الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مولود معمري تيزي وزو

كلية الحقوق

مدرسة الدكتوراه في القانون والعلوم السياسية

حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي

تخصص: قانون التعاون الدولي

من إعداد الطالب: ..... **الأستاذ المشرف:** .....

خليفي سمير ..... **الدكتور: معاشو عمار**

أعضاء لجنة المناقشة

- **د/ كاشير عبد القادر**، أستاذ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ..... رئيسا
- **د/ معاشو عمار**، أستاذ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو .....مشرفا ومقررا
- **د/ إسعد حورية**، أستاذة محاضرة –ب–، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.. ممتحنة

تاريخ المناقشة: 28/ 04/ 2010.

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى روح أمي الطاهرة
إلى جميع أفراد العائلة الكريمة
إلى زملائي في مهنة المحاماة
إلى جيمع الأصدقاء والأحباب

سمير

كلمة شكر وعرفان

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الذي قومني، شجعني ووقف وراء هذا العمل المتواضع
بمجهوداته ونصائحه القيمة التي أنارت طريقي وقومت مساري
إلى رمز العلم، العمل والالتزام
أستاذي المشرف الدكتور

"معاشو عمار"

سمير

قائمة المختصرات:

باللغة العربيــة:

ص : صفحة.

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة.

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

ج ر: جريدة رسمية.

الو.م.أ: الولايات المتحدة الأمريكية.

باللغة الفرنسية:

p : page
pp : de page à page
ADR : Alternative Dispute Résolution.
AMGI : Agence Multilatérale de Garantie des Investissements.
CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial international.
UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé.
CIRDI : Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements.
OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.
ORD : Organe de Règlement des Différends.

مقدمة

مـقدمـة

تلعب العقود الدولية دورا هاما ورئيسيا في رواج التجارة الدولية، إذ تشكل الركيزة الأساسية والهامة للاقتصاد العالمي، ومن الضروري أن تتأثر بما لحق بها من تطور وتغيير في مفهومها وكذا القواعد التي تسري عليها، فالتطور الحاصل في وسائل الاتصال يعتبر من أساليب تنامي مستوى هذه التجارة[1]، فتوسع فضاء المعلومات أثّر على كل مجالات الحياة، والذي يمثل التحول الشامل في جميع أوجه الحياة الفردية والاجتماعية وحتى الكونية، فمن المتوقع أن تسيطر هذه الثورة على حقل التجارة الدولية باستعمال أحدث الوسائل كمحرك جديد للتنمية الاقتصادية[2].

كان تغيير مفهوم التجارة الدولية ناتجا لما لحق المجتمع من تطور، والذي لم يقتصر على مضمون العقد فقط، وإنما امتد هذا إلى الشكل الذي يكون عليه، وهو الأمر الذي تحقق بالفعل من خلال تغيير الصورة الكلاسيكية لتلك العقود التي تعتمد على الدعائم الورقية التي تجسد لها الوجود المادي وتحولها من وثيقة يدوية إلى وثيقة إلكترونية[3] اعتمادا على التطور المتلاحق لشبكة الاتصالات الدولية، وعلى إثر هذا ظهر العقد الإلكتروني كنموذج متطور للعقد الورقي أو التقليدي[4].

يعيش عالمنا اليوم ثورة معلوماتية أثرت وبصفة مباشرة على عقود التجارة الدولية، مما يستوجب وضع الأطر القانونية التي تكرس الاعتراف القانوني لها كما تيسّر على الأطراف استخدامها واتخاذها وسيلة لإبرام عقودهم وإتمام صفقاتهم، فالأنظمة الاقتصادية تتغير وفق ما تقتضيه الساحة الدولية، لاسيما وسط الصراعات التكنولوجية التي فرضتها المؤسسات العالمية، مما يؤكد ضرورة العمل والتحدي لمواجهة الحاضر بموسوعة تشريعية تضمن

1- **محمد إبراهيم موسى**، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 21.

2- **أحمد باشي**، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة،(إدارة) المجلد 13، العدد 02، 2003، ص 65.

3- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 2006، ص ص 23-24.

4- **محمد إبراهيم موسى**، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 21.

الحقوق والحريات للأطراف المتعاقدة [1]، ومسايرة لهذا الاتجاه بذلت محاولات عديدة لوضع هذه الأطر وتوفير البيئة القانونية الآمنة وتطوير الأفكار على نحو يساعد على دفع وتشجيع حركة التجارة الإلكترونية، والتي تظهر من خلال لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة **(الأونسيترال)** التي أصدرت القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام1996[2].

تبنّت العديد من التشريعات الوطنية هذا القانون في محاولة منها لتشجيع وتطوير عمليات إبرام العقود التجارية والخدماتية من خلال شبكات الاتصال العالمية، التي تقدم فيها المنتجات والخدمات في صيغة افتراضية أو رقمية، كما يدفع مقابلها إلكترونيا[3].

ظهرت صور أخرى، أين نجد الفرص المقترحة من طرف منتجين خواص أو عاملين لصالح مخاطبين محترفين أو مستهلكين بشأن طلب سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الرقمية المعمّمة على الشبكات الكبيرة، وكذلك عن طريق الإشهار الذي يمكن أن يقدم لهذه السلع والخدمات على مواقع الإنترنت للمؤسسات التي تقترحها، فيختلف شكل التجارة

1- **أحمد باشي**، المرجع السابق، ص 65.

2- **A. KOTEICHE Lama**, la loi applicable aux contrat du commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un Diplôme d'études approfondies en Droit Internet et International des affaires,faculté de Droit et des Sciences Politique et Administratives, Université de Beyrouth, 2005, p.07.

- صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-662 في 16 ديسمبر 1996، ويتكون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وقسمت المواد إلى بابين، الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد 01 إلى 10، أما الباب الثاني فيتكون من فصل واحد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16و17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية، كما يتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذا المجال الأخذ بأحكامه، كما أنه يسري على التجارة الدولية والإلكترونية على حد سواء، ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد هذا القانون عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة. أنظر: **قانون الأنسيترال النموذجي** بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 ومع المادة الإضافية 5 مكرر بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، A.99.V. 5، لسنة 2000 ومن خلال الموقع: www.uncitral.org.

3- **محمد ممتاز**، دليلك القانوني إلى التجارة الدولية، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، مصر، 2008، ص 67.

الإلكترونية على درجة تقنية المنتج، وعلى التقنية العملية أو الوسيلة المستخدمة في الاتصال[1].

تظهر أهمية هذا الموضوع فيما يشهد مجال التجارة الإلكترونية من نمو متزايد، ومن أبرز المؤشرات على تزايد الاهتمام بها، هو ما شهدته السنوات الماضية من زيادة مطردة في حجم ومعدلات نمو التجارة الإلكترونية، ولقد مكنت شبكة الاتصال الأفراد والقطاعات التجارية المختلفة من الاستفادة من تقنيات التجارة الإلكترونية[2]، ولقد أصبحت تأثر وبشكل مباشر وبوضوح على أسلوب إدارة الأنشطة الاقتصادية وممارسة الأعمال التجارية وما يتصل بها من خدمات، كما امتد تأثيرها ليشمل العلاقات التي تحكم قطاعات الأعمال والمستهلكين[3].

أصبحت التجارة الإلكترونية اليوم حقيقة واقعة، وليس بمقدور العاملين في مجال المبادلات الاقتصادية تجاهلها، وفي هذا الصدد أكد البنك الدولي في تقريره لسنة 1998 بأن بعض المنظمات لا تقبل أعضاء جدد دون إثباتهم القدرة في التعامل بطريق التبادل الإلكتروني للبيانات، وحثّت الجميع إلى مواكبة هذا التحول، لأن مسألة المشاركة والمساهمة في التجارة الإلكترونية أصبحت مسألة وقت، كما أضاف مجلس الأمم المتحدة للتجارة

1- **عبد الرحمان بن عبد الله السند**، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية وشبكة المعلومات (الإنترنت)، دار الورق للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت، 2004، ص 111.

- لإزالة الغموض ينبه جانب من الفقه إلى أن التعاقد عبر الإنترنت، يطلق عليه بطريق الخطأ "التجارة الإلكترونية" والحقيقة أن شبكة الإنترنت هي إحدى وسائل التجارة الإلكترونية، يشاركها في ذلك وسائل إلكترونية أخرى، كجهاز المينيتال **(Minitel)** في فرنسا، وكذلك جهازي الفاكس والتلكس حسبما ورد في تعريف التجارة الإلكترونية في مشروع الأمم المتحدة بهذا الخصوص، تناول وسائل الاتصال الحديثة في عقود التجارة الإلكترونية: **عبد الفتاح بيومي حجازي**، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 35.

- تبقى هذه الوسائل التقنية داخلية، تتم عبرها مختلف المعاملات الالكترونية، وهي وسائل تنفرد بها الدول، عكس الإنترنت التي تعتبر الوسيلة المفتوحة على العالم، ويمكن الدخول إليها من أي موقع في المعمورة. أنظر: **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع نفسه، ص 35.

2- **أحمد باشي**، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 68.

3- **محمد إبراهيم موسى**، المرجع السابق، ص 40، وأنظر: **عبد الرحمان بن عبد الله السند**، المرجع السابق، ص 112.

والتنمية **(الأونكتاد)** في أحد دراساته مخاطبا الدول لتوفير البيئة القانونية المناسبة للتجارة الإلكترونية، وإلا فإنها سوف تكون على الهامش في ذلك الاقتصاد الرقمي[1].

يتجلى مضمون هذه الدراسة في ما فرضته التقنيات الحديثة للاتصال التي رمت بضلالها على التجارة الدولية، وأضفت نوع من القصور في التنظيم القانوني المؤطر لها، فأصبحت الحاجة الملحة لضمان نظام قانوني جديد يتماشى مع المعطيات الجديدة التي جاء بها الفضاء الإلكتروني، على أن يكون استقراره وتطبيقه يقف على الاستعانة وعدم إهمال قواعد القانون الدولي الخاص، أي تدخل العنصر الأجنبي في العلاقات التي تنشأ في إطارها[2]، والذي يضم في أغلب الأحيان أفراد ودول ومؤسسات تتبادل تجاريا في إطار معاملات يومية تنشأ من خلالها حقوق والتزامات[3].

أدى هذا التعدد والتنوع في المعاملات المبرمة عبر شبكات الاتصال الإلكترونية المختلفة[4] إلى تكوين فضاء رحب لمنازعات تنشأ بين الأطراف المتعاقدة، ونظرا لطابعها الدولي – توفر كل من المعيار القانون والاقتصادي لتحديد مدى دولية العقد– يفرض ضرورة البحث عن قواعد التنازع الواجبة التطبيق نظرا لارتباط العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد[5].

تحيلنا مثل هذه العلاقة إلى قواعد القانون الدولي الخاص ومبدأ تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتصلة بالعقد، وإن كان مبدئيا وكما أشارت إليه أغلب القوانين الوطنية والدولية هو تطبيق قانون الإرادة وبالتالي فالقانون الواجب التطبيق هو

1- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، إعداد مجموعة من الخبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007، ص 153

2- **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 02.

3- **بولين أنطونيوس أيوب**، تحديات شبكة الإنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 39.

4- **محمد أمين الرومي**، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 45.

5- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، المرجع السابق، ص 166.

القانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو ضمنيا، إلا أن الأمر ليس دائما بهذه السهولة، فقد لا يقوم الأطراف بتحديد القانون مسبقا أو يتم الإغفال عن تحديده، مما يطرح مسألة القانون الأولى للتطبيق بين قوانين عدة دول كأطراف متعاقدة (**فصل أول**)، كما تثير عقود التجارة الإلكترونية مسألة تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاعات الناشئة عنها، أي محكمة أية دولة هي المختصة لفض النزاع الذي يرتبط من خلال عناصره المختلفة باختصاص أكثر من محكمة نظرا لاختلاف قوانين الدول في تنظيم اختصاص محاكمها على الصعيد الدولي، مما يعرقل عمليا تحديد المحكمة المختصة (**فصل ثان**).

ولدراسة كل هذه النقاط المعروضة سابقا يستوجب علينا التساؤل عن ماهية العلاقة الأكثر ارتباطا لتحديد: ***ما هو القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة للفصل في نزاعات عقود التجارة الإلكترونية؟.***

نتطرق في دراسة هذا الموضوع إلى نقطتين أساسيتين تعتبران من أكبر الإشكالات التي تواجه عقود التجارة الإلكترونية، نظرا لغياب نظام قانوني أو تشريع دولي خاص بهذا النوع من العقود، ليكتفي بما هو نموذجي في هذا الحين إلى غاية استكمال تنظيمه من الهيئات القانونية الخاصة بمجال التجارة الدولية، والمتمثلة في القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة في حل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية.

اعتمدنا على منهج دراسة المقارنة مع القواعد القانونية المعتمدة في مجال عقود التجارة الدولية، باعتبار خضوع عقود التجارة الإلكترونية لنفس المنهج نظرا لطابعها الدولي التي تميزها عن العقود الداخلية، فأغلب هذه العقود تبرم على مستوى الشبكات العالمية للاتصالات منها الأنترنت، وبين أطراف تختلف جنسياتهم ومكان تواجدهم، والتي تتميز بالطابع الافتراضي والرقمي، لهذا انتهجنا مناهج القانون الدولي الخاص المنظمة لقواعد تنازع القوانين، كما اعتمدنا على قواعد الاختصاص التقليدية والمعتمدة في عقود التجارة الدولية لمعرفة مدى ملائمتها للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية لتحديد المحكمة المختصة لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية.

الفصل الأول

المبحث الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية

تثار مسألة القانون الواجب التطبيق في العلاقات المتصلة بالقانون الدولي الخاص، والتي تتميز بطابعها الدولي لتجاوزها حدود الدولة الواحدة في عنصر أو أكثر من عناصر العلاقة القانونية، والمتمثلة في "**الأطراف، المحل والسبب**"، وهذا عكس ما هو عليه عند تركيز كل عناصر العلاقة في دولة واحدة مما يجعلها بمفهوم المخالفة علاقة وطنية محضة، ولا تثير مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق[1].

تبرم أغلب عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت والتي تعد معاملات عابرة للحدود، أي عقودا تتسم بصفة الدولية، وتتضمن عدة عوامل ترتكز أو تتوطن في بلدان مختلفة، إلا أنه في بعض الأحيان وهي – قليلة جدا– يظهر أن العقد المبرم عبر الإنترنت محلي، أو يتسم بالطبيعة المحلية ومع ذلك تختلف الأنظمة التشريعية الوطنية في مسألة الاعتراف به

1– **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 61.

- **BOUCHURBERG Lionel**, Internet et commerce électronique, site web, contrats, responsabilités, contentieux, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2001, p.239 et 240.

وحجية العقد المبرم، مما يستدعي ضرورة البحث عن حل تشريعي يلعب فيه الأطراف المتعاقدة الدور الأساسي في تعيينه، أو الأخذ بقواعد دولية معروفة عملت جهات رسمية دولية على توحيدها لتحكم النزاع القائم في العلاقة القانونية[1].

يتميز العقد التجاري الالكتروني، بسمات تختلف عن العقود التجارية التقليدية، – سميت بهذا الاسم نظرا للتطورات التي عرفتها التجارة الدولية بعد دخول نظام الاتصالات الحديثة كوسائل جديدة لتطوير مفهوم التجارة الدولية، ليتم بذلك التحول من العقود الورقية إلى العقود الإلكترونية–، وذلك نتيجة لثورة المعلومات التي نعيشها في عالم اليوم والتي أحدثت انقلابا حقيقيا للمفهوم التقليدي لعقود التجارة الدولية[2].

تفرض دراسة مسألة القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، تقديم تعريف لها باعتبارها المحور الأساسي في موضوع الدراسة، واستندنا في هذا إلى تعريف كل من ***الأمم المتحدة من خلال أعمال لجنة قانون التجارة الدولية***، و***المنظمة العالمية للتجارة*** باعتبارها أهم منظمة تهتم بشؤون التجارة الدولية.

اهتمت ***الأمم المتحدة*** بتنظيم التجارة الإلكترونية، من خلال أعمال ***لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري التي أصدرت القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية بتاريخ 16 ديسمبر 1996***، والذي حدد كل من ماهية النشاط التجاري والوسيلة الإلكترونية التي تستخدم لإتمامه، كما حرصت على توسيع نطاق الأنشطة التجارية سواء كانت تعاقدية أو غير

1– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006، ص ص 113–115. ولمزيد من التوضيح أنظر كل من:

- **HUET Jérôme**, la problématique juridique du commerce électronique , Revue de jurisprudence commerciale, le droit des affaires du 21ème siècle, n 01, paris, janvier, 2001. p.18.

- **A. KOTEICHE Lama,** op.cit, p.13. Les contrats conclus via l'Internet sont susceptibles d'être considérés comme internationaux, l'élément d'extranéité étant intrinsèque à la nature des réseaux numériques, voir :

- **BENSOUSSAN Alain**, Internet: aspects juridique, 2ème édition, Édition HERMES, Paris, 1998, p.205.

- **THOUMYRE Lionel**, l'échange des consentements dans le commerce électronique, sur le site : www.lex-electronica.com p.02.

2– **محمد إبراهيم موسى**، المرجع السابق، ص 39/38.

تعاقدية لتشمل جميع العلاقات ذات الطابع التجاري[1]، كما أنها لم تحدد وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية، عندما أقرت بإتمامها عن طريق رسالة البيانات وهذا يدل على عدم اقتصاره على شبكة الانترنت، بل من الممكن إتمامها بأية وسيلة إلكترونية أخرى، فالتجارة الإلكترونية لا تقتصر على الانترنت فقط، فيمكن إتمام المعاملات الالكترونية **بالمنيتال** مثلا في فرنسا و***الفيديتال*** في هولندا، أو ***البريستال*** في إنجلترا، أو ***البلدشيرمتكست*** في ألمانيا[2].

عمدت الأمم المتحدة لوضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، متضمنة بذلك دعوة الدول الأعضاء للأخذ به، سواء بإصدار تشريعات مستقلة أو بإجراء تعديلات في قوانينها الداخلية[3]، وبالفعل استجابت العديد من التنظيمات الدولية والإقليمية، كالاتحاد الأوربي الذي بادر بوضع قانون نموذجي لدول الاتحاد الأوربي مستوحيا من دراسة الأمم المتحدة السابقة، وتلا ذلك العديد من المبادرات الداخلية، في كل من فرنسا وبريطانيا وبعض الدول

1- والمتمثلة في تبادل البضائع أو الخدمات، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، العولمة، البيع الايجاري، تشييد المنشآت، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، منح الرخص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو الأعمال، نقل البضائع أو الركاب جوا أو بحرا أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية، راجع **القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية** في جزئه الأول المرجع السابق: أو على الموقع: www.uncitral.org، ص 03.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 28. و**محمد أمين الرومي**، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت...، المرجع السابق، ص 14.

– أما **القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية** تم إقراره بناءا **على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51 في 16 ديسمبر 1996**، حيث أخذ بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد القانون من الأعمال التشريعية للجمعية العامة للأمم المتحدة، ومكون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، ولقد صدر القانون النموذجي بعدة لغات، ومنها: الانجليزية، الفرنسية، العربية، الاسبانية، الروسية والصينية، وكان إعداده بناءا على اقتراح اللجنة النرويجية للإجراءات التجارية، حيث أرفق بخطاب وجهته اللجنة إلى سكرتاريتها أوضحت فيه موقف التشريعات الوطنية، لمراجعة هذا الموضوع اطلع على أنظر: **قانون الأنسيترال النموذجي** بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 ومع المادة الإضافية 5 مكرر بصيغتها المعتمدة في عام 1998، المرجع السابق، وكذلك: **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص 313–314.

3- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع نفسه، ص 315.

العربية (قانون المبادلات الالكترونية التونسي لعام 2000)، إلى أن أصبحت هذه الأطر القانونية للمعاملات الإلكترونية حقيقة وواقعا تشريعيا غربيا وعربيا[1].

كان للمنظمة العالمية للتجارة من جهتها منذ مطلع عام 1998 دراسة حول التجارة الإلكترونية، تحت عنوان " ***آليات التجارة الإلكترونية وما يتعلق بمباشرتها باستخدام الإنترنت*** "، وتوصلت إلى اعتبار التجارة الإلكترونية ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها وتطبق عليها الاتفاقية الدولية الخاصة بالتجارة في الخدمات، وقد حددت المنظمة موقفها الرسمي من التجارة الإلكترونية في مؤتمرها المنعقد في شهر أكتوبر لعام 1998 بأوتاوا، عندما أعلن مديرها العام أن المنظمة لا تسعى لوضع قواعد جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية، وإنما تسعى لاستخدام التنظيم القانوني القائم والمحدد ضمن اتفاقية الڤاتس (المنظمة العالمية لتجارة الخدمات)، واتفاقية التربيس والاتفاق الخاص بخدمات الاتصال، وعرفت التجارة الإلكترونية بأنها عبارة عن: " ***عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع للمنتجات من خلا شبكة اتصال*** "، وهذا ما يفيد أن التجارة الإلكترونية تتم من خلال شبكة الاتصال ولا تقتصر على الانترنت فقط، وهو نفس الاستنتاج المقدم من طرف الأمم المتحدة[2].

تقسم عقود التجارة عبر الإنترنت إلى نوعين: الأول ما يبرم عبر الإنترنت وينفذ خارجها، حيث تشمل العقود التي تتناول الأشياء المادية والتي يقتضي تسليمها في بيئة مادية، والثاني التي تبرم عبر الإنترنت وتنفذ داخلها كعقود الاشتراك والخدمات والبرامج[3].

1- **عمر خالد زريقات**، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت – دراسة تحليلية –، دار الراية للنشر والتوزيع، د.س.ن، عمان، ص 28.

2- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 18.

– بالإضافة إلى المؤتمر الثاني المشكل من وزراء الدول الأعضاء في المنظمة المنعقدة في وجنيف في الفترة الممتدة بين 18 و20 مايو عام 1998، وقد اعتمد بيانا عاما للتجارة الإلكترونية، حث فيه الدول الأعضاء على أهمية التجارة الإلكترونية في تسيير التبادل التجاري الدولي، راجع في هذا الموضوع: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2008، ص 30.

- **CYRIL Rojinsky et GUILLAUME Teissonniere**, l'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique ». lex Electronica, vol. 10, N° 01 , 2005, disponible sur : www.lex-electronica.org p.02.

- Le commerce électronique, comme toute activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de bien ou de service. Article 14 alinéa 01.

3- **عمر خالد زريقات**، المرجع السابق، ص ص 21-22.

منحت تكنولوجيا المعلومات مفهوما جديدا لعقود التجارة الدولية، سواء من حيث الإبرام أو التنفيذ، ليخلق في هذه البيئة نمطا جديدا من الأعمال التجارية تعرف بالتجارة الإلكترونية، فهذه التغيرات من شأنها أن تحدث تحديات قانونية تستوجب الوقوف أمامها، لتقييم مدى الحاجة لإيجاد تنظيم جديد لها ومدى كفاية وملائمة القواعد القائمة في أحد أهم مواضعها وهي منازعات التجارة الإلكترونية، من حيث القانون الواجب التطبيق.

اعتمدنا على تحليل قواعد القانون الدولي الخاص لدراسة مسألة التنازع **(مبحث أول)**، وما عرفته الممارسات والعادات المتكرر في وسط المتعاملين في هذا المجال، والتي أوجدت ما يسمى بالقوانين النموذجية أو القواعد المادية المعمول بها بين أطراف هذا العالم الجديد، فوجدت هذه القواعد لتسهيل وتطوير المعاملات التجارية الإلكترونية في ظل تخلف القوانين الداخلية والدولية على تأطيرها، وظهر ما يسمى بالقانون الموضوعي للتجارة الالكترونية**(مبحث ثان)**.

المبحث الأول

عقود التجارة الإلكترونية وطرق التنازع الدولي للقوانين

عرّفت الأمانة العامة للجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة قانون التجارة الدولية، عند البحث في إنشاء لجنة أحكام قانون التجارة الدولية لعام 1965، أنه: " ***مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر*** "[1]، فيظهر من هذا التعريف العلاقة المترابطة بين قانون التجارة الدولية والقانون الدولي الخاص، فإن كان الأول يهدف إلى إيجاد قواعد موضوعية في شأن العلاقة القانونية التي تتخذ من التجارة الدولية مجالا لها، فنجد القانون الدولي الخاص يهدف إلى وضع قاعدة إسناد عند تنازع القوانين[2]، والتي تحكم علاقة معينة، أي تعيين القانون الواجب التطبيق في مجال تنازع القوانين على العلاقة القانونية موضوع النزاع.

1- **محمود سمير الشرقاوي**، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 04.

2- **هشام صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، 1990، ص 64. ولإظهار أهمية مبدأ تنازع القوانين، أضاف في نفس الصفحة:

تعد فكرة تنازع القوانين نتاج للتزاحم القائم بين قانونين أو أكثر من أجل حكم العلاقة القانونية، وذلك عن طريق مفاضلة واختيار أنسب القوانين ليحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع عند تدخل عنصر أجنبي فيها، فالقانون الدولي الخاص أعد لمهمة حل مسألة تعدد الأنظمة القانونية التي تحكم علاقة قانونية واحدة عن طريق نظرية تنازع القوانين المعتمدة أصلا على قواعد قانونية محايدة تسمى بقواعد الإسناد التي تحدد القانون المطبق على العلاقة المتضمنة لعنصر أجنبي، وذلك بالارتكاز على ضوابط تكون في أغلب الأحيان مكانية، أي في إقليم جغرافي محدد، مما يتنافى مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عبر شبكة مفتوحة على العالم.

تفرض دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية بطبيعتها الدولية[1] والتي تتم بين أطراف متواجدة في دول مختلفة[2]، الاستعانة بمنهج تنازع

– أن موضوع تنازع القوانين في مسألة العقود الدولية، كان ولازال من أحد أهم الركائز القانونية المعتمدة في موضوعات القانون الدولي الخاص وأكثرها دقة على الإطلاق، فالمعاملات التجارية ولسهولة سير أهم مراحلها، القيام بالتحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك نظرا للتزايد الهائل في تنوع صور وأشكال المعاملات التجارية سواء في موضوعها، أطرافها ووسائل قيامها.

1- **A. KOTEICHE Lama,** op.cit, p. 14.

- Le contrat international est celui qui présente lui-même et directement un élément de rattachement avec l'étranger, La jurisprudence Française l' à caractérisé par un mouvement de « Flux et de reflux » de valeurs, de services ou de biens a travers des frantiéres ou par le fait qu'il « se rattache à des normes juridiques émanant de plusieurs États », elle a admis également un caractère plus souple, le crétére économique, selon lequel l'opération en cause « met en jeu les intérêts du commerce international ».

- **BOUCHURBERG Lionel**, op.cit, p. 240. Et voir:
- **THOUMYRE Lionel,** op.cit, p. 03.

– ويضع الطابع الدولي للعقود الإلكترونية أكثر من مائتي دولة في حلقة اتصال مستمرة، وتنشر المعلومات والبيانات عبر الشبكة في ثوان، في كل الدول المرتبطة بها، راجع في هذا الموضوع: **عادل حسن علي**، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة زهراء الشرق للنشر، القاهرة، 2007، ص 16.

– **محمد فواز محمد المطالقة**، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 138.

2– **معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية "*في عقود المفتاح والإنتاج في اليد*"، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999، ص 44.

– وأضاف الأستاذ باتيفول: "***أننا نكون بصدد العقد الدولي عندما يتضمن العقد عنصرا أو عدة عناصر خارجية***..." أنظر: **معاشو عمار**، المرجع نفسهن ص 44. وأنظر أيضا:

القوانين لنرى مدى ملائمته للتطبيق على مثل هذه العقود، وذلك بالاستناد على ضابط الإرادة **(الإسناد الشخصي)** في اختيار القانون الواجب التطبيق **(مطلب أول)**، وضابط الإسناد الجامد أو ما يسمى بالاختيار القضائي للقانون الواجب التطبيق **(الإسناد الموضوعي)**، والمتمثلة في كل من قانون محل تكوين العقد، قانون محل تنفيذ العقد، قانون الجنسية المشتركة للأطراف وقانون الموطن المشترك **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق

تعد إرادة الأطراف المتعاقد كأحد ضوابط الإسناد **(*الإسناد الشخصي*)**، ومن خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، ويسمي أيضا بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة، وفي عقود التجارة الدولية بصفة خاصة، وللإشارة فإن هذه الفكرة وإن عرفت عدّة تطورات على مدار التحولات التي عرفها منهج تنازع القوانين عبر الأزمنة، غير أن مبدأ سلطان الإرادة لم يستقر في فقه تنازع القوانين إلا لفترة حديثة نسبيا، ترجع إلى بداية القرن التاسع عشر[1] عندما ظهرت بعض الاتجاهات الفقهية

- **YESSAD Houria**, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri,Tizi-ouzou, 2008, p. 52.

1- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 93. وكمثال عن أهمية مبدأ سلطان الإرادة، أضاف:

- أكد العالم الهولندي **هويز** على أهمية الطبيعة الإقليمية لكل القوانين، واستطاع الوصول إلى مفهوم الاحترام الدولي، وهو الشيء الذي منح لمبدأ سلطان الإرادة الاحترام مرورا بالقرن الثامن عشر حتى استقرت خلال القرن التاسع عشر على أساس أن إرادة الأطراف في مجال العقود هي كل شيء، تضع شروط العقد وتختار القانون الذي يحكمه. **أنظر: إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع نفسه، ص 93

- كما يعود مصطلح سلطان الإرادة Autonomie de la volonté إلى الفقيه بروشيه Brocher في مؤلفه الصادر عام 1883 الذي ردّ قدرة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد إلى مطلق سلطان الإرادة. نقلا عن: **عيد عبد الحفيظ**، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2005، ص 20.

- **محمد فواز محمد المطالقة**، المرجع السابق، ص 139-140. وأنظر كذلك في نفس الموضوع:

- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص 413.

الحديثة التي تطرقت لمبدأ سلطان الإرادة واستقلالها، نظرا لما يتمتع به هذا المبدأ من اهتمام، لكونه من أهم القواعد القانونية في فقه التجارة الدولية[1].

يشترط منح الحرية للأطراف وجود شرطين أساسيين:

أولا: وجوب ارتباط القانون بعلاقة حقيقية بالأطراف أو المعاملات التجارية، وأن يطفى المنطق على اختيار الأطراف.

ثانيا: أن لا يتعارض القانون المختار مع أية سياسة جوهرية لدولة القاضي أو الدولة التي سوف يكون قانونها هو الواجب التطبيق على العقد[2].

منح فقه القانون الدولي الخاص لحق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مكانة خاصة، واستطاع أن يفرض منطقه عبر المراحل التي عرفها، ويعود الفضل في ذلك إلى أغلب التشريعات الوطنية التي جعلت منه أحد المبادئ التي يعتمد عليها في إبرام العقود (***العقد شريعة المتعاقدين***)[3]، وحذت حذوها الاتفاقيات

1- كما هو الشأن لدى الفقيه الفرنسي Foelix الذي أكد على أن العقود تخضع للقانون الذي استقرت عليه العادات والأعراف منذ القديم، وأعتمد نفس الاتجاه الفقيه Savigny في الفترة الممتدة بين 1779 و1861 الذي أكد على فكرة الخضوع الإرادي للعقد، ثم جاء فيما بعد العميد الفرنسي Batiffol الذي سلم بما للإرادة من دور في تحرير العقد الدولي من سلطان القانون الداخلي، كما جعله الفقيه الايطالي Mancini من أحد الاستثناءات الواردة على المبدأ الذي أخذ به وهو شخصية القوانين، واعتبره كأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق، مفسرا ذلك أن القوانين توضع للأشخاص وليس للإقليم. أنظر: **عيد عبد الحفيظ** ، المرجع السابق، ص ص 17-19.

2- **Julien le claiche**, La détermination de la loi et le juge compétent, disponible sur le site www.droit-ntic.com p 06.

- Bien qu'il soit largement reconnu, le principe d'autonomie de la volonté, peut varier selon les ordres juridiques considérés. En effet, dans un premier temps, cette liberté se fondait sur le postulat que les parties étaient les plus aptes à déterminer la plus juste localisation d'un rapport de droit. Cette « **liberté raisonnée** » était peu contraignante pour les parties qui, hormis les cas de Froude, choisissaient la loi la plus adaptée à leur relation contractuelle.

- « C'est grâce au principe de l'autonomie de volonté que les parties a un contrat international son libre de désigner, d'un accord, de droit auquel seront soumises la formation de ce contrat », voir :

- **AYADI Ahmed**, commerce électronique obstacles et perspectives, cas de Tunisie, disponible sur le site : www.memoireonline.fr, p. 05.

- أنظر أيضا: **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 97-98.

3- **CAHEN Murielle-Isabelle**, La Formation des contrats de commerce électronique, sur le site : www.lex-electronica.org, p. 14. et voir :

والقوانين الدولية التي اعترفت بحق الأطراف وقدرتهم على اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية، نظرا لاتصالها بأكثر من قانون واحد مما يتعين تحديد القانون الملائم في حالة نشوب أي نزاع.(**فرع أول)**

ساهمت ثورة المعلومات والتقنيات الحديثة في تطوير نمط عقود التجارة الدولية وأبرزت وسيلة جديدة لإبرام العقود، هذا ما أدى إلى ظهور إشكالات قانونية حول تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العقود التجارية المبرمة بالوسائل الالكترونية(**فرع ثان)**.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة بصفة عامة الأساس والمصدر لإنشاء الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد، أو هي قدرة المتعاقدين وحريتهم في خلق قانونهم الخاص ليكون المرجع القانوني لجميع مراحل سير العملية التعاقدية، كما يعد أيضا أساس لتنفيذ ما يترتب عن العقد من آثار قانونية[1].

- **JQCAUET Jean-Michel**, principe de l'autonomie et contrats internationaux, édition ECONOMICA, Paris, 1983, p .20.

Rosario DUASO CALES, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux -1 contrats de cyberconsommation, disponible sur le site : www.lex-electronica.org p. 03.

- **A. KOTEICHE Lama,** op.cit, p. 16.

- Le principe d'autonomie est : ***« le pouvoir reconnu par un ordre juridique à un ou plusieurs individus de créer des situations juridiques en son sein, situation qui, sons leur intervention et à défaut de ce pouvoir, soit n'existeraient pas, soit existeraient mais avec une configuration différente »***. voir :

- **THOUMYRE Lionel,** op.cit, p. 04. et:

– **AYADI Ahmed**, op.cit, p. 05.

– **محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 13.

واطلع كذلك على:

- La volonté de l'individu est dite « autonome » car elle n'est soumise à aucune autorité supérieure, voir : **THOUMYRE Lionel,** op.cit, p. 04.

كرّست أغلب القوانين والتشريعات الداخلية هذا المبدأ، ومنحت له دورا حاسما في تحديد القانون الواجب التطبيق **(أولا)**، كما أخذت به العديد من الاتفاقيات والقوانين الدولية، منها التي قامت بتوحيد قواعد تنازع القوانين، وأخرى جاءت بأحكام خاصة، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي **(ثانيا)**.

أولا: مبدأ سلطان الإرادة في القوانين والتشريعات الوطنية

نجد أن تحديد مبدأ سلطان الإرادة في إطار تنازع القوانين الذي تثيره العقود الدولية، من المبادئ الأساسية والمستقرة في أغلب التشريعات الوطنية، إذ لا تكاد تخلو من النص على تطبيق القانون المختار على موضوع النزاع من حيث إعطاء الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق[1]، مثل هذا الاختيار أخذ به التشريع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: " ***يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت الصلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد***"[2].

وضع المشرع الجزائري القانون الذي يختاره المتعاقدين كضابط إسناد أساسي لكن بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وهنا يحاول المشرع استبعاد فرض أن يختار المتعاقدين قانون لا صلة له بالعلاقة التعاقدية محاولة منهم التهرب من أحكام القانون الذي من المفترض أن يطبق أو هو ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالغش نحو القانون[3].

1- **عيد عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 23.

2- **الأمر رقم 58/75**، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب **القانون رقم 10/05**، المؤرخ في20 يونيو 2005، ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 6/26/ 2005. يظهر من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يمنح الحرية التامة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، مما يؤكد انعدام مبدأ سلطان الإرادة، بل هو مقيد بشرط. وانظر كذلك في نفس الموضوع:

- **YESSAD Houria**, op-cit, p. 75.

3- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, La formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, Droit économie, sciences sociales, université panthéon – Assas, Paris II, Paris, 2003, p. 242.

–Le choix par les parties de la loi applicable doit respecter l'ordre public et les règles impératives, selon l'article 03/01 du code civil français ***« les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire »***.

أقّر القانون المصري كذلك ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث أكد صراحة حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية ، في نص المادة 19/ 01 " ***يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنية، فإن لم توجد سرى قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصري***"[1]، ومثل هذا التسليم تبناه القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 الذي ينص على أنه " ***يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنيا***"، وأكد من جهته القانون المدني الألماني في الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986 بمنح الأفراد الحرية في اختيار القانون حسب إرادتهم لحل النزاعات المتعلقة بالعقد، فنص القانون على أن: " ***يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف***"[2].

نصّت المادة (1/301/ج) من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية، على أن: "***الأطراف في المعاملات الدولية يجوز لهم الاتفاق وفقا لقانون أية ولاية أو دولة أخرى، سواء كانت هذه المعاملة ذات صلة بهذه الدولة أو الولاية أم لا***"، وتضيف الفقرة (1/301/أ/2) من نفس المادة على أن "***الأطراف في المعاملات الدولية أيا كانت حقوقهم والتزماتهم لهم الحرية الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، سواء كانت المعاملة ذات صلة بالدولة أو الولاية المعنية***"[3].

ثانيا: مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاقات الدولية.

1- **ممدوح عبد الكريم**، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 164.

2- **عيد عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 23. وأنظر: **حمودي ناصر** النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني ...، المرجع السابق، ص 413.

3- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 96.

- وتعد محكمة النقض الفرنسية أولى المحاكم التي أرست مبدأ قانون الإرادة في مجال الالتزامات التعاقدية، وهو ما يلخصه حكمها الشهير الصادر في 5 ديسمبر 1910 في قضية: **American Trading Company Québec Steamchip Company Limited** والتي اعترفت فيه للأطراف بالحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث قضت بأن: "***القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو آثارها أو بالنسبة لشروطها هو القانون الذي يتبناه الأطراف***..." أنظر كل : عن **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 266.
- **YESSAD Houria**, op-cit, p. 74.

تبنت العديد من الاتفاقات والقوانين الدولية مبدأ سلطان الإرادة، إذ أنه لم يقتصر الاعتراف بهذا المبدأ على القوانين الوطنية فقط [1] وذلك نتيجة للأهمية التي يحضا بها في حل نزاعات العقود الدولية، ومن بين الاتفاقات الدولية التي قنّنت المبدأ نجد كل من:

اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية، فذكرت المادة 1/2 من الاتفاقية على أن: "***عقد البيع يخضع لأحكام القانون الداخلي للدولة التي يحددها الأطراف المتعاقدة***"[2].

أضافت الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في 12 أفريل 1961 ودخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1964، في المادة 7 منها على أن:

"***الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع...***"[3]، بالإضافة إلى اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فتنص المادة 42 من الاتفاقية: " ***تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد التي يقررها الأطراف...***"[4].

1- **محمد سعيد خليفة**، المرجع السابق، ص 113.

– أهمها قرار التحكيم الصادر في قضية **Topco clasiatic** ضد الحكومة الليبية، الذي عبر بالقول: " كل الأنظمة القانونية أيا كانت تطبق مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالعقود الدولية، ويظهر هذا المبدأ على أنه مبدأ عالمي في هذه الأنظمة حتى ولو لم يكن له دائما نفس المعنى ونفس النطاق، منقول عن: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 414 هامش 1243.

2- - **A. KOTEICHE Lama,** op.cit, p. 18. Voir aussi : **CAHEN Murielle-Isabelle,** op.cit, p. 15. **BENSOUSSAN Alain**, op.cit, p. 208.

- Cette convention porte exclusivement sur les contrats de vente et exclut donc de son champ d'application des contrats de prestation de services, selon l'article 2/1 de la convention.

– أخذت اتفاقية لاهاي لعام 1955 بقانون الإرادة كقاعدة أصلية لعقد البيع الدولي، وهي دون شك القاعدة الأكثر ملائمة لحاجات التجارة الدولية، لمزيد من التفاصيل، اطلع على: **سلطان عبد الله محمود الجواري**، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010 ص 130.

3- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 301.

4- **قبايلي الطيب**، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى **CRDI**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، 2001/2000، ص 93.

اتفاقية روما لعام 1980 التي تنص في المادة 1/3 منها على أنه "***يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف***"، ومن جهته القانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي، والتي تمت الموافقة عليه في 21 يونيو 1985، ينص في المادة 1/27 على أن: ***تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار من الأطراف باعتباره واجب التطبيق على موضوع النزاع***"[1]، كما أكدت اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع والتي جاءت لتعديل اتفاقية لاهاي لعام1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية على أن : "***يحكم البيع القانون المختار من الأطراف***"[2].

نصت المادة 07 كذلك من اتفاقية مكسيكو لعام 1994 المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، على أن: "***العقد يخضع لأحكام القانون الذي اختاره الأطراف، وأن اختيار الأطراف على هذا الاختيار يجب أن يكون واضحا وجليا، وفي حالة عدم وضوح هذا الاتفاق يستخلص ضمنيا من سلوك الأطراف ومن بنود العقد***"[3].

منحت الهيئة الدولية لتوحيد القانون الخاص UNIDROIT من جهتها للأطراف الحق في إبرام العقد وتحديد مضمونه، كما أقرت الاتفاقيات وقوانين ولوائح التحكيم على قانون الإرادة، فمنها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية التي سنّت قواعد التحكيم CNUDC،

1- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2003، ص 68.

2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني، السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 172، و **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 661.

- جاءت هذه الاتفاقية لتكون بديلا للاتفاقية السابقة، حيث أخذت هذه الاتفاقية الجديدة بعين الاعتبار التطورات الحديثة في مجال التجارة الدولية، أنظر في هذا الموضوع: **سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 131.

3- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, op.cit, p 243.

- **VERBIEST Thibault**, Commerce électronique : loi applicable et juridiction compétente, sur le site : www.journaldunet.com. p. 03.

- **CHATILLON Stéphane**, Le contrat international, 3ème édition, Vuibert, Paris, 2007, p.268.

فتنص المادة 1/33 منها على أن: "***تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القانون الذي عينه الأطراف***"[1].

الفرع الثاني

تطبيق مبدأ سلطان الإرادة

ساهمت ثورة المعلومات في إعطاء الصبغة العالمية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة، مما يصعب من مأمورية تحديد القانون الذي يسري على العقد حال المنازعة في العقود المبرمة بوسيلة الكترونية، فالقانون الواجب التطبيق حاولت بعض المؤسسات أن تجعله قانون متفق عليه قبل إبرام العقد وذلك بخضوعه لحرية أطرافه نتيجة مفاوضات منطقية ومتوازنة بين الأفراد قبل الدخول في موضوع العقد[2].

يفضل المتعاملون تكريس هذا الاتفاق في أغلب الأحيان في مجال التجارة الدولية، فهذه المسألة تعتبر من المسائل الشائكة نظرا لدخولها في دائرة تنازع القوانين وصعوبة التعامل بقانون على حساب قوانين أخرى، خاصة في حالة توفر الرابطة بينهما بصفة متقاربة، ولكن تشتد هذه الصعوبة أكثر فأكثر في مجال التعامل الدولي عبر عقود التجارة الإلكترونية التي تتعدد أطرافه ومرورها عبر أكثر من نظام قانوني[3].

1- اطلع على القانون النموذجي للتحكيم الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 72.

3- **رضا متولي وهدان**، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية: دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2008، ص 99-100. وراجع أيضا في إرادة الأطراف في مجال التجارة الإلكترونية:

- **GRAHAM James Alexander**, Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel, Thèse pour obtenir grade de docteur, Discipline : Droit privé et sciences criminelles, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2001, p.258.

حرصت مجموعة من خبراء الأمم المتحدة بمناسبة وضع قانون التجارة الإلكترونية لعام 1996 على تفعيل مبدأ حرية التعاقد، إذ كانوا يرون أنه من الأهمية التركيز على مبادئ التعاقد والاتفاق بين الأطراف بصورة حرّة بغية تفادي الفهم الخاطئ من جانب المشرعين، ولضمان ثقة أصحاب الأعمال في هذا القانون[1].

يظهر الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود التجارية المبرمة عبر شبكة المعلومات، في الاختيار الذي يتم بواسطة تبادل الرسائل الإلكترونية، أو من خلال البريد الإلكتروني[2]، كأن يتم الاختيار على صفحة الشاشة المستقبلة، لتبقى مرحلة الاختيار من صلاحية الأطراف دائما، فالأصل أن يتم الاختيار لحظة إبرام العقد، كما يمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق حتى بعد نشوب النزاع بينهما، وهذا بالضرورة أن يكون هناك صلة وثيقة بين العقد والقانون المختار.

أخذ مبدأ الإرادة مجالا أوسع في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أن ثمة حدود لتطبيقه خاصة فيما يخص نزاعات عقود التجارة الإلكترونية التي أحيانا تفرض وجود قانون خاص لحل النزاعات القائمة بين الأطراف المتعاقدة[3].

أولا: مدى ملائمة مبدأ سلطان الإرادة في حل نزاعات التجارة الإلكترونية

تخضع عقود التجارة الإلكترونية كغيرها من العقود الدولية لمبدأ سلطان الإرادة، والذي يعد مبدأ أساسي مهما كان نوع العقد محل النزاع، فمن خلال شبكة الإنترنت يعبر الأطراف على إرادتهم وينفذون التزاماتهم، وإذا عدنا إلى العلاقة الموجودة بين التجارة الدولية والإلكترونية، والتزاوج الكبير بين ثورة الاتصالات والمعلومات إلى أن يشكل السوق الإلكتروني مجالا حيا لممارسة الأطراف لحريتهم التعاقدية، فالإرادة تمتاز بصفتها اللامادية،

1- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 92.

2- **THIEFFRY Patrick**, Commerce électronique : Droit international et européen, Éditions Litec, Paris, 2002, p. 239.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 84. وانظر كذلك:

- **THOUMYRE Lionel**, op.cit, p. 06.

وهي الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تسري عليها وتنفذ من خلالها هذا النوع من العقود[1].

تمتاز مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية بالمرونة، نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها مبدأ سلطان الإرادة، والذي من القانوني أن يكون تحديده بصفة منطقية ومتوازنة، إلا أن وفي مثل هذا النوع من العقود يعيب عنه صعوبة إتمام المفاوضات بحرية بين الأطراف، فيفرض بنك المعلومات شروطه على الطرف المستخدم الذي يجد نفسه ملزم على التفاوض من مركز ضعف، ولا يملك القدرة على فرض إرادته الداخلية نتيجة اختلاف مركز الطرفين، فالنتيجة أن القانون الواجب التطبيق من الأطراف يعد قانون إذعان أكثر منه قانون للإرادة، مما يستوجب البحث عن قانون يضمن المنطقية والتوازن في الإرادة [2].

تتم عقود التجارة الإلكترونية في غالبيتها بين مورد للسلع أو الخدمات من جهة، ومستهلك من جهة ثانية، ومن أجل حماية الطرف المستهلك الذي يكون غير قادر على رؤية المنتج في أغلب الأحيان، أو التأكد من طبيعة الخدمة الموقعة قبل توقيع العقد، عمل التوجيه الأوربي رقم EEC، وذهب أيضا التوجيه رقم 97/7/ EC الخاص بحماية المستهلكين فيما يتعلق بالعقود عن بعد [3]، ففي حالة اختيار المنتج لقانون معين لكي يحكم النزاع، فإن

1- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص ص 71-72.

- يبقى قانون الإرادة الوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وهذا ما أكده مؤتمر سان فرانسيسكو المنعقد في الفترة من 10-11 سبتمبر 2000، ودعوته في نهاية المؤتمر كافة الدول لمنح المتعاقدين على الشبكة كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، راجع في هذا الموضوع:

- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 152.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص72 .

- إلا أن القانون التجاري الفدرالي الأمريكي الموحد والقضاء الأمريكي لا يمنعان من أحقية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم حتى في عقود الإذعان، وللمزيد من المعلومات اطلع على:

- **إلياس بن ساسي**، التعاقد الإلكتروني والمسائل المتعلقة به، متوفر على: www.gn4me.com

3- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 105-106.

