الجمهورية الجزائريــة الديمقـراطية الشعبيــة

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة د. الطاهر مولاي – سعيدة –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

العقد الالكتروني الدولي بين أحكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: القانون الإقتصادي

من إعداد الطالبة:

غوثي ابتسام

تحت إشراف الأستاذ:

بن أحمد الحاج

لجنة المناقشة

الأستاذ:طيطوس فتحي .....رئيسا

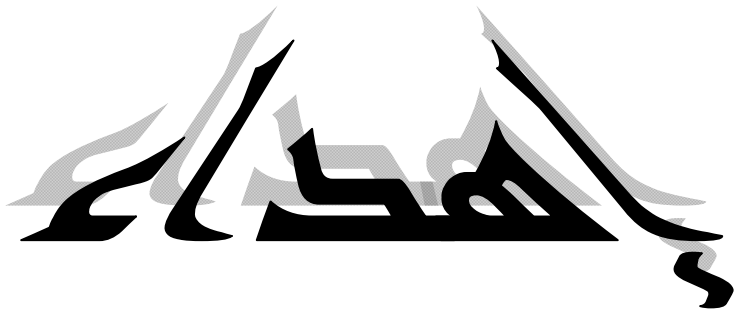
الأستاذ: بن أحمد الحاج.....مشرفا ومقررا

الأستاذ: سعيدي بن يحي.....عضوا مناقشا

الأستاذ: بن عيسى أحمد .....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2014/2013

تكاد شموع الشكر تحترق خجلاً
لتضيئ كلمات عجز اللسان والقلم عنها
تحية إجلال أقدمها للدكتور بن احمد الحاج
أيها المربي الفاضل
يا شمعة تشتغل لتنير الدنيا بالعلم والمعرفة لتنسج بخيوط الشمس
جيل واعد يتسلح بنور العلم ليرسم بخطوط مضيئة
أمل اليوم ومستقبل الغد
وتبقى أقلامنا عاجزة لما نقدم لك من عبارات الشكر والتقدير الاحترام
وما هذه البطاقة المتواضعة إلا تعبير بسيط عن تقديرنا ومحبتنا لك ووفاء
لمجهوداتك الجبارة
سائلين المولى العلي القدير لك التوفيق والسداد وأن تزداد تألقاً على
تألق وأن يوفقك الله ويسدد على درب الخير خطاك
أدامك الله لنا
شمعة مضيئة أبد الدهر
لك مني كل الاحترام والتقدير.



بسم الله الرحمن الرحيم

«وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون»

صدق الله العظيم

الصلاة و السلام على سيد البشرية محمد و على آله و صحبه أجمعين

بأناملٍ تحيط بقلم أعياه التعب والأرق ولا يقوى على الحراك يتكأ على قطرات حبر مملوئة بالحزن والفرح في آن واحد

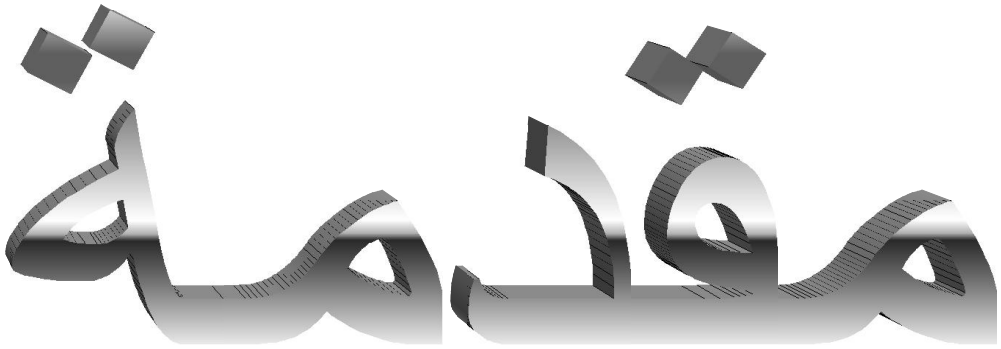
لعلني في هذه الكلمات البسيطة و الحروف التي تتمايل بتمايل أناملي العاجزة عن تكملة هذا الإهداء بسبب الفراق

لصرح ضمني بين أحضانه فترات كالأم

جدتي رحمها الله

. واسكنها فسيح جنانه

*** يا قارئ هذا البحث ادعوا لها بالرحمة والمغفرة ***


مقدمة

مقدمة

يشهد العالم اليوم الثورة الثالثة في تاريخ البشرية،بعد الثورة الزراعية والصناعية، ظهرت الثورة الرقمية أو ثورة المعلوماتية، هذه الأخيرة التي دخلت مناحي الحياة وأفرزت تقنية حديثة تعرف بتقنية المعلومات والانترنت التي أصبحت لغة العالم اليوم .

وفي خضم الثورة الرقمية والصحوة المعلوماتية، حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت بمثابة الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، زالت فيها الحدود الجغرافية والإقليمية للدول، فتحول العالم إلى قرية كونية صغيرة مكونة من مجتمع افتراضي.

التجارة الالكترونية – المولود الكبير- إحدى إفرازات العقل الإنساني المبدع وهي نتاج لرواج الانترنت فهي تجارة الصر والمستقبل، العالم فيها سوق اختصر فيه الزمان وقرب المكان، وبتم تجسيد وتفعيل هذا المولود الجديد عن طريق المعاملات التعاقدية.

العقد الالكتروني الدولي يعتبر بمثابة المحرك الرئيسي للتجارة الالكترونية فهو يمثل تلاقي الإرادات من إيجاب وقبول عبر شبكة الاتصالات الدولية، وهو لا يختلف عن العقود التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي يبرم بها والمتمثلة أساسا في استخدام الوسيط الالكتروني، وما يتيحه من تواجد افتراضي للمتعاقدين لذلك فهو عقد تفاعلي[1] نظرا لخصوصية تقنية الانترنت،

والعقود الالكترونية قد تكون مدنية أو تجارية أو مختلطة وذلك بحسب طبيعة العلاقة التي تربط المتعاقدين أي أنها لا تختلف عن التصنيف المعتاد للأعمال، ونظرا للطبيعة المجتمع الافتراضي العابر للحدود استوجب أن كل المعاملات التي تتم فيه غالبا ما تكتسي الطابع الدولي[2]

- **نطاق البحث:**

إن التجارة الداخلية تتم في إطار قانوني محدد داخل إقليم الدولة، لذلك كانت السيادة للقانون الوطني غير أن التجارة الدولية لا تتمتع بهذا القدر من الثبات وبانتشار العقود الالكترونية بدا القصور في التنظيم القانوني واضح وكنتيجة لذلك بدت الحاجة ملحة للبحث عن قواعد قانونية جديدة تتماشى والوضع الجديد مع الأخذ بعين الاعتبار العنصر الأجنبي الذي يتطلب تدخل القانون الدولي الخاص .

إن دراسة النظام القانوني للعقد الالكتروني الدولي تتم طبقا لمنهج التنازع ومنهج القواعد المادية مع مراعاة طرق التدويل والمتمثلة أساسا في التحكيم التجاري الدولي

---

[1] أسامة أبو السن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، الكتاب الأول ،الناشر دار النهضة العربية 2008، ص 142-144

[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية،دار الجامعة الجديدة للنشر 2006، ص36-37

والتحكيم الالكتروني، وما يوفره من حرية في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العقد الالكتروني الدولي .

- موضوع البحث:

تجسدت دراسة النظام القانوني للعقد الالكتروني الدولي من خلال تطبيقات قانون الإرادة بقواعد قانونية وطنية أعدت خصيصا لحكم علاقات داخلية لا تتخطى حدود الدولة ، ومن جهة أخرى تم إبراز دور القواعد المادية و قضاء التحكيم في عولمة هذا النظام القانوني وتدويله، بما يتماشى ومصالح التجارة الدولية وكذا متطلبات المجتمع الافتراضي العابر للحدود .

- أهمية الدراسة :

تتجلى فائدة الدراسة من الناحية العملية والعلمية ، فنظرا لتنامي العقود الالكترونية الدولية وازدياد العمل بها لما تحققه من سرعة في التعامل، ويؤثر تنفيذها من عدمه على الحياة الاقتصادية للدول، لأنها تتعلق بمبالغ ضخمة استقطبت رجال المال والأعمال وكانت محل اهتمامات في القوانين الداخلية والهيئات الدولية والإقليمية، كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية، وغيرهما من الهيئات المهتمة بالتجارة الالكترونية

وتبرز الأهمية العلمية أو القانونية في إيجاد نظام قانوني يكفل متطلبات البيئة الالكترونية، ويحمي معاملاتها مما يوفر الوضوح والأمان القانوني لكلا من المتعاقدين.

- صعوبة البحث :

الواقع إن هناك صعوبات عديدة واجهت البحث وخاصة أن مجاله العقد الالكتروني الدولي الذي يتم عبر شاشات الحواسيب الآلية ومن تلك الصعوبات نذكر:

- وجود بعض المصطلحات ليس لها ما يقابلها في اللغة العربية بما يفيد المعنى الحقيقي نذكر منها: مصطلح internaute و Netiquette و مصطلح lex mercatoria و Lex électronica

-إن موضوع الدراسة استدعى التطرق إلى أكثر من فرع قانوني إلى جانب القانون الدولي الخاص تمثل في القانون المدني، والى أكثر من نظام قانوني وطني لمختلف الدول واستوجب اللجوء إلى العديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والتوجيهات الأوروبية

-عدم وجود أحكام قضائية يمكن الاستئناس بها لحل المشكلات القانونية التي طرحتها الدراسة

-ولعل الصعوبة ازدادت في ظل عدم وجود تنظيم قانوني خاص بالجزائر يعنى بالمعاملات الالكترونية فتركز البحث في القواعد التقليدية لنظرية العقد في القانون المدني

- منهج البحث:

لقد تم الاعتماد على مجموعة من مناهج البحث العلمي تمثلت في المنهج المقارن، المنهج التأصيلي والمنهج التاريخي وكذا المنهج التحليلي:

*فمنهج البحث هو منهج مقارن لان البحث يتناول موضوع القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي، والحلول التي تقدمها القوانين الوطنية، بالإضافة إلى مقارنة هذه القوانين وما يجري العمل به في العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية والتوجيهات الأوروبية مع واقع التجارة الالكترونية،

*و تظهر مواطن الإستعانة بالمنهج التأصيلي في رد الفروع إلى أصولها بالإشارة إلى مناهج القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق في مجال العقود الدولية على اعتبار العقد الالكتروني الدولي لا يخرج في نطاقه عن قواعد التنازع والقواعد المادية،

*كما أن المنهج التاريخي بدا واضحا من خلال عرض التطور التاريخي لإسناد العقد الدولي لقانون الإرادة،

*أما المنهج التحليلي يعتمد على تحليل كل جزئية من جزئيات الدراسة في القانون الوطني وكذا تحليل منهج القواعد المادية بمفهومها التقليدي والحديث المتمثل أساسا في القواعد المادية للتجارة الالكترونية، ومن جهة أخرى تحليل واقع التحكيم التجاري الدولي بإرسائه لقواعد وأعراف ساهمت في تدويل النظام القانوني للعقود الالكترونية الدولية.

- الإشكالية محل الدراسة:

تمحور الدراسة حول إشكالية تطبيقات القانون الوطني على العقد الالكتروني الدولي من خلال التساؤل التالي :

ماهو القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي ؟

ولقد تفرعت عن هذه الإشكالية إشكاليات فرعية تمحورت فيما يلي :

*ما هي حدود قانون الإرادة في اختيار قانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي ؟

*إلى أي مدي يمكن تطبيق القانون الوطني من خلال إعمال منهج التنازع التقليدي على العقد الالكتروني الدولي ؟

*في ظل الصعوبات التي يثيرها منهج التنازع اثر تطبيقه على العقد الالكتروني الدولي ما هو الحل المناسب ؟

*وما هي الطرق والسبل التي تساهم في تدويل النظام القانوني للعقد الالكتروني الدولي؟

- خطة البحث:

للإجابة على هذه الأسئلة ومن لأجل تقديم موضوع البحث و جعله في متناول القارئ كان لزاما إتباع الخطة الثنائية من خلال التطرق في الفصل الأول للقانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي من خلال إعمال منهج التنازع، حيث تم دراسة قانون الإرادة من جهة، ومن جهة أخرى تم التطرق للصعوبات التي يثيرها تطبق هذا الأخير، أما الفصل الثاني تمحور حول ضرورة تدويل النظام النظام القانوني للعقد الالكتروني الدولي والذي قسم بدوره إلى مبحثين من خلال دراسة منهج القواعد المادية من جهة، ومن أخرى تم التطرق لدور قضاء التحكيم في تدويل النظام القانوني للعقد محل الدراسة.

الفصل الأول

القانون الواجب التطبيق

على

العقد الإلكتروني الدولي وفقا لمنهج التنازع

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي وفقا لمنهج التنازع

يعد العقد الالكتروني هو المحرك الرئيسي للتجارة الالكترونية فقد انتشر و شاع إستعماله في المعاملات الاقتصادية الدولية لما ينطوي عليه من تسهيل تدفق الثروات خارج الحدود الإقليمية للدول،

ولان غالبية المعاملات التجارية الالكترونية تقع خارج حدود إقليم الدولة كان لزاما تحديد القانون الواجب التطبيق على العمليات التي تتم عبر الشبكة العالمية للاتصالات .

ويظل قانون الإرادة هو الوسيلة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي فهذا ما أكده مؤتمر سان فرانسيسكو المنعقد في سنة 2000 ودعوته في نهاية المؤتمر كافة الدول لمنح المتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد[3].

لقد أثبت الواقع إن إعمال منهج التنازع يثير العديد من الصعوبات وذلك لارتباطه بمفاهيم تقليدية لا تجاري مقتضيات التجارة الالكترونية، والطبيعة الذاتية لعقودها

ولذلك تمحورت الدراسة في هذا الفصل حول تطبيقات قانون الإرادة على العقد الالكتروني وما مدى ملاءمته ،لتظهر صعوبات تطبيقه .

وعليه تم تقسيم البحث في إخضاع العقد الالكتروني لأحكام القانون الوطني من خلال ما يلي :

المبحث الأول: تمحور حول خضوع العقد الإلكتروني الدولي لقانون الإرادة، أما المبحث الثاني: خصص في البحث عن مدى ملاءمة منهج التنازع لحكم النظام القانوني للعقد الالكتروني

[3] هبة ثامر محمود عبد الله ،عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية ، مكتبة السنهوري ، الطبعة الاولى2011، ص254-257

المبحث الأوّل : خضوع العقد الإلكتروني الدولي لقانون الإرادة

الأصل في عقود التجارة الدولية هو خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة، أي اتجاه الإرادة الأطراف إلى تطبيق قانون معيّن لحكم علاقاتهم العقدية، فقانون الإرادة يطبق على تكوين العقد، و شروطه الموضوعية من محل و سبب و تراضي، كما ينطبق على آثار العقد من التزامات و جزاء مخالفة هذه الالتزامات و المسؤولية الناتجة عنها.

و بخصوص شكل العقد فإنّه يخضع إمّا لقانون الإرادة، و إمّا لقانون دولة الإبرام ذلك تيسيرًا على المتعاقدين و رعاية للاعتبارات العملية التي تقتضيها التجارة الدولية حيث لا يجوز تعطيل مصالح التجارة الدولية بموجب قانون وطني معين، لذلك كان لزامًا إتباع قانون الدولة التي بها محل إبرام العقد فهو يعد من قبيل الإسناء الاختياري.

أما بخصوص الأهلية و إن كانت شرطًا أساسيًا لصحة التعاقد من حيث الموضوع، إلا أنّ الفقه الغالب يخضعها إلى القانون الشخصي للمتعاقدين سواء كان قانون الجنسية أو قانون المواطن، ذلك لأن أحكام الأهلية تهدف لحماية الشخص ذاته[4].

وسيتم التطرف لماهية قانون الإرادة في عقود التجارة الدولية في المطلب الأول ومن جهة أخرى نتطرق لكيفية تحديد الإرادة في العقد الالكتروني الدولي في مطلب ثان.

المطلب الأوّل: ماهية قانون الإرادة

إنّ الدولة لا تحتكر صناعة القانون، و بالتالي هناك مصادر أخرى من صنع الأفراد كالعرف و في العقود الدولية يجد الأطراف أنفسهم أمام فراغ قانوني لأنّ عقدهم لا يخضع لقانون أي دولة لزومًا، فالملاحظ أن أغلب المتعاملين في مجال التجارة الدولية يحاولون

[4] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية 1995، ص16، إلى غاية 20.

تحرير عقدهم من أي قيود و محاولة الإفلات من القوانين الوطنية. فظهرت فكرة إسناد العقد لقانون الإرادة و ذلك باتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين لحكم علاقاتهم العقدية، هذا ما يراد به سلطان الإرادة أو استقلال الإرادة. أو كما يطلق عليها بالمصطلح الإنجليزي Autonomy in choice of lowأو كما يسمى باللّغة الفرنسية Le principe de l'autonomie de la volonté.

و معنى قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص يراد به حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المزمع إبرامه إذا كان هذا العقد مما يحتمل خضوعه لقوانين بلاد مختلفة.

و ما دامت غالبية القوانين تثبت هذا المبدأ على الالتزامات التعاقدية التي يتخللها عنصر أجنبي فما هو التأصيل التاريخي لمبدأ قانون الإرادة هذا ما يتم بحثه في الفرع الأوّل، و في ظل إتساع التجارة الالكترونية و العقد الالكتروني الدولي محل الدراسة، فما المقصود بقانون الإرادة في مجال العقود الالكترونية الدولية هذا ما قصدنا بحثه في الفرع الثاني.

- **الفرع الأوّل: التطور التاريخي لإسناد العقد عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة**

إنّ إسناد عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة أو لمبدأ سلطان الإرادة لم يستقر في فقه القانون الدولي الخاص إلاّ مع نهاية القرن التاسع عشر ميلادي و بداية القرن العشرين، ففي الفقه القديم كان القانون الواجب التطبيق هو قانون محدد سلفًا من قبل المتعاقدين فقد يكون قانون دولة الإبرام أو قانون دولة التنفيذ، و بخصوص هذا التحديد، فإنّه إسناد جامد لا يمكن للمتعاقدين تغييره.

إنّ اصطلاح سلطان الإرادة بمعنى قدرة الإرادة إلى خلف القواعد التي يحكمها، حيث استخدمه فقهاء القانون الدولي الخاص لأوّل مرّة بعد أن كانوا يعبرون عنها بسلطان الأطراف، أو سلطان المتعاقدين، و يقصد به في المجال القانوني اعتبار الإرادة مصدر و معيار الحقوق الشخصية حيث يقتصر دورها على تعايش مجموع الإرادات الفردية.

و أهم النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة هي إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد في مجال العلاقات و المعاملات التجارية الدولية[5].

و مع ظهور مشكلة تنازع القوانين في شمال إيطاليا في العصور الوسطى (خلال القرنين الثاني عشر و الثالث عشر)، قسم فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة[6] القوانين إلى

[5] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 21-24.

أحوال شخصية تتبع الأشخاص أينما ذهبوا و أحوال إقليمية أو عينية تطبق على الأشخاص المقيمين داخل الإقليم و على كافة الوقائع التي تحدث داخله[7].

إنّ مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني كانت من المسائل التي شغلت الفقه في القديم، حيث اعتبروا أن العقود من القوانين الإقليمية لذلك لابد من إخضاعها إلى قانون بلد الإبرام، ضنًا منهم أنّ هذا الأمر يسهل على الأطراف معرفة أحكام هذا القانون و دون الاعتداء بالتفرقة بين شكل العقد و موضوعه و قد علل بارتول Bartole هذه القاعدة بأنّه من الطبيعي أن يختص قانون محل إبرام العقد بحكم شكله و أن يحدث أثره في كل مكان، كما أخضع موضوع العقد أيضًا لقانون محل إبرامه أسوة بشكله، كما أخضع تنفيذ العقد إلى قانون محل التنفيذ و إلا فقانون القاضي في حال عدم تحديد الأول و الملاحظ إلى فقه المدرسة الإيطالية القديمة إنما أرادوا بهذا التحديد إسناد آمرًا لا يمكن تعديله، حيث لم تكن فكرة قانون الإرادة قد تبلورت بعد.

و مع نهاية القرن الخامس عشر، فسر الفقيه الإيطالي "Cartius" على أن إخضاع العقد لقانون بلد الإبرام ما هو إلا تعبير ضمني لإرادة المتعاقدين و بدت فكرة قانون الإرادة كتبرير لاحق لإسناد سابق و طابع آمر.

و لقد سعى الفقيه الفرنسي ديمولان "Dimoulin" في القرن السادس عشر، إلى إخراج العقد من نطاق السيادة الإقليمية تأسيسًا على دور الإرادة التي تعتبر مصدر للعقد و ليس القانون، فالإرادة لا تقف حبيسة الحدود الإقليمية خلاف لسلطان القانون الذي يقف عند هذه الحدود، غير أنّ جانب من الفقه يرى أنّ ما قدمه ديمولان ينحصر في إمكانية استبعاد قانون بلد الإبرام إذا تبين من الظروف أن هذا الإسناد هو مجرد إسناد عارض يقوم على محض الصدفة[8].

و المتتبع لتطورات القانون الدولي الخاص و خاصة مصطلح سلطان الإرادة، فإنّنا نجد أن استخدامات المصطلح كانت بصفة عارضة لا توحي إلى ما قد يترتب عليها من آثاره نتائج على صعيد التجارة الدولية.

و في القرن التاسع عشر التاسع عشر ظهرت فكرة سلطان الإرادة في مؤلفات المحامي الفرنسي، الألماني الأصل فوليكس "Foelix" و ذلك في كتابه حول القانون الدولي

---

[6]يقصد بالمدرسة الإيطالية القديمة، جماعة الفقهاء الإيطاليين الذين عالجوا مشكلة تنازع القوانين في إيطاليا منذ ظهورها خلال القرن 13م، و يصف الشراح هذه المدرسة بالقديمة تمييزا لها عن مدرسة مانشينيMancini التي يطلق عليها بالمدرسة الحديثة أو شخصية القوانين.

[7]محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقود الدولي، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية 2004، ص 24.

[8]محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقود الدولي، المرجع السابق، ص 26-29.

الخاص منذ عهد القانون الفرنسي القديم (و الذي ألفه عام 1843) حيث يبرر تطبيق قانون دولة محل الإبرام أو محل التنفيذ على أساس الإرادة الضمنية للمتعاقدين التي لا تقوى أن تتصدى للمعاهدات و الأعراف السائدة في التجارة الدولية، و التي تعد في الأصل إرادة مفترضة، و على حد قوله أنّ الإرادة لو كانت صريحة فإنّها لا تقوى إلا الخضوع لهذا القانون أصلاً، و هذا ما ذهب إليه الفقيه الأمريكي ستوري Story إذ اعتبر أنّ تطبيق قانون العقد هو ما ذهبت إليه الإرادة المفترضة أو الضمنية و لا مجال للإرادة الصريحة[9] .

و هكذا استخدم كل من فوليكس و ستوري فكرة سلطان الإرادة كمجرد تبرير لاحق لإسناد سابق يتسم بالطابع آمر و لا تملك الإرادة تغييره.

و الأمر لا يختلف لدى الفقيه الألماني الكبير سافيني "Savigny" و الذي أسند العقود الدولية في كتابه "نظم القانون الروماني" لقانون دولة التنفيذ، فتركيز العقد مكانيا يفترض فيه تراضي الأطراف مسبقا بالخضوع إلى هذا القانون و يعتبر هذا هو الأصل، و يجوز في حالات معينة اختيار قانون آخر[10].

و ما قام به الفقيه سافيني في القرن 19م هو إخضاع العقد لمكان تنفيذه، فعند تحليله للروابط القانونية قام بتركيز هذه العلاقة، و التركيز يكون في المكان الذي تنتج فيه الرابطة العقدية آثارها، أو جل آثارها، و يفسر إخضاع العلاقة العقدية لقانون تنفيذها على أساس فكرة الخضوع الاختياري، فمن يدخل في علاقة عليه تقبل الخضوع لقانون تركيزها، و الملاحظ أنّ هؤلاء الفقهاء، عندما استعملوا، مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة ليس كقاعدة إسناد سابقة بل مجرد تبرير لاحق لقاعدة إسناد سابقة.

و بنهاية القرن التاسع عشر، أصدر الفقيه البلجيكي الشهير لوران "Laurent" مؤلفه "القانون المدني الدولي" حيث أكد على ضرورة الاعتداد بالإرادة الصريحة في القانون الواجب التطبيق أو لاستخدامها في ملابسات ، و الظروف المحيطة بالعقد (الإرادة الضمنية) ، و في حال عدم الاختيار فعلى القاضي تحديدها إن لم يكن المشرع قد وضع معايير أو قوانين تطبق قانون معين (الإرادة المفترضة)[11].

و لقد نادى الفقيه مانشيني–الإيطالي- بمبدأ شخصية القوانين حيث استثنى العقود و أخضعها لقانون الإرادة و حجته في ذلك أن القواعد المنظمة لنظرية العقد في القانون الوطني كلها قواعد مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها[12].

---

[9] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 28.

[10] هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 29.

[11] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 32.

[12] هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 32-34.

و يعتبر الأستاذ فايس "Weiss" –أستاذ بجامعة ديجون الفرنسية- قد أسهم في انتشار مصطلح سلطان الإرادة، في مؤلفه الخاص بالقانون الدولي الخاص، بهذا تم نقله في مجلد القانون الدولي الخاص الشهرة "Elunet" في عددها الأوّل عام 1894.

و بهذا الحال استقر مصطلح سلطان الإرادة في الفقه القانوني بنهاية القرن التاسع عشر محتواه حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولية ، و أن للإرادة دور في حل مشكلة تنازع القوانين[13].

و إذا كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قد لاقت ترحاب و اتفاق الفقه و القضاء في مختلف الدول، فإنّ هذا الاتفاق لم يكن إلا ظاهريًا، حيث أنّ واقع الأمر قد أسفر عن اختلافات عميقة في الرأي ترجع للدور الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها لقانون العقد، حيث ترجم هذا الخلاف من خلال نظريتين النظرية الشخصية و النظرية الموضوعية[14].

و فيما يلي توضيح لمضمون هذه النظريتين :

أوّلاً : النظرية الشخصية

و هي النظرية المقبولة عمومًا منذ ما يزيد على قرن من الزمان، و التي أوضح معالمها الفقيه لوران "Laurent" بقوله : "إنّ الأطراف في تصرفاتهم القانونية أحرار في اختيار القانون الذي يحكم بينهم معنى ذلك أن الإرادة بصورها (الضمنية، الصريحة، المفترضة)، هي التي تشرف على هذا الاختيار و تحدد قانون العقد.

و قد اتجهت الأحكام القضائية التي تثبت هذه النظرية ففي قرار حديث لمحكمة الاستئناف النيوزيلندية عام 1989 صرحت فيه أنّ "من المعروف تمامًا و منذ ما يزيد على قرن من الزمان أنّ هناك اتجاهًا قويًا في دول القانون العام (Common Law) نحو هو إطلاق مزيد من العنان لحرية الأطراف إلى حد ما يضاهي غيرها من النظم القانونية و بخاصة في مجال التحكم الدولي"[15].

و استنادًا إلى هذه النظرية فإن القانون المختار يصبح شرطًا من الشروط التعاقدية، بعد أن أدمج في الكيان القانوني للعقد بموجب اختيارهم، فلا يستطيع القاضي فرض رقابته

---

[13] هشام علي صادق، المرجع، نفسه، ص 38–39.

[14] محمود ياقوت، المرجع السابق ،ص 73.

[15] زياد محمد فالح بشاشة، أحمد الحراكي و عماد قطان، "دور الإرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني –دراسة مقارنة"، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات – العدد الثلاثون، ج1، حزيران2014، ص 361.

على سلطة المتعاقدين التي فرضاها من خلال العقد، كما أن القانون المختار لا يتأثر بالتعديلات اللاحقة له التي قد تطرأ على القانون من قبل الدولة التي يعود إليها[16].

ثانياً : النظرية الموضوعية

هذه النظرية تفسر تعبير الإرادة أو الاستقلال Autonomy بأنّه يشمل على إقرار بأن الأطراف أحرار ضمن النطاق المحدد بالقانون الدخول في اتفاقيات وفقا للشروط التي يرونها مناسبة، و لغايات المواءمة و تبني نظام قانوني ما، لاختصار الأهداف، لكن الشروط القانونية المدرجة من قبل الأطراف لا تعد تشريعًا، و تكون ملزمة إلى حد القانون الذي يسود اختصاص الإقليم.

و بذلك فالنظرية الموضوعية ترجع اختيار القانون إلى قاعدة تنازع القوانين في دولة القاضي واصفة دور الإدارة بقاعدة إسناد.

و لقد ذهب جانب من فقهاء النظرية الموضوعية إلى تفسير نظرية توطين العقد على أنها اختيار غير مباشر لقانون العقد، و على القاضي استناد إلى ذلك أن يلجا إلى توطين العقد في الدولة التي ينتج فيها العقد أغلب آثاره و يطبقها قانونا و أن الإرادة العقدية هي التي يعود إليها أمر تحديد العنصر الذي يكون له- في ذهن أطراف العلاقة – الأهمية المؤثرة في تحقيق اقتصاديات العقد بالنسبة لبقية العناصر[17].

- **الفرع الثاني: مفهوم قانون الإرادة في العقد الالكتروني الدولي**

إنّ استقرار مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الداخلي لمختلف التشريعات الوطنية،، بما يقابله في ميدان العلاقات الخاصة الدولية مبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون يحكم علاقاتهم العقدية.

إنّ استقرار قاعدة قانون الإرادة في القانون الدولي الخاص يُظهر تأثيرات المذاهب الليبرالية التي طالما نادت بمبدأ حرية التعاقد ،و إطلاق سلطان الإرادة في إحداث آثار قانونية، و ترتيب التزامات و حقوق، ثمّ إنّ تطبيق قاعدة قانون الإرادة إنّما يكشف عن تطور الأفكار و المضامين الاجتماعية و الاقتصادية التي تؤثر على الفاعلية القانونية لها[18].

---

[16]زياد محمد فالح بشاشة، أحمد الحراكي و عماد قطان،المرجع السابق، ص 361.

[17]زياد محمد فالح بشاشة، أحمد الحراكي و عماد قطان، المرجع نفسه، ص 362.

[18]طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 42.

و من هنا تثور أهمية الكشف عن مضمون قانون الإرادة الذي تثير إليه قواعد التنازع في مجال الروابط العقدية التي يتم إبرامها عبر شاشات الحواسيب ضمن شبكة عالمية متخطية للحدود[19].

و سوف نحاول تحديد هذا المضمون من خلال بيان المقصود بقانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد التنازع في مجال العقود الإلكترونية مع توضيح النتائج المترتبة على خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإرادة على النحو التالي:

أوّلاً : المقصود بقانون الإرادة في العقد الإلكتروني الدولي

اختلف الفقه و القضاء، و كذا التشريعات الوطنية في تحديد المقصود بقانون الإرادة الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، و عليه جمع هذا الخلاف في ثلاث إتجاهات:

الاتجاه الأوّل: الاتجاه الضيّق

ذهب هذا الاتجاه إلى تضيق نطاق قانون الإرادة، حيث أنّه قصر حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم تعاقدهم في القانون الداخلي لدولة معينة أي أنّه يحدد الاختيار ضمن قانون وطني معين لدولة معينة تتمتع بهذا الوصف وفقًا لأحكام القانون الدولي العام[20].

و قد أخذت محكمة العدل الدولية الدائمة بهذا الاتجاه في حكمها الصادر عام 1929 حيث قضت بأن "كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص"[21].

و في نفس الرأي سارت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1950 حيث قضت بأن: "كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة"، و قد أخذ به المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني[22] وكذا نجد التقنين المصري بموجب المادة 1/19 و التي نص على أن "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة"، كما نصت

---

[19] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 269.

[20] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 269.

[21] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 269.

[22] المادة 18 من القانون المدني الجزائري "يسري على الالتزامات التعاقدية **المكان** المختار..." الملاحظ أنّ المشرع الجزائري على غرار القوانين المقارنة التي حددت الاختيار بقانون دولة فمصطلح دولة يعني : إقليم، و شعب، و سلطة، ثمّ إن مصطلح مكان لا يفيد ذلك الشرح أي عدم توافر شروط الدولة أي الوحدة السياسية.

عليه العديد من التشريعات الوطنية كقانون المعاملات المدنية الإماراتي عام 1958 المادة 1/19 منه، و كذا نص المادة 5/10 من القانون الدولي الخاص الإسباني[23].

كما أنّ هذا التحديد لقانون الإرادة التزمت به الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي 1955 بشأن البيوع ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية التي نصت في مادتها الثانية على أنّ: "البيع يكون منظمًا بواسطة قانون الدولة المعين بواسطة الأطراف المتعاقدة"، كما أنّ المعهد القانوني الدولي Unidroit قام بنشر إعلانا بين فيه على أنّ حرية اختيار القانون الواجب التطبيق المعهودة للأطراف المتعاقدة تنطوي على اختيار قانون وطني لدولة معينة[24].

لقد انتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه بحجة أن قانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية لا ينحصر على قانون وطني، و أن أساس تطبيق هذا المنهج يترتب عليه حكم قواعد قانونية داخلية أعدت أصلاً لحكم علاقات محددة بإقليم معين، لا على عقود التجارة الإلكترونية التي تمتاز بالطابع الدولي و عابر للحدود، ثمّ إنّ تطبيق قواعد القانون الوطني قد يؤدي إلى تباين ،و اختلاف الأحكام القضائية بصدد تلك النوعية من المنازعات الواقعة على الخط[25].

و يظهر هذا البيان من خلال قضيتي Playmen الأمريكية و قضية Yahoo الفرنسية فبالرغم من أنّ كلا الموقعين استخدما في أعمال غير مشروعة، فالقضاء الفرنسي رفض غلق موقع Yahoo بداعي الدفاع على مصلحة المجتمع، في حين تمثلت حيثيات قضية Playmen حول النظام القضائي الأمريكي و اعتبرت المحكمة أنّها تشكل إهانة للقضاء، ثم أصدرت حكم بإغلاق الموقع الإيطالي كأحد الحلول الممكنة[26].

الاتجاه الثاني: الاتجاه الموسع

يقوم هذا الاتجاه على إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، حرية كاملة دون تقييد ، من خلال التوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية بما في ذلك القانون الوطني، و كذا قواعد ذات صبغة عالمية كالقواعد العرفية التي نشأت و استقر العمل بها في الفضاء الإلكتروني.

---

[23] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 270.

[24] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 192.

[25] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 192.

[26] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 271.

و يظهر هذا الاتجاه في المادة 19 من التقنين المدني المصري التي نصت على أنّه : "ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه" خاصة في معرض ذكر عبارة "قانون آخر" دون الحاجة إلى اتصال القانون بدولة معينة ما يفيد أن يكون قانون وطني أو دون ذلك[27].

فهذه النصوص تؤكد بما لا يدع الشك أن حرية الأطراف قد تقع على قانون وطني معين أو لقواعد لا تنتمي لأية دولة، فنجد أن المشرع الجزائري أشار إلى أنّ قانون الإرادة لا يشترط فيه انتماؤه لدولة معينة.

و علاوة على ذلك فإن غالبية الاتفاقيات الدولية اعتنقت المنهج الموسع لقاعدة قانون الإرادة منها: التنظيم الأوروبي رقم 2008/593 في المادة (3) ومن قبله اتفاقية روما[28]. تبعتها في ذلك المادة 7 من اتفاقية مكسيكو عام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

كما سار على هذا النهج قوانين التحكيم فنصت المادة (1/28) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985 على أن تفصل هيئة التحكيم وفقا لقواعد القانون الذي أشارت إليه إرادة الطرفين، و خض المنهج أكد عليه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من خلال المادة 1/33 من قواعدها للتحكيم.

و يأخذ على هذا الاتجاه أنّه يطلق حرية الأطراف على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي لها صلة وثيقة بالعقد[29].

الاتجاه الثالث: الاتجاه المعتدل

يحمل هذا الاتجاه في طياته طابع الموازنة فلا يصل إلى حد التضييق لنطاق قانون الإرادة الذي نادى به أصحاب الاتجاه الأوّل، كما لا يذهب إلى إطلاق العنان للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، و الذي نادى به أصحاب الاتجاه الثاني.

فهذا الاتجاه يعطي للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الإلكتروني عملا بموجب قاعدة الإسناد مراعاة لتوقعاتهم، و لكنه يحرص في ذات الوقت على أن لا تصل هذه الحرية إلى حد التطاول على القواعد الآمرة و محاولة التهرب منها

---

[27] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 272.

[28] لقد تم إلغاء اتفاقية روما لعام 2008 بموجب التوجيه الأوروبي الصادر عن المجلس والبرلمان الأوروبي في 2008/60/17 بشان القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

[29] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 274.

بما فيه الغش نحو القانون، فهذا الحل يقيم نوعًا من الاعتدال بين حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق و إرساء هذه الحرية على أسس مشروعة.

و يجد هذا الاتجاه أساسه في بعض الاتفاقيات الدولية كما هو وارد في المادة السادسة من اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية و التي أعطت للأطراف حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم العقدية مع تقييدها بالنظام العام[30].

ثانيًا : النتائج المترتبة على خضوع العقد الإلكتروني الدولي لقانون الإرادة

يترتب على خضوع العقد الإلكتروني الدولي لقانون الإرادة العديد من الآثار و النتائج غير مرغوب فيها و هي جد خطيرة نذكر منها:

1- تجزئة العقد الإلكتروني:

يرى جانب من الفقه المناصر للنظرية الموضوعية حرية إخضاع العقد الأكثر من قانون واحد ما دامت قد توافرت فيه الصلة المتطلبة بالعقد إلا أنه قد قيد هذه الحرية بقيدين هما :

1- ألا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية فوحدة العقد لا يعد قيدا
على إرادة المتعاقدين في هذه التجزئة، و إنّما هو قيد على سلطات القاضي في حالة سكوت الإرادة عن ذلك، إذ يفترض القاضي التسليم بأنّ الإرادة تحاول إدراك الوحدة القانونية للعقد ما لم تعلن عن ذلك صراحة.

2- ألا يؤدي تجزئة العقد إلى الإفلات من القواعد الآمرة للقوانين المختارة ، إذ أنّ في تعدد القوانين تهرب من جانب آمر لهذه القوانين[31].

فنجد المادة 1/27 من القانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام 1986 تنص على أن المتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في مجموعه أو على جانب منه فقط ،و هو ما يفيد حق الخصوم في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد.

كما أن المادة 08 من المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده بمدينة Bâle السويسرية عام 1991 في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية المبرمة بين أشخاص القانون الخاص قد أكدت هذا النظر[32].

---

[30] صالح المنزلاوي ،المرجع نفسه، ص275.

[31] محمود محمد الياقوت ، المرجع السابق ، ص 125-127.

كما بينت اتفاقية لاهاي لعام 1986 في شأن القانون الدولي الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع نفس النهج في المادة (1/7).

و هكذا فقد اتفق أنصار قانون التجارة الإلكترونية على الاعتداد بإرادة الأطراف في اختيار أكثر من قانون لحكم العقد، و أكدوا على ضرورة إعلاء مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات التجارية الإلكترونية و ذلك من خلال المرونة النسبية لتجزئة العقد و إسناد كل جانب منه إلى قانون معين، فهناك مسائل خاصة قد تتم عبر شبكات الإنترنيت كالوفاء الذي يتلقى تعامل منفصل من العقد[33].

و على حد رأي الأستاذ صالح المنزلاوي فإنّه لابد من أن تكون هذه التجزئة منسجمة حيث لا يكون هناك جزء من العقد يمكن أن ينظم بقانون يقبل التوقيع الإلكتروني، و يقر بصحة المعاملات على شاشات الحواسيب الآلية، فهي غير الجزء الآخر الذي ينظم قانون آخر لا يقبل مثل هذه التصرفات و ألا تؤدي هذه التجزئة إلى الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة.

2- عدم لزوم توافر الصلة بين القانون المختار و العقد :

إنّ من أهم النتائج التي توصل إليها فقه النظرية الشخصية هو أنّ للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية دون ضرورة وجود أية صلة بين العقد و القانون المختار، ثم إن إخضاع العقد لقانون عديم الصلة بالعقد إنّما تفرضه حاجات التجارة الدولية و قد كرست هذا الرأي العديد من التشريعات الداخلية و الاتفاقات الدولية ، كاتفاقيتي لاهاي 1955 و 1986 والتنظيم الأوروبي 2008/593، و كذا القانون المدني المصري و الأردني[34].

لقد تعددت الآراء الفقهية حول حرية اختيار الأطراف التي تتصل بالعقد حيث يرى فريق منهم أن حرية الأطراف ليست مطلقة بل يجب أن ينصب اختيارهم على قانون له صلة بالعقد فقد يكون قانون دولة إبرام العقد، أو قانون الجنسية للمتعاقدين[35].

و فريق آخر يجيز لأطراف العقد اختيار أي قانون يرضونه لحكم العقد دون توافر الصلة بالعقد مع الاشتراط أن القانون المختار لا يكون مشوبا بالغش نحو القانون، أما الفريق الثالث الذي يستلزم توافر الصلة بين القانون المختار و العقد و لكن دون الاستناد إلى

---

[32]محمود محمد الياقوت، المرجع السابق، ص 128.

[33]صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 276.

[34]محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الجامد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2013، ص 67-68.

[35]لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 196.

عناصر الجنسية أو عناصر مادية كقانون محل الإبرام أو التنفيذ، و إنما يكفي أن تكون الصلة نابعة من حاجة المعاملات كأن يتم إبرام عقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال سلعة معينة و تقلبه أوساط التجارة الدولية، فيخضع الأطراف للقانون الذي يحكم هذا العقد بالرغم من انتقاء الصلة بين القانون المختار و عناصر العقد[36].

يؤكد جانب من الفقه عدم تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد في مجال التعاقد الإلكتروني مستندًا إلى الطابع العالمي لشبكة الإنترنيت حيث أن العقود المبرمة من خلالها متصلة بكافة الدول و لا تتركز في إقليم معين، ما ينفي ضرورة توافر الصلة بين العقد المبرم من خلال شبكة الإنترنيت و القانون المختار[37].

3- رفض فكرة الإحالة في مجال العقد الإلكتروني :

إنّ منطق الإحالة يتعارض مع ضابط الإسناد الذي تضمنته قاعدة التنازع في قانون القاضي و التي خولت للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد، حيث أنّ استشارة قواعد الإسناد في القانون المختار سيؤدي إلى خضوع العقد لنظام قانوني لم يتوقعه الطرفان ما لم تنصرف إرادة المتعاقدين إلى ذلك.

و هكذا يرفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية سواء أكان خضوع العقد لقانون الإرادة قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع قانون الدولة القاضي أو بناءا على قاعدة مادية في هذا القانون حسب ما يتوجه إلى ذلك جانب من الفقه[38].

إنّ هذا الرفض لفكرة الإحالة نصّت عليه المادة (1/39) من قانون التحكيم المصري رقم 27 للسنة 1994 قررت أنّ : "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، و إذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

هذا النهج الذي سارت عليه العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية من أمثلة ذلك عقد Apple Store و الذي ينص في إحدى بنوده على تطبيق قانون دولة كاليفورنيا دون أي أثر لنصوص التنازع الواردة به[39].

---

[36] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 278.

[37] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 73.

[38] محمود ياقوت، المرجع السابق، ص 124-125.

[39] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 282.

المطلب الثاني: كيفية تحديد قانون الإرادة في العقد الإلكتروني

استقرت غالبية القواعد القانونية و التشريعات على إخضاع العقد الدولي لقانون الإرادة أي القانون الذي اختاره الطرفان –سواءا كان اختيارًا صريحًا أو ضمنيًا-

و قانون الإرادة ينطبق على العقود الإلكترونية الدولية -كما سبق الإشارة إليه- و على كافة المعاملات التي تتسم بالطابع الدولي، حيث يتم الاختيار من خلال شبكة الإنترنيت أو الرسائل الإلكترونية التي يتم تبادلها من قبل طرفي العقد لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم.

و يستخلص الاختيار الضمني من ظروف و ملابسات العقد و الاستناد إلى قرائن و دلائل و مجموع المؤثرات التي تفيد أن إرادة المتعاقدين إنّما أرادت تطبيق قانون معين دون التصريح و الإفصاح عن تلك الإرادة بشكل واضح قاطع الدلالة، و البحث عن الإرادة الضمنية بناء على سلطات القاضي المطروح عليه النزاع.

أمّا في حال عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد و عدم التمكن من تحديد الإرادة الضمنية للمتعاقدين فهنا استوجب على القاضي افتراض إرادة الأطراف.

و لمحاولة توضيح آلية تحديد قانون الإرادة في العقد الإلكتروني لابد من البحث في حالات العقد و التي تتمثل في عمومها، حالة اتفاق الأطراف صراحةً أو ضمنيًا و حالة عدم الاتفاق.

و فيما يلي توضيح و بحث عن إرادة أطراف العقد الإلكتروني الدولي.

• الفرع الأوّل : حالة الاختيار الصريح

تعني الإرادة الصريحة أن يختار أطراف العقد الإلكتروني قانونا يحكم عقدهم، بتضمن العقد بندًا يحيل إخضاعه إلى قانون دولة معينة، هذا ما أكد عليه فقه القانون الدولي الخاص تبعًا لأهمية الاختيار لقانون معين يسري على العلاقة العقدية ذات الطابع الدولي، وتفاديًا لمشكلة البحث عن الإرادة الحقيقية للأطراف أو تركيز العقد[40].

[40]إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2013، ص 55.

إن حالة اتفاق الأطراف على تعيين القانون الذي يحكم علاقاتهم العقدية تندرج ضمن الإسناد الشخصي الناتج عن إعمال مبدأ سلطان الإرادة و الذي يقتضي إطلاق حرية المتعاقدين[41].

إنّ التعبير عن الإرادة الصريحة في ميدان التجارة الإلكترونية يحظى بأهمية بالغة بالنظر لما يعتري الشبكة العالمية –شبكة الإنترنيت- من خصوصيات تتعلق بالطابع العابر للحدود، و لا يعترف بالحدود السياسية و الجغرافية للدول، لذلك ينصح أطراف العلاقة أو الصفقة الإلكترونية بتحديد القانون الذي يحكم علاقاتهم العقدية مما يوفر للطرفين اليقين القانوني بشأن القضية المتنازع بشأنها، و يهدف التعبير الصريح و الاتفاق المسبق و الصريح على القانون الواجب التطبيق إلى توسيع الثقة بين الشركات و المتعاملين عبر شبكة الإنترنيت[42].

إنّ لانتشار العقود النموذجية أهمية بالغة في تحديد القانون، و ذلك من خلال إدراج بند يحدد ذلك صراحة، الذي دأب الفقه القانون بتسميته شرط الاختصاص التشريعي، معنى ذلك خضوع كل عقد للقانون المنصوص عليه دون اشتراط توافر الصلة الحقيقية بين القانون المختار و العقد، و من أمثلة ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة و الصناعة بباريس في 30 أبريل 1998 لحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين و المستهلكين، الوارد في أحد بنود العقد على أن القانون الذي يسري على العلاقة العقدية فيما بينهما هو القانون الفرنسي بصرف النظر عن جنسية الأطراف و دون مراعاة محل إبرام العقد أو مكان تنفيذه[43].

إن خيار القانون الواجب التطبيق قد يكون من خلال الشاشة المستقبلة، إذ يرد شرط الاختصاص القانوني ضمن الشروط المدرجة في العقد المعروض لدى شاشة الحواسيب، غير أنّ هذه الطريقة ليست الطريقة الوحيدة للاتفاق، كما أنها لا تحقق الاتفاق بالمعنى الكامل، لأنّ المتعاقد يقرأ البنود في شاشة العرض، فإن قبل بهذا نقر على أيقونة "أنا أقبل" أي الموافقة، غير أنّ هذه الموافقة لم تنطو على مناقشة بنود العقد و بالتالي لا يتحقق دور الإرادة في التصريح عن رغباتها رغم ارتضائها[44].

