في التحكيم الإلكتروني: القانون واجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية

د/ موكه عبد الكريم
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة جيجل
moukakarim@gmail.com

ملخص:

تعتبر العقود الالكترونية المبرمة في إطار شبكة الانترنيت عقودا ذات طبيعة خاصة غير مرتبطة بالحيز المكاني، مما يثير صعوبة تطبيق قواعد التنازع من حيث المكان لتحديد القانون واجب التطبيق عليها، بالتالي نكون أمام إشكالية التنافي الموجود بين قواعد التنازع الخاصة بالقانون الدولي الخاص ومنازعات عقود التجارة الالكترونية الدولية. بالتالي استوجب على المحكم البحث عن أساس تطبيق القانون المختص في منازعات عقود التجارة الالكترونية عند عرضها على منصة التحكيم الالكتروني.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، القانون واجب التطبيق، عقود التجارة الالكترونية.

Abstract

The distance and the immateriality of the Internet is a huge legal issue for determining the law applicable to international electronics contract. Again, this is to define the modalities of choosing the law applicable to international electronics contract by the international referee in the exercise of its functions.

Key words: law applicable, international electronics contract.

مقدمة

نظرًا إلى خصوصية وطبيعة العقود الالكترونية التي تبرم في إطار شبكة الانترنيت تعتبر عقودا غير مرتبطة بالحيز المكاني، مما تثير صعوبة تطبيق قواعد التنازع من حيث المكان لتحديد القانون واجب التطبيق، بالتالي نكون أمام إشكالية التنافي الموجود بين قواعد التنازع الخاصة بالقانون الدولي الخاص ومنازعات عقود التجارة الالكترونية الدولية. بالتالي تم اللجوء إلى استحداث عصري للفصل في هذا النوع من

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المنازعات من خلال اللجوء إلى التحكيم الالكتروني الذي يسمح للأطراف إلى استخدام التقنيات الالكترونية دون الحاجة إلى الانتقال أو التواجد في مكان التحكيم من التعامل عن طريق مستندات الكترونية يتم تبادلها إضافة إلى استخدام وسائل السمعي البصري المتطورة في عقد جلسات التحكيم، بالتالي المحكم يعتمد على القانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو ضمنا في اتفاق التحكيم، غير انه في حالة غياب اتفاق صريح أو ضمني فللمحكم أن يجتهد في حدود اتفاق التحكيم وذلك في تطبيق قواعد أو أعراف ذات صلة بمعاملات التجارة الالكترونية.

يعتبر التطور الحاصل في مجال المعلوماتية والتحول الجذري في تقنيات الاتصال ونقل المعلوماتية من بين أهم الدوافع التي ساهمت في ظهور علاقات قانونية جديدة بعيدة عن العلاقات الكلاسيكية الخاضعة لقواعد القانون الروماني القديم، إذ عملت التشريعات المقارنة على إيجاد منظومة قانونية تتطابق والتطور الحاصل خاصة في العلاقات المالية الخاصة، إذ ساهمت هذه التقنيات في استبدال الوسائل القانونية التقليدية بإتمام المعاملات المالية والتجارية بوسائل الاتصال الالكترونية، لهذا ظهر إلى الوجود المجال القانوني الخاص بالتجارة الالكترونية، هذه الأخيرة فرضت نفسها بقوة خاصة بالنظر إلى الدور الذي تساهم به في مجال تطوير المعاملات وتسهيلها، كما أنها وسيلة لعولمة المشروعات الإنتاجية والتجارية[1].

نظرًا للطبيعة الخاصة والخصوصيات التي تتميز بها معاملات التجارة الالكترونية خاصة ما يتعلق بأطراف العلاقة القانونية، إذ غالبا ما تبرم العلاقات بين أطراف متباعدة من حيث المسافة واختلاف الأنظمة القانونية التي ينتمون إليها (النظام اللاتيني أو الانجلوساكسوني أو...)، ومن الطبيعي أن يثير هذا التباعد والاختلاف في الانتماء القانوني منازعات قانونية تحتاج إلى إخضاعها إلى هيئات قضائية أو هيئات متخصصة للفصل فيها. ومن بين الآليات التي أوجدتها التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية آلية التحكيم الالكتروني، وما دامت العقود الالكترونية في غالبيتها عقودا دولية فإنها ستثير لمحال إشكالية القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع[2].