- Le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle…Article 05 de la convention de Rome. Voir aussi :

- **Patrick Thieffry**. Op.cit, p. 241. Et voir :

المستهلك لن يكون أمامه سوى الدفع بعدم شرعية شروط المنتج في اختيار قانون ما لحكم النزاع، ودعم حماية المستهلك الفقرة الأولى من ملحق التوجيه الأوربي لعام 1993، الذي اعتبر إلزام المستهلك ببنود أدرج فيها شرط تعسفي، يجيز له المطالبة بعدم تطبيق القانون المتفق عليه[1].

أكدت كذلك اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية في المادة 2/5 منها على أن قانون الإرادة يمكن استبعاده إذا كان من شأنه أن يحرم المستهلك من الحماية التي يوفرها قانون الدولة التي بها محل إقامته العادية، وهذا ما يجعل من قانون الإرادة كأنه مركز خطورة في العملية التعاقدية[2].

تلجأ إرادة الأطراف في بعض الحالات إلى تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية، ويؤدي هذا حتما إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية، مما ينتج تضارب بين قوانين مختلفة، كالاعتماد على قانون يقبل التوقيع الإلكتروني ويقر بصحة المستندات المحررة عن طريق شاشات الحواسب الآلية، ويثبت صفتها بأنها محررات رسمية يقبل الإثبات بها، وقانون لا يقبل بمثل هذه المعاملات ولا يقرر برسميتها، مما يحدث تباعد بين قانونين متضاربين اختارهما الأطراف للتطبيق على واقعة قانونية واحدة[3].

يدّل هذا على عدم ملائمة قانون الإرادة في أغلب الأحيان للتطبيق على النزاعات المترتبة عن عقود التجارة الإلكترونية، كما أنه مهما كانت الحرية التي منحت للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، إلا أن في مجال التجارة الإلكترونية فرضت على المبدأ العديد من الحدود الملزمة للتطبيق على مثل هذه العقود.

- **A. KOTEICHE Lama,** op.cit, p. 58.
- **BENSOUSSAN** Alain, op.cit, p. 207.

1- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 105-106. و **محمد سعيد خليفة**، المرجع السابق، ص 115.
- **عادل حسن علي**، المرجع السابق، ص 15.

2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 88-89. وأنظر كذلك:

- **FROMENT Camille**, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire de D.E.S.S. de Droit du Multimédia et L'informatique, Université de Droit , D'économie et de Sciences Sociales, Panthéon-Assas Paris II, Paris, 2000-2001, p. 30.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 277. واطلع كذلك في هذا الموضوع:

- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, op.cit, p. 249.

ثانيا: حدود تطبيق مبدأ سلطان الإرادة:

1- وجوب توفر صلة بين القانون المختار والعقد:

يمنح للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، فالأطراف ملتزمين بمراعاة وجود الصلة بين العقد والقانون المختار، لأنها الميزة التي توضح هذا الاختيار، فالصلة يمكن أن تكون بالنسبة لقانون دولة الإبرام، التنفيذ، الجنسية أو موطنهم، فإذا انعدمت الصلة انعدم الاختيار.

يعد دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق أنه لا يخرج عن كونه مجرد تركيز العقد في مكان معين، ووفقا للظروف الواقعية المرتبة بالعقد، والتي تعد مركز الثقل في العقد، فالقاضي له قدرة الاستغناء عن قانون الإرادة في حالة اختيار قانون منعدم الصلة بالعلاقة القانونية، وهو موقف غالبية القوانين والتشريعات الوطنية[1]، ونفس الاتجاه أخذ به القانون المدني الجزائري بعد التعديل الأخير ***10/05 فحسب المادة 18 التي اشترطت وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار.***

تقيّد إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يطبق على عقود التجارة الإلكترونية من أجل عدم إطلاق الحرية الكاملة للأطراف، فلا بد أن تكون هناك رابطة حقيقية وجادة بين العقد والقانون المختار، فلا يمكن اختيار قانون أجنبي منعدم الصلة بالعقد، فيكون القانون

1- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص78 – 79.

– وأنظر **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 113.

– وفي رأي الدكتورة المصرية ***سامية راشد*** حول هذه الفكرة: " ***إننا نتفق مع العميد Batiffol في معنى المفهوم الميتافيزيقي لسلطان الإرادة ونظرية الاندماج الناتجة عنه، وذلك للأسباب التي أوردها في مختلف كتاباته، والتي لا نجد من المناسب ترديدها اكتفاء بالإشارة إليها، ونؤيد الاتجاه الواقعي السائد بصفة خاصة في الفقه والقضاء الأنجلوأمريكي المناظر لفكرة التركيز Localisation بحثا عن مركز الثقل في العقد Le centre de gravité du contrat، فوجود الصلة بين العقد والقانون المختار في عقود التجارة الإلكترونية من المبادئ الأساسية ولو كانت هذه الرابطة معنوية أو اجتماعية أو اقتصادية تربط بين العقد والقانون السائد في وسط اجتماعي أو اقتصادي معين***". نقلا عن: **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 81.

المختار غير قانون أي من المتعاقدين ولا قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه[1] كما لا يجب أن يكون القانون المختار مشوبا بالغش نحو القانون[2].

2- الغش أو التحايل نحو القانون:

يعرف جانب من الفقه أن الدفع بالغش نحو القانون هو: " ***دفع ثان يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروفا خاصة بإسنادها إليه بدلا من القانون الوطني الواجب التطبيق أصلا والعمل بأحكام هذا القانون في النهاية***"[3].

يمكن لطرفي العلاقة العقدية أن يتوصلا إلى إسناد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي أرادوا تطبيق قانونها على العقد، وذلك عن طريق التحايل أو التغيير في عناصر العلاقة التي على أساسها يتحدد ضابط الإسناد المحدد للقانون الذي يحكم العقد، لما يحققه ذلك من مصالح ما كان ليحققها لهما القانون الأولى بالتطبيق على العقد في حال أن خضعا لأحكامه، ويتحقق هذا التغيير في الظروف التي تلعب الإرادة فيها دورا جوهريا في تغيير ضابط الإسناد، والإفلات من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد[4].

تحديد أثر الدفع بالغش نحو القانون في حالة التأكد والتيقّن من توافر نية الغش، يعود إلى عدم الاعتداد بالتغيير الذي أجراه الأطراف، وتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بعد إغفال هذا التغيير الذي أجراه الأطراف، باعتبار أن القصد من التحايل هو

1- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 279.

2- **A. KOTEICHE Lama,** op.cit, p. 21.

- Selon cette logique, il faudrait exiger que le choix des parties ne soit pas attaché de fraude.

3- ونصت المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أن:" ***لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر، أو أثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، فيطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة***"، راجع نص المادة 24 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المرجع السابق. وأنظر كذلك في نفس الموضوع:

- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص 153.

4- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 119-121.

- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, op.cit, p. 249-250. et voir :
- **LE CLAINCHE Julien**, op.cit .p.07.

الهروب من أحكام القانون المرتبط بالعلاقة التعاقدية، ومن ثم يكون الجزاء بتطبيق أحكام القانون المختص الذي سعت إرادة الأطراف إلى تجنبه باتفاقهم[1].

3- الإخلال والمساس بالنظام العام:

يمكن للأطراف الاستناد إلى قانون أجنبي من شأنه الإخلال والمساس بالأسس التي يقوم عليها نظام المجتمع الوطني، وهي القواعد الآمرة في القانون الداخلي التي لا يسمح للأفراد بالاتفاق على مخالفتها وإبطال أي اتفاق يتعارض معها، فيعرف النظام العام 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 المجتمع في بلد القاضي***"[2].

يؤكد غالبية الفقهاء على أهمية النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي تم اختياره من الأطراف للتطبيق على العقد، إذا تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في المجتمع[3]، وتتجلى فكرة النظام العام في مجال التجارة الإلكترونية من خلال النصوص التي تحظر ممارسة الأنشطة غير المشروعة في هذا المجال، وكمثال المقدم من طرف الأستاذ HUET فيما يخص تحديد السعر في البورصة، حيث يتم تنظيمه بشكل دقيق ويمنع نشره على شبكة الإنترنت[4].

يجب أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق لدولة معينة، لا يمس بأية حال النظام العام الساري في الدولة الأجنبية التي تم اختيار قانونها لحكم العلاقة التعاقدية، وإلا فالقاضي يقوم بجهل القانون المختار ليعين القانون الأقرب للعلاقة القانونية محل النزاع، ومن بين الاتفاقيات الدولية التي أخذت بهذه الفكرة نجد اتفاقية لاهاي عام 1955 التي نصت على استبعاد القانون المنصوص عليه في الاتفاقية إذا كان يمس بالنظام العام[5].

1- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 123.

2- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, op.cit, p. 252.

- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 111.

3- **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 35.

4- **عيد عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 74-73.

5- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 314.

الفرع الثالث

صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة

عرف مبدأ سلطان الإرادة مساندة واسعة في مجال التجارة الدولية، حيث يعتبر كمبدأ أساسي أخذت به أغلب القوانين والتشريعات الوطنية، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية كما سبق وأن قلنا، لكن هذا المنطق يظهر من الوهلة الأولى فقط، فتطبيق هذا المبدأ على عقود التجارة الإلكترونية يثير عدة إشكالات، مما يظهر جليا عدم التسليم الكامل بهذه القاعدة رغم وجود اتجاهات تؤيد هذا المبدأ في مثل هذه العقود، فإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، تواجه صعوبات سواء في التحديد الصريح أو في التحديد الضمني لها[1].

أولا: عند الاختيار الصريح:

تظهر الصعوبات لهذا الاختيار في التحقق من وجود حقيقي للإرادة في التعاقد من الطرفين، وكذلك تحديد الهوية الكاملة للأطراف المتعاقدة، والتحقق من جدية التعاقد وإثباته و إشكالية تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية.

1- التحقق من وجود إرادة التعاقد:

تثار مشكلة التعبير عن الإرادة عندما يتم بصفة غير مباشرة، أي تدخل الوسيط الإلكتروني والذي لا يملك الإرادة أصلا، وهذا عكس ما هو عليه عند التعبير عن الإرادة بصفة مباشرة عبر شاشات الحواسيب بين الأشخاص المعنيين بالعقد، ففي تدخل الوسيط يمكن أن يصيب الرسائل الإلكترونية عيوب في صحتها يكون متعارض مع إرادة الطرف

- Selon L'article 06 de la convention de la Haye de 1986 : « ***L'application de la loi déterminée par la présente convention peut être écartée pour un motif d'ordre public*** », voir :

- **FROMENT Camille** ,op.cit, p. 24.

– **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص 319. و **عيد عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 74-73.

– Selon l'étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, conférence de la Haye de droit international privé, document préliminaire n° 22 A de Mars 2007 à l'intention du conseil d'avril 2007 sur les Affaires Générales et la politique de la conférence, disponible sur le site : http//www.hcch.net, p.10.

1– **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 310.

الذي يعمل الجهاز الآلي لصالحه[1]، لذا يصعب التأكد من وجود الإرادة، فيثور التساؤل حول الآثار القانونية المترتبة عن الخطأ في التعاقد عبر الإنترنت، فهل ينسب إلى الجهاز أو إلى الشخص القائم به، أي الطرف المتعاقد[2]، كما أنه تثار مشكلة التحقق من مصدر الإرادة، حيث تصدر الإرادة من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن المتعاقد الأصلي، أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية أو تم تغيير محتواها، نظرا لما تتعرض له الشبكة من اختراقات وتدخل من طرف الغير[3].

2- تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

يعد غياب التواجد المادي لأطراف العقد لحظة الإبرام من المميزات الأساسية التي تعرفها عقود التجارة الإلكترونية -عكس ما هو عليه في عقود التجارة التقليدية- مما يصعب التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين، باعتبار أن المتعاملين عبر الشبكة المعلوماتية يفتقرون إلى معيار التحديد، باعتبار أن العنوان الإلكتروني لا يكون أصلا مرتبطا ببلد معين[4].

ينطبق هذا الأمر على العناوين الإلكترونية التي تشير في نهايتها بـ **(org.com)**، كما يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتأكد من هوية الطرف الآخر، فقد لا يسمح للتجار بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم

1- **يونس عرب**، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي أقامته منظمة الأسكوا، الأمم المتحدة خلال الفترة بين 08-10 تشرين الثاني بيروت 2000 ، ص 06.

- خاصة مع تنامي ظاهرة إساءة استعمال المواقع الإلكترونية، واستعمال أسماء الغير في الأنشطة الجرمية.

2- **إلياس بن ساسي**، المرجع السابق، ص 67.

- ترتبط مسألة الخطأ والغلط في التجارة الإلكترونية ارتباطا وثيقا باستخدام النظم الحاسوبية المؤتمتة، ونظرا لغياب تناول هذا الموضوع في القانون النموذجي لعقود التجارة الإلكترونية، فالتشريعات الموحدة التي صدرت مؤخرا، منها قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية يضمن أحكاما تتناول الغلط الذي يرتكبه أشخاص طبيعيون عندما يتعاملون مع نظام حاسوبي مؤتمت لشخص آخر، ويحدد الحكم ذو صلة بالموضوع في المادة 22 الشروط التي بمقتضاها لا يكون الشخص الطبيعي ملزما بعقد ما في حالة وقوعه في خطأ مادي.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 351-352.

4- **إيناس الخالدي**، التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، 2009.المرجع السابق، 101.

- **NEDIAY Penda**, op.cit, p. 08.

للتحقق من هويتهم[1]، كما أن التاجر يحرص غالبا على معرفة هوية الطرف الآخر الذي قدم له الخدمة أو السلعة حتى يتأكد من أهلية المتعاقد، باعتبار أن العقد لن يكون سليما من الناحية القانونية إلا إذا تم بين شخصين يتمتعان بالأهلية القانونية[2].

3- التحقق من جدية التعاقد وإثباته:

يتميز التعاقد عبر مجالات المعاملات الإلكترونية بغياب الدعامات المادية الخطية، بحيث أنه يتم بواسطة وسائل معلوماتية في صور بيانات تظهر على شاشات الحواسيب مما يصعب تقديم قواعد الإثبات، عكس ما هو عليه في عقود التجارة التقليدية أين يلتزم الطرفين بتقديمك دليل كتابي لإثبات التصرف القانوني[3].

يزيد من صعوبة الإثبات في المعاملات الإلكترونية، اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات، فمنها من تتبنى قواعد إثبات مرنة مما يمنح للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي، وللقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته، بينما نجد نظم قانونية أخرى تفرض منهجا صارما وتضع طرقا محددة للإثبات لا يستطيع القاضي أو أطراف العقد الحياد عنها[4]، كما أقرت أمانة الأونسيترال نتيجة للتحقيقات التي أجرتها في مجال الإثبات، بوجود مشاكل يثيرها استخدام البيانات المخزنة في الحواسيب الآلية كدليل إثبات في المنازعات.

4- عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية:

1- فالقانون الفرنسي الصادر في 6 يناير 1978 الخاص بالحريات والمعلومات، ينهي عن هذه الأعمال التي يعتبرها غير شرعية متى كانت قاعدة البيانات تقع على الإقليم الفرنسي، وأيا كانت جنسية الأطراف المعنية، ونفس الاتجاه ذهب إليه التوجيه الأوربي في 24 أكتوبر 1990 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي من حرية تداولها عبر الحدود. راجع في هذا الموضوع:

- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 353-354.

2- **إلياس بن ساسي**، المرجع السابق، ص 63.

3- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 677.

4- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق ص 357-359.

- لهذا انتهت لجنة الاتحادات الأوربية في إطار برنامج نظم التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات، إلى أن القواعد التقليدية المعنية بالإثبات تشكل عقبة وعائقا حقيقيين تعترض تطوير تبادل البيانات إلكترونيا.أنظر: **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص 357-359.

تفتقر أغلب التشريعات الوطنية لقواعد خاصة بتنظيم المعاملات الإلكترونية للاستناد عليها عند وجود أي خلل يشوب بالعقد، مما جعل المتعاقدون عبر الشبكة الدولية للمعلومات يتطلعون دائما إلى معرفة، أو البحث عن القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة العقدية لمعرفة حقوق والتزامات كل طرف[1]، غير أن الإشكال في تحديد القانون باتفاق الأطراف في مثل هذا النوع من العقود، يكمن في اختيار الأطراف تطبيق قانون دولة معينة من بين القوانين المرتبطة بالعلاقة القانونية، ثم يظهر أن هذا القانون لا يعترف بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الإلكترونية، أو التوقيعات الرقمية، لتحل محلها في هذه الحالة الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية المعتمدة كوسيلة إثبات في العقود التجارية الدولية[2].

ثانيا: عند الاختيار الضمني:

تؤكد الاتجاهات الفقهية في مجال العقود التجارية الدولية على أن القاضي يرفض تطبيق الإرادة المستترة للأفراد، رغم وجود علامات دالة على هذه الإرادة، أما في عقود التجارة الإلكترونية فاستبعاد هذا الإسناد يعود إلى صعوبة تحديد القرائن والعلامات الدالة على وجود هذه الإرادة.

1- رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الدولية:

أثارت فكرة الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عدة انتقادات من جانب فقهاء القانون الدولي الخاص، إذ يعبر جانب من الشراح عن هذه الصعوبات أنه عند السكوت عن تحديد القانون فالقاضي عليه البحث عن تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد، بدل من البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، ويؤدي القاضي حسب هذا الاتجاه تطبيقه للقانون مستترا بالإرادة الضمنية

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 680.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 361-363.

- ولا تبدو هناك صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي يتم إبرامها بدون مستند ورقي مكتوب وموقع من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبق أحكامه، راجع في هذا الموضوع:
- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 680.

للأطراف، لكن في الحقيقة أن الأمر يتعلق بتحديد القانون حسب إرادته الخاصة، فهذا الأمر شأنه أن يخل بتوقعات الأطراف، ويهدد الأمان الذي تنشده التجارة الدولية[1].

2- رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في عقود التجارة الإلكترونية:

يعود استبعاد إسناد إرادة المتعاقدين الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق، أساسا إلى صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، فأغلب العقود الإلكترونية تبرم باللغة الانجليزية، مما يثير مشكلة الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد لتحديد الإرادة الضمنية للأطراف، كما يصعب الاعتماد على العملة التي يتم بها الوفاء، لأنه أصبح اليوم مقابل الخدمة يؤدي بطريقة آلية عن طريق تحويل الأموال إلكترونيا أو بواسطة بطاقات الوفاء، وبالتالي فالشخص يستطيع أن يسدد بدل الخدمة بأية عملة وفي أي وقت[2].

يصعب كذلك الاستناد إلى إرادة الأطراف المتجهة نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة المختصة في النزاع، باعتبار أن مثل هذه العقود يمكن أن تكون المحكمة متواجدة على شبكة الإنترنت من خلال موقع أو عنوان إلكتروني لا ينتمي إلى دولة معينة، بالإضافة إلى صعوبة الاعتماد على الروابط الإقليمية في تحديد الإرادة الضمنية للأطراف لأن هذا التركيز في العالم الإلكتروني لن يكون سهلا، نظرا لاعتماده على روابط افتراضية يصعب التعرف عليها[3].

1- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 363-364.

- تعود أغلب حالات سكوت الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية إلى اختلافهم حول تحديد هذا القانون، أو تخوفهم من أن يؤدي ذلك الخلاف إلى صعوبة أو عدم إتمام العلاقة العقدية، أنظر كذلك:

- **DIESSE François**, L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, Revue de Droit des Affaires Internationales, N° 07, 1999, p.762.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 89.

- **FROMENT Camille**, op.cit, p. 22.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 364-365.

المطلب الثاني

غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

يختلف الموضوع على ما هو معمول به في قانون الإرادة، أين نجد أن الأطراف هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد وهو ما يسمى بالإسناد الشخصي، عن حالة غياب اتفاق الأطراف عن تحديده صراحة أو ضمنا وهو ما يسمى بالإسناد الموضوعي، أين يتم البحث عن نظام قانوني من خلال ربطه ارتباطا وثيقا بالعقد، ليتم تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية[1].

وضعت هذه الضوابط المعتمدة في مجال التجارة الدولية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة على سبيل الاحتياط، لتعتمد على أساس قرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي المعد للفصل في النزاع لإعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، ليكون بالتالي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهي القاعدة المعمول بها في فقه القانون الدولي الخاص، وذلك بموجب ضوابط ثابتة ومقررة قانونا[2].

1- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, op.cit, p. 260.

- Selon l'article 4/1 de la convention de la convention de Rome, En l'absence du choix : ***« Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroites ».***

– **إلياس نصيف،** العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية للتوزيع، لبنان، 2009، ص 322. أنظر كذلك كل من:

– **محمد فواز محمد المطالقة،** المرجع السابق، ص 125.

- **A. KOTEICHE** Lama, op.cit, p. 29 et 30.

- Lorsque le contrat ne contient aucune référence explicite ou implicite à la loi applicable, le juge doit suppléer au défaut de la volante exprimée, Il a alors recours à des présomptions pour déterminer, en tenant compte des circonstance résultant de la formation du contrat, de sa teneur et de ses effets, quelle est parmi toutes les lois en relation avec ces éléments, celle qui lui parait convenir le mieux comme loi unique, voir :

- ***CHATILLON Stéphane,*** op.cit, p. 272.

2– **صالح المنزلاوي،** المرجع السابق، ص 325.

يتم اللجوء لهذه الضوابط عندما يتعذر على القاضي الكشف عن النية الضمنية للأطراف، فيكون بمقدوره اختصار الطريق وتطبيق قانونه الوطني أي قانون دولة محل اختصاص المحكمة الفاصلة في النزاع، أو بمقدوره رفض الفصل في النزاع لانعدام تحديد مسبق لقانون العقد، لذلك فعليه الاجتهاد أكثر للوصول إلى تحديد قانون العقد عن طريق توطينه أو تركيزه في دولة معينة، تكون في الغالب الدولة التي نتج فيها أحد آثار العقد واعتبار أن قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق[1]. فعلى هذا السياق نصت المادة 18 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "... ***وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد...***"[2].

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتمد فعلا قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ثلاث ضوابط، أحدهما أساسي وهو قانون إرادة المتعاقدين، –كما سبق ذكره– وآخران احتياطيان يتم اللجوء إليهم عند غياب أو سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمنا، وهما قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد[3].

تبنى القانون المدني المصري في المادة 1/19 معيارا جامدا في حالة انعدام الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف في تحديد القانون، حيث تقرر أن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد[4]، ونفس المنهج نجده في

- l'étude de faisabilité sur le choix de la moi applicable dans les contrats internationaux, conférence de la Haye de droit international privé, op-cit, p. 10.

– **سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 140.

1– **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 85–86.

2– أنظر المادة 18 من **الأمر رقم 58/75**، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب **القانون رقم 10/05**، المرجع السابق. اطلع أيضا على:

– **معاشو عمار**، المرجع السابق، ص 46.

– **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، المرجع السابق، ص 155.

3– **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 302.

4– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 688.

القانون الدولي الخاص الايطالي تحت رقم 218 الصادر في 13 مايو1995، حيث تقرر المادة 25 منه على إنه: " ***في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فإن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا اتحدت جنسيتهم، فإذا لم تتحد جنسيتهما فإن هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولة محل إبرام العقد***"[1].

تتجه عادة المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية، وغيرها من الدول ذات النظام الأنجلوأمريكي إلى الأخذ بأدنى الروابط، ويعتبر محل إقامة الشخص من أهم العوامل التي يعتمد عليها في العقود الدولية[2].

الفرع الأول

ضوابط الإسناد في عقود التجارة الدولية التقليدية

اتجه فقه القانون الدولي الخاص إلى إسناد الرابطة العقدية بمقتضى ضوابط احتياطية ومعينة مسبقا، لتحديد القانون الواجب التطبيق على عند سكوت الأطراف على تحديده، وتعذر على القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، فهناك من يسميها أيضا ضوابط الاختيار القضائي، أي على القاضي أن يجتهد للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك من خلال البحث عن القانون المرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد.

يقصد بضابط الإسناد، البحث عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية وفقا لما يراه المشرع أو القاضي، مثل قانون بلد إبرام العقد أو بلد تنفيذ العقد، قانون الجنسية المشتركة للأطراف، بالإضافة إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع، لنعرج في الفرع الثاني إلى تطبيق هذه الضوابط لإيجاد القانون الواجب التطبيق لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية وما هي الإشكالات التي تنجر عن تطبيقها نظرا لخصوصية مثل هذه العقود، لنقترح في الأخير بعض الحلول التي تسمح لنا بتطبيق هذه الضوابط على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية[3].

1- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 325-326.

2- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 139.

3- **A. KOTEICHE Lama**, op.cit, p. 32 et 33.

أولا: قانون محل تكوين العقد:

يؤخذ بهذا المعيار على أساس أنه أول مكان تتجسد فيه الإرادات، كما يمكن للأطراف الاطلاع والتعرف عليه بكل سهولة، ومن ثم يكفل لهم الثقة والأمان القانوني ويصون لهم توقعاتهم، فضلا عن أنه يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق[1]، بالإضافة إلى أنه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره من القوانين الأخرى، وإسناد الرابطة العقدية إلى محل إبرام العقد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد[2]، وهذا الحل يجد مبرره في النظرية العامة للعقود، وتطبيقه يستلزم توافر عناصر الرضا والعلم بنصوص هذا القانون المختار[3].

منحت أحكام القضاء – الفرنسي مثلا– أهمية خاصة لقانون محل إبرام العقد، وذلك في الحالة التي يكون فيها مكان الإبرام هو نفسه مكان تنفيذ العقد، حيث يخضع تكوين وصحة العقد لقانون مكان انعقاده[4]، وإذا كان إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يعد أمرا ملائما للعقود التجارية التي تبرم بين التجار في الأسواق المختلفة، إلا أنه يعد أمرا من الصعوبة بمكان تطبيقه على المعاملات التي يتم إبرامها من خلال الوسائل الإلكترونية وذلك لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل لاحقا[5]،

- Pareil principe conduit le juge à rechercher le centre de gravité de l'opération en tenant compte de tous les facteurs de rattachement, comme : « ***lieux de conclusion et d'exécution, nationalité et domicile des parties*** … », la localisation ne peut donc être déduite d'un caractère, or un système de localisation qui s'apparente à celui de la propre law, soulève des difficultés.

1– **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 52. واطلع كذلك على كل من:

- **NDIAYE Penda,** op.cit, p. 33.

– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 690. واطلع أيضا على:

– **سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 140.

2– **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 327.

– وهذا ما يعتد به القضاء الفرنسي الذي يعتبر مكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد، وذلك في ظل غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، كما يغلب على قواعد التنازع الفرنسية تنظيم شكل التصرف القانوني وفقا لقاعدة قانون المحل الذي يحكم شكل التصرف، وهو ما يسمى بـ : ***Locus regit actum*** .

3– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 155.

4– **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 104.

5– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 690.

لتبقى مسألة الأولوية في تطبيق هذا المؤشر تختلف فيه أغلب التشريعات، فمنها من تمنح لقانون بلد التنفيذ أكثر أهمية وهذا ما سنراه في النقطة التالية.

ثانيا: قانون محل تنفيذ العقد:

يظهر أن إسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة، وهو قانون الدولة التي يتم حصول كل طرف على حقوقه، [1]، كما أن هذا الضابط يرتبط أكثر بموضوع العقد عن محل ميلاده، كما يذهب البعض إلى التأكيد على محل التنفيذ بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية، ويسمح بتطبيق قانون البلد التي يتأثر اقتصادها بالعقد، وباعتباره القانون الأوثق صلة بالعقد والمكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، ففي هذا المكان سيجني الأطراف ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم[2].

تبنت العديد من القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية قانون محل تنفيذ العقد كضابط للإسناد في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف، فاتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بيع الأشياء المنقولة للبضائع والتي تنص في مادتها

1- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 164.

- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 329. وانظر أيضا:

- **NDIAYE Penda,** op.cit, p. 34.

- ويعتبر الفقيه الألماني ***سافيني SAVIGNY*** أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد، باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، وقد كان من شأن ذلك التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق. أنظر في هذا الموضوع: **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 329.

2- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 106.

- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 697.

- **BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, Yvon LOUSSOUAM**, Droit international privé, 9eme édition, Edition DALLOZ, Paris, 2007, p. 507.

- Les parties ont en effet surtout en vue l'exécution qui constitue la finalité de leur accord et lui donne sa plénitude, ce lieu correspond en outre pays dont l'économie est affectée, puisque c'est l'a ou sera opéré la livraison de la marchandise, qu'il sera procédé aux mesures de vérifications et finalement que l'on plaidera, voir :

- ***CHATILLON Stéphane,*** op.cit, p. 276.

الرابعة على أنه: " ... ***فإن القانون المحلي للبلد الذي سوف تفحص فيه البضائع المسلمة هو القانون الواجب التطبيق***"[1].

يعتبر هذا المكان مركز استكمال الالتزامات التعاقدية، باعتبار أن تنفيذ العقد هو المرحلة الأخيرة والتي يهدف المتعاقدين الوصول إليها وهي الغاية التي يسعون إلى تحقيقها، كما أبقت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أيضا في مادتها 2/10 على معيار مكان تنفيذ العقد من أجل تعيين القانون الواجب التطبيق على طرق التنفيذ، وعلى الإجراءات المباشرة بواسطة خصمه إذا ما وجد عيب في التنفيذ، وعلى الإجراءات التحفظية وعلى فوائد التأخير[2].

ثالثا: قانون الجنسية المشتركة:

جعلت غالبية القوانين الوطنية[3] من الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت كضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمدة عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذا عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون صراحة أو ضمنا، لكن الاختلاف يكمن في منح الأفضلية لقانون الجنسية المشتركة عن باقي الضوابط، فمنحها القانون الايطالي الموقع الأول وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد، ونفس الأفضلية منها له القانون المدني الاسباني قبل قانون الموطن المشترك[4].

1- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 165.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق ، ص 94.

- ونجد المادة 1/05 من اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 ديسمبر 1968، احتفظت للمدعي بالحق في رفع دعواه أمام محكمة محل إقامته المعتادة إذا تلاقى مع محل إقامة المدعى عليه، متى كان مكان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة اختصاصه. لمزيد من التفاصيل اطلع على: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 697.

- **NDIAYE Penda**, op.cit, p. 34.

3- منها القانون المدني الجزائري الذي نص في المادة 18 منه على "... ***وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة...***"، راجع نص المادة في **الأمر رقم 58/75**، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب **القانون رقم 10/05**، المرجع السابق.

4- **سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 143.

- قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1910/12/05 بأن قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية، أنظر في هذا الموضوع: **سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع نفسه، ص 143.

نجد كذلك من وجهة نظر القضاء، أن هناك اختلاف في موضوع قانون الجنسية المشتركة، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي أنه قرينة على الإرادة المفروضة، أما جانب آخر اعتبره دليلا على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك[1]

رابعا: قانون الموطن المشترك:

يعتمد في تحديد الموطن على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله أو مصالحه، فتحديد الموطن مرتبط بمكان حقيقي وتطبيق هذه الفكرة يعني بالضرورة الوصول إلى الموطن الحقيقي للمتعاقدين، أي المكان الذي اتخذه كل منهما حقيقة لإدارة مصالحه[2] ولقد منحت التشريعات الوطنية الأفضلية لهذا المعيار، باعتباره قانونا يعد قرينة كبرى بعلم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من القوانين، وذلك لسبب اعتيادهم على تنظيم سلوكهم وفقا لأحكامه، وبالتالي يكون في استطاعتهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة لهم[3].

استبعدت اتفاقية فيينا هذا المعيار، باعتبارها تشترط اختلاف موطن الأطراف فتنص المادة الثانية على أن " ***تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة***"[4]، وتحديد الموطن له أهمية خاصة في العقود التي تبرم مع المستهلكين[5].

1- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 332-333.

2- **يوسف العلي**، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، منشور على الموقع، www.arablawinfo.com، ص 21.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 334. واطلع كذلك على:

- **محمد فواز محمد المطالقة**، المرجع السابق، ص 141.

4- **بشار طلال أحمد مومني**، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، 2003، ص 253. وتناول نفس الموضوع:

- **صابر عبد العزيز سلامة**، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، 2005، ص 88.

5- **CHATILLON Stéphane**, op.cit, p. 274.

الفرع الثاني

تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية

يثير مبدأ الاعتماد على مناهج تنازع القوانين المحددة في القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية عدة صعوبات باعتبار أن ضوابط الإسناد التي تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية، ضوابط تعتمد بشكل رئيسي على تحديد المكان[1].

يمثل التنازع الدولي للقوانين في الأساس تنازع من حيث المكان، منها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا أو قانون الدولة التي تم فيها العقد إذا اختلفا موطنا، وهي القاعدة في أغلب التشريعات والاتفاقات الدولية في مجال تنازع القوانين، فبدون تحديد المكان لا يمكن إعمال ضوابط الإسناد أو تطبيقها ولا يمكن بالنتيجة الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

يتميز الفضاء الجديد لهذا النوع من العقود بعدم اعترافه بالروابط المكانية والمرتكزات الجغرافية التي لا تجيد التعامل مع لغة الأرقام، وهذا ما سنتناوله في هذه النقطة، إلا أن البعض حاول أن يبقي على مبدأ تنازع القوانين للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وذلك بالبحث عن الحلول اللازمة لاستمرار العمل بها، مغتنما بذلك عدم تكامل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وحداثة التعامل بها، وهذا ما سنتناوله في نقطة أخرى، لنبرز هذه الحلول بالتفصيل.

أولا: صعوبة تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية

يظهر من تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية تعارض مع الخصوصية التي تنفرد بها مثل هذا النوع من العقود التي تتم عبر فضاء غير ملموس، والذي يتم فيه إبرام العقود وتنفيذها بنفس الطريقة أحيانا، وهو ما يتنافى مع التركيز المكاني الذي تنص

- Les contrats conclus par les consommateurs sont régis par la loi du pays dont lequel le consommateur a sa résidence habituelle, selon l'article 05/3 du convention de Rome.

1- **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 112.

2- **يوسف العلي**، المرجع السابق، ص 16.

عليه قواعد الإسناد وجودا وعدما[1]، وذلك لأن التعامل من خلال التجارة الإلكترونية يتم بين نظم ومواقع إلكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها، مما يصعب معه تحديد مكان إبرام العقد، تنفيذه وموطن وجنسية الأطراف[2].

1- صعوبة التركيز أو التوطين المكاني:

تتم عقود التجارة الإلكترونية بوسائل مختلفة منها الإنترنت، لا تشكل مكانا محددا يمكن الاستناد عليه، كونه عبارة عن فضاء مستقل بذاته، كما أن العقد قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لوجود رابطة قانونية بين العقد وقانون مكان إبرامه[3].

يثير المكان صعوبة عملية تتمثل في تجاوز شبكة الإنترنت كل حدود الدول، وهي في الوقت ذاته مفتوحة للاستخدام للكافة دون ارتباط بأي مكان، فليس هناك حدود تحول دون استخدام الشبكة، بين مقدمي الخدمة أو المستفيدين، ويبدوا عنصر المكان غائبا فعليا على الشبكة، فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الإنترنت في مكان آخر وصاحب المتجر الافتراضي في مكان ثالث، في حين يتوطن المشتري في بلد رابع، ويتم تنفيذ العقد في دول مختلفة، وهذه الصعوبة تظهر كلما ارتبط الإسناد بضابط مكاني[4].

تظهر أيضا الصعوبة عند اعتماد المتعاقد لجهازه الخاص وهو في رحلة عابرة في إحدى وسائل النقل، أو أن يستغل جهاز ملك للغير من مقاهي الإنترنت[5]، فحتى ولم تم تحديد القانون الذي يحكم العقد، إلا أن هناك اختلاف حول المكان الذي يعتد به كمحل لإبرام العقد، من مكان المستضيف للموقع، مكان إقامة البائع أو مكان إقامة المشتري، وهذا ما يؤكد صعوبة تحقيق إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد الإبرام في مجال التجارة الإلكترونية

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 690. وانظر أيضا:
- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، المرجع السابق، ص 155.

2- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 126-127.

3- **Thibault Verbiest**, op.cit, p. 01.

4- **يوسف العلي**، المرجع السابق، ص 21. أطلع في هذا الموضوع على كل من:
- **سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 153.
- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 687.

5- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 93.

لعدم توافر الرابطة الحقيقية والجادة بين العقد وقانون محل إبرامه[1]، والتركيز على عنصر المكان في تحديد القانون الواجب التطبيق يتناقض تماما مع مميزات الشبكة المعلوماتية أين يتم التعامل بين نظم ومواقع يصعب تحديد مكانها، مما جعل بعض الدراسات تصف العالم الإلكتروني غير الملموس "**بلا مكان**" فلا مكان هناك للفضاء الإلكتروني[2].

تبرم عقود التجارة الإلكترونية وتنفذ في أماكن مختلفة، مما يجعله خاضع لقوانين مختلفة ويثير إشكالية الانسجام بين هذه القوانين، فإن كان التسليم مثلا يتم بطريقة مادية فإن الدفع قد يتم بطريقة إلكترونية عبر الإنترنت، الأمر الذي يجعل من التجارة الإلكترونية فضاء من نوع خاص[3].

تثير العقود التي يتم تنفيذها كلية بالطرق الإلكترونية صعوبة تركيزها في مكان معين، مثلما هو الشأن في برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة من على شبكة الإنترنت، فيصعب تحديد مكان التنفيذ بين مكان موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ ومكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع، ومكان المستضيف الذي يجري عملية التحميل وكذا المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري[4].

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 311.

- فالقانون الانجليزي يأخذ بنظرية تصدير القبول، والقانون الألماني بنظرية تسلم القبول، وهذا ما يؤكد من صعوبة توطين محل إبرام العقد في العقود التي تتم بين غائبين لاختلاف الأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى، أنظر في هذا الموضوع: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 697.

2- **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 143-144. وتناول نفس الموضوع:

- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، المرجع السابق، ص 159.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 331.

- تبرم في أغلب الأحيان العقود الإلكترونية ويتم تنفيذها على الخط مباشرة مما يصعب تحديد مكان تنفيذه، فبالرغم من أن قانون الأونسيترال النموذجي وبصفة خاصة في الفقرة الرابعة من المادة العاشرة 4/10 نصت على أنه " ***تعتبر رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه***"، إلا أن هذه المادة تدل على المكان بصفة اعتبارية أو افتراضية، وهو ما يصعب من التحديد القانون لمكان تنفيذ العقد صراحة في مثل هذه المعاملات، أنظر في هذا الموضوع: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 699. أنظر أيضا:

- **سلطان عبد الله محمود الجواري**، المرجع السابق، ص 154.

4- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 332، و**عادل حسن علي**، المرجع السابق، ص 17.

يعتمد في التعامل من خلال المواقع على شبكة المعلومات بالدرجة الأولى على العنوان الإلكتروني وليس على العنوان الحقيقي للشخص، فهذا ما يثير الغموض للدلالة على العنوان الحقيقي للمتعاقد، فإذا كان من المسلم به أن استخدام المواقع التي تنتهي بـ .com أو net ، هي مواقع دولية لا تنتمي إلى أية دولة، فإن المواقع التي تنتهي أسماؤها برموز خاصة بدول مثل: kw.sa.fr، لا تعطي أيضا دلالة حقيقية للعنوان الحقيقي، كون التسجيل لهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري أو الترخيص التجاري، بالإضافة إلى ذلك فإن مواقع الويب تكون في حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمي الخدمات، فهذه المواطن لم تصمم أصلا بمنظور جغرافي ولذلك فهي تتسم بعدم التوطين، لذلك فالقول بوجود موطن إلكتروني فهو أمر يحتاج إلى نقاش وكثير من التمحيص، ذلك أن الفكرة في حد ذاتها لا تتفق وحقيقة الموطن كرابطة بين الشخص والمكان، فالمكان في العالم الافتراضي هو ضرب من الخيال[1].

2- صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة:

سبق وأن تحدثنا عن صعوبة التحقق من هوية الأطراف في الإشكالات التي تنجم عن تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية، مما يصعب من تحديد جنسيتهم ومكان تواجدهم لحظة إبرام العقد، وفي هذا العالم لا يعتبر قانون الجنسية عنصرا لتحديد القانون الواجب التطبيق باعتبار أن عالم التجارة الإلكترونية فضاء مفتوح على العالم بأكمله[2].

1- **يوسف العلي**، المرجع السابق، ص 22.

- سيكون من السهولة معرفة المكان الحقيقي لإبرام العقود التي تتم عن طريق وسائل الاتصال التقليدية كالتليفون أو الفاكس، لأن المتعاقدين عبر تلك الوسائط يعرفون مسبقا مكان إرسال القبول أو مكان تسلمه من خلال الرقم الكودي لدولة الاتصال التي يتم الاتصال بها، عكس النطاق العالمي لشبكة الاتصالات الدولية والطبيعة اللامادية للعمليات الإلكترونية التي تتم من خلالها، والتي من الصعوبة تحديد المكان الذي جرى فيه إرسال الرسالة أو تسلمها، وبالتالي فمكان إبرام العقد بالصورة المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص لا يوفر الأساس القانوني لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، أنظر في هذا الموضوع: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 691.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 333. وراجع كذلك:

- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 687.

تتميز العناوين الإلكترونية بأنها لا تبيّن العنوان الحقيقي للمتعاقد وأماكن تواجده لحظة إبرام العقد، باعتبار أنها لم توضع أصلا لتحديد موطن معين أو مكان جغرافي محدد، فهي تتسم بعدم التوطن، مما يصعب الاعتماد عليها في العالم الافتراضي، فالمتعاقد مثلا يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم الأعمال غير المشروعة وذلك للتهرب عن مسؤولياته[1].

يغلب على الموطن عدم التركيز باعتبار أن العناوين الإلكترونية للمتعاقدين غالبا ما تكون مؤقتة، فتركيز الأداء على أساس الموطن المشترك لا يكون فعالا، لأن المشترك قد يكون مرتبطا من خلال حاسب يقع خارج موطنه المعتاد[2]، ونجد أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة في عقود التجارة الإلكترونية، يصعب تطبيقه لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد، وحتى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود[3].

3- عدم اعتراف العالم الافتراضي للحدود السياسية:

ظهرت الحدود السياسية المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص أصلا لوضع حد لتنازع القوانين بين الدول المختلفة، والتي ليس لها وجود في التعامل مع شبكة المعلومات الدولية، فأضحى المكان والإقليم الجغرافي متجاهلا من طرف هذه الشبكة، وتعتبره عدوا لها، ومن ثمة فلا قيمة له في مواجهتها، فالعمليات التي تتم على مستوى هذه الشبكة لا تأبه لا بمكان تواجد الأطراف ولا بالدول التي تعبرها، وهذا ما يؤكد أن القواعد والأحكام التي تسري وفقا للقانون الدولي الخاص أضحت قواعد وأحكام غير ذات المفعول ويتعذر إعمالها[4].

ثانيا: تفادي صعوبات تطبيق قواعد الإسناد:

1- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 145.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، 95.

3- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 700.

4- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 38-39.

يفرض التعامل من خلال شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، وجود قانون يتلاءم مع التجارة الرقمية الجديدة، هذا ما دفع العديد من الجهات لتنظيم هذه المعاملات بعرض فكرة الأداء المميز[1]، لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ويتميز هذا المعيار بمرونته وسهولة العلم به وملائمته لكل طائفة من طوائف العقود، بالإضافة إلى صفة الثبات التي يتمتع بها، واحترامه لتوقعات الأطراف بتكريسه الحل الملائم حسب طبيعة كل عقد[2].

نالت هذه الفكرة تأييد العديد من فقهاء التجارة الإلكترونية والتي لا يلجأ إليها إلا عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون صراحة أو ضمنا حسب العميد **باتيفول**، فهذه الفكرة تتميز على أنه إسناد مسبقا يتحدد وقت إبرام العقد، أي إسناد مقيد على افتراض مسبق على أن يكون الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء[3].

اتجه التوجيه الأوربي الصادر في 08 يونيو 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، إلى تحديد مكان إقامة مؤدي الخدمات عبر الإنترنت بالمكان الذي يمارس فيه أنشطته الاقتصادية بشكل دائم ومستقر، غير أننا سبق وأن ذكرنا أنه يصعب التحقق من العناوين الإلكترونية التي تكون أغلبها مؤقتة.

برّر فقهاء القانون الدولي الخاص استمرارية العمل بمناهج التنازع لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، مؤكدين بذلك لعدم تكامل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية التي يحاول أنصارها الانفلات من هذه المناهج التي تتميز بالجمود والثقل، وفسح المجال لقوانين جديدة تتلاءم مع طبيعة الإنترنت، فحاولوا التأكيد على التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق قبل الدخول في مراحل إبرام العقد، اعتبار أن العقود التي تتم بوسيلة إلكترونية غالبا ما تسبقها مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة قبل الدخول في موضوع العقد، وذلك مع مراعاة حماية الطرف الضعيف في مثل هذا النوع من العقود[4].

1- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 175.

- عرفه الأستاذ ***JEAN-BAPTISTE*** بأنه الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى، و الأستاذ ***VAN OVERSTRAETEN*** بمقتضاه دفع مقابل نقدي واجبا.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، 97.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 338.

4- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص 154.

تبقى أن هذه الفكرة غير كافية لمواجهة العديد من الآراء التي تنادي باستبعاد مناهج القانون الدولي الخاص، في ظل تركيز أغلب ضوابطه على مرتكزات إقليمية وجغرافية، لتبقى عاجزة على مسايرة تطور عالم الإنترنت التي خلقت مجتمعا افتراضيا مقسم إلى شبكات ومناطق إلكترونية متحررة من مقتضيات التوطين الجغرافي أو التركيز المكاني، مطالبة في ذلك ضرورة وجود قانون موضوعي إلكتروني[1]. وهو محور دراستنا في المبحث التالي.

المبحث الثاني

القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (القانون الموضوعي الإلكتروني)

يتميز العقد التجاري الدولي بطبيعة خاصة تفرض ضرورة ظهوره وتطوره بعيدا عن القوانين الداخلية، مما يفرض البحث عن قواعد ملائمة تنظم في إطار حركة التجارة الدولية، هذا ما أدى إلى إحياء قانون التجار القديم lex mercatoria والذي يتكون من عادات وأعراف اعتاد التجار العمل بها في علاقاتهم التجارية، وجاءت فيما بعد القواعد المادية التي نشأت من خلال التنظيمات والاتفاقيات الدولية، بالإضافة إلى المبادئ العامة المتفق عليها في كافة النظم القانونية[2].

نتج عن بروز هذه الفكرة معارضة شديدة من الفقه، لفترة محددة، إلا أن استمرار العمل بمثل هذه القواعد فرضت نفسها ليست كمذاهب فقهية في مجال التجارة الدولية، بل أصبحت واقعا فرض نفسه على التشريعات الوطنية، حيث تم اعتمادها كمنهج جديد لحل المنازعات التجارية الدولية[3]، على غرار القواعد المادية للتجارة الإلكترونية التي تعتبر حديثة النشأة، لكن ظهورها وتطورها وكذا مصادرها تتشابه إلى حد بعيد والقواعد المادية للتجارة الدولية.

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 39. وعن زوال مهمة منهج تنازع القوانين، اطلع على:
- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، المرجع السابق، ص 163.

2- **BOUCHURBERG Lionel**, op.cit, p. 245-246.
- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 194.

3- **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، المرجع السابق، ص 120.

بدأ التفكير يتوجه نحو حتمية وجود آليات قانونية وتنظيمية جديدة مستقلة عن القوانين الوطنية نتيجة للمشاكل المتعلقة بتحديد القانون الملائم لمثل هذه العقود، وتكون موجهة أساسا للمعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات، وتقوم بتنظيم قواعد مهنية تظهر نتيجة الممارسات التجارية الدولية الإلكترونية[1]، فحجم معاملات التجارة الإلكترونية في تزايد مستمر عبر العالم نظرا لتوسع استعمال الشبكة التقنية في إبرام العقود التجارية، ويتعين أن يكون واضحا أن ازدهار التجارة الإلكترونية يتوقف على جريانها في وسط قانوني يكفل الأمن للمعاملات ويحمي حقوق وحريات الأطراف[2].

يفرض حجم المنازعات ذات الطابع الدولي احتمال تطبيق تشريعات وأنظمة قانونية مختلفة، ولقد أصبح فشل السيطرة الإقليمية على البيانات والأرقام ظاهرا في وسط المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، حيث قرر الأستاذ الأمريكي**Lawrence LESSIG** "***أن مسألة التنازع في القانون الدولي الخاص، قد مات وانتهى***"، أكد عبارته هذه بأن "***هذا المنهج قتلته الحقيقة التي أراد أن يؤكدها***"[3]، وأصبح غير قادر على تنظيم وحكم قواعد التجارة الإلكترونية، مما يفرض البحث عن منهج أخر موضوعي لا إسنادي، يقدم حلا مباشرا للنزاع دون الحاجة إلى تعيين قانون معين من بين القوانين المختلفة باعتبار أن عقود التجارة الإلكترونية تبرم بوسائل تكون متصلة بأكثر من قانون في آن واحد[4].

