جامعة الشهيد حمه لخضر–الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر

في الحقوق – تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبتين:

✓ بوسليماني زهية

✓ فدول خولة

إشراف الدكتور:

كرام محمد الأخضر

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. جرمون محمد الطاهر	جامعة الشهيد حمة لخضر – الوادي–	رئيسا
د. كرام محمد الأخضر	جامعة الشهيد حمة لخضر – الوادي–	مشرفا ومقررا
د. ديدي ابراهيم	جامعة الشهيد حمة لخضر – الوادي–	مناقشا

الموسم الجامعي: 2021–2022

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــداء

اهدي عملي إليكِ.. رفيقة الدرب طيلة عمري

صاحبة القلب الواسع سعة البحر.. "**أمي**"

إلى الرجل العظيم رمز الحب والعطاء

إليكَ "**أبي**"

إلى التي تحل محل الأم سندي

إليك اختي "**سمية** " حفظ الله لكِ روح قلبي "**قدر**" و"**قمر**" "**سحر**"

إليكم يامن أنرتم لي الدرب و نعم السند إخوتي "**محمد**" "**حميد**"

"**زكرياء**" " **محفوظ**" "**آدم**"

إلى صديقتي وحبيبتي ومرافقتي في هاته المذكرة "**خولة**"

إلى من فتحت لي باب منزلها ورحبت بي هي وعائلتها حبيبتي "**أمال**"

إليكم صديقاتي "**أمينة**" "**آية**" "**لينة**" "**نور الهدى**" "**نادية**"

وإلى كل من ساهم في إثراء هذا العمل من قريب أو بعيد جزيل الشكر لكم

زهية

إهداء

إلى ملاذي في الحياة

إلى معنى الحب والعطاء

إلى من كان دعاؤها سر نجاحي وحنانها بسلم جراحي إلى أغلى الحبايب

"**أمي**"

إلى قرة عيني وسندي وافتخاري "**أبي**" الحبيب رحمة الله عليه

إلى إخوتي وعوني "**أيمن**" و"**عاشور**" واختي روح قلبي "**درصاف**"

إلى جميع أفراد عائلتي الكريمة إلى جميع الأصدقاء والاحباب

إلى رفيقة دربي وصديقتي وتوأم روحي "**زهوة**"

وإلى كل من ساهم وساعدنا في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد

وإلى عمال المكتبة "**هارون** " و"**هند**".

خولة

شكر وعرفان

الحمد لله الذي وفقنا لهذا وفتح لنا الابواب ويسر لنا الاسباب للقيام بهذا العمل.

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى استاذنا القائم على هذا العمل "**كرام محمد الاخضر**" الموجه لك منا فائق الاحترام والتقدير.

والشكر أيضا للأستاذ الذي كان الموجه والمرشد طيلة هاته الفترة الاستاذ "**لعبيدي الأزهر** "

وإلى كل أستاذ زودنا بنصائحه القيمة لكم منا جزيل الشكر

قائمة المختصرات

ص	الصفحة
ع	عدد
د.س.ن	دون سنة النشر
د.ب.ن	دون بلد النشر
ق إ م إ	قانون إجراءات المدنية والإدارية
د.ع	دون عدد
DZ	الجزائر
FR	فرنسا

المقدمة

المقدمة

يشهد العالم الآن تطورا كبيرا من الناحية العلمية والعملية، العصر الذي اجتمعت فيه تقنيات الاتصالات والمعلومات، حيث تلعب العقود الدولية دورا هاما ورئيسيا في هذا المجال، من ترويج واسع للتجارة الدولية إذ تشكل الركيزة الأساسية والهامة للاقتصاد العالمي، والمعاملات المالية والاجتماعية، بالتالي أصبح يسمى هذا العالم بعصر ثروة المعلومات والعولمة، وكل هذا بفضل شبكة الانترنت التي اصبحت من الوسائل التي لا يمكن الاستغناء عنها، حيث أن هذه الأخيرة جعلت البعد بين دول العالم والبلدان يصبح متقاربا وكأنه يشكل مكانا واحدا تلتقي وتتعامل به جميع الشعوب في انحاء العالم، وسرعان ما أصبحت هي الوسيلة المثلى للتواصل وتبادل المعلومات والبيانات وجميع المعاملات، حيث أصبح الجميع يرصد ويترقب، وكذا يتلقى كل ما يجري في العالم على كل المجالات كانت سياسية أو اقتصادية أو تجارية، وبحدثنا على التجارة نجد أن من أهم المجالات التي يسعى إليها معظم الأفراد في دول العالم هي التجارة بأنواعها، فكانت شبكة الانترنت المقرب الوحيد بين الأفراد في هذه المعاملات، بالتالي ومن المؤكد أن تسيطر هذه الأخيرة على ما يسمى بالتجارة الدولية، باستعمال أحدث الوسائل في نشر وتوسيع تنمية اقتصادية جديدة.

كانت التجارة الدولية سابقا تعتمد على الدعائم الورقية والوجود الفعلي لأطراف العقد، ولكن الآن وبعد التطور الأخير الذي لحق المجتمع والعالم كافة غير مضمون العقد، وكذلك امتد على تغيير شكل العقد، وهو الأمر الذي حصل فعليا من خلال الخروج من الطرق والصور الكلاسيكية التي تعتمد على الأوراق، والوجود الفعلي والمادي للعقد وأطرافه وتحوله من وثيقة ورقية يدوية إلى وثيقة إلكترونية.

وعلى إثر هذا تظهر ما يسمى بالعقد الالكتروني في مجال التجارة الالكترونية، حيث أن هذه الأخيرة هي البيئة الجديدة على التجار والمتعاملين، حيث أن هذا التطور الحاصل أتاح لهم عرض سلعهم ومنتجاتهم، وجميع الخدمات التي يقومون بها، ومن ثم يتم التعاقد والمصادقة عليها الكترونيا لا ورقيا.

يعيش العالم اليوم ثروة معلوماتية في مجال التجارة الدولية، تدخل ضمن القانون الخاص، حيث يختص هذا الأخير بتنظيم العلاقات القانونية بين أشخاص القانون الخاص المتضمنة عنصر أجنبي، فكانت تعاد لها التجارة الالكترونية، حيث أن مجال هذه الأخيرة متسع وعابر للحدود ويدخل فيها العنصر الأجنبي، وبالتالي كان موضوعا هاما للبحوث العلمية، وتدخل في نطاقها مجموعة من المواضيع من ابرزها موضوع تنازع القوانين، الذي يحتوي تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازع فيها، دون أن تخرج لحل نهائي لموضوع التنازع، بل يتمثل دورها في التوجيه للقانون الأصلح للأطراف المتنازعة.

تبنت العديد من التشريعات الوطنية هذا القانون وهذا لتشجيع عملياً ابرام العقود التجارية عن طريق وسائل التواصل الحديثة، كذلك القانون التجاري الدولي التابع للأمم المتحدة (الأونيسترال) التي أصدرت القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

كذلك تبنته العديد من التشريعات الوطنية في محاولة منها لتشجيع وتطوير عمليات إبرام العقود التجارية والخدماتية من خلال شبكات الاتصال العالمية التي تقدم فيها البضائع والسلع ويدفع مقابلتها إلكترونيا.

بالتالي وكما ذكرنا سابقا بأنه قد تنشأ العديد من المنازعات والخصومات حول العقود التي تحتوي عنصر أجنبي، وهذا بشأن عدم تنفيذ الالتزامات الناتجة على اشتمال العقد على عنصر أجنبي، بهذا يدفع إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص والذي هدفه القوانين التي تنظم العلاقات وتضمن حقوق الأطراف المتنازعة، وسنحاول من خلال هذه الدراسة إبراز المبادئ التي يتم اعتمادها في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية .

تكمن أهمية موضوعنا في ما يشهده العالم في مجال التجارة الإلكترونية من حداثة وتطور كبير كونه حديث الساعة حتى أصبحت هذه الاخيرة تأثر بشكل كبير على إدارة أنشطة المعاملات التجارية، حيث أتاحت لأفراد دولة ما بتكوين علاقات بين مختلف أفراد الدول الأخرى، مما يحتمل وقوع ونشوب نزاعات بين هاته الأطراف، وبما أنها تحمل عنصر أجنبي

بالتالي فالنزاعات ذات بعد دولي، لذا وجب دراسة وتحليل أي القوانين الأصلح لحل النزاع للأطراف المتنازعة.

لقد تعدد أسبابنا في اختيار هذا الموضوع وكذا ميولاتنا له، ومن بينها:

ميلنا ورغبتنا الذاتية نحو دراسة القانون الدولي الخاص لما له من أهمية كبيرة، كون مسألة العقود كانت حكرا على أقاليم الدول، وبين أشخاص يحملون نفس الجنسية، أما اليوم أصبح وبفعل التطور الحاصل أصبحت جميع العقود بين جنسيات مختلفة وأصبح ملزم علينا بدراسة مشكلة تنازع القوانين.

كذلك من بين الأسباب الأخرى انها تتمثل في كمية معرفة دور القاضي وإحاطة بالأحكام والقواعد الواجبة التطبيق التي يمكن أن تثار في حالة نشوء نزاع.

أيضا الضرورة الملحة التي فرضها التطور التكنولوجي المتسارع الذي عرفه العالم الحديث، بحيث أن اتساع العلاقات بين الدول يقتضي قيام علاقات بين أفراد الدول فيخلق نزاعات يستوجب على القاضي حلها، كذلك تبيين كمية معرفة القاضي ان كانت هاته النزاعات تقتضي الأطراف المتنازعة فقط في حلها، أم أن هناك سبل وطرق أخرى.

ومنه نطرح الإشكال والتساؤل الآتي: ما هي المبادئ والمعايير التي يتم الاعتماد عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية المشتملة على عنصر أجنبي، وما الجهة القضائية المختصة للفصل في هذا النزاع؟.

واعتمدنا على المنهج التحليلي في هذا الموضوع الذي يستلزم على آلية التحليل من خلال التحدث عن النصوص القانونية والآراء الفقهية، كذلك يتخلله نوع من المنهج الوصفي من خلال التطرق إلى بعض المفاهيم والتعاريف إثراء للموضوع.

وللإجابة على الاشكالية السابقة اعتمدنا في دراستنا هذه إلى التطرق لفصلين (الفصل الأول) القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ويتضمن مبحثين، (المبحث الاول) مدى صلاحية مناهج التنازع للتطبيق على العقد الالكتروني و (المبحث الثاني) ضرورة وجود قانون موضوعي يحكم العقد الإلكتروني، أما فيما يخص (الفصل الثاني) يتمثل في الجهة القضائية

المختصة بتسوية نزاعات عقود التجارة الإلكترونية اعتمدنا مبحثين، (المبحث الأول) مدى ملاءمة مبادئ تنازع الاختصاص القضائي الدولي للتطبيق على عقد البيع الدولي الإلكتروني، و(المبحث الثاني) يتمثل في الوسائل الإلكترونية لفض النزاع في عقود التجارة الإلكترونية.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

يؤدي العقد بصفة خاصة دورا فعالا على صعيد المبادلات الاقتصادية والتجارية سواء كانت هذه المبادلات ذات طابع وطني أم ذات طابع دولي، وذلك باعتباره الوسيلة اللازمة لإتمام مختلف العلاقات الاقتصادية كانت أم التجارية.

ومن هذا المنطلق حددت كل دولة في قانونها الداخلي القواعد التي يتعين على القضاة إتباعها لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي، وعليه يطبق القاضي الذي عرض عليه النزاع هذه القواعد، ما لم يكن ثمة نص قانوني أو معاهدة دولية مرتبطة بها دولة القاضي، تتضمن قواعد لفض النزاع،

وتختلف قواعد الإسناد التي تعالج مناهج التنازع ما بين قوانين الدول المختلفة باختلاف نوع النزاع المطروح، ومن ثم تتعدد الضوابط المختلفة في محاولة إسناد هذا النزاع وتسوية ما إن كنا نستطيع تحديد أي القوانين الأصلح والواجبة التطبيق لفض النزاعات، وهذا ما سيتم دراسته في المبحث الأول (مدى صلاحية مناهج التنازع للتطبيق على العقد الإلكتروني) أي هل هذه الحالات التي سنتطرق إليها كافية لحل النزاع وفضه.

المبحث الأول: مدى صلاحية مناهج التنازع للتطبيق على العقد الإلكتروني

القاعدة العامة في جل المعاملات التجارية هي أن العقد شريعة المتعاقدين بحيث يترك للأطراف حرية الاختيار في القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم بشرط أنه يكفل تحقيق مصالحهم، فمن المتعارف عليه أن قاعدة الإسناد تعتبر الوسيلة الفنية الأولى التي يتم بموجبها تحديد أي القوانين الأصلح للتطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي، فمبدأ سلطان الإرادة له أهمية كبيرة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية أو التجارة بصفة عامة وهذا في حال اتفاق الأطراف، أما في حالة ما لم يتم الاتفاق وجب اللجوء لحل آخر وهنا يلجأ القاضي للضوابط التقليدية في حل النزاع، فالقانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية أمر ذات صعوبة بالغة ويثير العديد من التساؤلات لإرادة الأطراف في تحديد ما يرونه ملائما لهم أو إلى الضوابط التقليدية التي يجتهد فيها القاضي ما إن كانت ملائمة لكلا الطرفين، ومن هنا اعتمدنا على حالات الاتفاق كـ(مطلب أول) وحالات عدم اتفاق الأطراف كـ(مطلب ثان).

المطلب الأول: حالات اتفاق الأطراف (مبدأ سلطان الإرادة)

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة قدرة المتعاقدين على خلق عقد بينهم يحتوي على كل التفاصيل في حدود نصوص القانون، بحيث للأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الأصلح لهم على عقودهم، ولهم استبعاد القانون وإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو العادات أو أعراف التجارة الدولية وذلك في حدود النظام العام والآداب العامة[1]، ويعتبر هذا المبدأ بمثابة قاعدة قانونية ودولية، لأنه ومن خلال شبكة الإنترنت يعبر الأطراف عن إرادتهم وينفذون التزاماتهم، فالإرادة تمتاز بصفة اللامادية[2]، ويقصد كذلك بمبدأ قانون الإرادة هو الاعتراف بحق الأطراف

1-حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2012، ص، 466.

2-ميهوب علي، غول سليمة، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، المجلد 1، العدد 1، 2020.

في اختيار القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية المبرمة بينهم إذا اتخذت هذه الأخيرة طابعا دوليا، فالإرادة على هذا النحو تعتبر ضابطا للإسناد فهي تربط بين العقد والقانون الذي ينظم هذا الأخير[1]. وعليه سنستعرض كيفية تحديد قانون الإرادة (كفرع أول) ووسائل التعبير عنها إلكترونيا (فرع ثان).

الفرع الأول: كيفية تحديد قانون الإرادة (أشكالها)

إن اختيار وتحديد قانون الإرادة من الأمور السهلة، إلا أن هذا الاختيار يلحق به أمور عدة وهي الأساس في اختيار المتعاقدين للقانون، فاختيار القانون يكون في فترة محددة أو مرحلة من مراحل العقد، ومنه وعلى ما سبق نتحدث في العناصر الآنية عن كيفية وطريقة تحديد إرادة الأطراف، وتبيان آلية سريان مبدأ سلطان الإرادة من خلال دراسة النطاق الزماني والمكاني والتعبير الصريح والضمني ثم التعيين القضائي:

أولا: النطاق الزماني

إن تحديد النطاق الزماني للقانون الواجب التطبيق يتم من قبل طرفي العقد، لأنهما في الأساس هما اللذين حددا قانون العقد. أما في حال تقاعس المتعاقدين عن تحديد القانون، فإنه يتم إحالة الأمر لقاضي الموضوع ليقوم بالبحث والتحري عن القانون الذي يتناسب والنزاع المعروض عليه، ويكون الزمن الذي تم تحديد القانون الواجب التطبيق فيه هو الزمن الفعلي لعرض النزاع على القضاء، ذلك لأنه في الفترة السابقة لم يكن محددا هل النزاع المعروض مشروع أم غير مشروع إلا أن تحديد القانون يعطي تفاعلا لدور القاضي في البحث والتحري لبيان مفردات النزاع المعروض وتحديد الخلل وعلى من يقع عبئ المسؤولية لتحديد أساسيات الخلاف وتعويض المتضرر عن الضرر الذي لحق به ومنح كل ذي حق حقه، أما في حال

1-تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2010،2011، ص 10.

إحالة تحديد القانون لطرفي العقد بناءا على إرادتيهما الصريحة والمباشرة، فإن اختيار القانون يتم عند تحرير العقد بحيث يتم إدراج بند من بنود العقد يحدد فيه القانون الواجب التطبيق، أما في حال عدم التحديد في بنود العقد فإنه من حق طرفي العقد الاتفاق على تحديد القانون الذي ينظم العقد بعد إبرامه سواء كان هذا الاتفاق شفويا أم مكتوبا في اتفاق مستقل عن العقد ويكون ملحق له [1].

ثانيا: النطاق المكاني

إن خاصية تحديد القانون الواجب التطبيق تكون فقط للعقود الدولية، أما العقود الداخلية فيتم إخضاعها لقانون الموطن ولا يتم إخضاع العقد الداخلي لقانون أجنبي غير القانون الداخلي، ويعد ملغيا ولا يسري عليها لأن سيادة الدولة تسمو على العقود الداخلية، ولذلك فإن القوانين الداخلية هي التي تسمو وتطبق، ويرى البعض أن العقود الداخلية تخرج من نطاق تطبيق قاعدة قانون لإرادة مما لا يتم إخضاع العقد الداخلي إلى قانون الإرادة[2].

لكن التساؤل الذي يثار ما هو المعيار الذي يتم من خلاله تحديد المعيار الدولي والداخلي للعقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، بالرغم من أن شبكة الإنترنت هي شبكة عالمية مختصر لكلمة "International" وتعني عالميا، وتعني الشبكة العالمية وهذه التسمية لم تأت من فراغ وهي بالفعل عالمية، فهي ليست تابعة لدولة معينة لأنها ثمرة إنتاج عدة دول قامت بإنشاء الشبكة وبناء قواعد البيانات بها التي يتم تداولها من خلال الشبكة، ثم وصل معظم دول العالم من خلال الاتصال المباشر والدائم، فيتم تبادل البيانات في العالم كافة خلال ثوان فهي أسرع وسيلة للاتصال، أما في حال إبرام تعاقد بين عميل وشركة من نفس الإقليم، فإن هذا العقد يعد من العقود الدولية لأنه في الأساس هو عقد من العقود الإلكترونية المبرمة عبر

1-أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص، 180.

2-المرجع نفسه، ص 182.

الإنترنت، وكما بين في السابق هذه الشبكة تأخذ سمة الدولية أما إذا قمنا بالبحث في مفردات التصرف من إرسال الإيجاب إلى قبوله وإبرام التعاقد فكافة التصرفات التي تمت كانت تتم من خلال شبكة دولية، كما أن الموقع الذي تم إرسال الإيجاب أو القبول من خلاله يمكن أن يكون تابعا لدولة غير دولة طرفي العقد[1].

