مكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

أ/ بوطالبي زينب
كلية الحقوق بودواو - جامعة بومرداس-

ملخص:

العقد الإلكتروني، عقد كباقي العقود يستلزم لقيامه بالإضافة إلى الأركان الأخرى (المحل والسبب والشكلية إن كانت مفروضة) توافر إرادة الأطراف، واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، وعند التقاء الإيجاب بالقبول عبر الإنترنت أو ما يسمى بمجلس العقد الإلكتروني تبرز عدة إشكالات تتمثل أهمها في مسألة تحديد القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة باعتباره عقدا دوليا يخضع لعدة قوانين دولية، وفيما إذا كانت الأحكام المعروفة في القواعد العامة تتلاءم مع هذا النوع من التعاقد، أم يستلزم الأمر إيجاد قواعد خاصة ملائمة.

Résumé:

Le contrat électronique est un contrat comme tout autre contrat, qui exige pour son établissement, et en plus des autres piliers (l'objet, raison, et la forme si obligatoire), la volonté des parties et de créer un effet juridique. Dès qu'il y ait le Consentement et l'acceptation par internet ou ce qu'on appelle la réunion du contrat électronique, d'autres problématiques parmi les plus importantes elle pose la question sur la loi à appliquer et le tribunal compétent vu qu'il est un contrat international soumis à plusieurs lois internationales, et si les dispositions connues dans les règles générales sont adéquates pour ce type de contrat, ou il nécessite des règles spécifiques qui conviennent à la spécificité du ce contrat.

مقدمة:

يثير تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني بعض الصعوبات ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد المكان الذي ترسل منه الرسائل الإلكترونية ومكان استلامها فكلاهما يتم في فضاء خارجي صعب التحديد[1]، وفي هذا الإطار برزت نظريتان لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني وهما نظرية التلازم، ونظرية الازدواجية.

أما بخصوص نظرية التلازم بين مكان وزمان انعقاد العقد فترى هذه النظرية أن لحظة انعقاد العقد هي ذاتها التي تحدد مكان هذا الانعقاد، فبتطبيق هذه النظرية مثلا على القانون الجزائري الذي يأخذ بنظرية العلم بالقبول في نص المادة 67 من ق م ج، فإن مكان انعقاد العقد هو مكان العلم وبالقبول ونفس الشيء بالنسبة للنظريات الأخرى، غير أن هذه النظرية انتقدت بشدة، لأنها تؤدي إلى خضوع الأطراف لقانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها.[2]

أما نظرية الازدواجية فتزعمها كل من الفقيهين مالوري وشيفاليه اللذين اعتمدا على الفصل بين زمان انعقاد العقد عن مكانه، فبالنسبة للفقيه **مالوري** فيما يتعلق بمسألة مكان انعقاد العقد، فقد أخذ بنظرية تصدير القبول، وحجته في ذلك عدم جواز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر عنه الإيجاب على التقاضي بعيدا عن محل إقامته، أما بالنسبة للفقيه شيفاليه ففيما يتعلق بمكان الانعقاد فهو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (مكان الموجب له)، وعند سكوت الطرفين عن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية.[3]

وتترتب نتائج مهمة على معرفة المكان الذي يتم فيه التعاقد، وتتحدد هذه النتائج بصفة خاصة من ناحيتين الأولى تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق عند النزاع بين الأطراف المتعاقدة إلكترونيا والثانية بتحديد المحكمة المختصة التي

---

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الأنترنت التجارة عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011. ص. 253.

-Christiane FéralSchuhl، Le droit à l'épreuve de l'internet , 3 éd، Dalloz, Dunod, Paris, année, 2002, p.182.

[2]- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق مولود معمري، تيزي وزو، 2012. ص.188.

[3]- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص، 164-166.

تنظر في النزاع وتترتب عدة صعوبات على هذه النتائج. وللمعالجة، نتساءل عن كيفية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني؟ للإجابة عن هذه الإشكالية نقترح الخطة التالية: الصعوبات التي تواجه مسألة تحديد مكان تطابق الإرادتين **(المبحث الأول)**، والحلول المقترحة لمواجهة صعوبات تحديد مكان تطابق الإرادتين **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: الصعوبات التي تواجه مسألة تحديد مكان تطابق الإرادتين:

سنعالج في هذا المبحث مطلبين، وسنخصص المطلب الأول للكلام عن صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية، أما المطلب الثاني فسنخصصه للكلام عن صعوبة تحديد المحكمة المختصة.

المطلب الأول: صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية:

لقد تناولت معظم التشريعات مسألة القانون الواجب التطبيق وكيفية تحديده، ولقد أعطت جل هذه التشريعات الحق للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي حال عدم اختيار هؤلاء يتولى القضاء مسألة التحديد، ويعتمد القاضي في ذلك على ضوابط الإسناد، وهو ما سنعالجه كما يلي أولا: الإسناد الشخصي، ثانيا الإسناد الموضوعي.

أولا: صعوبة الإسناد الشخصي:L'attachement subjectif

تجمع غالبية النظم القانونية على خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة أي القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا، وينطبق هذا القول على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، إذ يمكن أن يتم الاختيار عبر شبكة الإنترنت بواسطة تقنية الرسائل الإلكترونية.[1] غير أن مبدأ سلطان الإرادة المعترف به للأطراف المتعاقدة قد ترد عليه بعض القيود.

أ-مبدأ سلطان الإرادة: يخضع القانون المتضمن عنصرا أجنبيا كقاعدة لمبدإ عالمي معروف ومجسد من غالبية النظم القانونية فقها وقضاء، ويراد بمبدإ سلطان الإرادة the Law choosen by the parties القانون المختار من المتعاقدين، وهو ما يطلق عليه بالإسناد الشخصي الناتج عن إعمال هذا المبدإ.[2]

والمقصود بالإرادة: هو الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس الإرادة المنفردة لأحدهما، فالدخول في المفاوضات العقدية يعني انتهاء دور الإرادة المنفردة، وتبدأ الإرادة بالتوحد في هذه المرحلة . مرحلة المفاوضات . بحيث تتفاعل إرادة طرفي العقد مع بعضهما البعض للوصول إلى إرادة منتجة للآثار التي يرغب أو يسعى إليها الطرفان، وفي حالة اجتماع إرادة المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق تنتهي الإرادة المنفردة نتيجة لتفاعل الإرادتين واتفاقهما على تحديد القانون الذي تم إخضاع العقد له خضوعا تاما، ولا يتمكن أفراد العلاقة من التدخل والحد من القواعد التي يتم إخضاع العقد لها إلا إذا تم اتفاق الطرفين على تعديل ذلك بناء على إرادتيهما.[3]

ولقد كرست أغلب التشريعات والمعاهدات الدولية هذه القاعدة ووردت في المادة 13 من اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في العقود الدولية، كما انتهجته المادة 1/05 من اتفاقية هاواي لعام 1978 حول القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية.

إذ تضمنت جل هذه القوانين إمكانية نص المتعاقدين صراحة في أحد بنود العقد الذي يبرم عن طريق الإنترنت على اختيار قانون دولة معينة ليطبق على أي نزاع يقوم بخصوص العقد، كما يمكن أن يكون الاختيار بتبادل رسائل المعلومات بين أطراف العقد على اختيار قانون معين، فإذا ورد هذا الشرط في العقد، فإنه يطبق في هذا السياق نص المادة الرابعة من الفصل الأول من مشروع القانون النموذجي للمعاملات الإلكترونية، الذي أعدته لجنة اليونسترال سنة 2001 (إلزام

---

[1]ـ لزعروسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، بن عكنون، الجزائر، 2010ـ 2011. ص. 33-34.

[2]ـ ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية (أزمة منامج تنازع القوانين، وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل)، مجلة المعارف، العدد 5، ديسمبر، البويرة، ص. 178-179.

3ـ محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1429ـ2008. ص.128.

الأطراف بتحديد قانون وطني يطبق على المعاملات الإلكترونية)، إلا أن هذا الاختيار لا يطبق بصورة مطلقة.[1]

والتعبير عن سلطان الإرادة من الممكن أن يكون بصورة صريحة لتحديد القانون الواجب التطبيق، كما يمكن أن يكون ضمنيا يمكن استخلاصه من طرف القاضي من ظروف التعاقد باعتبارها تمثل القانون المتفق عليه، وهو ما سنعالجه فيما يلي.

1 -الإرادة الصريحة:

-مضمون الإرادة الصريحة: أتاح المشرع لطرفي العقد الحق في تعيين القانون الذي ينظم عقدهم، أو تحديد ذلك القانون الذي ينطبق على العقد، فمن الطبيعي أن يقوم طرفا العقد بممارسة وتفعيل هذا الحق الذي منحه لهما وتحديد قانون أي دولة والقواعد الموضوعية التي تم تعيينها لتطبق على العقد في حالة وجود منازعة، وهذا ما يسمى بالاختيار الصريح لقانون العقد.[2]

فالإرادة هنا توجب إخضاع العقد إلى نظام قانوني متفق عليه من قبل أطراف العقد، ويكون لهذا الاتفاق قوته المستمدة من قواعد الإسناد الوطنية التي تعطي للأطراف الحق في الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويكون للأطراف الحق في تعديل الاتفاق في أي وقت، كما يكون لهم أيضا الاتفاق على تطبيق أي قانون كان ولو كان هذا القانون عديم الصلة بين الأطراف أو موضوع التعاقد.[3]

ويسري مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة على العقد سواء كنا بصدد أعمال تجارة عادية أم كنا بصدد أعمال تجارية إلكترونية، غير أن هناك خصوصية مميزة للتجارة الإلكترونية، بالرغم من تساويها مع التجارة التقليدية من ناحية تبادل السلع والخدمات مقابل ثمن نقدي أو عيني إذ تشمل التجارة الإلكترونية سواء من حيث تكوين العقد أم تنفيذه أم إنجازه على تقنيات نقل حديثة لها خصوصيتها.[4]

وفي هذه الحالة لا يجد القاضي صعوبة إذ يتقيد بإرادة الأطراف الصريحة لإيجاد القانون الواجب التطبيق[5]، ولقد خولت معظم التشريعات الداخلية للدول للمتعاقدين مكنة الاختيار الصريح لقانون العقد من خلال إدراج بند يحددان بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، ولا تختلف طريقة الاختيار هذه بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية.[6]

فقد يتفق الأطراف المتعاقدة إلكترونيا على القانون الذي ينظم العقد من خلال تبادل الرسائل عبر البريد الإلكتروني، إذ تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو عبر صفحات شاشة الاستقبال على أن يكون هذا الاختيار قد تم بناء على تفاوض بين الطرفين، وليس شرطا يفرضه الطرف القوي على الطرف الضعيف في العقد.[7]

ويكون هذا الشرط قابلا للتعديل في حال عدم الاتفاق عليه، لأن التحديد المسبق موقوف على إجازة الطرف الآخر، فالتحديد يؤدي إلى الحد من الخلافات والعقبات التي من الممكن أن تواجه طرفي العقد في المستقبل.[8]

– صعوبة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية: وتتجسد صعوبة إعمال الاختيار الصريح في عدة نقاط نذكر منها:

---

[1]ـ سكر سليمة، عقد البيع عن طريق الأنترنت ومدى حجية الإثبات الإلكتروني، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، بن عكنون، الجزائر 2010ـ 2011، ص. 60-61.