يؤكد غالبية أنصار التجارة الإلكترونية أن الحل والبديل متوفر في القواعد التي يسنّها المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية، ويقبلونها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية، وهم القادرين على تسيير شؤونهم في ظل عجز الأدوات القانونية الوطنية منها والدولية لتنظيم وحكم العلاقات التجارية الإلكترونية[5].

1- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 233.

- **V.GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHLEF**, droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex-électronica, revue droit des affaires international, n 05, 1997 ; p. 559.

2- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص 154.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 41-42.

4- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 236.

5- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 199.

نتطرق في هذا المبحث لدراسة مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني والتعرض إلى كل من تعريفه، خصائصه والمصادر التي إستشق منها وذلك في (**مطلب أول**)، ودراسة مدى قدرة هذه القواعد المادية على تنظيم التجارة الإلكترونية بمختلف مجالاتها القانونية، وحل النزاعات القانونية الناتجة عنها، وبالتالي الاستغناء بصفة كاملة عن مناهج القانون الدولي الخاص، أي مدى تمتع هذا القانون بصفة النظام القانوني الذي يفرض الصفة الإلزامية على القواعد القانونية التي يحكمها و يقوم بتنظيمها وذلك في (**مطلب ثان**).

المطلب الأول

ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني

ظهرت أزمة منهج التنازع قبل ظهور عقود التجارة الإلكترونية، فالرغبة في تجاوز هذه المنهج تعود إلى بداية الخمسينات، بعد الجدل الذي اشتد بين الفقهاء للبحث في ضرورة إيجاد منهج آخر لحكم الروابط التعاقدية الدولية، أي إيجاد قواعد مادية مباشرة تهتم بشؤون التجارة الدولية، فهو الأمر نفسه بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية التي تبحث بدورها عن القواعد المادية التي تقدم الحل المباشر لكل الإشكالات القانونية التي تتعرض لها في جميع مراحل سيرها[1]، وتكون بالضرورة بعيدة عن القوانين الوطنية، والتي جاء مولدها في أوائل القرن الأخير، بعد تنامي استخدام الشبكة الدولية للمعلومات في المسائل التجارية، حيث عرفت بعدة تسميات[2]، مختلفة مستخدمة في الفقه للتعبير عن تلك القواعد.

سميت بقواعد التجارة الإلكترونية لتمييزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية، التي تضع تنظيما مباشرا، وخاصة للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، وهي

1- **محمد حسام محمود لطفي**، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة، 2002، ص 18.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 109.

- منها القانون الإلكتروني lex elecronica، وقانون المعلوماتية lex informatica، والقانون الافتراضlex virtual، والقانون الرقمي lex numerica، وقانون الأنترنت lex net، وقانون الاتصالات jus communication، وغيره من المصطلحات، بينما يميل اتجاه آخر إلى تسميتها على غرار القواعد المادية للتجارة الدولية، فيطلق عليها تسمية القانون الطائفي lex corporative، والقانون التجاري عبر الدول Droit commercial transational، وقانون فوق الدول Droit supernational، وقانون التجار الجديد neo lex mercatoria، وكذا قانون التجار الرقمي lex mercatoria numerica. وتناول نفس الموضوع:

- **THOUMYRE Lionel**, op.cit, p. 08.

قواعد تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية نظرا لنشأتها واستقرارها في المجتمع الافتراضي.[1].

سنرى مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني، بالتطرق إلى تعريفه، وما هي الخصائص التي يتميز بها مقارنة بالقوانين التنظيمية الأخرى **(فرع أول)**، وماهية أهم مصادره **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

مفهوم القانون الموضوعي

بدأ الفقهاء يناشدون بضرورة القانون الموضوعي منذ أواخر القرن التاسع عشر، حيث أصروا على وضع قواعد مشتركة بين الدول تكفل وحدة الحلول بالنسبة للمنازعات ذات الطابع الدولي أيا كانت الدولة التي يرفع النزاع أمام جهات التحكيم التابعة لها، والتي تكون محددة المضمون والهدف، واضحة المعالم لتسهيل تطبيقها باعتبارها تتميز بقوة صلتها بالموضوع، وتعمل على تحقيق المصلحة العامة لجميع الأطراف، لأنها تبين حكم القانون بصورة أكيدة سلفا، ولهذا وضعت أساسا لحكم الروابط الخاصة الدولية[2]، فحقيقة هذه القواعد المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني تستلزم عرضها كالتالي:

أولا: تعريفه:

يعرف على أنه القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونا ذاتيا مستقلا وغير مرتبط بالقوانين الوطنية[3]، تتميز بطابعها غير الرسمي للتطبيق في نطاق التجارة الإلكترونية، كما وصفها البعض بأنها مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيا، أي وليدة الأنشطة والممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة

1- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق ، ص 433.

2- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 239-240. وانظر كذلك:

- **YESSAD Houria**, op-cit, p.p. 57-58.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 47. وانظر كذلك كل من:

- **GRAHAM James Alexander**, op.cit, p. 320.

- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، المرجع السابق، ص 167.

للدول، وكذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق القواعد القانونية العادية، فهي مستوحاة من الميدان التعاقدي لتكون مخاطبة لمجموعة معينة من الأشخاص المتعاملين في فضاء التجارة الإلكترونية[1].

تتمثل هذه القواعد في جملة العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي، وعملت الهيئات الحكومية والمستخدمين في مجال تكنولوجيا المعلومات، والمنظمات الدولية على تطويرها[2]، والتي يستنجد بها في المسائل التنظيمية والإشكالات التي تطرأ على مراحل معاملاتهم التعاقدية في مثل هذا الفضاء الواسع، ومع تطور استعمالها وتوسع انتشارها يتم قبولها والاعتراف بها من قبل القائمين على تنظيمها، وكذا المعنيين بممارستها لتمتد إلى الهيئات القضائية لتكتسب القبول والاعتراف، لتتحول من قواعد عرفية بحتة إلى قواعد قانونية تمتاز بقيمة قانونية ملزمة[3].

يسلّم أنصار المجتمع الافتراضي أنه يستحيل على التشريعات الوطنية وحتى المعاهدات الدولية تغطية ميادين العلاقات الإلكترونية، والتي تتصف بالسرعة وتخطوا خطوات متلاحقة يصعب مسايرتها، فالقانون القائم بالمعاملات الإلكترونية لا يمكن تنظيمه إلا بواسطة المتعاملون في هذا المجال، باعتبارهم الأكثر قدرة على تنظيم العلاقات التي تربطهم لتتناسب حسب حاجاتهم، والنجاح الكبير الذي قاموا به هو تنظيمهم لقواعد موحدة في مسائل تقنية بحتة[4].

ذهب البعض إلى تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني أنه قانون موحد للمعاملات الإلكترونية يجعل القانون يعاصر التقدم التكنولوجي، والتغيير السريع في طبيعة الانترنت،

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 201.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 112.

3- وقد جاء في تقرير صادر في فرنسا عن مجموعة عمل يحركها الفقيه KAHN حول التنظيم الذاتي لشبكة الإنترنت أن: "***التنظيم الذاتي لا يحل محل القانون أو القاضي، إنه توجيه إيجابي وعملي يجسد بموجبه اللاعبون عادات الشبكات بشكل متوافق مع القانون***"، عن: **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 66-68.

4- **GAUTRAIS Vincent**, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique, 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002, p. 231.

- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 143.

- La lex – Electronica est « ***l'ensembles des normes juridiques informelles applicables dans le commerce électronique international*** », voir :

- **GRAHAM James Alexander**, op.cit, p. 320.

وهو القانون الذي يؤخذ به لحل موضوع النزاع القائم بين المتعاقدين ويكون غير مرتبط بمكان معين، وينادي هذا الاتجاه إلى ضرورة تنظيم هذا القانون على غرار قواعد قانون التجارة الدولية المعمول به في المعاملات التجارية الدولية[1]، لتصبح القواعد الموضوعية بكل مصادرها أو مكوناتها قانونا عالميا، ليمثل المرجع الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخلافات التي قد تنشأ عن المعاملات الإلكترونية دون الدخول في إشكالات تنازع القوانين.

ثانيا: خصائصه:

تمتاز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني بنفس مميزات القواعد المادية للتجارة الدولية، التي تخاطب فئة معينة من الأشخاص، متمثلين في التجار ورجال الأعمال، والذين يحتكرون هذه القواعد في كثير من الأحيان على أساس أنها قواعد من صنعهم، واستقرت وصارت ملزمة للأعضاء المشكلة لهم في معاملاتهم الدولية[2].

تطبق هذه القواعد دون حاجة إلى منهج قاعدة الإسناد بحكم أنها تشكل نظام قانوني يشكل في عناصره الجوهرية قانونا مستقلا، فبمجرد وجودها تكون واجبة التطبيق في جميع الدعاوي المتعلقة بالمسائل التي تنظمها، فهي قواعد متداولة في أوساط التجارة الدولية، وظهرت نتيجة ترسيم عادات و أعراف المشكلة من العديد من الدول، لتقدم الحل الموضوعي المباشر للنزاع القائم والمعروض أمام الهيئات القضائية للفصل فيه[3].

ينفرد القانون الموضوعي الإلكتروني بطبيعة خاصة مقارنة بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية، وتظهر هذه الخاصية في طبيعة المجتمع الافتراضي للمعاملات الإلكترونية الذي ظهرت فيه هذه القواعد، والتي لا نجدها في القوانين الدولية والتشريعات الداخلية، فهذا القانون يتميز بخاصية التلقائية في وضع قواعده القانونية من طرف الأشخاص المتعاملين

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص، 312.

2- **طالب حسن موسى**، المرجع السابق، ص 31.

3- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 242-243.

في مجال التجارة الإلكترونية، هذا بالإضافة إلى ميزته المحددة، أي أنه قانون ينظم علاقات قانونية خاصة بفئة محددة من الأفراد، ويخاطبهم بصفة خاصة[1].

ظهر وعلى غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية التقليدية القانون الموضوعي الإلكتروني نتيجة توحيد الأعراف والعادات السارية في ميدان المعاملات التجارية الإلكترونية والتي بعد تداولها واستمرار العمل بها أصبحت ملزمة للأطراف المخاطبة وتشكل قواعد قانونية تطبق في حالة ظهور إشكال في مراحل سير العملية التعاقدية، فهذه الخصائص المميزة للقانون الموضوعي الإلكتروني: قانون طائفي ونوعي، قانون تلقائي النشأة، قانون عبر الدول، والتي سنتطرق لدراستها بالتفصيل فيما يلي:

1- قانون طائفي ونوعي:

تعتبر قواعد قانونية تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة به ومشكلات ذاتية، والتي تقتضي بالضرورة حلولا تتوافق مع صفته الذاتية، فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص، وهم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات، لهذا الأساس سمي بالقانون الطائفي، باعتباره قانون موجه لطائفة معينة من الأشخاص، هذا بالإضافة إلى أنه قانون نوعي[2].

تنظم قواعده وأحكامه نوعا معينا من المعاملات والمسائل المتعلقة بها، وهي تلك التي تكون ناشئة في مجال التجارة الإلكترونية، منها الدعاية والترويج للسلع والخدمات، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، نظام التعامل مع بنوك المعلومات، الدفع الإلكتروني، البريد الإلكتروني، والعقود الدولية التي تبرم إلكترونيا[3].

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 201. وانظر:
- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، المرجع السابق، ص 167.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 205.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 112.

تترسم هذه القواعد المختصة للقانون الموضوعي وتحدد الطائفة التي يخاطبها، لن يكون إلا بوجود نظام مؤسسي مرتب ذاتيا، وله أجهزته وأدواته الخاصة، كالعدالة الافتراضية لتكون متماشية مع افتراضية القوانين المعمول بها في هذا المجال[1].

2- قانون تلقائي النشأة:

يوصف هذا القانون بأنه تلقائي النشأة، فهو لم يظهر بإحدى الطرق التي تتطلب الشكلية والرسمية، بل نشأ من العادات والأعراف التجارية يبرز ويتطور حسب تطور المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة[2]، فجذوره تعود إلى القواعد القانونية النابغة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة، ومن غير المرور عبر القناة الرسمية لسن القوانين، ولقد صارت هذه العادات والممارسات عبر الوقت قانونهم العام المشترك الذي يلتزمون به[3].

يرجع أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني عدم الرسمية، إلى أن الفضاء الإلكتروني لا يقوم على تنظيمه أية جهة رسمية مركزية، ولا تهيمن سلطة دولة معينة على نشاطها أو تحدد وتنظم عملها وتوجيهه، وكذا إلى غياب الجهاز القائم على سن ووضع القواعد السلوكية للمتعاملين عبر هذا الفضاء، فتلقائية النشأة يقابله تلقائية التنظيم والتطبيق، فهو يكفل لنفسه سلطة التطبيق[4].

يعتبر أنصار القانون الموضوعي أن تلقائية النشأة لهذه القواعد تمكنها من الاستجابة للمعطيات المادية للعالم الإلكتروني، فالعرف يتلاءم مع التطور السريع والمتلاحق للتجارة الإلكترونية، على خلاف القوانين الوضعية التي تتميز بالركود والبطء في مواكب تطور ونمو معدل المعاملات التجارية على المستوى الدولي[5].

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 55-57.

- كما ينادي البعض بوجود " ***الفضاء الافتراضي***" وتدعيمه بمقتضى اتفاقية دولية، وبالتالي تتشكل المحاكم في فضاء مستقل عن الدول، وتقوم بتنظيم الإجراءات أمام هذا القضاء لتبادل المذكرات الكترونيا وعقد جلسات بالفيديو، بحيث لا تكون هناك أهمية للمكان الذي توجد به المحكمة. أنظر في هذا الموضوع:

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 235.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص، 313.

3- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 201.

4- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 58.

5- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 145.

جاءت هذه القواعد في ظروف واقعية تعكس حاجات المتعاملين عبر شبكة المعلومات الدولية، باعتبارها قواعد شديدة الحساسية والتأثر بكل ما يطرأ على العلاقات المبرمة في الفضاء الإلكتروني، ويتوافق مع توقعات الأطراف ويجنبهم خاصة من اختلاف القوانين الوطنية البدائية التي لا تتماشى مع أنماط معاملاتهم، التي تقوم على معطيات فنية وتكنولوجية ومن وسائط متعددة لنقل المعلومات والبيانات، نصوص محورية مرجعية وترقيم للبيانات، أي تثبيتها على دعامات رقمية بعيدة عن الدعامات الورقية[1].

تطبق القاعدة العرفية من طرف الأشخاص المتعاملين على أساس اتفاق مسبق للتعامل بهذه القاعدة، بحيث يجب العلم بوجودها والتي تكون مطبقة في نطاق واسع في مجال التجارة الدولية، وتطبيق تلك القاعدة العرفية بصفة منتظمة على العقود المماثلة، لكن هذه النظرية كانت محل جدل حول تطبيق القاعدة العرفية على عمومية العقود، فاتجاه يؤكد بأنها قواعد تطبق حسب الاتفاق، آخر ينادي بقوة القواعد القانونية وتطبق حتى في ظل غياب الاتفاق الصريح من الأطراف[2].

3- قانون عبر الدول:

يعد الوسط الذي يطبق ويسري فيه القانون الموضوعي الإلكتروني بأنه عالم خاص ومستقل عن القوانين الوطنية، والهيئات المؤسساتية والسلطات الإقليمية ولا حتى الهيئات العالمية والدولية[3]، فهو قانون ينظم مجتمعا افتراضيا، يتضمن بيانات ومعلومات تقنية قصد

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 59. وأضاف في نفس الصفحة:

- ولقد أجرى الفقيه **François *Gény*** دراسة حول المستويات التي تنشأ القواعد التلقائية، وتوصل إلى ترتيبها بحسب قوة إلزاميتها كما يلي: العرف، العادات الاتفاقية، العادات والأخلاق الحسنة.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 185. وأعطى بعض الأمثلة عن بعض الأعراف في هذا المجال أن:

- وكمثال لما استقر من أعراف وممارسات سائدة في مجال المعاملات الافتراضية، نجد الأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات، وفي شأن حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات عبر الحدود، وكذا في مجال حماية المستهلكين، بالإضافة إلى مجال حقوق الملكية الفكرية.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 60.

تنظيم التبادل بالطرق السلكية واللاسلكية، ولقد خصص أساسا لسد الفجوة الموجودة بين القانون بمفهومه التقليدي والمعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية[1].

تظهر هذه الصفة من طبيعة المعاملات التي ينظمها هذا القانون، إذ تعتبر معاملات عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في نفس الوقت[2]، بحيث تضمن انتقال القيم الاقتصادية فيما بينها، لكن تطرح في نفس الوقت إشكالية التنظيم والسهر على احترام القواعد التي تسري في هذا الفضاء نظرا – كما سبق وأن ذكرنا– لغياب هيئة دولية أو عالمية تحكم العلاقات القائمة في هذا المجال[3]، ويبقى هذا القانون خاص يختلف عن القانون الدولي العام والقوانين الوطنية، ويختلف أيضا عن قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره لا ينظم مسألة تنازع القوانين[4].

الفرع الثاني

مصادر القانون الموضوعي

تعددت مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني بسبب الطبيعة غير المتجانسة وغير المنتظمة لهذه المصادر، كما أثير جدل فقهي حول المصادر الأساسية لهذا القانون بين اتجاهين، فمنه من يقر بأن القانون الرقمي يتكون من الاتفاقات الدولية الأساسية والقواعد التعاقدية، واتجاه يقر بتشكيل هذه المصادر من القانون الموحد الدولي، القانون المشترك الأوربي، القانون المرن الصادر عن المنظمات الدولية والأنشطة الخاصة ذات التنظيم الذاتي، الأعراف الدولية والممارسات التعاقدية الدولية[5].

1– **حسين الماحي**، نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، مقال منشور على الموقع، www.arablawinfo.com، ص 06.

– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 137–139.

2– Dans les contrats de commerce électronique, la territorialité a perdu beaucoup de son importance comme « ***facteur de rattachement*** », et a été progressivement éliminée par la jurisprudence, voir : **A. KOTEICHE Lama,** op.cit, p 35.

3– **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 60. وفي نفس الموضوع أنظر:

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 237.

4– **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، المرجع السابق، ص 127–128.

5– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 202.

تعدد مصادر القانون الموضوعي الالكتروني والاختلاف القائم بين الاتجاهات فرض علينا دراسة المصادر الأكثر أهمية منها: الاتفاقيات الدولية، التوصيات الدولية الأساسية، تقنيات السلوك والعقود النموذجية، بالإضافة إلى العرف الذي يحضى باهتمام كبير من قبل المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، وهي على النحو التالي:

أولا: الاتفاقات الدولية والتوصيات الدولية:

يهدف المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية إلى إستيقاء أحكامهم من الاتفاقات الدولية التي تعتبر أحد أهم المصادر التي يمكن الاعتماد عليها لتنظيم القانون الإلكتروني، فيسعى الأشخاص القائمين على القانون الموضوعي إلى تحقيق التوحيد والانسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية على غرار ما قامت به أغلب الاتفاقات الدولية في مختلف المجالات وذلك لحل المشكلات التي ظهرت في النواحي العملية[1].

سعت إلى هذا اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، لكن نظرا للانتقادات التي تلقتها هذه الاتفاقية بسبب عدم ملائمتها مع العالم الافتراضي الرقمي، سعت العديد من الجهات لوضع تنظيم قانون للتجارة الإلكترونية على غرار لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية التي أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، والاتفاقية المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية في العالم الافتراضي في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية[2].

1- **حسين الماحي**، المرجع السابق، ص 04، وتناول نفس الموضوع: **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 118.

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 273.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 143-144.

- L'utilité d'un tel document se manifeste à deux points de vue, d'abord un modèle de loi est proposé aux Etats afin qu'ils l'adoptent dans leur juridiction, ensuite, étant donné la réputation enviable de l'institution, sa légitimité, ce document participe à l'élaboration des principes formant les premiers éléments du droit naissant du commerce électronique, voir :

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p 274.

- نادت لجنة الأمم المتحدة من وقت طويل بإدماج المعلومات في التجارة الدولية، ومنذ عام 1990 بدأت في البحث في مجال تبادل الوثائق إلكترونيا، حيث اعترفت في هذا القانون بتبادل رسائل البيانات، التوقيع الإلكتروني، والقوة الثبوتية لرسائل المعلومات وقبولها وحفظها وتبادلها، والتجارة الإلكترونية في مجال نقل البضائع، أنظر في هذا الموضوع:

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p 274.

جاءت توصيات أخرى إلى جانب تلك المقترحة من التنظيمات الإقليمية، منها توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوربية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لعام 1980[1]، وكذا توصيات الأمم المتحدة حول المبادئ المتعلقة بنظم تصنيف البيانات الفردية المعالجة آليا لعام 1991، وجاءت هذه التوصيات لهدف أن تكون النواة الأساسية لإبرام اتفاقيات دولية لاحقة في هذا المجال، باعتبارها تحتوي على قيمة علمية عالية، و قصد العمل بها وجعلها قواعد ملزمة[2].

وضع من جهته في النطاق الأوربي، برنامج عمل سمي بأنظمة التبادل في المعلومات الخاصة بالتجارة الإلكترونية بقرار من مجلس الاتحاد الأوربي ولمدة سنتين، ويهدف هذا البرنامج إلى ضمان استعمال شبكة المعلومات في دول الاتحاد الأوربي، ومن أهم الأعمال القانونية الصادرة منها، نجد إعداد نموذج لاتفاقية حول استخدام المعطيات المعلوماتية، وكذا دراسات حول التوقيعات الإلكترونية والتنسيق بين التشريعات الأوربية في هذا المجال، كما دعت اللجنة الأوربية رجال الاقتصاد والمنظمات التي تعمل في هذا المجال أن تستخدم نموذجا للعقد الذي سبق وأن أصدرته، ولاستعانة بالتعليقات الواردة في شأنه، والصادرة من طرف هذه اللجنة، وذلك عن طريق التوصية الصادرة في 19 أكتوبر 1994[3].

ثانيا: قواعد السلوك:

ظهرت قواعد السلوك إلى جانب كل من الاتفاقيات والتوصيات الدولية، أو ما يسمى بتقنيات السلوك، والتي تعتبر من القواعد التي وضعتها مجموعة من المتعاملين والمهتمين بشبكة المعلومات الدولية[4]، لتكون من بين المصادر لبناء قواعد القانون الموضوعي الدولي للمعاملات الإلكترونية، وجعلها من المبادئ في التعامل عبر شبكة الانترنت، مما يدفع عجلة التطور والتنمية في مجال تبادل المعطيات، كما تعتبر تقنيات السلوك بمثابة الحد

1- ونصت التوصية رقم 17 منها على أن: "***تتخذ الدول الأعضاء كل الإجراءات المعقولة والمناسبة لضمان أن تكون تدفق البيانات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود، ومرورا بدولة عضو دون انقطاع وبكل أمان***"، أنظر في هذا الموضوع: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 54.

2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع نفسه، ص 54.

3- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص 309.

4- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، المرجع السابق، ص 169.

الأدنى من الأحكام والمبادئ المشتركة التي تحترم من كافة المستفيدين من التعامل في هذا الفضاء الإلكتروني[1]، فهو تنظيم مرن يتماشى مع توسع واختلاف أنواع التعامل، عكس التنظيمات الآمرة التي تتعارض مع استمرار وتطور مجال المعاملات التجارية الإلكترونية[2].

تتمثل أهم المبادئ والأحكام التي تدخل في دائرة قواعد السلوك، في العمل على احترام كل طرف لمثل هذه القواعد، عدم إلحاق الضرر والأذى بالطرف الأخر عند استخدام الحاسب، خرق مجال العمل المعلوماتي للآخرين، أو استخدام الحاسب في السرقة، انتحال صفة الغير، والبحث والتفتيش في نطاق خاص بالآخرين، أو تصوير برامج آخرين دون ترخيص أو مقابل[3]، ففي فرنسا تم استصدار ميثاق من قبل مجموعة عمل على رأسها الأستاذ **BEAUSSANT** تقوم مبادئه على خلق كيان يتكفل باستقبال شكاوي مستخدمي الانترنت، مهمته اتخاذ الإجراءات اللازمة للوساطة من أجل وقف بث الإعلانات غير المشروعة، ويكون الانضمام إلى هذا الكيان إيرادي[4].

أعدت غرفة التجارة الدولية في عام 1987 بالاشتراك مع عدد من المنظمات الدولية، قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد[5]، كما قامت بإعداد مشروع خاص بالممارسات الموحدة في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية في عام 1996، وهذه القواعد الموضوعة من طرف غرفة التجارة

1- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 146-147. وانظر كذلك في هذا الموضوع :
- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 275.

2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 52.

3- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 208.

4- **أحمد عبد الكريم سلامة**،المرجع السابق، ص 52. الذي شرح بعض تقنيات السلوك المعمول بها وتتمثل في:

- وفي انجلترا قامت جمعية مقدمي خدمات الانترنت بنشر تقنيات للسلوك العملي **Coude of practice**، يشمل على مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين المتعاملين على الشبكة الدولية للمعلومات، وقد حثت على الالتزام باحترام مبادئ وأحكام الجمعية المتمثلة في عدم تقديم أية خدمة مخالفة للقانون، أو تتضمن مواد تحرض على العنف أو القوة، الكراهية العنصرية أو الشذوذ الجنسي.

5- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 275.

- فوضع تقنين للسلوك يعد من التراث المشترك لكل الجماعة الدولية، وهو تمهيد لوضع قواعد تشريعية وطنية ودولية تحكم التعامل عبر شبكة الإنترنت، أنظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 437.

الدولية، تحث المتعاملين على مطابقة سلوكهم لحسن النية بهدف تأكيد ثقة الجمهور في الانترنت، مما يضمن عدم تدخل الهيئات والمؤسسات الحكومية في تنظيم وتسيير هذه الشبكة[1].

ثالثا: العقود النموذجية:

يقصد بالعقود النموذجية تلك العقود التي تبرم بين المورد والمستخدمين سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، وتتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها من الطرفين[2]، ومن بين هذه النماذج نجد الاتفاق النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الإلكتروني للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية، والاتفاق النموذجي الذي أعدته الاتحادات الأوربية عام 1994 بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية، بالإضافة إلى اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوربا عام 1995 بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكتروني للبيانات[3].

تعمل الدول على إعداد عقود نموذجية على مستواها الداخلي، والتي تعدها أصلا وطنيا وتسير عليها القوانين المعمول بها داخليا، حيث صنفت العديد من هذه النماذج على سبيل المثال لا على سبيل الحصر[4]، بالإضافة إلى عقود نموذجية تنحصر استخدامها في

1- كما حث وزير الاتصالات الفرنسية ***François FILLON*** بمناسبة اجتماع مجلس الوزراء الأوربي الخاص بالمعلومات والاتصالات في بولونيا بتاريخ 24أفريل 1996 الدول الأعضاء على أهمية التعاون الدولي من أجل تكوين وإصدار ما يسمى: "تقنين حسن السلوك" أثناء التعامل عبر الانترنت وإعداد قوانين وطنية تساير تلك التقنيات، راجع في هذا الموضوع: **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 169-171.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 146.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 178.

4- منها اتفاق الشركاء التجاريين في الو.م.أ معد بواسطة American Bar Association ونموذج Edia Association في المملكة المتحدة، وفي فرنسا عام 1999 أعدت Club informatique des grandes entreprises françaises، وفي كندا تم تشر نموذج بمعرفة وزارة الاتصالات، أما في مقاطعة الكيبك أعد نموذج آخر لتبادل البيانات الإلكترونية بمعرفة المجلس الكندي تحت مسمى Edia ، أنظر: **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 179. وعن بعض الدول التي تتعامل بتقنية المبادلات الالكترونية، نجد:

- Au cour de l'année 1990, différents Etats impliqués dans les communication informatisées ont proposé des contrats types aux gens d'affaires de leur propre pays, afin de sécuriser leur relations par EDI. Voir :
- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 277.

قطاع معين، ومنها مشروع اتفاقات تبادل المعطيات المعلوماتية التي أعدها مجلس التعاون الجمركي في مارس 1990، وعقد Odette النموذجي المطبق في المجال الخاص بالسيارات في أوربا، والتي تهدف إلى تحقيق الأمن القانوني في العلاقات المتبادلة بين المتعاملين في مجال التبادل الإلكتروني للبيانات، وذلك بمراعاة بعض القضايا الرئيسية المتعلقة أصلا في شكل رسائل البيانات وطرق التحقق من استلامها، وكذا التدابير المتخذة ضد مخاطر عدم وصولها أو فقدانها أو تدميرها، سريتها، تسجيلها وتخزينها، بالإضافة إلى مسؤولية عدم أداء الالتزامات وطرق تسوية المنازعات واختيار القانون الواجب التطبيق، وهذا التوافق على إعطاء القيمة القانونية المؤثرة للعقود التي تبرم بالطرق الإلكترونية من شأنه أن يخلق عادات تؤكد استقرار هذه الوسيلة في مجال المعاملات التجارية الدولية إعطائها القيمة القانونية اللازمة في مواجهة الأطراف المتعاقدة[1].

يعتبر القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، وكذا القواعد الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، من بين المصادر المهمة للقانون الذي ينظم حركة التجارة الإلكترونية، حيث اعتبرت المبادئ القضائية أن القواعد التي تصدر من هذه الجهات تعد مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية[2]، أضف إلى ذلك مراكز التحكيم الإلكترونية والأحكام الصادرة عنها، والتي تحض باعتراف أعضاء الجماعة الإلكترونية بسلطتها في وضع وتفسير وتطبيق القواعد القانونية اللازمة في مجال التجارة الإلكترونية والتي تضم ممثلين من كافة الدول[3].

رابعا: العرف:

تعتبر مرادفا لتلك العادات التي كانت معروفة بين التجار والمهنيين، والتي وضعت أصلا لإتباعها في معاملاتهم عبر الدول، ويعتبر العرف من بين مصادر القواعد القانونية،

1- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 179-180.

2- **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، المرجع السابق، ص 128.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 213. وأنظر كذلك:

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 292. et voir :

- **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 81.

فالقاعدة العرفية تصبح قاعدة قانونية ملزمة في بعض التشريعات، كما يعبر العرف بالمعنى الواسع عن كل الأفعال أو الممارسات التي تحدث في وسط اجتماعي، كما نجدها متفق عليها في منطقة معينة من طرف أشخاص معينين ويلتزمون بإرادتهم الحرة بإتباعها فيما يبرمون من صفقات، وتحرر عادة فقي شكل نماذج وللأطراف اختيار النموذج الموافق لمعاملاتهم[1].

استقرت هذه القواعد في الأوساط المهنية لعالم التجارة الإلكترونية نظرا للممارسات المتواصلة في هذا المجال بين المتعاملين، وهذا ما ساهم في إنشاء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، مما جعل أنصار المجتمع الافتراضي إلى المناداة بتخصيص مكانا مهما للعرف في القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية، باعتباره يتلاءم مع التطور الهائل والمتلاحق في هذا النوع من العقود، وكذا طبيعته المرنة التي يتميز بها العرف تجعله يتلاءم مع التطور المستمر في مجال التجارة الإلكترونية، والطبيعة الفنية لعالم الاتصال بحاجة ماسة إلى العرف[2]، ولكنها تحتاج إلى وقت معتبر لتكرار العمل بها وإتباعها، بحيث تصبح مع مرور الوقت قاعدة مستقرة تتبعها الأفراد من تلقاء أنفسهم دون إلزام من أية سلطة، وتحديد هذه القواعد يتبعها تحديد المجال الذي تصلح للتعامل بها لتكون بالضرورة متوافقة

1- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 436.

- تعتبر القاعدة العرفية قاعدة قانونية ملزمة في العديد من التشريعات الوطنية، فإذا لم يجد نص تشريعي يمكن للقاضي تطبيق قاعدة عرفية، أنظر كل من: **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 299.
- **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة...، المرجع السابق، ص 86.

2- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 238.

- Selon l'analyses théoriques les plus achevées, ce concept comme étant : ***« un ensemble de faits, révélant un sentiment juridique »***.

- ويقصد بالأعراف التجارية الدولية تلك العادات التي درج العمل الدولي بين التجار أعضاء التجمعات المعنية والتجارية على إتباعها في معاملاتهم عبر الدول، ومن أمثلتها نجد: العادات السائدة في عمليات البنوك، وبصفة خاصة العادات المتعلقة بعمليات الائتمان، والقانون العرفي INCO Terms والذي تم تعديله بانتظام بواسطة غرفة التجارة الدولية و ECE-Terms والخاص بتصدير الآلات والماكينات، أنظر في هذا الموضوع:
- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 300. وراجع أيضا:
- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 313. **و عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 145.

مع الأشخاص القائمين عليها ويتم قبولها والتعرف عليها قبل إبرام أي عقد بمحتواها، وتكون لهم الإرادة الصريحة على تطبيق هذه القواعد على معاملة قانونية ما[1].

المطلب الثاني

القانون الموضوعي الإلكتروني ومبادئ النظام العام

سبق وأن تحدثنا عن القانون الموضوعي الدولي للمعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية، أو ما يسمى بالقانون المادي الإلكتروني والذي يعمل على تقديم الحل الموضوعي المباشر أو المادي لموضوع النزاع دون الإحالة إلى قوانين أخرى باختلاف مواطنها للبحث عن الحل الأنسب[2]، وهو مستمد أصلا من أعراف وعادات وممارسات عملية وسط الجماعة المهنية المتكونة أساسا من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، والتي تحدث عنها أنصار المجتمع الافتراضي أنه من المستحيل على التشريعات الوطنية وحتى المعاهدات الدولية مسايرة وتغطية ميادين العلاقات الإلكترونية، باعتبار أنها تتصف بالسرعة وتخطوا خطوات متلاحقة يصعب ملاحقتها[3].

عرفت إقبالا واسعا من طرف جهات مختلفة قصد تنظيم هذا القانون والعمل على إضفاء الصفة الرسمية له، ومن ثم يصبح العمل به بصفة قانونية يمكن الدفع به كحجية في الإثبات بعيدا عن القوانين الوطنية والدولية، والتي تتصف في أغلب الأحيان بمحدودية تطبيقها وعدم ملائمتها للفضاء الإلكتروني التي تجري فيه مثل هذه العقود[4].

يفرض هذا المنطق علينا البحث في الطبيعة القانونية التي يتمتع بها القانون الموضوعي الإلكتروني، باعتبار ظهوره بعيدا عن الجهات الرسمية والتشريعية الوطنية

1- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 191.

2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 47.

- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 313.

3- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 143. واطلع أيضا على:

- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 210.

4- **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 66.

- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 112. واطلع في نفس الموضوع على:

- **GRAHAM James Alexander**, op.cit, p. 320

والدولية[1]، وهذا مقارنة بمبادئ النظام القانوني الذي يتصف بالإلزامية في قواعده، لأن الواقع – ومهما قيل عن وجود قانون موضوعي دولي يحكم العمليات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات– يدفعنا إلى التشكيك في وجود هذا القانون وقدرته على حسم كل المنازعات التي تثور بشأن المعاملات القائمة في مجال التجارة الإلكترونية، مقارنة بمبادئ النظام القانوني الذي لا يعدو مجرد قواعد سلوكية فقط أو عادات متفق عليها بين أطراف تتباين مراكزها القانونية، بل تفرض وجود تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها وقدرة على وضع قواعد جديدة.

تدفعنا هذه المعطيات إلى البحث في مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني، وهذه الفكرة تلزمنا وبالضرورة دراسة فكرة النظام القانوني بتقديم تعريفه و السّمات المميزة له مقارنة بالقانون الموضوعي من جهة، ومن ثم تطبيقها على القانون الموضوعي من خلال الاتجاهات المختلفة من خلال (**فرع أول**)، لنعرج فيما بعد إلى دراسة النقائص التي يتميز بها هذا القانون، من خلال التطرق إلى دراسة مدى إلزاميته، وشموله لجميع المسائل القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى محتوى مصادر هذا القانون والتي ستفصل في مدى تمتع هذا القانون بالنظام القانوني المستقل باعتبار ظهوره في بيئة مخالفة للقوانين الموضوعية الأخرى (**فرع ثان**).

الفرع الأول

مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني

اختلف فقهاء قانون التجارة الإلكترونية في إعطاء صفة النظام القانوني للقواعد المادية التي تشكل القانون الموضوعي الإلكتروني بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، حيث ظهر هناك اتجاهين متباينين حول هذه الفكرة، فذهب جانب من الفقه إلى القول بعدم تسبق الأحداث واعتبار أن قانون التجارة الإلكترونية ينظم ويشمل جميع جوانب النشاطات التي يتعين تنظيمها وحكمها، فاعتبروا أنه لم يحن الوقت لإعطاء دلائل قيّمة تحدد نطاق ووجود هذا القانون الذي هو في مرحلة الإنشاء، لأنه يحتاج إلى أكثر تنظيم وتحديد لقواعده، فمن

1– **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 312.

الصعب القول بأن قواعد القانون الموضوعي تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا بذاته وقادرا على تقديم الحلول لجميع المشكلات التي يمكن أن تثور في مجال التجارة الإلكترونية[1].

اعتبر جانب آخر من الفقه أن المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية من حقهم تحديد القواعد التي تطبق على ما يثور بينهم من نزاعات، فالمجتمع الافتراضي يقبل بفكرة أن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية تشكل قواعد قانونية قادرة على تنظيم نظام قانوني معادل للنظام القانوني الذي تسنه التشريعات داخل الدول، وذلك من أجل تنظيم الروابط القانونية بين الأفراد[2]، ولدراسة مدى انطباق فكرة النظام القانوني على القانون الموضوعي الإلكتروني الذي يتولى تنظيم المعاملات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، سنتطرق إلى تقديم تعريف للنظام القانوني **(أولا)**، ثم نعرج إلى موقف الفقه الذي انقسم إلى اتجاهين متباينين من مؤيد ومعارض لفكرة اكتساب القانون الموضوعي لصفة النظام القانوني أي وجود قواعد القانون الإلكتروني من عدمها **(ثانيا)**.

أولا: تعريف النظام القانوني:

يعرف النظام القانوني على أنه " ***مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها*** [3]"، بالإضافة إلى أن هذا النظام لا يقتصر فقط على مجموعة من القواعد السلوكية المتدرجة والتي تضبط الروابط القانونية، أو تقدم الحل المناسب لمنازعاتها، بل يلزم أن يوجد إلى جانبها تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها، وقدرتها على خلق قواعد سلوكية[4].

1- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 195.

- ويعرف النظام القانوني بأنه: " ***مجموعة متناسقة من القواعد التي تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، وذات الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها***"، ولمزيد من التفاصيل راجع: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 443.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 148.

3- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، المرجع السابق، ص 176.

4- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 62.

أضاف الأستاذ: **VIRALLY.M** بأنه " ***نظام تهذيب الروابط الاجتماعية، وما يميزه ليس فقط وضع قواعد ... ولكن أيضا إنشاء نظم متخصصة لضبط الروابط الاجتماعية ... أو حل المنازعات***"[1]، كما أضاف الفقيه الايطالي **ROMANO Santi** أنه نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية وسلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان، ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا النظام[2].

نجد – وبالعودة إلى التعاريف السابقة– أن هناك اختلاف حول تحديد مفهوم النظام القانوني، منه من يعتبر أن النظام القانوني قاعدة قانونية ، ومنه من ينظر إلى أن النظام القانوني على أنه تنظيم أو بناء.

1- النظام القانوني قاعدة قانونية:

حدد هذا الاتجاه النظام القانوني على نحو النظرية العامة للقانون، والقائمة على أساس نظرية كلسن التي أطلق عليها اسم النظرية الخاصة للقانون، حيث تقوم على نظام تدرجي للقواعد، أي على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي، فتركيز هذا الاتجاه على مفهوم القاعدة القانونية وعلى العلاقات الداخلية بين القواعد في مجملها، لأن النظام القانوني ليس سوى القانون المطبق من المحاكم، بل هو مجموعة قواعد متناسقة ومرتبطة بعضها البعض، ولكنها مغلقة لا تقبل أي انتقال لقواعد أخرى من نظلم آخر[3].

2- النظام القانوني تنظيم وبناء:

1- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 443.

– ويضيف الفقيه الايطالي ***ROMANO Santi*** أن فكرة النظام القانوني فكرة مركبة، ذلك أن " ***القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن يكون صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء، توجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي شكل به وحدة، أو كائنا قائما بذاته***"، أنظر في الموضوع: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 62.

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 291.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 200.

3- وأنتقد الاتجاه عند تجاهله صفة التنظيم على النظام القانوني، أي وجود هيئة متماسكة، لها تنظيمها الخاص، وقدرتها على خلق القواعد القانونية التي تحكم الروابط الاجتماعية، وهي هيئة لها وجود ملموس، فنجد أن الفقيه الايطالي ROMANO Santi فضل استخدام مصطلح التنظيم القانوني بدلا من مصطلح النظام القانوني، ليعبر عن عدم كفاية القاعدة القانونية التي ركز عليها هذا الاتجاه للتعبير عن فكرة النظام القانوني، أنظر في هذا الموضوع: **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 197-198.

أبرز ما توصل إليه هذا الاتجاه، أنه لوجود نظام قانوني يجب توفر هيئة لصياغة قوانين جديدة من طرف أجهزة وهياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية قصد تطبيقها من القضاة، وفرض الانضباط عن طريق الهيئات القضائية، ليشكل بذلك الإلزامية التي تفرض على الأشخاص، فوفقا لهذا الاتجاه فالنظام القانوني يستخدم من الفقه القانوني للتعبير عن الهيكل والتنظيم والسلطة، فعمل على التركيز على الجانب العضوي بعد النقص والعجز الذي خلفه الاتجاه الأول الذي ركّز على السمة القاعدية[1].

ينتظر من الاختلاف القائم من الاتجاهين حول تحديد تعريف النظام القانوني، – فإن كان الأول يقصد به القواعد التي تفرض على الأشخاص من طرف نظام تشريعي، والطرف الثاني يعتبره هيكل وتنظيم وروابط اجتماعية دون الحاجة إلى قواعد موضوعية مفروضة من طرف السلطة–، ظهور اتجاه راجح جمع بين الاتجاهين، واعتبر تعريف النظام القانوني بأنه مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع المنظم والمتماسك والسلطة التي تأخذ شكل الجهاز الإداري للدولة، فالنظام القانوني قبل أن يكون قاعدة فهو تنظيم وبناء ومجتمع يسري فيه[2].

ثانيا: الخلاف الفقهي حول وجود قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني:

أحدثت مسألة إضفاء صفة النظام القانوني على القواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية اختلافا بين الفقهاء، فمنهم من يعارض تكوين هذه القواعد لنظام قانوني، فيما ذهب البعض إلى التأكيد على تلك القواعد أنها تشكل نظاما قانونيا قائما، وهذا ما سنراه فيما يلي:

1– الاتجاه النافي لصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني:

يؤسس هذا الاتجاه رأيه على عدم وجود وحدة بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، فيعتبر سوق يجمع بين العديد من الأشخاص، فمنهم مهنيين ومستهلكين وتجار مكونين بالصدفة تكون وجهة نظرهم غير متناسقة وغير منتظمة مع بعضها البعض،

1– **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 291.

- Les conditions structurelles d'un ordre juridique sont respectées dés lors que « ***des agents ou des appareils reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour élabores règles existantes, les appliquer et les faire respecter.*** ».

2– **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص 200.

ويدخلون في علاقات تعاقدية يصعب فيها تحقيق مجتمع متماسك ومنسجم ومتعارف، وهذا ما يؤكد صعوبة إقرار قواعد عرفية متفق عليها عل أساس المصالح[1] على غرار ما انتهى إليه الفقه بالنسبة لمجتمع التجار وممارسة التجارة الدولية.

يظهر في هذه النقطة أن الدول غير متعاونة في هذا المجال، وليس لديها الاستعداد الكافي لترك المنازعات التي يكون أحد رعاياها طرفا فيها كي يحكمها هذا القانون، فضلا عن أن المصالح الاقتصادية والسياسية المتعارضة للدول ستمنع كل محاولة لإنشاء أو اكتمال مثل هذا القانون الموضوعي، وجعله يشكل نظام قانوني يفرض ويلزم جميع الأطراف باحترامه[2].

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد الحدود لنفي صفة النظام القانوني على القانون الموضوعي الإلكتروني، عندما أكد على إمكانية تطبيق التشريعات الحالية التي ينص عليها القانون الدولي الخاص على الإنترنت، ولسنا بحاجة إلى قانون خاص به أو بالشبكات، لهذا اعتبرت أنصار نفي صفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني للتجارة الإلكترونية، أن الهدف الأساسي لقواعد القانون الدولي الخاص هو تحقيق الأمان وليس تحقيق العدالة.

يقدم في غالب الأحيان القانون الأكثر اتفاقا مع توقعات الأطراف وليس الأكثر عدالة، فاعتبروا أن أي نزاع يعرض سيكون له حتما أثر ملموس جغرافيا وإقليميا، لذا فإن عالم

1- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 148-149. وعن تكوين القانون الموضوعي:

- ويسترشد بعض الفقهاء بمثال دولة الصين، فلا يعتقد أنها سوف تشارك وتساهم في وضع قانون موضوعي للانترنت، تسمح قواعده بالانتشار الحر للأفكار والثقافات، كما يعتبر من المستبعد أن تتوافق الدول الكبرى مع الدول النامية أو الفقيرة حول تدابير حماية الملكية الفكرية في مجال الانترنت، راجع في هذا الموضوع: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 63. انظر أيضا:

- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، المرجع السابق، ص 177.

2- وقد عرض الأستاذ ***HOBBES*** لنظرية تنازع القوانين أو تعارض المصالح ***La théorie de la conflictualiser*** داخل المجتمع الشبكي، مؤكدا أن وجود هذا التنازع يكون في أقصى حالاته في الغرض الذي لا يستطيع فيه الأفراد أن يحددوا المصالح الخاصة لكل منهم أو مصالح الجماعة ككل. أنظر في هذا الموضوع: **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 202. واطلع في نفس الموضوع على:

- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...،المرجع السابق، ص 443.

- **IBID, et M Jacquet**, contrat du commerce électronique et conflit de lois, premières journées internationale du droit du commerce électronique, LITEC, Paris, 2002, p. 97.

المعلوماتية لا يتطلب تعديلا أساسيا في الطرق التقليدية للقانون الدولي الخاص، وهو المعمول به في جميع النزاعات التي يكون أحد طرفيها عنصرا أجنبيا، ولقد اعتمدته العديد من القوانين والاتفاقات الدولية خاصة في مجال التجارة الدولية[1]، ولكن هذا لم يمنع من وجود أنصار عالم التجارة الإلكترونية الذين يدافعون على وحدة المجتمع الافتراضي، مما يجعلهم يشكلون مجتمع دوليا حقيقيا.

2- الاتجاه المعترف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني:

يذهب أنصار هذا الاتجاه في محاولة للتصدي للاتجاه السابق، إلى التأكيد على وجود مجتمع افتراضي كوحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية، ويتمتعون بفكر واحد ومرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة، مما يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا، يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، ومن ثم فإن القواعد التي تصدر عنها تتمتع بالقوة والفعالية في الفصل في النزاعات المتعلقة بنشاطها، كما تفرض الجزاءات التي تضمن لتلك القواعد الاحترام[2] على غرار القواعد المادية للتجارة الدولية.

أكّدت مدرسة قانون التجارة الدولية على أن سلطة وضع أو سنّ تقنين لقواعد قانونية لا يقتصر على السلطات التشريعية للدول فقط، بل من حق التنظيمات المهنية والدولية والتي تهتم بحركة التجارة الدولية وضع تقنين خاص، باعتبارها الأقدر على معرفة مصالح المتعاملين في فضائها، وقد استرشدت بوجود بعض التنظيمات المهنية التي تتمتع بتنظيم قانوني ومقدرة فنية ومالية هامة، وهي ميزات لا نجدها عند أغلب الدول، وهذا ما يؤهلها

1- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 154.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 205. وفي مجال فرض الجزاءات أضاف:

- إلا أن مجال فرض الجزاءات يبقى صعب التطبيق نظرا لتعدد العمليات الإلكترونية، وتعدد موردي الخدمة في هذا المجال، الأمر الذي يمنح الفرص للمستخدمين قصد التلاعب بعناوينهم وتغييرها متى شاءوا، وبالتالي فمن الصعوبة التعرف عليهم، وهذا ما يؤدي إلى التقليل من فعالية الجزاء الذي يدافع عنه مناصرو الاستقلال العام للعالم الافتراضي. واطلع أيضا على:

- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 102، و **حسين الماحي**، المرجع السابق، ص 25.