ثالثا: الاختيار الصريح لقانون الإرادة

أصبح من المألوف في مجال عقود التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي، ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد [2].

ومثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 20 أبريل 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين، فينص هذا العقد في أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي يصرف النظر عن جنسية المتعاقدين، أو موطنهم، أو محل إبرام العقد، أو تنفيذه[3].

فقد أتيح لطرفي العقد الحق بتعيين القانون الذي ينظم عقدهم، أو تحديد ذلك القانون الذي ينطبق على العقد، فمن الطبيعي أن يقوم طرفا العقد بممارسة وتفعيل هذا الحق الذي منحه لهما وتحديد قانون أي دولة والقواعد الموضوعية التي تم تعيينها لتطبق على العقد في حالة وجود منازعة وهذا ما يسمى بالاختيار الصريح لقانون العقد[4].

1-محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، كلية اربد، جامعة البلقاء التطبيقية، ط1، دار الثقافة للشر والتوزيع 1429هـ/2008م، ص 139،138.

2-أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 83.

3-لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 200.

4-محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 139.

يعبر الأطراف عن القانون الذي سيختارونه بشكل صريح وقد يكون بالكتابة أو الإشارة[1]، فمن المهم أن يدرج الأطراف المتعاقدة بندا في عقده يحدد الاختصاص التشريعي لضمان حياتهم في المستقبل من أخطار قد تقع مستقبلا[2].

رابعا: الاختيار الضمني لقانون الإدارة

لجانب الإرادة الصريحة نجد الإرادة الضمنية وهي التي ينبغي التركيز عليها لأنها تعتبر مهمة حيث نكون أمام اختيار ضمني،[3] وقد نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري إلى الاعتداد بالتعبير الضمني والصريح حيث نصت "... ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على خلاف ذلك..."[4]

والإرادة الضمنية في مجال الاختصاص القضائي الدولي تعني أن يكون خضوع الخصوم لولاية قضاء الدولة ضمنيا، ويحدث ذلك عندما يعين الخصوم موطنا مختارا لهم في دولة معينة، أو حينما يترافع الخصم في دعوى مرفوعة ضده دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة، فإذا استعرض نصوص القانون نجدها كثيرة [5].

أما من خلال نص المادة "18" من القانون المدني الجزائري والتي نصت على ضابط الإسناد الالتزامات التعاقدية المتعلقة بالعقود الدولية، فلقد اعترفت بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية ولكن تركت هذا الاختيار بصيغة العموم، أما فيما يخص

1-فوزي محمد سامي، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 123.

2-بوخالفة عبد الكريم، نطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، علاقات خاصة دولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014،2015، ص 35،36.

3-بوخالفة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 38.

4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر، العدد 44 الصادر بتاريخ 2005/6/26.

5-مسعودة دير، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2015-2016، ص 18.

ضابط قانون الإرادة سواء باختيار صريح أو ضمني فالمشرع الجزائري لم ينص عليه في عقود التجارة الإلكترونية حيث نصت المادة الثانية من قانون التجارة الإلكترونية على ما يلي:

يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

- متمتعا بالجنسية الجزائرية.
- مقيما إقامة شرعية في الجزائر أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري.
- أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر[1].

خامسا: التعيين القضائي لقانون العقد

إن دور القاضي في حال انعدام إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية حول اختيارهم لقانون العقد ولا يبدون نيتهم وتعذر الكشف عنها فإن القاضي هنا يجتهد في حل النزاع ويضع حلول عن القانون الذي له صلة بالعقد، بالتالي للقاضي المجال الواسع للبحث عن القانون الملائم.[2]

الفرع الثاني: وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

إن إبرام العقود الإلكترونية يتم باستعمال عدة وسائط إلكترونية أهمها شبكة الإنترنت وهو ما يتعين معها التطرق لدراسة صور التعبير الإلكتروني في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت ثم صور التعبير باستعمال وسائط أخرى:

1-مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماستر، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، 2018،2019، ص 12،13.

2-بوخالفة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 39.

أولا: التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن طريق الإنترنت

أ- **التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني:** والمقصود بالبريد الإلكتروني هو تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية [1] واستخدام شبكات الحاسب الآلي في نقل الرسائل بدلا من استعمال الوسائل التقليدية، وينظر عادة إلى البريد الإلكتروني على أنه البديل الأول للبريد العادي، ومن أهم المزايا له أنه باستطاعتك إجراء عمليات الاتصال مع شخص آخر تفصل بينك وبينه آلاف الكيلومترات دون تواجدهم الفعلي في مجلس العقد [2].

" يتم نقل الرسائل بواسطة الإشارة بوصفها ظاهرة فيزيائية وتتحول إلى كتابة إلكترونية يمكن قراءتها بصورة واضحة، والتعبير في الرسالة الإلكترونية يكون صريحا إن تترجم في الأخير لتتخذ شكل كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية إنما تختلف فقط في الوسيلة المستعملة وهي الكمبيوتر[3]."

كذلك يشترط في الشخص الذي يريد التعاقد بهذه الوسيلة أن يكون لديه برنامج للبريد الإلكتروني يدرج ضمن البرامج الذي يحتويها جهاز الكمبيوتر الخاص به وأن يتبع بعض الخطوات اللازمة ليتمتع بهذه الخدمة[4].

ب- التعبير عن الإرادة عبر مواقع الويب: يعتبر وسيلة من بين الوسائل التي تقدم عبر شبكة التواصل فهو أكثر وسيلة استخداما عبر شبكة الانترنت،[5] ويمكن التعبير عنها بالكتابة أو الضغط على زر الموافقة، كذلك يمكن استخدام الاشارات المتعارف عليها عبر هاته الشبكة

1-قسنطيني حدة صبرينة، العقد الإلكتروني الانعقاد والإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2011، 2012، ص 33.

2-خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط الأولى، الإسكندرية، مصر، ص 168.

3-أمال حابت، استغلال خدمات الإنترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 80.

4-قسنطيني حدة صبرينة، مرجع سابق، ص 33.

5-خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 131.

حيث يستطيع مستخدمي الانترنت عبر برنامج المحادثات التواصل مع أي شخص أخر بالكتابة ويكون كلا الطرفين متصلين بجهاز كمبيوتر[1].

ج-التعبير عن الإرادة عن طريق محادثة: يمكن لمستعملي الانترنت التواصل والتعبير عن ارادتهم عبر برنامج المحادثات من شخص للآخر في وقت واحد كذلك نجد من يقوم بالاتصال عن طريق اضافة كاميرا تجعل كل متعاقد يرى الطرف الآخر فيتم التعاقد عن طريق المشاهدة والمحادثة معاً.[2]

ثانيا: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة بوسائل إلكترونية أخرى

وسنتطرق هنا إلى وسيلتين من وسائل التعاقد الإلكتروني:

أ- **التعبير عن الإرادة بواسطة التيلكس:** يعتبر هذا الأخير جهاز لإرسال المعلومات عن طريق الطباعة والارسال مباشرة، ولا يوجد مدة زمنية طويلة بين المرسل والمستقبل إلا إذا لم يرد المستقبل فقد تطول المدة في الرد، بالتالي فهو نوع من أنواع التعاقد كونه فوري ولا وجود لفاصل زمني بين الايجاب والقبول[3].

ب-الفاكس كوسيلة للتعبير عن الإرادة إلكترونيا: "يعد الفاكس جهاز إستنساخ بالهاتف يمكن من خلاله نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابق لأصلها ثم تظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى الطرف المتلقي للرسالة[4].

1-قسنطيني حدة صبرينة، مرجع سابق، ص 34.

2-خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 132.

3-حميشي هنية، الإرادة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، 2016، ص 43.

4-إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الجلي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 12.

ثالثا: صعوبات تطبيق هذا المبدأ

أ- **التحقق من وجود إرادة التعاقد:** تثار مشكلة التعبير عن الإرادة عندما تتم بصفة غير مباشرة، أي تدخل الوسيط الإلكتروني والذي لا يملك الإرادة أصلا، وهذا عكس ما هو عليه عند التعبير عن الإرادة بصفة مباشرة بين الأشخاص المعنيين بالعقد، ففي تدخل الوسيط يمكن أن يحدث خطأ ويعيب صحة الرسائل الإلكترونية وتتعارض مع إرادة الطرف الذي يعمل الجهاز الآلي لصالحه[1]. لذا يصعب التأكد من وجود الإرادة.

ب-**رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في عقود التجارة الإلكترونية:** فكرة الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق مستبعدة لصعوبة الاعتماد على قرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، كذلك مشكل الاعتماد على اللغة التي حرر بها هذا العقد لتحديد الإرادة الضمنية للأطراف، كما يصعب الاعتماد على العملة التي يتم بها الوفاء، كذلك يصعب الاستناد إلى إرادة الأطراف المتجهة نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة المختصة في النزاع [2].

المطلب الثاني: حالات عدم اتفاق الأطراف

إذا لم يكن هناك اتفاق بين أطراف عقد التجارة الإلكترونية على تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، وتعذر تبيين واستنتاج إرادتهم في هذا الشأن، فإنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الفصل في النزاع المعروض عليه وألا يكون قد ارتكب جريمة إنكار للعدالة [3]. وهناك 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.

1-خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون دولي، تخصص قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه في القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010/4/28، ص 34.

2-المرجع نفسه، ص 37.

3-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 203.

الفرع الأول: الضوابط الجامدة

استقر فقه القانون الدولي الخاص على تحديد القانون الذي يحكم العقد في ظل غياب اتفاق الأطراف بضوابط ثابتة قياسا على إرادة الأطراف، وفي ظل إسناد الرابطة العقدية إلى تلك الضوابط في أغلب قوانين القانون الدولي الخاص المعاصرة في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف فما يتعلق بالقانون الأصلح على عقدهم بوصفه معبرا على الصلة التي تربط العقد بقانون دولة محل إبرامه، أو تنفيذه، أو جنسية المتعاقدين، أو موطنها المشترك[1].

أولا: ضوابط الإسناد المتعلقة بالمتعاقدين

للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية بينهم استنادا إلى القواعد التي يتضمنها قانون القاضي المطروح عليه النزاع، فضوابط الإسناد هذه تعتبر وسيلة في يد الأفراد وتصبح قابلة للتغيير وفقا لإرادتهم، ومن هذا المنطلق سنحاول التطرق لضوابط الإسناد ذات صلة بالمتعاقدين:

أ- قانون الموطن المشترك:

يرى أنصار هذا الضابط أن قانون الموطن هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره وقد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه[2]، وعلى هذا الأساس تنص المادة "19" من القانون المدني الجزائري على أنه " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونها

1-المرجع نفسه، ص 204، 205.

2-مسعودة دير، مرجع سابق، ص 39.

الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.[1] " بالتالي قد منح المشرع تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الأفضلية في التطبيق.

اعتبر الفقهاء بأن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله، لكن لا بد من الإشارة إلى أنه يصعب الأخذ بمعيار الموطن المشترك للمتعاقدين وهذا في حالة التعاقد كما هو الحال العقود الإلكترونية ويتم اعتماد العناوين الإلكترونية، بالتالي من هذا المنطلق دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف قيمة هذا الضابط [2].

بالرغم من أن الموطن قد فقد أهميته كأساس للعلاقات القانونية الدولية الخاصة في الكثير من تشريعات الدول إلا أنه لا يزال يحتفظ بمكانته وأهميته في تنظيم هذه القضايا في الدول الأنجلو أمريكية، وترجع هذه الأهمية بسبب الهجرة إلى هذه الدول منذ الحرب العالمية الثانية[3].

والأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، وعلى الرغم من وضوح هذه الفكرة إلا أنه يصعب تطبيقها في مجال المعاملات الإلكترونية، فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه[4]، ومثال ذلك العناوين التي تنتهي ب: fr وDZ[5].

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر، العدد 44 الصادر بتاريخ 2005/6/26، بحيث تجيز للمتعاقدين الأخذ والخضوع لقانون الموطن المشترك.

2-سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 204.

3-عباس العبودي، إثبات الموطن في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد 25، 2010، ص56.

4-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 213.

5-FR ونعني بها الموقع فرنسي اي مرتبط بـ فرنسا، DZ الموقع يرتبط بالجزائر.

ت- قانون الجنسية المشتركة: قد يكون دورها مهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عامة، لاسيما عقود التجارة الإلكترونية، تبعا لذلك إذا كان المتعاقدين يحملان جنسية مشتركة فإنه من المفترض أنهما يقصدان إخضاع العقد لقانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما المشتركة[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد...[2]"، ويعني أن المشرع هنا خيرهم بين الموطن المشترك وقانونه أو عامل الجنسية المشتركة.

فقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية متى كان المتعاقدان من نفس الجنسية وكان اشتراكهما في الجنسية هو القرينة الأولى، فالمشرع الجزائري أخذ بضابط الجنسية المشتركة بعد الموطن المشترك وأعطاها الترتيب الثالث الوارد في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، فقد أخذت جل التشريعات بهذا التصنيف حيث يتم إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف عند سكوتهم عن اختيار قانون الإرادة صراحة أو ضمنا [3].

بالتالي فالحقيقة أن إسناد الرابطة العقدية إلى هذا الأخير هو إسناد منتقد نوعا ما يصعب التعويل عليه في مجال عقود التجارة الإلكترونية لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس، وعلاوة على ذلك فإن الاعتداد بجنسية المتعاقدين سيتطلب التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهذا الأمر لا تأبه به التجارة الإلكترونية [4].

1-تكليت زوينة، مرجع سابق، ص 32.

2-أنظر المادة 18، من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05، المرجع السابق، بحيث تم الإثبات فيها على أنها مقيدة بالصلة الحقيقية للمتعاقدين أو بالعقد ولا وجود لمبدأ سلطان الإرادة فيها.

3-مسعودة دير، مرجع سابق، ص 44.

4-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 211، 212.

ثانيا: إعمال ضوابط الإسناد المتعلقة بالعقد:

بحيث يفضل المشرع في بعض الأحيان أن يحدد بصفة مسبقة القانون الذي يراه أكثر صلة بالعقود الدولية عند سكوت الإدارة عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا، وهذا ما يميز أطراف العلاقة القانونية فهنا لهم فرصة العلم المسبق بالقانون الذي سيحكم عقدهم عند سكوتهم عن اختياره [1].

أ- محل إبرام العقد أو تكوينه:

ويؤخذ بهذا المعيار على أساس أنه أول مكان تتجسد فيه الإرادات كما يمكن للأطراف الاطلاع والتعرف عليه بسهولة [2]، وهو الذي أخذ به القانون الجزائري في المادة 18 من القانون المدني، غير أن محل إبرام العقد وإن كان واحد لا يتعدد فإنه قد يثير صعوبة في حالة العقد الذي يتم بالمراسلة فالبعض يقول بأنه يتم في المكان الذي يعلن فيه القابل قبوله[3].

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 تطبيقه على المعاملات التي يتم إبرامها من خلال الوسائل الإلكترونية وذلك لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني[4].

1-مسعودة دير، مرجع سابق، ص 49.

2-خليفي سمير، المرجع السابق، ص 41.

3-علي على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، دون بلد نشر، 2006، ص 114.

4-مسعودة دير، مرجع سابق، ص 50.

حيث يمكن للشخص المتعاقد أن يبرم عقدا وهو ينتقل من دولة إلى أخرى، وقد يوجد المتعاقد في أماكن غير خاضعة لإقليم دولة معينة، وبالتالي صعوبة تركيز تلك المعاملات تركيزا مكانيا[1].

بالتالي يمكن القول بأن الإسناد لقانون بلد الإبرام عند سكوت المتعاقدين صراحة أو ضمنا، يحقق للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الأصلح لهم للتطبيق على هذا العقد.

لكن يجب تسليط الضوء على الانتقادات الموجهة لهذا الإسناد ومن بينها، أن إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام قد يبدو ملائما للروابط العقدية التي تتم بين التجار في أسواق المدن، لذا فهناك بعض من التعاملات التجارية التي لا تسمح طبيعتها بتركيز تلك التعاملات تركيز مكاني [2].

ب- محل تنفيذ العقد:

"يعترف جانب من فقه القانون الدولي الخاص بفعالية مكان التنفيذ كضابط للإسناد حيث كثير ما يعول عليه القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق.[3]"

حيث كان أول من نبه عن أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد هو الفقيه الألماني سافيني باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية للقانون الدولي الخاص هذا الضابط[4].

1-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 208.

2-سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص 199.

3-تكليت زوينة، مرجع سابق، ص 30.

4-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 208.

ففي القانون المدني الجزائري قبل تعديل المادة 18 كان مكان الإبرام هو الضابط الاحتياطي الوحيد الذي يعول عليه القاضي لإسناد العقد الدولي عند غياب اتفاق الأطراف للقانون الواجب التطبيق عليهم.[1]

وقد اتجهت أحكام القضاء الفرنسي الحديث إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ، كما أخذت به العديد من الدول، بالإضافة إلى أن تطبيق قانون دولة التنفيذ يعبر إلى حد بعيد عن التركيز الطبيعي للرابطة العقدية بوصفه القانون السائد والذي سيتحقق فيه مصالح المتعاقدين والغير[2].

حيث يقوم بالإسناد إلى قانون دولة محل تنفيذ العقد على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير ترتكز في هذه الدولة وهو ما يتماشى مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص والتي تعتد في التركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر إلى العالم الخارجي، ومن جهة أخرى فإن هذا الإسناد هو الذي يتفق أيضا مع مصالح المتعاقدين فاهتمامهم موجه منذ البداية إلى دولة تنفيذ العقد[3].

وإن كان هذا الضابط له مزايا لا نغفل عن العيوب التي تتخلله ومن بينها عندما يكون محل التنفيذ متعددا أو تعذر تحديده.

الفرع الثاني: الإسناد المرن

لما كانت الضوابط التي تدعو إلى اعتناق ضابط محل إبرام العقد أو محل تنفيذ العقد، أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 214.

2-آيت عبد الوهاب فهيمة، خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017، ص 38.

3-سليمان أحمد فضل، مرجع سابق، ص 116.

على العقود الدولية ولمّا كان من الصعوبة تطبيق هذه الضوابط فقد تبنى الفقه والقضاء والتشريع ضابطا آخر وهو ضابط أو فكرة الأداء المميز[1].

فمن مميزات هذا المنهج أنه لا يقوم على التحديد المسبق لضابط الإسناد بل يخول للقاضي السلطة التقديرية للكشف عن القانون الأوثق صلة بالعقد، حيث يقوم هذا المنهج على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية وفقا لما تمليه ظروف التعاقد وملابساته[2].

وقد تضمن هذا الإسناد نظرية ما يسمى بفكرة الأداء المميز في العقد وقد تم اعتناقها لأنها من أحدث أساليب الإسناد في عقود التجارة الدولية.