غير انه وبالنظر إلى طبيعة العقود الالكترونية التي تبرم في إطار شبكة الانترنيت تعتبر عقودا غير مرتبطة بالحيز المكاني، مما يثير صعوبة تطبيق قواعد التنازع من

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث المكان لتحديد القانون واجب التطبيق، بالتالي نكون أمام إشكالية التنافي الموجود بين قواعد التنازع الخاصة بالقانون الدولي الخاص ومنازعات عقود التجارة الالكترونية الدولية. بالتالي تم اللجوء إلى استحداث عصري للفصل في هذا النوع من المنازعات من خلال اللجوء إلى التحكيم الالكتروني الذي يسمح للأطراف إلى استخدام التقنيات الالكترونية دون الحاجة إلى الانتقال أو التواجد في مكان التحكيم من التعامل عن طريق مستندات الكترونية يتم تبادلها إضافة إلى استخدام وسائل السمعي البصري المتطورة في عقد جلسات التحكيم[3].

انطلاقاً من اعتبار اتفاقية التحكيم عقد بحد ذاتها تستند إلى قانون معين يجب على الأطراف احترامه إضافة إلى وجوب المحكم التقيد به، غير انه في بعض الحالات قد يتناسى الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني بالتالي يستوجب على المحكم البحث على القانون المختص أثناء قيامه بمهمته التحكيمية، على الأساس فان الإشكالية الأساسية التي تتناولها هذه الورقة البحثية تتمحور حول القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية الالكترونية الناتجة عن عقد تجاري الكتروني؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه استوجب التطرق إلى العناصر الموضوعية وفقا للتسلسل الآتي:

أولا: تطبيق المحكم لقانون الإرادة في الخصومة التحكيمية الالكترونية

ثانيا: إجتهاد المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية الالكترونية

أولا: تطبيق المحكم لقانون الإرادة

نظرا لدور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، لا تزال غالبية التشريعات والنظم القانونية تحترم إرادة الأطراف فيما يتعلق باختيارها القواعد التي تحكم موضوع النزاع، ويمكن لإرادة الأطراف تحديد القواعد التي ستطبق على موضوع النزاع مباشرة أو قد تحيل إلى قواد التنازع لدولة معينة يتم على ضوئها تحديد تلك القواعد، ومن ثم فان إرادة الأطراف قد تختار قواعد وطنية لحكم النزاع وقد تختار قواعد التجارة الدولية ذات الصلة بالتجارة الالكترونية، وفي بعض الحالات فالأطراف

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يخولون الهيئة التحكيمية سلطة تحديد القانون الأنسب والملائم لحكم موضوع النزاع[4].

1- تكريس التشريعات المقارنة والمواثيق الدولية لقانون الإرادة

يتم التطرق في هذه النقطة إلى مواقف القوانين المقارنة والمواثيق الدولية حول تطبيقات قانون الإرادة في مجال التحكيم الالكتروني.

أ- في القوانين المقارنة

لقد أعطت غالبية القوانين المقارنة في مجال التحكيم للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في إطار أوسع ممّا هو عليه الوضع في حالة عرض النزاع على القضاء الوطني، باعتبار قضاء التحكيم هو القضاء الأصيل لمنازعات التجارة الدولية[5]، فيجد مبدأ سلطان الإرادة مجال تطبيقه بصفة أكثر تحررًا، كون المحكم لا يتقيّد بالاعتبارات الوطنية التي يمكن أن يخضع لها القاضي.

في إطار تكريس حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وسع المشرع الفرنسي من نطاق اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، الذي يتعدى القواعد الوطنية ليشمل القواعد الموضوعية Les règles de droit، وهذا ما نصت عليه المادة 1496 قانون الإجراءات المدنية الفرنسي:

«L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisie ; à défaut d'un tel choix, conformément à celle qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce»[6].