تجدر الإشارة إلى أنّ القضاء الأمريكي و فيما يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية قد اعتبر الضغط على أيقونة الموافقة (أنا أقبل) يعد اختيار صريح من قبل المتعاقد الآخر[45]، طالما أنّه بإمكان المتعاقد قراءة الشروط و بنود العقد و

---

[41] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنيت، مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر و التوزيع 201، الطبعة الأولى، ص 465.

[42] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 55-56.

[43] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 283-284.

[44] إيناس محمد البهيجي، المرجع نفسه ،ص 56

[45] يونس عرب، ندوة حول التقاضي في البيئة الانترنت، منشور على الموقع

كان كذلك له خيار في الخروج من الموقع و رفض ذلك العقد، غير أنّه في الحالات التي يعتريها الشك و عدم اليقين خاصة في الحالات التي يظهر فيها عدم الاطلاع المتعاقد على الشروط المقترحة من قبل العارض بما في ذلك شرط الاختصاص القانوني، إما لعدم وضوحها أو في الحالات التي يتضمن فيها الموقع وسيلة لاحقة على قرار قبول التعاقد، حيث قضت المحاكم بعدم صحة الشروط العقدية المتضمنة تحديد القانون الواجب التطبيق.

إن الاختيار يمكن أن يتخذ عدة صور على شبكة الويب و ذلك من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة، كما يمكن أن يتم من خلال البريد الإلكتروني و ذلك بعد الاتفاق على البنود العقدية الأخرى كالمحل، الثمن، ....إلخ[46].

الأصل أن يتم اتفاق الأطراف المتعاقدة لحظة إبرام العقد على القانون الذي يسري على التزاماتهم التعاقدية، و ذلك بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي، أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، و يستوي أن يدرج شرط الاختصاص القانوني في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، و قد نصت المادة (3/11) من القانون الدولي الخاص السويسري على أن : "اختيار القانون يمكن إرجاؤه أو تعديله في أي وقت..."[47].

من الجائز أذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون معين أن يقوموا بتعديل اختيارهم السابق إلى اختيار قانون آخر و في أية مرحلة كان عليها العقد.

غير أن فكرة التعديل لقانون آخر مرتبطة بعدم الإضرار بالغير الذين بنو توقعاتهم على القانون المختار في وقت إبرام العقد، و ألا يؤدي هذا التغيير و التعديل في الاختصاص القانوني إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه، نجد من القوانين التي أخذت بهذا النهج منها القانون الدولي الخاص السويسري بموجب المادة (3/11) التي فرضت قيدا على تغيير اختيار القانون في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد، فإن تعديل القانون المختار يسري بأثر رجعي، يرتد إلى وقت إبرام العقد مع التحفظ الخاص بحقوق الغير[48].

إنّ التحديد السابق و الصريح لقانون العقد الإلكتروني ينطوي على الأهمية بمكان لأن الأطراف المتعاقدة ترغب دومًا في معرفة هذا القانون قبل إبرام العقد و ذلك للاطلاع على التزاماتهم و مدى صحة العقد و مشروعية السبب و المحل.

كما أنّ تحرير الإرادة في مجال العقود الدولية بصفة عامة و العقد الإلكتروني الدولي بصفة خاصة، و الواضح دورها جليًا في التعبير الصريح عن اختيار قانون معين بحكم

---

http://www.startimes.com/f.aspx?t=30291752

[46] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 284.

[47] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 284-285.

[48] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 285-286.

العلاقة العقدية، هذا ما يؤدي إلى إفساح المجال لاستقرار المعاملات الإلكترونية و ذلك بإسناد العقد إلى قانون يعترف بهذا النوع من المعاملات و كذا بطرق الإثبات فيها و هو ما يجنب الأطراف مشقة و مغبة تطبيق قانون لا يعترف بتلك المسائل.

و بالرغم من كون العقد محل الدراسة هو عقد إلكتروني دولي، فإن فقه قانون التجارة الدولية يؤكد خضوعه لقاعدة تقليدية تحكم العقد الدولي عموما و هي مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، و هو الاختيار الذي يمكن أن يكون من خلال شبكة الويب، بشرط توافر صلة العلاقة بين العقد و القانون المختار، أي وجود صلة حقيقية وثيقة بينهما و هو شرط موجود في العقود الدولية التقليدية، و من أهم روابط الصلة الوثيقة قانون دولة الإبرام، أو قانون دولة تنفيذ العقد[49].

غير أن هناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي اعتنقت المذهب الموسع للإرادة دون تقييدها بتوافر الصلة بين العقد و القانون من بينهما اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1971 و التي نصت في مادتها السابعة (07) على أنّ: "الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على النزاع" و كما سار على هذا النهج القانون النموذجي لتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 و بدا واضحا في المادة (1/28) "تفصل هيئة التحكيم وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوضعها واجبة التطبيق على موضوع النزاع...".

غير أن أطلاق المبدأ سلطان الإرادة و تحرير إرادة الأطراف من أي قيد أو شرط تؤدي إلى نتائج غير متوقعة لذلك .

و فيما يلي دراسة لشروط المقيدة لقانون الإرادة و أبعاد معيار الصلة و نتائج الاختيار الصريح و موقف المشرع الجزائري.

الشروط المقيدة للاختيار الصريح :

من أجل الاعتداء بقانون العقد المبني على أساس الاختيار الصريح، لابد من توافر شروط معينة، في حالة عدم توافرها فإنّ القاضي يستبعد القانون المختار.

و هذه الشروط تتمثل فيما يلي :

الشرط الأوّل: وجود صلة بين القانون المختار و العقد أو المتعاقدين

في هذا الصدد ظهر اتجاهين متناقضين حول إطلاق حرية الأطراف دون قيد أو شروط و اتجاه ثان يحرص على توافر هذه الصلة بين القانون و العقد أو المتعاقدين.

[49] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 467-468.

*** الاتجاه الأوّل :** و من ضمنه فقهاء إنجلترا الذين نادوا بإطلاق حرية الأطراف المتعاقدة حرية كاملة دون تقييد في ذلك، احتراما لمبدأ سلطان الإرادة إلا في حالة ما إذا انطوى هذا الاختيار على غش نحو القانون فإنه يمكن استبعاده في حالة إثبات ذلك[50].

*** الاتجاه الثاني :** من بينهم الفقهاء الأوروبيين و القضاء الأمريكي اللذان خالفوا الرأي الأول مع ضرورة تقييد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق تكون له صلة بالمتعاقدين أو العقد، في حين اعتبروا أن انعدام الصلة بمثابة تحايل على القانون و ذلك تهربا من القواعد الآمرة.

و يقصد بالصلة الحقيقية هي العلاقة الموضوعية التي تربط القانون المختار بالعقد أو المتعاقدين حيث يضع الأطراف المتعاقدة أنفسهم مكان القاضي و استمالته إلى نظم قانونية معينة.

ثم إن توافر الصلة بين القانون و العقد يجعل القاضي يفرض رقابته على ذلك – أي توافر الصلة من عدمها-[51].

الشرط الثاني:العلم بالقانون المختار

لذلك وجب على المتعاقدين و المتعاملين في التجارة الدولية، البحث عن القانون المناسب لحكم العلاقة العقدية، بما يخدم مصالحهم و ما يتماشى مع حرية التجارة و سرعة حركتها و انسيابها عبر الدول، و لا يكون ذلك إلا بالاطلاع على محتوى القانون المختار، تفاديا لإدعاء أحد الطرفين بجهالة لأحكام هذا القانون[52].

إن التعامل في التجارة الإلكترونية يقتضي من طرفي العقد الإلكتروني الدولي أن يكونوا أكثر حرصا في اختيار القانون الواجب التطبيق و ذلك باختيار قانون يتماشى و خصوصية الطابع الإلكتروني لهذه التجارة.

أبعاد معيار الصلة المعقولة :

---

[50]علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1993، ص 32.

[51]خالد شويرب، "القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي"، دكتوراه فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر يوسف بن خدة كلية الحقوق 2009، ص 41-42.

[52]خالد شويرب، المرجع السابق، ص 42.

يرجح فقه القانون الدولي الخاص بمفاهيمه التقليدية معيار الصلة المعقولة للأخذ بالقانون المختار بدليل أن المشرع عندما خوّل للإرادة هذا الحق إنّما أراد لها الخضوع إلى قانون من القوانين المتنازعة المتصلة بالعقد الدولي[53].

و يرى الأستاذ باتيفول أنّ الإرادة ما هي إلا ضابط إسناد في قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي، ينحصر دورها في التركيز الموضوعي للرابطة العقدية ضمن نظام قانوني مرتبط بها يظهر من مقتضيات و ظروف و ملابسات التعاقد[54].

و تبدو هذه الصلة واضحة خاصة في عقود نقل التكنولوجيا التي يستوجب على المتعاقدين اختيار القانون الذي يتصل بالعقد برابطة مؤثرة و مباشرة و دائمة.

و متى توافرت هذه الصلة الجدية الحقيقية و المشروعة بين العقد الدولي و القانون المختار، فما على القاضي سوى الامتثال لقواعد قانون الإرادة دون أي مناقشة[55].

و في نطاق التجارة الإلكترونية يختار أطراف العقد الإلكتروني الدولي القانون الواجب التطبيق ذا الصلة بالعقد و تتحقق هذه الحالة بوجود محل العقد الذي يستجيب للتنفيذ المادي فهنا يمكن التسليم بوجود صلة معقولة، حيث يكون مكان التنفيذ هو مركز ثقل الرابطة العقدية على غرار العقود التي يجري تنفيذها داخل الخط أو على الخط Ligne En و يكون التنفيذ فيها إلكترونيا فهي لا تتعلق بأية صلة أو رابطة مرتبطة بمكان ما.

إن اختيار أطراف العقد الإلكتروني لقانون لا علاقة له بالعقد المبرم بينهما أو بالمتعاقدين و استبعاد توافر الصلة الحقيقية بينهما، يعتبر في البيئة الإلكترونية اتجاها إيجابيا أقرته النظم الحديثة، مثال ذلك قانون المعاملات الحاسوبية الموحد الأمريكي لعام 1999 في المادة 109 –أ- بنصها على أنه : "في غير عقود المستهلكين يختار الأطراف اتفاقهم على الواجب التطبيق" هذا ما يتناسب مع طبيعة التجارة الإلكترونية و خاصة التعاقد عبر شبكات الإنترنيت و الطابع العابر للحدود[56].

موقف المشرع الجزائري من اشتراط الصلة بين القانون المختار و العقد :

---

[53] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 58.

[54] محمود محمد الياقوت، المرجع السابق، ص 137.

[55] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع نفسه، ص 59.

[56] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 59-60.

ألزم المشرع الجزائري القاضي بمراقبة توافر الصلة الحقيقية بين القانون المختار و العقد المبرم و ذلك بموجب المادة 18 من القانون المدني الجزائري:[57] "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...".

لقد تأثر المشرع الجزائري بنظرية باتيفول في تأسيس حق الأطراف لاختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم العقدية، فالمشرع على عكس ما كان عليه قبل تعديل نص المادة 18 من القانون المدني أين كانت تمنح للأطراف حرية اختيار أي قانون دون توافر الصلة[58].

غير أنّ التعديل الذي مس القانون المدني بموجب القانون 10/05 خاصة المادة 18 منه و التي تقضي بتوافر الصلة الحقيقية للقانون المختار صراحة من قبل المتعاقدين و العقد، و على الأكثر من ذلك اشتراط أن تكون هذه الصلة حقيقية و الأوثق بالمتعاقدين أو العقد.

و على حسب رأي الأستاذ زورتي الطيب إنه في اشتراط توافر الصلة الحقيقية مراقبة لعملية الاختيار من قبل القاضي بما يخوله في ذلك سلطة واسعة في استبعاد القانون الذي أشارت إليه الإرادة صراحة، فهذا الاختيار يعتبر غير نزيه و مشوب بالتحايل.

ثم إنّ البحث عن الصلة الحقيقية في منظور المتعاقدين في مجال التجارة الالكترونية، بموجب القواعد التقليدية لقواعد الإسناد الشخصي، أو بموجب الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العلاقة العقدية، فإنه قد يقع اختيارهم لقانون عديم الفاعلية بدليل عدم توافر الصلة الحقيقية المطلوبة من قبل المشرع الجزائري، و الذي ألقاه على عاتق القاضي الناظر في الدعوى بحيث يسمح له بتجاوز ذلك الاختيار لتحل إرادة القاضي نحل إرادة المتعاقدين و بالتالي فإننا نجد أن القانون الذي يسري على العقد هو قانون العقد و ليس قانون الإرادة[59].

---

[57] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

[58] مضمون نص المادة قبل التعديل المادة 18 : "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدين على تطبيق قانون آخر..." حيث لم يقيد المشرع حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق. لتفصل أكثر أنظر أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول تنازع القوانين، الطبعة الثالثة عشر 2013، دار هومة للطباعة و النشر، ص 307.

[59] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، ج. الأوّل تنازع القوانين (في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دارسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ، مطبعة الفسيلة الجزائر 2008،ص244.

- **الفرع الثاني: حالة الاختيار الضمني**

إنّ قانون الإرادة يحمي توقعات الأطراف و يحقق لهم الأمان القانوني لذلك فإن المنطق يقضي بأن يكون الاختيار صريع، أو من الممكن الوقوف عليه بطريقة مؤكدة، معنى ذلك وجود إرادة غير معلن عنها و هي الإرادة الضمنية[60].

لقد جرى العمل على خضوع العقد التجاري الدولي لقانون الإرادة، فللمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق لحكم علاقاتهم العقدية تعبيرًا صريحا، و بوضوح نافي للجهالة أو التأويل.

أما في حالة عدم تحديد ذلك صراحة، فعلى القاضي البحث عن الإرادة الضمنية مسترشدا في ذلك إلى محتوى العقد في حد ذاته، إضافة إلى ظروف و ملابسات التعاقد، و هذا ما أقرته المحكمة الفيديرالية في سويسرا بموجب حكمها الصادر في 31 أوت 1953، إضافة إلى ما أقرته المحكمة البلجيكية في حكمها الصادر في تاريخ 21 فيفري 1975.

و حيث تظهر مهمة القاضي في الكشف عن الإرادة المستترة غير المعلن عنها من خلال تفسير العقد ، و الذي يظهر في بنوده انصراف إرادة المتعاقدين بطريقة غير مباشرة لتطبيق قانون معين ، مثل اتفاق الأطراف على إحالة منازعات العقد لاختصاص محاكم دولة معينة، فهذا الاتفاق غير صريح باختيار القانون الواجب التطبيق، بل يمكن تفسيره ذلك أن المتعاقدين إنما أرادوا تطبيق قانون دولة مقر المحكمة التي أسندوا إليها الاختصاص بالنظر في المنازعة الناشئة عن العقد[61].

إن الاختيار الضمني هو اختيار حقيقي و لكنه غير معلن عنه هذا ما أكدته التشريعات الخاصة بالقانون الدولي الخاص على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية، فقد نصت المادة 1/19 من القانون المدني المصري على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيه العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان لم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه" و قد ذهب الفقه المصري في تفسير المادة 1/19 على أنها تقرر

---

[60] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 59.

[61] خالد شويرب، المرجع السابق، ص 46.

قاعدة حرية الاختيار و يتوازى أن يكون صريحا معلن عنه، أو ضمني غير معلن عنه، كما نصت المادة 2/121 من القانون الروسي الصادر عام 2001 على أن التعبير عن الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن تكون صريحة أو ضمنية تستخلص من بنود العقد أو ظروف إبرامه[62].

إن الكشف و الاستخلاص للإرادة الضمنية يعتمد على تفسير القاضي و سلطاته المطلقة، و الذي قد يؤدي إلى نتائج سلبية تخل بتوقعات الأطراف مما يؤكد ضرورة الاعتماد على تفسير عبارة "الطريقة المؤكدة" التي تضمنتها بعض التشريعات المقارنة[63] مثل القانون المدني الكندي لإقليم الكبيك على أن "التصرف القانوني سواء انطوى على عنصر أجنبي أو لا، يكون محكوما عليه بالقانون المحدد في العقد بوضوح أو بواسطة القانون الذي يمكن استنتاجه بشكل مؤكد من أحكام هذا العقد[64].

و نصت المادة 07 من اتفاقية مكسيكو لسنة 1993 في شأن العقود الدولية على أن: "يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف و يجب أن يكون هذا الاختيار صريحا و يستخلص بطريقة واضحة من سلوك الأطراف أو الشروط التعاقدية" نفس الأمر ذهبت إليه اتفاقية لاهاي لعام 1986 بموجب المادة (1/07)[65].

و لعل هذا الاتجاه الذي سار عليه المشرع في القانون الدولي الخاص و كذا الاتفاقيات الدولية تقيد السلطات القاضي ضرورة التأكيد على احترام سلطان الإرادة و كذا ضمانا و حفظ توقعات الطرفين المتعاقدين، لذلك وجب على القاضي المطروح أمامه النزاع الاستئناس بدلائل و مؤثرات تقييد ضمنيا اتجاه الإرادة إلى تمديد ذلك القانون ،

هذا ما سنعالجه في الفقرة التالية

مؤشرات الإرادة الضمنية[66]:

تنطوي مناقشة هذه الفقرة على المؤشرات المقبولة إلكترونيا و كذا المؤشرات الضعيفة.

أوّلاً : المؤشرات الإلكترونية

---

[62]صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 286.

[63]إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 63.

[64]صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 287.

[65]صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 287.

[66]إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 63.

و هي تلك المؤشرات أو الأمارات أو العلامات أو الدوال التي توجه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون معين لحكم علاقاتهم العقدية دون الإفصاح عن ذلك القانون صراحة . بل أنه هذه المؤشرات قد تكون دلالات قطعية على وجود قانون معين و هذه المؤشرات هي :

1- **العقود النموذجية:** هذه العقود النموذجية من صنع المؤسسات الدولية، كغرفة التجارة الدولية بباريس أو لندن أو جنيف، فعادة ما يتضمن العقد النموذجي –كما ذكرت آنفا- خضوعه إلى قانون دولة معينة، مثال عقد نموذجي خاص بنوع معين من التجارة الدولية يحتوي على تنظيم خاص مستمد من القانون الإنجليزي.

2- **الإشارة لنصوص قانون معين:** قد يتضمن العقد الإلكتروني الدولي إشارة إلى نصوص قانون معين، أو قد يقرر الأطراف بأن يكون تكملة العقد بالرجوع إلى قانون معين، لذلك فإنه يكون القانون المشار إلى أحكامه هو القانون الذي قصدته الإرادة[67].

3- **الخضوع الإرادي :** يقوم الضابط الإرادي في مجال العلاقات الخاصة الدولية على فكرة الاعتداد بإرادة الأطراف في تحديد المحكمة المختصة دوليا بالنزاع في عقود التجارة الدولية و هو ما يطلق عليه ضابط الاختصاص القضائي حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية على شرعية مبدأ شرط تحديد المحكمة المختصة "حيث تم تقرير هذا المبدأ منذ عام 1930 في قضية Mardélé، حيث اتفق تاجران فرنسيان في عقد بيع Blé chilien على أن تكون المحاكم الإنجليزية هي المختصة[68] فهذا دليل على أن الأطراف إنما أرادوا تطبيق القانون الإنجليزي.

4- **اتفاقات التبادل الإلكتروني :** إذا تم إبرام اتفاقات تبادل إلكتروني سابق على إبرام العقد الإلكتروني، فإن هذا الأخير في حال خلوه من التصريح المباشر عن القانون الذي يحكم نزاعاتهم العقدية، فإن إتفاق التبادل يكشف عن إرادة الخصوم الضمنية، على اعتبار أن القانون الذي يحكم العقد الإلكتروني هو أحد المسائل القانونية التي تغطيها تلك الاتفاقات، لذلك وجب على القاضي أو المحكم الناظر في الدعوى التقصي من وجود هذه الاتفاقات لتحديد الإرادة[69].

5- **مكان التنفيذ :** يعتبر أقوى دلالة لتحديد الإرادة الضمنية، غير أن تطبيقه يستوي فيه بين الإرادة الضمنية و بين غياب الاختيار في نطاق التجارة الإلكترونية، لكن الطبيعة المتعلقة بمحل العقد تختلف ، فإذا كان محل التسليم مادي و بذلك تطبيق قانون دولة التنفيذ، و في حالة ما إذا كان المحل يقبل التنفيذ غير المادي، فإنه يعطل الأخذ بهذا المؤشر.

ثانيًا : المؤشرات الضعيفة

---

[67] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 64.

[68] صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء و التحكيم، آليات فرض المنازعات، دار الجامعة الجديدة 2003، ص 62-63-64.

[69] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 60.

هي المؤشرات التي أثبت الفقه التقليدي عدم صلاحيتها كأساس لتحديد الارادة الضمنية في حالة الأخذ بها منفردة أو بمفردها، هذه الدلالات يلجأ إليها القاضي متى عززت بمؤشرات و دلالات من شروط العقد عن طريق شبكة الإنترنيت.

و تتمثل هذه المؤشرات فيما يلي :

1- إتحاد الجنسية : إنّ إبرام العقد الإلكتروني بين أشخاص من نفس الجنسية لا يأتي صدفة لأن صاحب الموقع الشبكي يتعامل مع شركاء مختلفي الجنسية، و لا يعني أن اشتراك الجنسية بين المورد مثلا و المتعاقد الآخر يؤكد تطبيق قانون الجنسية المشتركة، فضلا عن الإرادة الضمنية تستخلص من نصوص العقد أو ظروف التعاقد[70].

2- عملة الدفع : لقد وجدت التجارة الإلكترونية نظاما جديدا للدفع، و هو الدفع الإلكتروني، منها نظام الدفع بالبطاقة الائتمانية، و النقود الإلكترونية، ذلك أن المتعامل بهذه العملة لا يقيد على الإطلاق خضوع العقد لقانون معين لأن هذه العملة تصدرها شركات و مؤسسات مصرفية، و يكون استخدامها عالميا.

3- لغة العقد : لا يمكن الأخذ بهذا المؤشر بعد شيوع استخدام اللغة الإنجليزية، و التي تعتبر لغة العالم، إضافة إلى ما تمليه ظروف تشغيل الشبكة، فهذا لا يقيد تطبيق القانون الإنجليزي، كما أن لغة العقد ليست عنصر في التعاقد[71].

و الملاحظ أن القرائن و الظروف السابقة يمكن تطبيقها في ميدان العقود الإلكترونية كقرائن يستعين بها القاضي لتعيين القانون الواجب التطبيق في حال تخلف الإرادة الصريحة، غير أنه يمكن الأخذ بعين الاعتبار أن المعايير المشار إليها سابقا يصعب الاعتماد عليها لاستخلاص الإرادة الضمنية في العقود الإلكترونية كما هو الحال بالنسبة لمكان تنفيذ العقد فإن كان من الممكن تحديده في التسليم المادي فإنه يصعب في حالة التنفيذ غير المادي كبرامج الحاسوب ، و المصنفات الأدبية التي يتم تنفيذها على شبكة الإنترنيت مباشرة، لذلك يصعب التعويل على اللغة أو العملة المتفق عليها لأن تحريرها غالبا ما يكون باللغة الإنجليزية و الدفع يكون بالعملة الصعبة مثل الدولار و اليورو[72].

الملاحظ من خلال المادة 18 من القانون المدني الجزائري أن المشرع أقر ضابط الإسناد المتعلق بالعقود الدولية، غير أنه ورد عاما حيث أقر حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على علاقاتهم العقدية دون تحديد أنواع هذا الاختيار على عكس المشرع المصري في المادة 19 من القانون المدني المصري الذي أخذ بالإرادة الصريحة و الضمنية و التي تستفاد من ظروف الحال.

---

[70] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 66.

[71] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع نفسه، ص 67.

[72] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق ، ص 54.

- **الفرع الثالث: حالة عدم الاختيار**

استقرت معظم النظم القانونية –كما اشرنا سابقا- على مبدأ حرية طرفي العقد الإلكتروني الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي سيحكم العقد المبرم بينهما، و يعد هذا المبدأ قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وفقا لما ذهب إليه أغلبية التشريعات الوطنية كما أكده الرأي الفقهي الغالب في القانون الدولي الخاص المعاصر على إخضاع الالتزامات العقدية للقانون الذي اتفق عليه الطرفان فهذه هي الإرادة الصريحة، أو في إخضاع العقد إلى القانون الذي تشير إليه ملابسات التعاقد و ظروفه و هذه هي الإرادة الضمنية[73].

إذ لم يتفق الطرفان في العقد الإلكتروني على اختيار القانون الذي سيتولى تنظيم مسائله القانونية، تعبيرا صريحا أو تعذر في نفس الوقت استخلاص إرادتهم الضمنية، فإن هذا لا يصح أن يكون مدعاة للامتناع عن الفصل في النزاع من قبل القاضي و إلا اعتبر منكرا للعدالة، و إنما وجب عليه الاجتهاد من أجل التوصل إلى أنسب الحلول التي كان يتطلع إليها الطرفان.

إن القاضي الذي طرح عليه النزاع وجب عليه تحديد هذا القانون، و لا يجوز له أن يخضع العقد مباشرة، و ذلك بالإسناد إلى عوامل و مؤشرات موضوعية تبين ارتباط العقد بقانون معين و التي قد تكون روابط مرنة، كما يسميها البعض الأداء المميز و قد تكون روابط جامدة معروفة مسبقًا لدى المتعاقدين[74].

غير أن القاضي في هذه الحالة لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بل يفرض عليها إرادة غير موجودة فعلاً، و يقيمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية ذاتها أو من ظروف و ملابسات الحال و هي ما يطلق عليها الإرادة المفروضة فتحل إرادة القاضي محل الإرادة المتعاقدين، و ذلك بالإسناد إلى مؤشرات و عوامل موضوعية بعد تركيز الرابطة العقدية ، و وزن مراكز الثقل فيها، ما لم يكن المشرع قد حددها مسبقًا بضوابط الإسناد، كما كمان إبرام العقد أو تنفيذه أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك[75].

هذا ما تتولى دراسته بنوع من التفصيل فيما يلي:

أوّلاً : الإسناد الجامد للرابطة العقدية:

استقر فقه القانون الدولي الخاص قديما على إعتماد على معايير و روابط ثابتة مرتبطة بإرادة الأطراف بوصفها إسناد معبرًا عن الصلة الوثيقة التي تربط العقد بقانون معين في حالة عدم وجوب إرادة صريحة معبرة عن ذلك القانون الواجب التطبيق أو

---

[73] محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2011، الطبعة الثانية، ص151.

[74] هشام علي صادق، ، المرجع السابق، ص 548 و ما بعدها.

[75] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 473.

الإرادة ضمنية له[76]. و يقصد بالإسناد الجامد أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية وفقا لما يراه المشرع مثل قانون الجنسية أو موطن الأطراف أو قانون بلد تنفيذ العقد ،و هو بذلك يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية المطروحة، و ظروف التعاقد هذا ما يتعارض بالنتيجة مع الرابطة الأوثق صلة و القانون الواجب التطبيق في شأنها[77].

نجد أنّ أغلب القوانين الوطنية تبنت هذا الاتجاه و أعطت موقفا حاسما كالمشرع الجزائري الذي منح للقاضي حق تطبيق رابطة الإسناد بمقتضى المادة 2/18 قانون مدني جزائري و هما :

- قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.
- قانون مكان الإبرام

إنّ المشرع الجزائري ألزم القاضي في تعيين للقانون الواجب تطبيق في حالة غياب الإرادة الصريحة أو ضمنية، بإتباع ضوابط الإسناد الاحتياطية، كما أوردها المشرع بالترتيب على اعتبارها قرائن بسيطة تسهيلاً منه لمهمة القاضي في أعمال القانون الأوثق صلة بالعقد، و حتى و إن اختلف موقف القانون المقارن في ترتيبها حسب أهميتها[78].

كما سار المشرع المصري على هذا النهج في المادة 19 من القانون المدني غير أن الفقه المصري اختلف حول تفسير عبارة "ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف أن القانون الآخر هو الذي يراد تطبيقه" حيث يقدر الفقه المصر الغالب أن المشرع المصري لم يأخذ بالإرادة المفترضة و إنما أخذ بالإرادة الصريحة في عبارة "ما لم يتفق المتعاقدان- و بالإرادة الضمنية في عبارة "أو يتبين من الظروف أن القانون الآخر هو الذي يراد تطبيقه" و في حال تعذر ذلك فإن القاضي يتبع ضوابط الإسناد الاحتياطية في تحديد قانون الواجب تطبيق الوارد في المادة السابقة و هي الموطن المشترك و مكان إبرام العقد[79].

في حين يرى اتجاه آخر أن الفقه المصري في معرض تعليقه على العبارة السالفة أن المشرع المصري أعطى للقاضي حرية كامل و سلطة تقريرية في تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد في ظل غياب الاتفاق و عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية دون التقيد بالضوابط الإسناد الاحتياطية الواردة في المادة 1/19 من القانون المدني المصري و هذا ما يستشف من العبارة الواردة في نص المادة "ما لم يتبين من الظروف أن القانون الآخر هو الذي يراد تطبيقه" و لا نفسر هذه العبارة على أنها اختيار صريح لأنه مشار إليه في عبارة

---

[76] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 324.

[77] محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 153.

[78] زروتي طيب، قانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 244.

[79] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 56.

"ما لم يتفق المتعاقدان" ذلك أن المشرع المصري يساوي بين الاختيار الضمني و الصريح فيما عدا الحالات التي يتفق الطرفان أو يلزم فيها القانون أن يكون التعبير صريح[80].

و حسب رأي الأستاذ صالح المنزلاوي فإن المشرع وضع بين يدي القاضي ضابطي إسناد احتياطيين يعمل بهما على سبيل التوالي إذ لم يتمكن من الوصول إلى العنصر الذي يمثل مركز ثقل في العقد.

و نجد من التشريعات الغربية التي لازمت الإسناد الجامد للرابطة العقدية في ظل غياب اتفاق الأطراف صراحة أو ضمنا منها القانون الدولي الخاص الإيطالي رقم 218 الصادر في 13 مايو 1995 بموجب المادة 25 منه على أنه في حالة عدم الاتفاق و ظل غياب إرادة لأطراف فإن هذه العقود يسرى عيلها قانون الجنسية المشتركة إذا تحدت جنسيتها فإذا تعذر ذلك فقانون دولة محل الإبرام العقد.

و كذا نجد القانون المدني الاسباني في المادة (5/10) و كذا القانون المدني البرتغالي في المادة 42 ،على أن يطبق في حالة عدم الاختيار الصريح أو الضمني قانون الموطن المشترك ثم قانون محل الإبرام ما عدا في العقود التبرعية فإنه يعمل بقانون دولة محل إقامة المتبرع[81].

غير أن إعمال مثل هذه الضوابط قد يثير صعوبات تطبيقها على العقد الإلكتروني الدولي. و سوف يتولى تفصيل هذه الضوابط كما هو وارد ترتيبها في المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

1- ضابط قانون الموطن المشارك:

إن تحديد الموطن يعتمد على الربط بين الشخص و المكان برابط قانوني، و لذلك فإن الفقه يعرفه بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله، حيث أعطت غالبية القوانين الأفضلية لهذا المعيار باعتباره القانون الذي اعتادوا أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، الأمر الذي يجعلهم يوقعون آثار تطبيق هذا القانون[82].

إن اشتراك أطراف العقد الإلكتروني الدولي في الموطن قَلّمَا يحصل على صعيد التجارة الدولية حتى، و إن حدث فإنه لا يعني حقًا أن الأشخاص المتعاقدة متحدة في الموطن لأن موطن الأطراف غير معروف و التصريح به لا يعكس ذلك.

---

[80] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع نفسه، ص 57.

[81] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 325- 326.

[82] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 333-334.

و بتحقق الاشتراك يكون قانون الموطن المشترك كضابط احتياطي، و لعل الانتقاد الموجه لهذا الضابط بأنه مجرد افتراض قانوني يدل على مركز ثقل التصرف على وجه اللزوم و هو الموطن المشترك، إضافة إلى أن العقد الإلكتروني لا يرتبط بالمتعاقدين ماديًا دون الاعتراف بالجغرافيا و حدود الأقاليم و إن البحث عن موقع الأطراف كان الخيط الوحيد الذي تتعلق به قواعد الإسناد[83].

2- ضابط الجنسية المشتركة :

اختلفت معظم التشريعات حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة لدى الأطراف المتعاقدة، كما اختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة فاعتبره بعض أحكام القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة بينما اعتبرته أحكامًا أخرى دليلًا على الإرادة الضمنية[84].

إن غالبية التشريعات بما فيها التقنين المدني الجزائري الذي جعل من الجنسية المشتركة ضابطا من الضوابط الاحتياطية المعتمدة في تعيين القانون الواجب التطبيق في ظل غياب الاختيار الصريح و الضمني غير أن من الفقه من ينتقده بشدة على اعتباره لا يعد ضابطًا مؤشرًا في معاملات و العقود الدولية، و لا يصلح حتى لإضفاء الطابع الدولي على العقد، كما أننا نرى عنصر الأجنبية الذي يتخلل الرابطة العقدية في العقد الدولي عادة ما تكون مرتبطة بجنسية الأطراف، هذا ما أكدت عليه اتفاقية فيينا في مادتها (3/1) على أن "... لا تأخذ في الاعتبار جنسية الأطراف..."و بالتالي فإنه لا يمكن التعويل على ضابط الجنسية في العقد محل الدراسة[85].

3- ضابط قانون مكان إبرام العقد:

إن العديد من التشريعات تستند إلى ضابط محل إبرام العقد حالة انتقاء الإرادة الصريحة و الضمنية و يعلل أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد لقانون إبرام العقد بأنه يمثل الصلة الأوثق التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول و أنه يمثل القانون الأنسب لمعرفة سلامة بنود العقد من الناحية القانونية مع ضمان لوحدة تطبيق القانون لحكم العلاقة العقدية[86].

---

[83] إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، المرجع السابق، ص 68-69.

[84] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 333.

[85] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 475.

[86] محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 153-154.

لكن رغم المزايا الذي يتمتع بها هذا الإسناد إلا أنه لم يسلم من النقد الموجه إليه، ذلك أن مكان إبرام العقد قد يتم بناءا على ظروف عارضة محض الصدفة خصوصا في ظل الانفتاح العالمي[87].

و إن العقد الإلكتروني قد يكون محل إبرامه بصفة عارضة كأن يتم عبر حاسوب نقال لتضمن لشخص متجول من دولة لأخرى أو يبرم من خلال مقاهي الإنترنيت و هذه الأمور كلها تجعل الأمر مسألة عرضية[88].

كما أن الاعتماد على ضابط مكان العقد قد يؤدي إلى الإخلال بالأمان القانوني الذي ينشده الطرفين لأن العقد الإلكتروني مرتبط بكافة الدول المتصلة بالإنترنيت، ذلك أن إسناد العقد لقانون محل الإبرام يصعب تحقيقه في التجارة الإلكترونية التي تتم في شبكة عابرة للحدود، كما تبنت العديد من الاتفاقيات الدولية ضابط قانون مكان التنفيذ منها اتفاقية بروكسل لعام 1968 و التوجيه الأوربي رقم 33-2001 الصادر في 22 ديسمبر 2000 المتعلق بالاختصاص القضائي و الاعتراف و تنفيذ الأحكام في المجالين المدني و التجاري التي حلت محل اتفاقية بروكسل ابتداءا من الفاتح مارس 2002 كي تتلاءم مع قواعد التجارة الإلكترونية المادة الخامسة[89].

إن أغلبية المتعاملين الاقتصاديين و المتعاقدين بوجه الخصوص يعتبرون التنفيذ العنصر المؤثر و هو أساس التعاقد، فالقانون الواجب التطبيق في ظل غياب الإرادة هو قانون مكان محل التنفيذ[90].

ثانيًا : الإسناد المرن :

في ظل غياب اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على التزامهم فإنه يتم تحديد هذا القانون على بناء أسس موضوعية بحسب طائفة العقود التي تنتمي إليها الرابطة العقدية موضوع النزاع في ظل مصالح الدولة المرتبطة بالعقد و أيضا مصالح الغير[91]و هذا ما يعبر عنه بنظرية الأداء المميز لذلك سنحاول دراسة هذا الضابط من خلال التعرض لتعريف النظرية و مدى تطبيقها على العقد الإلكتروني الدولي.

التعريف بنظرية الأداء المميز[92]

---

[87]محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع نفسه، ص 154.

[88]حمودي محمد ناصر، المرجع نفسه، ص 474.

[89]صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 329-330.

[90]صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 331.

[91]محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 134.

[92]محمود محمد ياقوت، المرجع نفسه، ص134، أنظر هامش (4).

تعتبر هذه النظرية أساسًا لإسناد العقود الدولية، في حال سكون الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد ولعل أول من تبنى هذه النظرية كل من ألمانيا و سويسرا .

و تقوم نظرية الأداء المميز على التركيز الموضوعي المسبق للرابطة العقدية نظرًا لطبيعتها الذاتية بغض النظر عن إرادة المتعاقدين التي تشير إليها الظروف و ملابسات التعاقد، حيث يتم إسناد العقد لمحل التنفيذ المفترض لهذا الأداء و الذي افترض فيه أن يتم في محل إقامة المدين بهذا الأداء أو في مركز إدارة أعماله، إذا كان شخص اعتباري.

فلا ينطبق هذا القانون باعتباره قانون وطني إقليمي في محل إقامة المدين لهذا الأداء و إنما يعتبر نظام قانون للعقد.

و من أجل ضبط فكرة الأداء المميز على وجهه الأمثل تصدى الفقه و القضاء إلى تقسيم العقود إلى فئات تضم كل فئة العقود ذات الطبيعة الواحدة و التي يمكن أن تتماثل في شأنها فكرة الأداء المميز، فوجدت لكل طائفة قاعدة الإسناد و تشير إلى القانون الواجب التطبيق بمحل إقامة المدين لهذا الأداء، مثال ذلك تخضع عقود بيع المنقولات المادية لقانون محل إقامة البائع، و عقود التأمين لقانون إقامة المؤمن، و عقود المهنيين كالطبيب و المحامي،...، لقانون إقامتهم، حيث يعتبر أداؤهم المميز لهذه العقود و بهذه المثابة يكون المتعاقدين على دراية بالقانون الذي يحكم علاقاتهم العقدية، رغم سكوتهم عن اختيار قانون العقد الأمر الذي يصون توقعات الأطراف و يحقق لهم الأمان القانوني لاستقرار المعاملات الدولية.

مفهوم الأداء المميز : يعرفه الأستاذان Lagard و Givtiano اللذان وضعا التقرير المصاحب لاتفاقية روما بأنه الأداء الذي من أجله يتم دفع المقابل النقدي[93].

و يعرفها فقه آخر بأنه ذلك "الأداء الذي يؤدي الملتزم به في العقد و الذي يقابله من الطرف الآخر أداء نقدي"[94].

تطبيقات نظرية الأداء المميز على العقد الإلكتروني الدولي :

لقد لاقت فكرة الأداء المميز استحسان و قبولاً لدى فقهاء التجارة الإلكترونية[95] لكون الإسناد فيها مسبق التحديد وقت الإبرام العقد حيث تقوم على افتراض أن محل التنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين لهذا الأداء مما يضمن وحدة القانون و عدم تجزئة العقد، و بهذه الفكرة يظهر لنا تمييز العقود عن بعضها[96].

---

[93] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 122.

[94] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 336.

[95] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 336.

[96] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 477.

إذا كانت نظرية الأداء المميز تلاءم عقود التجارة الدولية التقليدية، فإنه يمكن الأخذ بها في مجال التجارة الإلكترونية خاصة في العروض التي يصعب فيها توطين العقد مكانيًا أي محل الإبرام و محل التنفيذ على الخط مباشرة[97].

و من الأمثلة على تطبيق نظرية الأداء المميز، تلك العقود التي أبرمتها شركة الأمازون -و هي شركة مشهورة ببيع الكتب على شبكة الإنترنيت- حيث يقوم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه و بعدها تقوم الشركة بتحميل الكتاب من خلال شبكة الإنترنيت و تخزينه مباشرة على جهاز المشتري فيظهر العنصر المؤثر في الأداء المميز لهذه العلاقة العقدية و المرتبط أساسًا بعنصر التسليم أو التحميل، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون الدول التي يوجد بها منشأ الشركة البائعة[98].

و في عقود الوساطة و التمثيل التجاري نفترض أن شخص جزائري باستعمال موقع إلكتروني للبيع من خلاله في تونس، و تعاقد مع وسطاء تجاريين في مصر و ليبيا و المغرب، لبيع منتجاته ثم قام الوسطاء بإبرام عدة عقود بيع ففي هذه الحالة فإنه يصعب على القاضي تجديد القانون الواجب التطبيق خاصة أن الوسطاء قد قاموا بإبرام العقود في دول مختلفة خارج دولهم، سيجد نفسه في دائرة تنازع القوانين كل من قانون دولة تسجيل المواقع و قوانين الدول التي يوجد بها مركز الوسطاء، و قانون الدولة التي يوجد بها المشتري، و لذلك فإن تطبيق نظرية الأداء المميز تسهل عملية القاضي و ذلك باعتبار القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي يوجد فيها منشأة الوسيط باعتباره صاحب الأداء المميز[99].

أما في حال تعدد أماكن ممارسة الأنشطة الاقتصادية، فإنه يأخذ بالمنشأ محل الاعتبار الذي تربط به السلعة المراد بيعها، و يظهر ذلك من خلال عنوان الموقع الإلكتروني Web site و في حال تعذر معرفة ذلك فإنه يأخذ بقانون المشتري بوصفه الدائن بالأداء المميز[100].

---

[97] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع نفسه ، ص 128.

[98] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 129.

[99] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع نفسه ، ص 128.

[100] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع نفسه ، ص 131.

المبحث الثاني: مدى ملائمة القانون الوطني لتطبيقه على العقد الإلكتروني

إنّ تطبيق قواعد القانون الوطني من خلال إعمال منهج التنازع على العقد الإلكتروني الدولي الذي يتم إبرامه عبر شاشات الحواسيب الآلية، يثير العديد من الصعوبات و الإشكاليات القانونية، لعل السبب يعود إلى طبيعة التعاقد الإلكتروني إذ يستند و يستمد هذه الطبيعة من الوسيلة المعتمدة و الوسيط الإلكتروني.

إنّ العالم الذي تتم فيه العقود –محل الدراسة- هو عالم افتراضي، غير مادي و غير ملموس، و لا يعترف بأية حدود جغرافية أو سياسية هذا ما يتنافى مع المناهج التي أقرها القانون الدولي الخاص و التي تعد سبب في وجوده.

و إزاء تلك الصعوبات و المشاكل التي يثيرها انتهى جانب من الفقه إلى التسليم بعدم صلاحية التنازع لتنظيم العلاقات و العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنيت في

حين حاول الجانب الآخر إعطاء حلول و اقتراحات تفاديًا لهذه الصعوبات التي تعترض تطبيق منهج التنازع على تلك المعاملات[101].

ونتيجة لذلك سنتناول دراسة ما مدى ملائمة قواعد القانون الوطني لحكم العقد الإلكتروني الدولي من خلال التعرف على منهج التنازع و أزمته في المجال الإلكتروني، ثم ندرس الصعوبات و الإشكاليات التي يثيرها هذا المنهج.

المطلب الأوّل: أزمة منهج التنازع و عقود التجارة الإلكترونية

يعتبر قانون الإرادة من الوسائل الفعالة لحل مشكلة تنازع القوانين في ميدان العقود الإلكترونية، فهي قاعدة تمنح للمتعاقدين من تحديد القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية ذات الطابع الدولي، من خلال منحهم الحرية في الاختيار، بما يوفر لهم الحماية القانونية و يزرع الثقة و الطمأنينة.

و ما دام القانون يعترف للأطراف المتعاقدة في مجال التجارة الإلكترونية بحرية الاختيار للقواعد القانونية التي تحكم عقدهم، فما الذي يمنع من استخدام هذه الرخصة؟ خاصة و أنهم أدرى بالقانون الذي يحقق مصالحهم و يستجيب لسرعة التجارة الدولية و ازدهارها عبر الدول.

غير أن تطبيق منهج التنازع التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي الخاص على عقود التجارة الدولية قد اثبت عدم صلاحيته بحكم هذه العلاقة العابرة للحدود، و تدق الصعوبة أكثر في ظل التعاقد الإلكتروني عبر شبكات الاتصالات الدولية بالنظر إلى طبيعتها الرقمية و الافتراضية.

[101] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 347.

ثم إنّ المنهج قد واجه العديد من الانتقادات حالة تطبيقه على أي عقد تجاري ذو طابع دولي، نفس الإشكال نجده في حال تطبيقه على العقد الإلكتروني.

لذلك تمت الدراسة من خلال التعرف على قواعد الإسناد و منهج التنازع، ثم ظهور أزمة المنهج خاصة في التجارة الإلكترونية.

- **الفرع الأوّل: ماهية منهج تنازع القوانين**

المقصود بتنازع القوانين في المعنى الاصطلاحي في القانون الدولي الخاص بأنه تزاحم بين قانونين متعارضين أو أكثر بحكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي[102].

و من المعلوم أن سلطان القانون محدود بسيادة الدولة و لا يمكن أن ينفذ قانون أجنبي داخل الإقليم الوطني إلا بإذن من المشرع، فإذا كانت عناصر العلاقة أو الرابطة القانونية وطنية ضمن نطاق دولة واحدة، فلا تكون بصدد تنازع القوانين، بمعنى أخر لا تثور مشكلة تنازع القوانين لأن العلاقة القانونية بجميع عناصرها خاضعة لقانون واحد و لكن إذا اتصلت هذه العناصر بأكثر من قانون كقانون الجنسية أو قانون الموطن أو قانون مكان الإبرام، و ينتج عن تعلق القوانين هذا تزاحم و تنازع بينها كما يستلزم معرفة أي هذه القوانين يجب أن تخضع له العلاقة القانونية و يدعى ذلك بتنازع القوانين[103].

و فيما يلي توضيح لمفهوم لتنازع القوانين و المقصود بقواعد الإسناد:

أوّلاً : التعريف بتنازع القوانين .

كانت الدول قديمًا لا تطبق إلاّ قوانينها، و لا تعترف بالقانون الأجنبي، فكان الأجانب محرومين من الشخصية القانونية، غير أنّ ازدياد العلاقات بين الدول أدى إلى التخفيف من تعصب الدولة في تطبيق قوانينها و تطبيق قانون أجنبي.

أما بالنسبة لتنازع القوانين فإنها ترجع منذ أوائل القرن الثالث عشر، عندما اتسع نطاق التجارة الدولية، حيث بدأ التفكير في إيجاد موازنة بين إقليمية القوانين و شخصيتها، و اتضح للدولة أن التمسك بالمحافظة على سيادة القوانين المحلية على إقليمها لا يستلزم حتمًا سوء معاملة الأجانب، و أنّه من الممكن التسامح معهم و تركهم لحكم قوانينهم الشخصية، دون أن ينقص ذلك من سيادة القانون المحلي، و من هنا بدأت تبرز نظرية الإسناد في جذورها الأولى، الأمر الذي دفع بالدول إلى إجراء موازنة بين قوانينها و قوانين

---

[102] الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين المغربية، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة 2000، ص 47.

[103] أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2009، ص 122.

الدول الأخرى مع اشتراط على عدم الإضرار بمصالحها و أن لقوانينها فضل الرعاية في تطبيق القانون الأجنبي هذا ما سار عليه كل من القانون المصري و العراقي و الجزائري.

و بناء على ذلك فإن مسالة تنازع القوانين لا تحكم القضايا الوطنية بجميع عناصرها و إنما لابد أن تتضمن أية قضية جانبا أجنبيا أو أكثر، حيث يسري أكثر من قانون دولة يعطي الاختصاص لنفسه بتنظيم الحالة المتنازع عليها أو لتنظيم قواعدها[104].

و تنازع القوانين مصطلح قانوني لا ينطبق على المفهوم اللغوي، فلا يقصد بتنازع القوانين النزاع الحقيقي بينهما الذي يصل إلى مرحلة المنازعة، و إنّما يقصد به أن حالة معينة يمكن أن تحكمها قوانين دول متعددة.

و بناءًا على ذلك يمكن تعريف تنازع القوانين بأنه "تطبيق قانون دولة أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية لحسم علاقة تتضمن عنصر أجنبي أو أكثر".

"أو أنه تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية أجنبية في أحد عناصرها على الأقل". فالتنازع لا يظهر إلا في حالة اختلاف الحلول التي تضعها قوانين في حكم حالة معينة.