أولا: نظرية الأداء المميز ومضمونها كضابط لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية

1-تعريفها:

تعتبر هذه الفكرة حديثة فقد ضبط معالمها الفقيه السويسري (أدولف كزجر) ثم طبقها فما بعد القضاء السويسري ثم أخذت بها العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية ذات صلة بهذا الموضوع [3].

فالإسناد وفق نظرية الأداء المميز خاصيته الأساسية في كونه إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد، فهو ليس إسنادا واسعا أو غير محدد، وإنما هو إسناد مقيد يقوم على إفتراض مسبق مواده أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء [4].

1-لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 214.

2-تكليت زوينة، مرجع سابق، ص 33.

3-المرجع نفسه، ص 35.

4-ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2017-2018، ص 27.

2-مضمونها:

والمقصود بها تمييز كل عقد عن الآخر ويمكن القول أنه ذلك الأداء الذي يقدمه الملتزم بمقتضى العقد، يقابله أداء نقدي من المتعاقد الآخر كدفع الثمن في عقد البيع، الأجرة في بدل الإيجار، وغيرها....

وأهم ما يميز هذه النظرية البساطة والوضوح إذ تعتمد معيارا واضحا وهو محل إقامة المدين بالأداء المميز[1].

ثانيا: مدى تطبيق هذه النظرية على عقود التجارة الإلكترونية:

باعتبار أن عقود التجارة الإلكترونية تتم عبر الإنترنت، فهي حتما تقود إلى عالم غير مادي، بينما ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص توضع إلا من أجل عالم مادي ومن ثم تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية يثير عدة صعوبات نذكر منها:

- صعوبة التوطين أو تركيز الرابطة العقدية في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية مثل بيع البرامج التجارية والخدمات المالية على الخط وبيع المعلومات، فيصعب تحديد مكان إبرام العقد ومكان تسليم الأشياء.
- صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد وكذا محل إقامة الأطراف فالعنوان الإلكتروني لا يشكل محل إقامة ثابت بالمعنى المفهوم للاتفاقيات الدولية التي تعتمد على محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[2].

1-تكليت زوينة، مرجع سابق، ص 35.

2-ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، مرجع سابق، ص 28، 29.

المبحث الثاني: ضرورة وجود قانون موضوعي يحكم العقد الالكتروني

بعد إثبات لدى البعض من الفقه الحديث على عدم مناسبة مناهج القانون الدولي الخاص على حكم العلاقات التجارية الإلكترونية عبر الإنترنت، وهذا ما أدى إلى ضرورة إيجاد منهج آخر يحكم الروابط التجارية الدولية، إي إيجاد قواعد مباشرة فيما يخص التجارة الدولية.

ويعد الأمر نفسه بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية التي بدورها تبحث عن قانون يضع حلول تنظيمية مباشرة وخاصة و مستقلة عن القوانين الوطنية نظرا للمشاكل المتعلقة بتحديد القانون الملائم لهذه العقود، وغير مقيدة بقواعد القوانين الوطنية وتكون مناسبة و موجهة أساسا للمعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعاملات، التي في توسع و تزايد نظرا لاستعمال وتطور التقنية في إبرام العقود التجارية، يتضح بأن ازدهار التجارة الإلكترونية يتوقف على سيرانها في وسط قانوني وآمن للمعاملات و يحمي حقوق وحريات الأطراف.

يرى أنصار التجارة الإلكترونية في مجالهم بأن الحل و البديل متوفر في القواعد التي يسنها المتعاملين بينهم، ويعتبرونها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية، رغم قدراتهم على تسيير شؤونهم في ظل عجز الأدوات القانونية الوطنية أو الدولية لتنظيم وحكم العلاقات التجارية الإلكترونية.

ومن هنا سنتطرق في هاذا المبحث إلى دراسة مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني والتعرض إلى كل من مفهومه وخصائصه والمصادر التي استشق منها ك(مطلب اول) ،ودراسة مدى تمتع هاذا القانون بصفة النظام القانوني كـ (مطلب ثاني).

المطلب الأول: ماهية القانون الموضوعي الذي يحكم العقد الالكتروني

القانون الموضوعي المادي الدولي عموما يعد القانون يضع حلول تنظيمية مباشرة وخاصة ومستقلة عن القوانين الوطنية للدول وُجد لحكم علاقات تتسم بالطبيعة الدولية، وكانت الحاجه إليه عندما عجزت قواعد الإسناد عن حل اشكالات القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التقليدية[1]، حيث ناشد كذلك فقهاء التجارة الدولية بضرورة إيجاد قواعد قانونية مشتركة بين الدول تكفل وحدة المعاملات التجارية الدولية، أن تكون قواعد محددة المضمون والهدف وواضحة المعالم كل ذلك لأجل كفالة وحدة التعامل والحفاظ على دولية المعاملة ومع ظهور عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، تضاعفت الحاجة لمثل هذه القواعد الموضوعية غير أنه هذه المرة، يتعين أن تكون قواعد تتميز بطبيعة خاصة تستمد من الطبيعة ذاتها التي تتميز بها الوسيلة المستعملة في إبرام هذه العقود[2]، حينها بدأ العالم يشهد نشأة هذه القواعد المشكلة في مجملها للقانون الالكتروني الذي نحن بصدد تعريفه وبيان خصائصه:

الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي وخصائصه

أولا: تعريفه

يعد هذا القانون عبارة عن كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت مما يجعله نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية[3]، ويتشكل القانون الموضوعي الالكتروني من مجموعة قواعد موضوعية تشكلت من جملة العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في مجتمع التجار الذين تعودوا على إجراء معاملاتهم التجارية عبر الانترنت، التي شكلت عالما تجاريا الكترونيا افتراضيا[4]، ولقد تعددت مسمياته تبعا لتعدد تعريفاته فسمي بـ "القانون الالكتروني" أو "قانون المعلوماتية" أو "القانون الافتراضي" أو "القانون الرقمي" كما

1 – حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، مجلة المعارف، تصدر عن جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، السنة الثالثة، العدد الخامس، ص 164.

2 – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 54.

3 – حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 166.

4 – حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، المرجع نفسه، ص 166-167.

سمي بـ "القانون الموضوعي للأنترنت" أو "القانون الالكتروني"، بينما يفضل البعض القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، ونجد البعض قد عرفه بأنه:" القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الإلكترونية والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي بالإضافة إلى قواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن"[1]، وذهب البعض إلى تعريف القانون الموضوعي الالكتروني أنه قانون موحد للمعاملات الإلكترونية في طبيعة الانترنت 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، لتصبح قواعد 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 اشكالات تنازع القوانين[2].

ثانيا: خصائص القانون الموضوعي الالكتروني الدولي

يتميز القانون الموضوعي الالكتروني الدولي بطائفة من الخصائص التي تميزه عن قواعد القانون الدولي الخاص بوجه خاص والقوانين الوطنية بوجه عام، ويتكون هذا القانون من مجموعة من الأعراف والعادات والممارسات المقبولة دوليا التي نشأت واستقرت في بيئة الانترنت، وقد تطورت هذه القواعد بفضل المحاكم وتواتر مستخدمي الشبكة على الأخذ بها في معاملاتهم، فهذا القانون يعد تلقائي النشأة.

ويمكننا استخلاص هذه الخصائص من التعريف لهذا القانون ذاته على التوالي[3]:

1- قانون طائفي ونوعي:

هي قواعد قانونية موجودة في المجتمع الدولي للمعاملات الالكترونية، والذي يتميز عن غيره بمعطياته الخاصة ومشكلاته الذاتية، والتي تلتزم بالضرورة إلى حلول تتوافق مع صفته

1 – خليفي سمير، القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الالكترونية، المجلة النقدية، جامعة لبويرة، ص 247.

2 – حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 174.

3 – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 173.

الذاتية وهي مخصصة لفئة معينة من الاشخاص وهم المستخدمون والمتعاملون لهذا الاساس سمي بالقانون الطائفي لأنه مخصص لطائفة أو فئة معينة.[1]

بالإضافة إلى أنه نوعي كون قواعده وأحكامه تنظم إلا نوع من المعاملات، وهي تلك التي تنشأ عن التجارة الالكترونية أي تتم إلكترونيا ولهذا القانون الطائفي النوعي نظام مؤسسي وأدواته وأجهزته وقضاءه الخاص الافتراضي.[2]

2- قانون تلقائي النشأة:

هو قانون تلقائي النشأة لأنه ناتج عن عادات وأعراف وممارسات سادة بين أطراف هذا المجتمع ذاتيا مع مرور الوقت دون المرور عبر القنوات الرسمية لسن القوانين، مثلما هو عليه الحال بالنسبة للقوانين الوضعية، خاصه وأن شبكة الانترنت مثل ما أكدنا على ذلك مرارا غير خاضعة لجهة مركزية رسمية ولا تتبع سلطة معينة توجه العمل من خلالها وتهيمن على نشاطاتها، كما أن تطبيق هذا القانون لا يحتاج إلى تدخل سلطة عامة تسهر على تنفيذه واحترام أحكامه، فمثلما كانت نشأته تلقائية فتطبيقه تلقائي[3]، ويكفي بهذا الشأن توفر رضى الأطراف مقدما للرجوع إليه في نزاعهم حتى تكون هذه القواعد الموضوعية هي التي تحكم العقد، ويمكن القول بأن هذا القانون مناسبا لأطراف النزاع من عدة نواحي:

- يتماشى القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي مع الطبيعة الذاتية للتعامل عبر شبكة الانترنت وهي طبيعة تقوم على معطيات فنية وتكنولوجية خاصة.
- يتوافق هذا القانون مع توقعات المتعاملين عبر شبكة الانترنت، وهم الذين قاموا بوضع أساساته من خلال ممارساتهم وعاداتهم، وهو بذلك يجنبهم اختلاف القوانين الوطنية التقليدية التي لا تتناسب مع طبيعة معاملاتهم.

[1] حوالف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مجلة الحقيقة، العدد 31، جامعة تلمسان، ص 173-174.

[2] حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، المرجع السابق، ص 174.

3 – حمودي ناصر، المرجع نفسه، ص 175.

- إنه قانون مرن جاءت قواعده وليدة ظروف واقعية تعكس حاجات المتعاملين عبر الشبكة، وهي قواعد على جانب كبير من الحساسية والتأثر بكل ما يطرأ على بيئة الانترنت من مؤثرات تكنولوجية أو اقتصادية أو حتى سياسية[1].

3- قانون دولي موضوعي:

هو قانون دولي باعتباره ينظم فضاء افتراضي مشترك غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية بل يتطلب "قانون غير وطني" أو "قانون عبر الدول" أو "قانون عابر للحدود" وهو ما نحن بصدد دراسته وهو "القانون الالكتروني" وأيا كانت هذه المسميات فهي تعكس أمرا هاما وجوهريا وأن هذا القانون لم يكن من وضع سلطة وطنية، كما أنه ليس من وضع هيئة دولية، بل طابعه الدولي يستمده من طبيعة المعاملات التي يحكمها باعتبارها معاملات عابرة للحدود وتتصل بمصالح التجارة الدولية، وهي كلها معايير تضفي على المعاملات الصفة الدولية[2].

أما قولنا بأنه موضوعي أو مادي فمعناه فهو يقدم الحل للمسالة محل النزاع مباشرة ولا يحيل إلى غيره من القوانين وصولا الى الحل، وهذه الميزة تجعله أكثر ملائمة ليكون القانون المختصر بحكم العلاقة التي تتم عبر الانترنت لما تتطلبه هذه العلاقات من السرعة في حسم النزاعات التي قد تثور بشأنها[3].

الفرع الثاني: مصادره

بالرغم من الاتفاق الفقهي الشبه التام على حقيقة وجود قانون موضوعي الكتروني للمعاملات التي تتم عبر الانترنت مشكل من قواعد ذات وجود خاص ومستقل والتي نمت

1 – القواسمي بيان إسحاق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة بيروت، سنة 2007، ص 101-102.

2 – حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 175.

3 – القواسمي بيان إسحاق، المرجع السابق، ص 102.

وتطورت تلقائيا في أحضان التجارة الإلكترونية عبر الانترنت وبصيغه تلقائية، أهم المصادر التي كانت سببا في وجود هذه القواعد[1].

أولا: المصادر التنظيمية:

تسمى بالمصادر التنظيمية بحكم أن القواعد التي تندرج ضمنها سنتها هيئات تتمتع بسلطة أو صلاحية سن القواعد القانونية فهذا الاخير كما هو معلوم نتاج هيئة خول لها المجتمع صفحة أو سلطة إعدادها.

1- الاتفاقيات الدولية والتوصيات

سعت الدول إلى إعداد اتفاقيات تنظم بمقتضاها بعض المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية إلى سن قواعد قانونيه خاصة بالتجارة الدولية تستجيب لمتطلباتها ومتغيراتها السريعة وتخطي النزاع والعقبات، فالاتفاقيات الدولية التي تحتل صدارة الهرم القانوني تعتبر بحق الأسلوب الامثل لتخطي إشكالات تنازع القوانين وانعدام الانسجام الذي تصادفه بين مختلف التشريعات الداخلية للدول[2].

وتبقى محاولة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث قام بإعداد اتفاقية دولية بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية وافقت اللجنة على المشروع النهائي للاتفاقية في 2005\11\23 ثم اعتمدتها الجمعية العامة، وفتح باب التوقيع عليها منذ2006\01\16 وقعت العديد من الدول لحد الآن، حيث وضع قواعد موضوعية موحدة من شأنه أن يذلل العقبات كما أنه يعزز اليقين القانوني في هذا المجال ويساعد الدول الى طريق النمو ولتحقيق هذه الأهداف كرست اللجنة في الاتفاقية مبدئين أساسيين هما:

- **مبدأ الحياد التكنولوجي:** أي الاتفاقية لم تقتصر على تنظيم العقود بل تطبيق التطورات.
- **مبدأ التكافؤ الوظيفي:** جعل الرسائل الإلكترونية تتمتع بذات الحجية والقيمة القانونية التي تتمتع بها المستندات الورقية التقليدية.[3]

1 – حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، المرجع السابق، ص 168..

2 – تكليت زوينة، المرجع السابق، ص 119.

3– المرجع نفسه، ص119–120.

كما في إطار سعيها نحو توحيد وتأسيس الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة (الأونستيرال)، صعدت إلى إعداد مشرية الاتفاقيات الدولية قوانين نموذجية، إلى جانب عدة ندوات ومؤتمرات ومع تطور التجارة الإلكترونية أبدت اللجنة بإعداد نصوص قانونية وخلق جو يسوده الثقة للمبادلات التجارية أهمها القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996م القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني لسنة 2001م ويُعد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بمسافة البنية الأساسية للقانون المادي والذي تمت المصادقة عليه في 1996/06/12، غرضه تسيير استعمال الوسائط الإلكترونية الحديثة في مجال التجارة الدولية ويتضمن هذا الأخير (17) مادة أدرجت في جزئين[1].

كما سعت اتفاقية روما لعام 1980م المتعلقة بالالتزامات التعاقدية إلى تنظيم القانون الالكتروني، لكن نظرا للانتقادات التي تلقتها هذه الاتفاقية بسبب عدم ملائمتها مع العالم الافتراضي الرقمي، والاتفاقية المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية في العالم الافتراضي في جنيف سنة 1996م تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية، كما جاءت توصيات أخرى إلى جانب تلك المقترحة من التنظيمات الإقليمية، منها توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر حدود لعام 1980م[2].

وفي نطاق أوروبا وضع برنامج عمل سمي (أنظمة التبتل في المعلومات الخاصة بالتجارة الإلكترونية) وذلك لمدة سنتين بقرار من مجلس الاتحاد الأوروبي، هدفه ضمان المعطيات المعلوماتية من ناحية القانونية ثمانية أعمال تتعلق بهذا الشأن وكان أهمها: (نموذج لاتفاقية حول استخدام المعطيات المعلوماتية) وكذلك العديد من الدراسات حول التوقيعات الإلكترونية، كما أصدرت اللجنة الأوروبية في 19 اكتوبر 1994 توصية في خصوص بعض الجوانب القانونية للتجارة في نطاق معطيات المعلوماتية، كما دعت ورجال الاقتصاد بالعمل بنموذج العقد، كما أوصى مجلس الجمارك الأوروبي CCD الدول والأعضاء وغيرها، بأن تسمح

1 – تكليت زوينة، المرجع نفسه، ص 119– 120–121–122.

2 – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 61–62.

للشخص معلن بإمكانيه إرساله إلى هذه السلطات بوسائل إلكترونية اوتوماتيكية إعلان عن البضائع المخصصة ويتم عن طريق المعلوماتية في الجمارك أو من خلال بطاقه ممغنطة[1].

2-**قواعد التنظيم الذاتي:** هي عبارة عن تقنية قانونية يتم بموجبها إعداد قاعدة قانونية أو قاعدة سلوك توجه الأشخاص القائمين وتتمثل في:

أ- **تقنيات السلوك:**

تعتبر تقنيات السلوك بمثابة الحد الأدنى من الأحكام والمبادئ المشتركة التي تحترم كافة المستفيدين من التعامل في هذا الفضاء الالكتروني، فهو تنظيم مرن يتماشى مع توسع واختلاف أنواع التعامل، عكس التنظيمات الأخرى التي تتعارض معها استمرار وتطور مجال المعلومات التجارية الإلكترونية[2]. وتتمثل أهم المبادئ والأحكام التي تدخل في دائرة قواعد السلوك، في العمل على احترام كل طرف لمثل هذه القواعد، عدم الحاق الضرر والأذى بالطرف الآخر عند استعمال 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، كما أعدت غرفة التجارة الدولية في عام 1987 بالاشتراك مع عدد من المنظمات الدولية، قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بُعد، والهدف من هذه القواعد الموضوعية تأكيد ثقة الجمهور في الإنترنت[3].

ب-**العقود النموذجية:**

هي عبارة عن نماذج عقدية مطبوعة في شكل شروط عقدية يستوعبها الأطراف بسهولة تشتمل على الأحكام التفصيلية للعقد المزمع إبرامه.

1 - حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، المرجع السابق، ص 171.

2- خليفي سمير، المرجع السابق، ص 252.

3 - خليفي سمير، المرجع السابق، ص 63.

تتمثل أهمية العقود النموذجية في كونها تغني الأطراف المتعاقدة عن الدخول في مفاوضات قصد التوصل الى اتفاق، مما يقتصد كذلك في التكاليف والجهد، ويُعد العقد النموذجي مصدرًا هامًا لقواعد التجارة الدولية فهو بمثابة وسيلة تقنين أساسية مما يجعله مرجعا عاما للفصل في المنازعات العقد الدولي ويساهم في خلق عادات تجارية جديدة الى قواعد قانونية ولا يتم إبرام أي علاقة عقدية الا وفقا للعقد النموذجي والتنظيم الذي ينتمي إليه، والهدف من صياغة هذه العقود معالجة بعض القضايا التقنية والقانونية المرتبطة باستخدام نظام التبادل الإلكتروني للبيانات بين الشركاء التجاريين حيث تتناول هذه العقود النقاط التالية:

- الاقرار باستلام رسائل والبيانات والتحقق من استلامها (التدابير الأمنية الواجب اتخاذها ضد مخاطر عدم وصول الرسائل أو فقدانها أو تغييرها).
- الأحكام المتعلقة بحل المنازعات المحتملة كشرط التحكيم والوساطة[1].

