الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر

التخصص قانون اقتصادي

اتفاق التحكيم الإلكتروني كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية

من إعداد:

-بكورة فاطيمة الزهرة

تحت إشراف الدكتور:

-بن أحمد الحاج

لجنة المناقشة:

الأستاذ الدكتور عثماني عبد الرحمن..... رئيسًا

الأستاذ الدكتور بن أحمد الحاج..... مشرفًا و مقررًا

الأستاذ حمامي ميلود..... ممتحنًا

الأستاذ الدكتور هني عبد اللطيف..... ممتحنًا

السنة الجامعية: 2015-2016

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة د. الطاهر مولاي سعيدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر

التخصص قانون اقتصادي

اتفاق التحكيم الإلكتروني كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية

من إعداد:

-بكورة فاطيمة الزهرة

تحت إشراف الاستاذ:

-بن أحمد الحاج

لجنة المناقشة:

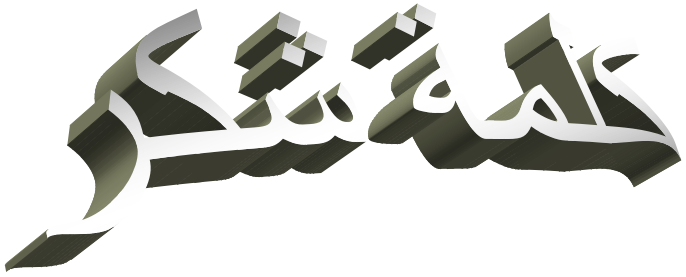
الأستاذ الدكتور عثماني عبد الرحمن..... رئيسًا

الأستاذ الدكتور بن أحمد الحاج..... مشرفًا و مقررًا

الأستاذ حمامي ميلود..... ممتحنًا

الأستاذ الدكتور هني عبد اللطيف..... ممتحنًا

السنة الجامعية: 2015-2016



الحمد لله رب العالمين والصلاة و السلام على سيدنا محمد أشرف المرسلين و سيد الخلق أجمعين وعلى آله وصحبه أجمعين وعلى الصحابة الأكرمين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين

إن أول الشكر هو لله الواحد جل وعلا على جميع النعم التي أنعمها علي وعلى نعمة العلم خاصة وتيسيره لي كل السبل لإنجاز هذا العمل المتواضع الذي أرجو من الله أن يكون فيه إفادة لغيري ويجعله في ميزان حسناتي وأن نكون أحد الإثنين ممن قال فيهم الرسول الكريم

" من إجتهد فأصاب فله أجران ومن إجتهد ولو يصب فله أجر واحد "

أتقدم بجزيل الشكر والإمتنان إلى الذي لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه والذي كان عونا لي في إتمام هذا البحث، إلى رمز العلم، العمل والالتزام إلى الأستاذ المشرف الدكتور "بن أحمد الحاج"

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر لأعضاء اللجنة المناقشة على ما سوف يقدمونه من توجيهات وتصويبات

والشكر موصول لكل من كان له الفضل في إنجاز هذا العمل من بعيد أو من قريب

" عسى الله أن يوفقنا لما فيه خير لنا "

إهداء

إلى ...

الذين كانوا سببا في وجودنا، وسهروا الليالي على تربيتنا وتعليمنا، الذين قال الله تعالى في حقهم ﴿ وبالوالدين أحسانا ﴾ ﴿ وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا ﴾

أطال الله في عمرهما

إلى ...

إخوتي وأخواتي جميعا

إلى ...

جدتي رحمها الله

إلى ...

من ركع وصلى ويديه إلى علياء السماء رافعا بالتوفيق والنجاح لي داعيا...

جدي أطال الله في عمره

إلى...

أعز الناس على قلبي" فاطمة "و" عبد النور"

أهدي هذا العمل المتواضع

راجية من الله التوفيق والسداد و الخير والفلاح.

قائمة المختصرات:

- باللغة العربية:

-ص.....صفحة.

-ق م ج.....قانون مدني جزائري.

-ق إ م إ..... قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- باللغة الفرنسية:

- CCI.....Chambre de commerce international.

- Éd.....édition.

- JDI.....Journal de Droit International.

- L.G.D.J.....Librairie général de droit et de jurisprudence.

- Litec.....Librairie techniques.

- Op.Cit.....Ouvrage précité.

- P.....page.

- SDI……sous la direction d'internet.

- UNCITRAL.....United Nations Commission on International Trade Law.

المقدمة

يعتبر التحكيم قضاء[1]، ولكنه قضاء خاص لنوع من المنازعات، فهو قضاء كونته الإرادة المشتركة لأطراف الخلاف، ولكنه قضاء يعمل في مناخ تتبدد منه حرارة وحِدَّة الخصومة التي نراها أمام القضاء التابع للدولة، لأنه يبحث عن حل يراعي فيه كثيرا من حسن النية في الخلاف الذي ينظر فيه، كما أنه يبحث عن الوصول إلى وضع مقبول لكل الطرفين، فضغط الخصومة في النزاع يكون أقل حدة في عملية التحكيم، وبعبارة أدق فإن التحكيم يعمل في مناخ تغلب فيه أجواء الصلح، حتى يبدو المحكِّم في كثير من الأحيان كمصلح، مهمته حل عقدة تعترض العلاقة بين الأشخاص أكثر مما هي إعطاء كل ذي حق حقه، أو إعطاء حق لطرف وإدانة الطرف الآخر، مما يجعل التحكيم متعلقا بروح العدالة أكثر من تعلقه بحرفية النصوص القانونية، وهذا ما دفع الفيلسوف الإغريقي أرسطو إلى القول بأنه:" يمكن أن يفضِّل الأطراف التحكيم على الدعوى، لأن التحكيم غرضه العدالة؛ بينما يراعي القاضي القانون."[2]

فالحقيقة التاريخية تشهد بأن فكرة التحكيم هي أسبق من فكرة القضاء، وعلى هذا الأساس وُصف بأنه نظام قديم حديث[3]، فهو قديم النشأة لاتخاذه وسيلة لحل النزاعات في المجتمعات القديمة

---

[1]- عبد الحميد الأحدب، **التحكيم " أحكامه ومصادره"**، الجزء1، دون دار نشر،ص19؛ نقلا عن: محمود عبد الرحيم الدّيب، **الطبيعة القانونية الاتفاق التحكيمي " دراسة مقارنة"**، كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، ص24.

[2]- محمود عبد الرحيم الدّيب، المرجع السابق، ص247.

[3]- ناريمان عبد القادر، **اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص12؛ نقلا عن: إلهام عزام وحيد الخراز، **التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع**، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009،ص1.

بحيث يحكمه العادات والأعراف المتبعة في تلك المجتمعات. ويعد نظاما حديثا، وذلك لأنه في الوقت الحاضر وبعد نشوء الدولة وتبلورها بشكلها الحالي، ونظرا لاتساع رقعة العلاقات التجارية الدولية بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية في دول مختلفة وما شهده العالم في عصر عولمة الاقتصاد من نمو للعلاقات الاقتصادية الدولية بين الأفراد والدول الذي رسخ تقاليد تجارية في مجتمع عالمي، وبنى كيان مستقل عن كيانات الدول، وهذا الكيان خالي من وجود سلطة عامة تسيطر عليه وتُقيم العدل بين أفراده[1]، استدعى ذلك اللجوء إلى نظام التحكيم، الذي أصبح من أهم الظواهر القانونية المعاصرة، ومن الموضوعات الهامة التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى الدولي، وعلى مستوى معظم الأنظمة القانونية المقارنة على اختلاف نظمها وأضاعها الاقتصادية والسياسية، ولهذا تم اللجوء إلى التحكيم باعتباره ضرورة ثابتة من ضرورات ومستلزمات التجارة الدولية، فهو على حد تعبير بعض الفقه أنهما:" توأمان لا يمكن فصلهما، وبمثابة الروح من الجسد، فإذا كانت التجارة الدولية إنسانا، فالتحكيم عقلها المفكر."

واستناداً على ذلك، أصبح التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناجمة عن تعاملاتهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط يصار بموجبه إلى إتباع التحكيم عند حدوث نزاع يتعلق بتفسير أو تنفيذ العقد، ليتمكن بذلك هذا العقد من الإفلات من قبضة سلطان قضاء الدولة ويخضع إلى قضاء خاص من صنع أطراف النزاع أنفسهم.

[1]– صديق بغداد، **اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002، ص1.

ولاشك أن ذيوع التحكيم واتساع مجاله في حقل التجارة الدولية يرجع إلى عدة اعتبارات أهمها: رغبة المتعاملين في الأسواق الدولية التحرّر بقدر الإمكان من القيود التي توجد في النظم القانونية ورغبتهم أيضا في الهروب من مشكلة تنازع القوانين، نظرا لميل القاضي لتطبيق قانونه الوطني حتى في المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وكذلك لم يعد مناسبا إخضاع المنازعات الناشئة عن هذه العلاقات للقضاء الوطني، نظرا لعدم ثقة المتعاملين الاقتصاديين في توافر ضمانات التقاضي الحقيقية أمام هذا القانون في مختلف الدول، ضف إلى ما يعاب عليه قضاة المحاكم من قلة الخبرة بتلك المنازعات المعقدة، إلى جانب تقيد هؤلاء القضاة بإجراءات وقيود لا تتناسب مع طبيعة التجارة الدولية، وما تحتاجه من سرعة في حسم هذه المنازعات، ويضاف إلى ذلك أن التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف، فهم الذين يختارون الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم من بين المعروفين لديهم، وممن يتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه.

وعلى هذا الأساس، فقد أصبح من المستقر عليه لجوء التجار والمتعاملين في حقل التجارة الدولية إلى التحكيم التجاري الدولي لتسوية منازعاتهم بدلا من اللجوء إلى القضاء العادي، وذلك نظرا لما تحققه هذه الوسيلة من مميزات عديدة.[1]

غير أنه، ومع أواخر القرن الماضي شهدت الإنسانية طفرة علمية وتكنولوجية لم يسبق أن عرفتها من قبل، ومع بداية النشاط التجاري عبر شبكة الانترنت والاعتماد على وسائل الاتصال

[1]– محمد محمود محمد جبران، **التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية**، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2009، ص2.

الحديثة لإبرام العقود التجارية المختلفة، امتزجت فيه التقنية الحديثة بالأعمال التجارية، وأصبحت التجارة التي عرفتها المجتمعات على مر العصور ذات شكل وطبيعة مختلفة، حيث أزيلت كل القيود والعوائق التي كانت مفروضة عليها من قبل وقد أصبحت تعرف هذه الثورة الهائلة بالتجارة الإلكترونية.[1]

وفي ظل عدم فعالية وعدم مواكبة التحكيم العادي بدرجة كافية للسرعة المطلوبة في انجاز المعاملات الإلكترونية، ظهر التحكيم الإلكتروني كأسلوب عصري لحسم المنازعات التي تنشأ نتيجة استخدام الانترنت في التعاملات الإلكترونية، حيث يستجيب التحكيم الإلكتروني لخصائص التي تتميز بها بيئة التجارة الإلكترونية ويشكل حلا للعقبات العديدة التي أثارتها كالقانون الواجب التطبيق ومدى حجية المحررات الإلكترونية وغير ذلك.

ويتجلى موضوع الدراسة في أن مسار التحكيم في جملته مخلوق إرادي صنعته إرادة الأطراف وأوجدته وضبطت حدوده عن طريق اتفاق التحكيم، حيث يعتبر هذا الأخير الحجر الأساس أو الضوء الأخضر الذي يمنحه العقد للأطراف للجوء لهذه التقنية قصد تسوية نزاعاتهم، وباعتباره يعكس موقف الأطراف في حلها، ويرتب آثار مهمة بالنسبة لمصير العقد والنزاعات التي تثور بشأنه.

[1]– رامي علوان، **التعبير عن الإرادة عبر الانترنت**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، 2002، ص40؛ نقلا عن: محمد خالد الحضين، **اتفاق التحكيم الإلكتروني" دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي"**، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص1.

وبناءً على ما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية:

– ما مدى فعالية وكفاية اتفاق التحكيم الإلكتروني كوسيلة قانونية لتسوية المنازعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ؟

وهذا ما يؤدي إلى طرح عدة إشكاليات فرعية يمكن إجمالها فيما يلي:

– ما مدى حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني في الأنظمة القانونية على اختلاف درجاتها ؟

– وفيما يتجلى دور اتفاق التحكيم في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق، وما هو دور إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم الإلكتروني ؟

والواضح أن لموضوع البحث أهمية تتجلّى من خلال الكم المتنامي للخلافات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية، واعتبار اتفاقية التحكيم الإلكتروني وسيلة بديلة لمناهج القانون الدولي الخاص، والتي تخدم طموحات المتنازعين من خلال الخروج في أسرع وقت وبأقل تكلفة من النزاع بحل مرضي للطرفين ينمي تجارتهم ويعزز مستقبلهم دون انقطاع الرابطة التجارية بينهم، إضافة إلى اختصار الإجراءات الإدارية والقضائية البطيئة التي تتميز بها المنازعات من جهة وكثرة القضايا وتشعب إجراءات التقاضي من جهة أخرى، ذلك أن في عالم الوقت هو المال، فالعدالة البطيئة هي نوع من الظلم، والعلنية التي يتسم بها القضاء تسيء بدرجة كبيرة إلى سمعتهم التجارية.

وتزداد أهمية الدراسة في ظل عدم تعرض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية لهذا الموضوع، بالإضافة إلى ذلك ترجع أهمية هذه الدراسة كون أن الموضوع حديثٌ نسبيا خاصة في ظل غياب

قرارات تحكيمية منشورة، حتى يتسنى الاستعانة بها لمعالجة المشكلات القانونية المطروحة، زيادة على ذلك فإن موضوع الدراسة استدعى التطرق إلى عدة فروع قانونية كالقانون الدولي الخاص والقانون المدني وقوانين التحكيم مما خلق نوعا من الصعوبة والتحدي.

أما فيما يتعلق بالمنهج المعتمد عليه في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي والمقارن، حيث سيتم تحليل الجزئيات المتعلقة باتفاق التحكيم الإلكتروني وفقا لما يقتضيه ذلك من نصوص قانونية وغيرها من تحليل علمي مع الاستعانة بآراء الفقهاء.

أما اعتماد المنهج المقارن وذلك لما له من أهمية بالغة في بيان محاسن ومساوئ القوانين المقارنة، دون إغفال التطرق إلى موقف المشرع الجزائري كلما أمكن ذلك.

ومن أجل الإحاطة بجوانب الموضوع وتحليل الإشكالية المطروحة، سيتم التطرق إلى ما يلي:

المبحث التمهيدي: مفهوم التجارة الإلكترونية.

الفصل الأول: النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني.

الفصل الثاني: دور اتفاق التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية.

المبحث التمهيدي:

مفهوم التجارة الإلكترونية

لقد شهد العالم في السنوات الأخيرة تطورا هائلا في مختلف وسائل الاتصال وخاصة التقنيات الإلكترونية التي اكتسحت جميع مجالات الحياة اليومية للمجتمع بما فيها المجال التجاري، حيث أدى ذلك إلى شيوع مفهوم التجارة الإلكترونية (**E-Commerce**) الذي يتيح العديد من المزايا، فبالنسبة لرجال الأعمال أصبح من الممكن تجنب مشقة السفر للقاء شركائهم وعملائهم والحد من الوقت والمال للترويج لبضائعهم[1] نتيجة اختزال المسافات والأزمنة اللازمة للتعاملات، إذ تتم عمليات البيع والشراء ومختلف التحويلات المالية من أماكن متباعدة عبر مناطق مختلفة من العالم وبيُسر تام دون تحمّل أية جهود ومخاطر[2].

وللتوسع في مفهوم التجارة الإلكترونية ارتأينا تقسيم المبحث إلى ثلاث مطالب كالآتي:

المطلب الأول: ماهية التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: تطور التجارة الإلكترونية.

المطلب الثالث: التجارة الإلكترونية في الجزائر.

[1]– إبراهيم بختي، **دور الانترنت وتطبيقاته في مجال التسويق " دراسة حالة الجزائر"**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2002، ص91.

[2]– إلياس بن ساسي، **التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به**، مجلة الباحث، جامعة ورقلة، العدد 02، 2003، ص60.

المطلب الأول: ماهية التجارة الإلكترونية.

يعد موضوع التجارة الإلكترونية من أكثر موضوعات عصر المعلومات إثارة للجدل القانوني في وقتنا الحاضر مما يستوجب توضيح المقصود بها، بحيث سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ما يلي:

الفرع الأول: المقصود بالتجارة الإلكترونية

الفرع الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية

الفرع الأول: المقصود بالتجارة الإلكترونية

بالرغم من أن موضوع التجارة الإلكترونية لا يزال حديث نسبيا وغير واضح المعالم بالقدر الكافي، إلا أن هناك كيانات قانونية دولية كان لها وجهات نظر بشأنه، فمنهم من قام بتعريفها، ومنهم من تطرق إلى بعض جوانبها، ومنهم من أصدر توجيهات بشأنها.

فعلى صعيد المنظمات الدولية، تعتبر منظمة الأمم المتحدة من أهم المنظمات الدولية التي اهتمت بتنظيم التجارة الالكترونية، حيث اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بتاريخ 16 ديسمبر 1996 قانون الأونيسترال **UNCITRAL** النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الذي حدد كل من ماهية النشاط التجاري والوسيلة الإلكترونية التي تستخدم لإتمامه، حيث نصت المادة الأولى على أنه: " ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات التي تكون في شكل بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية.

وعلى الرغم من أن لجنة الأونيسترال تعد من أهم الجهات الدولية التي اهتمت بالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، إلا أنها لم تعرف مصطلح التجارة الإلكترونية في مجمله وتركت تعريف هذه

التجارة مفتوحا بحيث يشمل جميع الأنشطة التي تتم عبر الانترنت، وبأية وسيلة إلكترونية من وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية[1].

كما عرفت منظمة التجارة العالمية، التجارة الإلكترونية بأنها "عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة الاتصال".

من خلال هذا التعريف يتضح أن التجارة الإلكترونية تشمل جميع الأنشطة الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري[2]، إلا أنه اقتصر على المنتجات فقط دون الخدمات، ومن ثمَ لا يدخل في نطاق هذا التعريف الخدمات الاستشارية مثلا أو الخدمات المصرفية بالإضافة إلى ذلك يتبين من التعريف، أن التجارة الإلكترونية تتم من خلال شبكة اتصالات ولم يقصرها على الانترنت فقط، بل يمكن أن تتم عقود التجارة الالكترونية عن طريق جهاز مينتل MINITEL مثلا كما في فرنسا[3].

وعرفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية التجارة الإلكترونية في تقرير صدر عنها[4] بأنها تشمل:" جميع أنواع الصفقات التجارية التي تعقد سواء بين الإدارات أو الأفراد عن طريق المعالجة الإلكترونية للبيانات، أيا كانت تلك البيانات مقروءة أو أصوات أو صور مرئية". وقد بيّن التقرير أن هذه التجارة سوف تسيطر على كافة الأنشطة التجارية مثل المفاوضات التي تتم بين التجار والعقود التجارية واتفاقات التمويل، وأن بعض ممارسات هذه التجارة قد لا يتخذ شكل الصفقات التجارية،

---

[1]- عبد الوهاب مخلوفي، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر ،باتنة، 2011-2012، ص18.

[2]-خالد ممدوح ابراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"** ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص28؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص19.

[3]- خدمة المينتل تتحقق عن طريق جهاز يحمل نفس الاسم، وشاع استخدامه في فرنسا على نطاق واسع اعتبارا من منتصف ثمانينات القرن الماضي، هذا الجهاز يشبه الكمبيوتر ولكنه صغير الحجم نسبيا، ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة أزرار تشمل على الحروف و الأرقام، وهو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصورة ويكفي لاستعماله أن يوصل بخط الهاتف ؛نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع نفسه، ص23.

[4] - report of electronic commerce opportunities and challenges for government, 1998 ,p20

؛نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع نفسه، ص23.

ومثال ذلك الإعلانات و تقديم المعلومات عن السلع والخدمات مجانا، وقد تكون صفقات تجارية كما في حالة العقود التجارية بشأن السلع والخدمات.

أما على مستوى الاتحاد الأوربي فقد تم تعريف التجارة الإلكترونية بأنها:" كل الأنشطة التي تتم بوسائل إلكترونية سواء تمت بين المشروعات التجارية والمستهلكين أو بين كل منهما على حدى وبين الإدارات الحكومية". إذن فالتجارة الإلكترونية حسب هذا التعريف تتضمن الكثير من الأنشطة كفواتير الشحن الإلكترونية، والمزادات التجارية، وأوامر الطلب الإلكترونية للبضائع والخدمات والتي يمكن توصيلها بالطرق العادية، أو بطرق التسليم المعنوية للمنتجات والخدمات كبرامج الكمبيوتر والمجالات الإلكترونية، وخدمات التسلية والمعلومات والتحويل الإلكتروني للأموال، وعليه فالتسليم في التجارة الإلكترونية يمكن أن يكون ماديا ويمكن أن يكون معنويا.

وفي ذات السياق، اكتفت غرفة التجارة الدولية بإصدار توجيهات إرشادية للشركات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية واتخذ نشاط التجارة الدولية في هذا الشأن شكل توصيات، ويعد دليل المصطلحات الإلكترونية لسنة 2004 أحد أهم الأدلة الشاملة التي تتيح المساعدة الفعالة في مجال الأنشطة التشريعية والتنظيمية اللازمة للتجارة الإلكترونية[1].

أما على صعيد القانون المقارن، فقد بادرت بعض الدول الأجنبية والعربية بإصدار تشريعات تهدف إلى تنظيم المعاملات التجارية التي تتم بوسائط إلكترونية وفيما يلي سيتم التعرض لأهم القوانين التي تطرقت لبيان التجارة الإلكترونية.

فعلى مستوى التشريعات الأجنبية نجد أن المشرع الفرنسي قد أصدر القانون رقم2000/230 في شأن قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، ولم يتضمن تعريفا محددا للتجارة الإلكترونية، ولكن عرف التقرير المقدم من مجموعة العمل برئاسة لورنتز lorentz لوزارة الاقتصاد الفرنسية في يناير 1998 التجارة الإلكترونية بأنها " مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين

[1]- عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص20-22.

المشروعات بعضها البعض، أو بين المشروعات والأفراد، أو بين المشروعات والمؤسسات الإدارية."[1] كما أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 2000/741 الذي وضع بموجبه تنظيم شامل للتعاقد الإلكتروني على ضوء التوجه الأوربي رقم 97/7 بشأن حماية المستهلك في التعاقد عن بعد.

وبذلك تكاد منظومة التشريعات الفرنسية أن تكتمل أكثر من غيرها فيما يتعلق بالتنظيم التشريعي[2].

أما الولايات المتحدة الأمريكية، فتعتبر من أولى دول العالم التي تعمل على تشجيع ممارسة الأنشطة التجارية إلكترونيا، حيث أصدرت العديد من التشريعات الفيدرالية، من أهمها:القانون الفدرالي الموحد لمعالات معلومات الكمبيوتر لعام 1999، الذي عرف التاجر في مادته 45 من الجزء 102 بأنه:" الشخص الذي يقوم على سبيل الاحتراف بعمل من الأعمال التالية:

أ- جمع المعلومات.

ب-ممارسة أي مهنة أو حرفة.

ج- تشغيل العاملين وتوظيفهم".

كما عرفت المادة 26 من الجزء 102 لفظ إلكتروني بأنه:" كل ما يتصل بالتكنولوجيا بوسيط إلكتروني، له قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية، أو لاسلكية، أو بصرية، أو كهرومغناطيسية، أو أي قدرات مماثلة ".

و متابعة لاهتمامات الولايات المتحدة الأمريكية بالجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية،أصدرت عام 2000 القانون الفيدرالي بشأن التوقيعات الالكترونية، حيث حددت المادة 3 من الجزء 106 مصطلح أو عامل إلكتروني بأنه:" يعني برامج كمبيوتر أو أية وسيلة أوتوماتيكية أخرى تستخدم على

[1]- خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص31؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص23.

[2]- هدى حامد فشوش، **الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص12؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص24.

نحو مستقل من أجل بدء عمل معين أو استجابة معينة لمستندات إلكترونية أو أداء لكل أوفي جزء منه دون مراجعة أو تدخل من الشخص في وقت أداء العمل "[1].

بالإضافة إلى ذلك أصدر المشرع الأمريكي قانون المعاملات التجارية الإلكترونية في 14 فيفري 2001 وقسمه إلى 21 جزء، وإذا كان لم يضع تعريفا للتجارة الإلكترونية إلا أنه قد بيّن في الفقرة الثانية من المادة الثانية ماهية الأعمال التجارية[2].

أما في إيطاليا، فقد أصدر مُشَرِعُها قانونا بشأن التجارة الإلكترونية عام 1999، لكنه في حقيقة الأمر كان تقنينا لتوجيهات البرلمان والمجلس الأوربي رقم 97/7 لحماية المستهلك في مجال العقود عن بعد، رغم ما يراه الفقه الإيطالي من أن التجارة الإلكترونية تختلف عن البيع عن بعد، لأن المستهلك في التجارة الإلكترونية لا يقف موقفا سلبيا كما هو الحال في البيع عن بعد، إذ يساهم المستهلك في إعداد عقد البيع[3] ، وهذا من خلال البحث مباشرة عن الخط on-line، وإجاباته على الدعوة للتعاقد من قبل البائعين.

أما في المملكة المتحدة، فقد نظم المشرع البريطاني التجارة الإلكترونية من خلال إصداره لقانون الاتصالات عام 2000، والذي خصص قسمه الثاني منه بعنوان تسهيل التجارة الإلكترونية وتخزين المعلومات، فقد نصت المادة 7 الفقرة 1 على أنه:" في أي من الإجراءات القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية يعتبر كل من التوقيع الإلكتروني وشهادة المصادقة على هذا التوقيع، دليل إثبات مقبول قانونا في أي نزاع بشأن صحة الاتصالات أو البيانات"، بالإضافة إلى ذلك أجازت المادة 8

---

[1]- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، **القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية " دراسة مقارنة"**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2007، ص30؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص25.

[2]- خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص31؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع نفسه، ص25.

[3]- عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص38؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع نفسه، ص25.

الفقرة1 للوزير المختص اقتراح تعديل الشروط التي يتضمنها هذا التشريع من أجل تسهيل استخدام الاتصالات الإلكترونية أو التخزين الإلكتروني[1].

فالمشرع البريطاني لم يضع تعريفا للتجارة الإلكترونية، لكنه يطبّق توجيهات الاتحاد الأوربي بحكم أن المملكة المتحدة ضمن أعضاء هذا الأخير.

وفيما يخص التشريعات العربية، فمازالت معظم تشريعاتها لم تتطرق لموضوع التجارة الإلكترونية رغم أهميته خاصة من الناحية الاقتصادية، إلاّ أن بعض الدول العربية أصدرت قوانين خاصة تنظم معاملات التجارة الإلكترونية ومن بين هذه الدول: تونس والتي أصدر مشرعها القانون رقم 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية بتاريخ 09 أوت 2000 بحيث يعتبر أول قانون عربي يتعلق بالتجارة الإلكترونية وقد قام بتعريفها على أنها:" العمليات التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية ". وعرّف المبادلات الإلكترونية بأنها:" المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية ".

أما المشرع الأردني، فقد قام بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 بتاريخ 11 ديسمبر[2] ، حيث جاء في المادة 2 منه المقصود بالمعاملات هو:" إجراء أو مجموعة من الإجراءات، يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أي دائرة حكومية ". وأنّ المعاملات الإلكترونية هي :" المعاملات التي تنفَّذ بوسائل إلكترونية"، وأن كلمة الكتروني تعني:" تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترو مغناطيسية أو أي وسائل متشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها ".

وفي ذات السياق، تعتبر الإمارات العربية المتحدة –إمارة دبي– من البلدان العربية التي بادرت إلى وضع تنظيم قانوني للتجارة الإلكترونية، حيث أصدرت القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن

[1] - http :www.UK.legislation.hmso.UK/acts/acts2000/2000 007.htm

[2] – الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 4524 بتاريخ 31 ديسمبر 2001.

المعاملات والتجارة الإلكترونية بتاريخ 2 فبراير 2002، وقد جاء تعريف التجارة الإلكترونية ضمن هذا القانون بأنها:" المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية[1].

ومتابعة لذلك، فقد جاء تعريف التجارة الإلكترونية في مصر ضمن مشروع قانون التجارة الإلكترونية بأنّها:" تبادل للسلع والخدمات عن طريق وسيط إلكتروني، أي كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية ." هذا التعريف لم يحدد وسائل الاتصال التي تتم بها التجارة الإلكترونية، وبالتالي لم يحصرها في الانترنت فقط وهو أمر جيد نظرا للتطور السريع في وسائل التكنولوجيا الذي يمكن أن يتجاوز يوما شبكة الانترنت و تكون هناك شبكات إلكترونية أخرى أو وسائط إلكترونية جديدة، ويستهدف مشروع هذا القانون إلى تأكيد صحة المعاملات التي تتم عن طريق الوسائل الإلكترونية[2].

أما على صعيد الفقه، فالملاحظ أنه وضع بصمة تعبّر عن رأيه في التجارة الإلكترونية، فقد اعتبرها البعض على أنها عبارة عن:" قيام المتعاملين باستخدام أجهزة الكمبيوتر وشبكة الانترنت، وإبرام الصفقات والتسوق والاتفاق على المشروعات، بحيث يصبح جهاز الحاسب الآلي نافذة مفتوحة لإتمام المعاملات التجارية عبر العالم بسرعة فائقة، إذ يتيح هذا الأسلوب في التعامل إمكانية وصول المتعاملين إلى جميع أسواق العالم في وقت واحد وبأقل النفقات، ويمكّنهم من تخطي حاجزي الزمان والمكان[3].

---

[1]– عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص50؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص28.

[2]– خالد ممدوح ابراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص54.

[3]–ابراهيم أحمد ابراهيم، **التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية**، مجلة المحاماة، العدد الأول، مصر، 2001، ص591؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص29.

كما عرف البعض التجارة الإلكترونية بأنها ببساطة أي معاملات تجارية تتم بواسطة عمليات رقمية عبر شبكة الاتصال الدولية[1] ، وقد بيّن هذا التعريف أن المقصود بالأنشطة التجارية هو تبادل البيانات إلكترونيا وإبرام الصفقات والعقود وتحويل الأموال إلكترونيا.

وعرّفها جانب آخر من الفقه بأنها:" عرض المشروع للمنتجات والخدمات على موقع الانترنت بغرض الحصول على طلبات من العملاء."

فوفقا لهذا التعريف تعتبر التجارة الإلكترونية صورة جديدة من صور الدعاية والإعلان وشكل جديد لطلب المنتج أو الخدمة بطريقة إلكترونية[2].

الفرع الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية

تتميز التجارة الإلكترونية بعدة خصائص التي تختلف فيها وتتميز عن التجارة التقليدية، فهي تتم بسرعة وسهولة الاتصالات وبإمكانية إبرام الصفقات التجارية بين الأطراف المتعددة في مجالات التجارة والمعاملات المالية والنقدية مما يوفر الوقت والتكلفة، كما تعتمد التجارة الإلكترونية وبشكل أساسي على شبكات الاتصالات والمعلومات والتي من أهمّها الانترنت.

ويمكن تحديد الخصائص الرئيسية المميّزة للتجارة الإلكترونية على النحو التالي:

---

[1] - Charles Trapper, Electronic commerce strategy, USA, 2000,P5
؛نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص29.

[2] – محمد السيد عرفة، **التجارة الدولية الإلكترونية عبر الانترنت" مفهومها والقاعدة القانونية التي تحكمها"**، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، الفترة من 1 إلى 3 ماي 2000، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص5؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع نفسه، ص29.

1- الصفة الدولية للتجارة الإلكترونية : إن العقود التي تترتب على هذه التجارة، يتم إبرامها مع بعد المسافة بين المتعاقدين أثناء إبرام العقد أو على الأقل بعد بين التجهيز الإلكتروني المستعمل[1]، وهذه المسافة قد تتجاوز الحدود مما يجعلها تعتبر من العقود الدولية، لكن هذا لا يدفعنا إلى القول أن التجارة الإلكترونية لا يتم بين أطراف ينتمون إلى نظام قانوني واحد، بل فقط لكي يعتبر من عقود التجارة الدولية.

2- اختفاء الوثائق الورقية في المعاملات التجارية: تتم كافة عمليات التفاعل بين طرفي المعاملة إلكترونيا، ودون استخدام أي ورق، وبالتالي تصبح الرسالة الإلكترونية هي السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء أي نزاع بينهما[2]، إذ أن هذه التجارة لا تعتمد على عقد مكتوب وفاتورة تسليم وقبض الثمن، حيث تحولت هذه الإجراءات بفضل التكنولوجيا المقدمة إلى بيانات ومعلومات تنساب عبر شبكات الاتصال الإلكترونية[3].

3- تسليم المنتوجات إلكترونيا: أتاحت شبكة الانترنت إمكانية تسليم بعض المنتوجات إلكترونيا أي التسليم المعنوي للمنتوجات، مثل برامج الحاسب، التسجيلات الموسيقية، أفلام الفيديو، الكتب، الأبحاث والتقارير الإلكترونية، إلى جانب بعض الخدمات مثل الاستشارات الطبية أو الهندسية وهو ما يخلف تحديا أمام السلطات المختصة حيث لا يوجد حتى الآن آليات متفق عليها

---

[1] - Vincent Gautrais- Didier Godert - Rosa Julia Barcelo - Etienne Montero - Anne Salaun - Quentin Vindacle, Cahier de centre des recherches informatiques et de commerce électronique, Bruyant Bruxelles , P16.

؛نقلا عن: خالد شويرب، **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص155-156.