و على هذا نرى أن تنازع القوانين لا يقوم على أساس تزاحم هذه القوانين لحكم حالة معروضة أمام القاضي ذلك أن قواعد الإسناد لقانون دولة القاضي تشير إلى تحديد قانون معين، و إن القاضي ليس أمامه خيارات متعددة تسمح له بتفضيل إحداها على الأخرى.

و مما تقدم ذكره و حتى نكون أمام التنازع لابد أن تكون بصدد علاقة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي و أن تتوافر الشروط التالية:

1- امتداد العلاقة القانونية المعروضة إلى أكثر من إقليم دولة أي تعدد أقاليم الدول.

2- أن يكون المشرع الذي عرض عليه النزاع –أي أمام محاكمه- قد أفسح المجال لتطبيق القانون الأجنبي، إذا لو اعتنق كل مشرع مبدأ إقليمية القوانين إقليمية مطلقة ما كان هناك مجال لتطبيق قانون أجنبي، حيث أننا نجد اعتناق التشريعات إما بالشيء القليل أو الكثير لمبدأ امتداد القانون[105].

---

[104] سهيل حسن الفتلاوي، القانون الدولي الخاص، الناشر المكتب المصري لتوزيع المطبوعات2002، ص 201-202.

[105] تعريف لبعض المصطلحات القانونية :

إقليمية القوانين: معناها سريان القوانين على كل إقليم بما يحويه من أشخاص و أموال و أشياء، و ما يحدث من وقائع قانونية، دون أن تجاوز حدود سيادة الدولة.

3- أن تكون القوانين التي يمكن أن تحكم العلاقة القانونية المعروضة مختلفة في أحكامها[106].

4- يجب أن يكون التنازع بين القوانين الخاصة وحدها و هي القوانين المدنية، التجارية و الأحوال الشخصية لأن هذه القوانين تعني بالحياة الخاصة للأفراد.

أما القوانين العامة كقانون العقوبات و القوانين الدستورية فلا يحصل فيها التنازع لأنها تمس بالمصلحة العامة للدولة[107].

إنّ حل مشكلة التنازع يتم بواسطة إعمال قواعد الإسناد الوطنية فهي التي ترشد القاضي إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق ذات العنصر الأجنبي هذا ما يتم بحثه في النقطة التالية.

ثانيًا : مفهوم قواعد الإسناد

تعرف قاعدة الإسناد على أنّها قاعدة قانونية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي، و هي قاعدة من صنع المشرع الوطني، و بمقتضاها يختار من بين القوانين المتزاحمة أكثرها ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية، بما يحقق مصالحه الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية[108].

و تقسم قاعدة الإسناد إلى ثلاث أركان أساسية هي :

1- الفكرة المسندة: حيث تكفلت قواعد الإسناد إلى تصنيف المراكز و العلاقات إلى فئات مختلفة، هذه الفئات ما اصطلح عليها بالأفكار المسندة، و تتضمن كل فئة أو الفكرة المسندة المراكز و العلاقات المتقاربة أو المتشابهة.

2- ضابط الإسناد: و هو المرشد أو المعيار الذي يرشد القاضي إلى قانون الواجب التطبيق على المركز القانوني. يأخذ ضابط الإسناد صورتين و هما ضابط الإسناد البسيط أي وجود ضابط واحد، و الصورة الثانية هي ضابط الإسناد المركب حيث يهدف إلى ربط العلاقة لأكثر من قانون.

امتداد القانون: معناه تطبيق القانون على الأشخاص و الأحوال أو الوقائع القانونية خارج إقليم الدولة أي تجاوز حدودها السياسية و حدود سيادتها.

شخصية القوانين: معناها أن يتعلق القانون شخص أي يسري على حالته و أهليته

[106]علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005، ص 25.

[107]أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 124-125.

[108]حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 23.

3- القانون المسند إليه: و هو القانون الواجب التطبيق و الذي يحكم الفكرة المسندة و قد يكون وطنيًا أي قانون القاضي و قد يكون أجنبيًا.

و قد تتميز قواعد الإسناد الوطنية بأنها غير مباشرة إنما يقتصر دورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ذو العنصر الأجنبي، و هي قواعد مزدوجة الجانب أي أنها قد تشير إلى تطبيق قانون وطني لدولة القاضي و قد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، كما أنها تتسم بالطابع الشكلي حيث يقتصر دورها إلى تحديد القانون الأقرب صلة بالمركز القانوني إذ تعتبر محايدة،

و بهذه المثابة تعد قواعد الإسناد آلية تكتفي بتحقيق عدالة شكلية و هي إسناد العلاقة محل النزاع بطريقة تلقائية إلى أكثر القوانين ارتباطا بهذه العلاقة وفقا للسياسة التشريعية لدولة القاضي، و ذلك بغض النظر عن النتائج المادية الملموسة التي تؤدي إليها هذا التطبيق، فقواعد الإسناد تهدف إلى تحقيق ما يعرف بعدالة القانون الخاص و ليس العدالة المادية[109].

و القاضي عندما يتصدى لإعمال قاعدة الإسناد لابد من أن يكشف أولا عن مضمونها، غير إن تفسيرها يثير مشاكل خاصة مثل التكييف و الإحالة، حيث يعتبر التكيف مسألة تتعلق بالفكرة المسندة و هو إعطاء الواقعة أو المركز القانوني الطابع القانوني الذي يدخلها في طائفة معينة من طوائف المسائل القانونية، تمهيدا لإعمال حكم القانون عليها في إطار الفروع المختلفة، و تعتبر نظرية التكيف آلية فنية لوضع قاعدة الإسناد موضع الإعمال و الحركة، الأمر الذي دفع الأستاذ بارتان " Barttan " إلى القول أن التكييف يعد أساس وجود القانون الدولي الخاص بأكمله، و حيث أنّه أخضع التكييف لقانون القاضي على أساس فكرة السيادة لهذا يتعين الرجوع إلى المشرع الوطني لبيان مدى هذا التنازل و حدوده، و لقد تبنت غالبية التشريعات و الفقه الحديث نظرية بارتان[110]، فالمشرع الجزائري اعتنق هذه النظرية بموجب المادة 09 من القانون المدني الجزائري، "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوبة تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه".

إذا تصدى القاضي الوطني لإعمال قاعدة الإسناد فأشارت بتطبيق قانون أجنبي ففي هذه الحالة هل يتعين على القاضي اللجوء إلى القواعد الموضوعية أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي هذا ما يسمى بالإحالة، و هي نظرية تعني بتطبيق قواعد الإسناد للقانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة وفقا لقواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت هذه الأخيرة و كان التنازع سلبي، فمن التشريعات التي تبت فكرة الإحالة من الدرجة الأولى كالمشرع الفرنسي و المشرع الجزائري و من التشريعات من يرفض الإحالة بنص صريح كالمشرع المصري و المشرع الإيطالي و السويسري و الكويتي.

---

[109] حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 33.

[110] حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المرجع نفسه ، ص 63 إلى 115.

- **الفرع الثاني: أزمة منهج التنازع**

لا جدال في أن قواعد التنازع قد اعتبرت الوسيلة الأساسية أو المثلى في فض المنازعات ذات العنصر الأجنبي، ثم تعددت مناهج القانون الدولي الخاص بحثا عن إيجاد أفضل الحلول و أنسبها للوضع محل الدراسة.

لقد أصبح منهج قاعدة التنازع محل استهداف من قبل بعض الفقه، ما لبث أن تحولت إلى هجمات و تشكيك البعض في أفول نجمها على الرغم من الرسوخ الذي اكتسبته عبر السنين، و أصبح الفقه القانوني يكتب عما أسماه بأزمة تنازع القوانين أو أزمة قاعدة التنازع مثل الفقيه الألماني Kegel و الفقيه Newhaus و تبعهم في ذلك الفقيه الألماني Farancescakis في معرض تأييده للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية ما عبر عنه بقانون التجار، حيث استهدفت هذه الدراسات انتقادات و حرمان قاعدة التنازع من صدارتها[111].

و من الانتقادات الموجهة إلى منهج التنازع أنه يتسم بالشدة التعقيد لأنه يعتمد على نظريات مبهمة كنظرية المسألة الأولية، و نظرية صراع النظم، و نظرية تجزئة العقد[112] بالإضافة إلى أن قواعد التنازع تأتي بحلول تستجيب لمفهوم القاضي للعدالة أكثر من كونها إعمال لقاعدة مجردة منضبطة خاصة في التشريعات التي تتخذ من القضاء مصدرا لها أكثر من التشريع مما يؤدي إلى تحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق فكرته الشخصية عن العدالة[113].

كما أخذ على منهج تنازع القوانين أن قواعد الإسناد التي يقوم عليها هذا المنهج هي قواعد غير مباشرة تعمل بطريقة آلية لتحديد القانون الأكثر اتصالا بالرابطة العقدية دون النظر إلى مضمون هذا القانون أو آثار تطبيقه على النزاع[114] ذلك لاختلاف التشريعات في تنظيمها، بل وحتى في نفس القانون الوطني نجد أن المشرع لن ينظم العلاقات الخاصة الدولية تنظيما قاعديا يكفل في حد ذاته الحل المباشر الواضح لكل حالة، و إنما اكتفى بتحديد القانون الواجب التطبيق على كل علاقة يدخلها العنصر الأجنبي و التي تجد حكمها من خلال قواعد الإسناد[115].

و لما كان المجتمع الدولي له ظروفه و معطياته الذاتية و مشكلاته الخاصة التي تميزه عن المجتمع الداخلي، فإن ذلك يقتضي وجود قواعد تتماشى و حاجات التجارة الدولية، بعد أن ثبت عجز و عدم ملائمة قواعد القانون الوطني للعلاقات التجارية الدولية و بعد أن

---

[111] أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية 2003، ص10.

[112] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 80.

[113] أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع نفسه ، ص 13.

[114] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 185.

[115] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق ، ص 171.

أصبحت العقود الدولية هي الأداة الوحيدة لتبادل الثروات عبر الحدود و تنوعت أنماط هذه العقود بصور لم يعرفها القانون الوطني[116].

و من العيوب التي وجهت لقواعد الإسناد في المنهج التقليدي أنها تفتقد إلى الوظيفة الوقائية أي الحيلولة دون وقوع النزاع بين الأفراد فضلا على أن إعمالها يتطلب القيام بمجموعة من العمليات الفنية التي تسبق تحديد القانون الواجب التطبيق، و من ذلك تفسير قاعدة الإسناد، ثم التكييف القانوني ثم أنه في الأخير قد لا يتوصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق، أو أن العلاقة القانونية لا تغطيها إلا قاعدة إسناد واحدة بصورة يصعب إخضاع كل الجوانب القانونية لذلك العقد لقانون واحد، مما يستدعي البحث عن قوانين أخرى تحكم جوانب النزاع ما يفيد تجزئة العقد ما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة في العلاقات الخاصة الدولية[117].

إن خضوع العقود الدولية في معظم القوانين إلى قانون الإرادة باعتبارها ضابط إسناد أصلي فهذا القانون يشوبه الغموض و عدم اليقين عند غياب الاتفاق الصريح للقانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، و في هذا الحال فإن القاضي يبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة دون النظر إلى الجانب الاجتماعي لتنازع القوانين[118].

لعل هذه أهم الانتقادات التي وجهت لقاعدة التنازع في حالة تطبيقها على العقود التقليدية، غير أن الأمر يزيد تأزما في تطبيقه على العقد الإلكتروني الدولي و هذا ما نتولى تحليله في العنصر التالي.

الانترنيت تتنافى و سبب وجود القانون الدولي الخاص:

إن الطبيعة الخاصة بالإنترنت لا تعترف بالحدود الجغرافية ، فالمكان والزمان عنصران غالبا ما لا يكون لهما أي اثر في أنشطة تبادل المعلومات والعلاقات الناشئة في بيئة الإنترنت، وللإنترنت سمات وخصائص ذات اثر على البناء القانوني والعلاقات القانونية ، فهي واسطة اتصال تنقل فيها المعلومات على شكل حزم، توجه إلى عنوان افتراضي لا صلة له بالمكان بوجه عام ، وليس ثمة طريق اتصال محدد من نقطة إلى نقطة ، إنما انتقال عشوائي يتخير بذكاء أفضل الطرق واقصرها للوصول إلى مقصده النهائي، هذه الحزمة تحمل معلومة أو رسالة بريد الكتروني أو برنامجا أو طلبا أو غير ذلك، وليس ثمة سيطرة مركزية لأحد على الإنترنت، إنها بيئة مملوكة لكافة الأفراد والمؤسسات وليست

[116] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق ، ص 57.

[117] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع نفسه ، ص 172.

[118] أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 14.

مملوكة لأحد، وليس ثمة إطار تقني أو قانوني أو تنظيمي يسيطر مركزيا على الإنترنت بل إن إداراتها والتحكم بها إنما تحكمه طبائعها الذاتية وواقع حركة السير لملايين الاتصالات التي تتم في نفس الوقت[119].

لقد إستقر فقهاء القانون الدولي الخاص، على أن هذا القانون يدين بوجوده لوجود ظاهرة الحدود السياسية الفاصلة بين الدول، و يرى بعضهم أن ظهوره أصلا كان من أجل تذليل العقبات التي تعترض علاقات الأفراد فيما بين الدول المختلفة ما يتولد عنها ظاهرة لتنازع القوانين، و إعطاء الاختصاص التشريعي و القضائي للدول التي لها أوثق صلة بالعلاقة محل النزاع[120].

إن ظاهرة الحدود السياسية الفاصل بين الدول لها تأثيرا بالغ الأهمية على وجود القانون الدولي الخاص إلى حد القول أن وظيفته سياسية أكثر منها قانونية لأن الأمر يقترب من تنازع بين سيادات الدول صاحبة الاختصاص التشريعي و عند تدخل القانون الدولي الخاص لابد من مراعاة أكبر قدر ممكن للاحترام بين الدول و يتأتى ذلك بإعطاء الاختصاص القانوني لدولة التي لها أوثق صلة بالعلاقة القانونية محل النزاع.

ثم إن أهم ما يميز التعامل عبر الشبكة الانترنيت أنها تشكل عالما افتراضيا له أشخاصه و أدواته و لا يعترف بالحدود السياسية أو الجغرافية لتحديد أقاليم الدول، بل يتناساها و يتجاهلها . حيث تقلبت و تغيرت المفاهيم التي استقر عليها الدولي الخاص ذلك أن العقود الإلكترونية الدولية لا تحدها حدود إقليمية لأن شبكة الانترنيت لا تخضع لأية سلطة سياسية و كذا اتسامها بالطابع الانفتاحية و نما ملك للجميع، مما جعل مناهج تنازع القوانين لا تتلاءم و معاملات الإلكترونية فأصبحت لا تعدو أن تكون سوى رحلة عبر الأرقام لا يهتم فيمها المسافر بالدول التي يعبرها و الأقاليم التي يمر بها و ما يهمه فقط الهدف من المعاملة الإلكترونية دون أن يقوم من مقامه مما خذا بالبعض إلى القول بأن المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنيت تقع خارج دائرة القانون الدولي الخاص و نادوا بضرورة استقلال الفضاء المعلوماتي و المجتمع الافتراضي بقواعد خاصة[121].

إنّ المعايير و الضوابط التقليدية للإسناد لا تتلاءم و الجدية و الحداثة التي أسفرت عنها شبكة العالمية للانترنيت خاصة في مجال العقود الإلكترونية الدولية، الأمر الذي صعب كثيرًا من تطبيقها و إعمالها باعتبارها ضوابط مادية مكانية –كمكان التنفيذ، مكان الإبرام، موطن الشخص- في إطار بيئة افتراضية رقمية لا تجيد التعامل بلغة الحدود، غير أنه و لأجل تفادي المناداة بتوقيع شهادة وفاة هذه المناهج مع العقود الإلكترونية، حاول الفقه

---

[119] يونس عرب، الموقع السابق

[120] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 480.

[121] حمودي محمد ناصر، المرجع نفسه، ص 480-481.

أن يفسح المجال لأنصار قواعد من نوع جديد أن يحصروا الصعوبات التي اعترضت تطبيق منهج التنازع محاولة منهم في إيجاد حلول بها[122].

المطلب الثاني: إشكاليات و صعوبات تطبيق القانون الوطني على العقد الالكتروني.

يبدو للوهلة الأولى أن حالة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم و على التزاماتهم العقدية لا يثير أية صعوبات أو إشكاليات ذلك أن الأطراف ارتضوا تطبيقات ذلك القانون الذي صنعته الإرادة المشتركة غير أنه في مجال التعاقد الإلكتروني تظهر الصعوبة ذلك و بالتالي عدم التسليم الكامل بهذه القاعدة.

و إذا كان التحديد لقانون العقد تم باتفاق الأطراف و مع ذلك أثار صعوبات، فإن هذا التحديد من غير إرادة الأطراف يثير العديد من الصعوبات و الإشكاليات تقف عائقا أمام مصالح الأطراف الاقتصادية.

و سيتم التطرق في هذا المطلب للصعوبات و المشاكل التي تثيرها إعمال منهج لتنازع حال تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية، و ذلك من خلال تقسيمه على النحو التالي، الفرع الأوّل صعوبات المتعلقة بالإسناد الشخصي للرابطة العقدية و الفرع الثاني صعوبات

[122] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 478.

التي صعوبة توطين العقد الالكتروني مكانيا وزمنيا ثم دراسة صعوبة تحديد معالم للنظام العام على عقود التجارة الإلكترونية.

• الفرع الأوّل: إشكاليات طبيعة الإسناد الشخصي لقانون الإرادة

ويمكن التطرق للصعوبات التي يثيرها إعمال قانون الإرادة في ظل الإسناد الشخصي من خلال حالتي الاختيار الصريح و الاختيار الضمني.

أ- صعوبات في حالة الاختيار الصريح :

أنه حتى في حالة الاختيار الصريح تثار إشكاليات و صعوبات متعددة حتى بشأن القانون الذي أشارت إرادة صريحة تتمثل فيما يلي:

أوّلاً : إشكالية التراضي

يواجه القاضي المختص بقانون دولته للفصل في النزاع إحدى الإشكاليات الرئيسية في حسم المنازعات تلك العقود، و هي مدى وجود التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، حيث يجد نفسه أمام صورة جديدة للتعبير لم يعدها هو من قبل في العقود التقليدية بالإضافة إلى تعدد صور عيوب الإرادة و التي تفرض عن مدى استيعاب القواعد العامة الموجودة في القانون المدني لهذه الصور.

1- وجود التراضي :

لإبرام أي عقد لابد من توافق إرادتين الإيجاب و القبول، غير أنه و نظرًا لتعدد صيغ الإيجاب و القبول الإلكتروني، حيث يقوم التاجر مثلا بإرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني تتضمن إيجابًا ثم يشير بأنها تحتوي على مرفقات لشروط وبنود التعاقد فيقوم الموجب إليه بقبول العرض ثم يصرح برسالة إلكترونية، وفقًا لشروط الملحق بالرسالة المعدة سلفًا و التي قد يكون بها شروط و بنود مختلفة عن شروط الصيغة المرسلة من الموجب[123].

كما تظهر هذه المشكلة أيضًا في التعاقد عبر شبكة الويب بالعقود النموذجية المعدة سلفًا من قبل الموجب، و بصفة خاصة بين منشأة تجارية و أخرى، حيث يتعذر إدخال تعديل على العرض المقدم من كل متعاقد فنجد أن كل منشأة تقرر القبول وفق الشروط المبينة في ملحق الرسالة الإلكترونية كأن تشترط إحدى المنشآت الإحالة إلى العقود النمطية الدولية مثال ذلك أن يشترك الطرف الأول في حالة تصدير معدات و ماكينات، الإحالة بشأن بنود العقد أي العقد الإلكتروني لتصدير المصانع و الآلات الصادر عن اللجنة الاقتصادية الأوروبية لسنة 1957 فيتقبل الطرف الآخر و لكن بشرط الإحالة إلى العقد النموذجي الصادر عن مجلس المساعدات الاقتصادية المتبادلة لدول أوربا الشرقية لعام

[123] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 168.

1968، فيثار التساؤل حول القبول الذي يحتوي شروط مغايرة لشروط الإيجاب، هل يعتبر إيجابًا مضادًا؟ و لعل سبب هذه المشكلة هو أن الطرفان لا يهتمان بالملحقات و من ثم لا يقوم القابل بقراءتها فينكر أحد الطرفين حجية الملحقات على أساس العبرة بالرسالة الأصلية فقط[124].

تنص المادة الخامسة مكرر من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على الاعتراف القانوني لملحق رسالة البيانات و المشار إليها في الرسالة الأصلية إذا كانت المسائل التفصيلية الموجودة بالملحق لم يتعرض لها الطرفان و اختصر على مناقشة المسائل الجوهرية، و تراضيا بشأنها فيعتبر العقد قد أبرم إعمالاً للقواعد العامة، ما لم يتفق على خلاف ذلك[125].

2- عيوب التراضي في العقود الإلكترونية

سنبحث فيما يلي عن أثر البيئة الإلكترونية على تعييب إرادة المتعاقدين في مجال إبرام العقد الإلكتروني :

1- عيب الغلط : يتصور حدوث في التعاقد الإلكتروني مثال أن يطلب شخص استجار سيارة عن إحدى الشركات العالمية من موقع الويب، فتقدم الشركة بإرسال السيارة بنية البيع و ذلك بموجب عقد الملكية فيما يعتبر العقد باطل لاختلاف طبيعة العقدين[126].

و يقصد بالغلط في التعاقد الإلكتروني هو الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة و إنما يعيبها فقط، فيثور الغلط في حال إبلاغ رسالة الالكترونية أو الإعلان، مثال بيع سيارة بثمن معين و نظرًا لتحريف في الرسالة فإن المبلغ يظهر بمبلغ آخر حيث أن الغلط هنا، و إن كان مجرد غلط مادي إلا أنه قد ترتب غلط آخر و هو وجود تحريف في نقل الإرادة، حيث لاحظ فريق آخر من الفقهاء أن هذا الغلط و إن نتج عن غلط آخر حال دون تطابق عنصري التراضي و إبرام العقد ، إلا أن ذلك لا يمنع من الرجوع على البائع أو مقدم الخدمة بالتعويض و ذلك لغلط منه أو لعيب في الجهاز المستخدم[127].

2- التدليس : هو استعمال الطرق الاحتيالية من أجل إبرام العقد حيث يدخل الكذب

---

[124] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 170.

[125] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه ، ص 170.

[126] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه، ص 172.

[127] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه، ص 173.

في الإعلانات و الدعاية الإلكترونية طالما تجاوز الحد المألوف و كان مؤثرًا في إرادة المدلس عليه فالمستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة المنتوج خاصة إذا قام البائع بخداعه عن طريق استخدام الحيل الإلكترونية في عرض المنتوج أو الخدمة فيجب إبطال العقد للغش الذي يفسد كل شيء[128].

و من أشهر طرق الغش و التدليس المستخدمة في التعاقد الإلكتروني إنشاء موقع إلكتروني لا وجود له على الإطلاق من الناحية الواقعية[129].

3- **الغُبن :** و هو عدم التعادل في التزامات الطرفين فلا يؤثر الغبن في العقد

الإلكتروني لأنه عيب استثنائي في العقود لا يترتب عليه أثر إلا في العقود التي خصها المشرع بذلك، و بشروط المقررة في شأن كل منهم.

4- **عيب الإكراه:** هو الضغط المادي أو الأدبي يوقع الشخص فيولد له رهبة و خوف

ثم حمله على التعاقد.

فلا يتصور وجود إكراه في العقد الإلكتروني لأن كلا الطرفين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي بل افتراضي، إذ من الممكن حدوثه بسبب التبعية الاقتصادية فمثلاً توريد المنتج و احتكار لإنتاجه ثم بيع قطع غياره بشروط مجحفة فيضطر العميل إلى قبولها[130].

3- **صعوبة التحقق من إرادة المتعاقد :**

إن التعبير عن الإرادة إيجابًا و قبولاً عبر شاشات الحواسيب الآلية من الشخص الذي له صلاحية إصدارها ما لم يتم إنكارها لا تثير أية صعوبة بيد أن التعبير عن الإرادة دون تدخل إنساني بواسطة جهاز آلي لا يملك إرادة أصلا، و هو ما يبعث للمتعاقد الشك و عدم اليقين في سياق استخدام الوسائط الإلكترونية[131].

ثانياً : إشكالية تحديد الحالة المدنية و أهلية الأطراف المتعاقدة

---

[128] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه، ص 184.

[129] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه، ص 175.

[130] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه ، ص 177-178.

[131] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 353.

إن المتعاملين عبر شبكة الانترنيت لا يعرفون بعضهم البعض و لا يمكنهم ذلك لأن العنوان الالكتروني الذين يتعاقدون معه قد لا يكون مرتبط بدولة معينة كما هو الشأن في القوانين التي تنتهي بعبارة أو رمز "Com" أو "Org".

ثم إن التحقق من الأهلية يجعل من التصرف القانوني صحيح ذلك متى توافرت في الشخص الأهلية الكاملة لإبرام مثل هذه التصرفات.

و في الحلول المقترحة للتحقق من الأهلية ما ورد في القانوني النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 الخاص بتبادل البيانات إلكترونيًا : "... إن تحديد جميع الرسائل الحالة المدنية للمرسل و المرسل إليه..." و أن يشتمل على إجراءات أمنية للتحقق من الحالة المدنية لمنشئ الرسالة و التحقق من صلاحيتها، كما أوصت المادة 05 من التوجيه الأوروبي الصادر في 8 يوليو عام 2000 سعيًا للتحقق من هوية المتعاقدين و أهليتهم بأن تجعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقي الخدمة بشكل دائم اسمه و عنوانه الجغرافي و عنوانه الالكتروني و اسم التسجيل التجاري المقيد برقمه و أي معلومات أخرى تفيد هويته[132].

و عن مدى صحة تصرفات ناقصي الأهلية في العقد الالكتروني كأن يتصرف قاصر ببطاقة مصرفية لأحد والديه أو استخدام توقيع إلكتروني من غير ذي صاحب الشأن ثم ابرم العقد فإنه يتعين في هذه الحالة ترجيح مصلحة التاجر، و عدم السماح بإبطال العقد ذلك لظهور القاصر بمظهر صاحب الحق –أي صاحب البطاقة المصرفية، أو صاحب التوقيع- ما يفيد بلوغه سن الرشد و ذلك لتعمده إخفاء نقص أهليته و عدم علم الطرف الآخر بها[133].

يفرق القانون الإنجليزي بين نوعين من العقود يبرمها القاصر على شبكة الانترنيت:

- عقود بسيطة مثل الشراء لأشياء ذات قيمة قليلة كالكتب أو الأسطوانات.
- عقود ذات قيمة كبيرة مثل السيارات و العقارات.

حيث قضى القانون بعدم جواز إبطال العقد البسيط أما العقود ذات القيمة الباهظة فيجب أن تخضع للأصل العام تقريرا لمصلحة القاصر حتى لو تضرر التاجر انصياعا لأحكام النظام العام[134] فالاتفاقيات الدولية و التوجيهات أوجبت على الأطراف المتعاقدة في المجال الإلكتروني بأن يفصحوا عن بعض البيانات للتحقق من هويتهم و أهليتهم، دون أن تفرض لهم جزاءات عن عدم الامتثال لتلك التعليمات باعتبار أن المسألة فنية بالدرجة الأولى فهي تحتاج إلى خبراء و متخصصين في التجارة الالكترونية بغية إيجاد حلول تقنية متطورة تساهم في هذا الشأن نذكر منها :

---

[132] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 184-185.

[133] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه، ص 186.

[134] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق ، ص 187.

* تقنية الحائط الناري "Firewall" لتجميع الآليات كالبرمجة و إرسال رسالة تحذيرية في حالة وجود اختراق أو تدخل أجنبي[135].

* تقنية الاستثاق و ذلك عن طريق شهادات التصديق الالكتروني التي عرفها المشرع العربي في قانون التوقيع الالكتروني الصادر عام 2004 في المادة 1 فقرة "و" بأنها : "الشهادة التي تصدر من الجهة المرخصة بالتصديق و تثبت الارتباط بين الموقع و بيانات إنشاء التوقيع" من أمثلة هذه الهيئات شركة "Interclear" التي تستخدم شهادات الزبائن "Certifcate client" و شهادات المستخدم "Server Certificate" للتعرف على المواقع الإلكترونية للشركات مزودة الخدمة، و تأكد من هوية الأطراف الذين يعملون من ورائها، و كذلك شركة "Vervisign" و شركة "Keywitnes" و شركة "Cylink"[136].

* الاعتماد على التوقيع الرقمي المعتمد على التشفير اللامتماثل، إذ يعتمد على على التشفير بالمفتاح العام الذي يفترض التحقق من وظيفة تحديد الهوية و هو المعروض، و مفتاح خاص لا يستخدمه إلا صاحب الموقع و هو ما يلزم مستغله أن يحافظ على سريته، إذ يسهل التوقيع الرقمي لإقامة دليل لتحديد هوية المرخص له بحيث يمكنه من اكتشاف أن الرسالة تم اختراقها من قبل الغير.

* التحقق البيومتري هو عبارة عن دراسة للخصائص الطبيعية الغزيرة للأشخاص، و القابلة لتحديد هويتهم بشكل منفرد و قد اعتمد الفقه الفرنسي أن التوقيع الذي يستخدم مثل هذا النوع من التعرف العضوي، يتعذر تزويده او تقليده و لا يحول أن يتمتع بالحجة المقررة للتوقيع الخطي في الإثبات طالما كان يقدم ذات الضمانات التي يوجزها الأخير[137].

ثالثاً : إشكالية عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية

إنّ اتفاق الأطراف على تطبيق قانون وطني معين على العقد الإلكتروني يعتبر من المسائل الضرورية لاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية في أغلب الأنظمة القانونية فالمتعاقدون عن طريق الوسائط الإلكترونية يتطلعون دائما لمعرفة القانون الواجب التطبيق بما يحقق لهم الأمان القانوني –هذا ما أشرنا إليه سابقًا في حالة الاختيار الصريح- :

و لهذه الأسباب و من أجلها فإن أغلب المتعاملين الاقتصاديين و المتعاقدين على شبكة الانترنيت يحرصون على وضع شرط خاص يحدد القانون الواجب التطبيق و من أمثلة هذه

---

[135] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 380.

[136] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه، ص 188-189.

[137] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق ، ص 202 إلى غاية 204.

العقود، عقد Apple store الذي يحيل العقد إلى قانون دولة كاليفورنيا، كما وضع هذا التحديد كذلك في العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة و الصناعة بباريس[138].

و لا تبدو ثمة صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية هذه العقود و يتماشى و طبيعتها حيث يمكن اللجوء إلى أحكام هذا القانون دون أي صعوبة.

بيد أن الصعوبة تدق في حال اختيار قانون لا يتماشى و طبيعة العقد حيث لا يعترف بحجية هذه العقود في الإثبات و لا يعترف بالتوقيع الإلكتروني و لا ينظم المعاملات الإلكترونية مثال القانون الجزائري الذي لم ينظم هذه المعاملات الإلكترونية و لم يفرز لها المشرع تنظيما خاصا بها، بل لا زالت تكتفي بأحكام القانون المدني حتى و إن كانت لا تتلاءم و الوضع الجديد، فقد يقع الاختيار على قانون مثل هذا، فالقاضي ملزم بالرجوع إلى النظرية العامة للعقد التي تشكل صعوبة جد مستعصية و يقف عقبة أمام المتعاقدين و القاضي.

ب - الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني :

إن التعرض للصعوبات التي يثيرها الاختيار الضمني لقانون العقد الإلكتروني تتمثل أساسًا في رفض فكرة الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود التجارية التقليدية عامة.

ثم إنّ فكرة إسناد الرابطة العقدية إلى الإرادة الضمنية كانت محل جدال فقهي للأخذ بها من عدمه حيث يذهب بعض الفقه إلى أنه في حال سكوت الإرادة عن اختيار القانون قد تخلت عن حقها في التعبير الصريح، فإن القاضي لا يبحث عن هذه الإرادة الضمنية بل يتعين عليه تركيز الرابطة العقدية و إسنادها للقانون الأكثر ارتباطًا بالعقد ذلك الأطراف في حالة السكوت إما أنهم لم يتفطنوا للعنصر الأجنبي الذي تخلل العلاقة العقدية وقد يرجع سكوت الأطراف إلى اختلاف المتعاقدين حول تحديد هذا القانون أو تخوفهم من أن يؤدي ذلك إلى عدم إتمام العقد و بهذه التأويلات يرفض القول بوجود إرادة ضمنية بل هي حالة عدم الاختيار.

ثم إن الأخذ بالإرادة الضمني يجعل الأمر مجرد أداة تحكمية في يد القاضي الأمر الذي يخل بالأمان القانوني الذي تنشده التجارة الدولية و كذا قد يخل بتوقعات الأطراف لذلك وجب تحديد قواعد و ضوابط إسناد معروفة مسبقًا لدى المتعاقدين ما يتحقق معها عنصر العلم[139].

غير أن الأمر يصعب أكثر في مجال العقد الإلكتروني و تتجلى صعوبة ذلك فيما يلي :

---

[138] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 362.

[139] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 229.

لقد سبق الإشارة إلى أن ضوابط الإسناد و المؤشرات التي يستعين بها القاضي في استخلاص الإرادة الضمنية لقانون العقد لا تصلح في التوصل إلى الحل المراد.

إن الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد لا تصلح و تصعب مهمة في ظل وجود غالبية العقود الإلكترونية محررة باللغة الإنجليزية التي أضحت لغة العالم اليوم و كذا نظرًا لطبيعة التعامل فرض استخدام هذه اللغة.

أما عن العملة التي يتم الوفاء بها فهي تعتمد على الوفاء الإلكتروني أو عن طريق تحويل النقود إلكترونيا أو بواسطة بطاقات الوفاء أو ما شابه ذلك، و بالتالي أصبح على كل متعاقد أن يسدد هذه العملة و في أي وقت.

و في نظر الاختصاص التشريعي فهذا لا يفيد بالضرورة تطبيق قانون دولة المحكمة المختصة بنظر النزاع ذلك لوجود محاكم عبر شبكة الانترنيت من خلال مواقع و عناوين إلكترونية فهذه المحاكم لا تنتمي إلى أية دولة.

كما يصعب القول بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونية الأخرى المرتبطة به، لأن مسألة الارتباط المشار إليها نادرة الحدوث على الشبكة، فالغالب في التعاقد الإلكتروني استقلال الروابط القانونية علاوة على أن المتعاملين لا يعرفون بعضهم و لا يوجد دليل ملموس على تواجدهم المادي بل الحضور في مجلس عقد افتراضي.

إن ضابطي الموطن و الجنسية المشتركة يجران القاضي إلى تحديد المكاني و توطيد الرابطة العقدية و تركيزها مكانيا و هذا لتركيز لا وجود له في مجتمع افتراضي داخل قرية كونية إضافة إلى ذلك فهي إعمالا إلى قواعد الإسناد التقليدية المستعملة من قبل القاضي[140].

- **الفرع الثاني: صعوبة توطين الرابطة العقدية مكانيًا و زمنيا**

تحتل مسألة تحديد مكان العقد و زمانه أهمية كبيرة في نطاق القانون الواجب التطبيق، و القضاء المختص دوليًا، و إذا كانت هذه المسألة لا تثير أي صعوبة أمام القاضي في منازعات التجارة الدولية، إلا أنّها تمثل إشكالية حقيقية للقاضي في عقود التجارة الإلكترونية، بحكم أن العقود التي تبرم من خلالها بعيدة عن المفاهيم المادية التقليدية التي تقوم عليها القواعد القانونية الوطنية، حيث يختفي التواجد المادي الملموس في عصر المعلوماتية و وسائل الاتصال الإلكترونية، ليظهر مصطلح التواجد الافتراضي حيث يختفي مفهوم الزمن.

[140] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 363-365.

لقد وضعت العديد من التشريعات بعض الحلول النسبية لعلاج مشكلة تحديد النطاق المكاني للمعاملات الإلكترونية بصفة عامة و عقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصة، بالاعتماد على أطراف العلاقة العقدية من حيث الصفة أو اسم النطاق الجغرافي لعنوان الموقع الإلكتروني لمقدم خدمات شبكة الانترنيت و قاموا بمعالجتها كالتالي :

1- معالجة دولة البائع: تحمل هذه المعالجة في حالة إذا ما أبرم بائع و مشتري عقد بيع سلع أي كانت، فإن العقد يعتبر قد أبرم في دولة البائع، لأنّ البائع في الغالب ما يعلن عن الموقع الجغرافي لشركته على "Web site"[141].

إلا أن هذا الاتجاه انتقد بدليل أن البائع يشكل الطرف القوي في العلاقة دون الاعتبار بالمستهلك الذي يسعى إلى الحماية بموجب قانونه الوطني، ثم انه لا يشترط أن يكون المكان الحقيقي هو المكان المحدد في الموقع إذ لا ينشئ مجرد استخدام البائع لعنوان إلكتروني، أو عنوان البريد الإلكتروني الذي لا يرتبط بأي بلد أو في حالة تسجيل العناوين المرتبطة بأسماء النطاق ترتبط ببلد معين مثل عنوان "Og" إشارة إلى مصر و عنوان "Dz" إشارة إلى الجزائر، هذه ليست قريبة على مقر العمل في هذه الدولة لأن اسم عنوان البريد الإلكتروني ليس نظيرًا وظيفيا للمكان المادي لمقر إحدى الطرفين التعاقد.

2- معالجة دولة المستفيد : تتلخص هذه المعالجة في أنه إذا أبرام عقد تجاري عبر شبكة الاتصالات الإلكترونية فالبعض اقترح أن دولة المستفيد هي مكان إبرام العقد لأنه هو الأولى بالحماية و غالبا ما يكون هو الطرف المذعن من الطرف الآخر القوي هو أصحاب الشركات التجارية الدولية الكبرى.

إلا أن هذه المعالجة يصعب معها تحديد دولة المستفيد خصوصا ما إذا كان التسليم الكتروني عبر الخط كشراء برامج حاسوب و تحميلها مباشرة، و على فرض أنه تم تحديد قانون دولة المستفيد فقد يكون قانونها يصرح بمصالح التاجر.

3- معالجة دولة وحدة الخدمة بالبريد الإلكتروني لأطراف العقد: تتمثل هذه المعالجة بأن ينشأ الموجب بريد إلكتروني على موقع Hotmail التابع للولايات المتحدة الأمريكية، غير أنه متواجد في فرنسا، فإذا استقبل الموجب قبولا، فهي العبرة بمكان إبرام العقد هي بمكان وحدة الخدمة على أساس وجود صندوق بريدي على هذه الوحدة، أي الولايات المتحدة الأمريكية، أم بمكان وجود الشخص نفسه، و هو فرنسا.

يرى جانب من الفقه بأن مكان انعقاد العقد هو مكان وجود الوحدة (وحدة الخدمة الخاصة بالبريد الإلكتروني) على أساس أن التقاء الإيجاب بالقبول تم على هذه الوحدة.

---

[141] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 210-211.

غير أن جانب آخر من الفقه يرى أن العبرة بمكان إبرام العقد و ليس بمكان الوحدة أي مكان وجود المتعاقد نفسه، مستندا في ذلك إلى المعيار الذي أخذ به التوجيه الأوروبي للتجارة الإلكترونية في الحيثية رقم 19 حيث نصت على أن مكان الشركة التي تقدم خدمات على شبكة الانترنيت ليس هو مكان وجود وحدة الخدمة التي يوجد عليها الموقع، و لكن هو المكان الذي يمارس فيه نشاطها[142].

إنّ عدم الاقليمة و عدم ضرورة الإشارة إلى أحد عناصر الإسناد أدت إلى تغيير في مفهوم مكان إبرام العقد أو تنفيذه بالإضافة إلى أن عناصر الإسناد الشخصية أصبحت مؤشرات تسمح بتعرف على مركز الثقل في العقد بغية توطينه، فمكان إبرام العقد بدا من حيث الواقع غير ملائم للعقود التي تتم بين غائبين، علاوة على أن مكان تنفيذه قد يتم تعديله في بعض الأحيان بالنسبة للعقود الدولية.

ثم إن فكرة اللامادية التي ينطوي عليها العقد الإلكتروني الدولي يصعب معها تحديد مكان العقد و مكان التسليم بالنسبة للأشياء المادة المبيعة عبر الخط، و بالتالي يصعب تحديد ضوابط الإسناد التقليدية على تلك النوعية من العقود.

إن العقد الإلكتروني بإسناده لقانون دولة معينة يتحدد فيه المعيار الجغرافي ذلك أن العقود تخضع لقانون دولة محل إقامة الأطراف، أو مقر عملهم، و محاولة تطبيق هذه الضوابط التقليدية على العقد الإلكتروني يولد صعوبات عديدة نوضحها فيما يلي:

1- صعوبة تحديد محل إقامة الأطراف :

إنّ أغلبية التشريعات الوطنية تعتمد على محل إقامة الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، غير أن الوضع يصعب مع عقود التجارة الإلكترونية، و ترجح هذه الصعوبة إلى أن فكرة الإقامة تشير إلى مكان ثابت و هذا ما لا يمكن إعماله في شبكة الانترنيت و طابعها العابر للحدود[143].

فالعنوان الإلكتروني أو استخدام اسم النطاق الجغرافي للعنوان الموقع الإلكتروني ليس دليلا قطعيا على الموقع الجغرافي للمؤسسة التجارية أو الشركة التي تدير أنشطتها عبر هذا الموقع أي أن اسم النطاق الجغرافي[144] ليس نظير وظيفي للموقع الجغرافي للشركة، فكثير أصحاب الشركات التجارية الدولية يؤسسون عناوين مواقعهم الإلكترونية على اسم نطاق

---

[142] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 213-214.

[143] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 368-370.

[144] اسم النطاق الجغرافي : يعرفه بعض الفقه إلى أنه "عنوان المشروعات عبر شبكة الانترنيت" العنوان التجاري الإلكتروني Adresse sur l'internet عرفته محكمة استئناف باريس في حكم صادر لها عام 2000 بأنه عبارة عن مجرد عنوان افتراضي يحدد النطاق الجغرافي للموقع و نوعه عبر شبكة المعلومات الدولية.

جغرافي على غير الموقع الجغرافي الحقيقي للشركة، و من ثمة لا يصلح هذا الأخير كمؤشر حقيقي للموقع الجغرافي[145].

2- صعوبة تحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد :

إنّ مكان تنفيذ العقد له أهمية بالغة في القانون الدولي الخاص، إذ يعتمد عليه القاضي في بحثه عن مركز ثقل في الرابطة العقدية، و يمكن التعويل عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

و نجد أن اتفاقية بروكسل المبرمة عام 1967 قد احتفظت للمدعي بالحق في رفع دعواه أمام محكمة تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة اختصاصه.

فاصل عام أن تحديد مكان التنفيذ لا يثير أية صعوبة في مجال التعاقد الإلكتروني حينما يكون التنفيذ مادي يسلم خارج الخط، بيد أن الصعوبة تدق في حالة التنفيذ غير المادي أي عبر الخط عندما يكون موضوع العقد شيء غير ملموس، أو عبارة عن خدمة إذ يصعب توطين الرابطة العقدية، بالتالي يصعب تحديد مكان التنفيذ[146].

3- صعوبة تحديد النطاق الزمني للعقد الإلكتروني الدولي :

إنّ أهمية تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني يترتب عليها نتائج قانونية هامة، في تحديد وقت انتقال الملكية، تحمل تبعة الهلاك، حساب بداية مواعيد التقادم، و كذا بالنسبة للعقود التي يبرمها التاجر الذي يشهر إفلاسه، حيث يتوقف مصيرها وقت انعقادها.

على اعتبار العقد الإلكتروني الدولي هو تعاقد بين غائبين و يحاول بعض الفقه تحليل طبيعة العقد الإلكتروني و ذلك تبعًا للأسلوب المتبع في التعاقد، حيث أنه بالنسبة للتعاقد عن طريق التفاعل المباشر، فإن الموجب يعلم بالقبول فور صدوره دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول و العلم به، لذلك كان التعاقد عن طريق التفاعل المباشر هو تعاقد بين حاضرين، بعكس الحال بالنسبة لصور التعاقد الأخرى كالتعاقد عبر البريد الإلكتروني، فهناك فترة زمنية تفصل بين صول القبول و العلم به من قبل الموجب، و لذلك يعتبر تعاقد بين غائبين من حيث الزمان و هذا ما أيدته الأستاذة فتوح صفاء جمعة فتوح بالنظر إلى قوة أسانيده في تحليل طبيعة أنواع العقود الإلكترونية.

و لقد تباينت الأنظمة القانونية في تحديد وقت إبرام العقد، فنجد أن المشرع المصري يعتبر التعاقد بين غائبين وفقا للمادة 97 من القانون المدني إن يعتبر أن العقد أبرم في الوقت الذي يعلم به الموجب بالقبول، ومن ثمة فانه اخذ بنظرية العلم بالقبول ولذلك فانه متى تم

---

[145] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 380.

[146] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 380.

فتح القابل البريد الالكتروني و قرأه في صندوق رسائله و أبدى قبوله لعرض الإيجاب ففي هذه اللحظة يكون قد أبرم العقد.

و أما بالنسبة للتعاقد عبر الويب فالموجب لا يعلم بالقبول إلا وقت تجميع الطلبات و تنفيذها فالعبرة بعلم الموجب نفسه (أي شخص طبيعي) و ليس بعلم البرنامج الذي يتولى إدارة الموقع حيث أنّ البرامج لا تتمتع بالشخصية القانونية[147].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فلم يحدد مسألة الوقت الذي يبرم فيه العقد، و كما ترددت محكمة النقض الفرنسية في هذا الأمر إلى أن استقرت في حكم لها للأخذ بمذهب تصدير القبول و هذا ما أوضحته المادة 5/1369 من القانون المدني المصري عندما أقر للأخذ بنظرية تسليم القبول في تحديده لوقت و مكان انعقاد العقد حيث نصت المادة على أنّه "الطلب و تأكيد القبول و الإقرار بالاستلام يعتبروا قد وصلوا عندما يستطيع المرسل إليه أن يطلع عليه "و هذا النص مأخوذ من المادة 1/11 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية.

و يعتبر وفقًا للنظرية تصدير القبول أنه قد تم إبرام العقد من وقت وصول الرسالة الموجب ولا يهم إن كان قد قام بفتح بريده الإلكتروني أم لا[148].

و بالرغم من محاولات توطين الرابطة العقدية بتحديد مكان إبرام العقد، فعلى حد قول جانب من الفقه أن قانون محل الإبرام، يسهل على المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد من صحة الشروط التي ينوون إدراجها في العقد، إلا أن ذلك أثار صعوبات كانت قائمة قبل ظهور الانترنيت، و ازدادت الصعوبة حدة مع العالم الشبكي الذي يبرم فيه العقد الإلكتروني، ذلك لاحتمال ضياع الرسالة أو تأخر وصولها إلى الموجب، و مع أن بعض التشريعات عالجت هذه المسألة كاتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع بمقتضى المادة 21، غير أن هذا يحدث إشكال آخر يتعلق بمسؤولية القابل، و يثور تساؤل حول ما إذا كان السبب وراء إهمال أو ضياع الرسالة راجع إلى إهمال أو تقصير المقابل أو لأسباب أخرى تتعلق بوسيلة الاتصالات بين الطرفين[149].

---

[147] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 232 و 334-335.

[148] صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع نفسه، ص 236-237.

[149] أحمد محمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 105-106.

- **الفرع الثالث: صعوبة تطبيق النظام العام على العقد الإلكتروني الدولي**

ترقى فكرة النظام العام في كلا المجالين المحلي و الدولي إلى حماية النظام القانوني الوطني، و تدعيم قوانين الدول الأساسية، مع إخلاف مفهوم و مجال كل منهما عن الأخرى.

حيث يقصد بالنظام العام في النظام العام الداخلي مجموع القواعد الآمرة التي لا يسمح للأفراد بالاتفاق على مخالفاتها و إبطال أي اتفاق يتعارض معها.

أما على صعيد القانون الدولي الخاص، فيقتصر دورها على منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقه، إذ كان من شأن الإسناد إلى حكمه الإخلال و الحساس بالأسس العامة التي يقوم عليها نظام المجتمع الوطني.