[2]ـ محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص.139.

[3] ـ هبة تامر محمود عبد اللاه، عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات مكتبة السنهوري، بيروت، 2011. ص.231-.232

[4]ـ سلطان عبد اللاه محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص.102-103، ص.102-103.

[5]ـBessai M'hamed Toufik، La loi applicable au contrat international: A propos de la réforme de l'article 18 du code civil، Revue Algérienne des sciences juridique، économiques، et politiques، N° 02, 2008، pp.06-07.

[6]- Patrick Thieffry, Commerce électronique: droit international et européen, éd, Litc, Paris, année 2002, p.228.

[7]ـ على فيلالي الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص. 152.

[8]ـ محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص.139.

- صعوبة التأكد من توافق الإرادتين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد: حيث يفترض قيام مفاوضات بين المتعاقدين بشأن كافة بنود العقد وكذلك البند الخاص بتحديد القانون الواجب التطبيق وكذلك الأمر بالنسبة للتعاقد عبر البريد الإلكتروني، أين يتم تبادل الرسائل بين الأطراف، غير أن الاختيار الصريح يطرح بعض الصعوبات في العقود التي تتم عبر صفحات الواب حيث يتصل المتعامل مباشرة بالصفحة الرئيسية لمقدم الخدمة أو السلعة قصد إبرام العقد.

من جهة أخرى هناك عقبات تقنية تحول دون تطابق إرادة الأطراف بشأن بند الاختصاص، هذه العقبات قد تعود إلى صغر حجم شاشة الحاسوب الأمر الذي لا يسمح بظهور بنود العقد كاملة خاصة إذا كانت الوثيقة العقدية طويلة تحمل شروطا تفصيلية أو أن بنود العقد قد تمت كتابتها بحجم صغير غير مقروء على نحو يتسنى للمتعاقد الاطلاع عليه بشكل كاف.[1]

وهناك تقنية أخرى أكثر تعقيدا، ويتعلق الأمر بما يسمى باتفاقات نزع الغلاف shrunt wrap agreement وتنصب هذه العقود خاصة على برامج المعلوماتية أين يتم إدراج هذه الأخيرة في عبوة أو ما يسمى بحزمة البرنامج المعلوماتي، ويتم تغليفها بواسطة غلاف بلاستيكي أو السيلوفان تتضمن العبوة إلى جانب محتوى البرنامج رخصة استخدام هذا الأخير، على أن هذه الرخصة قد لا تبدو للمتعاقد إلا بعد أداء المقابل وتحميل البرنامج حيث تظهر العبارة التالية بمجرد نزع الغلاف، فإنك وافقت على الشروط الواردة في الرخصة فالمتعاقد لا يطلع على كافة شروط العقد من بينها شرط القانون الواجب التطبيق.[2]

- تراجع حرية التفاوض بشأن الاختصاص التشريعي: إذ تلعب المفاوضات دورا مهما في عقود التجارة الإلكترونية، وبخصوص مسألة تمتع كل متعاقد بحرية التفاوض ومناقشة كافة بنود العقد فتكون بحسب الأسلوب المستخدم في التعاقد الإلكتروني إذ من الممكن حدوث مفاوضات بين المتعاقدين باستخدام أسلوب التفاعل المباشر وذلك بتبادل الأطراف المتعاقدة التعبير عن إرادتيهما بالإيجاب والقبول، وهو ما نجده في التعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فمن حيث المبدأ الموجب إليه يستطيع التفاوض مع الموجب حول شروط العقد والمفاضلة بينهما حتى يتوصل الطرفان إلى الشروط التي تلائم أهدافهما التعاقدية، وعليه يتم اختيار قانون العقد بناء على رضا الطرفين.

لكن الإشكال يطرح بالنسبة للعقود التي تبرم عبر صفحات الويب التي يعتبرها العديد من الفقهاء عقود إذعان، حيث تظهر هذه الأخيرة على الموقع الإلكتروني للبائع أو مقدم الخدمة في شكل عقد نموذجي يتضمن كافة الشروط العامة والتفصيلية وليس للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط، وبالتالي الدخول في العلاقة التعاقدية أو رفضها، وتبعا لهذا الرأي فإن تحرير العقد في شكل نموذجي يتضمن كافة الشروط التفصيلية من بينها القانون الوجب التطبيق تشكل حدا للحرية التعاقدية للموجب له سواء كان مهنيا أم مستهلكا.[3]

في مقابل التعبير الصريح لإرادة الأطراف حول ماهية القانون الواجب التطبيق نجد في حالات أخرى قد لا يتفق الطرفان صراحة على تطبيق قانون معين، مما يصعب الأمر على القاضي في مثل هذه الأحوال وهو ما يطلق عليه الإرادة الضمنية.

أ2 -الإرادة الضمنية:

- مضمون الإرادة الضمنية: أما في حال عدم تحديد القانون الواجب التطبيق، فإن العقد يبقى في حالة فراغ وهذا يخالف مبدأ استقرار العقد ويحدث إخلالا في التوازن العقدي، فهذا الأمر لا يعني انتهاء دور الإرادة في تحديد قانون العقد، لأنه في حال عدم وجود إرادة صريحة ومباشرة، فإنه يتم التعامل مع مضمون العقد والبحث في بنوده عن الإرادة والقانون الواجب التطبيق، وهذا ما يعرف بالتعيين الضمني حيث يتم

[1]- زوينة تكليت، القانون الواجب التطبيق على عقود التجار الإلكترونية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2010- 2011، ص.8.

[2]- زوينة تكليت، المرجع السابق، ص.8.

3- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008، ص.464.

استنباط القانون من بنود العقد التي تميل في مضمونها إلى نظام قانوني لبلد محدد.[1]

فهو اختيار حقيقي، ولكنه غير معلن، إذ يستخلصه القاضي من ظروف الحال، فإذا لم تكن إرادة الأطراف صريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، ولم يمكن معرفة ذلك من بنود العقد، يلجأ القاضي (أو المحكم) في هذه الحالة إلى البحث في نصوص العقد والظروف المحيطة به للكشف عن إرادة المتعاقدين، وإذا تعذر عليه لجأ إلى إخضاعه إلى القانون الأنسب لحكم المنازعة بمعنى افتراض القاضي بأن الطرفين كانا سيختاران هذا القانون لو عرضت عليهما مسألة اختيار قانون يحكم عقدهما لأنه أكثر ارتباطا بعقدهما.[2]

ويستند القاضي إلى مجموعة ضوابط وقرائن تشير أو توضح نية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الأنسب للتطبيق، ومن أهم هذه الضوابط مكان تنفيذ العقد، عرض النزاع أمام دولة معينة، جنسية الأفراد، طبيعة العقد، عملة الوفاء، صيغة العقد، لغة العقد، تحرير العقد لدى موثق رسمي وغيرها فكلها قرائن تصلح أن تكون قرينة دالة على أن المتعاقدين يريدان إخضاع عقدهما لقانون دولة معينة[3]، وعليه يمكن القول إن قانون العقد في هذه الحالة يتحدد بحسب الظروف السائدة وقت تكوينه، وبالتالي لا يتأثر هذا التحديد بظروف لاحقة.

ولكن متى حدد الطرفان صراحة القانون الواجب التطبيق عليه فلا مجال للبحث عن الإرادة الضمنية للأطراف.[4]

- صعوبة الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق:
وتكمن الصعوبة في كون العناصر التي اعتمدتها الاجتهادات القضائية لا تتلاءم مع خصوصية هذا العقد.

فإذا كانت اللغة التي يحرر بها العقد حسب بعض الفقه تعد مؤشرا كافيا للدلالة على أن إرادة الأطراف الضمنية قد اتجهت إلى اختيار قانون الدولة التي تستخدم هذه اللغة، فإن هذه القرينة لا يمكن إعمالها في عقود التجارة الإلكترونية باعتبار أن اللغة الأكثر استعمالا في تحرير هذه العقود هي اللغة الإنجليزية، كما أن الاعتماد على اللغة من شأنه أن يضع القاضي أمام عدة احتمالات في الفرض الذي يحرر به العقد بلغة تستعمل في عدة دول، فلو حرر العقد مثلا باللغة الإنجليزية، أمام هذا الوضع هل القاضي يطبق القانون البريطاني أم يطبق قانون ال وم أ، وكذلك الشأن في اللغة العربية.[5]

وعليه يتضح مما سبق بأنه كمبدأ عام يكون اختيار القانون الواجب التطبيق بإرادة الطرفين تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ويستوي الأمر إن كان التعبير عن هذه الإرادة صريحا أو ضمنيا، فالإرادة الصريحة تظهر من بنود العقد أو من غيرها بطريقة واضحة لا تدع مجالا للشك في نية الأطراف المتعاقدة، وفي المقابل يمكن ان يكون التعبير ضمنيا، وفي هذه الحالة يبرز دور قاضي الموضوع في استخلاص نية المتعاقدين، وهو ما يثير نوعا من الصعوبة، فإذا لم تتوافر الإرادة الصريحة في اختيار القانون الواجب التطبيق وعدم القدرة على كشف نية طرفي العقد الضمنية، فلا يكون أمام القاضي إلا اللجوء إلى القواعد القانونية الوطنية لدولة المحكمة المعروض النزاع امامها وتطبيقها.