[2] - رأفت رضوان، **عالم التجارة الإلكترونية**، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999، ص17؛ نقلا عن: أبو العلا علي أبو العلا النمر، **المشكلات العلمية والقانونية في التجارة الإلكترونية**، بحث مقدم للدورة التدريبية التي ينظمها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بعنوان" الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية "،كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الفترة الممتدة من 8 إلى 13 مارس2003 ، ص 23 .

[3] - عبد الفتاح بيومي حجازي، **النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية " الكتاب الأول نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا"**، دار الفكر الجامعي، 2002، ص22؛ نقلا عن: أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص23.

لإخضاع المنتجات الرقمية للجمارك أو الضرائب فقد يستغل البائعون ذلك للتهرب الجمركي أو الضريبي بعدم تسجيل هذه التعاملات في الدفاتر المحاسبية الرسمية[1].

4- غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة: اعتمادا على علاقة تقنية حديثة ومتطورة يتم التلاقي بين طرفي المعاملات التجارية من خلال شبكة الاتصال[2]، وقد يغيب العنصر البشري تماما وتقوم أجهزة الكمبيوتر بالتراسل الإلكتروني فيما بينها وهو ما يعرف بالوكيل الإلكتروني، فالسمة الرئيسية التي تهيمن على هذه التجارة اعتمادها على تقنية حديثة ومتطورة لتذليل أية عقبات مادية أو قانونية في المعاملات الدولية والمحلية.

5- التفاعل الجماعي بين عدة أطراف: يستطيع أحد أطراف المعاملة بإرسال رسالة إلكترونية إلى عدد لانهائي من المستقبلين في نفس الوقت، ودون الحاجة لإعادة إرسالها في كل مرة، وفي هذا لمجال توفر شبكة الانترنت إمكانيات بلا حدود للتفاعل الجماعي بين فرد ومجموعة وهو شيء غير مسبوق في أي أداة تفاعلية سابقة.

6- السرعة في إنجاز الصفقات التجارية: تساهم التجارة الإلكترونية بشكل فعال في إتمام العمليات التجارية بين الطرفين على وجه السرعة إذ تتم الصفقات التجارية ابتداء من مرحلة التفاوض وإبرام العقود وحتى الدفع الإلكتروني وانتهاء بتسليم المنتجات والخدمات، دون الحاجة لانتقال الطرفين وبالتقائهما في مكان معين وفي ذلك توفير للجهد والوقت والمال[3].

المطلب الثاني: تطور التجارة الإلكترونية.

لقد أحدثت التجارة الإلكترونية تغييرات كبيرة في مختلف أنحاء العالم، أدت إلى تطور العديد من الدول خاصة مع ازدياد حجم الاستثمارات في تكنولوجيا الاتصال وتقنية المعلومات. و فيما يلي

---

[1]- خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، 2011، ص63.

[2]- أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص22.

[3]- خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص63- 65.

سيتم التطرق إلى تطور التجارة الإلكترونية ضمن فرعين يتناولا: تطور التجارة الإلكترونية في العالم وكذا تطور التجارة الإلكترونية في العالم العربي.

الفرع الأول: تطور التجارة الإلكترونية في العالم

بدأ استخدام الانترنت في الأغراض التجارية سنة 1992، عندما ظهرت World Wide Web (w.w.w)، ويعني ذلك باللغة العربية الشبكة العالمية للمعلوماتية، وظهرت أولى المواقع التجارية على هذه الشبكة في عام 1993، حيث كانت هذه الأخيرة مفتقرة إلى حد كبير إلى الأدوار الترويجية والإعلامية حتى تم تطوير وسائل فعالة لسداد قيمة السلع بالاتصال المباشر بالكمبيوتر، وبقي عدد المواقع التجارية على شبكة الانترنت محدودا عامي 94/93 فيكفي للفرد أن يتعرف على المواقع الجديدة التي تم إضافتها على الشبكة بالدخول مرة واحدة في الأسبوع، وفي عام 1995 وصل عدد المواقع التجارية عبر شبكة الانترنت إلى 27 ألف موقع تقريبا في شهر أفريل. وتزايد هذا العدد بصورة كبيرة حتى وصل إلى 110 ألف موقع في شهر أكتوبر من نفس العام. وقد كان هذا الإقبال الشديد هو الحافز الأساسي للتوسع في مجال التجارة الإلكترونية عبر الانترنت.

أما في عام 1996، بدأ تجار التجزئة في استخدام شبكة الانترنت في عملية التسويق لسلعهم بغرض بيعها على الشبكة، حيث وصل حجم التجارة الإلكترونية في نفس السنة ما يقرب بـ 3 ملايير دولار.

وبذلك تخطى رجال الأعمال مرحلة الإعلان والترويج إلى مرحلة إتمام عمليات البيع عن طريق الانترنت.

وفي عام 1998 وصل حجم التجارة الإلكترونية إلى 84 مليار دولار، ومنذ ذلك الحين والتجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت في ازدهار وتزايد مستمرين نتيجة التطورات الهائلة التي ترشدها يوما بعد يوم في وسائل شبكات الاتصال. وقد وصل عدد مستخدمي شبكة الانترنت في

نهاية عام 1998 إلى 151 مليون مستخدم تقريبا، وزاد ذلك العدد بزيادة 50% حتى وصل في نهاية عام 1999 إلى 226 مليون مستخدم، إلى أن وصل إلى 349 مليون مستخدم في عام 2000[1].

وتشير الإحصائيات والتقديرات إلى نمو طردي في حجم التجارة الدولية الإلكترونية. ففي فرنسا أشارت إحدى التقارير إلى أن العديد من المشروعات الفرنسية قد تابعت وسرعة استخدام الانترنت وذلك بنسبة 24% عام 1997 مقابل 14% عام 1996، وأشار التقرير أيضا أن العدد قد يتضاعف ليصل إلى 48% عام 1998.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد وصلت المبيعات عام 1996 إلى 518 مليون دولار مقابل 50 مليون فرنك عن هذا العام، ويتوقع أن تصل هذه الأرقام إلى 6579 مليون دولار في الولايات المتحدة الأمريكية، وتسعة مليارات من الفرنكات الفرنسية عام 2001. وهناك إحصائية أخرى تشير إلى أن نسبة المعادلات زادت عن 8 مليارات دولار في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1998، وتشير الدلائل كذلك إلى أن 60% من النمو الاقتصادي خلال السنوات الأولى من القرن الواحد والعشرين سيرجع في المقام الأول إلى التجارة الإلكترونية والتعامل في تكنولوجيا المعلومات عموما[2].

كما أشارت التقديرات الصادرة من الاتحاد الأوربي أنه بحلول عام 2001 سوف تبلغ قيمة تجارة السلع والخدمات إلكترونيا بين الشركات مقدار 1 مليار دولار، فحوالي 100 دولة هذه الأيام تستخدم الانترنت وهناك حوالي 20 مليون شركة مضيفة للانترنت وحوالي 100 مستخدم حول

[1]-أنظر التجارة الإلكترونية في المجال السياحي، ص36 وما بعدها، وكذلك تقرير عن مستخدمي الانترنت في العالم، إعداد مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار- رئاسة مجلس الوزراء -، نوفمبر عام 2000؛ نقلا عن: خالد شويرب، المرجع السابق، ص117-118.

[2]- أسامة أبو الحسن مجاهد، **التعاقد عبر الانترنت**، طبعة 2002، ص11 وما بعدها ؛ نقلا عن: خالد شويرب، المرجع نفسه، ص119.

العالم، وأنه من المتوقع أن يزيد معدل النمو في الاقتصاد الرقمي في الدول المتقدمة والنامية من خلال ازدياد عدد مستخدمي الانترنت إلى حوالي 250 مليون شخص بحلول عام 2002.

بينما أشارت تقديرات أخرى على شبكة الانترنت أن عدد مستخدمي الانترنت على مستوى العالم قدر بنحو 242 مليون في جانفي عام 2002، ومن المتوقع أن يبلغ هذا العدد 349، 490 مليون مستخدم بحلول عام 2007، ونهاية عام 2002 على التوالي، وما يزيد عن 765 مليون مستخدم نهاية 2005.[1]

الفرع الثاني: تطور التجارة الإلكترونية في العالم العربي

لقد تأخر دخول الانترنت إلى الدول العربية، مما أخرّ انتشار واتساع التجارة الإلكترونية ما بين البلدان العربية فيما بينها وبين العالم، وبالتالي فإن الإحصاءات تذكر أنه غلى غاية سنة 1998 لم يصل عدد المشتركين في الانترنت ضمن 12 دولة عربية إلا ما يساوي 236.6 ألف مشترك، وصل إلى 339.2 ألف مشترك في أفريل 1999 [2].

فعلى سبيل المثال، أفادت دراسة قامت بها مجموعة (دي آي تي) بأن نسبة من قاموا بعمليات الشراء على الشبكة من بين مستخدمي الانترنت العرب لم تتجاوز نسبتهم 4%، بينما امتنع 96% من المستخدمين العرب عن ممارسة الشراء عبر الانترنت، حيث كانت أعلى نسبة في ذلك لصالح

[1]- محمد بن بوزيان- عائشة بلحرش، **التجارة الإلكترونية في الجزائر: الفرص والتحديات**، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، ص9.

[2]- رشيد حسن، **العرب في سباق الانترنت**، مجلة الاقتصاد والأعمال، فبراير 2000، ص33؛ نقلا عن: كمال رزيق- مسدور فارس، **التجارة الإلكترونية وضرورة اعتمادها في الجزائر في الألفية الثالثة**، الجمعية العلمية" نادي الدراسات الاقتصادية"، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سعد دحلب، البليدة، ص10.

مشتريات برامج الكمبيوتر 23%، الكتب 22%، الهدايا 7%، العطور و الإلكترونيات10%، حجز تذاكر السفر7%.[1]

كما أشارت إحصائيات أخرى بأن مستخدمي الانترنت بالدول العربية يبلغ 0.6% فقط من تعداد السكان، بينما بالدول المتقدمة يبلغ 88% من تعداد السكان، وتفسير ذلك أن الدول المتقدمة بهذا المجال أوجدت البنية التحتية القوية وبأسعار في متناول الجميع، وهكذا نرى الفرق الشاسع بين الدول العربية والدول المتقدمة في نسب مستخدمي الانترنت ومثال ذلك دولة الإمارات العربية المتحدة تتربع برأس القائمة بنسبة 10.2% وتليها لبنان 8% والكويت 5.5% والأردن 2% وتأتي المملكة العربية السعودية ودولة مصر بنسبة 0.8% من تعداد السكان.

كل هذه المعطيات توضح بأن حجم التجارة الإلكترونية في العالم العربي تعتبر من أضعف النسب مقارنة مع حجمها لدى دول العالم و هذا لأسباب تتعلق أكثر بتخلف دخول الانترنت إلى العالم العربي وضعف الوتيرة التي تم بها الدخول إلى غاية يومنا هذا، بحيث لتطوير شبكات الاتصال بالدول العربية سوف تنفق 90مليار دولار خلال العشر سنوات المقبلة لتواكب من سبقها في هذا المجال[2].

المطلب الثالث: التجارة الإلكترونية في الجزائر

رغم الأهمية البالغة لضرورة اعتماد التجارة الإلكترونية كأداة متطورة في الاقتصاد الجزائري، إلا أن هذا يبقي حلما يُنتظر تحقيقه، بحيث أنه لم يتم حتى التفكير في ضرورة اعتمادها من طرف الجهة المختصة* بتنظيم التجارة في البلاد على أعلى مستويات.

---

[1]– عمار عقلي، **التجارة الإلكترونية عربيا: معوقات تشريعية وتقنية**، مجلة الاقتصاد والأعمال، مارس 2000، ص100؛ نقلا عن: كمال رزيق– مسدور فارس ، المرجع السابق، ص10.

[2]– محمد بن بوزيان– عائشة بلحرش، المرجع السابق، ص10.

*– المقصود بالجهة المختصة: وزارة التجارة.

بحيث تؤكد على أنه ليس هناك أي جهود في إطار ذلك، بل أن الإحصائيات المتعلقة بهذا النوع من التجارة غير متوفرة لدى الوزارة الوصية، أي لا يوجد حتى التفكير في البحث عن وضعية التجارة الإلكترونية في الجزائر.

وللتعمق أكثر في حالة التجارة الإلكترونية في الجزائر سيتم التطرق إلى ثلاث فروع تتناول على التوالي أسباب عدم اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر، بالإضافة إلى حلول وسبل توسيع استخدام التجارة الإلكترونية في الجزائر، وكذا انعكاسات اعتماد التجارة الإلكترونية على الاقتصاد الجزائري.

الفرع الأول: أسباب عدم اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر

إن التجارة الإلكترونية تعتمد على التطورات التكنولوجية في مجال الاتصالات عن بعد، ولقد كانت التجارة التقليدية الجزائرية ضعيفة خارج مجال المحروقات وتزداد ضعفا اليوم في ظل عالم تهيمن عليه العولمة الاقتصادية والتفنن في استخدام التجارة الإلكترونية، ولعلّ هناك مجموعة من الأسباب تحول دون انتشار هذه التجارة في الجزائر نذكر منها على سبيل المثال:

1- الأمية في شكلها التقليدي (أي الجهل بالقراءة والكتابة):

تعتبر الجزائر من الدول التي تضم نسبة أمية مرتفعة نوعا ما، أي يفوق 7 ملايين أمي حسب الإحصائيات، وبالتالي كيف هؤلاء أن يفقهوا معنى أن تُمارس التجارة عن طريق الانترنت؟، بل لا يتخيلوا حتى وجودها، وهذا ما يعتبر حاجزا لانتشار التجارة الإلكترونية.

2- الأمية المعلوماتية:

حيث أن الأمية في التعريفات الحديثة يعني لا تحسن استخدام الحاسوب، وبالتالي فإن فئة كبيرة من المتعاملين لم يسبق لهم أن جلسوا أمام الحاسوب، وبالتالي فلا تتخيل أنهم يستطيعون ممارسة تجارتهم عبر الانترنت الذي يرتكز على استخدام هذا الحاسوب.

3- حاجز اللغة:

حيث أن معظم التعاملات التجارية الإلكترونية تتم باللغة الانجليزية .

4- ارتفاع تكلفة استخدام الانترنت:

ذلك أن تكاليف الاتصال العادي في بلادنا مستمر في الارتفاع في ظل غياب المنافسة في قطاع الاتصالات الذي لا تزال الدولة تحتكر الجانب الأكبر منه، مما يحول دون انخفاض تكلفة الاتصال عن طريق الانترنت.

5- الطابع اللامادي غير الملموس للتعامل:

وذلك بما لا يشجع الكثير على التعامل مع أناس لا يواجهونهم وجها لوجه وعلى وسطاء إلكترونية غير ورقية، ويدخل هذا العنصر في عامل الثقة، أي انعدامها في الوساطة الإلكترونية وعدم الأمن لها.

6- نقص اهتمام المؤسسات الاقتصادية في البلاد بهذه التقنية التجارية الحديثة، يمكن أن تفتح لهم آفاق اقتصادية واسعة مما يجعل انتشارها يكون منعدما في بلادنا[1].

7- عدم اهتمام الهيئات الإدارية العليا للبلاد بالموضوع، إذ لا يُعقل أن وزارة التجارة في بلادنا لم تفكر حتى في إجراء استقصاء لمدى اهتمام الناس بهذا النوع من التجارة، و التفكير في سبيل تقنينها أو الاستفادة من تجارب الدول الغربية في هذا المجال.

8- تخلف النظام المصرفي في الجزائر من حيث وسائل وتقنيات الدفع الحديثة وهذا ناتج عن سيطرة قيم المجتمع النقدي (الكاش) حيث أن التعاملات تتم في معظمها بالطرق التقليدية وليس بأداة التعامل المالي الحديثة.

[1]- محمد بن بوزيان- عائشة بلحرش، المرجع السابق، ص11.

الفرع الثاني: حلول وسبل توسيع استخدام التجارة الإلكترونية في الجزائر

بعد التطرق لمجموعة من الأسباب التي تعيق استخدام التجارة الإلكترونية في بلادنا، لابد من اقتراح مجموعة من السبل والأساليب التي يمكنها أن تفتح الاقتصاد الجزائري على تجارة عرفت تطورا رهيبًا لدى الغرب، هذه الحلول هي كالآتي:

1- دعوة إدارات وهيئات الاتصالات بالمنطقة إلى تسهيل إدخال التجارة الإلكترونية على المستويات الوطنية والإقليمية والعالمية وذلك لمواجهة التطورات السريعة والاستفادة من مزاياها من خلال تهيئة الشبكات اللازمة لها وإعداد التشريعات والأنظمة التي تضبط استخدامها.

2- إرساء قواعد تكوينية في الإعلام الآلي بإدخال التجارة الإلكترونية ضمن البرامج التكوينية على المستويات بما فيها التعليم العالي، حيث يمكن إحداث فرع في التجارة الدولية تحت اسم التجارة الإلكترونية.

3- خوصصة قطاع الاتصال وفتح باب المنافسة فيه حتى تنخفض تكلفة استخدام الانترنت، وبالتالي المساهمة في نشر الثقافة الإلكترونية بما فيها التجارة الإلكترونية.

4- التفكير في الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، وإدخالها ضمن قواعد القانون التجاري وغيرها من القوانين المتصلة بها، كتعديل قانون التجارة ليشمل بابا خاصا بالتجارة الإلكترونية يتضمن المبادئ العامة للتجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى تعديل القانون المدني لينظم مسائل التعاقد بين الأطراف في التجارة الإلكترونية خاصة فيما يتعلق بالإيجاب والقبول عبر الوسائل الإلكترونية والمعلوماتية وشبكات الاتصال عن بعد.

5- تخفيض الرسوم الجمركية على التكنولوجيا المعلوماتية المستوردة حتى تكون في متناول الفئات المختلفة للمجتمع، بعد انخفاض تكلفة الحصول عليها، وهذا من خلال تعديل التشريعات الضريبية والجمركية حتى تتلاءم مع انتشار التجارة الالكترونية.

6- إعادة التفكير في قوانين حماية المستهلك الجزائري، وهذا تفاديا للتخوف من مخاطر التجارة الإلكترونية.

7- تطوير أساليب الدفع الإلكتروني لدى مختلف المراكز الائتمانية، وكذا اعتماد نظام الشبكات الإلكترونية المصرفية.

8- تشجيع إقامة معارض الاتصالات والمعلوماتية في المنطقة وهذا يتماشى مع التطورات السريعة لهما، وتشجيع مبادرات القطاع الخاص في هذا المجال مع توظيف جزء من عائدات هذه المعارض إن وجدت وإعادة صرفها في أغراض تنمية الاتصالات في المنطقة.[1]

الفرع الثالث: انعكاسات اعتماد التجارة الإلكترونية على الاقتصاد الجزائري

من أهم المزايا التي يمكن للتجارة الإلكترونية أن تضمنها للاقتصاد الجزائري من خلال اعتمادها ما يلي:

1- فتح آفاق أوسع أمام المؤسسات الاقتصادية الجزائرية خاصة التي تعاني من مشكل صعوبة النفاذ إلى أسواق عالمية نتيجة صغر حجمها وانخفاض مواردها.

[1]- محمد بن بوزيان- عائشة بلحرش، المرجع السابق، ص12.

2- الاستفادة من السلع والخدمات الأجنبية التكنولوجية المتطورة، وبالتالي توفر إمكانيات إخراج الاقتصاد الجزائري من تخلفه، وإعطائه قدرة تنافسية أكبر.

3- تطور الصادرات خارج مجال المحروقات، حيث أن المنتجات الجزائرية تجد طلبا لها في السوق العالمي، لكن نقص الإشهار الدولي للسلع الجزائرية يجعلها مجهولة لدى العالم.

4- تطوير العمل أو النظام المصرفي الجزائري مما يتوافق مع متطلبات التجارة الإلكترونية الخاصة بطرق الدفع الإلكتروني المختلفة.

5- تفادي المشاكل الإدارية مثلا بين المكلفين بالضريبة والإدارة الجبائية فيما يتعلق بالتخلف عن تقديم التصريحات الجبائية أو دفع المستحقات، حيث أنه يمكن أن يتم ذلك بسهولة عن طريق شبكة الانترنت والدفع الإلكتروني.

6- سهولة الوصول إلى شريحة كبيرة من المستهلكين المحليين وبصفة عامة إعطاء نفس جديد للتجارة الجزائرية خاصة مع إقبالها على الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة.[1]

[1]- كمال رزيق- مسدور فارس، المرجع السابق، ص15.

الفصل الأول:

النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني

اتـفـاق التحكيـم في صورتيه التقليدي أو الإلكتروني هو نقطة البدايـة في نظـام التحكيـم ، وقد اهتم الفقه اهتمامـا كبيرا باتفاق التحكيـم ، كما اهتـم القـانون بذلك ونظمه تنظيمـا يتلاءم مع أهميته، والحكمة في ذلك ترجع إلى أن هذا الاتفاق هو جوهر العملية التحكيمية وحجر زاويتها، فلا يعرض أي نزاع على محكمين إلا باتفاق ذوي الشأن اتفاقا صريحا على الفصل فيه بطريق التحكيم[1].

ونظرا لتعاظم أهمية اتفاق التحكيم فإن ذلك يثير بعض الصعوبات والتحديات في أكثر من مسألة قانونية خاصة ما يتعلق بحجيته وكتابته وتوقيعه بما يفيد اتفاق الأطراف.

وللتعرف على النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه يلزم التعرض إلى ماهيته وشروط صحته وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، لذلك سيتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث كالآتي:

المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني

المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني

يخضع العقد الإلكتروني في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد، فهو يتم باتفاق وتراضي الطرفين، ولكنه يتميز بأنه عقد يبرم عن بعد وبين غائبين باستخدام وسائط إلكترونية، ولاشك أن لهذه الخصائص التي تميز العقد الإلكتروني تأثير في نظامه القانوني وتجعل له

[1]- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم "دراسة تحليلية مقارنة"**، الطبعة الثانية، دار الفتح للتجليد الفني، 2008، ص13.

بعض القواعد الخاصة، تخرج به عن القواعد العامة في نظرية العقد التي وضعت أساسا للتعاقد العادي باستخدام دعائم ورقية وليست إلكترونية.

وكون اتفاق التحكيم الإلكتروني عقدا إلكترونيا، فهو لا يخرج عن هذه القاعدة، ومن ثمة يثير نفس التساؤلات القانونية التي يثيرها العقد بشكل عام، بالإضافة إلى أنه ذو طبيعة خاصة تستلزم توافر صور معينة وآثار تترتب عليه[1].

ولمعالجة العقبات القانونية التي يثيرها اتفاق التحكيم الإلكتروني ومحاولة إيجاد الحلول القانونية لحلها، تمّ تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب: نتعرف في الأول على مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني، وفي الثاني على آثاره ، أما الثالث فسيتم التطرق إلى استقلاليته والآثار المترتبة على ذلك.

المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني

من المعروف أن التحكيم الإلكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي يبدأ باتفاق أطراف النزاع على اللجوء إليه كوسيلة لفضه، فاتفاق التحكيم هو الخطوة الأولى فيه وأساس قيامه، وانتفاء هذا الاتفاق معناه انتفاء التحكيم.

إلا أن التحكيم الإلكتروني يتميز عن التحكيم التقليدي بالطبيعة الخاصة للوسط الذي يتم عبره وهو الوسط الإلكتروني، لذا فإن الاتفاق في إطار هذا النوع من التحكيم لا يتم بالصيغة التقليدية لاتفاق التحكيم، فهو في الواقع اتفاق إلكتروني ومثل هذا الأمر قد يثير تساؤلات قانونية عدة[2].

---

[1]– أبو الليل ابراهيم الدسوقي، **إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن**، 18 سبتمبر 2008، ص3، متاح في: www.arablawinfo.com ؛نقلا عن: رجاء نظام حافظ بني شمسة، **الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني " دراسة مقارنة "**، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2009، ص59.

[2]– آلاء يعقوب النعيمي، **الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني**، المؤتمر السنوي السادس عشر " التحكيم التجاري الدولي"، كلية القانون، جامعة الشارقة ،الإمارات العربية المتحدة ، ص987.

لذلك ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع يُعالج الأول تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني ويعالج الثاني صوره، أما الفرع الثالث فسيتم التطرق إلى حجيته في الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني

قبل التطرق إلى تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني لابد من تعريف اتفاق التحكيم التقليدي بالإضافة إلى تعريف الفقه له وقانون اليونيسترال وتعريفه طبقا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958.

أولا:اتفاق التحكيم التقليدي

يعرف اتفاق التحكيم – بصفة عامة – بأنه: "الاتفاق الذي بموجبه يُعرض النزاع على هيئة تحكيم دولية معينة للفصل فيه بحكم ملزم لأطراف النزاع"[1].

كما عرفته المادة 1011 من ق.إ.م.إ كالآتي:" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"[2].

كما عُرِّف على أنه: اتفاق يدخل في إطار القانون الدولي الخاص يهدف إلى إحداث أثر قانوني معين يتمثل بإنشاء التزام على عاتق أطرافه بإحالة النزاع الذي يثار بينهما إلى التحكيم والتنازل عن حقهما باللجوء إلى القضاء. وهو بهذا المعنى لا يخرج عن كونه عقدا، وبذلك تتحدد طبيعته القانونية فهو في الواقع تصرف قانوني يصدر عن إرادتين أو أكثر ولا يمكن عده عملا إجرائيا على الرغم من أنه يعد الخطوة الأولى في طرح النزاع على التحكيم وبالتالي الفصل فيه من قبل المحكم أو المحكمين الذين يتم اختيارهم.[3]

ثانيا: اتفاق التحكيم الإلكتروني

[1]– خالد محمد القاضي، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 2002، ص164.

[2]– المادة 1011 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]– آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص989.

لا يختلف تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني عن اتفاق التحكيم التقليدي، إلا من حيث الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم، حتى أن الأحكام قد يحصل عليها الأطراف موقعة وجاهزة بطريق إلكتروني باستخدام التوقيع الإلكتروني.[1]

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني على أنه: الاتفاق الذي بموجبه تحيل أطراف النزاع الذي نشب بينهما إلى محكم أو محكمة افتراضية أو قاضي افتراضي بوسائل إلكترونية "رسالة بيانات" ويصدر الحكم ويُبلغ إلى الأطراف بذات الوسيلة الإلكترونية[2].

إن مصطلح اتفاق التحكيم الإلكتروني له معنيان الأول: كون أطراف النزاع اتفقوا على تسوية نزاعهم عن طريق وسائل التحكيم التقليدية ولكن التوصل لاتفاق التحكيم تم عن طريق الوسائل الإلكترونية، والثاني كون أطراف النزاع اتفقوا إلى اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعهم عن طريق استخدام وسائل تقنية حديثة.[3]

ثالثا: تعريف الفقه لاتفاق التحكيم الإلكتروني

ذهب البعض من الفقه إلى تعريف اتفاق التحكيم بأنه:" اتفاق بين الخصوم في نزاع معين قائم بينهم بالفعل يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النزاع على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه بدلا

---

[1]- خالد ممدوح، التحكيم الإلكتروني، متاح في الموقع :
http://kenanoline.com/Users/KhaledMamdouh/posts/77858 ، بدون ذكر الصفحات.

[2]- سمير برهان، **اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية**، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، من 25إلى 29 ديسمبر2007، ص7.

[3]- يتوجي سامية، **التحكيم الإلكتروني**، عرض مقدم في إطار الدراسة النظرية لمقياس التحكيم الدولي، سنة أولى ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008-2009، ص22.

من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص.[1]

وعرفه البعض الآخر بأنه:" تراضي الأطراف في معاملة معينة على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات الناشئة عن تلك المعاملة، أو التي يمكن أن تنشأ عنها بحكم ملزم لها بدلا من قضاء الدولة[2].

كما عرفه الفقه في مصر و فرنسا أنه التحكيم الذي يتعلق بصفات تمت بوسائط إلكترونية، ويحال إلى التحكيم سواء كان محكما فردا أو محكمة فضائية برسالة بيانات[3].

رابعا: تعريف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي UNCITRAL

عرفته المادة 07 في فقرتها الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL بأنه:" اتفاق بين طرفين على أن يحيلا جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية..."[4]

[1]- أشرف عبد العليم الرفاعي، **النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، دراسة في قضاء التحكيم، دار النهضة العربية،1997، ص103؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، **التحكيم الإلكتروني: ماهيته– إجراءاته– آلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009،ص 67-68.

[2]-أحمد عبد الكريم سلامة، **التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية**، دار النهضة العربية، 2006، ص103؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص68.

[3]- سامي عبد الباقي أبو صالح، **التحكيم التجاري الإلكتروني**، القاهرة، ص20، 2004؛ نقلا عن: سمير برهان، المرجع السابق، ص7.

[4]- آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص988.

خامسا: تعريف اتفاق التحكيم طبقا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958

عرفته المادة 02/ب من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لعام 1958 بأنه:" يشمل مصطلح اتفاق مكتوب أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف أو وارد في رسائل أو برقيات متبادلة[1].

الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني

يمكن أن يتخذ اتفاق التحكيم الإلكتروني مظهرا مختلفا عنه في الشكل التقليدي، حيث أن كل الوثائق تأخذ شكلا إلكترونيا عبر صفحات الويب أو عن طريق البريد الإلكتروني ولا يخرج اتفاق التحكيم الإلكتروني عن أحد الصور التالية:

أولا:شرط التحكيم

في هذه الصورة يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع، فلا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع بينهم لتحديد الوسيلة المعتمدة لحله بل يتم اتخاذ القرار بشكل مسبق، حيث يتفق الأطراف على إخضاع النزاع الذي قد ينشأ بينهم مستقبلا بسبب تلك العلاقة إلى التحكيم، فالعبرة في هذه الصورة بأن يتم الاتفاق على التحكيم قبل قيام النزاع، وعادة ما يرد الشرط بصيغة مقتضبة تتضمن فقط الإحالة للتحكيم، كالقول مثلا أن أي خلاف أو نزاع بين طرفي العقد يحال إلى التحكيم[2]، وإذا كان التحكيم مؤسسيا فقد جرت العادة أن تضع مؤسسة التحكيم المعنية صيغة ينصح الأطراف بإدراجها في عقدهم إذا رغبوا بإحالة نزاعهم إلى تلك المؤسسة، وفي هذه الحالة تتبع قواعد المؤسسة في إجراءات وإدارة التحكيم بما في ذلك تعيين المحكمين[3].

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص66.

[2]- رجاء نظام حافظ بني شمسة، المرجع السابق، ص62.

[3]- خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص276.

ثانيا: مشارطة التحكيم

يقصد بمشارطة التحكيم ذلك الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد بعد وقوع النزاع الخاص بذلك العقد ويحيلا بموجبه نزاعهما إلى التحكيم ومثال ذلك أن يبرم الطرفان عقدهما دون أن يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات بينهما، وفي مرحلة لاحقة يعرض أحدهما على الآخر تسوية أية منازعات مستقبلية ناشئة عن العقد أو تتعلق به إلى هيئة التحكيم[1].

فالفرق ما بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم هو أن شرط التحكيم يتم إبرامه قبل حصول أي نزاع، أما مشارطة التحكيم فيتم إبرامها بعد نشوب النزاع أو قيامه بين الأطراف، فالأول يتعلق بنزاع سيولد، أما الثاني فيتعلق بنزاع ولد بالفعل[2].

ومن الناحية العملية، تبدأ مشارطة التحكيم بحيثيات تتعلق بالنزاع وطبيعته ومن ثمة الإشارة إلى اتفاق الطرفين على إحالته للتحكيم مع بيان أسماء المحكمين.

وعلى الرغم من أن بعض الفقه لا يرى فائدة عملية من التفرقة بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم، وعلى هذا النهج سارت العديد من القوانين والمعاهدات الدولية وأبرزها معاهدة نيويورك ومعاهدة جينيف، إلا أن هذه التفرقة ضرورية في بعض قوانين التحكيم خاصة العربية والتي تتطلب في مشارطة التحكيم تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الاتفاق، بخلاف شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع مستقبلي، ومن الأمثلة على ذلك قانون التحكيم المصري والفلسطيني والعماني[3].

---

[1]- جمعان ناصر ناجي محمد، **شرط التحكيم في العقود التجارية " دراسة مقارنة"**، بدون طبعة، دار الفتح، القاهرة، 2008، ص70؛ نقلا عن: رجاء نظام حافظ بني شمسة، المرجع السابق، ص63.

[2]- شفيق محسن، **التحكيم التجاري الدولي "دراسة في قانون التجارة الدولية"**، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص171؛ نقلا عن: رجاء نظام حافظ بني شمسة، المرجع نفسه، ص63.

[3]- جمعات ناصر ناجي محمد، المرجع نفسه، ص74؛ نقلا عن: رجاء نظام حافظ بني شمسة، المرجع نف، سهص63.

ثالثا: التحكيم بالإحالة

بموجب هذه الصورة من اتفاق التحكيم يشير طرفاه في العقد الأصلي إلى وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم، يقصد تطبيق أحكام هذه الوثيقة على العلاقة بين الطرفين وذلك باعتبارها جزءا من العقد، وغالبا ما يكون هناك ارتباط بين العقد الذي يتضمن الإحالة والوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم وتتم الإحالة إليها، كأن تكون هذه الوثيقة عبارة عن عقد نموذجي فيشير الأطراف إلى الإحالة إليه عند إبرام العقد.