و لقد اختلف الفقهاء حول وضع تعريف محدد للنظام العام، من هذه التعريفات نذكر :

بأنّه : "وسيلة يستبعد فيها في النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"،

في حين عرفه البعض بأنه : "أداة تصويب استثنائية تسمح باستبعاد القانون الأجنبي المختص و يتضمن أحكاما تقدر المحكمة ضرورة الامتناع عن تطبيقها".

بينما عرفه البعض الآخر : "الوسيلة التي يستطيع القاضي الوطني استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد الوطنية على النزاع المطروح أمامه، و ذلك في حالة تعارض أحكام ذلك القانون الأجنبي مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي"[150].

إنّ تحديد مفهوم النظام العام يثير صعوبات أكثر في معاملات تتم عبر شبكة الانترنيت و تنفذ أحياناً في مجال افتراضي غير خاضع لسيطرة إقليمية أو سياسية.

و سنوضح فيما يلي صلاحية كل من النظام العام الوطني و الدولي لحكم علاقات التجارة الإلكترونية لنبين إلى أي مدى يعد النظام العام قيدًا على حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي.

---

[150] محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 160-161.

1- مدى صلاحية النظام العام بمفهومه الوطني للتطبيق في عقود التجارة الإلكترونية:

إن فكرة النظام العام للمجتمع الإلكتروني ليست مستقلة عن النظام العام الداخلي بل إنها تقتبس منه بعض التطبيقات بشكل أو بآخر على عقود التجارة الإلكترونية، و الدليل على ذلك إلزام المستهلك الفرنسي باستخدام اللغة الفرنسية على كافة معاملاته الإلكترونية، بموجب القانون الفرنسي رقم 75/1349 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1975، الذي أوجب استخدام اللغة الفرنسية في كافة عمليات العرض و التقديم و النشر المكتوب و المطبوع، و كذلك في جميع عقود الخدمات و الأموال، و حظر استخدام أي مصطلح أجنبي متى كان له ما يقابله من المصطلحات الفرنسية.

حيث طبق هذا الاتجاه القضاء الفرنسي، حيث قضى بالغرامة و التعويض على إحدى دور النشر عند استخدامها لبعض المصطلحات الإنجليزية ذات الصلة بالحواسيب الآلية و هي كلمة Softwares hardware على أساس أن دور النشر كان يمكنها الاستغناء عن المصطلحين السابقين بكلمتي Programme و Ordinateur.

و لم يقف الأمر عن هذا الحد بل أنشأت فرنسا الرابطة العامة لمستخدمي اللغة الفرنسية من أجل القيام على حماية اللغة الفرنسية، حيث عرفت هذه الرابطة باسم Association Générale de usagers e langue française (AGULF).

كما قامت بإصدار القانون رقم 94/665 في أوت عام 1994 بشأن اللغة الفرنسية و الذي يعد بمثابة إحياء لقانون 31 ديسمبر 1975 و الهدف من هذا القانون هو المحافظة على اللغة الفرنسية حماية مصالح المستهلك الفرنسي من خلال إيجاد قواعد تلزم المتعاملين باستخدام اللغة الفرنسية[151].

و لقد تم استثناء تطبيق أحكام هذا القانون بالنسبة للعلاقات التي تتم بين المهنيين و المستهلكين الأجانب، فهو لا ينص على الاستخدام الجبري للغة الوطنية عندما يكون المستهلك غير فرنسي أي أجنبي، و الذي تتاح أمامه فرصة اختيار اللغة التي يراها مناسبة لتعامله.

و تنص المادة (2) من نفس القانون على أن "تحديد أي التزام أو تحديد أي عرض أو طريقة استخدام أو وصف للمنتج أو الخدمة، و في الإيجاب، و شروط الضمان و في الفواتير و المخالصات، و الواضح أن المشرع الفرنسي أوجب استخدام اللغة الوطنية فيما يلي :

[151] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 306.

- جميع المستندات المتعلقة بتقديم المعلومات للمستهلك كتقديم بضاعة أو إرشادات أو وصولات،....إلخ.

- المعلومات المدونة على السلع أو الصندوق أو الغلاف الذي توجد بداخله.

- أي إعلان مكتوب أو إعلان سمعي أو بصري متعلق بالسلعة أو الخدمة المعروضة.

- المعلومات المدونة و المعدة لإعلام الجمهور.

- العبارات المسجلة مع الماركة أو العلامة.

- عقود التأمين.

- كافة المجالات الخاصة بالنشر و العرض و كذلك كل صور التعاقد[152].

- و لقد حاولت الحكومة الفرنسية التخفيف من أثر هذا القانون بالنسبة لشبكة الاتصال حيث اصدر رئيس الوزراء منشور Circulaire الصادر بتاريخ 18 ماي 1996 المتضمن لشروط تطبيق نصوص القانون الصادر في 4 أوت 1994، و وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات مع إيجازة أن تصاحبها ترجمة باللغة الإنجليزية أو بأي لغة أخرى.

و هذا ما أقره التوجيه الأوروبي الصادر في 21 ماي 1996 على أنّه : "إذا استجاب مستهلك فرنسي لإعلان في إعلان لصحيفة صادرة باللغة الإنجليزية أو برنامج للبيع في التلفزيون باللغة الألمانية فلا يجوز له أن يتوقع بتلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية، فإذا كانت وسيلة الدعاية توزع خارج منطقتها اللغوية و قرر المستهلك أن يتعاقد، فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائق أمام هذا العقد العابر للحدود[153].

2- مدى صلاحية النظام العام بمفهومه عبر الدولي للتطبيق في العقد الإلكتروني الدولي:

إن إعمال فكرة النظام العام الدولي على العقد الإلكتروني الدولي يمكن أن تتحقق اما باللجوء الى النظام العام الحمائي و إما باللجوء للنظام العام التوجيهي الدولي و هذا ما سيتوارى شرحه فيما يلي :

أ- بالنسبة للنظام العام الحمائي الدولي :

---

[152] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 307.

[153] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 208-209.

إن تطبيق هذه الفكرة على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الانترنيت، التي يكون المستهلك طرفًا فيها[154].

حيث تثار فكرة النظام العام عندما يقوم البائع بإلزام المستهلك بقبول قانون لا يقرر الحماية اللازمة للمستهلك، ففكرة النظام العام في هذه الحالة تحتوي على إقصاء لهذا القانون الواجب التطبيق إما اختيارا صريحا أو وفقا لقاعدة التنازع، و يطبق القانون الذي يضمن الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية و هو المستهلك بطبيعة الحال و عادة ما يكون هذا القانون هو قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك.

و قد كرس هذا النهج في بعض القوانين الوطنية مثل القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 في مادته (1/120) التي نصت على أن : "يسري على عقود الاستهلاك.... قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك :

- إذا كان الطرف الآخر في العقد (مقدم خدمة أو سلعة) أو نائبه قد تلقى الطلب في هذه الدولة.
- إذا كان يوجد اقتراح أو إعلان تم توجيهه إلى المستهلك و قام هذا الأخير في هذه الدولة بالأعمال الضرورية اللازمة لإبرام العقد أو.
- إذا كان المورد حث المستهلك على الذهاب لدولة أجنبية و تم إبرام العقد في تلك الدولة"[155].

نفس الأمر فعله المشرع النمساوي في القانون الصادر بتاريخ 15 يونيو 1978 الذي أخذ بقانون الإقامة المعتادة للمستهلك و لا يمكن تطبيق قانون آخر اتفق عليه الأطراف إذا كان من شأن تطبيقه على العلاقة العقدية أن يضر بمصالح المستهلك.

في المقابل نجد أنّ الولايات المتحدة الأمريكية أخذت بقاعدة تطبيق قانون دولة البائع في حين ترفض الدفاع عن شروط اختيار الأطراف القانون الذي يحكم العقد بالنسبة للعقود التي تبرم مع المستهلكين.

لهذا عندما يدرج البائع في الشروط العامة الظاهرة على شاشة الحاسوب شرطا ينص على تطبيق قانون دولته في العقد أي قانون دولة البائع –فإن هذا الشرط يمكن تعديله لصالح المستهلك إذا ما توافرت الشروط المنصوص عليها في الفقرة التالية من نفس المادة 5 و هي نفس الشروط و الحالات التي حددها المشرع السويسري في المادة المذكورة سالفًا[156].

---

[154] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 308-309.

[155] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 309-310.

[156] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 210-211.

إن تطبيق هذا النص على العقد الإلكتروني الدولي و الذي يكون أحد طرفيه المستهلك أدى إلى خلاف فقهي يمكن جمعه في اتجاهين :

الاتجاه الأوّل : يرى أنصاره أنّه في حين استلام المستهلك على حاسوبه إعلانا لإبرام العقد فإن قبوله يعد من الأعمال الضرورية اللازمة.

الاتجاه الثاني : حيث يرى أنصاره أن الإعلانات المنشورة على المواقع لا يمكن اعتبارها تحفيزًا على الشراء لأن المستهلك هو الذي بادر بإرادته دخول الموقع و ليس الموقع هو الذي أغوى أو حث المستهلك[157].

في حين يرى الأستاذ صالح المنزلاوي أنّ تطبيق المادة 3/5 من اتفاقية روما على عقود الاستهلاك التي يتم إبرامها عبر شبكة الانترنيت يثير صعوبات عديدة من الناحية العملية لأنّه يتطلب من البائع أن يضمن تطابق الشروط العامة للبيع مع الأحكام الآمرة في كافة الأنظمة القانونية للمتعاقدين.

إن الحماية التي كفلها التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 20 مايو 1997 تضمن للمستهلك الحد الأدنى الخاص من حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، كالالتزام السابق بالإعلام في المادة الرابعة منه.

و تجدر الإشارة إلى أن هذه النصوص لا تتعلق سوى بالعلاقات فيما بين الأوروبيون و هذه الحلول المقترحة لا تقوى على مجابهة المشاكل ذات الصبغة العالمية و أن الأمر يحتاج إلى اتفاقية دولية تحدد بوضوح معالم النظام العام في مجال التجارة الدولية و التجارة الإلكترونية على وجه الخصوص.

بالنسبة للنظام العام التوجيهي الدولي :

يميل بعض بعض الفقه إلى فكرة النظام العام في مجال التجارة الإلكترونية من خلال النصوص التي تمنع ممارسة الأنشطة غير المشروعة في هذا المجال. و يوضح الأستاذ Huet بطرح أمثلة عن النصوص التي تحدد السعر في البورصة و الذي يتم تحديده بشكل دقيق و يمنع نشره على شبكة الانترنيت، كما يشير إلى الأنشطة الواردة في ملحق اقترحته شركة الاتصالات الفرنسية France Telecom مثل الالتزام بإعلان الخدمات لتطبيق نظام الرد على الأسئلة المثارة كما أشار إلى المنافسة في عروض المنتجات أو الخدمات المجانية عبر الانترنيت مثل البرامج Logiciel و كذا المنافسة حول وسيلة الدخول للشبكة فهناك شبكة Netscape و هي تقدم خدمات بالمقابل في حين شبكة شركة

[157] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص311.

Explorer de Microsoft التي تقدم خدمات مجانية بغرض منافسة الشركة الأولى، هذا الأمر الذي تحضره المعاملات التجارية و التي اعتبرت العمل المجاني غير مشروع و معاقب عليه، غير أنه في الوقت الحالي تلجأ غالبية المواقع و من أجل زيادة مواردها فإنها تقترح خدمات مجانية على اعتبارها نوع من الدعاية[158].

إنّ فكرة وجود نظام عام دولي يصعب تحقيقه من الناحية العملية و هذا راجع لسببين هما:

* عدم تحديد المقصود بهذا النظام العام، و الذي يتخذ أشكال متعددة و لم يحدد أنصار هذه الفكرة الأشكال التي يتخذها النظام العام فهل يقصد به وجود قواعد عامة مشتركة أو نظام عام مشترك أي نظام عام عالمي أم المقصود هو وجود نظام عام مشترك بين مجموعة الدول المتمدينة و المحتضرة ذات السياسات الاقتصادية و الاجتماعية المتقاربة ما يسميه البعض بالنظام العام الإقليمي؟.

* إنّ أنصار هذه الفكرة لا يدعون أن كل القواعد و أعراف التجارة الدولية لا تنتمي إلى النظام العام الدولي بل أن بعض هذه القواعد تعد أساسية و عالمية و مع تطبيقها تحقيقًا لمصالح التجارة الدولية، هذه القواعد هي التي تدخل في مفهوم النظام العالمي، و تظهر صعوبة تحديد هذه القواعد فيما إذا كانت تخدم مصالح التجارة الدولية أم لا؟

نضيف إلى ذلك أن بعض القواعد التي تعد من هذا النظام العام مع أنها متناقضة و من هذه المبادئ مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين فهذا المبدأ تكريس للحرية التعاقدية غير أن هذا ما يتناقض مع النظام العام الذي يضع قيود بتصرفات الأطراف؟[159]

إن بعض الفقه ينتقد تسمية النظام العام الدولي و يعتبرها معيبة فالنظام العام دائما يحتمل أوصاف إقليمية وفقا لمعايير المجتمعات الداخلية و الأفكار السائدة داخله، ضف إلى ذلك وجود بعض القواعد التي يشترك فيها بعض الدول كتجريم الإرهاب و الرشوة و المبادئ التي تحمي حقوق الإنسان فإن القاضي الوطني يطبقه باعتبارها ماسة بالنظام العام داخل دولته و لا يطبقها باعتبارها نظام عام دولي.

إن التسليم بفكرة النظام العام الدولي لمفهومه الحقيقي لا تعبر عن صورة النظام العام العالمي، فبالإضافة إلى الصعوبات السابقة التي تعيق الاعتراف بهذا النظام العام تظهر صعوبة أخرى بالنسبة للمصلحة المحمية من قبل هذا النظام، هل هي مصلحة الدول المتقدمة أو مصلحة الدول السائرة في طريق النمو؟ فهاتان المصطلحان متناقضان[160].

---

[158] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 314.

[159] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 117-118.

[160] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 318-121.

الفصل الثاني

ضرورة تأهيل النظام القانوني للعقد الإلكتروني الدولي

الفصل الثاني: ضرورة تدويل النظام القانوني للعقد الإلكتروني

إنّ العقد الإلكتروني الدولي يتم في عالم افتراضي دون التواجد المادي والملموس لأطرافه وهذا راجع للبعد المكاني، و ما ينتج عنه اختلاف الأنظمة القانونية و على اعتبار العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي، فكان لابد من اللجوء إلى مناهج القانون الدولي الخاص لتحديد المحكمة المختصة و القانون الواجب التطبيق، إلا أن الواقع أثبت عدم ملائمتها لحكم الروابط العقدية الإلكترونية و ذلك لاعتمادها على ضوابط جغرافية هذا ما يتنافى و طبيعة هذه العقود التي لا تعترف بالحدود السياسية للدول.

و نظرًا لعدم انسجام قواعد القانون الوطني و التي أعدت خصيصا لحكم علاقة داخلية محدد بإقليم معين، الأمر الذي يقتضي منا البحث عن مناهج قانونية بديلة لتسوية منازعات العقد الإلكتروني، تجنبا للفراغ القانوني في الفضاء الإلكتروني.

الأمر الذي دفع المتعاملين في مجال التجارة الدولية عامة لتحرير عقدهم من سطوة القانون الوطني و إخضاع المعاملات التي تتم في مجال التجارة الدولية لقواعد من صنعهم و التي تتماشى و مصالحهم الاقتصادية، نفس الأمر سار عليه المتعاملين في الميدان الإلكتروني باسم عقود التجارة الإلكترونية إلى ضرورة البحث عن قواعد تيسر عليهم التعامل و تنسجم و الطبيعة الذاتية لعقدهم الإلكتروني.

كما أنّ أطراف العقد الإلكتروني الدولي و في حال نشوب نزاع بشأن علاقاتهم العقدية أوجدوا طرق بديلة هي نفسها المعتمدة في التجارة الدولية التقليدية و المتمثلة أساسًا في التحكيم التجاري الدولي. مع استخدام ذات التقنية المستخدمة في إبرام هذه العقود، لتكون السوية إلكترونية تعتمد بصفة أساسية على شبكة الاتصال الإلكترونية دون حاجة لتواجد أطراف المنازعة في مكان واحد ما اصطلح عليه بالتحكيم الإلكتروني.

و تفاديًا للصعوبات التي خلفها تطبيق منهج التنازع في عقود التجارة الإلكترونية طرح الفقه الحديث بديلاً منطقيًا و عمليًا و معقولاً ليقدمه لمجتمع التجارة الدولية عمومًا و لمعاملات التجارة الإلكترونية بخاصة ألا و هو منهج القواعد المادية الذي حاول رتق الثقوب التي سببتها تطبيقات منهج التنازع التقليدي.

و في هذا الفصل تم التطرق الى منهج القواعد الموضوعية بمفهومها التقليدي و الإلكتروني، المتمثلة أساسًا في قانون التجار، و قانون التجارة الإلكترونية أو كما اصطلح عليه البعض Lex électronica.

و من جهة أخرى لدور التحكيم في تدويل النظام القانوني للعقد الإلكتروني الدولي.

المبحث الأول: إخضاع العقد الإلكتروني لمنهج القواعد المادية.

لما كان لتطبيق منهج التنازع صعوبات و عراقيل بالنسبة للتجارة الدولية التقليدية حيث اعتبره الفقه غير كاف لمواجهة متطلبات و مقتضيات التجارة الدولية ثم ذهب التفكير نحو لإيجاد حل و ذلك بضرورة التعاون الدولي لمعالجة هذه المثالب، و ذلك بالرجوع إلى مبادئ و قواعد قانون التجارة الدولية، لسبب هام و أهم هو أن هذه المبادئ من صنع التجار و المتعاملين الاقتصاديين أنفسهم الأمر الذي يدفعهم إلى قبولها.

و بظهور الانترنت ظهر مجتمع آخر، مجتمع افتراضي رقمي ثار نفس الخلاف السابق، غير أنه و على اعتبار أن العقود التي يبرمها المتعاملون على الشبكة تصنف في التجارة الإلكترونية وهي أحد أنواع التجارة الدولية، فإن حلول المشاكل القانونية تكمن في قانون التجارة الدولية "Lex mercatoria "، و كذا نجد أن هذا المجتمع خلق لنفسه سلوكات و ممارسات اعتبرها الفقه قانونا للتجارة الإلكترونية " Lex électronica " و هذا ما ستتوالى دراسته في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: قانون التجارة الدولية

لقد هيأ عدم التجانس بين القوانين الوطنية ومعاملات التجارة الدولية الفرصة أمام حدوث تجديد قانوني يتماشى مع أماني ورغبات الأطراف المسيطرة على حركة التجارة الدولية، حيث بدأ الاتجاه نحو تحقيق العولمة القانونية مطلبا أساسيا لدى هؤلاء في نطاق هذه المعاملات، وذلك لن يتحقق حتما إلا بتجاوز تلك القوانين وتطبيق بدلا منها القواعد التي استقر عليها العمل في مجال المعاملات الدولية، وهي قواعد نشأت تلقائيا في الأوساط التجارية والمهنية استجابة لمتطلبات التجارة الدولية.

وفيما يلي دراسة عن ماهية قانون التجارة الدولية، وبيان مصدره التي يستقي منها، ثم تمتعه بصفة النظام القانوني على النحو التالي :

- **الفرع الأول: مفهوم قانون التجارة الدولية**

قبل التطرق إلى المقصود بقانون التجارة الدولية لابد من توضيح بعض الاصطلاحات التي أطلقت على الظاهرة الجديدة في ميدان التجارة الدولية دون توحيد للتسمية و ذلك راجع لتعدد الفقهاء العرب و كذا الفقه الغربي.

فعلى مستوى الفقه الغربي تجد تكرار لمصطلح "Lex mercatoria " هذا المصطلح الذي اعتاد عليه رواد النظرية المادية و العديد من الفقهاء دون الاعتداد باللّغة، و لقد أخذ هذا المصطلح في الانتشار إلى حد الاستقرار ما يصعب معه

استبعاده عن وصف الظاهرة الجديدة، غير أن هذا لم يمنع الفقهاء من استخدام مصطلحات أخرى للتعبير عن الظاهرة و التي تتفق حول الطبيعة عبر الدولية، و كذا على الطبيعة الاقتصادية التي تتعدى المفهوم الضيق لنظرية الأعمال التجارية[161].

فيستعمل الأستاذ "clive shmitthof" في كتاباته الإنجليزية تعبير قانون التجارة الدولية "the low of international trade"، بينما في مؤلفاته الفرنسية و هي قليلة، يستعمل تعبير "القانون التجاري الدولي" " Le droit commercial international" و هو يقصد بذلك مجموعة القواعد التي تعالج علاقات التجارة الدولية، و المستمدة من التشريع الدولي كالاتفاقيات الدولية، و على وجه الخصوص تلك التي تتبنى تشريعات موحدة "Des lois types" و كذلك تلك القواعد المستمدة من العقود النموذجية "Les contrats types"، و الشروط العامة التي تجتهد في وضعها و الترويج لها منظمات التجارة الدولية، مثل غرفة التجارة الدولية، و ذلك كله بالإضافة إلى عادات التجارة الدولية التي تنشأ عن النشاط العفوي لممارسة هذه التجارة.

و كان الأستاذ "Taraves" يستعمل تعبير "القانون التجاري الدولي" في ثلاثيات القرن[162].

كما جعل الأستاذان Loussouran et Beredin تعبير "قانون التجارة الدولية" عنوان لمؤلفهما المشترك عام 1969 "Droit du commerce international"، و أعطياه معنى يتسع لكل القواعد المادية أي كان مصدرها، داخليا أو دوليا، ما دامت تعالج علاقات التجارة الدولية، بالإضافة إلى قواعد الإسناد التي تهدف إلى فض تنازع القوانين في هذا المجال، و إلى جانب ذلك توجد عادات التجارة الدولية بل و المبادئ العامة للقانون التي يتم استخلاصها باستعمال علم القانون المقارن.

و يرى الكاتبان أن هذه التسمية محايدة، تتضمن تأكيد الظاهرة المتمثلة في التجارة الدولية و حقيقة وجود قانون يحكمها، و الهدف من التسمية هو وصف للقانون هذا، و لا يهدف إلى تحليل الظاهرة بحد ذاتها[163].

في حين يطلق الأستاذ "Fouchard" اصطلاح "القانون غير الوطني" " Droit inational" على هذه الظاهرة، و يذهب الفقيه "Goldman" تسمية " Droit transnational". أما الفقيه "Gaillard" فيطلق عليها وصف القانون عبر الدولي

---

[161] نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002،ص157.

[162] محمد محسوب عبد المجيد درويش، قانون التجار الدولي "Lex mercatoria"، بحث تأصيلي في النظام القانوني للتجارة الدولية، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة 1995، ص300.

[163] محمد محسوب درويش، المرجع نفسه، ص 301.

للالتزامات "Les droit transnational des obligations"، و الفقيه "loquin" اصطلاح القواعد غير الداخلية "Règles a étatiques"

أما الفقه العربي فلقد أطلق عليها تسميات و مصطلحات متعددة منها: "المبادئ العامة السائدة في المجتمع الدولي"، أو" قواعد قانون التجار" أو "القانون التجاري المشترك"[164].

في حين نجد أن بعض الفقهاء العرب أبقى على التسمية ذاتها دون ترجمتها أي اصطلاح "Lex mercatoria"، و كذا اصطلاح القانون التجاري الدولي أو قانون التجار الدولي الجديد[165].

و بعد عرضنا لاختلاف المسميات التي أطلقت على الظاهرة الجديدة فإننا نميل إلى اصطلاح قانون التجارة الدولية، فما المقصود بهذا القانون؟ و ما هي خصائصه التي يتميز بها؟

أوّلاً : تعريف قانون التجارة الدولية

أبدعت التطورات الحديثة في علاقات الأعمال الدولية العديد من الوسائل التي تهدف إلى ضمان حسن تنفيذ الاتفاقيات التجارية الدولية، هذه الوسائل التي فرضت نفسها على الساحة كالاعتمادات المستندية، و خطابات الضمان، و قادت البعض إلى الدعوة بوجود قانون مادي دولي غير وطني، مهمته حكم و تنظيم علاقات و روابط الأعمال الدولية، بصرف النظر عن ما تقرره القوانين الوطنية ذات الصلة بهذه العلاقات[166].

إن تعبير "lex mercatoria" هو تسمية تم تبنيها منذ عدة عقود، لتعبر عن قانون للتجارة الدولية غير قانون الدولة.

فيعرفه الأستاذان "koufman" و "Berman" يعرفان "lex mercatoria" بأنه:"كيان قانوني دولي يقوم على أساس من العقلية التجارية، و الممارسات العقدية للمجتمع الدولي و يتضمن على وجه الخصوص الأعمال التجارية و الشحن و التأمين، و أعمال البنوك لكل البلدان".

و ما يأخذ على هذا التعريف أنه أشار إلى القواعد التي مصدرها راجع إلى التجارة في معرض الدول "العقلية التجارية" و مهما كان مصدر هذه القواعد، وهذه

---

[164] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، مذكرات مطبوعة لطلبة كلية الحقوق، جامعة سعيدة، 2013 ص5.

[165] محمد محسوب درويش، المرجع السابق، ص 302.

[166] سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، بدون دار نشر، 2000، ص17.

الصفات تميز القواعد القانونية الوطنية في تنظيمها للتشريع التجاري و القوانين الهادفة إلى تنظيم العمليات التجارية الدولية.

يعرف قانون التجارة الدولية في منظور الأستاذ اليوغسلافي "A.Goldstajn" بأنه: "كيان من القواعد يحكم العلاقات التجارية لقانون خاص طبيعي يشمل مختلف الأقطار". فالكاتب هنا يؤكد على فكرة المبادئ العامة، و التي لاقت قبولا لدى العالم أجمعه و هي بذلك تضمن تجاوز الاختلافات بين قوانين الوطنية.

إن جل الكتاب يرون أن قانون التجارة الدولية ما هو إلا مجموعة القواعد التي تحكم التجارة الدولية وأي كان مصدرها وإذا ما كانت تحتل نظاما قانونيا أم لا[167].

غير أن الفقه الفرنسي اتجهت تعريفاته إلى إثبات النظام القانوني لقانون التجارة الدولية والاعتراف باستقلاليته.

وبهذا نجد الأستاذ "Langen" عرضه على أنّه: "قواعد اللعبة في مجال التجارة الدولية" محاولة منه اختصار التعريفات التي قيلت في قانون التجار الدولي.

ولقد عرفه الأستاذ "Loquin:" بأنه نظام قانوني جديد يتكون في أحضان مجتمع دولي من رجال الأعمال والتجار منسجمين ومتضامنين بقدر كاف لإبداع هذه القواعد وضمان تطبيقها".

و إضافة إلى هذه التعريفات هناك من يعرف "lex mercatoria" بأنه مجموعة من الإجراءات التي تؤدي لحلول ملائمة و متوقعة للتجارة الدولية بشكل فعال من الناحية القانونية ودون اضطرار للارتباط بالنظم القانونية الوطنية "، ومن التعريف تأكيدا على الطبيعة الإجرائية وحرية الأطراف في ذلك، هو ما يسمح معه بتطور قواعد قانون التجارة الدولية وهذا ما أظهره مجال التحكيم التجاري الدولي"[168].

كما عرفه الأستاذ "Goldman" بأنه:" قانون غير دولي يتضمن المبادئ القانونية العامة في الدول المختلفة مفهومه على أنها قواعد خاصة بالتجارة الدولية "، ولقد عبر عنها بأنها مجموعة المبادئ العامة والقواعد العرفية ذات النشأة التلقائية المحال إليها أو المعدة في الأوساط التجارية دون الإحالة إلى نظام قانوني وطني خاص[169].

---

[167] محمد محسوب عبد المجيد درويش، المرجع السابق ، ص 212.

[168] محمد محسوب عبد المجيد درويش، المرجع نفسه ، ص 313.

[169] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق 05.

وأما الأستاذ "Staranger" فقد عبر عنه بأنه:" مجموعة من الإجراءات التي تؤدي إلى حلول تتوافق مع توقعات التجارة الدولية بشكل فعال من الناحية القانونية دون أن تتطابق بالضرورة مع النظم القانونية الوطنية"[170].

كما أورد تعريف في معجم قانوني مختصر يقول أن "lex mercatoria" تعبير يقصد به القواعد التي يهيئها المهنيون وتتعلق بالعقود الدولية، ويتم إتباعها بصورة عفوية من قبل أوساط الأعمال، وهو مستقبل بدرجة كبيرة عن القواعد الحكومية للتنازع بين القوانين.[171]

ونجد التعريف الذي أورده الأستاذ بن أحمد الحاج في دروسه لكلية الحقوق بـأنه: "مجموعة القواعد الملزمة والمستقلة والمستمدة من المبادئ العامة والأعراف المستقرة في الأوساط التجارية الدولية والتي تحكم العلاقات العقدية التي تتم بين المتعاملين في تلك الأوساط".

فهذا التعريف يؤكد من ناحية على الطابع غير وطني لقواعد قانون التجارة الدولية كما أنها مستقلة عن القانون الدولي العام، فهي تطبق على مجمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود.

كما يؤكد هذا التعريف على دور الجماعات المهنية والتي أرست أعراف تجارية، وكذا دور التحكيم وقضائه من خلال خلق مبادئ عامة، وكل ذلك بعيدا عن تدخل أي جهة رسمية، ودون المرور بالإجراءات الشكلية اللازمة لسن القوانين الوضعية الداخلية، وأن قانون التجارة الدولية يهتم بروابط القانون الخاص والمتمثلة في شكل عقود مرتبطة بمصالح التجارة الدولية، بغض النظر عن صفاتهم فالعبرة بطبيعة المعاملة وكونها من علاقات القانون الخاص[172].

ثانيا: خصائص قانون التجارة الدولية

إنّ مجتمع التجار والأعمال له متطلباته ومعطياته و كذا المشاكل التي تثور إزاء تعاملاتهم وفي المقابل لا بد من حلول تتناسب وطبيعة المشكلة المطروحة، هذا ما يجعل القواعد السارية داخل هذا المجتمع تتألق وتتفنن في إيجاد الحلول التي ترضي الأطراف ودون المساس بالحقوق الأساسية لهذا المجتمع احتراما للدور الذي يلعبه في تدفق الثروات عبر الحدود.

---

[170] سلامة فارس عرب، المرجع نفسه، ص 20.

[171] محمد محسوب عبد المجيد درويش، المرجع السابق ، ص 314.

[172] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق 08.

إنّ القواعد التي صنعها مجتمع التجار لتحكم علاقاتهم وروابطهم، يتميز بمجموعة من الخصائص سواء من حيث النشأة، وكذا من حيث قدرته على فض المنازعات دون اللجوء إلى قانون أو نظام قانوني آخر.

إنّ الخصائص والمميزات التي يتميز بها قانون التجارة الدولية هي ما تبرز الفرق بينه وبين الأنظمة القانونية الأخرى كالقانون الوطني أو القانون الدولي العام.

وعلى العموم فإنه يمكن إجمال هذه الخصائص فيما يلي:

1- قانون التجارة الدولية قانون تلقائي:

إن أغلب فقهاء قانون التجارة الدولية يؤكدون على الطبيعة العفوية التي تتكون بها قواعد هذا القانون[173].

ومن المعلوم أن القانون بمفهومه العام هو أصلا قانون تلقائي النشأة، إذ يبدأ في التكوين بالعادات والسلوكيات التي تسود مجتمع ما، وتكرار هذا السلوك ترك في نفسيتهم الشعور بمدى إلزامية هذه القاعدة التي اعتادوا عليها، وبقي الحال على نفسه إلى أن ظهرت الدولة الحديثة التي باشرت في سن القوانين الوضعية وتقنينها مع تقرير جزاءات على مخالفتها.

غير أنه في المجتمع الدولي ظهر مجتمع تجار أصبح يسيطر على زمام التجارة الدولية فأخذ هذا المجتمع يبدع في سلوكياته من خلال عادات وأعراف تتماشى وطبيعة تجارتهم العابرة للحدود، هذه القواعد أصبحت تلزمهم مع استقرار العمل بها داخل هذه الأوساط دون تدخل تشريعي، ودون المرور بالقناة الرسمية لسن القوانين، ودون تدخل أي جهاز للدولة في إصدارها.

فهو بهذه المثابة يكون تلقائيا، ما يسمح له بمسايرة التطورات الحاصلة في مجال التجارة الدولية، ويتماشى والطبيعة الذاتية للمعاملات التجارية الدولية وتتوافق مع توقعات المتعاملين الدوليين لأنهم هم من صمموا هذا القانون بممارساتهم وعاداتهم[174].

إذن قانون التجارة الدولية هو قانون ذو نشأة تلقائية يعتمد على ما يستقر عليه الأمر من عادات وأعراق في نطاق الأعمال على المستوى الدولي فضلا عما يستخلصه قضاء التحكيم التجاري الدولي من مبادئ قانونية[175].

2- قانون التجارة الدولية قانون طائفي:

---

[173] سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 21.

[174] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق ص 10.

[175] سلامة فارس عرب، المرجع نفسه، ص 21.

إنّ قانون التجارة الدولية هو قانون لمجتمع التجار الدولي، فهو لا يخاطب إلا فئة معينة من الأشخاص لتنظيم العلاقات القائمة بين التجار في ذلك المجتمع، لذلك يطلق عليها قواعد طائفية. ثم إن هذه القواعد لا تنظم إلا نوعا معينا من المعاملات التجارية الدولية، أي العلاقات التي تتصل بالقانون الخاص، والتي تشمل عقد البيع الدولي للبضائع، والمنقولات، والاعتمادات المستندية والمصرفية، النقل، التأمين، وحقوق المؤلف، والملكية الصناعية، وعقود الاستثمار ونقل التكنولوجيا، وهي بذلك عابرة للحدود الوطنية، وتتصل بدولتين فأكثر، لذلك يقال بأنها قواعد ذات طبيعة نوعية[176].

وبهذا فقانون التجارة الدولية لا يهتم إلا بروابط القانون الخاص، وأكثر تحديدا لا يهتم هذا القانون إلا بعقود المعاملات المالية ذات الطابع الدولي، بصرف النظر عن أطراف هذه العقود[177].

3- قانون التجارة الدولية قانون موضوعي:

ليس هذا القانون أسلوبا للبحث العلمي، فحسب وإنما هو موضوعي يشمل على قواعد تسري على علاقات قانونية، معينة هي العلاقات التجارية الدولية.

يختلف قانون التجارة الدولية عن القانون الدولي الخاص، بكونه لا يعتبر مجرد مجموعة قواعد موحدة تهدف إلى تعيين القانون الواجب التطبيق عند وقوع تنازع بين القوانين الوطنية المختلفة بشأن علاقات قانونية معينة، وإنما هو قانون يشمل على قواعد موضوعية موحدة تعد لتنظيم علاقات دولية تجارية، وبهذه السمة فقانون التجارة الدولية يقضي على تنازع القوانين من خلال الفصل المباشر في المنازعة دون اللجوء إلى قواعد قانونية أخرى وكذا تقديم حل موضوعي، ما يؤدي إلى تراجع دور قواعد القانون الوطني التي لم تعد متماشية مع واقع التجارة الدولية في عصر التحرر والعولمة[178].

- **الفرع الثاني: مصادر قانون التجارة الدولية.**

يتم تبادل البضائع والخدمات عبر الحدود الدولية عن طريق آليات موحدة تحتل فيها عقود البيع ونقل التكنولوجيا والوكالة والاستثمارات وغير ذلك من العقود التي تعود بالفائدة على الأطراف الذين يعملون في هذا المجال، ولقد تطورت فنون هذه التجارة مع الزمن تطورا كبيرا استدعى أن يسايره

---

[176] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق ص11.

[177] سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 22.

[178] طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة 2010، ص 54-56.

تطورا مماثلا في أدواتها، وقد دفع البعض للدعوة بوجود نظام قانوني يحكم هذه العقود التي تنشأ في نطاق التجارة مستقلا عن كل الأنظمة القانونية الوطنية[179].

فالاتفاقيات الدولية لا تشكل مصدر من مصادر قانون التجارة الدولية، بل هي جزء من النظام القانوني للدول المتعاقدة، وأن المحكم في تطبيقه لأحكام الاتفاقية لا يطبقها بحسبانها قواعد قانونية مستوحاة من اتفاقية دولية أو من غيرها، وإنما على حسبان أنها نماذج (أو موديلات) لحلول يراها مناسبة، معنى ذلك أن لا يطبقها باعتبارها كمصدر من مصادر القواعد عير الدولية[180].

وأما بخصوص العقود النموذجية والشروط العامة لعدم تمتعها بصفة الإلزام، إلا في حالة اتفاق الأطراف على تطبيقها، ما يعني أن الشروط التعاقدية لا ترقى أن تكون قواعد قانونية، وفي حال ما إذا تم تطبيقها دون الاتفاق على ذلك صراحة أو ضمنا فهذا راجع إلى استقرار العمل بها داخل الوسط التجاري وتكرارها إلى أن ارتقت إلى درجة العرف العابر للحدود والملزم، أو أن هذا التطبيق للعقود النموذجية في رأي المحكم أنها تجسد مبدأ من المبادئ العامة للقانون، وليس على أساس الوصف الذي وردت به.

إن مصطلح مصدر قانون التجارة الدولية يضم على وجه الخصوص القواعد الأساسية ذات النشأة التلقائية، النابعة من مجتمع ذاتي، ذلك أنها تنشأ بفعل السلوك و الممارسات التي اعتاد مجتمع التجار على إتباعها إلى أن أصبحت تشكل قانونا لهم ينظم علاقاتهم العقدية في مجال التجارة الدولية[181].

وفيما يلي دراسة لكل من أعراف التجارة الدولية، المبادئ العامة، وقواعد العدالة باعتبارها مصادر لقانون التجارة الدولية:

1- أعراف التجارة الدولية:

انتهى الفقيه François Geny في دراسة أجراها، أنه توجد ثلاث مستويات لإنشاء القواعد التلقائية تختلف من حيث قوتها الإلزامية، فيتصدر العرف " la coutume" المرتبة الأولى، ثم يليه العادات الاتفاقية " les usages conventionals" ثم العادات والأخلاق الحسنة "les habitudes et les bonnes mours" ، ونظرا لقلة أهمية النوع الأخير في مجال التجارة الدولية فإن

[179] سلامة فارس عرب، المرجع نفسه، ص 41.

[180] سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 151.

[181] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق 10.

دراستنا سوف تقتصر على العادات والأعراف والممارسات السائدة في مجتمع التجار.[182]

ووفقا للدراسة التي قام بها الفقيه "schmittof" سنة 1980 تحت مظلة معهد قانون وعادات الأعمال الدولية التابع لغرفة التجارة الدولية، تمحورت هذه الدراسة بالأساس حول الموازنة بين الأعراف عبر الدولية والأعراف الداخلية من حيث أن السلوك الذي يعتبر عرفا لا بد من توافر نفس الشروط التي يتأسس عليها العرف الداخلي، وفي نهاية البحث توصل الباحث إلى اتفاق معظم التقارير الصادرة من أهم سبعة عشرة دولة[183].

العادة كما قال الأستاذ "Jean Escarra" هي الابن المزعم داخل العائلة القانونية الكبيرة " l'usage est l'enfant terrible de la Grande famille juridique" ذلك أن الدور الذي تقوم به العادة يقع في المنطقة ما بين القانون والاتفاق، فلا هي بالقانون المجرد، ولا هي بالاتفاق الصرف.

فالعادة كما يؤكد جل الفقه أنها تكرار السلوك معين على وجه الانتظام. ويصعب مضمونها أو تحديد وظيفتها على نحو يقيني أو بات، لاسيما في نطاق البناء القانوني للعلاقات الاقتصادية، وكثيرا ما يختلف مفهومها مع مفاهيم أخرى كالعرف le coutume والممارسة pratique، ذلك أن مصطلح العادة "usage" يفيد معان مختلفة من الناحية اللغوية.

وبناءا على الغموض الذي طغى على المفاهيم السابقة وصعوبة التمييز بينها، ذهب أنصار نظرية قانون التجارة الدولية إلى القول بأن العادات التجارية تشكل مجموعة من القواعد القانونية الملائمة لحكم الروابط أو العلاقات التجارية التي تنشأ بين التجار على المستوى الدولي، وتعتبر هذه القواعد أساسا لنظام قانوني جديد "lex mercatoria" وعلى حد اعتبارهم أن العادات هي الوسيلة الفعالة والقادرة على تطوير السلوكات داخل العلاقات الاقتصادية الدولية، وهي تحقق الانسجام بين القانون وبين الظروف الواقعية، وكما أنها تساعد على إعطاء خصوصيات لكل فرع من فروع التجارة الدولية.

لقد أكد الأستاذ عثمان فيلالي بأن عادات التجارة الدولية تتأتي بمناسبة النشاط العفوي لممارسي التجارة الدولية، وذلك من أجل إقرار الحلول الملائمة لكل فرع من فروع التجارة الدولية[184].

---

[182] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 175.

[183] نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 258.

[184] سلامة فارس عرب، المرجع نفسه ، ص 60.

ونظرا لهذا الخلط في مفاهيم العرف والعادة فإننا نبحث في المفهوم الداخلي للعرف والعادة وذلك من أجل فهم العرف عبر دولي.

أوّلاً : العرف الداخلي

يعتبر العرف أسبق مصادر القانون ظهورا، حيث عرفته الإنسانية منذ القديم، إلا أنه مع تطور المجتمعات، وتدخل الدولة في مناحي الحياة وذلك بتنظيم السلوكات على شكل قواعد قانونية، حيث بدأ يفقد العرف مكانته لصالح التشريع الذي أصبح المصدر الرسمي للقانون، لينزل منزلة المصادر الرسمية الاحتياطية، وهو بذلك تختلف مراتبه في التشريعات الوضعية ونجد أن المشرع الجزائري جعله ضمن المرتبة الثالثة لمصادر القانون بموجب المادة الأولى من القانون المدني الجزائري بعد التشريع والشريعة الإسلامية[185].

كما نجد أن الأستاذ إبراهيم الخليلي عرف العرف على أنه: "اطراد تكرار الناس لسلوك في مسألة ما بطريقة معينة مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا"، في حين يعرفه الأستاذ سمير تناغو بأنه: "سنة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاما قانونيا"[186]، أما الفقه الإسلامي فعرفه على أنه "ما هو معروف من الدين وما لا ينكره الناس من مكارم الأخلاق ومحاسن الأعمال التي اتفقت عليها أحكام الشرائع"[187] ، وعلى هذا فإن القاعدة العرفية تؤسس على عنصرين الأول: عنصر مادي يتمثل في السلوك المتكرر للأفراد على نحو شبه منتظم، والثاني: عنصر معنوي يتمثل في الشعور بإلزاميته والامتثال لهذه القاعدة.

فالعرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة اعتيادا مصحوبا بالاعتقاد بأن هذا السلوك الملزم يترتب على مخالفة جزاء، بينما العادة فإنها تؤسس على العنصر المادي فقط والمتمثل في تكرار لسلوك يسود إتباعه بطريقة عامة لمدة زمنية طويلة وبشكل مستمر و مضطرد أي الانتظام في إتباع هذا السلوك، دون أن يصاحب المسألة الاعتقاد بأن إتباع هذا السلوك من جانب الأفراد يعد أمرا ملزما، فإلزامها لا يتأتى إلا من اتجاه إرادة الطرفين على الأخذ بها صراحة أو ضمنا ولهذا فإنه يطلق عليها العادة الاتفاقية فهي تستند إلى إرادة الطرفين.

إن المميز للعرف والعادة في القوانين الداخلية هو ذلك الشعور النفسي بالإلزام فمتى توافر هذا العنصر فإننا أمام عرف حيث شعور الأطراف بالالتزام بسلوك معين

---

[185] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق 12.

[186] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع نفسه 12 نقلا عن سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1986 ص434.

[187] بن أحمد الحاج، نفس المرجع نفس الصفحة ، نقلا عن عبد الرحمن بن العزيز القاسم، نظرية العرف كمصدر للأحكام ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الشركة السعودية للتوزيع، السنة الأولى، العدد 3 ، ص36.

حتى يقال أن هذا السلوك ملزم أي اعتباره قاعدة قانونية، وعلى العكس من ذلك فإن العادة لا تحوي هذا الشعور بالإلزام.

ويرى الأستاذ "Pedamon" إن عادات التجارة تأخذ مكانها بجوار الاتفاقيات، أما أعراف التجارة الدولية فهي قاعدة قانونية، إلى جوار التشريع، أما العادة فإن قيمتها لا تتعدى حدود الاتفاق الوارد في العقد، إي مرتبة الشروط التعاقدية .

وتجدر الإشارة أن الفارق بين العادة والعرف من الناحية العملية يبدوا أمرا عسيرا في بعض الأحيان[188].

وذلك راجع للمشكلة الاصطلاحية لبعض الفقه في التعبير عن نظرية العرف وحتى بالنسبة للقوانين الوطنية.

إن مصطلح "coutume" يعبر عن العرف، ومصطلح "usage" يعبر عن العادة غير أننا نجد أن الفقه الفرنسي قد اعتاد استخدام مصطلح "usage" بمعنى "coutume" دون قصد في ذلك، وحتى يتم التفرقة بين العادة والعرف أصبح يعبر عن العرف بمصطلح "usage de droit" أي العادة الاتفاقية، أما العادة فإنها يعبر عنها بمصطلح "usage conventionnel" أي العادات الاتفاقية.

ولقد انتقل هذا التخبط في المفاهيم، والخلط بين العادة والعرف إلى القضاء الفرنسي الذي كان يشير إلى العادة قاصدا بذلك العرف[189].

ثانيا: العرف عبر دولي

يبدوا واضحا في نطاق التجارة الدولية، هذا الغموض والخلط بين مفهومي العرف والعادة، فالتحكيم التجاري الدولي تارة يستعمل مصطلح عادات التجارة الدولية، وتارة أخرى يستخدم مصطلح عادات التجارة الدولية. ونجده في بعض الأحيان يطلق عليها مصطلح مصالح التجارة الدولية وكل هذه الاختلافات في التعبير والمفاهيم إلا أنها تقصد في الغالب معنى واحد، وهو عادات التجارة الدولية.

فالعادات التي تتسم بالصفة الدولية أو صفة غير الوطنية ذلك أنها لا تخضع في تكوينها لسلطان نظام قانوني وطني معين، حيث تنشأ على المستوى الدولي بصورة عفوية في الأوساط التجارية الدولية وذلك من أجل حكم علاقات تجارية واقتصادية، وبمعنى آخر فإن عادات التجارة الدولية تنشأ وتتطور في بيئة اقتصادية دولية خالصة

---

[188] سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 61.

[189] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق 13.

بعيدة عن كل الأنظمة القانونية الوطنية، هذا ما يؤكده الأستاذ "loquin" وعبر عنها بتعبير Norme juridique nonétatique[190].

ثم عبر عنها بأنها تشكل قواعد قانونية مادية، تنطبق بشكل مستقل عن الأنظمة القانونية الوطنية، دون الاستناد إلى الإرادة الضمنية للأفراد، ثم يتبع القول بأن هذه الأعراف تشكل الشعاع الموجه لتكوين قانون عرفي للتجارة الدولية.[191]

وكما يؤكد الفقيه " Goldman" أن عادات التجارة الدولية تتوافر فيها خصائص القاعدة القانونية العرفية، التي تطبق في حالة غياب الإرادة صريحة أو ضمنية، ما لم يتم استبعادها صراحة باتفاق الطرفين، وتعود هذه القوة الملزمة للعادات إلى شعور التجار في نطاق التجارة الدولية بذلك.

كما يضيف الأستاذ عثمان فيلالي أن الشعور بالإلزام لعادات التجارة الدولية، راجع إلى تكرارها وسريان العمل بها مما يجعل المتعاملين في هذا النطاق الشعور بإلزاميتها[192].

غير أننا نجد أن معاهدة فينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع تفرق بين العادة والعرف من خلال المادة التاسعة (09) على أنه: " يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفق عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما، ما لم يوجد اتفاق خلاف ذلك يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كان معروفا على نطاق واسع ومراعي بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة".

ولكن بمقارنة الفقرة الأولى والفقرة الثانية من نفس المادة السابقة نجد أنها قد خصت العرف بأنه " مراعي بانتظام في التجارة الدولية" دون العادة التي تضمن السلوك المادي وكذا استلزمت أن يكون معروفا على نطاق واسع في نفس الفرع من التجارة. فهذه إشارة للركن المادي، بينما لا يشترط في تطبيقه ضرورة اتفاق الأطراف على ذلك، كما فعلت بشأن الاتفاقية، وهذا يعني تأكيد الاتفاقية على عنصر الإلزام الذاتي للعرف الذي يعتبر قاعدة قانونية تتسع بالطبيعة المعيارية.[193]

ومن أعراف التجارة الدولية نجد مجموعة من القواعد مثل:

1-قاعدة إمكانية مراجعة العقد في حالة تغير الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد الدولي: وهذا الالتزام لا يعني بالضرورة منح سلطة مراجعة العقد من قبل

---

[190] سلامة فارس عرب، المرجع نفسه، ص 62-63.