ثانيا: المصادر المادية

دأب المتعاملون على إتباع سلوكيات معينة في التجارة الإلكترونية ومع تكرارها أصبحت بمثابة قواعد قانونية تنظم الروابط التعاقدية المبرمة في فضاء الإنترنت منها: الأعراف والعادات التجارية وممارسات تعاقدية.

أولا: العرف

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 مكان مهما للعرف في القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية[2].

1 – تكليت زوينة، المرجع السابق، ص 128–129.

2 – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 252–253.

ويشكل العرف قاعدة قانونية ملزمة معترف بها في الأنظمة الداخلية بل حتى في القانون الدولي فقد صنفه المشرع الجزائري مثلا ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية بموجب المادة (2) من القانون المدني، "... وإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية وإذا لم يجد بمقتضى العرف..."[1].

يعتبر العرف سلوك يتواتر الأشخاص على اتباعه مما يجعلهم يشعرون بضرورة إتباعه، لكن تحديد وإثبات هذه العادات في مجال التجارة الإلكترونية يصعب المنال، كما يصعب التحقيق من تكرار هذا السلوك، وذلك نظرا للتطور السريع الذي تشهده الحياة الدولية عبر الشبكات الإلكترونية، وتطور السريع للقواعد التي تحكم تلك المعاملات، والذي يقابله البطء في القواعد العرفية التي تحتاج الى الوقت لقيامها وقبولها من طرف الأشخاص[2].

ثانيا: العادات

إذا كانت العادات التجارية قد اكتسبت إقرارا واسعا في الأنظمة القانونية الداخلية وكذا التجارة الدولية تعتبر أهم عناصر القانون التجاري الدولية، فالإنترنت تعد فضاء ملائما لبروز العادات التجارية ومن هنا نتطرق لمفهوم العادات التجارية.

1-مفهوم العادات التجارية:

لقد عرفت في سياق ماده 13 من القانون الموحد بأنها " نهج عملي أو ممارسة معينة يراها شخص عاقل في طائفة المتعاقدين أو في مثل حالتهم على أنها تنطبق على تكوين تعاقدهم"، كما جاء تعريف اخر في سياق المادة في اتفاقية فنيا للبيع الدولي للبضائع والمقصود بالعادات التجارية وفقا لنص المادة "تلك التي تفرض أن الأطراف يعملون بها أو كان واجب عليهم أن يعلموها والتي تكون معروفة على نطاق واسع ويتم مراعاتها بانتظام من الأطراف في التجارة الدولية والعقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة".[3]

1 – تكليت زوينة، المرجع السابق، ص 134.

2 – حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 181.

3 – تكليت زوينة، المرجع السابق، ص 136.

إن استقراء هذه المفاهيم للعادة في التجارة الدولية يوحي بأن هذه الأخيرة تكتسب صفة القاعدة القانونية تطبق على أي نزاع محتمل دون إلزام الاطراف بإثباتها وباعتبار أن العادة التجارية قاعدة قانونية فإنه يسري بشأنها قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل أحكامها، فبالتالي يستفاد من المادة (9) من اتفاقية فينا المذكورة أعلاه، "...تعترض أن الأطراف يعملون بها أو كان من الواجب عليه العلم بها..."، فالعادة التجارية طبقا لهذه المادة بغرض العلم بها شأن القاعدة القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية[1].

ثالثا: الممارسات التعاقدية

تعد الممارسات التعاقدية من أهم مصادر هذا القانون بحيث أرست هذه الممارسات جملة من القواعد التنظيمية التي يتم التعامل بموجبها عبر الإنترنت، وهي الممارسات التي يقصد بها العقود التي تتم وتبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة أيا كان أطرافها سواء مقدمو خدمات الإنترنت أو المتعاملين في مجال الشبكة، وأعلى عقد لازم لإتمام عمليات التجارة الإلكترونية، مثل عقود الإيواء وعقود الإيجار المعلوماتي وعقد إنشاء موقع الكتروني أو متجر افتراضي، وهي كلها عقود ارست العديد من الممارسات التعاقدية شكلت قواعد متعددة في غالبية الدول التي انتشرت فيها الانترنت والتجارة التي من خلالها[2].

ويعتبر الفقه قانون التجارة الدولية أن الشروط التي يدرجها الأطراف في العقود، تعد بمثابة قاعدة قانونية تحكم كافة الالتزامات والحقوق المترتبة على هذه العقود، كما يسعى هذا الاخير إلى تحقيق الأمان القانوني، ويمكن للمحكم الاعتماد على هذه الممارسات التعاقدية للفصل في أي نزاع محتمل بشأن عقد التجارة الإلكترونية[3].

1 – تكليت زوينة، المرجع السابق، ص 136.

2– حمودي ناصر، مرجع سابق، ص 168.

3 – تكليت زوينة، مرجع سابق، ص 139.

المطلب الثاني: مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني

اختلف فقهاء قانون التجارة الإلكترونية في إعطاء صفة النظام القانوني للقواعد المادية التي تشكل القانون الموضوع الالكتروني بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، من خلال اتجاهين متباينين حول هذه الفكرة، ذهب جانب من الفقه إلى القول إنه لم يحن الوقت لإعطاء دلائل قيمة تحدد نطاق ووجود هذا القانون الذي هو مرحلة للإنشاء، لأنه يحتاج إلى أكثر تنظيم وتحديد لقواعده، بينما اتجاه فقهي آخر عكس ذلك[1].

يُعرف الفقه عموما النظام القانوني بأنه:" مجموعة متناسقة من القواعد تأتي من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ وذات الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها"، بالإضافة إلى وجوب وجود تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها وقدرتها على خلق قواعد سلوكية وفي ذلك يقول بعض الفقه أن فكره النظام القانوني فكره مركبة ذلك أن "القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن يكون له صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء وتوجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي يشكل به وحدة أو كيانا قائما بذاته"، فهل يتوفر ذلك في القانون الموضوعي الإلكتروني؟ اختلف الفقه بصدد الإجابة عن هذا السؤال ما بين نافي لصفة النظام القانوني عن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني وما بين مؤكد لصفته القانونية المستقلة في الفرعين الآيتين[2].

الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول وجود قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني

ظهر اختلاف بين الفقهاء حول مسألة إضفاء صفة النظام القانوني على القواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية، منهم من هو معارض تكوين هذه القواعد لنظام قانوني فيما رأى الاتجاه المعاكس التأكيد على تلك القواعد أنها تشكل نظاما قانوني. وهذا ما سنراه فيما يلي:

1- خليفي سمير، مرجع سابق، ص 254.

2 - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 176.

1/أولا: الاتجاه النافي لصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني:

يؤسس هذا الاتجاه رأيه على عدم وجود وحدة بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، فيُعتبر سوق يجمع بين العديد من الأشخاص منهم مهنيين ومستهلكين وتُجار مكونين بصدفة تكون وجهة نظرهم غير متناسقة وغير منتظمة مع بعضها البعض، ويدخلون في علاقات تعاقدية يصعب فيها تحقيق مجتمع متماسك ومنسجم ومتعارف، وهذا ما يؤكد صعوبة إقرار قواعد عرفية متفق عليها على أساس المصالح على غرار ما انتهى إليه الفقه بالنسبة لمجتمع التجار وممارسة التجارة الدولية[1].

ويظهر في هذه النقطة أن الدول ستمنع كل محاولة لإنشاء أو اكتمال مثل هذا القانون الموضوعي، وجعله يشكل النظام قانوني يفرض ويُلزم جميع الأطراف باحترامه.

كما ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد الحدود لنفي صفة النظام القانوني على القانون الموضوعي الالكتروني عندما أكد على إمكانية تطبيق التشريعات الحالية التي تنص عليها القانون الدولي الخاص على الانترنت، 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 الأمن وليس تحقيق العدالة.[2]

فاعتبروا أن أي نزاع يعرض سيكون له حتما أثر ملموس جغرافيا وإقليميا، حيث القانون الدولي الخاص الطرق التقليدية لا يتطلب تعديلا وهو معمول به في جميع النزاعات واعتمدته العديد من القوانين والاتفاقيات الدولية خاصة في مجال التجارة الدولية[3].

1- خليفي سمير، المرجع السابق، ص 257.

2- خليفي سمير، المرجع نفسه، ص72.

3 - خليفي سمير، المرجع نفسه، ص73.

ثانيا: الاتجاه المعترف بصفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الالكتروني

يذهب أنصار هذا الاتجاه في محاولة منهم للتصدي للاتجاه السابق إلى التأكيد على وجود مجتمع متكامل يشكل وحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية، ويتمتعون بفكر واحد ومرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة، مما يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا، يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملتهم[1]، وله قضاؤه المستقل وعاداته الافتراضية واحكام سريه كفيلة بغرض الجزاء على مخالفة القواعد السلوكية[2]، التي لها قيمة قانونية سيما حالة القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والعقد النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس، كما تجمع العناصر التي تجعل من قواعده تشكل نظاما قانونيا مستقلا في:

- وجود مجتمع متماسك ومتجانس في مجال التجارة الإلكترونية.
- وجود جهات تسهر على تقنين قواعد السلوك والسهر على تنفيذها.
- وجود جزاء مقرون بهذه القواعد يطبق في حال مخالفتها، مما يجعل من الوقت قد حان للإعلان استقبال المجتمع الشبكي، وبالتالي المشكلة لم تعد تتكلف بوجود أو عدم وجود هذا النظام القانوني وإنما في مدى تشكيله لنظام قانوني مستقل بمعنى أنه موجود فعلا[3].

يبقى في ظل عدم وجود القواعد المتخصصة التي تراعي الطبيعة الخاصة لمثل هذه العمليات، منع هذه القواعد الصادرة عن الجهات قوة فعلية وواقعية تفرضها حاجة التجارة الدولية في هذا مجال، فهي تقدم الثقة والامان للمتعاقدين في مجال التجارة المعلوماتية، حيث تضمن وحدة الحلول الفنية والقانونية التي تفرضها الطبيعة الإلكترونية للوسيلة التي يتم من خلالها التعامل.، وتجنب الفراغ أو القصور التشريعي الذي يمكن أن يظهر في التشريعات الوطنية

1 – خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم المعاملات التجارة الالكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2018، ص 243.

2 – أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي القانون الالكتروني، القانون السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة– مصر، سنة 2000، ص 21.

3 – حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 181.

نظرا لغياب القواعد الوطنية في هذا المجال، وذلك لتفادي دخول الأطراف في اتفاقات تبادل فردية قد تكون غير كاملة ولا تصبو إلى الهدف المرجو تحقيقه[1].

الفرع الثاني: تقييم القانون الموضوعي الإلكتروني

يهدف القانون الموضوعي إلى تقديم الحل الموضوع أو المادي للمسالة محل التنازع مباشرة، دون الإحالة إلى قوانين أخرى، لكن وعلى الرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكات المعلومات الدولية، يبقى الواقع يدفع إلى التشكيك في وجوده وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات، وهذا ما سنبينه من خلال تقييمنا لهذا القانون باعتبار أنه قانون لا يتصف بصفة النظام القانوني، نظرا لعدم توافره على عنصر الالزام في القواعد المشكلة له، بالإضافة إلى نقص وقصور هذه القواعد (أولا) وكذا النظر إلى مصادر هذه القواعد ومدى كفاياتها لتشكيل نظام قانوني مستقل للقانون الموضوعي الإلكتروني (ثانيا)[2].

أولا: انعدام الالزام ونقص قواعد القانون الموضوعي:

تتميز قواعد القانون الموضوعي بالطبيعة الاختيارية، مما يعطي للأفراد الحق في اختيار بعض النصوص وتجنب البعض الآخر، 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 الموضعية المتعلقة بالتزامات كل طرف، تهربا من مسائل تفرض وتلزم اتباعها، كما يعتبرها البعض أنها مجرد شروط تعاقدية وليست قواعد قانونية باعتبار أنها لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية فهي تستمد سلطاتها من اندماجها في العقد.[3]

1 – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 74.

2 – خليفي سمير، المرجع نفسه، ص 75.

[3] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 176.

يتأكد أيضا نفي صفة النظام القانوني على القانون الموضوعي الالكتروني، نظرا لعدم توفر الالزام في قواعده، بالإضافة إلى نقص وقصور وقواعد المشكلة للقانون الموضوعي[1].

1/عدم توافر الالزام في قواعد القانون الموضوعي:

سبق القول بأن قواعد القانون الموضوعي للإنترنت هي قواعد سلوك محددة وتلقائية في نشأتها وفي مضمونها ولا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعد شرطا ضروريا لتحويل العادة إلى العرف واجب الاحترام بالإضافة إلى عدم تضمنها للجزاء الذي يكفل احترامها باعتبارها قواعد نابعة عن الإرادة الذاتية للمتعاملين ويعتمد تطبيقها على إرادتهم[2]، ولا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعتبر ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فمن الصعب في عالم التجارة الإلكترونية أن يقوم الأطراف فرض الجزاء على الآخر، 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 بمصالحها الذاتية[3].

2/نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي:

يظهر هذا خاصة في حداثة القانون باعتبار أنه قانون مازال في بدايته الأولى وهو في طور التكوين لأن أي قانون يصعب شموله على جميع القواعد القانونية[4].

وبمفهوم آخر فالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية يحتاج قبل إصداره دراسة أبعاده وانعكاساته القانونية، خاصة فيما يتعلق بشروط تكوين العقد وإثبات المحررات الإلكترونية، وبالإضافة إلى حماية حقوق وحريات الأطراف وفقا لما يسمى بالقواعد القانونية القائمة.

1 – حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 177.

2 – حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 178.

3 – حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 177.

4 –محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2011/2010، ص 17.

يتجه هذا القانون في بادئ الأمر إلى الكشف عن الصعوبات والعقبات والمخاطر التي سوف يواجهها التبادل الإلكتروني للمعلومات في الأوساط التجارية عن الصعيد القانوني، كما تحتاج الشبكة إلى تأمينها من محاولات اختراقها وتخريب مقوماتها أو اتخاذها كوسيلة لسلب الحقوق المكتسبة للأطراف والاعتناء والاعتداء على الحريات، وهي المقومات التي من المفروض إدخالها في التنظيم القانوني الموضوعي لبث الثقة فيها وتؤكد نفاذها عند اللزوم[1].

كما أنه هو بالرجوع إلى مصادر القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية نجدها مخيبة للآمال وغير شاملة لكل فروع القانون خاصه وأن كررنا مرارا بأن العقود المبرمة مست كل فروع القانون سواء الخاصة منها أو العامة، وبالتالي لابد من العودة للقوانين الداخلية في العديد من المجالات مثل الاستهلاك والقانون المالي والقانون الذي يحكم العقد، وبالتالي انتهى أنصار هذا الاتجاه إلى أن الإنترنت لا تتطلب تعديلا أساسيا في الطرق التقليدية للقانون الدولي الخاص، ولا وجود لما يدعو لهجره وانتهى بهم إلى القول بحل التنازع الموجود بين أنصار القانون الخاص واعدائهم، بالقول بالتعاون بين القوانين الموجودة التي تتلاءم مع التطورات الجديدة ووضع قواعد جديدة لسد التغيرات التي قد يكشف عنها الواقع، غير أنه هناك اتجاه فقهي قوي آخر لا يتماشى وما توصلنا إليه، ويدافع بقوة عن تمتع القواعد المادية الإلكترونية أو القانون الإلكتروني بصيغه النظام القانوني المتكامل، الأمر الذي يجعله حده كافيا للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية ولا حاجه له للتعاون مع باقي القوانين الأخرى أيا كانت[2].

ثانيا: مدى تشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل

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

1 – بربورة شوقي سفيان، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مذكرة نيل شهادة الماستر، قانون الاعمال، كلية العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2019–2020، ص 28.

2 – حمودي ناصر، مرجع السابق، ص 179–180.

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[1].

1-الاتفاقات الدولية وحالة التجارة الإلكترونية:

تعمل بعض الاتفاقات على توحيد قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محل للتنظيم بين الدول المتعاقدة، كما يعد تطبيق هذه الاتفاقيات جد ملائمة لعمليات التجارة الإلكترونية، باعتبارها تستجيب في مضمونها وأهدافها لمتطلبات الروابط التجارية الدولية ومنها اتفاقية (لاهاي) في عام 1964م المنظمة في المنظمة للبيع الدولي للبضائع، لكن هذه الاتفاقيات ظهرت بعيدا عن الواقع الذي فرضته الإنترنت ولم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ المعلومات الدولي لمفهوم الشبكات[2].

2-التدعيم بالقوانين النموذجية:

هي عبارة عن نماذج عقدية مطبوعة مصاغة صياغة عملية في شكل شروط عقدية حيث يستوعبها الأطراف، وتشتمل على الأحكام التفصيلية للعقد وتكمل أهميتها في كونها تُغني الأطراف المتعاقدة في الدخول في مفاوضات، وهو مصدرا هاما لعقود التجارة ووسيلة تقنين أساسية مما جعله مرجعا هاما للفصل في منازعات العقد الدولي[3]، كما تعد القوانين النموذجية مفتوحة المجال تاركت المهمة التنظيمية للدول لاستكمال التفاصيل الإجرائية، كون مهمتها تقتصر 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[4].

3-دور تقنيات سلوك:

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

1 – بربورة شوقي سفيان، المرجع السابق، ص 29.

2- خليفي سمير، المرجع السابق، ص 262-267.

3 – ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، المرجع السابق، ص 51.

4 – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 263.

للحدود، كما نجد أن هذه التقنيات وضعت لمتطلبات محددة، وتختلف من فئة إلى أخرى، منها تقنية السلوك الموحد في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية لعام 1996م، والتقنيات التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سلات الشحن الالكترونية، وخطابات النقل البحري، هذا ما يؤكد محدودية تقنيات السلوك[1].

يعمل الأطراف من خلال تقنيات السلوك على الاتفاق حول تطبيقها على التبادل الالكتروني للبيانات، وليس القصد منها أن تكون بمثابة اتفاق تبادل نموذجي، كما نجد أغلبها لا تهتم ولا تغطي القضايا التقنية والقانونية[2].

4-استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية:

يعتبر العرف سلوك يتوتر الأشخاص على إتباعه، مما يجعلهم يشعرون بضرورة إتباعه وملزم لهم قانونيا، فيكفي أن يكون صادرا بالإجماع وأن يسود بشكل ظاهر لدى الأغلبية[3]، 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، والتصور السريع للقواعد التي تحكم تلك المعاملات، هو الذي يقابله البطء في القواعد العرفية التي تحتاج إلى الوقت لقيامها وقبولها من طرف الأشخاص[4].

يعد عنصر الشعور الداخلي للأشخاص، وهو الركن المعنوي للقاعدة العرفية أحد العناصر الأساسية لقيام القاعدة العرفية واتباعها، 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 فتعددت هذه المعايير المادية والنفسية

1 -بربورة شوقي سفيان، المرجع السابق، ص 30-31.