مثل هذه الإمكانية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أخذ بها المشرع المصري في المادة 39 من قانون التحكيم التجاري، والتي تنص على أنّ: «تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك».

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري الذي ساير التشريعات الحديثة من حيث إعطاء الأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حسب المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي: « تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي حالة غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقاً لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة ».

فمن خلال هذا النص يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري كرّس حرية الاختيار وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا التوجه قد تم تكريسه في ظل قانون المرسوم التشريعي 09/93 المعدل لأحكام قانون الإجراءات المدنية خاصة المادة 458 مكرر14[7].

ب- في المواثيق الدولية

نصّت المادة 21 من لائحة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية على مبدأ سلطان الإرادة كما يلي: « للأطراف حرية اختيار القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النزاع »[8]. كما نصّت المادة 1/33 من قواعد لجنة قانون التجارة الدولية "اليونيسترال" على أنّ: « تطبق محكمة التحكيم القانون الذي يختاره الطرفان على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد هذا القانون، تطبق المحكمة القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد الواجبة التطبيق ».

أمّا في إطار الاتفاقيات الدولية فهو ما أشارت إليه الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، حيث نصت في المادة السابعة بأنّ للأطراف حريّة تحديد القانون الذي يتعيّن على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع[9]. ويمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو القانون الوطني الداخلي لإحدى الدول[10]، كما يمكن للمحكم أن يفصل في النزاع وفقا لقواعد التجارة الدولية.

2- تكريس قانون الإرادة في الخصومة التحكيمية الالكترونية

يعتبر تكريس قانون الإرادة في التحكيم الالكتروني من بين النقاط التي تثير إشكالا حول قبول الفكرة أو رفضها بعد استحداث مراكز التحكيم الافتراضي نظرا للصعوبات التي تعتري تطبيقاته العملية.

أ- تكريس قانون الإرادة في مراكز التحكيم الافتراضي

أن الحديث عن قانون الإرادة في الخصومة التحكيمية يدفعنا إلى البحث في الأنظمة الخاصة التي وضعتها مراكز التحكيم الافتراضي التي ميزت بين الجانب الإجرائي والجانب الموضوعي للخصومة التحكيمية، في هذا الصدد قررت المادة 14

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

من نظام المحكمة التحكيمية الافتراضية (cyber tribunal) خضوع إجراءات التحكيم إلى القانون الذي ينص عليه نظام المحكمة التحكيمية مع مراعاة القواعد ذات الصلة بالنظام العام، بينما نصت المادة 15/ف1 منها على حرية الأطراف اختيار القانون الذي يطبقه المحكم على المنازعة أثناء فصله فيها، وهذا الأخير ما هو إلا تكريس لمبدأ سلطان الإرادة[11].

ب- رفض قانون الإرادة في الخصومة التحكيمية

عكس ما اقره نظام المحكمة التحكيمية الافتراضية، فان بعض المراكز المتخصصة في مجال التحكيم الالكتروني استبعدت بصريح العبارة إمكانية اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق على الخصومة التحكيمية، ونستدل في هذا المقام بنظام التحكيم الالكتروني الكندي الخاص بمنازعات استغلال المواقع الالكترونية، إذ تمنح للمحكم سلطة وإمكانية البحث عن القواعد القانونية الملائمة لطبيعة المنازعة أخذًا بعين الاعتبار طبيعة المعاملات التجارية الالكترونية[12].

ج- صعوبات تطبيق قانون الإرادة في التحكيم الالكتروني

على عكس تطبيق قانون الإرادة في التحكيم التقليدي، فان في مجال التحكيم الالكتروني يثير العديد من الصعوبات خاصة عندما يلجأ الأطراف إلى اختيار قانون دولة بعيدة كل البعد عن التنظيم الالكتروني أو أنها لا تحتوي على منظمة قانونية خاصة بالمعاملات الالكترونية[13]، مع العلم أن غالبية الدول لا تتوافر على ذلك كما أن نظام التحكيم الالكتروني يعتبر نظاما مستحدثا وجديد مما يثير صعوبة سير الخصومة التحكيمية وتطبيق قانون الإرادة[14].