[191] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق 14.

[192] سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 64.

[193] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص15.

المحكم أو القاضي فالعكس في غالب الأحوال صحيح ذلك أن حجية العقود تؤسس على مبدأ سلطان الإرادة، فهي عادة أساسية يجب مراعاتها واحترامها إذا لم يضمن الأطراف العقد شرطا يجيز ذلك التعديل وإذا لم يعين الأطراف المحكم الدولي بالصلح.

غير أن عادات التجارة الدولية طورت نفسها وصححت الوضع من زاويتين:

الشق الأول: افتراض رضاء الدائن بتنفيذ المدين التزاماته الناشئة عن العقد تنفيذا مختلفا عما كان محددا له في وقت انعقاد العقد. وهذا ما تقتضيه مصالح التجارة الدولية.

الشق الثاني: الالتزام بإعادة التفاوض بحسن نية في حالة الظروف غير متوقعة أي حادث مفاجئ دون أن يؤدي هذا الحادث إلى استحالة التنفيذ، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية هدفه محاولة معالجة اختلال التوازن العقدي.

2-التزام الدائن بالحد من الخسائر التي تنجم عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية يعد عادة من العادات التي تميلها التجارة الدولية، وهي عادة يستلزمها مبدأ حسن النية في نطاق العقود الدولية، وذلك وفقا لمعيار المعقولية والملائمة حسب الظروف. هذا ما أقرته المادة 77 من اتفاقية فينا 1980 بشان البيع الدولي للبضائع بنصها على أنه: " يجب على الطرف الذي يتمسك بمخالفة العقد أن يتخذ التدابير اللازمة والملائمة للظروف لتخفيف من الخسائر الناجمة عن المخالفة بما فيها الكسب الذي فات، وإذا أهمل القيام بذلك فللطرف المخل أن يطلب بتخفيض التعويض بقدر الخسائر التي كان يمكن تجنبها"[194].

2- المبادئ العامة للقانون مصدر أساسي من مصادر قانون التجارة الدولية:

إن المبدأ هو ضابط "Norme" ذو خاصية قانونية تنسال منه العديد من القواعد القانونية بحيث تجد هذه القواعد مصدرها فيه، فالمبدأ شيء معنوي بالغ الاتساع يستخدم كنقطة لرسم سلوك الفرد، بالإضافة إلى استعماله في قياس وتقييم النتائج المترتبة على هذا السلوك دون ترتيب للنتائج.

فالمبدأ يؤخذ في اعتباره أمرين الأول نتائج أفعال تصرفات الأفراد حيث يقومها. والثاني الوسائل المستعملة من أجل الوصول إلى النتائج .

[194] سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 65-71.

وفي المجال القانوني يمكن الحديث القواعد التي تؤثر على القضاة في حال فصلهم في النزاعات المطروحة أمامهم، أو حتى بالنسبة للمحكمين، ومن أمثلة هذه المبادئ نشير إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مبدأ العدالة التعاقدية، مبدأ حسن النية، مبدأ الغرم بالغنم، مبدأ القوة الملزمة للعقد، مبدأ المواجهة بين الخصوم، مبدأ احترام حقوق الدفاع، مبدأ قابلية التعويض، مبدأ احترام التوقعات المشروعة للأطراف، مبدأ الغش يفسد كل شيء، مبدأ منع المنافسة غير المشروعة، مبدأ عدم جواز الإثراء على حساب الغير بدون سبب، مبدأ منع التعسف في استخدام الحق.

وترجع أهمية هذه المبادئ لكونها تشكل طرق نجاح للقاضي والمحكم، ذلك لأنها تجنبهم الآثار غير المرغوب فيها في حالة تطبيق القانون الذي أشارت إليه الإرادة.

وفي مجال العلاقات الاقتصادية نجد أن الفقه المناصر لنظرية قانون التجارة الدولية قد وجدوا السند المتين والنبع الفياض من خلال هذه المبادئ حتى يؤسسون عليها وجود قانون التجارة الدولية واعترفوا لها بالقيمة المعيارية، لأنه يتم الكشف عنها بطريق مقارنة النظم القانونية الوطنية لاستنباط القاسم المشترك بينهما[195].

وقد ورد التأكيد على هذا المبدأ في عديد من قرارات التحكيم، فحكم التحكيم رقم 5123 التابع لغرفة التجارة الدولية تحدث عن المبادئ المشتركة بين قانون جمهورية مصر العربية والقانون الأمريكي، ونجد كذلك الدعوى رقم 2378 فقد حسم المحكمون النزاع على أساس من المبادئ العامة للقانون واجب التطبيق في غرب أوروبا.

و كما حاول نفر من الفقه إلى استخلاص المبادئ من أحكام التحكيم التجاري الدولي، ذلك باعتباره قد كرس العديد منها بصدد فصله في المنازعات المطروحة أمامه، ومن هذه المبادئ التي أرساها قضاء التحكيم:

1- مبدأ التوازن بين الالتزامات المتقابلة: حيث ورد هذا المبدأ في تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم 2291 لسنة 1980 واعتبره أساس لكل عملية تجارية.

2- مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية: حيث ورد في تحكيم غرفة التجارة الدولية رقم 4761 واعتبرته مبدأ سامي معمول به في أغلب الشرائع[196].

إضافة إلى العديد من المبادئ التي توصل اليها التحكيم نذكر منها: مبدأ المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض، مبدأ حق المدين في التمسك بالمقاصة.

كما نجد أن قضاء التحكيم استلهم المبادئ ذات الطابع الأخلاقي بهدف محاربة الفساد مثل القواعد التي تحظر الوساطة في العقود المبرمة بين الدول والمستثمرين

---

[195] سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 77-79.

[196] سلامة فارس عرب، المرجع نفسه، ص 62-64.

الأجانب، إذ نجد أن هناك العديد من الأحكام التي قررت البطلان بسبب دفع عمولة للوسيط من قبل المستثمر.

وتجدر الإشارة إلى أن قضاء التحكيم يعبر عن المبادئ عبر دولية بعدة مصطلحات مثل تسمية مبادئ عامة للقانون الدولي الخاص، أو المبادئ المقبولة عموما أو المبادئ العامة للقانون التي تحكم المعاملات الدولية. ومهما كان مسمى هذه القواعد فهي تعتبر أهم مصادر قانون التجارة الدولية وتستمر قوتها الإلزامية من الاعتقادات الراسخة لدى المتعاملين وأهميتها لتنظيم العلاقات القائمة بينهم[197].

تختلف المبادئ عبر الدولية عن المبادئ العامة السائدة في الأمم المتدينة التي نصت عليها المادة 38 من لائحة تنظيم محكمة العدل الدولية، والتي يكون إعمالها في شأن العلاقات السياسية بين الدول المختلفة، وبهذا المعنى فهي تبعد كل البعد عن العلاقات التي تربط مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود، وعليه فإن إشارة المتعاقدين في عقود التجارة الدولية إلى المبادئ العامة المشتركة، ليس القصد من ورائه تطبيق المادة 38 السالف ذكرها، وإنما رغبة من الأطراف في إخضاعها للمبادئ العامة التي استلهمها قضاء التحكيم لصالح مجتمع التجار.

وعلى حد رأي الفقه المناصر لنظرية قانون التجارة الدولية، انه يجب نفي صلة المبادئ عبر دولية بالقوانين الوطنية ولا تستمد قوتها الإلزامية من النظم القانونية الداخلية، واعتبرت بأنها مصدر مستقل عن تلك الأنظمة، حتى ولو أشار بعض المحكمين في تطبيقاتهم لأحد المبادئ، حتى ولو كان مستقر في الأنظمة القانونية الداخلية، فهذا لا يعني أن المبدأ العام هو خلاصة دراسة المقارنة بين تلك النظم، بل إشارتهم هنا تهدف إلى أنهم طبقوا المبدأ عبر الدولي، وهو مبدأ معروف أيضا في القوانين الداخلية، تطبيقا يبتعد عن التعسف ويحترم التوقعات المشروعة للأطراف، وبالتالي فلا بد من عدم فهم المبدأ عبر دولي على أنه قاعدة مشتركة بين الدول. والقول بخلاف ذلك يجعل منه مبدأ خاص بمجموعة الأنظمة القانونية دون الأخرى تبعا لاختلاف توجهاتها، وهذا المعنى يختلف بشكل جوهري مع مضمون المبادئ عبر الدولية التي خلقت في رحاب مجتمع واحد وقضاء واحد، دون وجود ارتباط إلزامي بعدد من الأنظمة القانونية الداخلية. فمبدأ التزام الدائن بالحد من الخسائر قاعدة ومبدأ عبر دولي لا مثيل له في القوانين الوطنية.

ونظرًا للطابع المستقل والمتميز للمبادئ عبر دولية فهذا لا يمنع المحكم من تطبيق قواعد مشتركة بين الأنظمة القانونية الوطنية في حالة اتفاق الأطراف[198]

---

[197] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق ص 17.

[198] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع نفسه ص 18-19.

3- قواعد العدالة:

يعتبر العديد من الفقهاء أن العدالة مصدر لقانون التجارة الدولية، يستعين بها القاضي لتحقيق التوازن لأطراف العلاقة القانونية، وذلك على أساس القيمة التي تتم عبها في سد النقص الذي قد يشوب النظام القانوني لتلك القواعد.

وفي مجال التجارة الدولية فإن قواعد العدالة هي تعبير عن العدل الذي صنعه مجتمع التجار العابر للحدود، لا العدل المطلق الذي لا يتغير بتغير الزمان ولا المكان لذلك كان لزاما تطبيق هذه القواعد كما هي دون تقدير لمدى عدالتها، إذ لا يجوز الحكم عليها بأنها غير عادلة أو غير صالحة، وإن تجاهل القاضي أو المحكم لهذه القواعد بهذا المفهوم سيؤدي إلى إخراج مفهوم العدالة من مكونات قانون التجارة الدولية.

يتجه بعض الفقه إلى القول بأن لجوء القاضي لمبادئ العدالة لا يتفق والأمان القانوني، لأنه يجرد المتعاقدين من العلم المسبق لما سينهي إليه الحكم الصادر باسم العدالة، إلا أن ما يخفف حدة هذا النقد هو إعمال فكرة العدالة واختلافها عن القانون الطبيعي، وحيث يأخذ القاضي في حسبانه واقع التجارة الدولية في تقريره للحكم والحل المناسب.

إن إعمال قواعد العدالة كما هي راسخة لدى القضاء الوطني، فهي تظهر بشكل كبير لدى قضاء التحكيم على اعتبار أن قانون التجارة الدولية نظاما قانونيا مستقلا، وهي ليست بدرجة الكمال الموجودة عليها الأنظمة القانونية الداخلية.

تختلف قواعد العدالة عن المبادئ العامة عبر الدولية ولا تتعارض معها، فسلطة المحكم في مراجعة العقد لتغير الظروف الاقتصادية المحيطة به مثلا مستمدة من مبدأ عبر دولي، إلا أنها من ناحية التطبيق تفرض على المحكم احترام مقتضيات العدالة وذلك بحصر نظرية الظروف الطارئة في العقود الدولية طويلة المدى، لأن المتعاملين هم أدرى بمخاطر السوق والقول يعكس ذلك يعد منافيا للعدالة التي ينشدها المحكم[199].

إن لجوء قضاء التحكيم إلى قواعد العدالة ليس مرده في كل الأحوال النقص الموجود في أحكام قانون التجارة الدولية، بل قد يلجأ القضاء إلى مطلق العدالة دون التقيد بأحكام أي قانون إذا ما منح المتعاقدون سلطة ذلك صراحة، ويتأتى ذلك باللجوء إلى التحكيم بالتفويض الصلح . فالحكم بالصلح ينشد العدالة الوضعية أولا دون العدالة التي تسطرها القوانين الوطنية أو أي كان مصدرها، فسلطات المحكم بالصلح هو التسوية الودية للنزاع المعروض عليه، فيستلهم الحل مما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره، فعمله إنشائي يخضع لما يرضي وجدانه.

---

[199] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق ص 19-20.

ومع ذلك نجد أن جانب من الفقه يرفض فكرة إطلاق العدالة دون قانون، لأن الأمر سيجعل العقد طليقا يفلت من سلطان القانون، في حين يتعين على المحكم اختيار الحل المناسب وفقا لقانون يراه أكثر تحقيقا للعدالة.

الغالب أن المحكم سيطلق الأعراف التجارية السائدة في مجتمع التجار بوصفها تعبير عن العدالة، مما يعني في النهاية أن المحكم المفوض بالصلح سينهي باسم العدالة إلى تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، وهو ما يحول دون تحرر العقد من سلطان القانون.

الواضح أن المحكم إذا لم يجد الحل في العادات والأعراف و المبادئ عبر الدولية الساندة في مجتمع التجار فإنه سيتعمد إلى استقصاء الحل في قواعد العدالة وفقا لمفهومها في هذا المجتمع الشيء الذي يوفر الأمان القانوني للمتعاملين طالما هو حل مستمد من واقع معاملات التجار ورجال الأعمال.

وبهذا فإن التحكيم بالصلح قد هيأ للمحكم فرصة خلق حلول ترتكز على فكر العدالة، وفي ظل ملائمة قواعد العدالة لذاتية النزاع المطروح على المحكم، ولأنها الأكثر اقترابا من العدالة بمفهومها داخل مجتمع التجار، فلا جدال في اعتبارها أهم المصادر عبر الدولية المعتمدة لفض منازعات عقود التجارة الدولية[200].

- **الفرع الثالث: النسق المعياري لقانون التجارة الدولية**

إنّ الخطوات الأولى لمشايعي نظرية قانون التجارة الدولة كانت تتسم بالحياء فقد اتجه همهم إلى تأكيد وجود مجموعة من القواعد المعيارية التي تجمع خاصيتي العموم و التجريد، و ذات الأصل اللاوطني لتنظيم بعض جوانب العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة، و لم يكن ذلك يثير التساؤل أي حول قانونية هذه القواعد لأنها غالبًا ما تتم بالإسناد إلى النظم القانونية الوطنية أو النظام القانوني الدولي العام.

لكن الفقرة التي أحدثها Goldman أدت للتحول عن هذا الاتجاه للسعي إلى بناء تصور نظري يؤكد استقلالية المجموع المعياري الذي يتعلق بالعلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة، حيث تكون قانونيته مقررة دون الرجوع إلى أي نظام قانوني وطني أو قانون دولي عام[201].

يرى الفقه المناصر لنظرية قانون التجارة الدولية بأن هذه الأخيرة تتمتع بالقيمة المعيارية، و ذلك بالاستناد إلى مفهوم نظرية تعدد النظم القانونية للفقيه الإيطالي "Romano" و هي قواعد تشكل نظامًا قانونيًا ذو طبيعة موضوعية، و ذي قيمة

---

[200] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق ص 21.

[201] محمد محسوب درويش، المرجع السابق، ص 315.

خاصة، و تضمن حلولاً موحدة للمشاكل الفنية و القانونية التي تفرضها طبيعة العلاقات في المجتمع الدولي لرجال الأعمال[202].

و عليه يؤكد أنصار هذا الاتجاه على توافر الركنين اللازمين لقيام النظام القانوني، و المتمثلان في الركن المؤسسي و المعياري.

أوّلاً : استيفاء قواعد قانون التجارة الدولية للركن القاعدي

يرى هذا الاتجاه بأن قواعد هذا القانون تتمتع بخصائص القاعدة القانونية من عمومية و تجريد، كما أنها تتوافر على عنصر الجزاء فإن كان معناه يختلف عن معنى الجزاء في نطاق القوانين الداخلية.

1- التمتع بصفتي التجريد و العمومية:

إنّ القواعد عبر الدولية هي قواعد عامة و مجردة سواء كان مصدرها الأعراف عبر الدولية، أو المبادئ عبر الدولية أو قواعد العدالة، و ذلك على أساس أنّها تستند في وجودها على الممارسات العملية للمتعاملين الدوليين، لذلك فهي تتلاقى مع حاجات الحياة الاجتماعية في مجتمع رجال الأعمال العابر للحدود، كما أنّها جاءت لخدمة مصالح التجارة الدولية بصفة عامة، و بغض لنظر عن المراكز الاقتصادية التي يتواجد فيها أعضاؤه[203].

فالعادات و الأعراف السائدة في الأوساط التجارية و المهنية و التي تم تقنينها في العقود النموذجية و الشروط العامة، قد أصبحت نتيجة تكرار إتباعها و استقرار العمل بمقتضاها ذات مضمون عام و مجرد، و هو ما يضفي عليها الطبيعة المعيارية[204].

و لقد أثبتت الدراسات الحديثة أنّ العلاقات الاقتصادية المعاصرة تكشف عن حاجة النشاط التجاري لمجموعة من القواعد القانونية التي تستجيب لمقتضياته، و من شأنها تحقيق العدالة الموضوعية و الإجرائية و التي ينشدوها المتعاملون الدوليون.

حيث قال الأستاذ "Kahn" أنّ : "هذا القانون هو قانون معمول به ليحكم جماعة كبيرة أو صغيرة من المهنيين المفترض أنّهم يمارسون الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف، أما غير المهنيين فلا يمسهم هذا القانون، و إن حدث ذلك فهذا يكون بصورة عارضة، كما أن هذا القانون، و قبل كل شيء هو مجموعة من القواعد التي

---

[202] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 200.

[203] سلامة فارس عرب، المرجع السابق، ص 74.

[204] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 201 و ما يليها.

تنطبق على المخاطبين بأحكامه، و لا فرق في ذلك بين طرف قوي و آخر ضعيف[205].

و كما سبق الإشارة إلى أن هناك العديد من القواعد التي تهدف إلى الحفاظ على التوازن بين الأطراف المتعاقدة بغض النظر إلى مراكزهم الاقتصادية، و من ذلك مثلا العرف الذي يقضي بضرورة مراجعة العقد في حالة التغير في الظروف الاقتصادية المحيطة به، و العرف القاضي بعدم حجية العقود التي تنطوي على فساد، و مبدأ التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقود الدولية، و هذا من شأنه إثبات أنّ قانون الجارة الدولية إنّما جاء ليستجيب لمصالح جميع الأطراف المتعاقدة، و ليس لخدمة مصالح طرف على حساب طرف آخر.

نجد القرار الصادر عن هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، رقم 1975/2291 و الذي قررت من خلاله أن كل عقد دولي يفترض وجود توازن بين الأداءات المتقابلة التي ينشئها، و أنّ هاته الأداءات يتعين أن تبقى متوازنة طيلة مدة التنفيذ.

إن العرف القاضي الذي يلزم الدائن بالحد من الخسائر التي تنجم عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، عرف يستلزمه مبدأ حسن النية في نطاق العقود الدولية، و مقتضاه ضرورة بذل الدائن –أيا كان مركزه الاقتصادي- أيا كان مركزه الاقتصادي- تأسيسًا للمصلحة المشتركة لكل من الدائن و المدين حتى بعد انحلال هذه العلاقة، و هذه المصلحة تقتضي على كل منهما ضرورة العمل على الحد من الخسائر التي قد يتعرض لها الطرف الآخر[206].

و حتى في الحالات التي يكون فيها أطراف العلاقة العقدية في مراكز غير متكافئة فإن قضاء

التحكيم قد طبق قواعد عبر دولية انتهت به في الأخير إلى إنصاف الطرف الضعيف اقتصاديًا و ليس الطرف القوي.

ففي قضية تعرف بقضية "Fourgerolle" أصدرت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية قرارًا لمصلحة بنك الشرق الأوسط اللبناني الوكيل، و الذي تعهد بموجب عقد الوكالة المبرم مع موكلة الفرنسي "Fourgerolle" في 1975/08/01 على أن يساعده في إتمام إبرام عقد إنشاء مستشفى عسكري مع الحكومة السورية، و

---

[205] بن احمد الحاج ، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص52

[206] سلامة فارس عرب ، المرجع السابق، ص52

تم تضمين العقد شرطا يقضي بانتهاء عقد الوكالة بقوة القانون، إذا لم ينجح الوكيل في إتمام عقد الإنشاء قبل تاريخ 1976/06/30.

و على الرغم من نجاح البنك في مهمته، و إسناد عملية الإنشاء إلى الموكل السوري بموجب عقد مبرم في 1976/05/24، إلا أن مصادقة البرلمان السوري قد تأخرت إلى 1976/12/27، و كان سبب التأخر في المصادقة على تلك العملية مبررا للموكل الفرنسي من أجل التنصل من التزامه و عدم دفع العمولة المتفق عليها للطرف اللبناني، إلا أنّ هيئة التحكيم و عند نظرها في وقائع النزاع المطروح أمامها، و على الرغم من أنّها لم تكن تتمتع بسلطة التفويض بالصلح، فقد طبقت المبادئ العامة للالتزامات المعمول بها في التجارة الدولية، و هو ما أفضى إلى الحكم على الموكل الفرنسي، و هو الطرف الأقوى اقتصاديًا من العمولة الجزافية التي نص عليها العقد المبرم بين الطرفين[207].

و في نزاع آخر انتهت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحرية بباريس في قرارها بتاريخ 1995/10/20 تحت رقم 922 إلى تطبيق قواعد عبر دولية حققت في النهاية مصلحة الطرف الضعيف اقتصاديًا.

حيث تمحورت وقائع القضية حول عقد بناء سفينة صيد بين طالب البناء، و هو من مدغشقر، و متعهد البناء و هو فرنسي، إلا أنه و بعد مرور فترة قصيرة من تاريخ تسليم السفينة، تعرضت للعديد من الأعطاب، مما أدى بطالب البناء إلى عرضها على خبير مختص، ثم اللجوء إلى قضاء التحكيم تحت رعاية غرفة التحكيم البحرية بباريس، بناء على اتفاق التحكيم بين الأطراف، مطالبا بالتعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة إصلاح تلك السفينة و عدم استغلالها. فدفع متعهد البناء أمام هذه الجهة بتقادم الدعوى لرفعها بعد الميعاد المقرر في القانون الفرنسي[208].

و نظرًا إلى عدم اتفاق الطرفان بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد، قررت الهيئة أن ذلك القانون هو "La lex mercatoria" و برجوعها إلى الشروط التعاقدية التي تنظم ضمان العيوب الخفية، اتضح لها أن أثر الضمان و مدته، و المسؤولية عن المقاولين من الباطن لم تحدد ميعادا من أجل اللجوء إلى القضاء.

و نظرًا لأنّ اللجوء إلى القاضي وفقًا للمبادئ العامة للتجارة الدولية ينبغي أن يكون خلال ميعاد كاف لا يجعل المدعي عليه يعاني من ميعاد طويل، و حيث أن القاضي قد تمّ اللجوء إليه بعد بضعة أيام من إيداع الخبير لتقريره، فإن مسلك المدعي يعدّ كافيًا و الدعوى لم تتقادم، و بذلك انتهت الهيئة إلى إجابة المدعي في طلباته.

---

[207] نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص540 وما يليها.

[208] بن احمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 54

و واضح من خلال ما سبق أن هيئة التحكيم قد طبقت قواعد قانون التجارة الدولية، و كان إعمالها لصالح طرف ينتمي لدولة متخلفة (مدغشقر)، ضد طرف ينتمي لدولة متقدمة (فرنسا)، و كل هذا مع استبعاد تطبيق القانون الفرنسي في فرنسا، و تحت رعاية مؤسسة تحكيم فرنسية، علما أنّ إعماله كان سيؤدي إلى تحقيق مصلحة الطرف الفرنسي القوي اقتصاديًا على حساب المدعي**!؟**

و تأكيدًا على عمومية و تجريد القواعد عبر الدولية يكفي أن نشير بأن قواعد القانون الدولي العام قد ولدت هي الأخرى في ظل أوضاع كانت تسيطر فيها الدول الرأسمالية الكبرى على العالم، أين كانت كل البلدان التي تعتبر دولا نامية اليوم، مستعمرة آنذاك، و لم تساهم في خلقها أو انتقائها بشكل أو بآخر، و مع ذلك فهناك شبه إجماع فقهي على اتصافها –أي قواعد القانون الدولي- بالقيمة القاعدية، و كونها قواعد عامة و مجردة[209]، فلماذا يثار جدل مؤسس تأسيسًا أصبح في ذمة التاريخ عندما يتعلق الأمر فقط بقانون التجارة الدولية؟.

إن القول الذي يعتبر الأعراف عبر الدولية ليست إلا مجرد تطبيقات مهنية تختلف باختلاف السلع و الخدمات و نوع التجارة، مما ينفي عنها صفة العموم، "فهو نظر وصفي يفتقد للصواب، و ذلك لأنّه يتجاهل الاختلاف الكمي و النوعي بين معطيات التجارة الدولية" فتلك الأعراف ذات طبيعة فنية خاصة، و تعددها في الأسواق الدولية نابع في الأصل من اتصافها بالمرونة، و هذا لا يجردها من صفة العمومية، لأنّها لا تحكم حالات فردية، و إنّما تنظم وقائع على وجه العموم، و تخاطب جماعات من الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، و يعملون في نطاق خاص من التجارة الدولية تمامًا مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للأعراف المحلية و الداخلية، و التي لا جدل في اعتبارها مصدرا من مصادر القواعد القانونية في الأنظمة الوطنية"[210].

2-التمتع بالجزاء :

يؤكد هذا الاتجاه الفقهي بأنّ قواعد قانون التجارة الدولية هي قواعد تتمتع بالجزاء الذي يصبغ عليها طابع الإلزام الذي تتميز به قواعد القانون نتيجة شعور المتعاملين بإلزاميتها، و بأن مخالفتهم لها هي مخالفة لما يجب أن يكون عليه الحال في المجتمع الدولي لرجال الأعمال[211].

و لا يخفي أن فقه القانون الحديث لم يعد يشترط في الجزاء أن يكون ماديًا، ذلك أن الربط بين القانون و الجزاء المادي أصبح غير ضروري، إذ يكفي للاعتراف

---

[209] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 159.

[210] نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 136.

[211] بن أحمد الحاج، المرجع السابق، ص 55

بالصفة القانونية لقواعد السلوك الاجتماعي شعور الأشخاص بأهميتها و ضرورتها لتنظيم العلاقات داخل مجتمعهم[212].

إنّ الجزاء لا يكمن في القوة و الإجبار فقط، بل قد تكون له طبيعة ميتافيزيقية كالنفي من المجتمع أو كالشعور و الإحساس بالذنب، أي أن إضفاء الوصف القانوني على أية قاعدة لم يعد مرتبطا بوجود السلطة العامة في الدولة.[213]

و يشير الفقه إلى أن الجزاء في قواعد قانون التجارة الدولية هو جزاء ذو طبيعة خاصة يتأثر بنوع العلاقات التي تنظمها هذه القواعد، و هي جزاءات يقسمها إلى نوعين، الأولى مادية و الثانية معنوية[214].

فأمّا الجزاءات المادية فتتمثل في تقديم الأطراف لضمان مالي مسبق يتحمل عبء دفعه الطرف الذي يرفض تنفيذ الحكم الصادر عن جهات التحكيم طواعية، و كذا قيمة التعويض التي قد يحكم بها القضاء كتعويض عن الضرر الذي أصاب أحد الأطراف، ما يؤدي إلى إهدار الثقة من جانب بعض المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية بمخالفتهم لأحكام القواعد عبر الدولية.[215]

و أما الجزاءات المعنوية فتتضمن نشر أسماء الأطراف الممتنعة عن تنفيذ الأحكام الصادرة عن المحكمين، و هذا جزاء خطير من شأنه التأثير بصفة مباشرة على سمعة هؤلاء في الأسواق العالمية، كما تتضمن تلك الجزاءات جزاء الفصل من الاتحادات الدولية المهنية، أو التجارة التي ينتمي إليها بنشاطه، أو إسقاط بعض حقوق العضوية، أو حرمانه من خدمة التحكيم الطائفي مستقبلاً[216].

و واضح أن هذه الجزاءات تعد كافية للقول باتصاف القواعد عبر الدولية بصفة الإلزام، لاعتبارها جزاءات فعالة تتناسب مع طبيعة العلاقات القائمة في المجتمع لرجال الأعمال، و من شأنها توفير الأمان القانوني، و زرع الثقة في الوسط الاقتصادي، و هذا ما يكفل لها في النهاية الطبيعة الوضعية التي أصبح يستحيل إنكارها[217].

إنّ اتجاه البعض إلى القول بعدم وجود قواعد عبر دولية آمرة بما يشكل في النهاية نظامًا عامًا لمجتمع التجار العابر للحدود فهو أيضًا قول مغلوط، ذلك أن الاتجاه الحديث يرصد ظهور العديد من هذه القواعد، و التي تشكل في مجموعها ما

---

[212] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 202.

[213] محمد محسوب درويش، المرجع السابق، ص 385.

[214] نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 237.

[215] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع نفسه، ص 57

[216] نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 238.

[217] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 207.

يصفه "Goldman" بالنظام العام التجاري[218]، أو كما يصفه المحكم الدولي السويسري "Lalive" ب"النظام العام عبر الدولي"، و هو نظام عام له خصوصيته التي تميزه عن الأنظمة العامة الداخلية، و ليس نظامًا عامًا مشتركًا أو مأخوذًا من الجزء الغالب منه من تلك الأنظمة.

و الملاحظ أنّ القواعد عبر الدولية الآمرة هي قواعد تجد مصدرها الرئيسي في المبادئ العامة عبر الدولية و ليس في الأعراف، حيث يستقر في مجتمع التجار العابر للحدود العديد من تلك القواعد مثل مبدأ حسن النية، و مبدأ بطلان العقود التي تبرم بالطرق غير المشروعة كالرشوة مثلا، و بطلان العقود المخالفة للآداب العامة، و الالتزام بالتعويض عن نزع الملكية، علاوة على مبدأ سلطان الإرادة[219]

ثانياً : استيفاء النظام القانوني عبر الدولي للركن العضوي

إنّ الواقع الحالي للروابط و الممارسات التي تتم بين المتعاملين الدوليين ينبئ بوجود مجتمع عبر دولي منظم و متماسك، حتى و إن كان هناك تعدد للطوائف العاملة في مجال التجارة الدولية[220].

1- المجتمع عبر دولي مجتمع منظم :

و يؤكد أنصار قانون التجار الدولي بوجود مجتمع مستقبل للتجار الدوليين، فما دام أن القواعد المعيارية هي مظهر متأخر للمؤسسة ، و التي هي تعبير عن الكيان الاجتماعي المنظم، فإن ما يمكن رصده من أعراف التجارة الدولية و المبادئ العامة التي يكشف عنها المحكمون في قراراتهم ما هي إلا تعبير عن وجود مجتمع للتجار منظم و منسجم و هو ما يؤكده تعاضد هذه القواعد.

و يذهب الأستاذ A.v.m Stuycken إلى أنّه "لا يجوز النظر إلى مثل هذا المجتمع وفقا لنموذج مجتمع الدولة تام الوحدة و شديد المركزية،... بل يكفي الإقرار بوجود مجتمع التجار العابر للحدود وجود شعور بالتضامن الضروري و المسؤولية المشتركة.

إنّ وجود الشركات المسيطرة على المبادلات الدولية، و المشروعات الصناعية التي تسيطر على وحدات الإنتاج، و البنوك التي تتولى إدارة التدفقات النقدية على

---

[218] نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 238.

[219] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 57

[220] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع نفسه، ص 58

المستوى الدولي، و مؤسسات هذا المجتمع و المتمثلة في مراكز التحكيم التجاري الدولي و الجمعيات المهنية، و كلها هيئات تتولى إنشاء قواعد قانونية تنظيم هذا المجتمع[221].

2- المجتمع عبر دولي مجتمع منسجم :

يؤكد جانب من الفقه الحديث على وجود مجتمع منسجم يضم البائعين و المشترين من التجار و رجال الأعمال المتعاملين عبر الحدود، و هو مجتمع يشعر أعضاؤه بالتضامن فيما بينهم، فهم مرتبطين مع بعضهم لعلاقات تجارية و اقتصادية متشابكة، و ذلك في إطار مجتمع واحد، كما يخضعون لقواعد مشتركة نشأت في الغالب عن تصرفاتهم التلقائية و التي تحقق مصالحهم جميعًا، و هذه حقيقة يصعب إنكارها.

و إبراز أمثلة يضربها الفقه للدلالة على التضامن بين المتعاملين في نطاق مجتمع التجار العابر للحدود، البنوك، فرغم شدة التنافس القائم بينها، فهي عادة ما تتعاون مع بعضها لتحقيق أغراض مشتركة، ذلك أن عمليات تمويل المشاريع في العصر الحديث أصبحت تتطلب أموالاً طائلة، و هو ما يقتضي اشتراك أكثر من بنك ممول لإتمام العملية، و هذا يعد شكلا من أشكال التضامن بين أعضاء هذا المجتمع.

إنّ الدور الذي تلعبه مراكز التحكيم الدولية و الجمعيات التي تتولى مهمة وضع معايير، و ضبط سلوكات أعضائها، و كلها مؤسسات تسعى لتأكيد وحدة و ترابط هذا المجتمع، و ذلك من أجل إشباع حاجات التجارة الدولية، و أما المنافسة التي يمكن ملاحظتها بين هؤلاء الأعضاء فهي من ضرورات التجارة الدولية، مما يعني أن ذلك التنافس هو عامل للوحدة المؤسسية، و ليس عاملاً من شأنه الإخلال بالتوازن المفروض في المجتمع و هو ما يثبت إن وحدة الهدف، و أما المنافسة التي يمكن ملاحظتها بين هؤلاء فهي من ضرورات الحياة التجارية[222].

يؤكد الأستاذ عثمان فيلالي أن مجتمع التجار العابر للحدود ليس مجرد وحدة عضوية أو بناءا ماديا، بل له هو كينونة روحانية التي تشبه فكرة الأمة تسعى دومًا لبناء قواعد موحدة، و نفي كل ما يمكن أن يشكل عائقا أمام تدفق المبادلات التجارية الدولية.

و بهذا يتضح بأن قواعد قانون التجارة الدولية تنتمي لمجتمع عبر دولي يتسم بالإنسجام و التنظيم، و حتى و إن كان ذلك قد تكون خارج إطار السلطان الإقليمي

---

[221] محمد محسوب درويش، المرجع السابق، ص 335.

[222] محمد محسوب درويش، المرجع نفسه، ص 335.

للدولة، فغنّ هذا لا ينفي عنه ذلك تبعًا لنظرية تعد النظم القانونية الموروثة عن الفقيه الإيطالي Romano[223].

نجد أن القانون الفرنسي يمنح لكل من الأطراف و المحكم سلطة تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، حيث تنص المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد على أنه : "يفصل المحكم في النزاع وفقا لقواعد القانونية التي اختارها الأطراف و في حالة غياب هذا الاختيار، طبقا للقواعد التي يقدر أنه من الملائم إعمالها، و يراعى المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية.

و هكذا يلاحظ الفقه الفرنسي بأن نص المادة 1496 قد ساوى بين سلطة الأطراف و المحكم في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق و ليس القانون الواجب التطبيق، و هذا يعني أنّ المسألة تتجاوز مجرد تطبيق قانوني وطني، بل قد تضم مجموعة من القواعد التي تنتمي لأنظمة قانونية داخلية منفردة أو مجتمعة، مع تطبيق قواعد عبر دولية، أو حتى تطبيق هذه الأخيرة و من دون الاستعانة بقواعد تنتمي لقانون وطني معين[224].

و نفس المنهج سار عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 على أنه : "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملاءمة.

إذ يعترف بمشروعية اتفاق المتعاقدين على اختيار القواعد عبر الدولية لتنطبق على العقد المتسم بالطابع الدولي، و الحال نفسه أيضًا إذا فصل المحكم بموجبها عند غياب الاختيار.

المطلب الثاني: القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

إنّ معطيات القانون الدولي الخاص و مناهجه التي أثبتت الواقع عدم ملاءمتها مع متطلبات المجتمع الافتراضي، خاصة و أنّه منهج أثبت عجزه حتى مع التجارة الدولية التقليدية، حيث هجره البعض، و ذهب المتعاملين في التجارة الدولية إلى صنع قواعد قانونية تمثلت في قانون التجارة الدولية "Lex mercatoria" كما سبق الإشارة إليها.

---

[223] محمد محسوب درويش، المرجع السابق، ص 336-337.

[224] بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 65 وما يليها

و بالنتيجة و مع التطور التكنولوجي المتعاظم، فإنّه يستحيل إعمال هذه المناهج في مجال العلاقات الإلكترونية، بالنظر إلى صعوبة توطين هذه العلاقة مكانيًا و زمنيا، بالنظر إلى أنّ العقد الإلكتروني الدولي يتم داخل قرية كونية لا تعرف حدود للمسافات، و لا اعتراف بالأقاليم الجغرافية فهي رحلة عبر الأرقام.

و نظرًا للصعوبات التي واجهها المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، و محاولة منهم تحرير عقدهم من أي قيود و عراقيل، و الإفلات من قواعد القانون الوطني، الأمر الذي جعل البعض ينادي بضرورة وجود نظام قانوني دولي عابر للحدود و مساير لتطورات الحياة و التجارة الإلكترونية و هو ما اصطلح عليه بالقانون الموضوعي الإلكتروني الدولي أو القواعد المادية للتجارة الإلكترونية " Lex éléctronica" هذا القانون من صنع المتعاملين،و يقبلون قواعده كسلوكات لهم في مجال البيئة الافتراضية.

فهو قانون موضوعي لا تنازعي ينبغي العمل على إرساء قواعده و العمل على تطويرها و تنميتها على اعتبار أن قواعده ستكون مكونا لقانون موضوعي إلكتروني للإنترنيت على غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية، الأمر الذي يمكن من تفادي المشاكل التي واجهت عجز تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص.

فما المقصود بهذا القانون كيف نشأته وما هي مصادره؟

و ما هي قيمته القانونية أي بمعنى هل يرقى إلى أن يكون قانون لكل ما تحمله الكلمة من قيمة معيارية.

كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة فيما يلي:

- **الفرع الأوّل : ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي :**

إن الحديث عن القواعد التي تنظم المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات، و التي نشأت في أول العقد الأخير من القرن العشرين، بعدما أجيز استخدام الشبكة الدولية في غير الأغراض العلمية. نلاحظ تعدد المسميات التي أطلقها الفقه على تلك القواعد فمنهم ما اصطلح عليه مصطلح القانون الإلكتروني " Lex éléctronica" و مصطلح قانون المعلوماتية "Lex informatica"، و القانون الافتراضي "Lex virtual"، و القانون الرقمي "Lex numerica"، و كذا تنمية قانون الاتصالات "Jus communication"، و قانون الفضاء الافتراضي " Cyber Space Common Law".

في حين نجد البعض يربطها بقانون التجارة الدولية فيطلق عليه مصطلح القانون الطائفي "Lex Corporative" و القانون التجاري عبر الدول Droit commercial transnationaux و قانون فوق الدول "Droit supernational"، و قانون التجار الجديد " Neo lex mercatoria " و قانون التجار الرقمي " Lex mercatoria numerica"."[225]

و في جانب آخر من الفقه و الباحثين يفضل تسمية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية فهذا الاصطلاح يطلق على مجموع القواعد التي تضع تنظيمًا مباشرًا و خاصًا للروابط القانونية التي تم عبر شبكة الإنترنيت، و في هذا المصطلح تميز عن القواعد المادية للتجارة الدولية، وكذا تميزا عن تلك القواعد المادية التي يضعها المشرع الوطني لحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريق مباشر[226].

إنّ القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تنبه واضعوها إلى الثغرات و الفراغ القانوني الذي اعترى التجارة الإلكترونية و جعلوا هذه القواعد تتناسب في مضمونها و أهدافها للمعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصالات الحديثة، و تحقق لهم قدر من الأمان القانوني.

و يمكن تعريف هذا القانون بأنّه كيان قانوني موضوعي ذاتي خاصا بالعمليات التي تتم عبر الإنترنيت، و هو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، و يتشكل من مجموعة من العادات و الممارسات المقبولة التي نشأت و استقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنيت، و طورتها المحاكم، و مستخدمو الشبكة و حكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصالات و المعلومات، فهو قانون تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل و البيانات الرقمية، التي تتم بها المعاملات و الصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، و يتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملة[227].

و نظرًا لتعدد التسميات التي أطلقت على هذا القانون

فقد عرفه البعض على أنه : "القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الإلكترونية و الأعراف و العادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الإتفاقي الدولي و التوجيهات الأوروبية و توصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن.

---

[225] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص110.

[226] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 111.

[227] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 174.

بينما يرى البعض بأنه "مجموعة القواعد التي تضع تنظيمًا مباشرًا و خاصًا للروابط القانونية التي تتم عبر الانترنيت تمييزا لها عن القواعد المادية الحاكمة للروابط القانونية المادية الحاكمة للتجارة الدولية و كذا عن القواعد المادية الوطنية التي تحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة".

كما عرفت بأنها مجموعة من القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية و في ذات المعنى عرفها البعض بأنها مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية[228].

فالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتكون من عادات و ممارسات المجتمع الافتراضي و التي طورتها منظمات ذات طابع دولي حكومية و غير حكومية مثل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و غرفة التجارة الدولية[229].

يتضح من التعاريف السابقة أن هناك خصائص معينة ينفرد بها و يشتغل بها هذا القانون، و التي تميزه عن غيره من فروع القانون الأخرى و تتجلى هذه الخصائص فيما يلي :

1- قانون طائفي نوعي :

إنّ المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية له معطياته و مشكلاته الذاتية التي تقتضي وجود قواعد و حلول تتوافق مع ذاتيته، و لا تحكم إلا مجموعة معينة من الأشخاص و هم مستخدمو شبكة الإنترنيت و غيرها من الوسائل الأخرى الإلكترونية، و مقدمو خدمات المواقع الرقمية و الاشتراك في الشبكة، و ممارسو التجارة الإلكترونية و هو بهذه الخاصية يخاطب فئة محددة و معينة بذاتها[230] فهو بذلك قانون طائفي يخاطب فئة خاصة.

و بالإضافة إلى ذلك فهو قانون نوعي حيث أن قواعده و أحكامه لا تنظم إلا نوعًا من المعاملات و هي تلك التي تنشأ عن التجارة الإلكترونية و المعالجة الآلية للبيانات و المعلومات و المسائل التي تتم إلكترونيًا، و لهذا القانون الطائفي النوعي نظام خاص له أدواته و أجهزته و قضاؤه الخاص الافتراضي[231].

2- قانون تلقائي النشأة:

---

[228] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 487.

[229] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 112.

[230] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 177.

[231] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 490.

و اصطلاح التلقائية و الذاتية تعني أن هذه القواعد نابعة من مجتمع ذاتي، أي أنها لا تقوم على تنظيمها جهة رسمية و لا تتأثر عن طريق المرور بالإجراءات الشكلية اللازمة لسن القوانين الوضعية، و من ثم تبدو ملاءمتها لطبيعة التعاملات عبر الشبكة[232].

كما أن تطبيق هذا القانون لا يحتاج إلى تدخل سلطة عامة تسهر على تنفيذه و احترام أحكامه، فلما كانت نشأته تلقائية، فتطبيقه تلقائي، يترتب على ذلك أن هذا القانون طالما أنّه نابع من ممارسات الأطراف و ارتضائهم به، فإنه يتماشى مع الطبيعة الذاتية للتعامل عبر شبكة الإنترنيت، و هي طبيعة تقوم على معطيات فنية، تكنولوجية من وسائط متعددة، لنقل معلومات البيانات و نصوص محورية مبرمجة، و ترقيم للبيانات أي تثبيتها على دعامات رقمية غير ورقية، كما أنّه يتوافق مع توقعات الأطراف.

فهم مصمموا لبناته الأولى بممارساتهم و عاداتهم[233] هذا ما يجنبهم اختلاف القوانين الوطنية البدائية التي لا تجاري أنماط معاملاتهم الإلكترونية بالإضافة إلى المرونة التي يتم بها فهو نتاج ظروف واقعية تعبر عن حاجات المتعاملين في المجال الإلكتروني و هذا راجع إلى الطبيعة العالمية و عدم التوطين للشبكة الدولية التي جعلت العالم يطل من نافذة عبر جهاز صغير[234].

3- قانون موضوعي عابر للحدود :

هو قانون دولي لأنّه ينظم فضاءا افتراضيًا غير خاضع للقوانين الوطنية بل يتطلب قانون غير وطني أو قانون عابر للدول.

و القانون الإلكتروني أي كانت مسمياته ليس من وضع أي سلطة وطنية، و ليس تابع لأي هيئة دولية و لا ساهمت في إرساء قواعده، بل أن طابعه الدولي سيستمد من طبيعة المعاملات التي يحكمها باعتبارها معاملات عابرة للحدود و تتصل بأكثر من دولة في ذلك الوقت، و فيها انتقال للقيم الاقتصادية المتصلة بالتجارة الدولية (ما يفيد توافر المعيار القانوني و الاقتصادي للصفة الدولة) فكل هذه المعايير تضفي على العقد السمة الدولية.

---

[232] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 183.

[233] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع نفسه، ص 176.

[234] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 184.

أما بخصوص أنه قانون موضوعي أو مادي ذلك أنّه يعطي الحل المباشر للنزاع دون الحاجة إلى الاستعانة بقواعد أخرى كما هو الحال بالنسبة لقواعد الإسناد المعروفة في منهج تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص[235].

- **الفرع الثاني: مصادر القواعد المادية للتجارة الالكترونية:**

بالرغم من الاتفاق الفقهي شبه الكبير حول وجود قانون موضوعي إلكتروني للمعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنيت، غير أنه ثار خلاف واسع حول طبيعة هذه القواعد الموحدة الدولية المرتبطة بالتجارة الإلكترونية، و كذا المصادر التي تستند إليها هذه القواعد لتحقيق الانسجام و التوحيد، فبصدد هذه الفكرة انقسم الفقه إلى اتجاهين حاول كل منهما تحديد طبيعة هذه القواعد بواسطة الحجج القانونية و الواقعية التي اعتمدوا عليها.

فالاتجاه الأول ذهب إلى رفض فكرة أن القواعد الموضوعية الإلكترونية مستقلة عن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية التقليدية، حيث اعتبروها امتدادا لهذه الأخيرة، و حججهم في ذلك أن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية هي مجرد شكل جديد لقانون التجار المتكون التوصيات الدولية الأساسية و القواعد التعاقدية، كما أنهم أكدوا على الموضوعية المادية للتجارة الإلكترونية التي تأتي من عادات مهنية مقننة، و مجموعات القوانين الوطنية، و الشروط التعاقدية و قرارات التحكيم .

أما الاتجاه الثاني و القائل بالوجود الخاص للقواعد الإلكترونية على نقيض الاتجاه الأوّل، حيث اعتبر أنصاره أن القواعد الموضوعية الإلكترونية مستقلة و بعيدة كل البعد عن قانون التجار باعتبار أن هذا الأخير مجرد أعراف و قواعد تقليدية غير رسمية، أما القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية فهي عبارة عن قواعد ذات نشأة معلوماتية تمت و تطورت في أحضان شبكة الإنترنيت، و في هذا الإطار قسموا المصادر التي تتشكل منها القواعد الموضوعية إلى، مصادر رسمية تحوي اتفاقيات و معاهدات دولية مطبقة على التجارة الإلكترونية و قرارات التحكيم و الأدوات التعاقدية و المتمثلة في تقنيات السلوك و العقود النموذجية ،و إلى مصادر تلقائية تمثلت في الممارسات الخاصة بالتجارة الإلكترونية و المبادئ العامة للقانون و الأعراف بالمعنى الدقيق[236].

غير أننا سنرد تبعا مصادر هذه القواعد دون التقيد بالرسمية و غير الرسمية[237] باعتبار أنّه لم يشكل نظام قانوني متكامل و لم يستقر عليه العمل كفرع قانوني، و تتمثل هذه المصادر فيما يلي :

---

[235] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 496-497.

[236] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 184.

[237] انظر: التقسيم الذي اعتمده الأستاذ حمودي محمد الناصر، ص 488.

