الجمهوريـــة الجزائريـــة الديمقـــراطية الشعبية

جامعة الشادلي بن جديد - الطارف

كليـة الحقـوق

مذكـــرة بعنـــوان

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة ماستر أكاديمي في تخصص:

قانون أعمال

إعداد الطالبة:

خياري شيماء كريمة

تحت إشراف الأستاذة:

أمزيان

لجنة المناقشة:

اسم ولقب الأستاذ(ة)	الرتبة	الصفة
د/ خوالدية فؤاد	أستاذ محاضر –أ-	رئيسا
أ/ أمزيان كريمة	أستاذ مساعد –أ-	مشرف (ة)
أ/ العمري زقار	أستاذة مساعد –أ-	ممتحن (ة)

السنة الجامعية: 2020-2021

إهداء

أيام مضت من عمري بدأتها بخطوة وها أنا اليوم أقطف ثمار جهدي وسهري ، مسيرة أعوام كان هدفي فيها واضحا وكنت أسعى كل يوم لتحقيقه والوصول له مهما كان صعبا ، أتشرف بإهداء البحث والعمل العلمي إلى : جدي رحمه الله وإلى جدي سالمي بشير أطال الله في عمره

وإلى والدي الكريم الذي بذل الغالي والنفيس لأصل إلى هذا المقام ولم يذخر أي جهد في مساندتي في مشواري الدراسي، و والدتي العزيزة التي دائما كانت تتمنى أن ترى ابنتها في القمة وكانت دعما لي بالدعاء، أطال الله في عمركما.

وإلى إخوتي : سارة ، زياد ، محمد أمين ، إلياس

إلى صديقاتي: سهام، سميرة، حنان، نسرين، هدى، حواء

ولكل كبير وصغير من أفراد عائلتي : الأعمام والأخوال

إلى زوجة خالي ليندة وإلى ابنها يحي

إلى البراعم الصغار: تقي الدين، معتز، مرام ، والتوأم آية الرحمان ، هبة الرحمان

﴿ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ
وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ﴾

صدق الله العظيم

المجادلـــة الآية ﴿11﴾

شكـــــــر وعرفـــان

الحمد لله والشكر لله الذي وفقني وأعانني على إتمام هذه المذكرة، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أتقدم بالشكر الخالص لقدوتي الأستاذة أمزيان كريمة المشرفة على مذكرتي التي شجعتني ووقفت وراء هذا العمل المتواضع بكل مجهداتها ونصائحها القيمة التي انارت طريقي وقومت مساري إلى رمز العلم ، العمل والالتزام .

كما أتقدم بالشكر والعرفان لأساتذة أعضاء لجنة المناقشة عرفان وتقدير والذين أناروا دربي خلال مشواري الدراسي في كلية الحقوق لجامعة الشادلي بن جديد وإلى كل من مد يد العون والمساعدة في سبيل انجاز هذا العمل المتواضع

ونسأل الله تعالى أن يوفق الجميع للعلم النافع والعمل الصالح.

قائـــــمة المخـــــتصرات

الاختصار	الدلالة
ص	صفحة
د.م.ن	دون مكان نشر
د.ت.ن	دون تاريخ نشر
د.س.ن	دون سنة نشر

مـــقدمـــة

يشهد العالم في الآونة الأخيرة تطورا كبيرا في مجالات عدة لاسيما مجال المبادلات التجارية التي أصبحت تتم إلكترونيا وهو ما يطلق عليه بالتجارة الإلكترونية هذه الأخيرة ينشأ عنها عقود إلكترونية بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني .

وتتميز عقود التجارة الإلكترونية بالطابع الدولي وكذلك بالطبيعة اللامادية بحكم أنها تبرم عبر وسائل إلكترونية عن طريق التفاوض بين الأطراف المتعاقدة وعن بعد في مجلس افتراضي وتبادل المعلومات بسرعة كبيرة ، غير أن العديد من التحديات تفرض نفسها على النظم القانونية المنظمة لهذا النوع من التجارة أهمها التعاقد عبر شبكة الانترنت كالتعبير عن الإرادة ، وتطابقها عن طريق تبادل وسائل البيانات ، مختلف أشكال الجرائم التي تحدث يوميا في فضاء التجارة الإلكترونية ، يدعو إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق سواء بالنسبة إلى المحكمة المختصة للنظر في النزاع القائم أو النصوص القانونية التي تتماشى معها .

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية هذا الموضوع في معرفة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من خلال دراسة قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية ، نظرا للتوسع الكبير للتجارة الإلكترونية مع ضرورة قيام نظام قانوني يحكمها يحمي جميع المتعاملين في حضورهم و غيابهم .

أسباب اختيار الموضوع :

1- محاولة معرفة القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية .

2-إلقاء الضوء على ما توصلت إليه التشريعات القانونية و القواعد التي اخترتها للتطبيق .

3- الميل الشخصي لخوض في هذا الموضوع والرغبة في التعمق فيه.

أهداف الدراسة :

1- تسليط الضوء على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية كون الموضوع موضوع الساعة

2-تهدف الدراسة كذلك إلى معرفة أبرز النصوص القانونية والآراء الفقهية والقضائية الدولية والمحلية التي طبقت على هذا النوع من العقود أو تناولت هذا الموضوع .

الإشكالية :

من خلال ما سبق ونظرا للأهمية البالغة التي يكتسبها الموضوع تكون إشكالية الدراسة كما يلي :

ما هي القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تستوجب الدراسة الاعتماد على عدة مناهج :

المنهج الوصفي وذلك من خلال التعرض إلى بعض التعريفات كمفهوم الإرادة ومفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني ومفهوم الوساطة ومفهوم التحكيم الإلكتروني . وكل هذه المفاهيم تخدم الموضوع ، كذلك المنهج التحليلي المعتمد في تحليل بعض النصوص القانونية ذات صلة بالموضوع البحث .

كذلك تمت الاستعانة في بعض الأحيان وذلك في أجزاء البحث بالمنهج المقارن كل ما تطلب الموضوع الإشارة إلى التشريعات المقارنة.

في محاولة للإجابة عن إشكالية البحث وإعطاء الموضوع حقه من الدراسة ارتئينا تقسيم الموضوع إلى فصلين سنتطرق في الفصل الأول إلى تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية.

الفصل الأول

الفصل الاول :تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية

كل الأنظمة القانونية تقوم على نظام ثنائي من خلاله يمكن أن يحدد القانون الواجب التطبيق على العقود بين الأطراف ذات العنصر الأجنبي، يمكن حصر هذا النظام في حالتين:

الحالة الأولى : تتمثل في وجود اتفاق حول تحديد القانون الواجب التطبيق أما الحالة الثانية تتمثل في عدم وجود اتفاق بين الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق خاصة في حال وجود نزاع بين الأطراف وهو نفس الشيء الذي ينطبق ويظهر عقود التجارة الإلكترونية ، وعليه سنتناول في هذا الفصل تطبيق معيار الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق ضمن المبحث الأول أما المبحث الثاني سوف نتطرق إلى عراقيل تطبيق قواعد الإسناد .

المبحث الأول :تطبيق معيار الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق

يشهد العالم اليوم تطور هائل في مجال المعلومات والاتصالات أبرزها الانترنت وأهم استخدام لهذه الوسائل الحديثة للاتصال هو عملية تبادل المعلومات ونقلها بين الأطراف دون اللجوء إلى العالم الواقعي والحقيقي ، وعليه أدى استعمال واستغلال هذه الأخيرة كأداة للتعبير عن الإرادة وفي إبرام العقود وكذا معظم المعاملات التجارية بين الأفراد المتواجدين في أقاليم مختلفة ، وهذا ما اصطلح عليه بالعقود الإلكترونية .

وقد استقرت القواعد القانونية على خضوعها لقانون إرادة الأطراف المتعاقدة إما الصريح أو الضمني ليكون هو الواجب التطبيق على العقد وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين هما :

المطلب الأول :تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود التجارة الإلكترونية

أما المطلب الثاني :تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول: تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود التجارة الإلكترونية

إن أطراف العقد يتمتعون بحرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وعليه فإن القاضي الوطني ملزم باحترام ذلك الاختيار. فهذه القوة الإلزامية تطورت كثيرا، بحكم تنازع الفقهاء كثيرا حول مسألة جواز تكريس قانون الإرادة حيث انقسم بين مؤيد ومعارض، وعليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى فرعين

(الفرع الأول): مفهوم قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية أما

(الفرع الثاني): كيفية تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية في مجال عقود التجارة الإلكترونية[1]

الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية :

المقصود بالإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة وليس الإرادة المنفردة لأحد الأطراف، فعندما تدخل في مفاوضات عقدية ينتهي دور الإرادة المنفردة وتبدأ إرادة الطرفين في التوحد والتفاعل في هذه المرحلة للوصول لإرادة مشتركة وموحدة [2].

ويقصد ب "قانون الإرادة" في القانون الدولي الخاص ، القانون الذي تم اختياره من طرف المتعاقدين صراحة أو ضمنيا ، وكذلك هو القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية بالرجوع إلى إرادة الأطراف حيث أن دور الإرادة ينحصر في تعيين القانون وليس تحرير العقد من سيطرة القانون[3] .حيث نصت

[1]مناصف أمين ، سعدي سامية ، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر ، جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس كلية الحقوق والعلوم السياسية ،-2018 2019 ،ص 5 .

[2]ضياء الدين ناصر إسماعيل ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2017 -2018، ص6.

[3]مناصف أمين ، سعدي سامية ، مرجع سابق ،ص3.

المادة 18 من القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني 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 غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه " [1]

من خلال ما سبق يفهم أن ضابط الإسناد الأول في الحالة الأولى ضمن العقد يتمثل في قانون الإرادة للأطراف المتعاقدة في القانون المختار ويتم تحديد ذلك من خلال بنود العقد أو في ملحق العقد يتضمن تحديد القانون . أما في الحالة الثانية تتمثل في حال تحديد قانون الإرادة في هذه الحالة يتم إعمال ضابط الإسناد الثاني الذي نص عليه المشرع المدني بقانون الموطن المشترك . أما في حالة عدم إتحاد الموطن فيتم البحث عن ضابط إسناد يتماشى وهذا الوضع وهذا ما حدده المشرع بقانون محل إبرام العقد الذي يطبق على العقد في حال قيام نزاع [2]

من جهة أخرى فإن تحديد القانون من قبل الإرادة يقوم على أي علاقة قانونية أخرى . في حال توافر موطن مشترك بين المتعاقدين أم لم يكن فهذا لا يؤثر على الإرادة بحكم أن قانون الإرادة يسمو على شتى ومختلف القوانين الأخرى بشرط واحد يتمثل في عدم خروج قانون الإرادة عن المضمون العام للقواعد القانونية التي تسعى إلى تنظيم المجتمع في حين يكون الاختصاص القضائي تابع كليا إلى محكمة الموطن المختار وذلك بناء على إرادة الأطراف المتعاقدة التي حددتها المحكمة التي يتم اللجوء إليها في حال قيام نزاع بين الأطراف المتعاقدة [3]

الفرع الثاني: تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية في مجال عقود التجارة الإلكترونية

[1] *المادة رقم 18 من القانون المدني ، الأمر رقم 75- 58 ، المؤرخ في 1975/06/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون 05-10 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 44 لسنة 2005 .*

[2] محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، د.م.ن ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، د.ت.ن ،ص 129

[3] محمد فواز المطالقة ، مرجع سابق ، ص 129.