بالإضافة إلى صعوبة إثبات النية الحقيقة والجادة في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، كما انه يصعب الإثبات في الحالة الأخيرة، كما انه قد يسعى الأطراف المتعاقدة إلى التحايل على القانون الوطني من خلال افتعال ضابط الإرادة تهربا من تطبيق القانون الوطني[15]، أو اللجوء إلى اختيار قانون أكثر تحررا بالنسبة للشروط الخاصة بصحة التعاقد الالكتروني[16]،

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: إجتهاد المحكم في البحث عن القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية الالكترونية

يجد المحكم إشكالات قانونية كبيرة في حالة إغفال أطراف العقد للقانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية الالكترونية، إذ يجب على المحكم الفصل في المنازعة من جهة والبحث على القانون واجب التطبيق من جهة أخرى، عكس ذلك ما هو مكرس في التحكيم التقليدي المحكم له سلطة واسعة في حدود اتفاق التحكيم من خلال البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف أو تطبيق قانون مكان إبرام أو تنفيذ العقد أو قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون مكان التحكيم أو قانون دولة إذا كانت الدولة طرفا في العقد، هذه كلها قرائن يمكن أن يعتمد عليه المحكم لتحديد القانون واجب التطبيق، وقد يجتهد أكثر من اجل تطبيق قواعد التجارة الدولية[17]. وهو أمر صعب التطبيق في مجال التحكيم الالكتروني نظرا لحداثته والتعقيدات التي يتميز بها هذا النمط.

1- خصوصية التحكيم الالكتروني وتعقيدات عقود التجارة الالكترونية؟: صعوبة البحث عن القانون واجب التطبيق

إن اللجوء للتحكيم الالكتروني يكون بصفة خاصة للنزاعات الناشئة عن العقود الالكترونية، وهي منازعات يصعب إسقاط عليها النموذج التقليدي الخاص بالتحكيم على اعتبار أن خصوصية المعاملات الالكترونية تخرج عن الحيز المكاني وتنعدم فيها الروابط المكانية[18]، وهذا ما يطرح للمحكم الالكتروني صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية الالكترونية.

أ- موقف الفقه في الموضوع

إن فقه التحكيم الالكتروني يرون بضرورة منح المحكم إمكانية البحث عن القانون الواجب التطبيق في حالة إغفال الأطراف ذكر ذلك في عقد التحكيم، كما ينادي الفقه إلى وجود قواعد عرفية ذات علاقة وطيدة بموضوع المعاملات الالكترونية، إضافة إلى وجود قواعد موضوعية خاصة بالتجارة الالكترونية والتي اصطلح عليها بتسمية قواعد وأعراف التجارة الالكترونية Lex Electronica.

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- الحلول الفقهية للقانون الواجب التطبيق على الخصومة التحكيمية

أراد بعض الفقه (أبرزهم الفقيه Caprioli Eric) إضفاء نوع من التركيز المكاني للمعاملة التجارة الالكترونية من اجل ربط ذلك بقانون مقر التحكيم وذلك من خلال إيجاد حل لمقر التحكيم بالتالي تطبيق قانون المقر[19].

- تطبيق قانون مكان مقدم الخدمة: يرى فقه التحكيم الالكتروني انه في حالة إغفال الأطراف تحديد القانون واجب التطبيق استوجب اللجوء إلى قانون الدولة التي يوجد فيها مقدم الخدمة (Serveur)، إذ يمكن أن تكون محكمة التحكيم الالكترونية متمركزة في المكان الذي تمنح منه الخدمة، انتقد هذا الموقف نظرا لصعوبة التركيز المكاني خاصة إذا كانت الخدمة تقدم من شركات عديدة ومختلفة بالتالي أي قانون دولة يطبق في هذه الحالة[20] ؟.
- تطبيق قانون مكان تمركز المحكم: هذا الحل يتمحور على البحث عن قانون مكان إجراء التحكيم الالكتروني، وهو المكان الذي يوجد فيه المحكم، انتقد هذا الحل نظرا لعدم صحته خاصة في حالة تعدد المحكمين، كما انه هل قانون جنسيته أو قانون مكان إقامته العادية أو قانون مكان إجرائه للتحكيم الالكتروني؟.
- أوجد نظام التحكيم والوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI خاصة في مادته 33 حلا منطقيا، إذ تمنح للمركز سلطة تحديد مقر التحكيم بالإضافة إلى تحديد القانون واجب التطبيق على الخصومة التحكيمية في حالة إغفال الأطراف تحديد قانون الإرادة.

2- تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية ذات الصلة بالتحكيم الالكتروني

إن خصوصية وتعقيدات المعاملات الالكترونية وكذا التحكيم الالكتروني دفع ببعض الفقه إلى المطالبة بتطبيق القواعد الموضوعية المنبثقة عن معاملات التجارة الالكترونية والتحكيم الالكتروني والتي يصطلح بتسميتها Lex Electronica.

أ- مضمون القواعد الموضوعية الالكترونية

يعرفها الأستاذ المنزلاوي بأنها، "مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا وخاصا للروابط القانونية التي تتم عبر الانترنيت تمييزا لها عن القواعد المادية المنظمة للتجارة

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الدولية وكذا القواعد المادية الوطنية التي تحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة[21]".

إن الحديث عن وجود قواعد موضوعية خاصة بمعاملات التجارة الالكترونية أمر مهم جدا على اعتبار أن ذلك يمنح للمحكم الالكتروني إمكانية تطبيقها في حالة غياب قانون الإرادة. إلا أن السؤال المطروح في هذه الحالة يدور عن مصدر القواعد الموضوعية؟.

ب- مصدر القواعد الموضوعية الالكترونية.

يرى أصحاب المجتمع الافتراضي وفقهاء المعاملات التجارية الالكترونية إضافة إلى فقهاء التحكيم الالكتروني أن القواعد الموضوعية الالكترونية تجد مصدرها في:

- **الاتفاقيات والتوصيات الدولية**: ونذكر على سبيل الاستدلال في هذا المقام اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية الصادرة عام 2005، إضافة إلى تعليمات وتوجيهات الاتحاد الأوروبي التي حثت على تطوير القواعد القانونية بما يضمن ملاءمة معطيات التجارة الالكترونية، وفي ذلك أصدرت التعليمة الخاصة بالتوقيع الالكتروني وكذلك التعليمة الخاصة بالتجارة الالكترونية[22].
- **العرف الناتج عن الممارسات التحكيمية الالكترونية ومعاملات التجارة الالكترونية**: إضافة العقود النموذجية التي تضعها بعض المؤسسات المتخصصة. اذ تعتبر الممارسات التعاقدية من أهم المصادر التي تساعد على إرساء قواعد موضوعية التي ترتكز عليها المعاملات الالكترونية، كما أن للعرف السائد في المجال المذكور دورا مهما في إنشاء القواعد الموضوعية التي يجب أن تواكب السرعة والتطور الذي يعرفه هذا المجال.
- **نماذج العقود التي تضعها بعض المؤسسات المتخصصة**: في هذه النقطة نؤكد على بروز عقود نموذجية الكترونية خاصة تلك المتعلقة بتبادل المستندات الآلية EDI، ولقد كرست بعض الدول هذه النماذج مثل الاتفاق النموذجي الذي وضعته لجنة الاتحاد الاوروبي عام 1994 الخاص بتبادل المعطيات المعلوماتية، والعقد النموذجي للتجارة الالكترونية الذي أعدته غرفة التجارة والصناعة بباريس 1998 الذي تم تعديله

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وتحديثه في 2008، إذ أكد هذا النموذج على نقطة القانون الواجب التطبيق إضافة إلى الاحتياطات الواجب اتخاذها عند إبرام هذا النوع من العقود.

خاتمة

إن الحديث عن القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية التي تعرض نزاعاتها على المحاكم التحكيمية الالكترونية من المواضيع الشائكة، نظرا لحداثة هذا الموضوع وغياب منظومة قانونية محددة خاصة في بعض الدول التي ترفض الخوض في التجربة الالكترونية للمعاملات (الجزائر نموذجا، لا تزال الجزائر من الدول البعيدة عن مجال المعاملات الالكترونية التشريعات الخاصة بهذا النوع من المعاملات).

