذلك الوقت نظام قضائي، حيث كان يلجأ الأفراد بإرادتهم إلى رب الأسرة أو رئيس القبيلة لعرض منازعاتهم وحسمها، وكانوا يرتضون واكتفوا بما صدر من حكم ونفذوا حكمه، فالتحكيم هو الأول ليس فقط في المعاملات المالية ولكن في مختلف المجالات منذ زمن سحيق، هذه الخاصية دفعت العديد من المتعاملين في مجال التجارة الدولية إلى استخدامها لحل خلافاتهم خاصة في الوقت الحاضر، من أجل تجنب عرض النزاع على المحاكم حيث ينطوي ذلك على تكبد رسوم والتكاليف والمضيعة للوقت، إضافة إلى ما يتضمنه الحكم القضائي من عنصر الإكراه والقسر في حالة عدم التنفيذ[1].

يفرض الواقع وفي ظل التقدم المعلوماتي الرهيب والمتزايد يوماً بعد يوم، وبعد انتشار استخدامه في إتمام الأعمال التجارية والقانونية وإبرام العقود الإلكترونية، التفكير إلى تسوية منازعات هذه العقود باستخدام نفس الأساليب لتكون بذلك التسوية إلكترونية، حيث تتم إجراءاتها من خلال شبكات الاتصال الالكترونية دون الحاجة إلى حضور أطراف العملية التحكيمية في مجلس واحد[2]، حيث تتجاوز الشبكات الإلكترونية الحدود الجغرافية للدول، وهو ما جعل الاتحاد الأوروبي يصدر توجيهاً ينص على أنه يجب على الدول الأعضاء السماح به

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة المقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، كما جاء في القواعد والاتفاقات الدولية والإقليمية والعربية، مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 11. أيضا: تذهب غالبية الأطراف إلى حد الاحتجاج بنقص المعرفة بالنظام القانوني والقضائي لإحدى دول الأطراف من أجل استبعاد عرض الخلاف على القضاء الوطني، والسبب الحقيقي غالبا هو عدم الثقة بالنظام القانوني لبلد الطرف الآخر للعقد، خاصة إذا كانت إحدى الدول الضعيفة طرفا في العقد.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 318.

– إستفادة مراكز التحكيم من ثقة المتعاملين في التجارة الدولية وتطورها عبر الانترنت وكانت احدى نتائج جهودهم وجود التحكيم الالكتروني، راجع في هذا الموضوع: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 474.

في حالة حدوث نزاع أو خلاف بين مقدمي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسويق خارج المحاكم، وباستخدام آليات أو الوسائل الإلكترونية[1]،

زيادة حجم العقود المبرمة من خلال شبكات الاتصال العالمية، والثبات في حجم الخلافات والخوف من خسارة مواقع البيع لما تكسبه بسهولة ويسر، أخذت بالتعاقد مع مراكز التحكيم لحل أي نزاع ينشأ عن عقود البيع عن بعد، وظهرت فكرة التحكيم عن بعد، والتي جعلت عدة مراكز تعمل على حل النزاعات عبر الأنترنت، والتي تعرف بمراكز التحكيم على الخط[2]، على أساس قواعد معينة يضعها كل مركز في تحديد مسار العملية التحكيمية من بداية التحكيم حتى صدور قرار المحكمين، بإتباع نفس الإجراءات المستخدمة في التحكيم التجاري التقليدي[3].

الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني

يعني التحكيم ذلك الاتفاق الذي بموجبه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات التي تنشأ فيما بينهم، أو التي يحتمل أن تنشأ من خلال التحكيم، فلا يجوز لأطراف العقد الالتزام بها إلا باتفاق صريح بينهما على اللجوء إلى هذا الأسلوب، ويجوز التحكيم في صورة شرط في العقد، أو في شكل اتفاق لاحق وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم على اللجوء بالمنازعة القائمة بينهما إلى التحكيم سواء كان فردياً أم مؤسسياً للفصل فيها[4]، وهو الإجراء الذي يكون خارج المحكمة المختصة.

---

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

– وفقا لنص المادة 17 من التوجيه الأوربي رقم 31/2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات المجتمع المعلومات وخاصة التجارة الالكترونية: «تسمح دول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم من خلال تسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الالكتروني وفي المجتمع المعلومات في حل النزاعات».

[2] صهيب جاسم، المحاكم الالكترونية، مقال منشور على الموقع: www.islamoonline.net

[3] NDIAYE Penda, op.cit, p. 106.