ب ـ القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة:

ب1ـ أن يكون للقانون المختار صلة وثيقة بالعقد:
الملاحظ أن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة عادة ما يقود إلى تطبيق قوانين داخلية وطنية، ولذلك أغلب التشريعات تحرص على ان يكون للقانون المختار صلة حقيقية وثيقة بالعقد[6].

وهو ما يتجلى في نص المادة 18 من الق م ج مثلا التي اشترطت وجود صلة حقيقية بالعقد والقانون المختار بقولها:"

[1] ـ محمد فوازمحمد المطالقة، المرجع السابق، ص.140.
[2] ـ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص.186.
[3] ـ هبة تامر محمود عبد اللاه، مرجع سابق، ص.233.
[4] ـ سلطان عبد اللاه محمود الجواري، مرجع سابق، ص.233.
[5] ـ زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.70.
[6] ـ ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية (نزاعات العقود الالكترونية أزمة منامج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل)، مجلة المعارف، العدد 05، ديسمبر 2008، ص.153.

يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذ كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه" وكذلك المادة 1050 من ق إ م وإ.

وعليه يتضح من المادة أعلاه أن المشرع الجزائري تبنى مبدأ سلطان الإرادة، كغيره من التشريعات الأخرى، غير أنه قيد هذا المبدأ إذ ترك الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ولكن بشرط أن يكون لهذا القانون المختار من أطراف التعاقد صلة حقيقة بالمتعاقدين أو بالعقد وهذا لأجل خضوع العقد للأحكام الآمرة في الدولة، ومنعا للتحايل وحماية للطرف الضعيف في العقد (المستهلك عادة).[1]

ب 2ـ النظام العام والآداب العامة: مع أن المبدأ الأساسي وضابط الإسناد الرئيسي في العقود الدولية هو مبدأ سلطان الإرادة، ويعتبر ضرورة من ضرورات التجارة الدولية، إلا أن هذا المبدأ يعد من الخطورة تطبيقه على العقود التجارية الإلكترونية التي يبرمها المستهلكون، لأن تطبيقه على مثل هذه العقود يؤدي إلى فقدان التوازن بالعقد، خاصة في اختيار القانون الواجب التطبيق، حيث يفرض المورد بما له من قوة اقتصادية على المستهلك قانونا مختارا بإرادته المنفردة فقط.[2]

واختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يعني خضوع العقد للقواعد التي تضمنها القانون المختار سواء تعلق الأمر بقواعده الآمرة أم المكملة.

غير أنه يمكن للقاضي استخدام آلية الدفع بالنظام العام لاستبعاد قانون الإرادة[3]، استنادا لنص المادة 24 من الق م ج التي تنص:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر..."

ويعرف النظام العام بأنه: النظام الذي يحوي القواعد التي ترمي إلى حماية المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أم الاجتماعية أم الاقتصادية التي تتعلق بالوضع الطبيعي والمادي المعنوي لمجتمع منظم تعلو فيه مصالح الأفراد.[4]

وقد تكون بعض المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت غير مسموح بها في بعض الدول كونها مخالفة للنظام العام والآداب العامة بالرغم من مطابقتها القانونية للدول الأخرى كالمعاملات التي تنصب على الرهان والقمار ويمكن للقاضي الاحتجاج بالنظام العام بعدم تطبيق القانون المختار من المتعاقدين لكونه يتعارض مع مقتضيات النظام العام.

وتبعا لذلك فإن الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبي والقانون الداخلي لا يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي، ما دام لا يشكل تعارضا مع مقتضيات النظام العام.

ب3- ثبوت غش أو تحايل نحوى القانون: كما أنه أيضا في بعض الحالات الأخرى يستبعد القاضي قانون الإرادة وذلك في حالة ثبوت غش وتحايل نحو القانون من الأطراف المتعاقدة للإفلات من تطبيق القانون الواجب على العقد، ولقد تعددت تعاريف الفقهاء للدفع بالغش ومن بينها أن الدفع بالغش يعني:" دفع ثان يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إليه بدلا من القانون الوطني الواجب أصلا والعمل بأحكام هذا القانون في النهاية "،

---

[1]ـ لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، بن عكنون، الجزائر، 2010ـ 2011، ص.34.

[2]ـ نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1430هـ ـ 2009، ص.146.

[3]ـ Bessai M'hamed Toufik, La loi applicable au contrat international: A propos de la réforme de l'article 18 du code civil, Revue Algérienne des sciences juridique, économique, et politiques, N°02, 2008, p.05.

[4]ـ عكاكشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون تاريخ نشر، ص. 560. ـ خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة ماجستير، فرع قانون دولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص.32.

وفي تعريف آخر بأنه " الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرب من الأحكام الآمرة للقانون الواجب التطبيق"

وعليه لكي يثار الدفع بالغش أو التحايل نحو القانون لابد من توافر شرطين:

- **الشرط المادي** (تغيير مادي في ضابط الإسناد): وتلعب إرادة الأطراف دورا جوهريا في تغيير ضابط الإسناد.

- **الشرط المعنوي:** ويتمثل في نية التحايل أو الغش نحو القانون بغية الإفلات من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد.[1]

ولقد نص المشرع الجزائري على هذه القيد في نص المادة **24** من الق م ج بقولها:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري على القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة."

وعليه يطبق القانون الوطني محل القانون الأجنبي إذا تبين وجود غش أو تحايل على القانون من طرفي التعاقد وهذا وفقا لنفس المادة (24 الفقرة 01).

غير أن مسألة النظام العام ووجود غش أو تحايل من الأطراف هي مسألة نسبية تختلف داخل الدولة الواحدة، وباعتبار أن شبكة الإنترنت هي شبكة عالمية فإن هذه المسألة (مسألة النظام العام) تصطدم بعدة تعارضات مما يصعب عمل القاضي الذي ينظر في المنازعة.

ولذا نقترح إيجاد مفاهيم عالمية موحدة تندرج ضمنها مفاهيم للنظام العام والآداب العامة.

هذا فيما يخص الإسناد الشخصي.

ثانيا: صعوبة الإسناد الموضوعي: Le rattachement objectif

في حالة عدم الإسناد الشخصي المشار إليه سابقا يتم اللجوء إلى حالة الإسناد الموضوعي التي نكون بصددها عند غياب التعيين الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق على العقد، لذلك عند طرح النزاع على الجهة القضائية التي ستفصل فيه، أن تحدد هذا القانون الواجب التطبيق.

ولا يجوز أن يخضعه القاضي مباشرة لقانونه الوطني وهذا بالاستناد إلى ضوابط موضوعية تبين ارتباط العقد بالقانون المعين، التي قد تكون ضوابط جامدة معروفة مسبقا للمتعاقدين (الإسناد الجامد)[2]، وقد تكون ضوابط مرنة تسمى (الإسناد المرن) وهو ما سنعالجه على التوالي:

أ -الإسناد الجامد: ويصفه البعض بالإسناد التشريعي أو الإسناد الآمر للعقد، حيث يقوم المشرع بتحديد العلاقة التعاقدية ذات الطابع الدولي، في حالة غياب اتفاق الأطراف حول تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وذلك من خلال تعداده لضوابط معينة يلتزم القاضي بإعمالها ولا يمكن الخروج عنها.[3] ومن هذه الضوابط قانون دولة إبرام العقد أو قانون دولة تنفيذه أو قانون جنسية المتعاقدين، أو قانون موطنهما المشترك، ولقد تبنت عدة دول هذا المنهج، ومنها القانون المدني الجزائري في نص المادة 18 /2 بقولها:"... وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون موطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد..."

والملاحظ على هذه المادة عدم نصها على ضابط مكان تنفيذ العقد، غير أن تطبيق هذه الضوابط يثير بعض الصعوبات باعتبارها ترتكز على ضوابط مكانية تتجاهلها الإنترنت.[4]

-أما بخصوص صعوبة تطبيق معيار قانون الموطن المشترك: فهو أداة قانونية يعتمد عليها المشرع كضابط احتياطي في إسناد عقود التجارة الدولية، في غياب اختيار

[1]ـ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 171-172.

2ـ ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص.154-155.

[3]ـ زوينة تكليت، مرجع سابق، ص29- 30.

4ـ ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص.155.

القانون الواجب التطبيق، وعلى هذا الأساس يمكن للقاضي الاستناد إلى الأخذ به لتحديد القانون الواجب التطبيق، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري كضابط احتياطي في نص المادة 18 قبل الضوابط الأخرى، غير الموطن المشترك للمتعاقدين أصبح لا يعلب سوى دور محدود في العلاقات التعاقدية الدولية بوجه عام، فالتشريعات الحديثة بدأت تتخلى شيئا فشيئا عن الموطن المشترك وتوجه اهتمامها بمقر إقامة الأطراف المتعاقدة.