- **GAUTRAIS Vincent, LEFEBVRE Guy et BEN YEKHLEF Karim,** op.cit, p. 547.

للاضطلاع بمهمة تقنين سلوك الأفراد الذين ينتمون إليها، وبالتالي إعطاء القوة والفعالية لهذه القواعد في الفصل في النزاعات المتعلقة بنشاطها[1].

اجتمعت للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية العناصر اللازمة لتكوين نظام قانون مستقل ومتميز، وذلك مع وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، ووجود هيئات وأجهزة تقوم بمهمة تنقية القواعد السلوكية وصياغتها والسهر على احترامها، من بينها غرفة التجارة الدولية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وأن هذه القواعد لا تفتقر إلى الجزاء عند مخالفتها، وهذا دليل يفرض إعلان عن استقلال هذا المجتمع الشبكي عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة[2].

يبقى في ظل عدم وجود القواعد المتخصصة التي تراعي الطبيعة الخاصة لمثل هذه العمليات، منح هذه القواعد الصادرة عن هذه الجهات قوة فعلية وواقعية تفرضها حاجة التجارة الدولية في هذا المجال، فهي تقدم الثقة والأمان للمتعاقدين في مجال التجارة المعلوماتية، حيث تضمن وحدة الحلول الفنية والقانونية التي تفرضها الطبيعة الإلكترونية للوسيلة التي يتم من خلالها التعامل، وتجتنب الفراغ أو القصور التشريعي الذي يمكن أن يظهر في التشريعات الوطنية، نظرا لغياب قواعد وطنية في هذا المجال، وذلك لتفادي دخول الأطراف في اتفاقات تبادل فردية قد تكون غير كاملة ولا تصبو إلى الهدف المرجو تحقيقه[3].

الفرع الثاني
تقييم القانون الموضوعي الإلكتروني

1- **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، المرجع السابق، ص 166-167.

2- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 447. وعن استقلالية القانون الموضوعي اطلع على:

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 291.

3- **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، المرجع السابق، ص 127-129. ومن مساندي القانون الموضوعي نجد:

- هذا ما دفع بالقضاء الفرنسي إلى التأكيد على القوة الملزمة لهذه القواعد، رغم أنها لم تصل إلى مرتبة القوانين الصادرة عن الهيئات التشريعية للدول، لكنها تشكل مصدرا من مصادر القاعدة القانونية في مجال التجارة الدولية فقوتها الإلزامية ليس مرجعها إرادة الأفراد فحسب، وإنما أيضا باعتبارها قائمة على تلبية حاجات ومقتضيات التجارة الدولية. القوة الإلزامية لهذه القواعد تستمدها من معالجتها للعديد من المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية.

يهدف القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تقديم الحل الموضوعي أو المادي للمسألة محل النزاع مباشرة، دون الإحالة إلى قوانين أخرى، لكن وعلى الرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، يبقى الواقع يدفع إلى التشكيك في وجوده وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات[1]، وهذا ما سنبينه من خلال تقييمنا لهذا القانون باعتبار أنه قانون لا يتصف بصفة النظام القانوني، نظرا لعدم توافره على عنصر الإلزام في القواعد المشكلة له، بالإضافة إلى نقص وقصور هذه القواعد **(أولا)**، وكذا النظر إلى مصادر هذه القواعد ومدى كفايتها لتشكيل نظام قانوني مستقل للقانون الموضوعي الإلكتروني **(ثانيا)**.

أولا: انعدام الإلزام ونقص قواعد القانون الموضوعي:

يعد المجتمع الافتراضي في الحقيقة غير مستقل عن الدول وعن المجتمع الحقيقي، لأن العقود التي تبرم عبر الشبكات الإلكترونية تتم عن طريق مستخدمون في الواقع أشخاص حقيقيون لهم موطن ومقر حقيقي، ويقومون بدفع التزامات مالية من خلال حسابات حقيقية لدى بنوك لها مواقع مكانية معروفة، كما أن الوسائل الفنية للاتصالات تتمركز في إقليم دولة وفي أماكن جغرافية محددة، وبالتالي يمكن أن تخضع العمليات التي تتم عبر الشبكات الرقمية لقوانين تلك الأماكن والأقاليم، أي لقوانين حقيقية ملموسة وليست افتراضية، وذلك حسب ما تحدده قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص[2].

تتميز هذه القواعد بالطبيعة الاختيارية، مما يعطي للأفراد الحق في اختيار بعض النصوص وتجنب البعض الأخر، أي الاختيار يكون وفقا لما يتفق مع مصالح الأطراف المشتركة، كأن يتم الاتفاق بين الأطراف على الأخذ بالقواعد الفنية التي تنظم عملية تبادل الرسائل دون غيرها من القواعد التي تختص بتنظيم الجوانب الموضوعية المتعلقة بالتزامات

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 60-61.

- وهذا بالرغم من أن هذا القانون يتمتع بصفة الدولية نظرا لطبيعة المعاملات التي يحكمها، إذ تتميز بطابع عابر للحدود وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت، وتتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية فيما بينها، وتتصل بمصالح التجارة الدولية. أنظر: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع نفسه، ص 60-61.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 204.

كل طرف، تهربا من مسائل تفرض على الأطراف وتلزم إتباعها[1]، كما يعتبرها البعض أنها مجرد شروط تعاقدية وليست قواعد قانونية باعتبار أنها لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية، فهي تستمد سلطانها من اندماجها في العقد[2].

يتأكد أيضا نفي صفة النظام القانوني على القانون الموضوعي الإلكتروني، نظرا لعدم توفر الإلزام في قواعده بالإضافة إلى نقص وقصور القواعد المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني.

1- عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي:

وضعت أو سنّت قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني على أساس اتفاق اختياري بين المتعاملين في هذا المجال، أي كانت تلقائية تتكون من سلوك الأشخاص الاعتيادية ومتشكلة من قواعد عرفية وعادات اختيارية، ولا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعتبر ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فمن الصعب في عالم التجارة الإلكترونية أن يقوم الأطراف بفرض الجزاء على الأخر[3]، فتغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة في ظل تزايد المنافسة الشرسة بين الشركات التجارية التي تستخدم الشبكة كوسيلة لعرض منتجاتها أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية والتي لا تبالي إلا بمصالحها الذاتية[4].

1- **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، المرجع السابق، ص 136-137.

- وفي هذه النقطة يظهر التناقض الذي يميز هذه القواعد، بين الطبيعة الاختيارية وبين ما تتضمنه من نصوص ملزمة ليطرح السؤال حول مدى قدرة القاضي في تطبيق هذه القواعد الاختيارية، وما حجيتها في الإثبات وقدرتها في حل النزاعات.
- الإشكال المترتب عن تطبيق القانون الموضوعي هو عدم خضوعه للرسمية في تنظيمه، فهو قانون ينشأ خارج الجهات الرسمية المكلف بتشريع القوانين، مما يجعله قانون نموذجي لا يرقى لدرجة النظام القانوني.أنظر: **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، المرجع نفسه، ص 136-137.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 64.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 64. واطلع كذلك على:

- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 151.

4- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 64-65. و كذلك: - **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 445.

تبقى فكرة استبعاد القانون الداخلي في تنظيم مشكلات العالم الافتراضي، أمر لا يمكن التسليم به[1]، لأن الحاجة ستظل قائمة لتدخل الدولة ليس فقط لإقامة التوازن بين مصالح المتعاملين في فضاء شبكة الإنترنت، نظرا لتعارض المصالح فيما بينهم، فمنهم من يفضل المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، بل من صلاحيات الدولة توقيع جزاءات قانونية وفقا لسلطاتها القائمة في يدها على كل من يخالف القواعد السلوكية والقواعد القانونية ذات الصلة، والتي ستبقى متربعة على عرش تنظيم التعامل على مستوى الشبكة[2].

2- نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي:

يظهر هذا خاصة في حداثة القانون، باعتبار أنه قانون مازال في بداياته الأولى وهو في طور التكوين، لأن أي قانون يصعب شموله على جميع القواعد القانونية[3]، وبمفهوم آخر فالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية يحتاج قبل إصداره دراسة أبعاده وانعكاساته القانونية، خاصة فيما يتعلق بشروط تكوين العقد واثبات المحررات الإلكترونية، بالإضافة إلى حماية حقوق وحريات الأطراف وفقا لما يسمى بالقواعد القانونية القائمة.

يتجه هذا القانون في بادئ الأمر إلى الكشف عن الصعوبات والعقبات والمخاطر التي سوف يواجهها التبادل الإلكتروني للمعلومات في الأوساط التجارية على الصعيد القانوني، كما تحتاج الشبكة إلى تأمينها من محاولات اختراقها وتخريب مقوماتها أو اتخاذها كوسيلة لسلب الحقوق المكتسبة للأطراف والاعتداء على الحريات[4]، وهي المقومات التي

1- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 151.

- فإذا كانت صياغة هذه العقود تتم بنماذج تفصيلية مطبوعة من طرف شركات متخصصة، لتعبر فيها عن شروط وأحكام العقد لمواجهة كل ما قد يحتمل من منازعات، إلا أن الواقع العملي يكشف عن وجود نقص في أغلب الأحيان مما يستوجب تطبيق القواعد العامة، نظرا لأهمية تطبيق هذه القواعد، عن: **عادل حسن علي**، المرجع السابق، ص 09.

2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 65.

- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص 158.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 65. أنظر كذلك:

- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 445.

4- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص 07. وبالنسبة للقانون النموذجي العربي:

من المفروض إدخالها في التنظيم القانوني للقانون الموضوعي لبث الثقة فيها وتؤكد نفاذها عند اللزوم[1].

يفرض على القانون الموضوعي تغطية الفراغ الذي يثيره التعامل على الشبكة الدولية للمعلومات، وذلك بالرجوع إلى النظم الوضعية في الدول المختلفة، خاصة بالنسبة إلى المخاطر التي تظهر في معاملة الطرف الضعيف، ففي أغلب الأحيان تفرض قواعد قانونية من الطرف الأقوى اقتصاديا لتفادي استبعاد القاضي أو المحكم لهذا القانون وبالتالي الاعتماد على قناعته الشخصية[2].

ثانيا: مدى تشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل:

نتطرق من خلال دراسة هذه النقطة إلى مدى استيعاب القواعد المادية للحلول التي تتطلبه لمعالجة المشاكل القانونية التي تعترض سبيل تطور وإنماء عقود التجارة الإلكترونية.

أكد أنصار المجتمع الافتراضي على وجود قواعد تشكل نظاما قانونيا قائما، والمتمثلة في تماسك وتجانس المجتمع المنظم لمجالات التجارة الإلكترونية، وذلك عن طريق هيئات تسهر على تقنين قواعد السلوك، وحمايتها تحت طائلة فرض جزاءات صارمة عند مخالفتها، لكن يتساءل الكثير عن حقيقة هذه القواعد ومدى كفايتها لسد الثغرات القانونية وإعطاء حلول لمشاكل التجارة الإلكترونية، وهذا في ظل حجم المعاملات التي تتم في مجالها[3].

– ونصت المادة الخامسة عشر (15) من القانون العربي النموذجي في شأن مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت على أنه: " ***يحمي القانون ممارسة التجارة والمعاملات التجارية المشروعة التي تتم عبر أي وسيط إلكتروني بين المتعاملين، وذلك وفقا للأنظمة الداخلية لكل دولة***".

1– **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص 155.

– **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 112.

2– **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 66.

– ويبدو من الأهمية التدخل لحماية المستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد الإلكتروني، وذلك في مواجهة استغلال المنتجين الكبار، نظرا لتنوع السلع والخدمات وصورها المعقدة، مثل استخدام أساليب الدعاية المغالى فيها والترويج، وطرق الإبهار والإغراء المقدمة عبر وسائل الاتصال الحديثة ووسائل الإعلام أنظر في هذا الموضوع: **عادل حسن علي**، المرجع السابق، ص 15.

3– **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 116.

يقتضي وللإجابة على هذه التساؤلات ضرورة العودة إلى مصادر ومكونات القواعد المادية للنظر في مدى صلاحيتها لمواجهة احتياجات العمليات الإلكترونية، وتغطية كافة جوانب النشاط القائم في مجال التجارة الإلكترونية، والمتمثلة أساسا في الاتفاقات الدولية، القوانين النموذجية، تقنيات السلوك والعرف.

1-الاتفاقات الدولية وحاجة التجارة الإلكترونية:

تعمل بعض الاتفاقات على توحيد قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلا للتنظيم بين الدول المتعاقدة، منها اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، اتفاقية مكسيكو لعام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع[1].

تستثنى اتفاقية لاهاي لعام 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، من بين مصادر القواعد المادية الإلكترونية، باعتبارها لا تعتمد على قواعد مادية تتضمن تنظيما مباشرا كما هو الشأن لأهداف القواعد المادية[2].

ظهرت اتفاقات تعمل على توحيد القواعد المادية الداخلية، من خلال نص موحد لمجموعة قوانين داخلية، وهذا ما يتنافى مع متطلبات القواعد المادية الإلكترونية التي تعتبر قواعد مستقلة عن القوانين الوطنية، كما نجد اتفاقات تهتم بوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الدولية، والتي تطبق بصفة مباشرة على أحد جوانب علاقات التجارة الدولية، وهي الفكرة التي تعتمد عليها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية[3].

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص ص 663-664.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 143. وانظر كذلك:

- **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة...، المرجع السابق، ص 120.

3- **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 66.

- أجمع أغلب فقه التجارة الإلكترونية، على أن إعداد اتفاقات ومعاهدات دولية خاصة بالإنترنت أمر صعب ومعقد، نظر لاختلاف المفاهيم والفوارق بين ثقافات الدول وحضاراتها، فرغم بروز اتفاقات ثنائية أو ذات طابع إقليمي كما يجري على المستوى الأوربي مثلا، نجد أن هذه الاتفاقات تعتبر أدوات تنظيمية دولية لها أهميتها، وإن كانت لا تعالج

يعد تطبيق هذه الاتفاقات جد ملائم باعتبارها تستجيب في مضمونها وأهدافها لمتطلبات الروابط الدولية، ولا تطبق إلا في مسائل مباشرة، ومنها اتفاقية لاهاي لعام 1964 المنظمة للبيع الدولي للمنقولات المادية، واتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع[1].

ظهرت هذه الاتفاقات بعيدا عن الواقع الذي فرضته الأنترنت، ولم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ المعلوماتي الدولي لمفهوم الشبكات[2]، بالإضافة إلى أن إعدادها يتطلب مدة طويلة، ويصعب جمع عدد كبير من الدول لتحقيق المعاهدة والحصول على موافقتها على الحلول المقترحة، وما يبرر هذا هو الاختلاف والتباين بين الأنظمة القانونية للدول، أو من حيث إلزامها لقواعد شكلية مثل الكتابة والتوقيع على الورق بشكله التقليدي، دون أن تقبل التطبيق على الدعامات الإلكترونية[3]، مما يفرض حتمية تعديله وتحديث المبادئ الأساسية لقيامها قصد تطبيقها على المعاملات الإلكترونية.

2-الاستعانة بالقوانين النموذجية:

تعد القوانين النموذجية مفتوحة المجال، تاركة المهمة التنظيمية للدول لاستكمال التفاصيل الإجرائية، باعتبار أن مهمتها يقتصر على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد الضرورية للتطبيق، مما يجعلها تمتاز بالقصور في الرد على بعض الإشكالات التي تبقى عالقة في مجال التجارة الإلكترونية، فالقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم

المشاكل الفنية خاصة المطروحة في إطار شبكة الإنترنت العالمية. أنظر: **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع نفسه، ص 66.

1- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص ص 218-219.

- كما أنه بالرجوع إلى القانون الموضوعي للتجارة الالكترونية نجدها مخيبة للآمال وغير شاملة لكل فروع القانون، خاصة وان العقود المبرمة عبر الإنترنت مست كل فروع القانون، أنظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 446.

2- **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 64.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص ص 220-221.

- منها اتفاقية وارسو الموقعة في 12 أكتوبر 1929 في شأن توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي، وبروتوكول تعديل نفس الاتفاقية الموقعة في لاهاي بتاريخ 28 سبتمبر 1955.

المتحدة للتجارة الدولية، وبالرغم من توسع نطاقه[1]، يبقى متأخرا عن معالجة العقود المبرمة لغرض الاستهلاك، وكذا عدم تعرضه لبيان القواعد التي تحكم العلاقة بين المنشئ أو المرسل وبين الوسيط، حيث اكتفى بالروابط القانونية التي تتم بين المنشئ للرسالة والمرسل إليه[2]، مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

3-مساهمة تقنيات السلوك:

تعمل هذه التقنيات على إنشاء قواعد سلوك دون أن تضفي عليها قوة الإلزام، التي تتميز بها المعاهدات أو القوانين المحددة للالتزامات الأدبية المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، كما نجد أن هذه التقنيات وضعت لمتطلبات محددة، وتختلف من فئة إلى أخرى[3]، منها تقنية السلوك الموحد في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية لعام 1996، والتقنيات التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكترونية، وخطابات النقل البحري، هذا ما يؤكد محدودية تقنيات السلوك[4].

يعمل الأطراف من خلال تقنيات السلوك على الاتفاق حول تطبيقها على التبادل الإلكتروني للبيانات، وليس القصد منها أن تكون بمثابة اتفاق تبادل نموذجي، كما نجد أغلبها لا تهتم ولا تغطي القضايا التقنية والقانونية.

4-استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية:

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 28.

- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، 54.

2- كما لم يتضمن قانون الأونسيترال لمسألة تسوية المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، أنظر دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، على الموقع: www.uncitral.org .

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 51.

4- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص ص 229-230.

- لقد تم وضع بعض التقنيات لأجل تنظيم الاتصالات التي تتم بين الأطراف، ولا تتعلق بالالتزامات التجارية الناشئة عن الصفقات التجارية الأساسية عن طريق استخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ومنها تقنيات السلوك الأمريكية، والتي سميت بقواعد الاستخدام المقبولة، والتي تحتوي على شرط عدم التجارية، وهو ما يتعارض مع فكرة التجارة الإلكترونية. اطلع على: **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص ص 229-230.

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

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

يبقى أن الواقع الذي يؤكد في كل مرة التحول نحو بزوغ أكثر للتجارة الالكترونية التي تجري عبر الإنترنت، مما يحتم ضرورة البحث عن القواعد التي تنظمها لتفادي الفراغ القانوني الناتج أصلا من حداثة هذا المجال، فالاستمرار في تطبيق هذه القواعد كفيل بتحويلها إلى عادات تجارية ملزمة وفعالة في مجال التجارة الالكترونية، سيما وأنها قواعد نابعة من مؤسسات تتشكل من ممثلي الحكومات، وإعدادها كان نتاجا لدراسة الأنظمة القانونية المختلفة ودراسة لواقع التجارة الالكترونية، مما يجعلها اقرب لفكرة المبادئ العامة

1- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص ص 136-138.

- هذه الصعوبة تفسر هجرة الاتفاقات ذات الصلة بالتجارة الدولية لمصطلح العرف، والاكتفاء بتطبيق العادات التلقائية للتجارة الدولية.

- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 51.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 239.

التي تقوم على تمثيل الأنظمة القانونية المختلفة، وهذا ما يمنح الحلول المشتركة لممثلي التجارة الدولية والمتعاملين عبر شبكة الإنترنت[1].

الفصل الثاني

1- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، ص 183.

الفصل الثاني

تحديد الجهة القضائية ا' ´زاعات عقود التجارة الإلكترونية

تعتبر المعاملات التجارية التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية من خلال الشبكات الدولية للاتصالات باختلافها وتنوعها وكذا سهولة إبرامها، من بين المجالات الأكثر استعمالا من طرف المتعاقدين في هذا المجال[1]، مما جعلها تفرض نفسها في عالم التجارة الدولية منافسة في ذلك المعاملات التجارية التقليدية، وهذا ما دفع إلى زيادة حجم التعاملات عن طريق هذه الوسائل، نظرا للعلاقات المتعددة لهذا المجال وتنوع المعاملات التجارية[2] لكن هذا التنوع والسهولة في إبرام هذه العقود، يقابلها نموا مطردا في حجم الخلافات والمنازعات بين الأطراف المتعاقدة، سواء في إبرامها أو تنفيذها.

أرجع أغلب العارفين بمجال التجارة الالكترونية في تحليلهم لأسباب ظهور هذه الخلافات والنزاعات بين الأطراف إلى الغياب المادي للمتعاقدين لحظة إبرام العقد، ففي

1- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص ص 69-70.

– منها الشبكة العنكبوتية العالمية التي تعتبر من الشبكات الرئيسية الموجودة على النت، وتسمى اختصارا بالويب، ونجد أيضا البريد الإلكتروني الذي هو عبارة عن استخدام شبكة الإنترنت كصندوق للبريد لإرسال الرسائل الإلكترونية إلى شخص أو عدة أشخاص، بروتوكول نقل الملفات، وبهذه الوسيلة يتم نقل أي كمية من الملفات أو البرامج من الكمبيوتر لأي شركة أو مؤسسة أعمال، ووضعه على ذاكرة جهاز الكمبيوتر بالجهة الأخرى، بالإضافة إلى قوائم البريد الإلكتروني التي يمكن استخدامها لتبادل الآراء والنقاش حول موضوع معين بين مجموعة من الأشخاص، وتشبه كثيرا نظام التخاطب عبر الإنترنت **Internet Relay Chat** ، وتعتبر كل هذه التقنيات من بين أهم خدمات الإنترنت والتي تستعمل في نطاق واسع من خلال إبرام العقود أو تبادل الخدمات بين مختلف المؤسسات العالمية. اطلع على: **إيناس الخالدي**، المرجع نفسه، ص ص 69-70.

2- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 709.

غالب الأحيان تكون الأطراف متواجدة في دول مختلفة، ويقومون بتنفيذ التزاماتهم الكترونيا عبر حدود تلك الدول[1]، ونظرا لهذه العلاقات التي تنشأ بين أطراف متباعدة جغرافيا، وكذا استعمالهم لوسيلة مفتوحة على العالم، الأمر الذي يجعل من هذه العلاقات مجالا خصبا لتنازع الاختصاص القضائي للنظر في منازعاتها[2] مما يجعل الإشكال يكمن أساسا في صعوبة تحديد الجهة القضائية للفصل في النزاع القائم بينهما[3]، فالأطراف في هذا المقام يتعين عليهم البحث الجهة القضائية المختصة للنظر في الخلاف الناتج عن العقد من بين محاكم الدول التي لها علاقة بالعقد، مما يطرح مسألة تنازع الاختصاص القضائي[4] وبالتالي تحديد الجهة القضائية المختصة[5].

1- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 102.

- يغيب مجلس العقد التقليدي في مثل هذه العقود، فمجلس العقد الإلكتروني مجلس افتراضي بلا جدران، فقد يكون البائع في مكان والمشتري قد يبعد عنه بعدة أميال، كما قد يختلف حتى التوقيت الزمني أيضا بين مكاني البائع والمشتري. اطلع على: **إيناس الخالدي**، المرجع نفسه، ص 102.

2- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، مصر 2003، ص 05.

3- **محمد ممتاز**، المرجع السابق، ص 69. واطلع في هذا الموضوع أيضا كل من:

- La simplicité de contracter sur l'Internet contraste sévèrement avec les difficultés pour déterminer les règles applicables en matière de litige, et notamment de désigner le juge compétent, voir :

- **NAIMIE- CHABONNIER**, op.cit, p. 207.

- Le Droit des conflits de juridictions traite des difficultés qui surgissent en raison de la concurrence susceptible d'exister entre juridictions de différents États relativement à un rapport de droit privé donné, voir :

- **LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, DEVAREILLES-SOMIERES Pascal**, op.cit, p. 599.

4- يطرح موضوع الاختصاص القضائي الدولي عندما تتضمن العلاقة عنصرا أجنبيا، كأن يكون أحد الأطراف المتقاضين أجنبيا، وأن يكون موضوع النزاع أو الدعوى يتناول حقا موجودا في الخارج، أو عملا قانونيا تم في أراضي دولة أجنبية، ولهذا تقوم قواعد الاختصاص الدولي بتحديد الدولة التي يعود إلى محاكمها حق النظر في الدعوى، وهذا ما يتماشى مع العقود التجارية التي تتم عبر وسائل الكترونية، والتي نجد أغلبها تتم بين أشخاص متواجدين في دول مختلفة، كما أنه من الوارد أن يتم تنفيذ العقد في دولة ثالثة، مما يعني أن العلاقة التعاقدية تربط بقوانين دول أخرى متعددة، هذا بالإضافة إلى الطابع العالمي لوسائل الاتصال الإلكترونية المستخدمة في انجاز المعاملات التجارية، أنظر في هذا الموضوع: **إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص ص 311-312.

5- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 157، و**عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص 323.

يزيد من صعوبة تحديد المحكمة المختصة لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية الوسط الذي تجري فيه مثل هذه العقود، والمتمثل في فضاء خاص يتفادى الاصطدام بالطابع الإقليمي والمادي للاختصاص الذي يقوم على آليات تقليدية وتعتمد أساسا على ضوابط مكانية، أي طرح النزاع على المحاكم الوطنية ذات الاختصاص الإقليمي[1]، والتي لا تستجيب لطبيعة المعاملات الإلكترونية من حيث قيامها على معطيات غير محسوسة.

ينجر عن تطبيق الأساس الإقليمي للاختصاص القضائي القائم على روابط مكانية إثارة التساؤل عن كيفية تطبيق هذا المعيار – الذي يصفه فقهاء التجارة الإلكترونية بالتقليدي – وضوابطه على المنازعات المترتبة عن العقود التجارية المبرمة بالطرق الإلكترونية والتي لا تسمح طبيعة القنوات التي يجري من خلالها المعاملة بتركيزها في حدود جغرافية معينة[2]، باعتبار أن مواقع الفضاء الإلكتروني يمكن النفاذ إليها من أية دولة في العالم، وهذا ما يؤدي إلى إبراز اختصاص محاكم العديد من الدول بنظر منازعات المعاملات التي أنجزت من خلال هذا الموقع، وهو ما يتطلب وفقا للمعايير التقليدية للارتباط المادي تحديد مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو موطن أطرافه[3]، وهذا ما يصعب تحديده في العالم الافتراضي.(**المبحث الأول**).

تعتبر هذه الصعوبات المطروحة على صعيد الاختصاص أساس التفكير الذي ذهب إليه أغلب الفقهاء والمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، للبحث عن طرق أخرى تتماشى مع المعاملات الإلكترونية ولا تتصادم مع الضوابط الإقليمية التي تمتاز بها القواعد العامة

1- ويقصد بهذه الضوابط، ذلك الاختصاص الذي يقوم على تنظيم العلاقة القانونية التي تتضمن عنصرا أجنبيا وذات ارتباط بأكثر من دولة واحدة، وفي هذه الحالة- وكما هو معمول به في مختلف الأنظمة القانونية المقارنة- يتولى القانون الوطني تنظيم المسائل المتعلقة بهذا الاختصاص، والذي تتميز قواعده بالموضوعية وتتركز في تحديد= =الحالات التي يختص بها القضاء الوطني بنظر المنازعات الدولية، راجع في هذا الموضوع وبالتفصيل، **ممدوح عبد الكريم**، المرجع السابق، ص 247.

2- عبر عنها الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة في عنوان ***الإنترنت تتنافى وسبب وجود القانون الدولي الخاص*** وأضاف أن ظاهرة الحدود السياسية التي تقوم عليها ضوابط القانون الدولي الخاص هي ***عدو الإنترنت***، راجع في هذا الموضوع: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 38.

3- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 11.

المعمول بها لتحديد الاختصاص القضائي لحل النزاعات الناجمة عن عقود التجارة الإلكترونية[1].

ظهرت فكرة الاستعانة بالطرق الإلكترونية لحل النزاع، على أساس أن التعامل الذي يجري عبر الوسائل الإلكترونية يستلزم حل نزاعاته عبر قنوات مشابهة لتلك التي أبرم من خلالها العقد[2].

يستلزم لمثل هذه الطرق الجديدة المستخدمة في إبرام العقود أن تقابلها آليات تتسم بالسرعة والسهولة بعيدا عن الإجراءات المعقدة والتي تستغرق وقتا طويلا أمام القضاء العادي، فالواقع العملي أظهر آليات جديدة لتسوية المنازعات التي تثيرها التجارة الإلكترونية، يجري اتخاذ إجراءاتها على قنوات الكترونية مماثلة لتلك التي جرى من خلالها التعامل محل النزاع[3].

اتجه الفكر بعد شيوع استخدام التقنيات الحديثة في إبرام العقود وإتمام الصفقات، إلى تسوية مثل هذه النزاعات إلكترونيا عبر شبكات الاتصال دون الحاجة إلى انتقال الأطراف المتنازعة أو تواجدهم في مجلس واحد، وهذا سواء عن طريق اللجوء إلى الوسائل غير قضائية التي تعتبر بديلة كالمفاوضات والوساطة والتوفيق وباستخدام وسائل إلكترونية، أو اللجوء للطريق القضائي ألا وهو التحكيم الإلكتروني **(المبحث الثاني)**.

1- ينادي الأستاذ الأمريكي **John Perry BARLOW** إلى "***أنه وفي ظل تخلف القواعد القانونية القائمة، فقد آن الأوان لإعلان استقلال الفضاء المعلوماتي أو الواقع الافتراضي، واستبعاد أي تدخل ورقابة من الدولة على العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، ومن بين ذلك استبعاد العمل بمناهج القانون الدولي الخاص***"،

- نقلا عن: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 40.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص ص 160-162.

- قامت اللجنة الأوربية المعنية بتسوية المنازعات بإعداد مؤتمر « ***e-conférence forum*** » من أجل تسيير تبادل المعلومات والخبرات في مجال تسوية المنازعات خارج القضاء بشأن الأعمال الإلكترونية، كما قام المجلس الأوربي بإصدار إعلان 19-20 يونيو لعام 2000 أكد فيه على أهمية نظام تسوية المنازعات.

3- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 158.

- وهي وسائل غير قضائية للنظر في النزاع والفصل فيه من خلال شبكات الحاسب، سواء كانت منازعات وقعت إلكترونيا أو المنازعات التقليدية، إذ تتصرف هذه الوسائل إلى حل النزاع بغض النظر عن الآلية التي تم من خلالها العقد.أنظر: **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع نفسه، ص 158.

المبحث الأول

ضوابط الاختصاص القضائي الدولي

يظهر من قواعد الاختصاص القضائي أنه متبنى من جميع القوانين والتشريعات الوطنية[1]، باختلاف المعايير أو الضوابط التي تستند إليها كل دولة، وقد تكون إقليمية أو شخصية، والاختصاص فيها قد يكون أصليا أو طارئا.

يتم فيه تحديد المحكمة المختصة بالنسبة للاختصاص الأصلي، أساس الارتباط الإقليمي والذي يكون مرتبط بموطن المدعى عليه أو المدعى، موضع المال موضوع النزاع أو مكان نشوء محل الالتزام أو مكان تنفيذه[2].

تختص محاكم الدولة بالدعاوي التي ترفع على من كان متوطنا في إقليمها، فلا فرق في ذلك إن كان المدعى عليه وطنيا أو أجنبيا، وكذلك بالدعاوي المتعلقة بالالتزامات التي تنشأ أو تنفذ في إقليم الدولة التي تنتسب إليها المحكمة، فالدولة تبرر اختصاصها على أن سيادتها على أقاليمها تقضي بأن يكون لمحاكمها الولاية القضائية على الأشخاص

1- حسب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 12 الصادرة في 23 أفريل 2008.

2- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص 324. وأنظر كذلك:

- **BOCHURBERG Lionel**, op.cit, p. 242.

- **إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص 318.

- فالدعاوي المتعلقة بالشخص المعنوي يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاص مركزه الرئيسي، سواء كانت الدعوى ضد الشخص المعنوي أو أحد أفراده، أو من أحد أفراده على الأخر، وتجوز رفع الدعوى أيضا لدى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروع الشخص المعنوي في المنازعات الناشئة عن التعاقد مع هذا الفرع أو عن عمله.

- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 12 الصادرة في 23 أفريل 2008.

المتواجدين على إقليمها، وذلك بغض النظر عن جنسيتهم وكذلك الأموال الموجودة والالتزامات التي تتم في إقليمها[1].

يرد اختصاص محاكم الدولة المبني على الارتباط الإقليمي إلى سهولة تنفيذ الحكم الذي يصدر منها على الأشخاص والأموال المتواجدة على إقليمها، كما قد يكون مرد هذا الاختصاص هو المبدأ القاضي بأن الأصل براءة ذمة المدعي عليه حتى يثبت العكس، ومادام لم يثبت بعد انشغال ذمته فليس من العدل أن يحمل مشقة الانتقال وراء الدعوى، فعلى المدعي أن يلاحق المدعى عليه لإثبات دعواه[2].

يتم اللجوء إلى الاختصاص الاتفاقي متى تخلف الاختصاص الأصلي، إذ يحق للمحكمة النظر في الدعوى على الرغم من عدم وجود ارتباط إقليمي أو شخصي إذا تحقق ظرف طارئ عقد لها الاختصاص، والمتمثل في الاختصاص الخاضع للإرادة، أو ما يسمى بالخضوع الإرادي، أي قبول الخصوم بالخضوع لولاية القضاء إما باتفاق صريح أو ضمني[3].

نتطرق في هذه النقطة إلى دراسة طبيعة الضوابط العامة للاختصاص القضائي **(مطلب أول)** بدءا من ضابط الإرادة في تحديد الاختصاص القضائي باعتباره المبدأ المتفق عليه في أغلب التشريعات الدولية والداخلية **(فرع أول)**، الضوابط العامة المستقر عليها في ظل غياب اتفاق الأطراف **(فرع ثان)**، لنعرج إلى تقييم هذه الضوابط في ظل عقود التجارة الإلكترونية **(مطلب ثان)**، من خلال الصعوبات التي تواجهها هذه الضوابط التي تتصف بالمكانية والمادية **(فرع أول)** والحلول المقترحة على المستويين التشريعي والقضائي في

1- **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 84.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 334.

- وهذا مع مراعاة اعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية التي تقضي بتوفير الرعاية اللازمة للمدعى عليه بمقاضاته أمام محكمة موطنه.

3-: **صابر عبد العزيز سلامة**، المرجع السابق، ص 80. وأنظر: **محمد سعيد خليفة**، المرجع السابق، ص 117.

- كأن يمتثل المدعى عليه أمام المحكمة غير المختصة دون أن يفع الطرف الأخر وهو المدعى بعدم اختصاصها للنظر في النزاع، كما أن هذا الضابط يسعى إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا، كالمستهلك مثلا أو العامل ومنحه الحق في اختيار المحكمة الملائمة لحل النزاع. انظر في هذا الموضوع: **محمد سعيد خليفة**، المرجع نفسه، ص 117.

محاولة تذليل الصعوبات الناتجة عن تطبيق هذه الضوابط على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية **(فرع ثان)**.

المطلب الأول

تطبيق ضوابط الاختصاص على عقود التجارة الإلكترونية

تتفق أغلبية القوانين والتشريعات المقارنة أن أهم ضابط في تحديد الاختصاص القضائي في المنازعات التجارية الدولية، هو ضابط الإرادة القائم على حرية الأطراف في اختيار الجهة القضائية لعرض النزاع القائم بينهما، أي وجود بند خاص في العقد يحدد المحاكم أو الجهة المختصة للنظر في النزاع عند حدوثه، أو يكون التحديد في اتفاق مستقل عن العقد بعد نشوب النزاع[1]، وفي حالة غياب إرادة الطرفين في تحديد المحكمة للنظر في النزاع، فإن الدول تتطلب لاختصاص محاكمها للنظر في النزاع وجود ارتباط أو نقاط اتصال بين العقد وهذه الدولة، كأن يجري إبرام العقد أو تنفيذه على إقليمها أو أن يكون لأحد أطرافه وجود قانوني كموطنه مثلا على هذا الإقليم، فالمبدأ السائد فيما يتعلق بتحديد اختصاص المحاكم يقوم على الوجود المادي للأشخاص أو الأشياء في دائرة اختصاص المحكمة[2].

تقوم كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص التي تطبق على إقليمها، سواء بمنح الحرية للأطراف في تحديده، أو بتحديد الاختصاص طبقا لضوابط إسناد موضوعية، لكن هل تتلاءم هذه الطرق مع العالم الجديد الذي تبرم من خلاله عقود التجارة الدولية، وفي هذه المجال اتجه جانب من الفقه إلى القول بإمكانية اللجوء إلى المحاكم التقليدية وذلك لحل المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، وهذا استنادا إلى القواعد العامة لتحديد الاختصاص القضائي[3].

1- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص 168.

2- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 710.

3- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 330.

يبقى هذا مجرد رأي يحتمل الكثير من الانتقادات، والتي تظهر من خلال دراسة هذه الضوابط بتسلسل وتطبيقها على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية التي تتم دائما في فضاء يتنافى مع الطابع الإقليمي و المادي لهذه الضوابط، ولأجل هذا سنتطرق إلى أهم الضوابط المستقرة في أغلب التشريعات الدولية، ومحاولة تطبيقها على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول

حق الأطراف في تعيين المحكمة المختصة

أجازت المعاملات الدولية للأطراف حرية تحديد السلطة القضائية المختصة بنظر نزاع قائم أو محتمل، وذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في تعيين المحكمة الآهلة لطرح النزاع على مستواها[1]، وهو الضابط المستقر والمتفق عليه في أغلب التشريعات المقارنة بغض النظر عن نوع العلاقة القانونية أو نوع النزاع[2].

يمنح للأطراف الحرية للخروج عن مبادئ الاختصاص بالاتفاق على الابتعاد عن تلك القواعد، وذلك بمنح الاختصاص لمحكمة أخرى غير المحكمة التي يقع في دائرتها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وهو ما يعرف بشرط الاختصاص القضائي[3]، وهو المبدأ الذي أخذت به اتفاقية بروكسل[4] بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد

1- **صابر عبد العزيز سلامة**، المرجع السابق، ص 80، و**بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 119.

2- منها القانون الجزائري الذي نص في المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن: "***يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا، ويوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، ويكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له***"، أنظر القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 12 الصادرة في 23 أفريل 2008.

3- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 332، و **إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص 314.

- Une telle dérogation peut être le résultat soit d'une prorogation conventionnelle de compétence par laquelle les parties conviennent de saisir une juridiction d'un autre Etat que celui désigné par la règle de compétence, soit d'un accord compromissoire par lequel les parties décident de soustraire le litige à toute juridiction étatique pour le confier à un tribunal arbitral, voir :

- **LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, DEVAREILLES-SOMIERES Pascal**, op.cit, p. 629.

4- **A. CAPRIOLI Eric**, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Edition du juris-classeur, Litec, Paris, 2002, p. 15.

المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوربي لعام 1968، واتفاقية لوجانوا لعام 1988[1] التي تبنت إمكانية الأطراف على تحديد المحكمة المختصة، ولقد تأكد هذا في المادة 23 من لائحة الاتحاد الأوربي رقم 2001/144 الصادرة عن المجلس في 2000/12/22 المتعلق بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والإداري[2].

يعد الاتفاق على الاختصاص بين طرفي العقد سابقا على قيام النزاع أو لاحقا، أي بعد نشوب النزاع حول موضوع العقد، فالاتفاق قد يكون صريحا كأن يتفق الأطراف في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة على جعل الاختصاص لمحكمة معينة يتم اللجوء إليها عند حدوث أي نزاع يتعلق بأي مرحلة من مراحل العقد[3]، أو اختيار المحكمة ضمنيا، فرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة يعني قبول اختصاصها ضمنا من قبل المدعى ومثول المدعى عليه أمام هذه المحكمة وسيره في إجراءات التقاضي من دون إثارة دفع بعدم اختصاصها للنظر في النزاع، وهذا قبل الدخول في مناقشة الموضوع يعني قبوله ضمنيا بهذا الاختصاص[4].

يعتد على الاتفاق الذي يتم من خلاله تعيين المحكمة المختصة أن يكون مكتوبا سواء بإدراج بند في العقد يولي الاختصاص لمحاكم دولة معينة، أو بإدراج بند تحكيمي، وفي هذه الحالة يخرج النزاع بصفة كلية من ولاية القضاء، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية بروكسل التي

- Les règles visant la détermination de la compétence juridictionnelle, selon la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, s'appliquer notamment lorsque le défendeur au litige a son domicile dans un Etat membre.

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 73.

– اتفاقية لوجانوا المبرمة في 1988/09/16 فيما بين دول إتحاد التبادل الحر المنضمة إلى الاتحاد الأوربي.

= Selon l'article 17 de la convention de Bruxelles *:" **Si les parties, dont l'une au moins à son domicile sur le territoire d'un Etat contractant, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat contractant pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat les seul compétents**".* Voir :

- **LE CLAINCHE Julien**, op.cit, p.p. 11-12.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 333.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 73.

4- **إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص 315.

نصت المادة 17 منها على شروط اختيار القاضي للفصل في النزاع[1]، كما قام مجلس الاتحاد الأوربي من جهته بإدخال تعديلا على المادة 17 من معاهدة بروكسل لتتلاءم مع طبيعة العقد الإلكتروني، فاعتبر في حكم الكتابة كل ما يتداول بالطريقة الإلكترونية، يمكن الاحتفاظ به بصورة دائمة، وتطبيقا لذلك يمكن اعتبار شروط اختيار الاختصاص القضائي صحيحا إذا جرى تأكيده بموجب رسالة إلكترونية شرط أن تحفظ هذه الرسالة في ذاكرة جهاز المتعاقد على نحو يسمح بالاطلاع عليها فيما بعد، ويبقى أن طبع الرسالة على سند ورقي والاحتفاظ بها لا يعتبر سندا كافيا[2].

تعتبر حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة مقيدة، ولكي ينتج هذا الاختيار أثره أن تكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي تم اختيارها للنظر في النزاع، وأن تكون هناك مصلحة مشتركة وبشرط أن لا يكون الاختيار مشوبا بالغش[3].

أولا: توفر الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختصة:

تتمثل حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة للنظر في النزاع من بين المبادئ القانونية المستقر في مجال التجارة الدولية، سواء كان الاتفاق على الاختصاص سابقا على قيام النزاع أم لاحقا عليه، ويمكن أن يكون بصفة صريحة هو الاتفاق الوارد في صلب العقد

1- **LE CLAINCHE Julien**, op.cit, p. 12.

- Par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit ; sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elle, soit ; sous une forme qui soit conforme a un usage dont les parties avaient connaissance et qui est largement connu et régulier ment observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.

– كما أكدت الاتفاقية المبرمة في 1958/04/15 بشأن اختصاص القاضي التعاقدي في حالة البيع الدولي للمنقولات المادية في نص المادة 2/2 على أن " ***عندما يتضمن البيع المبرم شفويا تعيينا للقاضي فلا يكون هذا التعيين مشروعا إلا إذا ظهر وتأكد بإعلان كتابي من أحد الأطراف بالبريد، وألا يكون محل نزاع***"، راجع في هذا الموضوع: **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 334–335.

2– **إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص 315.

- Cette question de déterminer l'équivalent électronique de l'écrit selon l'article 06 de la loi type de 1996 de la CNUDCI sur le commerce électronique reconnaît qu' « ***un message de donnée satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement*** », voir :

- **DUASO CALES Rosario**, op.cit, p. 12.

3– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 333.

أو في وثيقة مستقلة أو ضمنية[1]، إلا أن حرية الأطراف تبقى مقيدة، ولكي ينتج هذا الاختيار أثره، أن تكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة التي تم اختيارها للنظر في النزاع[2].

تقرر هذا الشرط أيضا في مجال تنازع القوانين، والذي يستلزم ضرورة توافر صلة بين العقد والقانون الذي اختاره الأطراف لحكمه، فالقضاء يشترط مثل هذه 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[3].

ينتج عن هذه الجدية والارتباط كفالة القوة والفعالية للأحكام الصادرة عن المحكمة التي يتوفر فيها هذا الشرط، فالحكم الصادر يحمل صفة الارتباط بين النزاع والإقليم المختص للنظر فيه، عكس الحكم الذي يصدر عن القضاء دون أن يكون ثمة ارتباط، والذي سوف يأتي مجردا من القوة والفعالية، مما يثير من إشكالية تنفيذه في الخارج لكونه صادرا من قضاء غير مختص[4].

يبقى لزوما على الأطراف البحث عن الرابطة مهما كان نوعها – رغم أن ذلك ليس من السهولة لعدم وضع معيار منضبط يتحدد على ضوئه مضمون هذه الرابطة – وهي الحالات التي أقرها الاختصاص الدولي، وأخذت بها مختلف القوانين والتشريعات الداخلية للدول، والتي يكون فيها الارتباط شخصي أو إقليمي متحققا بين النزاع والإقليم الذي تم فيه أو نفذ

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 72.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 333. وانظر كذلك:

- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، 455.

3- **عكاشة محمد عبد العال**، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الاختصاص القضائي الدولي، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت للنشر، القاهرة، 1985، ص 76.

4- **عكاشة محمد عبد العال**، المرجع نفسه، ص 77.

على مستواه الالتزام المتعلق بالعقد، كأن يكون أحد الطرفين أو كلاهما متوطنا في إقليم دولة المحكمة، أو متوطنا فيها[1].

يؤمن الأطراف المتعاقدة بضرورة تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بطريقة تحررية دون التقيد بالشروط المتعلقة بالارتباط، وهذا بالاتفاق على إخضاع العقد المبرم بينهما لأحكام وتنظيم عقد نموذجي متعارف عليه في دولة ما، ويتفقون في الوقت ذاته على منح الاختصاص بشأن الخلاف المتولد عن هذا العقد لقضاء تلك الدولة، نظرا لما تتطلبه المعاملات والتجارة الدولية[2].

ثانيا: سلامة الاختيار 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[3] والتجارة الإلكترونية، عملا بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد واحتراما 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[4].

يشترط في اختيار الأطراف لمحكمة التحكيم بديلا عن القضاء العادي للنظر في النزاع، تمتعهما بالأهلية حتى يتسم الاتفاق بطابعه الصحيح، لكن تبقى الأهلية غير كافية بل يجب أيضا أن تكون إرادة الأطراف سليمة وخالية من عيوب الرضا (الغلط، التدليس

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 73.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 199.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 72.

- تتفق التشريعات المقارنة على الخضوع الإرادي أو الاتفاق على الاختصاص للمحاكم في المنازعات ذات الطابع الدولي بغض النظر عن نوع الدعوى، أو الأطراف.

4- **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 85. و اطلع على كل من:

- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 274.

- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، 455.

الإكراه والاستغلال)، وسلامة هذا الاختيار يتيح حتما سلامة رضا طرفي الاتفاق، مما ينتج تلاقي إرادة الطرفين على الاتفاق السليم على جهة التحكيم[1].

تتنوع طرق الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني حسب اختلاف طريقة الإبرام ومن أهمها، استعمال العلامة التجارية لشخص آخر، وتعمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن السلع أو خدمات قصد ترويجها، أو استخدام اسم نطاق غير مملوك له، مما يجعل المتعاقد مع ذلك الشخص يجهل الطرف الأخر، وهذا ما يثير إشكالية تحديد الهوية للتمكن من تحديد الجهة القضائية المختصة لحل النزاع، ويبقى أنه حتى عند الاتفاق على المحكمة، فالطرف الأخر غير معني بالنزاع باعتباره استعمل مواقع ليست مملوكة له[2].

يستبعد أي اختيار للأطراف المتضمن تعيين الجهة القضائية المختصة، إذا كانت أحكام هذا الاتفاق تحمل في طياتها ما يخالف قواعد النظام العام أو الآداب العامة في دولة القاضي الفاصل في النزاع، كاختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم، الذي أسند إلى إرادة الأطراف، مما يجعل من فكرة النظام العام قيدا على حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة[3].

يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي يتعين إتباعها في سير خصومة التحكيم، أو الاتفاق على القانون المطبق على موضوع النزاع، أو تفويض الأمر لهيئة التحكيم، لكن مع مراعاة عدم مخالفة هذه الإجراءات للنظام العام للقانون الذي يجري التحكيم على ضوئه، أو للبلد المطلوب تنفيذ الحكم فيه، كما يتعين على هيئة التحكيم إذا اتفق الأطراف على إخضاع التحكيم لقانون معين بشأن أدلة الإثبات وقواعده، أو فوضت

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 292.

- يبقى أن شرط التحكيم الذي يشوبه عيب من عيوب الإرادة يؤدي حتما إلى بطلانه، لكن هذا لا يعني إبطال العقد الأصلي المحتوي على ذلك الشرط بناء على هذا العيب.

2- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 237.

- تعتبر من أكثر وأسهل طرق الغش والتدليس المستخدمة عبر الإنترنت، إنشاء موقع وهمي على الإنترنت لا وجود له على الإطلاق، أو استعمال موقع لشخص أخر مجهول، وهو أمر متصور الوقوع في أغلب المعاملات الإلكترونية. أنظر: **إيناس الخالدي**، المرجع نفسه، ص 237.

3- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 294.

المحكمة بذلك الأمر فاختارت قانونا معينا، وإن عدم التقيد بإجراءات الإثبات التي ينص عليها هذا القانون، وعدم إجرائه على أساس منه يعتبر مخالفا للنظام العام طبقا لهذا القانون[1].

الفرع الثاني

تحديد الاختصاص في ظل الضوابط العامة

تتفق أغلبية الدول في تحديد الاختصاص القضائي في ظل غياب الاتفاق الصريح للأطراف المتعاقدة على تعيين الجهة القضائية المختصة على عدة معايير منها اختصاص محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته، ومكان إبرام أو تنفيذ الالتزام التعاقدي بالإضافة إلى ضابط جنسية الطرفين المتعاقدين كمعيار لتحديد الرابطة القانونية بينهم والمحكمة المختصة، وهي القاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم، وكما هو مستقر في القوانين الداخلية للدول والقانون الدولي[2].

تعمل كل دولة على تنظيم قواعد الاختصاص التي تسري على إقليمها حسب القوانين الداخلية المنظمة لهذا المجال[3]، فتتطلب غالبية الأنظمة القانونية لاختصاص محاكم الدولة بالنزاع وجود ارتباط أو نقاط اتصال بين العقد والدولة المعنية، كأن يجري إبرام العقد أو تنفيذه على إقليمها أو أن يكون لأحد الأطراف وجود قانوني على هذا الإقليم، ويظهر من هذا أن المبدأ السائد فيما يتعلق بتحديد اختصاص المحاكم هو الوجود المادي للأشخاص أو الأشياء في دائرة اختصاص المحكمة المعنية للنظر في النزاع[4].

1- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 285.

2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 70.

- تبقى هذه القاعدة معمول بها حتى بالنسبة للعقود المبرمة عبر شبكة الاتصالات الدولية، سواء تعلق الأمر بتبادل السلع أو الخدمات، فالبادئ أنه ليس هناك ما يدعوا للخروج عن القاعدة العامة في تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم. أنظر كذلك في:

-**RENAUD de Bottini**, Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international(la détermination objective du tribunal compétent), Mélanges Jean-Pierre Sortais, édition BRULANT, BRUXELLES, 2002, p. 03.

3- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 330.

4- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص ص 08-09.

يتم تعيين اختصاص المحكمة على أساس ارتباطات جغرافية أو شخصية، فالارتباط الجغرافي هو الذي يمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو المدعى أو مكان تواجد المال موضوع النزاع، وقد يعود الاختصاص أيضا لمحكمة مكان نشوء أو تنفيذ الالتزامات[1].

يخضع الاختصاص القضائي إلى القواعد الأساسية لتحديده والمتمثلة أساسا في انعقاد الاختصاص لمحاكم الدول التي يقع فيها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وهذا في حالة ما إدا كان المدعى عليه مقيما في إحدى الدول المتعاقدة **(أولا)**، أو اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد، أي المحكمة التي تم إنشاء العلاقة القانونية بين الطرفين أو تنفيذها في دائرة اختصاصها **(ثانيا)**.

أولا: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه:

ينعقد الاختصاص طبقا لهذا الضابط لمحاكم الدولة التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وهذا ما هو مستقر عليه في مختلف الأنظمة القانونية الداخلية للدول، ونفسه بالنسبة للقوانين الدولية التي تبنته عن طريق القوانين والاتفاقات الدولية الخاصة بالعقود الدولية[2]، والذي مفاده أن المدعى هو الذي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته، ومراعاة لاعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية التي تقتضي توفير الرعاية للمدعى عليه بمقاضاته أمام محكمة موطنه،

أكّدت على هذا الضابط اتفاقية بروكسل لدول الاتحاد الأوربي[3]، ولا يختلف الأمر في مجال عقود التجارة التي تتم عبر الطرق الإلكترونية فمبدئيا يؤخذ بقاعدة اختصاص محكمة

– غير أن هذا المبدأ أعيب عليه من حيث أنه في حالة انتفاء الوجود المادي المذكور وغياب قبول أطراف النزاع لاختصاص محكمة معينة، فقد أدرجت أنظمة التقاضي أمام المحاكم وجود صلة مقبولة بين المعاملة والمكان الذي تمارس فيه اختصاصها، أي البحث عن أية صلة تبين العلاقة الموجودة بين المعاملة القانونية والمحكمة، اطلع على: **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع نفسه، ص ص 08–09.

1– **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 84.

2– **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 84.

3– نفس الاتجاه ذهب إليه القانون الجزائري فمبادئ الاختصاص القضائي تقوم على ضابط موطن المدعى عليه، طبقا للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 12 الصادرة في 23 أفريل 2008 " ***يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي***

موطن المدعى عليه عملا بأحكام قانون المرافعات الداخلي والدولي، وبالتالي ليس هناك ما يمنع لرفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته أو مكان تنفيذ الالتزام الرئيسي للمدعى عليه[1].

أوردت اتفاقية بروكسل[2] عدة استثناءات فيما يخص تحديد الاختصاص القضائي وذلك على خلاف القاعدة الهامة في اختصاص محاكم موطن المدعى عليه، وهذا بالنسبة للمنازعات الخاصة بعقود المستهلكين، حيث نصت المادة 14 من اتفاقية "لوجانو" أنه: " ***في حالة عدم وجود اتفاق صريح في شأن الاختصاص بين طرفي العقد على أن يكون للمستهلك أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التي يقع فيه موطن المتعاقد معه، أو محاكم الدولة التي يقع فيها موطن محل إقامة المستهلك***"[3].

يفرض على المتعاقد مع المستهلك الذي يرغب في رفع الدعوى عليه، التوجه إلى محكمة موطن المستهلك، ويشترط لانطباق قواعد الاختصاص القضائي بمنازعات العقود مع

يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار الموطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

- Selon l'article 02 de la convention, la règle générale de la compétence de l'ordre juridictionnel du domicile du défendeur, en raison de la position dans laquelle se trouve cette partie, qui en générale est la plus faible. Voir :

- **DUASO CALES Rosario**, op.cit, p.11.

– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 334 و **بشار طلال أحمد مومني**، المرجع السابق، ص 250.

1– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 710. وانظر أيضا:

- **RENAUD de Bottini**, op.cit, p. 07.

2– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق ، ص 720.

– أبرمت اتفاقية بروكسل في 27 سبتمبر 1968 بين دول الجماعة الأوربية الاقتصادية، وامتد تطبيقها إلى الدول الأعضاء في الجمعية الأوربية للتجارة الحرة بمقتضى اتفاقية لوجانو المبرمة في 16 ماي 1988، ونجد أن التكامل الأوربي من الوجهة الاقتصادية يتأسس على أربع مبادئ، تتمثل في حرية انتقال البضائع، حرية انتقال الخدمات وحرية انتقال الأفراد، وحرية انتقال رؤوس الأموال، وما كان يمكن أن تكون هذه المبادئ فاعلة وحقيقية دون تعاون واسع في مجالي الأحكام القانونية والتعاون القضائي، وقد حققت اتفاقية بروكسل حرية تبادل وانتقال القرارات القضائية، وأصبحت هذه الاتفاقية نافذة منذ عام 1988 بموجب اتفاقية لوجانو. اطلع على:

- **A. CAPRIOLI Eric,** op.cit, p. 17. et voir:

– **RENAUD de Bottini**, op.cit, p. 07.

3– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 340.

المستهلكين، خصوصا فيما يتعلق باختيار المستهلك التداعي أمام محاكم موطنه، أن يتعلق العقد بسلع وخدمات، وأن يكون قد سبق إبرام العقد إعلان في دولة المستهلك بدعوته إلى التعاقد، وأن يجري إبرام العقد في البلد الذي يوجد فيه موطن المستهلك[1].

أيّدت هذه الاتفاقية أراء فقهية فيما يخص تطبيق بعض القواعد الخاصة في التعاقد الإلكتروني، كالعقد الذي ينصرف إلى حماية المستهلك، حيث يعتبر أغلب هذه الآراء أنه ينبغي توفير أكثر قدر ممكن من الحماية للمستهلك الإلكتروني، عن طريق تقرير الاختصاص لمحكمة موطنه لاسيما أنه المبادر في البحث عبر شبكة المعلومات الدولية بحثا عن السلع والخدمات، ويأخذ زمام المبادرة في التعاقد، ومن جهة أخرى يعد الطرف الضعيف في العقد والطرف الأجدر بالحماية[2].

يعرف أن مقدمي السلع والخدمات منتشرون في جميع أرجاء العالم، ولا يصح التصور بتكليف المستهلك معاناة التنقل إلى آخر العالم لرفع دعواه على تاجر أو مورد خدمات معين، فضلا عن أن موارد المستهلك وإمكاناته الاقتصادية المحدودة قد لا تمكنه من ذلك، مما يجعل أي محكمة أخرى غير محكمة موطنه تعتبر إجحافا عن تحقيق العدالة[3].

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص ص 724-725.

- وإن كانت هذه القواعد تمنح للمستهلك دون المتعاقد معه رفع الدعوى أمام محاكم موطنه، مفادها توفير الحماية الخاصة للمستهلكين باعتبارهم الطرف الضعيف في العقد، وكذا إحداث التوازن بين الطرفين، لكن يبقى أن الاتفاقية تجيز الاتفاق بين الطرفين على ما يخالف القواعد التي وضعتها، شريطة أن يقع هذا الاتفاق بعد حدوث النزاع ويكون في قالبه المكتوب، عن: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع نفسه، ص ص 724-725.

2- **DUASO CALES Rosario**, op.cit, p. 14.

- Si un consommateur de l'Union Européenne achète un livre sur un site étranger, il pourra toujours saisir les tribunaux de son domicile, même si les conditions générales du site prévoient la compétence exclusive des tribunaux du domicile du commerçons, dés lors que le site « dirige » ses activités vers le pays de l'acheteur ou vers plusieurs pays, dont celui de ce dernier. Cette possibilité dont le commerçant dispose encouragera sans doute l'achat en ligne et favorisera le développement du commerce électronique en Europe.

- **CHATILLON Stéphane**, op.cit, p. 299. et voir :

- **PASSA Jérôme**, Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, collection de la faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers, Université de Poitiers, France, 2005, p. 116.

3- **إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص 318. وتناول نفس الموضوع: **صابر عبد العزيز سلامة**، المرجع السابق، ص 85.

اعتمد القانون الجزائري فكرة موطن المدعى عليه كأساس الاختصاص الإقليمي وذلك لعدة اعتبارات، منها أن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، حتى يثبت عكس ذلك وعلى المدعى إثبات ذلك في موطن المدعى عليه، وأن الدين مطلوب وليس محمول، فعلى المدعى أن يطالب بدينه في موطن المدعى عليه[1]، مما يؤكد وجود نوع من التوازن بين مراكز الخصوم، فكما أن المدعى من حقه أن يرفع الدعوى في أية مرحلة، فما عليه إلا أن يذهب حيث يقيم المدعى عليه لرفع دعواه، باعتباره المكان الذي تتركز في الغالب أدلة الإثبات[2].

يبقى أن هذا الضابط يثير العديد من الصعوبات عند تطبيقه على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية وهو ما سنراه لاحقا.

ثانيا: اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد:

يقصد بهذا المبدأ اختصاص محكمة المكان الذي نشأ فيه الالتزام أو اختصاص محكمة الدولة التي تم تنفيذ الالتزامات التعاقدية فيها[3]، ويطبق هذا الاختصاص في أغلب الأحيان على الأطراف الأجنبية التي ليس لها موطن أو محل إقامة في لبلد الذي تم فيه

1- **عباس لعبودي**، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 183.

– وهو نفس الاتجاه الذي أكده القانون العراقي الذي اعتبر أن دعوى الدين أو المنقول تقام في محكمة موطن المدعى عليه، ذلك أن الأصل براءة الذمة، فيجب أن لا يتضرر الخصم ويتكبد نفقات السفر بسبب انتقاله إلى مكان المحكمة.

2- **نبيل صقر**، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، الطبعة الأولى، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص ص 65-66. والذي أضاف أن:

– الموطن الأصلي أو العام الذي يتحدد بالمكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وهو يتكون من عنصرين: الأول هو الإقامة الفعلية وهو عنصر عادي ومادي، والثاني: معنوي يعتمد على عنصر الاستقرار والاعتياد، فالمشرع الجزائري أخذ بالتصور الواقعي للموطن أي التصور الذي يتطابق مع الواقع، ولم يأخذ بالتصور الحكمي كما فعل المشرع الفرنسي الذي يربط الموطن إما بمحل الميلاد أو بمكان العمل أو بتركيز العائلة.

3- **CHATILLON Stéphane**, op.cit, p. 296.

- En matière contractuelle, un défendeur domicilie sur le territoire d'un Etat contractant – Le Règlement Communautaire et la Convention de Bruxelles et de Lugano – peut être attrait dans un autre Etat Contractant devant le tribunal du lieu ou l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée, article 05/1 de la convention.

إبرام أو تنفيذ العقد محل النزاع، أو الدعوى التي تتعلق بمال موجود على إقليم تلك الدولة أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها[1].

تنظر – حسب هذا الضابط – محكمة الدولة التي نشأ ولأول مرة الالتزام، تصرفا قانونيا أو فعلا ضارا، فكون الالتزام قد نشأ في إقليم دولة معينة، أو كونه نفذ فيها مما يفيد أن ثمة رباطا أو صلة بين الالتزام وتلك الدولة على النحو الذي يبرر انعقاد الاختصاص به لمحاكمها، بحيث يأتي حكمها ترجمة لهذه الرابطة وتعبيرا عن هذه الصلة ونفس المبادئ التي يتم العمل بها بالنسبة لانعقاد الاختصاص للمحكمة التي يوجد فيها محل تنفيذ الالتزام[2].

تختص المحاكم في دولة تنفيذ الالتزامات التعاقدية طبقا لقانون القاضي، الاسترشاد بنية الأطراف، طبيعة العقد وعادات التجارة، إذ يتعلق الأمر بتفسير إحدى قواعد الاختصاص الوطنية، فدفع الثمن عن طريق تقديم بطاقة الائتمان ورقمها الإلكتروني إلى البائع، أو تقديم الاستشارة القانونية، أو المحاسبية، أو الطبية عبر الأنترنت يعد تنفيذا للعقد في بلد المستفيد منها، وينعقد الاختصاص لمحاكم دولته[3].

تعرض هذا الاتجاه الذي يرى بإمكانية اللجوء إلى محل إبرام العقد طبقا لضوابط المحاكم التقليدية للعديد من الانتقادات، فالمشكلة تكمن في صعوبة تحديد المكان في العقود التي تبرم بالطرق الإلكترونية، فالطرف المتعاقد عبارة عن موقع منشأ على شبكة الاتصالات الدولية، فمن الصعب تحديده، بالإضافة إلى أن أغلب العقود الإلكترونية تبرم وتنفذ بواسطة

1- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص ص 169-170.

- وتختص طبقا لهذا الضابط المحاكم المصرية طبقا للمادة 97 من القانون المدني المصري متى كان موضوع الدعوى التزاما ناشئا عن تصرف قانوني أبرم أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه في مصر، وبالنسبة لمكان انعقاد العقد بين غائبين، فإنه يتحدد بمكان علم الموجب بالقبول، أنظر: **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها...، المرجع نفسه، ص ص 169-170. اطلع كذلك على:

- **RENAUD de Bottini**, op.cit, p. 11.

2- **عكاشة محمد عبد العالي**، المرجع السابق، ص 38.

3- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 72.

إلكترونية فيصعب تحديد مكان تنفيذ العقد، فحتى الدفع يتم بطريقة آلية يمكن القيام بها في أي مكان من العالم[1].

المطلب الثاني

تقييم ضوابط الاختصاص

أدخلت التجارة الإلكترونية مفهوما جديدا لمسألة تحديد الاختصاص القضائي في حل النزاعات الناجمة عن العلاقات القانونية المبرمة في هذا المجال، مما جعل أغلب المعاملات في مجال التجارة الإلكترونية ترفض التعامل بالمفهوم التقليدي للاختصاص السائد في القوانين والتشريعات المختلفة للدول، والمستمد أساسا من القانون الدولي الخاص فتعتبر مسألة حل النزاعات من أهم مظاهر قانون التجارة الإلكترونية[2].

عمدت العديد من المنظمات الدولية والإقليمية على وضع قاعدة جديدة تتماشى والآليات المتطورة لحل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، فظهر تقنين بشأن شبكات الاتصال والتجارة الإلكترونية من طرف الاتحاد الأوربي المعني ببعض المظاهر القانونية لخدمة مجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية، والذي وجه خصيصا للدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي[3]، والمشروع الأمريكي الذي تم إرساء دعائمه في مارس 1996 بشأن القاضي الافتراضي، والنظام الأساسي لمحكمة الفضاء التي نشأت وتكونت في كندا بمركز بحوث القانون العام بكلية الحقوق بجامعة مونتريال في سبتمبر1996[4]، وغير ذلك من

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 713. وانظر أيضا:

- **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 88.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 291.

3- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 22.

- التوجيه رقم **2000/31 الصادر في 08 يونيو 2000**، جريدة رسمية من قوانين رقم 178 بتاريخ 17 جويلية 2000.

4- **إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص 316.

- مؤسسة **Le cyber tribunal** وهي عبارة عن نظام مجاني متاح لكافة مستخدمي الإنترنت، سواء كانوا من التجار أو من المستهلكين.

الأعمال والنظم القانونية لبعض الدول الأخرى التي عملت على توفير بيئة قانونية وتشريعية لمواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية[1].

تعتبر هذه المستجدات الفضاء الجديد المعد خصيصا لمواجهة صعوبة فض النزاعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية[2]، باعتبار أن الصعوبة تكمن في طبيعة البيئة الرقمية التي يجري من خلالها التعامل والتي هي بعيدة عن الأساس التقليدي التي تقوم عليه ضوابط الاختصاص في النظام التقليدي، كما يزيد من هذه الصعوبة طبيعة الحقوق المتنازع عليها، مثل حقوق الملكية الفكرية المتصلة بأسماء الحقول المسجلة على مواقع شبكات المعلومات الدولية[3].

تقوم أغلبية ضوابط الاختصاص القضائي المعمول بها على مستوى التشريعات والقوانين المقارنة على الأساس الإقليمي والمكاني في تحديدها، وهذا ما يثير الإشكال في كيفية تطبيقها على منازعات التجارة الإلكترونية، فهذه الأخيرة التي لا تسمح طبيعة القنوات التي تجري من خلالها المعاملات بتركيزها مكانيا إلا على سبيل الافتراض، أي اعتبار مكان معين من بين عدة أماكن هو المكان الذي له الارتباط بالمعاملة محل النزاع[4]، عكس ما يتطلبه تحديد الاختصاص وفقا للمعايير التقليدية للارتباط المادي تحديد مكان إبرام التعامل

1- **عمر سعد الله**، القانون الدولي لحل النزاعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 262.

2- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 103. وعن مفهوم الوسيط الالكتروني، أكدت:

- يعرف الوسيط الإلكتروني: الجهاز المتصل بشبكة الاتصالات الدولية التي تقوم بنقل التعبير عن الإرادة إلكترونيا لكل من الطرفين المتعاقدين في ذات اللحظة، رغم انفصالهما مكانيا، وعادة ما تصل الرسالة الإلكترونية في نفس اللحظة إلى الطرف الأخر. اطلع على: **إيناس الخالدي**، المرجع نفسه، ص 103

3- **عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص ص 331-332.

- **محمد حسام محمود لطفي**، المرجع السابق، ص 11.

- الفضاء الجديد يفرض الاستغناء عن المحلات التجارية التقليدية، والعمل على أساس المواقع الإلكترونية والتي تكون بمثابة مكان للتسويق، مع توافر مخزن أو أكثر يتيسر الشحن منه، ومن ثم يتم التبادل بين التجار عن طريق المواقع الإلكترونية دون الانتقال إلى أماكن بعيدة من شأنها أن تفوت المدة الطويلة في الانتقال الربح السريع المتوافر على المواقع مباشرة. أنظر: **محمد حسام محمود لطفي**، المرجع نفسه، ص 11.

4- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص 170.

أو تنفيذه أو موطن أطرافه، وهذه مسائل يكتنفها الكثير من الغموض والصعوبات ومن ثم كانت ولا تزال محل خلاف بين العديد مستعملي هذا المجال[1].

تظهر الحقيقة الغالبة في عقود التجارة الإلكترونية هي غياب التواجد المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه[2]، وينتج عن هذه الوضعية مسألة التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين والتي قد لا تكون في مجال التعاقد عبر الاتصالات الحديثة كالإنترنت بالسهولة نفسها التي تتم بها وفق وسائل تقليدية للتعاقد كالفاكس أو التلكس، أين يعرفون مقدما الدولة التي يتصلون بها ويعرفون مكان وهوية الطرف الأخر في العقد، وذلك من خلال البحث عن الرقم الكودي لتحديدها[3]، وسعيا لتفادي الغموض في التعاقد الإلكتروني والتحقق من هوية المتعاقدين، أوصت المادة 5 من التوجيه الأوربي الصادر في 8 يوليو 2000 والمادة 14 من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء، بأن تجعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقيها بشكل دائم الاسم، العنوانين الجغرافي والإلكتروني، اسم السجل التجاري المقيد به ورقمه، وأية معلومة أخرى تفيد تحديد هويته[4].

الفرع الأول

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 39.

2- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 102.

- ويتم تعويضهم بأجهزة الكمبيوتر التي تتراسل فيما بينها، وهو ما يعرف بالوكيل الإلكتروني، هذه الظاهرة دفع البعض إلى القول أن التجارة الإلكترونية لها تأثير سلبي على العلاقات الاجتماعية بين الأفراد نتيجة غياب العلاقات الحميمية بين المتعاقدين، حيث يستطيع كل شخص الحصول على احتياجاته الضرورية من مأكل وملبس وغيرها عن طريق الانترنت ودون الخروج حتى من منزله. أنظر: **إيناس الخالدي**، المرجع نفسه، ص 102.

3- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 714.

- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 11.

- تعتبر المواقع الإلكترونية التي تنشأ خصيصا كعنوان لمكان تواجد الطرف المتعاقد، مفتوحة على العالم يمكن النفاذ إليه من أية دولة في العالم، وهذا ما يفرض اختصاص عدة محاكم. اطلع على: **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع نفسه، ص 11.

4- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 717.

صعوبة تطبيق ضوابط الاختصاص على نزاعات التجارة الإلكترونية

يعد الأساس الإقليمي للاختصاص القضائي القائم على روابط مكانية من بين الإشكالات المطروحة على صعيد التجارة الإلكترونية، ومن هنا تطرح إشكالية تطبيق هذا الأساس على منازعات التجارة الإلكترونية التي لا تقبل القنوات التي يجري من خلالها المعاملة بتركيزها ماديا ومكانيا، إلا على سبيل الافتراض أي اعتبار مكان معين من أماكن عديدة الذي ترتبط به المعاملة أو العلاقة برابطة مادية[1].

يجد هذا التفكير أساسه في أن طبيعة شبكات الاتصال الإلكترونية التي يجري من خلالها التعامل، والتي تتجاوز الحدود الجغرافية للدول، تأبى الخضوع الكامل للقواعد التقليدية سواء فيما يتعلق بتكوينه أو فيما يتصل بتسوية منازعاته، فالطابع العالمي للقنوات الإلكترونية يجعل تركيز التعامل المبرم من خلالها في مكان محدد أمرا صعبا وإن لم يكن مستحيلا، الأمر الذي يستبعد إلى حد كبير صلاحية القواعد التقليدية للاختصاص القضائي لحكم المنازعات الناجمة عن معاملات التجارة الإلكترونية[2].

يزيد من صعوبة مسألة تحديد المحاكم المختصة بنظر منازعات مثل هذه المعاملات، الطابع العالمي لوسائل الاتصال الإلكترونية المستخدمة في إنجاز التعاملات المختلفة، والتي يفترض اختراق المواقع المستعملة سواء بالنسبة للتجار أو الموردين أو المهنيين من أي مكان في المعمورة، هذا ما لم يفصح هؤلاء عن أن النشاط الذي يمارسونه عبر الموقع الشبكي الخاص بهم ليس موجها إلى المستهلكين في دول محددة وفي هذه الحالة الأخيرة يتحمل

1- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 76.

- تظهر أكثر هذه الصعوبة في ما جاء في الدورة الثامنة والثلاثين لفريق العمل المعني بالتجارة الإلكترونية في مارس 2001، حيث استبعد عدة مسائل هامة تتعلق بالتجارة الإلكترونية، منها مسألة تحديد المكان، بصفة خاصة فيما يتعلق بالولاية القضائية التي تختص بالحكم في حدث إلكتروني. أنظر في هذا الموضوع:

- **منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي**، العقبات القانونية أمام تطوير التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 223.

2- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص ص 718-719، و **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 11.

المستهلك مخاطر التعاقد مع مورد الخدمات أو السلع في حالة إنكارهم خضوع النزاع لاختصاص محاكم دولة المستهلك[1].

أولا: الطابع الافتراضي لعقود التجارة الإلكترونية:

تعتبر عقود التجارة الإلكترونية من العقود التي تسري في فضاء افتراضي مفتوح على العالم بأكمله[2]، ومن الصعب تحديد موقع تواجد الأطراف أثناء القيام بالمعاملات التجارية، باعتبار أن وخاصة الشبكات الرقمية المستعملة هي ليست مملوكة لأي طرف، حيث صممت أساسا لتكون شبكة مفتوحة وغير تابعة لأية جهة والتي لا تعرف الحدود الجغرافية التي صممتها الدول[3].

تشكل هذه الشبكة عالما خاصا يسكنه عشرات الملايين من مستعمليها والذين يتواجدون في آن واحد على الشبكة[4]، يقومون بتبادل الرسائل والمستندات، أو عرض السلع

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 726.

ومع ذلك فقد أدخلت المفوضية الأوربية ومشروع اتفاقية لاهاي تطويرا على مقترحاتها بشأن الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، بحيث يكون للمستهلك رفع دعواه أمام محاكم موطنه حتى ولو كان الموقع الإلكتروني الذي جرى التعامل من خلاله لا يستهدف على وجه الخصوص البلد الذي يقيم فيه المستهلك المتضرر.

2- **إيناس الخادي**، المرجع السابق، ص 68.

- يعبر في أغلب الأحيان عن هذا الفضاء بمصطلح الإنترنت، الذي يعد مجموعة شبكات وأجهزة الحاسب الإلكتروني التي تتواجد في مختلف دول العالم، والتي تتصل ببعضها البعض ويجمع ما بينها لأنظمة الاتصالات الإلكترونية التي تستخدم لنقل البيانات أو ما يدعى بنظام نقل المعلومات، " Transmission Internet Protocole " ويمكن لأي شخص يملك جهاز كمبيوتر شخصي ولديه اشتراك لدى أحد مقدمي خدمة الإنترنت الدخول في هذا العالم الكبير الذي لا يؤمن لا بالحدود الجغرافية ولا الأماكن المادية، فهو عالم غير ملموس. نقلا عن: **إيناس الخادي**، المرجع نفسه، ص 68.

3- قد يعتقد البعض أن شبكة الإنترنت تملكها دولة أو منظمة دولية تقوم بإدارتها، ولكن الواقع أن شبكة الإنترنت لا يملكها أحد، وهي ليست ملك لجمعية معينة ولا تخضع لهيمنة منظمة أو هيئة حكومية أو غير حكومية أو إدارة مركزية، فإذا أردنا التشبيه فهي تسبه شبكة الصيد وليس شبكة العنكبوت، حيث لا توجد نقطة انطلاق مركزية، بل إنها ترابط بين كل من الكمبيوترات الحكومية التي تملكها مختلف الشعوب في العالم، والكمبيوترات التي تدار من قبل مئات الجامعات والكمبيوترات الحكومية من قبل المؤسسات التجارية الكبيرة مثل America on line – Microsoft فلا يوجد من يسيطر على نشاط الإنترنت، وإن كان هناك بعض الحكومات مثل الصين تحاول قطع الاتصالات بشبكة الإنترنت أو تقلق الاتصال بها، أنظر في هذا الموضوع، **المرجع نفسه**، ص 72.

4- **أسامة عبد العليم الشيخ**، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2008، ص 26.

والخدمات لتكوين صفقات تجارية متعددة الأطراف، مما يثير إشكالية قانونية جد مهمة تتعلق بالاختصاص أو المنبر الملائم لحل الخلافات الناجمة عن تلك المعاملات[1].

تتميز الطبيعة غير المادية لشبكة الأنترنت – والتي تعتبر من أكثر الوسائل استعمالا في إبرام العقود التجارية عن بعد– بعدم الانسجام ولا تتماشى مع منهج تنازع الاختصاص الذي يجعل من المجتمع الدولي مجموعة وحدات إقليمية مستقلة، حيث ترسم كل دولة حدودها الجغرافية، لكن أضحت هذه المناهج محل شك في ظل الانترنت باعتبار أن هذا العالم غير محسوس ولا يمكن حصره في إقليم دولة معينة، فانهارت فكرة الحدود ولم تعد الدولة قادرة على صد ما يبت من خارج حدودها، ونتيجة لذلك أصبح اليوم الطابع الافتراضي محل الطابع المكاني في إبرام العقود، ولم يعد لمنهج التنازع أي وجود[2].

استتبع وجود شبكة الاتصالات الدولية وجود مجتمع عالمي افتراضي، له أشخاصه وأدواته، وبطبيعته لا يحده حدود سياسية أو جغرافية، فطبيعة التعامل على هذه الشبكات تتعارض مع فكرة الإقليم والجغرافية، والمكان الأرضي يعد عدوا لتلك الشبكة والمهام المنوطة بها، ومن ثمة فلا قيمة له في مواجهتها، ومن ثم فإن قواعد وأحكام القانون الدولي الخاص المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة دوليا، والتي تتكلم عن قانون أو محكمة المكان، الذي يوجد فيه سواء محل العقد أو الذي يتوطن فيه البائع أو المستهلك، أو يقدم فيه المدين الأداء المميز، أو الذي توجد معه أكثر الروابط وثوقا، تضحى قواعد وأحكام غير ذات مفعول ويتعذر إعمالها[3].

نظرت إحدى محاكم نيويورك في قضية متعلقة بالاعتداء غير المشروع على العلامات التجارية واستخدامها في مزاولة النشاط على المواقع الشبكية، والتي تتمثل في قيام أحد المنشآت الواقعة في ولاية ميسوري بالو.م.أ بإنشاء موقع لها على شبكة الأنترنت استخدمت في التعامل من خلاله علامة تجارية لشركة يقع موطن أعماله في ولاية نيويورك، حيث

– وهو ما يسمى بمجلس العقد الحكمي أو الافتراضي، حيث يتواجد طرف في مكان والطرف الأخر في مكان أخر، ويتم التعاقد عبر وسيط إلكتروني وهو شاشة الحاسب الآلي. **أسامة عبد العليم الشيخ**، المرجع السابق، ص 26.

1– **صابر عبد العزيز سلامة**، المرجع السابق، ص ص 08–10.

2– **فاروق محمد أحمد الاباصري**، المرجع السابق، ص ص 107–108.

3– **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص ص 38–39.

طرحت هذه الشركة المنازعة على أحد محاكم هذه الولاية، والتي قضت بعدم اختصاصها على أساس أن طرح منتج على موقع الأنترنت يجعله متاحا في كل مكان على وجه البسيطة، مما يجعل أن التعاقد بواسطة الوسائل الإلكترونية فضاء مفتوح على العالم يصعب في التحديد الجغرافي، وأضاف المحكمة أن الادعاء بتركيز إمكانية ولاية نيويورك غير مقبول[1].

ثانيا: صعوبة تحديد مكان إبرام العقد:

تظهر أكثر هذه الصعوبة عند غياب الاختيار الصريح لقانون العقد من الأطراف وعدم القدرة على كشف نية طرفي العقد الضمنية، فنجد أن في أغلب القوانين يكون القاضي في اجتهاد مستمر للكشف عن القانون المطبق على العقد، لما له من خصوصيات هامة في تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع.

يجب أن يكون تركيز العقد على إحدى القواعد القانونية، متناسب مع العقد بشكل تام، فيمكن أن تكون قواعد تتناسب جزئيا وتتعارض مع أخرى، لذا فمن المستلزم البحث عن الارتباط الكافي للقانون والعقد، وهذا لا يعتبر من السهولة في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فموطن إبرام العقد من الصعب تحديده باعتبار أن الشبكات الإلكترونية تتميز بالعالمية وانفتاحها على العديد من الدول، مما يصعب تحديد الموطن الصحيح أو التام[2].

يبقى هذا الضابط يواجه عدة صعوبات في مجال عقود التجارة الإلكترونية، خاصة تلك التي تواجه المدعي عند رفع دعواه، مثل صعوبة التحقق من شخصية المدعى عليه ومكان تواجده[3].

تمثل مسألة التأكد من شخصية المتعاقد وصلاحيته لإبرام التصرفات القانونية في مجال العمليات الإلكترونية أهمية كبرى، وهذا خوفا من وجود أو التأكد بعد فوات الأوان أن

1- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 16.

2- **محمد فواز محمد المطالقة**، المرجع السابق، ص 141.

3- **عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 331.

المتعاقد شخص أو شركة وهمية، والتي تحتاج في أغلب الأحيان إلى خبراء متخصصين في التجارة الإلكترونية والإنترنت بغية إيجاد حلول تقنية متطورة تساهم في تحقيق ذلك[1].

يظهر هذا خاصة عند عدم التزام المتعاقد معه بالإدلاء بالبيانات الشخصية له كالاسم والعنوان الجغرافي وخلافه، فضلا عن أن الدائن بهذا الالتزام الذي لم ينفذ سيجد صعوبة في إثبات وتأكيد إدعائه، لأنه لا يسيطر على الأجهزة المعلوماتية، وإنما السيطرة عليها تكون لمدينه مما يصعب من مهمته في إثبات إدعاءاته[2].

ترجع صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسائل، لأنها وببساطة تتم عبر فضاء إلكتروني، وهذا ما يثير التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول، أم مكان تسجيل موقع الويب[3].

حرصت البروتوكولات واتفاقيات نقل رسائل البيانات الإلكترونية بين أنظمة المعلومات المختلفة، عادة، على تسجيل اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام معلومات إلى أخر، أو اللحظة التي يتم فيها تسلمها، أو قراءتها من قبل المرسل إليه، إلا أن المشكلة تكمن في عدم تحديد هذه الاتفاقيات المكان الجغرافي لشبكات الاتصال[4].

وضّح القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، مكان إبرام العقد الإلكتروني في المادة 4/15 حيث قرر: " ***أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وإن كان مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق الطرفين على خلاف ذلك***"[5].

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 716.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 331.

3- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 184.

- **أسامة عبد العليم الشيخ**، المرجع السابق، ص 31.

4- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 184.

- **عباس لعبودي**، المرجع السابق، ص 184.

5- راجع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، مع المادة 05 مكرر الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، على الموقع: www.uncitral.org .

يعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني وتنفيذه، إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من موطن أعمال، أي الأكثر صلة بموضوع العقد، لكن يبقى أن استخدام الموجب – وهو التاجر في الغالب– اسم النطاق، أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين، أو تسجيله للموقع الإلكتروني لدى بلد معين، لا يمكن أن يكون قرينة على أن مكان عمله متواجد في ذلك البلد[1].

يعتبر نص الاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات على أنه: "***يعد العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر منظم العرض***"، وهي قاعدة الاستلام، لكن الرسالة يمكن أن ترسل من أماكن مختلفة مثل منشأة المرسل، أو المكان الذي يوجد فيه أجهزة الكمبيوتر، أو من مكان أخر بواسطة الحاسب المحمول، ومن هذا المنطلق فإنه يكون من الصعوبة بتحديد مكان تصدير أو إرسال الرسالة[2].

يستبعد هذه الإشكالية غالبا من خلال التعاقد بواسطة مواقع الويب المنتشرة على شبكة الأنترنت، أو عبر المحادثة أو عن طريق الوسائل السمعية المرئية، حيث أن العقد ينعقد في اللحظة التي يوافق فيها القابل بالضغط على زر القبول في الخانة المخصصة للقبول، أو كتابة عبارة تفيد الموافقة باستخدام لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر، وهذه الطريقة تبقى

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص ص 185-186.

- تعمل بعض الشركات الدولية المتعددة الجنسيات على عرض بعض المنتجات والخدمات من خلال مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة تحمل أسماء نطاق ترتبط ببلد لا يوجد فيها مقر عمل بالمعني المعروف، لهذا يبقى أن اسم الدومين أو العنوان البريد الإلكتروني لا يمكن اعتباره هو النظير الوظيفي للمكان المادي لمقر عمل أحد الأطراف المتعاقدة.

2- وذهب في نفس الاتجاه نص التوجيه الأوربي رقم 2000/31 في المادة 05 على لأنه: "***يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل قبوله***".

- التوجيه الأوربي رقم 2000/31. وأنظر:

- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 713.

أكثر استعمالا عكس العمل بالبريد الإلكتروني الذي يثير في أغلب الأحيان مشكلة التأكد من وصول القبول، أو فهم محتوى الرسالة[1].

ثالثا: صعوبة تحديد مكان تنفيذ العقد:

يتمثل مكان تنفيذ العقد في أحد الضوابط المعتمدة من طرف القاضي عندما يبحث عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، فعن مكان تنفيذ العقد يتوصل إلى تحديد القضاء المختص بحكم النزاع، حيث أقرت المادة 1/05 من اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 ديسمبر 1968 على حق المدعي في رفع دعواه أمام محكمة محل إقامته المعتادة، إذا تلاقى مع محل إقامة المدعى عليه، متى كان مكان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة اختصاصه[2].

يعمل في الأصل بتحديد مكان تنفيذ العقد في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ولا تثير أية مشكلة مادام التنفيذ سيتم ماديا في مكان محدد في العقد مسبقا من طرف المتعاقدين، أي أنه يتم خارج الخط، ويمكن كذلك القول باختصاص محاكم دولة تنفيذ العقد باعتبار أن من بين إجراءات التنفيذ السداد بواسطة بطاقة الائتمان، وتقديم الاستشارة القانونية أو المحاسبية في شأن العقد، وذلك عبر شبكة الأنترنت، والمستفيد في هذه العقود يمكن لمحاكم دولته أن تختص بالنزاع الناشئ عن هذا العقد[3].

تبرز هذه الصعوبة أكثر عندما يكون موضوع العقد خدمات أو أشياء غير مادية، كما هو الشأن في العقود التي تتم وتنفذ على الخط مباشرة[4]، مما يصعب فيه توطين العقد وبالتالي يصعب تحديد مكان التنفيذ.

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 183.

2- **صالح المنزلاوي** المرجع السابق، ص 370.

- ويتم التسليم بهذا المعيار في تعيين القانون الواجب التطبيق على طرق التنفيذ وعلى الإجراءات المباشرة بواسطة الخصم، إذا ما وجد عيب في التنفيذ، وعلى الإجراءات التحفظية وعلى فوائد التأخير، حسب ما أكدت عليه المادة 2/10 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. اطلع في هذا الموضوع على: **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص 370.

3- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، المرجع السابق، ص 325.

4- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 101.

الفرع الثاني

حلول تطبيق ضوابط الاختصاص

ينتج من كثرة استخدام شبكات الاتصال الإلكترونية في انجاز المعاملات التجارية ضرورة إعادة النظر في القواعد التي تحكم اختصاص المحاكم بالمنازعات الناشئة عن تلك المعاملات، وقامت العديد من التنظيمات الإقليمية بالبحث عن كيفية تطبيق النظام التقليدي للاختصاص القضائي، وهذا لمواكبة الحاجة إلى عقود التجارة الإلكترونية، وذلك في المجالين التشريعي والقضائي، حيث نجد عددا من المحاولات التي قام بها الاتحاد الأوربي للتنسيق بين اتجاهات الدول الأعضاء فيه بشأن الاختصاص القضائي لأعمال عقود خدمات المعلومات[1].

أخذت جهات أخرى بالدور الفعال الذي يمنح لمكان تواجد الأطراف أو موطنهم في تحديد الاختصاص القضائي بمنازعات علاقتهم التعاقدية، مما جعل لجنة الأونسيترال تعد مشروع اتفاقية التعاقد الإلكتروني، أين يفترض وجود مكان عمل في الموقع الجغرافي يجب على كل طرف أراد أن يتعاقد عن طريق نظام معلومات مثل الشبكات المفتوحة أن يبينه بوضوح أثناء التعاقد، وعلى أن يقوم الافتراض على أساس الوجود المادي للشخص في مكان معين، كالمكان الأوثق صلة بالعقد المعني أو بتنفيذه[2].

– أو ما يسمى بالتسليم المعنوي، مثل برامج الحاسب، التسجيلات الموسيقية، أفلام الفيديو، الكتب، الأبحاث والتقارير الإلكترونية، إلى جانب بعض الخدمات مثل الاستشارات الطبية أو الهندسية، وهو ما يخلق تحديا أمام السلطات المختصة، حيث لا يوجد حتى الآن آليات متفق عليها لإخضاع المنتجات الرقمية للجمارك والضرائب، فقد يستغل البائعون ذلك للتهرب من سداد الرسوم والضرائب، وذلك بعدم تسجيل هذه التعاملات في الدفاتر المحاسبة الرسمية. عن **إيناس الخالدي**، المرجع نفسه، ص 101.

1– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 719.

– **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع السابق، ص 131.

– ولتذليل هذه الصعوبات اتجه البعض إلى القول بضرورة البحث عن قضاء جديد خاص بالمنازعات الناتجة عن العقود المبرمة بطرق إلكترونية، وذلك مراعاة لمقتضيات هذا النوع من العقود والذي يكون بعيدا عن القضاء والتعقيدات الناجمة عن تطبيق قواعده، سعيا وراء حل الإشكالات التي فرضتها شبكة الإنترنت على صعيد الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. **عن: بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع نفسه، ص 131.

2– **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 12.

حاولت بعض المحاكم من جهتها تطويع الضوابط التقليدية للاختصاص، مستخدمة أحيانا أسلوب الافتراض، لتبرير اختصاصها بنظر المنازعات المطروحة عليها وهذا ما سنتطرق إليه بدراسة كل من الحلول التشريعية **(أولا)**، والقضائية **(ثانيا)**.

أولا: على المستوى التشريعي:

عمل الاتحاد الأوربي على تقديم بعض الحلول الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي حيث أصدر كل من البرلمان ومجلس أوربا التوجيه رقم 2000/31 الصادر في 08 يونيو 2000، بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية في مجال الأسواق الداخلية، والذي يهدف إلى ضمان الظروف التي تسمح تبادل المعلومات بين الدول الأعضاء في مجموعة الاتحاد الأوربي، كما يسعى إلى فرض أعلى مستوى للتكامل القانوني والتشريعي بين الدول الأعضاء، بغية تحقيق الهدف الأسمى والمتمثل في إنشاء منطقة حقيقية لخدمات المعلومات بدون حدون جغرافية[1].

يحثّ هذا التوجيه على مواصلة العمل بالقواعد المستقر في القانون الدولي الخاص دون اللجوء إلى تعديلها، إلا أنه حرص على ضرورة إزالة العوائق التشريعية للدول الأعضاء التي تحول دون استخدام بدائل لتسوية المنازعات بين موردي خدمات المعلومات والمستفيدين منها، عن طريق فرض نوع من المرونة على القواعد المنظمة لمسألة تنازع الاختصاص، وترك أكثر حرية للأطراف في اختيار الوجهة المرغوب فيها لحل النزاع بما يتلاءم وطبيعة الخلاف، مع مراعاة خدمة تطور التجارة الإلكترونية[2].

أدخل تعديل لاتفاقية بروكسل بمقتضى القرار اللائحي رقم 2001/44 الصادر في 22 ديسمبر 2000 ليدخل حيز التنفيذ في أول مارس 2001[3]، وذلك تبعا لسلسلة المحاولات التي تسعى إلى إزالة الصعوبات التي تعيق تطبيق قواعد الاختصاص القضائي على

– وقد استبعد مشروع الاتفاقية مكان وجود المعدات ، والداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الشخص لإبرام العقد، والأماكن التي يمكن الوصول منها إلى هذا النظام.

1– **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 22.

2– **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص 23.

3 - اطلع على التوجيه الأوربي رقم 44–2001 المؤرخ في 2000/12/22 المتعلق بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري، المعدل لاتفاقية بروكسل.

منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ليتضمن تحديد مكان تنفيذ الالتزام فيما يخص عقود البيع والوكالة والتوزيع بالمكان الذي يتم فيه أو كان واجبا أن يتم فيه تسليم المبيع أو أداء الخدمات[1]، مهما كان موضوع الالتزام محل الادعاء، أي أن يختص بنظر النزاع محاكم مكان التسليم أو أداء الخدمات ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، حيث أن القاعدة الخاصة بتحديد المحكمة المختصة تفترض أن طرفي العقد قد حددا مسبقا في العقد مكان التسليم أو أداء الخدمة، وأن غياب الاتفاق بين الطرفين، فإن مكان تنفيذ الالتزام محل النزاع يتحدد وفقا للقانون الواجب التطبيق على العقد[2].

واجهت نفس الإشكال الو.م.أ في فض تعارض الاختصاص القضائي بين الولايات أين أكدت مؤسساتها التشريعية أن الاقتصاد الرقمي الجديد يستلزم تدخل تشريعي يهدف إلى وضع قواعد موحدة تمنع ما أمكن من مشكلات التنازع، حيث أقرت القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب – بعد إقرارها للقانون الموحد[3] – الذي جرى اعتماده من قبل المؤتمر الوطني لمندوبي الولايات الموحدة في تيموز 1999.

أقّر هذا القانون مبدأ حرية الأطراف في اختيار الأطراف القانون المطبق، باعتبار أن هذا القانون أحد أهم وسائل حل منازعات التجارة الإلكترونية بيسر وسهولة، إذ أن حرية

1- **منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي**، المرجع السابق، ص 278. وأضاف:

- وهو ما أكدت عليه المادة 1/46 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي، التي نصت على أنه يمكن للمدعي في مجال العقود الدولية أن يقيم الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها تسليم الشيء المبيع، أو أداء الخدمة، أي أنه يكون للمدعي الخيار بين محكمة موطن المدعى عليه، أو محكمة محل تنفيذ العقد، منقول.

2- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 723.

– لا تثير هذه الأحكام أية صعوبة بالنسبة لعقود البيع في تحديد الاختصاص، إذا كان المبيع شيئا ماديا يتم تسليمه في مكان محدد تسليما تقليديا، غير أن عقود الخدمات مثل خدمات الإنترنت والاتصالات يثور التساؤل حول تحديد مكان أداء الخدمة في حال التعاقد الإلكتروني، أي إنجاز المعاملات بالطرق الإلكترونية من إبرامها إلى تنفيذها إلكترونيا. **عن: فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع نفسه، ص 723.

3- **يونس عرب**، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة...، المرجع السابق، ص 13.

– نص هذا القانون على أنه: " ***عندما تكون للصفقة علاقة معقولة بهذه الولاية، وولاية أخرى فيمكن للأطراف الاتفاق على القانون المطبق على الحقوق والواجبات، إما قانون هذه الولاية أو تلك***"، ويعتبر هذا القانون أساسا لحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة.

التعاقد واتفاق الأطراف على الاختصاص القضائي والولاية القانونية يساهم في توفير الثقة لدى الأطراف بالقدرة على حماية حقوقهم، ويتيح ابتداء مكنة إدراك ونطاق التزامهم[1].

قدّم القانون ثلاث اقتراحات ضمن القسم 109/ب منه، وذلك في ظل غياب اتفاق الطرفين، فبالنسبة للعقود المتضمنة التسليم الإلكتروني فإنها محكومة بقانون المرخص، والثانية الحالات التي يتطلب تسليم للنسخ أو المواد الرقمية في بيئة رقمية، فيعتد بقانون مكان التسليم، أو الذي يتعين أن يستلم فيه النسخة، وثالثا وفي غير الحالتين، فالقانون المختص والذي يحدد المحكمة المختصة بالعلاقة هو القانون الذي تتوفر له علاقة أقوى بالصفقة.

تبقى هذه الحالات تتمثل في الرجوع إلى القواعد التقليدية التي تتيح للمحاكم مرونة أكثر في وزن عناصر الارتباط بين التصرف والمحكمة التي تنظر في النزاع، وهو ما يجعل من صعوبة التأكد من الصلة الحقيقية القائمة في مجال عقود التجارة الإلكترونية[2].