[4] Les parties désignent un arbitre, un collège ou une institution arbitral qui aura en charge -2 de trancher les désaccords susceptible de survenir durant la vie du contrat, voir :
- LE CLAINCHE Julien, op.cit, p. 07. et :
- A.CAPRIOLI Eric, Arbitrage et Médiation dans le commerce électronique, “L’expérience du cybertribunal”, op.cit, p. 235.

هناك تعريفات مختلفة حول التحكيم التجاري الدولي، والذي يهتم بالنزاعات التجارية الدولية، وهو ما ظهر استجابة لمتطلبات هذه التجارة الدولية، وتحقيق العدالة والسرعة وخفض التكاليف على أطراف التحكيم، وعدم قطع العلاقات التجارية بينهم[1]، إلا أنه ثمة نوع خاص ومستقل بشكل كبير عن ما جرى العمل به والمتعارف بالتحكيم التقليدي، وهو التحكيم الإلكتروني وهو إجراء خاص لحل منازعات التجارة الإلكترونية وما تميزه هي الآلية التي يتم من خلالها تنفيذ هذا الإجراء[2]، أي أنه يتم من خلال الوسائل الإلكترونية بدءاً من الاتفاق[3] إلى حتى تحصل على القوة التنفيذية لهذا الحكم.

يختلف تعريف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي، من خلال الوسائل التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا النوع من التحكيم، بحيث يمكن للأطراف الحصول على قرارات موقعة وجاهزة إلكترونياً، وقد عرّفه البعض، بأنه عملية تطوعية يتفق عليها الأطراف بواسطتها لإحالة النزاع إلى شخص ثالث غير متحيز، يسمى المحكم ويتم اختياره من طرف الأطراف بحرية، معتمدا على القائمة المتاحة عليها بأحد مراكز التحكيم[4].

[1] فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 731.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني...، المرجع السابق، ص 319.

[3] إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 314.

– فالتحكيم هو اتفاق وعقد لأنه مبني على إرادة الأطراف بحيث لا يثبت الطرفان ولا يتم التحكيم بينهما دون إظهار هذه الإرادة صراحة، وأن مصدر قرار التحكيم يمكن في اتفاق الطرفين على هذا الحل تجد قوتها التنفيذية من هذه الاتفاقية. أنظر: إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 314.

[4] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 331. أيضا في تطور التحكيم التقليدي: عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009، ص 41.

الفرع الثاني: أسباب اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني

أصبح اللجوء إلى التحكيم مسألة متزايدة في التجارة الدولية بشكل عام والتجارة على وجه الخصوص، نظراً لسرعتها و ملائمتها للتطور الحادث في التجارة الإلكترونية مما يساعد عي عملية التبادل الدولي[1]، فالأطراف يفضلون التحكيم التجاري الإلكتروني لعدة أسباب منها:

- اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يجنب أطراف العقد عدم مواكبة القانون والقضاء للعقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية[2]، سواء كان قانونياً أو قضائياً، كما أنه يجنبهم عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا الأمر يتخلله عدة صعوبات وهو ليس بالأمر اليسير في نظر القضاء العادي عند إحالة النزاع إليه[3].
- يمثل التحكيم الإلكتروني منصة واحدة مهما كان نوع الاختصاص الذي يتعلق بالنزاع، عكس القضاء الذي يتضمن مجموعة من الإجراءات، مما يجعل العملية أكثر تعقيداً ومحفوفة بمخاطر نتائج لا تتناسق مع القانون المعمول به، كما أن القواعد الوطنية التي يطبقها القاضي لا تستجيب لمتطلبات التجارة الإلكترونية التي تتميز بالسرعة، مما يجعل التحكيم الإلكتروني هو الطريقة الأكثر استخداماً لحل النزاعات الناشئة في هذا المجال[4].
- يتم تنفيذ جميع الإجراءات التي تحكم عملية التحكيم الإلكتروني عن بعد، فهذا النوع من التحكيم لا يتطلب نقل الأطراف المتنازعة[5]، لأنه لا يتطلب الوجود المادي للأطراف شخصياً بل يتم من

---

[1] محمد عرفة، التحكيم الالكتروني وضرورته للتجارة الدولية، مقال منشور على الموقع: www.aleqt.com، ص 01.

[2] عمر سعدالله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 275.

– التحكيم الالكتروني هو في الواقع يشكل أحد أقسام القانون الالكتروني، والذي يعد الوسيلة التي بموجبها تحل النزاعات بشأن عقود التجارة الالكترونية.