1- الممارسات التعاقدية:

من أهم مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، نجد الممارسات التعاقدية التي أرست قواعد تنظيمية يقوم عليها هذا القانون، و المقصود بها تلك العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة أي كان أطرافها، سواء مقدموا خدمات الإنترنيت أو المتعاملين في مجال الشبكة[238].

و هذه العقود تميز العقد الإلكتروني الدولي عند غيره من العقود التي تبرم في نفس بيئته الإلكترونية فهي لازمة لإتمام عمليات التجارة الإلكترونية مثل عقود الإيواء و عقود الإيجار المعلوماتي، و عقود إنشاء مواقع إلكترونية أو متاجر افتراضية، فهذه العقود أرست العديد من العادات و الممارسات التعاقدية أخذت بالانتشار في الفضاء الافتراضي و عمت على شبكة الإنترنيت.

2- الأعراف و العادات المستقرة :

و هي عبارة عن ممارسات و أعراف و تقاليد استقر عليها العمل تلقائيًا من طرف المتعاملين في المجال الإلكتروني، ما يجعلها قواعد مهنية ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل مجال من مجالات التعاون عبر الإنترنيت، أرست في مجموعها جملة من القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية،و ابتعدت عن الطابع التطوري البطيء و الحذر . الذي يتلاءم و سرعة التجارة الإلكترونية.

لذا عرفت بأنها : "مجموعة الأعراف و العادات و القواعد القانونية غير الصادرة عن سلطة رسمية، و التي تولد بشكل عفوي من قبل فئة أو جماعة معينة، تطبقها و تعتبرها ملزمة، ثم تمتد تدريجيًا مع الوقت و تتوسع رقعة انتشارها لتلقى في مرحلة أولى قبولاً و اعتراف من قبل المعنيين بها، و في مرحلة ثانية من قبل المحاكم التي تكسبها القيمة القانونية بعد الاعتراف بها، لا تتحصل هذه القواعد من التشريعات الداخلية أو المحلية، بل هي وليدة التنظيم الذاتي لمستخدمي شبكة الانترنيت أنفسهم[239].

إن الطبيعة الدولية أو العابرة للحدود للعقد الإلكتروني تبني مفاهيم دولية و قانونية تتماشى و تطورات المجتمع الافتراضي، بما في ذلك تطوير مفهوم العادات الدولية السائدة في العالم الافتراضي و التي يطلق عليها مصطلح "Netiquette" الذي يشير إلى وجود قواعد قانونية أفرزتها شبكة الإنترنيت.

---

[238] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 488.

[239] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 489.

إن الفحص الجيد لقواعد "Netiquette" فهي قواعد تشير بشكل أساسي إلى الرسائل عبر البريد الإلكتروني، كما تشير أيضًا إلى التفرقة بين الاتصالات التي تتم من شخص إلى شخص آخر (One-to-one) و تلك التي تتم من شخص إلى أشخاص متعددين (One-to-meny) هذه الرسائل توجه إلى المستخدمين مثل مديري الشبكات العسكرية أو مقدمي النشرات الإخبارية عبر الأنترنيت " Net News" و هي تحتوي عدة مبادئ نذكر منها : مبدأ المثل، عدم استخدام أسلوب أو لغة وقحة، تفادي السلوك الساخط أو المستهجن، احترام موضوع المناقشة أو الحوار، لا ترسل عبر البريد الإلكتروني أشياء غير مرغوب فيها....[240].

3- تقنيات السلوك:

و هي مجموعة القواعد و الأحكام التي دونتها الهيئات و المؤسسات المهنية بسيادة أخلاقيات ذات قيمة في التعامل الشبكي.

ففي فرنسا قد تم وضع ميثاق من قبل مجموعة عمل ترأسها الأستاذ "Beaussant" مفاده أن تقوم هيئة باستقبال الشكاوى من طرف المستعملين للشبكة الدولية، و أن الانضمام إليها يكون بمحظ الإرادة .و في هولندا أنشأت عام 1996 مؤسسة نظم مقدمي خدمات الانترنيت سميت ب"Nlip" من مهامها إدارة خط ساخن يسمح لكل مواطن أن يبلغ عن أية صورة تتعلق بالشذوذ مع الأطفال و المواقع التي تحتوي على أفعال مخلة بالحياء مع القصر.

و في إنجلترا أنشأت جمعية مقدمي خدمات الانترنيت المسماة ب "ISPA" التي نشرت تقنينا للسلوك العملي الذي يضم القواعد التي تنظم العلاقة بين المتعاملين على الشبكة الدولية للمعلومات حيث ألزمت المتعاملين بعدم تقديم خدمات مخالفة للقانون أو تتضمن مواد تحث على العنف أو القوة أو الكراهية و العنصرية أو الشذوذ الجنسي.

و عمومًا فإن أهمية وضع تقنين للسلوك يتضمن الحد الأدنى من المبادئ المشتركة التي يجب أن يراعيها كل العاملين و المستفيدين في شبكة الإنترنيت، على الاعتبار بأنّها تشكل ثروة و تراثا مشترك لكل المجتمع الدولي، و تمهيدًا طبيعيًا لوضع قواعد تشريعية وطنية و دولية حاكمة للتعامل عبر شبكة الانترنيت[241].

4- العقود النموذجية و الشروط العامة :

---

[240] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 190-193.

[241] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 490.

أو ما يصطلح عليها بالعقود النمطية، هي عبارة عن وثيقة مكتوبة أعدت سلفًا بواسطة المنظمات المهنية الدولية، و مجموعات المشروعات المرتبطة بشكل يتوافق مع الأعراف و العادات التجارية الدولية التي قبلها المتعاملين بعد ضبطها لتتلاءم مع مقتضيات التعامل بينهم[242].

إنّ العقود النموذجية تلعب دورًا فعال في إبرام عقود التجارة الإلكترونية، حيث نجد أن عقد المركز التجاري "Infoinie" قد نص على وجوب تحديد الثمن بالفرنك الفرنسي مع جواز الدفع بعملة أجنبية، كما نص على شروط الاحتفاظ بملكية البضاعة محل التعاقد حتى سداد كامل الثمن، كما اشترط تسليم السلعة في موطن المشتري أو أي عنوان آخر يختاره في إقليم فرنسي، بحيث لا يحتمل المشتري أية نفقات التسليم سوى نفقات التصدير، نجد كذلك أن هذا النموذج قد أورد شرط مفاده أن يكون للمشتري رد القطعة من أجل استبدالها أو إرجاعها خلال سبعة أيام من وقت التسليم دون أي مقابل حيث جاء فيه : "أنه يتعين عليك أن ترد السلعة جديدة كما هي في عبوتها الأصلية و في حالة جيدة أيضًا، و سوف نرد ذلك الثمن الذي وضعته في مقابلها، و عليك أن تتحمل نفقات إعادة التصدير إلا إذا كان هناك خطأ من جانبنا، و ننوه إلى أنه سنرفض الرسائل التي كانت من النوع الذي يتحمل المرسل إليه نفقاتها، و لا يجوز رد القطع التي تلفت أو اتسخت بسبب المشتري فإذا حدث و أعيدت إلينا مثل هذه القطع، فسوف نحتفظ بها، و تضل تحت تصرف المشتري الذي يضل ملتزما بقيمتها، و لا يجوز إرجاع شرائط الكاسيت المسموعة و المرئية، المسجلة، أو برامج الكمبيوتر، أو المنتجات الصحية أو أدوات التجميل، إلا إذا ضلت مغلقة دون فتح، و على أية حال فإننا نحتفظ بحقنا في رفض طلبات الشراء المستقبلية من طرفكم، و ذلك في حالة الإرجاع غير المألوفة أو أو المشوبة بالتعسف"[243].

و في عقد المركز التجاري " SAF and Byy dibn" فقد حرص هذا النموذج على أن يتم الوفاء على الخط باستعمال بطاقة مصرفية و على وجه الخصوص البطاقات التي تحمل علامات Visa، C.B، Euro Card، المقبولة في فرنسا.

و كذا العقد النموذجي المبرم من قبل المجموعة الأوروبية في 28 ديسمبر 1994 حيث نص في ديباجته على دوره في مواجهة المشاكل التي يثيرها التعامل من خلال تبادل المعلومات الإلكترونية[244].

---

[242] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 194.

[243] نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى مزيدة ومنقحة 2009، ص 37.

[244] محمد أحمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 197.

و في فرنسا و من أجل تسهيل التعاقد على الانترنيت، فقد تمت صياغة العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار و المستهلكين المعتمد من قبل مكتب غرفة التجارة و الصناعة في باريس في 20 أفريل 1998، و من قبل اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة و المبادلات الإلكترونية في 4 ماي 1998 و قد تمت صياغته و وضع نصوصه حسب القانون الفرنسي، حيث يوجد نموذجين مشهورين الأوّل خاص بالعقود الإلكترونية المبرمة مع المستهلكين الذي يتضمن المحاور العامة و الشروط التعاقدية الأساسية التي يجب أن يتضمنها كل عقد من هذا النوع، في حين الآخر يتضمن عقدا نموذجيا لإنشاء متاجر افتراضية بموجب الأحكام العامة الواجب إتباعها لفتح أي متجر افتراضي[245].

5- القواعد الموضوعية ذات الطابع الإتفاقي الدولي :

بالإضافة إلى المصادر المشار إليها سابقا نجد أنه من أهم مصادر القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية المتمثل في التوصيات و الاتفاقيات الدولية غير أنها ضئيلة للغاية لدرجة يمكن معها القول بأنها تعجز عن تقديم الحلول الكافية لمجابهة هذا الكم الهائل من المعاملات، و من تلك الاتفاقيات نذكر : اتفاقية مجلس أوربا رقم (108) الخاصة لحماية البيانات ذات الطابع الشخصي و تدفقها عبر الحدود و المعتمدة عام 1981، و قواعد الاتحاد الأوروبي رقم 2001/44 في شأن الاختصاص القضائي و الاعتراف و تنفيذ الأحكام في المجالين المدني و التجاري، كما تم التوقيع على اتفاقية المتعلقة بالملكية الأدبية و الفنية في العالم الرقمي في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية[246].

و أمام قلة الاتفاقيات الدولية المعنية بالتجارة الالكترونية و عدم اتساع نطاق الاتفاقيات ذات الصلة بالتجارة الدولية لهذا الواقع الجديد وردت أعمال في صورة توصيات دولية منها :

- توصية منظمة التعاون و التنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة و تدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لسنة 1980.
- التوجيه الأوروبي رقم 46/95 حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي و التدفق الحر للبيانات، و هي وسيلة لتوحيد الحلول بشأن الفوارق و الاختلافات بين التشريعات الداخلية للدول و تؤمن الانسجام بين أنظمتها القانونية.

---

[245] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 291-292.

[246] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 119.

- كما أنه قد تشكلت لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة و بهدف تسهيل إجراءات التجارة الدولية تحت مسمى "CCE/NU-/WP-4" و لأجل تذليل الصعوبات القانونية المرتبطة بالمعطيات المعلوماتية فقد صدرت عنها عدة توصيات كان أهمها :
  - التوصية رقم 14 الصادر في الدورة التاسعة عام 1979 في شأن الاعتداد بالمستندات التجارية التي تصدر بوسائل أخرى غير الكتابة و اعتبارها مستندات رسمية.
  - إعداد نموذج لاستخدام المعطيات المعلوماتية حيث صدرت التوصية رقم 26 بخصوص تسهيل استخدامه[247].

و تفعيلاً لدورة اللجنة في توحيد العلاقات الاقتصادية الدولية خاصة الإلكترونية منها، قامت اللجنة بوضع قانون نموذجي في شأن التجارة الإلكترونية في 12 يونيو لسنة 1996، اعتمدته الجمعية بالقرار رقم 126/51 في ديسمبر 1996، و امتدادا لهذا القانون أصدرت القانون النموذجي في خصوص التوقيعات الإلكترونية عام 2001 حيث أخذ بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية و لم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها.

و هذا القانون يعد عملا تشريعيا صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة مكون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل و هذه المواد مقسمة إلى بابين كما يلي :

الباب الأوّل : يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بشكل عام في المواد (1-15) مقسمة إلى ثلاث فصول، أما الباب الثاني فقد تضمن المادتين 16 و 17 و رغم أنه مقسم إلى عدة فصول فلم يرد فيه إلا الفصل الأوّل المتعلق بعقود نقل البضائع و المستندات و لذلك فقد أعلنت لجنة القانون التجاري الدولي أن هذا القانون النموذجي ستضاف له نصوص في المستقبل، و يلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابه إلى الدول الأعضاء بكيفية إدماج هذا القانون ضمن التشريعات الوطنية لهذه الدول.

و هو يتضمن نوعين من القواعد : قواعد آمرة متعلقة بالتطبيق العام للقانون و النوع الثاني قواعد تحوي نصوص تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق على ما يخالفها.

و كما يمكن القول أنّ من مزايا هذا القانون النموذجي :

[247] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 119.

- توحيد القواعد القانونية للتجارة الإلكترونية.
- للدول و الأشخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكام هذا القانون.
- يسري هذا القانون على التجارة الإلكترونية الدولية و الداخلية على حد سواء.

غير أن هذا القانون تجاهل قواعد حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني[248].

- و كما قامت لجنة الخبراء التابعة للمجلس الأوروبي بإعداد دراسة صدرت بناء عليها توصية لجنة الوزراء في المجلس الأوروبي عام 1981 للدول الأعضاء بتعديل تشريعاتها و التنسيق فيما بينها في شأن الإثبات المعلوماتي للكتب و المجلات و الأوراق التي تقبل طبيعتها ذلك على أن تجري مراجعة هذا الأمر كل خمس سنوات، و قد كان لهذه التوصية الفضل في الاعتراف بالقيمة القانونية للتسجيلات المعلوماتية بوضعها وسيلة للإثبات الأمر الذي تطلب التنسيق الدولي في هذا المجال.
- و في نطاق أوروبا وقع برنامج عمال سمي "أنظمة التبادل في المعلومات الخاصة بالتجارة الإلكترونية"، و ذلك لمدة سنتين بقرار من مجلس الاتحاد الأوروبي، يهدف هذا البرنامج إلى ضمان استخدام المعطيات المعلوماتية في نطاق دول الاتحاد الأوربي.
- كذلك أوصى مجلس الجمارك الأوربي (CCd) الدول الأعضاء و غيرها بأن تمنح للشخص المعلن و طبقا للشروط المحددة بواسطة الجمارك بإمكانية إرسال هذه السلطات بوسائل إلكترونية أو أوتوماتيكية، للإعلانات المخصصة للبضائع في تعامل بطريقة آلية و هذا الإرسال يمكن أن يتم بطريقة مباشرة من خلال تنظيم المعلوماتية في الجمارك أو من خلال البطاقات الممغنطة إلكترونيا أو بأية بطاقات ذات طبيعة متشابهة.
- كما أعد مجلس الجمارك مشروعا لتوجيه الدول الأعضاء بخصوص اتفاقيات التجارة في المعطيات التجارية و الجمركية مستوحى من قواعد لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي.
- و الحقيقة أن المشكلة كما يراها البعض في هذا الخصوص هي غياب اتفاقية أو معاهدة دولية تتعلق بالتجارة الإلكترونية، و لذلك ظهر مصدر توحيدي لهذه

[248] عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الثاني،النظام القانوني للتجارة الالكترونية لدولة الإمارات العربية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،2003، ص 87-90.

القواعد سمي بالقانون الموحد (Soft Law) فهو قانون غير ملزم وليد الجوانب العملية و العادات التجارية المرعية في هذا المجال[249].

وفي سبيل إيجاد طرق بديلة لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية، وبناءا على توصيات ومبادرات اللجنة الأوروبية المعنية بتسوية المنازعات أوجدت آلية فض المنازعات وتمثلت في القاضي الافتراضي والمحكمة الفضائية[250].

- **الفرع الثالث: القيمة المعيارية لقواعد قانون التجارة الالكترونية**

يعرف الفقه النظام القانوني بأنه "مجموعة متناقصة من القواعد تأتي من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من مبادئ وذات الروئ للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها" إضافة إلى ذلك وجوب وجود تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها وقدرتها على خلق قواعد سلوكية .

ويعرف بعض الفقه بان النظام القانوني فكرة مركبة وعلى أساسها عبر عليه:" القانون قبل ان يكون قاعدة وقبل أن يكون له صلة بالروابط القانونية فهو تنظيم وبناء وتوجه المجتمع ذاته الذي يسرى فيه والذي يشكل به وحدة أو كائنا قائما بذاته"[251]، والسؤال المطروح في هذا الصدد هل ينطبق مفهوم النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الالكترونية؟

هذا السؤال نفسه طرح في مدى تمتع قانون التجارة الدولية بالصفة المعيارية، إلا انه في العصر الحديث وبفضل الدور الذي لعبته قواعد قانون التجارة الدولية وفعاليتها في فض منازعات التجارة الدولية، وتنظيم مجتمع التجارة ورجال الأعمال العابر للحدود، فانه تم الاعتراف به كنظام قانوني مستقل

اولا: مدى تمتع القواعد المادية للتجارة الدولية الالكترونية بصفة النظام القانوني

اختلف الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة تكون القواعد المادية للتجارة الالكترونية للنظام القانوني، فقد ذهب البعض لنفي صفة النظام القانوني عن هذه القواعد مبينا في ذلك مجموعة من النقائص التي تحول دون ذلك، في حين قرر البعض الآخر تأكيد الصفة القانونية .

1/الرأي المعارض:

---

[249] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 82-85.

[250] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع نفسه، ص 87-90.

[251] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 497.

يذهب هذا الاتجاه إلى نفي صفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الالكترونية وذلك بالاستناد لمفهوم النظام القانوني، وما إن كان مجتمع المتعاملين في مجال الانترنت يشكلون مجتمع حقيقيا قائما بذاته، ومنها ما يتعلق بمدى كمال قواعد هذا القانون للقول باكتمال النظام القانوني له على النحو التالي:

1)مدى حقيقة المجتمع الافتراضي:

يري أنصار هذا الرأي بأنه لا يمكن الجزم بوجود مجتمع متناسق ومنسجم لكل المتعاملين مع شبكة الانترنت، وهذا المجتمع غير قادر على خلق قواعد سلوكية ملزمة لأنه مجتمع تعارض فيه المصالح ،ضف إلى ذلك الدول غير متعاونة في هذا الشأن لأنه من المستبعد جدا تعاون الدول المتقدمة مع الدول النامية حول تدابير حماية الانترنت، فهذا يؤكد عدم الانسجام[252].

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه انه يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية، على أساس أن تلك الصفة لا تتوافر إلا حين نكون بصدد جماعة متماسكة ومنتظمة بشكل كاف وهو فرض ينفيه الواقع العملي عبر شبكة الانترنت فجماعة الانترنت COMMUNAUT"

"CYBERNETIQUE، تضم أشخاصا ينتمون إلى دول وأنظمة قانونية متباينة وهم في الغالب لا يعرفون بعضهم البعض، ولا يوجد بينهم رابط اجتماعي سابق على رباط العمل، ولا تجمعهم ثقافة واحدة أو فكر إيديولوجي واحد، فهي جماعة تفتقد إلى الوحدة والمتماسك اللازمين لأي نظام قانوني،

فحسب هذا الاتجاه لا وجود لمجتمع مستقل عن المجتمع الحقيقي يجعل من القواعد الحاكمة له مشكلة لنظام مستقل موازي للأنظمة القانونية القائمة[253].

2)عدم توافر الإلزام في القواعد المادية لتجارة الالكترونية

كما ذكرنا آنفا إن القواعد المادية للتجارة الالكترونية هي قواعد تلقائية النشأة، وفي مضمونها لا يتوافر فيها عنصر الإلزام الذي يعتبر شرطا أساسيا لتحويل العادة إلى عرف ملزم، بالإضافة إلى عدم تضمنها للجزاء الذي يكفل احترامها باعتبارها قواعد نابعة عن الإرادة الذاتية للمتعاملين، ويعتمد تطبيقها على إرادتهم وهو أمر غير مقبول في العمل الجاري لتلك القواعد الآمرة التي تكفل حماية للمستهلكين، باعتبار مجتمع الانترنت مكون من مهنيين ومستهلكين في حاجة كحماية قانونية بموجب قواعد آمرة.

---

[252]حمودي محمد ناصر، المرجع نفسه، ص498.

[253]صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص205.

وبالتالي فالحاجة تظل قائمة لتدخل الدولة لتوقيع الجزاءات القانونية على كل من يخالف القواعد السلوكية السابقة، والقواعد القانونية الوطنية ذات الصلة . مما يدعم رأي القائلين بانعدام صفة النظام القانوني في قواعد القانون الالكتروني، خاصة وأننا قلنا في أكثر من مرة بان الانترنت شبكة عالمية ليست خاضعة لأية جهة مركزية أو سلطة تسهر على رقابتها والإشراف عليها الأمر الذي يعني بداهة انعدام الجزاء في هذه القواعد وحتى إن وجد تنعدم الجهة التي تسهر على تطبيقه وفرضه[254].

3/نقص وقصور القواعد المادية للتجارة الالكترونية :

إن المصادر التي يستقي منها قواعد هذا القانون غير كافية لإضفاء صفة النظام القانوني المستقل على القانون الموضوعي للتجارة الالكترونية، ويرجع ذلك إلى أن هذا القانون لا يمكن أن يشمل كل فروع القانون، مثل قانون الاستهلاك والقانون المالي وغيرهما، ولا يغطي كافة جوانب العقد فالاتفاقيات الدولية هي مصدر هام ورئيسي لهذا القانون، مع أنها تضع نهاية لبعض المشكلات القانونية التي تنشا في حقل التجارة الالكترونية، إلا أن طول مدة إعدادها يقلل من فعاليتها. أما العقود النموذجية فهي مجرد صيغ قانونية تفرض على المتعاملين وتستمد قوتها القانونية من اتفاق المتعاقدين على تطبيقها صراحة أو ضمنا، فهي لا تعتبر ملزمة في ذاتها وإنما تستمد قوتها الإلزامية من اتفاق المتعاقدين. أما فيما يتعلق بالتحكيم فلا يمكن إنكار مشاركة جمعيات التحكيم ومؤسساتها في تطوير القانون الموضوعي للتجارة الالكترونية باعتباره الطريقة المفضلة لظهور وتوطيد المبادئ العامة لقانون التجارة الدولية [255].

إن هذه القواعد لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية فهي تستمد سلطاتها باندماجها في العقد وتالي تكون مجرد شروط عقدية لا قواعد قانونية، ضف إلى ذلك إنها مازالت في بداية تكوينها فلا يمكن القول أنها تشكل نظام قانوني قادر على تغطية جميع المشكلات التي يثرها التعامل عبر الشبكة الدولية، فهناك العديد من المسائل ليست لها حلول في تلك القواعد كالأهلية والتراضي والتقادم وتقدير التعويض، وبالتالي تبدو ثمة حاجة قائمة لتدخل النظم الوطنية لتغطية تلك المشكلات[256].

2/الرأي المؤيد :

على خلاف آراء الاتجاه الفقهي السابق، يذهب أنصار هذا الاتجاه للقول بان القواعد المادية للتجارة الالكترونية تشكل نظاما قانونيا ذو طبيعة موضوعية خاصة تتشكل من العادات والممارسات التي استقر العمل بها في المجتمع الافتراضي، الذي أصبح مجتمع دولي حقيقي يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم

---

[254] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص499.

[255] محمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 207

[256] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 204

معاملاتهم وله قضاؤه المستقل وعاداته الافتراضية وأحكام جبرية كفيلة بفرض الجزاء على مخالفة القواعد السلوكية التي لها قيمة قانونية، سيما حالة القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، والعقد النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس[257].

وقد رتب أنصار هذا الاتجاه على قولهم السابق نتيجة مؤداها إن القواعد المادية للتجارة الالكترونية اجتمعت لها العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني مستقل ومتميز وهي:

*وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية

*وجود كيانات وأجهزة قانونية تتولى مهمة تقنين القواعد السلوكية وصياغتها و السهر على احترامها مثل غرفة التجارة الدولية ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

*إنها لا تفتقر إلى الجزاء الذي يوقع عند مخالفتها، الأمر الذي ترتب عليه أن صرح جانب من الفقه انه قد حان الوقت لإعلان استقلال المجتمع الشبكي عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة[258].

وعليه فانه مثلما سادت فلسفة قانون التجارة الدولية قديما، لما شكك البعض في قدرة قواعد القانون الدولي الخاص وقيل بضرورة أن تضل التشريعات الوطنية حبيسة حدود الدولة وان قانون التجارة الدولية هو الحل الملائم والمناسب لفض منازعات ومعاملات التجارة الدولية كما اثبت الواقع استقلاليته كنظام قانوني – هذا ما شرت إليه سابقا-

ثانيا : حقيقة القواعد المادية للتجارة الالكترونية:

إزاء ما تقدم يمكن القول بان القواعد المادية للتجارة الالكترونية قد اكتملت لها مواصفات النظام القانوني وفقا للمعنى الذي انتهى إليه الأستاذ "SANTI ROMAN" فلما كان الاعتراف بصفة النظام القانوني لقواعد LEX ELECTRONICA يفترض وجود هيئة متماسكة لها مواصفاتها الخاصة قادرة على خلق قواعد تنظيمية، فان مجتمع الانترنت يؤكد وجود هذه الوحدة التي تعد النواة الحقيقية للمجتمع الالكتروني

[257] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 501

[258] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 206-207.

إن فكرة الجماعة تشكل ما يطلق عليه بالتعايش أكثر من فكرة العيش معا، لان الشعور بالانتماء إلى ثقافة القيم واحدة وإرادة تتصرف بطريقة الوحدة أو الرباط الجماعي، هو ما يشكل وحدة الجماعة وعليه فجميع المتعاملين يؤمنون بوجود قواعد تحكم علاقاتهم ومعاملاتهم.

إن المجتمع الافتراضي يظهر كوحدة متماسكة لارتباط المتعاملين عبر الشبكة بعلاقات وثيقة مما يجعل هذا المجتمع يشكل مجتمع دولي حقيقي .

وإذا كان ما يميز النظام القانوني هو وجود سلطة تتولى وضع القواعد السلوكية التي تحكم المعاملات في هذا الوسط الالكتروني، فتلك السلطة موجودة في مجال التجارة الالكترونية وتتمثل في التنظيمات المهنية، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وغرفة التجارة الدولية، ومركز التحكيم الالكتروني، فكلها هيئات لا يقتصر دورها على تدوين العادات المستقرة في التجارة الالكترونية وإنما تقوم على خلق قواعد جديدة تلبي متطلبات التجارة عبر الشبكة الدولية للاتصالات.

إن القوانين النموذجية المنبثقة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشان التجارة الالكترونية، والقواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في هذا الشأن، والنماذج العقدية، وأحكام التحكيم تشكل جميعها مصادر حقيقية وهامة للقواعد المادية التي تنظم حركة التجارة الدولية عبر شاشات الحواسيب الآلية، فهذه المؤسسات تحظي باعتراف أعضاء المجتمع الالكتروني بسلطتها في وضع وتفسير وتطبيق القواعد القانونية، لأنها تمتلك خبرة طويلة وتتشكل من المتعاملين في المجال التجارة الالكترونية، وتضم ممثلين من كافة الدول ولهذا فهي قادرة عن غيرها على تحقيق مصالح أعضائها [259].

إن ما يميز القواعد المادية للتجارة الالكترونية هو وجود جزاء يكفل احترامها ويجبر الأفراد على الامتثال لأحكامها، فقد بات من غير المقبول التلازم ما بين القانون وفكرة القهر والإجبار. فقواعد القانون الدولي العام قد أثارت مثل هذا الجدل لعدم وجود سلطة للمجتمع الدولي يمكنها أن توقع مثل هذا الجزاء عند مخالفة قواعده ومع ذلك لم يقل احد إن أحكام هذا القانون لا تشكل نظاما قانونيا.

فقد تكون طبيعة الجزاء أدبية أو مادية مما يتفق وطبيعة المجتمع والأشخاص المتعاملين

فإذا كان هذا هو شان قواعد قانون الدولي العام تظل في المجتمع يصعب افتراض تضامنه، فان تقرير الصفة القانونية للقواعد المادية للتجارة الالكترونية يكون من باب أولى لأنها نتاج مجتمع متجانس ومتماسك تتبلور فيه المصلحة المشتركة

[259] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 213

فأمام هذا الوجود المحقق للقواعد المادية للتجارة الالكترونية، لم يعد هناك خيار للاعتراف بان هذه القواعد أصبحت تشكل نظاما قانونيا، والمشكلة لم تعد تتعلق بوجود أو عدم وجودها بل تخطت ذلك إلى مدى قدرة تلك القواعد على أن تشكل نظاما قانونيا متكاملا يستند على مبادئ كافية لضمان تماسكه وفعاليته[260].

المبحث الثاني:دور قضاء التحكيم في تدويل النظام القانوني للعقد الإلكتروني الدولي

نظرًا لما لمسه المتنازعون المشتعلون في التجارة الإلكترونية من فعالية للتحكيم في فض منازعات التجارة الدولية، وتحقيق متطلباتها القائمة على قواعد خاصة تتلاءم واقتصاد السوق، إلا أنّ ازدياد معدل اللجوء إلى التحكيم واعتباره حجر الزاوية للتجارة الدولية.

[260]صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 215

وفي ظل شبكة الانترنت والفضاء الإلكتروني الذي فرضته كطريق بديل للتفاوض على العقود و إبرامها، ارتفعت حجم العمليات التجارية بشكل غير مألوف، لما وفرته التجارة الإلكترونية من أدوات دفعت المتعاقدين لإتباع هذا الطريق الذي صاحبه –كنتيجة- ارتفاع ملحوظ في معدل الخلافات الناشئة عن تنفيذ هذه العقود.

وأمام عجز القضاء عن اللحاق بالفترة الإلكترونية، وتوفير وسائل سريعة[261] لفض منازعات التجارة الإلكترونية، إلى إن غدت الحاجة ملحة للبحث عن سبيل أكثر نجاحًا لفض منازعات تتلاءم و الآلية التي نجمت عنها الخلافات بين المتعاقدين مع الحفاظ في ذات الوقت على متطلبات التجارة الإلكترونية القائمة على السرعة والثقة بين أطرافها فكانت نتيجة جهودها التحكيم الإلكتروني.

ونظرًا للدور الذي يلعبه التحكيم التجاري الدولي في حل منازعات التجارة الدولية مما سهل مهمة تدويل النظام القانوني للعقد التجاري الدولي بصفة عامة والعقد الإلكتروني بصفة خاصة، وذلك من خلال إعمال لمناهج وتطبيقه لقواعد لا تنتمي لأية دولة.

- **المطلب الأول: التحكيم التجاري الدولي**

أضحى التحكيم التجاري الدولي أهم وسيلة يلجا إليها المتعاملون في التجارة الدولية ،لحل النزاعات الناجمة عن تعاقداتهم فنجد إن أغلبية العقود المتعلقة بها تشير إلى اختصاص التحكيم في فض المنازعة الحالة أو المستقبلية،وعلى اعتبار التجارة الالكترونية نوع من التجارة الدولية فكان لزاما علينا دراسة هذا العنصر في جانبه التقليدي- دون الخوض فيه كثيرا لأنه معروف- بعيدا عن أحكام القانون الوطني

وعليه سندرس ماهية التحكيم التجاري الدولي مع تبيان لأنماطه. والسؤال المطروح لماذا يحبذ المتعاملين في التجارة الدولية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي؟ ، ونعرض الإجابة في الفرع الثاني

- **الفرع الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي**

تمت دراسة الماهية من خلال التعرض لتعريف التحكيم التجاري الدولي، والى البحث عن أنواعه ، على النحو التالي:

أولا: تعريف التحكيم التجاري الدولي

يعد التحكيم من المسائل التي لم تشغل بال الفقه وحده، بل إن بعض التشريعات الوطنية الحديثة، قد تصدت لتحديد المقصود بالتحكيم، كما أبدت بعض الأحكام القضائية دورها في تحديد ذلك.

[261] هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الالكترونية ، المرجع السابق، ص 301.

وفيما يلي سوف نتعرض لتعريف التحكيم في ضوء النصوص التشريعية التي عنيت بوضع تعريف للتحكيم ومن ثمة موقف القضاء ثم موقف الفقه في تعريفه للتحكيم .

1/ موقف التشريعات الوطنية من تعريف التحكيم:

لم تتصدى التشريعات الوطنية الحديثة لتعريف التحكيم بشكل مباشر، ولعل ذلك يفسر أن معظم هذه التشريعات استوحي من القانون النموذجي للتحكيم والذي لم يعرف المقصود بالتحكيم احتراما منه للخلافات الوطنية بشان تحديد مفهوم التحكيم

إلا أن القانون المصري رقم27لسنة1994 قد تعرض لتحديد المقصود بالتحكيم حيث نصت المادة 14 من قانون التحكيم المصري على انه: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتها الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك".[262]

2/ التعريف القضائي للتحكيم:

عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بكونه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين بإختيارهما أو بتفويض منهما، أو على شروط يحددانها، يفصل هذا المحكم في ذلك النزاع نائيا من مشبهة الممالأة، مجردا من التعامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية".

3/ التعريف الفقهي :

إهتم الفقه بوضع تعريف لنظام التحكيم ، فعرفه الأستاذ الفرنسي Motulsky بأنه: "الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم إختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب إتفاق"، حيث يركز هذا التعريف على الطبيعة الخاصة لقضاء التحكيم ومصدره الإرادي كما عرفه الأستاذ"jean robert" أنه:" تحقيق العدالة الخاصة وهي آلية وفقا لما يتم سلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد أليهم بهذه المهمة في واقعة الحال".

[262]حفيظة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014،ص 40-41.

ويعرف جانب من الفقه السويسري بأنه: "آلية خاصة لفض منازعات تجد مصدرها في إتفاق الأطراف وتتميز بإخضاع المنازعة لأشخاص عادية تختار بشكل مباشر أو غير مباشر بواسطة أشخاص آخرين".

ولقد أدرجت الأستاذة حفيظة السيد حداد تعريفا لتحكيم بأنه:" نظام خاص للتقاضي ينشأ من الإتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في النزاعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي "[263].

فهذا التعريف مقبول لتميزه بالخصائص التالية :

*التحكيم قضاء خاص ، فالمحكم لا يعد جهاز قضائي تابع لأية دولة.

*التحكيم يجد مصدره في اتفاق الأطراف فهو يستمد وجوده من إرادة الأطراف.

*التحكيم وظيفة لحسم النزاع الناشئ بين الأطراف هذا ما يميزه عن الأنظمة المشابهة له والتي تتفق معه في العهدة إلى شخص من الغير لأداء مهمة معينة تختلف عن مهمة المحكم كالوكالة والخبرة والصلح.

*الزامية الحكم الصادر، فالمحكم يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي الوطني ، حيث يصدر حكما ملزما للخصوم ،ويتمتع بالحجية ، فالمحكم يصدر حكما يؤدي إلى عدم عرضه على القضاء العام أو على قضاء التحكيم مرة أخرى، فهذه الميزة تساعد على التفرقة بين التحكيم من ناحية والصلح والتوفيق من ناحية أخرى.[264]

ثانيا: أنماط التحكيم:

رغم تعدد أنواع التحكيم التي نحن بصدد التعرض لها، إلا أن هذا التعدد لا ينفي أن أساس التحكيم واحد.

فيمكن تقسيم التحكيم التجاري الدولي من حيث إرادة المحتكمين إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، ومن حيث التقيد بالإجراءات القضائية إلى تحكيم بالصلح وتحكيم بالقانون ، ومن حيث حرية المحكم وسلطاته إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي .

وسوف يتم دراسة هذه الأنواع على النحو التالي:

1/التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

---

[263] حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص44

[264] حفيظة السيد حداد ، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 45 وما يليها.

الأصل في التحكيم انه اختياري وان المرجع لحل المنازعات هو القضاء، والتحكيم طريق استثنائي لا يلجا إليه إلا بإرادة الأطراف واختيارهم ،إلا أن هناك حالات تجبر فيها منشاة وشركات ووزارات الدولة، فتشكل بعض الدول محاكم تحكيم خاصة لفض النازعات بين هذه الجهات، وهذا النظام موجود في مصر منذ عام 1966 حيث أنشات هيئات تحكيم إلزامية لحل نزاعات الهيئات العامة والمؤسسات وشركات القطاع العام.

ولكن الأصل في التحكيم – كما سبق- أن يكون اختياريا وهذا ما عبرت عنه المادة الرابعة من قانون التحكيم المصري في فقرتها الأولى التي جاء فيها :"ينصر لفظ التحكيم في حكم هذا القانون التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواءا كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق بين الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك".[265]

ويجوز في التحكيم الاختياري أن يكون اتفاق التحكيم سابق على قيام النزاع، سواء كان مستقل بذاته، أو وارد في عقد معين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بغد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت بشان دعوى أمام جهة قضائية .

وبهذا يختلف التحكيم الاختياري عن التحكيم الإجباري، الذي لا يوجب القانون اللجوء إليه في بعض الأحوال كطريق لحل النزاع، والذي غالبا ما تسبقه إجراءات التفاوض نص عليها القانون حتى إذا تعذرت التسوية الودية، توجب طرح النزاع على هيئة التحكيم التي نص القانون على تشكيلها.

2/ التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح :

التحكيم بالقانون هو الذي يلتزم فيه المحكم بتطبيق القواعد الإجرائية والموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، وكما يتصور إخضاع كل مراحل التحكيم لقانون واحد، فمن الممكن أيضا إخضاع كل مرحلة من مراحله لقانون مختلف، وذلك حسب إرادة المحتكمين.

الأصل العام هو التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي يتم تحديده من قبل الأطراف المحتكمين،أو من قبل الهيئة التحكيمية ذاتها عند سكوت الأطراف، ومن ثمة فعلى هيئة التحكيم إن تعلم أنها مقيدة بالقانون، وبالتالي تلتزم بالبحث عن قواعد القانون التي يجب تطبيقها، سواءا على الإجراءات أو على موضوع النزاع . وهذا الأصل العام يقوم على عدة اعتبارات منها:

---

[265] لزهر بن سعيد، وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى 2010، ص 23

*إن التزام المحكم بقواعد القانون هو ضمانة ليست للخصوم أنفسهم الذين اختاروا التحكيم طريقا، بل هو كذلك منع المحكم من هوى نفسه.

*إن التحكيم مازال طريقا فرعيا لحسم المنازعات، وهو مقيد بالقانون الموضوعي والإجرائي اللازم لتحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية المتنازع عليها، مثل قضاء الدولة المقيد بتلك القواعد[266].

وينبغي ملاحظة إن المحكم بالقانون لا يملك إجراء الصلح بين المحتكمين، إلا إذا فوض في ذلك صراحة من قبل الأطراف.

أما التحكيم بالصلح فهو الذي يعفى للمحكم فيه من التقيد بأحكام القانون، ويفصل في النزاع وفقا لما يراه محققا للعدالة، وصولا إلى حكم يحفظ التوازن بين مصالح المحتكمين .حتى ولو كان في هذا الحكم مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم وقائع النزاع والذي يلتزم القاضي بتطبيقه فيما لو عرض النزاع عليه ، إلا انه مقيد في ذلك بالالتزام بالمبادئ الأساسية في التقاضي وأهمها احترام حقوق الدفاع ليتمتع حكمه بقوة إلزاميته في مواجهة المحتكمين .

ويجب على المحكم الالتزام في مهنته بما فوضه به الخصوم وما اتفقوا عليه، فإذا كان اتفاق المحتكمين على تفويضه بالقانون مثلا فلا يصح له ان يجري تحكيما بالصلح، والعكس صحيحا

3/التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي :

التحكيم الحر أو التحكيم بالمناسبة كما أطلقه البعض هو ذلك التحكيم الذي يتولى المحتكمين إقامته بمناسبة نزاع معين ولهم الحرية في اختيار من يشاءون من المحكمين بأنفسهم، ولهم تحديد القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم النزاع، فهم يتولون إبرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع او بعده، ويختارون أعضاء هيئة التحكيم، ويحددون مكانه وزمانه ولغته .

ومن عيوب هذا التحكيم صعوبة تنبأ المحتكمين بالعقبات والمشكلات التي ستواجههم ومن ثمة عدم القدرة على الاحتياط لها في اتفاق التحكيم، وقد يحدث أن تطرأ مشاكل لا يغطيها قانون الإرادة ويضل المحتكمين في حالة اتفاق لحين تنفيذ حكم التحكيم .

أما التحكيم النظامي والمؤسسي فهو الذي تتولاه هيئات ومؤسسات أو مراكز وطنية أو دولية دائمة مختصة بالتحكيم استنادا إلى قواعد وإجراءات معينة تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وهذا النوع من التحكيم هو

[266] لزهر بن سعيد، وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 28

الأكثر شيوعا في مجال التحكيم في عقود التجارة الدولية، وسائر عمليات التجارة لما له من مزايا تستقطب المنازعات الناشئة عن عمليات التجارة الدولية، فهو يبعث الثقة والاحترام والهيبة في نفوس المحتكمين لما يجدونه في التحكيم المؤسسي أو المنتظم من توفر لوائح ونظم داخلية مستقرة تنظم مختلف جوانب ومراحل عملية التحكيم وقيام الأجهزة الإدارية بدورها في تقرير المواعيد وعقد الجلسات وكل مايتعلق من إجراءات سير عملية التحكيم في هذا المركز .

وما يعيب التحكيم المؤسسي مقارنة بالتحكيم الحر هو انه غالبا ما تكون تكلفته عالية مقرنة بالتحكيم الحر، وكذا تطبيق قواعد الإجراءات المحددة في نظام المركز نفسه دون اختيار قانون الاقرب صلة بالأطراف أو قانون موضوع النزاع.[267]

- **الفرع الثاني: داواعي اللجوء للتحكيم التجاري الدولي**

إن المتعاملين في التجارة الدولية يلجئون للتحكيم التجاري الدولي من اجل فض المنازعات المتعلقة بتجارتهم العابرة للحدود وذلك لعدة أسباب . سنوضحها فيما يلي :

اولا : رغبة الخصوم في تحسين سير العدالة

الثابت ان التحكيم يوفر للخصوم نوعا من العدالة، أفضل من تلك التي توفرها محاكم الدولة لهم، وذلك على النحو الذي سنبينه فيما يلي:

1/سرعة الفصل في النزاع :

إن المحكمون يكرسون جل وقتهم للفصل في النزاع المطروح أمامهم،بإجراءات أكثر تبسيطا من المتبعة أمام القضاء الوطني، كما أن الحكم الصادر في التحكيم التجاري الدولي هو حكم نهائي غير قابل للطعن.

ثم إن العديد من النظم القانونية التي تولي للتحكيم التجاري الدولي تنظيما خاصا، حرصا على وجوب حسم النزاع في فترة وجيزة تماشيا ومتطلبات التجارة الدولية، التي تعتمد على السرعة ، وذلك من خلال تقديم المساعدة القضائية في مجال التحكيم التجاري الدولي، كتعيين المحكم الثالث في حالة عدم الاتفاق، إضافة إلى الاختصاص الأصيل للمحاكم الوطنية من اعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم[268]

2/ السرية :

---

[267]لزهر بن سعيد، وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 29

[268]هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ، توزيع منشاة المعارف الإسكندرية 2005 ، ص 23الى غاية 52

إن مبدأ علانية الجلسات في القضاء الوطني هو مبدأ مستقر عليه وجديرا بالاحترام، فهذا المبدأ لا يمكن الاستغناء عنه ولا استبعاده في جلسات المحاكم، في حين يحق للمتخاصمين أمام هيئة التحكيم أن يحيطوا نزاعهم بالسرية الكاملة حماية لسمعتهم التجارية في السوق، وإخفاء الحقائق عن المنافسين والعملاء .

فالمعروف أن أسرار التجارة والصناعة بمختلف أنواعها، إنما يحرص التجار على حفظها وعدم إفشائها لأقصى درجة ممكنة، ولن يتحقق هذا الهدف إلا باللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي

يتعلق التحكيم عادة في منازعات المعاملات التجارية والنشاط التجاري للمشروعات والكيانات الاقتصادية،يقوم على مجموعة من العناصر تتصل بحجم الأعمال والمركز المالي للمشروع وخططه المستقبلية، ويعتبر أصحاب المشروعات إن كل المعلومات والبيانات المتعلقة بتلك العناصر أمورا سرية، ينبغي أن تضل في طي الكتمان ، وإفشها يرتب إضرار بليغة بالأطراف في مجال المنافسة الدولية، إضافة إلى ذلك هناك العديد من المعاملات الدولية المعاصرة تعتبر سرية بياناتها ومفوضاتها هي كل رأسمالها، من ذلك عقود نقل التكنولوجيا، والمعرفة الفنية في تصنيع الدواء وتصميم الأقمار الصناعية، ونظم الحاسوب الالكترونية ، ومعالجة البيانات آليا وتخزينها في بنوك المعلومات.فلقد نصت المادة (4/25) من قواعد اليونسترال على أن تكون جلسات المرافعة الشفوية وسماع الشهود مغلقة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. [269]

3/كفاءة المحكم:

إن القاضي في محاكم الدولة قد يكون فقيها بارعا، و لكن قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية فيتعذر عليه الفصل في المنازعة المتعلقة بها ، إلا بالاستعانة بخبير يرشده ويكشف له ما استغلق عليه من جوانب النزاع، فإذا ما اقتضى الأمر تعيين خبير وإضاعة الوقت في انتظار تقريره وتحمل ما ينجم عن ذلك من نفقات، فمن أولى أن نعهد لهذا الخبير مباشرة منذ البداية.

ثم إن المحكم على خلاف القاضي لا يلزم أن يكون رجل قانون فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، فقد يكون مهندسا أو طبيبا أو رجل أعمال، أو متخصص في المجال الاقتصادي، مما يؤهله لفهم و إدراك طبيعة النزاع .

يكون المحكمون عادة من أصحاب الاختصاص مما يوفر الوقت والجهد، الأمر الذي أدى إلى تشجيع المؤسسات التحكيمية بإنشاء لجان متخصصة من بينها التحكيم

[269] هشام خالد، المرجع السابق، ص 66

المصرفي ، مما يتيح لأطراف المنازعة اختيار الخبرة التي يرونها مناسبة بدلا من تعيين المحكمة احد الخبراء لإبداء رأيه في الدعاوى المصرفية المطروحة أمام المحاكم .[270]

4/ التيقن من انعقاد الاختصاص للمحكم المعني :

يلجا الأطراف إلى التحكيم، لأنهم يعلمون أن مثل هذا الاتفاق يمكن تنفيذه فعلا، حيث يقومون بتكوين محكمة التحكيم بالطريقة المتفق عليها، ثم يعهدون لهذه المحكمة مهمة الفصل في النزاع القائم بينهم، دون اعتراض أو رفض الاختصاص أو المهمة الممنوحة لهم من جانب الخصوم .[271]

5/تحقيق حماية قضائية فعالة:

حيث يعمل نظام التحكيم على ضمان المستقبل التنفيذي للقرار التحكيمي ، فوفقا للقانون الانجليزي يعتبر حكم التحكيم نهائيا وذلك بخصوص المسائل التي حسمها والقاعدة العامة هي عدم جواز الطعن على هذا الحكم بالاستئناف إلا في أحوال خاصة، كذلك بالنسبة لأوجه الطعن الأخرى ، حيث يكون اللجوء إليها في ظروف وأحوال خاصة، فوفقا للقانون الانجليزي فمن الواجب تنفيذ حكم التحكيم فور صدوره .

أما بخصوص قوانين الدول العربية نجد أن المشرع التونسي لا يجيز الطعن بالاستئناف إطلاقا وفقا للمادة (1/78) من القانون رقم 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 ابريل، يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، أما قانون التحكيم المصري فنص في المادة 25 منه على انه لا تقبل أحكام التحكيم الصادرة في طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية. كما سارت على هذا النهج العديد من القوانين العربية كقانون التحكيم العماني والبحريني ...الخ.

فلا يجوز للغير الاعتراض على الحكم التحكيمي، و لا طلب إعادة النظر في الأحكام التحكيمية فلقد نصت المادة 24 من اتفاقية جنيف على انه:" ما لم يكن الحكم التحكيمي متعارضا مع النظام العام أو صادر في نزاع لا يجوز حسمه عن طريق التحكيم ، فان الحكم التحكيمي يتمتع بالحجية منذ لحظة إعلانه للخصوم ".