2 - حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 181.

3 - حوالف عبد الصمد، المرجع نفسه، ص 181.

4 - خليفي سمير، المرجع السابق، ص 82.

للقاعدة العرفية من الصعب نقلها بمواصفاتها التقليدية الى مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الحواسيب الآلية[1].

1 – حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 182.

الفصل الثاني

الجهة القضائية المختصة بتسوية نزاعات عقود التجارة الإلكترونية

الفصل الثاني: الجهة القضائية المختصة بتسوية نزاعات عقود التجارة الإلكترونية:

بعد التطور الذي شهدته ممارسات التجارة الإلكترونية من إبرام العقود فيها وانتشارها بشكل سريع وسهولة إبرام العقد فيها، تفاقمت معها النزاعات والخلافات التي نشأت عنها، وهذا راجع إلى سبب رئيسي وهو عدم الوجود الفعلي للأطراف وقت إبرام هذه العقود، مما قد يسبب بعض التجاوزات القانونية التي قد تصدر من أحد الأطراف كالغش في البضاعة أو عدم تسليمها مع أخذ الثمن وغيرها، بالتالي تطرأ نزاعات قد يصعب حلها الأمر الذي يدفع بالفقهاء وأهل الاختصاص بالبحث عن حلول ترضي الأطراف وأساليب تتلاءم وفض النزاع، بغض النظر عن صعوبة تحديد الجهة القضائية التي تختص بالنظر في النزاع القائم إذ كانت المحاكم هي المختصة أو جهات أخرى، وعليه فإن لهذا التحديد أهمية كبيرة خاصة وإن هذه النزاعات تحتمل عنصر أجنبي حيث أن المشرع أو لا اهتمام واسع وأيده الفقه والقضاء شرطا لا يخالف الأحكام العامة.

ومنها طرح التساؤل الآتي: إلى أي مدى يمكن إعمال ضوابط الاختصاص القضائي لتسوية النزاع المطروح؟ وهذا ما سيتم دراسته في (المبحث الأول) مدى ملائمة مبادئ تنازع الاختصاص القضائي الدولي للتطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني و(المبحث الثاني) الوسائل الالكترونية لفض النزاع في عقود التجارة الإلكترونية .

المبحث الأول: مدى ملائمة مبادئ تنازع الاختصاص القضائي الدولي للتطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني.

أولت أغلب الدول اهتمام واسع في مجال تنازع القوانين وهذا ما ذكرناه سابقا وتحدثنا عنه في الفصل الاول، واغفلت على النظر في دراسة الاختصاص القضائي الدولي بالرغم من أهميته في دخول العنصر الأجنبي فيه وتزايد المنازعات والخلافات بين الأطراف، حيث يتسم الاختصاص القضائي الدولي فما إن كان الاختصاص للقاضي الوطني إذا كانت تشتمل على عنصر أجنبي أم أنه هناك جهات أخرى مختصة[1].

إنّ الأصل والمتفق عليه في جل القوانين والتشريعات أن الاسناد في تحديد الاختصاص القضائي هو مبدأ سلطان الإدارة أي إرادة الأطراف هي الاتجاه الأول في اختيار أي الجهات التي يتم فيها عرض نزاعهم، وطبعا بوجود بند أو اتفاق في عقدهم يقول على أنه في حالة نشوء نزاع بينهم يتم تحديد الجهة المختصة فيما بينهم، وفي حال عدم الاتفاق فإن الدول تختص محاكمها بالنظر في النزاع إن هناك علاقة بين العقد وهذه الدولة[2].

وهذا ما سيتم دراسته خلال المطلبين تحت هذا المبحث (المطلب الاول) مبادئ الاختصاص القضائي الدولي و(المطلب الثاني) اعمال ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في تسويه منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

[1] – حسايد حمزة العقاد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية القائم على قواعد الاختصاص، دفاتر البحوث العلمية، العدد 10، جامعة الجزائر 1، ص 237.

[2] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 90.

المطلب الأول: مبادئ الاختصاص القضائي الدولي

من المؤكد أن عقود التجارة الإلكترونية يغلب عليها الطابع الدولي، لأن عقود يتم فيها عرض جميع السلع والخدمات وكل هذا عن طريق الاتصال العالمي أو ما يسمى بشبكه الانترنت[1].

بالتالي محتمل وقوع نزاعات ذات عنصر أجنبي حيث يسعى الاختصاص القضاء الدولي إلى إيجاد حلول لهذه النزاعات، بحيث نجد أنه هناك ضوابط وأسس يقوم عليها الاختصاص القضائي من حيث حله للنزاع، وهذا ما سنستعرضه في الفرعين القادمين أما الفرع الأول (حالات اتفاق الأطراف) وفيه سنتحدث عن إرادة الأطراف في اختيار الجهة القضائية لعرض النزاع عليها، أما الفرع الثاني (حالات عدم اتفاق الأطراف على تحديد الجهة القضائية الدولية لفض النزاع).

الفرع الأول: حالات اتفاق الأطراف

يجوز لأطراف العقد في المعاملات الدولية تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع القائم أو المحتمل الوقوع وإما يدرس في العقد أو في عقد لاحق أي بلد تحكيمي بالتالي يخرج النزاع من اختصاص القضاء[2].

وفي هذا الفرع سنتكلم عن الضابط الاختياري أو ضابط مبدأ سلطان الإرادة أي أنه يمكن للأطراف في تسويه منازعاتهم إلى الاتفاق بمحضر إرادتهم واختيارهم للجهة التي تفصل في النزاع بينهم.

[1] – بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 4، 2015/2016، ص 16.

[2] –إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 314.

أولا: الضابط الإرادي: أو ما يسمى (بالإسناد الشخصي):

ويقصد به رغبة الأطراف في حل نزاعهم وذلك بإختيار الجهة القضائية المختصة بحل النزاعات وهذا بناءا على رغبتهم الشخصية وهو ما يسمى بالإسناد الشخصي وذلك بشرط توافر الجدية بين النزاع القائم والجهة القضائية المتفق عليها[1].

وأطلقت عليه العديد من التسميات من بينها "الاختصاص القضائي الدولي الطارئ" <<وهو قبول الخصوم في الدعوة عن اختيار واراده اختصاص محكمه دوليه معينه ضمنا أو صراحه الخضوع لولايتها رغم عدم اختصاصها>>[2].

ثانيا: مضمون هذ الضابط:

بحيث تقوم هذه الفكرة على " **ان التصرف القانوني الذي بموجبه يقوم الاطراف بمنح الاختصاص القضائي لمحكمة هي اصلا غير مختصة بالنظر في نزاعهم طبقا لقواعد الاختصاص في قانونها، وفي نفس الوقت يستبعدون إختصاص المحكمة التي هي أصلا مختصة بالنظر في نزاعهم**" عارضه البعض من الفقهاء على اساس ان الارادة ليس لها دور في تحديد الجهة المختصة قضائيا لأنه هذه الاخيرة تعتبر إحدى سلطات الدولة، وأيده البعض على أنه متوافق مع ما هو مقرر في مجال تنازع القوانين[3].

الفرع الثاني: حالات عدم الاتفاق

وسميت كذلك بالضوابط الإقليمية، فعلى أساس الإقليم إن كان موطن المدعى عليه أو المدعي أو مكان إبرام وتنفيذ العقد أو موقع هذا المال بالتالي تكره الدولة الحاكم الوحيد الذي له

[1] – بوقرط أحمد، الاختصاص القضائي للنظر في منازعات التجارة الالكترونية، مجلة القانون، مجلد 7، العدد 01، 2018، ص 232–233.

[2] – رافع أحمد بالعبيدي، الصادق عبد القادر، فاعلية ضابط الخضوع الاختياري كآلية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الالكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 03، ديسمبر 2021، ص 295.

[3] – رافع أحمد بالعبيدي، المرجع نفسه، ص 295 – 296.

ولاية القضاء مهما كانت جنسية الأطراف[1]، وهذا ما سندرسه في هذا الفرع من خلال التطرف إلى أربع ضوابط:

أولا: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه:

بحيث يتضمن هذا الضابط أنه في حال ما تم إبرام عقد دولي بواسطة شبكه الاتصال العالمية وكان موضوع العقد تقديم خدمة سواء بيع أو شراء فإنه في حال النزاع يمكن اللجوء إلى رفع دعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه[2]، بحيث تبنته مختلف الأنظمة القانونية للدول والتي جوهره يكمن في أن المدعى هو من يتجه إلى محكمة إقامة المدعى عليه[3]، بالتالي لا يوجد ما يمنع من رفع دعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه وقد أخذت به القوانين الأوروبية والعديد من القوانين الأخرى[4].

ثانيا: اختصاص محكمة محل إبرام العقد أو تنفيذه:

ينعقد الاختصاص بموجب هذين الضابطين لمحاكم الدولة التي نشأ فيها مصدر الالتزام أو كان تنفيذه واجبا في إقليم هذه الدولة ومرد ذلك أن ارتباط الالتزام بدولة معينة يجعل من محاكمها أكثر قدرة من غيرها للفصل في المنازعات المتعلقة بهذا الالتزام[5].

لكن دائما ما يثار تساؤلات من حيث تعاقدات في تحديد مكان العقد أو مكان إبرام هذا العقد بحيث أن الصعوبة في الأمر هو عدم وجود مكان فعلي عبر شبكه الانترنت لأنه عالم افتراضي[6].

[1] – بوقرط أحمد، المرجع السابق، ص 238–239.

[2] – لزهر بن سعيد، لمرجع السابق، ص225.

[3] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 98..

[4] – بوقرط أحمد، المرجع السابق، ص 239.

[5] – بوقرط أحمد، المرجع السابق، ص 239.

[6] – بلاق محمد، المرجع السابق، ص 20.

ثالثا: ضابط الجنسية:

طالما كانت الجنسية هي الرابطة القانونية التي تربط الشخص بدولة ومن هذا المنطلق ينعقد الاختصاص القضاء وفقا لما يسمى بضابط الجنسية وهذا طبقا لمحكمه دولة جنسية المدعي عليه.

حيث يعتبر هذا الضابط من الضوابط التقليدية مفاده ان تتوفر جنسيا المدعي عليه للاتجاه إلى محكمة دولته لمحاولة فض النزاع.

ذهب معظم الفقهاء وبعض الجهات إلى عدم تلاؤم هذا الضابط مع المواقع الافتراضية وذلك لصعوبة تحديد جنسية المدعي عليه[1]، كما نص المشرع الجزائري أيضا على هذا الأخير في مادتيه 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

حيث تضمنت المادة 41 من هذا الأخير على أنه:<< يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى لو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري...، كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين>>.

أما المادة 42 فقد نصت على "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي"[3].

بحيث يتضح من خلال هذه هاتين المادتين أن الأصل والاختصاص الأول والأخير يكون للمحكمة الجزائرية حين يكون النزاع يحمل عنصر أجنبي شريطة أن يكون أحد أطراف النزاع جزائري، حيث أخذ المشرع هذه السنة من المشرع نظيره الفرنسي الذي كرّس هذا المبدأ.

[1] – بلاق محمد، المرجع السابق، ص 16-17.

[2] – قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموالفق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] – أنظر المادتين 41، 42 من القانون 08-09 المتضمن إ.ق.م.إ.

رابعا: معيار موقع المال

يرتبط هذا المعيار ارتباطا وثيقا بالإقليم سواء كان المال منقولا أو عقاريا، بتالي تخضع الدعاوي للمحكمة التي يقع هذا المال في دائرتها بحيث يسهل من عملية النظر في النزاع[1]، على أساس أن محاكم الذي وقع المال فيها أو كان فيها هي القادرة على النظر والفصل في النزاع بالمقارنة مع المحاكم الأخرى.

مطلب الثاني: إعمال ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

بالنظر إلى أن التعامل في مجال التجارة الإلكترونية أقبلت عليه الشعوب وجل الأشخاص في العالم نظراً لسرعة التعامل فيها وتوفير الوقت والجهد، إلى أن في حالة حدوث النزاع من أحد الأطراف وإخلاله بأحد الالتزامات يصعب على الطرف المتضرر المطالبة بحقه أو تسوية النزاع مع الطرف الأخر، فنظراً لصعوبة تحديد بعض النقاط لأننا امام عالم افتراضي بالتالي نصطدم بعدت صعوبات نتيجة ما ذكرنا سابقاً من أسباب لأنها عوامل غير ملموسة ولا مادية على خلاف التجارة التقليدية، وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين القادمين (فرع أول) الصعوبات التي تواجه إعمال ضوابط الاختصاص القضائي الدولي، والحلول المطروحة لمواجهة هذه الصعوبات (كـ فرع ثانِ).

الفرع الأول: الصعوبات التي تواجه إعمال ضوابط الاختصاص القضائي الدولي.

وفي هذا الفرع سنتطرق لتحدث على صعوبة كل من التوفيق في الضابط الإرادي وصعوبة تحديد المكان والموطن وكذا الجنسية وتحديد موقع المال ومكان نشأة الالتزام وتنفيذه بالتالي سنقوم بدراسة هذه الصعوبات ونحاول في إيجاد بعض الحلول لها.

[1] –علي رسول، تنازع الاختصاص القضائي الدولي وأحكامه في القانون العراقي، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية القانون، جامعة كوبة، العراق، ص 51.

أولاً: الطابع الافتراضي لعقود التجارة الإلكترونية.

إن هذه العقود التي تتم عبر شبكة الأنترنت هي عقود تتم في العالم الافتراضي بالتالي من الصعب أن يتم تحديد موقع الأطراف أثناء عملية البيع والشراء وغيرهم من المعاملات، وهذا راجع إلا ان هذه الشبكات ليس لها موقع خاص أو محدد أو هي لشخص معين مالكً لها باعتبار هذه الشبكة واسعة ولا مجال محدد فيها تسبب مشكل وصعوبة من ناحية البحث عن الاختصاص القضائي المختص في حال نشوء نزاع أو خلاف فإن الدولة هنا تصبح غير قادرة على حل نزاع أو تحديد الجهة المختصة بالنظر في النزع[1].

ثانياً: صعوبات تطبيق ضابط الموطن أو محل الإقامة.

يتميز هذا الضابط بصعوبة تحديد موطن أحد أطراف العقد بالأخص اذا كانت المبيعات غير ملموسة أو مادية كالبرامج التجارية بالتالي يصعب تحديد الرقعة الجغرافية وهذا ما يصعب عملية تحديد اختصاص المحكمة في ظل العالم الافتراضي[2].

فقد تعطي هذه الشبكة مواقع غير حقيقة وهمية لا تمنح عنوان حقيقي بالتالي تتعدد الأماكن من مكان لأخر إي لا تحمل عنوانً واحداً.

ثالثاً: صعوبات تطبيق ضابط نشأة الالتزام وتنفيذه.

في ما يخص هذا الضابط فتكمن صعوبته في عدم تحديد مكان نشوء، فقد يقوم شخص بالتعاقد مع شخص أخر بجهازه الخاص وهو متنقل في أعالي البحار فهنا لا نستطيع الضبط إلى أي دولة ينتمي هذه الشخص مما يجعلنا أمام تنازع في إيجاد الحلول وكذلك صعوبة في تطبيق الاختصاص القضائي، أما بالنسبة لمكان التنفيذ فإنه من الصعب التحديد خاصة إذا كان الأمر يتعلق بالبرامج التي تحمل من شبكة الانترنت، بالتالي أثار هذا لأمر جدل على

[1] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 107,108.

[2] – بوقرط أحمد، المرجع السابق، ص 243.

مستوى تشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية حول ما كان يرجع الامر الى موقع الذي يكون فيه الحاسوب ام إلى مزود خدمة الأنترنت[1].

رابعاً: صعوبات تطبيق ضابط الجنسية.

وتظهر صعوبة هذا الضابط في عجز تحديد هوية الأطراف الذين هم في الأساس غير موجودين مادياً ولا فعلياً لتحديد مكان لحظة إبرام العقد وهذه نقطة التي تصعب في مجال التجارة الإلكترونية، كذلك نجد ان الشركات التجارية التي يصعب تحديد وجودها المادي لأنها تكمن في عالم افتراضي[2].

خامساً: صعوبات تطبيق ضابط موقع المال

من صعب تحديد موقع المال فقد يكون منقول أو عقار، في ما يخص المال المنقول هو أكثر صعوبة في مجال عقود التجارة الإلكترونية وخاصة إلا كان منقول معنوي مثل المؤلفات والبرامج التي يتم تحميلها عبر الأنترنت فيصعب تحديد موقعها لأن ليس لها مكان مادي، بالتالي تخالفت الآراء حول القول بأن هاته الاخيرة يعود الاختصاص فيها في محكمة بلد بائع المؤلف الرقمي وبين محكمة بلد مشتري المؤلف[3].

الفرع الثاني: الحلول المطروحة لمواجهة صعوبات إعمال ضوابط الاختصاص القضائي

بعد ان تطرقنا إلى اغلب وأهم الصعوبات التي تعرقل إعمال ضوابط الاختصاص القضائي، قام الاتحاد الاوروبي والبعض من الجهات بمحاولة إيجاد حلول بشأن الاختصاص القضائي لتسهيل ومنع حدوث مناوشات في مجال التجارة الإلكترونية، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

[1] – بوقرط أحمد، المرجع السابق، ص 244.

[2] – بوقرط أحمد، المرجع نفسه، ص 245.

[3] – بوقرط أحمد، المرجع نفسه، ص 246.

أولاً: على المستوى التشريعي.

وأولى الاهتمامات التي جاءت على هذا المستوى كان من الاتحاد الاوروبي حيث حاولا في تقديم بعض الحلول التي تهدف إلى " ضمان الظروف التي تسمح بتبادل المعلومات بين الدول الأعضاء في مجموعة الاتحاد الأوروبي"[1].

فقد أخذ بمبدأ مواصلة العمل بالقواعد المعروفة في القانون الدولي الخاص دون تعديله، " فقد جاءت اتفاقية بروكسل بالتعديل الجديد السعي لإزالة الصعوبات التي تعيق تطبيق الاختصاص القضائي الدولي على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، حيث تضمنت تحديد مكان تنفيذ الالتزام ما يخص فيما يخص وقود البيع ولوكالة والتوزيع بالمكان الذي يتم فيه تسليم المبيع أو اداء الخدمات"[2].

ثم جاءت الولايات المتحدة الأمريكية لتقر قانون موحد يقضي بتطبيق مبدئ حرية الأطراف في اختيار الجهة المختصة، حيث ان حرية الأطراف تساهم في توفير الثقة والقدرة على حماية حقوقهم، وتبقى هذه الحالات والرجوع إليها تتيح للمحاكم مرونة من حيث النظر في نزاع في موازنة عناصر الارتباط بين التصرف والمحكمة المختصة، وهو ما يجعل الصعوبة في التأكد من الصلة الحقيقية في مجال عقود التجارة الإلكترونية[3].

ثانياً: على المستوى القضائي.