إلا انه من الناحية العملية يبقى مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي تسهل من مهمة المحكم في الخصومة التحكيمية الالكترونية، كما انه حتى يتم تسهيل مهمته استوجب على الأطراف في عقد التحكيم أو مشارطة التحكيم منح هامش من الحرية للمحكم من أجل البحث عن القانون الأنسب لحكم منازعتهم وذلك بالبحث في أعراف التجارة الالكترونية أو التحكيم الالكتروني، وهذه الأخيرة يوصي غالبية الفقه إلى تطبيقها، إذ يعتبر أعراف التجارة الالكترونية بمثابة القواعد الموضوعية ذات الصلة المباشرة بالمعاملات الالكترونية إضافة إلى الاتفاقيات الدولية المبرمة في المجال وأحكام التحكيم.

لهذا استوجب على المشرع الجزائري مواكبة الدول المتقدمة خاصة في مجال التشريع في مجال التجارة الالكترونية، حتى يتم تكريس الثقافة الالكترونية بما قد يؤدي إلى تكريس ثقافة التحكيم الالكتروني وضمانة حماية الأطراف المتنازعة في مجال التجارة الالكترونية.

الهوامش:

(1)- DRAETTA Ugo, Internet et commerce électronique en Droit international des affaires,, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 17-18

(2)- SCHULTZ Thomas, «Online dispute résolution (ODR): résolution des litiges et ius nemericum», RIEJ, n° 48, 2002, p. 204.

(3)- أنشئت المحكمة الإلكترونية في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996 تحت رعاية مركز أبحاث القانون العام . ويقدم هذا المشروع خدمات التحكيم الإلكتروني بإستخدام تطبيقات البرمجيات وتقنيات التشفير التي حققت الأمان والسرية في تنفيذ الإجراءات، مستوحية

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القواعد الإجرائية من نظام التحكيم التجاري الدولي مثل لجنة الأونسترال وغرفة التجارة الدولية, وتعديلها بما يتناسب مع ما تقتضيه طبيعة القنوات الإلكترونية، ومراعاة الشفافية وسهولة الإستخدام. تهدف المحكمة الإلكترونية إلى وضع نظام أو آلية لتجنب وحل المنازعات التي تنشأ عن إستخدام 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 بإستخدام تكنولوجيا المعلومات والإتصالات في مجال التبادل الإلكتروني للمعلومات. ووفقا لنظام المحكمة الإلكترونية تتم كافة الإجراءات الإلكترونية على موقعها الإلكتروني, بداية من طلب التسوية مرورا بالإجراءات وإنتهاءا 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. اكثر تفصيل في الموضوع، انظر: يتوجي سامية، التحكيم الالكتروني، عرض مقدم في اطار الدراسة النظرية لمقياس التحكيم الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، ص 19 وما يليها.

(4)- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي-في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري-، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص 260

(5)- راجع في ذلك الدور الفعال الذي تقوم به لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في مجال إرساء قواعد التحكيم:

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international fut adoptée par la CNUDCI le 21 juin 1985. Elle porte sur toutes les étapes de la procédure arbitrale - convention d'arbitrage, composition et Compétence du tribunal arbitral, étendue de l'intervention du tribunal, et reconnaissance et exécution des sentences. Elle reflète le consensus mondial sur les aspects fondamentaux de la pratique de l'arbitrage international acceptés par des États de toutes les régions et les différents systèmes juridiques et économiques du monde. Voir, Bernardo M. Cremades, l'arbitrage international: de l'arbitrage commercial international a l'arbitrage de protection des investissement, Conseil de l'Institut du Droit des Affaires International de la Chambre de Commerce Internationale; Membre du Conseil International pour l'Arbitrage Commercial.