إن تحديد إرادة المتعاقدين تعتبر من الأمور البسيطة إلا أن هذا الاختيار يلحق به أمور عدة وهي الأساس في اختيار المتعاقدين للقانون ، فاختيار هذا القانون يكون في فترة معينة من مراحل العقد وعليه فهنالك تساؤل يطرح حول ما إذا كان القانون المتفق عليه بين الأطراف يتم تطبيقه على المرحلة السابقة للإبرام العقد أم هل هو فقط لمرحلة التعاقد أثناء الإيجاب والقبول ؟

أما في حالة اختيار قانون الإرادة فيتم ذلك من خلال الاختيار الصريح وكذلك الضمني في حالة عدم التحديد بشكل صريح ولم يتم التوصل ضمنيا إلى قانون العقد.

أولا – الاختيار الصريح والضمني للقانون الواجب التطبيق

أ–الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق :

المقصود بالاختيار الصريح ، الإدارة الحقيقية والمعلن عنها صراحة في العقد وذلك بأن يتفق المتعاقدان بعبارات صريحة على القانون الذي يحكم عقدهم ، وعليه يعتبر تحديد القانون الذي اختاره الأطراف في العقد التجاري من بين الشروط الأساسية لنجاح الروابط التجارية ، وعليه فهو راجع لما توفره من أمان للمتعاقدين حيث يعتبر الاختيار الصريح دليل يقيني لا يفتح أي مجال للشك[1].

حيث أتاح المشرع للأطراف العقد الحق باختيار القانون الذي ينظم عقدهم ، أو تحديد القانون الذي يتماشى مع العقد ، وعليه من الضروري أن يقوم طرفا العقد بممارسة وتفعيل هذا الحق الذي منحه لهما وكذلك تحديد قانون أية دولة والقواعد الموضوعية التي تم اختيارها لتطبق على العقد في حالة وجود منازعة وهذا ما يطلق عليه أساسا الاختيار الصريح لقانون العقد[2].كما أنا شبكة الانترنت لم تستحدث عقودا جديدة ، وإنما تم استحداث ابرز الوسائل التي يتم من خلالها إبرام العقود ، فهي في اغلب الأحيان لا تخرج عن النطاق القانوني لنظرية العقود و عادة ما تكون ضمن العقود المسماة التي حددها المشرع ،في مقابل هنالك بعض العقود المستحدثة ظهرت مع وجود الشبكة العنكبوتية التي لا

[1]مناصف أمين – سعدي سامية ، مرجع سابق ، ص 12.

[2]محمد فواز مطالقة ، مرجع سابق ، ص 139.

يمكن تجاهلها ،مثل عقود تزويد الشبكة ،وعليه جل العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت تعتبر عقود دولية .

من جهة أخرى فإن إدراج تحديد القانون على صفحة الموقع الخاصة بالمزود فإن هذا الشرط يكون مقابل لتعديل في حالة عدم الاتفاق عليه ، وعليه يبقى التحديد يؤدي دائما إلى الحد من النزاعات التي من الممكن أن يتعرض إليها الأطراف المتعاقدة مستقبلا[1] .

ب- الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق :

ويقصد بالاختيار الضمني ،أن تكون إرادة الأطراف المتعاقدة سرية غير معلنة ومكشوفة ، دون أن يتبادر للذهن أن الإرادة غير موجودة أصلا وهنا يظهر دور القاضي في البحث واستنتاج هذا القانون المختار [2].

تماما مبدأ استقرار العقد كما أنه لا يمثل انتهاء دور الإرادة في تحديد قانون العقد ، بحكم أنه في حالة عدم توفر إرادة صريحة ومباشرة ، فإنه يتم التعامل مع مضمون العقد والبحث في بنوده عن الإرادة وكذلك القانون الواجب التطبيق وما يطلق عليه بالاختيار الضمني وعليه يتم استنباط القانون من بنود العقد التي تميل في المضمون إلى نظام قانون لبلد محدد.

من جهة أن المشرع المدني المصري انفرد عن الأردني . بأنه نص على إمكانية الاختيار الضمني لقانون العقد بناء على ظروف العقد ، في حالة عدم تحديد قانون العقد وذلك من خلال أركان العقد و الآثار المترتبة من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق ضمن الظروف سابقة الذكر[3]

[1] محمد فواز مطالقة ، مرجع سابق ، ص 139.

[2] مناصف أمين – سعدي سامية ، مرجع سابق ، ص 12.

[3] محمد فواز المطالقة ، مرجع سابق ، ص 140

المطلب الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية

في حالة لم يكن اتفاق بين أطراف عقد التجارة الإلكترونية على تحديد القانون الذي يحكم عقدهم ، فإن القاضي لا يجوز له أن يمتنع عن الفصل في النزاع المعروض عليه ، فإن فعل فإنه يعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة .

كما لا يجوز للقاضي هنا أن يتجاهل القوانين لاسيما تتزاحم لحكم الرابطة العقدية محل النزاع ، ويمنح الاختصاص في هذه الحالة مباشرة لقانونه الوطني مما يتعين عليه الاجتهاد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر لما يقصد المتعاقدان .

غير أن القاضي هنا لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، بل يعمل على فرض إرادة غير موجودة فعلا ويعمل على تقيمها بناء على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية نفسها وهي ما اصطلح عليها بالإرادة المفروضة وعليه فإن القاضي هو من يحدد قانون العقد وليس إرادة المتعاقدين [1].

حيث يقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية إما باستناد هذه الرابطة العقدية إلى ضوابط جامدة ، ومعلومة سلفا للمتعاقدين كمكان إبرام العقد أو تنفيذه وكذا الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك ،أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد[2].

وعليه سوف تقسم هذا المطلب إلى فرعين هما :

الفرع الأول : الإسناد الجامد للرابطة العقدية

الفرع الثاني : الإسناد المرن للرابطة العقدية

[1] لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، الجزائر دار الهدى ، د .ت. ن ص 203- 204

[2] لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 204

الفرع الأول : الإسناد الجامد للرابطة العقدية :

يعتبر هذا المعيار مركز ثقل في شتى العقود باعتباره ثابت ولا يتغير بتغيير العقد ، وهو ما ينحصر عادة إما في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه .

وعليه فقد اتجه فقه القانون الدولي الخاص سلفا إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد في حال غياب اتفاق الأطراف بموجب هذه الضوابط الثابتة[1] .

أولا–ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة :

أ–ضابط الموطن المشترك :يعتبر ضابط الموطن المشترك حسب التشريعات الداخلية للدول وحسب المشرع المصري الذي أشار في المادة 40 من القانون المدني المصري الذي قام بتعريف الموطن على أن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى منها في حين أنه يجوز أن يكون لشخص أكثر من موطن وذلك في نفس الوقت من جهة أخرى أنه يجوز له أن لا يكون له موطن معين وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من هذه المادة .

أما المشرع الجزائري فقد نص ضمن أحكام المادة 36 من القانون المدني إلى تعريف الموطن على أنه المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي ،وعند عدم وجود السكن فان محل الإقامة العادي يحل محل الموطن، كما نصت أحكام الفقرة الثانية في المادة36على عدم جواز أن يكون لشخص أكثر من موطن في نفس الوقت[2] .

[1]سالم عبد الكريم ، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية ، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية العدد 02، 2018.ص 76

[2]مناصف أمين–سعدي ،مرجع سابق ،ص39

ومن أنواع محل الإقامة التي تم استخلاصها ما يلي :

-محل الإقامة الأصلي: يعتبر أول محل إقامة للشخص والذي ينظر إلى محل إقامة والديه في وقت ولادته بحكم أنه المكان الذي ولد فيه .

محل الإقامة الاختياري: وهو المحل الذي يتم اكتسابه وفق شيئين يتمثلان في، الأول الإقامة الحقيقية لبلد معين أما الثاني يتمثل في نية الإقامة في هذا البلد[1].

ب-ضابط الجنسية المشتركة : تعد الدولة صاحبة الاختصاص الأصلي للجنسية ،وهذا ما جاءت به اتفاقية لاهاي لسنة 1930 التي تعتبر هذه الاتفاقية مصدرا للأحكام القانون الدولي الخاص ، في حين نصت أحكام ميثاق الأمم المتحدة على عدم التدخل في الأمور التي تعتبر من صميم السلطات الداخلي لدولة ما ، فإن كل شخص لديه جنسية من خلالها نعرف ما إذا كان وطني أو أجنبي ومن هنا يتم تحديد الحقوق والواجبات لكافة الأفراد وبالتالي خضوعهم لقانون الدولة . فكل شخص يحمل جنسية تلك الدولة لا بد له من معرفة قوانين ونظم تلك الدولة ولا يحق له أن لا يعذر بجهل القانون ومن ثمة يكون تحت مسؤولية توقفه لنتائج وعواقب تصرفاته حتى التصرفات الإدارية وعليه فإن الجنسية تعتبر من ضوابط الإسناد التي يستدل بها القاضي على القانون الواجب التطبيق [2] ويحكم أن أغلب القوانين بما فيها القانون الجزائري الذي جعلت من الجنسية المشتركة من بين الضوابط الاحتياطية التي أعتمد عليها لتعيين القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وذلك في حالة عدم تحديده من قبل الأطراف المتعاقدة إلا أنه تعرض إلى انتقادات أهمها أنه لا يعتبر ضابطا مؤثرا كما يصعب تطبيقه في ميدان التجارة الإلكترونية وذلك لصعوبة تحديد هوية الأطراف بالإضافة إلى مكان تواجد الأطراف وقت إبرام العقد[3].

---

[1]أبت عبد الوهاب فهيمة ، خرفلاوي سهلية ،القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2018 -2017،ص26 .

[2]مناصف أمين – سعدي سامية ، مرجع سابق ص 40 -41.