إن الاختصاص القضائي الدولي مستقل عن الاختصاص التشريعي، فيمكن ان تختص محكمة معينة من الدول بالنظر في موضوع ذات عنصر أجنبي إلا أنها تطبق قانونً أجنبيً،

[1] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 114.

[2] – خليفي سمير، المرجع نفسه، ص 114-115.

[3] – خليفي سمير، المرجع نفسه، ص 116.

وأساس هذا هو الاختلاف الحاصل الذي تقوم عليه قواعد كل نوع من أنواع الاختصاص في المحكمة لاعتبارات تتعلق بالسيادة[1].

وعليه فقد استندت بعض المحاكم الأخرى لتحديد اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية إلى تسجيل العنوان الإلكتروني لشركة في الإدارة المختصة الواقعة في دوائر الاختصاص المحكمة المطروحة عليها النزاع، كذلك اقر بلجوء إلى الموطن الافتراضي لأنه لا وجود لموطن مادي إذا حدث نزاع بين المورث والمستخدم وأراد المستخدم مقاضاة المورث فعليهِ أن يرفع دعواه في مركز أعمال المورث على الشبكة أي موطنه الافتراضي، بالتالي هذه المبادرة تعمل على تجنب القواعد التقليدية التي تتميز بالبطىء في مجال الاختصاص القضائي بالتالي وجب العمل بآليات تتناسب والقانون الإلكتروني في مجال إبرام العقود التجارية[2].

ثالثاً: الجهود الدولية لتحديد لاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

بعض المحاولات من الفقه والقضاء سعو لتحديد المحكمة المختصة لنظر في النزاع في معاملات التجارة الإلكترونية ومن بينها المحكمة الافتراضية أو القاضي الافتراضي.

فقد كان هذا المشروع كتجربة أولى في مجال تسوية المنازعات عبر الفضاء الإلكتروني، وتولا الإشراف عليه عدة جهات من بينها : مع قانون لفضاء، جمعية تحكيم الأمريكية، المركز الوطني للأبحاث المعلوماتية، مركز القانون وقواعد المعلومات، ف الهدف منها هو إعطاء حلول سريعة لهاته المنازعات عن طريق وسيط يتمثل في قاضي المحايد وله خبرة تحكيم وعلمًا بالقوانين التي تحكم مجال التجارة الإلكترونية، وتتم العملية كالآتي : يقوم مستخدم الأنترنت بإرسال شكوى إلى الهيئة عن طريق Email وتقوم الهيئة بتحديد قاضي محايد ليفصل في

[1] – يونس عرب، المركز العربي للقانون والتقنية العالمية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي اقامته منظمة الإسكوا، الأمم المتحدة خلال فترة 8–10 شيرين الثاني 2000 ببيروت، لبنان.

[2] – سمير خليفي، المرجع السابق، ص 117.

النزاع وتكون هذا العملية مجاناً وبلا مقابل بالتالي يصدر القاضي القرار ولكن يجب موافقة الأطراف عليه[1].

وعمله عمل المحكمة الافتراضية التي تتم عن طريق ملأ نموذج الإلكتروني لطلب حل نزاع من خلال شبكة الأنترنت فهي تختلف عن القاضي الافتراضي في ما يخص اختصاصها ونطاق تطبيقها الذي يتمثل في التجارة الإلكترونية المنافسة، حق المؤلف، حرية التعبير، الحياة الخاصة[2].

[1] – بلاق محمد، المرجع السابق، ص 22.

[2] – بلاق محمد، المرجع نفسه، ص 23.

المبحث الثاني: الوسائل الإلكترونية لفض النزاع في عقود التجارة الإلكترونية:

تطرقنا في ما سبق حول وجود طرق لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، وكذا تنوع الاتجاهات والآراء حول هذا الموضوع، بالتالي وجب البحث عن طرق جديدة لتسوية مثل هذه النزاعات الالكترونية حيث يجب أن تتوافق هذه الطرق مع طبيعة هذه العمليات من حيث السرعة والتنفيذ باستخدام الانترنت، وهذه السبل والطرق تكون أقل تكلفة وسرعة ومرونة بعيدا عن بعض الوسائل التقليدية التي تتسم بوجود كم هائل من القضايا المحالة إليها، وكذا طول الوقت وكثرة الصعوبات والتعقيدات، وهذا لا يتلاءم مع التجارة الإلكترونية ورغبه التجار، بالتالي وجب البحث عن وسائل بسيطة وسريعة الفصل في النزاعات، وكذا غير معقدة ولا قضائية، أيضا كل الدول المتقدمة أصبحت تشجع على اللجوء لوسائل بديلة تكون أكثر تطورا وكذا لها مكانة وقدرة على تسوية هذا النزاع بصورة واضحة وسريعة.

وهذا ما سيتم دراسته وتوضيحه في هذا المبحث إلى تقسيمه لمطلبين الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات والمركز الدولي (كمطلب أول) التحكيم التجاري الدولي (مطلب ثاني).

المطلب الأول: التقاضي الإلكتروني والوسائل الإلكترونية البديلة لفض المنازعات

باتساع مجال العولمة والاتصالات في مجال الأعمال القانونية وكذا إبرام العقود وتنفيذها الكترونيا وحصول بعض المشاكل والصعوبات دفع أغلب المتعاملين في هذا المجال إلى التفكير في تسوية منازعاتهم باستعمال التقنيات اللازمة بطريقة الكترونية بمعنى أن طريقة إجرائها والعمل بها تكون عبر شبكات الاتصال الإلكترونية دوليا، بالتالي وجب اللجوء إلى هذه التقنيات والوسائل لتخفيف العبء على القضاء وكذا سرعه الوصول إلى حلول بين الأطراف وفض هذا النزاع، ومن هنا نقوم بدراسة مختلف الوسائل الالكترونية لفض النزعات في مثل هذه العقود، فقد فصلنا دراسة كل نوع في نقطة مستقلة، التقاضي الالكتروني (**الفرع الأول**) وطرق الالكترونية الغير قضائية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: التقاضي الالكتروني

موضوع التقاضي عبر شبكة الانترنت أو ما يطلق عليه بالتقاضي الإلكترونية كوسيله أو نظام انتهجته معظم الدول في قطاع العدالة للاستفادة من انعكاساته الإيجابية المتعددة ومن هنا سوف نتطرق إلى مفهوم التقاضي الإلكترونية (أولا) والإطار الاجرائي للتقاضي الالكتروني (ثانيا)

أولا: مفهوم التقاضي الإلكترونية

إن مصطلح التقاضي الالكتروني وكما اصطلح عليه التقاضي عند البعض يعد مصطلح قانوني وآلية مستحدثة يطبق نظام قضائي جديد قائم على مجموعة من الأسس وقواعد وتشريعات وأحكام قضائية في ظل عصر التقدم التقني المعلومات حيث يتم تطبيق كافة اجراءات التقاضي عن طريق المحكمة الإلكترونية بواسطة أجهزة الحاسوب المرتبطة بشبكة الانترنت عكس التقاضي التقليدي، ومن هنا سوف نذهب للتعريف بالتقاضي الالكتروني وبيان خصائصه[1].

1- تعريف التقاضي الالكتروني:

اختلف الفقه في تعريف التقاضي الالكتروني، فجانب من الفقه قد عرفه "سلطة لمجموعة متخصصة من القضاة النظاميين بنظر الدعوى ومباشرة الاجراءات القضائية بوسائل الكترونية مستحدثة، ضمن نظام أو أنظمة قضائية معلوماتية متكاملة الأطراف والوسائل، تعتمد منهج تقنية شبكة الربط الدولية <<الانترنت>> وبرامج الملفات الحاسوبية الإلكترونية للنظر في الدعاوي والفصل فيها بغية الوصول لفصل سريع بالدعاوي والتسهيل على المتقاضيين"[2].

وعرفه جانب آخر على أنه: "بأن عملية نقل مستندات التقاضي الكترونيا إلى المحكمة عبر البريد الالكتروني، حيث يتم فحص هذه المستندات، بواسطة الموظف التقني المختص،

[1] – الرقط فريدة، هوام علاوة، التقاضي الالكتروني، مجلة البحث في العقود وقانون الأعمال، جامعة باتنة، المجلد 6، العدد 04، 2021، ص 184.

[2] –القاضي، حازم محمد الشرعة، التقاضي الالكتروني والمحاكم الالكترونية، دار الثقافة والنشر، عمان، 2010، ص57.

واصدار قرار بشأنها سواء بالقبول أو الرفض، وإرسال الإشارة إلى كافة أطراف الدعوة لإحاطتهم علما بكافة اجراءاتها[1].

ويتميز التقاضي الإلكترونية بجملة من الخصائص التي تميزه عن التقاضي التقليدي ومن أهمها:

- الانتقال من النظام الورقي إلى النظام الالكتروني: أهم ما يميز اجراءات التقاضي الالكتروني هو عدم استعمال الوثائق الورقية في كافة الاجراءات والمراسلات بين طرفي التقاضي.
- السرعة في تلقي وارسال المستندات والوثائق: التسليم الفوري للمستندات والوثائق الكترونيا[2].
- الاعتماد على الوسائط الإلكترونية: يمكن هذا الوسيط في جهاز الكمبيوتر متصل بشبكة الانترنت بنقل من خلاله التعبير عن الإرادة رغم البعد المكاني.
- سرعه تنفيذ اجراءات التقاضي: تتم عملية إرسال الوثائق والمستندات عبر الانترنت دون انتقال الأطراف إلى المحكمة[3].
- إثبات اجراءات التقاضي الالكتروني: يتم إثبات عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.
- خلق محاكم الإلكترونية: لا يمكن رفع دعاوي الكترونية دون أن يكون للمحكمة موقع على شبكة الاتصالات أي إلزام إنشاء محكمة إلكترونية ومن ثم يأتي التقاضي الإلكتروني[4].

[1] – خالد علي، التقاضي الالكتروني أمام المحاكم الاقتصادية المصرية طبقا للقانون 146، سنة 2019، دفاع للقانون وأعمال المحاماة، ط1، 2021، ص 10.

[2] –خلف سامية، التقاضي الالكتروني بالجزائر في إطار التكنولوجيا الحديثة، مجلة البصائر للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مستغانم، الجزائر، دون عدد، 2021، ص 21.

[3] – لرقط فريط، هوام علاوة، التقاضي الالكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، جامعة باتنة، المجلد 6، العدد 04، 2021، ص 185–186.

[4] –عصماني ليلى، نظام التقاضي الالكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مجلة الفكر، جامعة وهران2، العدد 13، ص 218.

ثانيا: اجراءات التقاضي الالكتروني

يتم التقاضي بجملة من الاجراءات في البيئة الرقمية التي تميز، عن التقاضي التقليدي وهذا ما سوف نتطرق إليه:

1- تسجيل الدعوى المدنية:

ويقصد بالدعوة الإلكترونية:<< إرسال عريضة الدعوة بطريقة حاسوبية إلى موقع المحكمة الإلكترونية عبر موقعها الإلكتروني بواسطة البريد الالكتروني أو الرقم السري بالنسبة للمحامي المعلوماتي الحاصل عليه من نقابة المحامين، وتسجيل المحررات الإلكترونية المتعلقة بالقضية>>، ونفس الشروط المطلوبة في الدعوة العادية تتواجد في الدعوة الإلكترونية والتي هي الصفة والمصلحة والأهلية مع عدم وجود موانع قانونية، حسب نص المادة 13 من قانون إ.ق.م.إ[1].

يشترط في الدعوة الإلكترونية بيانات الواجب توفرها نفسها المطلوبة في الدعوة المدنية العادية، ونصت عليها المادة 15 من قانون الاجراءات المادية والإدارية وتقبل الدعوة من طرف المحكمة إلا بعد دفع الرسوم المفروضة حسب المادة 17 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ويتم الدفع عن طريق بطاقات الدفع الإلكترونية[2].

أما من الناحية الفنية حيث يتم رفع الدعوة الكترونيا، وفتح قنوات اتصال بين المتقاضين والمحكمة ويتم استلام المستندات لقضية وقيدها بواسطة موظف المحكمة المختص.

يتم تحرير الدعوة على نماذج معدة عبر البوابة الإلكترونية مما يعطي المتقاضين الذهاب للمحكمة للتسجيل دعواهم[3].

[1] – لرقط فريدة، وهوام علاوة، المرجع السابق، ص 189.

[2] –محفوظ عبد القادر، التقاضي الالكتروني في التشريعات المقارنة، مجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة وهران 2، المجلد 12، العدد 03، سنة 2021، ص 974-975.

[3] – محفوظ عبد القادر، المرجع نفسه، ص 976.

2- إدارة الدعوة الإلكترونية:

يوفر هذا نظام مدخلا ومستوعبا ورابطا شبكيا بينهما، فالمدخل صفحة رئيسية يمكن من خلالها تحديد نوع الخدمة أو الاجراء المراد تنفيذه، والمستوعب وحدة من أجهزة الإدارية والقضائية تتولى عملية التوثيق التقني لكل إجراء، وهكذا يبدأ القاضي المرافعة الإلكترونية وإدارة الجلسة عبر الموقع الالكتروني وتكون قاعة المحكمة مزودة بحاسوب آلي يتم من خلاله حضور الخصوم أو الشهود والخبراء، ومنه فإن ملف الدعوة الالكتروني يتكون من قسمين، قسم: عريضة الدعوة والمستندات، وثانيا: تدوين تقني مسجل بالصوت والصورة[1].

3- إصدار الحكم في الدعوة الإلكترونية:

يظهر القاضي أو هيئة المحكمة مباشره لتلاوة منطوق الحكم وتبليغ الطرفان من خلال الموقع الالكتروني وينطق الحكم علنا بعد إجراء المداولة بعد تحرير مسودته وكتابة أسبابه في الجلسة المقررة لذلك[2].

5-الطعن في الأحكام الإلكترونية:

الطعن هو وسيله قانونية يقرها المشرع أي إعادة النظر في الأحكام الصادرة، أما الطعن الإلكتروني هو عبارة عن برنامج حاسوبي يتم إدراجه ضمن آلية التقاضي الالكتروني، أي يطالب المحكوم عليه بإعادة النظر في الأحكام القضائية الإلكترونية بقصد التعديل أو الإلغاء وإرسالها إلى الموقع الالكتروني للمحكمة، خلال المدة المحددة، يمكن الرفض الأتوماتيكي أو تلقائي لتقديم خارج المدة المحددة قانونا أو عدم تضمن البيانات الواجب ذكرها[3].

الفرع الثاني: الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات

وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع بتطرق الى المفاوضات اولا ثم الوساطة والتوفيق.

[1] – لرقط فريدة، وهوام علاوة، المرجع السابق، ص 190.

[2] – لرقط فريدة، وهوام علاوة، المرجع السابق، ص 191.

[3] – لرقط فريدة، وهوام علاوة، المرجع السابق، ص 191.

أولا: التفاوض

1- تعريفه:

الأصل في مرحلة التفاوض هي حريه التعاقد فالدخول فيها يأتي بغرض التسهيل والوصول الى إبرام العقد النهائي فتفاوض هو مرحلة سابقة لإبرام العقد فهو تبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير وكذا الدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض[1].

والتفاوض الإلكتروني يتم بين الأطراف من خلال رسائل البيانات عبر الانترنت ويجب أن تتضمن هذه الرسائل ثلاثة خصائص تتمثل في:

- بيان الاحتياجات الأساسية أي أن العميل يقوم بتوضيح احتياجاته والغاية منها كي يتم التفاوض.
- التفاوض من خلال الصفحة البيانات التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسوب والتي تتضمن الشروط التي يرغب كل من الطرفين توفرها في موضوع التزامه لتحديد رغباته الأساسية من موضوع الالتزام.
- إرسال رسائل البيانات التي تتضمن عروض التفوق التي يتم من خلالها التفاوض إلى حين الانتهاء من إبرام العقد[2].

ومن خصائص التفاوض هو أنه يتم بوسائل الاتصال الحديثة وبالتالي ينعدم الحضور المادي للأطراف كما لا يوجد مجلس حقيقي، كذلك لا بد من وجود طرفين على الأقل فلا يمكن

[1] -أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الألكتروني، مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، جامعة أحمد دارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، مارس2018، ص 52.

[2] – المرجع نفسه، ص 53.

تصور عقد للتفاوض من طرف واحد أن يكون من جانبين أو أكثر ويكون إما بالنقاش والحوار أو عن طريق المراسلة[1].

ونتجدر الإشارة إلى مراحل التفاوض في العقد الالكتروني وطرق إبرامه فلكي يكون التفاوض ناجح يجب أن يمر على مراحل وتتمثل في:

أ- دراسة الجدوى:

في هذه المرحلة يقوم العميل بدراسة الجدوى المتعلقة بأداء الخدمة المعلوماتية حيث تتركز هذه الدراسة على الأسس الهامة في أداء الخدمة المعلوماتية المنتظرة كتحديد الاحتياجات بدقة ووضوح.

ب- دفتر الشروط:

بعد الانتهاء من دراسو الجدوى يقوم العميل بوضع دفتر يطرح فيه شروط التعاقد حيث يبرز من خلالها كافة مطالبه وهي دليل على الرغبة الجدية في إبرام العقل.

ت- اختيار مقدم الخدمة:

بعدما ينتهي العميل من تحديد احتياجاته واعداده لقائمة الشروط ينتقل إلى اختيار مقدم الخدمة حيث له أن يؤمن احتياجاته بأحسن الظروف[2].

2- سير عملية التفاوض:

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 يستمر الطلب المقدم للمركز على (اسم طرفي نزاع- عنوانهما -رقم الهاتف- البريد الالكتروني) مرفقا

[1] - مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، التفاوض الالكتروني، مجلة مداد الآداب، العدد الخامس عشر، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية، ص 568.

[2] - أرجيلوس رحاب، المرجع السابق، ص 56-57.

بملخص موضوع القضية وأسباب النزاع ثم يقوم المركز بعد استلامه للطلب من طرف أحد طرفي النزاع بمراجعته ودراسته ليتم إرسال اخطار للطرف الآخر يخبره فيه عن رغبه مقدم الطلب في التفاوض معه حول موضوع الخلاف القائم بينهم وفيما إن كان يرغب في التفاوض[1].

يتطرق المركز في مرحلة ثانية بعد تسلمه الجواب إذا كان الطلب مقدم من طرف واحد أو من قبل الطرفين معا بإرسال إخطار إلى المتنازعين يتضمن اسم المرور الخاص بكل طرف، والذي من خلاله يسمح لهم للدخول لصفحة النزاع الخاصة بهما والتي أعدّت خصيصا لهما على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، مع الأخذ بعين الاعتبار المدة الممنوحة لهما للاتصال والتفاوض من خلال صفحه الاتصال وهي 30 يوما.

بالتالي قد لاقت هذه الطريقة في فض المنازعات إقبالا واسعا من طرف المتنازعين وتوفير للوقت والمال وخصوصا للعاملين في حقل التجارة الإلكترونية فالمراكز تقوم بتقديم الخدمات بلا مقابل وإلا كانت نتيجة التفاوض غير مرضية فيتم حث المتنازعين للوساطة وهو موضوع دراستنا الآتية[2].