-أما بخصوص صعوبة تطبيق معيار مكان إبرام العقد كضابط إسناد: يمكن القول بأن شبكة الإنترنت لا تشكل مكانا محددا يمكن الاستناد عليه كونها عبارة عن فضاء مستقل بذاته من جهة، ومن جهة ثانية لا تشكل رابطة حقيقية مع العقد المبرم من خلالها بحيث قد يكون استعمالها بصفة عارضة كاستعمال حاسوب نقال لشخص متجول من دولة لأخرى.[1]، أو حتى يمكن استعمال جهاز ليس ملكه أو إبرام العقد في أحد مقاهي الإنترنت، وهي أمور تجعل من المسألة عرضية ولا تشكل معيارا يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بهذه الطريقة.[2]، وعليه فإن صعوبة تحديد مكان انعقاد العقد في كثير من الأحيان، وخاصة إذا تم بين غائبين أدت إلى التقليل من أهمية هذه القاعدة.[3]

- أما بخصوص صعوبة تطبيق مكان تنفيذ العقد: وهو المكان الذي يرتب فيه العقد جميع آثاره، مما يجعل قانون مكان التنفيذ أكثر القوانين صلة بعقود التجارة الدولية، فمصالح الأطراف المتعاقدة ترتبط ارتباطا وثيقا بمكان التنفيذ وبهذا، فإنه لمكان التنفيذ دلالة قوية خصوصا إذا اختلف عن مكان إبرام العقد، وبناء على ذلك إذا كان العقد يقتضي تنفيذه في مكان غير محل الإبرام، فإنه يتعين إخضاع تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد لقانون مكان التنفيذ بمعنى آخر كل ما ينبغي القيام به بعد إبرام العقد ينبغي إخضاعه إلى قانون مكان التنفيذ.[4]

غير أنه من المتصور أن يقوم الأطراف بأداء التزاماتهم في أماكن مختلفة، ومن ثم يخضع العقد لأكثر من قانون، مما قد يصعب تحقيق انسجام فيما بين هذه القوانين بسبب اختلاف مفاهيم النظم القانونية حول محل تنفيذ العقد.

ويصعب تحديد مكان تنفيذ العقد في حالة إبرام المعاملات التي تتم تنفيذها كلية بالطرق الإلكترونية، كما هي الحال في برامج الحاسوب (تحميل برامج) التي يتم إنزالها مباشرة من شبكة الإنترنت، ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد، هل هو مكان موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ أم مكان المزود (الوسيط) الذي يقدم الخدمة للبائع أم المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري... إلخ.

ب-الإسناد المرن: (معيار الأداء المميز):

la Prestation caractéristique : لقد أدت صعوبة تطبيق المعايير أو الضوابط السابقة إلى تبني الفقه والقضاء والتشريع ضابطا موضوعيا آخر لتعيين القانون الذي يحكم العقد، ومن أهم تلك الضوابط ضابط الأداء المميز للعقد.

ويقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه، فالعقد رغم تعدد التزاماته إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد، ويعبر عن جوهره، وبذلك يجب الاعتماد على هذا الالتزام لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد[5]، وعليه فالعبرة هنا بالالتزام الذي يحدد جوهر العقد ويميزه عن غيره من العقود.

ورغم الخلاف التقليدي بشأن فكرة الأداء المميز، إلا أنها لاقت قبولا واستحسانا من قبل فقهاء التجارة الإلكترونية، لأنه إسناد سابق يتحدد وقت إبرام العقد ويقوم على افتراض أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء

---

[1]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.328.

[2]- ناصرحمودي، مرجع سابق، ص.157.

[3]- سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2010، ص.141.

4-ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص.156.

[5]- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006. ص،331-336.

مما يحول دون تجزئة العقد وخضوعه لقانون واحد، كما أنها فكرة تمكن من تمييز العقد عن غيره من العقود الأخرى.

وإسناد العقد إلى القانون الأوثق صلة به وفقا لما تشير إليه ظروف التعاقد يتناسب مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، بحكم أن القاضي يتمتع بالسلطة التقديرية في البحث عن مركز ثقل العلاقة التعاقدية معتمدا في ذلك على ضوابط إسناد عديدة.

فضلا عن ذلك فإن نظرية الأداء المميز حققت الغاية المبتغاة من الإسناد المرن وهي إدراكها لمقتضيات العدالة باعتبارها في الإسناد تميز بين فئات العقود عكس الإسناد الجامد، الذي له طابع موحد يشمل كافة العقود بغض النظر عما ينفرد به كل عقد من خصائص تميزه عن عقد آخر دون أن يؤدي إلى الإخلال بتوقعات المتعاقدين، لكون اختلاف توطين العلاقات التعاقدية يعود إلى طبيعة هذه الرابطة وليس إلى ظروف وملابسات التعاقد مما يخول لهم العلم المسبق بالقانون الذي سيخضع له العقد المبرم بينهم.[1]

وعلى الرغم من الاستحسان الكبير الذي لاقاه الإسناد المرن، إلا أنه أيضا لا يخلو من بعض الصعوبات التي تواجهه ولا شك أن العبقات التي تحد من تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وفقا لمنهج الإسناد المرن لا تختلف كثيرا عن الصعوبات المذكورة سابقا في الإسناد الجامد، ذلك أن تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد يستوجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار كل ضوابط الإسناد المتزاحمة ثم يقدر أيا من هذه الضوابط تعبر عن مركز ثقل في العقد وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق.

لكن معظم الضوابط التي يعتمد عليها القاضي تقوم على اعتبارات مكانية، وبالتالي لا تتلاءم مع طبيعة العلاقات التعاقدية التي تتم عبر الشبكة الدولية للإنترنت، لاسيما فيما يتعلق بعنصري مكان إبرام وتنفيذ العقد فإذا كان توطين العلاقات التي تتم في الوسط المادي وفقا لهذه العناصر يثير العديد من الصعوبات.[2]، فإن الأمر يزداد صعوبة بالنسبة للعقود التي تبرم وتنفذ عبر الخط مباشرة كما لو أبرم عقد لبيع برامج الحاسب الآلي بين بائع إنجليزي ومشتري جزائري ويتم التسليم مباشرة على الخط، والملاحظ هنا أن العقد يتم في كل مراحله في الوسط الافتراضي، وعليه من الصعب الاعتماد على الضوابط التقليدية، وهذا بسبب الاتصال المباشر بين الأطراف المتعاقدة، وهو ما يصعب تطبيق هذا الضابط على العقود الإلكترونية.

المبطلب الثاني: صعوبة تحديد المحكمة المختصة:

إن فضاء الإنترنت الذي يضم أفرادا ودولا ومؤسسات تتبادل علاقات يومية، ينشأ من خلالها حقوق والتزامات يتصور أن تكون ميدانا رحبا للدفع في أي نزاع بعدم اختصاص المحكمة التي تنظر في النزاع بمقتضى القانون الواجب تطبيقه.

وإذا كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في العالم المادي قد أثارت عدة تعقيدات وبعضها لم يزل غير متفق عليه، فإنه في مجال التجارة الإلكترونية تعتبر أكثر تعقيدا وذلك بسبب الحاجة إلى تطويع ضوابط الاختصاص القضائي التقليدي لتحكم وتطبق على المنازعة الإلكترونية.[3]

وترجع أسباب ظهور الخلافات والنزاعات بين الأطراف المتعاقدة إلكترونيا حسب رأي غالبية المهتمين بمجال التجارة الإلكترونية إلى الغياب المادي للمتعاقدين لحظة إبرام العقد، ففي غالب الأحيان تكون الأطراف موجودة في دول مختلفة ويقومون بتنفيذ التزاماتهم إلكترونيا عبر تلك الحدود، ونظرا لهذه العلاقات التي تنشأ بين أطراف متباعدة جغرافيا، وكذا استعمالهم لوسيلة مفتوحة على العالم، الأمر الذي يجعل من هذه العلاقات مجالا خصبا لتنازع الاختصاص القضائي للنظر في منازعاتها، مما يجعل الإشكال يكمن أساسا في

---

[1]- زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.35.

[2]- زوينة تكليت، مرجع سابق، ص. 72.

[3]- نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1430- 2009. ص. 196.

صعوبة تحديد الجهة القضائية للفصل في النزاع القائم بين المتعاقدين إلكترونيا.

لذا يتعين على الأطراف المتنازعة البحث عن الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاع القائم بينهما، من بين المحاكم التي لها علاقة بالعقد.

أولا: تحديد ضوابط الاختصاص وفقا للضوابط العامة:

يخضع الاختصاص القضائي إلى القواعد الأساسية لتحديده المتمثلة أساسا في انعقاد الاختصاص لمحاكم الدول التي يقع فيها موطن أو محل إقامة المدعى عليه[1] (أ)، أو اختصاص المحكمة التي تم الاتفاق عليها من الأطراف المتعاقدة (ب)، أو اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد، أي المحكمة التي تم إنشاء العلاقة القانونية بين الطرفين او تنفيذها في دائرة اختصاصها (ج).[2]

أ-اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعي: يأخذ العديد من المشرعين الوطنيين بمبدإ اختصاص محكمة موطن المدعى عليه بالدعاوى التي ترفع عليه، ويعد هذا المبدأ من أهم المبادئ التي يقوم عليها توزيع الاختصاص القضائي الدولي في الدول المختلفة.

وأصبح هذا المبدأ من المبادئ المأخوذ بها كأحد الضوابط في اختصاص المحاكم عند طرح مسألة النزاعات الدولية الخاصة، ويرجع ذلك لاعتبارات العدالة وطبيعة التعامل الدولي الذي يقتضي توفير الرعاية للمدعى عليه بمقاضاته أمام محكمة موطنه، بالإضافة إلى أن الأصل في الإنسان براءة الذمة وعلى من يدعي بحق ما في مواجهة شخص آخر أن يسعى هو إلى موطن المدعى عليه لمقاضاته أمام محكمة موطنه.[3]

وعليه عند إبرام عقد دولي عبر شبكة الإنترنت سواء كان متعلقا بسلع أم بخدمات ينعقد الاختصاص طبقا لهذ الضابط لمحاكم الدولة التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وهذا ما هو مستقر عليه في مختلف الأنظمة القانونية الداخلية للدول، ومثالها القانون الدولي الجزائري في نص المادة 37 من قإ م وإ، حيث يمكن رفع الدعوى امام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، فالمدعي هو الذي يسعى إلى المدعى عليه في محكمته عملا بالقاعدة المذكورة سابقا.[4]

ولقد اعتمد المشرع الجزائري فكرة موطن المدعى عليه كأساس الاختصاص الإقليمي، وذلك لعدة اعتبارات منها براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت عكس ذلك، وعلى المدعي إثبات ذلك في موطن المدعى عليه، وأن الدين مطلوب وليس محمول فعلى المدعي أن يطالب بدينه في موطن المدعى عليه[5]، فما عليه إلى أن يذهب حيث يقيم المدعى عليه برفع دعواه باعتباره المكان الذي توجد فيه في الغالب أدلة الإثبات.[6]

غير ان هذا الضابط يثير نوعا من الصعوبة في تطبيقه على العقود الإلكترونية.