---

[270] هشام خالد، المرجع السابق، ص 82

[271] هشام خالد، المرجع نفسه، ص 91

وفي هذا الصدد ذهبت اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار في مادتها (1/59) على إن الحكم التحكيمي ملزم للأطراف ولا يجوز الطعن فيه بالاستئناف ولا يجوز الطعن فيه بأية طريقة أخرى من طرق الطعن. [272]

ثانيا : رغبة الخصوم في الحصول على عدالة مختلفة عن تلك التي تعطيها المحاكم

عندما يلجا الخصوم إلى التحكيم ، فإنهم يهدفون من وراء هذا المسلك للحصول على عدالة مختلفة عن عدالة المحاكم الوطنية ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال الأمور التالية:

*عدم الخضوع للقانون الوطني وفقا لمفهومه الرسمي ، ذلك إن الخصوم يلجئون إلى التحكيم تجنبا لسطوة القوانين الداخلية للدول والتي لا تتماتشى ومصالحهم ومقتضيات التجارة الدولية

*الخضوع للقواعد المادية للتجارة الدولية "lex mecatoria" فالتحكيم التجاري بتطبيقه لقانون التجار إنما يسعى لتحقيق عدالة موضوعية خاصة أكثر ملائمة للنزاع المعروض أمامه، وكذلك قدرة هذا القانون من تخطي مشكلة تنازع القوانين . [273]

ثالثا: رغبة الخصوم في أن يكون التحكيم ذا طبيعة توفيقية

يتمتع المحكمون بمهارات معينة، لا يتمتع بها القضاة في الدول المختلفة ، ألا وهي القدرة على حسم منازعات التجارة الدولية ، من خلال ابتداع حلول مستلهمة من واقع الحياة التجارية الدولية وما تزخر به من أعراف وعادات ومبادئ .

وفضلا عما تقدم فالمحكم إنما يطبق القانون بطريقة مرنة يعجز القضاة عن إعمالها بل ويستطيع المحكم وضع القانون جانبا والحكم وفقا لمبادئ العدالة والإنصاف، والهدف من وراء ذلك المحافظة على المجتمع التجاري الدولي وتعزيز بقائه وقوته .

إن المحكم عادة لا يتمسك بحرفية النص القانوني يستلهم مضمون القاعدة القانونية ، في إيجاد الحل المناسب لمنازعات التجارة الدولية مراعيا في ذلك عاداتها ومبادئها الأساسية ، كمبدأ حسن النية في التعامل في بعض الحالات التي لا يرغب الخصوم في الخضوع لنظام قانوني معين ، بل يريدون أن يتم حسم النزاع وفقا لمقتضيات العدالة، والإنصاف ، فمن شان هدا إن استمرار علاقة الخصوم بعضهم

---

[272] هشام خالد، المرجع السابق، ص 100

[273] هشام خالد، المرجع نفسه، ص 223 ومايليها

بالبعض الآخر، بعد الحكم في النزاع ولن يؤدي إلى قطع أواصر الصلة بين المتعاملين .[274]

رابعا : رغبة الخصوم في حسم منازعات تخرج عن ولاية المحاكم

حينما يقوم الأطراف بإبرام عقد من عقود التجارة الدولية ، فإنهم يضعون الخطوط العامة للعقد دون الدخول في التفاصيل الدقيقة ومرجع ذلك هو عدم إمكان الاتفاق على التفاصيل الدقيقة للعقد ، كإضافة إلى العديد من المسائل العقدية التي تضل معلقة بين الطرفين ، حيث لم يضعوا لها إجابة ، كما انه بعد إبرام العقد قد تطرأ مستجدات توجب التدخل لتعديل الأحكام العقدية ، ولا شك أن هذا التعديل لصالح الطرفين .

فوفقا للقواعد التقليدية فان مهمة المحاكم هي حسم النزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه ولكن المحاكم ليست مخولة بتكوين العقد غير انه باللجوء إلى التحكيم فهو يعتبر آلية لضبط العقد أو تعديل أحكامه بمعزل عن وجود نزاع قانوني

يمكن اللجوء إلى التحكيم لملأ الثغرات العقدية المتعلقة بالمسائل الثانوية والتي لم يقدر الأطراف

أهمية الاتفاق عليها لحظة إبرام العقد فعلى سبيل المثال يمكن للأطراف الاتفاق على الأصل الذي يجب أن يتم فيه تنفيذ العقد وإنهم لا يحددون مواعيد وصول الشحنات المتعاقبة ، هذا بالرغم مما هو ظاهر وجود التزام بالتوريد في مواعيد متعاقبة قد يتم الاتفاق على الكمية المبيعة ولكن لا يتم الالتفات إلى التعليب كذا لا يتم الاتفاق على الشكل الذي يجب أن تقدم فيه السلع للمشتري [275].

[274] هشام خالد، المرجع السابق، ص 317-325

[275] هشام خالد، المرجع نفسه، ص 365

المطلب الثاني: التحكيم الإلكتروني

مما لا شك فيه أن التحكيم الإلكتروني أحد إرهاصات ثورة تكنولوجيا المعلومات وما ترتب عنها من تغيير في سلوك المتعاملين عبر الفضاء الإلكتروني، ونظرًا لحداثة عهده فلم يحدد الفقهاء بعد طبيعته القانونية، فيما إذا كان نظامًا قانونيًا قائم بذاته، أم أنّه كالتحكيم التقليدي، ولا يختلف عنه إلاّ من حيث الوسيلة[276] ويوفر التحكيم الإلكتروني لأطرافه العديد من المزايا والتي تنبع بشكل أساسي من طبيعة الوسط الذي تجري فيه عملية التحكيم، غير أنّه كأي نظام حديث يؤخذ عليه بعض المآخذ. وهذا ما تمت دراسته في الفرع الأول حول مفهوم التحكيم الإلكتروني والفرع الثاني تحت عنوان مصادر التحكيم الالكتروني، أما بالنسبة للإجراءات التي يتبعها المتعاقدين وكذا تلزم المحكم الإلكتروني أفردنا له عنوان خاص في الفرع الثالث.

- **الفرع الأول:ماهية التحكيم الالكتروني**

لدراسة ماهية التحكيم الالكتروني تم التطرق لتعريفه اولا ودراسة مزاياه وعيوبه ثانيا.

أولا: تعريف التحكيم الإلكتروني

لتعريف مصطلح التحكيم الإلكتروني يجب تحليل مفرداته إلى:

مصطلح "التحكيم" بمعناه التقليدي وهو يعني اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين لتسوية خارج إطار المحكمة المختصة.

مصطلح "الإلكتروني" ويعني الاعتماد على تقنيات تحتوي على كل ماهو كهربائي أو رقمي أو مغناطيسي أو لاسلكي أو بصري أو كهرومغناطيسي أو غيرها من الوسائل المتشابهة.

فهو نوع من التوصيف والتحديد لمجال نوع النشاط المحدد في التحكيم، ويقصد به إجراء التحكيم باستخدام الوسائط والأساليب والشبكات الإلكترونية ومنها شبكة الانترنت.

---

[276] هشام بشر وإبراهيم عبد رية، التحكيم الالكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2012، ص14.

وقد عرف المشرع الكندي في قانون التجارة الإلكترونية الموحد عام 1999 مصطلح "إلكتروني" بأنّه عملية إنشاء أو تسجيل أو نقل أو تخزين في صيغة رقمية أو أي صيغة أخرى غير ملموسة بواسطة وسائل إلكترونية أو بأي وسائل أخرى مشابهة، لديها القدرة على الإنشاء والتسجيل أو النقل والتخزين إلكترونيا. يلاحظ على هذا التعريف توسعه من حيث أنه يفتح المجال أمام أية وسائل أخرى للدخول في إطار المصطلح وهذا بالنظر إلى التطور الحاصل في وسائل التكنولوجيا الحديثة ووسائل معالجة المعلومات الإلكترونية.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الكندي أضاف إلى قانون التجارة الإلكترونية قانون الإثبات الإلكتروني لسنة 1999 لتكتمل المنظومة القانونية الكندية للتجارة الإلكترونية[277].

وبالتالي يعرف التحكيم الإلكتروني بأنه التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الانترنت، وهو يكتسب صفة الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها وهي سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون حاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين[278].

أو كما عرفه Chassigneux Cynthia بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت غالبا بوسائل إلكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي[279].

وإذا كان ما يميز التحكيم الإلكتروني ويضع الفارق الرئيسي بينه وبين التحكيم في حقيقته التقليدية هو استعمال وسائل الاتصال الحديثة في إجراءاته، فإن هناك مسألة خلافية تطرح حول إلزامية تمام التحكيم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية لاعتباره إلكترونيا أم يكفي لاعتباره كذلك استعمال الوسيلة الإلكترونية في أي مرحة من مراحله[280]. الواقع أن الفقه لم يتفق على رأي واحد، وانقسم في ذلك إلى اتجاهين:

---

[277] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 246، 248.

[278] عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/emad%20aldin%20mohamed.pdf ، ص 1034.

[279] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص248، 249.

[280] آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني، عن موقع http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/alaa.pdf ،ص 976

الأول: يعتبر التحكيم إلكترونيا سواء تم بأكمله عبر وسائل إلكترونية أو اقتصر استعمالها على بعض المراحل منه فقط، إذ يمكن أن يقتصر استخدام الوسيلة الإلكترونية على مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو على مرحلة الخصومة، في حين تتم باقي المراحل بالطرق التقليدية كأن تعقد جلسات التحكيم بحضور الطرفين مثلا.

الثاني: لا يعد التحكيم إلكترونيا إلا إذا تم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية، إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق تحكيم إلكتروني ثم يمر بإجراءات تحكيم تتم باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، فلا يلتقي الطرفان مع المحكمين لقاءا ماديا ولا يصار إلى انعقاد جلسات تحكيم مادية وصولا إلى مرحلة صدور الحكم الإلكتروني.

الاتجاه المرجح هو الثاني والسند هو أن التحكيم الإلكتروني تحكيم يتم بأكمله عبر الوسيلة الإلكترونية والقول بنقيض ذلك يجعل من أي تحكيم تحكيما إلكترونيا، إذ لا يخلو تحكيم من استعمال وسائل الاتصال الحديثة في أي مرحلة من مراحله، كأن يتم تبليغ الخصم عبر البريد الإلكتروني أو إرسال بعض المستندات عبر الفاكس، فاستخدام هذه التقنيات الحديثة لايجعل من التحكيم إلكترونيا[281].

بالإضافة إلى أنّ جميع مراكز التحكيم الدولية تعمل على الاستفادة من التطور التقني من حيث امتلاكها مواقع إلكترونية على الشبكة، يمكن التواصل معها عبرها، إلا أن هذا لا يجعل من قضايا التحكيم التي تتولاها إلكترونية ولا يتم تطبيق قواعد التحكيم الإلكتروني بدلا من التحكيم التقليدي، الذي تستخدمه بعض مراكز التحكيم الإلكتروني في عقد جلسات تحكيم إلكترونية Net Case أكثر من ذلك، فإن نظام التواصل ICC مثل غرفة التجارة الدولية في باريس، يسمح لأطراف التحكيم الذي يجري وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بينهم عبر الانترنت في مجال آمن خاص بهم، تكون فيه المعلومات المتبادلة مشفرة ويساعد على أرشفة المستندات حسب كل قضية على حدة، وعلى الرغم من ذلك فإن التحكيم الذي يستخدم هذا النظام يبقى تحكيما تقليديا وليس إلكترونيا لأن استخدامه لا يغني عن وجود جلسات تحكيم تقليدية[282].

ثانيا: مزايا وعيوب التحكيم الإلكتروني

1- مزايا التحكيم الإلكتروني:

بخلاف مزايا التحكيم بصفة عامة فإنّ التحكيم الإلكتروني يتميز بالآتي:

---

[281] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 87-90.

[282] آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 278.

- التحكيم الإلكتروني أقل كلفة من اللجوء إلى القضاء الوطني كما أنه كذلك من اللجوء إلى التحكيم التقليدي الذي يستتبع سداد نفقات الانتقال، فضلا عن عدم ضرورة استقرار المحكمة بمكان محدد.

- إن العقود الإلكترونية غالبا ما تكون قليلة القيمة ومن ثم فلا يفترض أن تكون نفقات تسوية المنازعات بتلك العقود تفوق قيمه العقد ذاته وهو ما يوفره التحكيم الإلكتروني.

- إن التحكيم الإلكتروني يساهم في حسم النزاع في مدة قصيرة تساهم في خفض النفقات وعدم تكبد طرفي المنازعة أضرار توقف العلاقة التجارية فيما بينهم.

-إن اختيار المحكمين بالتحكيم الإلكتروني في الغالب ما يتم بعيدا عن المعرفة المسبقة بأطراف النزاع ومن ثم فإن المحكم غالبا ما يتصف بالحيرة والاستقلالية تجاه الطرفين.

2- عيوب التحكيم الإلكتروني:

-سماح التحكيم الإلكتروني بإمكانية استبعاد فكرة تطبيق القوانين المتعلقة بالنظام العام والماسة بالمصالح الأساسية الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وإن كانت سوف تقابل عقيد التنفيذ، إلا أنها في طريقها إلى الاندثار بمحاولات التفرقة بين النظام العام الدولي والداخلي.

-بعض الدول تحد من اللجوء إليه لسن قوانينها بعض القيود الشكلية كالاتفاق الكتابي للتحكيم الموقع من الطرفين، وعدم قابلية بعض المنازعات من تسويتها بالتحكيم.

-عدم الثقة في التعاملات الإلكترونية سواء من الطرف الآخر أو من هيئة التحكيم المحجوبة عنه فضلا عن التشكيك في إمكانية تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني الصادر من الهيئة التحكيمية.

- إثارة بعض العقبات الإجرائية والموضوعية كوسائل الحق في الدفاع كفارق التوقيت مع الطرف الآخر، تكنولوجيا الاتصالات فيما بين الدول، القانون الواجب التطبيق مبدأ المواجهة، مذكرات الدفاع المكتوبة وحق المرافعة الشفوية[283].

الفرع الثاني: هيئات التحكيم الإلكتروني

[283] هيثم عبد الرحمن البقلي، التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات، عن موقع
http://www.kenanaonline.net/blog/76756/page/3

يعتمد التحكيم الإلكتروني في تطويره بصفة أساسية على عوامل محددة منها:

1. مدى توافر الاعتراف القانوني العالمي بالتوثيق الإلكتروني.

2. ضرورة وضع حد أدنى من المعايير التقنية لاستخدام تكنولوجيا المعلومات بهدف تحقيق الأمان والسرية والسلامة في المعاملات الإلكترونية.

3. اعتماد مقدمي خدمات فض المنازعات عبر الانترنت.

4. وضع المعايير من أجل بناء بنية سليمة لتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، يكون الهدف منها دعم عمليات فض النازعات عبر الانترنت و زيادة الوعي بأهمية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات.

5. زيادة الوعي بأهمية تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات.

وأهم هذه العوامل على الإطلاق هو توحيد السياسات العالمية والأطر التنظيمية في القوانين الوطنية، فمن الواضح أن عدم وجود تنظيم قانوني أو عدم الرغبة في تطوير النظم القائمة سوف يزيد من حجم وحدة المنازعات المحتملة، بالإضافة إلى صعوبة تسوية هذه المنازعات التي يتباعد فيها الأطراف مكانيا لأسباب تعود إلى المرجعية الثقافية والاجتماعية المختلفة والمناسبة لتسوية منازعاتهم التي تعمل بنفس أسلوب البيئة الإلكترونية التي يجرون معاملاتهم فيها وبها.

غير أن الاستفادة من الوسائط الإلكترونية في تسوية المنازعات يتطلب تجهيز آليات للتسوية تسمح بمباشرة الإجراءات على الخط on line بطريقة آمنة وغير مكلفة، وبالتالي تطوير نظم قانونية فعالة تحكم عملية التسوية الإلكترونية وتتيح نفاذ قراراتها دوليا.

ولقد اتجهت بعض من المنظمات والهيئات المعنية بالتحكيم – في إطار سعيها لتطوير التحكيم الإلكتروني- إلى الاستجابة لمقتضيات استخدام الوسائل الإلكترونية في الاتصال بين أشخاص التحكيم الإلكتروني، فنجد أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) قد أصدرت:

* قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية سنة 1996.

* قانون التوقيعات الإلكترونية سنة 2001.

* اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية سنة 2005.

وقد تضمنت الاتفاقية الأخيرة توجيهات بشأن تنظيم إجراءات التحكيم من بينها توصيات بشأن استخدام القنوات الإلكترونية في نقل المستندات وتبادلها مع حجيتها في الإثبات حيث أجازت الاتفاق على تبادل المستندات في شكلها الإلكتروني[284].

إن واقع تسوية المنازعات خارج الإطار القضائي وجد له مجالا واسعا من التطبيقات الفعلية والمتنوعة والشاملة لمنازعات التجارة الإلكترونية، من حيث كونه نتيجة منطقية للتوجه الجاد إلى الاستفادة القصوى مما توفره الإمكانات التي تتيحها وتوفرها البيئة الرقمية والوسائل الإلكترونية المتلاحقة التطور والتوسع، وذلك من أجل التوصل إلى النجاح في انجاز إجراءات الطرق التقليدية لتسوية المنازعات مثل التفاوض والوساطة والتوفيق والتحكيم ولكن من خلال شبكة الانترنت.

ولقد قامت العديد من المبادرات الخاصة بتبني بعض من التنظيمات الاقتصادية والإقليمية والاتحادات المهنية في هذا المجال المهتمة أساسا بمواكبة التطور السريع، والتي تعتبر من خلال ذلك مصدرا هاما يستقي منه التحكيم الإلكتروني أحكامه، ويمكن تعداد هذه التنظيمات والهيئات فيما يلي:

1- الاتحاد الأوروبي:

بالنظر لأهمية التحكيم الإلكتروني وفعاليته اتجهت معظم الدول والمنظمات الدولية إلى إصدار قوانين تعني بالموضوع وتتيح في قواعدها للأطراف اللجوء إليه عبر الانترنت، ويلاحظ من خلال ذلك زيادة الاتحاد الأوروبي في هذا السعي من حيث اتخاذه لبعض من الخطوات الجدية والفعالة في هذا المجال من ضمنها:

1/.المادة 17 من التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 التي نصت على السماح للدول الأعضاء في حالة النزاع بين مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية هذه الخلافات خارج المحاكم وباستخدام الوسائل الإلكترونية.

2/. قيام الاتحاد الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء وحثهم على عدم وضع عقبات قانونية في تشريعاتهم الداخلية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات بعيدا عن القضاء، فنصت المادة الأولى من التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 " يجب أن تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني".

[284] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص256 وما بعدها.

3/. إصدار اللجنة الأوروبية المختصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالمستهلكين أساسا توصية باعتماد سلسلة من التوجيهات بخصوص حل المنازعات على الخط منها:

أ- تأسيس شبكة أوروبية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط، وكذا حل كافة المنازعات المتعلقة بالمستهلك الأوروبي خاصة القطاع الخدماتي.

ب- وضع مبادئ عامة يتوجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الانترنت.

ولقد كان هدف هذه التوصية سد النقص في التوصية رقم 298/257 التي وضعت خطوطا إرشادية لتوفير أفضل حماية ممكنة للمستهلك الأوروبي في معاملته الإلكترونية[285].

2- المنظمة العالمية للملكية الفكرية (World Intellectuel Property Organisation)

تضطلع المنظمة العالمية للملكية الفكرية بأداء دور متعاظم الأهمية في عملية تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية وتنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت المتعلقة منها أساسا بالملكية الفكرية وأسماء الدومين والعلامات التجارية.

ولقد تمكن هذا النظام من التغلب بفعاليته على العديد من الصعوبات من حيث أنه سمح بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق كما تضمن وحدة الجزاء رغم اختلاف الجنسيات خاصة أمام واقع كون حل النزاعات التجارية ذات الصلة بحقوق الملكية الفكرية مسألة حيوية للغاية إذا ما روعي فيها سرعة الفصل والكلفة القليلة وتقديم الحلول البديلة للأساليب القضائية المتميزة بطول الأمد والكلفة العالية.

في عام 1994 قامت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بإنشاء مركز الويبو للتحكيم والوساطة للفصل في منازعات الملكية الفكرية باستخدام شبكة الانترنت مقره في جنيف بسويسرا ويضم المركز قائمة طويلة تضم 800 محكم ووسيط في هذا المجال من 67 بلدا[286].

وتسير إجراءات التحكيم في مركز الويبو بصورة إلكترونية حيث تبدأ بتسجيل أطراف النزاع من خلال نموذج إلكتروني معد سلفا وتستمر الإجراءات بتبادل المستندات والرسائل من خلال قنوات آمنة تسمح بالتبادل الفوري لهذه المستندات كما تستخدم الوسائط الصوتية والبصرية في إدارة التحكيم.

---

[285] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 259.

[286] هشام بشر وإبراهيم عبد ربة، المرجع السابق ص 88، 89.

وتبدأ إجراءات التحكيم الإلكتروني بالدخول إلى موقع التحكيم السريع من خلال موقع الويبو ذاته ثم يقوم الشخص بالنقر على المفتاح الخاص بفتح القضية حيث يملأ الطلب الموجود أمامه ويرسله إلكترونيا إلى المركز والذي يقوم بالرد عليه من خلال بريد إلكتروني يرسل إليه يتضمن إعلامه بأن المركز قد قبل الطلب ويحدد مقدار الرسوم (رسوم التسجيل والرسوم الإدارية) وكيفية دفعها فإذا ما سدد العميل الرسوم فإن المركز يخطر المحتكم ضده بالدعوى وأنه قد تم إعداد صفحة للنزاع ويزوده بكلمة المرور لتمكنه من الاضطلاع على تفاصيل النزاع، ويقوم المركز بأخطار هيئة التحكيم ومنحها كلمة مرور خاصة حتى يتسنى لهم التواصل بأطراف النزاع ثم إصدار الحكم النهائي[287].

تحظى الويبو واقعا بأفضلية خاصة لدى الشركات التي تتحاشى الدخول في دعاوى قضائية مكلفة وطويلة الأجل، فقد اشتهرت الويبو بأنها المنظمة التي تقدم خدماتها السريعة في فض النزاعات المتعلقة بالتسجيل أو سوء استخدام الأسماء على شبكة الانترنت، وعرضها لهذه الخدمات على نطاقات أعلى من النطاق العام مثل com و net و org وكذا على النطاقات المحلية، والتي من خلالها يستطيع أصحاب العلامات التجارية إرسال شكواهم مستخدمين نماذج الأقسام المتاحة على عنوان الموقع الإلكتروني للمنظمة، حيث يتم انجاز جميع المراحل بصورة متصلة على شبكة الانترنت، ويتم الحصول على القرارات النافذة خلال شهرين من رفع النزاع إليها[288]

3- القاضي الافتراضي Virtual Magistrate:

رغم أهمية التوصيات والقرارات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي والجهود النوعية الكبيرة التي بذلتها منظمة الويبو إلا أن التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الانترنت تمثلت في برنامج القاضي الافتراضي، وهو مشروع أطلق تجريبيا في مارس 1996 للتحكيم عبر الانترنت بهدف فض المنازعات الناشئة بين مستخدمين الانترنت والمتضررين من الرسائل أو الملفات غير المشروعة وبين القائمين على الأنظمة المختلفة من حيث توجيه الشكاوى والمطالبات بالتعويض ضدهم.

فمشروع القاضي الافتراضي مشروع أمريكي أعد بالتعاون بين مركز القانون وأمن المعلومات بجامعة فيلانوفا Villa Nova Center For Law And Information Policy وبين معهد القانون المتخصص في مجال حل المنازعات بطريقة إلكترونية، وفي عام 1999 انتقل المشروع إلى كلية Kent Chicago للحقوق

[287] هشام بشر وإبراهيم عبد رية، المرجع نفسه، ص 90-91

[288] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 250.

بمعهد الينوي للتكنولوجيا وتم تدعيمه من طرف جمعية المحكمين الأمريكية (AAA) ومعهد قانون الانترنت والمركز الوطني لأبحاث المعلوماتية الأمريكي[289].

يهدف المشروع مبدئيا إلى إعطاء حلول سريعة ومحايدة للمنازعات المتعلقة بالانترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها وقانون الانترنت ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية، ويتم تعيين المحكم وفقا لنظام القاضي الافتراضي بواسطة جمعية التحكيم الأمريكية من بين قائمة معدة سلفا لمحكمين مؤهلين[290].

تتكون محكمة التحكيم وفقا لهذا النظام من محكم واحد أو ثلاث محكمين، يقوم القاضي الافتراضي المعين بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لهذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني، ويفصل في النزاع خلال 72 ساعة من عرضه ويكون قرار المحكم مجردا من القيمة القانونية حتى يقبله الأطراف وهذا ما يجعل نظام القاضي الافتراضي اختياريا متعلق بشرط واقف وهو قبول الطرف الآخر[291].

هذا ويختص نظام القاضي الافتراضي بنظر المنازعات الناشئة عن استخدام الشبكات المعلوماتية أو بين مستخدميها وبين القائمين على إدارتها، والتي يطلب من خلالها أحد المستخدمين جبر الضرر الذي لحقه نتيجة رسائل أو معلومات لا تستوفي الشكل القانوني.

4- المحكمة الإلكترونية Cyber Tribunal:

وتسمى أيضا المحكمة الفضائية، أنشئت المحكمة الإلكترونية في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996 تحت رعاية مركز أبحاث القانون العام ويعود الفضل في إنشاء هذه المحكمة الأستاذان كريم بن يخلف وبيير ترودل pierre trudel[292].

يقدم هذا المشروع خدمات التحكيم الإلكتروني باستخدام تطبيقات البرمجيات وتقنيات التشفير التي حققت الأمان والسرية في تنفيذ الإجراءات، مستوحية القواعد الإجرائية من نظام التحكيم التجاري الدولي مثل لجنة اليونسترال، وغرفة التجارة الدولية، وتعديلها بما يتناسب مع ما تقتضيه طبيعة القنوات الإلكترونية، ومراعاة الشفافية وسهولة الاستخدام.

---

[289] هشام بشر وابراهيم عبد ربة، المرجع السابق ص 94.

[290] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 262.

[291] هشام بشر وابراهيم عبد ربة، المرجع نفسه، ص 95.

[292] هشام بشير و إبراهيم عبد ربه، المرجع السابق ص 76.

تهدف المحكمة الإلكترونية إلى وضع نظام أو آلية لتجنب وحل المنازعات التي تنشأ عن استخدام الفضاء الإلكتروني للمعلوماتية من خلال تقديم خدمات التحكيم عبر القنوات والوسائط الإلكترونية ووضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها وتسوية منازعاتها وتفعيل نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية ينظم إليه أطراف النزاع ويتحقق الارتباط به بموجب إطار تعاقدي.

هذا وتختص المحكمة الإلكترونية بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والمنافسة وحقوق المؤلف والعلامات التجارية والمنازعات المتعلقة بحرية التعبير أو بالحياة الخاصة في الفضاء الإلكتروني، فهي تختص فقط بنظر المنازعات المتعلقة باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في مجال التبادل الإلكتروني للمعلومات.

ووفقا لنظام المحكمة الإلكترونية تتم كافة الإجراءات الإلكترونية على موقعها الإلكتروني، بداية من طلب التسوية مرورا بالإجراءات وانتهاءً بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع الإلكتروني للمحكمة، وهو يختلف عن نظام القاضي الإلكتروني من حيث أن جزءا واحدا فقط من هذه الإجراءات يتم في إطار إلكتروني.

ورغبة من المحكمة في بث الثقة في نظامها قامت بإصدار شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية التي تتعامل بالتجارة الإلكترونية والتي تستوفي شروط المطلوبة من المحكمة الإلكترونية، وذلك تعبيرا عن التزام هذا المواقع و المسئولين عنها بتسوية منازعاتهم مع المستخدمين وفقا لنظامها وإجراءاتها[293].

5- نظام تسوية منازعات أسماء الدومين Domain Names System

أتاحت شبكة الانترنت للشركات والمؤسسات التجارية الموجودة في مختلف دول العالم إنشاء مواقع على الشبكة تعرض فيها منتجاتها على الزائرين المتصفحين للموقع لمشاهدة البضائع والخدمات المتوافرة، بما أوجد معها مشكلات قانونية من نوع جديد تتصل بحقوق الملكية الفردية من أهمها ما يتعلق بالعلامات التجارية نتيجة لتسمية بعض المواقع على الشبكة باتخاذ أسماء دومين Domain Names كعنوان لتلك المواقع وما يتصل بذلك من تشابه أو تطابق أو تماثل علامات تجارية مشهورة بقصد جذب العملاء.

ويسمح نظام أسماء الدومين (DNS) لمستخدمي شبكة الانترنت الاتصال بالموقع المطلوب وتبادل البيانات معه عن طريق استخدام مجموعة من الحروف توصل إليه، وفي هذا الاطار أصدرت مؤسسة الانترنت لتخصيص الأسماء والأرقام ICANN العديد من الوثائق المتعلقة بالموضوع منها:

---

[293] هشام بشير إبراهيم عبد ربه، المرجع السابق ص 77-81.

1- وثيقة المبادئ الصادرة في 1999/8/26 دخلت حيز التنفيذ في 1999/12/1 وتضمنت السياسة الموحدة لتسوية منازعات أسماء الدومين.
2- لائحة الإجراءات الصادرة 1999/10/24 المتضمنة قواعد وإجراءات نظام التسوية.

يهدف نظام التحكيم الخاص ل ICANN إلى محاربة تسجيل أسماء وعناوين لمواقع إلكترونية تتشابه أو تتطابق مع أسماء علامات تجارية مشهورة بهدف إعادة بيعها إلى مالكي هذه الأسماء أو العلامات، أو ما يسمىCyber Squatting.

ويمكن تحديد خصائص نظام تسوية منازعات أسماء الدومين على الانترنت في كون إجراءات التسوية تجري من خلال آليات إلكترونية مثل البريد الإلكتروني ويوفر مركز WIPO نماذج الشكاوى والردود عليها كما يقوم بحفظ لقواعد البيانات لإدارة القضايا، وهو لا يعتمد في تشغيل النظام على أماكن وجود أو مواطن أصحاب الشكوى أو المدعى عليهم أو المسجلين، من حيث أنه قد روعي في تصميم النظام أن يكون نموذجيا وعالمي النطاق على الأقل بالنسبة لمنازعات أسماء[294] الدومين من المستوى النوعي العالي، مثلما روعي فيه أن يتم تشغيله دون حاجة للوجود المادي للأشخاص في مكان محدد.

- **الفرع الثالث: إجراءات التحكيم الإلكتروني**

يثير التحكيم الإلكتروني عددا من الإشكاليات المتعلقة أساسا بكون النظم القانونية القائمة والمنظمة لإجراءات التحكيم تفترض استخدام الدعائم الورقية والحضور الشخصي لأطراف النزاع، لذلك تلعب القواعد الإجرائية التي تسنها مراكز التحكيم لتنظيم سير عملية التحكيم دورا جوهريا لضمان نجاح العملية، فهي سلسلة من الإجراءات منذ ما قبل عرض النزاع على التحكيم وصولا إلى حين فضه وصدور الحكم فيه.

أوّلاً : إجراءات عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني

تتحدد إجراءات عرض النزاع الإلكتروني على التحكيم الإلكتروني في المراحل الخمس التالية:

أ- الإجراءات الواجب إتباعها قبل عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني

يتم في التحكيم الإلكتروني إتباع إجراءات التحكيم العادية مضافا إليها باتفاق الأطراف القواعد الإضافية الخاصة بالتحكيم الإلكتروني، ويجوز للأطراف تحديد

[294] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 259 وما بعدها.

إجراءات التحكيم الإلكتروني التي يريدون تطبيقها ضمن بنود اتفاق التحكيم، ومن أبرز هذه الإجراءات نجد:

1-كيفية التواصل بين المتخاصمين والمحكمين عن بعد عبر شبكة الانترنت.

2-كيفية تقديم المستندات إلكترونيا.

3-أهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية موضوع النزاع التي تهم الأطراف.

إذا كنا بصدد خلاف بين أطراف اتفاق التحكيم الإلكتروني، فإنه قبل اللجوء إلى مركز التحكيم يتعين اتخاذ مجموعة من الإجراءات لعرض النزاع على مركز التحكيم، والتي يمكن إيجازها كالتالي:[295]

1-التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج الموضوع على موقع الانترنت والمعد سلفا من قبل المركز أو الجهة المعنية بالتحكيم، مع تبيين طبيعة الخلاف الناجم عنه النزاع وما قد يقترح من حلول مناسبة، إذ يجب تعيين موضوع النزاع في وثيقة التحكيم حتى تتحدد ولاية المحكمين.

2- تحديد كل طرف أسماء ممثليه في نظر النزاع ووسيلة الاتصال بهم وتحديد عدد المحكمين واختيار طريقة الإجراءات التي يرغب في إتباعها خلال نظر النزاع وكذلك تحديد مدة التحكيم.

3-تقديم الوثائق والمستندات والأدلة المدعمة لحق كل طرف مع إرفاق نسخة من اتفاق التحكيم، ويقوم المركز بالاتصال بالأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات وفق فترات زمنية معينة، مع أداء الرسوم الإدارية المحددة (التي تختلف من مركز تحكيم لآخر).

4- بدء تاريخ النزاع باستلام المركز لطلب التحكيم، ويقوم بإخطار المحتكم ضده بالادعاء في حالة عدم إخطاره بطلب التحكيم لكي يتمكن من إبداء دفاعاته بشأن موضوع النزاع وتقديم الأدلة والبيانات المؤيدة له ووفقا للمبدأ العام للتحكيم فإن إجراءات التحكيم تبدأ منذ يوم استلام المحتكم ضده طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك.

---

[295] محمد إبراهيم أو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، ص01، 2002، الدار العلمية للنشر والتوزيع، و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، ص39 وما بعدها.

5- يتم تحديد موعد الجلسة من طرف مركز التحكيم كي يتقدم كل طرف بتقديم أدلته وبياناته، ومن ثم تبدأ عملية التحكيم التي تنتهي بإصدار الحكم وقيده على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية.

وتتم إجراءات التحكيم بطريقة إلكترونية على الموقع الإلكتروني لمركز التحكيم، وفيها تخزن البيانات والمستندات والوثائق المتعلقة بالقضية.[296]

ب- بدء إجراءات التحكيم الإلكتروني:

تعد إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم هي المرجع في شأن اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، بحيث إذا ما اتفق الأطراف على طريقة معينة لاختيار المحكمين فإنه يتعين الالتزام بهذا الاتفاق، ويعبر عن ذلك ب "مبدأ سمو اتفاق التحكيم"، غير أنه في إطار التحكيم الإلكتروني تتم تسمية المحكمين بمعرفة محكمة التحكيم حسب ما قررته المادة 08 من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية في أن " محكمة التحكيم يتم تشكيلها بتسمية محكم واحد أو ثلاث محكمين، وذلك بمعرفة سكرتارية المحكمة، وفي حالة تعدد المحكمين يتولى هؤلاء مهمة تعيين محكم يتولى رئاسة المحكمة، فإذا تعذر تولت السكرتارية هذا الأمر"، ويتم منح كل محكم شفرة الدخول Access Code وكلمة المرور Password للدخول إلى موقع القضية.

يتم رد المحكم عن طريق طلب رد يرسل إلكترونيا عبر الانترنت حسب ما قررته المواد 03 و 23 من نظام تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO بالنسبة لمنازعات اللجان الإدارية بشأن أسماء حقول الانترنت، ونظمت المادة 10 من لائحة المحكمة الإلكترونية إجراءات رد المحكمين.

وتمر الخصومة التحكيمية بعدة مراحل وإجراءات هي:

1-**تقديم طلب التحكيم**، حيث يتم افتتاح إجراءات التحكيم بتقديم طلب التحكيم الذي يوجه بموجب المادة الرابعة الفقرة الأولى من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 1988 من المحتكم إلى الأمانة العامة للمركز، التي تتولى بدورها إخطار المحتكم ضده في النزاع باستلام الطلب في تاريخه.

2- الإخطار بطلب التحكيم: يجوز أن يتم الإخطار بطلب التحكيم عبر الانترنت ON LINE، حسب نص المادة 3 الفقرة 2 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس " الإخطار أو الإعلان يمكن أن يتم من خلال التسليم بإيصال، أو بخطاب موصى عليه، أو فاكس أو تلكس أو برقية، أو بأية وسيلة أخرى للاتصال تسمح بتقديم دليل على إرساله..."

[296] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 304 وما بعدها.

ونصت المادة 6 الفقرة 1 من لائحة المحكمة الإلكترونية على وجوب قيام الأمانة العامة للمحكمة بإعلان المحتكم ضده بطلب التحكيم بعد استيفاء الشروط القانونية ويتم الإعلان على عنوانه الوارد بطلب التحكيم.

هنا يكون على المحتكم ضده الرد على طلب التحكيم المقدم من قبل المحتكم خلال 10 أيام من تاريخ إخطاره، ويجوز له إرفاق رده بأي طلبات يريد تقديمها للمحكمة.

طبقًا لقواعد التحكيم المعتمدة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA)، فإنه يكون على المحتكم ضده إرسال رده متضمنا موقفه من طلبات المحتكم والحجج التي تدعم هذا الموقف والاعتراضات المحتملة على التحكيم، ويكون للمحتكم إرسال رده خلال 30 يوم من تاريخ إخطاره بطلبات المحتكم ضده.

3- إنشاء موقع إلكتروني خاص بكل قضية، ولتسهيل إجراءات التحكيم تجمع أغلب الأنظمة القائمة في مجال حل المنازعات بطرق إلكترونية على ضرورة إنشاء موقع إلكتروني خاص بكل نزاع، ويتميز هذا الموقع بعدم استطاعة أحد الدخول إليه إلا أطراف اتفاق التحكيم أو وكلائهم ومحكمة التحكيم بموجب أرقام سرية، ويجتمع في داخل هذا الموقع طلب التحكيم والمستندات والإعلانات الخاصة بالنزاع محل اتفاق التحكيم.

الهدف من إنشاء هذا الموقع الإلكتروني تسهيل إجراءات التحكيم وتمكين أطراف خصومة التحكيم من إيداع وتقديم ما يريدون إيداعه من طلبات ومستندات تحت نظر هيئة التحكيم التي تتولى تحكيم النزاع وتوفير إمكانية استلام المستندات في أي وقت يوميا ومن أي مكان عبر شبكة الانترنت.

4- تبادل الحجج والأدلة بين أطراف التحكيم الإلكتروني، حيث يتم تبادل الأدلة والحجج القانونية بين أطراف النزاع بما يسمح للمحكم بحسم النزاع، ونصت المادة 4 فقرة 2 من لائحة المحكمة الإلكترونية على أنه "يتعين على أطراف العملية التحكيمية والأمانة العامة ومحكمة التحكيم إرسال كل البلاغات المكتوبة والإخطارات بالبريد الإلكتروني على الموقع الخاص بالقضية،" وقررت لائحة التحكيم المستعجل Expedited Arbitration الصادرة عن طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO بنص المادة 4 فقرة ألف على ـأن " كل إخطار أو أي إبلاغ يجب أن يكون طبقا للائحة، بحيث أن يتم في الشكل الكتابي، وأن يتم إرساله ب: البريد العاجل، الفاكس، البريد الإلكتروني أو أية وسيلة للإبلاغ تسمح بالإقامة الدليل عليه".

5- إدارة جلسات التحكيم الإلكتروني: إنّ الوسائل المتاحة في المجال الإلكتروني تسمح بإدارة جلسات التحكيم في الشكل الإلكتروني، من حيث إمكانية تبادل النصوص والصور والأصوات بشكل فوري، كما أن تقنية البريد الإلكتروني

تسمح بنقل المستندات والبيانات عبر الانترنت، بالإضافة إلى المؤتمرات المرئية Teleconference التي تعتبر إجراءًا يتعلق بالجلسة حيث يتواجد الأطراف مع بعضهم البعض بطريقة افتراضية.

و نصّت لائحة المحكمة الإلكترونية في المادة 21 فقرة 02 على أنه " للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة تسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف"، أمّا لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية wipo الخاصة بالمنازعات الإدارية في أسماء الحقوق cca فقد نصت المادة 48 منها على أن مصطلح الجلسة يشمل المداولات التليفونية و المداولات المرئية و التبادل الفوري و الموّثق للبلاغات الإلكترونية بأسلوب يسمح لكل الأطراف باستقبال و إرسال هذه البلاغات.

يجب الإشارة إلى أن إجراءات التحكيم الإلكتروني لا تخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم و منها مبدأ احترام حقوق الدفاع و مبدأ المواجهة، باعتبار أن المداولة المرئية باستخدام تقنية Vidéo-Conférence تلبي مقتضيات احترامهما بين أطراف الخصومة[297].

ج- القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني :

طبقا لمبدأ سلطات الإرادة فإن لأطراف اتفاق التحكيم الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما يمكنهم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم[298].

1- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني :

تتبدى أهمية اختيار القانون أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على الإجراءات في الأثر المترتب على ذلك الاختيار، من حيث تحديد نظام أدلة الإثبات و الوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية و المواجهة بين الخصوم و كذا حقوق الدفاع.

مبدئيًا لا تثور أية مشكلة في ظل وجود لوائح تحكيم تنص على إتباع إجراءات إلكترونية منها لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية و لائحة تحكيم المنظمة العالمية الفكرية لحل المنازعات الخاصة بأسماء الدومين و كذا قرارات هيئة التحكيم الأمريكية المتضمنة لإجراءات تحكيمية لحل المنازعات التي تقع بين مشغلي الأنظمة و مستخدمي الخدمات الإلكترونية.

---

[297] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 308 و ما بعدها.

[298] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع نفسه، ص 314.

المادة 14 من لائحة المحكمة الإلكترونية قررت إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية التي تنص عليها لائحة المحكمة مع مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام، و هو ما يعني أن تطبيق هذه الإجراءات لا يعني بالضرورة استبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام الواجبة التطبيق.

قد تثور بعض الصعوبات في الحالة التي يخضع فيها أطراف التحكيم للائحة كلائحة غرفة التجارة الدولية أو لقانون كالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي الصادرة سنة 1985، حيث لم تحدد هذه اللائحة و لا ذلك القانون كيفية تنظيم استخدام التقنيات الإلكترونية في العملية التحكيمية.

و إزاء هذا الوضع تعددت الحلول لتحديد مكان التحكيم ما بين :

1-حل المسألة بالرجوع إلى المكان الذي يوجد فيه المتحكم، و هو ما يعني تطبيق قانون مكان المُحكم.

2-حل المسألة بتطبيق قانون مكان تقديم خدمة الإنترنيت.

3- تفضيل نظرية التحكيم غير التوطيني التي تستوجب الاعتراف للتحكيم الإلكتروني بالطابع غير الوطني.

و الراجح هو ترك الحرية الكاملة للأطراف في تحديد مكان افتراضي للتحكيم و هو ما يتفق مع فكرة عدم وجود مقر مادي للمحاكم الإلكتروني[299].

2- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الإلكتروني

يتمتع أطراف اتفاق التحكيم بنفس الحرية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و لكن عدم اختيار الأطراف له، يرجع الأمر إلى المُحكم أو هيئة التحكيم لتحديد تلك القواعد.

و ينبغي على المُحكم أن يختار قواعد القانون الذي يحكم بملاءمتها مع مراعاة أحكام النظام العام و المبادئ العامة للتحكيم و مراعاة أعراف التجارة الدولية.

و في إطار التحكيم الإلكتروني نجد أن لائحة المحكمة الإلكترونية تقرر على أنّه "إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع تقوم المحكمة باختيار القانون الذي يرتبط به النزاع باستثناء الحالة التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، أين يجري تطبيق قانونه لوطني".

[299] عماد الدّين المحمّد، المرجع السابق، ص 1053 و ما بعدها.

على أنّ نّص المادة 1/17 من لائحة المحكمة الإلكترونية تؤكد على وجوب مراعاة شروط العقد الأصلي (اتفاق التحكيم) و كذا الأعراف السائدة في مجال الإنترنيت إن وجدت[300].

د- مكان التحكيم الإلكتروني :

من مزايا تحديد مكان التحكيم أنه يساعد في تحديد المحاكم المحلية المختصة بإلغاء حكم التحكيم، و كذا تحديد جنسية حكم التحكيم تماشيًا مع مقتضيات اتفاقية نيويورك، و لما كانت شبكة الانترنيت لا توجد في جزء معين من العالم المادي بمعنى أنها لا ترتبط بدولة معينة، فإنّ القول بأنّه لا وجود ل"مكان التحكيم" في مجال التحكيم الإلكتروني قول صحيح. لذا لا يمكن ربط هذا النوع من التحكيم بنظام قانوني لدولة بعينها بما يؤهله للحصول على دعم قوانينها و قبولها به، و التأكد بالتالي من قانونية إجراءات التحكيم و قابلية حكم التحكيم للتنفيذ القانوني.

إنّ تحديد مكان التحكيم ليس بأمر يشغل أطراف التحكيم عبر الانترنيت، على اعتبار التسهيلات التي تقدمها الشبكة و التي تمكن من تحقيق اتصال و تواصل الأشخاص في أطراف الأرض، ففي مجال التحكيم الإلكتروني لا حاجة للقاءات و المقابلات الشخصية بين أطراف النزاع و المحكمين، إن حل إشكالية مكان التحكيم في التحكيم الإلكتروني في إتباع أحد الطريقتين :

1-البحث في الإطار التقليدي للتحكيم و محاولة ربط إجراءات و حكم التحكيم بدولة معينة.

2- الأخذ بنظرية التدويل أو عولمة التحكيم عبر الانترنيت من حيث رفع السلطة الإشرافية للقانون الوطني و المحاكم في الدولة التي يجري فيها التحكيم الإلكتروني، بالاستناد إلى ضرورة عدم خضوع التحكيم التجاري الدولي للقوانين الوطنية التي تختلف من بلد لآخر.

و لكن بالنظر إلى الصعوبات التي قد تصادف تطبيق هاتين الطريقتين فإن الراجح هو إتباع فكرة الافتراض القانوني لمكان التحكيم عبر الإنترنيت بمعنى اللجوء لمركز أو مؤسسة تحكيم تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني، لذلك في حال عدم اتفاق الأطراف على اعتبار إقليم دولة أو مدينة بعينها كمكان للتحكيم، يمكن اتخاذ مقر المؤسسة أو المركز كمكان للتحكيم، و لفكرة الافتراض القانوني لمكان التحكيم عبر الانترنيت العديد من المزايا :

[300] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص316.

1- إمكانية ربط التحكيم عبر الانترنيت بقانون تحكيم دولة بعينها، و بالتالي فإن القانون التحكيم هذا يمكن أن يستخدم على أنه القانون الواجب التطبيق للاعتراف بقانونية اتفاق و إجراءات و حكم التحكيم.

2- حل إشكالية إيجاد محكمة مختصة من شأنها تقديم العون و الدعم لإجراءات التحكيم و تمكينها من ممارسة الإشراف القضائي، بالإضافة إلى فتح المجال أمام الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم دوليا في ضوء القوانين الوطنية و الاتفاقات الدولية.

على أنه في حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على هذا المكان الافتراضي فإن بإمكان محكمة التحكيم تحديده بناءا على ظروف النزاع و حاجات أطرافه[301].

ه- تسوية النزاع الإلكتروني و إنهاؤه :

قررت مراكز التحكيم عن بعد حق طرفي النزاع في طلب إنهاء نظر النزاع ما توصلا لتسوية ودية لحل الخلاف و لكن بشرط أن يسبق طلبهم هذا صدور قرار حكم التحكيم، و يتم تقديم طلب التسوية للمركز على النموذج المعد لذلك.

و لمركز التحكيم كذلك الحق في إنهاء النزاع، و ذلك بدعوة طرفي النزاع و حثهما على التوصل إلى تسوية النزاع، فإذا فشل في مساعيه في التوصل إلى تسوية ودية بين طرفي النزاع فله إلغاء إجراءات التحكيم بأكملها إذا تبين له عدم جدوى الاستمرار في التحكيم.