[3] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 732.

– يبقى أن التوثيق المشكلة العامة التي يواجه التجارة الالكترونية عموما والتحكيم الالكتروني خصوصا، لإمكانية التحايل من خلال شبكة الانترنت، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني...، المرجع السابق، ص 62.

[4] عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص 294.

[5] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني...، المرجع السابق، ص 320.

خلال وسائل الاتصال، كما أن الحصول بأسهل الطرق[1]، بسبب السرعة في تقديم على الحكم تكون المستندات عبر البريد الإلكتروني، أو من خلال تبادل الحوار مع الخبراء المتخصصين عبر الشبكات الرقمية.

[1]- BOCHURBERG Lionel, op.cit, pp. 249-250.L'arbitrage en ligne fait son chemin, L'arbitrage est une forme plus souple que la justice devant les juridictions ordinaires, et l'internet se prête bien à cette forme de justice.

خاتمة

الخاتمة:

وفي الأخير نستنتج من خلال دراسة هذا الموضوع أن عقود التجارة الإلكترونية تُبرم عن بُعد دون التواجد المادي لأطراف العقد، مما يتيح التواجد الافتراضي للمتعاملين، وإجراء حوار مفتوح ونقاش شامل بينهما حول شروط العقد وتنفيذه، والأمور القانونية المتعلقة به مثل القانون الواجب التطبيق على العقد، وتحديد الجهة القضائية المختصة التي ستنظر في الخلاف بينهما.

ويبقى في كلتا الحالتين المذكورتين أعلاه، فإن سيطرة الإرادة المنصوص عليها في جميع التشريعات هي أكثر أهمية ضوابط الإسناد المستخدمة في منازعات التجارة الإلكترونية، سواء في تحديد قانون العقود أو المحكمة المختصة كأحد العقود التوافقية التي يلتقي فيها الإيجاب والقبول بين الأطراف المتعاقدة في جميع مراحل التعامل.

تنشأ المشكلة في مثل هذه النزاعات في حالة عدم تحديد قانون الإرادة صراحة أو ضمنياً، وهي الحالة التي تلجأ فيها المحاكم عادةً إلى تطبيق معايير الإسناد العامة التقليدية، وهذا لا يتماشى مع عقود التجارة الإلكترونية التي ليست سوى معاملات عابرة للحدود، في مساحة غير محسوسة مما يجعل من الصعب إسناد المعاملة إلى قانون أو محكمة معينة.

وربما أدى انتشار التعاقد الإلكتروني من ناحية أخرى إلى كثرة الخلافات التي تنشأ بمناسبته، بالإضافة إلى ذلك تثير العقود الإلكترونية مثل جميع العقود الدولية مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، والسلطة القضائية المختصة بالفصل في منازعاتها، وخلصنا إلى أن قانون الإرادة هو أفضل وسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية وقد زاد دوره في مجال العقود مقارنة بالعقود الدولية التقليدية، وهذا يعود إلى ذلك المعايير التي استخدمت لتمكين القاضي من البحث عن الإرادة الضمنية أصبحت غير قادرة عن تمكينه من القيام بذلك بسبب اعتماده على أسس إقليمية جغرافية، وهذه الأخيرة غير متوافقة مع خصوصية الوسائل التي يتم من خلالها إبرام العقد الإلكتروني، كما نوصي بأن يختار

المتعاقدون للقواعد قانون الموضوعي المادي الإلكتروني، لتجنب مشكلة اختيار الأطراف لقانون لا ينظم المعاملات الإلكترونية.

على الرغم من الدور الفعال الذي يلعبه المبدأ في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، ولكنها تخضع بالضرورة لبعض القيود التي كانت مقصورة بموجب العقود التقليدية وليس الكل، حيث ظل المبدأ متمسكاً بضرورة احترام النظام العام والآداب العامة، وضرورة حماية المستهلك، دون الخضوع لضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعلاقة التعاقدية، نظراً لأن هذا الارتباط يتجسد من خلال روابط إقليمية، مثل مكان إبرام العقد أو تنفيذه، هذه الأخيرة كما قلنا هي روابط مكانية لا تتناسب مع البيئة الافتراضية التي تم فيها إبرام العقد الإلكتروني.