ثانيا: على المستوى القضائي:

تختلف وجهة نظر المحاكم في مواجهة مسألة تحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية على المستوى القضائي، بين التي تقر عدم اختصاصها كاملا في نظر هذه المنازعة من جهة، والتي تقبل الاختصاص عند توافر شروط أو روابط معينة من جهة ثانية، فتستند بعض المحاكم لعقد اختصاصها بنظر المنازعات الإلكترونية المعروضة عليها على رابطة معينة ومنها:

– ينعقد الاختصاص القضائي للمحكمة الوطنية لنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، إذا كان في استطاعة كل من يقيم على إقليم تلك الدولة الدخول أو الولوج إلى

1– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 333.

– وهو نفس المبدأ الذي نصت عليه معظم التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية، منها: قانون المرافعات المصري الصادر عام 1968، والقانون الروماني لعام 1992، القانون الايطالي لعام 1995، وكذا لائحة الاتحاد الأوربي رقم 2001/144 الصادرة من المجلس الأوربي في 22 ديسمبر 2000 المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري، أنظر: **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع نفسه، ص 333.

2– **يونس عرب**، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة...، المرجع السابق، ص 14.

الموقع الذي تم من خلاله المعاملة، وذلك بغض النظر عن مكان إنشاء الموقع أو مكان تسجيله أو جنسية مالك الموقع.

– استندت بعض المحاكم الأخرى لتحديد اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، إلى تسجيل العنوان الإلكتروني للشركة في الإدارة المختصة الواقعة في دوائر اختصاص المحكمة المطروح عليها النزاع[1].

أقّرت المحاكم الأمريكية لانعقاد اختصاص محاكمها بالمنازعات الإلكترونية، أن يكون الاختصاص نتيجة تعاقد أحد طرفيها عبر شبكة الإنترنت على نطاق واسع مع المقيمين في دائرة المحكمة، أي أنه يلزم لانعقاد الاختصاص لمحكمة مكان معين، حدوث أمر إيجابي من المدعى عليه يدل على انخراطه في التعامل مع المقيمين في هذا المكان أو لجوئه لاستخدام الإمكانيات التي يقدمها موردي خدمات الأنترنت في هذا المكان[2].

يظهر من هذا التباين في إقرار الاختصاص للمحاكم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، والتي تستند إلى روابط تختلف عن باقي الروابط المستندة إليها في محاكم أخرى، إلى عدم وجود قواعد عامة تنظم الاختصاص في مجال منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لتبقى أن مسألة تحديد الاختصاص في مثل هذه المعاملات عرضة لصعوبات عديدة تفرض في أغلب الأحيان البحث عن حلول أخرى أكثر مسايرة لنمو وتطور التجارة الدولية[3].

دفعت مثل هذه الصعوبات إلى الحثّ عن الابتعاد من المجال المادي، حيث دعا الأستاذ J.P.Ballow إلى عدم تطبيق المفاهيم الموجودة في العالم الحقيقي على العالم الإلكتروني، لأنها مفاهيم مادية، ولا توجد مادية ملموسة في العالم الإلكتروني، لذا فمن الضروري الاستناد إلى فكرة الموطن الافتراضي، لأن اللجوء إلى موطن مادي حقيقي

1– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 718.

2– **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 15. وكمثال عن هذه الوضعية:

– قيام المدعى عليه بطرح إعلان يخص ببيع البضائع أو تقديم خدمات على شبكة الإنترنت، يثبت من خلالها أنه قصد توجيه طرحه أو إعلانه لفئة معينة مقيمة في دائرة اختصاص المحاكم الأمريكية.

3– **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص 167.

للشخص ليس لديه أي قيمة في عالم الشبكات، فعند حدوث نزاع بين المورد والمستخدم، وأراد هذا الأخير أن يقاضي الأول، فعليه أن يرفع دعواه في مركز أعمال المورد على الشبكة أي موطنه الافتراضي[1].

تعمل هذه المبادرة إلى تجنب القواعد التقليدية المتميزة بالبطء والتعقيد، مما يجعل المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية في مهمة البحث عن طرق بديلة من شأنها توفير الوقت والتكاليف وتتلاءم مع شبكة الأنترنت من جميع جوانبها، وهذا ما نادت به أغلب المواقف الفقهية والقضائية، أي استبعاد كل ما يتعلق بالقواعد التقليدية في مجال تنازع الاختصاص القضائي، والبحث في وسائل بديلة لها وحديثة تتميز بنفس ميزة التجارة الإلكترونية[2].

أصبح القانون الإلكتروني اليوم يحتل مكانة هامة في مجتمع التجارة الدولية، فمن الضروري البحث عن آليات إلكترونية لتتماشى مع طريقة إبرام العقود التجارية، وهو ما حدث فعلا بظهور نوع من القضاء الخاص بمثل هذه المنازعات، والذي سيكون موضوع دراستنا التالية.

المبحث الثاني

التقاضي الإلكتروني كوسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية

اتسع نطاق استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في انجاز الأعمال القانونية وإبرام العقود وتنفيذها أحيانا، مما دفع أغلب المتعاملين إلى التفكير في تسوية منازعاتها باستخدام نفس تلك التقنيات لتكون التسوية بطريقة الكترونية، بمعنى أن إجراءاتها تجري عبر شبكات

1- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 332.

- غير أن فكرة الموطن الافتراضي تثير الكثير من الإشكالات، منها أن المورد يمكن أن يتخذ موطنا مصطنعا، فضلا عن أنه يمكن أن يضع العديد من العراقيل أمام وصول المدعي للعدالة، كأن يخفي عليه موقعه أو يفاجئه بضرورة رفع دعواه في دولة بعيدة، وبلغة غير مفهومة، وطبقا لقانون لا يتوقعه، علاوة على أن التوجيه الأوربي الصادر في 08 يونيو 2000 بشأن التجارة الإلكترونية أقر بأن وجود وسائل تقنية وتكنولوجية لتوريد المعلومات لا يمثل منشأ للمؤدي، وذلك يكفي لرفض فكرة الموطن الافتراضي. عن **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع نفسه، ص 332.

2- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 728.

الاتصال الإلكترونية[1]، أي على الخط مباشرة دون الحاجة إلى تواجد الأطراف في مكان واحد، وهو ما يقتضي تطوير نظام قانوني ملائم وموازي يحكم هذه العملية، وهذا يدخل في نطاق العمل على تطوير وازدهار التجارة الإلكترونية والتي تتطلب في ذلك تطوير أساليب لتسوية منازعاتها نظرا لتباعد أطراف العلاقة القانونية وكذا الحسم السريع وبأقل تكلفة، هذا مع مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي خصوصا حقوق الدفاع وتسبيب قرارات التسوية، فالتجارة الإلكترونية تحتاج إلى نماذج جديدة لتسوية منازعاتها تجري عبر شبكات الاتصال الدولية[2].

أعدت بعض المنظمات الناشطة في مجال التجارة الإلكترونية أنظمة خاصة لمواجهة خصوصيات منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بعدما أغفلتها الدول ولم تتدخل لإصدار تشريعات أو إعداد اتفاقات دولية تضع حلولا سريعة وقواعد جديدة خاصة بهذا المجال، ومن بين هذه المنظمات المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي عملت على إنشاء مركز للتحكيم والوساطة خاصا بها، والذي يعمل على تقديم خدمات التحكيم والوساطة لتنظيم المنازعات التجارية بين الأطراف خاصة في مجال الملكية الفكرية[3]، فهذا ما يفرضه الواقع العملي باعتبار أن ممارسة أطراف التجارة أعمالهم عبر قنوات الكترونية، يفترض حاجاتهم إلى آلية للدفاع عن حقوقهم واختيار منابر لتسوية منازعاتهم تعمل بأسلوب من نفس طبيعة البيئة التي يجرون معاملاتهم عليها، وهو ما يشكل حافزا قويا لممارسة التجارة الإلكترونية[4]، ومن

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 730.

2- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص ص 38- 39.

3- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص ص 728-729.

- ومن جهته قام مركز الأبحاث بقسم القانون العام بكلية الحقوق لجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر من عام 1996 بطرح مشروع المحاكم الافتراضية، وتلتها بعد عامين من النشاط الإصدار الشرعي للمحكمة في 04 يونيو = =1998، كما ظهر نظام القضاء الافتراضي في أمريكا في عام 1996، والذي أعدته جمعية المحكمين الأمريكيين الذي يتيح جريان التحكيم، أو بعض أجزائه على شبكات الحواسب الآلية، حيث أنه يتناول عدة مواضيع منها المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية وحقوق التأليف والنشر والأسرار التجارية والغش والأعمال التجارية الخادعة والحق في الخصوصية.

4- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص ص 40-42.

مميزات هذه الآليات والمنابر أنها تتيح تبادل استخراج العديد من المستندات من أي مكان بتكلفة بسيطة، واستخدام الوسائل السمعية البصرية في عقد اجتماعات وجلسات استماع على الخط المباشر[1].

تعدد الإمكانات التي تتيحها استخدام شبكات الاتصال الإلكترونية، أدى إلى التفكير في إعادة بعث إجراءات الطرق التقليدية لتسوية المنازعات مثل التفاوض أو ما يسمى بالمفاوضات والوساطة والتوفيق كوسائل غير قضائية **(مطلب أول)** والتحكيم من خلال هذه الشبكات[2]، والذي أصبح اليوم ومع تطور التجارة الدولية أحد الحلول الأساسية لفض النزاعات، ونظرا لأهميته خصصنا له مطلب مستقل **(مطلب ثان).**

المطلب الأول

الطرق الإلكترونية غير القضائية

أظهرت مختلف المنازعات المتصلة بتقنية المعلومات الأهمية الاستثنائية للجوء إلى الطرق غير القضائية، كالوساطة والمفاوضات والتوفيق لحل المنازعات المثارة في هذا المجال، إذ تساهم هذه الآليات بتجاوز مشكلات غياب القوانين المنظمة لهذه الموضوعات

– ولضمان حسن سير عملية الوسائل الإلكترونية والاستفادة من مختلف الوسائط الإلكترونية في تسوية المنازعات يتطلب وبالضرورة تجهيز آليات للتسوية تسمح بمباشرة الإجراءات على الخط المباشر بطريقة آمنة، ومن ثم تطوير نظام قانوني فعال ليحكم عملية التسوية الإلكترونية وتسمح بتنفيذ قراراتها على المستوى الدولي.

1– **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 32.

2– **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص ص 158–159.

– يعرف على هذه الوسائل أنها غير قضائية، تنظر في النزاع والفصل فيه من خلال شبكات الحاسب، وشمول هذا المصطلح **ODR « Alternative Dispute Resolution »** لكافة المنازعات سواء التي وقعت الكترونيا **Online Dispute** أو المنازعات التقليدية غير الإلكترونية **Offline Dispute** إذ تتصرف هذه الوسائل لحل النزاع بغض النظر عن الآلية التي يتم من خلالها، وتتميز هذه الوسائل ببساطة وسهولة في سير إجراءات النزاع، بالإضافة إلى تجنبها القواعد الإجرائية التي تفرضها القوانين المحلية في الخصومات القضائية عند تحديد الاختصاص القضائي وفقا لمعايير وأسانيد القانون الدولي الخاص القائم على المرتكزات المادية التي لا تقوم عليها التجارة الإلكترونية. وفي هذا الموضوع اطلع كذلك على:

- **NDIAYE Penda**, op.cit, p. 80.

في أغلب تشريعات الدول، وتتيح أيضا فرصة تخطي صعوبة تحديد الاختصاص وكذا مشكلات تنفيذ الأحكام التي تعتمد على توفر الشروط القانونية لصحة التنفيذ[1].

تعرف الوسائل البديلة لفض المنازعات بأنها الطرق غير القضائية لحل النزاع والفصل فيه خارج المحكمة[2]، وهي الجهة التي يشترط اتفاق الأطراف للجوء إليها، فهي وجهة اختيارية من المتنازعان لعرض نزاعهما على إحدى الجهات، أو اختيار إحدى الطرق البديلة والمفضلة لديهم قصد الوصول إلى حل يرضى به كلا الطرفين، ولكن يبقى أن الاتفاق على اللجوء للوسائل البديلة لفض النزاع يفقد الطرفين حقهما في اللجوء إلى القضاء العادي ما لم تخفق هذه الوسائل في حل النزاع[3].

يفضّل العديد من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية طرق التقاضي البديلة باعتبارها أكثر الجهات خبرة للتعامل مع مسائل التجارة الإلكترونية، والتقنية المعقدة والقانونية المستجدة، وتفسير البنود العقدية خاصة في رخص الملكية الفكرية وعقود نقل التكنولوجيا وعقود الخدمات التقنية وغيرها، وما تتيحه من الثقة بكفاءة الجهة التي تتولى البتّ في النزاع، بالإضافة إلى إيراد الشروط العقدية التي تقرر اللجوء لطرق التقاضي البديلة[4]،

1- **يونس عرب**، منازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 23.

2- وهو عكس ما أقره المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية، والذي أدرج الطرق البديلة لحل النزاعات في الكتاب الخامس، الباب الأول، والمتمثلة في الصلح والوساطة والتي تتم داخل المحاكم وفي جميع الدعاوي ما عدا دعاوي شؤون الأسرة والدعاوي المتعلقة بعلاقات العمل بالنسبة للوساطة، أنظر **القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في المواد: 990 إلى 1005.**

3- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص ص 160-161.

- وهذا ما نصت عليه المادة 1/6 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، والمادة 47 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوربي، على أن الاتفاق على شرط اللجوء لـ **ADR** قد يحرم من اللجوء إلى القضاء، أو على الأقل التأخير في عرض النزاع على القضاء. انظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 467.

4- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 161.

- وقد اشترط التوجيه الأوربي رقم 93/13/ECC على طرفي النزاع أن يعيا عند اتفاقهما على حل النزاع بالوسائل البديلة ADR، مع ضرورة تحقيق التوازن العقدي مع مراعاة حسن النية وقواعد الإنصاف، ونظرا لما تتصف به الوسائل البديلة من مرونة وحيادية وشفافية واحترام القانون، فقد دعا التوجيه الأوربي رقم 2001/31/EC لخلق وتفعيل الوسائل البديلة لفض المنازعات داخل دول الاتحاد الأوربي، وذلك من خلال سن القوانين المتعلقة بقواعد الإنصاف الواردة في التوجيه رقم 98/257/EC.

وتحديد الطريقة المقرر إتباعها عند النزاع وآلية اللجوء إليها والقوانين المتعين تطبيقها من قبل الجهة المتولية نظر النزاع، سواء الموضوعية أو الإجرائية ومدى حجية القرار النهائي الصادر عن النزاع، وتحديد الأحكام المتعلقة بحالات الامتناع عن اللجوء لهذه الوسائل لفض النزاع، كل هذه العوامل تتخذ أهمية استثنائية وتتطلب التشجيع لاعتماد هذه الوسائل أساسا في العقود الإلكترونية[1].

تعرف الوسائل البديلة اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وما شهده العالم منذ أزيد من نصف قرن من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل البديلة نظرا لما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي[2]، مما فرض على البعض عدم تسميتها بالوسائل البديلة، ذلك أن كثرة اللجوء إليها أدت إلى تحولها في كثير من الأحيان إلى وسائل أصلية يفضل الأطراف اللجوء إليها مستفيدين من مزاياها في سرعة حسم النزاع، والحفاظ على السرية وخفض التكاليف، إضافة إلى مرونتها من حيث الإجراءات المتبعة لحل النزاع[3].

ولدراسة مختلف الوسائل البديلة لفض النزاعات في مثل هذه العقود، فضلنا دراسة كل نوع في نقطة مستقلة لتحديد تعريف وخصائص وإجراءات سير كل وسيلة، المفاوضات المباشرة (**فرع أول**)، باعتبارها أول مرحلة قبل اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية (**فرع ثان**)، ثم التوفيق الإلكتروني (**فرع ثالث**).

الفرع الأول

المفاوضات المباشرة

1- **يونس عرب**، منازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 24.

2- **عبد الحميد الأحدب**، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص باليومين الدراسيين عن الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، أيام 15-16 جوان، الجزء الأول، الجزائر، 2008، ص 22.

3- **أحمد أنوار ناجي**، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، مجلة الفقه والقانون، متوفرة على الموقع التالي: www.majalh.new.ma، ص ص 01-02.

يعبّر عن المفاوضات أحيانا بمصطلح المشاورات، إضافة إلى مصطلح المصالحة[1]، وهي من بين الطرق الودية لتسوية المنازعات الناتجة عن عقود التعاون الاقتصادي عامة والتجارة الدولية خاصة، وتعتبر من أفضل الوسائل لحل الخلافات التي من خلالها يسعى الأطراف مباشرة لحل المشكل المطروح، مع إمكانية نجاحها أو فشلها وذلك حسب إرادة الأطراف[2].

تبنت بعض الهيئات المفاوضات كمرحلة أولى قبل اللجوء إلى الطرق الأخرى لحل النزاعات، منها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، التي نصت في المادة 57 من الاتفاقية المنشأة لها: "... ***إلى تسويتها عن طريق المفاوضات قبل اللجوء إلى إجراءات التوفيق والتحكيم، وتعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الطرفان في الاتفاق على تسويته خلال 120 يوم من تاريخ طلب الدخول في المفاوضات***"[3].

عملت مراكز الوساطة والتحكيم الإلكتروني على ابتكار المفاوضات المباشرة كحل بديل لفض المنازعات الناشئة بين طرفي العقد الإلكتروني، والتي تتم عن بعد أي دون حضور الأطراف في مجلس واحد، ولقد لاقت نجاحا واسعا وإقبالا كبيرا من قبل المتنازعين لما لمسوه من فعالية في حل منازعاتهم، مع المحافظة على علاقات العمل الودية في نفس الوقت، ويؤيد ذلك إحدى الدراسات التي قام بها أحد مراكز الوساطة الإلكترونية، والتي أعلن من

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 221.

- يجب الإشارة إلى أن العقود الإلكترونية خاصة الطويلة المدى منها تتطلب مفاوضات عسيرة، وهذا النوع من المفاوضات تكون في مرحلة الإعداد للعقد، وليست المفاوضات التي نحن بصدد الحديث عنها وهي المفاوضات التي تكون في حالة نشوب نزاع حول أية مرحلة من مراحل العقد، إلا أن المفاوضات في العقود الإلكترونية إن كانت في بعض الأحيان تستغرق وقتا طويلا إلا أنها تلعب دورا هاما ولها ارتباطا وثيقا بالعقد النهائي، لأنها هي المحددة لكل الإجراءات المستقبلية في حالة نشوب نزاع بين الطرفين أو حدوث أي طارئ من شأنه أن يعيق حسن سريان المعاملات التجارية. **عن: خالد ممدوح إبراهيم**، المرجع نفسه، ص 221.

2- **سامي عبد الباقي أبو صالح**، التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2004، ص 22.

3- **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.

خلالها أن ما نسبته 80 بالمائة من حجم المنازعات التي تم التفاوض حولها عن طريق المركز تم حلها بالمفاوضات المباشرة[1].

نجد في هذا الصدد القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لعام 1999 أجاز إجراء الاتفاقات والمفاوضات وإبرام العقود ونشوء الالتزامات بطريقة إلكترونية، حيث عرف في المادة 2/2 منه ماهية الأعمال التجارية الإلكترونية بأنها هي: " ***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***"، وهو ما يستفاد منه جواز إتمام المفاوضات بطريقة إلكترونية، وهنا يظهر أهميتها في إنجاح الصفقات التجارية الإلكترونية، وأنها وسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف، حيث تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد والحد من أسباب النزاع في المستقبل[2].

تمثل المفاوضات المباشرة أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية عامة، والتجارة الإلكترونية خاصة، نظرا لكثرة استخدامها، مما يفرض علينا دراستها من حيث تعريفها (**أولا**)، وتبيان أهم الخصائص المميزة لها (**ثانيا**)، وكيفية سير عملية المفاوضات المباشرة (**ثالثا**).

أولا: تعريف المفاوضات المباشرة:

تعتبر المفاوضات أو التفاوض بصفة عامة آلية لتسوية النزاع قائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعيا لحل الخلاف، ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة[3]، ويتم كل هذا باستعمال الوسائل الإلكترونية للاتصال، والتي غالبا ما يفضل الأطراف التفاوض باستعمال الأنترنت التي هي

1- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 163.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص ص 218-219.

3- **أحمد أنوار ناجي**، المرجع السابق، ص 09.

- إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين أو وكلاء لهم، إذ لا يغير ذلك من طبيعة التفاوض مادام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكليهم.

- **هيثم عبد الرحمن البقلي**، التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.kenanaonline.com، ص 03.

من أحدث الوسائل الإلكترونية وأكثرها طلبا، لما تمتاز به من سهولة الاستعمال سواء بالكتابة فقط أو باستعمال الكتابة والصورة في آن واحد، وتكون المفاوضات المباشرة غالبا من تأطير أحد المراكز الخاصة بذلك[1]، أي اتصال الأطراف فيما بينهما من خلال صفحة تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية، بعد أن يقوم المركز بتزويد كل من المتفاوضين باسم مرور يسمح لهما من خلاله الدخول لصفحة النزاع والتفاوض بعدها على موضوع النزاع بغية التوصل لحل يفضان فيه النزاع، وهذا دونما أدنى تدخل من المركز، سواء تم حل النزاع أو فشلا في ذلك[2].

ثانيا: خصائص المفاوضات المباشرة:

تتميز المفاوضات المباشرة، أو المفاوضات الإلكترونية –كما تسمى نسبة إلى الوسيلة التي تتم من خلالها– بعدة خصائص تنفرد بها عن باقي الوسائل البديلة لحل النزاعات بالوسائل الإلكترونية كالوساطة الإلكترونية والتوفيق الإلكتروني ومنها:

1– **سامي عبد الباقي أبو صالح**، المرجع السابق، ص 22.

– المفاوضات الإلكترونية قد تكون مفاوضات آلية *négociation automatisée* وقد تكون مفاوضات إلكترونية مدارة بمساعدة الحاسب الآلي *négociation assistée par ordinateur*. أنظر في هذا الموضوع: **سامي عبد الباقي أبو صالح**، المرجع نفسه، ص 22.

– أكدت إحدى دراسات التي قام بها أحد مراكز الوساطة الالكترونية، والتي أعلن من خلالها أن ما نسبة 80 بالمائة من حجم المنازعات التي تم التفاوض حولها عن طريق المركز تم حلها بالمفاوضات المباشرة، أنظر في هذا الموضوع: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الالكتروني، الوسائل البديلة لفض النزاعات، الوساطة والتوفيق، التحكيم والمفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 21.

2– **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 163. وانظر أيضا:

- **CHULTZ Tomas**, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Bruylant Bruxelles, 2005, p. 184.

– كما نجد نوع خاص من المفاوضات الالكترونية التي تبحث عن مصالحة عرفية دون الرجوع إلى شخص ثالث، أي دون تدخل العنصر البشري، إذ يقوم الحاسب الآلي باستقبال عروض كل طرف دون علم الطرف الأول لعروض الطرف الثاني، فيقوم الحاسب الآلي بإجراء مقارنة حسابية بين العروض ثم يختار حلا توفيقيا يقف عند مرحلة وسط بين العرضين أو يحاول إيجاد متوسط العروض المقدمة أنظر: **سامي عبد الباقي أبوا صالح**، المرجع السابق، ص 23.

– تتم عملية التفاوض بين طرفي النزاع كدرجة أولي قبل اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية أو التحكيم الإلكتروني، مما يجعل أن النزاع في أغلب الأحيان يتم حله واسطة المفاوضات قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى[1].

– تتميز فكرة المفاوضات المباشرة أنها ثنائية، أي تتم بين طرفي النزاع فقط دون تدخل أي طرف أجنبي بينهما، والتي تتم من خلال الهاتف أو من خلال صفحة تابعة لموقع فض المنازعات الإلكترونية عبر الأنترنت[2].

– قيّدت المفاوضات المباشرة بمدة زمنية معينة، حيث أنه على الأطراف أن ينهيان فيها مفوضاتهم إيجابا أو سلبا، وهي المدة التي حددتها بعض المراكز بثلاثين يوما، وبانتهائها يتم غلق صفحة التفاوض الكترونيا، مع وجود إمكانية تمديدها عند تقديم مبرر جدي، كما حددتها مراكز أخرى بعشرة أيام، مع إلزام المتفاوضين في حال انقضاء المدة دون الوصول إلى حل مرضي للطرفين بإحالته للمركز مع طلب وسيط أو أكثر لحل النزاع.

– تفصل المفاوضات الإلكترونية في النزاعات بطريقة ودية أكثر منها قضائية، لأن المفاوضات المباشرة تسمح للأطراف في إبداء آرائهم بكل عفوية وحرية كاملة، ويغلب المصلحة في مواصلة العلاقات التجارية بين الطرفين، فهي تخلق جو من الخفة في حل النزاع، الذي يبقى غير ملزم للطرفين[3].

ثالثا: سير عملية المفاوضات المباشرة:

تبدأ عملية التفاوض من خلال إرسال طلب إلى المركز مقدم من قبل طرفي النزاع يعلنان فيه عن رغبتهما في فض النزاع القائم بينهما من خلال المفاوضات المباشرة، حيث

1– **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص، المرجع السابق، ص 30.

2– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص ص 216–217.

3– المرجع نفسه، ص 215.

يشتمل الطلب المقدم للمركز على (اسم طرفي النزاع، عنوانهما، رقم الهاتف، البريد الإلكتروني) مرفقا بملخص موضوع القضية وأسباب النزاع[1].

يقوم المركز بعد استلامه للطلب من طرف أحد طرفي النزاع بمراجعته ودراسته ليتم إرسال إخطار للطرف الأخر يخبره فيه عن رغبة مقدم الطلب في التفاوض معه مباشرة حول موضوع الخلاف القائم بينهما[2]، وسؤاله فيما إذا كان يرغب في قبول التفاوض معه أم لا، مع تحديد مهلة معينة للجواب، في حين إذا كان الجواب بالرفض أو عدم تلقي المركز للجواب تنتهي مباشرة عملية المفاوضات المباشرة، أما في حالة إعلان الطرف الأخر عن قبول الاشتراك في المفاوضات المباشرة فتستمر العملية.

يتطرق المركز في مرحلة ثانية بعد تسلمه الجواب إذا كان الطلب مقدم من طرف واحد، أو تسلمه طلب التفاوض إذا كان مقدما من قبل الطرفين معا بإرسال إخطار إلى المتنازعين يتضمن اسم المرور خاص بكل طرف، والذي من خلاله يسمح لهما بالدخول للصفحة الخاصة بنزاعهما، والتي أعدت خصيصا لهما على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، والذي يتميز بإحاطته بالسرية الكاملة من خلال توفير قنوات آمنة يجري الاتصال من خلالها، مع الأخذ بعين الاعتبار أن المدة الممنوحة لهما للاتصال والتفاوض من خلال صفحة الاتصال التي وفرها المركز هي 30 يوما[3].

تعمل العديد من المراكز على تعميم استعمال المفاوضات المباشرة لحل النزاعات عن بعد، ومنها مركز وساطة **Internet Neural** الذي اعتبر المفاوضات المباشرة خطوة هامة قبل التطرق للوساطة عند فشلها، وهذا إذا ما رغب المتنازعان اللجوء للمركز وطلبا التفاوض بينهما من خلال المركز، حيث نصت المادة 04 من قواعد إجراءات المركز على أنه: " ***بمرور 10 أيام عمل من اجتماع المتفاوضين دون تمكنهما من حل النزاع القائم بينهما بالمفاوضات المباشرة، فإنه يتعين عندها على المتفاوضين أو ممثليهما بإحالة النزاع***

1- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 164.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، 216.

3- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 165.

- لكن تبقى المدة الممنوحة للتفاوض والاتصال، قابلة للتمديد بشرط تقديم تبريرات لذلك، ونشير إلى أنه في الغالب ما تستغرق عملية التفاوض من 10 إلى 14 يوما، استنادا لمدى تفاعل المتفاوضين وسعيهم الجاد لحل نزاعهم.

للمركز لحله بالوساطة"[1]، وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت إليه المنظمة العالمية للتجارة، عندما أسست هيئة متخصصة لفض المنازعات الناشئة بين أعضائها، والتي يبدأ عملها عندما تفشل المفاوضات بين المتنازعين في حل النزاع لجوئهم للهيئة لنظر النزاع والفصل فيه.

لاقت هذه الطريقة في فض المنازعات إقبالا واسعا، لما لمسه المتنازعين من توفير للوقت والمال، وخصوصا للعاملين في حقل التجارة الإلكترونية، والذين تتجاوز أعمالهم الحدود الجغرافية التقليدية، فالمراكز تقوم بتقديم الخدمات بلا مقابل[2]، وتضع كل أشكال الاتصال عبر قنوات المركز للأطراف وهذا بغض النظر عن نتيجة التفاوض، إيجابية كانت وتم حل النزاع من خلالها، أم سلبية ولم يتوصل المتفاوضان من خلالها لاتفاق ينهيان فيه النزاع، مع العلم أم المركز سيقوم بتشجيع المتفاوضين وحثهما على اللجوء للوساطة عند فشل المفاوضات المباشرة[3]، وهو موضوع دراستنا التالية.

الفرع الثاني

الوساطة الإلكترونية

تعد الوساطة من أقدم الوسائل البديلة لحل النزاعات، فهذا الشكل من العدالة قديم جدا وظهر قبل ظهور عدالة الدولة، فالوساطة كانت تتم في السابق بشكل بسيط قائم على

1- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 166.

- لقد تم تحديد مهلة 10 أيام الممنوحة للمتفاوضين طبقا للمادة 03 من ذات القانون، والتي تنص على أنه يجب عقد اجتماع بين المتفاوضين عبر الهاتف ***Téléphone Conférence***، لمدة 10 أيام، وفي سابقة من نوعها أقام بنك فنلندا المركزي نظاما خاصا لفض أي نزاع سواء مع العملاء أو مع أي من البنوك الأخرى إلكترونيا، عندما أسس نظام **ESETTLE SYSTEM** في عام 2000، حيث يجري الاتصال مع البنك من خلال شبكة الإنترنت في حال أن وقع نزاع والعمل على حله من خلال المفاوضات المباشرة، راجع في هذا الموضوع: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت...، المرجع السابق، ص 23.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 224.

- فهي عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد Neutral لحل النزاع القائم بينهما.

3- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 167. أنظر أيضا:

- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الالكتروني...،المرجع السابق، ص 24.

إصلاح ذات البين، ونابعة من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع[1]، وتطورت هذه الفكرة لتصبح من الوسائل البديلة لحسم النزاعات[2]، ليتم بعدها تنظيم اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات مفاوضات الوساطة كوسيلة بديلة لحسم النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم، وذلك لما تميزها من اختصار للوقت وقلة النفقات عكس الدعاوي أمام القضاء التي تستمر لمدة طويلة ومرهقة وثقيلة من النفقات والمصاريف.

شهدت الوساطة ازدهارا لم يكن منتظرا ولا متوقعا، وتقبلتها أوساط النزاعات القضائية الأمريكية وأقبلت عليها بجدية واهتمام، حيث قدرت نسبة الحالات التي أسفرت عن مصالحة بفضل الوساطة كوسيلة بديلة لحسم النزاعات بطريقة ودية بـ 08 بالمائة في الو.م.أ و 37 بالمائة في بلدان الشرق الأقصى، وتقدمت في الصين وأستراليا، ولكن في دول القوانين المدنية الأوربية بقيت حذرة ولم تقبل على هذه الوسيلة البديلة لحسم المنازعات بطريقة الوساطة، فمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس تلقت سنة 1990 ثماني طلبات لحل النزاع بالصلح في حين تلقت 365 طلب التحكيم[3].

تطورت الوساطة كحل بديل لفض النزاعات[4] لتتم بطرق أكثر ملائمة لما وصلت إليه وسائل إبرام العقود التجارية الدولية، فظهرت الوساطة الإلكترونية التي تكون أكثر عملية وناجعة لحل النزاعات الكثيرة والمختلفة الناجمة عن عقود التجارة الإلكترونية[5].

1- **أحمد أنوار ناجي**، المرجع السابق، ص 03.

- طبقت الوساطة في العهد القديم في فرنسا بمفهوم المصالحة، واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 وقد ظهرت في الو.م.أ خلال الأعوام 1965و1970، وأدخلت الوساطة العائلية إلى فرنسا بتأثير من وسطاء مقاطعة الكيبك في كندا، وأعد القانون العام أول قانون يتعلق في هذا الموضوع في 03 جانفي 1973 وتبعه قانون 24 ديسمبر 1976 الذي تم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية. **عن: أحمد أنوار ناجي**، المرجع نفسه، ص 03.

2- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت...، المرجع السابق، ص 25.

- **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، أيام 15-16 جوان، الجزء الأول، الجزائر، 2008، ص 251.

3- **أحمد أنوار ناجي**، المرجع السابق، ص 05.

4- **عبد الحميد الأحدب**، المرجع السابق، ص 22.

5- **سامي عبد الباقي أبو صالح**، المرجع السابق، ص 25.

أولا: تعريف الوساطة الإلكترونية:

تعرف الوساطة الإلكترونية بأنها من أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات الناشئة عن العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية، وذلك باستعانة أطراف النزاع بوسيط يعمل على تقديم النصح والإرشاد وربط الاتصال 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[1].

يعتبر الوسيط عامل محايد وتطوعي شرط موافقة الأطراف العمل معه للوصول إلى نتيجة عسى أن تكون حلا وسطا للنزاع[2]، بعد التطرق إلى نقاط الخلاف أين يبذل الوسيط جهد في إقناع الأطراف واقتراح سبل الحل[3]، ولقد عرفتها المادة 03/01 من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنها: " ***عملية يتم من خلالها حل النزاع***

1- **صابر عبد العزيز سلامة**، المرجع السابق، ص 82. انظر كذلك في نفس الموضوع: **سامي عبد الباقي أبوا صالح**، المرجع السابق، ص 25.

- وتوجد بعض المبادرات الخاصة لإقامة جهاز يقوم بدور الوسيط في حل المنازعات في مجال المعاملات الإلكترونية، ومن بينها جهاز Le Cyber Tribunal الذي أنشأته جامعة مون ريال الكندية عام 1995، وهو نظام مجاني مفتوح لكافة مستخدمي الأنترنت، تجارا كانوا أم مستهلكين، يختص بكافة المنازعات الناجمة عن استخدام التكنولوجيا الحديثة، كالتجارة الإلكترونية، المنافسة، حقوق المؤلف، العلامات التجارية، حرية الرأي، الحياة الخاصة ... وكذلك نذكر Online Ombuds Office وهو مكتب وساطة أسس عام 1996 من قبل Center for Technology and Dispute Resolution التابع لجامعة Massachusetts الأمريكية والتي تقدم أيضا أعمال الوساطة مجانا. عن: **صابر عبد العزيز سلامة**، المرجع نفسه، ص 82.

- **عماد الدين المّحمد**، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28-30 أفريل 2008، ص 1022.

- **CHULTZ Tomas,** op.cit, p. 185. et voir:
- **A.CAPRIOLI Eric**, Arbitrage et Médiation dans le commerce électronique, "L'expérience du cybertribunal", Revue de l'arbitrage, n 02, Paris, 1999, p. 234.

2- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 227.

3- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، 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.

وديا، سواء بالوساطة أو التوفيق، مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل"[1]، ويتم الإشراف على العملية مراكز الوساطة الإلكترونية التي تمنح كل الوسائل المادية والبشرية لإنجاح العملية قصد الوصول إلى حل يرضي الطرفين، وتضع تحت تصرفهم المواقع الإلكترونية التابعة للمركز قصد حسن سير العملية[2].

ثانيا: خصائص الوساطة الإلكترونية:

دأبت مراكز الوساطة الإلكترونية – سعيا وراء منح الثقة للمتنازعين في اللجوء إليها كطريق بديل للقضاء في فض المنازعات– على العمل صوب توفير مرتكزات الثقة والأمان مع السرعة في فض المنازعات المحالة إليها من قبل المتنازعين ومن أبرز الخصائص التي تتمتع بها الوساطة الإلكترونية مايلي:

1– فعالية الأدوات المستخدمة في عملية الوساطة الإلكترونية، والتي تصاحب سير النزاع منذ لحظة إحالة النزاع إلى حين الفصل فيه.

2– توفير قنوات اتصال آمنة خلال سير مرحلة الوساطة الممتدة منذ الاتفاق عليها من الأطراف إلى غاية التوقيع على اتفاق التسوية الملزم[3].

3– توفير قاعدة بيانات متكاملة تشمل سير عملية الوساطة وكيفية الإثبات وتقديم الطلبات، إلى جانب أمثلة متعددة لأنواع القضايا.

4– توفير قائمة بأسماء الوسطاء والدورات التي تلقوها والتي تؤهلهم لنظر النزاع مع ترك حرية الاختيار للمتنازعين[4].

1– **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 168.

2- **CHULTZ Tomas**, op.cit, p. 186.

– تتميز الوساطة أنها تجرد الوسيط من سلطات الإجبار في قبول الوساطة أو الاستمرار فيها، فتوجيهاته تعتبر غير ملزمة للأطراف، أنظر: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الالكتروني.....، المرجع السابق، ص 27.

3– **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت...، المرجع السابق، ص 27.

4– **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 171. واطلع كذلك على:

– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 471.

5- تزويد طرفي النزاع بسائر الحلول الودية لفض النزاع مع إعطائهم الفرصة الكاملة للاطلاع على الحلول المقترحة، والسماح لهم بإبداء وجهة نظرهم وتعليقاتهم حولها.

6- مراعاة الوسيط الاتفاق الوساطة المبرم بين طرفين النزاع، دون الخروج عنه أو تجاوزه أثناء سير عملية الوساطة.

7- منح طرفي النزاع الحرية الكاملة في الاتصال مع الوسيط والطرف الأخر للتفاوض حول مسائل النزاع[1].

8- تقديم النصح والإرشاد للمتنازعين مع طرح الاحتمالات التي قد يرتئي طرفا النزاع قبولها دون ضغط أو إكراه من الوسيط بفض النزاع القائم بينهما[2].

9- إرسال رسائل إلكترونية لطرفي النزاع لإخطارهم بأوقات ومواعيد الجلسات.

10- توفير الجهد والوقت عند إجرائها عن بعد، حيث يتم التفاوض وتقديم المقترحات والأدلة والطلبات عن بعد، دون تكليف المتنازعين عناء الانتقال لمكان الجلسة.

11- العمل على توضيح الرؤية أمام المتنازعين، من خلال تزويد كل طرف بنموذج العرض الذي قدمه الطرف الأخر والطريقة التي تتناسب في حل النزاع.

12- سرية البيانات المقدمة للوسيط من قبل المتنازعين وحفظها دون إفشاء، سواء كانت على شكل طلبات، وثائق وأدلة، مع صيانة العروض الخطية والشفوية الصادرة عن أي طرف أو وكيله، وعدم تقديم أي منها للقضاء[3]، ما لم يسمح له طرفا النزاع صراحة بالنشر[4].

13- سرعة العمل على نظر النزاع، ومحاولة فضه مع الاقتصاد في التكاليف.

14- المرونة في القواعد الإجرائية المتبعة خلال عملية الوساطة، حيث يترك للأطراف اختيار القواعد التي تناسبهم والقائمة على الحيادة، الشفافية واحترام القانون.

1- حيث يعهد الوسيط على توفير مناخ ملائم لتبادل وجهات النظر، أنظر، **إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص 316.

2- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 230.

3- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 172.

4- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 231.

15- حفظ كامل المستندات والوثائق والطلبات وتخزينها، مع إلغاء ما تم تخزينه إذا ما رغب فريقا النزاع عن الاستمرار قدما في عملية الوساطة[1].

16- العمل على تزويد المحكمة بنسخة الاتفاق الموقع عليها من قبل المتنازعين إذا ما رفض أي طرف تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.

17- إتاحة المجال للاطلاع على موقع المركز المتضمن خطوات نظر النزاع من خلال الوساطة كخطوة مبدئية صوب وضوح الرؤية لدى المتنازعين، وتشجيعهم على اللجوء للوساطة الإلكترونية كوسيلة بديلة لفض المنازعات.

ثالثا: الشروط المتطلبة توافرها في الوسيط:

يشترط على الطرف الوسيط أن يتحلى بعدة صفات لتسمح له مسايرة عملية الوساطة الإلكترونية، فلا يمكن لأي وسيط غير مختص في مجال نزاع ما أن يقوم بدور الوسيط للبحث عن الحل المرضي للطرفين، بالإضافة إلى شروط أخرى كالحياد، الشفافية والوضوح في جميع مراحل العملية، السرية، والإعلان عن كل صغيرة وكبيرة عن تجربته وخبرته في العمل، الكفاءة العالية[2]، كلها شروط تستلزم وجودها في شخص الوسيط ليكون ذلك الشخص الأمثل للوقوف مع الطرفين المتنازعين أثناء عملية الوساطة الإلكترونية، وهذه الشروط سنراها بالتفصيل فيما يلي:

1- الاختصاص: يعتبر الشرط الأساسي في تعيين الوسيط، فيجب أن يكون الوسيط متخصصا ومؤهلا تماما[3]، مع تدريبه تدريبا جيدا يعينه على قيادة عملية الوساطة والتي

1- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 42.
وهو ما يفترض استعمال وسائل اتصالات حديثة وتكنولوجيا عالية في حفظ المستندات، وتزويدها بأسباب الأمان والفاعلية.

2- حددها المشرع الجزائري في المادة 998 من قا.إ.م.إ على أن: " ***يجب أن يعين الشخص الطبيعي المكلف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السلوك والاستقامة، وأن تتوفر فيهم الشروط الآتية:***
- ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعا من حقوقه المدنية، أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه، أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة ". وانظر أيضا:
- **I. Verougstraete**, op.cit, p. 53 .

3- وهو ما ذهبت إليه وساطة ميتشغان، التي وضعت لائحة للوسطاء تتكون من مجموعة حقوقيين، أنظر: **أحمد أنوار ناجي**، المرجع السابق، ص 06.

يقتنع من خلالها طرفا النزاع بجدارته، وفي حال أن لم يكن آهلا لذلك فعليه الاعتذار عن قبول النظر في النزاع أو عن الاستمرار فيه.

2- الحيدة: وهي القاعدة التي من خلالها تم تعيينه ليكون الوسط بين طرفي النزاع ولا يفضل أي طرف على الأخر، فالحيدة هي عنوان للوساطة وعليه يتعين على الوسيط أن يقوم بقيادة وتحريك عملية الوساطة بحيدة تامة[1]، فإن لم يتمكن من تحقيق ذلك فإن عليه الانسحاب في أي مرحلة من مراحل سير عملية الوساطة الإلكترونية.

3- الإعلان عن أي مصلحة: يتعين على الوسيط أن يكون واضحا وصريحا مع الأطراف ومركز الوساطة، ومن ذلك يجب أن يعلن عن أية مصالح فعلية محتملة له من النزاع المعروض عليه أو مع أي طرف في النزاع، بل إن عليه ابتداء رفض طلب تعيينه كوسيط إذا ما توافرت له أي مصلحة في النزاع، ما لم يمانع طرفا النزاع في تعيينه كوسيط بعد الإعلان[2].

4- السرية: تعتبر من أهم الخصائص التي تتميز بها الوساطة الإلكترونية، وفي أغلب الأحيان يلجأ الأطراف إلى الوساطة الإلكترونية من أجل هذه الميزة، فانطلاقا من حماية وصيانة خصوصيات المتنازعين، فالوسيط يقوم بدور الحماية والمحافظة على كل ما يجري في عملية الوساطة، وما تم من خلاله من تبادل للوثائق والطلبات والتي تعتبر في هذه المرحلة سرية تامة، وهذا خلافا لما اتفق عليه الأطراف أو سمح له بالنشر تنفيذا للقانون[3].

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 222.

2- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 174.

3- إذ يقتصر الاطلاع على مجريات الوساطة على الطرفين وممثليهم ممن تم اختيارهم، أنظر: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت ...، المرجع السابق، ص 27.

- نصت المادة 1005 من ق.إ.م.إ على: " ***يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير***"، ركّز المشرع الجزائري على السرية في عملية الوساطة، باعتبارها من بين العوامل الأساسية لإنجاحها. وانظر كذلك:

- **سامح محمد عبد الحكم محمود**، التحكيم الإلكتروني، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، على الموقع: www.arablawinfo.com ص 09.

5- الإعلان: يقوم المركز المشرف على عملية الوساطة الإلكترونية بتقديم قائمة لأسماء الوسطاء مرفقة بكل ما يتعلق بخبرة ونشاطات الوسيط لاختيار الأحسن منهم، فالإعلان هو كل ما يتعلق بالوسيط من شخصية ومؤهلات وخبراته العملية والدورات التكوينية التي قام بها، فالوسيط ملزم بأن يكون صريحا وصادقا وأمنيا في تصريحاته، لأن هذه المواصفات قد تكون السبب الوحيد في اختياره كوسيط في حل النزاع.

6- الكفاءة: يتم تعيين الوسيط في أغلب الأحيان حسب نوع النزاع، وذلك للبحث عن الوسيط الذي يتمتع بالكفاءة العالية في ذلك المجال المطروح للحل، والتي يجب أن تكون تتناسب وتناسب وعملية الوساطة، وهو ما يرجوه المتنازعين منها للوصول إلى حل مرضي لهما ينهيان به النزاع[1].

7- الشفافية: يجب أن تستمر في كل مراحل سير عملية الوساطة[2]، مع تقديم توضيحات مدققة في كل مرحلة، حتى الرسوم والمصاريف، النفقات، الخبرة الفنية، وجل الصعوبات التي واجهت أو قد تواجه سير عملية الوساطة، ليكونا طرفا النزاع أمام صورة حقيقية للعملية التي أقدما عليها لحل النزاع الناشب بينهما، وهو ما يحز في أنفسهما من ثقة وآمان في نجاح العملية[3].

رابعا: آلية سير الوساطة الإلكترونية:

حدّدت إجراءات عملية الوساطة[4] عن طريق مراكز الوساطة والتوفيق الإلكترونية، وذلك بواسطة قنوات معدة للعملية خصيصا، فالمركز يقدم للشخص خدمات وآلياتها دون حاجة إلى مهارات أو مؤهلات خاصة لذلك ودون التفريق بين أنواع الوساطة الدولية والمحلية[5].

1- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 175.

- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الالكتروني...، المرجع السابق، ص 33.

2- وهي من بين الركائز الأساسية لإنجاح نظام الوسائل البديلة لحل النزاعات، أنظر: **أحمد أنوار ناجي**، المرجع السابق، ص 19.

3- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 176.

4- **سامي عبد الباقي أبو صالح**، المرجع السابق، ص 26.

- تجري الوساطة الإلكترونية على ثلاث مراحل، تتمثل الأولى في المفاوضات والثانية الوساطة، وأخيرا التوصية.

5- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 177.

يتمثل أول إجراء يقوم به الشخص للدخول في عملية الوساطة، هو تعبئة الصلب المخصص والمعد لذلك مسبقا على موقع المركز الإلكتروني والمتضمن البيانات الشخصية (الاسم، المهنة، العنوان، الهاتف، البريد الإلكتروني...)، مع ذكر مقدم الطلب لملخص موضوع النزاع والطرف الأخر وكيفية الاتصال به، فيقوم المركز بدراسة الطلب بعد استلامه وإرسال تأكيد لمقدم الطلب باستلامه للطلب وقبوله نظر النزاع المعروض عليه[1]، وبهذا التأكيد يقوم المركز بالاتصال بالطرف الأخر وتزويده بنسخة عن طلب الوساطة المقدم، بالإضافة إلى نموذج جواب بعد السؤال عن الرغبة في فض النزاع من خلال الوساطة، وتنتهي إجراءات الوساطة عند الجواب بالرفض، مع بذل المركز لجهوده في إقناع المجاوب بجدوى الوساطة في فض النزاع، في حين إذا كان الجواب بالقبول فعليه بعد إرسال موافقته للمركز تعبئة النموذج الذي تم تزويده به وإرساله للمركز مع دفع رسوم الوساطة[2] لتبدأ في ذلك عملية الوساطة فعليا.

يتوفر المركز على قائمة أسماء الوسطاء ومؤهلات كل وسيط، تقدم إلى فريقي أو طرفي النزاع لاختيار الوسيط الذي سيوضح لها آليات سير النزاع، وطرحه لهما عدة طرق للوساطة لاختيار الطريقة التي يفضلانها لعقد جلسات الوساطة، من خلال البريد الإلكتروني، المخاطبة من خلال غرفة الاجتماعات، المؤتمر المصور ورسائل الدعوى، وعن أية اعتراضات يقدمونها على الوسيط كانت أم لا[3].

– الحالات التي تكون فيها الوساطة دولية، تضمنتها المادة ¼ من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002، وتكون كذلك إذا كان محل عمل المتنازعين وقت إبرام العقد المتنازع عليه في بلدان مختلفة، أو إذا كان محل عمل المتنازعين في دول مختلفة عن دولة تنفيذ جانب جوهري من الالتزام أو الدولة الأكثر ارتباطا بالنزاع، وفي حين إذا كان للشخص أكثر من مكان عمل واحد، فيؤخذ بالدولة الأكثر ارتباطا باتفاق التوفيق، وفي حالة غياب مكان عمل للشخص يؤخذ بمكان الإقامة المعتاد.