إن الصورة الثالثة السابقة هي التي يمكن أن يتخذها التحكيم التقليدي والتي ورد النص عليها في قوانين التحكيم التي وضعت في الأصل لتنظيم أحكام التحكيم التقليدي. وهي في مجملها تشير إلى عقد أصلي يمثل العلاقة القانونية، التي تربط بين الطرفين والتي قد تكون سابقة أو معاصرة لاتفاق التحكيم مثلما تشير إلى اتفاق التحكيم إما بكونه بندا في هذا العقد أو عقدا مستقلا قائما بذاته أو بندا في وثيقة تتم الإحالة إليها في العقد الأصلي. وهذه الإشارات كلها تتعلق بوثائق مادية تعرف بدايتها مثلما تعرف لها نهاية. فإذا ورد اتفاق التحكيم كبند في العقد الأصلي فإنه سيظهر كذلك بشكل لا يقبل الشك وإذا اتخذ صيغة اتفاق مستقل فإنه حينها سيكون وثيقة مستقلة عنوانها اتفاق التحكيم ولا خلاف في أنه اتفاق على حل النزاع الذي نشب أو يحتمل أن ينشب بشأن العقد المشار إليه في الاتفاق.

ولا يختلف الحال بشأن اتفاق التحكيم بالإحالة، فكلا من الوثيقتين التي تتضمن الإحالة والمحال إليها تتصف بكونها وثائق مادية وصلة إحداهما بالأخرى لا تقبل خلافا، لاسيما وأن قوانين التحكيم تشترط أن تكون الإحالة لشرط التحكيم واضحة.

أما إذا كان اتفاق التحكيم إلكترونيا فإن كل الوثائق المشار إليها فيما سبق ستكون حينها وثائق إلكترونية وهذه الوثائق ستكون عبارة عن صفحات في وثائق إلكترونية على الانترنت[1].

الفرع الثالث: حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني في الاتفاقيات الدولية

سيتم التطرق في هذا الفرع إلى حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، وفي الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005.

أولا: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 الصادر عن الأمم المتحدة

المقصود من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية هو وضع مجموعة من القواعد القانونية والمبادئ لتيسير استخدام التقنيات العصرية في مختلف الظروف لأغراض تدوين المعلومات والبيانات وإرسالها، ومع ذلك فهو قانون إطاري مرجعي لا يتضمن جميع القواعد واللوائح الضرورية لتطبيق هذه التقنيات، بل يهدف إلى تقديم مجموعة من القواعد المقبولة دوليا التي تسمح بإزالة عدد من العقبات القانونية فهو قانون غير ملزم.

ويقوم القانون النموذجي على نهج جديد هو نهج النظير الوظيفي أو المعادل الوظيفي، ويقصد به المساواة بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي، والتساوي الوظيفي " l'équivalence fonctionnelle " هنا هو تساوي من حيث وظيفة الدليل في الإثبات وبالتالي اتخاذ وظيفة ودورا الدليل معيارا للقبول به وتحديد حجيته[2]، ومع ذلك فإن اعتماد نهج النظير الوظيفي لا ينبغي

[1]- آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص992-993.

[2]- حسن جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت**، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر،2000، ص84؛ نقلا عن: خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**، المرجع السابق، ص286.

أن يفضي إلى فرض معايير أمنية على مستعملي التبادل الإلكتروني للبيانات أشد مما يُفرض في حالة المستندات الورقية.

كما يهدف هذا القانون إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر ملائمة للتجارة الإلكترونية من خلال الاعتراف بتبادل البيانات إلكترونيا وقبول الرسائل الإلكترونية والاعتراف بالإثبات الإلكتروني وحجية التوقيع الإلكتروني والشروط والمتطلبات اللازمة لذلك.

بالإضافة إلى ما سبق، فقد وضع هذا القانون مبدأ هاما يؤدي إلى الاعتراف القانوني برسائل البيانات والمعلومات الإلكترونية وصحتها وقابليتها للإنفاذ وعدم إنكارها لكونها اتخذت شكلا إلكترونيا إعمالا لمبدأ التناظر الوظيفي، ولذلك نص في المادة 05 من القانون على أنه:" لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها لمجرد أنها مقدمة في شكل رسالات بيانية".

ونص أيضا، أن كل من أطراف المعاملة الإلكترونية لا يستطيع أن ينكر رسالة البيانات لمجرد أنها في شكل إلكتروني إذ نصت المادة 12 منه على أنه:" في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات". وهو ما يعني إعطاء رسالة البيانات نفس الاعتراف القانوني الذي يعطي للمستند الورقي.[1]

ثانيا: الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005

نصت الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 المعدة بواسطة اليونيسترال على أنه:" حيثما تستخدم رسائل البيانات في تكوين عقد لا يجوز إنكار صحة ذلك العقد أو نفاذه لمجرد استخدام رسائل بيانات لهذا الغرض."

[1]- خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص286-287.

كما نصت على أنه حيثما يشترط القانون أن يكون العقد الذي تنطبق عليه هذه الاتفاقية كتابيا، يعد هذا الشرط مستوفيا بوجود رسالة بيانات إذا كان من الميسور الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا[1].

ويضع هذا الحكم المعايير للتعادل الوظيفي بين رسائل البيانات والمستندات الورقية على نفس النحو المتبع في المادة 06 من قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

وقد أصدرت الأمم المتحدة عن طريق لجنة اليونيسترال الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، وهذه الاتفاقية سوف تصبح في القريب مرجعا مهما لما تتضمنه من أحكام، خاصة وأنها في المادة 20 منها نصت صراحة ومن غير لُبس بمساواة الكتابة والرسائل الإلكترونية بالكتابة العادية وإعطائها نفس الحجية والإثبات في العقود الدولية ويتجلى ذلك صراحة في نص المادة 2/09 والتي تنص على:" حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الإلكتروني، إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا."

وأهم ما في هذه الاتفاقية ما جاءت به المادة 20 والتي اعترفت بالخطابات الإلكترونية المتبادلة في العقود الدولية والتي تخضع اتفاقيات ومعاهدات دولية حددتها في الفقرة 01، ومنها اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958 وبذلك جنبتنا هذه الاتفاقية عدم النص على الكتابة الإلكترونية في هذه الاتفاقية وأوضحت تماثل الخطابات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية مع الكتابة العادية المتبادلة في رسائل إلكترونية، أو عقد موقع عليه، حيث أنها اعترفت أيضا بالتوقيع الإلكتروني في المادة 3/09 منها.[2]

[1]- وثيقة اليونيسترال باللغة العربية رقم A/cn.9/528,19 May 2003

[2]- خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص287-288.

المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم الإلكتروني والآثار المترتبة على ذلك

إن استقلالية اتفاق التحكيم مسألة قانونية في غاية الأهمية نظرا لما ينجم عنها من آثار، وفيما يلي سيتم التطرق إلى ذلك فرعين مستقلين.

الفرع الأول: استقلالية اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن استقلالية اتفاق التحكيم عند العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حاليا في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم، حيث تُستمد هذه الاستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين: العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم.

فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات، ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، ولكن ينصب محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي. ويترتب عن ذلك أن الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي. وعلى الرغم من وضوح هذه النظرية، فإنها كانت محلا للجدل والتنافس بين أنصار استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي والمنادين بعدم الاستقلالية، إذ ظهرت الحاجة في العديد من الأنظمة القانونية إلى ضرورة بحث العلاقة التي تربط بين العقد الأصلي الذي يثار النزاع بمناسبته، وبين الاتفاق على التحكيم. وتتعدد الصور التي تثور فيها مسألة العلاقة بين الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي، فقد تثور هذه المسألة عند التمسك ببطلان العقد الأصلي أو انقضائه لأحد أسباب الانقضاء ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم وإمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم رغم ذلك؛هذا من جهة ومن جهة ثانية ، فإن مسألة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، فقد تثور في فرض

معاكس للفرض الأول. فقد يكون العقد الأصلي صحيحا، ويكون الاتفاق الذي لحق به العارض القانوني هو اتفاق التحكيم ذاته.[1]

وأيا كانت الصور العديدة التي تثور فيها مسألة العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، فإن تقرير استقلاليتهما عن بعضهما يؤدي إلى قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم. أما القول بعدم استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي فيعني إخضاع كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم إلى ذات النظام القانوني.[2]

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني

يترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي عدة آثار أو نتائج تشمل مايلي:

أولا: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

يبقى هذا الاتفاق صحيحا بصرف النظر عن زوال العقد الأصلي،ما لم يكن هو الآخر باطلا لسبب خاص به، ومن ثمة فبطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهاؤه لا يمنع من إنتاج شرط التحكيم لآثاره بحيث يكون الفصل في النزاع على صحة العقد الأصلي أو بطلانه خارجا عن سلطان القضاء وتكون ولاية الفصل فيه ثابتة لهيئة التحكيم وحدها وعلى هذه الهيئة أن تفصل فيه وفقا للقانون الواجب التطبيق على هذا العقد.

ومع ذلك فإن كان السبب الخاص بالعقد والذي أدى إلى بطلانه يمتد أثره إلى الشرط أيضا، كما لو كان أحد الطرفين عديم أو ناقص الأهلية أو غير مفوض لإبرام العقد، أو زالت سلطته القانونية في إبرامه، فمثل هذا العيب يصيب العقد والشرط معا، لأن كلا المتعاقدين يجب أن يكون

---

[1]– سامية راشد، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، الكتاب الأول " اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، طبعة1984، ص78؛ نقلا عن: بولحية سعاد، **استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، دون ترقيم الصفحات.

[2]– سامية راشد، المرجع نفسه، ص78؛ نقلا عن: بولحية سعاد، المرجع نفسه، دون ترقيم الصفحات.

كامل الأهلية، وله سلطة التعاقد وأيضا إذا كان غرض العقد الأصلي غير مشروع أو مخالف للنظام العام فإنه يترتب على ذلك بطلان كل من العقد والشرط.[1]

ثانيا: إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي

يجوز للأطراف اختيار قانون معين ليحكم العقد، وآخر ليحكم اتفاق التحكيم.

وقد أيد قضاء التحكيم هذه المبادئ في العديد من الأحكام، فقد أشارت محكمة التحكيم في أحد أحكامها إلى أن مصادر القانون الواجبة التطبيق على تحديد نطاق وآثار شرط التحكيم لا تختلط بالضرورة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإذا كان هذا القانون وقواعده القانونية يمكن في بعض الحالات أن يتعلق بموضوع النزاع وبشرط التحكيم، فإنه من الممكن تماما أن يكون هذا الأخير محكوما، في حالات أخرى وبالنظر إلى استقلاله بمصادر قانونية خاصة به ومستقلة عن تلك التي تحكم موضوع النزاع.

ثالثا: تمكين المحكم من الفصل في مسألة اختصاصه بالفصل في النزاع

بحيث أنه إذا كان هناك ترابط وتلازم بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، فلا يمكن للمحكم أن يباشر الفصل في الدعوى وذلك لعدم وجود العقد الأصلي، في حين أنه يترتب على مبدأ الاستقلال ممارسة المحكم لاختصاصه.[2]

المطلب الثالث: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني

يترتب على اتفاق التحكيم أيا كانت صورته سواء شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي أو في صورة مشارطة تحكيم آثار مختلفة، الأثر الأول هو الأثر الايجابي ووفقا له يتعين على الأطراف أن تعهد بالمنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهم إلى التحكيم.

---

[1]- حمد الله محمد حمد الله، **النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية "دراسة مقارنة"**، دار النهضة العربية، 2002، ص147؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص81.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص81-82.

والأثر الثاني الذي يرتبه اتفاق التحكيم هو ما يعرف بالأثر السلبي ووفقا له يُمتنع على الأطراف عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني، ومنع هذا الفضاء من الفصل فيها.

وسيتم عرض هذين الأثرين كل في فرع مستقل[1].

الفرع الأول:الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

ينصرف مضمون هذا الأثر إلى أنه عند وجود اتفاق تحكيم إلكتروني بشأن نزاع معين، فإن طرفي هذا الاتفاق يقع عليهما التزاما بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة وأنه في حالة مخالفة هذا الالتزام وطرح النزاع على المحاكم القضائية فيتعين على هذه المحاكم الامتناع عن نظر الدعوى التي يوجد بشأنها اتفاق التحكيم.

وقد عنيت التشريعات الدولية الوطنية بتضمين نصوصها المتعلقة بالتحكيم تقرير مثل هذا الأثر، كما وضعت بعض الالتزامات على عاتق المحكمة التي يرفع إليها النزاع.

أولا: موقف المواثيق الدولية

وفقا لبروتوكول جينيف 1923، فإنه على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها النزاع المبرم بين الأشخاص والمتضمن شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم وقابل للتطبيق أن تحيل الأطراف المعنية بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم.[2]

وقد أخذت معاهدة نيويورك 1958 بنفس المبادئ السابقة، حيث نصت في المادة 11 في فقرتها الثالثة على أنه:" على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

---

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 125.

[2]– أنظر المادة الرابعة من بروتوكول جينيف 1923.

وفي إطار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فإن المادة 8 في فقرتها الأولى منه نصت على الآتي:" على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى أبرم بشأنها اتفاق التحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحدهما في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ما لم يتضح أن الاتفاق باطل أو لاغٍ أو عديم الأثر ولا يمكن تنفيذه.

وقد نصت المادة 27 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري سنة 1987 على أن:" الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية تحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى.[1]

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية

في قطر، نصت المادة 192 من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه:" يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن حقوقهم في الالتجاء إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع وإذا ثار نزاع بصدد تنفيذ عقد اشتمل على شرط التحكيم ورفع أحد طرفيه دعوى أمام المحكمة المختصة جاز للطرف الآخر أن يتمسك بشرط التحكيم في صورة دفع بعدم قبول الدعوى[2].

وفي اسبانيا، فقد نصت المادة 11 في فقرتها الثانية من قانون التحكيم التجاري الدولي على أنه:" يُلزم اتفاق التحكيم الأطراف بالخضوع لما اتفق عليه ويمتنع على القضاء والمحاكم نظر المنازعات الخاضعة للتحكيم.[3]

وفي فرنسا فإنه على الرغم من أن المادة 1458 في فقرتها الأولى من قانون المرافعات الفرنسي الجديد قد نصت صراحة على عدم اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع الموجود بشأنه اتفاق التحكيم إلا أن الفقرة الثانية من ذات المادة تمنح القضاء العادي الاختصاص بنظر النزاع إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان.

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 127.

[2]- في ذات المعنى أنظر المادة 10 في فقرتها الأولى من قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 282؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 128.

ومفاد ما تقدم أنه إذا لم يكن شرط التحكيم ظاهر البطلان فلا يوجد أساس قانوني لقيام المحكمة بنظر النزاع.وقد أكدت على ذات المعنى السابق المادة 9 من قانون التحكيم في انجلترا لعام 1996.

وكذلك بالنسبة للقانون الأيرلندي بشأن التحكيم الصادر في 2 جويلية 1986 حيث نصت المادة 1022 في فقرتها الأولى على أنه:" يجب على المحكمة المعروض عليها نزاع أبرم الأطراف بشأنه اتفاق تحكيم أن تقضي بعدم اختصاصها.[1]

وقد سار في نفس الاتجاه كل من القانون السويسري الجديد للتحكيم الدولي لسنة 1987.

وفي إطار نظام التحكيم الإلكتروني فإن التحكيم الإجباري الخاص بعناوين المواقع الإلكترونية لا يمنع أي طرف من اللجوء إلى القضاء المختص أصلا بنظر النزاع سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثنائها.

وفي حالة التزامن بين إجراءات التحكيم و إجراءات الدعوى القضائية، يكون المحكم بعد تبليغه مباشرة بهذه الأخيرة من أحد الطرفين في الخيار بين وقف إجراءات التحكيم أو إنهائها أو الاستمرار فيها.[2]

الفرع الثاني:الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم الإلكتروني

يسمح شرط التحكيم في ذاته لأطرافه بالالتجاء مباشرة إلى تكوين محكمة أو هيئة التحكيم، بحيث لم يعد الحال كما كان عليه سابقا عندما كان الأطراف الموقعين على الشرط ملتزمين بتحرير مشارطة تحكيم والتوقيع عليها بعد وقوع النزاع لكي يتمكنوا من عرض هذا النزاع على التحكيم.

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 129.

[2]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص 130.

ويعبر بعض الفقه على ذلك بقوله:"إن الطرف الأكثر استعجالا لا يستطيع في حالة وقوع النزاع أن يبدأ مباشرة في اتخاذ إجراءات التحكيم وعرض الأمر أمام المحاكم.[1]

بيد أنه قد يحدث أن يعمد الطرفان معاً إلى هيئة التحكيم بغرض إنهاء الخصومة بهذا الطريق الذي التزموا به. وفي هذه الحالات، يجب احترام حكم التحكيم والاعتداء به من جانب الطرفين. فهذا الحكم يعد بمثابة الحكم الصادر من المحكمة المختصة في الأصل بنظر النزاع.[2]

ويلاحظ أنه لما كان شرط التحكيم يمنح الاختصاص للمحكمين وليس للقضاء العادي، فإن التجاء أطراف شرط التحكيم إلى عرض النزاع مباشرة إلى هيئة التحكيم يعتبر حقا لهم، ولكنه يمثل أيضا التزاما على عاتقهم بعرض النزاع المحدد على المحكم أو المحكمين الذين تم اختيارهم للفصل فيه بحكم يحسم النزاع بدلا من المحكمة المختصة .فاللجوء إلى التحكيم إذا هو حق لطرفي شرط التحكيم، وواجب عليهم في ذات الوقت[3].

غير أن مقتضى ثبوت سلطة الفصل في النزاع لقضاء التحكيم أن يبدأ الأطراف المحتكمون في اتخاذ إجراءات التحكيم، والتي تبدأ من اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه إخطار أو طلب التحكيم من المدعي، ثم قيامهم بتشكيل هيئة التحكيم إلى غير ذلك، وتبدأ تلك الهيئة عملها بالبث أولا في وجود وصحة اتفاق التحكيم ثم في مسألة اختصاصها بنظر النزاع، ثم تلقي بيان الدعوى من الطرف المحتكم إلى غير ذلك من الإجراءات.

أولا: مبدأ الاختصاص بالاختصاص

---

[1]– حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص181؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص131.

[2]– أحمد أبو الوفا، **التحكيم الاختياري والإجباري**، منشأة المعارف، 1983، ص136؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص131.

[3]– محمود محمد هاشم، **النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية**، الجزء الأول "اتفاق التحكيم"، دار الفكر الجامعي، 1990؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص 131.

على الرغم من أن مصدر السلطة التي يتمتع بها المحكم في التحكيم الإلكتروني في حسم النزاع مستمدة من إرادة الأطراف –في الحدود التي يقرها النظام القانوني– إلا أنه من المتصور أن ينشأ اعتراض كلي على اختصاص هذا المحكم وذلك في الحالات التي يواجه فيها دفعا ببطلان اتفاق التحكيم، أو عدم قابلية النزاع للتحكيم أو بطلان العقد الأصلي. وقد يواجه باعتراض جزئي على اختصاصه عند خروج النزاع من نطاق الاتفاق على النحو الذي حدده الأطراف[1].

ويثار التساؤل في مثل هذا الصدد عن الجهة التي يناط بها الفصل في مثل هذه الدفوع.

استقر الرأي في نصوص القوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم الدولي والاتفاقيات الدولية وأحكام التحكيم على أن هيئة التحكيم تختص بالبث في مسألة اختصاصها سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع أحد طرفي اتفاق التحكيم بعدم اختصاصها، سواء كان مبنى الدفع هو بطلان العقد الأصلي المدرج به شرط التحكيم أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته أو العدول عنه أو سقوطه أو عدم شموله موضوع النزاع[2].

فوفقا للاتفاقيات الدولية ومواثيق مراكز التحكيم التجاري الدولي يختص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، فقد نصت المادة 16 في فقرتها الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 على أنه:" يجوز لهيئة التحكيم البث في اختصاصها بما في ذلك أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا مستقلا يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.

ووفقا لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1976 فإن هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص على الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل

[1]– هدى محمد مجدي، **دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته**، دار النهضة العربية، 1997، ص60؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص132.

[2]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص 132.

في ذلك تلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل عن التحكيم، أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق[1].

وأشارت المادة 20 من لائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري لمجلس التعاون لدول الخليج العربية إلى أنه:" تختص هيئة التحكيم بالفصل في الموضوع المتعلق بعدم اختصاصها، ويشمل ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان هذا الاتفاق أو انقضائه أو عدم شموله موضوع النزاع."[2]

أما في إطار التشريعات الوطنية، فقد نصت المادة 30 في فقرتها الأولى من قانون التحكيم في انجلترا لعام 1996 على أنه:" ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك يكون لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها الموضوعي المتعلق.

أ- بوجود اتفاق تحكيم صحيح.

ب-بالتشكيل الصحيح للمحكمة.

ج- بأن المسائل الخاضعة للتحكيم تتفق مع اتفاق التحكيم."

وتضمنت المادة 1040 في فقرتها الأولى من قانون الإجراءات المدنية في ألمانيا لعام 1997 أن:" لمحكمة التحكيم أن تبث في مسألة اختصاصها، بما في ذلك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته.[3]

ويقابل ذلك نص المادة 1044 من ق.إ.م.إ الجزائري بحيث جاء فيها:" تفصل محكمة

[1]- أنظر المادة 20 من قواعد التحكيم التجاري الدولي لعام 1976.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص133.

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص135.

التحكيم في الاختصاص الخاص بها.ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل دفاع في الموضوع..."[1]

كما سارت على هذا النحو مختلف التشريعات كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والقانون الكويتي، إلى غير ذلك من القوانين.

ثانيا: أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يذهب جانب من الفقه إلى أن سلطة المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه تعد أثرا مباشرا لاتفاق التحكيم وما يتمتع به من استقلالية عن العقد الأصلي.

ويرى جانب آخر أن المبدأ يجد أساسه على الأقل في نطاق التحكيم الدولي، في قاعدة عرفية خاصة بتحكيم منازعات التجارة الدولية، قبل أن يصير قاعدة قانونية تطبق في التحكيم الداخلي والدولي.

ويدعم هذا الاتجاه رأيه بتقريره أن ذلك المبدأ يكون واجب الإعمال بغض النظر عن وجود أو صحة العقد الأصلي، وعن وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته، بل وبغض النظر عن ضرورة الرجوع إلى قانون دولة معينة يقره أو يعترف به.[2]

يتبين أن الاتجاه الفقهي يذهب إلى تأييد الرأي الذي يقرر أن السلطة التي يتمتع بها المحكم بالبث في مسألة اختصاصه إنما هي إلا أثرا مباشرا للاعتراف بالطبيعة القضائية للمهمة الملقاة على عاتقه وذلك للأسباب التالية:

[1]- المادة 1044 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]- فتحي والي، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، دار النهضة العربية، 1993، ص912؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص137.

أ- إنّ من شأن إنكار سلطة المحكم في هذا الصدد إهدار ليس فقط للفعالية الذاتية التي يتمتع بها اتفاق التحكيم وإنما أيضا لصفته كقاضي أولاه الخصوم عناية الفصل في نزاعهم.

ب-إنّ المحكم كالقاضي، ويملك بالتبعية التصدي لكافة الدفوع المبداة أمامه ولو تعلقت بعدم اختصاصه.

ج- إنّ من شأن نفي سلطة المحكم في هذا الصدد أن يؤدي إلى عدم فعالية التحكيم، وأساس ذلك أن الخصم سيء النية سوف يعمد إلى عرقلة إجراءات التحكيم بإدعائه على غير أساس بطلان اتفاق التحكيم.[1]

د- أنه لا توجد أي مشكلة في منح المحكم سلطة البث في اختصاصه لأن قراره الصادر في هذا الشأن لن يكون بمنأى عن رقابة القضاء.[2]

هـ- أن فكرة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم تدعم مبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث أن ذلك الأثر يحجب قضاء الدولة ويمنعه من نظر أية منازعة تدخل في إطار اتفاق التحكيم، ومنها المنازعة في اختصاص هيئة التحكيم.

وإذا كان قضاء الدولة ممنوع من البث في مسألة ثبوت الاختصاص لهيئة التحكيم من عدمه، فإنه لن يبقى غير الاعتراف لتلك الهيئة بحسم مسألة اختصاصها.

ويتم الإشارة في الأخير إلى أن جميع الأحكام والقواعد القانونية السابقة وإن ورد ذكرها بشأن اتفاق التحكيم العادي بصفة عامة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع تطبيقها على اتفاق التحكيم الإلكتروني.

وعلى أية حال فإنه يتعين على أطراف التحكيم مراعاة مسألة اختصاص المحكم، ذلك لأنهم

---

[1]- عاطف الفقي، **التحكيم في المنازعات البحرية**، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، 1995، ص399؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص138.

[2]- عزمي عبد الفتاح، **قانون التحكيم الكويتي**، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص153؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص138.

أصحاب المصلحة في حسم نزاعهم من خلال محكم ملم بتكنولوجيا المعلوماتية وخبير بإدارة العمليات والمعاملات الإلكترونية[1].

المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

يعد اتفاق التحكيم الإلكتروني تصرفا قانونيا صادرا عن إرادتين من أجل إنشاء التزام على عاتق الطرفين بإحالة النزاع الذي يثار بينهما إلى التحكيم[2]، ومن هذا المنطلق لا يخرج اتفاق التحكيم الإلكتروني عن كونه عقدا ملزما للجانبين، بحيث يتطلب توافر شروط معينة لصحة هذا النوع من العقود[3]، تتمثل الشروط الموضوعية في رضا صحيح غير مشوب بعيب من عيوب الرضا وأهلية ومحل وسبب، بالإضافة إلى وجوب توافر بعض الشروط الخاصة والتي تفرضها طبيعة التحكيم بشكل عام والتحكيم الإلكتروني بشكل خاص.

و لما كان التحكيم طريقا استثنائيا لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، فقد عمد المشرع إلى وضع ضوابط شكلية خاصة خروجا عن القاعدة العامة بخصوص رضائية العقود.

لذلك سيتم دراسة كل من الشروط الموضوعية والشروط الشكلية في مطلبين مستقلين.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق للتحكيم الإلكتروني

بما أن اتفاق التحكيم الإلكتروني عقد من العقود فإنه يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من الشروط.إلاّ أن إبرام اتفاق التحكيم عبر وسيلة إلكترونية يضفي خصوصية معينة لاسيما فيما

---

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 138.

[2]– يسعد حورية، **التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد01، 2010،ص 316؛ نقلا عن: كريم بوديسة، **التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص43.

[3]– هشام بشير– إبراهيم عبد ربه إبراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2012، ص61.

يتعلق بكيفية التعبير عن إرادة الأطراف ومدى اعتداد القانون بهذا التعبير[1]، وإن أمكن التعبير إلكترونيا عن هذه الإرادة فإن الأمر يدفعنا إلى التساؤل عن كيفية التحقق من توافر الشروط اللازمة لصحة التعبير كأهلية الأطراف وقابلية موضوع المنازعة لحله عن طريق التحكيم.[2]

و لتوضيح ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع يتناول الفرع الأول الرضا والفرع الثاني الأهمية أما الفرع الثالث فسيتم التطرق إلى محل اتفاق التحكيم والمتمثل في قابلية النزاع للتسوية عن طريق التحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول: الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني

مغزى الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني هو تطابق إرادتي الأطراف واتجاههما إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي ثارت أو قد تثور بشأن العلاقة التعاقدية، سواء في إطار التحكيم الحر أو التحكيم المؤسساتي، أو كان على شكل شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم،[3] وهذا ما ينطبق على مفهوم الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني إلا فيما يخص كيفية تطابق إرادتي الأطراف التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية، الأمر الذي يثير إشكالية مدى صحة الرضا أو بالأحرى مدى اعتداد القانون باستعمال الوسائل الإلكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة.[4]

أولا: كيفية التعبير عن الرضا عبر الوسائل الإلكترونية

[1]- آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص996.

[2]- محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني**، دار الفكر الجامعي- الاسكندرية-، مصر، 2006، ص103.

[3]- نادية تياب، **التحكيم كآلية لتسوية نزاعات عقود التجارة الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو- الجزائر-، 2006، ص68؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص44.

[4]- Penda Ndiaye,Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de maitrise en droit, Université de Montréal, Décembre 2006,P145 ؛نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع نفسه، ص44.

يتفق الفقه[1] على أنه ليس في كل القواعد العامة ما يحول دون أن يتم التعبير عن الإرادة بالوسيلة الإلكترونية، لذا فإن قيام زائر الموقع بالضغط على أيقونة معينة بما تفيد الرضا بالتعاقد والموافقة على شروطه الواردة في صفحة الموقع، أو عن طريق بعث رسالة إلكترونية إلى البائع معلنا عن قبول إيجاب هذا الأخير يفضي إلى أن المتعاقد قد سلك مسلكا لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي[2].

رغم الإقرار بأن الضغط على الأيقونة (le clic) يعتبر فعلا إيجابيا يعبر عن طريقه المتعاقد بقبوله لبنود العقد، فإن البعض ينفي ذلك بالنظر إلى أن المتصل بصفحة البائع يقوم بعدة معالجات على الموقع (manipulation) مما قد يؤدي به إلى الضغط على أيقونة الموافقة بالخطأ، هذا ما قد يخالف إرادته بالتعاقد.

لذا لجأ البعض إلى وضع قاعدة الضغط مرتين على أيقونة القبول (le double clic)، أو الضغط على أيقونة الموافقة ثم أيقونة التأكيد على الموافقة[3]، وهذا ما أصبح التعامل به شائعا في المعاملات الإلكترونية، إذ بعدما يضغط العميل على كلمة "نعم" تظهر بعد ذلك على شاشة الكمبيوتر عبارة "هل تريد فعلا الاشتراك في بنك المعلومات وفقا لعناصر الإيجاب الموجهة إليك من المورد".[4]

---

[1]- Shandi Yousef, la formation du contrat à distance par voie électronique, Doctorat nouveau régime, Mention "droit privé ", Faculté de droit et de science politique et de gestion, Université Robert schuman Strasbourg III, Juin 2005, P142 ؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص44.

[2]– أقر قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية صحة التراضي المجسد عبر تقنيات الاتصال الحديثة من خلال فحوى المادة 11 منه.

[3] - Ghazouani Chiheb, le contrat de commerce électronique international, thèse pour le doctorat en droit, Université Patheon – Assas, Paris II, Mai 2008, P155 ؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع نفسه، ص45.

[4]– فاروق محمد أحمد الأباصري، **عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت** "دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص23؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع نفسه، ص45.

و قد اشترطت بعض التشريعات في مجال التعبير عن الرضا عبر شبكة الانترنت لاعتبار القبول الإلكتروني صحيحا، ضرورة أن تكون الموافقة على التعاقد مستتبع بإشعار بالوصول يبعث من طرف البائع (accusé de réception)، هذا ما أقرته المادة 11 من التعليمة 31/2000 للإتحاد الأوربي الخاصة ببعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، وتضيف المادة 10 من ذات التعليمة التزاما على عاتق البائع الإلكتروني بتوضيح فحوى العقد عن طريق تبيان مراحل انعقاد العقد وتجسيد بنود واضحة لا لبس فيها[1].

ثانيا: مدى صحة الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني

من الثابت كما سلف ذكره أن ضغط المتعامل على أيقونة الموافقة يعتبر تعبيرا عن الإرادة، وهذا ما يفترض أنه ضغط على زر القبول بعد اطلاعه على شرط التحكيم الإلكتروني فضلا عن الشروط الواردة في العقد[2]، إلا أن البعض يحبذ أن يتم تصميم الموقع بحيث يتاح لزائر الصفحة المرور على شروط العقد بما فيها شرط التحكيم بشكل واضح، خاصة وأن بعض التجار على شبكة الانترنت يعمدون إلى وضع هذا النوع من الشروط في نهاية الصفحة أو بعيدا على أيقونة القبول، الأمر الذي ينقص من شفافية وفعالية ظهور البند بصفة واضحة وبارزة ما يطرح مدى رضا الطرف باتفاق التحكيم الإلكتروني[3].

لقد أثار تعبير رضا الأطراف باللجوء إلى التحكيم الإلكتروني عبر شبكة الانترنت إشكالا آخر يتعلق بالإثبات، مما أوجب وضع إجراءات تقنية من أجل ضمان عدم انفصال الرضا عن الطرف المبدي له، لذلك اشترطت التشريعات وجود التوقيع الإلكتروني في اتفاقية التحكيم الإلكتروني من

---

[1]- Gautrais Vincent, "la colleur du consentement électronique ", Les Cahiers de propriété intellectuelle, n°1, Vol16,2003, P170

؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص46.

[2]- آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص1000.

[3]- Gautrais Vincent, "la colleur du consentement électronique", op-cit, P71-72

؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص46.

أجل صحته وإثبات رضا الطرف بتجسيد التحكيم الإلكتروني كآلية لحل منازعتهم، بما في ذلك من تحفيز الثقة في المعاملات الإلكترونية.[1]

الفرع الثاني: الأهلية

تجمع كافة القوانين والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري على ضرورة توافر الأهلية القانونية لكافة أطراف اتفاق التحكيم، ويقصد منها تمتع الأطراف المتنازعة بأهلية التصرف في الحقوق[*]. دون البحث عن أهلية المحكمين لأن عملية التحكيم الإلكتروني تتم عن طريق الانترنت بواسطة مراكز كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب وخصوصا الأمور الأساسية، فلا يعقل أن تضع ضمن قائمة المحكمين أشخاصا لا يتمتعون بالأهلية[2].

تعتبر مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية مسألة فنية دقيقة، إذ تشير الإحصائيات إلى 28% من زائري المواقع على شبكة الانترنت يعمدون إلى تقديم معلومات خاطئة عن هويتهم الشخصية، لذا عمد التقنيون إلى طريقة وإن لم تكن فعالة، إلا أنها تساهم في تأكيد أهلية المتعاقد والمجسدة بالاستعانة بطرف ثالث مهمته تأمين تدفق بيانات حقيقية في المحررات الإلكترونية التي تبث في البيئة الافتراضية، والذي يدعى " مقدم خدمة التصديق"[3]، وهو عبارة عن

---

[1] - Caprioli Eric A, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique ,édition du juris- Classeur, Litec, Paris, 2002,P121
؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص47.