[3]*ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد ، مرجع سابق ، ص 24.*

أولا – ضابط بلد الإبرام أو بلد التنفيذ :

أ– ضابط بلد الإبرام :لقد اهتم القضاء بهذا الضابط وأعطاه أهمية كبيرة خاصة القضاء الفرنسي الذي يعطي الأولوية في التطبيق لقانون مكان الإبرام حيث كان هذا الأخير هو نفسه مكان التنفيذ وذلك بأن يتم إخضاع تكوين وصحة العقد لقانون مكان انعقاده . في حين نجد أن المشرع الوطني لأغلب الدول التي أعطت أهمية لهذا الضابط لكن مع اختلافها في مدى إعطاءه الأولوية عن باقي الضوابط الأخرى ، حيث نجد المشرع الجزائري اعتمد على هذا المعيار وذلك في حالة انتفاء الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة ، وهذا ما نصت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها :"وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد"[1].

ب–ضابط بلد التنفيذ : لقد ذهبت أحكام القضاء الفرنسي الحديث إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ ، في حين تبنت عديد من الدول هذا الضابط مثل : محاكم اليابان ، محاكم الصين ، وكذلك إلى أن تطبيق قانون دولة التنفيذ يعتبر بعيدا عن التركيز الطبيعي للرابطة العقدية الذي من خلاله يمكن تحقيق مصالح المتعاقدين والغير كذلك .

في حين أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الضابط في المادة 18من ق.م.ج بل اكتفى بالنص على الموطن المشترك والجنسية المشتركة وكذلك مكان إبرام العقد وعليه لقد لاقى ضابط محل التنفيذ صدى كبير وذلك في فقه القانون الدولي الخاص غير أنه في مجال التجارة الإلكترونية لقي هذا الضابط الكثير من الصعوبات خاصة في العقود التي ينفذ في أماكن كثيرة وهذا ما جعله خاضع لكثير من القوانين[2] .

[1] مناصف أمين – سعدي سامية ، مرجع سابق ،ص 43

[2] سالم عبد الكريم ،مرجع سابق ،ص 77.

الفرع الثاني : الإسناد المرن للرابطة العقدية (معيار الأداء المميز)

يقوم هذا المعيار على فكرة مفادها تنوع معاملات العقود وكذا تحديد القانون الذي يحكم العقد ، فبما أن هذا الأخير تتنوع وتتعدد التزاماته إلا أن أحد هذه الالتزامات في العقد هو الذي يميز العقد وكذا يعبر عن جوهرة بهدف تحديد القانون الواجب التطبيق .

فهناك بعض الفقهاء من بينهم الأستاذ (van over Straeten) الذي عرفه بأنه :"ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا " وعليه يتضح لنا أن ضابط الأداء المميز في العقد هو قانون دوله محل إقامة المدين على اعتبار هذا الأخير الملزم بالأداء والذي يجب الاعتماد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد .

ويعتبر الأداء مميزا من خلال التزام البائع بتسليم المبيع وكذا التزامه بنقل الملكية وعلى هذا المنوال تعتبر هذه الأداءات مركز الثقل الاجتماعي والاقتصادي[1] وعليه فإن الإسناد في نظرية الأداء المميز خاصيته الأساسية تكمن في كونه ليس واسعا أو غير محدد و إنما يعتبر إسنادا مقيدا وأن محل تنفيذ هو محل إقامة المدين بهذا الأداء فقط[2] .

كما أن ضابط الأداء المميز يعد من أبرز المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية ، حيث أن العديد من تشريعات القانون الدولي الخاص تبنت هذا الضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية وذلك منعا من اللجوء إلى إسناد الرابطة التعاقدية لضوابط جامدة في حين نجد المادة 39 من قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة 1994 قد نصت على أنه "إذا لم يتفق

[1]–أيت عبد الوهاب فهيمة ، خرفلاوي سهيلة ، مرجع سابق ، ص 45 .

[2]–ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد ، مرجع سابق ، ص 27.

الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع"[1].

أولا : موقف القضاء من نظرية الأداء المميز

لقد تبنت العديد من التشريعات فكرة الأداء المميز للعقد ، نذكر منها ما جاء به القانون الدولي الخاص السويسري الجديد وذلك عام 1987 هذا الأخير أسس على أن الأداء المميز في العقد يتمثل في محل إقامة المدين بهذا الأداء ، وهذا في حالة عدم اختيار المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على عقدهم حيث تخضع الرابطة العقدية للقانون الأكثر صلة بالعقد وذلك طبقا بما جاء في نص المادة117 [2] .

ثانيا : موقف الاتفاقيات الدولية من نظرية الأداء المميز :

يعتبر ضابط الأداء المميز أحد أبرز الأسس لقانون التجارة الدولية التي قامت عليها اتفاقية لاهاي وذلك في 22 ديسمبر 1986 والخاصة بالقانون الواجب التطبيق البيوع الدولية للمنقولات التي جاءت بها المادة الثالثة ، حيث دعت هذه المادة وذلك بمحل الإقامة العادية وكذلك مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيس لاختيار القانون الذي يحكم العقد[3] .

في حين نجد اتفاقية روما لعام 1980 وذلك طبقا لأحكام المادة 4 منها ، التي حددت مفهوم الأداء المميز وذلك في الحالات التالية :

-أن العقد يرتبط أساسا بالبلد الذي يتم من خلاله الوفاء بالالتزامات التعاقدية

-في حالة ما إذا كان الشخص الملتزم شركة ،فانه يرجع إلى البلد الأم الموجود فيه الشركة

[1] لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 215.

[2] أيت عبد الوهاب فهيمة –خرفلاوي سهيلة ، مرجع سابق ، ص 48-49.

[3] ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد ، مرجع سابق ، ص 28.

-في حالة كان محل العقد بمثابة منقولات ،فان العقد يكون أكثر ارتباطا بالمكان الموجود به المنقولات

ونستنتج من النصوص سالفة الذكر أن احترام توقعات الأفراد هو من ابرز الغايات التي يهدف إليها القانون الدولي الخاص ،وعليه لابد من عدم التضحية بالأمان القانوني ،إلا في ظروف استثنائية التي من خلالها تعمل على تبرير الخروج من قاعدة الإسناد لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز و ذلك من اجل أن لا تؤدي اعتبارات المرونة المتطلبة في الإسناد إلى الوقوع بالتوقعات المشروعة للمتعاقد[1].

المبحث الثاني : عراقيل تطبيق قواعد الإسناد

تمثل قواعد الإسناد الأسلوب الأمثل والمعتاد لفض مشكلة تنازع القوانين في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ،غير إن ظهور التجارة الالكترونية التي تتميز بصفات غير معروفة في القعود التقليدية والتي من خلالها تستند في إبرامها إلى وسائل الاتصال المتطورة عبر الشبكة الرقمية جعل فقهاء القانون الدولي الخاص يعيدون النظر في بعض أفكارهم التقليدية و التي ترتكز عادة على المنهج التنازعي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية غير أن هذا المنهج بمجرد إسقاط ضوابطه على المعاملات الالكترونية ،اظهر الكثير من المشكلات والصعوبات الفنية والقانونية ،منها ما يتعلق بتطبيق قانون الإرادة سواء من خلال الاختيار الصريح أو الضمني ،و منها ما يتعلق بتطبيق الضوابط الجامدة كالجنسية والموطن و مكان إبرام العقد وتنفيذه ،وعليه فان قواعد الإسناد ترتكز على مرتكزات سياسية و مكانية لا تتماشى و البيئة الافتراضية لعقود التجارة الالكترونية .

نتطرق في هذه النقطة إلى دراسة صعوبة تطبيق قواعد الإسناد في عقود التجارة الالكترونية (المطلب الأول) أما (المطلب الثاني) سوف نتطرق إلى تفادي صعوبات تطبيق قواعد الإسناد.

[1]أيت عبد الوهاب فهيمة –خرفلاوي ،مرجع سابق،ص49-51-52.

المطلب الأول: صعوبة تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الالكترونية

18[1]على عقود التجارة يظهر من خلال تطبيق قواعد الإسناد الواردة في نص المادة من القانون المدني الالكترونية تعارض مع الخصوصية التي تنفرد بها فهذا النوع من العقود تتم في فضاء غير واقعي افتراضي ومن خلاله يتم فيه إبرام العقود ومن ثمة تنفيذها بنفس الطريقة وهذا لا يتماشى مع التركيز [2] بحكم أن التعامل من خلال التجارة الالكترونية يتم عادة بين المكاني الذي تقوم عليه قواعد الإسناد نظم وكذا مواقع الكترونية لا تستند إلى المكان كأداة جوهرية لقيامها و هذا ما يصعب معه تحديد [3].مكان إبرام العقد و تنفيذه وكذلك موطن وجنسية الأطراف

الفرع الاول: صعوبة التركيز او التوطين المكاني

[4] غير أن هذه الأخيرة يتم إبرام عقود التجارة الالكترونية عن طريق عدة وسائل أهمها شبكة الانترنت تشكل صعوبة تتمثل في تجاوز الشبكة كل حدود الدول ،و في نفس الوقت تعتبر مفتوحة للاستعمال للجميع دون شرط الارتباط بأي مكان ،وعليه هنا تظهر صعوبة إعمال ضوابط الإسناد المكانية المنصوص عليها في نص المادة 18من القانون المدني ،و من خلال هذا فان عنصر المكان غائب فعليا على الانترنت ،كأن يكون مقر إدارة الشبكة في مكان أخر و صاحب المتجر الافتراضي في مكان ثالث ،في حين يتوطن المشتري في بلد أخر ،و يتم تنفيذ العقد في عدة دول وعليه فان هذه الصعوبة تظهر كلما ارتبط الإسناد بضابط مكاني

---

[1]تنص المادة18 من القانون المدني المتعلقة بالالتزامات التعاقدية على انه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد .

–و في حالة عدم إمكان ذلك ،يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

– في حالة إمكان ذلك ،يطبق قانون محل إبرام العقد

غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه ".

[2]فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز ،الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2008،ص690.

[3]محمد إبراهيم أبو الهيجاء ،التحكيم الالكتروني ،الوسائل الالكترونية لفض المنازعات الوساطة التوفيق ،التحكيم والمفاوضات المباشرة ،دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ،2009،ص126 .