كما للمبدأ دوراً فعالاً في اختيار الجهة القضائية المختصة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية ووسائل تسويتها، فقد أقرت التشريعات المقارنة والفقه بحرية الأطراف في تحديد قضاء دولة معينة ليكون خاضعا لها، بشرط أن تكون قد نظمت هذه الأخيرة قوانينها بشكل صارم مسألة التعاقد الإلكتروني، وأن الاختيار قد لا يمس بحقوق المستهلك وضماناته التي تضمنها له بلد إقامته المعتاد بالإضافة إلى احترام أسباب النظام العام، وهذا الأخير ونظراً لمفهومه النسبي والذاتي لكل دولة فإنه يعيق تنفيذ العديد من الأحكام القضائية، حيث يتم إبرام العقد في قانون يخوله وتعترف المحكمة بصلاحيته، ولكن تنفيذه في بلد آخر مستحيل لانتهاك النظام العام، لذلك يفضل التجار اللجوء عبر الأنترنت إلى الوسائل الإلكترونية البديلة لحل منازعاتهم، والمجسدة في كل من المفاوضات الإلكترونية، الوساطة الإلكترونية، والتحكيم الإلكتروني، مما يعكس إرادة الطرفين بشكل فعلي وواضح من خلال هذه الوسائل الممنوحة للأطراق الحق في اختيار الطريقة الأكثر ملائمة لمصالحهم، بالإضافة إلى حريتهم في تنظيم الإجراءات والمراحل المختلفة التي تمر بها الوسيلة، وربما يظهر ذلك بوضوح إطار التحكيم

الإلكتروني الذي يتمتع بالتحفيز الكامل لإرادة الأطراف على طول إجراءاته المختلفة، التي نوصي باللجوء إليها نظرا لفعاليتها.

وفي الأخير يمكن القول أن تحديد القانون المطبق على العقود المبرمة عبر الانترنت يصعب تحديده بسبب صعوبة تحديد جميع الجوانب القانونية للعقد الإلكتروني من إبرامه حتى تاريخ الغرض من تنفيذه وصرف أثاره إلى أطرافه، لذلك يجب وضع قواعد قانونية تحدد بدقة كل تفاصيل إبرام العقود عبر الأنترنت وكيفية حل منازعاتها.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

1- الكتب

1-أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني-السياحي – البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة،2000.

2-أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي لطباعة، مصر، 2003.

3-إلياس ناصف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

4-بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الأنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

5-د/حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

6- د/خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الالكتروني في الاثبات- دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر،2008.

7- د/ خالد عبد الفتاح محمد خليل، دور الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة لدور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق و الاختصاص القضائي الدولي في ضوء الفقه و التشريعات الوطنية للاتفاقيات الدولية و التوجيهات الأوروبية، ط 2019، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، 2019.

8- --- التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي للنشر، الاسكندرية، 2008.

9- سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

10- صابر عبد العزيز سلامة، العقد الالكتروني، د.م.ن، 2005.

11- د/صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.

12- د/عادل أبو هشيمه حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

13- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

14-د/فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت- دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008.

15-د/فيصل محمد محمدكمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

16- د/محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية (العقود الالكترونية- المنازعات العقدية وغير العقدية-القانون الواجب التطبيق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

17- د/محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية- دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

18- نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود الخدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2009.

19- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009.

2- الرسائل والمذكرات:

p- الرسائل

1- عادل أبو هشيمه محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، رسلة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق،جامعة القاهرة، مصر، 2003.

2- محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.

3- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006.

4- حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

ب- المذكرات

1- حمودي ناصر، عطال قويدر، التحكيم التجاري الدولي كوسيلة لفض نزاعات العقود الاقتصادية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 1999-2000.

2- خليفي سمير، حل النزاعات عي عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص التعاون الدولي، جامعة مولود معمر، تيزي وزو، 2010.

3- طنجاوي مراد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعيد دحلب، البليدة، 2007.

4- قبايلي الطيب، نظام تسوية المنازعات في إطار الملركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CRDI ، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الاعمال، جامعة مولود معمري،2000-2001.

5- عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2005.

6- عتيق حنان، مبدأ سلطان الارادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للقانون الاساسي والعلوم السياسية، معهد الحقوق، جامعة العقيد أكلي محند اولحاج، البويرة، 2012.

3- المقالات

1- أحمد عبد الكريم سلامة، "الانترنت والقانون الدولي الخاص- فراق أم تلاقي"، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 01-03 مايو 2000، المجلد الأول، ط3، 2004، ص ص23-98.

2- أشرف وفا محمد، "عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 57، 2001، ص ص189-264.