ب -اختصاص المحكمة التي اتفق على اللجوء إليها: يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على اختيار المحكمة التي تنظر في التنازع القائم بين الطرفين المتعاقدين وذلك باستبعاد المحكمة التي يقع فيها موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو محكمة التنفيذ (بلد الإبرام).

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 37 من ق إ م وإ وبقولها "... وفي حال اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك." ويرى الفقه والقضاء من أجل إنتاج الاتفاق على الاختصاص أثره لابد من توافر عدة شروط منها:

- ضرورة وجود رابطة جدية بين النزاع والمحكمة التي اتفق على جعل الاختصاص لها أو توافر مصلحة مشروعة للأطراف بهذا الصدد.

- يجب ألا ينطوي الاتفاق على الاختصاص القضائي على غش وسواء كان الاتفاق على الاختصاص سابقا عند قيام

---

[1] ـ سمير خليفي، المرجع السابق، ص،85-86.

[2] ـ وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 37 من ق إ م و إ رقم 08 /09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج رج عدد 12 الصادر في 2008/04/23.

[3] ـ نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق، ص.197.

[4] ـ هبة تامر محمود عبد اللاه، مرجع سابق، ص.268.

[5] ـ عباس العبودي، مرجع سابق، ص.183.

[6] ـ سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 102.

النزاع أم لاحقا عليه، ويمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، ويكون ذلك في العقد أو في وثيقة لاحقة له تنص على جعل الاختصاص بهذه المحكمة أو تلك.[1]

غير أنه في الواقع قد يصطدم هذا الاتفاق بين الأطراف في شأن تعيين المحكمة المختصة بإنكار أحد الأطراف لمثل هذا الاتفاق في حال عدم النص عليه صراحة في العقد أو في وثيقة مرفقة لذلك، ومن أجل تفادي مثل هذه المشاكل الخاصة بإثبات اتفاق الأطراف، يتوجب على الأطراف المتعاقدة كتابة مثل هذه الاتفاقات حتى لا يعترضوا بمثل هذه المشاكل، وذلك بتحديد واضح ودقيق خال من أي لبس أو غموض.

ج –اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد: يلجأ إلى اختصاص محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد عند انتفاء الاختصاص القائم على موطن أو محل إقامة المدعى عليه، وكذا عند انتفاء اختيار الأطراف المتعاقدة باختيار المحكمة المختصة بنظر النزاع.

ويقصد بهذا المبدإ اختصاص محكمة الدولة التي تم تنفيذ الالتزامات التعاقدية فيها، ويطبق هذا الاختصاص في أغلب الأحيان على الأطراف الأجنبية التي ليس لها موطن أو محل إقامة في البلد الذي تم فيه إبرام أو تنفيذ العقد محل النزاع أو الدعوى التي تتعلق بمال موجود على إقليم تلك الدولة أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها.

ونشوء الالتزام في إقليم دولة معينة أو تنفيذه فيها يفيد بأن ثم ارتباطا أو صلة بين الالتزام وبين تلك الدولة على نحو يبرر انعقاد الاختصاص به لمحاكمها، إذ يأتي حكم هذه الدولة ترجمة لهذه الرابطة وتعبيرا عن هذه الصلة.[2]

أما بالنسبة لتحديد مكان تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فالمرجع في تحديد معنى مكان التنفيذ هو القاضي حسب قانونه الوطني، مسترشدا بنية الأطراف وطبيعة العقد وعادات التجارة، إذ يتعلق الأمر بتنفيذ إحدى قواعد الاختصاص القضائي الوطنية، فدفع الثمن عن طريق الدفع الإلكتروني، أو طلب الاستشارة القانونية، يعد مكان وجود المستخدم وطلبه لهذه المعاملات تنفيذا للعقد أو مكانا يفترض تنفيذه به.

وبالتالي ينعقد الاختصاص القضائي لمحاكم دولته، بما يدعم اختصاص محاكم دولة المستخدم من التنفيذ المادي للعقد، وبالنسبة لمورد الخدمات الإلكترونية في عقود خدمات المعلومات الإلكترونية فليس له إلا أن يرفع دعواه أمام محاكم موطن المستخدم.[3]

ولقد تعرض هذا الاتجاه الذي يقضي بإمكانية اللجوء إلى محل إبرام العقد طبقا لضوابط المحاكم التقليدية لجملة من الانتقادات فالمشكلة تكمن في صعوبة تحديد المكان في العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية، إذ يصعب تحديد مكان التعاقد، الذي هو عبارة عن موقع منشأ على شبكة الاتصالات الدولية، وبالإضافة إلى أن جل المعاملات الإلكترونية تبرم وتنفذ بطريقة إلكترونية، مما يصعب معه تحديد مكان تنفيذ العقد.[4]

ثانيا: صعوبة تطبيق ضوابط الاختصاص القضائي على نزاعات العقود الإلكترونية:

تعتبر مسألة تحديد المحكمة المختصة للنظر في منازعات عقود التجارة الإلكترونية أمرا صعبا، وذلك بحكم الطابع العالمي لوسائل الاتصال الإلكترونية المستخدمة في إتمام المعاملات الإلكترونية التي تفترض اختراق المواقع الإلكترونية المستعملة سواء بالنسبة للتجار أم الموردين أم المهنيين في كل أنحاء العالم من طرف المستهلكين، وما ساهم في صعوبة تحديد المحكمة المختصة للنظر والنزاعات الإلكترونية نذكر ما يلي:

1ـالطابع الافتراضي لعقود التجارة الإلكترونية: تعتبر عقود التجارة الإلكترونية من العقود التي تسري في فضاء افتراضي مفتوح على العالم بأكمله، ومن الصعب تحديد موقع

[1] ـ هبة تامر محمود عبد الله، مرجع سابق، ص.270.

[2] ـ سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 103.

[3] ـ نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق، ص.204.

[4] ـ نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص.204.

وجود الأطراف أثناء القيام بالمعاملات التجارية، وتشكل هذه الشبكة عالما خاصا يسكنه عشرات الملايين من مستعمليها، الذين يوجدون في آن واحد على الشبكة.[1]، ويقومون بتبادل الرسائل والمستندات أو عرض السلع والخدمات لتكوين صفقات تجارية متعددة الأطراف مما يثير إشكالية قانونية جد مهمة تتعلق بالاختصاص القضائي لحل المنازعات المتعلقة بهذه المعاملات الإلكترونية بين الأطراف المتعاقدة، ولقد استتبع وجود شبكة اتصالات دولية، وجود مجتمع عالمي افتراضي أشخاصه وأدواته، وبطبيعته لا يحده حدود سياسية أو جغرافية، فطبيعة التعامل على هذه الشبكات تتعارض مع فكرة الإقليم والجغرافية.

وبهذا فإن قواعد وأحكام القانون الدولي الخاص المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة دوليا، التي تتضمن قانون أو محكمة المكان الذي يوجد فيه سواء محل إبرام أم تنفيذ العقد أو الذي يتوطن فيه البائع أو المستهلك أو يقدم فيه المدين الأداء المميز، أو الذي توجد معه أكثر الروابط وثوقا أضحت قواعد وأحكاما غير ذات مفعول ويتعذر إعمالها.[2]

بالإضافة إلى كل ما سبق فقد يكون موطن المدعى عليه بعيدا عن محل إقامة المدعي، وهو أمر معتاد في مجال هذه العقود، وهو ما قد يقعده عن السعي للحصول على الحماية القضائية.

ويمكن ان يكون قضاء هذه المحكمة وقانونها الوطني لا يعترف بمثل هذه العقود التي تبرم إلكترونيا وبالتالي لا يستطيع الحصول على حقوقه التي يسعى إليها.

ولهذه الأسباب فقد اتجه بعض الفقه إلى عدم إخضاع المفاهيم المادية الموجودة في العالم المادي لأنها مفاهيم لا تتفق حسب رأيهم مع العالم الافتراضي، ولذا فقد نادى هذا الرأي إلى فكرة الموطن الافتراضي.[3]

ويمكن أن يتم ذلك عن طريق إنشاء موقع إلكتروني لمحاكم الدولة تختص باستقبال هذا النوع من المنازعات، وإفساح المجال أمام مواطني أي دولة بتقديم الدعوى وإجراء المحاكمات بوسائل إلكترونية، مادام المدعي يستطيع أن يقدم بياناته ودفوعه عن طريقها، وكذلك أن تتشدد الدول بإلزام المواقع التجارية التي تقدم خدماتها إلكترونيا بأخذ موافقة من غرف التجارة المعتمدة في دولها، وإبراز هذه الموافقة على موقع الإنترنت بما يضمن التزامها بتحديد بياناتها المتعلقة بالموقع الجغرافي ووسائل الاتصال بها، بالإضافة إلى توعية المستخدمين في كل الدول بعدم التعامل مع المواقع التي لا تأخذ الموافقة من دولتها عن طريق غرف التجارة.

وكما يرى الأستاذ نبيل زيد مقابلة يجب أن يهتم المشرع الوطني بمسائل التجارة الإلكترونية، كما يجب أن يشرع القوانين المنظمة لها، وأن يعمل على تحديثها حسب الحاجة الفعلية، فتعديل التشريع وتحديد الاختصاص لا يعتبر عيبا في المشرع أو التشريع ولكن الخطأ يكمن في عدم تنظيم هذا النشاط وعدم مواكبة تقدمه.[4]

2ـ صعوبة تحديد محكمة مكان إبرام العقد: وتظهر الصعوبة أكثر عند غياب اتفاق الأطراف الصريح أو عدم القدرة على كشف نية طرفي العقد الضمنية عن تحديد المحكمة المختصة، ويكون للقاضي دور كبير في أغلب القوانين في الكشف عن القانون المطبق على العقد، وذلك لتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع، ويجب أن يكون تركيز العقد على إحدى القواعد القانونية متناسبا مع العقد بشكل تام، لذا فمن المستلزم البحث عن الارتباط الكافي للقانون والعقد، وهذا لا يعتبر من السهولة في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فموطن إبرام العقد من الصعب تحديده باعتبار أن الشبكات الإلكترونية تتميز

[1]ـ أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2008، ص.26.