ثانيا: الوساطة

تعد الوساطة من أقدم الوسائل البديلة لحل النزاعات، فقد ظهرت قبل ظهور عدالة الدولة، فهي قائمة على إصلاح ذات البين وتطورت هذه الفكرة لتصبح من الوسائل البديلة لحسم النزاع حيث تقبلتها جميع أوساط النزاعات القضائية الأمريكية[3].

1- تعريفها:

الوساطة في اللغة من الفعل وسط وهي التوسط قال عز وجل: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾[4].

[1] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 126–127.

[2] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 127–128.

[3] – خليفي سمير، المرجع نفسه، ص 128–129.

[4] – سورة البقرة، الآية: 143.

الوساطة الإلكترونية هي تلك الوساطة التي تدخل ضمن تكنولوجيات الاتصال الحديثة فهي عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الأنترنت وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع، كذلك تمتاز ببساطة إجراءاتها ووضوح قواعدها حيث يمكن استخدامها لتسوية منازعات التجارة الدولية[1].

للوساطة خصائص تميزها وتتصف بها:

- طريق اختياري رضائي في كيفية الطرق الودية لفض النزاع وتترك الحرية لطرفي النزاع في اختيار الوسيط.
- في عمليه قليلة التكلفة حيث أن التكاليف فيها قليلة جدا إذا تم مقارنتها بتكاليف حل النزاع قضائيا عن طريق التحكيم.
- طابع السرية حيث أن جميع المسائل التي تتم مناقشتها في الوساطة وجميع الوثائق والبيانات الشفوية التي تبادلها وتقديمها أثناء عملية الوساطة[2].

2- آلية سير عملية الوساطة:

فقد حددت اجراءات عملية الوساطة عن طريق مراكز الوساطة وذلك بواسطة قنوات معدلة هذه العملية خصيصا دون الحاجة إلى مؤهلات خاصة لذلك[3].

وأول ما يمكن البدء به أثناء عملية الوساطة هو:

أ- الاتفاق على الوساطة الإلكترونية:

إذا كان الأصل هو لجوء المتضرر عند نشوب النزاع إلى القضاء فإن هذا الأمر يختلف عند اختياره للوساطة الإلكترونية كتسوية للنزاع الناتج عن عقود التجارة الإلكترونية، وعلى الرغم من الطابع الاختياري والرضاء للوساطة إلا أن إدراج الاتفاق عليها في العقد المبرم تتسم بطابع

[1] – سعاد قصعة، الوساطة الإلكترونية كوسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الالكترونية، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد التاسع، العدد 18، الإصدار الثاني، ديسمبر 2020، ص 18-19.

[2] – سعاد قصعة، المرجع نفسه، ص 20.

[3] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 135.

الالتزام[1]، في هذا الوقت لا يحق لأحد الأطراف العدول عنه أول اللجوء الى وسيلة أخرى للتسوية.

ب- تقديم الطلب الكترونيا لمركز الوساطة:

تبدأ عملية الوساطة الإلكترونية بتعبئة الطلب المخصص لذلك مسبقا على موقع المركز الالكتروني، المتضمن بيانات شخصية لطالب الوسيط وملخصا لموضوع النزاع والطرف الآخر وكيفية الاتصال به، وبعد استلام المركز للطلب ودراسته وقبوله يقوم بإرسال تأكيد للطالب يخطره من خلاله بقبول الطلب[2].

حيث يتوفر المركز على قائمة أسماء الوسطاء ومؤهلات كل وسيط تقدم إلى طرفي النزاع لاختيار الوسيط والطريقة التي يفضلانها لعقد جلسات الوساطة من خلال البريد الالكتروني وتطرق الى نقاط الخلاف، وبعد ذلك إتمام مرحلة التعيين والاجراءات ليقوم الوسيط بدوره بصياغة اتفاق التسوية النهائية وعرضه على المتنازعين والتوقيع عليه[3].

ثالثا: التوفيق

1- تعريفه:

ويقصد بالتوفيق أو المصالحة بأنها أسلوب من الأساليب التي تعتمد في حل النزاعات في التجارة الدولية، وهو اتفاق أطراف النزاع على إحالته لشخص آخر ثالث ويكون متفق عليه للتوفيق بينهم في محاولة لحل النزاع وديا قبل اللجوء للقضاء أو التحكيم، وتقوم به لجنة مكونة

[1] – داود منصور، فعالية الوساطة الالكترونية كآلية بديلة لحسم النزاعات التجارة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الثاني، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021، ص 947.

[2] – داود منصور، المرجع السابق، ص 948.

[3] – خليفي سمير، حل المنازعات في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 136-137.

من شخصيات بارزة تقدم اقتراحاتها دون أن يكون لمقترحاتهم صفة الالزام بين الأطراف وقد يختارهم الأطراف المتنازعة أو تعينهم احدى المنظمات الدولية[1].

2-سير عملية التوفيق:

يعتمد التوفيق في محتواه الى تقريب وجهات النظر وهذا ما جعل أغلب التشريعات المقارنة تشبهه بالوساطة، فقد استقدمهم لجنة الامم المتحدة باعتبارهم مترادفين وهذا في القانون النموذجي، بحيث هناك اختلاف طفيف وهو أن التوفيق يعمل على جميع الأطراف المتنازعة ومساعدتهم، بينما الوسيط يعمل على اقتراح شروط تسوية النزاع وللأطراف الحق في قبولها أو العدول عنها والبحث عن طريق آخر لفض النزاع القائم بينهما[2].

المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني

تجعل التجارة الإلكترونية كل ما يرتبط بها رقميا والكترونيا سواء في طريقه إبرام العقود، أو ما يتعلق بتسوية النزاعات الناشئة عنها، فآلية التحكيم وطالما أصبح أسلوبا حضاريا ومتقدما لتسوية النزاعات، واللجوء إليه أصبح اليوم ظاهرة عالميه نظرا لما يتيحه من خيارات نوعية التحكيم وحتى المحكمين وكذا القانون الواجب التطبيق.

وجد المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية غايتهم في التحكيم التجاري الالكتروني، والذي لا يتفق عند حد والذي لا يقف عند حد تسوية المنازعات الإلكترونية فقط، بل يمكن اللجوء لتسوية منازعات التجارة العادية مثل: عقود الاستهلاك، التامين، الملكية الفكرية، بما يحقق مزايا تتشابه مع التجارة الإلكترونية من توفير النفقات والانجاز السريع للتسوية وتوفير الوقت الذي له بالغ التأثير في المعاملات التجارية.

[1] – عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، ط1، 2007، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 291-292.

[2] – خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 222.

تتطلب عولمة الاتصال وجود قضاء افتراضي يستخدم اجراءات الكترونيه تتلاءم وخصوصيات هذا العالم، وهو ما يحتاجه المتعاملون في هذا المجال، سواء كانوا مستثمرين أو موردين أو مستهلكين، ويتمثل هذا القضاء أساسا في التحكيم الإلكتروني، فضلا عن خصائصه المتعددة المذكورة سلفا، هذا النوع من القضاء يحافظ أكثر على استمرار العلاقات التجارية بين الأطراف.

ومن هنا سنتطرق في هذا المطلب لدراسة ماهية التحكيم الإلكتروني وذلك في الفرع الأول، ودراسة الاجراءات المعتمدة في التحكيم الالكتروني وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ماهية التحكيم الالكتروني

التحكيم هو طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج على طريق التقاضي العادية، والتحكيم ليس بظاهرة جديدة مستقلة بجذورها عن الماضي وإنما هو تطبيق لفكرة التحكيم في المجتمعات القديمة وامتداد للتحكيم التجاري الدولي في العصور الوسطى، ولقد ظهرت أهمية التحكيم في العصر الحديث بعد زياده معدلات التجارة الدولية واتساع أسواقها وعدم ملائمه الأنظمة القضائية، وكذلك لما يتميز به من تحرر الأطراف المتحكمين من القيود التي تفرضها النظم القانونية لمختلف الدول، فضلا عن أن التحكيم كنظام يوفر الوقت ويحقق للمعاملات التجارية الدولية مزايا السرية في الاجراءات[1].

أولا: تعريف التحكيم الإلكتروني

التحكيم هو أحد وسائل حل نزاعات التجارة الدولية البديلة، التي تقوم على اتفاق ما بين فريقين أو أكثر على تسوية منازعاتهم بالإحالة الى التحكيم. كما يقصد به اتفاق أطراف العقود التجارية على إحالة النزاع إلى شخص واحد أو عدد من الأشخاص ليقوم بإيجاد حل لهذا النزاع، يلزم أطرافه جميعا ويمكن اعتباره اتفاق، أي عقد ما بين فريقين أو أكثر على حل

[1] – خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 246.

منازعاتهم التجارية خلال مدة معينة يحددونها سلفا، ومن خلال اجراءات يختارونها وقانون يرتضون تطبيقه حتى يصدر حكما يلتزمون به[1].

اختلفت التعاريف حول التحكيم التجاري الدولي الذي يختص بمنازعات التجارة الدولية، والذي ظهر استجابة للمتطلبات هذه التجارة وتحقيق العدالة والسرعة وتقليل التكلفة على الأطراف، وعدم قطع العلاقة التجارية بينهم، إلا أنه ثمة نوع خاص ومستقل بشكل كبير عن ما جرى العمل به والمتعارف عليه بالتحكيم التقليدي، وهو التحكيم الإلكتروني الذي هو إجراء خاص بحسم منازعات التجارة الإلكترونية وما تميزه هذه الآلية التي يتم بها، ويختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي من خلال الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، لا وجود إلى أوراق وحضور المادي للأشخاص، وحصول الأطراف على الأحكام موقعة وجاهزة بطريقة إلكترونية[2]، وقد عرفه البعض بأنه علمية إرادية يتفق الأطراف بواسطتها على إحالة النزاع الى شخص ثالث ليس متحيزا، يسمى المحكم ويتم اختياره من طرف الأطراف[3]، وتوجد ثلاثة أنواع من التحكيم الإلكتروني وهي:

1- التحكيم غير الملزم Non bimding arbitration، وهو الذي لا يتمتع فيه القرارات التحكيمية بقوة ملزمة عكس الطريقة التقليدية

2- التحكيم الملزم المشروط، وهو والتحكيم الذي يتمتع فيه أحد الطرفين بحرية قبول أو رفض القرار التحكيمي الصادر خلال فترة محددة.

3- التحكيم غير الملزم بطبيعته، وهو تحكيم الذي لا يستهدف إصدار حكم تحكيمي يلزم الطرفين على غرار الحكم الصادر من المحاكم الوطنية[4].

[1] – عمر سعد الله، المرجع السابق، 273.

[2] –خليفي سمير، المرجع السابق، ص 149.

[3] –عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 41.

[4] – خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 249.

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 فالأطراف يفضلون التحكيم التجاري الإلكتروني لعدة أسباب نذكر منها[1]:

1- اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني يُجنب أطراف العقد عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الإلكترونية سواء قانونيا أو قضائيا حيث أنه يُجنبهم عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة، وهذا الأمر ليس بالأمر اليسير وفقا للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه[2].

2- السرعة في الفصل بالنزاع وإصدار حكم التحكيم وذلك باللجوء إلى استخدام البريد الإلكتروني، بدل البريد التقليدي الذي يحتاج إلى وقت أطول.

3- عدم الاشتراط في المحكم الذي يعين للفصل في النزاع أن يكون من القانونية، وذلك لأن المنازعات الناشئة في هذا المجال غالبا ما ترتبط بأمور التقنية بالغة الدقة يصعب على أهل القانون فهم تفاصيلها، أي عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة ومحل ثقة[3].

4- يمثل التحكيم الالكتروني منصة واحدة أيا كان نوع الاختصاص الذي يتعلق بالنزاع عكس القضاء الذي يشمل مجموعة من الاجراءات، مما يجعل العملية أكثر تعقيدا ويكشفها 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 لفظ النزاعات الناشئة في هذا المجال[4].

---

[1] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 149.

[2] – خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 250.

[3] – لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 243.

[4] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 149-150.

ثالثا: الخصائص المميزة للتحكيم الإلكتروني

يمتاز التحكيم بعدو 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]:

1- **السرية في عملية التحكيم الالكتروني:** وهي ميزة التحكيم من حيث وجوده ونتائجه وفي جميع المراحل إذ لا تكون جلساته علانية، مما يحاول دون إلحاق الضرر بسمعة الاطراف المحتكمين[2]، السرية تمثل جوهر التحكيم الإلكتروني مقارنة بالجانب العلني الذي تتصف به اجراءات 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 الالكتروني:** هي الخاصية التي يعود لها الفضل في الإقبال الكبير على التحكيم كونها تتميز بالسرعة في التنفيذ والسرعة الفائقة في البث في النزاع وهذا ما يؤدي الى إصدار الأحكام بسرعة لسهولة الإجراءات المتبعة في عملية التحكيم الإلكتروني[4].

3- **تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي:** الإنترنت شبكة مفتوحة عالميا ولها اقليمها الخاص بها ولا يعبأ بالحدود الجغرافية، لذلك يصعب توطين العلاقات القانونية، وعدم 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.

[1] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 151.

[2] – خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 252.

[3] –عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 56.

[4] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 151 –152.

حيث يتم اتفاق الاطراف على الاعتماد على التحكيم وسيلة لفض نزاعهم، وهي نفس طريقة إبرام العقد أي الكتروني، ومن هنا تبدوا أهمية التحكيم الالكتروني، إذ يكون اللجوء إليه أمرا مجديا لحل مشكلة تنازع الاختصاص، فالمحكم يمكنه تطبيق القانون المختار من الطرفين[1].

رابعا: معوقات التحكيم الإلكتروني

يظهر مما سبق أن للتحكيم الالكتروني خصائص لا يستهان بها مع الأهمية لهذه المميزات التي تميز التحكيم الإلكترونية عن القضاء العادي والتحكيم التقليدي إلا أن فيه من مخاطر والانتقادات المصاحبة له ما قد يشكك في مدى جدوى وفعاليته ومن هذه الاخطار:

1- خشية من عدم سرية التحكيم:

يعد الحفاظ والسرية من الدوافع المهمة للجوء إلى التحكيم دون القضاء، ولكن التحكيم الالكتروني لا يحقق السرية المبتغات لعملية التحكيم عبر الانترنت من قبل القراصنة Hackers أو المخبرين Caackers وهو ما يهدد ضمان سرية العملية التحكيمية، عكس التحكيم التقليدي فإجراءات التحكيم الالكتروني تتم غالبا تتم عبر الانترنت وهذا يشكل تهديد لسرية التحكيم في أكثر من جانب[2].

2- عدم ملائمة التشريعات الداخلية للتحكيم الالكتروني:

يتطلب تحكيم كأسلوب لفض المنازعات شروط شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم وشكلية معينة لإصدار قرار التحكيم وشروط معينة لتنفيذ حكم التحكيم، وقد يكون من المتعذر استيفاء التحكيم الالكتروني لكل ما تتطلبه تلك القواعد القانونية التي استقرت لتحكم تعاملات تجاريا ماديا كونها قواعد وضعت أصلا لتنظيم تحكيما تقليديا، يتم بوسائل واجراءات تقليدية، كون أن

[1] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 152.

[2] – خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 254.

الأغلبية من النظم القانونية لا زالت بعيدة عن مواكبة التطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية[1].

الفرع الثاني: الإجراءات المعتمدة في التحكيم الإلكتروني

يعتمد في التحكيم الالكتروني على نفس الاجراءات المعتمدة في التحكيم التقليدي أو العادي، ويضاف إليه وباتفاق الأطراف قواعد إضافية خاصة بالتحكيم الإلكتروني، ومن أبرزها طريقة التواصل بين المتخاصمين والمحكمين، فتتم العملية عن بعد باستعمال الانترنت، الوسيلة الأكثر استعمالا وكيفية تقديم المستندات الكترونيا وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية التي تهم أطراف الموضوع النزاع، كما يمكن للأطراف تحديد اجراءات التحكيم الالكتروني عن طريق اتفاق التحكيم[2].

أولا: الاجراءات الواجب اتباعها قبل عرض النزاع:

1- تقديم طلب التحكيم:

يتم التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج على موقع الانترنت والمعدل سلفا من قبل المركز أو الجهة المعنية بالتحكيم، مبينا به طبيعة الخلاف الناجم عنه النزاع وما قد يقترحه من حلول مناسبه إذ يجب أن تتضمن وثيقة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين[3].

- يقوم كل من طرف بتحديد أسماء ممثليه نظر النزاع.
- تحديد وسيلة الاتصال (البريد الالكتروني، الفاكس، التلكس)
- تقديم الوثائق والمستندات والأدلة بالطرق المبينة سلفا، يبدأ تاريخ نظر النزاع باستلام المركز لطلب التحكيم.
- تحديد محكمة التحكيم الالكتروني أسماء المحكمين.

[1] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 154

[2] – خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 304.

[3] – خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 305.

- يحدد المركز موعد المحاكمة ويقوم المركز بإخطار الطرف الآخر بوجود النزاع وبداية المحاكمة.
- يتم إنشاء موقع الكتروني لكل محاكمه (له كلمة مرور وكلمة سر وكلمة مرور خاصة به تسلم الأطراف).
- تتم كافة اجراءات التحكيم بطريقة الكترونية على موقع المركز الالكتروني[1].

2- القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني:

تبدو أهمية اختيار القانون أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على الاجراءات في الأثر المترتب على ذلك الاختيار، من حيث تحديد نظام إدارة الإثبات، والوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية، والمواجهة بين الخصوم، وحقوق الدفاع، وتنظيم المداولات، والاجتماعات الإلكترونية، ويتمتع الأطراف في هذا الصدد بحرية كاملة بحيث يمكنهم اختيار القانون الذي يحكم تلك الاجراءات في اتفاق التحكيم، كما يمكنهم الخضوع للوائح إحدى هيئات التحكيم، ويمكنهم أخيرا تعيين قانون وطني باعتباره القانون الواجب التطبيق، كما يمكن للمحكم القيام بهذا الاختيار في حالة غياب اتفاق الأطراف شرط ألا يتعارض ذلك مع قواعد النظام العام[2].

3- إخطار أطراف التحكيم بموعد التحكيم:

نصت المادة (1/6) من لائحة المحكمة الإلكترونية على أن يتم إعلان المدعي عليه بطلب التحكيم، ومنه يتم الرد على المدعي المطالب بتحكيم خلال 10 أيام من تاريخ إخطاره بهذا الطلب، وإرسال رده متضمنا موقفه من طلبات المدعي والاعتراضات على التحكيم وبريده الالكتروني[3]، ويقوم المركز بالاتصال بالأطراف بواسطة البريد الالكتروني لمتابعه الاجراءات،

[1] -صديقي سامية، بولواطة سعيد، دور التحكيم الالكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسة، المجلد 43، العدد 01، برج بوعريريج، 2018، ص 154.

[2] - لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 255-256.

[3] -خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 309-310.

ومن هنا يتم أداء الرسوم الإدارية المحددة التي تختلف من مركز إلى آخر، وإخطار الطرفين بأول جلسة للاستماع والمناقشة[1].