3- أحمد أنوار الناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، مجلة الفقه والقانون، على الموقع،www.majalh.new.ma، ص ص01-19.

4- حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد 5، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص ص149-187.

5- مهند معزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، "الوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، الجامعة الاردنية، 2009.

رابعا: النصوص التشريعية

أ- النصوص التشريعية الوطنية

❖ **القوانين**

1- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 10/05 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 44 الصادرة في 20 يونيو2005.

2- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج.ر عدد 12 الصادرة في 23 أفريل 2008.

❖ **الأوامر**

1- الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو2007، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة في 31 مايو2007.

2- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ب- النصوص التشريعية المقارنة

❖ **<u>الإتفاقيات الدولية</u>**

1- اتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية، المبرمة في 1968/09/27.

2- اتفاقية لاهاي لعام1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع للبضائع.

3- اتفاقية لوجانوا المبرمة 1988/05/16 فيما بين دول الاتحاد التبادل الحر المنظمة إلى الاتحاد الاوروبي.

❖ **<u>القوانين النموذجية</u>**

1- القانون النموذجي للأونسيترال بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1985.

2-القانون النموذجي للأونسيترال بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع لعام 1996، ومع المادة الإضافية 05 مكرر بصيغتها المعتمدة في عام 1998.

3- قانون الولايات المتحدة الأمريكية للمعاملات التجارية الالكترونية لعام 1999.

4- التوجيه الأوروبي رقم 2001/44 المؤرخ في 2000/12/22 المتعلق بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الاحكام في المجالين المدني والتجاري.

5- القانون النموذجي للأنسيترال للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002.

II- المراجع الفرنسية

I- OUVRAGES:

1-CAPRIOLI Eric .A, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Edition du juris-classeure, Litec, paris, 2002.

2-CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3éme édition, vuibert, paris, 2007.

3- LOUSSOURN Yvon et BERNARD Thierry, Droit international privé, 5ém édition, paris, 1996.

4-SCHULTZ Thomas, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, L. G. D. J, Belgique, 2005.

II- THESES ET MIMOIRES

1- **GUILLEMARD** Sylvette, Le droit international privé face au contrat de vente cyber spatial, Thèse de doctorat, faculté de droit, université, LAVAL, Québec,2003.

2-**KONE Moriba Alain**, La protection du consommateur dans le commerce international passé par l'internet : une analyse comparée des système juridiques européen, français, canadien et québécois, Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit LLM, Université de Montréal, Août 2007.

3- **NAMIE CHARBONNIER Maire**, la formation et exécution du contrat électronique, thèse de doctorat, droit économie- science sociales, université panthéon-ASSAS, paris, 2003.

4- **NDIAYE penda**, Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, mémoire en vue de l'obtention du garde de Maîtrise en droit, faculté de droit, Université de Montréal, décembre 2006.

5- **SHANDI Yousef**, « **La formation du contrat adistance par voie électronique** », Doctorat nouveau régime Mention « Droit privé », Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III , 28 juin 2005.

III- ARTICLES:

1- A. CAPRIOLI Eric, Arbitrage et Médiation dans le commerce électronique, «L'expérience du cyber tribunal », Revue de l'arbitrage, n O2, paris, 1999, p. 225-248.

VI- SITES INTERNET:

1- http://www.uncitral.org.

2-http://www.wipo.int.

3-http://www.squaretrade.com.

4-www.cybertribunal.org.

فهرس المحتويات

المحتــويات	ص
الإهداء	
كلمة شكر	
فهرس المحتويات	
مقـــــدمـــة عامة	01
الفصل الأول : دور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية	
المبحث الأول: إرادة الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية	08
المطلب الأول: إعمال بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الالكترونية	09
الفرع الأول: الاعتراف بمبدأ سلطان الإرادة في الأنظمة القانونية	09
أولا: تكريس مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في القوانين الوطنية	10
ثانيا: الاعتراف بالمبدأ في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية	11
الفرع الثاني: كيفية تحديد إرادة الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية	11
أولا: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على معاملات التجارة الالكترونية	12
ثانيا: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية	13
المطلب الثاني:النتائج المترتبة على خضوع العقود الالكترونية لقانون الإرادة	14
الفرع أول: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الالكترونية (تجزئة العقد)	14
الفرع الثاني: عدم لزوم توفر صلة بين القانون المختار والعقد الالكتروني	16
المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ قوة الإرادة في العقود الالكترونية	20
المطلب الأول:النظام العام واستبعاد القانون المختار	20
الفرع الأول: المقصود بالنظام العام	21
أولا: فكرة النظام العام الداخلي	21
ثانيا: فكرة النظام العام الدولي	23
الفرع الثاني: النظام العام باعتباره قيداً على مبدأ قوة الإرادة في عقود التجارة الالكترونية	26