[*] – هذا ما أكدته المادة 1/1006 من ق.إ.م.إ بنصها:" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، أنظر: القانون رقم08-09 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص104.

[3] -Verbiest Thebault, Commerce électronique: le nouveau cadre juridique (Publicité- Contrat- Contentieux), L.G.D.J, 2004, P93
؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص52.

شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات متعلقة بها وبالتواقيع الإلكترونية[1].

يتم استعمال البطاقات الإلكترونية التي تعتبر بمثابة حاسوب متنقل، لكونها تحتوي على سجل من المعلومات والبيانات الشخصية والرقم السري لحاملها، لذا يمكن استخدامها كبطاقة لتعريف الهوية إلى جانب اعتبارها بطاقة تملأ وتفرغ بالنقود، والتي تستعمل في دفع رسوم التسجيل في التحكيم الإلكتروني، وهذا ما يضمن الإدلاء بمعلومات صحيحة حول المتعاقد الإلكتروني[2].

ويرى البعض أنه من أجل تأكيد أهلية الأطراف المتنازعة في التحكيم الإلكتروني يجب تصميم الموقع بشكل يلزم الطرف الذي ينوي الاتفاق لإحالة النزاع الحالي أو المستقبلي لأحد المراكز الذي توفر خدمة التحكيم الإلكتروني الكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، وفي حال إغفاله لن يحتاج له بتاتا المضي قدما في الاتفاق، الأمر الذي سيضفي على الأحكام الصادرة المصداقية والفعالية[3].

الفرع الثالث: المحل

تقضي القواعد العامة بوجوب أن يكون لكل عقد محلا معينا أو قابلا للتعيين، ممكنا ومشروعا، فمثلا في العقد الإلكتروني وصف المنتج أو الخدمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وكاملة مع تجنب الإعلانات الخادعة والمضللة[4]. ولا يخرج اتفاق التحكيم الإلكتروني باعتباره عقدا من هذه

---

[1]– عبد الحميد عثمان، **المسؤولية العقدية للمصدق المعلوماتي (الجهاز المركزي للمعلومات) في ضوء القانون البحريني " دراسة تحليلية مقارنة"**، مجلة الحقوق، مجلة دورية علمية متخصصة محكمة نصف سنوية تصدرها كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد السابع، العدد01، 2010، ص95؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص52.

[2]– سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص157؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع نفسه، ص52.

[3]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم بواسطة الانترنت**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص67.

[4]– عمر خالد زريقات، **عقود التجارة الإلكترونية– عقد البيع عبر الأنترنت– "دراسة تحليلية"**، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص180؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع نفسه، ص53.

القواعد، فمحل اتفاق التحكيم يتمثل في النزاع الذي يُراد فَضُّهُ، ويشترط فيه ان يكون قابلا لتسويته عن طريق التحكيم.[1]

وتجدر الإشارة أن قابلية النزاع لفضه عن طريق التحكيم (l'arbitrabilité) تحمل مفهومين: مفهوم شخصي وآخر موضوعي، فأما الأول هو مدى توفر الأهلية في الأطراف لعرض نزاعهم على التحكيم (l'arbitrabilité subjective)، وأما الثاني فهو مدى قابلية موضوع النزاع لحله عن طريق التحكيم (l'arbitrabilité objective).[2]

أولا: القابلية الشخصية للتحكيم الإلكتروني

يقصد به ضرورة تمتع أطراف المنازعة بقدرة أو صلاحية اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة، والتي عادة ما تمنح من القوانين الوطنية التي تحدد الأشخاص الذين يمنح لهم حق اللجوء إل ى التحكيم، وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال المادة 1006 في فقرتها الثالثة والتي تنص على أنه: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية[3].

تحديد الأشخاص المعنوية أو الخاصة التي تملك صلاحية اللجوء إلى التحكيم من اختصاص التشريعات الداخلية، ومن الثابت إن اتفاق التحكيم المبرم بين التجار بشتى أنواعه يعتبر صحيحا لا نقاش فيه مع توفر كل لشروطه، إلاّ أن ما يهمنا في هذه النقطة هو مدى أهلية المستهلك لإبرام

---

[1]- ابراهيم أحمد سعيد زمزمي، **القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية**، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون التجاري، جامعة الدول العربية، مصر، 2004، ص 356؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص53.

[2]- نادية تياب، المرجع السابق، ص70؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع نفسه، ص53.

[3]- أقر المشرع الجزائري إمكان الدولة والمؤسسات العامة والبلديات والولايات أن تبرم اتفاق التحكيم، إذا كان موضوعه يمس التجارة الدولية أو الصفقات العمومية (الأشغال العامة)، أما خارج هذه الأخيرة فإن شرط إجازة التحكيم للأشخاص العامة هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقيات دولية صادقت عليها الجزائر أنظر في هذا: المواد 975-976 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

اتفاق التحكيم الإلكتروني، علما أن في إطار العقود التقليدية يعتبر شرط التحكيم المبرم مع المستهلك من الشروط التعسفية التي تبطل مباشرة لغرض حماية هذا الأخير[1].

لكن ما يلاحظ في إطار العقود الالكترونية انتشارها بسرعة بين المتعاملين وما ينجم عنها من منازعات معظمها تخص عقود الاستهلاك فقد اتجهت مراكز التحكيم عبر الانترنت إلى إنشاء مراكز متخصصة لحل وتسوية المنازعات القائمة بين التجار والمستهلكين، مما جعلتها تصيغ قواعد تتلاءم وطبيعة عقود الاستهلاك، الأمر الذي أدى بعض الفقه إلى نفي الطبيعة التعسفية لاتفاق التحكيم الإلكتروني في عقود الاستهلاك الإلكترونية وتحفيزه في حل هذه الأخيرة.

ولعل ما يحفز أكثر باللجوء إلى التحكيم الالكتروني هو التطور الذي عرفته المراكز المتخصصة في التحكيم الإلكتروني لتوفير حماية أكثر للمستهلك، فقد ظهرت أنواع من التحكيم في خدمتها منها التحكيم الملزم لجانب واحد الذي يكون القرار الصادر عن هيئة التحكيم الالكتروني ملزما لطرف الواحد فقط وهو البائع دون أن يلزم المستهلك إلا إذا قبله وفي حالة رفضه يبقى له الحق في اللجوء، إلى القضاء المختص[2].

تجدر الإشارة إلى أن زيادة وجود مراكز إلكترونية متخصصة في تسوية المنازعات عقود الاستهلاك الإلكترونية، مجسدة لتقنيات وقواعد تراعي فيها مركز المستهلك الضعيف، فهي من جهة

---

[1]– حسام الدين فتحي ناصف، **التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية** (دراسة على ضوء الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية والقوانين المقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص32-33 ؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص54.

– ولعل أنه من أبرز أسباب بطلان شرط التحكيم في العقود الاستهلاكية يعود إلى عدم الملاءمة، بمعنى آخر أن التحكيم قد لا يتناسب مع عقود الاستهلاك لتكاليفه الباهظة الثمن مقارنة بالقيمة الضئيلة للمنازعات الاستهلاكية بصفة عامة، خاصة ما يترتب من ضرورة السفر والانتقال إلى دولة غير دولة المستهلك، بالإضافة إلى القواعد التي يطبقها المحكومون والتي وجدت لحكم العلاقات التجارية لا تلائم طبيعة المستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وفي نفس المعنى أنظر:

Shandi Yousef, la formation du contrat… op cit, P270 et ss

[2] - Schultz Thomas,Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, L.G.D.J, 2005, P403

؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع نفسه، ص54.

تحفز على صحة اتفاق التحكيم الالكتروني في عقود المستهلك، ومن جانب آخر تجسد خطوات فصل العالم الإلكتروني عن الأنظمة الوطنية.[1]

ثانيا: القابلية الموضوعية للتحكيم الالكتروني :

يقصد بها مدى صلاحية أو قابلية موضوع النزاع لإخراجه من اختصاص القضاء الوطني وإخضاعه للتحكيم، أو بصفة أخرى يشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يكون محلها مشروعا، وأهم ما يلزم لتوفر المشروعية أن يكون النزاع من النزاعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، بالإضافة إلى لزوم احترام الحدود التي رسمها المشروع و المتعلقة بالنظام العام.[2]

ورغم الاستقلالية التي يتمتع بها التحكيم مجسدا في ذلك أحد مظاهر حرية التعاقد، إلا أنه مازال يخضع للتشريعات الداخلية للدول المنفردة بتحديد المسائل التي يمكن إخضاعها للتحكيم كآلية لحل المنازعات، إذ لا يجوز التحكيم سواء العادي أو الإلكتروني في المسائل المتعلقة بالنظام العام لكونها ذات صلة بالنظام الاجتماعي والأسس الاقتصادية والأسرية والدينية[3]، فالمشرع الجزائري من خلال المادة 1006 في فقرتها الثانية من ق.إ.م.إ يستبعد إخضاع المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم للتحكيم الداخلي أو الدولي[4].

يعتبر عدم وجود حدود دقيقة محيطة بالنظام العام الدولي والداخلي على حد سواء، من الإشكالات التي تعتري فعالية التحكيم بنوعيه التقليدي والالكتروني، إذ رغم سلامة إجراءات

---

[1]- حسام أسامة محمد، **الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص234؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص55.

[2]- كريم تعويلت، **استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي "دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 والقانون المقارن"**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص35؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع نفسه، ص55.

[3]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص90.

[4]- المادة 1006 من القانون رقم 08-09 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

التحكيم وصدور الحكم التحكيمي فإن هذا الأخير كثيرا ما يبطل عند تنفيذه لسبب مخالفة النظام العام لدولة التنفيذ.

وتعرف دول Common Law حاليا، تطورا ملحوظا في هذا المجال، فنجد مثلا كندا التي أقرت نظام stated case الذي بموجبه تم حذف إشكال البحث عن القابلية الموضوعية للنزاع، كون هذا النظام يمنح القاضي الوطني مراقبة مختلف إجراءات التحكيم بما فيها موضوع النزاع ومدى قابليته للتحكيم قبل وصوله إلى مرحلة الفصل، هذا ما يحول دون هدر أموال المحتكمين[1].

أما الفقه الأمريكي فقد أقر نظام Second look (النظرة الثانية) التي جاءت نتيجة لحكم Mitsubishi، إذ تقر بموجبه صلاحيات أكبر للمحكم إلى حد شمول اختصاصات معروفة لدى القاضي الوطني، و تكمن في صلاحية المحكم في مراقبة إجراءات التحكيم والاعتراف وبطلان حكم التحكيم[2].

كما تحرص معظم التنظيمات الذاتية للتحكيم الإلكتروني على مراعاة القواعد العامة المتعلقة بالنظام العام الواجبة التطبيق، ومن أمثلة ذلك ما تقره المادة 14 من لائحة المحكمة الافتراضية من خضوع إجراءات التحكيم لما تنص عليه اللائحة، ولا يجوز تطبيق أية قواعد إجرائية أخرى فيما عدا المتعلقة بالنظام العام الواجب تطبيقها.[3]

---

[1]- Penda ndiaye, Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, op cit, P95

؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص56.

[2]- بموجب حكم Mitsubishi أقر القضاء الأمريكي خضوع منازعة تتعلق بالنظام العام للتحكيم، وذلك لأن القانون الأمريكي هو المطبق من طرف محكمة التحكيم المنعقدة في اليابان وليس قانون هذه الأخيرة. أنظر في هذا: سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص103 وما يليها؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع نفسه، ص56.

[3]- L'article 14 énonce " La procédure est régie par le présent règlement et hormis les règles d'ordre public applicable, aucune loi de procédure n'est formellement applicable."

Consulter le règlement du Cyber tribunal sur le site: www.Cybertribunal.org

وفي جميع الحالات فإن المجالات التي اعتبرها المشرع من المسائل غير قابلة للحل عن طريق التحكيم، هذه مسائل لا تهم لا من بعيد ولا من قريب التحكيم التجاري الدولي ولا حتى التجارة الدولية أو الإلكترونية.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني

تعتبر الكتابة والتوقيع من أهم المسائل في اتفاق التحكيم الإلكتروني[1]، بحيث يشترط في اتفاق التحكيم أن يكون مكتوبا، فالكتابة إذا هي شرط شكلي يجب توافره في اتفاق التحكيم[2]. ولا يكتمل الدليل الكتابي إلا بالتوقيع، وعليه فإن غيابه يفقد الإثبات الكتابي حجيته.[3]

لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يعالج الأول الكتابة الإلكترونية أما الفرع الثاني فسيتم تخصيصه للتوقيع الإلكتروني.

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية

تنص كل من المواد 1008 و 1012من ق.إ.م.إ أن اتفاقيات التحكيم يجب أن تكون مكتوبة.

يثور الجدل حول مشروعية اتفاق التحكيم المبرم الكترونيا فقط نص القانون على ضرورة كتابة اتفاق التحكيم، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل حول طبيعة شكلية الكتابة المتطلبة هل هي شكلية إثبات أم شكلية انعقاد ؟ فإذا كانت شكلية للإثبات فهناك إمكانية إعداد اتفاق التحكيم الكترونيا على أساس أن المشرع الجزائري ساوى من حيث الإثبات بين السند الورقي ونظيره الالكتروني أما إذا

---

[1]- إبراهيم صبري الأرناؤوط، **شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني " دراسة مقارنة"**، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة والعشرون، يناير 2012، العدد التاسع والأربعون، ص148.

[2]- آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص1010.

[3]- كريم بوديسة، المرجع السابق، ص61 .

كانت الشكلية المتطلبة للانعقاد فان ذلك لن يسمح بإعداد اتفاق تحكيم الكتروني رسمي لغياب التوثيق الرسمي الإلكتروني في الجزائر.

بخصوص هذه المسألة نلاحظ تباين في معالجتها بين المادتين 1008[1] و1012[2] من ق.إ.م.إ، حيث يتضح من الأولى أن الشكلية المطلوبة هي الإثبات فقط على أساس إنها تنص على أنه :"يثبت شرط التحكيم...بالكتابة..."، أما المادة الثانية وهي المادة 1012 تنص على أنه:" يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا..." وهنا اختلفت الآراء، فمنها من ذهب إلى أن واضع هذا النص استلزم كتابة اتفاق التحكيم على اعتبار أن هذه الكتابة تعذر أساسيا لقيام الاتفاق على التحكيم يلزم وجودها للحديث عنه مما يجعلها شرط الصحة يتعلق بوجود الاتفاق ذاته وليس خارجا يلزم وجوده الإثبات فقط، في حيث يرى الاتجاه الثاني أن هذه الكتابة استلزمت ليس باعتبارها ركنا أو شرطا من شروط صحة اتفاق التحكيم يلهي وسيلة الإثبات اتفاق التحكيم اقتداء بالمادة 1008 السالفة الذكر .

اختلفت التشريعات بشأن شكل اتفاق التحكيم الإلكتروني، إلا أن السؤال المطروح هو إمكانية اعتبار اتفاق التحكيم المبرم إلكترونيا اتفاقا مكتوبا.

يرى بعض الفقه أنه لا مانع يمنع من قبول اتفاق التحكيم بالوسائل الإلكترونية، حيث يمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم من خلال تبادل رسائل البيانات، لأن مشرعي الدول وواضعي الاتفاقيات الدولية الذين استلزموا الكتابة لم يشترطوا شكلا خاصا لصياغتها أو طريقة

[1]- تنص المادة 1008 من القانون 08-09 على أنه:" يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.
يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفيات تعيينهم".

[2]- تنص المادة 1012 من قانون 08-09 على أنه:" يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا.
يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.
إذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة".

تدوينها، على اعتبار أن العديد من الاتفاقيات الدولية والأحكام القضائية أخذت الكتابة بمفهومها الواسع[1].

أولا: تعريف الكتابة

يتجسد المفهوم التقليدي للكتابة بأنه مجموعة من الأحرف و الأرقام والرموز والإشارات التي تدل على معنى معين وتكون ثابتة على دعامة قوية تتمثل في الدعامة الورقية التي تحتوي معلومات معينة وتكون ممهورة باتفاق المتعاقدين.[2]

أدى التطور المستمر في وسائل الاتصال إلى ضرورة إعادة النظر في المفهوم التقليدي للكتابة، وهذا ما تجلّى في موقف المشرع الجزائري الذي عدّل القانون المدني سنة 2005 مبرزا مفهوما آخر للكتابة التي يعرفها حسب المادة 323 مكرر بأنها رموز، تسلسل حروف أو أوصاف، أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها[3].

ويمكن تعريف الكتابة بأنها: وسيلة إعداد دليل لإثبات الاتفاق والرضا به من الطرفين، ويمكن أن يثبت ذلك في أية دعامة أخرى تؤدي ذات الغرض ولو كانت غير مادية كمخرجات الحاسب الآلي من أسطوانات وغيرها متى أمكن التحقق من مضمونها ومحتواها.[4]

---

[1]- آمال حابت، **التجارة الإلكترونية في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص331-332.

[2]- فاروق محمد أحمد الأباصري، **عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة**...، المرجع السابق، ص41 ؛ نقلا عن: كريم بوديسة، المرجع السابق، ص58.

[3]- أنظر المادة 323 مكرر من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[4]- إيمان مأمون أحمد سليمان، **إبرام العقد الإلكتروني وإثباته" الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية"**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص181.

ثانيا: موقف أهم الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي والقوانين المقارنة

بعد أن فرض التحكيم ضرورته خصوصا في مجال علاقات التجارة الدولية، أبرمت اتفاقيات عديدة لتنظيمه وأنشأت مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة للبث في منازعاته، سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي، ولجأت معظم الأنظمة القانونية إلى سن قوانين خاصة بالتحكيم[1] وفيما يلي سيتم عرض أهم الاتفاقيات والقوانين وموقفها من الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم.

فعلى مستوى الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم نجد أن اتفاقية نيويورك تتطلب الكتابة كشرط حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا، وذلك في المادة 2 ضمن فقرتها الأولى،حيث عرفت الاتفاق المكتوب بأنه:" أي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين أو وارد في وسائل أو برقيات متبادلة".

أما فيما يخص اتفاقية جنيف، يرى البعض أن هذه الاتفاقية تتصف بالعجز من ناحية الصياغة في المادة المنظمة لاتفاق التحكيم، حيث افترضت من جهة كتابة اتفاق التحكيم في المادة الأولى الفقرة 2، ومن جهة أخرى قررت في ذات المادة أن العلاقات بين الدول التي لا تفرض قوانينها توافر شكلية معينة في اتفاق التحكيم يكون صحيحا كل اتفاق يعقد في الشكل المقرر في تلك القوانين.

أما على مستوى قوانين التحكيم فنجد أن المادة 7 في الفقرة الثانية من قانون اليونيسترال بشأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1958 نصت على أنه:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي أو اللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدّعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد التحكيم إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق

[1]- رجاء نظام حافظ بني شمسة، المرجع السابق، ص69.

تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد.

كما يشترط قانون التحكيم الانجليزي لعام 1996 الكتابة في اتفاق التحكيم، وذلك في الفقرة السادسة من ذات المادة بحيث تشمل أي وسيلة مسجلة.[1]

من خلال ما سبق يتضح لنا أن الكتابة لا ينظر إليها من حيث ارتباطها بالوسيلة أو الوسيط المستخدم في التدوين على وسيلة مادية محددة، بل بوظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونها بما يمكن الأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب خلاف[2].

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني

لا يكتمل الدليل الكتابي إلا بالتوقيع، وعليه فإن غيابه يفقد الإثبات الكتابي حجيته، ويتم التوقيع ببعض الحركات الخطية أو ببصمة الأصبع التي توضع في نهاية السند من أجل تمييز الموقع عن غيره والدلالة على موافقته للسند.[3]

تفرض النصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم بوجه عام أن يكون الاتفاق التحكيمي موقعا من الطرفين، وهذا التوقيع يعد في حال حصوله تعبيرا واضحا عن إرادة كل منهما، وعن أنهما اطلعا على بنود الاتفاق وواقفا عليه، أما مجرد الضغط على مفتاح الكمبيوتر فلا يعبر بذات القوة عن إرادة المتعاقدين، لذلك كان التوقيع على الورق يفيد بأن من وقع قد اطلع على كل شروط الاتفاق وقبل بها.

أما قبول اتفاق التحكيم الإلكتروني فلا يدل على توافق الإرادتين بالطريقة نفسها، لأن تفصيل شروط الاتفاق لا يرد إلا في بيانات الإيجاب التي يضعها الفريق العارض، وقد تكون المخاطر أكثر

[1]- رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع السابق، ص70-71-72-74.

[2]- رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع نفسه، ص77.

[3]- كريم بوديسة، المرجع السابق، ص61.

جسامة عندما لا يظهر الاتفاق التحكيمي مباشرة بل يحال بشأنه إلى مرجع آخر يتضمن هذا الاتفاق كما لو كان ملحقا لعقد نموذجي أو اتفاق طارئ.[1]

أولا: تعريف التوقيع

التوقيع بالمعنى التقليدي هو الذي يتم على وسيط ورقي، ويعرف أنه علامة شخصية ومميزة يضعها الشخص باسمه أو ببصمته أو أية وسيلة أخرى على مستند لإقراره والالتزام بمضمونه.[2] كما يعرف كذلك بأنه كل علامة شخصية توضع كتابة بحيث تتيح تحديد شخص محدثها على وجه لا يتطرق إليه أي شك وتنم عن إرادته التي لا يحيطها أي غموض في قبول مضمون السند أو المحرر.[3]

كما يعرفه البعض بأنه: عبارة عن بيانات تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو صوتي أو أي وسيلة أخرى مستحدثة، يثبت شخصية الموقع ويميزه عن غيره وينسب إليه قرارا أو محررا بعينه.[4]

ثانيا: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

أكدت المادة السابعة من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1997 على التوقيع الإلكتروني، كما نصت المادة التاسعة من ذات القانون على قبول المستندات الإلكترونية ومساواتها في

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص103.

[2]- محمد مرسي زهرة، **مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة"**، مجلة الشؤون الاجتماعية، العدد الثامن والأربعون، السنة الثانية عشر، ص88؛ نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص198.

[3] - Martin(S)- Tessalonikos(A) et Bensoussan(A), La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 décembre 1999 et la loi du 13 Mars 2000,Gaz du pal,recueil- juillet- aout 2000, P1274

؛نقلا عن: عبد الوهاب مخلوفي، المرجع نفسه، ص198.

[4]-جمعة حازم حسن، **اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة**، متاح في: www.arablawinfo.com ،ص21؛ نقلا عن: رجاء نظام حافظ بني شمسة، المرجع السابق، ص80.

الإثبات بالمستندات الكتابية وأكد هذا القانون إمكانية اللجوء إلى طرف ثالث لمنح الثقة للمستند الإلكتروني.

وقد تلا ذلك صدور القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني سنة 2001 والذي أوضح الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يؤدي دوره في الإثبات[1]، كما تناول هذا القانون أيضا تحديد سلوك مقدم خدمات التوثيق[2]، كل هذا من أجل توفير الحماية اللازمة للمستند الإلكتروني وبالتالي منحه الحجة الكاملة مما يترتب عليه ثقة المتعاملين به عبر الانترنت.

ونص القانون الفيدرالي الأمريكي الصادر في 30جوان 2000 على أنه لا يجب إنكار الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني، ولا إنكار صلاحية أو تنفيذه فقط لأنه في شكل توقيع إلكتروني.

أما في فرنسا فقد حسم المشرع الأمر بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية اللازمة في الإثبات المطلوب للمحررات الإلكترونية كمحررات عادية معدة للإثبات، كما يلاحظ أنه اعترف بالتوقيع الإلكتروني من خلال اعترافه بوظائفه من حيث تحديد شخص الموقع وصحة إرادته[3].

كما اعترف التوجيه الأوربي الصادر في 13 ديسمبر 1999 بالتوقيع الإلكتروني، وحث الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي على منحه الحجية القانونية في التعاملات الإلكترونية.

ولثبوت حجية التوقيع الإلكتروني نجد أن القانون المصري قد استجاب لمتطلبات المعاملات الإلكترونية بصدور قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 الذي تضمن نصوصا تضمن مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي التقليدي من حيث الحجية المقررة للتوقيعات التي تتم على الوسائط الورقية، شريطة أن يستوفي التوقيع الشروط والضوابط الفنية المطلوبة وفق اللائحة التنفيذية والتي منها اعتماد التوقيع من جهة التصديق المرخص لها اعتماد التوقيعات الإلكترونية.

---

[1]- المادة 6 الفقرة الثالثة من القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية الصادر عام 2001.

[2]- المادة 9 من القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001.

[3]- عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص217.

كما أن المشرع الجزائري أعطى للإثبات في الشكل الإلكتروني نفس الحجية في الإثبات للكتابة على الورق، شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها[*].

يتضح مما سبق أن التوقيع الإلكتروني وإن كان لا يناظر التوقيع الخطي التقليدي من حيث الشكل إلا أنه يناظره من حيث الوظيفة والهدف والحجية، ويبقى الاختلاف الجوهري بينهما في الوسيلة المستخدمة، حيث يتم التوقيع الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية.[1]

المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني مسألة في غاية الأهمية سواء كان هذا القانون واجب التطبيق يتعلق بالناحية الإجرائية أو يتعلق بالناحية الموضوعية أي القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. وتزداد صعوبة هذه المسألة أمام المحكم الذي ليس له قانون اختصاص أو ما يطلق عليه "قانون القاضي" يحدد على أساسه القانون الواجب التطبيق.[2]

وقد يبدو لأول وهلة أنه من الممكن تطبيق قانون واحد على مراحل التحكيم الإلكتروني كافة إجرائيا وموضوعيا أي بدءا من الاتفاق على طرح النزاع على التحكيم الإلكتروني حتى صدور حكم فاصل في موضوع النزاع، بيد أن ذلك ليس أمرا ضروريا دائما ذلك أن الاعتبارات التي تدفع أطراف النزاع أو هيئة التحكيم إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع قد تختلف عن تلك الاعتبارات التي تدفعهم إلى اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني.

---

[*] – المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري 58/75 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05.

[1] – لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص148.

[2] – أنظر: طارق فؤاد رياض، The applicable Law transnational developement agreement، دكتوراه في العلوم القانونية S.I.D، جامعة هارفرد، الولايات المتحدة الأمريكية، 1985، بدون ذكر الصفحة؛ نقلا عن: خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 247.

لذلك سيتم مناقشة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني ثم موضوع النزاع وذلك في مطلبين متتاليين.[1]

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني

الأصل أن مسائل الإجراءات تخضع لقانون القاضي، أي قواعد المرافعات والإجراءات في قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات.

ولما كان المحكم ليس له قانون قاض، حيث أن المحكين لا يعملون باسم أو حساب دولة معينة، و أنهم يتم اختيارهم عن طريق الخصوم أنفسهم، ويستمدون سلطاتهم من اتفاقهم على تنصيبهم حكما بينهم، ويفصلون في المنازعة تحقيقا للسلم الخاص بين هؤلاء الخصوم.

ومن ثمة فإذا كان القانون قد اعترف بحق الأطراف المتنازعة في اللجوء إلى قضاء التحكيم، واستبعاد قضاء الدولة، فإنه يكون قد اعترف في ذات الوقت، بحق التنظيم الاتفاقي لمسائل التحكيم.

غير أن الأطراف المتنازعة قد لا تقوم بتحديد القانون أو القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم، إما بنسيان تلك المسائل الإجرائية اعتقادا منهم بأن تلك مسألة قضائية تخص عمل هيئة التحكيم وليس لها دخل فيها، وإما بتناسيهم تنظيم تلك المسألة مع إدراكهم حقيقتها لاسيما إن اختلفوا حولها ولم يستطيعوا الاتفاق عليها، رغم تطرقهم إليها، وتقديرهم أن هيئة التحكيم هي الأقدر على حسم كل ما يتصل بعملها.

وهنا تبدو المشكلة، أي القوانين أو القواعد الإجرائية التي تحكم إجراءات التحكيم؟ وفي سبيل الإجابة على التساؤل نقرر بداية أن اختيار القانون الذي يطبق على إجراءات سير التحكيم مهم جدا، من حيث النتائج التي تترتب عليه، سواء في تحديد أنظمة الإثبات، وتحديد الوسائل التي يجب

[1]- خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 247.

مراعاتها في احترام حق الدفاع والمواجهة، والقواعد المتعلقة بقانونية وكيفية استخدام الوسائل الإلكترونية في عقد جلسات التحكيم.

وتتم عملية اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يطبق على إجراءات المنازعة بالإحالة إلى قانون معين لتنظيم الإجراءات، أو وضع هذه القواعد في اتفاق التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده[1].

ونستخلص مما سبق القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم قد يتم تحديده باتفاق الطرفين، وفي حالة غياب إرادة هذين الطرفين يتم الاحتكام إلى معايير أخرى لتحديد ماهية هذا القانون، ولمزيد من التوضيح سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول التحديد الإرادي للقانون الإجرائي ويتناول الثاني معايير تحديد القانون الإجرائي في حالة غياب إرادة أطراف النزاع.[2]

الفرع الأول: التحديد الإرادي للقانون الإجرائي

قد يقوم الأفراد في اتفاق التحكيم بوضع القواعد الإجرائية التي تتبعها هيئة التحكيم في نظر النزاع، من ذلك قيامهم بتحديد تشكيل هيئة التحكيم، وإجراءات رد أعضائها واستبدالهم، وتحديد وقت بدء الإجراءات ونهايتها، وتحديد مكان التحكيم ولغته، وكيفية إخطار الطرف المحتكم ضده بطلب التحكيم، وحكم تقديم الطلبات العارضة، وتعديل بين الدعوى أو بيان الدفع، والمدد التي يجب فيها تقديم البيانات المكتوبة وكيفية ووقت تقديم أدلة الإثبات والمرافعات، وإمكانية سماع الشهود، وحكم تخلف أحد الخصوم عند تقديم ما يطلب منه من وثائق ومستندات، وكيفية إنهاء إجراءات التحكيم.[3]

---

[1]- نبيل زيد مقابلة، **التحكيم الإلكتروني**، بحث منشور بموقع الدكتور عايض المري للدراسات والاستشارات القانونية- شبكة المعلومات-، بدون ذكر السنة، ص1 وما بعدها؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص433.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص433.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص325؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص434.

كما يمكن للأطراف عن طريق اتفاق التحكيم تنظيم القواعد الإجرائية للتحكيم، ويجوز لهؤلاء الأطراف الإحالة بشأن الإجراءات إلى لائحة تحكيم أو يخضعوا تلك الإجراءات لقانون إجرائي معين[1].

الفرع الثاني: معايير تحديد القانون الإجرائي في حالة غياب إرادة أطراف النزاع

تتعدد المعايير المطروحة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في حالة عدم تحديد هذه القواعد الإجرائية باتفاق الطرفين.

فالمعيار الأول يستند إلى قانون دولة مقر التحكيم، وذلك استناد إلى أن الروابط العضوية بين دولة مقر التحكيم وعملية التحكيم ذاتها لا يمكن إنكارها، وهي تتجسد خلال مراحل التحكيم المختلفة، ففي بدء عملية التحكيم تتدخل محاكم دولة مقر التحكيم في المساعدة لتشكيل هيئة التحكيم عند إخفاق الأطراف في اختيار المحكمين، أو تتدخل في طلب رد هؤلاء المحكمين، وفي أثناء سير خصومة التحكيم، تتدخل محاكم دولة المقر عادة للأمر باتخاذ تدابير وقتية أو تحفظية أو لإجبار أحد الطرفين على ما فرضته هيئة التحكيم باتخاذ ما تراه من تدابير وقتية أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، أو الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة أو الأمر بالإنابة القضائية، وفي النهاية فإن محاكم دولة مقر التحكيم هي التي تختص بنظر بطلان حكم التحكيم وفقا لقانونها.

ومن ناحية أخرى، فإن إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد إجراءات دولة مقر التحكيم يتماشى مع قاعدة التنازع المعروفة في كل النظم القانونية بشأن مسائل الإجراءات وهي القاعدة التي تنص على أن يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات.

[1]- أنظر المادة 1494 الفقرة الأولى من الإجراءات المدنية الفرنسي، المادة 182 الفقرة الأولى من قانون التحكيم السويسري لسنة 1987 .

وقد انتقد البعض[1] هذا المعيار وذلك لعدم ملاءمته للتحكيم الإلكتروني في مجال التجارة الالكترونية والعقود التي تتم عبر شبكة الاتصالات والمعلومات حيث يتم تبادل المذكرات والأوراق بين الخصوم وهيئة التحكيم بطريقة إلكترونية عبر شبكة الانترنت، كما تعقد جلسات المرافعة بطريقة سمعية بصرية عبر تلك الشبكة أو أي وسيلة اتصال عن بعد، كما يصدر حكم التحكيم ويتم توقيعه وإعلانه للأطراف بطريقة رقمية إلكترونية[2].

ويضاف إلى ذلك أنه كيف يتم تحديد دولة مقر التحكيم، إذا اتفق الأطراف في اتفاق التحكيم على مكان التحكيم، غير أن جلساته انعقدت كلها في مكان آخر، وتمت المداولة، وإصدار الحكم في دولة ثانية، فأي الأماكن يعتبر مقر للتحكيم بحيث يكون قانون الإجراءات في دولة ذلك المقر هو الواجب التطبيق.

والمعيار الثاني: يستند إلى تطبيق قانون الدولة الذي يحكم موضوع النزاع، بحيث أنه إذا كان أطراف النزاع قد اتجهت إرادتهم الصريحة إلى اختيار قانون دولة معينة ليحكم موضوع النزاع، فإنه رغبة في تجنيب هيئة التحكيم تقطيع أوصال خصومة التحكيم فيطبق قانون نفس الدولة على إجراءات التحكيم.