[4]محمد إبراهيم أبو الهيجاء،مرجع سابق،ص126

كما أن الصعوبة أيضا في حالة اعتماد المتعاقد لجهازه الخاص و هو في رحلة عابرة في إحدى وسائل النقل من جهة أو أن يستغل جهاز ملك للغير من مقاهي الانترنت.[1]

غير أن هنالك اختلاف ظاهرة حول المكان الذي يعتمد به كمحل للانعقاد من مكان المستضيف للموقع ،مكان إقامة المشتري و البائع و هذا ما يؤكد صعوبة تحقيق إسناد الرابطة العقدية لقانون البلد لعدم وجود و توافر الرابطة الحقيقية و الجادة بين العقد و كذا قانون محل إبرامه.[2]

غير أن التعامل من خلال المواقع الالكترونية على الانترنت بالدرجة الأولى يكون على العنوان الالكتروني فقط و ليس على العنوان الحقيقي للشخص وعليه فانه يدعو إلى الغموض للدلالة على العنوان الحقيقي للمتعاقد فان استعمال المواقع الالكترونية ماهي إلا مواقع دولية لا تنتمي إلى آية دولة لا تعطي دلالة للعنوان الحقيقي ،من جهة أخرى فان مواقع الويب تكون في حركة دائمة و المتعاقدة يمارس نشاطاته الاقتصادية بغض النظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمي الخدمات ،فكل هذه المواطن لم تكن مصممة بمنظور جغرافي وعليه فان القول بأن هناك موطن الكتروني هو أمر يحتاج بالضرورة إلى نقاش كبير وعليه فان الفكرة ككل لا ترقى و حقيقة الموطن كرابطة تجمع بين الشخص و المكان ،حيث يمكن القول أن المكان في العالم الافتراضي هو ضرب من الخيال لا غي.[3]

الفرع الثاني :صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة

[1] حليفي سمير،حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،جامعة مولود معمري تيزي وزو ،كلية الحقوق مدرسة الدكتوراه في القانون و العلوم السياسية 2009 – 2010 ،ص46.

[2] حليفي سمير ،مرجع سابق ،ص 166

[3] حوالف عبد الصمد ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ،العدد 31،د.ت.ن،ص 167

تتسم العناوين الالكترونية بأنها لا تظهر العنوان الحقيقي و الأصلي كذا أماكن تواجده لحظة إبرام العقد ،فهي تتصف بعدم التوطين و هذا الأمر يصعب الاعتماد عليه غالبا في العالم الافتراضي .

وعليه يغلب على الموطن عدم التركيز باعتبار أن العناوين الالكترونية للمتعاقدين عادة ما تكون في فترة زمنية مؤقتة ،فيكون تركيز الأداء على أساس الموطن المشترك لا يكون حقيقيا وفعالا ،بحكم أن المشترك قد يكون مرتبطا وذلك من خلال حاسب يقع عادة خارج موطنه المألوف[1]

كما أننا نجد أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة في عقود التجارة الالكترونية ،هذه الأخيرة يصعب تطبيقها و ذلك لضعف وقلة الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس و العقد كما أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد هي الأخرى لا تعد عنصرا جوهريا في عقود المعاملات الدولية ولا يمكن لها أن تعطي و تصلح وحدها لإعطاء الطابع الدولي على العقود[2]

المطلب الثاني: تفادي صعوبة قواعد الإسناد

إن التعامل عن طريق الانترنت يفرض قانون يتلأم مع التجارة الرقمية الحديثة هذا الأمر دفع الكثير من الجهات إلى التطرق إلى وضع قواعد لتنظيم هذه المعاملات بعرض فكرة الأداء المميز من اجل حل منازعات عقود التجارة الالكترونية حيث أن هذا المعيار يتسم بالسهولة وكذا المرونة للعلم به و يتماشى مع كل طوائف العقود كما أنه يتصف باحترامه لتوقعات الأطراف بتكريسه الحل المناسب طبيعة شتى العقود و يتصف أيضا بالثبات[3]

تتميز هذه الفكرة على أنه إسناد مسبق وقت إبرام العقد أي بمعنى مقيد على افتراض مسبق على انه يكون الأداة المميز هو محل إقامة المدين فلقد كسبت هذه الفكرة تأييد كبير من فقهاء التجارة

[1] حوالف عبد الصمد، مرجع سابق،ص167-168.

[2] خليفي سمير، مرجع سابق، ص 49.

[3] حوالف عبد الصمد ،مرجع سابق ،ص168.

الالكترونية و التي لا يلجأ إليها إلا في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون إما صراحة أو ضمنيا[1] و هذا حسب ما جاء به العميد باتيفول

لقد أكد فقهاء القانون الخاص المؤيدين لمنهج التنازع على الأحد بهذا المنهج لحل نزاعات عقود التجارة الالكترونية.

حيث أكدوا على عدم تكامل القواعد المادية للتجارة الالكترونية التي يحاول أنصارها الهروب من مناهج التنازع التي تتميز بالجمود والثقل وكذا فتح المجال من أجل ظهور قوانين جديدة تتماشى و طبيعة شبكة الانترنت ،كما أنهم حاولوا التأكيد على التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق قبل الخوض في مراحل إبرام العقد بالإضافة دعوا إلى ضرورة حماية العنصر الضعيف في مثل هذه العقود[2].

وبالنظر إلى هذه الفكرة فإنها تبقى فكرة غير كافية إطلاقا لمواجهة الكثير من الأرام التي تدعو إلى استبعاد مناهج القانون الخاص من أجل أن تبقى عاجزة على مسايرة تطور عالم الانترنت التي عملت هذه الأخيرة إلى خلق عالم افتراضي مقسم إلى مناطق الكترونية و شبكات مماثلة في هذه ضرورة وجود قانون موضوعي الكترونيا[3].

[1] خليفي سمير ،مرجع سابق ،ص 50.

[2] حوالف عبد الصمد ،مرجع سابق،ص169.

[3] خليفي سمير، مرجع سابق ،ص 51.

الفصل الثاني

الفصل الثاني: تطبيق القواعد المادية للتجارة الالكترونية

إن العقد التجاري الدولي يعتبر من قبيل العقود التي تتميز بطبيعة خاصة تفرض ضرورة تطورها وكذا ظهورها بعيدا عن القوانين الداخلية وعليه هذه الأخيرة تفرض البحث حول قواعد محكمة تنظم في مجال حركة التجارة الدولية ،و هذا الأخير ما دفع إلى إحياء قانون التجارة القديم لتظهر بعد ذلك القواعد المادية (الموضوعية) التي نشأت عن طريق التنظيمات و الاتفاقيات الدولية وغيرها المتفق عليها عادة في شتى النظم القانونية .على ذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ،كما يلي :

المبحث الأول سوف نتطرق فيه إلى القانون الموضوعي الالكتروني

أما **المبحث الثاني** خصصناه إلى الوساطة والتحكيم الالكتروني.

المبحث الاول :القانون الموضوعي الالكتروني

إن الواقع حاليا يشير إلى أن معظم الأدوات القانونية المتاحة الآن لا يمكن لها تقديم إطار قانوني للتجارة الالكترونية بحكم أن التكنولوجيا يتطلب وجود قانون خاص بالمعاملات الالكترونية ،غير أن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في التعاملات التي تتم عن طريق الانترنت تواجه صعوبات و كذا عراقيل قانونية .

و عليه فان هذا السبب أدى بالهيئات ذات العلاقة بالتجارة الالكترونية أن تبذل جهود بشأن اتخاذ جملة من التدابير لتنظيم التجارة الالكترونية فتتمثل هذه الجهود في القواعد المادية التي تعتبر كحل مباشر لكل المشكلات القانونية وهذا ما سيتطرق له في مطلبين:

المطلب الأول من خلال تناول مفهوم القانون الموضوعي بينما يفصل

المطلب الثاني حول مصادر مرجعية القانون الموضوعي .

المطلب الاول :مفهوم القانون الموضوعي الالكتروني

إن وجود قانون موضوعي خاص بالمعاملات التجارية الإلكترونية له صفة وميزة من خلالها يتم فيها إزالة العراقيل والمشاكل الخاصة التي تتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني من جهة وتنظيم حركة سير التجارة الإلكترونية من جهة أخرى وعليه سوف يتناول هذا المطلب فرعين الأول يتعلق (بتعريف القانون الموضوعي الإلكتروني) أما الثاني فيتضمن (خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني) .

الفرع الأول : تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني

يقصد بالقانون الموضوعي الإلكتروني ذلك القانون الذي يحكم موضوع النزاع فقط ولا يكون مرتبط بمكان اخر ومعين وعليه فهو قانون موضوعي إلكتروني Electronic suject specific law[1] ويتشكل من مجموعة قواعد موضوعية ظهرت نتيجة حملة من العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في مجتمع التجار الذين عادة ما تتم معاملاتهم إلكترونيا فهذه القواعد هي التي تعود المتعاملين عبر الانترنت الاعتماد عليها في كل القضايا التنظيمية وكذا الإشكالات التي يتعرضون إليها أثناء مراحل معاملاتهم العقدية حيث أن انتشار هذه القواعد وتطور استعمالها لاق قبولا واعترافا لدى القائمين على تنظيمها[2] .

كما يعرف أيضا :"ذلك القانون الذي يضع تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات صفة دولية ،وهو عبارة عن مجموعة من القواعد التي تمثل قانونا ذاتيا مستقلا وليس مرتبطا إطلاقا بالقوانين الوطنية "

[1] خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ،الإسكندرية ،دار الفكر الجامعي ، 2011 ،ص396

[2] خليفي سمير ، القواعد الموضوعية بتنظيم عقود التجارة الإلكترونية ،المجلة النقدية ، د.ر.ط ، د.ت.ص ،د.ت.ن ،د.س.ن ، ص 247-248

وهذا معناه أنها تتميز بطابعها غير الرسمي للتطبيق في مجال التجارة الإلكترونية[1] وتبعا لتنوع وتعدد تعاريفه فقد سمي بعدة تسميات منها :"القانون الإلكتروني " أو "قانون المعاملات الإلكترونية " ،"قانون المعلوماتية "أو "القانون الافتراضي" أو "القانون الرقمي "كما سماه العض "قانون التجار الرقمي" وعليه يمكن القول أنه القانون الذي كان تلقائي النشأة وذلك من خلال تشكل مجموعة من القواعد التي كرسها المتقاعدون في إطار التجارة الإلكترونية[2].

الفرع الثاني :خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني

تتسم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني بنفس مميزات القواعد المادية للتجارة الدولية حيث أنها تتمثل فيما يلي :

أولا :قانون موضوعي طائفي نوعي :وذلك بأنه يخاطب فئة محددة من الأشخاص الذين يستخدمون شبكة الانترنت ومقدمو خدمة الانترنت كما أنه ينظم نوعا معين من المعاملات والتي تتمثل في المعاملات الإلكترونية وله محاكم افتراضية

ثانيا : قانون موضوعي عبر الدول :Droit transnation matériel

فهو قانون يتعدى الحدود بحكم أن طبيعة المعاملات الإلكترونية عابرة للحدود فهو قانون دولي موضوعي يحكم المعاملات التي تتم عادة عبر شبكة الانترنت ، حيث أنه من يكن من وضع منظمة عالمية أو هيئة دولية ، وإن كان ذلك من الممكن على سبيل المثال عن طريق منظمة الأونسترال التابعة للأمم المتحدة إصدار قانون إلكتروني يتعلق بالعقود الإلكترونية وكذا المعاملات[3].