1– **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت ...، المرجع السابق، ص 25.

– بداية الوساطة تشترط موافقة أطراف النزاع، وقد نصت على هذا الشرط المادة الأولى من نظام الوساطة والتحكيم للمركز التابع للمنظمة الدولية لحماية الملكية الفكرية.

2– حددها مركز الوساطة والتحكيم square trade بـ 20 دولار إذا كان المبلغ موضوع النزاع لا يتعدى 1000 دولار، وإذا تعدى ذلك يتم دفع 20 دولار زائد 50 بالمائة من المبلغ موضوع النزاع، أنظر: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت...، المرجع السابق، ص 31.

3– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 224.

ينتقل إلى مناقشة موضوع النزاع وإثارة نقاط الخلاف الجوهرية، وذلك بعد إتمام مرحلة التعيين والإجراءات، وهي المرحلة الثانية من عملية الوساطة، بعد إرسال الوسيط بريد إلكتروني لكل طرف في النزاع يتضمن اسم المرور الخاص بكل منهم[1]، ليخول لهم الدخول في صفحة النزاع المعدة على موقع النزاع، وكذا تحديد ميعاد جلسات الوساطة[2].

تعقد جلسات الوساطة الإلكترونية بتقديم طلباتهم سعيا وراء التوصل إلى حل مرضي للطرفين[3]، ليقوم الوسيط بدوره بصياغة اتفاق التسوية النهائية والملزم عرضه على المتنازعين للتوقيع عليه، ويبقى لأي طرف الحق أثناء جلسات الوساطة، تعديل أي من طلباته أو بياناته التي قدمها للمركز أو التي أرفقها بطلب الوساطة، وهي العملية التي تتم بالتوجه إلى عنوان الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز والنقر على اختيار الخانة المخصصة له، ثم إدخال العنوان الإلكتروني واسم المرور الذي زوده به الوسيط والخاص بالنزاع المراد إجراء التعديل عليه، وبتمام هذه الخطوات تظهر قائمة القضايا وأرقامها ليقوم بالنقر على رقم القضية المطلوبة والدخول إليها، وإجراء التعديل المراد القيام به لينقر على مفتاح Read and send Message مع إرسال نسخ بعدد الأطراف والوسيط[4].

خامسا: مراكز الوساطة وشروط التسجيل فيها:

يعد السبب في ابتداع هذا الأسلوب، هو التشجيع على إحالة النزاع على الوساطة باعتبار أنه لا يتصور أن يتوصل الطرفان بمفردهما للحل، ومن بين هذه المراكز نظام الوساطة التابع للمنظمة الدولية لحماية الملكية الفكرية، وهو إجراء يتضمن كلا من الوساطة والتحكيم، وتبدأ مساعيه بموافقة الأطراف على اللجوء إليه، على أن يتم الاتصال بينهما بواسطة البريد الإلكتروني أو الهاتف أو المخاطبة، والتي تكون محددة المدة.[5]

1- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت...،المرجع السابق، ص 29.

2- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 179.

3- للإشارة أن 60 بالمائة من النزاعات قد حلت بهذه الطريقة وفق دراسة لمركز وساطة وتحكيم **square trade** للاطلاع على المركز: http://www.squaretrade.com ، أنظر: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، المرجع السابق، التحكيم بواسطة الإنترنت... ص 30.

4- **إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص ص 180-181.

5- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت...، المرجع السابق، ص 27.

ظهر كذلك مركز أبحاث القانون العام بكلية الحقوق جامعة مونتريال بكندا بنظام المحكمة الفضائية، يجري بمقتضاه استخدام الوساطة والتحكيم عبر وسائط إلكترونية في تسوية بعض المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية[1]، بالإضافة إلى مؤسسة On line ombuds office وهي مكتب للوساطة أسس عام 1996 من قبل مركز يسمى Center for technology and dispute resolution وهذا المركز تابع لجامعة Massachusetts الأمريكية، وهو يقدم أعمال الوساطة مجانا[2].

الفرع الثالث

التوفيق الإلكتروني

– وعند نهاية المدة دون التوصل إلى حل مرضي للطرفين، يحق لأي من الطرفين عرض النزاع على التحكيم، وقد حدد مركز تحكيم **wipo** هذه المدة بـ 45 إلى 60 يوم.

1– أعلن عنه رسميا في 04 يونيو 1998. أنظر: **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 52.

2– **إلياس نصيف**، المرجع السابق، ص 316. أنظر كذلك:

– وتختلف الوساطة حسب اختلاف المراكز، فهناك الوساطة البسيطة وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى تقريب وجهات النظر، وهناك الوساطة تحت شكل قضاء صوري، وهي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء عن الأطراف، وذلك للوصول إلى حل مرضي للطرفين، وهناك الوساطة الاستشارية وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته أولا في موضوع النزاع، ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لحل النزاع، وهنا الوساطة التحكيمية وهي التي يتفق فيه الأطراف على قيام الوسيط بمهمة المحكم إذا فشلت مهمته في الوساطة. اطلع على: **أحمد أنوار ناجي**، المرجع السابق، ص ص 10–11.

– ويعد مركز Square Trade من أشهر وأول المراكز المتخصصة في مجال حل المنازعات بطريق الوساطة الإلكترونية، حيث نظر المركز في الفترة الممتدة بين فبراير 2000 إلى فبراير 2002 في أكثر من 200 ألف منازعة. أنظر: **سامي عبد الباقي أبو صالح**، المرجع السابق، ص 27.

يعتمد التوفيق في محتواه إلى تقريب وجهات النظر، وهذا ما جعل أغلب التشريعات المقارنة تشبهه بالوساطة إلى حد الترادف بين المصطلحين، وقد استخدمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) هذان الاصطلاحان باعتبارهما مترادفين وهذا في القانون النموذجي الذي لأصدرته بشأن التوفيق التجاري الدولي، غير أنه يبقى المعنى بين المصطلحين مختلف، بحيث يعمل التوفيق على جمع الأطراف المتنازعة ومساعدتهم في توفيق أوجه الخلاف بينهم والتصالح، بينما يعمل الوسيط على اقتراح شروط تسوية النزاع وللأطراف الحق في قبولها أو العدول عنها والبحث عن طريق آخر لفض النزاع القائم بينهما[1].

تعمل بعض المراكز ومؤسسات التحكيم الخاصة والعامة على عرض اقتراحات التوفيق على الأطراف المتنازعة[2]، وذلك مع احترام خصوصية عملية التوفيق والعمل على تبسيطها وإنفاذها على وجه السرعة دون تكاليف باهظة، كما أن أي موفق يتم تعيينه من الممكن أن يقوم بدور يجاوز مجرد تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، ويبقى للأطراف الحرية في الاتفاق على أن يقوم الموفق بعرض حلول للنزاع ليقوموا باختيار الحل الأنسب لهما[3]، أو أن يقوم باقتراح حل يقره الأطراف المتنازعة ويتفقوا عليه، إلا أنه ليس له بطبيعة الحال اقتراح تسوية الحل أو حكم ملزم، فذلك يعتبر تجاوزا لمهمة الموفق[4].

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 222.

2 - L'intérêt de l'étude de **CNUDCI** sur la conciliation se justifie par le fait que de plus en plus on recourt à cette forme de règlement de litiges dans diverses parties du monde, Les faveurs accordées à la conciliation se reflètent, en effet, dans la création d'un certain nombre d'organismes publics et privés offrant des services de conciliation aux parties intéressées, voir :

- **DIESSE François**, Travaux des organisations international, « Droit de commerce international », Revue de Droit des Affaires Internationales, n 8, 1999, p. 935.

3- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الإنترنت...،المرجع السابق، ص 25.

4- فالأطراف هم الذين يصنعون النتيجة، لأن الوسيط يقتصر دوره على تيسر التواصل والتفاوض بين الطرفين لا التحكيم بينهما، أنظر في هذا الموضوع: **أحمد أنوار ناجي**، المرجع السابق، ص 10.

يستخلص من كل هذا أن التوفيق نظاما إراديا محضا ابتداء وانتهاء، لذا يكون رأي لجنة التوفيق أو الموفق غير ملزم لأطراف النزاع، وبالتالي قد لا ينتهي التوفيق إلى إنهائه في كل الأحوال[1].

أولا: تعريف التوفيق الإلكتروني:

يعرف التوفيق بأنه ذلك النظام الذي يتيح لطرفي النزاع اختيار شخص أو أكثر ليساعدهما في الوصول إلى تسوية ودية بشأنهن فإذا ما تم التوصل إلى هذه التسوية تولى الطرفان إعداد وتوقيع اتفاق التسوية بمساعدة الموفق إذا طلبا منه ذلك، وقد عرفته المادة 3/1 من قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي أنه: "***أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو المصالحة أو الوساطة، وهو الطلب المقدم من الطرفين إلى شخص أو عدة أشخاص آخرين قصد مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل لتسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو قانونية مهما كان نوعها، وعلاقة متصلة بالعقد، ولا يكون للموفق أية صلاحية في فرض حل للنزاع على الطرفين***"، ليبقى التوفيق أنه محاولة لتقريب وجها النظر بين الطرفين المتنازعين قصد الوصول إلى حل يرضي الطرفين[2].

عرّفه الدكتور محمود مختار أحمد بربري: أنه "***اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الاستعانة بأحد الموفقين أو مجموعة منهم الذين يقع اختيار الأطراف عليهم، والذي يتولى تحديد مواضيع النزاع، ويقدم مقترحاته التي تبقى قبولها من***

1- **محمد سامي الشوا**، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28-30 أفريل 2008، ص 32.

- وهذه الخاصية تميزه عن الطرق الأخرى لحل النزاعات وديا، كالتحكيم الذي يكون حكم التحكيم ملزما للخصوم ومنهيا للنزاع باعتباره متمخضا من نظام تحكيم قضائي حقيقي.

2- أنظر قانون الأونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله، منشورات الأمم المتحدة، بناء على قرار الجمعية العامة رقم 57/562، المؤرخ في 2000/11/19.

- **أحمد بوقادوم**، المرجع السابق، ص 243. وكذلك: **عماد الدين المّحمد**، المرجع السابق، ص 1026.

عدمها يعود لإرادة الأطراف المتنازعة، فالموفق لا يصدر قرارات وإنما يقتصر دوره على تقديم مقترحات يظل أمرها معلقا على قبول الأطراف"[1].

تبنّت التوفيق كآلية لتسوية النزاعات وديا مختلف الهيئات الدولية المتخصصة، والذي اعتبرته غرفة التجارة الدولية حلا مفضلا للنزاعات التجارية ذات الطابع الدولي، لذلك وضعت نظام التوفيق الاختياري لتسهيل التسوية بالتراضي، حيث جاء في المادة الأولى من نظام المصالحة لغرفة التجارة الدولية الذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من أول يناير 1998 " ***يمكن إحالة المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي إلى المصالحة بواسطة مصالح منفرد تعينه غرفة التجارة الدولية***"[2].

أدخلت اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1966، ما يسمى بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، يهدف إلى توفير طريق التوفيق، من أجل تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات التي تقوم بين الدول المتعاقدة من ناحية ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى من ناحية ثانية[3].

عمدت مراكز الوساطة الإلكترونية على تخصيص جلسات للتوفيق بين الأطراف المتنازعة التي تطلب تعيين أحد الموفقين للتوسط في إيجاد حل مرضي للطرفين، وذلك باستخدام الوسائل الإلكترونية في طلب التوفيق وفي جميع مجريات التوفيق التي تكون دون حضور الطرفين في مجلس العقد، أي تدخل طرف ثالث بين طرفي النزاع إلكترونيا عبر

1- **محمود مختار أحمد بربري**، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 19. و**خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص ص 224-225.

2- **محمود مختار أحمد بربري**، المرجع السابق، ص 20.

- هذا بالإضافة إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى **CIRDI**، الذي نصت المادة 28 من الاتفاقية المنشأة للمركز: "***للدولة المتعاقدة وأحد رعايا الدول المتعاقدة الذي يرغب في اتخاذ إجراءات التوفيق...***"، كما تبنته الاتفاقية المنشأة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار **AMGI** في المادة 5/3 من الملحق رقم 02 من الاتفاقية، ***بأن اللجوء إلى التوفيق اختياري بعد استنفاذ إجراءات المفاوضات***.

3- **محتوت جلال مسعد**، ضمان حماية المنافسة عن طريق تنظيم التحكيم التجاري الدولي، الملتقى الدولي، " التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمي، بجاية أيام 14-15 جوان 2006، الجزء الأول، ص 134.

الوسائل الإلكترونية، لتقديم حلول مرضية للطرفين واختيار أحدهما من كليهما حسما في النزاع[1].

ثانيا: خصائص التوفيق الإلكتروني:

تمنح بعض المنظمات صفة الوساطة على التوفيق الإلكتروني باعتبارهما يقومان على مبادئ وإجراءات مترادفة، إلا أنه يبقى للتوفيق بعض الخصائص تميزه عن غيره من الوسائل البديلة لحل النزاعات[2]، ومنها:

– تسعى عملية التوفيق إلى تقريب وجهات النظر بين الأطراف، دون اقتراح لتسوية الحل أو الحكم بصفة ملزمة بين الأطراف، فيتميز التوفيق بالسطحية في معالجة الخلاف القائم[3].

– يسبق التوفيق كل من الوساطة والتحكيم، حيث تسعى أغلب مراكز التحكيم الإلكتروني على عرض فكرة التوفيق على الأطراف لتقريب وجهات نظرهم قبل اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم الإلكتروني[4].

– يتحمل أطراف النزاع المصاريف القضائية مقابل استفادتهم من العملية التوفيقية، سواء بالنسبة للموفق الوحيد أو لجنة التوفيق، وتشمل هذه المصاريف الرسوم التي تحددها المراكز المخصصة لذلك، وأتعاب الموفقين التي تحددها لجنة التوفيق، كما هو الشأن في التوفيق الساري في المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار[5].

1– **هيثم عبد الرحمن البقلي**، المرجع السابق ، ص 03. وأنظر أيضا على:

– **سامي عبد الباقي أبو صالح**، المرجع السابق، ص 34.

2– **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 44.

– من بينها المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي تستخدم المصطلحين مترادفين، باعتبار أنه لا يترتب عن التفرقة بين الوساطة والتوفيق نتائج قانونية محددة، إذ أن تدخل الوسيط والموفق يتم برضا الطرفين، إلا أنه تبقى مرحلة التوفيق سابقة على مرحلة الوساطة. عن: **إيناس الخالدي**، المرجع نفسه، ص 44. وراجع أيضا:

– **سامي عبد الباقي أبوا صالح**، المرجع السابق، ص 33.

3– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...،المرجع السابق، ص 224.

4– **أحمد أنوار ناجي**، المرجع السابق، ص 04.

5– ويتم توزيع المصاريف تبعا لنوعية الخصومة، وجميع هذه المصاريف يتحملها أطراف النزاع مناصفة، حسب المادة 1/61 من اتفاقية واشنطن لعام 1965، المرسوم الرئاسي رقم 95–346، المؤرخ في 1995/10/30=

– يقوم الموفق بعد نهاية العملية التوفيقية بتحرير محضر نهائي، سواء في حالة التوصل إلى اتفاق (محضر تسوية)، أو في حالة السلب ويتم التعليل لذلك، وللأطراف الحرية في مواصلة الإجراءات، عكس الوساطة التي تفرض اللجوء إلى التحكيم – في بعض المراكز – عند فشل مساعي الوساطة[1].

ثالثا: سير عملية التوفيق الإلكتروني:

يقتضي من أطراف النزاع في إجراء عملية التوفيق الاتفاق على جملة قواعد إجرائية[2]، تسهل عملية أو مهمة التوفيق من الشخص القائم على سير العملية، وعادة يوصي الأطراف بأن يحيلوا في هذا الشأن على مجموعة قواعد منسقة يختارونها في إنجاز عملية التوفيق، ومن هذه القواعد على سبيل المثال ما صدر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من قواعد خاصة بتنظيم عملية التوفيق، أي أنه إذا ثار نزاع بهذا العقد فإن أطرافه يرغبون في السعي إلى تسويته وديا عن طريق التوفيق، على أن يتم التوفيق وفق قواعد الأونيسترال للتوفيق السارية في تاريخ نشوء النزاع[3].

=المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66، لسنة 1995.

1– **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 24.

2– **عليواش قربوع كمال**، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 68.

– أول إجراء من آليات تسوية النزاع عن طريق التوفيق على **مستوى المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار**، تتمثل في تقديم عريضة من أحد أطراف النزاع مكتوبة ومرفقة بـ 05 نسخ توجه إلى الأمين العام، ويشترط في العريضة أن تكون مستوفية للشروط المنصوص عليها في المادة 28 من الاتفاقية.

– أنظر المادة 28 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 والتي انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95–04 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الموافقة على الاتفاقية المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 07 لسنة 1995، وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95–346 المؤرخ في 1995/10/30، المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66، لسنة 1995.

– **محتوت جلال مسعد**، المرجع السابق، ص 134.

– **كمال سمية**، تسوية منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم الدولي، الملتقى الدولي، " التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمي، بجاية أيام 14–15 جوان 2006، الجزء الأول، ص 119.

3– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص ص 224–225.

يجري نظام التوفيق الإلكتروني بنفس الوسائل المخصصة لكل من المفاوضات المباشرة والوساطة، أين يحاول الموفق تقريب وجهات النظر بين الطرفين عن طريق اقتراح جملة من الحلول على الطرفين[1]، ويبقى في اتصال دائم مع الطرفين ويعرض مسعى كل طرف على الأخر، ويتم إخطار كل طرف بكل مستجدات العملية، بحيث يجعلهم يشتركون معه في إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع، أو على الأقل يحيطهم علما بالقرار الذي سوف يتخذه في هذا الشأن، وللأطراف الحق في قبول اقتراح الموفق، أو الرفض، كما للأطراف الحق في الانسحاب أثناء عملية التوفيق، يبقى أن أي قرار يصدره الموفق لا يكتسب أية صفة إلزامية بالنسبة للأطراف[2].

يلجأ الأطراف في حالة فشل المساعي الودية في حل النزاع إلى وسيلة أخرى تمثل أهم طرق حل النزاعات المترتبة عن عقود التجارة الالكترونية، وتتمثل في التحكيم الالكتروني الذي يمثل الوسيلة الأكثر إقبالا لطرح مثل هذه النزاعات، لاعتباره متماشيا وطبيعة العقد الالكتروني، وهو موضوع دراستنا في المطلب التالي.

1- **كمال سمية**، المرجع السابق، ص 119.

- تنص المادة 29 من اتفاقية واشنطن، حول الإجراءات الخاصة بعملية التوفيق، أن تشكيل لجنة التوفيق تتألف من موفق أو من عدد فردي من الموفقين طبقا لاتفاقية الأطراف، وعند غيابه تشكل اللجنة من 03 موفقين، كل طرف يعين موفقا واحدا، ويتم تعيين الثالث وهو الرئيس بناء على اتفاق الطرفين. انظر اتفاقية واشنطن لعام 1965، المرجع السابق.

2- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 44.

المطلب الثاني

التحكيم الإلكتروني

يعد التحكيم من الأنظمة السائدة في المجتمعات القديمة، حيث لم يكن يوجد عندئذ نظام قضائي، فالأفراد كانوا يلجئون بإرادتهم إلى رب الأسرة أو رئيس القبيلة لعرض نزاعاتهم وحسمها، وكانوا يرتضون بما يصدر من الحكم وينفذون حكمه، لذا فإن التحكيم هو الأسبق ليس في المعاملات المالية فحسب بل في شتى المجالات منذ قديم الأزل، هذه الخاصية دفعت العديد من المتعاملين في مجال التجارة الدولية الاستعانة بها لحل خلافاتهم خاصة في الوقت الحاضر، وذلك تجنبا لعرض النزاع على المحاكم لما في ذلك من تحمل للرسوم والتكاليف واستغراقا للوقت، بالإضافة إلى ما يتضمنه الحكم القضائي من عنصر الإجبار والقسر في حلة عدم تنفيذه[1].

يفرض الواقع وفي ظل التقدم المعلوماتي الرهيب والمتزايد يوما بعد يوم، وبعد شيوع استخدامه في إنجاز الأعمال التجارية والقانونية وابرم العقود الإلكترونية، التفكير إلى تسوية منازعات هذه العقود باستخدام نفس التقنيات لتكون بذلك التسوية إلكترونية، فتجري كافة إجراءاتها عبر شبكات الاتصال الإلكترونية دون حاجة لتواجد أطراف العملية التحكيمية في مجلس واحد[2]، حيث تتجاوز الشبكات الإلكترونية الحدود الجغرافية للدول، وهو ما جعل

1- **فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة 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.

- يذهب غالبية الأطراف إلى حد التذرع بعدم معرفة النظام القانوني والقضائي لدولة أحد الأطراف لكي يستبعد عرض النزاع على القضاء الوطني، والسبب الحقيقي في الغالب هو عدم الثقة في النظام القضائي لدولة الطرف الأخر في العقد، وخاصة إذا كانت أحد الدول الضعيفة طرفا في العقد.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 318.

- ويتم استبعاد في هذه العقود حتى التحكيم العادي والذي لم يعد يمتاز بالسرعة في حل هذا النوع من النزاعات بدرجة كافية، شأنه شأن القضاء الذي اعتبره العديد من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية أنه ليس طريقا مقبولا لفض منازعات التجارة الإلكترونية.

- استغلت مراكز التحكيم ثقة المتعاملين في التجارة الدولية وقاموا بتطويره عبر الإنترنت، وكانت من نتائج جهودهم وجود التحكيم الالكتروني، راجع في هذا الموضوع: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 474.

الاتحاد الأوربي يصدر توجيها ورد النص فيه على أن تسمح الدول الأعضاء في حالة النزاع أو الخلاف بين موردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسويق خارج المحاكم، وباستخدام آليات أو الوسائل الإلكترونية[1].

أدّى ازدياد حجم العقود المبرمة عبر شبكات الاتصال العالمية، والاطراد في حجم الخلافات وخشية أن تفقد مواقع البيع ما تجنيه بسهولة ويسر، أخذت تتعاقد مع مراكز تحكيم لحل أي خلاف ينشأ عن عقود البيع عن بعد، وظهرت فكرة التحكيم عن بعد، مما جعل مراكز متعددة تعمل على حل النزاعات عن طريق الأنترنت، وهي ما تعرف بمراكز التحكيم على الخط[2]، وذلك على أساس قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 321.

- حسب نص المادة 17 من التوجيه الأوربي تحت رقم 31/2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات خصوصا التجارة الإلكترونية: " ***تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكترونية، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات***". وانظر أيضا:

- **نبيل زيد مقابلة**، التحكيم الإلكتروني، الجمعية العربية لقانون الإنترنت، مصر، 2007، مقال منشور على الموقع http://www.dralmarri.com ص 05.

2- تعتبر محكمة سنغافورة أول محكمة لتسوية الخلافات على الإنترنت في العالم، والتي افتتحت رسميا في 2000/09/17 متخصصة في تسوية الخلافات المتعلقة بالتجارة والأعمال الإلكترونية على شبكة العنكبوت الدولية، والتي تكون بمثابة آلية لفض المنازعات في هذا النوع الجديد من الخلافات التجارية والمالية دون الحاجة إلى المحكمة التقليدية، أنظر: **صهيب جاسم**، المحاكم الإلكترونية، مقال منشور على الموقع: www.islamoonline.net ص 01.

- بينما يرى البعض أن أول مبادرة للتحكيم الالكتروني كانت سنة 1995 عن طريق مركز التحكيم الافتراضي الذي أنشا من قبل جامعة ماساشوساتش، انظر في هذا الموضوع:

- **GRAHAM James Alexander**, op.cit.p. 228.

- ومن بين أهم المراكز، نذكر ما أوجدته جمعية المحكمين الأمريكيين التي طورت نظام القاضي الافتراضي، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية التي طورت نظام المحكمة الالكترونية، كما قامت بعض المؤسسات غير الحكومية، مثل كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا بوضع نظام محكمة تحكيم إلكترونية سميت المحكمة الفضائية أو الافتراضية، راجع في هذا الموضوع: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 475. واطلع أيضا على:

- **TRUDEL Pierre, ABRAN France, BENYEKHLEF Karim, Et HEIN Sophie**, droit de cyberespace, édition THEMIS, université Montréal, 1997, p. 12.

التحكيمية منذ بداية التحكيم وحتى صدور قرار المحكمين، متبعة في ذلك نفس الإجراءات المتبعة في التحكيم التجاري التقليدي[1].

الفرع الأول

ماهية التحكيم الإلكتروني

تجعل التجارة الإلكترونية كل ما يرتبط بها رقميا والكترونيا سواء في طريقة إبرام العقود ،أو ما يتعلق بتسوية النزاعات الناشئة عنها، فآلية التحكيم وطالما أصبح أسلوبا حضاريا ومتقدما لتسوية النزاعات، واللجوء إليه أصبح اليوم ظاهرة عالمية نظرا لما يتيحه من خيارات نوعية التحكيم وحتى المحكمين وكذا القانون الواجب التطبيق[2].

وجد المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية غايتهم في التحكيم التجاري الإلكتروني[3]، والذي لا يقف عند حد تسوية المنازعات الإلكترونية فقط، بل يمكن اللجوء لتسوية المنازعات التجارية العادية، مثل: عقود الاستهلاك، التأمين، الملكية الفكرية، بما يحقق مزايا تتشابه مع التجارة الإلكترونية من توفير النفقات والانجاز السريع للتسوية وتوفير الوقت الذي له بالغ التأثير في المعاملات التجارية[4].

تتطلب عولمة الاتصال وجود قضاء افتراضي يستخدم إجراءات إلكترونية تتلاءم وخصوصيات هذا العالم، وهو ما يحتاجه المتعاملون في هذا المجال، سواء كانوا مستثمرين

1- **NDIAYE Penda**, op.cit, p. 106.

2- **حابت آمال**، التحكيم عبر الإنترنت، الملتقى الدولي، " التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمي، بجاية أيام 14-15 جوان 2006، الجزء الأول، ص 255.

- فكرة حل النزاعات إلكترونيا ظهرت في التسعينات بعد ظهور الوساطة عن طريق الهاتف، ففي نهاية الثمانينات نادى الأستاذ هنري بيرت عام 1992، ولأول مرة بفكرة حل المنازعات بطريقة إلكترونية، وذلك قبل بدأ وضع هذه الفكرة موضع التنفيذ عام 1993، وبعد عام من هذا التاريخ بدأ الأستاذ دفيد جونسون في دراسة الاحتمالات والتصورات التي تتفق مع خصائص الشبكة المعلوماتية التي تجري من خلالها التجارة الإلكترونية، لإمكانية حل المنازعات الناشئة عن هذه التجارة بطريقة الكترونية. اطلع في هذا الموضوع على:

- **إيناس الخالدي** ، ص 28.

3- **NDIAYE Penda**, op.cit, p. 67.

4- **هيثم عبد الرحمن البقلي**، المرجع السابق ، ص 01.

أم موردين أم مستهلكين، ويتمثل هذا القضاء أساسا في التحكيم الإلكتروني، فضلا عن خصائصه المتعددة المذكورة سلفا، فهذا النوع من القضاء يحافظ أكثر على استمرار العلاقات التجارية بين الأطراف[1].

أولا: تعريف التحكيم الإلكتروني:

يقصد بالتحكيم ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم، أو المحتمل نشوئها من خلال التحكيم، فلا يجوز لطرفي العقد التمسك به إلا باتفاق صريح بينهم على اللجوء إلى هذا الأسلوب، وقد يكون بند التحكيم في صورة شرط في العقد، أو في صورة اتفاق لاحق وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم على اللجوء بالمنازعة القائمة بينهم إلى التحكيم سواء الفردي أو المؤسسي للفصل فيها[2]، وهو الإجراء الذي يكون خارج المحكمة المختصة.

اختلفت التعاريف حول التحكيم التجاري الدولي الذي يختص بمنازعات التجارة الدولية، والذي ظهر استجابة لمتطلبات هذه التجارة وتحقيق العدالة والسرعة وتقليل التكاليف على أطراف التحكيم، وعدم قطع العلاقات التجارية بينهم[3]، إلا أنه ثمة نوع خاص ومستقل بشكل كبير عن ما جرى العمل به والمتعارف بالتحكيم التقليدي، وهو التحكيم الإلكتروني الذي هو إجراء خاص بحسم منازعات التجارة الإلكترونية وما تميزه هي الآلية التي يتم بها هذا الإجراء[4]، أي يتم عبر وسائل إلكترونية بدءا من الاتفاق[5] إلى غاية الحصول على القوة التنفيذية لهذا الحكم.

1- **عادل أبو هشيمة محمود حوته**، المرجع السابق، ص ص 290-291.

2- Les parties désignent un arbitre, un collège ou une institution arbitral qui aura en charge 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.

3- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 731.

4- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 319.

5- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 314.

- فالتحكيم هو اتفاق وتعاقد، لأنه يقوم على إرادة الأطراف، بحيث لا يقوم الأطراف ولا يجري التحكيم عليه بين الأطراف دون أن تظهر هذه الإرادة بشكل صريح، وأن مصدر قرار التحكيم يكمن في اتفاق الأطراف على هذا الحل وتجد قوتها التنفيذية من هذا الاتفاق. **أنظر: إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع نفسه، ص 314.

يختلف تعريف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي، من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا النوع من التحكيم، حتى أن الأحكام قد يحصل عليها الأطراف موقعة وجاهزة بطريقة إلكترونية، وقد عرفه البعض، بأنه عملية إرادية يتفق الأطراف بواسطتها على إحالة النزاع إلى شخص ثالث ليس متحيزا، يسمى المحكم ويتم اختياره من طرف الأطراف بصفة حرة، معتمدين على القائمة المتوفر عليها في أحد مراكز التحكيم[1].

ثانيا: أسباب اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني:

أصبح اللجوء إلى التحكيم أمرا متزايدا في التجارة الدولية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك يرجع إلى سرعته وملائمته مع التطور الحادث في التجارة الإلكترونية مما يساعد في عملية التبادل الدولي[2]، فالأطراف يفضلون التحكيم التجاري الإلكتروني لعدة أسباب نذكر منها:

1- يجنب اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني أطراف العقد عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية[3]، سواء قانونيا أو قضائيا، كما أنه يجنبهم عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة، وهذا الأمر تتخلله عدة صعوبات وليس بالأمر اليسير وفقا للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه[4].

2- يمثل التحكيم الإلكتروني منصة واحدة أيا كان نوع الاختصاص الذي يتعلق بالنزاع، عكس القضاء الذي يشمل مجموعة من الإجراءات ، مما يجعل العملية أكثر تعقيدا

1- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 731. أنظر أيضا في تطور التحكيم التقليدي:
- **عصام عبد الفتاح مطر**، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 41.

2- **محمد عرفة**، التحكيم الإلكتروني وضرورته للتجارة الدولية، مقال منشور على الموقع: www.aleqt.com ص 01.

3- **عمر سعد الله**، القانون الدولي لحل النزاعات...، المرجع السابق، ص 275.
- فالتحكيم الإلكتروني في الواقع يشكل أحد أقسام القانون الإلكتروني، والذي يعد الوسيلة التي بموجبها تحل الخلافات بشأن عقود التجارة الإلكترونية.

4- **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 الإنترنت، **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الالكتروني...،المرجع السابق، ص 62.

ويكتنفها مخاطر نشوء نتائج لا تتناسق مع القانون المطبق، كما أن القواعد الوطنية التي يطبقها القاضي لا تتجاوب مع متطلبات التجارة الإلكترونية التي تتميز بالسرعة، مما يجعل التحكيم الإلكتروني الوسيلة الأكثر استعمالا لفض النزاعات الناشئة في هذا المجال[1].

3- تتم جميع الإجراءات التي تسير عليها عملية التحكيم الإلكتروني عن بعد، فهذا النوع من التحكيم لا يستلزم انتقال الأطراف المتنازعة[2]، لأنه لا يستدعي الوجود المادي للأطراف بأشخاصهم وإنما يتم عبر وسائل الاتصال، كما أن الحصول على الحكم يكون بأسهل الطرق[3] بسبب السرعة في تقديم المستندات عبر البريد الإلكتروني، أو من خلال تبادل الحوار مع الخبراء المتخصصين من خلال الشبكات الرقمية.

4- الرغبة في عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة ومحل ثقة، تعنى وتواكب تطور التجارة الإلكترونية، خاصة في المجال الفني والقانوني لهذه التجارة[4] باعتبار أن المحكم الذي يتم تعيينه، أو يختاره الأطراف يكون مؤهلا فنيا للفصل في النزاع المعروض عليه، وإدراك النزاع دون الحاجة للجوء في الغالب إلى الخبرة الفنية المتخصصة[5].

ثالثا: الخصائص المميزة للتحكيم الإلكتروني:

1- **عادل أبو هشيمة محمود حوته**، المرجع السابق، ص 294.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 320.

- إذا كان التحكيم الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية، فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتم بأكمله أو في بعض مراحله إلكترونيا، وفي مراحل أخرى بالطرق التقليدية التي تتمثل في التواجد المادي لأطراف العملية التحكيمية.
- يعتبر كذلك نظام إلكتروني سهل الاستعمال، ويتيح مكنة استخدامه بأقل وقت وجهد ممكن وبكلفة عادية، كما يتيح النظام المعلوماتي فرصة تخزين واسترجاع البيانات، أنظر: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الالكتروني ...، المرجع السابق، ص 61.

3- **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.

4- **نبيل زيد مقابلة**، المرجع السابق، ص 03.

5- **هيثم عبد الرحمن البقلي**، المرجع السابق ، ص 01.

- **سامي عبد الباقي أبو صالح**، المرجع السابق، ص 40.

يمتاز التحكيم الإلكتروني بعدة خصائص مرتبطة أساسا بالتجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية، وهذا بطريقة تميزه عن الخصائص المميزة للمحاكم الوطنية أو القضاء العادي والتحكيم التجاري التقليدي، ومن بين هذه الخصائص:

1- السرية في عملية التحكيم الإلكتروني: وهي ميزة التحكيم الإلكتروني من حيث وجوده ونتائجه وفي جميع المراحل، إذ لا تكون جلساته علانية، مما يحول دون إلحاق الضرر بسمعة الأطراف المحتكمين، والواقع أن السرية التي يكفلها التحكيم الإلكتروني تبدوا أكثر أهمية في مجال العلاقات التجارية الدولية التي تبرم بطريقة إلكترونية[1]، حيث أن الاتصالات تمتاز بالسرعة، ومن ثم فإن انتشار الأخبار التي تنطوي على أسرار تجارية أو صناعية أو مالية أو اقتصادية سيتم بسرعة كبيرة[2]، فالسرية تمثل جوهر التحكيم الإلكتروني مقارنة بالجانب العلني الذي تتصف به إجراءات المحاكم بوجه عام، مما يحول بالإضافة إلى الحفاظ على سمعة الأطراف رفع الدعاوي من الغير، لاسيما إذا كانت المنازعات تتعلق ببراءة الاختراع[3].

2- سرعة الفصل في القضايا المطروحة على التحكيم الإلكتروني: وهي الخاصية التي يعود لها الفضل في الإقبال الكبير على التحكيم الإلكتروني، نظرا لما تتطلبه المعاملات التجارية التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية من سرعة في التنفيذ، وهذا للاستفادة من السرعة الفائقة للبت في النزاع، والابتعاد عن البطء الذي يتميز به القضاء العادي وحتى التحكيم التقليدي[4]، وهذا ما يؤدي وبالضرورة إلى سرعة إصدار الأحكام نظرا لسهولة الإجراءات

1- **سامح محمد عبد الحكم محمود**، المرجع السابق، ص 25.

2- **خالد ممدوح إبراهيم**، التقاضي الإلكتروني، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، مقال منشور على الموقع: www.kenanaonline.com ، 2008، ص 02. وانظر كذلك على:

- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 480.

3- **عادل أبو هشيمة محمود حوته**، المرجع السابق، ص 295.

- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 339. و **عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 56.

- تفضل بعض الشركات خسارة الدعوى على أن يتم كشف أسرارها التجارية، فالسرية تمثل في نظرهم قيمة أعلى من قيمة الحق الذي تخاصم من أجله في الدعوى، وخاصة إذا كانت تلك الأسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقيات خاصة ومهمة. أنظر: **عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع نفسه، ص 56.

4- **هشام خالد**، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 32. وفي نفس الموضوع اطلع على:

المتبعة في عملية التحكيم الإلكتروني، حيث يتم تقديم جميع المستندات والأوراق المتعلقة بالنزاع بصورة إلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، مما ينتج عن ذلك حماية الحركة التجارية والتبادل العتاد للسلع بين الأطراف المشتركة في النشاط التجاري من الشلل[1].

3- تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي:

تعد عقود التجارة الإلكترونية -وفق الرأي الراجح في الفقه- عقودا دولية، فالانترنت شبكة مفتوحة عالميا ولها إقليمها الخاص بها الذي لا يعبأ بالحدود الجغرافية، لذلك يصعب توطين العلاقات القانونية التي تجري في إطارها، فلم يعد يوجد على شبكة الأنترنت عقد دولي وعقد داخلي، لأن مثل هذه التفرقة يصعب تطبيقها [2].

يثير النزاع الناشئ على أساس هذا العقد حتما مشكلة المحكمة المختصة بنظر النزاع، ولعل مما يزيد هذه المشكلة تعقيدا عدم وجود قواعد موضوعية موحدة تلتزم فيها الدول في مجال التجارة الإلكترونية، كما لا توجد قواعد موحدة تحدد الاختصاص القضائي وبما يتلاءم مع الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية[3].

يشكل هذا تحديا قانونيا للمتعاملين عبر الأنترنت لأنه قد يؤدي إلى تطبيق قانون لا يعرف عنه أحد الطرفين أو كلاهما شيئا، وهذا الحل قد يصطدم بغياب الاعتراف بمثل هذه الحرية في اختيار الجهة القضائية في بعض الدول، إلا أن الأمر يكون على خلاف ذلك فيما لو اتفق الأطراف على اعتماد التحكيم وسيلة لفض نزاعهم، وهي بنفس الطريقة التي أبرم بها العقد أي بطريقة إلكترونية، ومن هنا تبدوا أهمية التحكيم الإلكتروني، إذ يكون اللجوء إليه

- **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 480.

1- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص ص 340- 341.

- شددت غالبية المنظمات التي تقدم خدمة حل النزاعات على الخط على السرعة في الإجراءات، ففي التحكيم التقليدي حدد قانون التحكيم المصري مثلا في المادة 1/45 تحت رقم 27 لسنة 1994 المدة المحددة لصدور الحكم التحكيمي بـ 06 ستة أشهر، لكن وإن كان هذا يتناسب مع التحكيم التقليدي الذي يعتمد على الحضور المادي للأطراف وتقديم المستندات والمناقشات شفوية والمذكرات كتابية، إلا أن الأمر غير ذلك في التحكيم الإلكتروني، ومن ثم يستلزم تقصير تلك المدة، والتي يفترض أن لا تزيد عن بضعة أيام.

2- **صابر عبد العزيز سلامة**، المرجع السابق، ص ص 08-09.

3- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 06.

أمرا مجديا لحل مشكلة تنازع الاختصاص، فالمحكم يمكنه تطبيق القانون المختار من الطرفين[1].

رابعا: الشروط المتطلبة في المحكم:

1- الاستقلالية: فالمحكم سواء كان فردا أو هيئة، يلزم أن يتمتع بالاستقلالية عن أطراف النزاع، الأمر الذي يتيح له أن ينظر بأمانة وموضوعية في طلب النزاع المطروح، فلا يجوز أن يكون المحكم قريبا أو شريكا لأحد أطراف النزاع حتى لا يؤثر ذلك في استقلاليته.

2- النزاهة: التمتع بالنزاهة والحيدة تمكن المحكم من الوقوف على مسافة متساوية من أطراف النزاع، وتمنعه من الزيغ عن الحق وتجبره على الالتزام بمعايير الأمانة والمصداقية والشفافية في إصدار الحكم، وأن يتعامل مع أطراف النزاع بالموضوعية[2].

3- المساواة في المعاملة: فعلى المحكم أن يتيح الفرصة لكل من أطراف النزاع لعرض وجهة نظره، وتمكينه من الرد على ما يطرحه خصمه من وجهات نظر، وهو ما يعرف بحق المواجهة[3].

خامسا: معوقات التحكيم الإلكتروني:

1- **ألاء يعقوب النعيمي**، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28-30 أفريل 2008، ص ص 982-983.

2- **تياب نادية**، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 111.

- **هشام خالد**، المرجع السابق، ص 77. وانظر كذلك:

- **KELLEL Sami**, arbitrage et commerce électronique, R.D.A.I, n 01, 2000, p. 23.

3- **برهان سمير**، اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية، ندوة حول: صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ أيام 25-29 ديسمبر 2007، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2007، متوفر على الموقع، www.arablaw.com ص 05-06.

- هذا بالإضافة إلى أن المحكم لا يجب أن يكون قاصرا أو محجوزا عليه أو محروما من حقوقه المدنية، بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يرد عليه اعتباره، ويتعين عليه قبول مهمته كتابة، وعليه الإفصاح عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيدته، وإذا كان قد سبق له أن أبدى رأيا أو مشورة بشأن النزاع أو كان محاميا لدى الأطراف أن يتنحى حن التحكيم، محافظة على حياده و نزاهته. **عن: برهان سمير**، المرجع نفسه، ص 06.

يظهر مما سبق أن للتحكيم الإلكتروني خصائص لا يستهان بها، وأن أغلب هذه الخصائص أو المزايا يرد إلى الطبيعة الخاصة للوسط الإلكتروني الذي يتم عبره، إلا أن للتحكيم الإلكتروني في الوقت ذاته مساوئ تعيق السير الحسن للعملية – كما هو حال مزاياه– تعود إلى طبيعة الوسط الذي يجري فيه التحكيم.

1– الخشية من عدم سرية التحكيم: يعد الحفاظ على سرية النزاع والفصل فيه احد الدوافع المهمة للجوء إلى التحكيم دون القضاء، ولاسيما فيما يتعلق بالمنازعات التجارية، وإذا كان الأمر يصدق على التحكيم التقليدي، فإن التحكيم الإلكتروني قد لا يحقق السرية المبتغاة بذات النسبة التي يحققها التحكيم التقليدي، فإجراءات التحكيم الإلكتروني تتم غالبا عبر الأنترنت، وهذا الوسيط قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم من أكثر من جانب[1].

2– عدم ملائمة التشريعات الداخلية للتحكيم الإلكتروني: يتطلب التحكيم كأسلوب لفض المنازعات شروطا شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم وشكلية معينة لإصدار قرار التحكيم وشروط معينة لتنفيذ حكم التحكيم، وقد يكون من المتعذر استيفاء التحكيم الإلكتروني لكل ما تتطلبه تلك القواعد القانونية التي استقرت لتحكم تعاملات تجاريا ماديا كونها قواعد وضعت أصلا لتنظيم تحكيما تقليديا، يتم بوسائل وإجراءات تقليدية، كون أن الأغلبية من النظم القانونية لازالت بعيدة عن مواكبة التطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية[2].

سادسا: مراكز التحكيم الإلكتروني:

بدأت مراكز وتنظيمات متعددة تعمل على حل الخلافات والنزاعات عن طريق شبكة الأنترنت– في ظل انتشار فكرة التحكيم الإلكتروني – وذلك ضمن قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية التحكيمية، ومن هذه المراكز جمعية المحكمين الأمريكيين

1– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 254.

– كاختراق الأرقام السرية للأطراف وتخريب مواقعهم، وكذا استعمال تقنيات التعرف على أرقام بطاقات الائتمان للتحويل الأموال، خاصة إذا كانت هذه المعلومات خاصة بنزاع معروض على التحكيم الإلكتروني، لهذا فاختراقها يشكل بلا شك تهديدا لسرية التحكيم وأسرار التجارة التي تعرض في إطار التحكيم.

2– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 734.

التي طورت نظام القاضي الافتراضي، ومحكمة التحكيم الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية[1].

عملت بعض المؤسسات غير الحكومية كمركز أبحاث القانون العام في كلية الحقوق في جامعة مونتريال بكندا بتطوير مشروع تجريبي أعلن عنه رسميا في عام 1998 يجري بمقتضاه استخدام الوساطة أو التحكيم عبر وسائط إلكترونية في تسوية بعض المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية، وأطلق عليه مصطلح " ***محكمة تحكيم إلكترونية***"، أو " ***المحكمة الافتراضية***"[2].

يهدف نظام المحكمة الفضائية الذي يقوم أصحابه بتسويقه لدى منظمات الأعمال، إلى وضع قواعد سلوك تتفق وطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها من ناحية، وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية، وينضم إليه أطراف النزاع ويتحقق الارتباط به بموجب إطار تعاقدي من ناحية أخرى، كما تصدر هذه المحكمة شهادات مصادقة على المواقع الشبكية التي تستوفي الشروط المطلوبة بغرض بث الثقة بين الأطراف المتعاملة، وهذه الشهادات تفيد التزام أصحاب المواقع بتسوية الخلافات والمنازعات مع المتعاملين معهم وفقا للائحة إجراءات المحكمة الفضائية، ويراعي أن تسوية النزاع عبر المحكمة الفضائية يتطلب رضاء صريح من أطرافه بطرحها على أجهزتها[3].

1- موقع هذه المحكمة على شبكة الإنترنت هو: www.wipo.int/fr/arabit، ويوجد هذا المركز بـ جنيف (سويسرا)، تأسس في 1994 وهدفه عرض خدمات لتسوية الخلافات المتعلقة بالنزاعات التجارية الدولية، بواسطة محكمين مختصين في تسوية النزاعات الدولية المتعلقة بالملكية الفكرية، أنظر: **حابت آمال**، المرجع السابق، ص 258. اطلع كذلك على:

- **NDIAYE Penda**, op.cit, p. 77.

- وفي فرنسا تم إنشاء هيئة تحكيم خاصة سنة 1997 تسمى، Imaginons un Réseau Internet Plus Solidaire (IRIS) وتعمل على تسوية المنازعات في المعاملات الإلكترونية صغيرة أو متوسطة القيمة، أنظر: **توجان فيصل الشريدة**، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28-30 أفريل 2008، ص 1094.

2- وموقع هذه المحكمة على الانترنت هو: www.cybertribunal.org

3- **توجان فيصل الشريدة**، المرجع السابق، ص 1095.

- **عمر سعد الله**، القانون الدولي لحل النزاعات...، المرجع السابق، ص 266.

تتطلب طبيعة منازعات العقود الإلكترونية سرعة في حلها، مما دعت الحاجة إلى ضرورة البحث عن آلية أسرع يتم خلالها التحكيم، وهو ما أدى إلى قيام بعض المراكز باللجوء إلى أسلوب التحكيم الإلكتروني المعجل[1]، والذي ظهر العمل به عام 1998 ووفق هذا النظام يقوم المحتكم بالنقر على مفتاح الصفحة الخاصة وملئ النموذج المعد سلفا من قبل المركز وإرساله له بالبريد الإلكتروني، ويقوم المركز بإخطار المحتكم ضده وإعداد صفحة للنزاع على موقع المركز على شبكة الأنترنت ويزود كل طرف باسم مرور، ليتمكن من دخول الموقع وعرض النزاع، وفي هذا النظام تتكون هيئة التحكيم من محكم فرد، وتنتهي القضية خلال شهر واحد من بدء الإجراءات[2].

الفرع الثاني

الإجراءات المعتمدة في التحكيم الإلكتروني

يعتمد في التحكيم الإلكتروني على نفس الإجراءات المعتمدة في التحكيم التقليدي أو العادي، ويضاف إليها وباتفاق الأطراف قواعد إضافية خاصة بالتحكيم الإلكتروني، ومن أبرزها طريقة التواصل بين المتخاصمين والمحكمين، فتتم العملية عن بعد باستعمال الأنترنت –الوسيلة الأكثر استعمالا– وكيفية تقديم المستندات إلكترونيا وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية التي تهم أطراف موضوع النزاع، كما يمكن للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الإلكتروني عن طريق اتفاق التحكيم[3].

أولا: الإجراءات السابقة لعملية التحكيم الإلكتروني:

– وتتميز هذه المحكمة بتقديم خدماتها باللغتين الفرنسية والإنجليزية، فبمجرد وجودها في دولة ذات طبيعة قانونية مختلطة وهي مونتريال تجمع بين النظامين اللاتيني والانجلوساكسوني يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافة متباينة، انظر: **عمر سعد الله**، القانون الدولي لحل النزاعات...، المرجع نفسه، ص 266.