(6)- MOREAU Bertrand & BERNARD Thierry, Droit interne et droit international de l'arbitrage, Ed, J.DELMAS, Paris, 1985, P 134

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

[7]- إذ تنص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 09/93 على انه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، في غياب ذلك تفصل محكمة التحكيم وفقا للقانون والأعراف التي تراها ملائمة"، ج ر عدد 27 لسنة 1993، ملغى. كما تناول الأستاذ عليوش النقطة ذاتها بالتفصيل، انظر، عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، د.م.ج، الجزائر، 2001، ص53-54

[8]- article 21 de RÈGLEMENT D'ARBITRAGE CCI 2015" Les parties sont libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au fond du litige. À défaut de choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées". in RÈGLEMENT D'ARBITRAGE & Règlement de médiation, Chambre de commerce internationale (CCI), décembre 2015.

[9]- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية: مع الاهتمام بالبيوع الدولية، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1975، ص169

[10]- في هذا الصدد يؤكد الأستاذ Guillaume من خلال تحليله على السلطة التي يتمتع بها القاضي أو المحكم في تطبيق قانون معين:

Le juge ou l'arbitre national, comme le juge ou l'arbitre international, a pour fonction première de trancher des différends. Il le fait rarement ex aequo et bono (l'équité et la justice), et le plus souvent se prononce sur la base du droit applicable. Ce faisant, il interprète la règle de droit qu'il retient. Mais le juge et l'arbitre ne sont pas des machines à distribuer arrêts et sentences. Ils jouissent dans l'exercice de leur mission d'une certaine liberté. Voir: Gilbert Guillaume, Le précédent dans la justice et l'arbitrage international. - Journal du droit international (Clunet) n° 3, Juillet 2010,p 02.

[11]- Voir, le statut de la cyber tribunal, disponible sur le site: www.cybertribunal.org.

[12]- ROUSSOS Alexia, La résolution des différends, revue Lex electronica, vol 6, n°1, 2000, pp 11/14.

[13]- المنزلاوي صالح، القانون واجب التطبيق على العقود الالكترونية، دار الجامعة الجدية، مصر 2006، ص 362/363.

[14]- بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2012، ص 78.

[15]- لقد أشار المشرع الجزائري إلى التحايل على القانون الوطني من خلال نص المادة 24 تقنين مدني (الغش نحو القانون الجزائري).

[16]- محمد وفا أشرف، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 57، 2001، ص 202/203.

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

(17)- غير انه وبالعودة إلى غالبية التشريعات الحديثة (التشريع الفرنسي السويسري، المصري... والجزائري) في مجال التحكيم التجاري الدولي، بالإضافة إلى مواقف الفقه في هذا المجال يتجلى انه في حالة غياب قانون الإرادة فان للمحكم سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع سواء تلك الخاصة بتحديده أو مراجعته أو الوفاء به، المطروح أمامه دون الالتزام بالأخذ بنظام تنازعي معين للوصول إلى القانون المختص، وهذا التوجه كذلك جسدته الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA)، التي تقضي في الأحكام المنظمة لعملية التحكيم انه في حالة غياب قانون الإرادة يطبق المحكم القانون الذي يراه ملائما لموضوع النزاع مع أخذه بعين الاعتبار النظام العام الدولي، وإمكانية الأطراف الطعن في الحكم التحكيمي في حالة سوء اختيار المحكم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. في تفصيل ذلك، راجع:

TRARI-TANI Mostefa, « L'ordre public transnational devant l'arbitre international », Revue Arab Law Quarterly, n°25, 2011, pp 89-102, voir aussi: Catherine Kessedjian, « Les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable. Analyse de la jurisprudence française et de sentences arbitrales », Revue internationale de droit comparé. Vol. 47 N°2, Avril-juin 1995. pp. 373-383

(18)- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 79.

(19)- CAPRIOLI Eric, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Litec, Paris, 2007, p 141/142. CAPRIOLI Eric, Droit international de l'économie numérique, Litec, Paris, 2007, p 151/152.

(20)- CAPRIOLI Eric, Droit international de l'économie numérique, Op cit, p 151.

(21)- المنزلاوي صالح، القانون واجب التطبيق على العقود الالكترونية، المرجع السابق، ص 111.

(22)- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 85.

ISSN:2352-975X– http://www.univelbaheth-batna.com – EISSN:2588-2368

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com