[1]حوالف عبد الصمد ، مرجع سابق ،ص171

[2]أريحي فاطمة الزهراء ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، محاضرة ،كلية الحقوق بودوار ، جامعة أ محمد بوقرة بومرداس ، د.ت.ن .

[3]خالد ممدوح إبراهيم ،مرجع سابق ، ص 396

فهو قانون ينظم مجتمع افتراضي ، بحيث يحتوي على بيانات ومعلومات تقنية قصد تنظيم التبادل بالطرق السلكية واللاسلكية ، وعليه فإنه خصص أساسا من أجل تغطية الفراغ الموجود بين المفهوم التقليدي للقانون من جهة والمعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية من جهة أخرى [1] .

وعليه يبقى هذا القانون خاص يختلف عن القانون الدولي العام وكذا القوانين الوطنية ، فهو يختلف عن قواعد القانون الدولي الخاص بحكم أنه قانون لا يسعى إلى تنظيم مسألة تنازع القوانين [2].

ثالثا : قانون تلقائي النشأة :فهو لم يأتي عن طريق شكلي أو رسمي بل نشئ هذا القانون من العادات والأعراف التجارة ، وعليه فهو ينشأ ويتطور حسب المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت [3].

حيث أن القضاء الإلكتروني لا يقوم على تنظيم أي جهة رسمية مركزية ، ولا تهيمن سلطة دولة معينة على النشاط الذي تقوم به أو تحدد وتنظم عملها وعليه فتلقائية نشأة القانون الموضوعي تقابلها تلقائية التنظيم مباشرة[4].

[1] خليفي سمير ، مرجع سابق ، ص 60

[2] خليفي سمير ، مرجع سابق ، ص 60

[3] خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 396

[4] حوالف عبد الصمد ، مرجع سابق ، ص174

المطلب الثاني :مصادر القانون الموضوعي

إن تعدد مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني يرجع إلى الطبيعة الغير متجانسة وغير المنتظمة لهذه المصادر ، حيث أنه جادلا فقهيا حول المصادر الأساسية لهذا القانون ، فهناك من يقر بأن القانون الموضوعي يتكون من الاتفاقات الدولية الأساسية والقواعد التعاقدية أما الاتجاه الأخر يرى بتشكيل هذه المصادر من القانون الموحد الدولي ، القانون المشترك الأوروبي ، القانون المرن الصادر عن المنظمات الدولية والأنشطة الخاصة ذات التنظيم الذاتي الأعراف الدولية وكذا الممارسات التعاقدية [1] لذا تنقسم الدراسة الدولية وعليه فإن هذا الاختلاف القائم يجبرنا على دراسة المصادر الأكثر أهمية في هذا المطلب إلى ثلاث فروع :

الفرع الأول: يتضمن الاتفاقيات والتوصيات الدولية أما **الفرع الثاني** فيعرج قواعد السلوك والعقود النموذجية ، و**الثالث** يتناول العرف .

الفرع الأول :الاتفاقيات و التوصيات الدولية

يسعى مستخدمو التجارة الالكترونية إلى استفاء أحكامهم من الاتفاقيات الدولية التي تعتبر هذه الأخيرة من ابرز المصادر التي يقوم عليها القانون الموضوعي حيث يسعى المستخدمون في هذا المجال إلى تحقيق التوحيد و الانسجام بين مختلف القواعد التي تحكم كل الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية و هذا ما سعت إليه اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية لكن نظرا للانتقادات التي تلقتها هذه بسبب عدم تماشيها مع العالم الرقمي ،و جعلت الكثير من الجهات تسعى لوضع نظام يقوم بتنظيم قانون التجارة الالكترونية و من بين هذه الجهات لجنة الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية و التي على إصدار قانون نموذجي لها وذلك عام 1996.

[1] خليفي سمير ، مرجع سابق ،ص 61

كما أنها جاءت توصيات دولية أخرى منها توصيات منظمة التعاون و التنمية الأوروبية عام 1980،بالإضافة إلى توصيات الأمم المتحدة حول المبادئ المتعلقة بنظم تصنيف البيانات الفردية المعالجة آليا لعام 1991،حيث جاءت جل هذه التوصيات من أجل أن تكون الركيزة الأساسية التي من خلالها يمكن إبرام الاتفاقيات الدولية في هذا المجال لما لها من قيمة عالمية كبرى و من ثمة العمل وفق مبادئها و جعلها قواعدا لازمة[1].

الفرع الثاني: قواعد السلوك و العقود النموذجية

تعتبر قواعد السلوك من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي للعقود الالكترونية ،و هذا يرجع إلى اختلاف أنواع المتعاملين عبر شبكة الانترنت لا يتماشى مع وجود تنظيم آمر ، وبهذا الشكل تأتي الحاجة إلى ضرورة وجود قواعد السلوك التي تحتوي عادة على حد أدنى من الأحكام المشتركة وكذا المبادئ التي من الضروري إتباعها من طرف المستخدمين في هذا المجال ألا و هو العالم الافتراضي.

حيث أن هذه المبادئ في حالة عدم تطبيقها من قبل المستخدمين فانه يلحق الضرر بالآخرين كالتدخل في العمل المعلوماتي لهم أو التفتيش و البحث كما أن عدم تطبيق هذه الأحكام يلحق بهم الضرر كتعرضهم إلى السرقة[2] ،ففي فرنسا تم استصدار ميثاق تقوم مبادئه على خلق فضاء و مجال يتولى استقبال شكاوى و مستخدمي شبكة الانترنت. تتمثل مهمته في اتخاذ جملة من الإجراءات اللازمة للوساطة من اجل وقف بث الإعلانات غير المباشرة و من ثمة يكون هذا الاندماج في هذا المجال بالإرادة وهذا ما جاء به الأستاذ Beaussant [3]

في حين ذهبت مدرسة قانون التجارة الدولية إلى تثمين دور الإرادة الفردية في إنشاء هذا القانون.

[1] خليفي سمير ، مرجع سابق ، ص 61- 62

[2] خالد ممدوح إبراهيم ،مرجع سابق ،ص 400- 401

[3] خليفي سمير ،مرجع سابق ،ص 63-64

حيث جعلت هذه المدرسة للعقد دورا فعال في تثبيت و ترسيخ شتى الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي، ومن اجل هذا اتجهت معظم المنظمات المهنية إلى إعداد عقود نموذجية حيث توجد العديد من النماذج العقود النمطية التي تبرم بين الموردين و المستخدمين التي تحتوي على العديد من المسائل القانونية و الفنية التي يجب مراعاتها بين الطرفين و من بين أمثلة ذلك لاسيما العقود التي أعدتها هيئات مختلفة على سبيل المثال قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستعمال الإرسال الإلكتروني UNCID أو الاتفاق النموذجي الأوربي للتبادل الإلكتروني للبيانات TEDISأو النموذج الذي أعد من قبل جمعية المحامين الأمريكية ABA [1]

حيث تعمل الدول على إعداد عقود نموذجي على مستواها الداخلي ،و التي تعدها أصلا وطنيا و تقوم على تسيرها وفق القوانين المعمول بها في الداخل . حيث أن هذه النماذج صنفت على سبيل المثال ولم تصنف على سبيل الحصر.[2]

الفرع الثالث :العرف

يرى البعض إلى أن من أهم المصادر لقواعد القانون الموضوعي للعقود الالكترونية هي العرف ،بحكم أن المتعاملين و المستخدمين في هذا المجال قد ساهموا بشكل كبير في خلق تلك القواعد بشكل مباشر وذلك من خلال ما استقر عليه من ممارسات و الأعراف و العادات التي تتماشى مع التطور السريع في مجال العقود الالكترونية على خلاف القوانين الوضعية التي تتصف بالبطء.

غير أن العرف لا يمكن أن يصلح في الوقت الحالي لأن يكون مصدر من مصادر قواعد القانون الموضوعي في المعاملات الالكترونية بحكم أنه حديث النشأة و لا توجد سوابق قضائية كافية في شانه وما هو موجود لا يرقى لاعتباره قواعد عرفية يمكن الرجوع إليها و العمل بها[3].

[1] خالد ممدوح إبراهيم ،مرجع سابق ،ص 400.

[2] خليفي سمير ،مرجع سابق ،ص 65.

[3] خليفي سمير ،مرجع سابق ،ص 66 .

مما سبق يتضح لنا أنه يجب على الدول التعاون من أجل وضع قواعد قانونية جديدة من أجل تغطية واستكمال قوانينها الوطنية خاصة وأن مجال تكنولوجيا المعلومات في تطور مستمر[1].ولكنها تحتاج إلى الوقت لتكرار العمل بها وإتباعها ،و تصبح مع سائر الأيام قاعدة مستقرة يتبعها المستخدمون دون إلزام من أية سلطة و تحديد هذه القواعد يتبعها تحديد المجال الذي تصلح للعمل بها لتكون بالضرورة متماشية مع الأفراد القائمين عليها و من ثمة يتم التعرف عليها و قبولها وذلك قبل إبرام أي عقد و ليثبت لدى المستخدمين الإرادة الصريحة على تطبيق هذه القواعد على معاملة قانونية معينة[2].

المبحث الثاني: الوساطة والتحكيم الالكتروني

يعتبر التحكيم الالكتروني أحد ركائز ثورة تكنولوجيا المعلومات و ما ينجر عنها من تغيير في سلوك الأطراف عبر شبكة الانترنت فبالنظر إلى أنه حديث النشأة يرتب صعوبة في تحديد طبيعته القانونية . يختلف عن غيره من الوسائط البديلة حول ما إذا كان نظاما قانونيا قائما بذاته أم لا ، فهو لا الأخرى التي تتيح الوصول إلى حل بهذه الوسيلة ، وهذا ما سوف تبينه الدراسة في هذا المبحث

المطلب الأول: مفهوم الوساطة.

المطلب الثاني :التحكيم الالكتروني .