1– **سامح محمد عبد الحكم محمود**، المرجع السابق، ص 16.

– يهدف التحكيم الالكتروني إلى تنقية وتأمين بيئة العمل الالكتروني، وما يتصل بها من خلال تسوية المنازعات الالكترونية القائمة، أنظر في هذا الموضوع: **عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 43.

2– **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 45.

– **توجان فيصل الشريدة**، المرجع السابق، ص 1096.

3- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 304. وانظر كذلك:

– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 484.

1- تقديم طلب التحكيم: يتم التقدم بطلب التحكيم إلى مركز التحكيم العين عن طريق كتابة النموذج المبين على موقع الأنترنت والمعد سلفا من قبل المركز[1]، أو الجهة المعنية بالتحكيم مبينا فيه طبيعة الخلاف الناجم عنه النزاع، وما قد يقترحه من حلول مناسبة.

تتضمن وجوبا وثيقة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين، وغالبا ما تشترط مراكز التحكيم تضمين طلب التحكيم البيانات الشخصية والموضوعية منها: أسماء الأطراف وطبيعة أعمالهم وعناوينهم الإلكترونية، وصف لطبيعة النزاع وظروفه، الغرض من الطلب وطبيعة التسوية المطلوبة، قائمة أدلة الإثبات، نص بند التحكيم أو مشارطة التحكيم أو أية معلومة أخرى تفيد ذلك[2].

2- القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني: تمنح حرية كاملة للأطراف في اختيار القواعد التي تنظم إجراءات المنازعة[3]، سواء بوضع هذه القواعد في اتفاق التحكيم أو بالإحالة لقانون معين لتنظيم هذه الإجراءات[4]، وخصوصيات العالم الافتراضي تفرض على الأطراف الخضوع لإجراءات التحكيم الإلكتروني، والتي تهدف إلى تحديد أنظمة الإثبات وتحديد الوسائل الفنية التي تضمن احترام مبادئ المواجهة والدفاع والقواعد المتعلقة بالاجتماعات الإلكترونية، وللأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أيضا، كما يمكن للمحكم القيام بهذا الاختيار في حالة غياب اتفاق الأطراف شرط ألا يتعارض ذلك مع قواعد النظام العام[5].

1- **أبو الهيجاء محمد إبراهيم**، التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة، الأردن، 2002، ص 58.

- **A.CAPRIOLI Eric**, Arbitrage et Médiation dans le commerce électronique, "L'expérience du cybertribunal", op.cit, p. 232.

- **عصام عبد الفتاح مطر**، المرجع السابق، ص 42.

2- **حسام الدين فتحي ناصف**، المرجع السابق، ص 49، و **توجان فيصل الشريدة**، المرجع السابق، ص 1097.

3- **تياب نادية**، المرجع السابق، ص 125.

4- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 293. وانظر كذلك في:

- **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 113.

5- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص ص 314-317.

- حيث نصت المادة 25 من اتفاقية نيويورك حول تنفيذ الأحكام التحكيمية، ألا يتعارض الحكم التحكيمي مع قواعد النظام العام، تحت طائلة رفض تنفيذه إذا تعارض مع قواعد النظام العام في دولة التنفيذ، كما شددت المحاكم

3- إخطار أطراف التحكيم بموعد التحكيم: يقوم المركز بعد إخطار المدعى عليه في التحكيم من طرف أمانة المركز، وقبوله التحكيم الإلكتروني، بإدراج القضية ضمن جدول أعماله، ويقوم المركز بالاتصال بالأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات، وذلك وفق فترات زمنية معينة، ومن ثم يتم أداء الرسوم الإدارية المحددة التي تختلف من مركز تحكيم إلى أخر[1]، وإخطار الطرفين بأول جلسة للاستماع والمناقشة، وتبادل الوثائق والطلبات.

4- تعيين المحكم: يحق للأطراف تعيين المحكمين سواء بالنص على تعيينهم في اتفاق التحكيم مباشرة، أو بالإشارة إلى نظام تحكيم مؤسسي كنظام المحاكم الافتراضية، لكن يبقى أن الاتفاق على تحكيم نظامي تقيد الأطراف في اختيار المحكم، فنظام المحكمة الافتراضية هو أن تختار أمانة المحكمة المحكم أو المحكمين[2].

ثانيا: سير عملية التحكيم الإلكتروني:

يسعى برنامج التحكيم الالكتروني للقاضي الافتراضي الذي تم تنظيمه من طرف كلية شيكاغو كنت إلى محاولة استلام الشكاوي الواردة لبرنامج التحكيم وفضها من خلاله في مهلة 72 ساعة، تسري من تاريخ قبول الشكوى لديها[3].

الافتراضية على احترام المحكم المبادئ العامة للقانون كمبدأ المساواة بين الخصوم، فضلا عن احترام مبادئ المواجهة وحقوق الدفاع.

1- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، المرجع السابق، ص 323.

2- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 318.

إن كان في المحاكم الافتراضية لا يمكن للأطراف الاعتراض على تعيين المحكمين، فإن غرفة التجارة الدولية تعطي كامل الحرية لاختيار المحكمين إلا في حالة عدم الاتفاق، حسب المادة 3/8 من القواعد المنظمة لها، ونفس الرأي بالنسبة لنص المادة 1/10 من القانون النموذجي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي الذي يمنح الحرية التامة للأطراف في الاتفاق على عدد المحكمين.

3- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 385.

- يتعين على الطرف المحتكم تقديم اسمه وعنوانه الشخصي والبريدي، وتحديد أسماء ممثليه في نظر النزاع وتحديد وسيلة الاتصال بهم، كما له الحق في طلب سرية جميع المعلومات التي يقدمها للمحكمة، وعلى المحكمة أن تعامل هذا الطلب بشكل حازم، أنظر: **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص ص 386- 387.

يتم أول إجراء أمام المحكمة الافتراضية التوجه لموقع برنامج التحكيم على شبكة الإنترنت، للإطلاع على نموذج التحكيم المعد مسبقا من المحكمة، ليتم تعيين طبيعة النزاع والحلول المقترحة، إعداد قائمة للبيانات المادية والشخصية المستند عليها في الشكوى[1].

1- تبادل البيانات بين الأطراف: تعتبر الوسائل التكنولوجية المتاحة في هذا المجال وسيلة لتبادل النصوص والصور والأصوات، بشكل فوري ولحظي بين الأطراف كما أن تقنية البريد الإلكتروني تسمح بنقل المستندات والبيانات عبر الأنترنت[2]، وكذا إجراء المؤتمرات المرئية أين يتواجد الأطراف بطريقة افتراضية، وفي هذا الصدد نجد لائحة المحكمة الإلكترونية تنص في المادة 1/21 على أنه: " ***للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة لتسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف***"[3].

2- صدور الحكم التحكيمي: تقوم المحكمة بإغلاق باب المرافعة بعد التأكد من تمكن الأطراف من تقديم دفاعهم، ، ومن ثم تصدر المحكمة حكمها في النزاع خلال 30 يوما من إغلاق باب المرافعة ما لم تمد الأمانة هذا الميعاد بناءا على طلب المحكمة، ويجب أن يتضمن الحكم أسبابه، تاريخ ومكان الصدور، نفقات العملية و أجور المحكمين والخبراء[4]، ويصدر الحكم بالأغلبية في المحكمة النظامية، ويتم توقيعه إلكترونيا[5].

1- **إيناس الخالدي**، المرجع نفسه، ص 386.

2- **NDIAYE Penda**, op.cit, p.111.

– كما يسمح للأطراف استكمال البيانات بعد بدء عملية التحكيم، باعتبار أن كل طرف حر في تدعيم إدعاءاته في أية مرحلة، كما يمكن للمحكمين طلب بيانات أو توضيحات إضافية، أنظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 484.

3- الجلسات المرئية يشمل أيضا المداولات التليفونية والمرئية والتبادل الفوري والموثق للبلاغات الإلكترونية، وبأسلوب يسمح للأطراف باستقبال وإرسال البلاغات، أنظر كل من:

– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، المرجع السابق، ص 313.

– زيادة على الادعاءات الكتابية يمكن أثناء المحاكمة سماع الشهود أو عرض بينة خطية، وحتى طلب خبرة فنية، وذلك بطلب من أحد الأطراف، أنظر: **حابت آمال**، المرجع السابق، ص 259.

4- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم عبر الإنترنت...، المرجع السابق، ص 323.

5- **حسام الدين فتحي ناصف**، المرجع السابق، ص 63.

يبلغ الحكم للأطراف عن طريق البريد الإلكتروني المشفر وتضعه المحكمة على الموقع الشبكي للقضية، ولهؤلاء العودة إلى الهيئة للاستفسار عن أي غموض يشوب هذا الحكم أو تصحيح أخطاء مادية خلال مدة 30 يوم من تاريخ استلامهم للحكم التحكيمي[1].

ثالثا: تنفيذ الحكم التحكيمي الإلكتروني:

يتم تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة التحكيمي بالتراضي بين الطرفين[2]، ودون تأخير وهو ما أكدته لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس في نص المادة 6/28 الذي يقرر أن كل حكم تحكيمي يكتسي بطابع إلزامي بالنسبة للأطراف، وذلك نتيجة لخضوع نزاعهم للائحة الحالية، ويتعهد الأطراف بتنفيذ الحكم دون إمهال وبتنازل عن كافة طرق الطعن[3]، لكن إذا كان الطرف المعني بالتنفيذ سيئ النية، يلزم الطرف المستفيد من الحكم اللجوء إلى القضاء الوطني لدولة التنفيذ لطلب تنفيذ الحكم، وما عليه إلا تقديم أصل الحكم أو صورة طبق الأصل منه للاعتراف به لتنفيذه.

تبقى هذه القاعدة مقبولة في التحكيم العادي، إلا أن التحكيم الإلكتروني يثير صعوبة تتمثل في عدم التمييز بين الأصل والصورة في المجال الإلكتروني، وصعوبة التصديق على الوثائق الإلكترونية، ولقد عملت المادة 10 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على حل هذه المشكلة، حيث نصت على تماثل الوثيقة مع الأصل شريطة:

- سهولة الاطلاع على المعلومات التي تتضمنها هذه الوثائق في وقت لاحق.
- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو تم استلامها به.

- أقرت المادة 54 من لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية، والخاصة بتحكيم أسماء الحقول أمام لجنة المنازعات الإدارية أن الحكم يجب أن يغطى بالتوقيع الإلكتروني من لجنة التحكيم، وهذا تفاديا لإخراج التحكيم من إطاره الإلكتروني. اطلع على: **حسام الدين فتحي ناصف**، المرجع نفسه، ص 63.

1- حابت **آمال**، المرجع السابق، ص ص 259-260.

- هذه المدة التي أقرتها المنظمة الدولية لحماية الملكية الفكرية في نظام التحكيم للمركز التابع لها، وهي نفس المدة التي قررها المركز لصدور الحكم التحكيمي، مع الإشارة أن للأطراف إنهاء المحاكمة عند توصلهما لحل ودي شريطة أن يكون ذلك قبل صدور الحكم.

2- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، ص 463.

3- **حسام الدين فتحي ناصف**، المرجع السابق، ص 66.

– الاحتفاظ بالمعلومات التي تتعلق بمنشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها و استلامها[1].

رابعا: طرق الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني:

أكدت قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية حسب نص المادة 24 تحت عنوان الصيغة النهائية والتنفيذية للقرار الذي يصدر عن المحكمة التحكمية[2]، إلا أن تمتع القرار التحكيمي بالحجية فور صدوره لا يعني عدم إمكانية الطعن فيه، فأغلب الأنظمة القانونية الداخلية تتمسك بجميع طرق الطعن المتاحة عند توفر إحدى الأسباب التي تسمح بالطعن ضد القرار، سواء لأسباب متعلقة بمحتوى القرار، أسباب متعلقة باختصاص هيئة التحكيم وأسباب متصلة بإجراءات التحكيم وانعدام الأهلية في أطراف التحكيم[3].

تتحقق إمكانية الطعن في القرار التحكيمي بتوافر أحد الأسباب السابقة الذكر، وتكون:

1– كما أن لمبدأ سلطان الإرادة، أنه يمكن للأطراف في اتفاق التحكيم النص على قبول الوثائق الإلكترونية في الإثبات أنظر في هذا الموضوع: **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص 326.

– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص ص 764–765.

– وفي مثل هذا المجال تظهر أهمية اختيار الأطراف لمؤسسة التحكيم الإلكترونية باعتبارها مصلحة هامة ذات خبرة أفضل لحفظ الحكم، وتأكيد سريته، وإقامة الدليل على محتواه دون منازعة كلما كان ذلك ممكنا، ومراعاة لكل هذه المعطيات تعود إلى أجهزة التحكيم باعتبارها من أهم مهامه حفظ الحكم وضمان كماله، أنظر في الموضوع: **حسام الدين فتحي ناصف**، المرجع السابق، ص 71.

2– حيث نصت على أن: "***قرار التحكيم نهائي، وبما أن الطرفين أخضعا نزاعهما لتحكيم غرفة التجارة الدولية فإنهما يلتزمان بتنفيذ القرار دون تأخير ويتنازلان عن جميع طرق الطعن التي يمكن أن يتنازلا عنها***"، أنظر: **تياب نادية**، المرجع السابق، ص 164.

3– حدد المشرع الجزائري الأسباب التي يجوز الطعن فيها على سبيل الحصر وهي:

– *إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية، إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون، إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، إذا لم يراع مبدأ الوجاهية، إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب، إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي*، أنظر محتوى **المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، القانون 09/08.**

1- الطعن بالبطلان ضد القرار التحكيمي:

أقر المشرع الجزائري الطعن بالبطلان ضد قرارات التحكيم الدولي، وحصرها في الأحكام الصادرة في الجزائر، حيث تنص المادة 1058 على أن: " ***يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056*** " فهي نفس الحالات التي يجوز فيها استئناف الحكم التحكيمي الدولي، فيرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد (01) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

تتم إجراءات الطعن بالبطلان حسب نص المادة 1059 على أنه: " ***يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم، ولا يقبل الطعن بعد أجل شهر واحد (01) من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر القاضي بالتنفيذ***"[1].

2- الطعن بالنقض في القرار التحكيمي:

اعتمد المشرع الجزائري على نفس الحالات المذكورة سابقا، أي تقبل الحالات المذكورة في المواد السابقة الطعن بالنقض، حيث نصت المادة 1061 على أن:" ***تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و 1056و 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض***"[2].

تسري لائحة المحكمة الافتراضية خلافا لما هو معمول على مستوى القضاء، والتي أقرت على عدم جواز الطعن في أحكام التحكيم الإلكتروني، حيث تنص المادة 5/25 منها على أن: " ***يعد حكم التحكيم نهائيا لا يجوز الطعن فيه بالاستئناف***"، وقد نصت الفقرة السادسة (06) من نفس المادة على أن: " ***يعتبر اتفاق الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم وفقا للائحة المحكمة الفضائية تنازلا منهم عن الطعن في الحكم بأي طريق من طرق الطعن***"، وذهبت محكمة التحكيم الفضائية التي أنشأت بولاية **Michigan** التابعة للو.م.أ

1- يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها تنفيذ الأحكام التحكيمية، حسب نص المادة 1060 من قا.إ.م.إ.

2- يبقى الغموض واضحا حول أسباب الطعن بالنقض، فهل تتمثل في تلك الواردة في نص المادة 358 قا.إ.م.إ، أم المنصوص عليها في المادة 1056، أو أن المشرع حدد هذه الحالات بالنسبة للقرارات التحكيمية الدولية فقط.

بموجب قانون **Public Act** رقم 262 لسنة 2001 والذي دخل حيز التنفيذ في 09 يناير 2002، على خلاف ذلك، حيث أجاز نظامها استئناف الأحكام الصادرة منها أمام المحكمة التي تختص بالطعون في الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة، وعلى ذلك لا يستطيع الأطراف طلب تنفيذ الحكم إلا بعد أن يصبح الحكم نهائيا بفوات مواعيد الطعن بالاستئناف أو برفض الطعن. [1].

1- **إيناس الخالدي**، المرجع السابق، 462.

خـاتمـة

خـاتمـة

اتضح لنا من دراسة هذا الموضوع، أن عقود التجارة الالكترونية تتم عن بعد دون الحضور المادي لأطراف العقد، مما يسمح بوجود افتراضي للمتعاملين، وإجراء حوار مفتوح وشامل بينهم حول بنود العقد وتنفيذه، والمسائل القانونية المتعلقة به كالقانون الواجب التطبيق على العقد، وتحديد الجهة القضائية المختصة التي ستنظر في النزاع القائم بينهما.

يبقى أن في كلتا الحالتين المذكورتين، ضابط الإرادة المقرر في كافة التشريعات أهم ضوابط الإسناد التي يعمل بها في منازعات التجارة الالكترونية، سواء في تحديد قانون العقد أو المحكمة المختصة، باعتباره من العقود الرضائية التي تلتقي فيه الإيجاب والقبول بين الطرفين المتعاقدين في جميع مراحل التعامل[1].

يثار الإشكال في مثل هذه المنازعات في حالة عدم تحديد قانون الإرادة صراحة أو ضمنا، وهي الحالة التي تلجأ فيها المحاكم عادة إلى تطبيق معايير الإسناد العامة التقليدية وهو ما لا يتماشى مع عقود التجارة الالكترونية ليست سوى معاملات عابرة للحدود، تسري في فضاء غير محسوس مما يصعب إسناد المعاملة لقانون معين أو لمحكمة معينة[2].

اقترحت عدة حلول لمواجهة فكرة القانون الواجب التطبيق، والتي يغلب عليها تطبيق فكرة التنظيم الذاتي، ويقصد بها بشكل عام مجموعة من الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تولد بشكل عفوي من قبل قلة أو جماعة معينة تطبقها وتعتبرها ملزمة، ثم تمتد تدريجيا مع الوقت وتتوسع رقعة انتشارها، لتلقى في مرحلة أولى قبولا واعترافا من قبل المعنيين بها، وفي مرحلة ثانية من قبل المحاكم لكي تكتسب بنتيجة هذا القبول والاعتراف بأن لها قيمة قانونية ملزمة.

يحكم على منهج القواعد المادية على أنه غير كافي لحكم علاقات التجارة الالكترونية، فإن تطبيق منهج التنازع هو الأخر لم يكن بمنأى عن النقد، فقد أثار تطبيق هذا المنهج في مجمله صعوبات حقيقية بعضها يتعلق بالقانون المختار باتفاق الأطراف مثل صعوبة التحقق

1- **عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 353.

2- **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 39.

من وجود إرادة التعاقد، وصعوبة التحقق من هوية المتعاملين عبر شبكة الأنترنت[1]، أو إثبات اتفاقهم على اختيار قانون معين لحكم العقد، وصعوبة اختيار قانون معين لا يعترف بصحة العمليات الالكترونية، والبعض الأخر من هذه الصعوبات يخص القانون المعين بواسطة القاضي، مثل صعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية أو صعوبة توطين محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو محل إقامة الأطراف[2].

يثار نفس الإشكال بالنسبة لتحديد الجهة القضائية المختصة، والتي تستند في أغلب الأحيان على حرية الأطراف في اختيار محكمة معينة من بين عدة محاكم للنظر في النزاع، باعتبار أنه في حالة سكوت الأطراف صراحة أو ضمنا على اختيارا المحكمة يتم الاستعانة بالمعايير التقليدية لفض التنازع القضائي، وهي المعايير المادية والإقليمية التي تقوم على روابط مكانية، لا تستجيب لطبيعة المعاملات الالكترونية، من حيث قيامها على معطيات غير محسوسة[3].

يعتبر من الضرورة التعاون بين الدول من أجل تحديد بعض المفاهيم الخاصة بالقانون الدولي الخاص في المجال الافتراضي، مثل مفهوم التركيز الافتراضي للرابطة العقدية، وللمتعاملين عبر الشبكة بغية تفادي الصعوبات التي يثيرها إعمال ضوابط الاختصاص القانوني والقضائي التقليدية، وهذا على النحو التالي:

يفرض –إزاء صعوبة التحقق من هوية أطراف العقد– إلزامية إدراج شرط في عقود التجارة الالكترونية يلزم الطرفين بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تفصح عن هويتهم، لاسيما الاسم والعنوان الجغرافي، وفي حالة عدم التزام أحد الأطراف بهذا الشرط يكون للطرف الأخر عند حدوث النزاع، الحق في المطالبة بتطبيق قانونه الوطني أو أي قانون آخر يمكنه من الحصول على هدفه المنشود.

يعد من الضروري تطوير آليات أو منابر للتسوية، وابتداع قواعد لتحديد الاختصاص القضائي تلاءم خصوصيات التعامل الشبكي، وتأخذ في اعتبارها ما جرى عليه العمل بين أطرافه، شريطة خضوع مثل هذه الأنظمة لإشراف جهات موثوق بها، مثل المنظمات أو

1– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 678.

2– **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 428.

3– **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية وآليات تسوية منازعاتها...، المرجع السابق، ص 166.

المؤسسات القائمة ذات العلاقة بالتجارة الدولية، ومراعاة خصوصيات النشاط الخاضع لنظام التسوية، وتكون لها سلطة تسيير إجراءاته والتصدي لأي عقبة تحول دون توصله إلى نتائجه المطلوبة[1].

يستلزم تعديل الاتفاقيات الدولية أو تنقيحها حتى تقبل التطبيق على المعاملات الالكترونية، ولضمان التنسيق بين الاتفاقيات الدولية، وتعزيز إمكانية التنبؤ في المعاملات التجارية الدولية، وكفالة توحيد تطبيق تلك الاتفاقيات، ضرورة وضع اتفاق موحد يلبي احتياجات التجارة الدولية ويساهم في تطور معاملات التجارة الالكترونية على أن يتم اعتماد هذا الاتفاق من خلال مؤتمر دولي تدعو فيه الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء في الجماعة الدولية، لإضفاء الصفة الرسمية على هذا الاتفاق، وحتى نضمن وحدة تفسير المفاهيم – الكتابة، التوقيع، السند – وحتى يمكننا تجنب مخاطر التباين بين النصوص الدولية والوطنية، فإننا نوصي بضرورة التمسك بالنمط نفسه من التعريفات مع الاسترشاد بالقانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة في هذا الشأن[2].

يجب الاعتراف بالقوة الملزمة للقوانين النموذجية المعنية بالتجارة الالكترونية، فهذه الأخيرة تعد شكلا من أشكال التقنين العرفي، إذ يمكن للقاضي الوطني الاستناد إليها باعتبارها مصدرا للقاعدة القانونية، فالتطور السريع الذي تشهده المعاملات عبر الشبكة الدولية أدى إلى اختلاف طريقة تكوين العرف، حيث أصبح تكوين القاعدة العرفية سابقا على تطبيقها خاصة بعد ظهور نظرية العرف الفوري أو السريع.

يبقى أن أغلب المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية، يتفقون في اختيار الوسائل البديلة لحل النزاع هروبا من بطء وطول إجراءات التقاضي في القضاء العادي، ومنها التحكيم التقليدي، فالبعض يحبذ اللجوء إلى تسوية تتماشى ومقتضيات العقد واختيار الوسائل الالكترونية لحلها، خاصة الاعتماد على التحكيم الالكتروني، إلا أنه يبقى لكل نزاع ظروفه وملابساته.

1- **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية...، المرجع السابق، ص 114.

2- **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 429.

- **عادل أبو هشيمه محمود حوته**، المرجع السابق، ص 358.

تظل هذه الوسائل المستحدثة من أهم مستجدات التجارة الالكترونية وتتماشى مع مقتضياتها السريعة، وتضمن الحل الودي والسريع وبتكلفة ضئيلة، إلا أنه لا يجب أن تستبعد الاختصاص القضائي للمحاكم، إذ مازلت مثل هذه المنابر في حاجة إلى تدخل المحاكم سواء في حالة فشلها في إجراء التسوية أو في حالة الطعن على قراراتها، نظرا لأن الحكم مهما كان مصدره فهو يخضع لتنفيذ طبقا لقانون بلد معين، ومن اختصاص تلك المحكمة.

يتأكد يوما بعد يوم عدم وفاء التنظيمات القانونية القائمة بمتطلبات التجارة الالكترونية، مما يستلزم تدخل تنظيم قانوني سريع، قائم على دراسة علمية لمدى التدخل التشريعي المطلوب، والذي يحتاج قبل إصداره دراسة أبعادها وانعكاساتها القانونية خاصة فيما يتعلق بمواجهة الصعوبات والعقبات والعراقيل التي سوف يواجهها التبادل الالكتروني للمعلومات في الأوساط التجارية على الصعيد القانوني.

يستلزم في الأخير المناداة بضرورة اهتمام التشريعات الداخلية بالتطور الحادث في مجال المعلومات، وأن تقوم بإدماج عمليات تبادل المعلومات المعالجة آليا في إطار تشريعاتها، ومعالجة كل ما يتعلق بها، فضلا عن ضرورة التعاون الوطيد بين الدول من أجل تحديد بعض المفاهيم في المجال الافتراضي، مثل مفهوم التركيز الافتراضي الذي يشكل أهم الركائز المعتمد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة للبت في النزاع.

معاملات التجارة الالكترونية لا يمكن أن تقوم في فراغ، أي دون ضبطها أو خضوعها لتنظيم قانوني، وهذا التدخل لا بد أن لا يقتصر على التدخل التشريعي في تقديم نماذج أو أدوات قانونية لضبط علاقات التجارة الالكترونية، بل التنظيم القانوني الشامل لجوانب التجارة الالكترونية يحتاج إلى تدخل أجهزة الدولة المختصة ذات العلاقة بهذه الجوانب في حدود ما يقتضيه إنفاذ معاملات التجارة الالكترونية والاعتراف بآثارها لدى الجهات الرسمية مثل المحاكم، ويتعين أن يكون واضحا أن ازدهار التجارة الالكترونية يتوقف على جريانها في وسط قانوني يكفل الأمن للمعاملات ويحمي حقوق وحريات أطرافها. وهذا بدوره يفرض وجود منظمة دولية لتنظيم التجارة الالكترونية بالموازاة مع منظمة التجارة العالمية التي تهتم بالتجارة الدولية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

I- المراجع بالعربية:

1- : الكتب:

أولا: الكتب العامة:

1- **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

2- **طالب حسن موسى**، الموجز في قانون التجارة الدولية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

3- **عكاشة محمد عبد العالي**، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الاختصاص القضائي الدولي، القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، تنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة سعيد رأفت للنشر، القاهرة، 1985.

4- **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

5- ـــــ، القانون الدولي لحل النزاعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

6- **عليواش قربوع كمال**، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

7- **فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة 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.

8- **محمود سمير الشرقاوي**، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1992.

9- **محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

10- **محمود مختار أحمد البربري**، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

11- ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

12- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر، 2007.

13- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، الطبعة الأولى، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

14- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، 1990.

15- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

ثانيا: الكتب المتخصصة:

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

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

3- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة القاهرة، 2008.

4- إيناس الخالدي، التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، 2009.

5- إلياس نصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

6- بشار طلال أحمد مومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، 2003.

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

8- **حسام الدين فتحي ناصف**، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دراسة في ضوء الاتفاقات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

9- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

10- ـــــ، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

11- **رضا متولي وهدان**، النظام القانوني للعقد الالكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الالكترونية، دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقه الإسلامي، دار الفكر والقانون، مصر، 2008.

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

13- **سلطان عبد الله محمود الجواري**، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

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

15- **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.

16- **عباس لعبودي**، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

17- **عبد الرحمان بن عبد الله السند**، الأحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية وشبكة المعلومات (الإنترنت)، دار الورق للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2004.

18- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

19- **عادل حسن علي**، الإطار القانوني لعقود المعاملات الالكترونية مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، 2007.

20- **عصام عبد الفتاح مطر**، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.

21- **عمر خالد زريقات**، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت، دراسة تحليلية، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، د.ذ.س.ن.

22- **فاروق محمد أحمد الإباصري**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

23- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

24- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم بواسطة الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

25- ـــــــ، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، التحكيم والمفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

26- **محمد حسام محمود لطفي**، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، القاهرة، 2002.

27- **محمد أمين الرومي**، التعاقد الالكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.

28- ـــــ، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

29- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، العقبات القانونية أمام تطوير التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

30- محمد فواز محمد المالطة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية مكتبة زهراء الشرق للنشر، القاهرة، 2008.

2-<u>الرسائل والمذكرات</u>:

أولا: الرسائل:

1- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية " *في عقود المفتاح والإنتاج في اليد*"، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999.

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

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

4-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.

5-حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتورة في العلوم، التخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2009.

ثانيا: <u>المذكرات</u>:

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.

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

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

4- **تياب نادية**، التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.

3- <u>المقالات</u>:

1- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية وآليات تسوية منازعاتها، العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها، إعداد مجموعة من الخبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007، ص ص 153-191.

2- **أحمد أنوار الناجي**، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقاتها بالقضاء، مجلة الفقه والقانون، على الموقع، www.majalh.new.ma، ص ص 01-19.

3- **ألاء يعقوب النعيمي**، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28-30 أفريل 2008. ص ص 969-1019.

4- **أحمد باشي**، واقع وآفاق التجارة الالكترونية، مجلة الإدارة، المجلد 13، العدد 02، 2003. ص ص 65-83.

5- **إلياس بن ساسي**، التعاقد الالكتروني والمسائل المتعلقة به، على الموقع: www.gn4me.com.

6- **برهان سمير**، اتفاق التحكيم في التجارة الالكترونية، ندوة حول: صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ أيام 25-29 ديسمبر 2007، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2007، ص ص 01-17.

7- **توجان فيصل الشريدة**، ماهية وإجراءات التحكيم الالكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون، وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28-30 أفريل 2008. ص ص 1089-1111.

8- **حابت آمال**، التحكيم عبر الأنترنت، الملتقى الدولي حول: التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية، بجاية أيام 14-15 جوان 2006، الجزء الأول، ص ص 254-266.

9- **حسين الماحي**، نظرات قانونية في التجارة الالكترونية، الدليل الالكتروني للقانون العربي، على الموقع: www.arablawinfo.com، ص ص 01-56.

10- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص ص 149- 187.

11- **خالد ممدوح إبراهيم**، التقاضي الالكتروني، الدعوى الالكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، على الموقع: www.kenanaonline.com، ص ص 01-05.

12- ـــ، الإطار القانوني للتجارة الالكترونية، على الموقع: www.f-law.net

13- **سامح محمد عبد الحكم محمود**، التحكيم الالكتروني، الدليل الالكتروني للقانون العربي، على الموقع: www.arablawinfo.com، ص ص 01-47.

14- **عماد الدين المحمد**، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الأنترنت، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28-30 أفريل 2008، ص ص 1021-1067.

15- **صهيب جاسم**، المحاكم الالكترونية، على الموقع: www.islamoonline.net، ص ص 01-04.

16- **كمال سمية**، تسوية منازعات الاستثمار عن طريق التحكيم الدولي، الملتقى الدولي، " التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمي، بجاية أيام 14-15 جوان 2006، ص ص 106-125.

17- **معتصم سويلم نصير**، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الالكتروني، على الموقع: www.arablawinfo.com، ص ص 01-35.

18- **محمد عرفة**، التحكيم الالكتروني وضرورته للتجارة الدولية، على الموقع: www.aleqt.com، ص ص 01-04.

19- **محتوت جلال مسعد**، ضمان حماية المنافسة عن طريق تنظيم التحكيم التجاري الدولي، الملتقى الدولي، " التحكيم التجاري الدولي بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمي، بجاية أيام 14-15 جوان 2006، ص ص 126-143.

20- **محمد سامي الشوا**، التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28-30 أفريل 2008، ص ص 15-46.

21- **نبيل زيد مقابلة**، التحكيم الالكتروني، الجمعية العربية لقانون الأنترنت، مصر، 2007، على الموقع: www.dralmarri.com، ص ص 01-13.

22- **هيثم عبد الرحمان الباقي**، التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات على الموقع: www.kenanaonline.com، ص ص 01-07.

23- **يوسف العلي**، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الأنترنت، دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي، الدليل الالكتروني للقانون العربي، على الموقع: www.arablawinfo.com.

24- **يونس عرب**، القانون وتقنية المعلومات، ندوة تحت عنوان التقاضي في بيئة الأنترنت، تنظيم جمعية الحقوقيين، الإمارات العربية المتحدة، على الموقع: www.uaboline.org، ص ص 01-07.

25- ـــ، منازعات التجارة الالكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الالكترونية التي أقامته منظمة الأسكوا، الأمم المتحدة خلال الفترة بين 08-10 تشرين الثاني بيروت 2000، ص ص 01-25.

26- ـ، قانون تقنية المعلومات والتجارة الالكترونية، مجموعة عرب للقانون، عمان 2003-2004 على الموقع: www.arablaw.org، ص ص 01-26.

4- <u>الاتفاقات الدولية</u>:

1- اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية.

2- اتفاقية جونيف الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في 12 أفريل 1961 والتي دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1964.

3- اتفاقية واشنطن لعام 1965 والتي انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 1995/01/21 المتضمن الموافقة على الاتفاقية المتضمنة تسوية المنازعات

المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 07 لسنة 1995، وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346، المؤرخ في 1995/10/30، المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66، لسنة 1995.

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

5- اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

6- اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع للبضائع.

7- اتفاقية لوجانوا المبرمة 1988/05/16 فيما بين دول اتحاد التبادل الحر المنظمة إلى الاتحاد الأوربي.

8- اتفاقية مكسيكو لعام 1994 المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

9- اتفاقية لاهاي لعام 1998 الخاصة بعقود الوساطة والتمثيل التجاري.

5- <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 النموذجي الصادر عن البرلمان الأوربي والمجلس الأوربي رقم 31-2000 المؤرخ في 08 يونيو 2000 في شأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات، والتجارة الالكترونية الخاصة بالمعاملات الأوربية.

5- التوجيه الأوربي رقم 44-2001 المؤرخ في 2000/12/22 المتعلق بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري.

6- القانون النموذجي للأونسيترال للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002.

6- <u>النصوص القانونية</u>:

1- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر عدد 44 الصادرة في 20 يونيو 2005.

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

II- <u>المراجع باللغة الفرنسية</u>:

I- <u>OUVRAGES</u> :

1- **A. CAPRIOLI Eric**, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Edition du juris-classeur, Litec, Paris, 2002.
2- **BENSOUSSAN Alain**, Internet: aspects juridique, 2ème édition, Édition HERMES, Paris, 1998.
3- **BOUCHURBERG Lionel**, Internet et commerce électronique, site web, contrats, responsabilités, contentieux, 2eme édition, Dalloz, Paris, 2001.
4- **BOUREL Pierre, DE VAREILLES-Sommiéres Pascal, LOUSSOUAM Yvon**, Droit international privé, 9ème édition, Edition Dalloz, Paris, 2007.
5- **CHATILLON Stéphane**, Le contrat international, 3ème Edition, Vuibert, Paris, 2007.
6- **CHULTZ Thomas**, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Bruylant, Bruxelles, 2005.

7- **GAUTRAIS Vincent**, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique, 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002.

8- **THIEFFRY Patrick**, commerce électronique: Droit international et européen, Edition Litec, Paris, 2002.

9- **JACQUET Jean-Michel**, principe de l'autonomie et contrats internationaux, édition ECONOMICA, paris, 1983.

10- **THIEFFRY Patrick**, commerce électronique: Droit international et européen, Edition Litec, Paris, 2002.

11- **TRUDEL Pierre, ABRAN France, BENYEKHLEF Karim, Et HEIN Sophie**, droit de cyberespace, édition THEMIS, université Montréal, 1997.

II- THESES:

1- A. KOTEICHE Lama, la loi applicable aux contrat du commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un Diplôme d'études approfondies en Droit Internet et International des affaires, faculté de Droit et des Sciences Politique et Administratives, Université, Beyrouth, 2005.

2- FROMENT Camille, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire de D.E.S.S. de Droit du Multimédia et L'informatique, Université de droit, D'économie et de Sciences Sociales, Paris II- Panthéon-Assas, Paris, 2000-2001.

3- GRAHAM James Alexander, Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel, Thèse pour obtenir grade de docteur, Discipline : Droit privé et sciences criminelles, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2001.

4- NAMIE-CHARBONNIER Maire, La formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, Droit économie, sciences sociales, université panthéon – Assas, Paris II, Paris, 2003.

5- 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.

6- YESSAD Houria, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri,Tizi-ouzou, 2008.

III- ARTICLES:

1- **A.CAPRIOLI Eric**, Arbitrage et Médiation dans le commerce électronique, "L'expérience du cybertribunal", Revue de l'arbitrage, n 02, Paris, 1999, p. **225-248.**

2- **CAHEN Murielle-Isabelle**, La Formation des contrats de commerce électronique, Paris, 1999, sur le site : www.lex-electronica.org, pp. 01-27.

3- **CYRIL Rojinsky et GUILLAUME Teissonniere**, l'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique », lex Electronica, vol 10, N° 01, 2005, disponible sur : www.lex-electronica.org.

4- **DIESSE François**, Travaux des organisations international, « Droit de commerce international », Revue de Droit des Affaires Internationales, N° 8, 1999.

5- **DIESSE François**, L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, Revue de Droit des Affaires Internationales, N° 08, Paris, 1999. pp. 927-940.

6- **DUASO CALES Rosario**, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable au contrats de cyberconsommation, disponible sur le site : www.lex-electronica.org, pp. 01-19.

7- **HUET Jérôme**, la problématique juridique du commerce électronique , Revue de jurisprudence commerciale, le droit des affaires du 21eme siècle, n 01, janvier, 2001, paris, pp. 17-30.

8- **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, pp. 51-97.

9- **LE CLAICHE Julien**, la détermination de la loi et le juge compétent, disponible sur le site www.droit-ntic.com, pp. 01-21.

10- **PASSA Jérôme**, Le contrat électronique international : conflits de lois et de juridictions, collection de la faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers, Université de Poitiers, France, 2005, pp. 86-119.

11- **THIBAULT Verbiest**, commerce électronique :loi applicable et juridiction compétente, disponible sur le site : www.journaldunet.com, pp. 01-05.

12- **THOUMYRE Lionel**, L'échange des consentements dans le commerce électronique, disponible sur le site : www.lex-electronica.com, pp. 01-36.

13- **THOUMYRE Lionel**, L'échange des consentements dans le commerce électronique, disponible sur le site : www.lex-electronica.com, pp. 01-36.

14- GAUTRAIS Vincent, LEFEBVRE Guy et BEN YEKHLEF Karim, droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex-électronica, revue droit des affaires international, n 05, 1997 ; p.p 547-583.

15- MONNET J , la lex-électronica, sur le site : http://perso.wanadoo.fr.

16- RENAUD de Bottini, Litiges entre professionnels dans le commerce électronique international(la détermination objective du tribunal compétent), Mélanges Jean-Pierre Sortais, édition BRULANT, BRUXELLES, 2002, p.p. 01- 19.

VI- SITES INTERNET:

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

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

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

4- www.cybertribunal.org.

فهرس الموضوعات

فـهرس الموضـوعـات

قائمة المختصرات..... 05
مـقدمـــة..... 07

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية..... 13

المبحث الأول: عقود التجارة الإلكترونية وطرق التنازع الدولي للقوانين..... 17
المطلب الأول: اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق..... 19
الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة..... 21
أولا: مبدأ سلطان الإرادة في القوانين والتشريعات الوطنية..... 21
ثانيا: مبدأ سلطان الإرادة في القوانين والاتفاقات الدولية..... 23
الفرع الثاني: تطبيق مبدأ سلطان الإرادة..... 25

أولا: مدى ملائمة مبدأ سلطان الإرادة في حل نزاعات التجارة **الإلكترونية**..... 26
ثانيا: حدود تطبيق مبدأ سلطان الإرادة..... 29
1. وجوب توفر صلة بين القانون المختار والعقد..... 29
2. الغش أو التحايل نحو القانون..... 30
3. الإخلال والمساس بالنظام العام..... 31
الفرع الثالث: صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة..... 32
أولا: عند الاختيار الصريح..... 32
1. التحقق من وجود إرادة التعاقد..... 32
2. تحديد هوية الأطراف المتعاقدة..... 33
3. التحقق من جدية التعاقد وإثباته..... 34
4. عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية..... 35
ثانيا: عند الاختيار الضمني..... 35
1. رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الدولية..... 35
2. رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في عقود التجارة الإلكترونية..... 36
المطلب الثاني: غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق. 37
الفرع الأول: ضوابط الإسناد في عقود التجارة الدولية التقليدية..... 39
أولا: قانون محل تكوين العقد..... 40
ثانيا: قانون محل تنفيذ العقد..... 41
ثالثا: قانون الجنسية المشتركة..... 42
رابعا: قانون الموطن المشترك..... 43
الفرع الثاني: تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية..... 44
أولا: صعوبة تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية.. 44
1. صعوبة التركيز أو التوطين المكاني..... 45
2. صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة..... 47

3. عدم اعتراف العالم الافتراضي للحدود السياسية..... 48
ثانيا: تفادي صعوبات تطبيق قواعد الإسناد..... 49
المبحث الثاني: القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (القانون الموضوعي الإلكتروني)..... 51
المطلب الأول: ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني..... 53
الفرع الأول: مفهوم القانون الموضوعي..... 54
أولا: تعريفه..... 54
ثانيا: خصائصه..... 56
1. قانون طائفي ونوعي 57
2. قانون تلقائي النشأة..... 58
3. قانون عبر الدول..... 59
الفرع الثاني: مصادر القانون الموضوعي..... 60
أولا: الاتفاقات الدولية والتوصيات الدولية..... 61
ثانيا: قواعد السلوك. 62
ثالثا: العقود النموذجية..... 64
رابعا: العرف..... 66
المطلب الثاني: القانون الموضوعي الإلكتروني ومبادئ النظام العام..... 67
الفرع الأول: مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني..... 69
أولا: تعريف النظام القانوني..... 70
1. النظام القانوني قاعدة قانونية..... 71
2. النظام القانوني تنظيم وبناء..... 71
ثانيا: الخلاف الفقهي حول وجود قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني..... 72
1. الاتجاه النافي لصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني 72

2. الاتجاه المعترف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني..... 74
الفرع الثاني: تقييم القانون الموضوعي الإلكتروني..... 75
أولا: انعدام الإلزام ونقص قواعد القانون الموضوعي..... 76
1. عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي..... 77
2. نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي..... 78
ثانيا: مدى تشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل..... 79
1. الاتفاقات الدولية وحاجة التجارة الإلكترونية..... 80
2. الاستعانة بالقوانين النموذجية..... 81
3. مساهمة تقنيات السلوك..... 82
4. استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية..... 82

الفصل الثاني

تحديد الجهة القضائية المختصة لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية..... 85
المبحث الأول: ضوابط الاختصاص القضائي الدولي..... 89
المطلب الأول: تطبيق ضوابط الاختصاص على عقود التجارة الإلكترونية. 91
الفرع الأول: حق الأطراف في تعيين المحكمة المختصة..... 92
أولا: توفر الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة المختصة..... 94
ثانيا: سلامة الاختيار من أي لبس أو غش..... 96
الفرع الثاني: تحديد الاختصاص في ظل الضوابط العامة..... 98
أولا: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه..... 99
ثانيا: اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد..... 102

المطلب الثاني: تقييم ضوابط الاختصاص..... 104
الفرع الأول: صعوبة تطبيق ضوابط الاختصاص على نزاعات التجارة الإلكترونية..... 107
أولا: الطابع الافتراضي لعقود التجارة الإلكترونية..... 108
ثانيا: صعوبة تحديد مكان إبرام العقد..... 110
ثالثا: صعوبة تحديد مكان تنفيذ العقد..... 113
الفرع الثاني: حلول تطبيق ضوابط الاختصاص..... 114
أولا: على المستوى التشريعي..... 115
ثانيا: على المستوى القضائي..... 117
المبحث الثاني: التقاضي الإلكتروني كوسيلة لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية..... 120
المطلب الأول: الطرق الإلكترونية غير القضائية..... 122
الفرع الأول: المفاوضات المباشرة..... 124
أولا: تعريف المفاوضات المباشرة..... 125
ثانيا: خصائص المفاوضات المباشرة..... 127
ثالثا: سير عملية المفاوضات المباشرة..... 128
الفرع الثاني: الوساطة الإلكترونية..... 130
أولا: تعريف الوساطة الإلكترونية..... 131
ثانيا: خصائص الوساطة الإلكترونية..... 132
ثالثا: الشروط المتطلبة توافرها في الوسيط..... 134
1. الاختصاص..... 135
2. الحيدة..... 135
3. الإعلان عن أي مصلحة..... 135
4. السرية..... 135
5. الإعلان..... 136
6. الشفافية..... 136

رابعا: آلية سير الوساطة الإلكترونية..... 136
خامسا: مراكز الوساطة وشروط التسجيل فيها..... 138
الفرع الثالث: التوفيق الإلكتروني..... 140
أولا: تعريف التوفيق الإلكتروني..... 141
ثانيا: خصائص التوفيق الإلكتروني..... 143
ثالثا: سير عملية التوفيق الإلكتروني..... 144
المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني..... 146
الفرع الأول: ماهية التحكيم الإلكتروني..... 148
أولا: تعريف التحكيم الإلكتروني..... 149
ثانيا: أسباب اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني..... 150
ثالثا: الخصائص المميزة للتحكيم الإلكتروني..... 152
1. السرية في عملية التحكيم الإلكتروني..... 152
2. سرعة الفصل في القضايا المطروحة على التحكيم الإلكتروني.. 152
3. تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي..... 153
رابعا: الشروط المتطلبة في المحكم..... 154
1. الاستقلالية..... 154
2. النزاهة..... 154
3. المساواة في المعاملة..... 154
خامسا: معوقات التحكيم الإلكتروني..... 155
1. الخشية من عدم سرية التحكيم..... 155
2. عدم ملائمة التشريعات الداخلية للتحكيم الإلكتروني..... 155
سادسا: مراكز التحكيم الإلكتروني..... 156
الفرع الثاني: الإجراءات المعتمدة في التحكيم الإلكتروني..... 157
أولا: الإجراءات السابقة لعملية التحكيم الإلكتروني..... 158
1. تقديم طلب التحكيم..... 158
2. القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني..... 158

3. إخطار أطراف التحكيم بموعد التحكيم..... 159
4. تعيين المحكم..... 159
ثانيا: سير عملية التحكيم الإلكتروني..... 159
1. تبادل البيانات بين الأطراف..... 160
2. صدور الحكم التحكيمي..... 160
ثالثا: تنفيذ الحكم التحكيمي الإلكتروني..... 161
رابعا: طرق الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني..... 162
1. الطعن بالبطلان ضد القرار التحكيمي..... 163
2. الطعن بالنقض في القرار التحكيمي..... 163
خـاتمـة..... 166
قـائمـة الـمراجـع..... 172
فـهرس الموضوعات..... 187

تعرف التجارة الالكترونية إشكالات فيما يخص تسوية المنازعات الناتجة عن مختلف العقود المبرمة في هذا المجال، نظرا لغياب قانون أو تشريع خاص ينظم مثل هذه العقود، ولاعتبار أن قواعد تنازع القوانين غير كافية لمواجهة الفراغ التشريعي وصعوبات تطبيق ضوابطها المكانية على عقود في الأصل تتم في فضاء غير محسوس.

تظهر أيضا مثل هذه الإشكالات في تطبيق منهج تنازع الاختصاص الذي يقوم أو يرتكز على معايير مكانية في تحديد اختصاص المحكمة للنظر في النزاع، مما دفع التفكير في إيجاد حلول تكون متماشية مع منهج التعامل الالكتروني، والتوجه نحو تسوية النزاع بنفس الطريقة التي تم بها إبرام العقد.

فتضل مسألة تشريع قانون خاص بعقود التجارة الالكترونية في جميع مجالاتها من بين الأولويات أو الحتميات التي يجب الاضطلاع بها.

Le commerce électronique connaît des problématiques relatives au règlement des différends qui émanent des divers contrats conclus dans ce domaine. Ceci est due à l'absence d'une loi ou d'une législation qui réglemente ce genre de contrats, à l'insuffisance des règles de conflit des lois pourrant remédier au vide juridique et à la difficulté de l'application des normes territoriales sur des contrats conclus dans un univers virtuel.

Ses problématiques se confirment encore au niveau de l'application des règles de conflit de juridictions, basées sur des normes territoriales, pour déterminer la juridiction compétente, ce qui a poussé à réfléchir sur les solutions adéquates aux transactions électroniques, avec une nette tendance vers la résolution des différends de la même manière dont les contrats sont conclus.

Finalement, le besoin d'une loi ou d'une législation réglementant le commerce électronique reste l'une des priorités pour lever les problématiques mentionnées.