[2]ـ سمير خليفي، مرجع سابق، ص.109.

[3]ـ نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق، ص ص.199- 200.

[4]ـ نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص.200.

بالعالمية، وانفتاحها على العديد من الدول، مما يصعب تحديد الموطن الصحيح أو التام.[1]

ويبقى هذا الضابط يواجه عدة صعوبات في مجال التجارة الإلكترونية، خاصة تلك التي تواجه المدعي عند رفع دعواه، مثل صعوبة التحقق من شخصية المدعي عليه ومكان وجوده، ويظهر هذا خاصة عند عدم التزام المتعاقد معه بالإدلاء بالبيانات الشخصية له كالاسم، والعنوان الجغرافي.

وترجع صعوبة تحديد محكمة مكان إبرام العقد الإلكتروني إلى صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسائل، لأنها وببساطة تتم عبر فضاء إلكتروني، وهو يثير التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول أم مكان تسجيل موقع الويب.[2]

3 -صعوبة تحديد محكمة مكان تنفيذ العقد: يتمثل مكان تنفيذ العقد في أحد الضوابط المعتمدة من طرف القاضي، ويعمل بهذا الضابط لتحديد المحكمة المختصة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ولا يثير أي مشكلة مادام التنفيذ سيتم ماديا في مكان محدد في العقد مسبقا من طرف المتعاقدين، أي أنه يتم خارج الخط.

ويمكن القول باختصاص محاكم دولة تنفيذ العقد باعتبار أن من بين إجراءات تنفيذ السداد بواسطة بطاقة الائتمان وذلك عبر شبكة الإنترنت والمستفيد في هذه العقود يمكن لمحاكم دولته أن تختص في النزاع الناشئ عن هذا العقد، غير أنه تبرز الصعوبة عندما يكون موضوع العقد خدمات أو أشياء غير مادية، كما هو الشأن في العقود التي تتم وتنفذ على الخط مباشرة مما يصعب توطين العقد وبالتالي تحديد مكان التنفيذ.[3]

يمكن القول إنه ومع تطور المعاملات التجارية الإلكترونية أصبح من الضروري البحث عن آليات قانونية تتماشى مع طريقة إبرام العقود الإلكترونية، وهو ما يستوجب على المشرع الجزائري الإلمام بكل هذه المشاكل في التشريع المقترح الخاص بالمعاملات الإلكترونية.

المبحث الثاني: الحلول المقترحة لمواجهة صعوبات تحديد مكان تطابق الإرادتين:

قامت العديد من التنظيمات الإقليمية بالبحث عن حلول لتذليل الصعوبات التي تواجه مشكلة تحديد مكان تطابق الإرادتين، وذلك في المجالين التشريعي والقضائي. وهو ما سنعالجه فيما يلي:

المطلب الاول: على المستوى التشريعي:

لقد توصل الفقه والتشريع إلى أن أفضل حماية للمستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي هي الأخذ بضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك وهذ كأصل، غير أنه إذا كان هناك قانون آخر أكثر صلاحية له من قانون محل الإقامة المعتاد وبناء على رغبة الأطراف المتعاقدة التي يمكن أن تؤدي دورا فعالا في حماية المستهلك باختيارها لقانون أكثر صلاحية وحماية لهذا الأخير، وهنا وجب الأخذ به عن طريق منح القاضي سلطة اختيار القانون الأصلح للمستهلك.

ويمكن الاستدلال على هذا بنص المادة الخامسة الفقرة الثانية من اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي نصت على ما يلي:" مع عدم المساس بنصوص المادة الثالثة فإن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن ينتج عنه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة..."

كما نصت المادة الخامسة من نفس الاتفاقية المذكورة أعلاه على ما يلي:" إن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تقررها له النصوص الآمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة ".[4]

ومن جهة أخرى عمل الاتحاد الأوروبي على تقديم بعض الحلول الخاصة بتنازع الاختصاص القضائي، حيث أصدر كل من

[1] ـ محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص. 141.

[2] ـ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.184.

[3] ـ سمير خليفي، مرجع سابق، ص ص.113-114.

[4] ـ موفق حماد، مرجع سابق، من ص. 441، إلى ص. 153.

البرلمان ومجلس أوروبا التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر في 08 يونيو لسنة 2000، بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية في مجال الأسواق الداخلية والذي يهدف إلى ضمان الظروف التي تسمح بتبادل المعلومات بين الدول الأعضاء في مجموعة الاتحاد الأوروبي، كما يسعى إلى فرض أعلى مستوى للتكامل القانوني والتشريعي بين الدول الأعضاء، بغية إنشاء منظمة حقيقية لخدمات المعلومات دون حدود جغرافية.

يحث هذا التوجيه على مواصلة العمل بالقواعد المستقرة في القانون الدولي الخاص دون اللجوء إلى تعديلها، إلا أنه حرص على إزالة العوائق التشريعية للدول الأعضاء التي تحول دون استخدام بدائل لتسوية المنازعات بين موردي خدمات المعلومات والمستفيدين منها، عن طريق فرض نوع من المرونة على القواعد المنظمة لمسألة تنازع الاختصاص، وترك أكثر حرية للأطراف في اختيار الوجهة المرغوب فيها لحل النزاع بما يتلاءم وطبيعة الخلاف، مع مراعاة خدمة تطور التجارة الإلكترونية.[1]

ولقد منحت اللائحة رقم 2001 /CE44 المؤرخة في 22 /2000/12 الصادرة عن المجلس الأوروبي، المنسجمة مع اتفاقية بروكسل المؤرخة في 27/ 1968/09[2] والمتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في مجال العقود المدنية والتجارية، الخيار للمستهلك الأوروبي في رفع دعواه ضد المحترف أمام المحكمة التي يسكن فيه، أو امام محكمة البلد الذي يوجد فيه المحترف.

وقد حرصت قرارات التوجيه الأوروبي على حماية المستهلك الأوروبي باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وبهذا الصدد نقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2001/07/03 قرارا صادرا عن محكمة الاستئناف تيوفيل Thionville الصادر في 1998/10/08 قضى بعدم الاختصاص المحلي في دعوى رفعها مستهلك فرنسي ضد محترف يوجد المركز الرئيسي لشركته بلوكسابورغ Luxembourg مؤسسة قرارها على بنود اتفاقية بروكسل 1968، عندئذ يتحدد دائما مكان العقد بين المحترف والمستهلك بمكان هذا الأخير.[3]

كما أدخل تعديل على اتفاقية بروكسل بمقتضى القرار اللائحي رقم 2001/44 الصادر في 22 ديسمبر 2000 ليدخل حيز التنفيذ في أول مارس 2001، وذلك تبعا لسلسلة المحاولات التي تسعى إلى إزالة الصعوبات التي تعيق تطبيق قواعد الاختصاص القضائي على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ليتضمن تحديد مكان تنفيذ الالتزام فيما يخص عقود البيع والوكالة والتوزيع بالمكان الذي يتم فيه أو كان واجبا أن يتم فيه تسلم المبيع أو أداء الخدمات، مهما كان موضوع الالتزام محل الادعاء، أي أن يختص بنظر النزاع محاكم مكان التسلم أو أداء الخدمات ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، حيث إن القاعدة الخاصة بتحديد المحكمة المختصة تفترض أن طرفي العقد قد حدد مسبقا في العقد مكان التسليم أو أداء الخدمة[4]، وأن غياب الاتفاق بين الطرفين فإن مكان تنفيذ الالتزام يتحدد وفقا للقانون الواجب التطبيق على العقد.

واجهت نفس الإشكال ال وم أ في فض تعارض الاختصاص القضائي بين الولايات أين أكدت مؤسساتها التشريعية أن الاقتصاد الرقمي الجديد يستلزم تدخلا تشريعيا يهدف إلى وضع قواعد موحدة تمنع تفادي ما أمكن من مشكلات التنازع، حيث أفرزت القانون الموحد للمعلومات المتعلقة بصفقات الحاسوب، بعد إقرارها للقانون الموحد، الذي جرى اعتماده من قبل المؤتمر الوطني لمندوبي الولايات الموحدة في تموز 1999.

---

[1]- سمير خليفي، مرجع سابق، ص.114-115.

[2]- اتفاقية بروكسل المتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في مجال العقود المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوروبي في 27/ 1968/09 معدلة باتفاقية لوقانو Lugano السويسرية المؤرخة في 1988/09/16، يمينة حوحو، مرجع سابق، ص.111.

3- يمينة حوحو، تكوين عقد البيع الإلكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2012، ص.111.

[4]- David Martel، Le rôle des usages commerciaux internationaux dans la détermination du lieu de livraison des marchandises، la semaine juridique, 19 septembre 2011، N° 38، p.1661.

ولقد أقر هذا القانون مبدأ حرية الأطراف في اختيارهم القانون المطبق، باعتبار أن هذا القانون إحدى أهم وسائل حل منازعات التجارة الإلكترونية بسهولة، إذ إن حرية التعاقد واتفاق الأطراف على الاختصاص القضائي يساهم في توفير الثقة لدى الأطراف في حماية حقوقهم.

المطلب الثاني: على المستوى القضائي:

كما ذكرنا سابقا تثار عدة صعوبات لتحديد الجهة القضائية المختصة، وللحد من هذه الصعوبات وجدت عدة وسائل لحل المنازعات الإلكترونية، أطلق على تسميتها الوسائل البديلة، غير أن كثرة اللجوء إلى مثل هذه الوسائل أدت في كثير من الأحيان إلى تحويلها إلى وسائل أصلية لفض النزاعات، وهذا راجع إلى مزاياها في سرعة حسم النزاع والحفاظ على السرية، وخفض التكاليف، إضافة إلى مرونتها من حيث الإجراءات المتبعة وذلك تجنبا لعرض النزاع على المحاكم لما لذلك من تحمل للرسوم والتكاليف واستغراقا للوقت، ولقد نصت في هذا الشأن المادة 17 من التوجيه الأوربي رقم CE2000/31 الصادر في 2000/06/08 المتعلق بالتجارة الإلكترونية التي أوصت الدول الأعضاء على تشجيع وسائل وطرق حل النزاعات البديلة بعيدة عن الجهات القضائية الحكومية وباستخدام الوسائل الإلكترونية.