المطلب الأول: مفهوم الوساطة

تعتبر الوساطة من أقدم الطرق البديلة لحل النزاعات قديما ،كشكل من أشكال العدالة قبل ظهور عدالة الدولة، فكانت تتم في شكل بسيط باعتبارها وليدة العادات والتقاليد في المجتمع . بعدها تطورت الوساطة لتصبح من الوسائل البديلة لحل النزاعات قبل اللجوء إلى التحكيم لتتم بطرق و أساليب أكثر تناسب لما وصلت إليه وسائل إبرام العقود التجارية الدولية ، حيث ظهرت الوساطة

[1] خالد ممدوح إبراهيم ،مرجع سابق ،ص 401 .
[2] مرجع سابق ، ص 67 .

الالكترونية التي تكون أكثر عملية و ناجحة لحل النزاعات المختلفة و المتنوعة الصادرة عن عقود التجارة الالكترونية . وعليه سوف تتناول الدراسة فرعين **الفرع الأول** (تعريف الوساطة) أما **الفرع الثاني** (أنواعها) .

الفرع الأول: تعريف الوساطة

الوساطة هي من أبرز الأساليب البديلة التي تمثل حل لفض النزاعات تقوم على توفير ملتقى للأطراف التي هي نزاع

و تقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد و ذلك لمحاولة التوصل إلى حل ودي يكون مناسب يقبله أطراف النزاع.[1]

تعتبر الوساطة الالكترونية بأنها من أبرز الوسائل البديلة لفض النزاعات الناشئة بين الأطراف حول العقود المنعقدة عبر الوسائل الالكترونية ، وذلك باستعانة الأطراف بوسيط يعمل هذا الأخير على تقديم الارساد . وكذا النصح و ربط الاتصال بين الأطراف من جهة يطرح بعض الاحتمالات من جهة أخرى ، حيث أن الأطراف يمتلكون الحرية المطلقة في قبولها دون أي ضغط لفض النزاع القائم بينهما كما يجوز للأطراف العدول في أي لحظة عن هذا الخيار واختيار الطريق التقليدي في التقاضي.[2] فهي مرحلة متقدمة من التفاوض تتم عن طريق مشاركة طرف ثالث (وسيط) يعمل هذا الأخير على تسهيل الحوار بين طرفي النزاع و من ثمة مساعدة الطرفين المتنازعين على الوصول إلى التسوية .

[1] باخويا دريس ، الاختصاص و القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الالكترونية ،كلية الحقوق ،جامعة أدرار ،د.ت.ن .
[2] خليفي سمير ، مرجع سابق ، ص131

كما لا يجوز للوسيط اتخاذ قرار بات نهائي في أساس النزاع بل ينحصر دور الوسيط في محاولته تقريب و جهات النظر الطرفين أو عدة أطراف متنازعة و محاولته لطرح الحلول بينهم دون أي ضغط حيث أنه لا يلتزم المتنازعين بالسير في عملية الوساطة حتى النهاية[1].

ولقد حققت الوساطة حققت نجاحا كبيرا كأداة لحل النزاعات عن بعد نجاحا واسعا مما جعل أكثر إقبالا من قبل المتنازعين في مجال التجارة ،حيث تشير الدراسات الأمريكية إلى أن 70% من المنازعات تم تسويتها عن طريق اللجوء إلى الوساطة ،حيث أن هذه الأخيرة لاقت استحسان كبير ،و لعل من ابرز مزايا الوساطة أنها تترك الحرية لطرفي النزاع في اختيار الوسيط[2] (المادة الخامسة من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي).وعادة ما تقوم مراكز الوساطة الالكترونية إلى تخصيص صفحة على المواقع الالكترونية الخاصة بها .توضح فيها من خلالها أسماء الوسطاء الأعضاء في المراكز مركز الوساطة Square Trade وكذلك مركز الويبو Wibo للتحكيم والوساطة[3].

الفرع الثاني : أنواعها

تنقسم الوساطة باعتبارها من أبرز آليات الحلول البديلة لفض النزعات الالكترونية إلى صور مختلفة تهدف إلى تسوية النزاعات وديا عن طريق التراضي وكذا التوفيق بين الأطراف المتنازعة ويتم ذلك وفق إجراءات أكثر مرونة ،وتختلف الوساطة حسب الجهة التي يختارها الأطراف المتنازعة لرفع قضيتهم [4] . وهي عدة صور أهمها :أمامها

[1]هبة ثامر محمود عبد الله ، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) ،الطبعة الأولى 2001 ، بغداد شارع المتنبي ،مكتبة السنهوري منشورات زين الحقوقية ،ص 335-336.

[2]ريحي فاطمة الزهراء ،مرجع سابق ،د.ت.ن

[3]مرجع سابق ، د.ت.ن.

[4]بوجمعة جعفر ، الوسائل الالكترونية لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية ،جامعة أكلي محند أو لحاج البويرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2015 ، ص 35.

أولا –الوساطة القضائية :تتم الوساطة القضائية عن طريق قضاة البداية والصلح الذين يختارها رئيس المحكمة الابتدائية من أجل القيام بهذه المهمة و يطلق عليهم اسم "قضاة الوساطة "[1].

ثانيا :الوساطة الاتفاقية :هذا النوع يتم عن طريق اختيار الوسيط من قبل الأطراف المتنازعة نفسها ،حيث يجمعون على وسيط معين يجدون لديه الكفاءة في حل النزاع ليتم التقدم بطلب للمركز الذي ينظر في الدعوى ، ومن ثمة يقوم هذا الأخير بإحالة النزاع إلى هذا الوسيط الموجود في القائمة التي تحتوي على أسماء الوسطاء بالمركز[2].

ثالثا: الوساطة الخاصة : يتم هذا النوع من عن طريق المحامين و ذوي الكفاءة و كذلك المهنين و الأشخاص الذين يتمتعون بالخبرة و النزاهة في هذا المجال[3] .

رابعا : الوساطة الاستشارية : تتم هذه الوساطة من خلال قيام طرفي النزاع باستشارة خبير حول موضوع النزاع ليطلبوا منه فيما بعد التدخل من أجل فض النزاع القائم بينهما .

خامسا : الوساطة التحكمية : و يكون هذا النوع من الوساطة على مرحلتين حيث يقوم أطراف النزاع بمساعدة الوسيط من أجل حل النزاع بشكل ودي ، وفي حالة فشل الحوار ينتقل و يحال النزاع القائم إلى التحكيم و من ثمة يصبح الوسيط محكما لتسوية النزاع إذا رضي المتنازعان أو ينقلون نزاعهم إلى آلية تحكمية ليس لها علاقة بالوسيط، فقد يتفق الأطراف مسبقا تحسبا لأي نزاع قد ينشأ بينهم[4] .

[1] باخويا دريس ، مرجع سابق ، ص 82.

[2] بوجمعة جعفر مرجع سابق ، ص 36 .

[3] باخويا دريس ، مرجع سابق ، ص 83

[4] بوجمعة جعفر ، مرجع سابق ، ص 36

المطلب الثاني :التحكيم الالكتروني

يعتبر التحكيم من الأنظمة السائدة في المجتمعات القديمة ، على اعتبار أنه سابقا لا يوجد نظام قضائي ، وعليه فان التحكيم هو الأسبق ليس في المعاملات المالية فقط بل في شتى المجالات منذ القدم هذه الخاصية دفعت بالعديد إلى الاعتماد عليها في حل نزاعاتهم خاصة في وقتنا الحاضر وذلك تجنبا لعرض النزاع على المحاكم لما في ذلك من تحمل تكاليف وكذلك استغراقا للوقت ، بالإضافة إلى ما يتضمنه الحكم القضائي من عنصر الإجبار و القسر في حالة عدم تنفيذه من جهة وتتم كافة الإجراءات عبر شبكة الانترنت دون الحاجة لتواجد أطراف العملية التحكمية في مجلس واحد ، من جهة أخرى فقد تتجاوز الشبكات الالكترونية الحدود الجغرافية للدول ، إلى ازدياد حجم العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت ، حيث أخذت هذه الأخيرة تتعاقد مع مراكز التحكيم من أجل حل أي نزاع ينشأ عن عقود البيع عن بعد ، و ظهرت فكرة التحكيم عن بعد ، و هذا السبب الذي جعل مراكز متعددة تقوم على فض النزاعات عن طريق شبكة الانترنت التي يطلق عليها التحكيم على الخط ، وذلك وفق قواعد يضعها كل مركز عند إجراء العملية التحكمية منذ بداية التحكيم حتى صدور قرار المحكمين .وذلك أنها تتبع نفس الإجراءات التي يعمل بها التحكيم التجاري التقليدي[1].
وهذا ما سوف توضحه الفروع الآتية :

الفرع الأول (تعريف و خصائص التحكيم) **الفرع الثاني** (إجراءات التحكيم)

الفرع الأول :تعريف وخصائص التحكيم الالكتروني

أولا – تعريف التحكيم الالكتروني :التحكيم الالكتروني عبارة عن اتفاق بين الأطراف المتنازعة على إخضاع النزاع القائم بينهم لحكم الأفراد تختارها هذه الأطراف من خلال ما سبق يتضح أنه [1] هذا يجوز للمحكمين على الأقل إصدار قرار يوضح من خلاله حقوق و واجبات الأطراف المتنازعة الاتفاق يتعهد فيه الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو من المحتمل نشؤها من

[1] هيئة ثامر محمود عبد الله ،مرجع سابق ،ص 303

خلال التحكيم ، بحيث يكون هذا الاتفاق دوليا لاسيما إذا كانت المنازعة تتعلق بمصالح التجارة الدولية فان المشرع المصري لم يخرج عن هذا المعنى في تعريفه للتحكيم الالكتروني إذ نص على أن "[1]اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ التحكيم هو بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.[2]

اختلفت المفاهيم حول التحكيم الالكتروني الدولي الذي يختص بمنازعات التجارة الدولية ، حيث أنه ظهر استجابة لمتطلبات هذه التجارة و تحقيق العدالة و السرعة وعدم فصل العلاقات التجارية بينهم .فمن جهة أخرى فانه هنالك نوع فصل العلاقات التجارية بينهم .فمن جهة أخرى فانه هناك نوع خاص ومستقل يدور عن ما جرى العمل به يطلق عليه بالتحكيم التقليدي هو التحكيم الالكتروني الذي يمثل إجراء خاص بحسم منازعات التجارة الالكترونية وما يميزه أنه الآلية التي من خلالها يتم بها هذا الإجراء . وذلك من خلال أنه يتم عبر وسائل إلكترونية بدءا من الاتفاق إلى غاية الحصول على القوة التنفيذية لهذا الحكم .

من جهة أخرى يختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي في الوسيلة و الطريقة التي تتم من خلالها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي ، فلا وجود للورق و الكتابة التقليدية أو حضور الأطراف في هدا فان الأحكام قد يحصل عليها الأطراف موفقة وجاهزة بشكل الكتروني[3].