وقد انتقد هذا المعيار استنادا إلى أنه ليس بالضرورة أن يكون القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم هو القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

هذا بالإضافة إلى أن اعتناق هذا المعيار يؤدي إلى ترجيح الجانب التعاقدي والاتفاقي للتحكيم على الجانب القضائي فيه، مع أن الطابع المختلط لنظام التحكيم يوجب تحقيق التوازن بين الجانب الاتفاقي والقضائي كلاهما.[3]

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص333؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص435.

[2]- Huet et valmachino , Réflexions sur l’arbitrage électronique dans le commerce international Gaz du Pal, 11janvier 2000, P6 et ss

؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص435.

[3] -Fouchard, Gaillard et Goldman, traité de l’arbitrage commercial international, Paris, litec-Delta,1996, P651

؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص436.

والمعيار الثالث: يستند إلى تطبيق القواعد الإجرائية المنصوص عليها في اللوائح والأنظمة الداخلية لهيئات التحكيم المنتظم، بحيث أنه إذا انعدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ولم ترى هيئة التحكيم ملاءمة تطبيق قانون مكان إجراء التحكيم ، أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع أو أي قانون آخر قد تكون له قابلية للتطبيق، فإن هيئات التحكيم المنتظم تلجأ إلى القواعد الواردة بلوائحها وأنظمتها الداخلية.

وقد توارت نصوص المواثيق المنظمة لهذه الهيئات على تأكيد هذا الحق، منها لائحة تحكيم غرفة التجارة بباريس (المادة 1/15)، والاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961(المادة4)، واتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987(المادة16) ، وقواعد التحكيم الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ونظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994.

ويلاحظ أنه إذا خلت اللائحة أو النظام المعمول به لدى مركز أو مؤسسة التحكيم المنتظم من القاعدة الإجرائية التي تنظم مسألة معينة، فلهذه الهيئات اتخاذ ما تراه مناسبا للوصول إلى القواعد الإجرائية اللازمة لتأمين سير خصومة التحكيم.

ونرى مع اتجاه فقهي آخر[1] أن الأطراف يتمتعون بحرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني، ولهم أن يثبتوا ذلك في اتفاقهم التحكيمي، كما يمكنهم الخضوع للوائح إحدى هيئات التحكيم ولهم أخيرا تعيين قانون وطني باعتباره القانون الواجب التطبيق.

وفي هذا الصدد أوردت اتفاقية نيويورك الموقعة سنة 1958 والخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها قاعدة تنازع غير مباشرة في المادة 1/5/د التي نصت على أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم يخالف ما اتفق عليه الأطراف أو تخالف قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة

[1]- حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص37؛ نقلا عن: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص437.

عدم الاتفاق. وهكذا يتعين على الأطراف الراغبين في إجراء التحكيم الالكتروني مراعاة أنّ القانون أو لائحة التحكيم التي تم اختيارها للتطبيق تسمح بمثل هذا النوع من التحكيم.

ولم تعد ثمة صعوبات في ظل وجود لوائح تحكيم تنص على إتباع إجراءات الكترونية، من ذلك لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية، ولائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية، ونظامها لحل المنازعات الخاصة بالأسماء والعناوين أو المواقع الالكترونية.[1]

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم الالكتروني

إن الطبيعة غير المادية للانترنت وعدم القدرة على ربطه بدولة معينة يؤدي إلى صعوبة تركيز العلاقات العقدية التي تتم من خلاله داخل إقليم دولة معينة. ولا شك أن أساس منهج التنازع في مسائل العقود هو عملية تركيز العلاقة العقدية في إقليم معين وذلك لأجل إسناد العقد إلى النظام القانوني لدولة هذا الإقليم، ومن ثمة يبدو أن الانترنت في طبيعته غير المادية متنافرا مع منهج التنازع إذ أن أساس هذا الأخير لم يعد له وجود في ظل الانترنت، الأمر الذي يؤكد إفلات المعاملات العقدية التي تتم عبر شبكة الانترنت من الخضوع لمنهج الإسناد وما يقود إليه من تطبيق قوانين وطنية.[2]

إن الدعوة إلى البحث عن قانون ذو طبيعة عالمية بعيدا عن القانون الدولي الخاص تم التعبير عنها على استحياء من الأستاذ "Proal" رسالته في ختام الجزء المتعلق بتنظيم البعد الدولي للأنترنت [3]،إلا أنه من المؤكد أنه لا يمكن هجر منهج الإسناد الذي يتم من خلاله تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق على النزاع وذلك لأن هذا القانون الموضوعي الجديد للتجارة الالكترونية التي تتم عبر الانترنت لا يمكن أن يواجه كل المنازعات المتعلقة بالتعاقد الدولي، كمسألة الأهلية، التقادم، التراضي بالإضافة

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 438.

[2]– فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص108؛ نقلا عن: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص112.

[3]– فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع نفسه، ص109؛ نقلا عن: محمد أمين الرومي، المرجع نفسه، ص112.

إلى وجود ما يطلق عليه بقواعد البوليس ذات الطبيعة الآمرة التي يجب تطبيقها في كل الأحوال بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق وفقا لما تشير إليه قاعدة الإسناد.[1]

ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول القانون الواجب التطبيق في حالة اتفاق الأطراف ويتناول الثاني حالة عدم اتفاق الأطراف.

الفرع الأول: اتفاق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق

يتمتع الأطراف بحرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم، وذلك سواء اختار الأطراف القانون الداخلي لدولة محددة، أو اختاروا تطبيق نصوص قاعدة دولية، أو لوائح هيئات التحكيم، وهذا الحل يتفق مع الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي(اتفاقية جنيف) لعام 1961 في المادة 7 الفقرة الأولى، وكذلك ما نصت عليه غرفة التجارة بباريس C.C.I في المادة17 الفقرة الأولى طبقا لآخر تعديل في عام 1988 في الأول من يناير حيث تنص على أن للأطراف الحرية في اختيار قواعد القانون التي يجب على المحكمة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع، وكذلك نص على ذات الأحكام القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة للقانون الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي والصادر في عام 1985 وذلك في المادة 28 الفقرة الأولى. وتنص المادة 39 من قانون التحكيم المصري على أن تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قواعد دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك .

ويلاحظ أن اختيار الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن يتم على شبكة الويب Web من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة، كما يمكن أن يتم من خلال الرسائل المتبادلة بالبريد

[1]- فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 110؛ نقلا عن: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص113.

الإلكتروني بعد الاتفاق على البنود العقدية الأخرى كالمحل والثمن وغيرها من الشروط العقدية على الشبكة نفسها (on line) .[1]

ويثور التساؤل حول مدى حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي يتم حله بواسطة التحكيم الإلكتروني، هل يشترط توافر علاقة بين القانون المختار من جانب الأطراف وبين موضوع النزاع؟

هناك من يرى ضرورة توافر رابطة أو علاقة بين القانون المختار وبين النزاع، وفي حالة مخالفة الأطراف لتلك القاعدة على القاضي أن يقوم بتركيز العقد في نطاق نظام قانوني محدد (نظرية التركيز الموضوعي للعقد) نظرية باتيفول، وهناك من يرى أن الأفراد أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ولا يشترط توافر أي رابطة أو علاقة وذلك استنادا إلى ما ورد في اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية لعام 1980.[2]

ويرى الأستاذ محمد أمين الرومي، أن للأفراد في مجال المنازعات الإلكترونية مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك للطبيعة الخاصة للتعاقد الإلكتروني، وطرق تنفيذ العقد الإلكتروني، فهناك من العقود الإلكترونية ما يتم تنفيذه على شبكة الانترنت كعقود الخدمات، وعقود الاشتراك في قواعد البيانات والمعلومات، ففي هذه العقود لا يتم تنفيذ العقد في مكان معين وإنما يتم تنفيذه على الشبكة ذاتها، إلا إذا اعتبرنا أن مكان تنفيذ العقد هو مكان إقامة الطرف المستفيد من عقود الخدمات.

[1]- فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 112-113؛ نقلا عن: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 113.

[2]- راجع في هذا الشأن: هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، 1995**؛ نقلا عن: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص114.

الفرع الثاني: عدم اتفاق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق

ينص نظام المحكمة الفضائية على أنه إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع، تقوم المحكمة باختيار القانون الوطني الذي يرتبط به النزاع بأوثق الروابط، وذلك باستثناء الحالة التي يكون فيها أحد المتنازعين مستهلكا، ففي هذه الحالة يجري تطبيق قانونه الوطني، وفي جميع الأحوال تدخل المحكمة في اعتبارها شروط العقد والأطراف السائدة في مجال الفضاء الإلكتروني، ويجوز للمحكمة أن تفصل في النزاع صلحا إذا خولها الأطراف ذلك.[1]

ويلاحظ أن ما أوردته القواعد المنظمة للمحكمة الفضائية في المادة 17 يتفق مع أحكام المادة 39 في الفقرات الثانية، الثالثة، الرابعة حيث تنص على الآتي:

(المادة $39/2$): وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.

(المادة $39/3$): يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية ونوع المعاملة.

(المادة$39/4$): يجوز لهيئة التحكيم- إذا اتفقا طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح- أن تفصل موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون.

ويلاحظ أنه في جميع الأحوال سواء تم تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع من جانب الأطراف أو من جانب المحكم أو هيئة التحكيم فإن ذلك لا يمنع من وجوب مراعاة قواعد البوليس، والقواعد المتعلقة بالنظام العام، وكذلك ضرورة مراعاة المبادئ العامة للتحكيم، ولقد نصت على ذلك لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية بضرورة احترام مبدأ السرية والمساواة بين الأطراف والمواجهة بينهم.

---

[1]- أحمد شرف الدين، **جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية**، بدون دار النشر، 2003، ص58-59 ؛ نقلا عن: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص115.

كما تنص المادة 17 الفقرة الثانية أن تأخذ المحكمة في اعتبارها شروط العقد والأعراف السائدة في مجال الفضاء الالكتروني.[1]

أما إذا قام الأطراف وعرضوا النزاع على هيئة التحكيم الالكتروني ولم يقوموا بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإن تحديد هذا القانون يترك إلى المحكم. ونرى أنه على المحكم أن يلتزم بأحكام القانون الداخلي أي الوطني الذي يرتبط به النزاع بصلة وثيقة، وأن يلجأ إلى أحكام القانون المختص بفض المنازعات الالكترونية بغض النظر عن التسمية سواء كان اسمه قانون المعاملات الالكترونية أو التجارة الالكترونية، وبناء عليه يجب على المحكِّم أن يترك جانبا أحكام القانون المدني وأحكام القانون التجاري، وذلك لتعلق النزاع بالمعاملات الالكترونية وهي معاملات تتم في بيئة تختلف في الكثير من الأمور عن البيئة التي تتم فيها المعاملات التجارية والمدنية، بحيث تثور المشكلة أمام المحكم الالكتروني في حالة عدم وجود قانون خاص في الدولة التي يرى المحكِّم أن قانونها أوثق الصلة بالمنازعة من غيرها من القوانين، ولا يجد المحكِّم في هذه الدولة قانون يحكم وينظم منازعات المعاملات الالكترونية وهذا هو الوضع في الكثير من الدول العربية.[2]

[1]- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص115- 116

[2]- محمد أمين الرومي، المرجع نفسه، ص116.

الفصل الثاني:

دور اتفاق التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية

نتيجة لظهور التكنولوجيا الحديثة، فإن تسوية منازعات التجارة الإلكترونية يجب أن يتم بعيدا عن المحاكم الوطنية بواسطة قضاء مختص، قضاته من رجال التجارة الإلكترونية ذوي الخبرة بفروعها المختلفة. ووفقا لهذا الأساس فإنه من بين أفضل الوسائل لحل تلك المنازعات هي التحكيم والمتميز بمصدره الاتفاقي، كما اعترف له بملائمة التطورات التي تواكب التجارة الإلكترونية من جهة؛ وبأنه يتفادى المشاكل القانونية التي يطرحها تطبيق معايير تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع من بين محاكم الدول التي تتنازع الاختصاص عند محاولة إعمالها على العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، من حيث كونها ضوابط مادية لا تستجيب لطبيعة المعاملات التي تجري خلال الشبكات الإلكترونية التي تقوم على معطيات افتراضية[1].

وبناء على هذا سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، بحيث يتناول المبحث الأول دور اتفاق التحكيم الإلكتروني في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق، في حين يتناول المبحث الثاني دور اتفاق التحكيم الإلكتروني في تطبيق قانون التجارة الإلكترونية.

المبحث الأول: دور اتفاق التحكيم الالكتروني في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق

يحدِّد اتفاق التحكيم القواعد القانونية واجبة التطبيق على النزاع، ويتم ذلك بالاتفاق على قواعد معينة تلتزم المحكمة بتطبيقها[2]، كأن يقع اختيار الأطراف على قانون وطني معين، حيث أنّ ما تقوم هيئة التحكيم بتطبيقه من قواعد قانونية يعتمد بشكل أساسي على إرادة الأطراف وما اتفقوا عليه في اتفاق التحكيم .

---

[1]- صالح المنزلاوي، **تسوية النزاعات التجارية عبر شبكة الاتصال الإلكترونية**، بحث على الموقع: www.eastlaw.com/iglc ؛ نقلا عن: محمد بواط، **التحكيم في حل النزاعات الدولية**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007 – 2008، ص162.

[2]- محمد بواط، المرجع السابق، ص76.

وبناء على ما سبق سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول دور اتفاق التحكيم في تحديد القانون الوطني، أما الثاني فيتناول مدى ملاءمة إعمال القانون الوطني على منازعات التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول: دور اتفاق التحكيم في تحديد القانون الوطني

تعد مسألة تحديد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم من المسائل الحيوية التي تقع عبء تحديدها على الخصوم نظرا لأن اتفاق التحكيم هو عدالة اتفاقية تخضع لإرادة الخصوم تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة[1]

ولمزيد من التوضيح سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع يتناول الأول مبدأ قانون الإرادة واتفاق التحكيم ويتناول الفرع الثاني مضمون قانون الإرادة المعين بموجب اتفاق التحكيم، أما الفرع الثالث فيتناول موقف التشريعات الوطنية من مبدأ قانون الإرادة.

الفرع الأول: مبدأ قانون الإرادة واتفاق التحكيم

يرى بعض الفقه أنه إذا كان الاتفاق على التحكيم هو محصلة لإرادة أطرافه فيما يتعلق بالمنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ مستقبلا، فإنه والحال كذلك أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة وذلك فيما يتعلق بالمنازعات ذات الطابع الدولي والتي تحتوي على عنصر أجنبي حيث يثور بشأنها تنازع بين القوانين.

وهذا التنازع يفض بموجب قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية، والتي تقرر أن الاختصاص التشريعي يكون لقانون الإرادة، أي القانون الذي اتفق عليه واختاره الأطراف بإرادتهم الحرة، وهذه القاعدة اعترفت بها العديد من الاتفاقيات، حيث يلاحظ أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها قد اعتنقت هذا الاتجاه حيث نصت المادة 5 في فقرتها

[1]- خالد شويرب، المرجع السابق، ص 178.

الأولى على أنه: "يمكن رفض الاعتراف بحكم التحكيم وعدم تنفيذه، إذا أثبت الطرف المحكوم ضدّه أنَّ اتفاق التحكيم لم يكن صحيحا طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم".

كما تأيّد هذا الاتجاه من جانب الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري المبرمة في جينيف عام 1961 حيث نصت المادة 6 في فقرتها الثانية على أنه:" تفصل محاكم الدولة المتعاقدة في وجود أو صلاحية اتفاق التحكيم طبقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف اتفاق التحكيم".

كما سار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على نفس نهج اتفاقية نيويورك 1958، وجنيف 1961، من حيث تأكيده على أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة وذلك في نص المادة 34 في الفقرة 2 منه.[1]

الفرع الثاني: مضمون قانون الإرادة المعَّين بموجب اتفاق التحكيم

يقتصر دور الإرادة على اختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العقود المرتبة لحقوق مالية[2] ، كما استقر فقه القانون الدولي الخاص على أن تطبيق قانون الإرادة يقتصر على الجانب الموضوعي للعقد.

وبهذه المثابة ينطبق قانون الإرادة في شأن كل ما يتعلق بتكوين العقد وشروط انعقاده الموضوعية مثل التراضي والمحل والسبب، كما ينطبق هذا القانون أيضا على أثار العقد، سواء تعلقت هذه الآثار بالأشخاص أو بالموضوع، وبصفة خاصة على ما يرتبه العقد من التزامات متبادلة بين أطرافه وجزاء مخالفة هذه الالتزامات وما تثيره هذه المخالفة من مسؤولية عقدية.[3]

وإذا كان قانون الإرادة هو الذي يحكم وفقا للرأي الراجح تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد؛ مع التحفظ الخاص بمجال إعمال قانون دولة التنفيذ، فإن هذا القانون هو الذي يسري أيضا على

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 84-85.

[2]- حسن الهداوي ، **القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين "** ، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 149.

[3]- هشام صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص 16– 17.

أسباب انقضاء الالتزامات العقدية، مع ملاحظة ما قد يُثيره تقادم هذه الالتزامات من خلاف فقهي حول مدى اعتبار هذا التقادم مسألة موضوعية تخضع لقانون الإرادة أو مسألة إجرائية يحكمها قانون القاضي ومع اتجاه الفقه الغالب نحو وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد ، فإنّ ذلك لم يمنع هذا الاتجاه من استبعاد مسألتين من مجال قانون الإرادة وهما أهلية التعاقد وشكل العقد.

فالأهلية وإن كانت شرطا لصحة التعاقد من حيث الموضوع، إلا أنَّ الفقه الغالب قد اتجه مع ذلك إلى إخضاعها للقانون الشخصي للمتعاقد، وسواء كان هذا القانون هو قانون الجنسية أو قانون الموطن، وذلك على أساس أن الغرض الذي تهدف إليه أحكام الأهلية هو حماية الشخص نفسه ولو كان التصرف الذي يباشره من التصرفات المالية.

أما شكل العقد، فقد استقر الاتجاه الغالب على اسناده اختياريا إما لقانون العقد أو لقانون بلد الإبرام، وذلك تيسيرا على المتعاملين، ورعاية للاعتبارات العملية التي تقتضيها التجارة الدولية.[1]

كما يخرج من مجال قانون الإرادة العقود المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والتبني، حيث يكون الاختصاص فيها للقانون الشخصي لا للقانون المختار. ولا يدخل في نطاق هذه القاعدة العقود التي تبرم بشأن العقار سواء كانت متعلقة بحقوق عينية أو بحقوق شخصية، إذ يحكمها قانون موقع العقار.[2]

الفرع الثالث: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ قانون الإرادة

يعد مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم من المبادئ الأساسية في العقود الدولية[3]، حيث يمكن تعريف مبدأ قانون الإرادة بأنه: حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب

[1] -François knoeffer, le contrat dans le nouveau droit international privé suisse in ,le nouveau droit Int privé, suisse, Lausanne, 1988, p 101

؛ نقلا عن: هشام صادق، المرجع السابق، ص18.

[2] –حسن الهداوي، المرجع السابق، ص149.

[3] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص167.

التطبيق على العقد المزعم إبرامه إذا كان هذا العقد مما يُحتمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة[1].

فيما يخص موقف التشريعات الوطنية من مبدأ قانون الإرادة فقد نصت المادة 18 من 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."

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد بنى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ثلاث ضوابط، أحدها أساسي وهو قانون إرادة المتعاقدين، وآخران احتياطيان، وهما قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد.[2]

واشترط في قانون الإرادة أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فلم يترك بالتالي لطرفي العقد الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، والسبب في هذا التقدير القانوني هو ضرورة إقامة توازن بين إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من ناحية، وضرورة خضوع هذه الرابطة العقدية للأحكام الآمرة للدولة القريبة للعقد واختصاص قضائها الوطني، منعا للغش وحماية للطرف الضعيف في العقد، الذي يكون عادة المستهلك، وبذلك تتفق آراء الفقهاء مع رغبة المشرع في حمايته، خاصة في العقود التي تبرم بالطرق الإلكترونية.[3]

---

[1]– عبد الفتاح بيومي حجازي، **النظام القانوني لحماية الجارة الإلكترونية**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص170؛ نقلا عن: زياد محمد فالح بشابشة وآخرون، **دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني "دراسة مقارنة"**، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد ثلاثون، الجزء الأول، 2013، ص358.

[2]– أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري " تنازع القوانين"**، دار هومة، طبعة 2002، ص302 وما بعدها؛ نقلا عن: نذير برني، **العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الفترة التكوينية 2003 – 2006، ص 32.

[3]– عبد الفتاح بيومي حجازي، **النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 168 وما بعدها؛ نقلا عن: نذير برني، المرجع السابق، ص32.

كما أخذت التشريعات العربية بقاعدة إخضاع العقد لقانون الإرادة كالتشريع المصري في المادة 19 في الفقرة 1 حيث نصت على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد ؛ ما لم يتفق المتعاقدان، أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه."

لقد استقر الفقه المصري في تفسيره للمادة 1/19 على أنها تقرر قاعدة حرية الأطراف في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويستوي أن يكون هذا الاختيار صريحا أو ضمنيا[1]. في حين جاء في نص المادة 20 في الفقرة 1 من القانون المدني الأردني على أنه [2]:" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك...".

حيث يلاحظ من خلال هذا النص، أن القانون الأردني كما هو الحال في معظم التشريعات الوطنية لدول أخرى كرست مبدأ قانون الإرادة[3] ، فقد تجنب التفاصيل واقتصر على أكثر الأحكام استقرارا في نطاق التشريع بأن أعطى مطلق الحرية للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم. فضلا على ذلك فإن أغلب التشريعات التي تنظم العقود الدولية التي تتم عبر الانترنت لم تتطرق لبحث مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على هذه العقود [4] وهذا هو شأن المشرع الأردني

---

[1]– لمزيد من التفاصيل أنظر: فوائد رياض – سامية راشد، **تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية**، دار النهضة العربية، 1994، ص 324 – أنظر كذلك: إبراهيم أحمد، **القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين"**، دار النهضة العربية، 1997، ص 342؛ نقلا عن: لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 178.

[2]– تقابلها المادة 20 من القانون المدني السوري وكذلك المادة 19 من القانون المدني الليبي والمادة 59 من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي والمادة 25 من القانون المدني العراقي وبهذا الاتجاه يعمل في لبنان.

[3]– نصت على هذه القاعدة معظم التشريعات الأوروبية مثل المادة 27 من القانون المدني الألماني لعام 1986، المادة 5/10 من القانون المدني الاسباني لعام 1974، المادة 116 من القانون المدني السويسري لعام 1987، المادة 35 من القانون النمساوي لعام 1979.

[4]– محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت "دراسة مقارنة"**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 86 ؛نقلا عن: زياد محمد أحمد بشاشة وآخرون، المرجع السابق، ص364.

في قانون المعاملات الإلكترونية، وبالتالي فإنه يُصار في هذه الحالة إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 20 من القانون المدني الأردني.[1]

أما فيما يخص ضابطي الإسناد الاحتياطيين اللّذين قرّر الأخذ بهما المشرع الجزائري في المادة 18 الفقرة 2 على سبيل التدرج مستبعدا بذلك دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية.

كما يلاحظ من نص المادة السابقة أن المشرع هو الذي تولى عملية الإسناد والضوابط المذكورة بترتيب ورودها الذي يُعدّ ذا قيمة في معاملات التجارة الدولية، خاصة وأنها ضوابط إسناد احتياطية جاءت كقرائن بسيطة لتسهيل مهمة القاضي– أو المحكِّم – في إعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، حتى وإن اختلف موقف القانون المقارن في ترتيبها حسب أهميتها [2] .

ويمكن تناول هذه الضوابط الاحتياطية كالآتي:

أولا: إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك

لا تزال بعض التشريعات الوطنية تطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ويفضلونه على محل إبرام العقد، فالتشريع المصري على سبيل المثال قد منح لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب، وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون المدني البرتغالي لهذا الضابط[3]، بينما فضل القانون المدني الاسباني تخويل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقبل قانون محل إبرام العقد.

والأصل أن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله.

---

[1]– زياد محمد أحمد بشاشة وآخرون، المرجع السابق، ص364.

[2]– زروتي الطيب، **القانون الدولي الخاص الجزائري " تنازع القوانين "** ، الطبعة 2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 244؛ نقلا عن: محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،2011، ص52.

[3]– المادة 42 من القانون المدني البرتغالي.

وعلى الرغم من وضوح هذه الفكرة، إلاّ أنه يصعب تطبيقها في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت، ذلك أن التعامل عبر شبكة الانترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية لا على العناوين الحقيقية، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي[1]. فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه ومثال العناوين التي تنتهي ب (.FR)، علاوة على أن هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة كما هو الشأن في العناوين التي يشار إليها في نهاية المقطع بـ (.COM) أو (.ORG) ، بالإضافة إلى ذلك فإن مواقع الويب تكون في حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطة اقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب la localisation des sites web أو مقدمي الخدمات[2]. فالعناوين الالكترونية لم تصمم أصلا بمنظور جغرافي، لذلك فهي تتسم بعدم التوطُّن.[3]

ثانيا: إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

تبنت بعض التشريعات الوطنية هذا الاتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون الإرادة صراحة أو ضمنا. ولقد اختلفت التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، فالقانون المدني الإيطالي[4] قد منح لقانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب، وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون المدني الاسباني لهذا القانون قبل قانون الموطن المشترك.

---

[1]- يوسف العلي، **مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الانترنت** ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 26-28 أبريل 2003، ص240 وما بعدها؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص334.

[2] - Duaso cales (R), la détermination du cadre juridictionnel et législative applicable au contrats de cyber consultation : http://www.Lex_electronica.Org/article/v8-11Duaso %20.cales. PDF, Nombre 2002 ؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص334.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص333- 335.

[4]- المادة 25 من القانون المدني الايطالي.

والحقيقة أنّ إسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد يصعب التعويل عليه في مجال العقود الإلكترونية لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد.

ويؤكد الفقه أنّ الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصر مؤثرا في عقود المعاملات الدولية، وعلاوة على ذلك فإن الاعتداد بجنسية المتعاقدين يتطلب التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر لا تأبه به التجارة الالكترونية.[1]

ثالثا: إسناد الرابطة العقدية لقانون مكان إبرام العقد

لقد أخذت بعض التشريعات بضابط قانون مكان إبرام العقد وذلك بإسناد هذا الأخير إلى قانون دولة الإبرام عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون الإرادة.

ولتحديد مكان إبرام العقد أهمية بالغة في القانون الدولي الخاص، بحيث أنه يترتب عليه تحديد الاختصاص التشريعي والقضائي، فقد كان لتقدم وسائل الاتصال أثرها في التجارة العالمية فكثير من العقود تبرم بواسطة وسائل الاتصال الفوري من فاكس وتيلكس وانترنت، دون أن يجتمع المتعاقدان في مجلس واحد مما يؤدي إلى تنازع القوانين في شأن معرفة قانون الدولة الواجب تطبيقه[2]، بحيث إذا كان إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يُعدّ أمرا ملائما للعقود التجارية التي تبرم بين التجار في الأسواق المختلفة، إلاّ أنه من الصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني.[3]

---

[1]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص332-333.

[2]- علاء الدين محمد ذيب عبابنة، **القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن**، أطروحة استكمال رسالة دكتوراه في القانون، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة الأردن، 2004، ص230– 231 ؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، **القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني**، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص41.

[3]- أحمد عبد الكريم سلامة، **الانترنت والقانون الدولي الخاص : فراق أم تلاق**، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 12 ماي 2000، ص42- 43؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع نفسه، ص41.

وما يمكن قوله عن هذا الضابط وإعماله في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، فإن البيئة الالكترونية لا تشكِّل مكانا محددا يمكن الاستناد إليه واعتبار العقد قد تمّ فيه، كونها عبارة عن مكـان مستقل بذاته لا يمـكن لنا أن نُحدد من خلاله مكان إبرام العقد، ومن جهة ثانية يرى البعض في هذا الصدد أنّ العقد الالكتروني قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة عقدية جاءت بين العقد ومحل الإبرام، كأن يتم عبر الحاسوب النقال لشخص متجول من دولة لأخرى بأن يستغل جهازا غير تابع له أو أن يبرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الانترنت، وهي أمور كلها تجعل هذه المسألة عرضية ولا تشكل معيارا يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني [1] .

ونخلص مما سبق أن إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد محل إبرام العقد يصعب تحقيقه في مجال العقود الالكترونية، كما أنّ مسألة الأولوية في تطبيق هذا المؤشر تختلف فيه أغلب التشريعات، فمنها من تمنح هذا القانون أكثر أهمية.

المطلب الثاني: مدى ملاءمة إعمال القوانين الوطنية على منازعات التجارة الالكترونية

يثير تطبيق القواعد القانونية الوطنية في مجال العقود الدولية على العمليات الالكترونية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية العديد من الصعوبات القانونية فيما يتعلق بالاختصاص القانوني، والحقيقة أن جانبا كبيرا من تلك الصعوبات يرجع أساسا إلى طبيعة شبكات الاتصال الالكتروني التي يجري من خلالها إنجاز التعامل، في حين أن الجانب الآخر الذي يزيد من تلك الصعوبة يرجع إلى طبيعة المعايير التقليدية لفض التنازع القانوني في مجال العقود الدولية، من حيث كونها روابط مادية ترتكز على روابط مكانية أو جغرافية لا تستجيب لطبيعة المعاملات التي تجري خلال الشبكات الالكترونية والتي تقوم على معطيات افتراضية أو غير مادية.[2]

---

[1]- ناصر حمودي، **نزاعات العقود الالكترونية : أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل**، مجلة المعارف، المركز الجامعي آكلي محند أولحاج، البويرة، العدد الخامس، 2008، ص155– 156؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص43.

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص347 .

ولتوضيح هذه الصعوبات سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع يتناول الفرع الأول الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد، ويتناول الفرع الثاني الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد، أما الفرع الثالث فسيتم التطرق فيه إلى صعوبة توطين الرابطة العقدية.

الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد

يمكننا تقسيم المشاكل المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد عند إعماله على المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الانترنت برغم التحديد المسبق لهذا القانون من جانب الأطراف إلى نوعين من الصعوبات وذلك كالأتي:

أولا: المشاكل القانونية المعاصرة لاختيار قانون العقد

بالنظر إلى أن ركن التراضي هو أهم أركان العقد، فإنه يجب أن يكون موجودا حتى يقوم العقد، كما يجب أن يكون صحيحا حتى يَصُحَّ العقد ولا يكون قابلا للإبطال. ومع ذلك فإن اتجاه إرادة المتعاقدين لتطبيق قانون وطني معين، وإثبات أن التصرف صادر عن الشخص الحقيقي ليس بالأمر السهل في مجال التعاقد عن طريق الانترنت.

وتظهر **المشكلة الأولى** في صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد، بحيث ينشأ العقد متى توصل طرفا هذا الأخير إلى اتفاق بشأن أحكامه ما لم يقض القانون بإجراءات محددة مثل الكتابة أو التوقيع ...الخ. ويترتب على ذلك أن العقد المبرم شفهيا صحيح في أغلب الأنظمة القانونية؛ لأن المتعاقدون يتمتعون بحرية كاملة في إبرام العقود بالطريقة التي يرونها ووفقا للشروط التي يرتضونها[1].

ويستتبع ذلك أن العقد الذي يتم إبرامه على دعامة ورقية أو بواسطة وسيلة اتصال الكترونية سمعية كالتليفون أو سمعية مرئية كالانترنت يجب أن يكون –من حيث المبدأ– عقدا صحيحا.

[1] - Lloyd (L), on line contracting Common Law perspective in ,les premières journées internationales du droit de commerce électronique, litec, octobre 2000, P186
؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص351.

ويبدو أنه ليس ثمة صعوبة تذكر حين يتم التعاقد بين حاضرين يضمهما مجلس عقد واحد. فالحضور المادي للمتعاقدين يسمح لكليهما بالتحقق من هوية الطرف الآخر، ومن صفته في التعاقد، والتحقق من سلامة المستندات وتاريخ إبرام التصرف، ومن مكان انعقاده،...إلخ.[1]

كما أنه ليس ثمة مشكلة عند ما يتم التعبير عن إرادة التعاقد – إيجابا وقبولا- عبر شاشات الحواسيب الآلية من الشخص الذي له صلاحية إصدارها، مادام لم يتم إنكارها. بيد أن الصعوبة تدق حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلا، وبصفة خاصة عندما يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل يستحيل توقعه من جانب الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه، مما يثير التساؤل عن الآثار القانونية المترتبة على الخطأ في التعاقد الالكتروني، وعما إذا كان يتحملها الحاسوب أم الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه، هذا من ناحية؛ ومن ناحية أخرى تتضح صعوبة التحقق من إرادة التعاقد كذلك حين تصدر تلك الإرادة من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن المتعاقد الأصلي أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الالكترونية أو تم التغيير في محتواها.

أما فيما يخص **المشكلة الثانية**، المتعلقة بصعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، فالحقيقة الغالبة في عقود التجارة الالكترونية هي غياب التواجد المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه ويستتبع ذلك أن التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين قد لا تكون في مجال التعاقد عبر الانترنت بالسهولة نفسها التي كانت تبحث بها وفق الطرق التقليدية للتعاقد عن بعد[2]، ويتضح ذلك من النواحي التالية:

فمن الناحية الأولى: فإن المتعاقدين من خلال وسائل الاتصال الالكترونية التقليدية كالفاكس أو التلكس أو التليفون يعرفون مقدما الدولة التي يتصلون بها، ويعرفون مكان وهوية الطرف الآخر في

---

[1]- حسين عبد الماحي، **نظرات قانونية في التجارة الالكترونية**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد الحادي والثلاثون، أبريل 2002، ص293 وما بعدها؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص352.