وسنركز في هذا الصدد على التحكيم الإلكتروني كعينة لمثل هذه الوسائل، وهذا باعتباره من أكثر الوسائل التي يتم اللجوء إليها لفض المنازعات الدائرة بين الأطراف المتعاقدة إلكترونيا.

إذ يلجأ الأطراف في حالة فشل المساعي الودية في حل النزاع، وكذلك تجنبا للخوض في المنازعات القضائية نظرا لصعوبة تطبيق الضوابط القضائية على المنازعة الإلكترونية، إلى وسيلة أخرى تمثل أهم طرق حل النزاعات المترتبة عن عقود التجارة الإلكترونية، وتتمثل في التحكيم الإلكتروني، الذي يمثل الوسيلة الأكثر إقبالا لطرح مثل هذه النزاعات.[1]

أولا: تعريف التحكيم: بأنه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين لتسويته خارج المحكمة المختصة[2]، وهو ما نصت عليه المادة 1011 من ق إ م وإ بقولها:" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم."، أو هو ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم، والمحتمل نشوؤها من خلال التحكيم، فلا يجوز لطرفي العقد التمسك به إلا باتفاق صريح بينهم على اللجوء إلى هذا الأسلوب.

وقد يكون بند التحكيم في صورة شرط في العقد، أو في صورة اتفاق لاحق وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم[3] على اللجوء بالمنازعة القائمة بينهم سواء الفرادى أم المؤسسي للفصل فيها، وهو الإجراء الذي يكون خارج المحكمة المختصة.[4]

ولقد نص التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 في المادة الأولى منه على أنه:" تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات."

ومن خلال هذه المادة قام التوجيه الأوروبي بتوجيه الدول الأعضاء بألا تضع في تشريعاتها الداخلية عقبات قانونية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات إلكترونيا بعيدا عن القضاء[5]، وتنص المادة 1006 من ق إ م وإ في شأن التحكيم على ما يلي:" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم... ".

---

[1] ـ سمير حليفي، مرجع سابق، ص 116-117.

[2] ـ نبيل زيد مقابلة، مرجع سابق، ص. 213.

[3] ـ تعتبر محكمة سنغافورة أول محكمة لتسوية الخلافات على الأنترنت في العالم، والتي افتتحت رسميا في 2000/09/17 متخصصة في تسوية الخلافات المتعلقة بالتجارة والأعمال الإلكترونية على شبكة الأنترنت الدولية، والتي تعتبر آلية جديدة لفض النزاعات دون اللجوء إلى المحاكم التقليدية. بينما يرى البعض الآخر أن أول مبادرة للتحكيم الإلكتروني كانت سنة 1995 عن طريق مركز التحكيم الافتراضي الذي أنشأ من قبل جامعة ما ماساشوساتش، خليفي سمير، تهميش رقم 2، مرجع سابق، ص.147.

[4] ـ سمير خليفي، المرجع السابق، ص.149.

[5] ـ نبيل زيد مقابلة، المرجع السابق، ص.218.

وللتحكيم الإلكتروني عدة مزايا نذكر منها:

1 -السرعة في حسم النزاع: إن الميزة الأساسية للوسائل البديلة لحل المنازعات هي الوصول إلى حل سريع يؤدي إلى عدم إصابة حركة التجارة والتبادل المعتاد بين الأطراف المشتركة في النشاط التجاري بشلل، فالسرعة في حسم النزاع أحد أهم المزايا التي يحققها اللجوء إلى التحكيم بديلا عن القضاء ذي الإجراءات الطويلة والمعقدة، وكثرة القيود الشكلية.[1]

وتبدو ميزة السرعة من خلال عدة جوانب منها إمكانية ملء استمارة إلكترونية دون الحاجة إلى الانتقال إلى مكان وجود المحكم، وكذلك القيام بإجراءات التحكيم على ما توفره الإنترنت من خدمة الاتصال السريع مع إمكانية تبادل المستندات عبر الإنترنت مباشرة وعقد جلسات التحكيم من خلال الإنترنت عبر برنامجي Messenger أو Téléconférence مثلا.

2-**الرغبة في عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة ومحل ثقة:** وهذا يعني اختيار خبرات فنية في هذا المجال ومحكمين على درجة عالية من الكفاءة والتخصص في موضوع النزاع أو ما يعبر عنه بالكفاية المهنية بما يجنب النزاع مشاكل القضاء من عدم تخصص في شتى المنازعات.[2]

3-**التقليل من النفقات (التكلفة):** إذ يساهم التحكيم الإلكتروني في خفض التكاليف المرتبطة بعملية التحكيم، إذ لا يحتاج المحتكمون والمحكمون والشهود إلى التنقل من دولة إلى أخرى، ما يوفر مصاريف كرسوم المحاكم والخبرة، وهذا ما يتناسب مع حجم العقود الدولية الإلكترونية، فأغلب المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت هي عقود ذات قيمة مالية بسيطة لا تلائم حل منازعاتها باللجوء إلى القضاء لحسمه أو إلى التحكيم التقليدي، لأن نفقات التحكيم أو القضاء ستفوق قيمة النزاع.

4-تجاوز مشكلة الاختصاص القضائي وتنازع القوانين: يعد اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني حلا مناسبا من أجل تجاوز مشكلة التنازع القانوني القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، لقيامه على الإرادة الحرة للمتنازعين في اختيار المحكم الكفء تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، حيث كثيرا ما لا يعترف القانون المختار أو القضاء بالعقود الإلكترونية لانعدام المحرر الكتابي مما يؤول إلى هدر حقوق المتنازعين.[3]

5-**سهولة الحصول على الحكم** بسبب تقديم المستندات عبر البريد الإلكتروني، أو من خلال الواجهة الخاصة التي صممت من قبل المحكم أو مركز التحكيم الإلكتروني لتقديم البيانات والحصول على الأحكام الموقعة من المحكمين.

6-**الحياد:** حيث إن هيئة التحكيم لا ترتبط بجنسية أحد الأطراف وفي هذا ضمان عدم التحيز.

7-**الشفافية:** حيث يمكن للأطراف الاطلاع على جميع المستندات والمعلومات التي يقدمها الطرف الآخر في ذات اللحظة.[4]

ـ سلبيات التحكيم الإلكتروني: غير أنه ورغم ما يتميز به التحكيم الإلكتروني من مزايا لا يخلو في المقابل من بعض السلبيات:

1-**إذ يتعذر على التحكيم الإلكتروني** في كثير من الأحيان استيفاء الشكليات والشروط التي تتطلبها التشريعات الوطنية والدولية، التي وضعت أصلا لحكم المعاملات التجارية التقليدية المادية ذات الطابع الملموس، هذا ما يحول في كثير من الحالات إلى عدم فعالية التحكيم الإلكتروني لتعذر توفر الشكليات التقليدية التي تضفي عليه الشرعية والاعتراف بحكم التحكيم الإلكتروني.[5]

2-**كما تواجه صفحة الإنترنت التي تحوي على معلومات الأطراف** ومستندات النزاع في كل لحظة خطر الاختراق وذلك

---

[1]ـ كريم بوديسة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية مذكرة ماجستير، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص.20.

[2]-حساين سامية، التحكيم الإلكتروني عصرنة وفعالية، الملتقى الوطني حول التحكيم التجاري الدولي، 08 و09 ماي 2013، ص.07.

[3]ـ كريم بوديسة، مرجع سابق، ص. 07.

[4]- حساين سامية، المرجع السابق، ص.08.

[5]ـ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص ص.245-255.

من طرف من اصطلح على تسميتهم القراصنة (Hackers) أو المخربين (Crackers) وهم أشخاص يجوبون الإنترنت ويعترضون المعلومات السرية وأرقام بطاقات الائتمان، التي قد تكون من المعلومات الخاصة بنزاع معروض على التحكيم الإلكتروني، فإمكانية اختراقها تشكل تهديدا لسرية التحكيم والأسرار التجارية لأطراف النزاع.[1]

3-عدم ملاءمة التشريعات الداخلية للتحكيم الإلكتروني: إن عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية يعد من بين الأسباب التي تؤدي بالمحكمين إلى الفرار من التحكيم الإلكتروني، فالقوانين المنظمة للتحكيم كأسلوب لفض المنازعات تشترط في جوهرها شكلية معينة لإبرام اتفاق التحكيم وشكلية معينة لإصدار قرار التحكيم، وشروط أخرى لتنفيذ حكم التحكيم.

4-**مسألة مكان وقوع التحكيم:** إذ تعتبر شبكة الإنترنت فضاء مفتوحا عالميا ذا إقليم خاص لا يتعلق بالحدود الجغرافية، مما يصعب معه توطين العلاقات القانونية التي تجري في إطارها ضمن اختصاص مكاني محدد الجهات، فلم يعد هناك مفهوم للعقد الدولي أو الداخلي في فضاء الإنترنت، وهو ما أثار مشكلة تتعلق باختصاص المحكمة في نظر النزاع، وتحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك في حال نشوب نزاع بين طرفي العقد التجاري الإلكتروني إلا أن الحل حتما ليس هو في التحكيم الإلكتروني.

5-**إثارة بعض العقبات الإجرائية والموضوعية:** لاسيما تلك المتعلقة بالحق في الدفاع وحق المرافعة الشفهية وتوافر مبدإ المواجهة وفروق التوقيت مع الطرف الآخر والتفاوت في تكنولوجيا الاتصالات بين الدول.

6-**كثرة معوقات التحكيم الإلكتروني:** إن الواقع الذي يجب أن ننطلق منه هو أن التحكيم الإلكتروني ليس له مكان حقيقي بل نظري، فالمكان يحدد مجازا أو افتراضيا ولا يلتقي فيه الأطراف ولا المحكمون، بل يتم ذلك على الخط عبر شبكات الاتصال الإلكتروني.