بناء على ما سبق فانه يمكن تعريف التحكيم الالكتروني بأنه :«كل تحكيم يتم عن طريق الانترنت أو أي وسيلة أخرى لحل النزاعات الالكترونية بحيث يتم عرض النزاع و إتباع إجراءاته و إصدار الحكم و من ثمة تبليغ الحكم بطريقة الكترونية »[4].

---

[1] المادة10 من قانون التحكيم رقم 27سنة 1994

[2] خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ،ص404

[3] خليفي سمير ، مرجع سابق ، مرجع سابق ،ص 149-150 .

[4] أحمد الصيد صلاح الدين ، التحكيم الالكتروني ، مذكرة تكمليه لنيل شهادة الماستر ، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2014-2015 ، ص 14

ثانيا– خصائص التحكيم الالكتروني : يتمتع الحكيم الالكتروني بمجموعة من الخصائص ترتبط أساسا بالتجارة الالكترونية و العقود الالكترونية ، ومن بين هذه الخصائص نجد :

1–السرية في عملية التحكيم الالكتروني: فجلساته لا تكون علانية حتى لا يلحق الضرر بسمعة الأطراف المتنازعة وهذه الميزة لها أهمية كبيرة في مجال العلاقات التجارية الدولية التي تنعقد بطريقة الكترونية وعليه فان السرية تعد جوهر التحكيم الالكترونية مقارنة بجانب العلني الذي تتصف به إجراءات المحاكم ، هذا الأمر عزز على حفاظ على سمعة الأشخاص .

2– سرعة الفصل في القضايا المطروحة على التحكيم الالكتروني :هذه الخاصية لها فضل كبير في التحكيم الالكتروني ، نظرا لما تقتضيه المعاملات التجارية التي تتم عن طريق الوسائل البديلة وذلك من سرعة التنفيذ مقارنة بالقضاء العادي الذي يتميز بالبطء و نفس الأمر بالنسبة إلى التحكيم التقليدي[1].

3–عرض النزاع على أشخاص أكفاء : وذلك من خلال رغبة الأطراف المتنازعة على عرض نزاعهم أشخاص ذو خبرة فنية خاصة ولديهم الدراية الكافية في هذا المجال على اعتبار أن هنالك منازعات تحتاج طرحها على أشخاص مؤهلين في هذا المجال .

4– تقليل نفقات التقاضي : ويظهر ذلك من خلال تقليل نفقات السفر و الانتقال بحكم أن ذلك يتناسب مع حجم العقود الدولية الالكترونية التي تبرم عبر الوسائل الالكترونية التي غالبا ما تكون كبيرة و كذلك تستخدم في بعض الأحيان نظم الوسائط الكثيرة التي تتيح استعمال الوسائل البصرية و السمعية أثناء عقد جلسات التحكيم وذلك الخط المباشر للأطراف وكذلك الخبراء و هذا الأمر الذي دفع إلى تقليص كل النفقات .

[1] خليفي سمير مرجع سابق ، ص 152–153 .

5- وجود اتفاقيات دولية : وهذه الخاصية تكمن في الاعتراف و تنفيذ الأحكام المحكمين لاسيما اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذها لعام 1958 حيث لا يوجد إطلاقا اتفاقية تدعو إلى الاعتراف والتنفيذ الدولي مع أن هناك اتفاقيات إقليمية و ثنائية لتنفيذها [1] .

الفرع الثاني : مزايا التحكيم الالكتروني و مساوئه :

أولا مزايا التحكيم الالكتروني :

1- الكترونية حالة النزاع وذلك عن طريق رفع النزاع للمراكز بسرعة كبيرة عبر شبكة الانترنت لتوفير بذلك الجهد على المحتكمين و تحقيق الوقت .

2- إجراء جلسات المحاكمة عن بعد مما يحقق و يقلل من نفقات السفر و الانتقال بحيث يتم حضور جلسات المحاكمة عبر شاشة الحاسوب المتصلة بالموقع الالكتروني المعد لذلك .

3القدرة على استرجاع أية بيانات تم تقديمها للهيئة وذلك من خلال الدخول إلى الصفحة الموجودة فيه النزاع في الموقع.

4-خلق نظام اتصال مباشر يربط بين الهيئة و المحكمين و ذلك من خلال الدخول لصفحة النزاع المحفوظة في الموقع

5- إجراء المفاوضات بطريقة سريعة بين الهيئة و الأطراف التي كانت سابقا تعد على أوراق عبر إجراءات معقدة[2]

6-العمل على المحكمين دورات خاصة عن طريقة عمل وسير التحكيم الالكتروني و تطوير قدرات التحليل لديهم .

[1] بن دحمان صابرية ، التحكيم الالكتروني في ظل التجارة الالكترونية ، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر ،جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2018-2019 ، ص 33-34 .

[2] هبة ثامر محمود عبد الله ، مرجع سابق ، ص 308 -309

وعملية التحكيم بحكم أن النوع من التحكيم يتم الكترونيا فانه بالضرورة يحتاج إلى خبرة كبيرة حول طريقة استخدامه وعليه لابد من تدريب المحكمين حتى يتعاملوا بشكل جيد في الجو الالكتروني[1] .

ثانيا– سلبيات التحكيم الالكتروني :

بالرغم من المزايا التي يحققها التحكيم الالكتروني ، إلا أنه هناك بعض العيوب التحكيم ، ومن أبرزها :

1–وفرة النظام الالكتروني : تعتبر عقبة انتشار الحاسب المشكلة التي تواجه انتشار التحكيم كلفتها المادية(viruses الالكتروني وذلك من)للخشية من تعرض الأطراف المتنازعة و أجهزتهم إلى الخطر و الضرر اجل وكذلك انتشار الفيروسات

2–– انتهاك البيانات : تحرص المراكز التحكيم الالكتروني على توفير جو ملائم ومناسب سواء تعلق الأمر لحظة إرسال البيانات أو في حالة التخزين ، فان الأمر لا يمنع من الانتهاك للبيانات سواء كان انتهاك داخلي أو خارجي .

التوثيق : يعتبر التوثيق من أبرز المشاكل التي تعرقل التجارة الالكترونية عموما والتحكيم خصوصا ، وذلك لوجود ما يسمى بالتحايل عبر شبكة الانترنت من خلال إخفاء هوية المتعاقد الحقيقية و دور التوقيع الالكتروني في الحد من ذلك .[2]

4– السرية : تعتبر السرية عملة لوجهين يتمثل الوجه الأول أنه في حالة حصول المحتكمون على كلمة مرور فإنها تخول لهم الدخول إلى الموقع الالكتروني لمركز التحكيم و من ثمة يتم تبادل الحجج (Password)

[1] أحمد الصيد صلاح الدين ، مرجع سابق ، ص 18 .

[2] هبة ثامر محمود عبد الله ، مرجع سابق ، ص 310 .

وكذلك الوثائق إلى وقت صدور الحكم وعليه يمكن أن تتحول هذه السرية إلى خطر قد يلحق بسمة الأطراف في حالة نشر أية وثائق قدمت أثناء نظر النزاع ، أما الوجه الثاني يتمثل أن طبيعة الانترنت تحديا أخر يتمثل في الاختراق الصادر من الخارج وهو ما يطلق عليه بالمتطفلين أو العابثين و عليه فهو يشكل تحدي مستمرا للمتعاملين عبر شبكة الانترنت .

5- الفجوة الرقمية : تعتبر الفجوة الرقمية من العوائق لتحكيم الالكتروني التي توجد بين الدول المختلفة في استخدام التكنولوجيا و بين الدول المتقدمة في هذا المجال . بل إن التفاوت يمكن أيضا في داخل الدول المتطورة نفسها ، فهناك أشخاص يعيشون في مناطق نائية فإنهم في العادة لا يملكون مستوى مناسب للاتصالات الحديثة و هذا ما يؤثر على الطرف الأخر و يؤثر كذلك على حق المواجهة و الاستماع لعروضه وهذا الأمر له تأثير سلبي ينعكس على نزاهة الأدلة و الحجج ومن ثمة الحرمان من وجود و إقامة محاكمة عادلة[1] .

الفرع الثالث : إجراءات التحكيم الالكتروني :

أذا وقع نزاع بين أطراف اتفاق التحكيم الالكتروني فانه قبل اللجوء إلى مركز التحكيم يجب إتباع جملة من الإجراءات لعرض النزاع أمام المركز المعني ويمكن إيجاز هده الإجراءات في الخطوات الآتية :

1- يتم التقرب من مركز التحكيم وذلك بكتابة النموذج الموضح على الموقع الانترنت موضحا فيه طبيعة النزاع القائم وما قد يقترحه من حلول مناسبة ، إذ يجب أن تحتوي الوثيقة تعيينا لموضوع النزاع حتى تحدد ولاية المحكمين .

2- يعمل كل طرف على تحديد أسماء ممثليه في نظر النزاع و الاتصال بهم عن طريق وسائل الاتصال الفاكس و البريد الالكتروني أو التلكس وكذا تحديد عدد المحكمين و مدة التحكيم بالإضافة إلى اختيار طريقة الإجراءات التي يرغب في إتباعها .

[1] أحمد الصيد صلاح الدين ، مرجع سابق ، ص 19-21 .

3- تقديم الوثائق الأدلة التي تثمن حق كل طرف ، بحيث يقوم المركز بالاتصال بالأطراف عبر البريد الالكتروني لمتابعة الإجراءات في مدة زمنية معينة و بعدها يتم أداء الرسوم الإدارية .

4- يبدأ تاريخ نظر النزاع باستلام المركز لطلب التحكيم ، وبعدها يقوم بإخطار المحكم ضده بالادعاء وذلك في حالة عدم إخطاره بطلب التحكيم وذلك من أجل إبداء دفاعه بشأن موضوع النزاع القائم وتقديم كافة الأدلة المؤيدة لدفاعه .

5- يعمل المركز على تحديد موعد المحاكمة من أجل أن يقدم كل طرف الأدلة و بعدها تبدأ عملية التحكيم وتبقى مستمرة هذه العملية إلى غاية إصدار الحكم و قيده على الموقع الخاص بالقضية عبر شبكة الانترنت[1] .

[1] خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 407-408

خاتمة

بعد دراسة الموضوع و البحث فيه والتمعن في جزئياته قدر المستطاع للإجابة على الاشكالية المطروحة توصلنا الى ان النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم غير ان الامر يختلف تماما في عقود التجارة الالكترونية باختلاف حضور الاطراف المتعاقدة او غيابهم نظرا لبعد المسافة بينهم ،بحيث يمكن ان يكون اتفاقهم صريحا او ضمنيا ،وغالبا ما يطبق في هذه الحالة اما الضوابط الجامدة او المرنة.