المطلب الثاني: حماية المستهلك كقيد على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الالكترونية	28
الفرع الأول: حماية المستهلك واستبعاد قانون الإرادة	28
الفرع الثاني: حماية المستهلك بتقيد إرادة الأطراف	30
الفرع الثالث: الحلول المقترحة من التاجر الإلكتروني	33
الفصل الثاني: دور الإرادة في اختيار الجهة المختصة لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية	
المبحث الأول: حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة	38
المطلب الأول: التكريس التشريعي و ألاتفاقي	39
الفرع الأول: تجسيد المبدأ على المستوى التشريعات	39
الفرع الثاني: تجسيد المبدأ على المستوى اتفاقات الأطراف	41
المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الأطراف لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية	43
الفرع الأول: توافر رابطة جدية بين النزاع و المحكمة المختصة	43
الفرع الثاني: سلامة اختيار المحكمة المختصة من أي لبس أو غش	44
الفرع الثالث: حماية المستهلك كقيد على حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة	44
المبحث الثاني: حرية الأطراف كوسيلة بديلة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية	47
المطلب الأول: المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية	48
الفرع الأول: المفاوضات المباشرة	49
أولاً: تعريف المفاوضات الإلكترونية المباشرة	50
ثانياً: خصائص المفاوضات المباشرة	51
الفرع الثاني: الوساطة الإلكترونية	52
أولا: تعريف الوساطة الإلكترونية	53
ثانياً: خصائص الوساطة الإلكترونية	54
المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني	56
الفرع الأول: تعريف التحكيم الإلكتروني	57
الفرع الثاني: أسباب اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني	59
الخاتمة	62
قائمة المراجع	66

ملخص

أدى إدخال وسائل الاتصال الحديثة، وخاصة الانترنت إلى المجال التجاري، وما يعرف بالتجارة الالكترونية التي حققت نقلة نوعية في مجال التجارة بشكل خاص، وعلى الرغم من الجوانب الإيجابية التي حققتها، إلاّ أنها مصحوبة بالعديد من الإشكالات القانونية عند إبرام وحل المنازعات الناتجة عن هذه العقود. والتي تتطلب تطوير وسائل بديلة لحلها تتوافق مع طبيعتها.

وقد تجسد هذا التطور في وسائل التسوية من خلال الوسائل البديلة التي تتم عبر الانترنت، كما تتم تلك المعاملات التجارية بما في ذلك التحكيم الإلكتروني الذي ظهر كأفضل في هذه الوسائل والأكثر فاعلية، وتهدف الدراسة إلى معرفة واقع هذا النظام وبيان أهم الصعوبات والمشكلات التي تواجهها لإيجاد الحلول المناسبة لها.

تظل الحاجة إلى إيجاد إطار قانوني لتنظيم العقد الإلكتروني من أحد المتطلبات الأساسية لإزالة العواقب التي تحول دون تطوره و عالميته.

Résumé

L'entrée des moyens de communication modernes et particulièrement l'internet dans le domaine commercial, abouti à ce qui est connu par le commerce électronique qui a réalisé un saut qualitatif dans le domaine du commerce d'une manière générale, et dans le domaine international, en particulier, et malgré tous les avantages que ce commerce a réalisé, ils sont accompagnés par plusieurs problématiques juridiques relatifs à la conclusion, et au règlement des différents liés à ce type de contrat. Notamment de tout ce qu'est lié à des règlements des conflits crées par lui ; ce qui a demandé à développer des méthodes alternatives pour les résoudre et qui s'adaptent avec sa nature.

Cette évolution se reflète dans les méthodes de règlement à travers les méthodes alternatives qui s'effectuent par réseau d'internet, exactement comme les transactions commerciales, et parmi eux on a l'arbitrage électronique qui est désigné comme le meilleur et le plus répandu de ces méthodes, cette étude vise à connaitre la réalité de ce système, et la démonstration des difficultés et les problèmes les plus importants qu'il rencontre, afin de trouver les solutions qu'elles conviennent.

Le besoin d'un cadre juridique pour réglementer le contrat électronique reste indispensable pour remédier aux difficultés qui empêchent son évolution et son universalité.