4- تعيين المحكم:

من المؤكد بأن إدارة الأطراف في اتفاق التحكيم هي المرجع من شأن اختيار وتشكيل المحكمين أو هيئة التحكيم، سواء بالنص على تعيينهم في اتفاق التحكيم مباشرة أو بالإشارة إلى نظام تحكيم مؤسسي كنظام المحاكم الافتراضية[2]، لكن يبقى أن الاتفاق على تحكيم نظامي تفيد الأطراف في اختيار المحكم، فنظام المحكمة الافتراضية هو أن تختار أمانة المحكم أو المحكمين[3].

ثانيا: سير عملية التحكيم الإلكتروني:

من مساعي برنامج التحكيم الالكتروني للقاضي الافتراضي التي تم تنظيمه من طرف كلية شيكاغو مكنت إلى محاولة استلام الشكاوي الواردة لبرنامج التحكيم وفضها خلال مهلة 72 ساعة، تسري من تاريخ قبول الشكاوي لديها.[4]

يتم أول إجراء أمام المحكمة الافتراضية على الانترنت والاطلاع على نموذج التحكيم المعد من المحكمة سابقا، لتعيين طبيعة النزاع والحلول المقترحة، وإعداد البيانات المادية والشخصية المستند عليها في الشكوى.

1- تبادل البيانات بين الأطراف:

يتم إدارة جلسات التحكيم الالكتروني في الشكل الالكتروني، ومما لا شك فيه أن الوسائل التكنولوجية المتاحة في هذا المجال عبر شبكه الانترنت تسمح بتبادل النصوص والصور والأصوات بشكل فوري ولحظي بين الأطراف، وتقنيه البريد الالكتروني تسمح بنقل المستندات

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

[2] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 264.

[3] – خليفي سمير، المرجع السابق، ص 158.

[4] خليفي سمير، المرجع نفسه، ص 158-159.

والبيانات، وكذا المؤتمرات المرئية ونجد بهذا الصدد لائحة المحكمة الإلكترونية تنص في المادة 2/21 على أنه:<< للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة لتسمح بتبادل الابلاغات بشكل مناسب بين الأطراف>>.

2- صدور حكم التحكيم:

تغلق المحكمة أبوابها بعد تقديم الأطراف أوجه الدفاع والرد على الأدلة الموجهة إلى الطرف قبل الطرف الآخر، حيث تقوم هيئة التحكيم بإصدار حكم بدون عقد جلسة، ما لم يطلب أحد الأطراف، يصدر الحكم خلال 30 يوما من إغلاق المحكمة باب المرافعة ويصدر في المحكمة النظامية، ويتم التوقيع الكترونيا، وتختلف مدة اصدار الحكم من مركز إلى آخر كون مدة اصدار حكم التحكيم الالكتروني أقل بكثير من مدة إصدار حكم التحكيم التقليدي.[1]

ثالثا: تنفيذ الحكم التحكيم الإلكتروني:

مما لا شك فيه أن الهدف النهائي للتحكيم الكترونيا هو تمكين من سيصدر الحكم لمصلحته من الحصول على حقه بأيسر الإجراءات وابسطها، يعتبر تنفيذ الحكم التحكيمية هو أساس نظام التحكيم كله، وأسلوب لفض النزاع، يتم تنفيذه بالتراضي بين الطرفين دون تأخير وهذا ما أكدته لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس في نص المادة 6/28 بأن حكم التحكيمي يكتسي بطابع إلزامي، يتم تنفيذ الحكم دون إمهال وبتنازل عن كافة طرق الطعن إذ أخل أحد الأطراف لالتزامه توجب الطرف المستفيد من الحكم، إلى القضاء الوطني للدولة لتنفيذ طلب الحكم[2].

رابعا: طرق الطعن في حكم التحكيم الإلكتروني:

الكثير من القوانين تتفق على أن حكم تحكيم نهائي، وقطعي غير قابل لأي طرق من طرق الطعن إلا أنه يوجد طريق استثنائي للطعن بالحكم التحكيمي، ويهدف هذا الطعن

[1]- خليفي سمير، المرجع السابق، ص 159-160.

[2]- خليفي سمير، المرجع نفسه، ص 160.

بالبطلان إلى منع تنفيذ القرار التحكيمي بسبب عيب جوهري أثر في صحته بعد اكتسابه للتنفيذ بعد صدوره وتتحقق إمكانية الطعن في القرار يتوفر أسباب متعلقة باختصاص هيئة التحكيم وأسباب متصلة بإجراءات التحكيم أو بمحتوى القرار أو انعدام أهلية في أطراف التحكيم وتكون[1]:

1- الطعن بالبطلان ضد القرار التحكيمي:

أقر المشرع الجزائري الطعن بالبطلان ضد قرارات التحكيم الدولي، وحصرها في الأحكام الصادرة في الجزائر في نص المادة 1058[2] من ق.إ.م.إ، حيث نصت على أنه :<<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 من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

تتم إجراءات الطعن بالبطلان حسب النص المادة 1059[3] من ق.إ.م.إ، وإيجار للمحكوم ضده رفع دعوى بطلان حكم التحكيم ابتداءا من تاريخ النطق بالحكم، حتى يحول دون

---

[1] – الطاهر محروق، المرجع السابق، ص 87.

[2] – المادة 1058 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، عدد 21، السنة 45، الصادرة بتاريخ 23افريل 2008.

– تنص المادة 1056 من القانون 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ، المصدر نفسه:

<<لا يجوز استئناف الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ إلا في الحالات الآتية:

– إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة، أو انقضاء مدة الاتفاقية.

– إذا كان تشكيل محكم التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

– إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

– إذا لم يراعي مبدأ الوجاهية.

– إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

– إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي>>.

[3] – المادة 1059 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ، المصدر نفسه.

استصدار المحكوم له للأمر القاضي بالتنفيذ، أما إذا طلب هذا الأخير الأمر بالتنفيذ، فإن ميعاد الطعن بالبطلان ينتهي بعد 30 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي للمحكوم ضده.

2- **الطعن بالنقض في القرار التحكيمي:**

بالإضافة إلى ما سبق فإن المشرع الجزائري أعطى لأطراف خصومة التحكيم مكنت الطعن بالنقض في الحكم الصادر بطلب بطلان حكم التحكيم بالجزائر، وكذلك الأوامر المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادر خارج إقليم الجزائر، وهذا ما نصت عليه المادة 1061[1] من ق.إ.م.إ، <<كأن تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055و 1056و 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض.

[1] – المادة 1061 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ، المصدر نفسه.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال ما تطرقنا إليه من تحليل سابق يمكننا القول بأن عقود التجارة الدولية بصفة عامة لها مكانة هامة بين الدول وهذا نظراً لدورها الفعال في مجال المبادلات التجارية وبهذا التوسع الحاصل في مجال التجارة الالكترونية تحدث نزاعات بين الأطراف وهذا ما تطرقنا إليه بداية بقانون لإرادة الذي يعد من المبادئ الاساسية التي يعتد بها في القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني، حيث اينما كان النشاط يتعلق بعقود تجارة دولية كان الاطراف أولى بنزاعهم ولاتفاق على فضه وفي حالة عدم اتفاق الاطراف حول القانون الذي يحكم نزاعهم يتم اللجوء الى تطبيق قواعد أخرى احتياطية ومن بينها قانون الموطن المشترك للأطراف أو جنسيتهم المشتركة وقانون بلد لإبرام الذي يرتبط بالعقد وكذا قانون بلد تنفيذ العقد .

ومن خلال ما سبق توصلنا لعدة نتائج وبعض التوصيات:

1- النتائج:

- نجد أن المشرع الجزائري تبنى قانون الارادة لكن شرط توفر الصلة الحقيقة بالعقد أو المتعاقدين وكذا وضع المشرع استثناءات أخرى كإخضاع القانون لمحل الابرام أو الجنسية أو الموطن المشترك وهذا حسب نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.
- تأتي القواعد الموضوعية لتغطي على الفشل الحاصل على مناهج تنازع القوانين وهذا لتفادي الفراغ القانوني الذي نتج عن حداثة هذا المجال .
- نجد الاشكال الواقع في تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع يسبب عرقلة من ناحية صعوبة تحديد موطن أو هوية الاطراف أو التركيز المكاني لاحد الأطراف.

فبالتالي لجأ المتعاملين في هذا المجال لوسائل بديلة أخرى لحل النزاع هروبا من بطئ اجراءات التقاضي ومن بينها التفاوض التحكيم...

نستنتج إجابة عن إشكاليتنا بحيث نجد أن أقرب قانون للتطبيق على هاته العقود هو قانون إرادة الاطراف حيث يتلائم ويتناسب كثيراً مع هذه المنازعات شرط إدراج بند في عقدهم يحدد الجهة المختصة التي يتم اللجوء إليها في حال نشوء نزاع.

2- التوصيات

ومن بعض التوصيات نذكر

لابد من طرح هاته النزاعات التي تتم في إطار عقود التجارة الالكترونية على الانظمة القانونية الدولية والوطنية لإيجاد حلول واضحة كمسألة القانون الواجب التطبيق وتكون هذه الحلول مرضية للأطراف المتنازعة.

- من الافضل لو يضع المشرع الجزائري قوانين تخص فقط عقود التجارة الالكترونية وبعض الاستثناءات التي قد تطرأ في حال نشوء نزاع .
- لابد من وضع شروط صارمة أثناء العقد في شأن تحديد هوية الاطراف أو موقعهم.
- من الاحسن لو يتفق الاطراف في عقدهم على حل النزاع بينهم وديا أو تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في نزاعهم.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: النصوص القانونية

أ. النصوص الداخلية

1- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008، متضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية

2- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل10 مايو سنة 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية العدد28 ،بتاريخ 20 شعبان 1430 الموافق ل 16 مايو 2018.

3- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-10 المتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية العدد 44 الصادرة في 20 يونيو 2005.

ب. القوانين الدولية

4- قانون اليونسترال النموذجي في شأن التجارة الالكترونية سنة 1996 .

ثانيا: الكتب

1- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي القانون الالكتروني، القانون السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2000.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

3- إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الجلي الحقوقية، لبنان، 2009.

4- حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2012.

5- خالد علي، التقاضي الالكتروني أمام المحاكم الاقتصادية المصرية طبقا للقانون 146، سنة 2019، دفاع للقانون وأعمال المحاماة، ط1، مصر، 2021.

6- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط الأولى، الإسكندرية، مصر، 2006.

7- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

8- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

9- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.

10- علي على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، دون بلد نشر، 2006.

11- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، ط1، 2007، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

12- فوزي محمد سامي، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

13- القاضي، حازم محمد الشرعة، التقاضي الالكتروني والمحاكم الالكترونية، دار الثقافة والنشر، عمان، 2010.

14- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014.

15- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، كلية اربد، جامعة البلقاء التطبيقية، ط1، دار الثقافة للشر والتوزيع 1429هـ/2008م.

ثالثا: المقالات والمجلات

1- أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الألكتروني، مجلة معالم الدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، جامعة أحمد دارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، مارس2018.

2- بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 4، 2015/2016.

3- بوقرط أحمد، الاختصاص القضائي للنظر في منازعات التجارة الالكترونية، مجلة القانون، مجلد 7، العدد 01، 2018.

4- حسايد حمزة العقاد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية القائم على قواعد الاختصاص، دفاتر البحوث العلمية، العدد 10، جامعة الجزائر1، د.ت.

5- حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، مجلة المعارف، تصدر عن جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، السنة الثالثة، العدد الخامس.

6- حوالف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مجلة الحقيقة، العدد 31، جامعة تلمسان.

7- خلف سامية، التقاضي الالكتروني بالجزائر في إطار التكنولوجيا الحديثة، مجلة البصائر للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة مستغانم، الجزائر، دون عدد، 2021.

8- خليفي سمير، القواعد الموضعية لتنظيم عقود التجارة الالكترونية، المجلة النقدية، (د.ع)، جامعة البويرة. (د.س)

9- داود منصور، فعالية الوساطة الالكترونية كآلية بديلة لحسم النزاعات التجارة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الثاني، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2021.

10- رافع أحمد بالعبيدي، الصادق عبد القادر، فاعلية ضابط الخضوع الاختياري كآلية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الالكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 03، ديسمبر 2021.

11- الرقط فريدة، هوام علاوة، التقاضي الالكتروني، مجلة البحث في العقود وقانون الأعمال، جامعة باتنة، المجلد 6، العدد 04، 2021.

12- سعاد قصعة، الوساطة الإلكترونية كوسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الالكترونية، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد التاسع، العدد 18، الإصدار الثاني، ديسمبر 2020.

13- صديقي سامية، بولواطة سعيد، دور التحكيم الالكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسة، المجلد 43، العدد 01، برج بوعريريج، 2018.

14- عباس العيودي، إثبات الموطن في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد 25، 2010.

15- عصماني ليلى، نظام التقاضي الالكتروني آلية لإنجاح الخطط التنموية، مجلة الفكر، جامعة وهران2، العدد 13.

16- لرقط فريط، هوام علاوة، التقاضي الالكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الاعمال، جامعة باتنة، المجلد 6، العدد 04، 2021.

17- محفوظ عبد القادر، التقاضي الالكتروني في التشريعات المقارنة، مجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة وهران 2، المجلد 12، العدد 03، 2021.

18- مها نصيف جاسم، رشا عامر صادق، التفاوض الالكتروني، مجلة مداد الآداب، العدد الخامس عشر، الجامعة العراقية، كلية القانون والعلوم السياسية.

19- ميهوب علي، غول سليمة، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، المجلد 1، العدد 1.

20- يونس عرب، المركز العربي للقانون والتقنية العالمية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي اقامته منظمة الإسكوا، الأمم المتحدة خلال فترة 810 شيرين الثاني 2000 ببيروت، لبنان.

رابعا: الرسائل والمذكرات

1. أمال حابت، إستغلال خدمات الإنترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

2. آيت عبد الوهاب فهيمة، خرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 20162017.

3. بربورة شوقي سفيان، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مذكرة نيل شهادة الماستر، قانون الاعمال، كلية العلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2019-2020.

4. بوخالفة عبد الكريم، نطاق تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، علاقات خاصة دولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014،2015.

5. تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2010،2011.

6. حميشي هنية، الإرادة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، 2016.

7. خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم المعاملات التجارة الالكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

8. خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون دولي، تخصص قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه في القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010/04/28.

9. ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 20172018.

10. علي رسول، تنازع الاختصاص القضائي الدولي وأحكامه في القانون العراقي، رسالة ماجستير، القانون الخاص، كلية القانون، جامعة كوبة، العراق.

11. قسنطيني حدة صبرينة، العقد الإلكتروني الإنعقاد والإثبات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2011، 2012.

12. القواسمي بيان إسحاق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة بيروت، 2007.

13. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2011/2010.

14. مسعودة دير، القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 20152016.

15. مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماستر، قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، 2018،2019.

فهـــرس المحتويـــات

فهـــرس المحتويـات

إهـداء.....

إهداء.....

شكر وعرفان .....

قائمة المختصرات.....

المقدمة..... أ

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني..... 6

المبحث الأول: مدى صلاحية مناهج التنازع للتطبيق على العقد الإلكتروني..... 7

المطلب الأول: حالات اتفاق الأطراف (مبدأ سلطان الإرادة)..... 7

الفرع الأول: كيفية تحديد قانون الإرادة (أشكالها)..... 8

الفرع الثاني: وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....12

المطلب الثاني: حالات عدم اتفاق الأطراف.....15

الفرع الأول: الضوابط الجامدة.....16

الفرع الثاني: الإسناد المرن.....21

المبحث الثاني: ضرورة وجود قانون موضوعي يحكم العقد الالكتروني 24

المطلب الأول: ماهية القانون الموضوعي الذي يحكم العقد الالكتروني.....25

الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي وخصائصه.....25

الفرع الثاني: مصادره.....28

المطلب الثاني: مدى تمتع القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني 35

الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول وجود قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني.....35

الفرع الثاني: تقييم القانون الموضوعي الإلكتروني.....38

الفصل الثاني: الجهة القضائية المختصة بتسوية نزاعات عقود التجارة الإلكترونية:.....45

المبحث الأول: مدى ملائمة مبادئ تنازع الاختصاص القضائي الدولي للتطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني.....46
المطلب الأول: مبادئ الاختصاص القضائي الدولي 47
الفرع الأول: حالات اتفاق الأطراف.....47
الفرع الثاني: حالات عدم الاتفاق.....48
مطلب الثاني: إعمال ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.....51
الفرع الأول: الصعوبات التي تواجه إعمال ضوابط الاختصاص القضائي الدولي.....51
الفرع الثاني: الحلول المطروحة لمواجهة صعوبات إعمال ضوابط الاختصاص القضائي....53
المبحث الثاني: الوسائل الإلكترونية لفض نزاع في عقود التجارة الإلكترونية:.....57
المطلب الأول: التقاضي الإلكتروني والوسائل الإلكترونية البديلة لفض المنازعات 57
الفرع الأول: التقاضي الالكتروني.....58
الفرع الثاني: الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات.....62
المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني.....67
الفرع الأول: ماهية التحكيم الالكتروني.....68
الفرع الثاني: الإجراءات المعتمدة في التحكيم الإلكتروني 73
الخاتمة.....80
قائمة المصادر والمراجع.....82
قائمة المصادر والمراجع.....83
فهـرس المحتويـات.....91

الملخص:

يعيش العالم الآن تطوراً كبيراً من الناحية العملية وهذا بدخول شبكة الانترنت التي أصبحت تمثل نقطة اتصال بين جميع أنحاء دول العالم في جميع المجالات كانت، سياسية أو اقتصادية أو تجارية ، وبحديثنا عن هذه الأخيرة نجد أنها تشكل مجالاً واسعاً من حيث نطاقها حيث تتيح للمتعاملين في دول العالم عرض جميع منتجاتهم وسلعهم إلكترونيا لا ورقياً يعني لاوجود مادي وفعلي للأطراف، بالتالي قد تحدث تجاوزات من هذه الناحية ويحدث النزاع بين لأطراف المتعاقدة ويصعب حله او تكييفه، وهذا ما تطرق له المشرع الجزائري وبعض القوانين الأجنبية حول القانون الواجب التطبيق عليهم والجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع.

Sommaire

Aujourd'hui, le monde connaît un grand développement et évolution sur le plan pratique grâce à l'internet qui est devenu un point de contact entre toutes les parties du monde dans tous les domaines qu'ils soient politiques , économiques ou commerciaux , produits et marchandises par voie électronique et non sur papier, ce qui signifie qu'il n'y a pas d' existence physique et réelle des parties donc des abus peuvent survenir à cet égard et des conflits peuvent survenir entre les parties contractantes , il est difficile à résoudre ou à adopter , c'est ce qu'ont abordé le législateur algérien et certaines lois étrangères sur la loi qui leur est applicable et l'autorité judiciaire compétente pour connaître des litiges.

تمّ بحمد الله