[2] - Deprez (P) et Fauchoux (v), lois-contrats et usages du multimédia, éd DIXIT, http://www.en-droit.com/intellex/ouvrages/loi_contrat_usage_multimédia.pdf ,P143

؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص353 .

العقد من خلال الرقم الكودي الذي يطلبونه، في حين أن المتعاملين عبر الانترنت يفتقرون إلى ذلك التحديد، لأن العنوان الالكتروني الذي يتعاقدون من خلاله قد لا يكون مرتبطا ببلد معين كما هو الشأن في العناوين الالكترونية التي يشار إليها في المقطع الأخير منها بـ (.com) أو (.org).[1]

ومن ناحية ثانية: يصعب مراقبة العناوين الالكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هويتهم، لأن هذا العمل يُعدُّ مخالفا لقانون 6 يناير 1978 الخاص بالحريات والمعلومات وهو يطبق بشكل آمر متى كانت قاعدة البيانات تقع على الإقليم الفرنسي، أيا كانت جنسية الأشخاص المعنية.[2] وهذا القيد يتفق مع التوجيه الأوربي رقم 46/95 الصادر في 24 أكتوبر 1995 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الحدود.

وعليه فإنه يجب على كل من يرغب في التعاقد عبر الانترنت أن يتحقق من هوية الشخص الذي يتعاقد معه، لأن العقد لن يكون سليما من الناحية القانونية إلا إذا تم بين شخصين يتمتع كل منهما بالأهلية القانونية.

ثانيا: المشاكل القانونية اللاحقة على اختيار قانون العقد

هناك مشكلتان أساسيتان يمكن توقعهما عقب اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق، فتتمثل **المشكلة الأولى** في صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته، و**المشكلة الثانية** في عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الالكترونية.

فيما يخص صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته، يتميز التعاقد الالكتروني بغياب الدعامات المادية الخطية، حيث أنه يتم بواسطة وسائل معلوماتية في صور بيانات تظهر على شاشات الحواسيب مما يصعب تقديم قواعد الإثبات، عكس ما هو عليه في عقود التجارة التقليدية أين يلتزم الطرفان بتقديم دليل كتابي لإثبات التصرف القانوني، وما يزيد من صعوبة الإثبات في المعاملات الالكترونية

---

[1] - Huet (J), le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert (Internet), www.eridia.com/cblaise , 1996-1997, P9

؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص354.

[2]- Deprez (P) et Fauchoux (v), op cit, P144

؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص354.

اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات، فمنها من تتبنى قواعد إثبات مرنة مما يمنح للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي – أو المحكِّم –، ولهذا الأخير الحرية المطلقة في تكوين عقيدته، بينما نجد نظم قانونية أخرى تفرض منهج قانوني صارم وتضع طرقا محددة للإثبات لا يستطيع القاضي – أو المحكم – أو أطراف العقد الحياد عنها[1]

فهذه المشاكل عموما منها ما هي فنية كحدوث عطل داخل الأجهزة الالكترونية مما يؤدي إلى ضياع البيانات المخزنة داخلها، كما قد يتم تحميل البرامج على الأجهزة بشكل غير سليم، ويمكن أن يتم التلاعب في مضمون السند الالكتروني أو الإطلاع على البيانات التي يتضمنها بغرض استغلالها على نحو غير مشروع، وهناك مشاكل قانونية كما أشرنا تتمثل في تباين الأنظمة التشريعية في تقدير أدلة الإثبات، كما نجد أن اتفاقات التبادل النموذجية قد اعتمدت طرقا متنوعة إزاء تلك المسألة، فبعض هذه الاتفاقات تنص على أن يقبل الأطراف الرسائل الالكترونية كدليل إثبات، وثمة اتفاقات أخرى تجيز لأطراف العقد الاتفاق فيما بينهم على إمكانية الطعن في الأدلة الالكترونية، وثمة نوع آخر يوصي بأن تأخذ الأدلة الالكترونية نفس القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية.[2]

وتبدو هذه الصعوبات أيضا في أن صحة الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في اتفاق تبادلي يتعلق بمدى قبول الأدلة الالكترونية في الإثبات في نظام قضائي معين، فبقدر ما تكون الأحكام المعنية بالأدلة إلزامية فلن تكون هناك فعالية للاتفاقات التعاقدية، وبالتالي لا يمكن التعويل عليها في المنازعات الأخرى التي تنطوي على أطراف مختلفين، ومجمل مشاكل التجارة الالكترونية تنحصر في الكتابة وتوقيع المستند، وهذه المفاهيم التقليدية للإثبات لم تعد ملائمة للتطبيق على العمليات الالكترونية التي تتم عبر الانترنت بسبب التقدم الهائل الذي تشهده وسائل الاتصال[3].

---

[1]– إيناس الخالدي، **التحكيم الالكتروني**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص103– 104؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص34.

[2]– أحمد مهدي ، **الإثبات في التجارة الالكترونية**، دار الكتاب القانونية، مصر، 2004، ص83 – 84؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع نفسه، ص35.

[3]– أحمد مهدي، المرجع نفسه، ص87– 88؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع نفسه، ص35.

ونخلص مما سبق أنه في مجال العقود الالكترونية بشكل عام والانترنت بشكل خاص، لا بد من الاعتماد على البيانات الالكترونية في الإثبات والسماح للأطراف بالاتفاق على اعتماد تلك البيانات كأدلة إثبات، فالأدلة التقليدية للإثبات لا تلائم العمليات الالكترونية في العقد الالكتروني.

أما فيما يخص المشكلة الثانية والمتمثلة في عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الالكترونية، فإن عدم وجود قواعد قانونية خاصة بتنظيم المعاملات الالكترونية في أغلب الأنظمة القانونية للإسناد إليها عند وجود أي خلل يشوب العقد ، جعل المتعاقدين عبر الانترنت يتطلعون دائما إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة العقدية، لكن الإشكال يكمن في هذه الحالة في أن يختار الأطراف تطبيق القانون دولة معينة من بين القوانين المرتبطة بالعلاقة القانونية، ثم يظهر أن هذا القانون لا يعترف بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الالكترونية والتوقيعات الرقمية.[1]

ولا تبدو ثمة صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي يتم إبرامها بدون مستند ورقي موقع ومكتوب من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبيق أحكامه، كما أن المتعاملين عبر الانترنت يحرصون على أن يُضمنوا عقدهم شرطا خاصا يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على العقد وهو غالبا قانون مركز إدارة الشركة الرئيسي التي يمتلكها البائع [2]، ومن أمثلة تلك العقود نذكر عقد الشركة "APPLE STOR" الذي نص على أنه: "تخضع كل عقود البيع التي تكون "APPLE STOR" طرفا فيها لقانون كاليفورنيا. كما نصت أحد الشروط العامة للمركز التجاري "SURF AND BAY D'IBM EUROPE" على أن يخضع

[1]– محمد ابراهيم عرسان أبو الهيجاء، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص122 – 123؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص36.

[2] - Eric caprioli, le commerce électronique au regard des normes juridiques internationales, Lamy, juin 1996 , P383

؛نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع نفسه، ص36.

هذا العقد للقانون الفرنسي، كما أن هذا التحديد لقانون العقد قد ورد النص عليه أيضا في العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس.[1]

فلا تبدو أية صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي يتم إبرامها بدون مستند ورقي مكتوب حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبق أحكامها، ولكن الصعوبة تكون – كما تمت الإشارة – عندما يختار الأطراف قانونا لا يعترف بصلاحية العقود التي يعتمد على الكتابة الالكترونية، ففي هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية هي المعتمدة قانونا.[2]

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد

سيتم التعرض لتلك الصعوبات في العقود الدولية من جانب، وفي عقود التجارة الالكترونية من جانب آخر وذلك على النحو التالي:

أولا: رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الدولية

كانت فكرة الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد مثارا لانتقادات عديدة من جانب بعض فقهاء القانون الدولي الخاص قبل ظهور الانترنت والتجارة الالكترونية. ويعني ذلك أن الصعوبات التي يثيرها الاختيار الضمني لقانون العقد ليست من خصائص التجارة الالكترونية، فقد سبق وأثارت تلك الفكرة صعوبات ومشاكل عند تطبيقها على العقود الدولية التقليدية.[3]

ويعبِّر عن تلك الصعوبات جانب من الشراح موضحا أنه إذا سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد صراحة، فلا يصح للقاضي – أو المحكِّم– أن يبحث عن إرادتهم الضمنية، وإنما يتعين عليه تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد[4]. وأساس تلك الوجهة من النظر

---

[1]– فيصل محمد كمال عبد العزيز، **الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية**، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص681 – 682؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص37.

[2]– فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع نفسه، ص683؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع نفسه، ص37.

[3]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص363.

[4]– هشام على صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص42؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص363.

أن سكوت الأطراف عن الاختيار الصريح لقانون العقد قد يرجع إلى أن المتعاقدين لم ينتبهوا أساسا للمشكلة أو لأن العنصر الأجنبي قد تطرق إلى العقد في تاريخ لاحق على الانعقاد. وقد يرجع سكوت الأطراف أيضا إلى اختلاف المتعاقدين حول تحديد هذا القانون أو تخوفهم من أن يؤدي ذلك الخلاف إلى عدم إتمام العقد[1].

ويصعب مع هذه الفروض جميعا القول بوجود إرادة ضمنية للمتعاقدين يمكن على أساسها اختيار قانون العقد.

وقد أسس الاتجاه الرافض لفكرة الاختيار الضمني لقانون العقد رفضه لهذا الضابط على أساس أن تطبيقه قد يؤدي إلى تحكّم القاضي – أو المحكّم – في تحديد قانون العقد مستترا وراء ما يسمى بالإرادة الضمنية للمتعاقدين وهي في حقيقتها إرادته هو، الأمر الذي يخلُّ بتوقعات الأطراف، ويهدد الأمان الذي تنشده التجارة الدولية.[2]

ثانيا: رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في عقود التجارة الالكترونية

الحقيقة أن رفض الاستناد إلى إرادة المتعاقدين الضمنية في تحديد القانون الذي سيحكم العقد له ما يبرره كذلك في مجال المعاملات الالكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية. غير أن أساس استبعاد هذا الضابط ليس تحكّم القاضي – أو المحكّم – أو الإخلال بتوقعات الأطراف، وإنما صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر الانترنت. وهذه الصعوبة تتضح عند مناقشة تلك القرائن أو الدلالات التي تشير إلى الإرادة الضمنية، وذلك على النحو التالي:

فمن ناحية أولى، فإنه من الصعوبة الاعتماد على اللغة الانجليزية التي حُرِّر بها العقد في تحديد تلك الإرادة، على أساس أن اللغة الانجليزية أصبحت لغة التخاطب الغالبة في مجال المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية. ومن ناحية ثانية، لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الخدمة يُؤدّى بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود الكترونيا أو بواسطة

[1]– هشام على صادق، المرجع السابق، ص228؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص364.

[2]– هشام على صادق، المرجع نفسه، ص229؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص364 .

بطاقات الوفاء أو ما شابه ذلك، وبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بهذه الوسائل بأي عملة، وفي أي وقت. ومن ناحية ثالثة، يصعب القول بأن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة التي تنظر النزاع، لأنه لا تلازم بين الاختصاص القانوني والقضائي من ناحية، ولأن تلك المحكمة قد يكون موقعها موجودا على شبكة الانترنت من خلال موقع أو عنوان الكتروني لا ينتمي إلى دولة بعينها. ومن ناحية رابعة، يصعب القول بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الالكترونية الأخرى المرتبطة به، لأن مسألة الارتباط المشار إليها نادرة الحدوث على الشبكة. فالغالب في مجال المعاملات التي تتم عبر الانترنت هو استقلال الروابط القانونية لا سيما وأن المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في الغالب، ولا يوجد دليل مادي على وجودهم الحقيقي.[1]

ومن ناحية خامسة وأخيرة، فإنه يصعب الاستناد إلى الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، لأن هذه الروابط جميعها تؤدي في النهاية إلى توطين أو تركيز الرابطة العقدية مكانيا، في حين أن توطين العقد وفقا لهذه المعايير التقليدية في العالم الالكتروني لن يكون أمرا سهلا، بل ربما كان افتراضيا كالعالم الالكتروني ذاته .وبهذا الوصف تقترب الإرادة الضمنية في هذا المجال من الإرادة المفروضة بواسطة القاضي – أو المحكِّم – .

الفرع الثالث: صعوبة توطين الرابطة العقدية

إن امتناع المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية بشكل كاف، يفرض على القاضي تحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق، كما أنّ القاضي – أو المحكِّم – ينهض بتلك المهمة إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة كمكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه أو إسنادها لقانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز للعقد.[2]

---

[1] - Cachard (o), le contrat électronique international, th Bruylant, 2eme édition, 2002, P144

؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص365.

[2]– لمزيد من التفصيل، أنظر: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، في الفصل الثاني من الباب الأول من القسم الثاني، ص336 وما بعدها.

ومن هنا تأتي صعوبة التسليم بإعمال تلك الضوابط التقليدية على عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية فهذه الضوابط تعتمد على التركيز المكاني للمعاملة محل النزاع واعتبار قانون المكان الذي ترتبط به هذه العلاقة برابطة وثيقة هو القانون الواجب التطبيق، في حين أن عقود التجارة الالكترونية تتم في فضاء افتراضي ليس له روابط أو صلات مكانية[1].

والأمر هو نفسه بالنسبة لضوابط الاختصاص القانوني الدولي التي تتخذ من قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو من موطن أو محل إقامة المدين بالأداء المميز معيارا لاختصاص المحاكم الوطنية – وهي ضوابط مادية إقليمية تقوم على روابط جغرافية– فهي لا تلائم طبيعة المعاملات الالكترونية التي تقوم على مرتكزات غير مادية أو افتراضية. فالمعاملات التي تتم عبر الانترنت تقود إلى عالم غير مادي قوامه الأرقام والبيانات، بينما ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص لم توضع إلا من أجل عالم مادي، ومن ثمة فإن تطبيقها على المعاملات الالكترونية يثير الكثير من الغموض والصعوبات.

والحقيقية أنه كانت هناك محاولات تدريجية من جانب القضاء لاستبعاد هذه المعايير التي تبدو غير ملائمة لحاجات التجارة الدولية بحيث أصبحت قواعد التنازع غير قابلة للتطبيق على العقود الالكترونية.[2]

إن فكرة عدم الإقليمية وعدم ضرورة الإشارة إلى أحد عناصر الإسناد أدت إلى تغيير في مفهوم ومكان إبرام العقد وتنفيذه، بالإضافة إلى أن عناصر الإسناد الشخصية أصبحت مجرد مؤشرات تسمح بالتعرف على مركز الثقل (le centre de gravité) في العقد بغية توطينه[3]. فمكان

---

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص10 وما يليها؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص366.

[2]– عصام الدين القصبي، **تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية**، النسر الذهبي، القاهرة ، 2002– 2003، ص1619؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص367.

[3] - Cachard (o), op cit , P145

؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص367.

إبرام العقد بدا من حيث الواقع غير ملائم للعقود التي تبرم بين غائبين، علاوة على أن مكان تنفيذ العقد قد يتم تعديله في بعض العقود الدولية.[1]

وفيما يلي سيتم تحديد الصعوبات التي يثيرها توطين عقود التجارة الالكترونية لبيان ما إذا كانت تلك الصعوبات مرتبطة بإبرام أو بتنفيذ موضوع العقد، أم أنها مرتبطة بتوطين محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو محل إقامة الأطراف وذلك على النحو التالي:

أولا:صعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للعقود الالكترونية

إن صعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية نجدها فقط في عقود التجارة الالكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية وهذه الصفة تتوافر في العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونيا مثل بيع البرامج التجارية la commercialisation des logiciels، والخدمات المالية على الخط services financiers en ligne ، وأيضا بيع المعلومات عن طريق قواعد البيانات bases de données الموجودة على الانترنت [2] .

ففكرة اللامادية la dématérialisation التي تنطوي عليها تلك العقود يصعب معها تحديد مكان إبرام العقد ومكان تسليم الأشياء اللامادية المبيعة عبر الخط، وبالتالي يصعب أيضا تطبيق ضوابط الإسناد على تلك النوعية من العقود. فهذه الضوابط لم تعد ملائمة للتطبيق على تلك العقود بسبب عدم مادية موضوعها.[3]

ثانيا: صعوبة إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدي على عقود التجارة الالكترونية

إسناد العقد إلى قانون دولة معينة ينتج عادة من تطبيق معيار جغرافي .هذا بالإضافة إلى أن العقود تخضع في الغالب لقانون الدولة التي يقع فيها محل إقامة الأطراف أو مقر شركتهم، لأن عادة

---

[1] - Ibid .

[2] - Huet (J), op cit , P15

؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص368.

-في حين أن العقود التي تتم على الشبكة ولكنها تنفذ خارجها لأنها تشير إلى عناصر مادية –كعنصر تسليم الخدمة – تجعلها صالحة لتطبيق معايير القانون الدولي الخاص عليها.

[3] - Cachard (o), op cit, P145 et ss

؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص368.

يكون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه. وتطبيق هذه الضوابط على العقود التي تتم عبر الانترنت يثير صعوبات عديدة نعرضها تباعا على النحو التالي:

1_ صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد:

إن محاولة توطين العقد بغية تحديد مكان إبرامه، يطرح صعوبات عديدة في العقود التقليدية التي تتم بين غائبين، فالأنظمة القانونية قد تباينت في تعيين محل إبرام العقد، حيث هناك بعض الدول تأخذ بنظرية تصدير القبول كالقانون الإنجليزي، وثمة دول أخرى تأخذ بنظرية تسلُّم القبول كالقانون الألماني واتفاقية فيينا 1980 الخاصة ببيوع البضائع الدولية (المادة 2) ، وهناك دول أخرى تأخذ بنظرية العلم بالقبول كالقانون الجزائري (المادة 67 من القانون المدني) ، وهناك دول لا تأخذ بهذه النظرية أو تلك وتترك الأمر كله لتقدير قاضي الموضوع، ومن أمثلة تلك الدول فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية[1] .

وعلى الرغم من أن تلك الصعوبات كانت قائمة قبل ظهور الانترنت، إلا أن النطاق العالمي للتجارة الالكترونية أدى إلى جعل تحديد المكان أكثر صعوبة منه في أي وقت مضى. وأساس تلك الصعوبة، أن العالم الشبكي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد[2]، فدولة تصدير الإيجاب قد تكون الجزائر، في حين أن العنوان الالكتروني للشركة موجود في فرنسا، وربما كانت الشركة التي تدير الموقع مجرد وسيط...إلخ، وبالتالي يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما أن يقدم الدليل على صحة إدعائه.

2_صعوبة تحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد:

يحتل مكان تنفيذ العقد أهمية خاصة في القانون الدولي الخاص، إذ يمكن للقاضي الاعتماد عليه عندما يبحث عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، كما يمكنه التعويل عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد والقضاء المختص بحكم النزاع. ونتيجة لذلك نجد المادة 5 في الفقرة 1 من اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 ديسمبر 1968 قد احتفظت للمدعي بالحق في رفع دعواه أمام محكمة محل

[1]– عصام الدين القصبي، المرجع السابق ، ص 1617 ؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي ، المرجع السابق، ص369 .

[2]– يوسف العلي، المرجع السابق، ص243 وما يليها؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص369 .

إقامته المعتادة إذا تلاقى مع محل إقامة المدعى عليه، متى كان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة اختصاصه[1]. كما أبقت المادة 10 في الفقرة 2 من اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أيضا على معيار مكان التنفيذ من أجل تعيين القانون الواجب التطبيق على طرق التنفيذ وعلى الإجراءات التحفظية وعلى فوائد التأخير،...إلخ.

والأصل أن تحديد مكان تنفيذ العقد لا يثير مشكلة في مجال عقود التجارة الالكترونية التي تتم على الانترنت مادام التنفيذ سيتم ماديا خارج الخط. يبدأن الصعوبة تدق عندما يكون موضوع العقد خدمات أو أشياء غير مادية كما هو الشأن في العقود التي تتم وتنفذ على الخط، حيث يصعب توطين العقد وبالتالي يصعب تحديد مكان تنفيذه.

3_صعوبة تحديد محل إقامة الأطراف:

مازالت أغلب التشريعات الوطنية تعتمد على محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، علاوة على ذلك فإن المادة 4 في الفقرة 2 من اتفاقية روما تعتمد على هذا المعيار في تحديد قانون العقد، وأيضا المادة 8 الفقرة 2 من ذات الاتفاقية تسمح للطرف الذي يحتج بعدم رضائه أن يتمسك بقانون دولة محل إقامته المعتادة، ومع ذلك يصعب تطبيق هذا المعيار على عقود التجارة الالكترونية. وترجع هذه الصعوبة إلى أنَّ فكرة الإقامة التي تشير إلى مكان ثابت ودائم يتم فيه إبرام العقود، وهذا الشرط غير متوافر في العقود الالكترونية التي تتم عبر الانترنت.

فالعنوان الالكتروني لا يشكل بأي حال محل إقامة ثابتا بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية، علاوة على ذلك أن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الإقامة، بل وعلى فرض أن التاجر قام بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين، فلا يوجد شيء يضمن التطابق بين محل الإقامة والمؤشر الوطني الذي يتم فيه تسجيل العنوان

[1]- Mourre (A), Droit judiciaire privé européen des affaires, Buylant, 2003, P447 ؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص370.

الالكتروني، لأن سياسة منح هذه العناوين الالكترونية متنوعة من مكان لأخر ولا تطابق توطينا حقيقيا للأطراف.[1]

ولعل تلك الصعوبات هي التي دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف قيمة التوطين في العناوين الالكترونية.[2]

ونخلص مما تقدم، إلى أن تطبيق منهج التنازع في مجال العقود الدولية على عقود التجارة الالكترونية يطرح صعوبات عديدة بعضها يتعلق بالقانون المختار باتفاق الأطراف والبعض الآخر يخص القانون المعَّين بواسطة القاضي.

[1]- Cachard (o), op cit , P149 et ss

؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص371.

[2]- Cachard (o), op cit , P150 et ss

؛نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص371.

المبحث الثاني: دور اتفاق التحكيم في تطبيق قانون التجارة الالكترونية

يظهر دور اتفاق التحكيم في صورتيه التقليدي أو الالكتروني وأهميته في واقع العقود الدولية، فلا تكاد تخلو إحدى تلك العقود من النص على شرط الاختصاص القضائي، حيث أخذت العلاقات التجارية الدولية تبتعد رويدا رويدا عن سيطرة قانون الدولة Droit étatique لتُحكم وتنظَّم بقواعد ذات أصل مهني[1] وقواعد عرفية، كما يلعب التحكيم التجاري الدولي – التقليدي أو الالكتروني– دورا بارزا كوسيلة لتأكيد قانون مجتمع التجار lex mercatoria على الصعيد الدولي، ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن الدور الذي يقوم به التحكيم قد تخطى كثيرا ذلك الدور الذي تقوم به القواعد الوطنية لحل مشكل تنازع القوانين التي تكاد تفقد ضرورتها تماما نتيجة لتوحيد القواعد القانونية الموضوعية للتجارة الدولية من خلال فعالية اتفاق التحكيم.[2]

بناءا على ما سبق سيتم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، حيث يتناول المطلب الأول مفهوم قانون التجارة الالكترونية، ويتناول المطلب الثاني مدى قدرة قانون التجارة الالكترونية على حكم معاملات التجارة الالكترونية في حين يتناول المطلب الثالث مدى جواز اتفاق الأطراف على قانون غير وطني في التشريع الجزائري.

المطلب الأول:مفهوم قانون التجارة الالكترونية

ظهرت أزمة منهج التنازع قبل ظهور عقود التجارة الالكترونية، فالرغبة في تجاوز هذا المنهج تعود إلى بداية الخمسينات، بعد الجدل الذي اشتد بين الفقهاء للبحث في ضرورة إيجاد منهج آخر لحكم الروابط التعاقدية الدولية، أي إيجاد قواعد مادية مباشرة تهتم بشؤون التجارة الدولية، فهو الأمر

---

[1]– حمزة حداد، **قانون التجارة الدولي**، الدار المتحدة للنشر، لبنان، 1980، ص12؛ نقلا عن: نور الدين بكلي، **اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**، بحث لنيل شهادة ماجيستر في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1995– 1996، ص7.

[2]– رضوان أبو زيد، **الأسس العامة للتحكيم**، دار الفكر العربي، مصر، 1981؛ نقلا عن: نور الدين بكلي، المرجع نفسه، ص7.

نفسه بالنسبة لعقود التجارة الالكترونية التي تبحث بدورها عن القواعد المادية التي تقدم الحل المباشر لكل الإشكالات القانونية التي تتعرض لها في جميع مراحل سيرها[1]، وتكون بالضرورة بعيدة عن القوانين الوطنية، والتي جاء مولدها في أوائل القرن الأخير، بعد تنامي استخدام الشبكة الدولية للمعلومات في المسائل التجارية، حيث عرفت عدة تسميات، وسميت بقواعد التجارة الالكترونية لتمييزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية.[2]

وللتعمق أكثر في مفهوم قانون التجارة الالكترونية سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، يتناول الفرع الأول تعريف قانون التجارة الالكترونية، ويتناول الفرع الثاني خصائص هذا القانون، دون أن يتم إغفال مصادره وذلك في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف قانون التجارة الالكترونية

يعرف القانون الموضوعي الالكتروني بأنه القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونا ذاتيا مستقلا وغير مرتبط بالقوانين الوطنية[3] ، كما عرفه البعض بأنه مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيا أي وليدة الأنشطة والممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة

---

[1]- محمد حسام محمود لطفي، **الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية**، مصر، 2002، ص 18؛ نقلا عن: سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص53.

[2]- ناصر حمودي، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص433 ؛ نقلا عن: سمير خليفي، المرجع نفسه، ص 54.

[3]- عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة عبر الانترنت**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص82-83؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص58.

للدولة، وكذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق القواعد القانونية العادية، فهي قواعد مستوحاة من الميدان التعاقدي لتكون مخاطبة لمجموعة معينة من الأشخاص.[1]

فالقانون الموضوعي الالكتروني كيان قانوني موضوعي ذاتي، خاص بالعمليات التي تقع الكترونيا مما يجعله نظيرا للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في البيئة الالكترونية، طورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، فهو بذلك قانون تلقائي النشأة وُجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل، عن طريق بيانات رقمية تتم بها المعاملات والصفقات عبر الشاشات ويسمى اختصارا بالقانون الموضوعي الالكتروني الدولي[2]

غير أننا نجد بأنه قد تعددت مسمياته تبعا لتعدد تعريفاته فسمي بـ :"القانوني الموضوعي للأنترنت" أو "قانون الانترنت" ويسمى كذلك بـ "القانون الالكتروني" أو "القانون الرقمي" كما يطلق عليه أيضا تسمية "القانون الافتراضي" أو "قانون الفضاء الافتراضي" أو "قانون المعلوماتية" أو "قانون التجارة الجديد" بينما يفضل البعض تسميته بالقواعد المادية للتجارة الالكترونية.[3]

لذا نجد البعض عرفه بأنه :" القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الالكترونية ، والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي، بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية، وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن[4].بينما يرى البعض بأنه:"مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا وخاصا للروابط القانونية التي تتم عبر الانترنت، تمييزا لها عن القواعد المادية الحاكمة للتجارة الدولية، وكذا عن القواعد المادية الوطنية التي

---

[1]-أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي " القانون الواجب التطبيق وأزمته"** ، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص102؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص58.

[2]-بولين أنطونيوس أيوب، **تحديات شبكة الانترنت على صعيد القانون الدولي الخاص**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2006، ص68؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع نفسه، ص58.

[3]-خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني**، الطبعة الأولى، المرجع السابق، ص400.

[4]-سلطان عبد الله محمود الجواري، **عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص140-141؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص59.

تحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة" ، كما عُرف بأنه مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية، وفي ذات المعنى عرفها البعض بأنها مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الالكترونية.

الفرع الثاني: خصائص قانون التجارة الالكترونية

تمتاز القواعد المادية للتجارة الالكترونية المشكلة للقانون الموضوعي الالكتروني بنفس مميزات القواعد المادية للتجارة الدولية، التي تخاطب فئة معينة من الأشخاص، متمثلين في التجار ورجال الأعمال، والذين يحتكرون هذه القواعد في كثير من الأحيان على أساس أنها قواعد من صنعهم، واستقرت وصارت ملزمة للأعضاء المشكلة لهم في معاملتهم الدولية[1].

أولا: قانون طائفي ونوعي

تعتبر قواعد قانونية تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الالكترونية، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة به ومشكلات ذاتية والتي تقتضي بالضرورة حلولا تتوافق مع صفته الذاتية، فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص، وهم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات، لهذا الأساس سمي بالقانون الطائفي، باعتباره قانون موجه لطائفة معينة من الأشخاص، وهذا بالإضافة إلى أنه قانون نوعي[2] تنظم قواعده وأحكامه نوعا معينا من المعاملات والمسائل المتعلقة بها، وهي تلك التي تكون ناشئة في مجال التجارة الالكترونية، منها الدعاية، الترويج للسلع والخدمات، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، البريد الالكتروني، العقود الدولية التي تبرم إلكترونيا.

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني**، المرجع السابق، ص312.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، **التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية**، المرجع السابق، ص201.

ثانيا: قانون تلقائي النشأة

يوصف هذا القانون بأنه تلقائي النشأة، فهو لم يظهر بإحدى الطرق التي تتطلب الشكلية والرسمية، بل نشأ من العادات والأعراف التجارية يبرز ويتطور حسب تطور المعاملات الالكترونية عبر الشبكة[1]، فجذوره تعود إلى القواعد القانونية النابعة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة، ومن غير المرور عبر القناة الرسمية لسن القوانين [2].

ويعتبر أنصار القانون الموضوعي أن تلقائية النشأة لهذه القواعد تمكنها من الاستجابة للمعطيات المادية للعالم الالكتروني، فالعرف يتلاءم مع التطور السريع والمتلاحق للتجارة الالكترونية، على خلاف القوانين الوضعية التي تتميز بالركود والبطء في مواكبة تطور ونمو المعاملات التجارية على المستوى الدولي[3] .

ثالثا:قانون موضوعي عبر دولي

يعد القانون الموضوعي الالكتروني عبر دولي باعتباره ينظم فضاء افتراضيا مشتركا غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، بل يتطلب " قانون غير وطني " أو" قانون عابر للحدود " ، وأيا ما كانت هذه التسميات فهي تعكس أمرا هاما جوهريا وهو أن هذا القانون لم يكن من وضع سلطة وطنية، كما أنه ليس من وضع هيئة، بل طابعه الدولي يستمده من طبيعة المعاملات التي يحكمها باعتبارها معاملات عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة في نفس الوقت.

---

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني**، المرجع السابق، ص313.

[2]– سمير خليفي، المرجع السابق، ص58.

[3]– عادل أبو هشيمة محمود حوته، **عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2003، ص145؛ نقلا عن: سمير خليفي، المرجع نفسه، ص59.

أما قولنا بأنه موضوعي أو مادي فمعناه أنه يختلف عن قواعد القانون الدولي الخاص التي تعد أداة يستمد منها الحل ولا تحل النزاعات بطريق مباشر، فهي قواعد غير مباشرة ومحايدة، في حين أن قواعد القانون الموضوعي الالكتروني تمدنا بالحل المباشر للنزاع دون الحاجة للاستعانة بقواعد أخرى.[1]

الفرع الثالث:مصادر قانون التجارة الدولية

تتمثل مصادر قانون التجارة الدولية في مصادر متفق عليها وأخرى مختلف بشأنها

أولا: المصادر المتفق عليها

تتمثل هذه المصادر في الأعراف، المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة.

ففيما يخص **الأعراف** كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية فيقصد بها مجموعة القواعد غير المكتوبة التي تنشأ من إطراد سلوك الأفراد في مسألة معينة على وجه معين مع اعتقادهم في إلزامها وضرورة احترامها أو هي ما تم صياغته من قواعد موحدة بشأن المعاملات التجارية الدولية المنشورة من قبل المنظمات الدولية.

وتعد الأعراف التجارية الأساس الأول لقانون التجارة الدولية، لكونها تأخذ صفة القاعدة القانونية، إذ تضبط سلوكا أو نشاطا لأفراد جماعة معينة وتنظم العلاقات التي تجري بين أشخاص ينتمون إلى وسط تجاري معين.

ولا يمكن من الناحية القانونية التسوية بين الأعراف والعادات لأن هذه الأخيرة لا تشكِّل مصدرا للقواعد القانونية، أما الأعراف فهي على عكس من ذلك مولدة لهذا الأثر، حيث تعتبر في جميع التشريعات مصدرا للقواعد القانونية، فهي والقانون سواء، ومن غير شك أن العادات والأعراف تعتبر اليوم بمثابة نظام قانوني خاص يستمد منه قانون التجارة الدولية قواعده.

بالإضافة إلى ذلك فإن العادات والأعراف التجارية تكوِّن القانون العرفي الدولي الذي لا ينشأ إلاّ في ظل اقتصاد السوق واستقلال نشاط المنشآت والأفراد، كما أن القواعد التلقائية النشأة المصاحبة للتجارة الدولية الآن أو ما يسمى القانون المهني للتجارة الدولية هي التي تشكل أحد

[1]- نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص62.