و يعتبر بعض الفقهاء مدح مراكز التحكيم لأنفسها حق إنهاء نظر النزاع قبل تسويته تعسفا من جانبها لما يتضمنه ذلك من إهدار لوقت المتنازعين ممن اختاروا هذه الوسيلة مبدئيا لفض نزاعاتهم مبتعدين عن سواها من وسائل فض النزاع، و حتى إن بررت هيئة التحكيم موقفها بعدم إمكانية الوصول لحل النزاع فكيف لها أن تتعذر بذلك مع اشتراطها مسبقا بأن نظر أي نزاع يخضع لموافقة المركز أوّلاً في كونه يدخل في اختصاصها أم لا؟ و عليه كان من الأجدى عدم منح هذا الحق لهيئات التحكيم.

و إلى جانب سلطة إلغاء التحكيم منحت هذه الهيئات صلاحيات أخرى كرفض أي طلب يقدمه الخصوم أو إصدار قرارات تمهيدية مؤقتة تحفظية لصيانة حقوق الطرفين[302].

ثانيًا : صدور حكم التحكيم الإلكتروني و توثيقه

---

[301] عماد الدّين المحمّد، المرجع السابق، ص 1045.

[302] محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 49 و ما بعدها.

لابد للمحكمين قبل إصدار الحكم من قفل باب المرافعة و إحالة القضية إلى الدراسة و التوصل بعد ذلك للحكم الفاصل للنزاع، مبدئيًا تتم إحالة النزاع للمداولة فيه إذا كانت هيئة التحكيم مؤلفة من أكثر من مُحكم واحد و لا حاجة إلى ذلك إذا كانت مكونة من محكم واحد.

و يتحدد اختصاص محكمة التحكيم الإلكتروني في نظر النزاع محل التحكيم بما يلي :

1-الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص أو بصحة العقد الذي يعد شرط التحكيم أحد بنوده طبقا للمادة الأولى من لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية لسنة 2004.

2-تنبيه الخصوم إلى عدم إغفال القواعد القانونية الواجبة التطبيق التي قد ترتب لهم حقوقا أو تفرض عليهم التزامات مع مراعاة مواعيد سقوط الدفع.

3-حق طلب معلومات و إيضاحات إضافية أو أدلة لم يسبق تقديمها و يثبت تأثيرها في الفصل في النزاع.

4-تحديد مكان صدور حكم التحكيم بموافقة أطرافه[303].

و يتعين على المحكمين بعد انتهاء من نظر النزاع و ختام أقوال الخصوم في النزاع المنظور أمامهم إصدار حكم في موضوع النزاع، و يُعرف حكم التحكيم بأنّه "جميع القرارات الصادرة عن المُحكم و التي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه سواء كانت أحكاما كلية تفصل في الموضوع ككل أم أحكاما جزئية تفصل في شق منه، و سوء تعلقت بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة".

و يتوجب على المحكمين إصدار حكمهم ضمن الآجال الزمنية المحددة لهم اتفاقا أو قانونا، و يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد ضمن المدة التي تسمح بها القوانين.

إن حكم التحكيم يعتبر حكما حقيقيا في النزاع تتوافر فيه عناصر العمل القضائي، و لا يصدر المحكم قراره باسم أية دولة باعتبار عدم خضوعه لأي منها، و على الرغم من ذلك فإن قرار التحكيم يعتبر ورقة رسمية متى تم صدورها عن هيئة التحكيم[304].

هذا و يجب أن يتوفر في حكم التحكيم الإلكتروني مجموع الشروط التالية :

---

[303] هيثم عبد الرحمن البقلي، المرجع السابق، ص

[304] عماد الدّين المحمّد، المرجع السابق، ص 1060-1061.

1-أن يكون الحكم مكتوبا حتى يعتبر صدوره.

2-أن يتضمن أسماء المحكمين الذي أصدروه و تاريخ و مكان صدوره و أسماء و ألقاب أطرافه و محال إقامتهم أو مراكز إدارتهم و عند الاقتضاء أسماء أي أشخاص آخرين يكونوا قد مثلوا الطرفين.

3-توقيع المحكم أو المحكمين الذين أصدروه[305].

بالإضافة إلى :

4-وجوب أن يصدر حكم التحكيم حاسما و فاصلا للنزاع وفقا للقانون المطبق على موضوع و إجراءات التحكيم.

5-ضرورة توافر التسبيب القانوني.

6-نشر حكم التحكيم على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية و إعلام الأطراف بمحتواه.

تشترط القوانين الوطنية إيداع حكم التحكيم لدى قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها القاضي المختص بتنفيذه لكي يحصل الحكم على صيغة الأمر بالتنفيذ[306] و في حال تحديد مكان التحكيم فإن الحكم الإلكتروني يكون له جنسيته الخاصة مثل أحكام التحكيم العادية.

و بالتالي يمكن تقسيم أحكام التحكيم من حيث التنفيذ إلى :

1- **تنفيذ في بلد صدور حكم التحكيم :** أين يخضع لإجراءات تنفيذ التحكيم التقليدية و يعتبر كأي حكم محلي.
2- **تنفيذ و اعتراف في البلاد الأجنبية :** أين يخضع تنفيذه لاتفاقية نيويورك لعام 1958 التي تسري مقتضياتها على أحكام التحكيم الإلكتروني أيضا.

ما يلاحظ هو أن اتفاقية نيويوك لا تشترط صراحة أن يكون حكم التحكيم مكتوبا و موقعا من طرف المحكمين، بل تكتفي باشتراط أن يقدم الطرف الراغب في الاعتراف و تنفيذ الحكم في بلد أجنبي النسخة الأصلية للحكم أو صورة مصدقة عنه، و مثل هذه الشروط تفرض أعباء على الطرف الراغب في تنفيذ حكم التحكيم عبر الانترنيت رغم أن الهدف منها هو حماية أطراف النزاع من الغش و التدليس[307].

---

[305] عماد الدّين المحمّد، المرجع نفسه، ص 1061.

[306] هيثم عبد الرحمن البقلي، الموقع السابق

[307] عماد الدّين المحمّد، المرجع السابق، ص 1062.

و تتلخص إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني في :

1-يتقدم الصادر لصالحه حكم التحكيم إلى المحكمة المختصة بدولة التنفيذ حتى يحصل على أمر تنفيذ حكم التحكيم.

2-يراقب القاضي الصحة الشكلية لحكم التحكيم المتعلقة بقابليته للتنفيذ بالدولة و يصدره بعد ذلك ممهورا بالصيغة التنفيذية.

3-تتحدد شروط وثائق التنفيذ في :

أ-أصل اتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه.

ب-حكم التحكيم مع ترجمته إلى اللغة الرسمية لدولة التنفيذ إذا كان بلغة مختلفة.

ج-إعلان الخصم بالحكم إعلانا قانونيا.

د-التأكد من عدم تعارض حكم التحكيم مع النظام العام لدولة التنفيذ[308].

4-إخطار أطراف النزاع بحكم التحكيم، إن للإخطار بالحكم أهمية كبيرة لما له من دور في تحديد سريان المدد القانونية و تصحيح الأخطاء المادية و الحسابية و في تفسير الغموض الذي قد يقع فيه أحد الأطراف و كذا في استئناف الحكم.

و باعتبار أنه يمكن تنفيذ هذا الإجراء عن طريق استخدام الوسائل التقنية، فإنه بإمكان إخطار أطراف النزاع خلال البريد الإلكتروني المضمون الذي يكفل تحديد توقيت و تاريخ الحكم و شموليته و إمكانية نسبته للمحكمين بما يحقق معه نفس الأهداف التي تتم من وراء الإخطار في التحكيم التقليدي[309].

و فيما يتعلق بمسألة الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الإلكتروني، فقد عددت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لسنة 1985 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، الأسباب التي تجيز رفض الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم بناءا على طلب الخصم الصادر ضده و أضاف القضاء الأمريكي أسبابا أخر.

المطلب الثالث : منهج تطبيق القواعد عبر الدولية أمام المحكم

يستقر قضاء التحكيم التجاري الدولي، على أن قانون دولة مكان التحكيم لا يشكل قانون اختصاص المحكم، على العكس من ذلك فإن القاضي الوطني يعمل

---

[308] هيثم عبد الرحمن البقلي، الموقع السابق.

[309] عماد الدّين المحمّد، المرجع السابق، ص 1065.

بالقواعد القانونية للدولة التي يزاول القاضي أداء وظيفته، يوصف أن قانون دولة القاضي هو قانون اختصاص.

إن اختيار مكان التحكيم غالبا ما يكون عرضا فضلا عن صعوبة تحديده خاصة في التحكيم الحر غير المؤسسي، و لقد أشار الأستاذ "Loquin" بقوله أنه : "إذا كان للتحكيم سفينة، فإنها لا تتمتع بمرسى قانوني" علاوة على ذلك أن المحكم في التحكيم التجاري الدولي لا يفضل باسم الدولة التي يجري على أرضها التحكيم.

إن هذه الاستقلالية التي تتمتع بها التحكيم التجاري الدولي انعكست على المنهج الذي يتبعه المحكم في تحديد للقانون الواجب التطبيق على الواقعة محل النزاع، و بفضل التطورات التي طرأت على المنهج من مفهوم تقليدي يربط بين المنهج المحكم و منهج التنازع الساري في أحد الأنظمة القانونية الوطني إلى مفهوم جديد يمنح للمحكم منهجا مستقلا في هذا الشأن حيث أصبح المحكم الدولي متمتع بسلطة في تطبيق القواعد عبر الدولية ة و هو ما اصطلح عليه بالمنهج المباشر " La voie directe"[310].

إن اتجاه المحكم إلى تدويل العقود التجارية و تحريرها من سلطان القوانين الوطنية، و إخضاعها للقواعد الموضوعية التي نشأت في مجتمع التجار، و رجال الأعمال العابر للحدود، فإن التساؤل يثور حول تطبيق هذه لقواعد أمام المحكمين[311].

و هذه هي الإشكالية محل البحث و التي تعالجها من خلال دراسة لمنهج التنازع و المنهج المباشر في الفرعين التاليين:

- **الفرع الأوّل: المنهج التقليدي في تحديد القواعد القانونية الواجب التطبيق**

إنّ منهج التنازع هو الوسيلة الأساسية التي تحدد القانون الواجب التطبيق أمام هيئة التحكيم التجاري الدولي المطروح أمامها النزاع، غير أن النهج لا ينطبق أمام التحكيم التجاري الدولي في صورة واحدة بل في صورة مجموعة مناهج، الأمر الذي سجله بشكل واضح حكم التحكيم الصادر في القضية رقم 5717 عام 1988 تحت رعاية نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية و الذي أشار إلى أنه :

"مبادئ تنازع القوانين و التي يراعيها المحكم عادة في المنازعات التجارية الدولية، في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق هي :

1- تطبيق منهج تنازع القوانين النافذة في المقر.

---

[310] نادر محمد ابراهيم ، المرجع السابق، ص 195.

[311] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 195.

2- التطبيق الجامع لأنظمة تنازع القوانين للدول لمتصلة بالنزاع.
3- تطبيق المبادئ العامة لتنازع القوانين، و
4- تطبيق قاعدة تنازع يختارها المحكم مباشرة"[312].

إن تحديد منهج تنازع القوانين أمام التحكيم التجاري الدولي يتجاذبه اتجاهين اتجاه يحوي في طياته تطبيقا لقواعد الإسناد الوطنية لأحد القوانين الداخلية المرتبطة بالعلاقة العقدية، و منهج آخر يقرر استقلالية قضاء التحكيم عن الأنظمة الوطنية.

أوّلاً : منهج التنازع غير المستقل

لقد أثبت الواقع أن الأطراف الحق في اختيارهم لمنهج التنازع من بين الأنظمة القانونية الوطنية و الذي يلتزم به المحكم الدولي، و هو ما يتحقق مباشرة أو عن طريق اللجوء إلى هيئات التحكيم الدائمة حيث تنص في لوائحها التحكيمية و قانونها الذي يشير إلى تطبيق منهج التنازع في دولة مكان التحكيم أو دولة أخرى، و بهذه المثابة يربط التحكيم التجاري الدولي بأحد الأنظمة القانونية الداخلية في الاتجاه إلى عدم استقلال التحكيم التجاري الدولي عن الأنظمة الوطنية، و يظهر ذلك جليا و بشكل أوضح في حالة عدم اتفاق الأطراف على نظام تنازع الواجب الاتباع.

إن المحكم في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع العقدي، فإنه يستند في ذلك إلى منهج التنازع لأحد الأنظمة القانونية الوطنية، غير أن أصحاب الاتجاه غير المستقل قد اختلفوا حول ضابط تحديد النظام القانوني الذي يستمد المحكم الدولي منهجه في التنازع.

لقد بدأ مفهوم منهج التنازع غير المستقل بإلزام المحكم بإتباع منهج التنازع المعمول به في مكان إجراء التحكيم، ما لبت أن يحرر المحكم فلم يعد ملزم إلا بتطبيق منهج التنازع في الدولة الأكثر ارتباطا بالتحكيم، أو قاعدة التنازع الداخلية التي يراها ملاءمة، أو بالتطبيق الجامع لمناهج تنازع القوانين في الأنظمة القانونية المرتبطة بالنزاع.

و من المعلوم أن معظم أصحاب الاتجاه غير المستقل في شأن تحديد نظام تنازع أمام التحكيم التجاري الدولي ذهبوا إلى تركيز التحكيم بقانون دولة إجرائه Lex lociobiion و بالنتيجة التزام المحكم الدولي بمنهج التنازع الساري في تلك الدولة في تلك الدولة، هذا الاتجاه الذي تبناه قرار أمستردام لمجمع القانون الدولي سنة 1957 تحت تأثير أفكار الفقيه "Sauser-Hall" نفس الاتجاه أخذت به بعض أحكام التحكيم التقليدية خاصة تلك الصادرة في دول الكتلة الشرقية سابقا، كما تبنته أيضا قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة بزيوريخ في مادتها الرابعة.

[312] نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 445.

غير و أنه نتيجة لصعوبة تحديد مكان التحكيم التجاري الدول غالبا ما يكون تحديد المكان بصورة عارضة، حاول بعض الفقه تطوير الاتجاه التقليدي، من خلال منع المحكم الحرية في تحديد النظام التنازعي و الذي تكون له صلة و رابطة بالتحكيم من خلال الضوابط القانونية مثل جنسية المحكم، محل إقامته، الجنسية المشتركة الأطراف، الدولة محل العق الأساسي.

و في خطوة متقدمة أخرى ظهر اتجاه يفضل منح المحكم سلطة تحديد قاعدة التنازع الوطنية التي يراها مناسبة و ملاءمة لحكم العلاقة المتنازع فيها[313].

و مما لا شك فيه أن منهج التنازع أثبت عدم ملاءمته لنظرية القواعد الدولية، ففي أغلب الأحوال أن المحكم الدولي سيلجأ إلى تطبيق قاعدة إسناد وطنية، و التي صممت من أجل بناء سلمي و تعايش الأنظمة القانونية المتصلة و المتزاحمة لحكم علاقة عقدية دولية، و بالمعنى أن قاعدة الإسناد لا تشير إلى تطبيق القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة الوطنية، فوفقا للمفهوم غير المستقل للقواعد التنازع فإن للمحكم صفته التطبيق الجزئي للقواعد عبر الدولية لا يوصفها القانون الواجب التطبيق بل بوضعها أعراف يلتزم المحكم بمراعاتها بمناسبة تطبيقه لقانون داخلي معين[314].

و لا شك أن الموقف يختلف حينما يكون منهج التنازع الذي يلتزم المحكم به في ظل منهج التنازع المستقل عن الأنظمة الوطنية.

ثانيًا : منهج التنازع المستقل

إنّ سعي التحكيم التجاري الدولي نحو إعلان استقلاله عن الأنظمة القانونية الوطنية، انعكس على تحديد منهج التنازع المنع من قبل المحكمين و ذلك باللجوء إلى قواعد قانونية من خلال منهج التنازع غير وطني لا ينتمي إلى أية دولة.

و لقد ظهرت معالم المنهج المستقل في صورة المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، التي وضعها البعض بأنّها قواعد تنازع غير داخلية، ة لم يتردد الفقه الحديث بوصفها قواعد التنازع عبر الدولية.

إن قواعد التنازع عبر الدولية هي تشكيل لملامح اختصاص المحكم و هو أطلق عليه "Goldman" مصطلح "قانون اختصاص عبر دولي" "For transnational" أو كما اصطلح عليه الفقيه "Ausman" ب"قانون اختصاص غير داخلي" " For anational" و لا شك أن السلطات الواسعة و حرية المحكم في تحديد القواعد

[313] نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 446-448.

[314] نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 449.

الإسناد هو ما يؤدي إلى تطبيق قواعد عبر دولية بتدليل منه أنها أكثر ملاءمة و مناسبة أو واجبة التطبيق[315].

و يشير "Dely" أحد رواد الاتجاه المستقل لمنهج التنازع أنه المعاهدة الأوربية للتحكم التجاري الدولي قد تثبت هذا الاتجاه من خلال المادة السابعة (07) من معاهدة جنيف لسنة 1961 و التي جاء في معرض بيانها أنه : "يتمتع الأطراف بموجب الاتفاق بحرية تحديد القانون الذي يطبقه المحكمون على موضوع النزاع، و عندما لا توجد إشارة من قبل الأطراف في شأن القانون الواجب التطبيق، يلتزم المحكمون بتطبيق قانون العقد بموجب قاعدة التنازع التي يرونها واجبة التطبيق، و في كلا الحاتين يلتزم المحكمون بأن يأخذوا في الاعتبار بأحكام القد و الأعراف التجارية".

هذا الاتجاه يؤيده كل من "Goldman" و "Fouchard" و "Loquin" الذين يعتبرون أحد أهم فقهاء التحكيم التجاري الدولي و الممارسين الفعليين للتحكيم كمحكمين و كمحاكمين أو كمعاملين في منظمات التحكيم الدائمة.

إن عدم إلزام المحكم بإتباع قانون وطني في تطبيقه لقواعد التنازع يوافق نظرية القواعد عبر الدولية هذا ما سيتيح للمحكم تطبيق قواعد غير دولية، و كذا تطبق قواعد لقانون التجاري باعتبارها قانون واجب التطبيق[316].

و يرى جانب من النزاع و في معرض البحث في منهج التنازع لتطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية أن هذا التطبيق للقواعد عبر الدولية لا يتأتى إلا من خلال منهج التنازع، على اعتبار الدور الذي تلعبه الإرادة في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي.

و لما كانت الإرادة حرة في اختيارها لقانون العقد فإن هذا لا يمنع من وقوع الاختيار على قانون عبر وطني لا ينتمي لأي دولة، و ذلك بإخضاع عقدهم للأعراف و العادات المهنية ذات الطابع الدولي، أو المبادئ القانونية المشتركة، أو قواعد العدالة، ففي هذه الحالة يطبقها المحكم باعتبارها قواعد موضوعية تستمد قوتها من اتفاق الأطراف و لا تفرض نفسها على المحكم[317].

يمكن استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين و عدم التصريح بها، و رغبتها في تطبيق القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي، من خلال استقراء بنود العقد و

---

[315] نادر محمد ابراهيم، المرجع نفسه، ص 450.

[316] نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص451.

[317] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 196-197.

التي تشير إلى إدراج شرط التحكيم، بغض النظر ما إذا كان تحكم مؤسسي أو حر، أو كان تحكيم بالقانون أو التحكيم بالصلح (أي المحكم مفوض بالصلح)[318].

و لا يخفى أن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية الذي أثارت إليه قاعدة الإسناد -على اعتبار الإرادة لقاعدة إسناد للعقد الدولي- لا يسري بتطبيقها بقوة سريانها، بل لابد أن يقرر الأطراف بإرادتهم الصريحة أو حتى الضمنية، رغبتهم في سريان أحكامها.

إن هذا الاتجاه يعتبر القواعد عبر الدولية قواعد مكملة لقانون الإرادة و بهذه المثابة فهي في حكم العادة الاتفاقية التي تنزل منزلة الشروط العقدية، و من ثمة لا تكون واجبة التطبيق إلا إذا تمسك بها الأطراف صراحة أو ضمنا.

ثم أن اختيار المتعاقدين لهذه العادات أن هو اختيار مادي و ليس اختيار تنازعي لأن الاختيار يشير بتطبيق القانون الواجب على العقد[319].

يقدر بعض الفقهاء أن سكوت الأطراف و عدم اختيارهم لقانون العقد، لا يمكن أن يفسره المحكم على أساس رغبتهم في تحرير العقد من حكم أي قانون و أن العقد يحقق الكفاية الذاتية له، و تعتبر الشروط العقدية قانون يحكم التزاماتهم فمثل هذا النظر يتجاهل القواعد العرفية المنظمة لمجتمع التجار العابر للحدود، و هو مجتمع يتعين على الحكم أن يسهر على حماية مصالحه، و تحقيق أهدافه، و لهذا فإنه يلتزم المحكم بإخضاع العقد الدولي لقانون التجار إذ يتعين البحث عن أساس لتطبيق المحكمة لهذا القانون خارج إطار منهج التنازع[320].

- **الفرع الثاني : المنهج المباشر لتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية**

إذا كان القاضي الوطني ملزما بإتباع منهج التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المتنازع فيه أمامه، فإن المحكم و علاوة على هذا المنهج فإنه يطبق منهج آخر يمنح له سلطة تحديد القواعد القانونية و علاوة على هذا المنهج فإنه يطبق منهج آخر يمنح له سلطة تحديد القواعد القانونية المناسبة و الملائمة لفض المنازعة العقدية و هذا ما يسمى بالمنهج المباشر "La voie directe" و هو منهج بدأت تشير إليه العديد من قرارات الحديثة للتحكيم التجاري الدولي.

إن القيمة المعيارية التي أصبح يتمتع بها قانون التجارة الدولية مكنت المحكم الدولي من تطبيق القواعد عبر الدولية تطبيقا مباشرا دون الحاجة إلى قواعد إسناد و منهج تنازع.

---

[318] هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 197.

[319] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 199.

[320] هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 200.

و الملاحظ أن المنهج المباشر يتفق إلى حد كبير مع متطلبات التجارة الدولية و التي تستلزم السرعة البعيدة عن التعقيد من ناحية و إلى قواعد ملائمة لطبيعة العلاقة العقدية موضوع النزاع في ناحية أخرى[321].

و عليه و قبل التعرض لتحليل المقصود من نظرية "voir directe" سنتعرض لمفهوم المنهج المباشر و ذلك فيما يلي :

أوّلاً : مفهوم المنهج المباشر أي كما سماها البعض "الطريق المباشر"

و يقصد به المنهج الذي يتيح للمحكم استعمال سلطة في تحديد القواعد القانونية الواجبة لتطبيق، دون الحاجة إلى إشارة من قواعد التنازع في هذا الشأن.

و يعتقد البعض أن المادة (1496) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي هي أول نص يتبنى نظرية الطريق المباشر حيث تنص على أنه : "يفصل المحكم في المنازعة وفقا للقواعد القانونية التي تقدر أنه من الملائم إعمالها، و يراعى المحكم في جميع الأحوال الأعراف التجارية".

و لقد اعتبر الفقيه "Osman" أن النص المذكور يفيد تبني المشرع الفرنسي للمنهج المباشر ة قد ساهم كذلك في التزويج لهذه النظرية في العديد من التشريعات و المعاهدات الدولية[322].

فمن النظم القانونية التي أخذت بالمنهج المباشر ناشرا بالمشرع الفرنسي، المادة 1054 من قانون المرافقات المدنية الهولندي، و لذا ما ورد النص عليه في المادة 944 من قانون لمرافقات لكيبيك بكندا و المادة 26 من قانون كولومبيا البريطانية بكندا، و كذا القانون الإسباني في مادته 26، و كما أشارت إليه معاهدة عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي في المادة 21 منه[323].

و لقد سار في نفس النهج غرفة التجارة الدولية إلى تعديل قواعد التحكيم و التي أصبحت سارية المفعول منذ 1 يناير 1998، حيث أصبحت تنص المادة (13) على أنّه : "للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإن لم يحدد الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص".

---

[321] بن أحمد الحاج، التحكيم التجاري الدولي و دوره في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، المنشور على موقع المجلة الالكترونية للدراسات والأبحاث القانونية موقع:http://droitplus.ma /

[322] نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 552-553.

[323] نادر محمد ابراهيم، المرجع نفسه، أنظر الهامش (1) و (2)، ص 353.

و كذا في نص المادة 17 و التي نصت على أن "للأطراف حرية الاتفاق على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على المحكم تطبيقها على موضوع النزاع، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق طبقت هيئة التحكيم القواعد القانونية التي تراها ملائمة في هذا الخصوص".

كما تبنت الاتجاه المباشر العديد من منظمات التحكيم الدائمة في أوربا كغرفة التجارة و الصناعة الفرنسية الألمانية في مادتها 18 الخاصة بقواعد التحكيم، و كذا معهد التحكيم الهولندي في مادته 46، و كذا قانون التحكيم لدى الجمعية الإيطالية لتحكيم المادة 17 ثم قواعد التحكيم و التوفيق لمركز التحكيم بالغرفة الاقتصادية الفدرالية النمساوية في فينا من خلال نص المادة 23[324].

و ما دام قانون التجارة الدولية، هو قانون المحكم، فيبدو من الطبيعي أن تنطبق أحكامه الموضوعية التي نشأت لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية على المنازعات التي تثور بشأنها أمام المحكمين تطبيقا مباشرا دون حاجة الالتجاء إلى قواعد إسناد[325].

يركز بعض المحليين نظرية التطبيق المباشر على أن المحكم في تطبيقه المباشر لقواعد التجارة الدولية مرهون بحالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم.

كما يشيرون إلى أن المحكم عندما يسلك الطريق المباشر فهو لا يستخدم سلطته التحكيمية، إنما يستهدى بسوابق التحكيم، و المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص و بالتالي يخلص إلى التطبيق التنازعي لقواعد عبر دولية (أي قواعد تنازع عبر دولية)[326] غير أن الواقع العملي يثبت عدم صحة هذا الرأي، ذلك أن لجوء المحكم إلى تطبيق تلك القواعد غير موثوق في كل الأحوال على وجوب ذلك التعيين، و في أغلب الأحيان يكون تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية حتميًا من أجل تكملة النقص في القوانين الوطنية أو لتعديل أحكامها بما لا يتعارض و مقتضيات التجارة الدولية.

إن تطبيق القواعد عبر الدولية أمام هيئات التحكيم بإعمال المنهج المباشر لا يقتضي اختيار المتعاقدين لهذه القواعد، لحكم علاقاتهم العقدية الدولية، بل أنه يمكن تطبيقها في حالة سكوت الأطراف عن الاختيار للقواعد القانونية الواجبة التطبيق، وذلك بمجرد تعلق النزاع بعقد من عقود التجارة الدولية، ذلك أن التنظيم الموضوعي و المباشر الذي يتضمن هذا المنهج يجعله مستقلا عن قواعد التنازع إضافة إلى أنه

[324] نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 454.

[325] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 205.

[326] نادر محمد ابراهيم، المرجع نفسه، ص 455.

يحوي قواعد غير وطنية، أعدت خصيصا للتطبيق في مثل هذه العقود و هو ما يحد من مشكلة تنازع القواعد القانونية الوطنية من حيث المكان[327].

إن المحكم و عند تطبيقه لإرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإنه يأخذ بعين الاعتبار طبيعة القواعد المختارة و ملاءمتها للنزاع المعروض أو أنه يراعي الحلول المناسبة لهذا النزاع.

و من المعلوم أن فكرة القانون الملائم للعقد بفكرة حديثة الظهور سواء بمعناها الفني أو على سبيل الاستخدام الاصطلاحي ففقه القانون الدولي الخاص و منذ القدم استقر على ضرورة إلزام القاضي باختيار القانون الذي يوافق اقتصاديات العقد في حال اتصاله بأكثر من قانون و لم يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق[328].

إن قضاء التحكيم يتجه في الغالب إلى تطبيق قانون وطني أشارت إليه إرادة الأطراف صراحة، احتراما لمبدأ قانون الإرادة في العقود الدولية و اعترافا منه بحرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، و لكنه في ذات الوقت يحرص على مراعاة عادات و أعراف التجارة الدولية خاصة في المسائل الفنية و المهنية التي تنظمها هذه الأعراف.

فالمحكم بهذه المثابة يقوم بتجزئة الرابطة العقدية حيث يخضع في جانب منها إلى القانون التجاري الدولي، بينما ينطبق في الجانب الآخر لأحكام القانون المختار[329] على أن الأمر يختلف في حال تعارض بين أحكام القانون الداخلي المختار حتى من قبل المتعاقدين من ناحية و الأعراف و العادات التجارية التي تم التعاقد في إطارها من ناحية أخرى فإن المحكم يأخذ بأحكام القانون المختار إعمالا بالنظام التجاري الدولي بمفهومه المفسر لإرادة المتعاقدين[330].

و عادة ما يميز المحكم إلى تجاهل القانون الوطني الذي تم اختياره من قبل المتعاقدين في حال تعارض القانون المختار و المصالح الجوهرية للمتعاملين في التجارة الدولية إلا إذا اتخذت الطابع الآمر في قانون الدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها.

إنّ تطور التجارة الدولية في العصر الحديث أدى إلى بروز عدد لا يستهان به من العقود الدولية خاصة منها المركبة و عقود التجارة الإلكترونية، مما ظهر قصور الأنظمة القانونية الوطنية عن مواجهة المشاكل الناجمة عن إبرامها و تنفيذها، فأدى

---

[327] بن أحمد الحاج، التحكيم التجاري الدولي و دوره في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، المرجع السابق.

[328] نادر محمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 457.

[329] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 205-209.

[330] بن أحمد الحاج، التحكيم التجاري الدولي و دوره في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، الموقع السابق.

بالمحكمين إلى اللجوء إلى قواعد عبر دولية لمجابهة المشاكل الناجمة عن العقد، و ذلك لاستكمال النقص التشريعي في القانون المختار، هو ما يعني في الأخير أن إسناد العقد لقانون وطني لا يمنع تطبيق تلك القواعد وفقا للمنهج المباشر فتكون بذلك أمام تطبيق جامع لكل من القانون الوطني و القواعد عبر الدولية[331].

و إن المحكم بهذا التطبيق لا ينطوي على تعارض أو تناقض، ذلك أن التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية قد انصب على مسائل لم يتناولها القانون الوطني بالتنظيم، هذا ما ألزمه الرجوع إلى القواعد عبر الدولية لتغطية هذا النقص أو القصور.

أهمية منهج التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية أمام قضاء التحكيم :

إنّ الأطراف يسعون من خلال اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي البحث عن أسلوب جديد لحل النزاع القائم بينهم، و ذلك على نحو يختلف عما لو تمّ عرض نفس النزاع على القاضي الوطني، و التي لم توضع إلا لمواجهة متطلبات المجتمع الداخلي و التي تختلف بالقطع عن حاجات التجارة الدولية و مقتضياتها.

إن القاضي الوطني يحرص على تطبيق قواعد التنازع التي ترشده في نهاية المطاف إلى تطبيق قانون وطني، و هو قانون مهما بلغت درجات تطوره يبقى غير مستجيب لطبيعة المعاملات التجارية الدولية، و ذلك لأنه مستمد من نظام داخلي خاص بدولة معينة، مما يفقده القدرة على مواجهة متطلبات التجارة الدولية المعاصرة.

و تظهر أهمية التطبيق المباشر للقواعد عبر الدولية من ناحية أخرى في الحالات التي يواجه فيها المحكم اختلافا شديدا بين الشروط التعاقدية، و حكم القانون الذي يسري على العقد إذا ما تم إعمال منهج التنازع، كما لو تضمن العقد شرطا يعفي البائع من المسؤولية عن العيوب التي تلحق المبيع، في حين أن قانون العقد يبطل هذا الشرط، أو يتفق الأطراف في العقد المبرم بينهم على نسبة معينة من الفوائد، و هو شر يحظره قانون العقد و يجعله باطلا.

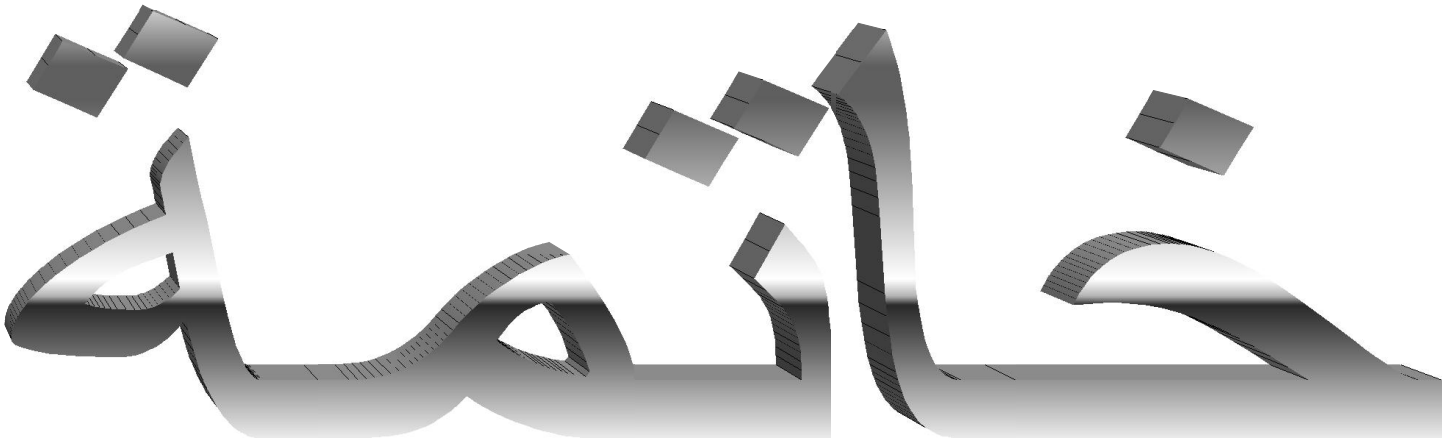
فإذا ما طرح مثل هذا النزاع أمام القاضي الوطني، سيقضي هذا الأخير ببطلان الشرط التعاقدي المتضمن الإعفاء من المسؤولية، أو ذلك قضى بتحديد نسبة فائدة متفق عليها، في حين أن طرح نفس النزاع أمام قضاء التحكيم سيؤدي إلى نتيجة مغايرة عند إعماله للقواعد عبر الدولية السارية في هذا المجال إعمالا مباشرة على ذلك النزاع، فإذا كانت الشروط التعاقدية تتفق مع أحكام القواعد عبر الدولية قضى المحكم بصحتها، و لو كانت تخالف أحكام قانون العقد، أما إذا كانت مثل هذه الشروط تخالف مضمون القواعد عبر الدولية اعتبرها المحكم شروطا باطلة و لو اتفقت مع ما ورد في قانون العقد من أحكام.

[331] بن أحمد الحاج، التحكيم التجاري الدولي و دوره في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، الموقع السابق.

و بهذه المثابة سيقضي المحكم ببطلان الشرط التعاقدي الذي يعفي البائع من المسؤولية عن العيب الخفي، لأنه شرط يتنافى و أعراف التجارة الدولية، و من شأن إعماله الإضرار بمصالحها و مصالح المتعاملين فيها، في حين أنه سيعتبر الشرط المتضمن الاتفاق على نسبة فائدة معينة شرطا صحيحا وفقا لما جرى عليه العمل على صعيد المعاملات التجارية الدولية، و لو كان ذلك الشرط باطلا وفق

لأحكام قانون العقد[332].

[332] بن أحمد الحاج، التحكيم التجاري الدولي و دوره في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، الموقع السابق.


خاتمة

الخاتمة

في نهاية بحثنا لموضوع العقد الالكتروني الدولي بين أحكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل نخلص إلى عدة نتائج ثم اقتراحات

أولا: النتائج: لقد تم التوصل من خلال هذا البحث إلى عدة نتائج يمكن حصرها فيما يلي:

*إن العقد الالكتروني الدولي يستلهم أحكامه من العقود التقليدية المعتادة، مع اختلاف في الوسيط الذي يبرم من خلاله العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار طابع الشبكة الدولية للاتصالات وما توفره تقنية الانترنت من تواجد افتراضي لطرفي العلاقة العقدية، وإنها تسهل عمليات التجارة الدولية خاصة إذا تعلق الأمر بالتنفيذ الالكتروني عبر الخط دون مشقة الأطراف في ذلك

*لقد استقرت قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لإخضاع العقود الدولية لقانون الإرادة، وينطبق هذا القانون على العقد الالكتروني الدولي، حيث يمكن لطرفي العقد اختيار القانون الواجب التطبيق

*كما جرت العادة أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي بشكل صريح، يتجلى بصورة واضحة كإدراج بند الاختصاص التشريعي في العقد أو إلحاق هذا الشرط في مرفقات للعقد، أو بموجب اتفاق لاحق لإبرام العقد، ويجوز تعديل هذا الاختيار بشرط عدم الإضرار بالغير

*في حالة غياب الاتفاق الصريح للقانون الواجب التطبيق يجب على القاضي المعروض أمامه النزاع أن يبحث عن الإرادة الضمنية لطرفي العلاقة العقدية، وذلك بالاستناد إلى مؤشرات ودلالات ومراعاة ظروف التعاقد، فان لم توجد تلك الدلالات التي توحي بان الإرادة أرادت تطبيق قانون معين وجب عليه افتراض إرادة للأطراف

*إن تطبيق القانون الوطني على العقد الالكتروني الدولي يثير صعوبات في حالة عدم الاختيار وكذا بالنسبة لاستخلاص الإرادة الضمنية وحتى في حالة الاختيار الصريح وتمثلت هذه الصعوبات فيما يلي :

1- صعوبة التعويل على القرائن والعلامات التي يستدل بها القاضي لاستنباط الإرادة الضمنية للأطراف في العقود الدولية مثل اللغة العقد والعملة التي تم الوفاء بها

2- في حال سكوت الأطراف عن اختيار قانون معين يحكم العقد صراحة أو ضمنا فانه يصعب الاستناد إلى الضوابط التقليدية المعروفة في القانون الدولي

الخاص مثل قانون محل الإبرام أو محل التنفيذ أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك،وحتى بالنسبة لنظرية الأداء المميز، فهذه الضوابط تعتمد على مرتكزات جغرافية مما تؤدي إلى توطين وتركيز الرابطة العقدية، هذا ما يتنافى وطبيعة شبكة الانترنت التي لاتعترف بالحدود الجغرافية ، فالعقود الالكترونية تسبح في عالم غير مادي قوامه الأرقام والبيانات، ومن ثمة فان تطبيقها يثير الكثير من الغموض وبدا واضحا عدم الملاءمة

3- أما بالنسبة للاختيار الصريح فهو بدوره يثير صعوبات تتعلق بالأهلية والحالة المدنية للأطراف، وحتى بالنسبة لاختيار قانون معين لايعترف بصحة التعاقد عبر شبكة الاتصالات الدولية ولا بحجية الإثبات الالكتروني، أو انه لا ينطوي على تنظيم للمعاملات الالكترونية

*إن القواعد المادية للتجارة الدولية أثبتت نجاعتها في تنظيم مجتمع التجار، ولقد تم الاعتراف بها كنظام قانوني مستقل يتماشى مع متطلبات ومقتضيات التجارة الدولية، فهو كذلك ساهم في تفعيل العقود الالكترونية من خلال تطوير الأساليب والسبل تماشيا والطبيعة الالكترونية للعقد

*إن المجتمع الافتراضي استطاع إن يخلق نظاما قانونيا متمثل في أعراف وعادات وسلوكات ملزمة للمتعاملين عبر شبكة الانترنت وهي ما اصطلح عليها القواعد المادية للتجارة الالكترونية

*إن قدرة قضاء التحكيم على فض منازعات التجارة الدولية، من خلال المناهج التي يتبعها المحكم في إيجاد انسب الحلول وبالخصوص إذا ما كان مفوضا بالصلح فانه يراعي تجسيد العدالة أكثر من فضه للنزاع القائم، من خلال المنهج المباشر الذي يتيح له تطبيق قانون التجارة الدولية وكذا القواعد المادية للتجارة الالكترونية نظرا لملاءمتها والعقد محل الدراسة

*نظرا للتقنية الالكترونية لعقد التجاري، وما تستدعيه مقتضيات المجتمع الافتراضي بدت التفكير جديا في حل المنازعات الكترونيا من خلال التحكيم الالكتروني لما يحققه من سرعة واقتصاد في الوقت والنفقات

ثانيا: الاقتراحات:

نوجه لمشرعنا الجزائري خاصة و أنه حتى الساعة لم يبادر بسن تشريع خاص بالتجارة الإلكترونية بالرغم من وجود مثل هذه التشريعات في الدول العربية مثل تونس التي كانت رائدة في هذا المجال، و تتمثل هذه التوصيات فيما يلي:

* التفكير في الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية و إدخالها ضمن قواعد القانون التجاري و غيرها من القوانين المتصلة بها

* تعديل القانون التجاري ليشمل باب خاص بالتجارة الإلكترونية، ينظم فيها المبادئ العامة موضحا نطاق تطبيق القانون و تعريف المصطلحات الخاصة بها.

* تعديل القانون المدني لتنظيم مسائل تعاقد بين الأطراف في التجارة الإلكترونية خاصة فيما يتعلق بالتحقق من الإيجاب و القبول عبر الوسائل الإلكترونية و المعلوماتية و شبكات الاتصال عن بعد.

* إيجاد آليات لمستهلك في التعاقد الالكتروني و هذا تفاديا لما قد يتعرض له من مخاطر التجارة باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

قائمة المصادر و المراجع

اولا: المصادر

ا- النصوص التشريعية:

- ❖ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم
- ❖ القانون رقم08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة بتاريخ 22 افريل 2008

ب- القوانين النموذجية:

- ❖ القانون النموذجي بشان التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985
- ❖ قانون الاونسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية لسنة 1996

ثانيا:المراجع

أ- المراجع العامة:

- ❖ أحمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شهاب الجامعية، الإسكندرية 2003
- ❖ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول تنازع القوانين، الطبعة الثالثة عشر، دار هومة للطباعة و النشر،2013.
- ❖ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية الكتاب الأول، دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الأولى
- ❖ أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2009
- ❖ إيناس محمد البهيجي، و يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى 2013.

❖ بن أحمد الحاج، دروس في قانون التجارة الدولية، مذكرات مطبوعة لطلبة كلية الحقوق، جامعة سعيدة، 2013
❖ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الثاني النظام القانوني للتجارة الالكترونية في دولة الإمارات العربية،دار الفكر الجامعي الإسكندرية،2003.
❖ حفيظة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014.
❖ حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأوّل، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية
❖ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، ط01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

❖ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1993

❖ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005
❖ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع الطبعة الثانية، 2011.
❖ محمد إبراهيم أو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، الدار العلمية للنشر والتوزيع، و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، الطبعة الأولى 2002.
❖ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقود الدولي، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية 2004.
❖ محمد محسوب عبد المجيد درويش، قانون التجار الدولي، بحث تأصيلي في النظام القانوني للتجارة الدولية، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة 1995.
❖ نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.
❖ نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى مزيدة ومنقحة 2009.

❖ هبة ثامر محمود عبد الله ،عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية ، مكتبة السنهوري ، الطبعة الأولى 2011
❖ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية 1995
❖ هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي ، توزيع منشاة المعارف الإسكندرية 2005
❖ هشام بشر وإبراهيم عبد ربة، التحكيم الالكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2012.
❖ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة 2010.
❖ طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
❖ لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر
❖ لزهر بن سعيد، وكرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى 2010
❖ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، ج. الأوّل تنازع القوانين (في ضوء القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005)، دارسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ، مطبعة الفسيلة الجزائر 2008
❖ زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين المغربية، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة 2000
❖ سهيل حسين الفتلاوي، قانون الدولي الخاص، الناشر: المكتب المصري بتوزيع المطبوعات 2002
❖ سلامة فارس عرب، دروس في قانون التجارة الدولية، بدون دار نشر، 2000

ب- المراجع المتخصصة:

❖ حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنيت، مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2012.

❖ محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2013.
❖ صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء و التحكيم، آليات فرض المنازعات، دار الجامعة الجديدة 2013.
❖ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية،دار الجامعة الجديدة للنشر 2006

المجلات والرسائل العلمية:

❖ خالد شويرب، "القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي"، دكتوراه فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر يوسف بن خدة كلية الحقوق 2009،
❖ زياد محمد فالح بشاشة، أحمد الحراكي و عماد قطان، "دور الإرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني –دراسة مقارنة"، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث و الدراسات – العدد الثلاثون، ج1، حزيران2014
❖ **أعمال المؤتمر الدولي السادس عشر المعنون التحكيم التجاري الدولي**
المنظم من كلية القانون لجامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات و البحوث الإستراتيجية، عن موقع: http://slconf.uaeu.ac.ae تم التحميل يوم: 20-08-2014:
➢ آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني،عن الموقع http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/alaa.pdf
➢ عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/emad%20aldin%20mohamed.pdf

❖ هيثم عبد الرحمن البقلي، التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات،عن الموقع

http://www.kenanaonline.net/blog/76756/page/3

❖ بن أحمد الحاج، التحكيم التجاري الدولي و دوره في عولمة النظام القانوني لعقود التجارة الدولية، المنشور على موقع المجلة الالكترونية للدراسات والأبحاث القانونية موقع:

http://droitplus.ma

❖ يونس عرب، ندوة حول التقاضي في البيئة الانترنت، منشور على الموقع :

http://www.startimes.com/f.aspx?t=30291752

الفهرس

الفهرس: **الصفحة:**

الإهداء.....أ

التشكرات.....ب

مقدمة 05

الفصل الأول: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي

وفقا لمنهج التنازع 10

المبحث الأول: خضوع العقد الالكتروني الدولي لقانون الإرادة 11

المطلب الأول: ماهية قانون الإرادة 12

الفرع الأول: التطور التاريخي لإسناد العقد لقانون الإرادة.....12

الفرع الثاني: مفهوم قانون الإرادة في العقد الالكتروني الدولي.....17

المطلب الثاني: كيفية تحديد قانون الإرادة في العقد الالكتروني الدولي.....25

الفرع الأول: حالة الاختيار الصريح 25

الفرع الثاني: حالة الاختيار الضمني 33

الفرع الثالث: حالة عدم الاختيار 37

المبحث الثاني: مدى ملائمة منهج التنازع لأحكام العقد الالكتروني الدولي 46

المطلب الأول: منهج التنازع وعقود التجارة الالكترونية 47

الفرع الأول: ماهية منهج تنازع القوانين 47

الفرع الثاني: أزمة منهج التنازع 52
المطلب الثاني: إشكاليات تطبيق القانون الوطني على العقد الالكتروني 55
الفرع الأول: إشكاليات طبيعة الإسناد الشخصي لقانون الإرادة 56
الفرع الثاني: صعوبة توطين الرابطة العقدية مكانيا وزمنيا 63
الفرع الثالث: صعوبة تطبيق النظام العام على العقد الالكتروني الدولي 68
الفصل الثاني: ضرورة تدويل النظام القانوني للعقد الالكتروني الدولي..... 77
المبحث الأول: إخضاع العقد الالكتروني الدولي لمنهج
القواعد المادية.....79
المطلب الأول: قواعد قانون التجارة الدولية 80
الفرع الأول: مفهوم قانون التجارة الدولية 80
الفرع الثاني: مصادر قانون التجارة الدولية.....86
الفرع الثالث: النسق المعياري لقانون التجارة الدولية.....97
المطلب الثاني: القواعد المادية للتجارة الالكترونية.....105
الفرع الأول: ماهية القواعد القانون المادية للتجارة الالكترونية.....107
الفرع الثاني:مصادر القواعد القانون المادية للتجارة الالكترونية.....110
الفرع الثالث: القيمة المعيارية القواعد القانون المادية
للتجارة الالكترونية.....118
المبحث الثاني: دور قضاء التحكيم في تدويل النظام
القانوني للعقد الالكتروني الدولي 124
المطلب الأول: التحكيم التجاري الدولي 125
الفرع الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي 125
الفرع الثاني: دواعي اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي 130

المطلب الثاني: التحكيم التجاري الالكتروني.....134
الفرع الأول: ماهية التحكيم الالكتروني 135
الفرع الثاني: هيئات التحكيم الإلكتروني 139
الفرع الثالث: إجراءات. التحكيم الالكتروني 146

المطلب الثالث: منهج تطبيق المحكم لقواعد قانونية ذات
طابع عبر دولي 157
الفرع الأول: المنهج التقليدي 158
الفرع الثاني: التطبيق المباشر.....162
الخاتمة 169
قائمة المراجع والمصادر.....173
الفهرس 179