وهي حقيقة تضع التحكيم الإلكتروني أمام عدة معوقات سواء تلك المصاحبة لاتفاقات التحكيم من حيث الالتزام والموثوقية ومكان التحكيم أم تلك المعوقات ذات الصلة بقرارات التحكيم من حيث المتطلبات الرسمية والطبيعة الإلزامية والسياسة العامة لنفاذ التحكيم، وهي كلها حقائق تحول دون اللجوء الفعلي للتحكيم الإلكتروني.

وعليه فرغم فعالية التحكيم الإلكتروني إلا أن طرق الحسم الإلكتروني للمنازعات بصفة عامة والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة تواجه عدة مشاكل ترجع أساسا إلى النظم القانونية المنظمة لإجراءات التحكيم.[2]

ثانيا-الشروط المتطلبة في المحكم: يجب ان تتوافر في المحكم بعض الشروط وهي:

1-الاستقلالية: فالمحكم سواء كان فردا أم هيئة يلزم أن يتمتع بالاستقلالية عن أطراف النزاع، مما يجعله ينظر بأمانة وموضوعية في طلب النزاع المطروح فلا يجوز أن يكون المحكم ذا صلة بأحد أطراف النزاع حتى لا يؤثر ذلك في استقلاليته.

2-النزاهة: وهو ما يمكن المحكم من الوقوف على الحق ومناصفة الأطراف، كما تجبر المحكم على الالتزام بمعايير الأمانة والمصداقية والشفافية في إصدار الحكم، والتعامل مع الأطراف المتنازعة بكل موضوعية.

3 -المساواة في المعاملة: على المحكم إتاحة الفرصة لكل من أطراف الخصومة بعرض وجهة نظرهم وتمكين كل طرف من مواجهة خصمه بما لدى كل طرف من وجهات النظر.[3]

ثالثا -إجراءات التحكيم الإلكتروني:

يعتمد في التحكيم الإلكتروني على نفس الإجراءات المعتمدة في التحكيم التقليدي، ويضاف أحيانا إليها اتفاق الأطراف على قواعد

[1]- كريم بوديسة، مرجع سابق، ص.24.

[2]- حساين سامية، مرجع سابق، ص. 10

[3]- سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 154.

إضافية خاصة بالتحكيم الإلكتروني، ومن أهم طريقة التواصل بين المحكمين.[1] فتتم العملية بواسطة الإنترنت.

ومن هذه الإجراءات نذكر:

أ -تقديم طلب التحكيم: ويتم ذلك بتقديم أحد الأطراف أو كليهما بطلب اللجوء إلى التحكيم أمام مركز التحكيم الإلكتروني، عبر إرسال رسالة إلكترونية بالبريد الإلكتروني أو عن طريق كتابة النموذج المبين على الإنترنت المعد مسبقا من قبل المركز أو الجهة المعنية بالتحكيم مبينا فيه طبيعة النزاع القائم، وما يقترحه من حلول مناسبة لهذا الخلاف.

ولابد أن تتضمن وثيقة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين، وغالبا ما تشترط مراكز التحكيم تضمين طلب التحكيم البيانات الشخصية والموضوعية منها أسماء الأطراف المتنازعة وطبيعة أعمالهم وعناوينهم الإلكترونية، وصف لطبيعة النزاع وظروفه، الغرض من الطلب وطبيعة التسوية المطلوبة، قائمة أدلة الإثبات، نص أو بند التحكيم أو مشارطة التحكيم أو أي دليل يفيد ذلك.

ب-القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني: تمنح حرية كاملة للأطراف في اختيار القواعد التي تنظم إجراءات المنازعة، وذلك بوضع هذه القواعد في اتفاق التحكيم أو بالإحالة لقانون معين لتنظيم هذه الإجراءات وخصوصيات العالم الافتراضي تفرض على الأطراف الخضوع لإجراءات التحكيم الإلكتروني.

وللأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أيضا، كما يمكن للمحكم القيام بهذا الاختيار في حالة غياب اتفاق الأطراف شرط ألا يتعارض ذلك مع قواعد النظام العام[2]، وهذا استنادا إلى نص المادة 1006 الفقرة الثانية منها التي تنص:"... لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم..."

ج -إخطار أطراف التحكيم بموعد التحكيم: يقوم المركز بعد إخطار المدعى عليه في التحكيم من طرف أمانة المركز، وقبوله التحكيم الإلكتروني بإدراج القضية ضمن جدول أعماله، ويقوم المركز بالاتصال بالأطراف بواسطة البريد الإلكتروني لمتابعة الإجراءات، وذلك وفق فترات زمنية معينة، ومن ثم يتم أداء الرسوم الإدارية المحددة التي تختلف من مركز تحكيم لآخر، ومن ثمة إخطار الأطراف المتعاقدة بأول جلسة للاستماع والمناقشة وتبادل الوثائق والطلبات.[3]

د -تعيين المحكم: يحق للأطراف تعيين المحكمين سواء بالنص على تعينهم في اتفاق التحكيم مباشرة، أم بالإشارة إلى نظام تحكيم مؤسسي كنظام المحاكم الافتراضية، لكن يبقى أن الاتفاق على تحكيم نظامي تقيد الأطراف في اختيار المحكم.

فنظام المحكمة الافتراضية هو أن تختار أمانة المحكمة المحكم أو المحكمين.[4] وهذا ما نصت عليه المادة 1041 من ق إ م وإ التي تنص:" يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم، في غياب التعيين، وفي صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

1-رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2-رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."

رابعا-كيفية انعقاد جلسة التحكيم عبر الإنترنت:

تنظيم جلسات الاستماع إلكترونيا هو أمر ممكن من الناحية الفنية حيث إن تقنية (internet Relay chat) وغيرها من تقنيات البث الحي للصوت والصورة المتوفرة على شبكة الإنترنت، تتيح لهيئة وأطراف التحكيم الإلكتروني إمكانية إنشاء بيئة تفاعلية على الشبكة لدعواهم التحكيمية، بحيث

[1] ـ ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر شبكة الأنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، تيزي وزو، جامعة مولود معمري، 2006. ص. 484.

[2] ـ سمير خليفي، مرجع سابق، ص.158.

[3] ـ سمير خليفي، مرجع سابق، ص.159.

[4] ـ سمير خليفي، المرجع السابق، ص. 159.

يستطيعون من خلالها سير جلسات الدعوى وتقديم البيانات ومناقشتها وإصدار القرارات من خلالها مشاهدة حية لبعضهم البعض مثل الدعوى التحكمية التقليدية، ولكن دون الحضور المادي للأطراف في مكان واحد.

ويوجد أيضا ما يسمى بتقنية المحاضرة المرئية (la télé conforme) وهي وسيلة تشبه الجلسة التي يكون الأطراف حاضرين شخصيا ويتم النقل بطريقة سمعية أو فوتوغرافية أو بصرية وبصورة آنية وذلك عن طريق الحاسوب.[1]

وتبدأ جلسة التحكيم بتقديم أحد الأطراف أو كليهما طلب اللجوء للتحكيم أمام مركز التحكيم الإلكتروني، عبر إرسال رسالة إلكترونية بالبريد الإلكتروني، أو عن طريق نموذج على موقع المركز الإلكتروني، وبعد تلقي المركز طلب اللجوء للتحكيم يدعو الأطراف إلى تحديد موعد الجلسة، ويفتح ملفا للقضية على موقع خاص بها، ولا يسمح بالدخول إليه إلا باستخدام المفتاح السري الذي يرسل لهم ولأعضاء هيئة التحكيم، ويتطلب إعداد هذا الطلب عناية خاصة، وهذا لأن تعديله يخضع للسلطة التقديرية للمحكم.

وعليه يتضح مما سبق أن التحكيم الإلكتروني أصبح حاليا معمول به في التجارة الإلكترونية كآلية لفض المنازعات، وذلك تفاديا للصعوبات المعروفة في تحديد المحكمة المختصة وتعيين القانون الواجب التطبيق، بالإضافة إلى سرعته وملاءمته مع التطور الحادث في التجارة الإلكترونية مما يساعد في عملية التبادل الدولي.

خاتمة:

وفي خاتمة هذا الموضوع يمكن القول إن إعمال قواعد القانون الدولي الخاص ـ كما رأينا ـ سيحول بلا شك دون نهوض التجارة الإلكترونية وذلك لما تضمنته قواعد القانون الدولي الخاص من قيود وعقبات من أجل الفصل في مسألة تحديد الاختصاص القضائي، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق، ونظرا لخصوصية التجارة الإلكترونية والمسائل المتعلقة بها في هذين المجالين (تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق)، فلا يصلح إخضاع التصرفات والعقود الإلكترونية للقواعد التقليدية.

وتفاديا لكل هذه الصعوبات تم اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات الناجمة عن التعاقد الإلكتروني، وذلك نظرا لما يتميز به من خصوصية السرعة التي تتلاءم مع مقتضيات التجارة الإلكترونية، غير أن هذا الحل كذلك لا يخلو من العيوب والصعوبات وهذا راجع إلى خصوصية التجارة الإلكترونية.

ولذ يجب البحث عن وسائل ملائمة تتلاءم وطبيعة التجارة الإلكترونية لتتجاوز مسألتي تنازع القوانين وتحديد الاختصاص القضائي لذلك أفضل طريقة لتحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية هو إسناد هذا الأمر لإرادة المتعاقدين وترك لهم الحرية في اختيار القانون الواجب الأنسب للتطبيق على عقدهم سواء صراحة أم ضمنا، والابتعاد على الغش والتحايل في تعيين القانون الواجب التطبيق، وكذا الحرص على عدم المساس بمسألة النظام العام والآداب العامة.

ونفس الشيء بالنسبة لتحديد المحكمة المختصة، فتحديد هذه الأخيرة يرجع بالدرجة الأولى لاتفاق الأطراف المتنازعة، ولكي يثبت الاختصاص في محكمة المدعى عليه أن يقوم بإبرام بعض الصفقات أو يقوم ببعض التصرفات في نطاقه المكاني.

[1]ـ كريم بوديسة، مرجع السابق، ص. 139.