مصادر قانون التجارة الدولية، وأحد مكوناته الحالية، حيث يلتزم بها أطراف العقود ويسايرون مضمونها في معاملاتهم التجارية.[1]

أما بخصوص **المبادئ العامة للقانون**، ففي كثير من الأحيان يحرص المتعاقدون على النص في عقودهم المتعلقة بالتجارة الخارجية على إخضاع هذه العقود للمبادئ العامة المشتركة، أو المبادئ العامة للقانون[2] ، حيث تتكون هذه الأخيرة من مجموعة قواعد ومبادئ المتعارف عليها والسائدة في كل النظم القانونية، تهدف إلى تزويد المصادر الأخرى لهذا القانون بضمان احتياطي.

ومن أمثلة هذه المبادئ: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية، مبدأ تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة لأطرافه...وغيرها[3].

كما استطاع قضاء التحكيم التوصل إلى العديد من هذه المبادئ المشتركة ، وأن يستخلص منها ما يناسب العلاقات الاقتصادية الدولية حتى أصبح للمبادئ العامة في هذا المجال طابعها المميز الذي يتفق وطبيعة المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال، كما استخدم التحكيم الدولي فكرة المبادئ العامة لاستلهام بعض القواعد ذات الطابع الأخلاقي والتي تستوجب محاربة الفساد واحترام القوانين الداخلية الآمرة في الدولة المضيفة للاستثمار، مثل القواعد التي تحظر الوساطة في العقود المبرمة بين هذه الدول والمستثمر الأجنبي.[4]

أما فيما يخص **قواعد العدالة** فإن تطبيق هذه القواعد على مجتمع التجار العابر للحدود يقضي بالتسليم بأن قانون التجارة الدولية هو تعبير عن العدل الذي صنعه هذا المجتمع لا العدل المطلق الذي لا يتغيَّر، ومن هنا كان قول البعض بوجوب تطبيق هذا القانون كما هو وبغض النظر عن تقدير مدى عدالته، فالقواعد التي يمكن الحكم عليها بأنها سيئة أو غير عادلة لا يعد سببا مبرَّرا لتجاهل

---

[1]- عمر سعد الله، **قانون التجارة الدولية "النظرية المعاصرة"**، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص86-87.

[2]- هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، 2001، ص218.

[3]- عمر سعد الله، المرجع السابق، ص93-94.

[4]- هشام علي صادق، المرجع السابق، 2001، ص224-225.

القاضي أو المحكِّم لها وأن الأخذ بهذا المفهوم يؤدي إلى إخراج مفهوم العدالة من قانون التجارة الدولية بعكس البعض الذي يميل إلى اعتباره جزءا منه، وأن أساس هذا الاتجاه هو الحاجة إلى فكرة العدالة لاستكمال النقص في هذا القانون، فيستطيع المحكِّم باسم العدالة – وهي لا تختلف عن القانون الطبيعي – أن يستلهم الحلول للمسائل التي لم يتناولها القانون بالتنظيم ومهما قيل أنّ هذا الاتجاه قد يجرِّد المتعاقدين من القدرة على التوقع ويحرمهم على هذا النحو من الآمان القانوني لعدم معرفتهم المسبقة بما سينتهي إليه المحكِّم في النزاع باسم العدالة، إلاّ أنه ما يقلِّل من خطورة هذا النقد أن المحكِّمين لا يلجؤون إلى إيجاد الحل الواجب الإتباع باسم العدالة عادة إلا عند عدم وجود قاعدة موضوعية في الأعراف والعادات التجارية أو في المبادئ القانونية المشتركة وأن العدل الذي يسعى إليه الحكم ليس هو العدل المطلق وإنما العدل كما يفهمه مجتمع التجار، فهو عدل مصنوع من هذا المجتمع، ومن الأمثلة الشهيرة للقواعد التي استلهمها التحكيم باسم العدالة في مجال التجارة الدولية فكرة "التوزيع المتساوي للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة" رغم أن القوة القاهرة تعفي أصلا المدين من التزامه.[1]

ثانيا: المصادر المختلف بشأنها

تتمثل المصادر المختلف بشأنها في الاتفاقيات، العقود النموذجية وقضاء التحكيم. فبالنسبة **للاتفاقيات الدولية** فهي لا تشكل مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية وإنما هي جزء من النظام القانوني للدول المتعاقدة بحيث إذا قام المحكِّم بتطبيقها على النزاع المطروح أمامه فهي تطبق باعتبارها جزءا من قانون الدولة و ليس لأنها تنتمي لقانون التجار.

وبخصوص **العقود النموذجية** فهي لا تتضمن أيضا قواعد قانونية ملزمة يجوز للقاضي تطبيقها من تلقاء نفسه، بل يتعين الاتفاق عليها من قبل الأطراف مما يعني أنها شروط تعاقدية لا ترقى إلى درجة القاعدة القانونية، وأما في حالة تطبيقها دون اتفاق من قبل الأطراف فهذا يعود لكونها قد

[1]– طالب حسن موسى، **قانون التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، الإصدار الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص88-89.

تحولت مع مرور الوقت ونتيجة تواتر العمل بمقتضاه إلى أعراف عبر دولية وليس بوصفها أحكاما واردة في عقود نموذجية[1].

أما فيما يخص **قرارات التحكيم** فإن نقص المشاهد في قواعد القانون التجاري الدولي، والذي لم يصل بعد إلى حد تكوين نظام قانون متكامل، دفع المحكمين إلى خلق حلول واجبة الإتباع تتناسب مع ظروف التجارة الدولية ومتطلباتها.[2]

المطلب الثاني: مدى قدرة قانون التجارة الإلكترونية على حكم معاملات التجارة الإلكترونية

بعدما تم التسليم بأن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية التي تحكم المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت قد توافرت لها صفة النظام القانوني بصفة إجمالية، أصبح التساؤل الذي يطرح هو هل أن كافة العناصر أو مكونات القواعد المادية التي يتشكل منها القانون الإلكتروني أصبحت كافية لحكم معاملات التجارة الإلكترونية، وتتمتع بالقوة الملزمة التي تتصف بها القاعدة القانونية.[3]

للإجابة على هذا التساؤل سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث يتناول الفرع الأول مدى كفاية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، أما الفرع الثاني فيتناول مدى الاعتراف بالقوة الملزمة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

---

[1]- الحاج بن أحمد، **دروس في قانون التجارة الدولية**، محاضرات ألقيت على طلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2014- 2015.

[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص243.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص216.

الفرع الأول: مدى كفاية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

إنَّ البحث عن مدى كفاية القواعد المادية لسد الثغرات ووضع حلول لمشكلات التجارة الإلكترونية يقتضي تحليل مصادر ومكونات تلك القواعد التي تحكم معاملات التجارة الإلكترونية عبر الشبكة الدولية[1] وذلك كالتالي:

أولا: قصور الاتفاقيات الدولية في مواجهة حاجات التجارة الإلكترونية

إن البحث عن مدى كفاية الاتفاقيات الدولية وصلاحيتها لمواجهة احتياجات العمليات الإلكترونية يقتضي حصر الاتفاقيات المعنية بالتجارة الدولية لبيان العقبات القانونية التي تعترض تطبيق تلك الاتفاقيات.

ففيما يخص الاتفاقيات التي وجدت لتوحيد قواعد الإسناد، فهذه الاتفاقيات لا يمكن اعتبارها ضمن مصادر القواعد المادية المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني، وأساس هذا أن هذه الاتفاقيات تنصب على ضوابط الإسناد ذات الصلة بالقانون الواجب التطبيق وليس على قواعد مادية تتضمن تنظيما مباشرا، بما في ذلك أيضا الاتفاقيات الدولية التي عمدت إلى توحيد القواعد المادية في القوانين الداخلية، فعلى الرغم من أن هذه الاتفاقيات تتبنى تنظيما مباشرا للقواعد التي كانت محلا للاتفاق إلا أنها لا تعد كذلك ضمن مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني.[2]

أما الاتفاقيات الدولية المعنية بوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الدولية ومن تلك الاتفاقيات نذكر اتفاقية لاهاي لعام 1964 في شأن البيع الدولي للمنقولات، وكذا اتفاقية فيينا لعام 1980 بخصوص البيع الدولي للبضائع[3]، فمما لاشك فيه أن طول المدة اللازمة لإعداد تلك الاتفاقيات

---

[1]- المرجع نفسه، ص216.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي "القانون الواجب التطبيق وأزمنته"**، دار النهضة العربية ، مصر، 2000، ص102-103؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص80.

[3]- أنظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة عبر الانترنت**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص82-83؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع نفسه، ص80.

بالإضافة إلى الإجراءات الشكلية التي تظهر بوضوح في النصوص المختلفة، يشكلان عقبة قانونية حقيقية تحول دون فاعلية استخدام تلك النصوص في هذا، فالعقبات الشكلية ووسائل الإثبات نجدها تنطوي على قدر كبير من التباين يمكنها أن تشكل عقبات أمام العقود الإلكترونية.[1]

كما أن هناك من الاتفاقيات التي صيغت بطريقة تجعلها تشير إلى المستند أو الكتابة أو التوقيع على الورق بشكله التقليدي دون أن تقبل التطبيق على الدعامات الإلكترونية، وهي كلها اتفاقيات متباينة يجب تحديثها حتى تقبل التطبيق على العقود الإلكترونية، بالإضافة إلى وجود عقبات شكلية ذات صلة بتنقيح أو تعديل الاتفاقية.

ففيما يخص الاتفاقيات التي دخلت حيز التنفيذ هناك منها ما تحتوي على كافة الإجراءات اللازمة لتعديلها أو تنفيذها ومن ثمة فإن تعديلها يقتضي الرجوع إلى الأحكام الواردة في الاتفاقية ذاتها[2]، في حين أن هناك اتفاقيات ما زالت محل إعداد، وبالرجوع إلى أحكام اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الموقعة عام 1969، نجد أن التوقيع هو الحد الفاصل بين الاتفاقيات التي دخلت حيز التنفيذ وتلك التي لم تدخل بعد.[3]

يتضح مما سبق أن هناك تناقضات كثيرة فيما بين الاتفاقيات الدولية سواء في شأن إجراءات ووسائل الإثبات أو بخصوص تنقيح أو تعديل تلك الاتفاقيات، مما يترتب عليه صعوبة تطبيقها في مجال عقود التجارة الإلكترونية من ناحية، والتساؤل حول المنهج المثالي الذي يمكن إتباعه لضمان إنفاذ تلك الاتفاقيات في المجال الإلكتروني من حيث ناحية أخرى.[4]

---

[1]- سامي عبد الباقي أبو صالح، **التحكيم التجاري الإلكتروني**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص ص105-106؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص80.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص104؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع نفسه، ص80.

[3]- عماد مجدي عبد المالك ،**التجارة الإلكترونية** ،الطبعة الثانية ،دار المطبوعات الجامعية ،مصر ،2011، ص90؛ نقلا عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص81 ، أنظر كذلك، صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص225.

[4]- صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص226.

ثانيا: عجز القوانين النموذجية عن تغطية كافة مسائل التجارة الإلكترونية

تهدف القوانين النموذجية المعنية بالتجارة الإلكترونية إلى وضع مبادئ أساسية قصد تسهيل التجارة في هذا المجال[1]، فهذه القوانين يقتصر دورها على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد ضرورية التطبيق تاركة للدول إصدار اللوائح التنظيمية لاستكمال التفاصيل الإجرائية، فبالرغم أن القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لم يقتصر نطاقه على عقود البيع، بل اتسع ليشمل أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية[*]، دون التفرقة بين ما إذا كانت رسائل وطنية أو دولية، كما أنه استبعد صراحة من نطاق تطبيقه العقود المبرمة لغرض الاستهلاك رغم إدراكه بصعوبة التمييز بين بعض معاملات المستهلكين والمعاملات التجارية.

وقد ارتأى الخبراء القانونيون القائمون على إعداد ذلك القانون أن ضم هذه المعاملات إلى القانون النموذجي قد ينتج عنه صعوبة التوصل إلى اتفاق موحد ومُرضٍ بشأن أية قواعد موضوعية، مما يترتب على ذلك استبعاد تلك العقود من نطاق القانون النموذجي، إضافة إلى ذلك فإن هذا القانون مثله في ذلك مثل القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية قد خلا تماما من نص يبين الآثار التي قد تترتب نتيجة عدم الامتثال لقواعدهما تاركين ذلك للقوانين الوطنية حتى يحين الأوان لتنظيمها.[2]

---

[1]– من بين تلك المبادئ نذكر: مبدأ التكامل الوظيفي، مبدأ حرية الإرادة، مبدأ الحياد التقني، لمزيد من التفصيل أنظر:

Caprioli (E) et Sorieul (R), Le commerce international électronique vers l'émergence des règles juridiques transnationals, J.D.I, 1997,P 380-385.

؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص226.

[*]– المادة الأولى من قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص227.

إلى جانب ما سبق، فهناك مسائل عديدة لم تشملها تلك القوانين النموذجية بالتنظيم مثل: تسوية المنازعات، وكيفية نقل الحقوق من السلع المادية وغير المادية...الخ، مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.[1]

ثالثا: إفلات بعض قضايا التجارة الإلكترونية من نطاق التوجيهات الأوربية

على الرغم من أن التوجيه الأوربي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية قد اعترف بهذه الأخيرة إلا أن الفقرة 2 من المادة الأولى من التوجيه قد حددت نطاق تطبيق أحكامه، مبينة عدم تغطيته للشروط الشكلية اللازمة لإبرام أو صحة العقود، سواء كانت مفروضة بواسطة القوانين الوطنية أم التشريعات الأوربية، ومع ذلك فإن التوجيه لا يمنع الدول الأعضاء من استخدام التوقيعات الإلكترونية كما في حالة الإقرارات الضريبية، والتأمينات الاجتماعية، والإعلانات الحكومية[2]، كما أجاز التوجيه للدول الأعضاء مراقبة جميع التوقيعات الإلكترونية الصادرة على المستوى الأوربي والدولي، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن التوجيه الأوربي بشأن التجارة الإلكترونية لن يُشر إلى إنشاء قواعد إضافية للقانون الدولي الخاص بخصوص تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي، ومع ذلك أوضح أن أحكام القانون الواجب التطبيق المحددة بواسطة قواعد القانون الدولي الخاص، لا يجب أن تحد من حرية توريد الخدمات في مجتمع المعلومات، وهو ينص كذلك على أنّ الدول يجب أن تكفل للمتعاملين إمكانية تسوية المنازعات عن طريق وسائل إلكترونية مباشرة.[3]

رابعًا: قلة مساهمة تقنينات السلوك في تأسيس القواعد المادية للتجارية الإلكترونية

يظهر دور تقنينات السلوك في أنّها تنشئ قواعد سلوك دون أن تضفي عليها قوة الإلزام التي هي من خصائص المعاهدات و القوانين، فهناك تقنينات قد صمّمت لكي تستخدم بصورة محضة

---

[1]- المرجع نفسه، ص 228

[2]- هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، الطبعة الثانية، المرجع السابق، ص728؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص226.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص229.

على الصعيد الوطني وهي كثيرًا ما تعكس النظام القانوني ذات الصلة، ونذكر من ذلك تقنين السلوك العملي بهيئة موردي الخدمات عبر الإنترنت الذي يوصي المتعاملين بأن يتطابق سلوكهم في مجال الإعلانات والترويج مع القانون الإنجليزي المتعلق بالإعلانات و الترويج[1].

وهناك تقنينات تمّ وضعها من أجل تنظيم الاتصالات التي تتمّ بين أطراف المعاملات لا الالتزامات التجارية الناشئة عن الصفقات التجارية الأساسية عن طريق استخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، مثال ذلك تقنينات السلوك الأمريكية والتي تندرج تحت مسمّى "قواعد الاستخدام المقبولة"، فهذه النوعية من التقنينات تحتوي أغلبها على "شرط عدم التجارية" والذي يتعارض كلّيةً مع فكرة التجارة الإلكترونية[2].

و ثمة تقنينات أعدت من أجل أنواع محددة من الصفقات، ومن أمثلتها التقنينات التي وضعها المؤتـمر الدولي للجنـة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكترونية وخطابات النقل البحري، في حين أن ثمة تقنينات أخرى لطائفة أوسع من الصفقات مثال ذلك؛ تقنينات السلوك الموحدة في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية عام 1996.

كما أنه ثمة تقنينات لا تنطبق على جوهر عمليات نقل البيانات التجارية ولهذه التقنينات نطاق محدود، وتنطوي على أحكام تتطلب من الأطراف ضمان نقل رسائل صحيحة وكاملة، وتعيين هويتهم، والإقرار باستلام الرسائل إذا كان ذلك مطلوبا...إلخ، ومن أمثلة ذلك تقنينات السلوك التي وضعتها غرفة التجارة الدولية عام 1987 والتي أصبحت متاحة لمستخدمي الشبكة الدولية للمعلومات.

---

[1]- هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص603-604؛ نقلاً عن: نور الدين سيني مخالفية، المرجع السابق، ص80 - أنظر كذلك: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص230.

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص229.

بناء على ما سبق، يتضح وجود تباينات كثيرة فيما بين تقنينات السلوك تتعلق بمدى ونطاق تغطيتها للقضايا التقنية والقانونية، وكذلك بشأن الطريقة التي يجري بها تناول هذه القضايا، وهذا يعني أنه من المستحيل وفقا للواقع أن يتم تقديم أية دلائل ذات أهمية لوجود ونطاق هذه الأعمال.[1]

خامسا: ضعف مشاركة العقود النمطية في تكوين القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

إذا كان الواقع التعاقدي قد ساهم بشكل ملحوظ في تأسيس القواعد المادية للتجارة الدولية، فيبدو قصورهُ وعجزه عن القيام بهذا الدور في مجال التجارة الإلكترونية، حيث تظهر الطبيعة غير المتجانسة لهذه النماذج العقدية.

فهناك نماذج ينحصر مجال تطبيقها على الدول التي أصدرتها وتسري عليها قوانينها الوطنية، وثمة نماذج أخرى تنحصر في قطاع معين من المعاملات، في حيث أن نماذج عقدية أخرى من هذا القبيل تغطي طائفة أوسع من القطاعات.

بالإضافة إلى ذلك، فإنه من بين الشروط التعاقدية التي توجد بشكل معتاد في العقود التي تتم عبر الانترنت، توجد شروط تدخل العقد في نزاع مباشر مع نصوص قانونية آمرة خارجة عن التعاقد المطبق في الواقع، ففيما يتعلق بشرط القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك، فإن أغلب هذه العقود التي تعتمد على نظام عام وطني نجد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون التاجر، حيث يتولى هذا الأخير إعداد هذه العقود ويستقل بفرض شروطها، كما يقوم بفرض القانون الذي يحقق مصالحه عن طريق شرط خاص يقوم بإدراجه ضمن الشروط العامة للعقد، وغالبا ما يكون هذا القانون هو قانون دولته ويتم استخدامه بغرض الالتفاف حول القواعد الآمرة التي تكفل حماية أفضل للمستهلكين، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الاتفاق على هذا النحو يعدّ عملا غير قانوني، حيث أنه لا يمكن استبعاد القواعد المتعلقة بحماية المستهلك لمجرد وجود شرط في العقد[2]، وهذا ما

[1]- المرجع نفسه، ص231.

[2]- صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص233.

أكدته المادة الخامسة في الفقرة 2 من اتفاقية روما 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بقولها:" إن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تكفلها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته"[1].

كما يبين الواقع التعاقدي أن هناك أكثر من 20-30% من الشروط النموذجية التي يحررها البائع أو مقدم الخدمة تستبعد المسؤولية، دون التفرقة بين أنواع المسؤولية وحتى التي تنجم عن استخدام المنتج نفسه، وهذا الواقع يؤكد وجود نقص في معالجة هذه الشروط، ومن ثمة يصعب القول بأن هذه العقود تشكل أساسا كافيا لوجود عادات خاصة بالتجارة الإلكترونية.[2]

سادسا: النطاق الضيق لقرارات التحكيم الإلكتروني

تعد قرارات التحكيم في أغلب الأحيان عنصرا هاما ضمن مجموعة القواعد المادية التي يتشكل منها القانون الإلكتروني، هذا ما يسهل إبداؤه بصفة خاصة بعد إعلان غرفة التجارة الدولية الذي أكدت فيه أن تلك القرارات يمكنها أن تساهم كثيرا في إنشاء قوانين بعيدة عن القوانين الوطنية[3]، ورغم هذا التأكيد، إلا أنه في مجال التجارة الإلكترونية لا يوجد سوى قرارات نادرة تشكّك في وجود عادات خاصة بها. لكن ورغم قلة الأحكام والقرارات، يبدو أن ثمة قرينة للحديث عن عادات خاصة بالتجارة الإلكترونية ليس لها سوى وجود ضيق ومحدود لم يصل بعد إلى معالجة كافة المشكلات التي تطرأ على الساحة الدولية للمعاملات الإلكترونية.[4]

---

[1]- Duoso Cales (R), op.cit, P8

؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص233.

[2] -Ibid

[3]- Gautrais (V), op cit, P285.

؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص233.

[4]- صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص235.

في الواقع أن هذه العادات أو القواعد تحتاج إلى مرور وقت طويل لكي يتم تكوينها والاعتراف بها، كما يجب أن تتحلى بقدر كبير من المرونة والإبداع كي تتمكن من خلق أو إنشاء قواعد جديدة تلاءم هذا المجال.[1]

إن المستقبل سيكشف عن مزايا هذه المؤسسات الإلكترونية التي تصدر عنها قرارات التحكيم باعتبارها نوعا من القضاء الخاص يمتلك القدرة على إنشاء العادات التي تحكم المعاملات الإلكترونية.

سابعا: صعوبة استخدام مصطلح العرف في التجارة الإلكترونية

يعتبر العرف سلوك يتواتر الناس على إتباعه مع شعورهم بضرورة إتباع هذا السلوك وبأنه ملزم لهم قانونا.[2]

إن نقل القاعدة العرفية بهذه المواصفات إلى المعاملات الإلكترونية هو أمر يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية دون إضفاء نوع من المرونة عليها.[3]

فالعرف باعتباره قاعدة قانونية يستلزم أن يتوافر فيه صفتا العموم والتجريد[4]، إلا أن تطبيقه على المعاملات التي تتم عبر الانترنت أمر غير ممكن، على أساس أن العادات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية يصعب تحديدها أو إثباتها، حيث يصعب رصد سلوك المتعاملين داخل المجتمعات الإلكترونية، كما

---

[1]- Katsh (E), The emergence of line dispute reduction, in, les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Litec, octobre 2000, P53 ؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص235.

[2]- سمير عبد السيد تناغو، **النظرية العامة للقانون**، منشأ المعارف، مصر، 1973، ص 224؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص236.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص236.

[4]- فتحي عبد الرحيم عبد الله- أحمد شوقي عبد الرحمن، **مقدمة العلوم القانونية " الكتاب الأول في النظرية العامة للقانون"**، 2001-2002، ص119؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص236.

يصعب التحقق من تكرار هذا السلوك بسبب الفجوة الهائلة بين التطور السريع الذي تشهده تلك المعاملات وبين استقرار وثبات السلوك.[1]

كما تستوجب العادة المكونة للعرف أن يكون السلوك المطرد ثابتا ومستقرا أو مشهورا، ويتحقق ذلك عند اعتياد الناس على ممارسة هذا السلوك بانتظام ودون انقطاع... [2]، وفي الحقيقة، يصعب تطبيق هذا الضابط على المعاملات الإلكترونية بسبب التطور السريع الذي يطرأ على الحياة الدولية عبر الشبكات الإلكترونية، بالإضافة إلى التطور السريع للقواعد التي تحكم تلك المعاملات.

كما يشترط في العادة أن تكون قديمة، أي أن ترجع نشأتها إلى زمن بعيد وأنها ليست مجرد بدعة أو نزعة عابرة، وهذا المعيار صعب التحقيق على المعاملات الإلكترونية بسبب التقدم التكنولوجي الهائل الذي أدى إلى وجود العديد من المعاملات، فعنصر الزمن لم يعد له نفس القيمة، ومن ثمة فيكفي أن يكون التصرف قد تم ممارسته دون الاعتراض عليه.[3]

بالإضافة إلى ذلك، فإن التحقق من وجود الاعتياد في عادة من العادات التي جرى الناس على إتباعها فيما بينهم هو أمر بالغ الصعوبة والدقة على أساس أن الشعور بالإلزام لا ينشأ دفعة واحدة، وإنما يحتاج إلى مرور وقت طويل لاستقرار العادة وتأصلها في النفوس.[4]

ولعل هذه الصعوبة تفسِّر هجر الاتفاقيات ذات الصلة بالتجارة الدولية لمصطلح العرف والاكتفاء بتطبيق العادات التلقائية للتجارة الدولية، بالإضافة إلى الخلط الذي يقع فيه الفقه والقضاء

---

[1]- Gautrais (V), op cit, P297

؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص233.

[2]- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص227-228؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص237.

[3]- صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص237-238.

[4]- محمد ناجي ياقوت، **المدخل لدراسة العلوم القانونية " الكتاب الأول: نظرية القانون"**، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر، بدون سنة النشر، ص 125؛ نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص238.

والتشريع بين اصطلاح العرف Coutume واصطلاح العادة l'usage، حيث تعتبر العادة نوعًا من العرف[1].

فهذه الصعوبات نتج عنها اختفاء مصطلح العرف عند معالجة مسائل التجارة الدولية، وهذا متحقق إلى حد ما في الاتفاقيات الدولية المعنية بهذا الشأن فهي لا تتكلم إلاّ عن العادات و نادرًا جدًا ما تتكلم عن العرف، مما يعني أنّ مصطلح العادات في مجال التجارة الإلكترونية كتب له الغلبة على مصطلح العرف.

يتضح من كل ما تقدم أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لا تحتوي على قواعد كافية يمكن أن تغطي كافة جوانب النشاط الذي ترمي إلى حكمه رغم تعدد مصادرها.

الفرع الثاني: مدى الاعتراف بالقوة الملزِمة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

إذا كنا قد انتهينا إلى التسليم بوجود قواعد حقيقية، يمكنها أن تلعب دور رئيسي في بناء وتكوين قانون التجارة الإلكترونية فإنّ التساؤل الذي يثور هو مدى تمتع تلك القواعد التي يتكون من مجموعها ما يسمى بالقانون الإلكتروني بالقوة الملزمة التي تجيز اعتبارها قانونًا، حيث إذا انتهينا إلى أنّ تلك القواعد غير ملزمة، ففي هذه الحالة يظلّ العقد طليقًا و متحررا من حكم القانون؟

أما إذا انتهينا إلى الاعتراف بالقوة الملزمة لتلك القواعد، فمؤدى ذلك أن إفلات بعض العقود من سلطان القوانين الوطنية لم يعد يعني تحررها من حكم القانون بصفة عامة، لأنّها ستخضع لحكم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

وفيما يلي سيتم التعرض لمدى القوة الملزمة للقواعد المادية التي يمكن أن يتشكل منها القانون الإلكتروني سواء كان مصدر هذه القواعد هو المؤسسات الدولية أو التنظيمات المهنية.

[1]- لمزيد من التفاصيل، أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 433 وما بعدها.

فلو نظرنا إلى مصادر هذا القانون نجد أن **الاتفاقيات الدولية** التي وقعت عليها الدول واتخذت بشأنها كافة الإجراءات الشكلية والموضوعية، قد أصبحت جزءًا من أحكام القانون الداخلي وغدت ملزمة للدولة والقاضي والأفراد، ومع ذلك فإنّ أساس القوة الملزمة يختلف من حالة إلى أخرى فأساس التزام الدول بالاتفاقيات التي وقعت عليها يكمن في ثلاثة مبادئ رئيسية ورد النص عليها في اتفاقيتي فيينا لقانون المعاهدات 1969-1986م هي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين و مبدأ حسن النية، و مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على الالتزامات النابعة من القوانين الوطنية[1]، وأساس التزام القاضي بتطبيق القواعد التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية النافذة في دولته هو أن تلك القواعد تعدّ جزءًا من النظام القانوني للدولة التي يتبعها القاضي، لكن يجوز للقاضي مخالفة أحكام الاتفاقيات الدولية والاعتداد باختيار المتعاقدين لقانون معين في شأن مسألة معينة كانت محلا للتنظيم المباشر بمقتضى نصوص الاتفاقية فيما لو كانت هذه النصوص لها طابع مكمل يسمح للمتعاقدين بمخالفتها[2].

كما يتوافر الإلزام **للتوجيهات الأوروبية** وذلك إذا تمّ تحديد مدة زمنية معينة، ينبغي خلالها للدول الأعضاء تعديل قوانينها وفقًا لأحكامها، أمّا بالنسبة **للقوانين النموذجية** فقد اختلف الفقه حول مدى توافر القوة الملزمة لها، فيرى البعض أنّ القوانين النموذجية لا تتمتع بأي قوة إلزامية[3] تقتصر مهمتها على تحقيق التناسق بين القوانين الوطنية بشأن مسألة معينة في حين يؤكد البعض الآخر على الصفة القانونية لتلك القوانين، فالقوانين النموذجية وفقًا لهذا الاتجاه تعدّ شكلاً من

[1]- لمزيد من التفصيل، أنظر: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص242.

[2]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص750؛ نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص242.

[3]- Lloyd (L), op cit, p185

؛ نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص242.

أشكال التقنين العرفي يُمكن للقاضي الوطني الاستناد إليها باعتبارها مصدرًا من مصادر القاعدة القانونية[1]، وأساس هذا القول أنّ تلك القوانين تضعها هيئة دولية تشترك فيها أغلب دول العالم، وتأخذ في اعتبارها الممارسات المهنية بغية تشجيع المشرعين الوطنيين على تبنّي هذه النماذج.

وفيما يتعلّق بمدى توافر القوة الملزمة **لتقنينات السلوك**، يذهب جانب من الفقهاء إلى أن هذه التقنينات لا تتمتع بقوة الإلزام، أي لا يترتب على مخالفتها جزاء محدد وعلى العكس من هذا، يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى الاعتراف بهذه التقنينات بقوة إنشاء قاعدة قانونية لاسيما فيما بين التجار[2].

والحقيقة أنّ هذا الاختلاف حول مدى توافر الإلزام لتقنينات السلوك يستوجب الاعتراف بوجود نطاق قانوني لتلك التقنينات في مجال التجارة الإلكترونية، وفي أنّ تلك التقنينات يمكن أن تسمح بتكوين ثابت مهني أو حد أدنى متفق عليه مهنيًا ملزم للتجار ورجال الأعمال في معاملاتهم عبر الشبكة الدولية، والتي تشكّل مخالفتها خطأ يستوجب المسؤولية وقد يؤيّد هذا النظر ما قرره البعض أن تقنينات السلوك التي توافق عليها الدول أو تشارك في إعدادها، يلزم الاعتراف ولو ضمنيًا بأهميتها وحجيتها[3].

وفيما يتعلق **بالعقود النموذجية**، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنها مجرد صيغ قانونية لا تتمتع بأي قوة ملزمة إلاّ إذا اختارها الأطراف المتعاملون صراحة أو ضمنا، ويعدّ الاتفاق هنا

---

[1] – Caprioli (E) et Sorieul (B), op cit, P328 et ss

؛ نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص242.

[2]– Gautrais (V), op cit, P275

؛ نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص245.

[3]- Gautrais (V), op cit, P275

؛نقلاً عن صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 245.

مصدر الإلزام[1]، ويؤيد هذا الرأي ما قرره البعض بأن العقود النموذجية الصادرة عن المؤسسات الدولية هي في حقيقتها شروط عامة، لكنها تمثل خطوة نحو الاعتراف بوجود عادات تحكم حركة التبادل في الوسط الذي تظهر فيه[2]، بشرط أن يكون النموذج مستخدمًا بكثرة[3].

وقد فسّر جانب من الفقه هذا الرفض بالقوة الملزمة للعقود النموذجية على أساس صعوبة تحديد النطاق الخاص بهذه العقود، والقوة النسبية التي تتمتع بها. فالعقود النموذجية هي أدوات يستخدمها أعضاء مهنة معينة ومن ثمة تهيمن على اتفاقاتهم في مجموعها، وقد لا يتمّ استخدامها وفي هذه الحالة يكون لها دور مكمل للاتفاق الأصلي المستقل عنها. وهذا يعكس تفنينات السلوك التي تضع نماذج يجب احترامها في جميع الحالات[4].

وبخصوص **القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم**، فقد منحتها الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والوطنية، فضلاً عن لوائح هيئة التحكيم، ذات الحجية التي تتمتع بها الأحكام الصادرة عن القضاء، فقد نصت اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لعام 1958 في المادة الثالثة منها على أنّه:" على كل دولة متعاقدة أن تعترف بقرارات التحكيم كقرارات ملزمة..."[5]، حيث انعكس هذا الاهتمام الدولي في التحكيم على واقع عقود التجارة الدولية فلا

---

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة ،**نظرية العقل الدولي الطليق**، دار النهضة، مصر، 1989، ص388 ؛ نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص246.

[2]- Gautrais (V), op cit, P277

؛نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص245.

[3] - Cachard (O), op cit, P139

؛نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص245.

[4]- Gautrais (V), op cit, P277 ets

؛نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص246.

[5]- لمزيد من التفصيل أنظر: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص246-247.

يكاد يخلو عقد من العقود شرط أو مشارطة التحكيم يستندون به أو بها الأطراف إلى هيئة مستقلة مهمتها الفصل فيما يثور بينهم من نزاعات[1].

وعلى الرغم أن التنظيمات القانونية الحالية تلزم الدول بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، إلا أن ذلك مرهون بتوافر عدة شروط كأن يكون حكم التحكيم موقعًا من المحكمين.