-كما أن تطبيق المنهج التنازعي في مجال العقود الدولية على عقود التجارة الالكترونية يشكل العديد من الصعوبات و يتعلق بالقانون المختار باتفاق الأطراف و البعض الأخر يتعلق بالقانون الذي يعينه القاضي وذلك طبقا لقواعد الإسناد الموضوعية فهذه الصعوبات و المشاكل لا يجب تنتهي بنا إلى التسليم بعدم ملائمة تطبيق منهج التنازع القوانين على عقود التجارة الالكترونية ،وإنما يجب أن تكون حافز على تفادي هذه العراقيل و الصعوبات وذلك من خلال طرح الأفكار وكذا الحلول من أجل تطوير التجارة الالكترونية .

-كما حاولت الدراسة ايضا التعرض قدر الامكان الى القانون الموضوعي على انه قانون تلقائي النشأة وذلك من خلال تشكل مجموعة من القواعد التي كرسها المتعاقدون في اطار التجارة كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية يستنبط احكامه من الهيئات والمنظمات التي تعمل في اطار حل المنازعات الناشئة التجارة الالكترونية.

-بما ان التحكيم الالكتروني نظام حديث النشأة يأخذ عليه بعض المأخذ والعوائق عند الاستعانة به في حل المنازعات الصادرة على التجارة الالكترونية سن المشرع الجزائري بعض القوانين تابعة اي معاملات التجارية.

-كما تطرقنا إلى بيان عيوبه ومزياه وكذلك عرضنا أبرز الإجراءات التي يقوم عليها التحكيم كما تطرقنا إلى تميزه عن مختلف الوسائل الالكترونية الأخرى لحل المنازعات أهمها الوساطة .

يبدو لنا من خلال دراسة هذا الموضوع أن التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات الالكترونية يتمتع بالعديد من المميزات التي تعمل على توسع التجارة الالكترونية وأبرزها أنه يحافظ على السرية والخصوصية الخاصة بالأطراف المتنازعة حيث أنه كل قضية لها موقعها الخاص على شبكة الانترنت حيث كل طرف معين يمكن له الدخول في موقع القضية إذا كان طرفا في القضية .

وفي نهاية هذا استخلصنا مجموعة من النتائج و إرتئينا بعض الاقتراحات .

أ–النتائج :

1–أن الأطراف المتعاقدة عقا الكتروني أن تختار القانون المختص للفصل في النزاع .

2–أثناء غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين فان القاضي يعمل على استخلاص الاختيار الضمني للأطراف المتعاقدة وهذا يعتبر اختيار حقيقي و بناءا يستنبط من ظروف الحال .

3–جميع المشاكل الخاصة بالأنترنت و بالتجارة الالكترونية حلها الوحيد يتمثل في القواعد المادية .

ب–الاقتراحات: في ما يخص الاقتراحات و الملاحظات نقترح ما يلي :

1– لابد من العمل على خلق و إصدار تشريعات وطنية حول المبادلات التجارية و الالكترونية .

2–ضرورة تعديل بعض نصوص القانون المدني الجزائري و قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية وكذلك القانون التجاري لتتلاءم معها.

3–حبذا تطوير الموارد البشرية في مجال التحكيم وذلك من خلال عقد تربصات في التكوين من أجل اكتساب مهارات .

4–حبذا أن لا يبقى المشرع الجزائري حبيس نصوصه الداخلية و خاصة في ظل سعي الدولة الجزائرية للانضمام أو الدخول في منظمة التجارة العالمية.

المصادر والمراجع

أولا–القوانين:

1- قانون التحكيم رقم 27 سنة 1994.

2- الأمر رقم 75-58المؤرخ في 1975/07/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون 05-10الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 44لسنة2005.

ثانيا–المراجع :

1-خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، الإسكندرية دار الفكر الجامعي،2011 .

2-فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز ، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2008.

3-لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، الجزائر ، دار الهدى ، د.ت.ن .

4-محمد إبراهيم أو الهيجاء ،التحكيم الإلكتروني ، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات الوساطة التوفيق التحكيم والمفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ، 2009 .

5-محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)،د.م.ن ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، د.ت.ن.

6-هبة ثامر محمود عبد الله ، عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبقة الأولى2001،بغداد شارع المتنبي، مكتبة السنهوري منشورات زين الحقوقية ،د.ت.ن.

ثالثا –المذكرات الجامعية :

1-أحمد الصيد صلاح الدين ،التحكيم الالكتروني ،مذكرة تكملية لنيل شهادة الماستر ، جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2014-2015،

2-أيت عبد الوهاب فهميمة، فرفلاوي سهيلة ،القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق و العلوم السياسية ،2017-2018.

3-بن دحمان صبرينة ،التحكيم الالكتروني في ظل التجارة الالكترونية ، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2018-2019.

4-بوجمعة جعفر ، الوسائل الالكترونية لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم السياسية ، 2015.

5-خليفي سمير ،حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،جامعة مولود معمري تيزي وزو ،كلية الحقوق مدرسة الدكتوراه في القانون و العلوم السياسية ،2009-2010 .

6-ضياء الدين ناصر إسماعيل ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية كلية الحقوق والعلوم السياسية ،22116-2018 .

7-مناصف أمين ،سعدي سامية ،تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية ،مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر ،جامعة محمد الشريف مساعدية –سوق أهراس ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،2018-2019.

رابعا-المقالات :

1-حوالف عبد الصمد ،"القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية " مجلة الحقيقة، العدد31 د.ت.ن.

2-خليفي سمير ،"القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الالكترونية "، المجلة النقدية د.ر.ط، د.ت.ص، د.ت.ن ،د.س.ن.

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

الفهرس

الآية ، الشكر والعرفان الإهداء قائمة المختصرات	أ-ب-ج-د
مقدمة	2
الفصل الأول : تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية	5
المبحث الأول : تطبيق معيار الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق	5
المطلب الأول : تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود التجارة الإلكترونية	6
الفرع الأول : مفهوم قانون الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية	6
الفرع الثاني: تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية في مجال عقود التجارة الإلكترونية	7
أ-الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق	8
ب-الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق	9
المطلب الثاني : تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية	10
الفرع الأول : الإسناد الجامد للرابطة العقدية	11
أولا-ضابط الموطن المشترك والجنسية المشتركة	11
أ-ضابط الموطن المشترك	11
ب-ضابط الجنسية المشتركة	12
ثانيا —ضابط بلد الإبرام أو بلد التنفيذ	13
أ-ضابط بلد الإبرام •	13
ب-ضابط بلد التنفيذ	13
الفرع الثاني :الإسناد المرن للرابطة العقدية	14
أولا —موقف القضاء من نظرية الأداء المميز	15
ثانيا-موقف الاتفاقيات الدولية من نظرية الأداء المميز	15
المبحث الثاني :عراقيل تطبيق قواعد الإسناد	16

المطلب الأول :صعوبة تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية	17
الفرع الأول : صعوبة التركيز أو التوطين المكاني	18
الفرع الثاني :صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة	19
المطلب الثاني :تفادي صعوبة تطبيق قواعد الإسناد	19
الفصل الثاني : تطبيق القواعد المادية للتجارة الإلكترونية	22
المبحث الأول : القانون الموضوعي الإلكتروني	22
المطلب الأول : مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني	23
الفرع الأول : تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني	23
الفرع الثاني : خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني	24
أولا–قانون موضوعي طائفي نوعي	24
ثانيا —قانون موضوعي عبر الدول	24
ثالثا–قانون تلقائي النشأة	25
المطلب الثاني : مصادر القانون الموضوعي	26
الفرع الأول : الاتفاقيات والتوصيات الدولية	26
الفرع الثاني : قواعد السلوك والعقود النموذجية	27
الفرع الثالث : العرف	28
المبحث الثاني : الوساطة والتحكيم الإلكتروني	29
المطلب الأول : مفهوم الوساطة	29
الفرع الأول : تعريف الوساطة	30
الفرع الثاني : أنواعها	31
أولا —الوساطة القضائية	32
ثانيا–الوساطة الاتفاقية	32

ثالثا-الوساطة الخاصة	32
رابعا-الوساطة الاستشارية	32
خامسا-الوساطة التحكمية	32
المطلب الثاني : التحكيم الإلكتروني	33
الفرع الأول : تعريف وخصائص التحكيم الإلكتروني	33
أولا-تعريف التحكيم الإلكتروني	33
ثانيا –خصائص التحكيم الإلكتروني	35
الفرع الثاني: مزايا التحكيم الإلكتروني ومساوئه	36
أولا-مزايا التحكيم الإلكتروني	36
ثانيا –سلبيات التحكيم الإلكتروني	37
الفرع الثالث : إجراءات التحكيم الإلكتروني	38
خاتمة	41
المصادر والمراجع	44
الملخص	51

الملخص

الملخص

إذا كانت التجارة الإلكترونية تخضع إلى القانون الذي يختاره المتعاقدين إلا أن هذه الأخيرة تخرج عن نطاق الإرادة حيث تتمثل في الضوابط الاحتياطية ، والتي ترتبط أساسا بالعقد ويحدث هذا الأمر في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد .

ومن جهة أخرى فإن جل تعاملات التجارة الإلكترونية تحتاج قانونا خاص بها، الأمر الذي أدى بالبعض إلى معالجة المشكلة بفكرة الأداء المميز حيث ذهب البعض إلى تطبيق قواعد مادية وحقيقية من أجل تسوية منازعات التجارة الإلكترونية هذا من جانب كما أنهم وجدوا فكرة من خلالها يتم إخضاع العقود الإلكترونية الدولية لحكم القواعد الآمرة التي تتمثل هذه القواعد في كل من القواعد

ذات التطبيق الأجنبي الضروري وكذلك فكرة النظام العام من جانب آخر .

Résumé

Si le commerce électronique est nécessairement soumis à la loi choisie par les parties contractantes.

Cette dernière est en dehors du champ d'application de la volonté ,telle qu’elle est représentée dans les contrôles de précaution , qui sont principalement liés au contrat . cette question se produit dans le cas où le la loi applicable au contrat n'est pas choisie . D'autre part , la plupart dans transactions de commerce électronique ont besoin d'une loi propre cela a conduit certains à aborder le problème avec l'idée , de performance distinguée , comme certains sont allés à l'application de régler les différends du commerce électronique de ce côté , et ils ont également trouvé une idée à travers laquelle les contrats électroniques internationaux sont soumis à la règle des règles qui sont représentées par ces

règles dans les deux règles d'application étrangère nécessaire ainsi que l'idée d'ordre public d’autre part.