وفيما يتعلق بالقيمة القانونية **للعادات** التي تطبق على التجارة الإلكترونية، ثار التساؤل حول مدى الشعور بالإلزام لتكوين تلك القواعد، حيث يشير البعض من الفقه في هذا الصدد إلى أن هذه القواعد لا تتمتع بقوة إلزامية وربما يكون لها إلزام أدبي أو أخلاقي فقط[2]. في حين أنّ البعض الآخر لا ينكر فاعليتها وفائدتها المؤكدة في واقع مجتمع القضاء الإلكتروني، و هي عندهم تتمتع بقيمة تعاقدية و مخالفتها تؤدي إلى فسخ العقد.[3]

و نخلص من كل ما تقدم أنّ هناك تباين واضح في القوة الإلزامية التي تنطوي عليها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، حيث نجد بينها قواعد ملزمة للأطراف وحدهم، كما هو الحال في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية والتوجيهات الأوربية، وتوصيات لا تتمتع بقيمة قانونية إلزامية، وأحكام نموذجية مقترحة على الدول أو على المعنيين بالعمليات التجارية عبر الشبكة الدولية.

المطلب الثالث: مدى جواز اتفاق الأطراف على قانون غير وطني في التشريع الجزائري.

الأصل في التحكيم هو حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق، باعتبار مالهم من سلطان إرادة في تحقيق حقوقهم والتزاماتهم والتصرف فيها، فإذا ما اتفق الأطراف على

---

[1]- صالح المنزلاوي، **الرقابة القضائية على التحكيم في المرحلة السابقة على الفصل في الموضوع**، مجلة القضاة، السنة الحادية و ثلاثون، العدد الأول و الثاني، يناير – ديسمبر 1999، ص48؛ نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص248.

[2]- Gautrais (V), op cit, P287 et ss

؛نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص249.

[3]- Draetta (U), Internet et commerce électronique en droit international des affaires, Bruylant, 2003, P115

؛نقلاً عن: صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص249.

تطبيق قانون دولة معينة أو قانون معين، فمن واجب هيئة التحكيم التقيّد والامتثال لهذا الاتفاق واختيار إرادتهم، كما أنّ اختيار هذا القانون قد تتمّ الإشارة إليه صراحةً في اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة لا صعوبة تُثار، إلا أنّ الصعوبة تبرز حينما لا يفصح أطراف النزاع صراحةً عن إرادتهم في تحديد هذا القانون[1].

على هذا الأساس سيتمّ تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث يتناول الفرع الأول اعتراف المشرع الجزائري بجواز إعمال قانون غير وطني، أما الفرع الثاني فسيتمّ التطرّق فيه إلى القيود الواردة على تطبيق قانون غير وطني.

الفرع الأول: اعتراف المشرع الجزائري بجواز إعمال قانون غير وطني

تمّت الإشارة فيما سبق أنّ مبدأ قانون الإرادة من المبادئ المسلّم بها في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، حيث جاء في نص المادة 1050 من ق.إ.م.إ أنّه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".

و الظاهر أنّ المشرع الجزائري أخذ هذا النص من المادة 1496* من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وبالتالي يكون قد كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يطبّقه المحكِّم على موضوع النزاع مع مراعاة قواعد النظام العام[2].

وقد فضل المشرع الجزائري استعمال مصطلح "قواعد القانون" والذي يمتاز بمرونة كبيرة ومحتوى أوسع، ومنه يكون للأطراف مجالا واسعًا لإجراء اختيارهم، حيث لا يكون له إمكانية اختيار قانون

---

[1]- محمد جارد، **دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص52.

*- أصبحت المادة 1511 في القانون الجديد.

[2]- محمد كولا، **تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر**، منشورات بغدادي، 2008، ص 202؛ نقلا عن: محمد جارد، المرجع السابق، ص53.

وطني فقط، وإنّما يمكنهم اختيار عدة قوانين وطنية، بل أكثر من ذلك لهم الحق في إخضاع نزاعهم للأطراف التجارية والعادات والمبادئ العامة للقانون[1].

وقد حاول الفقه تحديد المقصود من قواعد القانون règles de droit المذكورة في المادة 1496 ومعظمهم رأى ضرورة اعتماد التفسير الموسع لشأن هذه العبارة، بحيث لا يجب أن يقتصر مجال تطبقها على القواعد الوطنية، بل يتعيّن أن يمتد ليشمل القواعد العابرة للدول والمعروفة بقانون التجار lex Mercatoria، ودليلهم في ذلك أنّه إذا أراد المشرع تطبيق التشريعات الوطنية فقط لاستعمل مصطلح تشريع loi في المادة بدلاً من قواعد القانون[2].

وهذا التفسير من المفروض أن يكون مطبّقًا على المادة 1050 من ق.إ.م.إ نظرًا لاستعمالها نفس العبارة "قواعد القانون" إضافة إلى ذلك، فإنّ الإرادة يتمّ التعبير عنها صراحةً أو ضمنيًا، لكن المادة السابقة جاءت عامة ولم تحدد طبيعة اختيار الخصوم للقانون الذي يحكم النزاع، فالملاحظ أنّه لا يوجد ما يمنع المحكِّم الدولي من البحث عن الموقف المشترك الذي اتخذه الخصوم فيما يخص الاختيار الضمني ويستظهر نيتهم في إخضاع موضوع النزاع لقانون معين أو لعادات وأعراف التجارة الدولية[3].

كما أجازت المادة 1050 ق.إ.م.إ لهيئة التحكيم في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبيق قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.

---

[1]- كمال معروف، **التحكيم التجاري الدولي في ظلّ المرسوم التشريعي 93/09**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999-2000، ص77؛ نقلاً عن: محمد جارد، المرجع السابق، ص53.

[2]- Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel, Goldman Berthold, Traité de l'arbitrage commercial international, LITEC, Delta 1996, P803

؛نقلا عن: خالد شويرب، المرجع السابق، ص179.

[3]- خالد شويرب، المرجع نفسه، ص179.

فمن الملاحظ أنه لا جدوى من ذكر المشرع للمصطلحين "قواعد القانون" و"الأعراف" معا، بل كان الجدير أن يذكر مصطلحا واحدا لأن ذلك جد كافٍ، حيث تدخل الأعراف في زمرة القواعد القانونية.[1]

كما أن ذكر عبارة "التي تراها ملائمة" أعطت الهيئة التحكيمية السلطة الواسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، لاسيما وأن مفهوم "ملائمة" غير واضح المعالم، ويمكن إقامته على معايير شخصية، لهذا كان من الأنسب فرض ضوابط على هذه الحرية كأن يتم النص بعبارة "ما تراه ملائما وأكثر ارتباطا بالموضوع" والتي من شأنها الحد من حرية المحكمين في اختيار القانون الواجب التطبيق.[2]

الفرع الثاني: القيود الواردة على تطبيق قانون غير وطني

إن لإرادة الخصوم في اختيار قانون يحكم موضوع النزاع حرية واسعة، وتصل هذه الأخيرة إلى أقصاها عندما تحل العادات وقواعد التجارة الدولية محل القانون الداخلي، ويتقيد على أثرها المحكم بما تم اختياره حيث لا يمكنه استبعاد القانون المختار ووضع قانون آخر بداله، لكن هذا لا يدفعنا إلى عدم تقييد الأطراف في بعض المسائل التي تكون معارضة للقواعد القانونية لدولة معينة، والتي من المفروض أن تكون مستبعدة لو عرض النزاع على قاضي الموضوع، ومن بين هذه القيود:

أولا: قيد النظام العام الدولي

صحيح أن الأخذ بالعادات وقواعد التجارة الدولية يؤدي إلى حرية واسعة لأطراف النزاع في اختيار القانون المطبق إلا أنه يبقى قيد النظام العام موجودا وله فعليته، فللمتعاقدين إمكانية إدراج شرط الدفع بالذهب في العلاقة العقدية الذي قد يكون مخالفا للنظام العام في دولة معينة، بينما

[1]– عبد الوهاب عجيري، **شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2013-2014، ص91.

[2]– عبد السلام منسول، **قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري**، رسالة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص81.

وتطبيقا لقانون التجارة الدولية الذي اختاره الخصوم، يعتبر المحكِّم هذا الشرط صحيحا ومنتجا لآثاره نظرا لِتَعَلُّقِه بالنظام العام الدولي.[1]

فالنظام العام أمام المحكِّم يختلف عنه أمام القاضي الوطني نظرا لأنه ولاشك فيه أن المحكِّم يستبعد نصوص القانون الواجب التطبيق الذي اختاره المتعاقدان (الخصوم) باسم النظام العام الدولي عندما يكون هذا الأخير مخالفا له[2] من أجل حماية المصالح العليا للمتعاقدين في التجارة الدولية ومن تطبيقاتها استبعاد المحكِّم للقانون المطبَّق لمعارضته لشرط الدفع بالذهب مثلا، فالإرادة التعاقدية إذن تفرض نفسها مباشرة في التحكيم، من خلال احترام العادات والأعراف التي تفرضها مصالح التجارة الدولية التي تعتبر هذا الشرط صحيحا.

وبما أن القرار التحكيمي يجب تنفيذه في دولة معينة فإنه من المفروض على المحكِّم احترام النظام العام في دولة التنفيذ، فما هو الحل إذا كانت دولة التنفيذ تعتبر الدفع بالعملة الوطنية من قواعد النظام العام الوطني التي لا يجوز مخالفتها ؟

في هذه المسألة يضطر المحكم مراعاة أحكام النظام العام الوطني في الدولة التي يتوقع تنفيذ حكمه فيها، نظرا لأن الحكم التحكيمي المخالف للنظام العام يرفض الإقرار به[3]، ولا يمكن منحه الصيغة التنفيذية لأن دولة التنفيذ تفرض نوع من الرقابة عند تنفيذ قرارات التحكيم[4]، مما يدفع إلى احترام أحكامها، ولقد تنبه القضاء الفرنسي لهذه المسألة وحاول من خلال اعتبار أن شرط الدفع بالذهب صحيحا في حسمه قضية الإرسالات البحرية Messageries Maritimes.

---

[1]- خالد شويرب، المرجع السابق، ص191.

[2]- Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel, Goldman Berthold, op cit, P874 ؛نقلا عن: خالد شويرب، المرجع نفسه، ص 191.

[3]- Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel, Goldman Berthold, op cit, P874. ؛نقلا عن: خالد شويرب، المرجع نفسه، ص191.

[4]- رضوان أبو زيد، **دولية التحكيم التجاري الدولي**، مجلة القانون والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة 2، العدد 2، ص11؛ نقلا عن: خالد شويرب، المرجع نفسه، ص191.

إن المحكم الدولي يقع عليه عبء ثقيل يكون فيه ملزما من جهة باحترام متطلبات التجارة الدولية التي من خلالها يتم استبعاد القوانين الداخلية لدول معينة التي تكون واجبة التطبيق إذا كانت تتعارض مع مصالح التجارة الدولية ومع ما أراده المتعاقدان، لكن في حدود مراعاة دولة تنفيذ الحكم التحكيمي على الرغم من نص تشريعات القوانين الوضعية لدول مختلفة على النظام العام، إلا أن المشرع الجزائري تنبه لهذه المسألة عند اعترافه بإمكانية خضوع العلاقة العقدية للتحكيم عند تعلقها بالتجارة الدولية من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: الدفع بالغش نحو القانون

إن الخصوم ليسوا ملزمين باختيار قانون له صلة بالرابطة العقدية أو حتى بهم ليطبق على موضوع النزاع، لكن ورغم ذلك فالغش نحو القانون يطرح على المحكِّم، فالمحكِّم مضطر للبحث على ضوابط الإسناد في حالة اختيار الأطراف من جهة إلزامية وجود صلة، كما يمكن إثارة هذا الدفع كذلك أمام قضاء التحكيم عندما تعتبر العلاقة المطروحة تعبر على عقد داخلي تحايل فيها الأطراف على القانون الذي من المفروض أن يكون هو المختص بحكم النزاع إلى قانون دولة أخرى تختلف عن الدولة التي تتركز فيها عناصر العقد، فمن المفروض على المحكم الدولي أن يتنبه لهذه المسألة من خلال التأكد أن العقد له صفة الدولية وفي الحالة العكسية عليه تطبيق القانون المختص أصلا نظرا لأن عناصر العقد داخلية فلا يمكن لقانون أجنبي أن يحكمها.

ثالثا: القواعد ذات التطبيق المباشر

تعتبر القواعد ذات التطبيق المباشر نوع خاص من القيود وتكمن هذه الخصوصية في أنه لا يؤدي إلى استبعاد القانون المختار كما هو الشأن بالنسبة للقيدين السابقين بل يبقى القانون المختار

مختصا في موضوع النزاع إنما يعطل إعماله نظرا لتهريب الخصوم من القواعد الآمرة الموجودة في قانون دولة معينة أو حتى في قانون الدولة التي اختاروها.[1]

ولقد حاول البعض[2] تعريفها على أنها:" القانون الذي تكفل الدولة بوضع تنظيم له"، فوفقا لهذا التعريف هناك بعض الميادين تتولى تنظيمها بوضع قواعد آمرة لا يجوز مخالفتها من قبل المتعاقدين.

إن القواعد ذات التطبيق المباشر هي السلطة الممنوحة للقاضي، أو المحكم التي على إثرها يأخذ بعين الاعتبار بالقواعد الآمرة الموجودة في أنظمة قانونية تابعة لدولة معينة قد لا تكون تابعة للقانون الذي اختاره الأطراف لحكم النزاع، فالمحكم غير مقيد بقانون قاضي يحكمه، ولا يمكنه الرجوع إلى قانونه من أجل تطبيق تلك القواعد، نظرا لأنه لا يصدر قراره باسم هذه الدولة، فكل القوانين تعد أجنبية عليه، لكن الشيء المؤكد هو تطبيق هذه القواعد في حالة إذا كانت تابعة لدولة القانون المختار لكن بشرطين:

– أن يقع الاختيار من قبل الخصوم على دولة معينة وليس على عادات وأعراف النجارة الدولية لتطبق على موضوع النزاع.

– أن لا تكون مخالفة للنظام العام الدولي

ويرجع كل هذا إلى أن المحكم يصدر قراراته التحكيمية باسم المتعاقدين ولحسابهما.[3]

---

[1]– خالد شويرب، المرجع السابق، ص192.

[2]- Jean – Michel Jacquet, Principe d'autonomie et contrats internationaux,Publié avec le concours du ministère des Universités, ECONOMICA 1983, P 270
؛نقلا عن: خالد شويرب، المرجع نفسه، ص193.

[3]– خالد شويرب، المرجع نفسه، ص193.

الخاتمة

إن أهم ايجابيات التحكيم لتسوية المنازعات كوسيلة لتسوية المنازعات، تكمن في كونه قضاء مرن مفصّل على قياس الموضوع، حلوله غير عدائية حيث وصف بأنه قضاء العلاقات المحطمة نتائجه في كل الأحوال إيجابية للأطراف ولعلاقتهم المستقبلية، بعكس النزاعات القضائية التي تخلّف حقدا وضغينة، فضلا عن حلوله سريعة المنال وأهدافه عملية، الشيء الذي يجعله ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية وأداة فعالة يجب استخدامها لتفادي وحل النزاعات الدولية بالطرق السليمة.

وتظهر خصوصية التحكيم باعتباره أداة لتحقيق العدالة في كونه أداة اتفاقية، فالالتجاء إلى التحكيم مرهون باتفاق الطرفين على طرح نزاعهم على من يرضونه قاضيا بينهم، حيث يعد هذا الاتفاق – شرط كان أم مشارطة- دستور التحكيم ومصدر سلطة المحكمين، وهو الحائل دون اختصاص القضاء بالنزاع موضوع التحكيم .

ولا يختلف اتفاق التحكيم الالكتروني عن اتفاق التحكيم العادي سوى من حيث الوسيلة التي يتم بها والمتمثلة في وسائط الكترونية وشبكة اتصالات من الانترنت لذلك فهو يعني تسوية المنازعات والخلافات عبر إحدى شبكات الاتصال دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد، وهذا ما ترتب عليه اصطدام التحكيم في الوقت الحالي بعقبات كثيرة، تتمثل في أن النصوص القائمة والتي تحكم اتفاق التحكيم تتسم ببعض التأخر عن مواكبة الثورة التقنية المعاصرة والتطورات المتسارعة في وسائل نقل المعلومات والاتصال عن بعد، إذ أن جانبا كبيرا من تلك النصوص كان قد وضع في زمن يستلزم إثبات العقد والاتفاق كتابة على دعائم ورقية، وتوقيع الأطراف يدويا عليها ولم يتفطن واضعوها أنه سيأتي يوم يذهب فيه أطراف النزاع إلى أبعد من ذلك، وأنه ستتم كل إجراءات العلاقة بين الأطراف وحل نزاعاتهم بطريقة الكترونية خالصة.

وعليه فإن اللجوء لاتفاق التحكيم لحل النزاعات الالكترونية لن يتصور إلا إذا وضع هذا الإجراء في محله وإطاره الصحيح، وذلك بأن تتولاه أجهزة ذات خبرة في مجال التحكيم أو مؤسسات

تحكيمية تتمتع بصلاحيات واسعة وتقوم بإعداد إطار منضبط لهذا النوع من التحكيم، ووضع ضمانات كفيلة بحماية حقوق أطراف النزاع.

وبناء على ما تقدم نخلص إلى بعض النتائج والتوصيات:

النتائج:

1- اتفاق التحكيم الالكتروني وسيلة لفض المنازعات التي تنشأ في وسط الكتروني ويتم التعبير عن الإرادة في اللجوء إليه قبل نشوء النزاع أو بعده.

2- اتفاق التحكيم الالكتروني ذو طبيعة مختلطة، ففي الوقت الذي يرتكز فيه على مبادئ اتفاق التحكيم التقليدي كاستقلال اتفاق التحكيم، يبتدع بالإضافة إلى ذلك أسس وآليات جديدة تميزه عن اتفاق التحكيم التقليدي وتواكب الاتجاهات الدولية الحديثة بشكل يضمن صحة إجراءاته على الرغم من غياب التواجد المادي للأطراف وهيئة التحكيم.

3- سمح القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 والاتفاقيات المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 الاعتراف القانوني برسائل البيانات والمعلومات الالكترونية وصحتها وقابليتها للنفاذ وعدم إنكارها، أي لها نفس الحجية والإثبات الذي تمتاز به الكتابة العادية وذلك تطبيقا لمبدأ التكامل الوظيفي.

4- لا يختلف اتفاق التحكيم الالكتروني عن اتفاق التحكيم التقليدي فيما يخص الشروط الموضوعية، بقدر ما يختلف عنه في تحقيق الشروط الشكلية والمتمثلة باقتضاء الكتابة والتوقيع حيث يأخذان شكلا الكترونيا.

5- يحقق اتفاق التحكيم أسلوبه في تسوية المنازعات التجارية الدولية من خلال انفصاله المادي عن حكم العقد الأصلي فيما يلحقه من بطلان أو انعدام، وكذلك انفصاله عن حكم القانون الواجب التطبيق على هذه العقود أو حكم قانون آخر قد يكون سبب في بطلانه، وأخيرا انفصاله

عن قضاء الدولة إلا في أحوال تتعلق بسيادتها، وذلك حتى ينهض الاتفاق لتحقيق الغاية المرجوة منه، أو الدور المنوط به في تسوية المنازعات.

6- يكون الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء على موضوع أو على الإجراءات التحكيمية قوامه مبدأ سلطان إرادة الأطراف في حرية الاختيار للقانون الذي تراه مناسبا للنزاع وهذا المبدأ أقرته العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، والملاحظ أن المشرع الجزائري ساير غيره في تبني مبدأ سلطان الإدارة في نص المادة 18 من ق.م.ج والمادة 1050 ق.إ.م.إ .

7- عجز قوانين التحكيم الوطنية لا سيما العربية منها عن مواكبة التقدم الذي أحدثته ثورة الاتصالات وانعكاساتها على طبيعة التعاقد والأوساط غير المادية المستخدمة فيه.

8- أوجدت منازعات التحكيم الالكتروني تحديات قانونية، خصوصا ما يتعلق منها بتطبيق قواعد التنازع أو القواعد المادية على المنازعات الناشئة في بيئتها، فقد اتضح أن إعمال منهج قاعدة التنازع سيتعارض لا محالة مع الخصُوصية التي تنفرد وتتميز بها التجارة الالكترونية، والقضاء الالكتروني غير الملموس الذي يتم فيه إبرام العقد.

كما أن العلاقات التجارية الدولية التي تتم عبر وسائط الكترونية تعود في أغلب الأحيان إلى عالم غير مادي قوامه الأرقام والبيانات، بينما يعتمد منهج قاعدة التنازع على ضوابط إسناد معروفة في القانون الدولي الخاص لا توضع في الأصل إلا من أجل واقع مادي ملموس، ومن ثمة فإن تطبيقها على منازعات التجارة الالكترونية يثير الكثير من الغموض والصعوبات، وعليه يتضح أنه من الصعب التلاقي الناجح بين قواعد تنازع القوانين وعقود التجارة الالكترونية خاصة وأن هذه الأخيرة تحتاج إلى قواعد تفهم طبيعتها الجديدة وملاءمتها وظروفها المستجدة.

التوصيات:

- ✓ ضرورة الاهتمام بوضع أنظمة قانونية وتقنية متطورة تحكم آلية اتفاق التحكيم الالكتروني من خلال استخدام وسائل وأجهزة الاتصال الحديثة وبصفة خاصة جهاز الحاسب الآلي وشبكة الانترنت وتنظيم استعمالها والاستفادة منها مع تفادي مساوئها.

- ✓ ضرورة اعتراف القوانين الوطنية بصحة انعقاد جلسات اتفاق التحكيم الالكتروني واعتمادها ما يُقدم فيها من بيانات وما يثار فيها من دفوع.

- ✓ التوسع في مفهوم الكتابة والتوقيع ليستوعب ما أفرزه الوسط الافتراضي من معطيات جديدة تتيح للأطراف التعاقد عن بعد، وبالتالي فض المنازعات الناشئة عن هذه التعاقدات أو تلك الناجمة عن استخدام شبكة الانترنت والمواقع الالكترونية وغير ذلك من خلال اتفاق التحكيم الالكتروني الذي يعد وسيلة ناجعة بموجبها يستطيع أطراف النزاع حل ما حدث أو ما قد يحدث بينهم عن طريق التحكيم.

- ✓ على الدول أن تحرص بقدر الإمكان على عقد اتفاقيات تحكيم دائمة، أو على الأقل إدراج بند التحكيم الدولي ضمن أحكام المعاهدات التي تبرمها فيما بينها، حتى يكتسي هذا الأخير الطابع الإجباري عند حدوث أي نزاع بهذا الشأن.

- ✓ توحيد قواعد نظام التحكيم الذي تساهم فيه كل الأسرة الدولية، ثم إقرار القانون النموذجي الذي أعدته لجنة قانون التجارة الدولية التابعة لهيئة الأمم المتحدة سنة 1985 لغلبة مزاياه وروحه العالمية وذلك في اتفاقية دولية ليتحقق التوحيد التشريعي العالمي في مجال التجارة الدولية.

- ✓ مشاركة الجهات الحكومية والتعليمية في عقد الندوات والمؤتمرات لمعالجة القصور الذي يكتنف نظام التحكيم، وتبادل الخبرات على المستويات المحلية والإقليمية والدولية، وعقد دورات تدريبية للمحكِّمين وإتاحة فرصة الاستفادة من الخبرات السابقة للقضاة المتقاعدين وأعضاء هيئة

التدريس بكليات الحقوق، والعمل على تأهيل مختصين وفنيين في قضايا التجارة الالكترونية، حيث دائما ما يرغب المتنازعين عرض نزاعهم على ذوي الخبرة في المجال التجاري.

✓ العمل على صهر كل الأنظمة والقوانين لتصب في قانون واحد، مع الوضع في الاعتبار الخصوصيات الخاصة بهذا النظام ليكون بذلك نظاما عالميا موحداً.

✓ ضرورة إنشاء مؤسسات دائمة تتجسد في شكل هيئات تحكيم عليا تنظر في الأحكام محل الطعن من طرف أطراف النزاع على أن تكون مستقلة استقلالا كاملا عن نفوذ سلطة الدول.

✓ ضرورة إصدار تشريعات وطنية حول المبادلات التجارية ويعقبها تعديل بعض نصوص القانون المدني الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون التجاري لتتلاءم معها.

قائمة المصادر و المراجع

أولا: المصادر:

I- الاتفاقيات الدولية:

1.اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لسنة 1958.

2. الاتفاقية المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005.

3.بروتوكول جنيف لسنة 1923.

II- النصوص التشريعية:

1. الأمر رقم 58/75 المتضمن للقانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005.

2. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3. القانون المدني الألماني لعام 1986.

4. القانون المدني الإسباني لعام 1974.

5. القانون المدني السويسري لعام 1987.

6. القانون النمساوي لعام 1979.

7. القانون المدني الإيطالي.

8. الجريدة الرسمية الأردنية، العدد 4524 بتاريخ 31 ديسمبر 2001.

9. قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

III- القوانين النموذجية وقوانين التحكيم:

1.القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية الصادر عام 2001.

2.القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

3.قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.

4.قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001

5.قانون التحكيم التجاري الدولي لعام 1976.

6.قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

7.قانون التحكيم السوري رقم 4 لسنة 2008.

8.قانون التحكيم السويسري لسنة 1987.

ثانيا: قائمة المراجع

I- المراجع العامة:

1.إيمان مأمون أحمد سليمان، **إبرام العقد الإلكتروني واثباته "الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية"**، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008.

2.حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين"**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

3.خالد محمد القاضي، **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 2002.

4.خالد ممدوح ابراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

5.صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.

6.طالب حسن موسى، **قانون التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، الإصدار الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

7.عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم "دراسة تحليلية مقارنة"**، الطبعة الثانية، دار الفتح للتجليد الفني، 2008.

8.عمر سعد الله، **قانون التجارة الدولية "النظرية المعاصرة"**، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

9.لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

10. هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

11. هشام علي صادق، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف**، مصر، 1995.

II– المراجع الخاصة:

أ– الرسائل والمذكرات:

1.إبراهيم بختي، **دور الانترنت وتطبيقاته في مجال التسويق "دراسة حالة الجزائر"**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2002.

2. إلهام عزام وحيد الخراز، **التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع**، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

3.آمال حابت، **التجارة الإلكترونية في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

4.خالد شويرب، **القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009.

5.رجاء نظام حافظ بني شمسة، **الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة"**، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2009.

6. سعاد بولحية، **استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، دون ذكر السنة.

7. سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010.

8. صديق بغداد، **اتفاقية التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الجزائري والقضاء التحكيمي**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2001-2002.

9. عبد السلام منسول، **قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري**، رسالة لنيل شهادة ماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001.

10. عبد الوهاب عجيري، **شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجيستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2013-2014.

11. عبد الوهاب مخلوفي، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.

12. كريم بوديسة، **التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

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

14. محمد بواط، **التحكيم في حل النزاعات الدولية**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007-2008.

15. محمد جارد، **دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

16. محمد خالد الحضين، **اتفاق التحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي"**، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

17. محمد محمود محمد جبران، **التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية**، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2009.

18. نذير برني، **العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الفترة التكوينية 2003 – 2006.

19. نور الدين بكلي، **اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996.

20. نور الدين سيني مخالفية، **القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني**، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

ب- المؤلفات الخاصة:

1. خالد ممدوح ابراهيم، **التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

2. عصام عبد الفتاح مطر، **التحكيم الإلكتروني: ماهيته– إجراءاته– آلياته في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

3. محمد ابراهيم أبو الهيجاء، **التحكيم بواسطة الانترنت**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

4. محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

5. هشام بشير– إبراهيم عبد ربه إبراهيم، **التحكيم الإلكتروني**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2012.

ت– المقالات والبحوث:

1. إبراهيم صبري الأرناؤوط، **شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني "دراسة مقارنة"**، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع والأربعون، السنة السادسة والعشرون، يناير 2012، ص123-168.

2. أبو العلا علي أبو العلا النمر، **المشكلات العلمية والقانونية في التجارة الإلكترونية**، بحث مقدم للدورة التدريبية التي ينظمها مركز الدراسات القانونية والاقتصادية بعنوان "الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية"، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الفترة الممتدة من 8 إلى 13 مارس2003، ص7-68.

3. آلاء يعقوب النعيمي، **الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني**، المؤتمر السنوي السادس عشر التحكيم التجاري الدولي"، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، دون سنة النشر.

4. إلياس بن ساسي، **التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به**، مجلة الباحث، جامعة ورقلة، العدد 02، 2003، ص60-68.

5. الحاج بن أحمد، **دروس في قانون التجارة الدولية**، محاضرات ألقيت على طلبة السنة أولى ماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، 2014- 2015.

6. زياد محمد فالح بشابشة – أحمد الحراكي – عماد قطان، **دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني "دراسة مقارنة"**، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد ثلاثون، الجزء الأول، 2013، ص353-392.

7. سامية يتوجي، **التحكيم الإلكتروني**، عرض مقدم في إطار الدراسة النظرية لمقياس التحكيم الدولي، سنة أولى ماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2008-2009.

8. سمير برهان، **اتفاق التحكيم في التجارة الإلكترونية**، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، من 25إلى 29 ديسمبر2007، ص1-17.

9. كمال رزيق- فارس مسدور، **التجارة الإلكترونية وضرورة اعتمادها في الجزائر في الألفية الثالثة**، الجمعية العلمية "نادي الدراسات الاقتصادية"، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة سعد دحلب، البليدة، دون سنة نشر.

10. محمد بن بوزيان- عائشة بلحرش، **التجارة الإلكترونية في الجزائر "الفرص والتحديات"**، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، دون سنة نشر.

11. محمود عبد الرحيم الديب، **الطبيعة القانونية للاتفاق التحكيمي "دراسة قانونية"**، كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، دون ذكر السنة،ص245-270.

ث- مواقع الأنترنت :

1. http :www.uk.legislation.hmso.uk/acts2000/2000 007.hms
2. www.kenanonline.com
3. www.cybertribunal.org

الفهرس

رقم الصفحة

كلمة شكر

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة 1

المبحث التمهيدي: مفهوم التجارة الإلكترونية 7

المطلب الأول: ماهية التجارة الإلكترونية..... 8

الفرع الأول: المقصود بالتجارة الإلكترونية..... 8

الفرع الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية..... 15

المطلب الثاني: تطور التجارة الإلكترونية. 17

الفرع الأول: تطور التجارة الإلكترونية في العالم..... 18

الفرع الثاني: تطور التجارة الإلكترونية في العالم العربي..... 20

المطلب الثالث: التجارة الإلكترونية في الجزائر..... 21

الفرع الأول: أسباب عدم اعتماد التجارة الإلكترونية في الجزائر..... 22

الفرع الثاني: حلول وسبل توسيع استخدام التجارة الإلكترونية في الجزائر..... 24

الفرع الثالث: انعكاسات اعتماد التجارة الإلكترونية على الاقتصاد الجزائري..... 25

الفصل الأول: النظام القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني 27

المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 27

المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 28

الفرع الأول: تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 29
الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 32
الفرع الثالث: حجية اتفاق التحكيم الإلكتروني في الاتفاقيات الدولية..... 34
المطلب الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم الإلكتروني والآثار المترتبة على ذلك..... 38
الفرع الأول: استقلالية اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 38
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 39
المطلب الثالث: آثار اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 40
الفرع الأول:الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الإلكتروني..... 40
الفرع الثاني:الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم الإلكتروني..... 43
المبحث الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 49
المطلب الأول: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق للتحكيم الإلكتروني..... 49
الفرع الأول: الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 50
الفرع الثاني: الأهلية..... 53
الفرع الثالث: المحل..... 54
المطلب الثاني: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 59
الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية..... 59
الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني..... 63
المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني..... 66
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني..... 67
الفرع الأول: التحديد الإرادي للقانون الإجرائي..... 68
الفرع الثاني: معايير تحديد القانون الإجرائي في حالة غياب إرادة أطراف النزاع..... 69

المطلب الثاني:القانون الواجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم الالكتروني..... 72

الفرع الأول: اتفاق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق..... 73

الفرع الثاني: عدم اتفاق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق..... 75

الفصل الثاني: دور اتفاق التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية 77

المبحث الأول: دور اتفاق التحكيم الالكتروني في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق..... 77

المطلب الأول: دور اتفاق التحكيم في تحديد القانون الوطني..... 78

الفرع الأول: مبدأ قانون الإرادة واتفاق التحكيم..... 78

الفرع الثاني: مضمون قانون الإرادة المعَّين بموجب اتفاق التحكيم..... 79

الفرع الثالث: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ قانون الإرادة..... 80

المطلب الثاني: مدى ملاءمة إعمال القوانين الوطنية على منازعات التجارة الالكترونية..... 86

الفرع الأول : الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد..... 87

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد..... 92

الفرع الثالث: صعوبة توطين الرابطة العقدية..... 94

المبحث الثاني : دور اتفاق التحكيم في تطبيق قانون التجارة الالكترونية..... 100

المطلب الأول:مفهوم قانون التجارة الالكترونية..... 100

الفرع الأول: تعريف قانون التجارة الالكترونية..... 101

الفرع الثاني: خصائص قانون التجارة الالكترونية..... 103

الفرع الثالث:مصادر قانون التجارة الدولية..... 105

المطلب الثاني: مدى قدرة قانون التجارة الإلكترونية على حكم معاملات التجارة الإلكترونية..... 108

الفرع الأول: مدى كفاية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية..... 109

الفرع الثاني: مدى الاعتراف بالقوة الملزِمة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية..... 118

المطلب الثالث: مدى جواز اتفاق الأطراف على قانون غير وطني في التشريع الجزائري..... 122

الفرع الأول: اعتراف المشرع الجزائري بجواز إعمال قانون غير وطني..... 123

الفرع الثاني: القيود الواردة على تطبيق القانون غير الوطني..... 125

الخاتمة 129

قائمة المصادر والمراجع 134

الفهرس 141